



The Fundamental Researches in Law

پژوهش های بنیادین در حقوق

اولین نشریه علمی / تخصصی حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

شماره ششم - زمستان ۱۴۰۳

■ عناوین مقالات:

- ۱- مسئولیت مدنی عاملان زیان در حوادث مربوط به نیروی برق
حمید حبیبی، حسین میری، علی اکبر اسماعیلی
- ۲- شناسایی ابعاد و مولفه های وظایف و تکالیف ناشر اوراق بهادار در بازار اولیه در
قبال سرمایه گذاران
حمید جودکی، عبدالمحمد کردی، جمشید میرزایی
- ۳- آثار حقوقی ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث
خاطره دروگر لیچاهی، سعید سام دلیری
- ۴- مطالعه تطبیقی تنوع گرایی در ساختار حقوقی جمهوری هند و افغانستان
محمد صابر انسان دوست، مهدی شعبان نیا منصور، بابک باصری
- ۵- تحلیلی بر جرم شناسی بصری: بازنگاری جرم و عدالت کیفری در رسانه های
تصویری
محدثه قوامی پور سرشکه، امیررضا محمودی
- ۶- چالش های حقوقی و اخلاقی استفاده از تکنولوژی های باروری مصنوعی در حقوق خصوصی و حقوق خانواده
معین جلیلی فر، فرناز اعلی، فرهاد روهنی
- ۷- تأثیر هوش مصنوعی در صدور آراء محاکم نظام حقوقی ایران و فرانسه
احمد پورابراهیم، امیر رهگشا، زهرا شیخ احمدی

ISLAMIC AZAD UNIVERSITY OF RAFSANJAN

1- Civil Liability in Accidents Involving Electricity Distribution Companies

Hamid Habibi, Hossein Miri, Ali Akbar Ismaili

2- Identifying the dimensions and components of the duties and responsibilities of securities issuers in the primary market towards investors

Hamid Jodaki, Abdul Mohammad Kordi, Jamshid Mirzaei

3- Legal effects of registering real estate transactions on the rights of other persons

khaterreh droger lichapehy,said sam deliri

4- A Comparative Study of Diversity in legal Structure of Republic of India and Afghanistan

Mohammad Saber Ensan Doost, Mehdi Shabannia Mansour, Babak Basri

5-An Analysis of Visual Criminology: Representation of Crime and Criminal Justice in Visual Media

Mohadesseh Ghavamipour Sarsheke, Amirreza Mahmoudi

6- Legal and Ethical Challenges of Using Artificial Reproductive Technologies in Private Law and Family Law

moin jalili far,farnaz elmi,farehad rouhony

7- The effect of artificial intelligence in issuing judgment of Iranian and French systems

ahmad porabranpanim,amir racephgasha,zahara sheykh ahmadi



پژوهش های بنیادین در حقوق
The Fundamental Researches in Law





پژوهش های بنیادین در حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان



The Fundamental Researches in Law

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 خرائقی استاد الهیات، کلام اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه

مدیر داخلی

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

ویراستار

فائزه حیدری پور

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

سید حسن وحدتی شبیری دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مهدی عباسی سرمدی دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

محمد رضا 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: فائزه حیدری پور

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.jfrrl@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 (A۴)، 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>)

فهرست عناوین مقالات

- ۱- مسئولیت مدنی عاملان زیان در حوادث مربوط به نیروی برق
حمید حبیبی، حسین میری، علی اکبر اسماعیلی
- ۲- شناسایی ابعاد و مولفه های وظایف و تکالیف ناشر اوراق بهادار در بازار اولیه در
قبال سرمایه گذاران
حمید جودکی، عبدالمحمد کردی، جمشید میرزایی
- ۳- آثار حقوقی ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث
خاطره دروگر لیچاهی، سعید سام دلیری
- ۴- مطالعه تطبیقی تنوع گرایی در ساختار حقوقی جمهوری هند و افغانستان
محمد صابر انسان دوست، مهدی شعبان نیا منصور، بابک باصری
- ۵- تحلیلی بر جرم‌شناسی بصری: بازنمایی جرم و عدالت کیفری در رسانه‌های
تصویری
محدثه قوامی پور سرشکه، امیررضا محمودی
- ۶- چالش های حقوقی و اخلاقی استفاده از تکنولوژی های باروری مصنوعی در حقوق
خصوصی و حقوق خانواده
معین جلیلی فر، فرناز اعلمی، فرهاد روهنی
- ۷- تأثیر هوش مصنوعی در صدور آراء محاکم نظام حقوقی ایران و فرانسه
احمد پورابراهیم، امیر رهگشا، زهرا شیخ احمدی

Civil Liability in Accidents Involving Electricity Distribution Companies

*1. Hamid Habibi. 2. Hasan Miri. 3. Aliakbar Esmacili

Accepted: 6/12/2024

Received: 6/3/2025

Abstract

Electricity distribution companies are a subsidiary of Tavanir holding company and are available in the form of a public institution exclusively to distribute Iranian electricity, whether to perform duties by the administration or in their employees, the harm to other people or customers. In some cases, the loss factor in causing losses can be those companies and in other cases the loss factor is the guilty person and also in the rare cases the person of the injured person is harmed. The question is: what if any of the loss agents cause any damage to the other or its customers? Is it intentionally and negligence or lack of both? In this research and on civil liability of public companies in some legal books, issues are discussed sporadically. The method used for this research is descriptive - analytical and the available resources in libraries and information banks have been used. In the case studies in books and papers, the power distribution companies are considered as the main factor in non-compliance with regulations and instructions, lack of supervision over the activities of servants, lack of facilities and if a servant is responsible for the loss maintenance and necessary training of his duties, the agent is considered as the main cause of loss and if the owner is personally involved in causing losses, it is considered as the main cause of loss and will be deprived of compensation.

Keywords: Accidents, Cause of loss, Civil liability, Employee, Victim

*1. PhD student, Department of Private Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran. 0009-0004-1747-8083.

email: Habibihamid.y@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Gonbad Kavous Branch, Islamic Azad University, Gonbad Kavous, Iran. 0208-4449-0008-0009

email: hoseinmiri.f@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran. 0009-0007-2565-9441.



مسئولیت مدنی عاملان زیان در حوادث مربوط به نیروی برق

* ۱. حمید حبیبی، ۲. حسین میری، ۳. علی اکبر اسماعیلی

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۹/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۶

چکیده

شرکت های توزیع نیروی برق، یک نهاد ذیل توانیر محسوب و در قالب یک نهاد عمومی، انحصاراً توزیع نیروی برق ایران را در اختیار دارند، اگر در انجام وظایف از سوی اداره و یا مستخدمین آن ها، زبانی متوجه اشخاص یا مشترکان برق گردد. در بعضی مواقع، عامل زیان در ایجاد ضرر، می تواند شرکت های مزبور باشند و در مواقع دیگر عامل زیان، مستخدم خاطی است و هم چنین در موارد نادری نیز شخص زیان دیده با تقصیر، به خود آسیب وارد می کند. پرسشی که وجود دارد این است که اگر هر یک از عاملین زیان به دیگری یا مشترکان برق خسارتی وارد آورند، مسئولیت آن ها چگونه خواهد بود؟ آیا عمد و تقصیر یا فقدان هر دو در ضمان عامل زیان تاثیرگذار است؟ در این مسئله و در باب مسئولیت مدنی شرکت های دولتی در برخی کتاب های حقوقی، مسائلی به صورت پراکنده عنوان شده است. روشی که برای این تحقیق به کار رفته، روش توصیفی-تحلیلی است و از منابع موجود در کتابخانه ها و بانک های اطلاعاتی استفاده شده است. در بررسی های صورت گرفته در کتب و مقالات، شرکت های توزیع نیروی برق در صورت عدم رعایت ضوابط و دستورالعمل ها، عدم نظارت بر فعالیت مستخدمین، عدم نگهداری تاسیسات و انجام آموزش های لازم، عامل اصلی تلقی می شوند و اگر مستخدم در انجام وظایف خود، سهل انگاری یا تقصیر کند و یا اقدامی از روی عمد انجام دهد، شخص مستخدم عامل اصلی زیان تلقی می گردد و اگر مشترک برق (زیان دیده)، شخصاً در ایجاد زیان دخیل باشد، عامل اصلی زیان تلقی شده و از حق مطالبه خسارت محروم خواهد بود.

واژگان کلیدی: حوادث، عامل زیان، زیان دیده، مستخدم، مسئولیت مدنی.

Habibihamid.۷۷@gmail.com

۱. * دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه

آزاد اسلامی، گرگان، ایران

0009-0004-1747-8083.

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد گنبد کاووس، دانشگاه آزاد اسلامی، گنبد کاووس، ایران

0009-0008-4449-5208

. hoseinmiri۴۹@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران

0009-0007-2565-9441.

a.esmaeile@yahoo.com

با وجود آنکه میان مسئولیت مدنی در حقوق عمومی و مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی در ارکان مسئولیت مدنی اشتراکی است، اما بنای واحدی برای پذیرفتن قواعد مسئولیت مدنی در دو حوزه مزبور وجود ندارد؛ چرا که مسئولیت مدنی در روابط خصوصی، ناشی از عمل زیانباری است که نظم حاکم بر روابط اشخاص را از میان برمی دارد و عامل زیان، مسئول اعاده به وضع سابق و یا ترمیم زیان است.^۱ در حالی که ممکن است دولت یا شرکت های دولتی و یا مستخدمین آنها در حین انجام وظیفه، به شهروندان زیانی وارد نمایند، به طوری که در خصوص اعاده به وضع سابق و یا ترمیم آن برای دولت مسئولیتی متصور نباشد. البته شاید بتوان، اساسی ترین اثر و اقتضاء منفعت عمومی در توسعه و نمو مفهوم «پاسخگویی» بیان نمود.^۲ یکی از نهادهای عمومی متصدی و پاسخگو که با انجام خدمات عمومی در کشور به اعمال تصدی گری می پردازد، شرکت های توزیع نیروی برق هستند. این شرکت ها وظیفه توزیع نیروی برق را به مشترکان خانگی، صنعتی، کشاورزی، تولیدی و... را دارند. حال در این میان، اگر خسارتی به مشترکان برق و یا غیر مشترکان وارد آوند و باعث ایجاد ضرر و زیان به مشترکان برق یا هر شخص دیگری به سبب اجرای پروژه ها یا هر خدماتی که توسط این شرکت ها یا پیمانکاران آنها در حیطه وظایف آنها انجام می گیرد، شوند، شرکت های توزیع نیروی برق دارای مسئولیت می باشند و باید این خسارت ها را پرداخت نمایند. در این مقاله ابعاد مختلف مسئولیت عاملین زیان را مورد بررسی قرار گرفته است و سعی شده است به نحو جامع و تفصیلی به این موضوع پرداخته شود.

۱.۱. ارکان مسئولیت مدنی در شرکت های توزیع نیروی برق

اسباب تحقق مسئولیت مدنی دولت و شرکت های دولتی، بویژه شرکت مادر تخصصی توانیر، شرکت های نیروی برق منطقه ای و شرکت های توزیع نیروی برق که دارای شخصیت حقوقی مستقلی هستند، با دیگر اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی (حقوقی خصوصی) در موارد زیادی واحد است و ارکان و شرایط تحقق آنها نیز مشترک هستند. در مسئولیت مدنی شرکت های توزیع نیروی برق و یا شرکت های پیمان کاری و اقاماری تحقق سه شرط لازم و ضروری است: ۱. وجود ضرر ۲. ارتکاب فعل زیان بار توسط مستخدم ۳. رابطه ی سببیت بین فعل مستخدم و ضرری که وارد شده است.

۲.۱. وجود ضرر

حقوق امروزی، ضرر را تعریف نکرده است، ولی اساتید حقوق تعاریفی از آن ارائه داده اند: یکی از استادان حقوق در این خصوص می گوید «مفهوم ضرر و خسارت را همه می دانیم، هر جا نقصی در اموال ایجاد شود، یا منفعت مسلمی از دست برود، یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه ای وارد آید، می گویند ضرری به بار آمده است».^۳ شرایط ضرر قابل جبران را بنا بر آنچه از قوانین و اصول حقوقی و آرای قضایی و دکتترین برمی آید می توان شامل ۷ شرط دانست:

(۱) ضرر باید مسلم باشد نه احتمالی

۱- میرداداشی، سید حسین، مسئولیت مدنی موسسات عمومی، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۹۹، ص ۶۳

۲- امامی، محمد و استوار سنگی، کوروش، حقوق اداری، میزان، تهران، ۱۳۹۰، ص ۱۲

۳- کاتوزیان، ناصر، الزام خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی) قواعد عمومی، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۷، ص ۲۸۷

(۲) ضرر باید مستقیم^{۱۱} (بلاواسطه) باشد^{۱۲}

(۳) ضرر باید شخصی باشد

(۴) ضرر باید در نتیجهی لطمه‌ای که به حق شخصی و نفع مشروع او وارد شده، پدید آمده باشد

(۵) ضرر باید قبلاً جبران نشده باشد

(۶) ضرر باید قابل پیش‌بینی باشد

(۷) ضرر ناشی از اقدام زیان‌دیده نباشد^{۱۳}.

۳.۱. فعل زیان‌بار

در حقوق ایران فعل زیان‌بار به عنوان مسئولیت مبتنی بر تقصیر پذیرفته شده است. بر اساس مادهٔ یک (۱) قانون مسئولیت مدنی ایران، هرگونه اقدامی بدون مجوز قانونی چه از روی عمد یا در نتیجه بی‌احتیاطی، به دیگری لطمه‌ای وارد نماید و موجب ضرر مادی یا معنوی شود، عامل زیان، مسئول جبران خسارت خواهد بود^{۱۴}. در ماده مارالاشاره، به عبارت «بدون مجوز قانونی» اشاره شده است، با این معنی، هنگامی اقدام و افعال عامل زیان با مجوز قانونی باشد، عامل زیان، مسئول جبران زیان ناشی از آن عمل نخواهد بود و همچنین مفهوم «قانون» به معنای اعم بکار رفته است و شامل همه‌ی قوانین در ایران، و حتی شامل دستورالعمل‌های اداری، آیین‌نامه‌ها، دستور شفاهی پلیس و قواعد و مقررات عرفی نیز می‌باشد^{۱۵}.

۴.۱. رابطه‌ی سببیت

تحقق ضرر و فعل زیان‌بار یا تقصیر موجب تحمیل مسئولیت اشخاص نمی‌شود و لازم است بین ضرر و فعل زیان‌آور رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد^{۱۶}. بنابراین، صرفاً قطعی برق و خسارت به اموال مشترکان برق موجب مسئولیت نیست، بلکه باید ثابت شود این خسارت ناشی از تقصیر مستخدم یا شرکت‌های توزیع نیروی برق بوده است، یا این‌که امکانات و تجهیزات شرکت‌های توزیع نیروی برق مستهلک بوده و شرکت مزبور نسبت به رفع آن اقدام ننموده است. پس، اگر قطع ناگهانی برق، خساراتی را به مشترک برق وارد بیاورد، این شخص زیان‌دیده است که باید ثابت کند، میان ضرری که حادث شده، با اقدام شرکت‌های

۱- ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «...خواهان باید ثابت کند که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است...»

۲- شعبه ۴۷ دادگاه حقوقی ۲ در رأی شماره ی ۹۰ - ۱۳۷۰/۸/۲۹ نظر داده است که: «نظر به اینکه خسارت وارده به خواهان از ناحیه مرجع ثالث (شهرداری) بوده است و تقصیر خواننده در ایجاد خسارت وارده به خواهان احراز نمی‌گردد، بنا به مراتب، دادگاه دعوی خواهان را در این قسمت غیر وارد تشخیص و به رد آن اصدار رأی می‌نماید»

۳- صفایی، سید حسین، مسئولیت مدنی، سمت، تهران، ۱۴۰۲، صص ۳۷-۳۸؛ زرگوش، مشتاق، مسؤولیت مدنی دولت، جلد ۱، میزان، تهران، ۱۴۰۳، صص ۴۵۲-۴۵۴

۴- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی مسئولیت مدنی، گنج دانش، تهران، ۱۴۰۲، ص ۹۱

۵- مادهٔ یک (۱) قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

۶- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی تطبیقی، شهر دانش، تهران، ۱۳۹۷، ص ۳۰۳

توزیع نیروی برق، رابطه‌ی سببیتی وجود داشته است؛ شاید زیان‌دیده، ادعا واهی نماید، مثلاً تلویزیون منزل به دلایل دیگری، از قبیل معیوب بودن خود کالا، دچار سوختگی شود و یا بدلیل قدیمی بودن سیم‌کشی‌های منزل یا تولیدی و...، بعد از وصل دوشاخه، باعث قطع ناگهانی کنترل برق شده و در نتیجه به دلیل نداشتن محافظ استاندارد، باعث سوختن تلویزیون مشترک برق شده باشد، در اینجا رابطه‌ای بین ضرر و فعل شرکت‌های توزیع برق وجود ندارد. در اینجا باید شخص زیان‌دیده ثابت کند که امکانات و تجهیزات برقی، به دلیل اقدام مخاطره‌آمیز شرکت‌های توزیع برق، یا پیمان‌کار طرف قرارداد و یا تقصیر مستخدمین آن‌ها دچار حادثه شده است.

۲. مسئولیت شرکت‌های توزیع نیروی برق

اعمال تصدی‌گری دولت در برخی موارد بصورت پوششی و در قالب شرکت‌های دولتی انجام می‌گیرد و دولت نمی‌تواند با نقاب شرکت‌ها از مسئولیت‌شانه خالی کند. به عبارت دیگر، با ایجاد شرکت‌ها توسط دولت، مسئولیت دولت کاسته نمی‌شود^{۱۱}. مثلاً وزارت نیرو برای فعالیت‌های خود، اقدام به تأسیس شرکت توانیر نموده است و از طرفی شخصیت شرکت‌های دولتی با شخصیت خود دولت جدا تلقی شده است، لکن از آنجایی که این گونه شرکت‌ها، همان عمل دولت در عرصه تصدی‌گری را انجام می‌دهند و وسیله‌ای برای ابراز عمل دولت تلقی می‌شوند، همانند دولت دارای مسئولیت مدنی خواهند بود. همچنین بر اساس نظر برخی نویسندگان حقوقی، دولت در قراردادهای بین المللی و معاهداتی که با دیگر کشورها منعقد نموده است و ایضاً قراردادهای داخلی، نمی‌تواند با این استدلال که این قرارداد و تعهدات به شرکت‌های دولتی ذیل خود سپرده است، آن را نقض کند و از تعهدات بگریزد و اگر دولت بخواهد شرکت‌ها را برای گریختن از مسئولیت خود تأسیس کند و یا به استناد آن، از مسئولیت فرار کند، دادگاه‌های بین المللی و داخلی از آن عبور می‌کنند و در نتیجه دولت را محکوم خواهند کرد^{۱۲}.

در دو حالت زیر شرکت توانیر و شرکت‌های توزیع نیروی برق می‌توانند دارای مسئولیت باشند:

حالت اول) به دلیل اقدام دولت.

حالت دوم) به دلیل اقدام خود شرکت‌های توانیر و یا شرکت‌های توزیع نیروی برق.

قبل از پرداختن به مسئولیت مدنی شرکت‌های توزیع نیروی برق و تشریح مصادیق آن، باید بیان شود، بر اساس مصوبه مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۸۴ شرکت‌های توزیع نیروی برق از اسفند ماه سال ۸۴ در صف واگذاری به بخش خصوصی قرار گرفت. بعد از تصویب این قانون بیان شد، به دلایل حاکمیتی و رفاه حال مردم، ۴۰ درصد سهام این شرکت‌ها به صورت ممتاز دولتی باقی بماند و ۶۰ درصد سهام عادی به بخش غیر دولتی واگذار شود. در واقع پوسته این شرکت‌ها بر مبنای بند ۲ ماده واحده قانون استقلال شرکت‌های توزیع نیروی برق استان‌ها مصوب ۱۳۸۴ به صورت خصوصی شده است، اما هسته آن‌ها (تفکر، مقررات، رفتار و کنترل) دولتی باقی ماند. بنابراین از آن زمان تا به حال، این شرکت‌ها استعداد جذب

۱- ۱ ملکوتی، رسول، مسئولیت مدنی دولت، مجد، تهران، ۱۳۹۶، ص ۶

۲- ۲ اخوان فرد، مسعود و تقدیر، محمد کاظم، مسئولیت بین المللی دولت بر اساس معاهده منشور انرژی، مجله حقوقی بین‌المللی، حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۲۷(۴۲)، ۱۳۸۹، ص ۲۱؛ خلجی، روح اله، شرکت نفتی توتال، ساختار، گستره عملیات بالادستی و پائین دستی، و مسئولیت (مطالعه موردی دعوای نفتکش اریکا)، کتاب نخستین همایش بین المللی حقوق ایران، تهران، ۱۳۹۴، ص ۸۳

ویژگی های منفی هر دو شکل خصوصی و دولتی را دارا هستند و امروزه این شرکت ها را به عنوان یک شرکت خصوصی ذیل توانیر شناخته می شود و در محاکم (شماره دادنامه ۹۵۰۴۹۵۰۸۹۰۰۹۷۰۹۲۰ تاریخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۲ شعبه ۵ دیوانعالی کشور سامانه ملی آراء قضایی) نیز این گونه است.

همه رفتارها و اقدامات شرکت توانیر و شرکت های توزیع نیروی برق منتسب به دولت نیست، لکن اگر اقدامات و رفتاری که در قالب اعمال تصدی گری و اعمال حاکمیت دولت باشد، ضمانی بر عهده شرکت های تابعه دولت نیست؛ به عنوان نمونه، با ابلاغ دولت مبنی بر کاهش مصرف سوخت های فسیلی در نیروگاه های تولید برق، باعث کاهش چشم گیر تولید برق در کشور شده است و مشترکان برق باید ساعاتی از روز را، بدون برق سپری کنند و در نتیجه این قطعی ها، زبانی به مشترکان برق وارد آید، در اینجا شرکت توانیر، شرکت هایی چون برق منطقه ای و شرکت های توزیع نیروی برق مسئولیتی نخواهند داشت، هرچند این اقدام از سوی این شرکت ها انجام گرفته است. اگر شرکت مادر تخصصی توانیر و شرکت های توزیع نیروی برق و برق منطقه ای، رابطه سببیت بین شخص زیان دیده و دولت را قطع نماید، مانند شخصی که نسبت به افعال خود دارای اختیار و آگاهی است و با این آگاهی به دیگران آسیب بزنند، شرکت های مزبور خود مسئولیت مدنی خواهند داشت و اگر این شرکت ها فقط به شکل ابزار عمل نمایند، همانند مثال فوق (ابلاغ دولت مبنی بر کاهش مصرف سوخت های فسیلی نیروگاه های برق) و رابطه سببیت بین شخص زیان دیده و دولت را قطع نمایند، به نظر می رسد دولت مسئولیت خواهد داشت.

۱.۲. مسئولیت مدنی شرکت های توزیع نیروی برق در برابر زیان دیده

یکی از قواعد مهم و اصلی مسئولیت مدنی، جبران زیان های مادی و معنوی شخص زیان دیده است و بر اساس این قاعده شرکت توانیر (شرکت مدیریت تولید، انتقال و توزیع نیروی برق ایران)، یا شرکت نیروی برق منطقه ای، یا شرکت های توزیع نیروی برق و یا مستخدمین آنها بر اساس این قاعده، مسئولیت مدنی خواهند داشت. در ادامه این تحقیق، به صورت مختلف مسئولیت مدنی شرکت های مزبور در برابر زیان دیدگان خواهیم پرداخت.

۱.۱.۲. خطای اداری شرکت های توزیع نیروی برق

خطای اداری، زمانی محقق می شود که یک اداره، در مجهز کردن خود، به تجهیزات سالم برای خدمت رسانی که یک تشکیلات و مدیریت درست آن را به وجود می آورد، دچار تقصیر شده باشد. البته تقصیر و خطا به یک اداره تعبیر درستی نیست، چون یک اداره، فاقد اراده است و شخصیت طبیعی ندارد، از این رو تقصیر و خطا از جانب اداره قابل تصور نیست. تقصیراتی که در نهایت به اداره مستند می شود، در واقع بیان خطاهایی است که در غایت خود، متوجه مستخدمین خواهد بود^۱. به تعبیر دیگری، وقتی بیان می شود، خطای اداری به نقض تجهیزات سازمان و سوء مدیریت اداری مربوط است، در واقع عامل این نقایص و سوء مدیریت اداری، اشخاصی جز مستخدمین (انسان) نخواهند بود و این مسئله، شاید نوعی ارفاق باشد که برخی از اینگونه تقصیرها و کوتاهی ها که در واقع به مستخدمین یک اداره ارتباط دارد، را به دوش ادارات و شرکت ها می نهیم و ادارات و شرکت ها را، جوابگوی خطاها و تقصیرات مستخدمین می دانیم^۲.

در مسئله خطای اداری، باید در نظر داشت که هر فرد محتاط، عاقل و عاقبت اندیش به جای شخص مستخدم بود و در این وضعیت قرار می گرفت، باز هم این زیان به دیگری وارد می شد. در این مسئله، اداره

۱- منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به تخلفات اداری، دیداور، تهران، ۱۴۰۳، ص ۵۶

۲- وحدتی شبیری، سید حسن، نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در قبال کارکنان خود، دین و قانون، ۵ (۱۴)، ۱۳۹۵، ص ۱۳۲

و نهادهای دولتی، باید خسارات وارده را بپردازند^{۱۲}. بنابراین، اگر خطای مستخدم^{۱۳} دولت، به دلیل بی احتیاطی و تقصیر او نباشد و باعث ورود خسارت به شخص دیگر گردد، مسئولیت اداره^{۱۴} موضوعیت خواهد داشت^{۱۵}. با توجه به نظرات نویسندگان حقوقی که پیش تر بیان شده است، ممکن است خطای اداری شرکت های توزیع نیروی برق به یکی از حالت های زیر محقق شود:

۱.۱.۱.۲. تخطی از قواعد صلاحیت

قانون سازمان برق ایران و سایر قوانین، بویژه قانون استقلال شرکت های توزیع نیروی برق در استان ها حدود و اختیارات توانیر و شرکت های توزیع نیروی برق را به وضوح مشخص کرده است؛ به همین دلیل هر یک از این واحدهای اداری باید در حدود صلاحیت خود فعالیت کنند و در امور سایر دستگاه های دولتی و اداری مداخله ای نداشته باشند. با این توضیح، اگر شرکت های توزیع نیروی برق استان ها، از حیطه ی صلاحیت خود خارج شوند و فعالیت هایی در این زمینه انجام دهند و در نتیجه، باعث ایجاد خسران و ضرر به دیگران و حتی به سایر ارگان ها و نهادها گردند، مسؤول جبران خسارات وارده خواهند بود. یکی از این موارد مهم و اختلافی در صلاحیت شرکت های توزیع نیروی برق و شهرداری ها، «تأمین روشنایی معابر» است؛ اختلاف نظرهایی برای مسئول تلقی نمودن شهرداری ها و یا شرکت های توزیع نیروی برق وجود دارد؛ برخی معتقدند تأمین روشنایی معابر به موجب تبصره (۲) دو اصلاحی ماده ۵۵^{۱۶} قانون شهرداری مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ و تبصره (۲) ماده ۱۱ قانون سازمان برق ایران، مصوب ۱۳۴۶/۰۴/۱۹، به موجب آیین نامه ای است که در تاریخ ۱۳۶۴/۱۰/۱۸ توسط هیئت وزیران بنا به پیشنهاد های وزارتین کشور و نیرو تصویب شد و در بند (۱) یک مصوبه یاد شده بیان نموده، در اجرای ماده ۱۱ قانون سازمان برق ایران و تبصره ۲ آن، هزینه روشنایی معابر توسط شرکت های نیروی برق منطقه ای رأساً از محل عوارض مقرر بر مصرف برق معابر تأمین و برداشت می شود، بنابراین از سال ۱۳۶۴ با تصویب آیین نامه مصوب هیأت وزیران، شهرداری ها هیچ گونه وظیفه ای در خصوص تأمین و تعیین هزینه روشنایی معابر نداشته و شرکت های توزیع نیروی برق (دادنامه به شماره ۱۳۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۹ هیات تخصصی اقتصادی و مالی دیوان عدالت

۱- طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۹۰، ص ۴۳۶

۲- اگر فعل زیان بار کارمند همراه با عمد و خطای فاحش باشد به نحوی که نقص تشکیلات نیز متصور باشد و این نقص در وقوع خطا موثر نباشد در این صورت خطر شخصی است. اما اگر خطای کارمند به نحوی باشد که اگر وسائل نقص نمی داشت، کارمند مرتکب خطا نمی گردید، در این صورت خطای اداری است و مسئولیت مدنی بر عهده کارمند نخواهد بود.

۳- خلاصه رای در پرونده دعوی آقای س.ج. و بانو ش.م. با وکالت آقای ع.س. به طرفیت بانک سپه، تاریخ رای نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ شماره رای نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۱۷۵۴ «مسئولیت مدنی بانک وقتی تحقق می یابد که خسارت وارده مربوط به عمل کارمندان نباشد بلکه مربوط به نقص وسایل اداره باشد، منظور از نقص وسایل اداره در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی این است که اداره مجهز به وسایل یعنی تدابیر و روش های صحیح مدیریت برای انجام کار نبوده و این امر موجب سوء جریان کارهای اداری و در نتیجه وقوع خسارت گردد، در این حالت بانک نسبت به کارمند سبب اقوی از مباشر است» موید همین مطلب هست.

۴- امامی، محمد و استوار سنگی، کوروش، همان، ص ۳۵۹

۵- تبصره (۲) دو اصلاحی ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷: «حادث تأسیسات تولید و توزیع برق و تعیین نرخ آن در شهرها تا موقعی که وزارت آب و برق، نیروی آن را تأمین نکرده با موافقت قبلی وزارت آب و برق بر عهده شهرداری است»

اداری^{۱۲} مسئول «تامین روشنایی» است؛ برخی دیگر معتقدند، به استناد ماده ۲۱۹^{۱۳} آیین نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۴/۰۳/۱۸ هیأت وزیران و بر اساس بند (۴) چهار ماده ۱۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، آیین نامه راهنمایی و رانندگی مصوب هیأت دولت، شهرداری ها با همکاری زیرمجموعه وزارت نیرو موظف به تامین روشنایی معابر شده اند و در فرض حاکم بدون آیین نامه، وظیفه همکاری برای شهرداری لحاظ شده است و وظیفه روشنایی معابر را دارد.

اگر چه در خصوص معابر محل اختلاف است، لکن در خصوص مسئولیت روشنایی بوستان ها و پارک ها اختلافی وجود ندارد بر اساس رویه موجود، روشنایی بوستان و پارک ها برعهده شهرداری است. حال اگر شرکت های توزیع نیروی برق در محوطه بوستان، بدون هماهنگی با شهرداری مرتبط، اقدام به نهادن تعدادی تیرهای برق، برای انتقال خطوط برق نماید و در این بین، خسارتی را به شهرداری یا دیگران وارد نمایند، به دلیل آنکه اقدام خارج از صلاحیت انجام داده است دارای ضمان خواهد بود و باید زیان های وارده به دیگران و نیز خسارت های وارده به شهرداری را پرداخت نماید.

اگر بر اساس قوانین موجود، مشترک برقی ذی حق بوده، با دستورالعمل شرکت های توزیع نیروی برق که با نص قانون بالادستی در تنافی باشد، محدود شده و در نتیجه آن خسارتی بر او وارد شده باشد؛ در این جا علاوه بر حق درخواست ابطال چنین دستورالعملی از دیوان عدالت اداری که با نص قانون بالادستی در تناقض است، اگر خسارتی بر او وارد شده باشد را نیز می تواند مطالبه کند؛ چه این مشترک، تجاری، یا تولیدی، یا کشاورزی باشد و چه مشترک خانگی (دادنامه شماره ۱۴۲۷-۱۳۸۶/۱۲/۰۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری- سامانه ملی آرا قضایی).

تخلف در اجرای مقررات قانونی و قوانین حاکم در ایران، که خود شیوه ای از افعال و اقدام برخلاف قانون می باشد، شامل مواردی می شود که سازمان ها و نهادهای دولتی یا مستخدمین و کارمندان آن ها، مسئولیت های قانونی و وظایف خود را بر خلاف آنچه در قانون مصرح است و همچنین برخلاف شرایط و کیفیت های شکلی و ماهوی قانونی انجام دهند، به نحوی که، نتایج و آثار رخ داده با اهداف قانون گذار انطباق نداشته باشد و باعث از بین رفتن حقوق دیگری و ایجاد زیان گردد؛ خواه مبتنی بر سوء نیت باشند، خواه غفلت کرده باشند، خواه فاقد عناصر سوء نیت و غفلت^{۱۴}.

شرکت های توزیع نیروی برق در نتیجه عدم اقدام به موقع و با اهمال کاری، ضرری به مشترکان برسانند، باید پاسخگوی عدم اقدام خود باشند. مانند وصل نکردن دستگاه ترانس برق قوی توسط شرکت های

۱- دادنامه به شماره ۱۳۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۹ هیأت تخصصی اقتصادی و مالی دیوان عدالت اداری:

با مذاقه در اوراق و محتوای پرونده، با توجه به اینکه نامه شماره ۹۴/۳۹۳۷۸/۳۰/۱۰۰ مورخ ۹۴/۸/۳۰ وزیر نیرو خطاب به وزیر کشور بوده و نامه شماره ۶۸۳۳/۱۱ مورخ ۹۴/۱۲/۴ صادره از مدیر عامل شرکت مدیریت تولید، انتقال و توزیع برق ایران خطاب به کلیه شرکت های توزیع نیروی برق جهت احداث تاسیسات و بهای برق مصرفی روشنایی معابر عمومی بوده و هماهنگی با نهاد های مذکور جهت آمادگی برای پرداخت هزینه های مربوطه از ابتدای سال آینده، نسبت به تکمیل، نصب لوازم اندازه گیری انتشارهای معابر عمومی فاقد لوازم اندازه گیری اقدام نمایند. نظر به اینکه فعلا تکلیفی برای شهرداری ها و دهیاری های سراسر کشور ایجاد نموده است لذا نامه های مورد شکایت در این حد خلاف قانون و خارج از اختیار نبوده و به استناد بند «ب» ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رای به رد شکایت صادر و اعلام می کند، رای صادره ظرف مدت بیست روز از تاریخ صدور از سوی ریاست ارزشمند دیوان و یا ده نفر از قضات گرانقدر دیوان قابل اعتراض است. دکتر زین العابدین تقوی رئیس هیأت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری

۲- استناد ماده ۲۱۹ آیین نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۴/۰۳/۱۸ هیأت وزیران: «شهرداری ها موظفند به منظور افزایش ایمنی عبور و مرور، با همکاری زیر مجموعه های وزارت نیرو برای تامین روشنایی معابر اقدام کنند»

۳- موسی زاده، رضا، حقوق اداری، میزان، تهران، ۱۳۷۷، ص ۲۶۱

توزیع برق، در جایی که نصب آن ضرورت دارد، و این اقدام شرکت‌ها، سبب کاهش ولتاژ و قطعی ناگهانی برق شود و در نهایت باعث سوختن لوازم برقی مشترکان گردد، به نظر می‌رسد شرکت‌های مزبور دارای مسئولیت باشند؛ چرا که بر اساس ماده ۲۳^۱ قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶، تجهیزاتی که مستهلک شده‌اند باید تعویض یا تعمیر شود؛ اگر این عمل (تعمیر یا تعویض)، توسط شرکت‌های توزیع نیروی برق انجام نگیرد و این عدم انجام، خساراتی را متوجه مشترکان کند، شرکت‌های توزیع نیروی برق موظف به جبران آن خواهند بود.

مورد دیگر، زمانی است که شرکت‌های توزیع نیروی برق، اقدامات لازم را انجام می‌دهند، ولی اقدامات آنها ناقص است و یا از وسایل معیوب استفاده می‌کنند، به نظر می‌رسد در اینجا شرکت‌های مزبور دارای مسئولیت باشند؛ مانند خسارت ناشی از انفجار دستگاه ترانس برق که باید قطعه‌ای مناسب آن وصل می‌شد، لکن شرکت‌های توزیع نیروی برق در این زمینه کوتاهی نموده و یا برای صرفه‌ی اقتصادی، قطعه‌ای که از نظر کیفیت فاقد استانداردهای لازم بوده است را نصب نموده و این قطعه معیوب سبب انفجار و در نتیجه، خسارت هنگفتی به مشترکان برق وارد شده است.

مورد بعدی، شرکت‌های توزیع نیروی برق، اقدامات لازم را در جهت رفع عیب یا مشکل ایجاد شده انجام می‌دهند، ولی اگر این اقدام با تاخیر همراه باشد و میزان تاخیر هم متعارف و معقول نباشد و سبب خسارت گردد، به نظر می‌رسد مسئول تلقی کردن شرکت‌های مزبور به عدالت نزدیک‌تر باشد، مانند خسارات ناشی از تاخیر مأموران شرکت‌های توزیع نیروی برق، نسبت به حل مشکل قطعی برق. فرض کنید، داخل یخچال فروشگاه‌های بزرگ، کالاهای فاسد شدنی باشد، قطعی برق بیش از حد متعارف و معمول، سبب فاسد شدن کالاهای شود.

۲.۱.۲. خسارت‌های ناشی از اعمال مستخدمان به عنوان یکی از عاملان ایجاد زیان

۱.۲.۱.۲. خسارت ناشی از تخلف مستخدمین شرکت‌های توزیع نیروی برق

خطای مستخدم یا تخلف اداری، اقدامی است که ممکن است، شخص مستخدم به آن دلیل، دارای مسئولیت باشد و همچنین ممکن است به جهت انضباطی در مراجع اداری تعقیب و محاکمه گردد. تخلف سازمانی با مفهوم جرم در قوانین جزایی قابل قیاس است و با آن هم جهت و هم راستا می‌باشد؛ با این تفاوت مهم و اصلی، رفتارهایی از سوی قوانین جزایی ایران جرم تلقی می‌شوند که در قانون به آن اشاره شده باشد؛ ضمن اینکه برای خطای سازمانی یا تخلف اداری در قانون ایران، تعریف روشنی بیان نشده است.^۲

تخلف سازمانی، عبارت است از فعل غیر قانونی که مأموران خدمات عمومی، از ارتکاب به آن نهی شده و یا عدم انجام به کاری که به آن امر شده‌اند. ضمانت اجرای چنین تخلفاتی در قالب مجازات‌های اداری

۱- ماده ۲۳ قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶: «آیین‌نامه‌ای که برای اجرای این قانون ضروری است با پیشنهاد وزارت آب برق و تصویب هیات وزیران به موقع اجرا گذاشته می‌شود. جدول استهلاک منضم به قانون برق ایران:

(۱) دیگ بخار و متعلقات مربوطه ۲۰ سال

(۲) توربین ژنراتور و متعلقات ۲۰ سال

(۳) ترانسفورماتورها و سایر وسایل ساکن تبدیل و انتقال نیرو ۲۵ سال

(۴) کابل‌های زیرزمینی ۱۵ سال

(۵) شبکه هوایی با پایه‌های بتنی و آهنی ۲۵ سال... و الخ»

۲- ابریشمی‌راد، محمدامین، آیین دادرسی اداری، مجد، تهران، ۱۴۰۰، ص ۸۷

بیان شده است که انحصاراً این دسته از مجازات‌ها برای مستخدمان در نظر گرفته شده است؛ مانند اخراج، تعلیق، انفصال دائم یا موقت از اشتغال دولتی و عمومی و سایر موارد. قابل ذکر است که یک تخلف و خطای سازمانی و اداری می‌تواند توأمان یک فعل مجرمانه‌ای نیز تلقی شود. در اینجا غرض از تخلف اداری و سازمانی، آن دسته از خطاها و تخلفی است که از سوی عامل زیان ایجاد شود.^{۱۲} اقدام زیان‌آور مستخدم، زمانی خطای فردی و شخصی عنوان می‌شود که از روی بی احتیاطی، یا سهل انگاری و یا عدم رعایت نظامات تخصصی اداری موضوع تبصره ماده ۱۴۵^{۱۳} قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و یا برای برآورده کردن منفعت شخصی باشد و یا به تعبیری، اقدام زیان‌آور مستخدم محصول خطای قابل اغماض وی باشد در این جا تخلف شمرده می‌شود.^{۱۴} سوالی که در اینجا می‌توان طرح نمود این است که اگر کارمند یا کارگر شرکت‌های توزیع نیروی برق، در حین کار خطای غیر قابل اغماض و یا به تعبیر فقهی، از روی تقصیر سبب خرابی سیستم یا دستگاهی شود و در نتیجه‌ی این تخریب، زیانی به مشترکین برق خانگی و یا تولیدی (کشاورزی، آب، صنعتی و معدن) وارد آید، شرکت‌های توزیع نیروی برق باید خسارت اینگونه اعمال را بپردازند؟ پاسخ این سوال، منفی است. ماده ۱۲۴ قانون مسئولیت مدنی ایران به صراحت کارمند خطای را مسئول جبران زیانی که به دیگران وارد نموده است، می‌شناسد و از این رو، باید خسارات زیان‌دیده را تماماً پرداخت نماید.^{۱۵} نویسندگان حقوقی با تاسی از اندیشه‌های حقوقی و آرای قضایی، خطای شخصی را از وظایف اداری تفکیک نموده‌اند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت:

الف) خطاهایی هستند که با خدمت وظیفه‌ی عمومی ارتباطی ندارند و معمولاً تشخیص خطا بسیار ساده می‌باشد. مثل اینکه مأمور شرکت توزیع نیروی برق با امکانات و تجهیزات اداری که سازمان برای مأموریت او در نظر گرفته است، خارج از وظیفه و خارج از وقت کار، به جهت خصومت شخصی که با دیگری دارد، اقدام به قطع برق و یا هر عملی که به شخص یا اشخاص، خسارت وارد آورد و یا اینکه مأموریتی که سازمان برای او در نظر گرفته، از حوزه مأموریت خود عمداً و بدون اطلاع خارج شده باشد و با اعمال خود به مشترکین و یا اشخاص دیگر خسارتی وارد آورد، شخصاً مسئول پرداخت زیان به زیان‌دیده خواهد بود.

ب) خطاهایی که مستخدم شرکت‌های توزیع نیروی برق، خارج از چارچوب وظایف خدمتی مرتکب می‌شود، لکن این عمل، بی‌ربط با خدمات عمومی سازمانی او نمی‌باشد. بنا به تعبیری، اینگونه خطاها از جهت مادی قابلیت تفکیک از وظایف خدمتی را دارند و اینگونه اعمال، با اقدامات عمومی و خدماتی

۱- زرگوش، مشتاق، همان، ص ۸۵

۲- ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «تحقق جرایم غیر عمدی، منوط به احراز تقصیر مرتکب است. در جنایات غیر عمدی اعم از شبه عمدی و خطای محض مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال می‌شود. تبصره - تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب می‌شود.»

۳- امامی، محمد و استوار سنگی، کوروش، همان، ۳۵۸؛ حبیبی، حمید و غلامعلی زادکجو، محمد، (۱۳۹۸). بررسی مسئولیت مدنی اداره توزیع برق و کارکنان آن در برابر مشترکان و شناخت چالش‌ها و راهکار. دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی، اردبیل. ۱۳۹۸، ص ۷

۴- در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده یا این که اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آوردند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.»

۵- حبیبی و غلامعلی‌زاده کجو، پیشین

سازمانی او مرتبط هستند. این دسته از اقدامات فی نفسه شخصی تلقی می‌شوند، اما امکان دارد بنا به اوضاع و شرایط فعل ارتكابی، همانند جایی که در جهت انجام وظیفه خود، مرتکب فعل زیان بار می‌شود، در این جا نیز اقدام مستخدم به عنوان خطای اداری تلقی شود.

ج) خطاهایی که مستخدم و کارکنان شرکت‌های توزیع نیروی برق به جهت انجام وظایف سازمانی خود انجام می‌دهند و باعث ایجاد زیان و خساراتی به مشترکان برق یا اشخاصی غیر مشترکان شوند و یا زمینه‌ی ایجاد زبانی را فراهم کنند، با لحاظ کیفیت و شدت افعال مستخدم، می‌توان به نحوی این گونه خطا را خطای شخصی قلمداد کرد. در این دسته از خطا، در صورتی خطای مستخدم و کارمند شرکت‌های توزیع نیروی برق شخصی تلقی می‌شود که نشانگر رفتار مخاطره‌آمیز شخص کارمند بوده باشد، که شامل موارد زیر خواهد بود:

- کارمند شرکت‌های توزیع نیروی برق یا کارگر شرکت‌های پیمان کاری طرف قرارداد با شرکت‌های توزیع نیروی برق، در حین انجام وظایف سازمانی، برای تأمین مقاصد شخصی خود و یا به قصد انتقام گیری، اقداماتی انجام دهد، با احراز سوءنیت شخص مستخدم، خساراتی که به دیگران وارد نموده است را باید جبران نماید.

- کارمند شرکت‌های توزیع نیروی برق، یا کارگر شرکت پیمان کاری طرف قرارداد با شرکت‌های توزیع نیروی برق، سوء نیت و قصدی برای زیان به مشترکان یا متقاضیان برق و غیر آن‌ها، نداشته و نیز به دنبال کسب منفعت شخصی برای انجام این کار نبوده باشد، ولی به مناسبت انجام وظایف و تکالیف اداری، مرتکب تقصیر سنگین و فاحش شود، به نحوی که این عمل نوعاً از سوی کارمند و کارگر سر نمی‌زند و در نتیجه، باعث زیان و خسارت به مشترک برق یا اشخاص دیگر گردد، در این جا کارمند خاطی به دلیل انجام رفتار مخاطره‌آمیز دارای مسئولیت است^{۱۱}.

۲.۲. خطای پیمان کار طرف قرارداد با شرکت‌های توزیع نیروی برق

بخشی اعظمی از اقدامات شرکت‌های توزیع نیروی برق یا شرکت‌های نیروی برق منطقه‌ای، توسط پیمان کاران صورت می‌پذیرد و هریک از پیمان کاران برای اجرای اقدامات قراردادی و پیمان خود، کارگران و مهندسانی را به خدمت گرفته‌اند. پیمان کار با توجه به حساسیت اقدامات خود، دارای وظایف مهمی است که باید بر یکایک آن نظارت داشته باشد. اگر مرتکب اعمال زیر گردد، مقصر تلقی شده و بر مبنای ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹، باید زیان حاصله را جبران نماید.

- برقرار نکردن نظم و انضباط در کارگاه.

- فراهم نکردن وسایل استحضاطی لازم برای کارگران، نظارت نداشتن و تأکید نکردن مبنی بر بکارگیری آن.

- توجه نکردن به آیین نامه کمیته حفاظت فنی و بهداشت کار.

- برگزار نکردن دوره‌های آموزشی تخصصی و یا عمومی مناسب با کار.

- استفاده نکردن از تابلوها و علائم هشدار دهنده در مکان‌های مناسب و بر روی ادوات.

پیمان کاران برای اجرای پروژه در حوزه صنعت تولید و یا توزیع نیروی برق، وظایفی نسبت به

کارفرمای خود (شرکت های توزیع نیروی برق) در حیطه ای امورات محوله و نیز وظایفی نسبت به تشکیلات خویش دارند که اگر در اجرای هر یک از آن ها کوتاهی نمایند، مسئولیت مدنی خواهند داشت. بهر حال، ترک فعل پیمان کاران در موارد زیر برای آن ها مسئولیت آور خواهد بود:

۲-۲-۱. نظارت نکردن بر اعمال پرسنل و عدم تطابق اقدامات با استانداردها

۲-۲-۱-۱. عدم نظارت مستقیم بر کار کارگران، پیمان کاران

در صورت بروز حادثه، اگر اسباب متعددی به نحوی در بروز حادثه و زیان دخالت داشته باشند، پس از بررسی اتفاق و جوانب امر توسط کارشناسان مربوطه، سهم تقصیر هر یک از افرادی که در بروز حادثه نقش داشته اند، باید تعیین گردد^{۱۲}؛ البته این سهم قابل اعتراض و ارجاع به هیئت کارشناسی تخصصی برای بررسی و مذاقه بیش تر می باشد و در بعضی مواقع دیده شده، سهم تقصیر در کارشناسی مجدد و در هیئت یا هیئات کارشناسی تغییراتی صورت می گیرد؛ به هر حال، اگر شرکت نیروی برق منطقه ای به منظور نگهداشت شبکه انتقال نیروی برق، طبق یک قرارداد از پیمان کار دارای شرایط لازم بهره برد و پیمان کار مزبور، برای انجام بخشی از عملیات کابل کشی و اقدامات در حوزه تعمیر شبکه انتقال، از یک پیمان کار دیگری استفاده نماید و با این پیش فرض، این دو پیمان کار طرف قرارداد، در زمینه ای پایین بودن ارتفاع سیم های شبکه، مسئولیتی نداشته باشند و در زمان اجرای پیمان، به دلایلی همچون: پایین بودن و غیر مجاز بودن ارتفاع سیم های برق فشار قوی، نظارت نکردن و عدم رفع مشکل توسط شرکت نیروی برق منطقه ای و نیز سهل انگاری پیمان کار دوم، یکی از کارگران پیمان کار دوم دچار حادثه (برق گرفتگی) شود. به نظر می رسد، سهم تقصیر هر یک از آن ها به شرح زیر باشد:

- مسئولیت کارفرمای اول (شرکت نیروی برق منطقه ای) به علت رعایت نکردن استانداردها در انتقال شبکه (۶۰ درصد).
- مسئولیت کارفرمای دوم (پیمان کار اصلی) به عنوان طرف اصلی قرارداد پیمان با کارفرما (مسئولیتی ندارد).
- مسئولیت پیمان کار دوم به علت، انجام ندادن وظایف و نداشتن نظارت لازم بر کار کارگران (۲۵ درصد).
- مسئولیت کارگر خطا کار به علت بی احتیاطی و توجه نکردن به پایین بودن ارتفاع سیم های برق (۱۵ درصد).

۲-۲-۱-۲. ایمن نبودن تجهیزات یا کارگاه ها، اشکال در نصب و عدم مراقبت و نگهداری از تجهیزات

۱-^۲ میر حسینی، سارا، بررسی مسئولیت مدنی اداره برق در قبال مردم حین نوسانات منجر به خسارت، به راهنمایی، دکتر محمدحسین سیادت، دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، لرستان، ۱۳۹۶، ص ۶۲

بر اساس ماده ۸۵^۱ قانون کار، رعایت دستورالعمل‌هایی که از سوی شورای عالی حفاظت فنی و سایر ارگان‌ها تدوین می‌شود برای کارفرما لازم‌الاتباع است و همچنین بر اساس ماده ۹۱^۲ قانون مزبور، کارفرما موظف است امکانات و تجهیزات موضوع این ماده را تامین و در اختیار پرسنل و مجموعه کارگاهی قرار دهد^۳. حال اگر شرکت‌های توزیع نیروی برق یا شرکت‌های نیروی برق منطقه‌ای یا صاحبان کارگاه‌ها (پیمان‌کاران طرف قرارداد) و یا تولیدکنندگان تجهیزات به دلیل عدم رعایت ایمنی در کار باعث خسارت و زیان به کارگران و یا این عیب باعث خسارت به مشترکان شود، مسئولیت این زیان با چه شخصی خواهد بود؟ بر اساس ماده ۹۵^۴ قانون کار، هرگاه به دلیل رعایت نکردن ضوابط و مقررات، از جانب شخص کارفرما و یا مسئولین واحد، اتفاقی حادث شود، مسئول واحد یا کارفرما، ضامن خسارات و زیان‌ها خواهد بود؛ البته صاحبان کارگاه‌ها (پیمان‌کاران طرف قرارداد) هشدارها و ایمنی‌های لازم را برای کارگاه و کارگران فراهم کنند و آموزش‌های لازم را به کارگران تحت امر خود بدهند، اما کارگر با بی‌احتیاطی خود، باعث بروز خسارت به خودش شود، دیگر کارفرما یا صاحبان کارگاه‌ها بر اساس تبصره دو (۲) ماده ۹۵ مسئولیتی نخواهند داشت. بنابراین در صورت وقوع حوادث، حالات زیر متصور است:

۲-۱-۳. عدم رعایت ضوابط ایمنی توسط مستخدم

در جایی که پیمان‌کار طرف قرارداد با شرکت‌های توزیع نیروی برق، اقدامات لازم را انجام داده و امکاناتی که در حوزه ایمنی پرسنل ضرورت داشته را فراهم نموده است، از قبیل لباس، دستکش، کلاه مخصوص و...، لیکن مستخدم یا مستخدمین ضوابط و اقدامات ایمنی را رعایت ننمایند، به طور مثال، بدون لباس استاندارد و با لباس عادی، اقدام به تعمیر و یا تعویض ترانس برق یا فیوزهای انتقال برق نماید و در این اقدام خارج از ضوابط ایمنی به شخص مستخدم زیان و خسارتی وارد شود، به نظر می‌رسد مسئولیت عامل زیان به شرح زیر باشد:

- مسئولیت مستخدم شرکت پیمان‌کار، به دلیل عدم رعایت ضوابط و ایمنی (۱۰۰ درصد).
- مسئولیت صاحب کارگاه (پیمان‌کار)، (فاقد مسئولیت).

نکته قابل توجه این‌که، هنگامی باید بر اساس فروض فوق، عامل زیان و خسارت که شخص مستخدم است را ضامن اقدامات مقصرانه خود تلقی نماییم که زیان وارده به مستخدم، نتیجه و حاصل عدم رعایت ضوابط ایمنی توسط وی باشد، حال اگر اقدامات ایمنی لازم و ضروری از سوی وی صورت نگرفته باشد، ولی به دلیل دیگری، خسارت به مستخدم وارد آید و یا به تعبیری، عامل زیان شخص مستخدم نبوده و

۱- ماده ۸۵ قانون کار: «برای صیانت نیروی انسانی و منابع مادی کشور، رعایت دستورالعمل‌هایی که از طریق شورای عالی حفاظت فنی (جهت تامین حفاظت فنی) و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (جهت جلوگیری از بیماری حرفه‌ای و تامین بهداشت کار و کارگر و محیط کار) تدوین می‌شود، برای کلیه کارگاه‌ها، کارفرمایان، کارگران و کارآموزان الزامی است».

۲- در ماده ۹۱ قانون کار: «کارفرمایان و مسئولان کلیه واحدهای موضوع ماده ۸۵ این قانون مکلف هستند بر اساس مصوبات شورای عالی حفاظت فنی برای تامین حفاظت و سلامت و بهداشت کارگران در محیط کار، وسایل و امکانات لازم را تهیه و در اختیار آنان قرار داده و چگونگی کاربرد وسایل فوق‌الذکر را به آنان بیاموزند و در خصوص رعایت مقررات حفاظتی و بهداشتی نظارت نمایند. افراد مذکور نیز ملزم به استفاده و نگهداری از وسایل حفاظتی و بهداشتی فردی و اجرای دستورالعمل‌های مربوطه کارگاه می‌باشند».

۳- رنجبری، ابوالفضل، حقوق کار، مجد، تهران، ۱۴۰۲، ص ۴۴

۴- در ماده ۹۵ قانون کار: «مسئولیت اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار بر عهده کارفرما یا مسئولین واحدهای موضوع ذکر شده در ماده ۸۵ قانون کار خواهد بود».

عوامل دیگری چنین خسارتی را فراهم نموده است و اگر مسائل ایمنی را رعایت می نمود، نیز این اتفاق و زیان رخ می داد، به طور مثال، مستخدم، لباس و تجهیزات مخصوصی که شرکت های توزیع نیروی برق در اختیار وی قرار داده را به هنگام فعالیت شغلی استفاده ننماید و در حین کار به دلیل استهلاک و شکستگی تیر برق از ارتفاع سقوط نماید، دیگر استناد نمودن به عدم رعایت ضوابط ایمنی معنایی نخواهد داشت و در فرض انجام همه نکات ایمنی، این حادثه قابل دفع نبوده است و در این جا مسئولیت و ضمان با شرکت های توزیع نیروی برق یا شرکت پیمان کاری ذیل آن می باشد.

۲-۲-۱-۴. فقدان آموزش های لازم و ضروری پیمان کار و تقصیر مستخدم توانان

در جایی که پیمان کار در دادن آموزش های لازم و ضروری به مستخدمین کوتاهی نماید و یکی از مستخدمین نیز از روی سهل انگاری، باعث خسارت به خود و مشترکان شود، به گونه ای که عاملان زیان مستند به فعل مستخدم و ترک فعل شرکت های پیمان کاری باشد، سهام تقصیر می تواند به نحو زیر باشد:

- مسئولیت صاحب کارگاه (شرکت پیمان کار) در برابر کارگر (۸۰-۹۰ درصد).
- مسئولیت شخص یا مستخدم حادثه دیده، به دلیل بی احتیاطی (۱۰-۲۰ درصد). این نسبت تقصیر با بررسی کارشناس خبره، می تواند کاهش یا افزایش یابد.
- مسئولیت صاحب کارگاه (شرکت پیمان کاری) بر اساس ماده ۱۲ مسئولیت مدنی در برابر مشترکان (۱۰۰ درصد). کارفرما بر اساس مواد فوق، می تواند به کارگر به میزان سهم تقصیرش مراجعه کند^{۱۱}.

نکته دیگر این که، هنگامی باید بر اساس فروض فوق، عامل زیان و خسارت که شخص مستخدم و شرکت پیمان کاری قلمداد کنیم که زیان وارده به مستخدم، نتیجه و حاصل عدم آموزش توسط شرکت های مزبور و در نتیجه سهل انگاری مستخدم رخ دهد، حال اگر اقدامات مستخدم از روی سهل انگاری نبوده باشد، بلکه عدم شناخت و آموزش سبب اصلی زیان و خسارت باشد، به طور مثال مستخدم نمی دانست، برای فعالیت در ارتفاع، باید کدام ابزار ایمنی که کارفرما در اختیار وی قرار داده است، استفاده نماید، حال به دلیل همین عدم آموزش، مستخدم از ارتفاع سقوط نماید و سبب فوت وی گردد یا زیان دیگری وارد آید، در این جا نمی توان سهامی را برای سهل انگاری مستخدم در نظر گرفت و منطقی است، تمام ضمان را باید به دوش شرکت پیمان کاری قرار داد.

۲-۲-۱-۵. اهمال کاری پیمان کار در دادن آموزش و اقدامات ایمنی و تجهیزات

پیمان کار، در دادن آموزش های لازم یا در فراهم کردن تجهیزات ایمنی، کوتاهی کرده باشند و به جهت نقص این امکانات و تجهیزات، مستخدم به خود و مشترکان برق خسارت وارد کند، مانند اینکه مستخدم شرکت پیمان کاری، بدون آموزش های تخصصی لازم و بدون استفاده از تجهیزات ایمنی برای تعمیر ترانس برق فشار قوی به بالای دکل مخصوص برق می رود، به دلیل عدم مهارت تخصصی و نداشتن ایمنی لازم، سبب انفجار در ترانس برق و به دلیل فقدان ایمنی کار، از بلندی پرتاپ می شود، حال این قطعی ناگهانی سبب خسارت سنگینی به مشترکان برق و عدم ایمنی کار اسباب زیان به خود را فراهم نموده است؛ مع الوصف، با توجه به اهمال کاری شرکت پیمان کاری، یا شرکت های اقماری، به نظر می رسد مسئولیت مدنی

۱- ساعتچی یزدی، حسین، قانون کار، مجد، تهران، ۱۴۰۲، ص ۸۴

- مسئولیت صاحب کارگاه (شرکت پیمان کاری) به دلیل عدم تجهیز و... در برابر کارگر (۱۰۰ درصد).
- مستخدم حادثه دیده بدلیل نقص امکانات کارگاه، نسبت به مشتریان برق و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی (فاقد مسئولیت).
- مسئولیت صاحب کارگاه (شرکت پیمان کاری) بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی در برابر مشتریان (۱۰۰ درصد).

۳. تعدد اسباب عاملین زیان

همان طوری که در قواعد عمومی مسئولیت مدنی بدان اشاره شد؛ در مواقعی که زیان حاصله، ناشی از اقدام مقصرانه شخص مستخدم باشد، مسئولیت متوجه مقصر حادثه خواهد بود؛ مانند این که مستخدم یا مستخدمین این شرکت، علی رغم آموزش های فنی و تخصصی لازم و نیز در اختیار داشتن امکانات و تجهیزات پیشرفته ایمنی، بدون رعایت ضوابط ایمنی کار، اسباب زیان به مشتریان برق و یا اشخاص دیگری را فراهم آورند، علی القاعده چنین شخص یا اشخاصی دارای ضمان هستند و می بایستی زیان را تماماً جبران نمایند، اما در نحوه جبران زیان، با توجه به ماهیت اصلی حقوقی این شرکت ها، اختلاف اندکی وجود دارد؛ شخص زیان دیده می تواند به شرکت های توزیع نیروی برق مراجعه و خسارت را مطالبه نماید و در نهایت بعد از پرداخت غرامت، شرکت های توزیع نیروی برق می توانند، بر اساس مقررات سازمانی و اداری، برای دریافت خسارت، به مستخدم مقصر رجوع نمایند.

۳-۱. مستخدم و شرکت توزیع نیروی برق در عرض یک دیگر سبب بروز زیان شوند (تعدد اسباب)

در چنین حالتی، بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه، بویژه نظر فقیه برجسته معاصر حضرت امام خمینی (ره) و نیز بر اساس مواد ۴۵۳^{۱۱} و ۵۳۳^{۲۲} قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین ماده ۱۴^{۲۳} قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، هر دو دارای مسئولیت هستند، یعنی هم شرکت توزیع نیروی برق و هم مستخدم دارای مسئولیت می باشند، مانند این که شرکت های توزیع برق، امکانات ایمنی معیوبی را در اختیار مستخدم قرار دهند و مستخدم نیز در انجام وظایف محوله، بی احتیاطی و یا سهل انگاری نماید و در نهایت منجر به زیان و خسارت به مشترک برق شود و بر اساس نظر کارشناس متخصص، دو عامل برای تحقق زیان نقش داشته است، یکی معیوب بودن امکانات شرکت های توزیع نیروی برق و دیگری بی احتیاطی و سهل انگاری مستخدم؛ در این جا شخص زیان دیده، می تواند به شرکت توزیع نیروی برق منفرداً و یا به مستخدم مقصر مجتمعاً مراجعه کند و یا مورد دعوی قرار دهد. حال اگر شرکت های توزیع نیروی برق، خسارات کامل را به زیان دیده بپردازند، شرکت های مزبور بر اساس قواعد عمومی مسئولیت

۱- ماده ۴۵۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): هرگاه دو یا چند نفر به نحو اشتراک مرتکب جنایت موجب دیه گردند، حسب مورد هر یک از شرکا یا عاقله آنها به طور مساوی مکلف به پرداخت دیه است.

۲- ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می باشند.

۳- ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹: هرگاه چند نفر مجتمعاً زانی وارد آورند، متضامناً مسئول جبران خسارت وارده هستند. در این مورد میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.

مدنی، می‌توانند به عامل دیگر زیان که همان مستخدم مقصر است، به نسبت سهام تقصیر او رجوع نموده و سهم پرداختی را به صندوق شرکت‌های توزیع نیروی برق اعاده نمایند.

۳-۲. مستخدم و شرکت‌های توزیع نیروی برق، در طول یک‌دیگر سبب ورود زیان باشند (تعدد اسباب)

اگر اقدام مستخدم و فعل و ترک فعل شرکت‌های توزیع نیروی برق، در طول یک‌دیگر سبب ورود زیان به مشترکان یا اشخاص دیگر باشند (تعدد اسباب)؛ بر اساس نظر مشهور فقیهان و نظر حضرت امام خمینی رهبر فقید انقلاب اسلامی، سبب مقدم در تأثیر، مسئولیت خواهد داشت؛ یعنی مسئولیت متوجه شخصی خواهد بود که مقدم در تأثیر باشد؛ خواه شرکت‌های توزیع نیروی برق باشند خواه مستخدم خاکی؛ به طور مثال، مستخدم شرکت‌های توزیع نیروی برق برای انجام وظیفه در حیطه مسئولیتی خود، خودروی سازمانی را در نقطه پرخطر کنار جاده متوقف می‌کند، بعد از ساعتی، خودروی دیگری که در حال تردد بوده با خودروی سازمانی مستخدم برخورد می‌کند و بعد از برخورد و انحراف به تیرهای برقی که به نحو نامناسبی در کنار جاده قرار داشته، برخورد و باعث جرح و سبب زیان بدنی و مالی شده است؛ بر اساس این نظریه، مسئولیت متوجه شخصی است که خودرو را در جای پرخطر گذاشته است؛ زیرا حادثه زیان‌بار با برخورد خودروی به خودروی مستخدم آغاز می‌شود؛ اما از آنجایی که مسئولیت مدنی شرکت‌های توزیع نیروی برق در قبال مشترکان، مفهومی بسیار گسترده‌تر دارد و ترک فعل یا مدیریت نادرست مدیران اثر زیان‌باری را به همراه خواهد داشت، مسئول تلقی کردن شرکت‌ها و یا مسئولیت به نسبت میزان تقصیر معقول به نظر می‌رسد؛ چراکه نظر مشهور فقیهان در خصوص دو سبب مجزا بیان شده است، در صورتی که اقدام خطاکارانه شخص مستخدم با اقدام مقصرانه شرکت‌های توزیع نیروی برق در راستای یک سبب تعریف می‌شود.

۴. تقصیر زیان‌دیده به عنوان مشترک برق

برای اینکه تقصیر زیان‌دیده در قانون ایران و قانون فرانسه مؤثر باشد و حق مطالبه بعضی یا تمام زیان به دلیل انتساب آن به شخص زیان‌دیده از بین برود، شرایطی را می‌طلبد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت:

اول) احراز تقصیر زیان‌دیده؛ اقدام شخص زیان‌دیده به نحوی باشد، که بتوان آن‌را، نوعی تقصیر بیان کرد.

دوم) احراز وقوع ضرر و غرم به شخص زیان‌دیده؛ خواه مادی باشد یا معنوی و یا بدنی.

سوم) وجود رابطه سببیت؛ میان اقدام شخص زیان‌دیده و خسارت‌های وارده، رابطه‌ی عرفی سببیت، وجود داشته است (علی پناهی، ۱۳۹۷: ۶).

۴-۱. اقدام زیان‌دیده، ناشی از اقدام ماموران برق

شرط دیگری که باعث می‌شود، اقدام مشترک برق (زیان‌دیده)، سبب محرومیت او از دریافت خسارت گردد، این است که اقدام مشترک برق، تحت تأثیر اقدام مامور برق نباشد. به تعبیر دیگر، اقدام خطر آفرین و تقصیر مامور برق، سبب و محرک اقدام مشترک برق (زیان‌دیده) نباشد. زمانی که مستخدمین شرکت‌های توزیع نیروی برق یا کارگران شرکت‌های پیمان‌کاری، با تقصیر یا اقدام مخاطره آمیز خود، مشترک برق را در موقعیت خطرناک قرار دهند و مشترک برق برای فرار از محیط خطرناکی که ایجاد شده است، اقدامی انجام دهد، لکن در نتیجه، نه تنها اقدام مشترک برق سبب رفع خطر از او نشده است، بلکه سبب ایجاد خسارت به وی می‌شود. در این‌جا آشکار است که اگر مستخدم شرکت‌های مزبور، اقدام خطرناکی انجام

در خصوص موارد فوق، در نظام حقوقی ایران، نصی وجود ندارد، اما در نظام های حقوقی خارجی و نیز فقه امامیه مواردی بیان شده است. نظر به پیشینه مسئله در نظام های حقوقی خارجی، می بایست این نظر را تأیید نمود و باید بیان کرد، در فرضی که عامل زیان، به عنوان مسبب، فردی را در موقعیت خطرناک قرار داده، دچار تقصیر شده است و از طرفی اقدام شخص زیان دیده که به عنوان یکی از اسباب خسارت شناخته می شود، چون اینکه در شرایط و اوضاع معقول و متعارف فعلی انجام داده، دچار تقصیر نشده است. بنابراین، شخصی که زیان دیده را در موقعیت خطرناک قرار داده است، باید مسئول خسارت تلقی کرد؛ زیرا در صورتی که برای ایجاد زیان دو سبب وجود داشته باشند، یکی از آن سبب، دچار تقصیر شده باشد و دیگری تقصیر در کار نداشته باشد، شخصی که تقصیر کرده است، مسئول خواهد بود (مواد ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی ایران)؛ اگر چه فعل شخص زیان دیده در زمره مباشرت در اتلاف تلقی گردد که در ضمان آن، تقصیر شرط تحقق نمی باشد؛ زیرا اگر عامل زیان، از روی تقصیر مرتکب فعلی گردد و باعث تحمیل خسارت به زیان دیده شود، میتوان بیان کرد که سبب در این جا، اقوای از مباشر است (ماده ۳۳۲ قانون مدنی ایران) و از این باب، شخص مقصر، ضامن است.

مانند اینکه، مستخدم شرکت های توزیع نیروی برق، با قطع سیم برق دار در جای پر تردد و انفجار ناشی از برخورد سیم های فاز و نول که خود می توانست حادثه بی آفریند، باعث سر درگم شدن فرد در حال تردد شده و به خود زیان وارد نموده است. اقدام زیان دیده و قطع سیم برق دار از سوی مامور برق، دو عامل ایجاد زیان بوده است، اما چون مامور برق با اقدام غیر اصولی و رفتار پر خطر، شخص زیان دیده را در وضعیت خطرناک قرار داده و او را مجبور به آن فعل کرده است، مستخدم در این جا دارای مسئولیت مدنی کامل می باشد.

۴-۲. اقدام زیان دیده بدلیل عدم رعایت ضوابط و ممنوعیت های شرکت های توزیع نیروی برق

سوالات دیگری که مطرح می شود این است که اگر مشترکان برق، به صورت غیرقانونی از انشعابات برق استفاده نمایند، یا حریم قانونی را رعایت نکنند و سبب زیان به خود شوند، مسئولیت این زیان با چه کسی خواهد بود؟ قبل از پرداختن به پاسخ این سوال، ابتدا در این خصوص، نمونه هایی از قوانین و دستورالعمل ها را اشاره خواهیم کرد.

ماده دو^۱ (۲) آئین نامه اجرایی قانون مجازات استفاده کنندگان غیر مجاز از آب و برق و گاز مصوب ۱۳۹۷، استفاده غیر مجاز از خدمات برق ممنوع تلقی نموده و نیز بر اساس تبصره یک^۲ (۱) ماده پنج (۵) همان قانون، واگذاری خدمات برق به مستحذات غیر مجاز غیر قانونی بیان شده است و همچنین، بر اساس ماده نه^۳ (۹) لایحه قانونی رفع تجاز از تاسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹، چنانچه در مسیر و حریم خطوط انتقال و توزیع نیروی برق، هر تصرفی بر خلاف مقررات صورت گیرد، شرکت های توزیع

۱- ماده دو (۲) آئین نامه اجرایی قانون مجازات استفاده کنندگان غیر مجاز از آب و برق و گاز مصوب ۱۳۹۷: «استفاده از خدمات آب، برق و گاز... استفاده غیر مجاز با وجود داشتن انشعاب ممنوع است و...»

۲- تبصره یک (۱) ماده پنج (۵) آئین نامه اجرایی قانون مجازات استفاده کنندگان غیر مجاز از آب و برق و گاز مصوب ۱۳۹۷: «واگذاری خدمات موضوع قانون به مستحذات غیر مجاز... ممنوع است و...»

۳- ماده نه (۹) لایحه قانونی رفع تجاز از تاسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹: «چنانچه در مسیر و حریم خطوط انتقال و توزیع نیروی برق... هر تصرف خلاف مقررات شده یا بشود سازمان های آب و برق بر حسب مورد، با اعطای مهلت مناسب، با حضور نماینده دادستان، مستحذات غیر مجاز را قلع و قمع و رفع تجاوز خواهد نمود و...»

نیروی برق موظف شده در یک مهلت و مدت عرفی، مستحقات غیر مجاز را قلع و قمع و رفع تجاوز نماید و ایضا ماده ۱۰^۴ لایحه مارالذکر، هرگونه پروانه ساختمانی و در اختیار قراردادن هرگونه انشعابی را در مسیر و حریم خطوط انتقال برق را نهی کرده است. مواد شش (۶) الی ۱۰ قانون جدید حریم خطوط برق، در صورت عدم رعایت قوانین و مقررات موضوع این مواد هرگونه اتفاقی که منجر به زیان او شود، متوجه خود او خواهد بود. به طور مثال، تبصره دو (۲) ماده شش (۶) قانون مزبور اعلام می‌دارد، هرگونه حفر چاه قنات و... درفاصله سه (۳) متری پایه‌های دکل برق ممنوع است.^{۲۵}

موارد یاد شده، بخشی از قوانین و دستورالعمل‌های مرتبط با شرکت‌های توزیع نیروی برق می‌باشد که صراحتاً شخصیت‌های حقیقی و حقوقی را نسبت به رعایت آن ملزم شده‌اند. به طور مثال؛ اگر موردی که در ماده دو (۲) آئین نامه اجرایی قانون مجازات استفاده کنندگان غیر مجاز از آب و برق و گاز مصوب سال ۱۳۹۷ اشاره شده است، شخصی به صورت غیر قانونی از انشعاب برق استفاده نماید و در حین بهره‌برداری غیر مجاز، دچار برق گرفتگی شود و در نهایت فوت یا شدیداً مجروح شود، قانون‌گذار نمی‌تواند حمایت قانونی از این شهروند متخلف داشته باشد و اگر خسارتی به این دسته از افراد وارد آید، شرکت‌های توزیع نیروی برق و مستخدمین آن‌ها مسئولیتی نخواهند داشت.^۳

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

با توجه به گسترش دامنه فعالیت‌های عمومی دولت و تشکیل شرکت‌های دولتی یکی پس از دیگری و تبدیل برخی از آن‌ها به شرکت‌های خصوصی، بیان جایگاه مسئولیت مدنی دولت و مسئولیت مدنی این شرکت‌ها نقش به سزایی خواهد داشت. یکی از این شرکت‌ها، که به صورت فراگیر کالای ضروری عموم جامعه را توزیع می‌کند، شرکت‌های توزیع نیروی برق ایران است که به طور رسمی از سال ۱۳۸۵ توسط مجلس شورای اسلامی تصویب و اجرایی شده است. شرایط مسئولیت مدنی دولت‌ها و شرکت‌ها بویژه شرکت‌های دولتی برق منطقه‌ای در ماده ۱۱ و نیز شرکت‌های توزیع نیروی برق به عنوان یک شرکت خصوصی در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹ به آن اشاره شده است و بیان چند نکته ضروری است:

اول) مبنای مسئولیت شرکت‌های دولتی در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، بر اساس نظریه تقصیر است و تقصیر شخصی و تقصیر دولتی را جدا نموده است. با این توضیح اگر مستخدم شرکت‌های برق منطقه‌ای، در فعل یا ترک فعل تقصیر نکند و نیز شرکت‌های مزبور در وسایل و امکانات سهل انگاری نکرده باشد، همه‌ی شرایط اجرای کار را رعایت کرده باشند در این‌جا مستخدم و نیز شرکت‌های برق منطقه‌ای از مسئولیت مبرا خواهند بود و به عنوان عامل اصلی زیان تلقی نخواهند شد. به نظر می‌رسد، نظریه تقصیر در مجموع، چارچوب مناسب و زبنده‌ای برای مسؤولیت دولت در رابطه با رفتار مستخدمین خود نیست، نظریه مسؤولیت مدنی بدون تقصیر، برای ضمان دولت و نهادهای دولتی، در رابطه با اعمال مستخدمین خود، عادلانه و مناسب‌تر می‌باشد.

دوم) در حقوق ایران، در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، فرقی بین خطاهای عمدی و غیرعمدی شخص مستخدم قائل نشده است و اگر مستخدم شرکت‌های برق منطقه‌ای، مرتکب خطای عمدی یا

۱- ماده ۱۰ لایحه قانونی رفع تجاوز از تاسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹: «اعطای پروانه ساختمان و انشعاب آب و

برق و گاز و سایر خدمات شهری در مسیر و حریم موضوع ماده نه (۹) ممنوع است»

۲- حبیبی، غلامعلی زاده کجور، همان، ص ۹

۳- همان

خطای غیر عمدی شود، به عنوان عامل اصلی شناخته می‌شود، در هر دو صورت دارای مسئولیت است. به نظر می‌رسد با توسعه مفهوم قسمت اخیر ماده ۱۱ که خسارات ناشی از نقص وسایل و موسسات را بر عهده دولت قرار داده است، خطای کارمند را هم بتوان جزو مسئولیت دولت تلقی کرد و حیطه مفهوم خطای اداره را گسترش داد و محتوی خطای شخصی را تا حدودی کاهش داد و شخص مستخدم را در صورتی که ناشی از رفتار عامدانه و بدخواهانه او باشد، مسئول دانست.

سوم) مسئولیت موضوع ماده، فقط شامل اعمال تصدی‌گری دولت و شرکت‌های دولتی خواهد بود و شامل اعمال حاکمیتی نمی‌شود؛ مثلاً اگر مجلس شورای اسلامی قانونی را وضع نماید که برای مدیریت ذخیره انرژی برق، روزانه بصورت منطقه ای خاموشی باشد، اگر خسارتی به مشترکان برق وارد آید، دولت یا شرکت‌های دولتی به عنوان عامل اصلی شناخته نخواهند شد و به همین دلیل، مسئولیتی نخواهند داشت. به نظر می‌رسد، نباید مانند گذشته مسئولیت دولت را به فعالیت‌های مشمول اعمال حاکمیت ارتباط داد تا زمینه عملکرد سوء دولت و مستخدمین آن زیر لوای اعمال حاکمیت و جبران نشدن زیان مشترکان فراهم نیاید.

پیشنهادهات:

۱) یکی از دلایل ایجاد زیان به مشترکان برق؛ عدم اطلاع رسانی به موقع شرکت‌های توزیع نیروی برق می باشد. اطلاع رسانی به موقع شرکت‌های توزیع نیروی برق، در خصوص قوانین و مقررات و هشدارهای لازم، می‌تواند به کاهش چشمگیر خسارات، بویژه خسارات جانی کمک کند. در تجزیه تحلیلی که در پنجمین کنفرانس شبکه‌های توزیع نیروی برق منتشر شد، در بخش نتیجه گیری اعلام شد که ۷۰ درصد حوادث مردمی به علت عدم آگاهی مشترکان برق بوده و فقط ۳۰ درصد آن، به دلیل عدم استانداردهای لازم اتفاق افتاده است. همچنین برای قطع برق جهت تعمیرات و یا قطع برق بنا به الزام دولت در مدیریت مصرف برق می‌بایست قبل از آن، اطلاع رسانی مناسبی از سوی پیمانکار مجری و یا شرکت‌های توزیع نیروی برق صورت پذیرد.

۲) پیشنهاد می‌گردد، شرکت‌های توزیع نیروی برق هنگام نصب کنتور الزاماً محافظ پای کنتور (محافظ ورودی کنتور) و کلید محافظ جان را نیز نصب نمایند، یا طی اطلاع رسانی از طریق رسانه ملی، یا محلی، یا استفاده از ظرفیت دهیاری‌ها، یا شورای اسلامی محلات و یا از طریق نیروهای کنتورخوان برق به اطلاع مشترکان برسانند که باید دو قطعه محافظ پای کنتور و کلید محافظ جان نصب گردد. طبیعتاً اگر محافظ مخصوص که در بازار هم به صورت گسترده وجود دارد، در کنار کنتور برق همه‌ی مشترکین نصب گردد، در مقابل ولتاژهای غیر استاندارد و مضر، مقاومت کرده و مانع از سوختن دستگاه‌ها و لوازم خانگی و اداری و تولیدی می‌شود و همچنین کلید محافظ جان در صورتی که تماس بدن انسان به برق صورت گیرد به صورت خودکار کنتور قطع می‌شود و باعث حفظ جان و سلامت مشترکان برق می‌شود. این دستگاه‌ها براحتی در بازار یافت می‌شود و به سهولت قابل وصل زیرکنتور می‌باشد.

۳) پیشنهاد می‌گردد، تمام مستخدمین شرکت‌های توزیع نیروی برق و مستخدمین شرکت‌های پیمان‌کاری، نام و مشخصات اداری و یا کد پرسنلی خود را روی سینه نصب نمایند، تا ارباب رجوع و زیان‌دیدگان به آسانی بتوانند آنان را شناسایی کنند و در صورت بروز تخلف، یا ورود خسارت و یا سهل انگاری در انجام اقدامات از جانب مستخدمین، با معرفی آن‌ها، فرآیند طرح دعوی و دادخواهی به شکایات مشترکان برق و یا عموم مردم در اسرع وقت صورت پذیرد.

Civil liability of those responsible for damage in accidents related to electricity

Extent Abstract

Although civil liability in public law and civil liability in private law share the elements of civil liability, there is no single foundation for accepting the rules of civil liability in the two areas mentioned; because civil liability in private relations results from a harmful act that destroys the order governing the relations of individuals, and the cause of the loss is responsible for restoring the previous status or repairing the loss. While the government or state-owned companies or their employees may cause damage to citizens while performing their duties, in such a way that the government is not responsible for restoring the previous status or repairing it. Of course, perhaps the most fundamental effect and necessity of the public interest in the development and growth of the concept of “accountability” can be stated. One of the public institutions that are responsible and accountable by performing public services in the country is the electricity distribution companies. These companies are responsible for distributing electricity to domestic, industrial, agricultural, manufacturing, etc. subscribers. In the meantime, if they cause damage to electricity subscribers or non-subscribers and cause losses to electricity subscribers or any other person due to the implementation of projects or any services performed by these companies or their contractors within the scope of their duties, the electricity distribution companies are responsible and must pay for these damages.

Iran’s electricity distribution companies, as an official and public institution in the country that is completely exclusive in its responsibility to distribute electricity and in this way, it deals with management matters; if this responsible institution causes damage to subscribers or other persons in the performance of its legal duties, or in the performance of its contractual duties, or as a result of the correct or incorrect actions of the employees of the distribution companies and contracting companies under its umbrella, who will be responsible according to Iranian law? Or if the employees of such companies intentionally damage facilities or persons, who will be responsible? Or is there joint liability in cases where electricity distribution companies, together with their employees, jointly cause damage to another in the performance of their duties? In the civil liability of the state, several grounds for the civil liability of the state and state-owned companies, especially power companies, regional electricity companies, and electricity distribution companies, have been stated

2. Methods

In the current study, fundamental, descriptive, and analytical research methods have been used.

Results .3

In the research and studies conducted in books and some legal articles as well as in the articles of Iranian laws; electricity distribution companies will be liable in cases of loss and in some cases of attribution, whether it is due to action or omission of these companies. Employees of electricity distribution companies will not be liable if they fail to carry out the orders of electricity distribution companies. Otherwise, if employees of electricity distribution companies or employees of contracting companies with electricity distribution companies are at fault in carrying out their organizational missions, the employee's liability will stand and the companies will not be liable, and also in some cases there is joint liability between employees and electricity distribution companies.

Conclusion .4

Given the expansion of the scope of public activities of the government and the formation of state-owned companies one after another and the transformation of some of them into private companies, the statement of the position of the government's civil liability and the civil liability of these companies will play a significant role. One of these companies, which comprehensively distributes essential goods to the general public, is the Iranian Electricity Distribution Companies, which has been officially approved and implemented by the Islamic Consultative Assembly since 2006. The conditions of civil liability of governments and companies, especially regional state-owned electricity companies, are mentioned in Article 11, as well as power distribution companies as a private company in Article 12 of the Iranian Civil Liability Law approved in 1950, and it is necessary to state a few points:

First- The basis of the liability of state-owned companies in Article 11 of the Civil Liability Law is based on the theory of fault and separates personal fault and state fault. With this explanation, if the employee of the regional power companies is not at fault in the act or omission, and the said companies are not negligent in the means and facilities, and if all the conditions for the execution of the work have been observed, then the employee and the regional power companies will be exempt from liability and will not be considered as the main cause of the loss. It seems that the theory of fault in general is not a suitable and appropriate framework for the responsibility of the state in relation to

the behavior of its employees, the theory of civil liability without fault is more fair and appropriate for the guarantee of the state and government institutions in relation to the actions of its employees.

Second- In Iranian law, in Article 11 of the Civil Liability Law, there is no distinction between intentional and unintentional errors of the employee, and if the employee of the regional power companies commits an intentional or unintentional error, he is recognized as the main cause, and in both cases he is liable. It seems that by expanding the concept of the latter part of Article 11, which places the responsibility of the government for damages caused by defects in equipment and institutions, employee error can also be considered as part of the government's responsibility, expanding the scope of the concept of administrative error, reducing the content of personal error to some extent, and holding the employee responsible if it is caused by his intentional and malicious behavior.

The responsibility of the article will only include the acts of govern- **-Third** ment and state-owned companies and will not include acts of sovereignty; for example, if the Islamic Consultative Assembly enacts a law that, in order to manage the electricity energy reserve, there will be a daily regional blackout, if any damage is caused to electricity subscribers, the government or state-owned companies will not be recognized as the main factor and for this reason, they will not be responsible. It seems that, as in the past, the government's responsibility should not be linked to activities subject to acts of sovereignty, so as not to create the basis for the government and its employees to perform poorly under the guise of exercising sovereignty and not compensating the subscribers .for their losses

5.Funding

There is no funding support.

6. Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

7.Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest

8. Acknowledgments

Thanks to Mr. Dr. Hossein Miri, the second author, who has provided a lot of help.

منابع

- ابریشمی‌راد، محمدمبین. (۱۴۰۰). آیین دادرسی اداری. تهران: مجد.
- امامی، محمد و استوار سنگی، کوروش. (۱۳۹۰). حقوق اداری. تهران: میزان.
- اخوان فرد، مسعود و تقدیر، محمد کاظم. (۱۳۸۹). مسئولیت بین المللی دولت بر اساس معاهده منشور انرژی، مجله حقوقی بین‌المللی، حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۲۷(۴۲)، ۱۵-۲۹.
- حبیبی، حمید و غلامعلی زادکجو، محمد. (۱۳۹۸). بررسی مسئولیت مدنی اداره توزیع برق و کارکنان آن در برابر مشترکان و شناخت چالش ها و راهکار. دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی، اردبیل.
- خلجی، روح اله. (۱۳۹۴). شرکت نفتی توتال، ساختار، گستره عملیات بالادستی و پائین دستی، و مسئولیت (مطالعه موردی دعوای نفتکش اریکا)، تهران: کتاب نخستین همایش بین المللی حقوق ایران.
- رنجبری، ابوالفضل. (۱۴۰۲). حقوق کار. تهران: مجد.
- زرگوش، مشتاق. (۱۴۰۳). مسئولیت مدنی دولت، جلد ۱. تهران: میزان.
- ساعتچی یزدی، حسین. (۱۴۰۲). قانون کار. تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین. (۱۴۰۲). مسئولیت مدنی. تهران: سمت.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله. (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی تطبیقی. تهران: شهر دانش.
- طباطبایی مومنی، منوچهر. (۱۳۹۰). حقوق اداری. تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۲). وقایع حقوقی مسئولیت مدنی. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷). الزام خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی) قواعد عمومی. تهران: گنج دانش.
- ملکوتی، رسول. (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی دولت. تهران: مجد.
- منصور، جهانگیر. (۱۴۰۳). قوانین و مقررات مربوط به تخلفات اداری. تهران: دیدآور.
- موسی زاده، رضا. (۱۳۷۷). حقوق اداری. تهران: میزان.
- میر حسینی، سارا. (۱۳۹۶). بررسی مسئولیت مدنی اداره برق در قبال مردم حین نوسانات منجر به خسارت، به راهنمایی: دکتر
- محمد حسین سیادت، دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی.
- میرداداشی، سید حسین. (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی موسسات عمومی. قم: دانشگاه مفید.
- وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۹۵). نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در قبال کارکنان خود. دین و قانون، ۵(۱۴)، ۱۲۵-۱۵۸.

Identifying the dimensions and components of the duties and responsibilities of securities issuers in the primary market towards investors

1.Hamid Judaki 2.Abdolmohammad Kordi 3.Jamshid Mirzaee

Recieved:12/3/2024

Accepted: 26/2/2025

Abstract:

Securities issuers are known as one of the important pillars of the securities market. The existence of many advantages in this market has led many companies to gain the necessary motivation to participate in these markets and enter the financial markets. In order to increase their capital and take advantage of other existing advantages by offering their securities. In this regard, considering the benefits they gain from this, they must behave in a way that protects the rights of shareholders and investors in this market and does not cause them losses. The appropriate legal behavior of issuers, along with other pillars of the securities market, can reflect this importance so that investors face the least harm in this market. Undoubtedly, the recognition of the legal duties of issuers by them and also by investors as the most important pillar of the capital market will increase investment, as well as public trust and improve the economy of the society, while drawing a transparent and efficient market. The examination of these duties and responsibilities, some of which are the responsibility of the Securities and Exchange Organization and some of which are the responsibility of the issuer, is the focus of this article, so that by explaining the most important duties of issuers towards investors and aligning their most important parts with American and French law, legal responsibilities can be considered for them in accordance with these duties.

key word : Loss compensation, investment, stock exchange, issuer, primary market

1. PhD student, Department of Private Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Khorramabad, Iran.۹-...۱-۴۷۴۵-۷۷۵۹.

email: Faraji88.m.n@gmail.com

2. Assistant Professor, PhD, Assistant Professor, Department of Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Borujerd, Iran.۲-۴۷۷۱-۷۱۹۴

email: Abooeiyeh1402@proton.me

3. Assistant Professor, PhD, Department of Law, Khorramabad Branch, Islamic Azad University, Khorramabad, Iran.۱-۵۳۰۲-۷۲۴۸

email: Dr.behyanfar1350@gmail.com

شناسایی ابعاد و مولفه های وظایف و تکالیف ناشر اوراق بهادار در بازار اولیه در قبال سرمایه گذاران

۱. حمید جودکی ۲. عبدالمحمد کردی ۳. جمشید میرزایی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۸ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۲

چکیده:

ناشران اوراق بهادار به عنوان یکی از ارکان مهم بازار اوراق بهادار شناخته می شوند. وجود مزایای بسیار در این بازار بر آن شده است که شرکتهای عدیده ای انگیزه لازم را برای حضور در این بازارها به دست آورده و وارد بازارهای مالی شوند. تا با ارائه اوراق بهادار خود، هم سرمایه خود را افزون نموده و هم از سایر مزایای موجود استفاده نمایند. در این راستا با توجه به منافعی که از این رهگذر به دست می آورند لاجرم بایستی به گونه ای رفتار نمایند که حقوق سهامداران و سرمایه گذاران در این بازار حفظ شده و باعث خسران ایشان نشوند. رفتار متناسب حقوقی ناشران در کنار سایر ارکان بازار اوراق بهادار می تواند این مهم را متجلی نموده تا سرمایه گذاران با کمترین آسیبی در این بازار روبرو شوند. بی شک شناخت تکالیف قانونی ناشران توسط ایشان و همچنین سرمایه گذاران به عنوان مهمترین رکن بازار سرمایه ضمن ترسیم بازاری شفاف و کارآمد باعث افزایش سرمایه گذاری و همچنین اعتماد عمومی و اصلاح اقتصاد جامعه خواهد شد. بررسی این وظایف و مسئولیتها که بخشی از آن به عهده سازمان بورس و اوراق بهادار و بخشی دیگر برعهده ناشر می باشد در این نوشتار به عنوان نقطه ثقل قرار گرفته تا با تبیین مهمترین تکالیف ناشران در قبال سرمایه گذاران و تطبیق مهمترین بخشهای آن با حقوق امریکا و فرانسه بتوان متناسب با این تکالیف مسئولیتهای قانونی برای آنها در نظر گرفت.

کلید واژگان: جبران زیان، سرمایه گذاری، بورس، ناشر، بازار اولیه

۱- دانشجوی دکترا، گروه حقوق خصوصی، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران

۰۰۰۹-۰۰۰۱-۴۷۴۵-۷۷۵۹.

Faraji88.m.n@gmail.com

۲- استادیار، دکترا، استادیار، گروه حقوق، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، بروجرد، ایران

۰۰۰۰-۰۰۰۲-۴۷۷۱-۷۱۹۴

Abooeiyeh1402@proton.me

۳- استادیار، دکترا گروه حقوق، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران.

۰۰۰۰-۰۰۰۱-۵۳۰۲-۷۲۴۸

Dr.behyanfar1350@gmail.com

سازمان بورس و اوراق بهادار یک موسسه عمومی غیر دولتی می باشد^۱ که توسط هیئت مدیره مدیریت می شود این سازمان زیر نظر شورا بر اجرای قوانین و مقررات، تنظیم و تدوین مقررات و ایفای سایر وظایف تعیین شده در قانون نظارت می کند. از مجموع وظایف سازمان بورس وظایف نظارتی آن عبارتند از: نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقررات^۲، اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری از وقوع تخلفات در بازار اوراق بهادار، بررسی و نظارت بر افشای اطلاعات با اهمیت توسط شرکت های ثبت شده نزد سازمان^۳، که موارد یاد شده رکن مهم وظایف بوده و با توجه به حساسیت های خاص سرمایه گذاری در این بازار کوچکترین کوتاهی در انجام این وظایف باعث خسران و زیان هزاران سرمایه گزار در بورس خواهد شد^۴.

یکی از مهمترین ویژگیهای بورس اوراق بهادار خود انتظام بودن آن است^۵. مهمترین ویژگیهای خود انتظام برخورداری این نهادها از استانداردهای حرفه ای و اخلاقی است. به بیان دیگر نهادهای خود انتظام مجازند برای حسن انجام وظایف و تنظیم فعالیتهای حرفه ای خود، ضوابط و استانداردهای حرفه ای و انضباطی لازم را وضع و اجرا نمایند^۶ بی شک عدم رعایت این ضوابط از سوی سازمان بورس که برخی ناظر به خود سازمان و برخی ناظر بر شرکت های ناشر هستند ضمان اور بوده و باعث بروز مسئولیت مدنی برای آنان خواهد بود و جبران زیان سرمایه گزاران بر عهده ایشان خواهد بود.

شرکتهای ناشر نیز همانگونه که بیان شد برای استفاده از مزایای قانونی بشمار بازار سرمایه وارد این بازار شده و اقدام به انتشار اوراق بهادار می نمایند. بی شک اگر عدم نظارت نهادهای ناظر خصوصا سازمان بورس بر ناشرین اوراق بهادار نباشد شرکتهای پذیرفته شده در بورس به خود اجازه تخلفات عدیده منتهی به ازبین رفتن سرمایه سرمایه گذاران را نخواهند داد. شناخت برخی از مهمترین این وظایف ومسئولیتها و قراردادن آن درکنار وظایف سازمان بورس به عنوان نهاد ناظر می تواند برای افراد مختلف خصوصا سرمایه گذاران مفید بوده و حضور سرمایه گذاران را در این بازار تشویق نماید. از طرفی شناخت این تکالیف مهم و کارآمد می تواند در صورت بروز تخلف ضمانت اجرای کیفری و حقوقی مترتب بر آن را نیز در بر داشته باشد. اگر مسئله تکالیف ناشر در این حوزه شناسایی گردد سایر موارد نیز مشخص گردد.

۲- مفاهیم ومبانی

نظر به اینکه بازار اوراق بهادار یک بازار تخصصی و ناظر بر واژه های خاص اقتصادی و حقوقی می باشد شناخت مفاهیم ومبانی کاربردی در این بازار برای مطالعه کنندگان ضروری و لازم است. آشنایی با مکانیسم بازار و ابعاد حقوقی آن بدون شناخت مهمترین ارکان آن و آشنایی اولیه با مفاهیم آن ممکن نبوده و حتی اولین اصول برای سرمایه گذاران در این بازار نیز همین امر می باشد.

۲-۱ مفهوم شناسی واژگان، کلیات و مفاهیم موضوع در حقوق ایران

۱- بندی یک، دوسه، ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران

۲- ماده دو قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران

۳- سلطانی، م، (۱۳۹۵) حقوق بازار سرمایه، تهران، سمت

۴- بند ۶ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران

۵- (بند ۵ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار)

در این فصل به تمام مفاهیم مرتبط با موضوع رساله، حقوق، تعهدات، مسئولیتها و قوانین مرتبطه با بازار اولیه و موارد مورد بحث به طور مفید و به اختصار به نحوی که درفصول آینده بی نیاز از طرح آنها باشیم درحقوق ایران پرداخته تا در ادامه و باآشنایی با این مفاهیم کاربرد آنها در این نوشتار برای پژوهشگران قابل تحلیل وتبیین باشد.

از آنجا که تعریف مسئولیت برای هر شخص حقیقی یا حقوقی بدوا با وظایف و مسئولیتهای وی آمیخته ومتناجس است ناگزیر باید در این رهگذار با وظایف ومسئولیتهای نهاد های مرتبط آشنا شده تا در ادامه بتوان به تکالیف وی و نهایتا بارنمودن مسئولیت برای وی تلاش کرد. در این حوزه نیز بدوا آشنایی با مفاهیم مهمی که در این نوشتار مورد مذاقه قرار می گیرد لازم بوده و می طلبد مفاهیم مورد بحث قرار گرفته و متعاقبا وظایف و مسئولیت های آن بررسی گردد.

۲-۲ بازار اولیه:

بازار اولیه^۱ محلی است که شرکتها برای اولین بار سهام و اوراق قرضه جدیدشان را برای عموم و سرمایه گذاران به قیمت اسمی به فروش می گذارند. هر معامله ای پس از آن شامل بازار ثانویه می شود. نماد بازار اولیه در ایران بانک و نماد بازار ثانویه بورس است .

بازار اولیه محل فعالیت شرکتهایی است که سهام خود را برای اولین بار در معرض فروش قرار داده اند. آئین شرکتها به تازگی وارد بورس شده اند و قصد دارند برای تامین سرمایه مورد نیاز خود بخشی از سهامشان را به فروش برسانند. در بازار اولیه فروش سهام از طریق پذیرهنویسی انجام می شود. به این معنا که بانک یا موسسه مجازی که نماینده شرکت است، اقدام به پذیرهنویسی اوراق بهادار می کند.^۲

توجه داشته باشید که در بازار اولیه فروشنده همان شرکتی است که سهام را برای فروش عرضه کرده است. بعد از فروخته شدن اولین سهامها، شما باید از سرمایه گذاران قبلی که سهام را خریداری کرده بودند، اوراق بهادار هر شرکت را خریداری کنید. اینجا جایی است که بازار ثانویه شکل می گیرد. در بازار ثانویه خریداران و فروشنندگان افراد حقیقی هستند؛ یعنی سرمایه گذارانی که قبلا در مرحله پذیرهنویسی سهام شرکتها را خریده اند، برای فروش سهام خود باید از طریق این بازار اقدام کنند، تفاوت بازار اولیه و ثانویه در همینجا مشخص می شود. در اینجا دیگر شرکت به عنوان فروشنده نقشی ندارد و این سرمایه گذاران هستند که برای خرید و فروش سهام با یکدیگر طرف معامله قرار می گیرند.

بر همین اساس می توان گفت که همه معاملات به جز پذیرهنویسی در بازار بورس، در بازار ثانویه انجام می شود و افراد برای به دست آوردن سرمایه اولیه یا افزایش آن باید اقدام به معامله سهام خود در این بازار بنمایند. مهمترین ویژگی بازار اولیه این است که سرمایه گذاران در آن سهام را بدون واسطه و دقیقا از خود شرکت یا نماینده مجاز آن خریداری می کنند. به همین دلیل هم هست که قیمت سهام در این بازار کمتر است.

این بازار محل مناسبی برای شرکت های تازه وارد به بورس است. این شرکتها اغلب نمی دانند که چگونه

۱- PRIMARY MARKET

۲- بند ۹ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار بازار اولیه را اینگونه تعریف نموده است ازار اولیه: بازاری است که اولین عرضه و پذیره نویسی اوراق بهادار در آن انجام می شود و منابع حاصل از عرضه اوراق بهادار در اختیار ناشر قرار می گیرد.د:

۳- صادقی مقدم، ح، نوروزی م نقد و بررسی نظام افشای اطلاعات در بورس ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۴، ص ۱۳۱-۱۴۹

باید فعالیت خود را در بازار آغاز کرده و قیمت سهام خود را تامین کنند. سازمان های فعال در این بازار در خصوص ساختار مالی بازار بورس دانش کافی دارند و می دانند که چه مقداری از سهام را به چه قیمتی بفروشند. به همین دلیل سازمان دهی مناسبی بر روی اوراق بهادار عرضه شده انجام می شود. علاوه بر این شرکت ها با ورود به بازار اولیه مطمئن هستند که بخش مشخصی از سهام آن ها با قیمت ثابت به فروش می رسد و از تامین سرمایه مورد نیاز خود مطمئن می شوند.

همچنین اگر قصد عرضه اوراق بهادار جدید را داشته باشند، می توانند مجدداً از طریق نمایندگان متخصص و آشنا به ساختار بازار، این کار را انجام دهند و بدون ضرر وارد بازار مالی جدید شوند. پس باید گفت: در بازار اولیه شرکتها پذیره نویسی و تالسیس می شوند و در بازار ثانویه سهام شرکت های پذیرفته شده معامله میشوند. پس شرکتها به طور مستقیم سرمایه مورد نیاز خود را از طریق فروش سهام به مردم تامین می کنند. که این کار از طریق پذیره نویسی انجام می شود. پذیره نویسی از طریق بانکی که نماینده شرکت است یا سایر موسسات مجاز صورت می گیرد. در این بازار فروشنده اوراق همان شرکت عرضه کننده سهام است.

عرضه عمومی اولیه یا همان ((IPO)) نمونه ای از یک بازار اولیه است که اوراق بهادار شرکت برای اولین بار به عموم و بدون سابقه قیمت گذاری قبلی عرضه می شود. به زبان ساده تر به روز اول عرضه سهام شرکتی که برای اولین بار وارد بورس شده است اصطلاحاً عرضه اولیه می گویند. در طول این زمان درصدمشخصی از کل سهام یک شرکت برای نخستین بار از طریق بورس اوراق بهادار و توسط سرمایه گذاران بر اساس قیمت کارشناسی خریداری می شود. این اولین فرصتی است که سرمایه گذاران می توانند از طریق خرید سهام یک شرکت در سرمایه آن سهیم شوند. اما در روز عرضه اولیه سهام هیچ نقدینگی یا منابعی به شرکت تزریق نمی شود. سرمایه سهام یک شرکت از وجوه حاصل از فروش سهام آن در بازار اولیه تشکیل می شود. اصولاً برای عرضه های اولیه در روز اول یک مقدار مشخص تعیین می کنند که نمی توان در آن روز بیشتر از این مقدار سهام شرکت را خریداری کرد.

به عبارتی در بازار اولیه اوراق بهادار، بنگاه های اقتصادی می توانند تشکیل سرمایه داده و سهام و اوراق قرضه منتشره خود را برای اولین بار در آن عرضه نمایند. همانطور که فوقاً بیان شد از نهادهای فعال در این بازار می توان به بانک های سرمایه گذاری و موسسات تامین مالی اشاره نمود.^۱

در این بازار با دو رویداد مهم روبرو هستیم. اول سهام و اوراق قرضه ای که برای اولین بار از سوی بنگاه های اقتصادی منتشر می شود و دوم سرمایه ای که بواسطه انتشار این اوراق در بنگاه های مزبور تشکیل می شود. بدیهی است که داد و ستدهای بعدی بر روی این اوراق عملاً در بازار دوم صورت می پذیرد.

در بازار سرمایه بانکهای متعددی فعالیت می کنند. این بانکها نه سرمایه گذار بوده و نه در نقش بانک ظاهر می شوند اما عرضه خدمات آنها حائز اهمیت است. این بانکها به بنگاه های اقتصادی کمک می کنند تا اوراق بهادار خود را اسانتر در بازار اولیه بفروش برسانند. حتی سرمایه گذاران بزرگ نیز برای کسب اطلاعات بیشتر به این موسسات مراجعه می کنند. تا به اطلاعات دقیقتری درباره اسناد و اوراق بهادار بازار دست اول دست یابند. این بانک ها معمولاً در بازار دست دوم در نقش معامله گران و کارگزاران اوراق بهادار فعالیت می کنند و در بازار اولیه اوراق بهادار همانند معامله گران بازار خارج از بورس به فعالیت

می پردازند.^۱

۲-۳ کاربرد بازار اولیه :

همه شرکت ها برای انجام فعالیت های خود به سرمایه نیاز دارند که این سرمایه می تواند به صورت سهام یا وام باشد. به منظور افزایش سرمایه به شکل سهام، یک شرکت می تواند اوراق خود را به عموم مردم بفروشد. وقتی سهام مستقیما به عموم مردم فروخته می شود این کار از طریق بازار اولیه بورس انجام می شود. سرمایه گذاران معمولا در بازار اولیه بورس برای خرید اوراق بهادار مبلغ کمتری به نسبت بازار ثانویه پرداخت می کنند. بازار اولیه هم برای بازار سرمایه و هم برای کل اقتصاد بسیار حیاتی است.

در واقع این بازار محلی است که در آن سرمایه شکل می گیرد. انتشار کلیه اوراق بهادار در بازار اولیه بورس تحت مقررات سخت گیرانه ای قرار دارد. شرکتها در ابتدا باید بیانیه های خود را به کمیسیون بورس اوراق بهادار ارائه دهند و سپس صبر کنند تا پیش از انتشار در عرضه عمومی تأییدیه خود را دریافت کنند. انتشار اوراق بهادار در چنین بازاری به شرکت ها این امکان را می دهد تا پیش از وارد شدن به بازار ثانویه سرمایه بیشتری جذب کنند. حق و حقوق سرمایه گذاران نیز بر اساس سهامی که اکنون در اختیار دارند به آنها ارائه می شود. و دیگر سرمایه گذاران نیز می توانند در سهام جدید سرمایه گذاری کنند.^۲

از آنجایی که اکثر منتشر کنندگان اوراق بهادار همیشه درگیر فعالیت های مربوط به افزایش سرمایه نیستند، ممکن است از تجربه کافی جهت انجام این کار برخوردار نباشند. از طرفی هم عرضه کنندگان سرمایه پراکنده هستند و دست یابی به آنها نیازمند وجود سازمان خاصی است، در نتیجه شرکتها برای انتشار اوراق بهادار خود، به سراغ موسسات تامین سرمایه می روند. موسسات تامین سرمایه در طراحی و فروش اوراق بهادار در بازارهای اولیه و ثانویه متخصص هستند. و به عنوان واسطه ای میان منتشر کنندگان و سرمایه گذاران قرار می گیرند. منتشر کنندگان اوراق بهادار خود را به موسسات تامین سرمایه می فروشند. این موسسات برای شرکت هایی که به دنبال افزایش سرمایه آن هم به مقدار زیاد هستند امکاناتی را مانند مشاوره، تضمین و فروش اوراق بهادار و بازار یابی فراهم کنند.

۲-۴ نقش بازار اولیه در عرضه سهام:

نقش بازار اولیه در عرضه سهام یکی از بخش های مهمی است که باعث ایجاد تفاوت در بازار اولیه و بازار ثانویه می شود. می توان گفت که بازار اولیه در پیچه ورود شرکت های مختلف به بازار سرمایه است. این بازار را می توان منبعی مطمئن برای تامین سرمایه مورد نیاز شرکت ها دانست. در این بازار عموما سرمایه گذاران کلان حضور دارند و اوراق به صورت عمده فروخته می شود تا سرمایه مورد نیاز شرکت در زمانی کوتاه تر تامین شود. بر همین اساس می توان گفت که این بازار اولین محل برای ورود شرکت ها به بازار سرمایه و جذب سرمایه گذاران است. قیمت سهام در این بازار به صورت اسمی و مستقیما از طریق خود شرکت تعیین می شود و به همین دلیل نوسانات بازار تأثیر چندانی بر روی آن نمی گذارد.

بازار اولیه گاهی با عرضه اولیه نیز همسو می شود. ترادف معنایی این دو گاهی موجب انفکاک این دو از یکدیگر می شود. عرضه اولیه یا عرضه اولیه عمومی به معنای فروش اوراق بهادار به عامه سرمایه

۱- عبدی پور فرد، (۱۳۹۳) مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

۲- نوری م، ۱۳۸۹ مبانی و اصول تعهد به دادن اطلاعات در بورس، پژوهش های حقوقی شماره ۱۷

گذاران است. معمولاً شرکت ها به شکل سهامی خاص تأسیس می شوند. و پس از طی دوره ای که فعالیت مستمر و سود آوری یابند سهامی عام می شوند. هنگامی که سهام این شرکتها برای اولین بار به عامه مردم عرضه می شود عرضه اولیه عمومی شکل گرفته است. در فرایند خصوصی سازی نیز هنگامی که سهام به عامه سرمایه گذاران ارائه می شود اصطلاحاً به آن عرضه عمومی می گویند.

اصطلاح عرضه عمومی اولیه از اواخر دهه ۱۹۷۰ میلادی در متن سخنرانی ها و ادبیات بازار سرمایه وارد شد و رواج یافت.^۱ به طور کلی اولین فروش سهام یک شرکت به عموم مردم را عرضه عمومی اولیه سهام می نامند در ایران عرضه اولیه اوراق بهادار با مفهوم رایج در کشورهای دیگر نداریم. زیرا در کشور های دیگر منظور از عرضه اولیه اوراق بهادار سهام جدیدی است که در بازار اولیه عرضه می شود. اما در ایران با توجه به اصلاحیه قانون تجارت مصوب اسفندماه ۱۳۴۷ بازار اولیه سهام با اجازه صدور اعلامیه پذیره نویسی به شرکت سهامی عام ایجاد گردیده است از این رو سهام جدید فقط به سهامی اطلاق می گردد که برای اولین بار به بازار عرضه می شود و پیش از این سهام این شرکت ها در بورس اوراق بهادار وجود نداشته است.^۲

مهم ترین مزیت عرضه عمومی اولیه در بازار اولیه تجهیز منابع مالی قابل توجه به صورت وجه نقدی برای شرکت است. معمولاً وجه جمع آوری شده در عرضه های عمومی به دلیل گستره وسیع آن به مراتب بیشتر از سایر روشها از جمله تأمین مالی خصوصی، استفاده از وام ها و دغام و تملک است. عرضه عمومی اوراق بهادار اولیه به شرکت فرصت جذب سرمایه به منظور توسعه سازمانی و بنیادی از جمله مدرن سازی تجهیزات تولید، اجرای پروژه های سرمایه و نیز گسترش مالکیت و دارائی ها را ارائه می کند. با عرضه عمومی سهام شرکت در بازار اولیه امکان خرید و فروش آسان آن در بازار فراهم می شود. و این ویژگی افزایش جذابیت اوراق بهادار برای سرمایه گذاری را در پی دارد.

۲-۵ قوانین جاری بازار اولیه بورس اوراق بهادار

به طور کلی قانون تجارت به موضوع عرضه عمومی سهام در قالب سه فرایند تأسیس و ثبت شرکت سهامی عام افزایش سرمایه شرکت سهامی عام و تبدیل شرکت سهامی خاص به آن توجه کرده که در ذیل به هریک از آنها پرداخته شده است.

۲-۵-۱ تأسیس و ثبت شرکت سهامی عام:

برای تأسیس شرکت های سهامی عام موسسین باید ۲۰ درصد سرمایه شرکت را خود تعهد کرده و لااقل ۳۵ درصد مبلغ تعهد شده را در حسابی به نام شرکت در شرف تأسیس نزد یکی از بانکها سپرده سپس اظهارنامه های به ضمیمه طرح اساسنامه شرکت و طرح اعلامیه پذیره نویسی سهام شرکت که به امضاء کلیه موسسن رسیده باشد در تهران به اداره ثبت شرکت ها و در شهرستانها به دایره ثبت شرکتها و در نقاطی که دایره ثبت شرکت ها وجود ندارد به اداره ثبت اسناد و املاک محل تسلیم و رسید دریافت کنند.

هرگاه قسمتی از تعهد موسسین به صورت غیر نقد باشد باید عین آن یا مدرک مالکیت آن را در همان بانکی که برای پرداخت مبلغ نقدی حساب باز شده است تودیع و گواهی بانک را به ضمیمه اظهارنامه و ضمائ آن به مرجع ثبت شرکت ها تسلیم نمایند. مرجع ثبت شرکت ها پس از مطالعه اظهارنامه و ضمائ

۱- Ljungqvist et al.

۲- تحلیل مبانی فقهی و حقوقی جرائم مرتبط با اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار، ساریخانی، میرزایی، منفرد، ۱۳۹۶

آن و تطبیق مندرجات آن ها با قانون، اجازه انتشار اعلامیه پذیره نویسی را صادر خواهد نمود اعلامیه پذیره نویسی باید توسط موسسین در جراید آگهی گردیده و نیز در بانکی که تعهد سهام نزد آن صورت می گیرد در معرض دید علاقمندان قرار داده شود. ظرف مدتی که در اعلامیه پذیره نویسی معین شده است علاقه مندان به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضا و مبلغی را که نقداً باید پرداخت شود تادیه و رسید دریافت خواهند کرد.

پس از گذشتن مهلتی که برای پذیره نویسی معین شده است و یا در صورتی که مدت تمدید شده باشد بعد از انقضای مدت تمدید شده موسسین حداکثر تا یک ماه به تعهدات پذیر نویسان رسیدگی و پس از احراز این که تمام سرمایه شرکت صحیحاً تعهد گردیده و اقلاً ۳۵ درصد آن پرداخته شده است تعداد سهام هریک از تعهد کنندگان را تعیین و اعلام و مجمع عمومی موسس را دعوت خواهند نمود. مجمع عمومی موسس با رعایت مقررات این قانون تشکیل می شود و پس از رسیدگی و احراز پذیره نویسی کلیه سهام شرکت و تادیه مبالغ لازم و شور درباره اساسنامه شرکت و تصویب آن، اولین مدیران و بازرس یا بازرسان شرکت را انتخاب میکنند.

مدیران و بازرسان شرکت باید کتباً قبول سمت نمایند قبول سمت به خودی خود دلیل بر این است که مدیر و بازرس به تکالیف و مسئولیت های سمت خود که عهده دار آن گردیده اند آگاهند. از این تاریخ شرکت تشکیل شده محسوب می شود هرگونه دعوت و اطلاعیه برای صاحبان سهام تا تشکیل مجمع عمومی سالانه باید در ۲ روزنامه کثیرالانتشار منتشر شود، یکی از این روزنامه به وسیله مجمع عمومی موسس و روزنامه دیگر از طرف وزارت اطلاعات و جهانگردی تعیین می شود اساس نامه ای که به تصویب مجمع عمومی موسس رسیده و ضمیمه صورتجلسه مجمع و اعلامیه قبولی مدیران و بازرسان جهت ثبت شرکت به مرجع ثبت شرکت ها تسلیم خواهد شد در صورتی که شرکت تا شش ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه مذکور در ماده ۶۶ این قانون به ثبت نرسیده باشد به درخواست هر یک از موسسین یا پذیر نویسان مرجع ثبت شرکت ها که اظهارنامه به آن تسلیم شده گواهی نامه ای حاکی از عدم ثبت شرکت صادر و به بانکی که تعهد سهام و تادیه وجوه در آن به عمل آمده ارسال می دارد تا موسسین و پذیر نویسان به بانک مراجعه و تعهد نامه و وجوه پرداختی خود را مسترد دارند. در این صورت هر گونه هزینه ای که برای شرکت پرداخت و تعهد شده باشد به عهده موسسین خواهد بود

۲-۵- افزایش سرمایه شرکتهای سهامی عام

شرکت های سهامی عام باید قبل از عرضه کردن سهام جدید برای پذیره نویسی عمومی ابتدا طرح اعلامیه پذیره نویسی سهام جدید را به مرجع ثبت شرکت ها تسلیم و رسید دریافت کنند. آخرین ترازنامه و حساب سود و زیان شرکت که به تصویب مجمع عمومی رسیده است باید ضمیمه طرح اعلامیه پذیره نویسی سهام جدید به مرجع ثبت شرکت ها تسلیم گردد و در صورتی که شرکت تا آن موقع ترازنامه و حساب سود و زیان تنظیم نکرده باشد این نکته باید در طرح اعلامیه پذیره نویسی قید شود.

مرجع ثبت شرکت ها پس از وصول طرح اعلامیه پذیره نویسی و ضامائم آن و تطبیق مندرجات آن ها با مقررات قانونی اجازه انتشار اعلامیه پذیره نویسی سهام جدید را صادر خواهد نمود و اعلامیه پذیره نویسی سهام جدید باید علاوه بر روزنامه کثیرالانتشار ی که آگهی های شرکت در آن نشر میگردد اقلاً در ۲ روزنامه کثیرالانتشار دیگر آگهی شود و نیز در بانکی که تعهد سهام در نزد آن به عمل می آید در معرض دید علاقمندان قرار داده شود.

در اعلامیه پذیره نویسی باید قید شود که آخرین ترازنامه و حساب سود و زیان شرکت که به تصویب

مجمع عمومی رسیده است در نزد مرجع ثبت شرکت ها و در مرکز شرکت برای مراجعه علاقه مندان آماده است. خریداران ظرف مهلتی که در اعلامیه پذیره نویسی سهام جدید معین شده است و نباید از دو ماه کمتر باشد به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضا کرده و مبلغی را که باید پرداخت شود تادیه و رسید دریافت نمایند. پس از گذشتن مهلتی که برای پذیرایی نویسی معین شده است و در صورت تمدید بعد از انقضای مدت تمدید شده هیئت مدیره حداکثر تا یک ماه به تعهد پذیره نویسان رسیدگی کرده و تعداد سهام هر یک از تعهد کنندگان را تعیین و اعلام و مراتب را جهت ثبت و آگهی به مرجع ثبت شرکت ها اطلاع خواهد داد.

هرگاه پس از رسیدگی به اوراق پذیره نویسی، مقدار سهام خریداری شده بیش از میزان افزایش سرمایه باشد هیئت مدیره مکلف است ضمن تعیین تعداد سهام هر خریدار دستور استرداد وجه سهام اضافه خریداری شده را به بانک مربوطه بدهد هرگاه افزایش سرمایه شرکت تا ۹ ماه از تاریخ تسلیم طرح اعلامیه پذیره نویسی مذکور در ماده ۱۷۴ به مرجع ثبت شرکت ها به ثبت نرسد به درخواست هر یک از پذیره نویسان سهام جدید، مرجع ثبت شرکت که طرح اعلامیه به آن تسلیم شده است گواهینامه های حاکی از عدم ثبت افزایش سرمایه شرکت صادر و بانکی که تعهد سهام و تادیه وجوه در آن به عمل آمده است ارسال می دارد تا اشخاصی که سهام جدید را پذیر نویسی کرده اند به بانک مراجعه و وجوه پرداختی خود را مسترد دارند.

در این صورت هر گونه هزینه ای که برای افزایش سرمایه شرکت پرداخت یا تعهد شده باشد به عهده شرکت قرار می گیرد. وجوهی که به حساب افزایش سرمایه تادیه می شود باید در حساب سپرده مخصوص نگهداری شود. تامین توقیف و انتقال وجوه مذکور به حساب های شرکت ممکن نیست مگر پس از به ثبت رسیدن افزایش سرمایه شرکت

۲-۵-۳- تبدیل شرکت سهامی خاص به شرکت سهامی عام:

شرکت سهامی خاص در صورتی می تواند به شرکت سهامی عام تبدیل شود که اول موضوع به تصویب مجمع عمومی فوق العاده شرکت سهامی خاص رسیده باشد ثانیاً سرمایه آن حداقل به میزانی باشد که برای شرکت های سهامی عام مقرر شده و یا شرکت سرمایه خود را به میزان مذکور افزایش دهد.

ثالثاً دو سال تمام از تاریخ تاسیس و ثبت شرکت گذشته و دو ترازنامه آن به تصویب مجمع عمومی صاحبان سهام رسیده باشد. رابعاً اساسنامه آن با رعایت مقررات این قانون در مورد شرکت های سهامی عام تنظیم یا اصلاح شده باشد. شرکت سهامی خاص باید ظرف یک ماه از تاریخی که مجمع عمومی فوق العاده صاحبان سهام تبدیل شرکت را تصویب کرده است صورتجلسه مجمع عمومی فوق العاده را به ضمیمه مدارک لازم به مرجع ثبت شرکت ها تسلیم کند.

در آگهی تبدیل شرکت باید کلیه مندرجات اعلامیه تبدیل شرکت ذکر گردد و قید شود که اساسنامه شرکت و دو ترازنامه و حساب سود و زیان آن مربوط به دو سال قبل از اتخاذ تصمیم نسبت به تبدیل شرکت و همچنین صورت دارایی شرکت و اموال منقول و غیرمنقول آن در مرجع ثبت شرکت ها و در مرکز شرکت برای مراجعه علاقه مندان آماده می باشد. آگهی تبدیل شرکت باید علاوه بر روزنامه کثیرالانتشاری که آگهی های شرکت در آن درج میگردد اقلاً در یک روزنامه کثیرالانتشار دیگر نیز آگهی گردد

۲-۵-۴- تبدیل شرکت سهامی خاص به عام از طریق افزایش سرمایه

مرجع ثبت شرکت ها در این مورد پس از وصول تقاضا و مدارک مربوط به تبدیل شرکت سهامی خاص به شرکت سهامی عام و تطبیق آنها با مقررات قانونی در صورتی که شرکت بتواند با افزایش سرمایه از طریق پذیره نویسی عمومی به شرکت سهامی عام تبدیل شود اجازه انتشار اعلامیه سهام را صادر خواهد نمود. در اعلامیه پذیره نویسی باید شماره و تاریخ اجازه نامه مزبور قید گردد. در صورتی که سهام جدیدی که به ترتیب مذکور در ماده قبل عرضه شده است تمام تادیه نشود شرکت نمی تواند به شرکت سهامی عام تبدیل گردد.

شرکت های سهامی موجود در تاریخ تصویب این قانون که بخواهند از طریق افزایش سرمایه شرکت سهامی عام تبدیل شوند باید سهام جدید خود را که در نتیجه افزایش سرمایه به وجود می آید با رعایت مقررات این قانون برای پذیره نویسی عمومی عرضه نمایند. در صورتی که سهام جدیدی که به ترتیب مذکور عرضه شده است تمام تعهد نشود و مبلغی که باید بر طبق مقررات این قانون تادیه گردد تادیه نشود شرکت نمی تواند به شرکت سهامی عام تبدیل گردد.

۲-۶- ناشر (ناشر اوراق)

طبق تعریف، ناشر اوراق بهادار شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می کند.^۱ به عنوان مثال، منظور از ناشر هر سهم، خود شرکت است و ناشر اوراق خزانه دولتی، وزارت امور اقتصادی و دارایی است. مهمترین نکته ای که از این تعریف بر می آید شخص حقوقی بودن ناشر است. این مهم در ماده یک از قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب آذر ۱۳۸۴ مشهود است. مصرف کننده ها، بنگاه های تولیدی و تجاری و دولت ها اغلب منابع مالی در دسترس برای رسیدن به اهداف، پرداخت بدهی یا معاملات دیگر را ندارند و باید از طرق مختلف، پولی را که آنها برای خود نیاز دارند به دست آورند. به فرایندی که عاملان اقتصادی این میزان منابع مالی را به دست می آورند تامین مالی می گویند.^۲ تامین مالی در بازارهای سرمایه، تامین بلندمدت وجه نقد از طریق انتشار اوراق بهادار در یک بازار دارای مقررات میباشد.^۳ اوراق بهادار یک ابزار قابل معاوضه و قابل تبدیل به پول نقد است. که نشان دهنده ارزش مالی می باشد. اوراق بهادار می تواند به صورت بدهی ((اوراق قرضه یا اسناد خزانه)) به صورت سرمایه ((سهام عادی)) و یا ترکیبی (اوراق بهادار با مشخصه ای شبیه به بدهی و سهام همانند سهام ممتاز یا قابل تبدیل) باشد.

خاستگاه اصلی تامین مالی در کشور از طریق بازار سرمایه بورس و اوراق بهادار و بازار اولیه خواهد بود. در بازار اولیه دو گروه اصلی قرار دارند گروه اول ناشران اوراق بهادار هستند و دسته دوم سرمایه گذاران در این اوراق بهادار هستند. باید توجه داشت مفهوم اوراق بهادار و ابزار مالی در قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران معادل هم در نظر گرفته شده است و اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد.

انتشار اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار عبارت است از صدور اوراق بهادار برای عرضه عمومی و عرضه عمومی طبق تعریف آن در قانون عرضه اوراق بهادار منتشر به عموم جهت فروش است بنابراین عرضه

۱- بند ۱۲ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران

۲- هافمن، ۱۹۵۲، ص ۶۶-۶۵

۳- مرتون، ۱۹۹۵

اوراق بهادار در بازار اولیه دو نوع است نوع اول عرضه عمومی اوراق بهادار است که به آن انتشار اوراق بهادار گفته می شود و به عموم سرمایه گذاران و خریداران عرضه می گردد نوع دوم عرضه خصوصی است که عبارت است از فروش مستقیم و اوراق بهادار اوراق بهادار توسط ناشر به سرمایه گذاران نهادی است.

۲-۶-۱- نقش ناشر.

شرکت متقاضی پیشنهاد دهنده مشارکت عموم در اجرای طرح سرمایه گذاری است. برای تحقق انتشار اوراق، شرکت باید تقاضای مجوز خاص کند. شرکت ناشر وقتی می تواند مبادرت به انتشار اوراق کند که در بورس پذیرفته شده باشد.^۱ تبصره ۱: ماده ۴ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، مقرر کرده است که ناشر باید درخواست مجوز انتشار را به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تقدیم کند.

درخواست باید متضمن توجیهات کامل اقتصادی، فنی و مالی باشد، همراه با تضمین ناشر به بانک عامل و تأیید گزارش توجیهی توسط عامل ((ماده ۵ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اوراق مشارکت)). ماده ۲۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، پیش بینی کرده است که: «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، وظایف و اختیارات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موضوع ماده ۴ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، به سازمان (بورس و اوراق بهادار) واگذار می شود». بدین ترتیب صدور مجوز انتشار اوراق مشارکت، از این پس با سازمان بورس و اوراق بهادار است که با همان شرایط منعکس در ماده ۴ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت در اعطای مجوز اقدام می نماید.

ناشر موظف است، به منظور بررسی طرح از سوی سازمان بورس حداقل گزارشهای حسابرسی سه دوره مالی پیش از انتشار اوراق را به سازمان بورس ارائه کند (ماده ۲۹ آیین نامه اجرایی قانون). در صورتی که ناشر شرکت دولتی باشد، قبل از ارائه درخواست به سازمان بورس، انتشار باید به تصویب مجمع عمومی یا شورای عالی شرکتهای مربوطه برسد (تبصره ۱ از ماده ۴ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت) همین تکلیف را در شرکتهای دیگر به موجب آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت دارند (ماده ۲۸). تاریخ، شرایط و مراحل انتشار و عرضه اوراق مشارکت نیز باید در درخواست ناشر پیشنهاد شود (ماده ۹ آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت).

صرف نظر از نقش ناشر در بازار اولیه وظایفی برای ناشر به موجب دستور العمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس ارائه گردیده است که کلیه ناشران مکلف به انجام آن هستند.

۲-۶-۲- وظایف ناشر:

همانطور که بدوا بیان شد شرح وظایف ناشر در دستور العمل انضباطی مذکور معین شده است. بر اساس این دستور العمل وظایف ناشر در چند بخش مورد تاکید قرار گرفته است. بخش اول به وظایف ناشر در خصوص ارسال اطلاعات و رعایت حقوق سهامداران پرداخته است. در بخش دوم وظایف ناشر در خصوص برگزاری مجامع عمومی اشاره شده است و در بخش نهایی نیز ضمانت اجرای تخطی از موارد فوق بیان شده است که در ادامه به این وظایف به صورت مبسوط خواهیم پرداخت. لازم به ذکر است وظایف اشاره شده نافی وظایف قانونی، شرعی و عرفی ناشر در این مهم نبوده است و مسئولیتهای مختلف قانونی در این راستا قابل اشاره و بررسی است که این امر نیز مغفول نخواهد ماند.

۱- ماده ۱ آیین نامه ماده ۱۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور.

۲-۶-۳- مفهومی انتشار

مقصود از انتشار مطابق بند ۲۵ ماده ۱ قانون بازار صدور اوراق بهادار برای عرضه عمومی است بنابراین در هر جا که اوراق بهادار به عموم عرضه گردد انتشار تحقق یافته است عرضه عمومی را باید از عرضه خصوصی و عرضه محدود جدا کرد منظور از عرضه خصوصی مطابق بند ۲۷ ماده ۱ قانون بازار (فروش مستقیم اوراق بهادار توسط ناشر به سرمایه گذاران نهادی است) عرضه محدود نیز مطابق ضوابط نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار بر فرآیند تأسیس و افزایش سرمایه شرکتهای سهامی عام مصوب ۱۳۸۶ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار به معنای عرضه سهام جدید به سهامداران فعلی ناشی از افزایش سرمایه شرکتهای سهامی عام و با رعایت ماده ۱۵۸ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت بدون سلب حق تقدم می باشد. منظور از عرضه عمومی^۲ مطابق بند ۲۶ ماده ۱ قانون بازار: عرضه اوراق بهادار منتشرشده به عموم جهت فروش است. مطابق ماده ۲ ضوابط یاد شده عرضه سهام جدید در یکی از موارد زیر عرضه عمومی محسوب می گردد

عرضه سهام شرکتهای سهامی عام در شرف تأسیس، عرضه سهام ناشی از افزایش سرمایه شرکت سهامی عام با سلب حق تقدم سهامداران فعلی، عرضه سهام پذیره نویسی نشده در مهلت استفاده از حق تقدم در افزایش سرمایه شرکت های سهامی عام، انتشار و عرضه اوراق بهادار محدود به شرکتهای سهامی عام نیست در واقع انتشار سایر انواع اوراق بهادار از جمله اوراق مشارکت و دیگر انواع صکوک منحصر به شرکتهای سهامی عام نیست و سایر شرکت ها نیز می تواند در چارچوب قوانین و مقررات از جمله قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت و مصوبات سازمان بورس و اوراق بهادار اقدام به انتشار اوراق بهادار نماید بنابراین بند الف ماده ۹۹ قانون برنامه پنج ساله کلیه ناشران اوراق بهادار اعم از شرکتهای سهامی عام و غیر آن را که مطابق مقررات می تواند اقدام به انتشار اوراق بهادار نمایند در بر می گیرد و تمامی ایشان مکلف به ثبت اوراق بهادار پیش از سازمان می باشد

۲-۶-۴- اقدامات ناشر در انتشار اوراق:

نخستین گامی که ناشر اوراق بهادار برای این امر باید بردارد سازماندهی انتشار جدید اوراق بهادار است. سازماندهی انتشار جدید اوراق بهادار نیازمند بررسی قابلیت و چشم انداز پروژه های جدید است. یکی از عناصر مهم این سازماندهی دانش کافی درخصوص ساختار مالی است که شامل الزامات و در دسترس بودن حقوق صاحبان سهام، نسبت بدهی به سهام، اوراق کوتاه مدت و نسبت نقدینگی است که همه این موارد باید در خصوص انتشارات جدید اوراق بهادار به دقت مورد بررسی قرار گیرند. سازماندهی انتشارات جدید اوراق بهادار به تحقیق و تجزیه تحلیل پیشنهادهای جدید برای انتشار اشاره دارد در این راستا شرکتهای تخصصی وجود دارند که این وظایف را انجام می دهند و به عنوان حامیان انتشار عمل می کنند. این شرکت ها در واقع پس از بررسی های لازم با استفاده از نام خود پستوانه انتشار اوراق بهادار را تضمین می کنند. این تحقیقات مقدماتی نیازمند مطالعه دقیق جنبه های فنی، اقتصادی مالی و قانونی شرکت های صادره کننده اوراق است. و پس از تایید این موارد آن شرکت برای انتشار سهام در بورس صلاحیت کسب می کند.

گام دوم در این راستا تضمین اوراق بهادار است. به این معنی که خرید مقدار مشخصی از سهام منتشر شده جدید با یک قیمت ثابت تضمین می شود. تضمین کنندگان نقش بسزایی برای موفقیت در انتشار اوراق

۱- مصوبه مربوط به سرمایه گذار نهادی مصوب ۱۳۸۶ هیئتمدیره سازمان بورس .

۲- PUBLIC OFFERING

بهادار ایفا می کنند. آنها فروش اوراق بهادار منتشر شده را در صورتی که مورد قبول عموم واقع نشوند تضمین می کنند. به همین دلیل ریسک شرایط عدم اطمینان را از بین می برند. خدمات تضمین هم برای شرکت و هم برای عموم حائز اهمیت است. شرکت ها دریافت پولشان را تضمین می کنند و سرمایه گذاران نیز از استرس دور می شوند.

توزیع اوراق بهادار جدید سومین گام در این میدان است. فروش اوراق بهادار به سرمایه گذاران هایی با عنوان توزیع شناخته می شود این یک کار تخصصی است که توسط کارگزاران و معامله کنندگان اوراق بهادار اجرا می شود و آنها ارتباطی منظم و مستقیم را با سرمایه گذاران برقرار خواهند کرد. در واقع سهام برای اولین بار در معرض عموم قرار می گیرد^۱.

تعریف عرضه کنندگان اوراق بهادار بورس ای عرضه کنندگان اوراق بهادار عبارتند از اشخاص حقوقی حقوق عمومی یا حقوق خصوصی که اوراق بهادار آنها به استانداردهای قانونی مربوط به پذیرش و عرضه اوراق بهادار بورس را داشته است معیار تشخیص بررسی بودن عرضه کنندگان اوراق بهادار و رعایت کامل مقررات بررسی آیین نامه ها و ضوابط پذیرش اشخاص حقوقی در بورس اوراق بهادار است رعایت کامل مقررات بررسی آیین نامه ها و ضوابط پذیرش اشخاص حقوقی در بورس اوراق بهادار است از جمله این مقررات داشتن تابعیت ایرانی در ایران ثبت شدن سهامی عام بودن سهام عادی داشتن با نام بودن سهام حق رای داشتن سهام پرداخت پر شدن ۱۰۰ درصدی بهای اسمی گذشتن از تاریخ بهره برداری داشتن سرمایه دست کم ده میلیارد ریال است

۲-۷- سازمان بورس:

۲-۷-۱- نگاهی به بورس اوراق بهادار و وظایف قانونی آن :

بورس اوراق بهادار برابر بند ۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، ((بازاری متشکل و خودانتظام است که اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و یا معامله گران طبق مقررات این قانون، مورد داد و ستد قرار می گیرد)) نکته ای که در این تعریف مبهم بوده و نیاز به بررسی داشته و لازمه شناسایی بازار است خود انتظام بودن در این تعریف است. می توان گفت خود انتظامی روشی برای نظام مند ساختن امور مربوط به یک حرفه، صنعت، تجارت و غیره به شمار می رود در این شیوه که دست اندرکاران مجموعه واحد فعالیت می کنند دور هم جمع شده با توافق یکدیگر به ایجاد مقررات و قواعدی که مبنای رفتار آنها است اقدام می کنند. (پریست، ۱۹۹۸). خود انتظامی در مفهوم اخص، در فعالیت های اقتصادی به ویژه بازار سرمایه مطرح است و موید ما برای این گفته، بررسی تفصیلی مفهوم این لغت در فرهنگ لغت های عمومی (مایور ۲۰۰۹، کاستلو ۲۰۰۱) و تخصصی (بلک ۲۰۰۳، گارنر ۲۰۱۰) است که متاثر از مصادیق بسیار آن در بازار سرمایه هستند.

خود انتظامی همچنین شیوه ای کارآمد برای اعمال کنترل است که از طریق تفویض طیفی از اختیارات در جریان مقررات گذاری صورت میگیرد و قلمروی اصلی آن در هر جایی است که اعمال کنترل از درون برای منافع گروهی خاص و در سطح کلان جامعه مطلوب تر باشد. از همین رو میبینیم که از این شیوه افزون بر بازار سرمایه در کانون وکلای دادگستری، کانون کارشناسان رسمی، کانون مهندسان و انجمن ها و گروه هایی از این دست نیز به فراخور خود استفاده شده است.

۱- تحلیل مسئولیت مدنی شرکت بورس در معاملات اوراق بهادار، انصاری علی، مبین حجت، فصلنامه بورس شماره ده

همانگونه که فوقا بیان شد قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب آذر ماه ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی در بند ۲ ماده ۱ در تعریف بورس اوراق بهادار، آن را بازاری متشکل و خود انتظام می داند که اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و معامله گران طبق مقررات این قانون مورد دادوستد قرار می گیرد. سپس قبل از تعریف تشکل خود انتظام در بند ۵ ماده ۱ همین قانون ابتدا به ذکر مصادیق از این مفهوم می پردازد و در ادامه یعنی بند ۶ ماده یک به طور صریح تشکل خود انتظام را معرفی می کند. همینطور ماده ۳ آیین نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۶ هیئت وزیران در رابطه با تشکل خود انتظام این گونه بیان داشته است که ((بورس ها، کانون ها، بازارهای خارج از بورس و شرکت های سپرده گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه تشکل خود انتظام محسوب می شوند مصادیق سایر تشکل های خود انتظام توسط شورا تعیین می شود))

درباره تعریف ارائه شده از اصطلاح خود انتظامی وحتى نسبت به جعل این اصطلاح که ترجمان واژه ((self-regulation)) است گفته شده است که این جعل اصطلاح و متعاقب آن تعریف ارائه شده از سوی قانونگذار ایران به خوبی تبیین کننده ابعاد این اصطلاح نوظهور نیست و اینکه با کلیت نظام حقوقی ایران نامانوس است. (باقری، ۱۳۹۰)

در آمریکا بعد از بحران بزرگ^۱ سال ۱۹۲۹ قوانین فدرال حاکم بر سر بازار سرمایه و نهادهای مالی تصویب شدند. چهار قانون فدرال اصلی حاکم بر بازار سرمایه آمریکا یعنی قوانین اوراق بهادار^۲ ۱۹۳۳، قانون بازار اوراق بهادار^۳ ۱۹۳۴، قانون شرکت های سرمایه گذاری^۴ ۱۹۴۰ و قانون مشاوران سرمایه گذاری^۵ ۱۹۴۰ شرایط نظارت بر بازار ثانویه اوراق بهادار و نهادهای مالی بازار اوراق را مورد حکم قرار دادند. کمیسیون اوراق بهادار و بازار (SEC) که به موجب قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴ تاسیس شده است، اعمال قوانین فدرال حاکم بر بازار سرمایه را بر عهده دارد.

در قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴ قانونگذار آمریکا تشکل خود انتظام را در بخش سوم این قانون بدین صورت معرفی می کند ((اصطلاح سازمان خود انتظام به معنای هر نوع بازار ملی اوراق بهادار، انجمن به ثبت رسیده اوراق بهادار یا نهاد ثبت شده مبادله اوراق بهادار است یا هر نهادی است که صرفاً برای اهداف در نظر گرفته شده این قانون مانند هیئت دولتی برنامه ریزی قانونی اوراق بهادار شکل گرفته باشد)) از این رو می بینیم که قانون آمریکا بیشتر به ذکر مصادیق پرداخته و درباره مفهوم این اصطلاح تعریفی ارائه نداده است و البته در همین قانون در بخش چهارم کمیسیون اوراق بهادار و بازار را معرفی می کند و آن را یک مرجع دولتی فدرال ناظر بر فعالیت های نهادها می داند

به موجب ماده ۲ آن نیز شورا (شورای عالی بورس) و سازمان (سازمان بورس و اوراق بهادار) در راستای حمایت از حقوق سرمایه گذاران و با هدف ساماندهی، حفظ و توسعه بازار شفاف، منصفانه و کارای اوراق بهادار و به منظور نظارت بر حسن اجرای این قانون با ترکیب، وظایف و اختیارات مندرج در این قانون تشکیل می شوند که جملگی به عنوان نهادهای ناظر و البته برنامه ریز در سطح کلان می باشند^۴

۲-۷-۲- شورای عالی بورس :

۱- The GRATE DEPRESSIO

۲- Securities Act of ۱۹۳۳

۳- Exchange Act ۱۹۳۴

۴- مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در سازمان بورس و اوراق بهادار، ندیمی نو، ۱۳۹۶

شورای عالی بورس به موجب ماده ۳ قانون بازار اوراق بهادار، بالاترین رکن بازار اوراق بهادار است که تصویب سیاستهای کلان آن بازار را بر عهده دارد. این شورا در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و با هدف سامان‌دهی، حفظ و توسعه بازار شفاف، منصفانه و کارای اوراق بهادار و به منظور نظارت بر حسن اجرای این قانون با ترکیب، وظایف و اختیارات مقرر در آن قانون تشکیل شده‌است و مسئولیت نظارت بر فعالیت و رسیدگی به شکایت از سازمان بورس و اوراق بهادار را در کنار سایر وظایف قانونی مقرر بر عهده دارد.

۲-۷-۳- جایگاه حقوقی سازمان بورس و اوراق بهادار :

سازمان بورس و اوراق بهادار برابر ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار، مؤسسه عمومی غیر دولتی است که دارای شخصیت حقوقی و مالی مستقل می باشد و وظیفه نظارت بر حسن اجرای این قانون و مقررات مربوط، اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری از وقوع تخلفات در بازار اوراق بهادار، اتخاذ تدابیر ضروری و انجام اقدامات لازم به منظور حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران در بازار اوراق بهادار، بررسی و نظارت بر افشای اطلاعات با اهمیت توسط شرکت های ثبت شده نزد سازمان، از زمره مهم ترین وظایف آن مرکز طبق ماده مزبور می باشد.

۲-۷-۴- چشم‌انداز، ماموریت و نقشه استراتژی سازمان بورس و اوراق بهادار :

« سازمانی پویا، چابک و اثربخش در راهبری و سیاست‌گذاری بازار سرمایه با هدف دستیابی به بازاری منصفانه، کارا، منظم و پویا و بهره‌مند از ابزارها، نهادها و بازارهای مالی پیشرفته» بعنوان « چشم انداز- حفظ، تقویت و توسعه بازار سرمایه باثبات، شفاف، منصفانه و کارا از طریق نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقررات مرتبط، کنترل و مدیریت ریسک فراگیر، انجام پژوهش‌های توسعه‌ای و کاربردی، ایجاد زیرساخت‌های مقرراتی و فناوری اطلاعات، ارتقای جایگاه بین‌المللی، توسعه فرهنگ سرمایه‌گذاری و ارتقای سواد مالی» بعنوان « ماموریت» و نیز « ساماندهی، حفظ و تقویت و توسعه بازار سرمایه » بعنوان « نقشه استراتژی » سازمان بورس و اوراق بهادار در سایت رسمی آن سازمان (<https://www.seo.ir>) اعلام شده است^۱.

مسئولیت قانونی شورای عالی بورس و سازمان بورس و اوراق بهادار :

حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، ساماندهی، حفظ و توسعه بازار شفاف، منصفانه و کارآمد اوراق بهادار و نظارت بر حسن اجرای این قانون، اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری از وقوع تخلفات در بازار اوراق بهادار و نیز اتخاذ تدابیر ضروری و انجام اقدامات لازم به منظور حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران در بازار اوراق بهادار، از جمله وظایف اساسی و قانونی سازمان بورس و اوراق بهادار طبق قانون بازار اوراق بهادار به مانند وظایف مقرر در قانون مزبور نسبت به شورای عالی بورس بر شمرده شده است.

۲-۷-۵- مروری بر بورس فرانسه و آمریکا

۱: بورس فرانسه:

بازار بورس و اوراق بهادار پاریس که معامله گران سنتی اصطلاحاً آنرا بورس de paris می نامند بزرگترین بازار مالی کشور فرانسه است که سابقه تاسیس این بازار به سال ۱۵۴۰ یعنی زمان شکل گیری بورس لیون

۱- شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار، جنیدی لیلیا، نوروزی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی

باز میگردد. تاسیس بازار بورس جدید (د پاریس) در اوایل قرن نوزدهم زمینه ساز آغاز عصر مدرن در بازارهای مالی این کشور بود.

بورس قدیمی پاریس یک بازار انحصاری و محدود بود هرچند برخی از ظواهر بازار قدیم در دوره جدید نیز همچنان به چشم می آمدند. اما بورس د پاریس جدید به یک محل عمومی برای خرید و فروش اوراق بهادار تبدیل شد. حدوداً دو قرن بعد نیز موجی از تغییرات ساختاری جدید و عمیق در این بازار آغاز شد. در دهه ۱۹۸۰ میلادی بورس فرانسه به منظور همگام شدن با بازارهای مالی بزرگ جهان و اروپا علی الخصوص بورس لندن سیستم معاملات الکترونیکی را راه اندازی نمود و از سال ۱۹۹۸ به یک بازار تمام الکترونیک تبدیل شد. نهایتاً بورس فرانسه در سال ۲۰۰۰ به منظور تشکیل اولین بورس یک پارچه اروپایی با بورسهای بروکسل و آمستردام ادغام شد که امروز بنام (euronextn) شناخته می شود

از همان نخستین سال های معاملات سهام که در اواخر قرن هفدهم میلادی آغاز شد و هنوز تالارهای بورس برای این معاملات پدید نیامده بودند ضرورت به نظم در آوردن این معاملات تحت یک رژیم حقوقی حس گردید. یکی از دلائل این ضرورت برخورد با رفتارهای متقلبانه ای بود که می توانست به امنیت سرمایه سهامداران لطمه وارد سازد. اولین قانون در زمینه بورس همانی است که در سال ۱۶۹۷ در فرانسه به تصویب رسید تا از انجام معاملات توسط کارگزاریانی که دست به معاملات متقلبانه زده بودند یا در معاملات اعضای داخلی شرکت ها که اطلاعات نهانی داشتند شرکت کرده بودند جلوگیری شود. به موجب آن قانون از آن پس تنها کارگزاری مجاز به انجام معاملات بودند که پروانه اخذ کنند و سوگند یاد کنند که مطابق موازین قانونی رفتار خواهند کرد.

۲: بورس امریکا:

در سال ۱۹۳۳ پس از آنکه فرانکلین روزولت به ریاست جمهوری رسید (Franklin Delano Roos-velt) کنگره آمریکا در مقابله با بحران اقتصادی و برای جبران نقص قوانین و مقررات بازار اوراق بهادار قوانین جدیدی را وضع نمود. این دو قانون در سالهای ۱۹۳۳ و ۱۹۳۴ به ترتیب تحت عناوین قانون اوراق بهادار و قانون بازار اوراق بهادار به تصویب رسیدند و تاحال حاضر همچنان معتبر و مورد اجرا هستند. هدف این دو قانون بازگرداندن اعتماد به سرمایه گزاران بود تا سرمایه های خود را به بورس و در خدمت اقتصاد کشور بازگردانند. بسیاری از این مواد قانونی مصوب ۱۹۳۳ حول این محور مهم می گردد. که تمامی حقایق راجع به فعالیت شرکت هایی که سهام آنها در بورس عرضه می گردد باید منتشر شده باشد. مخاطرات احتمالی که منافع شرکت و سهامداران را تهدید می کنند به طور شفاف و کامل و به طور مکرر باید به اطلاع عموم رسیده باشد و از تقلبهای ممکن در این زمینه باید پیشگیری گردد. به موجب این قانون کلیه کارگزاران و دست اندرکاران بورس مکلفند منافع سرمایه گزاران را بالاتر از هر چیز دیگری با رعایت انصاف و صداقت کامل مورد توجه قرار داده و تامین نمایند. قانون مصوب ۱۹۳۴ همین امور را تکمیل کرد و نهاد جدیدی را تحت عنوان کمیسیون اوراق بهادار و معاملات تاسیس نمود و به خزانه داری فدرال نیز اختیاراتی برای تنظیم مقررات اعطای اعتماد به سرمایه گزاران واگذار کرد. با تصویب این قوانین و مقررات بعدی به تدریج نظم حاکم بر بازار اوراق بهادار توسعه و قوت بیشتری یافت. بنا بر تفحص انجام شده، مهم ترین ادبیات قانونی رژیم حقوقی حاکم بر بازارهای مالی این کشور از این قرار است:

- قانون شرکت های سرمایه گذاری و مشاوران سرمایه گذاری مصوب ۱۹۴۰، که فعالیت شرکت ها و مشاوران سرمایه گذاری را منوط به ثبت در کمیسیون اوراق بهادار و معاملات (SEC) و رعایت مقررات آن دانست.

- قانون اوراق بهادار مصوب ۱۹۶۴ مقررات جدیدی را وضع نمود.

- قانون مجازات معاملات افراد داخلی مصوب ۱۹۸۴ مجازات افرادی را که با در اختیار داشتن اطلاعات نهانی شرکت‌ها به معامله سهام آنها مبادرت می‌ورزند تشدید نمود.

- قانون جبران خسارت اوراق بهادار و قانون اصلاح سهام ارزان مصوب ۱۹۹۰ دامنه رفتارهایی که تقلب یا حتی جرم قابل مجازات تلقی شدند را وسعت بخشید و اختیارات کمیسیون اوراق بهادار و معاملات (SEC) را برای تحمیل ضمانت‌های مدنی نیز افزایش داد.

- علاوه بر اینها قانون خدمات و بازارهای مالی مصوب سال ۲۰۰۰، قانون معروف به ساربن-اکسلی که در پی رسوایی پرونده شرکت Enron و تحت فشار افکار عمومی به تصویب کنگره رسید، و موادی از قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۰۶ نیز مهم‌ترین تغییرات یک دهه اخیر را تشکیل می‌دهند.

- افزون بر این قوانین، مجموعه آیین‌نامه‌ها و ضوابط مفصل مصوب SEC نیز اهمیت بسیاری دارند. آرای صادره محاکم و آرای صادره SEC در پرونده‌ها و دعاوی طرح شده در این سال‌ها نیز نقش خود را در نظام «کامن‌لا» بی‌حقوقی آمریکا و توسعه رژیم حاکم بر اوراق بهادار ایفا می‌کنند.

در این قوانین، قانون‌گذار مقررات خود را با ضمانت‌های انضباطی، مدنی و یا کیفری تضمین کرده است که راجع به آنها بیشتر توضیح خواهیم داد. علاوه بر دادگاه‌ها، SEC نیز اختیار دارد برای جبران خسارت زیان‌دیدگان نسبت به تحمیل ضمانت‌های مدنی حکم صادر نماید. همچنین واکنش‌های اداری و انضباطی نظیر لغو موقت یا دائم پروانه فعالیت یا محدودسازی آن نیز مورد استفاده وسیع SEC قرار داشته است. با این همه، قانون‌گذار ناگزیر از توسل به تضمین‌های کیفری بابت تضمین حسن رفتار بازیگران این صنعت بوده است. به رغم آنکه در طول تمامی سال‌های چند دهه اخیر که جرم‌زدایی در سیاست جنایی این کشور مورد توجه قانون‌گذار بوده است، با این حال ضرورت ایجاد کرده است که در این صنعت رفتارهای متعددی به عنوان جرم، هدف مبارزه کیفری قرار گیرند.

طی سالیان گذشته گاهی وقوع برخی از جرائم در زمینه اوراق بهادار در سطح جامعه مورد توجه فراگیر مردم قرار گرفته به موضوع روز مطبوعات و رسانه‌های این کشور بدل شده است. برخی از این جرائم ارتكابی به عنوان تهدیدی برای امنیت اقتصادی کشور تلقی شده‌اند و آثار وسیعی یافته‌اند. پرونده و محاکمات شرکت‌های Tyco، WorldCom و Imclone از جمله مواردی بودند که موجب جلب توجه افکار عمومی آمریکاییان به این جرایم در طی این سال‌ها شدند. اما ماجرای رسوایی شرکت Enron پرونده شگفت‌آوری بود که نه تنها جامعه آمریکا بلکه فعالان بازار سرمایه در جهان را بهت زده کرد.

یکی دیگر از پرونده‌های عجیب این سال‌ها به اقدامات یک نوجوان پانزده ساله مربوط می‌شد که توانسته بود با استفاده از اینترنت و از طریق تبلیغات متقلبانه مبلغ دویست و هشتاد و پنج هزار (۲۸۵۰۰۰) دلار سود به دست آورد این جرم هر چند از نظر میزان مال کسب شده به نظر بزرگ نمی‌رسد؛ اما نشان از یک تحول داشت که مورد توجه جرم‌شناسان قرار گرفت. وقوع این جرائم که قربانیان آن سهامداران و سرمایه‌گذاران خرد و کلان از همه اقشار بودند، حس ناامنی و جنجال‌هایی را در این سال‌ها برانگیخت و فشار افکار عمومی خود موجبات برخورد‌های شدیدتر بعدی قانون‌گذار را با «تقلب در اوراق بهادار» فراهم آورد. برای فهم نحوه عمل و شیوه‌های تقلب لازم است ساختار بازار اوراق بهادار در آمریکا و فعالان نقش‌آفرین در این بازار را ولو به اختصار بشناسیم.

۲-۷-۶- کمیسیون اوراق بهادار و معاملات (SEC) و سایر نهادهای نظارتی

نگاهی کوتاه به مهم ترین نهاد ناظر در بازار بورس امریکا این نکته را یادآور می کند که قوانین به چه میزان حامی سرمایه گذاران در بورس اوراق بهادار این کشور است ... یکی از دستاوردهای قانون مصوب ۱۹۳۴ تشکیل کمیسیونی بود به نام «کمیسیون اوراق بهادار و معاملات» که نقش نظارتی بر بازار و معاملات آن دارد و می تواند مقررات لازم از جمله مقررات انضباطی را متناسب با توسعه بازار وضع و اعمال نماید و در موارد تخلف از مقررات، می تواند از تدابیر مدنی و تنبیهات اداری استفاده کرده و حکم صادر نماید. با این حال اگرچه کمیسیون مسوول اصلی اجرای قانون اوراق بهادار در سطح فدرال است ولی نمی تواند رأسا نسبت به محاکمه و تحمیل مجازات کیفری اقدام کند و مواردی را که از نوع اقدامات مجرمانه تشخیص دهد باید به دادگاه ارجاع نماید.

این ارجاع به دو صورت رسمی و غیر رسمی می تواند صورت گیرد. در موارد رسمی کمیسیون پرونده ای را با گزارش تحقیقات و به طور مفصل برای دادگاه می فرستد و در موارد غیر رسمی تنها به گزارش اطلاعات خود از احتمال وقوع جرم اکتفا می کند و مابقی تحقیقات را به دادگاه می سپارد. ارجاع پرونده به دادگاه می تواند همزمان با رسیدگی کمیسیون صورت گیرد تا به موازات کمیسیون، دادگاه نیز جنبه کیفری را مورد رسیدگی قرار دهد. هر چند در عمل در موارد زیادی کمیسیون بعد از ارجاع امر به دادگاه، ادامه رسیدگی و صدور حکم خود را تا پایان محاکمه کیفری به تعویق انداخته است تا از نتایج آن در رسیدگی های خود بهره جوید.

یکی از تفاوت های مهم شیوه رسیدگی به تخلفات در کمیسیون با دادگاه در آن است که کمیسیون نمی تواند متهم را به صورت کیفری احضار نماید، بلکه احضاریه او جنبه اداری دارد. تفاوت مهم دیگر به لحاظ تحصیل دلیل است. کمیسیون امکان تحصیل دلیل جز از طریق تشکیل جلسات و رسیدگی به مدارکی که در اختیار دارد یا از متهم دریافت می کند ندارد در حالی که دادگاه می تواند از روش های مختلف حتی تفتیش اماکن و دفاتر و الزام شهود به حضور در تحقیقات استفاده کند. به همین دلیل است که کمیسیون در مواردی که تحقیقات خود را کامل نیافته است منتظر شده است تا شاید رسیدگی کیفری دادگاه به تحقیقات او کمک نماید. پس از ارجاع پرونده توسط کمیسیون، این دادستان است که تشخیص می دهد که آیا رسیدگی کیفری ضرورت دارد یا نه.

۴۹

با این حال اختیارات کمیسیون برای ارجاع پرونده ها به دستگاه قضایی مانع از اختیارات دادستان کل برای آنکه رأسا به کشف و تحقیق جرایم اوراق بهادار و ارجاع آنها به دادگاه بپردازد نیست و دادستان می تواند بدون ارجاع کمیسیون هم به جرایم رسیدگی نماید. از زمان تاسیس این کمیسیون تاکنون با افزایش حجم معاملات و تعداد افراد سرمایه گذار در بازار، نقش موثر این کمیسیون نیز اهمیت روزافزون داشته است.

در کنار این کمیسیون نهادهای دیگری نیز تدریجا تاسیس گردیده اند که می توان گفت دولتی نیستند و مردم نهاد می باشند و به اصطلاح یک اتحادیه یا سازمان خودنظم هستند این سازمان ها به دست و اراده عوامل بازار برای برقراری نظم بیشتر بین خودشان تاسیس شده اند و مقررات تکمیلی اضافه بر قوانین را که برای نظم بخشیدن به کار خود نیاز بدانند وضع می کنند و اعضای آن، خود را موظف به اجرای آنها می دانند. امروزه سابقه بخشی از آنچه را که در قالب قانون یا مقررات به تصویب مراجع دولتی رسیده است، می توان در زمره مقرراتی یافت که قبلا توسط این سازمان های خودجوش تصویب گردیده بود. از مهم ترین سازمان های خودنظم می توان از کمیسیون معاملات کالا یا قراردادهای آتی، انجمن ملی معامله گران اوراق بهادار و انجمن مدیران اوراق بهادار آمریکای شمالی نام برد.

دستآورد مهم دیگر در قوانین مصوب بعدی آن بود که پلیس فدرال (FBI) هم در کشف و شناسایی جرائم اوراق بهادار مأموریت یافت که مداخله کند. این امر به وضوح نشان از توجه جدی قانونگذار آمریکایی به اهمیت مبارزه با این تقلبات و جرائم و نگرانی از وسعت آنها دارد.

۲-۸- اقسام سرمایه گزار بورس اوراق بهادار با نگاه تطبیقی:

سرمایه گزار به دو دسته سرمایه گزار خرد (retail investor) یا غیر حرفه ای و سرمایه گزار نهادی (institutional investor) تقسیم می شود که به شرحی که خواهد آمد سرمایه گزاران دسته اول مصرف کننده محسوب می شوند.

سرمایه گزار خرد که دارای موقعیت نامتوازنی نسبت به سرمایه گزار نهادی بوده و قدرت چانه زنی و اقتصادی کمتری دارد، این دسته بندی در حقوق ایران و خصوصاً در قوانین مرتبط با بورس به نحو واضحی مشهود نیست. شاید تنها در دستور العملی که در این رابطه از سوی سازمان بورس ارائه شده به این دسته بندی اشاره شده که در آینده این دستور العمل را بررسی خواهیم کرد لیکن در دو کشور آمریکا و انگلستان این دسته بندی به صراحت در قوانین مرتبط با بورس دیده شده است. بند ۵ ماده ۹۱۳ قانون اصلاح وال استریت و حمایت از مصرف کننده موسوم به قانون داد فرانک آمریکا (Dodd-frank wall street reform and consumer protection act) مصوب ۲۰۱۰ مخالف قسمت اول تعریف فوق بوده و آنرا مختص شخص حقیقی دانسته اما در ادامه هدف استفاده شخصی را مورد تصریح قرار داده که مشابه آنچه که ارائه نموده ایم می باشد.

موضوع اخیر نیاز به اندکی توضیح دارد. هدف مزبور به این معنی است که برای تلقی سرمایه گزار به عنوان مصرف کننده در بورس نباید خرید و فروش اوراق بهادار شغل اصلی و مستمر او بوده بلکه باید مکمل شغل اصلی و پاره وقت او باشد. مانند معلمی که شغل اصلی او تدریس بوده و به عبارتی امرار معاش او از این طریق می باشد ولی در کنار این شغل گاهی اوقات در بورس نیز مشغول سرمایه گذاری و خرید و فروش اوراق بهادار می شود تا مکمل شغل اصلی وی یعنی معلمی باشد. یا وکیلی که وکالت شغل اصلی او بوده اما در کنار آن گاهی اوقات در بورس نیز فعالیت می نماید.

لازم به ذکر است که صرف فعالیت پاره وقت معلم و وکیل فوق موجب تخصص او در بازار اوراق بهادار نمی گردد. البته اگر اثبات شود او با همین فعالیت غیر مداوم در بورس تخصص پیدا نموده است و مهارت او فراتر از اشخاص عادی است دیگر مصرف کننده بورس تلقی نمی شود اگر چه حرفه اصلی او فعالیت در بورس نیست. بزودی خواهیم دید این تقسیم بندی از سرمایه گذاری در بخش حمایتی و نظارتی و متعاقب آن جبران زیان سرمایه گزاران در بورس بسیار ارزشمند و کارآمد خواهد بود و با چنین تقسیم بندی کارا برگرفته از حقوق مد رن می توان شرایط جبران زیان برخی افراد را در بورس بررسی نمود.

در مقابل سرمایه گزار خرد سرمایه گزار نهادی یا به تعبیر بند ۵ قسمت یک ماده چهار دستور العمل ۲۰۱۱/۶۱/ع. سرمایه گزار حرفه ای قرار دارد. تعریفی که یکی از حقوقدانان کشور ما از سرمایه گزار نهادی ارائه داده است اینست که: سرمایه گزار نهادی شخصی است که به صورت حرفه ای و به عنوان متخصص اقدام به خرید و فروش اوراق بهادار می کند و نیازمند حمایتهایی نیست که سازمان بورس از عموم می نماید (سلطانی، ۱۳۹۵، ۷۴) در قانون بارار سرمایه کشورمان مصوب ۱۳۴۴ کمترین توجه به سرمایه گزار نهادی شده است و تنها در بند ۲۷ ماده یک آن از این عبارت استفاده و عرضه خصوصی اوراق بهادار که دارای تشریفات عرضه عمومی نبوده و سخت گیری های آنرا که برای رعایت عموم سرمایه گزاران است ندارد. تنها نسبت به سرمایه گزاران نهادی ممکن دانسته است. لذا قانون هم به عدم نیاز به حمایت از این

دسته از سرمایه گزاران توجه نموده است .

مصوبه مربوط به تعریف سرمایه گزار نهادی هیئت مدیره سازمان بورس مصوب ۱۳۸۶ نیز سرمایه گذاری نهادی را تعریف کرده است برخی از نویسندگان مهمترین وجه ممیزه سرمایه گذاری نهادی از خرد را حقیقی نبودن سرمایه گزار نهادی دانسته و معتقدند سرمایه گزار نهادی الزاما شخص حقوقی بودن است که این امر منطقی به نظر نمی رسد. زیرا همانطور که بیان گردید ملاک تشخیص مصرف کننده از غیر آن ویژگی حقیقی یا حقوقی بودن شخص نیست بلکه حرفه ای و ماهر نبودن او بوده و نباید سرمایه گذاری در بورس شغل اصلی وی باشد .

در نتیجه اگر موضوع فعالیت شخص حقوقی مرتبط با بورس نباشد ولی به طور غیر مداوم و در کنار فعالیت اصلی در بورس سرمایه گذاری کند در این صورت او مصرف کننده بورس تلقی خواهد شد. و باید حمایت های خاص قانونی از این شخص صورت گیرد. اگر چه شخص حقوقی است. عقیده اخیر مورد پذیرش مصوبه مربوط به تعریف سرمایه گزار نهادی هیئت مدیره سازمان بورس مصوب سال ۱۳۸۶ کشور ما قرار گرفته است و این امر را اختصاص به اشخاص حقوقی ندانسته و وفق بند ۳ و ۶ خود اشخاص حقیقی را هم شامل می شود. لازم به ذکر است که در مورد شخص این اماره وجود دارد که او به علت تشکیلات منظم و قدرت اقتصادی مناسب ماهر فرض می شود ولی در صورتی که خلاف آن اثبات شود و مخفی گردد که سرمایه گذاری شخص حقوقی در بورس فعالیت اصلی این شخص نبوده و همچنین در امر بورس تبحر ندارد در این صورت مصرف کننده محسوب خواهد شد. در مقابل اصل بر این است که شخص حقیقی غیر حرفه ای است اما در صورتی که ثابت شود او متخصص بوده که دلائل مختلفی می تواند داشته باشد مصرف کننده محسوب نمی شود حتی اگر سرمایه گذاری در بورس شغل فرعی و مکمل او باشد.

همانطور که بیان شد به عقیده ما مصرف کننده بورس همان سرمایه گزار خرد می باشد اگر چه این امر متفق القول نبوده و مورد پذیرش برخی حقوقدانان نمی باشد اما در مقابل می توان از عده ای از محققان خارجی و کشورمان نام برد که از جمله موافقان محسوب می شوند.

در بررسی تطبیقی موضوع در کشور فرانسه از نظر اخیر تبعیت کرده است. به عنوان نمونه بند ۳ ماده (۱۷) قانون بازار و خدمات مالی فرانسه مصوب سال ۲۰۰۰ (financial services and markets act ۲۰۰۰) هم سرمایه گزاران بالفعل بازار اوراق بهادار و هم اشخاص که در آینده ممکن است به سرمایه گذاری در بورس بپردازند را مصرف کننده می داند همچنین در بند ۴ و ۵ ماده (۱۷) (C1) مزبور نیز مصادیق خدمات مالی آمده است که خدمات بورس نیز جزئی از آن است. برخی از محققان (cartwi- ۲۰۰۴/۵) نیز پا را فراتر نهاده و همه سرمایه گزاران اعم از نهادی و خرد را مصرف کننده تلقی نموده اند و عده ای دیگر (w.harvey; ۲۰۰۸/۸) نیز در تفسیری موسع ویژگی مصرف کننده را اختصاص به سرمایه گزار بورس ندانسته و سرمایه گزار را جزئی از مصرف کنندگان بازار سرمایه تلقی کرده اند.

۳- تکالیف ناشی از اوراق بهادار :

ناشران اوراق بهادار به عنوان یکی از ارکان بازار سرمایه ایران به موجب قوانین مختلف وظایف و تکالیفی را برعهده گرفته اند. که نقض هریک از این تکالیف می تواند ضمانت اجرای مختلفی را به همراه داشته باشد. با توجه به اینکه مشوقهایی در بازار سرمایه برای ناشران تعیین شده است که ناشران اوراق بهادار با استفاده از این مشوقها برای حضور پررنگ در این بازار تشویق می گردند. بر اساس مبانی حقوقی در برابر هر حقی تکلیفی نیز تعریف شده است. ناشران اوراق بهادار که این مشوقها را به عنوان حقوق قانونی خود بر می شمردند در برابر آن تکالیف مقرر قانونی را بایستی به درستی انجام داده تا باعث ورود خسارات به

سرمایه گذاران نگردند و اگر در این راستا باعث ورود خسارت گردند جبران خسارت به عنوان ضمانت افعال آنان در بازار سرمایه قابل تعریف است.

۳-۱- وظایف ناشر در خصوص برگزاری مجامع عمومی :

ناشر مکلف است مکان برگزاری مجمع را به نحوی تعیین نماید که امکان حضور سهامداران و به ویژه سهامداران جزء فراهم گردد. در صورت انتشار آگهی دعوت تغییر تاریخ و مکان برگزاری مجمع منوط به انتشار آگهی جدید حداقل ده روز قبل از برگزاری مجمع می باشد. در صورتی که ناشر در نظر داشته باشد شهر مکان برگزاری مجمع را نسبت به سال قبل تغییر دهد باید قبل از انتشار آگهی مراتب را به سازمان اعلام نماید. بر اساس ماده ۱۲ دستور العمل فوق الاشاره ناشر موظف است قبل از برگزاری مجمع عمومی فوق العاده به منظور انجام هرگونه تغییر در مفاد اساسنامه موافقت سازمان را با تغییرات پیشنهادی اخذ نماید.

تصمیمات اتخاذ شده در مجامع عمومی ناشر باید در جهت حفظ منافع و رعایت حقوق تمام سهامداران به طور یکسان باشد (ماده ۱۵) همچنین ناشر مکلف است با توجه به وضعیت نقدینگی و توان پرداخت سود و با ارائه دلائل و توضیحات کافی حداکثر سود قابل تقسیم را در یادداشت های همراه صورت های مالی حسابرسی شده سالیانه افشا نماید. و حسابرس معتمد نیز موظف است در مورد آن اظهار نظر نماید در شرکت هایی که ملزم به تهیه صورت های مالی تلفیقی می باشند اعلام حداکثر سود قابل تقسیم و تصمیمات تقسیم سود باید مبتنی بر صورت های مالی تلفیقی باشد. ناشر موظف است حداکثر سود قابل تقسیم را بر اساس سود قابل تقسیم طبق صورت سود و زیان تلفیقی یا صورت سود و زیان شرکت اصلی هر کدام که کمتر باشد و بالحاظ نمودن توان پرداخت سود محاسبه و افشا نماید (ماده ۱۷ دستور العمل).

۳-۲- تکلیف ناشران برای افشای اطلاعات

تکلیف ناشران^۱ برای افشاء اطلاعات برای برقراری عدالت در بازار سرمایه و حفظ بازاری شفاف منصفانه و کارآمد ضروری است. ناشری که با دسترسی به بازار سرمایه سهام خود را عرضه کرده نه تنها ملزم است در مرحله عرضه اولیه اوراق اطلاعاتی درست و به موقع در اختیار سرمایه گذاران قرار دهد بلکه مکلف است طی زمان حضور خود در بورس با تداوم اجرای این تکلیف نقش خود را در تعیین قیمت عادلانه اوراق بهادار و حفظ بازاری کارا و منصفانه ایفا نماید. در یک بازار سرمایه کارا، قیمت اوراق بهادار به صورت عادلانه تعیین شده و تخصیص سرمایه به صورت بهینه انجام می شود. در این بازار اطلاعات، ارزشمندترین دارایی است عدم وجود اطلاعات همانقدر موجب زیان سرمایه گذاران می شود که برخورداری از اطلاعاتی نادرست یا با تأخیر.

توسعه بازارهای مالی تاثیر با اهمیت آنها بر اقتصاد کشور ها و هدایت بخش عمده ای از سرمایه های اشخاص حقیقی و حقوقی به این بازارها موجب شده تا ابعاد حقوقی جدید فعالیت در بازار سرمایه آشکار شوند. عدالت توزیعی در این میان نقش پررنگتری یافته و در صدد است تا در کنار عدالت تصحیحی^۲

۱- به موجب بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، ناشر شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می کند. شرکتهای سهامی عام از مصادیق ناشران محسوب می شوند.

۲- در فلسفه ارسطو عدالت کیفری (تصحیحی) و توزیعی با دقت تمام از هم جدا شده اند و هر کدام اثر و وظیفه خود را دارد. عدالت توزیعی ناظر به تقسیم عادلانه و همگانی امتیازها و ثروت اجتماعی است و تکلیف ناشی از آن به همه مردم تعلق می گیرد. ولی عدالت کیفری مربوط به مکافات کارناشیسته و جبران خسارت ناشی از آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱۹۶).

نه تنها به حفظ حقوق اشخاص به این بازارهای کمک کند، بلکه با جلب اطمینان اشخاص در توسعه اقتصادی کشورها نقش موثری را ایفا نماید. قانون گذاران و سیاست گذاران بازار سرمایه در وهله اول به عدالت توزیعی نظر داشتند و کوشیدند تا با برقراری اصولی این بازار زمینه های کمتری برای تجزیه حقوق اشخاص وجود داشته باشد. یکی از این اصول برقراری الزامات مربوط به افشای اجباری اطلاعات در بازار سرمایه است که هدف اولیه آن حمایت از حقوق سرمایه گذاران و در مرحله بعد کسب اعتبار برای بازار ثانویه، کاهش هزینه های مبارزه با سوء استفاده از اطلاعات نهانی و در نهایت افزایش امکان تامین مالی شرکتها در بازار اولیه است. با توجه به ضرورت وجود مقررات افشا در بسیاری از کشورها قوانین و مقررات دقیق و تفصیلی در خصوص افشای اجباری اطلاعات مفاد آن شیوه افشا و در نهایت ضمانت اجراهای ناشی از نقض این مقررات وضع شده است. این ضمانت اجرا ها نوعا سه دسته اند. ضمانت اجرای کیفری، انضباطی (اداری) و مدنی. ضمانت اجرای کیفری و انضباطی مارا از اعمال عدالت تصحیحی بی نیاز نساخته اند. عدالت تصحیحی برای اصلاح و جبران خسارتی است که در نتیجه کار ناشایست به بار می آید و طبیعی است که تکلیف ناشی از اجرای این عدالت و جبران آنچه رخ داده مربوط به شخص خاطی است و با مسئولیت مدنی قریب دارد. مسئولیت مدنی ناشران و سایر اشخاص مسئول مکملی برای ابزارهای انضباطی و کیفری دولت در زمینه افشای اطلاعات است.

۳-۳- الزام به افشای اطلاعات در بورس آمریکا

بر اساس قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳^۱ شرکت ها به منظور عرضه عمومی اوراق بهادار ملزم به ثبت اطلاعات نزد کمیسیون بورس و اوراق بهادار^۲ هستند. بدین منظور بخش شش قانون اوراق بهادار مراحل را پیش بینی کرده که تکمیل بیانیه ثبت مهم ترین آنها می باشد. بیانیه ثبت باید به امضای مدیرعامل ناشر، بالاترین مقام مالی و بسیار دیگری از اشخاصی که نقش مشابهی در شرکت دارند برسد. هر شخصی که بیانیه ثبت را امضا می کند بر اساس بخش ۱۱ قانون دارای مسئولیت میباشد. در بخش ۷ قانون مفاد بیانیه ثبت مشتمل بر ۳۲ مورد مشخص شده است و البته به کمیسیون اختیار تغییر مفاد بیانیه ثبت داده شده است. کمیسیون نیز به موجب مقررات تکمیلی و با توجه به صنعت موضوع فعالیت ناشر این موارد را تعیین می کند. در بخش هشتم قانون پیش بینی شده که این اطلاعات ظرف بیست روز پس از ثبت نزد کمیسیون اثر بخش می شوند و قابلیت اتکا پیدا می کنند. کمیسیون می تواند از اثربخشی اطلاعات ناقص جلوگیری کند و در مورد ناشران قابل اعتماد اثربخشی را با روز ثبت اطلاعات همزمان کند.

۳-۴- تکلیف ناشرانی که اوراق بهادار منتشر کرده اند

برخلاف مقررات قبلی در بازار سرمایه از جمله آیین نامه افشای اطلاعات شرکت های پذیرفته شده در بورس مصوب ۱۳۸۱ شورای بورس به موجب صدر ماده ۴۵ نه فقط شرکت های پذیرفته شده در بورس بلکه هر شرکتی اعم از بورسی و غیر بورسی که مجوز انتشار اوراق بهادار خود را از سازمان دریافت کرده مکلف به ارائه اطلاعاتی باشد. دامنه ناشران موضوع این ماده توسط بند الف ماده ۹۹ برنامه پنج ساله پنجم توسعه به کلیه اشخاصی که تا کنون نسبت به انتشار اوراق بهادار اقدام کرده اند توسعه داده شده است. در این قانون اینگونه ناشران مکلفند حداکثر ظرف شش ماه از تاریخ انتشار اوراق نسبت به ثبت نزد سازمان اقدام نمایند. لیکن عدم ثبت مانع از اجرای تکالیف قانونی ناشر نیست. والزامات ماده ۴۵ یکی از این تکالیف قانونی است.

۱- Securities Act 1933-

۲- (Securities and Exchange Commission (SEC-

بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار ناشر را شخص حقوقی معرفی می کند که اوراق بهادار را به نام خود منتشر کرده است. لذا با توجه به تعریف اوراق بهادار در بند ۲۴ همان ماده علاوه بر ناشرین سهام (شرکت های سهامی عام) ناشر اوراق مشارکت، صکوک و سایر اوراق بهادار قابل معامله، که ممکن است شرکت سهامی عام نباشد مشمول اطلاق این ماده خواهند بود. تنها استثنای موجود ناشران اوراق بهادار معاف از ثبت می باشند که توسط ماده ۲۷ قانون بازار احصا شده اند.

در صدر ماده به دستور العمل اجرایی که توسط سازمان تعیین خواهد شد اشاره شده است. این دستور العمل در سوم مرداد ۱۳۶۱ با عنوان دستور العمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت های ثبت شده نزد سازمان به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسید. این دستور العمل علاوه بر تعیین مصادیق اطلاعاتی که باید افشا شوند، زمان بندی و نحوه انتشار اطلاعات همچنین مصادیق اطلاعات مهم بیان گردیده است که در گفتار بعدی مفصلاً به آن خواهیم پرداخت.

۳-۵- تکلیف ناشر به ارائه اطلاعات مهم

آخرین بند ماده ۴۵ به «اطلاعاتی که اثر با اهمیتی بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه گذاران دارد» اشاره می کند و بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل افشاء این اطلاعات را اطلاعات مهم تعریف می کند. جهت تشخیص این گونه اطلاعات ضروری است به معیار ارائه شده در بند ۴ ماده ۴۵ توجه نماییم: تاثیر با اهمیت بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه گذاران. تشخیص اطلاعات دارای اثر با اهمیت بسیار مهم و حیاتی است چرا که عدم ارائه اطلاعات مهم منجر به ارتکاب جرم و مجازات اشخاص مسئول می شود. (بند ۲ ماده ۴۹)

با توجه به اهمیت تشخیص مصادیق اطلاعات با اهمیت، بخش مجزایی در دستورالعمل افشاء به بیان مصادیق اطلاعات مهم اختصاص داده شده است. شرایط متفاوت حاکم بر فعالیت شرکت ها و تنوع موضوع فعالیت آنها موجب تفاوت مصادیق اطلاعات مهم در هر شرکت نسبت به شرکت های دیگر است. از این رو در این بخش از دستورالعمل افشاء بر اساس غلبه، به ذکر برخی مصادیق عمومی و مشترک اکتفا شده است و تشخیص سایر مصادیق در صورت بروز تخلف بر عهده هیئت مدیره شرکت در مرحله رسیدگی قضایی بر عهده دادرس دادگاه خواهد بود.

۳-۶- نظام مند نمودن معاملات در بورس امریکا

در امریکا قانون بورس اوراق بهادار^۱ به منظور نظام مند کردن معاملات اوراق بهادار در بورس و بازارهای خارج از بورس و جلوگیری از اقدامات ناعادلانه و خلاف انصاف در سال ۱۹۳۴ به تصویب کنگره آمریکا رسید و بارها مورد بازبینی و اصلاح قرار گرفت. یکی از اهداف این قانون نظارت بر فعالیت ناشرانی است که اوراق بهادار آنها به موجب قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ ایالات متحده نزد کمیسیون بورس و اوراق بهادار به ثبت رسیده است. این قانون مشتمل بر ۳۹ بخش می باشد. بخش ۱۳ آن به افشای اطلاعات دوره ای و سایر گزارش ها اختصاص یافته است. مطابق بخش ۱۳ ناشرانی که اوراق بهادار آنها به ثبت رسیده است موظف می باشند تا اطلاعات دوره ای خود را به کمیسیون و در صورت پذیرش در بورس داخلی همزمان به بورس و کمیسیون ارائه نمایند. بنابه تصریح این ماده ارائه این اطلاعات به منظور حمایت از سرمایه گذاران و حصول اطمینان از معاملات عادلانه اوراق بهادار می باشد.^۲

۱- Securities Exchange Act of 1934-
۲- www.sec.gov/about/law-

در بند (a) این ماده مصادیق اطلاعاتی که ناشران موظف به ارائه آن هستند از جمله گزارش های سالیانه که در صورت پیش بینی در مقررات باید توسط حسابرسان مستقل حسابرسی شده باشند و گزارش های میان دوره ای مشخص شده اند. بر اساس بند (i) حسابرسی باید منطبق با اصول عمومی حسابرسی و از طریق موسسات عمومی حسابرسی ثبت شده صورت پذیرد. در عین حال این اختیار به کمیسیون داده شده است تا بر اساس مقرراتی که وضع می نماید هر نوع اطلاعاتی را که لازم بداند تعیین کند.

در قسمت ۱ از بند (b) این ماده مقرر شده است که کمیسیون فرم یا فرم هایی را برای دریافت گزارش ها تهیه کند.^۱ این فرم ها راهنمایی خواهند بود برای ناشران و اشخاص کنترل کننده آنها در نحوه تهیه گزارشات و نوع اطلاعاتی که باید ارائه شوند، مانند جزئیاتی که باید در ترازنامه آورده شود یا روش هایی که باید هنگام تهیه گزارش ها، در ارزیابی دارایی ها و بدهی ها، در تعیین استهلاک یا استهلاک منابع طبیعی^۲، تمیز بین درآمد مستمر و درآمد غیر مستمر^۳ و تفکیک درآمدهای عملیاتی و سرمایه گذاری به کار گرفته شود. در این بند تصریح شده که در صورتی که هر یک از این اشخاص مشمول قوانین و مقررات دیگری باشند کمیسیون حق وضع مقررات مغایر با آنها را ندارد مگر در مواردی که منافع عموم و حمایت از سرمایه گذاران چنین موضوعی را اقتضا نماید. در مقابل به موجب بند (c) اگر کمیسیون تشخیص دهد که گزارشی برای برخی از شرکت ها قابل اعمال نیست می تواند از آنها بخواهد تا گزارش مقایسه ای تهیه کنند.

۳-۷- وظیفه ناشر در حفظ حقوق سهام داران در ایالات متحده:

برای ناشر بر اساس قوانین موجود در ایالات متحده امریکا وظایفی تقریباً مرتبط با وظایف ناشر در حقوق سرمایه ایران تعریف شده است. با این تفاوت که نظارت بر انجام این تکالیف در بازار سرمایه ایالات متحده بسیار نظام مند تر از قانون سرمایه ایران است. از طرفی سابقه و تجربه سالیان طولانی فعالیت بازارهای بورس امریکا ریسک مخاطرات مالی را کاهش داده است. ذیلاً به برخی از این وظایف که مهمتر و کارآمد تر از سایر وظایف است اشاره می شود:

۳-۸- گزارش دهی دارندگان اطلاعات نهانی و سهام داران عمده

وظیفه ناشر در حفظ حقوق سهامداران در ایالات متحده افشای اطلاعات مالکیتی، هیئت مدیره و مدیران اجرایی و تغییر های اساسی در سهام ایشان بر مبنای دو مولفه تحت قوانین اوراق بهادار فدرال الزامی است. مولفه نخست مربوط به الزام های افشای دوره ای ناشر، تحت قوانین اوراق بهادار فدرال بوده و مولفه دوم به افشای دارندگان اطلاعات نهانی تحت بخش ۱۶ قانون بورس می باشد.

۳-۸-۱- افشای ناشر: افشای ناشر مهم ترین وظیفه ایست که قوانین مالی برای ناشر بر شمرده اند. ناشران موظف هستند برای تهیه جدول هایی به منظور افشای سهامداری مدیران شرکت اقدام کنند. این جدول ها شامل خود شرکت، زیر مجموعه ها و شرکت های مادر میشود. در این جدول ها تمامی هیئت مدیره و نمایندگان ایشان با ذکر نام، همچنین مدیران اجرایی که بیشترین پاداش را دریافت کردند با ذکر نام و تمامی هیئت مدیره و مدیران اجرایی به عنوان گروه بدون ذکر نام، بررسی می شوند. اطلاعاتی که در این جدول ها ارائه می شود شامل تعداد و درصد سهام افراد نامبرده هستند. این افشا باید در امید نامه

۱- سازمان بورس و اوراق بهادار نیز فرمتهای متعددی را به منظور ارائه گزارشهای ناشران و نهادهای مالی تهیه کرده است / سیستم کدال نیز برای نظام مند کردن ارائه گزارش ها طراحی شده است.

۲- Depletion-

۳- Recurring and Nonrecurring income-

و بیانیه ثبت انجام پذیرد. هم چنین حداقل یک بار در سال می بایست به روز شده و در گزارش سالیانه ناشر یا دستور جلسه مجمع ارائه گردد.

بخش ۱۶ قانون بورس: این بخش شامل تمامی هیئت مدیره، مدیران اجرایی ناشر که تحت بخش ۱۲ قانون بورس به ثبت رسیده، میشود. هم چنین هر شخصی که بیش از ۱۰ درصد سهام ناشر را در اختیار دارد مشمول این بخش می شود.

بخش ۱۶ الف: از تمامی افرادی که الزام به گزارش دارند می خواهد ظرف مدت ۱۰ روز از زمان واجد شرایط شدن برای پر کردن و ارائه گزارش اولیه سهامداری اقدام کنند. و بر این اساس دارندگان اطلاعات نهانی می بایست تعداد سهامی که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم از آن منتفع می شوند را گزارش کنند. به منظور به روز نگه داشتن این اطلاعات، بخش ۱۶ الزام دارد چنانچه این افراد برای خرید یا فروش اوراق بهادار ناشر اقدام کردند، قبل از پایان روز دوم کاری پس از معامله به گزارش تغییرها اقدام کنند. دارندگان اطلاعات نهانی که در رابطه با گزارش معامله هیشان غفلت کرده، یا معامله هایی داشته اند که مشمول تاخیر در گزارش می شود می بایست گزارش سالیانه حاوی معامله های گزارش نشده خود را ارائه دهند. تمامی گزارش های بخش ۱۶ شامل گزارش اولیه سهامداری، گزارش تغییرهای سهامداری و گزارش سالیانه به صورت الکترونیکی از طریق سیستم ((ادگار)) ارسال می شود. این گزارش بلافاصله پس از ارسال به صورت عمومی منتشر می شود. برنامه گزارش دهی متخلفان در کمیسیون بورس اوراق بهادار روی گزارش های ارسالی پیاده سازی شده و کمیسیون با اتخاذ اقدامات تنبیهی در خصوص متخلفان اقدام می کند.

نتیجه گیری:

با ملاحظه بخشی از شرح وظایف ناشران اوراق بهادار به موجب قوانین مختلف من جمله قانون بازار اوراق بهادار و دستور العمل های صادره از مراجع نظارتی در این حوزه و مذاقه و کنکاش در نحوه اجرای تکالیف مذکور به نظر می رسد، بورس در حال حاضر بیش از حمایت، نیاز به اصلاح برخی زیرساخت ها و قوانین محدود کننده ای دارد که در یک پروسه کاملاً شفاف امکان رصدناشران اوراق بهادار به عنوان یکی از مهمترین ارکان بازار اوراق بهادار وجود داشته باشد.

در بخشی از این نوشتار دریافتیم که در نظام مالی کشورهای فرانسه و انگلستان تفکیک صورت گرفته بین سرمایه گزاران خرد و نهادی و تعریف مشخص و دقیق هریک از این سرمایه گذاران باب پیشگیری از ورود ضرر را باز نموده به گونه ای که سرمایه گذار نهادی در هر صورت نیازمند حمایت قانونی است تا در هنگام ورود به بازار سرمایه حداقل سرمایه اولین و نخستین خود را حفظ نماید و به عبارتی حمایت از سرمایه گذار خرد به یک تکلیف برای ناشران و سایر افراد دخیل در بازار سرمایه شناخته شده است. موضوعی که متأسفانه در قوانین ما در حد یک دستور العمل و آن هم به شکل کاغذی و نه اجرایی مورد بحث قرار گرفته است.

به هر روی تخلفات ناشر از قوانین متنوع موجود ضمان آور بوده و علاوه بر اینکه در برخی قوانین ضمانت اجرای کیفری برای آن تعیین شده ضمان اجرای مدنی نیز قابل تامل است. برقراری شرایط ضمان و متعاقباً ایجاد مسئولیت مدنی متعاقب ورود ضرر به سهامداران می تواند از نتایج نقض عهد ناشران اوراق بهادار باشد.

استفاده از تجربیات کشورهای پیش رفته در این حوزه می طلبد این چنین تفکیکی کارآمد و نظام مند

در زمینه بازارهای مالی ایران نیز به شدت مد نظر قرار گرفته و با تفکیک سرمایه گذار خرد از سرمایه گذار نهادی حمایت کارآمدی از سرمایه گذاران خرد که در نظام مالی ایران قربانی بی تدبیری و ناکارآمدی برخی ابزارهای مالی شده اند صورت گیرد.

Extent abstract

Securities issuers are known as one of the important pillars of the securities market.

The existence of many advantages in this market has led many companies to gain

the necessary motivation to participate in these markets and enter the financial

markets. In order to increase their capital and take advantage of other existing

advantages by offering their securities. In this regard, considering the benefits they

gain from this, they must behave in a way that protects the rights of shareholders

and investors in this market and does not cause them losses. The appropriate legal

behavior of issuers, along with other pillars of the securities market, can reflect this

important issue so that investors face the least harm in this market. The

developments in the modern business world have created documents that, although their nature is different from commercial documents in the specific sense,

commercial custom and market needs have considered these documents as quasicommercial documents and have imposed some regulations governing commercial

documents in the specific sense on them in order to facilitate their trade and transfer. Today, it must be acknowledged that examining securities in the Iranian

financial system will be beneficial. Given that the Commercial Code is in the process

of reform and the issue of securities and the nature of these securities in the draft

of this law was one of the important and challenging issues, today the theory of law

and financial security emphasizes the importance of legal protection for investors

and owners of securities for the development of capital markets. What is

important
is that lawmakers, and especially judges, as distributors of justice in society, are able to be aware of the economic consequences of their decisions and, as far as possible, make decisions about the legal status of institutions clearly and unambiguously. This means that, if possible and knowing the current situation, the rights and duties of individuals should be regulated in a way that enables the most desirable use. And when the most efficient conditions are unknown, the obstacles that stand in the way of achieving efficiency should be removed by reducing the costs of transferring property rights and also the costs of enforcing the law. The ownership entity in general for all types of property and in particular for securities is formed according to the customs, traditions and history of exchanges of these securities, which have accumulated throughout history, experiences and have become present-day and have influenced previous traditions. If the law does not sufficiently take into account the rights and obligations of investors, they are forced to invent an alternative solution and resort to it and accept it as a custom. Explaining the legal nature of securities is very effective in providing the possibility of comparing them with commercial documents in a specific sense, including checks, promissory notes and bills of exchange, and in matching the rights and obligations of the holders of these documents with the holders of securities. Because if the nature of these documents can be justified in the form of document law, perhaps specific legal rules will apply to these documents and increase or decrease the liability of the holders or issuers of such documents. In this regard, the most important approach is to understand the nature of securities and know what the nature of these securities is. In principle, the nature of these securities is important in terms of whether they are real and therefore should be examined in the field of property rights or are rights and their transfer and transfer should be subject to the law of obligations and the transfer of debt and claims and should be

examined in the field of contract law. It is after knowing the nature that the explanation of the rights of the issuer and the holder and the duties of both are specified. Based on that, various performance guarantees are imposed on it. Undoubtedly, the recognition of the legal duties of issuers by them and also investors as the most important pillar of the capital market will increase investment as well as public trust and improve the economy of the society while drawing a transparent and efficient market. The examination of these duties and responsibilities, some of which are the responsibility of the Securities and Exchange Organization and some of which are the responsibility of the issuer, is the focus of this article, so that by explaining the most important duties of issuers towards investors and aligning their most important parts with American and French law, legal responsibilities can be considered for them in accordance with these duties

- ۱-سلطانی، م. (۱۳۹۵). حقوق بازار سرمایه، تهران، سمت
- ۲-صادقی مقدم، م. ح.، نوروزی م. نقد و بررسی نظام افشای اطلاعات در بورس ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱ شماره ۲ ص ۱۳۱-۱۴۹
- ۳-عبدی پور فرد، (۱۳۹۳). مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- ۴-میرزایی منفرد غ. (۱۳۹۱). حقوق کیفری بازار اوراق بهادار
- ۵-نوروزی م. ۱۳۸۹. مبانی و اصول تعهد به دادن اطلاعات در بورس، پژوهشهای حقوقی شماره ۱۷
- ۶-تحلیل مبانی فقهی و حقوقی جرائم مرتبط با اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار، ساریخانی، میرزایی منفرد، ۱۳۹۶
- ۷-مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در سازمان بورس و اوراق بهادار، ندیمی نو، ۱۳۹۶
- ۸-بازشناسی اطلاعات نهانی و قلمرو آن در نظام حقوقی ایران، جمالی، آقا میری، سلیمان دهکردی، ۱۳۹۴
- ۹-شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار، جنیدی لیلا، نوروزی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی
- ۱۰-تحلیل مسئولیت مدنی شرکت بورس در معاملات اوراق بهادار، انصاری علی، مبین حجت، فصلنامه بورس شماره ده
- ۱۱-بررسی وظایف ناشران اوراق بهادار در حقوق ایرانی، جودکی حمید، فصلنامه حقوق،
- ۱۲-ژورن پ، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادب، چاپ دوم، انتشارات میزان
- ۱۳Palmiter, A. R. (۲۰۰۸). Securities Regulation: Examples and Explanations. New York: Aspen Publishers
- ۱۴BAUMAN, J. D. (۱۹۷۹). Rule ۱۰b-۵ and the Corporation's Affirmative Duty to Disclose. Geo. L.J. ۹۳۵, ۹۳۵-۹۸۹
- ۱۵Benston, G. J. (۱۹۷۳). Required Disclosure and the Stock Market: An Evaluation of the Securities Exchange Act of ۱۹۳۴. The American Economic Review, Vol. ۶۳, No. ۱, ۱۳۲-۱۵۵
- ۱۶BLACK'S LAW DICTIONARY. WEST PUBLISHING COI. (BLACK, H. C. (۱۹۷۱)
- ۱۷Block, D. J., Barton, N. E., & Garfield, A. E. (۱۹۸۵). Affirmative Duty to Disclose
- ۱۸Material Information Concerning Issuer's Financial Condition and Business



پژوهش های بنیادین در حقوق

.Plans. The Business Lawyer, Vol. ۴۰, No. ۴, ۱۲۴۳-۱۲۶۵

۱۹DENNIS, R. J. (۱۹۸۴). MATERIALITY AND THE EFFICIENT CAPITAL MARKET MODEL: A RECIPE FOR THE TOTAL MIX. WILLIAM AND MARY LAW REVIEW, VOLUME ۲۵, ۳۷۲-۳۳۰

Legal effects of registering real estate transactions on the rights of other persons

1.KHatere Darugar Lichahi 2.Saied Sam Daliri

Recieved:5/12/2024

Accepted:26/2/2025

Abstract

The use of ordinary documents in real estate transactions has always been accompanied by numerous challenges and problems; this practice has not only caused numerous disputes and ambiguities in the field of ownership, but has also contributed to the weakening of the security of ownership of the state and individuals; due to the informal nature of these documents, profit-seeking individuals can illegally seize state or public lands and prepare ordinary documents, sell them or transfer them to others, thus damaging public property and violating the rights of the real owners. By emphasizing the validity of official documents against the parties to the transaction and their heirs and legal representatives, the legislator actually points out that these documents have the force of law in the relations between the parties to the transaction. Therefore, by approving and implementing the law requiring the official registration of real estate transactions, an important step was taken towards resolving the problems arising from the use of ordinary documents. The present study aims to explain the legal effects of registering real estate transactions on the rights of third parties and examines it by examining existing documents and books with a descriptive-analytical method; As a result, by making official registration of real estate transactions mandatory, the validity of ordinary documents in this area has been greatly reduced and the possibility of their misuse for illegal activities has been minimized. This will increase transparency in the real estate market, reduce investment risks, and eliminate conflicting transactions in this area.

key word: Real estate, ownership, third parties, ordinary documents, official documents

1. Khatre Drogar Lichahi, Master's student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, Chalus Branch, Mazandaran, Iran: 0009-0000-5475-0307

derogar.khatereh@gmail.com

2. Assistant Professor, PhD, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Chalus Branch, Islamic Azad University, Mazandaran, Iran: 0000-0002-2052-0842

Saeedsamd\`@gmail.com



آثار حقوقی ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث

خاطره دروگر لیچاهی ، سعید سام دلیری

ارسال ۱۴۰۳/۹/۱۵ پذیرش ۱۴۰۳/۱۲/۸

چکیده

استفاده از اسناد عادی در معاملات غیرمنقول همواره با چالش ها و مشکلات عدیده ای همراه بوده است؛ این رویه نه تنها موجب بروز اختلافات و ابهامات فراوانی در حوزه مالکیت شده، بلکه به تزلزل امنیت مالکیت دولت و اشخاص نیز دامن زده است؛ به دلیل ماهیت غیررسمی این اسناد، افراد سودجو می توانند با تصرف غیرقانونی اراضی دولتی یا عمومی و تنظیم سند عادی، به فروش یا انتقال آن ها به دیگران اقدام نمایند و بدین ترتیب، به اموال عمومی لطمه زده و حقوق مالکان واقعی را تضییع کنند. قانونگذار با تأکید بر اعتبار اسناد رسمی در برابر طرفین معامله و وراثت و قائم مقامان قانونی آن ها، در واقع به این نکته اشاره دارد که این اسناد در روابط میان طرفین معامله حکم قانون را دارند. از این رو با تصویب و اجرای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، گام مهمی در جهت رفع مشکلات ناشی از استفاده از اسناد عادی برداشته شد. پژوهش حاضر با هدف تبیین آثار حقوقی ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث تحقق یافته است و با بررسی اسناد و کتب موجود با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی آن می پردازد؛ در نتیجه با الزامی شدن ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، اعتبار اسناد عادی در این حوزه به شدت کاهش یافته و امکان سوءاستفاده از آن ها برای انجام فعالیت های غیرقانونی به حداقل رسیده است. این امر موجب افزایش شفافیت در بازار املاک، کاهش ریسک های سرمایه گذاری و از بین رفتن معاملات معارض در این حوزه خواهد شد.

واژگان کلیدی: اموال غیرمنقول، مالکیت، اشخاص ثالث، اسناد عادی، اسناد رسمی

خاطره دروگر لیچاهی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چالوس، مازندران، ایران. 0009-0000-5475-0307

derogar.khatereh@gmail.com

سعید سام دلیری، استادیار، دکترا، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، مازندران، ایران

0000-0002-2052-0842

Saeedsamd109@gmail.com

حق مالکیت، یکی از پایه‌های اصلی حقوق بشر محسوب می‌شود که باید همواره مورد احترام و حفاظت قرار گیرد. ثبت رسمی املاک و شناسایی مالکان و ذینفعان واقعی آن‌ها، گامی مؤثر در جهت ایجاد آرامش خاطر و ثبات اقتصادی در جامعه است. (مهرآسا و حسنی و روحانی مقدم، ۱۴۰۰)^۱ متأسفانه، رواج معاملات غیررسمی و عدم ثبت دقیق املاک، امنیت حقوقی مالکان را به خطر انداخته و ضرورت اصلاح قوانین و مقررات ثبتی را بیش از پیش آشکار ساخته است. در همین راستا، طرح الزام به ثبت رسمی معاملات املاک به عنوان یک ضرورت قانونی مطرح شده است تا با شفاف سازی مالکیت‌ها، از بروز اختلافات و دعاوی حقوقی جلوگیری کرده و به استحکام نظام اقتصادی و اجتماعی کشور کمک کند. این طرح با ایجاد یک سیستم ثبت دقیق و قابل اعتماد، ضمن حمایت از حقوق مالکان، به توسعه بازار املاک و افزایش اعتماد عمومی به معاملات املاک نیز کمک خواهد کرد.

پس از سال‌ها بحث و بررسی و طی مراحل قانونی متعدد، مجلس شورای اسلامی در سال ۱۴۰۳ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول را به تصویب رساند. هدف اصلی از تصویب این قانون، احیای اعتبار و جایگاه اسناد رسمی در معاملات املاک و اراضی و همچنین رفع موانعی بود که پیش از این بر سر راه تنظیم این نوع اسناد وجود داشت. با اجرای این قانون، تمامی معاملات مربوط به املاک و اراضی باید به صورت رسمی ثبت شوند و به این ترتیب، شفافیت و امنیت بیشتری در معاملات املاک ایجاد خواهد شد. (پیلوار و صفری، ۱۴۰۱)^۲ از آن رو که قانون الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول به تازگی به تصویب رسیده و مورد توجه قرار گرفته است بنابراین تحقیقات دقیقی هنوز از آن نگارش نشده است. اما به چند نمونه از تحقیقاتی که نزدیک به موضوع پژوهش حاضر وجود دارد اشاره می‌کنیم.

در تحقیقی تحت عنوان "طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول و دعاوی و ایرادات مربوط به آن" چالش‌ها و دعاوی مربوط به قولنامه‌های ملکی را مورد بررسی قرار داده است. در نظام حقوقی ما، عقود معامله‌ای از جمله بیع، معاوضه و اجاره، ماهیت اصلی انتقال مالکیت را تشکیل می‌دهند. در این میان، بیع و اجاره از رایج‌ترین ابزارهای انتقال مالکیت محسوب می‌شوند. شایان ذکر است که شروط ضمنی در قراردادهای بیع و اجاره، به ویژه در معاملات املاک غیرمنقول، نقش مهمی در تعیین ماهیت حقوقی معامله ایفا می‌کنند. با این حال، وجه شکلی انتقال مالکیت، یعنی روش‌هایی که برای اثبات وقوع معامله و ایجاد قابلیت‌های عملی برای آن به کار می‌رود، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. (وحید نیا، ۱۴۰۳)^۳

در تحقیق دیگری تحت عنوان "اثر انتقال مالکیت اموال غیرمنقول نسبت به اشخاص ثالث در حقوق ایران" اثر نسبی عقود در مقابل اشخاص ثالث، که یکی از مباحث مهم در حقوق مدنی ایران است مورد بررسی قرار گرفته است؛ چنانچه در خصوص اموال غیرمنقول، قانونگذار برای حفاظت از حقوق اشخاص ثالث، ثبت سند رسمی را الزامی کرده است. به این ترتیب، تنها افرادی که سند مالکیت به نام آنها ثبت

- ۱- مهرآسا، جمشید؛ حسنی، علیرضا؛ روحانی مقدم، محمد. (۱۴۰۰)؛ جایگاه ثبت نوین اسناد تک برگی و حذنگار در اعتبار بخشی به اسناد رسمی و بیع املاک، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۳، ش ۲۴.
- ۲- پیلوار، رحیم؛ صفری، حاتم. (۱۴۰۱)؛ اهمیت اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی معاملات اراضی و املاک جهت تثبیت مالکیت خصوصی، پژوهش‌های حقوق ثبت، دوره ۱، ش ۱، صص ۱۵-۳۶.
- ۳- وحیدنیا، محمد. (۱۴۰۳)؛ طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول و دعاوی و ایرادات مربوط به آن، یازدهمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام.

شده باشد، می‌توانند خود را مالک ملک معرفی کنند. (تفقدي زارع، ۱۴۰۲)^۱ در تحقیقی تحت عنوان "تاثیر طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول در کاهش جرم جعل و کلاهبرداری" نویسندگان به چنین نتیجه‌ای رسیده‌اند که قانونگذار به طور کلی معاملات انجام شده با اسناد عادی را معتبر می‌شناسد. اما در مورد املاک و اموال غیرمنقول، این اعتبار به شرط طی کردن مراحل قانونی ثبت رسمی در دفاتر اسناد رسمی محقق می‌شود. به همین دلیل، طرحی برای الزامی کردن ثبت رسمی معاملات املاک در مجلس تصویب شد که هنوز هم مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان است. یکی از دلایل اصلی این اختلاف، افزایش قابل توجه جرایم مرتبط با جعل و کلاهبرداری در اسناد عادی می‌باشد. (امینی و بزرگمهر و حسن زاده، ۱۴۰۰)^۲

هدف از نگارش تحقیق حاضر، بررسی آثار حقوقی ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث می‌باشد، همچنین این تحقیق سعی دارد تا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و وجود اسناد کتابخانه‌ای به سوال آنکه ثبت معاملات اموال غیرمنقول بر حقوق اشخاص ثالث چه آثاری دارد؟ پاسخ دهد.

۱. پیشینه ثبت

تاریخچه ثبت اسناد در ایران به دوران قاجار بازمی‌گردد. ناصرالدین شاه اولین گام‌ها را برای ایجاد یک نظام ثبت رسمی اسناد برداشت. با این حال، اولین قانون جامع ثبت اسناد در سال ۱۲۹۰ شمسی به تصویب رسید و پس از آن، قوانین متعدد دیگری با تغییرات جزئی و کلی جایگزین آن شدند. یکی از مهم‌ترین تغییرات در سال ۱۳۱۰ صورت گرفت که طی آن، ثبت املاک اجباری اعلام شد و ثبت اسناد نیز در برخی موارد الزامی گردید. این تحول، نقطه عطفی در تاریخ ثبت اسناد ایران بود و به تدریج، رویه ثبت املاک و اسناد در کشور نهادینه شد. در واقع، می‌توان گفت که سیر تکاملی قوانین ثبت اسناد در ایران، مسیری طولانی و پر فراز و نشیب را طی کرده است. از نخستین تلاش‌ها برای ایجاد یک سیستم ثبت رسمی اسناد تا تصویب قانون جامع و اجباری ثبت املاک، این روند همواره متأثر از تحولات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی کشور بوده است. با توجه به اهمیت ثبت اسناد در امنیت معاملات و حفظ حقوق مالکان، این قانونگذاری‌های متعدد نشان از اهمیت موضوع ثبت اسناد در نظام حقوقی ایران دارد.

در ابتدا، هدف اصلی از ثبت املاک، تعیین دقیق مساحت و ارزش املاک به منظور اخذ مالیات از مالکان بود. با این حال، با گذشت زمان و پیچیده‌تر شدن روابط اجتماعی، اهداف ثبت املاک گسترش یافت. امروزه، علاوه بر نقش مهمی که در نظام مالیاتی کشور ایفا می‌کند و یکی از منابع اصلی درآمد دولت محسوب می‌شود، ثبت املاک به عنوان ابزاری برای ایجاد نظم در مالکیت‌ها و تضمین حقوق مالکان نیز شناخته می‌شود. به عبارت دیگر، ثبت املاک نه تنها به دولت کمک می‌کند تا مالیات املاک را به صورت عادلانه وصول کند، بلکه به افراد نیز اطمینان می‌دهد که مالکیت آنها به طور رسمی به ثبت رسیده و از حقوقشان به خوبی محافظت می‌شود.

۲. مبانی نظری

۱-۲. تعریف سند: بر اساس مقررات قانونی ماده ۱۲۸۴ ق.م.، سند به نوشته‌ای اطلاق می‌شود که قابلیت استناد در محاکم قضایی را داشته باشد. این اسناد از حیث اعتبار قانونی به دو گروه اصلی طبقه‌بندی

۱- تفقدي زارع، سمیه. (۱۴۰۲)؛ بررسی قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول، پژوهش های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۴۵(۴)، صص ۱۶۱-۱۷۱.

۲- امینی، خلیل؛ بزرگمهر، امیرعباس؛ حسن زاده، حیدر. (۱۴۰۰)؛ تاثیر طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در کاهش جرم جعل و کلاهبرداری، فصلنامه علمی کارآگاه، دوره ۱۵، ش ۵۷، صص ۱۵۱-۱۶۹.

۱-۲. سند رسمی: مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اسناد رسمی به مدارکی گفته می‌شود که توسط مقامات صلاحیت‌دار مانند دفاتر اسناد رسمی، ادارات ثبت و سایر نهادهای قانونی صادر شده باشند. این اسناد، از جمله شناسنامه، گواهینامه و احکام استخدام، دارای اعتبار قانونی بالایی هستند. ویژگی بارز اسناد رسمی آن است که نمی‌توان صحت آن‌ها را انکار یا مورد تردید قرار داد و تنها ادعای جعل درباره آن‌ها امکان‌پذیر است؛ به عبارت دیگر، این اسناد به عنوان یک دلیل قاطع در دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی پذیرفته می‌شوند، یکی دیگر از ویژگی‌های مهم این اسناد، امکان اجرای آن‌ها از طریق نهادهای دولتی مانند اداره ثبت است که به معنای حمایت دولت از اعتبار و اجرای مفاد این اسناد می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۴۰۳)^۱

۲-۲. سند عادی: مطابق قانون مدنی، اسناد به دو دسته کلی رسمی و عادی تقسیم می‌شوند. اسناد رسمی، اسنادی هستند که توسط مقامات رسمی با رعایت تشریفات قانونی تنظیم می‌شوند و از اعتبار بالاتری برخوردارند. در مقابل، اسناد عادی، اسنادی هستند که توسط افراد عادی و بدون دخالت مقامات رسمی تنظیم می‌شوند. به عنوان مثال، دفاتر تجاری مانند دفتر روزنامه و دفتر کل، اگرچه برای حفظ نظم و صحت اطلاعات، شماره گذاری و پلمپ می‌شوند، اما به دلیل عدم تنظیم توسط مقام رسمی، همچنان در دسته اسناد عادی قرار می‌گیرند. بنابراین، هر سندی که شرایط لازم برای تبدیل شدن به سند رسمی را نداشته باشد، به عنوان سند عادی شناخته می‌شود و از نظر اثبات در دادگاه، ممکن است به اندازه اسناد رسمی معتبر نباشد. (همان، ۱۴۰۳)

۳. آثار ثبت اموال غیرمنقول

۳-۱. اعتبار معاملات

قانونگذار در تعریف "اعتبار" سند رویکردهای مختلفی را در پیش گرفته است. نخست، اعتبار به معنای مطابقت محتویات سند با قوانین جاری کشور است. به عبارتی، هر سندی که مغایر با قوانین باشد، فاقد اعتبار قانونی است. این مفهوم در ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی به صراحت بیان شده است. دومین مفهوم اعتبار به اصالت و صحت سند مربوط می‌شود. بر اساس ماده ۷۰ قانون ثبت، اسناد رسمی که مطابق با قوانین به ثبت رسیده باشند، از اعتبار بالایی برخوردارند و اثبات جعل آنها مستلزم ارائه ادله قوی است. سومین مفهوم اعتبار به حدود نفوذ حقوقی سند و آثار آن بر اشخاص ثالث مربوط می‌شود. ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که اسناد رسمی در رابطه با طرفین معامله و وراثت آنها همواره معتبر است، اما در مورد اشخاص ثالث، اعتبار آن منوط به تصریح قانون است. در مجموع قانونگذار با توجه به اهمیت اسناد در روابط حقوقی، مفهوم اعتبار را در ابعاد مختلفی مورد بررسی قرار داده است. این ابعاد شامل اعتبار قانونی، اعتبار ذاتی و اعتبار نسبی سند می‌شود. هر یک از این ابعاد، نشان‌دهنده اهمیت اسناد در اثبات حقوق و تکالیف طرفین معامله و همچنین در روابط حقوقی با اشخاص ثالث است. شناخت دقیق این مفاهیم برای همه افرادی که با اسناد حقوقی سروکار دارند، از اهمیت بسزایی برخوردار است. (باباجانین و حسینی، ۱۳۹۸)^۲

قانونگذار با هدف ایجاد شفافیت و امنیت حقوقی، ثبت رسمی وقایع مهم زندگی مانند ازدواج و طلاق و

۱- کاتوزیان، امیرناصر. (۱۴۰۳): قانون مدنی در نظم، نشر میزان، چ ۶۶.

۲- باباجانین، علیرضا؛ حسینی، علیرضا. (۱۳۹۸): حدود اعتبار سند نسبت به طرفین معامله، قائم مقام آنها و اشخاص ثالث، مجله فقه و تاریخ تمدن، دوره ۵، ش ۴، صص ۵۳-۵۷.

همچنین معاملات مربوط به املاک و وسایل نقلیه را الزامی کرده است. علاوه بر این، قضات مکلفند در رسیدگی به دعاوی، به اسناد رسمی ارجحیت دهند. با توجه به این الزام قانونی، این سوال مطرح می شود که آیا در مواردی مانند مطالبه مهریه، خلع ید یا ارائه وثیقه، می توان از اسناد عادی به عنوان مدرک استفاده کرد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا صرف وجود یک سند عادی مبنی بر ازدواج یا مالکیت، برای احقاق حق کافی است یا اینکه حتماً باید سند رسمی وجود داشته باشد؟

به طور کلی اسناد عادی در بسیاری از قراردادهای مانند عقد نکاح معتبر هستند؛ اما برای صدور حکم خلع ید، صرفاً سند عادی کافی نیست. دلیل این امر آن است که خلع ید به اثبات مالکیت نیاز دارد و طبق قوانین مختلف از جمله قانون احکام دائم برنامه توسعه، قانون اجرای احکام مدنی، قانون حمایت خانواده و قانون مدنی، برای اثبات مالکیت، سند رسمی مورد نیاز است. (صفی زاده، ۱۳۹۸)^۱ به عبارت دیگر، اگر کسی بخواهد فرد دیگری را از ملکی که ادعا می کند مالک آن است، بیرون کند، باید سند رسمی مالکیت خود را ارائه دهد. مطابق رای وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ اگرچه اسناد عادی در بسیاری از موارد قابل استناد هستند، اما در مواردی که اثبات مالکیت برای احقاق حق الزامی است، سند رسمی ملاک عمل قرار می گیرد. این موضوع نشان می دهد که قانونگذار برای جلوگیری از اختلافات و سوء استفاده ها، در برخی موارد به سند رسمی به عنوان یک مدرک معتبر و قابل استناد تأکید کرده است.

بر اساس قوانین جاری، اسناد عادی از اعتبار قانونی برخوردار بوده و قابلیت استناد در مراجع قضایی را دارا می باشند. این امر به چند دلیل قابل توجیه است: اولاً، قوانین صراحتاً اسناد عادی را باطل اعلام ننموده و استفاده از آن ها را ممنوع ندانسته است. ثانیاً، نظریه مشورتی شورای نگهبان نیز بر اعتبار اسناد عادی صحه گذاشته است. ثالثاً، مقررات قانون ثبت که بر نظم عمومی حاکم است، به تنهایی موجب بی اعتبار شدن اسناد عادی نمی گردد. در واقع، بسیاری از دعاوی حقوقی بر اساس اسناد عادی مطرح و پیگیری می شوند. این امر با استناد به مواد قانونی متعددی همچون ماده ۶۹ قانون احکام دائم برنامه توسعه، مواد ۱۴۷ و ۲۰ قانون حمایت از خانواده و ماده ۱۰ قانون مدنی قابل اثبات است.

با توجه به قانون جدید الزام قانونی ثبت معاملات اموال غیرمنقول، امکان انجام معاملات به صورت سنتی و قولنامه ای از این پس وجود نخواهد داشت. هرگونه انتقال مالکیت باید به صورت رسمی و با ثبت قطعی در اداره ثبت اسناد و املاک انجام شود تا سند مالکیت به نام خریدار صادر گردد. در نتیجه، معاملات عادی و بدون ثبت، از نظر قانونی فاقد اعتبار هستند. با این حال، معاملات عادی که پیش از این انجام شده اند، همچنان معتبر بوده و قابلیت ابطال ندارند. همچنین، برای انتقال املاکی که قبلاً با سند عادی معامله شده اند، ابتدا باید نسبت به ثبت رسمی آن ها اقدام شود. برای انجام این امور، علاوه بر دفتر اسناد رسمی، امکان ثبت اسناد در روستاها از طریق بنیاد مسکن نیز فراهم شده است. به عبارت دیگر، با اجرای این قانون، تمامی معاملات املاک باید به صورت شفاف و با رعایت قوانین ثبت انجام شود تا از بروز مشکلات حقوقی در آینده جلوگیری گردد.

۳-۲. رفع ابهام و اختلاف

بر اساس تعریف مفهوم معاملات معارض از سوی حقوقدانان، معاملات معارض، معاملاتی هستند که اجتماع حقوق دو متعامل با یکدیگر مقدور نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۳)^۲، به عبارتی وقتی مالک یک عین یا منفعت، آن را به دو نفر منتقل کند و این انتقال با هم جمع نشوند، به طوری که حقوق دو خریدار

۱- صفی زاده، سروش (۱۳۹۸): تحلیل نظام بیع املاک ایران در پرتو نظریه ی مشورتی شورای نگهبان و قانون احکام دائمی

برنامه های توسعه کشور، فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره ۶، ش ۳.

۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۳): ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چ ۳۸.

با هم تعارض داشته باشد، انتقال دوم به عنوان یک معامله معارض شناخته می‌شود. قانون ثبت اسناد، علاوه بر معاملات معارض، به موضوعی به نام "اسناد مالکیت معارض" نیز پرداخته است. این دو مفهوم کاملاً متفاوت هستند، سند مالکیت معارض زمانی رخ می‌دهد که دو سند مالکیت برای یک ملک صادر شود که با هم تناقض دارند.

این اشتباهات معمولاً به دلیل خطاهای انسانی در فرآیند ثبت ایجاد می‌شوند و باعث افزایش حجم کار ادارات ثبت و ایجاد مشکلات عدیده برای مالکان می‌شوند. رسیدگی اولیه به این نوع اختلافات بر عهده هیئت نظارت اداره ثبت است. به عبارت ساده‌تر، سند مالکیت معارض به معنای وجود دو سند مالکیت متفاوت برای یک ملک واحد است که این امر به دلیل خطاهای انسانی در ادارات ثبت رخ می‌دهد و مشکلات حقوقی زیادی را برای مالکان به همراه دارد. (جاور و جعفری و حیدرپور، ۱۳۹۸)^۱

مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۹- ۱۳۸۶/۲/۹ قانون ثبت املاک با هدف ساماندهی امور مربوط به مالکیت املاک و جلوگیری از اختلافات احتمالی بین افراد در خصوص اموال غیرمنقول تدوین شده است. بر اساس ماده ۲۲ این قانون، مالکیت املاک تنها با ثبت در دفتر املاک به نام فرد یا انتقال قانونی آن به نام شخص دیگر اثبات می‌شود. همچنین، ماده ۴۸ قانون مذکور به صراحت بیان می‌کند که اسناد انتقال املاک که به صورت قانونی ثبت نشده باشند، در هیچ مرجع قضایی یا اداری قابل پذیرش نیستند. به همین دلیل، مصوبه شماره ۱۵۶۰ شورای عالی اداری که شهرداری‌ها را ملزم به قبول اسناد عادی انتقال ملک می‌کرد، مغایر با قانون شناخته شده و ابطال گردید. با توجه به این موارد، بند یک مصوبه هفتاد و یکمین جلسه شورای شهر اردبیل که مشابه مصوبه قبلی است، نیز مغایر قانون بوده و خارج از حدود اختیارات شورای شهر است. بنابراین، این بند مطابق ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.

۳-۳. قابلیت اجرایی

اسناد رسمی و عادی لازم‌الاجرا برخلاف اسناد دیگر، از قدرت اجرایی مستقیم و فوری برخوردارند. به این معنا که برای اجرای مفاد این اسناد نیازی به حکم قضایی نیست و تمامی نهادهای دولتی موظف به همکاری در اجرای آن هستند. حتی ادعای جعل سند نمی‌تواند به طور خودکار مانع اجرای آن شود؛ بلکه برای توقف اجرا، باید مراحل قانونی خاصی طی شود و نظر قاطع مقام قضایی مبنی بر جعلی بودن سند صادر گردد. این ویژگی خاص، اسناد لازم‌الاجرا را از سایر اسناد متمایز کرده و به آنها ماهیت اجرایی قوی‌تری می‌بخشد. (عبدالوند، ۱۴۰۳)^۲

مطابق قوانین ثبت، اسناد رسمی تنها در صورتی قابلیت اجرای مستقیم دارند که حاوی تعهدات مشخص و بدون قید و شرط باشند. به عبارت دیگر، اگر در یک سند رسمی تعهدی از سوی طرفین بیان نشده باشد یا تعهدات مشروط به وقوع رویدادی خاص باشد، امکان صدور اجرائیه مستقیم وجود ندارد. در چنین مواردی، فردی که ادعای حقی دارد، باید با طرح دعوی در دادگاه، خواستار احقاق حق خود شود. مواد ۹۲، ۹۳، ۹۵ و ۹۹ قانون ثبت، به طور صریح بر این نکته تأکید دارند که اجرای اسناد رسمی منوط به وجود تعهدات روشن و بدون ابهام در متن سند است.

در کنار اسنادی که به عنوان اسناد رسمی شناخته می‌شوند و از نظر قانون مدنی و ثبت دارای اعتبار

۱- جاور، حسین؛ جعفری، حسن؛ حیدرپور، جلال. (۱۳۹۸)؛ ضمانت اجرای معاملات معارض با نگاهی به رویه قضایی ایران، نشریه قانون یار، دوره ۳، ش ۱۲.

۲- عبدالوند، شراره. (۱۴۰۳)؛ سند رسمی و قدرت اجرای آن از نظر فقه امامیه و حقوق ایران، مجله بین المللی پژوهش ملل، ش ۹۷، صص ۳۱-۵۵.

خاصی هستند، دسته دیگری از اسناد نیز وجود دارند که به طور مستقیم در زمره اسناد رسمی قرار نمی گیرند. با این حال، به دلیل اهمیت و ضرورت هایی که در معاملات و روابط اقتصادی دارند، قانونگذار آنها را در ردیف اسناد رسمی ثبتی طبقه بندی کرده و به آنها قابلیت اجرایی بخشیده است. این بدان معناست که این دسته از اسناد، همانند اسناد رسمی، دارای قدرت قانونی هستند و در صورت بروز اختلاف، می توان از آنها به عنوان مدرک معتبر در مراجع قضایی استفاده کرد. (محمودی، ۱۳۸۵)^۱

یکی از مهم ترین نمونه های این دسته از اسناد، چک های صادره به حساب بانک های داخلی و شعب آنها در خارج از کشور است؛ طبق ماده یک قانون صدور چک، تمام چک هایی که توسط بانک های داخلی ایران صادر می شوند، چه در داخل کشور و چه در شعب خارجی آنها، به عنوان اسناد لازم الاجرا شناخته می شوند. این بدان معناست که هر فردی که دارنده یک چک باشد و در هنگام مراجعه به بانک برای دریافت وجه آن با مشکل مواجه شود، می تواند از طریق مراجع قضایی و با استفاده از قوانین و آیین نامه های مربوط به اجرای اسناد رسمی، نسبت به وصول وجه چک خود اقدام کند. فرقی نمی کند که علت عدم پرداخت چک، نبود موجودی کافی در حساب صادرکننده باشد یا هر دلیل دیگری. این قانون به منظور حمایت از حقوق دارندگان چک و ایجاد اطمینان در معاملات تجاری وضع شده است.

۴-۳. حفظ حقوق اشخاص

قانونگذار در ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی، اعتبار اسناد رسمی را به سه معنا به کار برده است. نخست، اعتبار به معنای اصالت سند است؛ بدین معنی که سند نسبت به طرفین معامله و وراث آن ها معتبر است، مگر آنکه جعلی بودن آن اثبات شود. دوم، اعتبار به معنای میزان مقاومت سند در برابر تعرض به اصالت و صحت آن است. قانونگذار در تلاش است تا با اعطای اعتبار به اسناد رسمی، از آن ها در برابر هر گونه تردید و خدشه ای محافظت کند. سومین مفهوم اعتبار، مطابقت سند با قوانین است. ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی به صراحت بیان می کند که مفاد هر سندی در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد. در همین راستا، ماده ۷۰ قانون ثبت نیز تاکید می کند که سند رسمی، سندی است که مطابق قوانین به ثبت رسیده و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر است. به عبارت دیگر، برای آنکه سندی رسمی تلقی شود و از اعتبار قانونی برخوردار باشد، باید مطابق با قوانین و مقررات جاری کشور تنظیم شده باشد.

ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی به طور صریح بیان می کند که اسناد رسمی نسبت به طرفین معامله، وراث و قائم مقام های قانونی آن ها معتبر است. به عبارت دیگر، هر تعهدی که فردی در یک سند رسمی پذیرفته باشد، نه تنها برای خود او، بلکه برای افرادی که از نظر قانونی جایگزین او می شوند نیز الزام آور است. این بدان معناست که اگر شخصی در یک سند رسمی تعهدی به پرداخت مبلغی پول یا تحویل دادن مالی داده باشد، وراث و قائم مقام های قانونی او نیز ملزم به اجرای این تعهد هستند. این حکم قانونی، نشان دهنده اهمیت اسناد رسمی و نقش آن ها در ایجاد تعهدات حقوقی است.

اعتبار اسناد رسمی نه تنها به طرفین اصلی معامله، بلکه به وراث و قائم مقام های قانونی آن ها نیز تعمیم می یابد. بدان جهت که اگر فردی سندی را امضا کرده باشد، حتی اگر خود او فوت کند یا به هر دلیل دیگری نتواند تعهدات خود را انجام دهد، وراث یا افرادی که از نظر قانونی جایگزین او می شوند، مسئول اجرای تعهدات مندرج در سند خواهند بود. این قاعده حقوقی، به منظور ایجاد امنیت و اطمینان در روابط حقوقی و جلوگیری از بروز اختلافات و دعاوی است. بنابراین، تمامی افرادی که به نحوی با یک سند رسمی

۱- محمودی، جواد. (۱۳۸۵)؛ قضا دایمی و جرم زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری، الهیات و حقوق دانشگاه رضوی (آموزه های حقوقی)، سال ششم، ش ۸.

در ارتباط هستند، باید به مفاد آن پایبند باشند و مسئولیت های ناشی از آن را بپذیرند.

قانونگذار با تاکید بر اعتبار اسناد رسمی در برابر طرفین معامله و وراث و قائم مقامان قانونی آن ها، در واقع به این نکته اشاره دارد که این اسناد در روابط میان طرفین معامله حکم قانون را دارند. (ریاحی، ۱۳۹۹)^۱ به عبارت دیگر، هر آنچه که در یک سند رسمی آمده است، برای طرفین و افرادی که جایگزین قانونی آن ها هستند، الزام آور و قابل استناد است. این رویکرد قانونی به منظور ایجاد امنیت و اطمینان در روابط حقوقی و جلوگیری از بروز اختلافات و دعاوی است. ماده ۷۱ قانون ثبت نیز بر این موضوع تاکید دارد که اگرچه اسناد ثبت شده در قسمت راجع به معاملات، سند رسمی محسوب نمی شوند، اما به دلیل امکان استناد بیشتر به آن ها در برابر اشخاص ثالث، قانونگذار اصل نسبی بودن اعتبار اسناد عادی را پذیرفته است. این بدان معناست که اعتبار اسناد عادی معمولاً محدود به طرفین معامله، وراث و قائم مقامان قانونی آن ها است. با این حال، این اصل کلی مانع از آن نمی شود که در برخی موارد، اسناد عادی نیز در برابر اشخاص ثالث قابل استناد باشند. (کریمی و جوادی، ۱۴۰۲)^۲

اگر شخصی مدعی مالکیت اموالی باشد که در تصرف شخص دیگری است، صرف داشتن سند مالکیت برای او کافی نیست تا بتواند آن اموال را از دست شخص متصرف خارج کند. این بدان معنی است که سند مالکیت، چه رسمی و چه عادی، الزاماً برای اشخاص ثالثی که از محتوای آن بی اطلاع هستند، قابل استناد نیست. برای مثال، اگر ملکی که فردی خریداری کرده، در تصرف شخص دیگری باشد، خریدار نمی تواند صرفاً به اسناد سند خرید، آن ملک را از شخص متصرف پس بگیرد، مگر آنکه بتواند ادعای خود را در دادگاه اثبات کند. (شمس، ۱۴۰۳)^۳ در واقع داشتن سند مالکیت، لزوماً به معنای مالکیت واقعی نیست. در بسیاری از موارد، عوامل دیگری مانند تصرف طولانی مدت، عرف محلی و سایر دلایل قانونی می توانند بر مالکیت یک ملک تأثیرگذار باشند. بنابراین، در صورت بروز اختلاف بر سر مالکیت، مراجعه به مراجع قضایی و اثبات ادعا از طریق ارائه دلایل قانونی، ضروری است. (مشهدی زاده، ۱۴۰۰)^۴

۱- ریاحی، نوربخش. (۱۳۹۹)؛ واکاوی اصول نظام حقوقی اسناد رسمی و موانع پیش رو، فصلنامه فقه اقتصادی، دوره ۲، ش ۲.
 ۲- کریمی، عباس؛ جوادی، سهیلا. (۱۴۰۲)؛ ادله اثبات دعوا، نشر میزان، چ ۹.
 ۳- شمس، عبدالله. (۱۴۰۳)؛ آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، نشر دراک، ج ۳، چ ۵۰.
 ۴- مشهدی زاده، علیرضا. (۱۴۰۰)؛ نقش اجباری نمودن ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در پیشگیری از جرم جعل و کلاهبرداری، نشریه مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۱۶، صص ۵۰-۷۲.

قانون گذار برای ایجاد نظم و امنیت در معاملات املاک، ثبت رسمی برخی از قراردادها را الزامی کرده است. به عنوان مثال، تمامی قراردادهای اجاره با مدت زمان بیش از دو سال و همچنین اسنادی که به نحوی به تفکیک یا تقسیم املاک مرتبط هستند، باید به صورت رسمی به ثبت برسند. این الزام به این معنی است که توافقات شفاهی یا کتبی که به صورت رسمی ثبت نشده اند، از نظر قانونی معتبر نخواهند بود و در صورت بروز اختلاف، امکان اثبات آن ها در مراجع قضایی وجود ندارد. با وجود اینکه توافقات خصوصی بین افراد از نظر حقوقی معتبر شناخته می شوند، اما برای برخورداری از امنیت و اعتبار قانونی، بهتر است که به صورت رسمی ثبت شوند.

ثبت رسمی قراردادها، علاوه بر ایجاد اطمینان برای طرفین معامله، باعث می شود تا در صورت بروز هرگونه اختلاف، اثبات حقوق طرفین آسان تر باشد. هرچند که قانونگذار مجازات مشخصی برای عدم ثبت رسمی معاملات در نظر نگرفته است، اما عدم ثبت رسمی می تواند عواقب حقوقی متعددی را به همراه داشته باشد. از جمله این عواقب می توان به عدم امکان استفاده از ظرفیت های قانونی برای دفاع از حقوق خود در دادگاه، مشکلات در انتقال مالکیت و همچنین ایجاد ابهام در وضعیت حقوقی ملک اشاره کرد.

با گذشت یک سال از آغاز به کار سامانه ثبت الکترونیکی اسناد غیر رسمی، انجام هرگونه معامله ای که منجر به تغییر مالکیت یا بهره برداری از املاک شود، منوط به ثبت اجباری در این سامانه است. این بدان معناست که کلیه قراردادهای خرید و فروش، رهن، اجاره و سایر قراردادهایی که به نحوی بر مالکیت یا حق استفاده از املاک تأثیر می گذارند، باید به صورت الکترونیکی در این سامانه ثبت شوند. در صورت عدم ثبت معاملات در سامانه مذکور، هرگونه ادعایی که مبتنی بر این معاملات باشد، از نظر قانونی قابل پذیرش نخواهد بود و مراجع قضایی به آن رسیدگی نخواهند کرد. به نظر می رسد این الزام قانونی با هدف شفاف سازی معاملات املاک، کاهش اختلافات و دعاوی قضایی و ایجاد اطمینان خاطر برای طرفین معامله و حفظ حقوق اشخاص ثالث وضع شده است.

Extent Abstract

The right to property, as one of the fundamental principles of human rights, : must always be considered and protected. Formal registration of real estate and accurate identification of owners and beneficial owners play an important role in creating security and economic stability in society. Unfortunately, the prevalence of informal transactions and the lack of proper registration of real estate have threatened the legal security of owners and have made the need to amend registration laws and regulations more evident than ever. The proposal to require formal registration of real estate transactions has been proposed as a legal requirement to clarify the status of ownership, prevent disputes and legal claims, and help strengthen the country's economic and social system. By creating an accurate and reliable registration system, this proposal will protect the rights of owners, as well as help develop the real estate market and increase public confidence in real estate transactions. The plan to require the formal registration of real estate transactions, with the aim of creating transparency in the real estate market and preventing possible abuses, is an important step towards organizing this sector of the country's economy. By creating an accurate and reliable registration system, this plan will enable the accurate identification of real estate owners and beneficiaries and prevent disputes and lawsuits arising from informal transactions. In addition, by protecting the rights of owners and creating legal security for them, this plan will also help develop the real estate market and increase public confidence in real estate transactions. After years of debate and review and going through numerous legal stages, the Islamic Consultative Assembly passed a law requiring the official registration of real estate transactions in 1403 AH. The main purpose of passing this law was to restore the credibility and status of official documents in real estate and land transactions, as well as to remove the obstacles that previously existed in the way of preparing these types of documents. With the implementation of this law, all real estate and land transactions must be officially registered, thus creating greater transparency and security in real estate transactions. By creating an accurate and reliable registration system, this law allows for the accurate identification of real estate owners and beneficiaries and prevents disputes and legal claims arising from informal transactions. Since the law on the registration of immovable property transactions has only recently been passed and is receiving attention, detailed research has not yet been written about it. However, the proper implementation of this law can lead to an improvement in the business environment in the real estate sector, attracting more investments, and economic prosperity in the country. By protecting the rights of owners and providing them with legal security, this law will also help develop the real estate market and increase public confidence

in real estate transactions. In addition, this law is an important step towards organizing this part of the country's economy by creating transparency in the .real estate market and preventing possible abuses

Purpose: The purpose of writing this research is to examine the legal effects .of registering real estate transactions on the rights of third parties

Methods: In this study, the descriptive-analytical research method has been used. This method examines and explains the subject by collecting and analyzing data available in library documents. In this regard, sources such as books, scientific articles, laws and regulations related to the official registration of real estate transactions have been studied and examined. After collecting information, the data has been evaluated analytically and using logical .reasoning, and the research results have been presented based on them

Conclusion: In order to create order and security in real estate transactions, the legislator has made it mandatory to officially register some contracts. For example, all lease contracts with a duration of more than two years, as well as documents that are somehow related to the separation or division of real estate, must be officially registered. This requirement means that oral or written agreements that are not officially registered will not be legally valid and, in the event of a dispute, cannot be proven in the courts. In other words, for a real estate transaction to be legally valid and recoverable, it must go through the formal registration process and be registered in notary offices. Failure to officially register transactions can create many legal problems for the parties to the transaction and put them at risk of losing their rights. Although private agreements between individuals are legally valid, it is better to register them officially in order to have security and legal validity. In addition to creating transparency and preventing potential disputes, officially registering transactions gives the parties to the transaction confidence that their rights will be protected by the legal authorities. For this reason, it is recommended that in real estate transactions, including buying and selling, renting and mortgages, it is always advisable to officially register contracts to prevent any legal problems in the future. Doing so is not only in the interests of the parties to the transaction, but also helps to create order and stability in the real estate market in general. In addition to providing certainty to the parties to the transaction, formal registration of contracts makes it easier to prove the rights of the parties in the event of any dispute. Although the legislator has not provided a specific penalty for the failure to officially register transactions, the failure to officially register can have several legal consequences. These consequences include the inability to use legal capacity to defend one's rights in court, difficulties in transferring ownership, and the creation of ambiguity in the legal .status of the property

- ۱-امینی، خلیل؛ بزرگمهر، امیرعباس؛ حسن زاده، حیدر. (۱۴۰۰)؛ تاثیر طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در کاهش جرم جعل و کلاهبرداری، فصلنامه علمی کارآگاه، دوره ۱۵، ش ۵۷، صص ۱۵۱-۱۶۹.
- ۲-باباجانیان، علیرضا؛ حسنی، علیرضا. (۱۳۹۸)؛ حدود اعتبار سند نسبت به طرفین معامله، قائم مقام آنها و اشخاص ثالث، مجله فقه و تاریخ تمدن، دوره ۵، ش ۴، صص ۵۳-۵۷.
- ۳-پیلوار، رحیم؛ صفری، حاتم. (۱۴۰۱)؛ اهمیت اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی معاملات اراضی و املاک جهت تثبیت مالکیت خصوصی، پژوهش های حقوق ثبت، دوره ۱، ش ۱، صص ۱۵-۳۶.
- ۴-تفقدی زارع، سمیه. (۱۴۰۲)؛ بررسی قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول، پژوهش های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۵(۴)، صص ۱۶۱-۱۷۱.
- ۵-جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۳)؛ ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چ ۳۸.
- ۶-جاور، حسین؛ جعفری، حسن؛ حیدرپور، جلال. (۱۳۹۸)؛ ضمانت اجرای معاملات معارض با نگاهی به رویه قضایی ایران، نشریه قانون یار، دوره ۳، ش ۱۲.
- ۷-ریاحی، نوربخش. (۱۳۹۹)؛ واکاوی اصول نظام حقوقی اسناد رسمی و موانع پیش رو، فصلنامه فقه اقتصادی، دوره ۲، ش ۲.
- ۸-شمس، عبدالله. (۱۴۰۳)؛ آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، نشر دراک، چ ۳، ج ۵۰.
- ۹-صفی زاده، سروش. (۱۳۹۸)؛ تحلیل نظام بیع املاک ایران در پرتو نظریه ی مشورتی شورای نگهبان و قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور، فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره ۶، ش ۳.
- ۱۰-عبدالوند، شراره. (۱۴۰۳)؛ سند رسمی و قدرت اجرای آن از نظر فقه امامیه و حقوق ایران، مجله بین المللی پژوهش ملل، ش ۹۷، صص ۳۱-۵۵.
- ۱۱-کریمی، عباس؛ جوادی، سهیلا. (۱۴۰۲)؛ ادله اثبات دعوا، نشر میزان، چ ۹.
- ۱۲-کاتوزیان، امیرناصر. (۱۴۰۳)؛ قانون مدنی در نظم، نشر میزان، چ ۶۶.
- ۱۳-محمودی، جواد. (۱۳۸۵)؛ قضا دایی و جرم زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری، الهیات و حقوق دانشگاه رضوی (آموزه های حقوقی)، سال ششم، ش ۸.
- ۱۴-مشهدی زاده، علیرضا. (۱۴۰۰)؛ نقش اجباری نمودن ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در پیشگیری از جرم جعل و کلاهبرداری، نشریه مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۱۶، صص ۷۲-۵۰.
- ۱۵-مهرآسا، جمشید؛ حسنی، علیرضا؛ روحانی مقدم، محمد. (۱۴۰۰)؛ جایگاه ثبت نوین اسناد تک برگی و دندگار در اعتبار بخشی به اسناد رسمی و بیع املاک، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۳، ش ۲۴.



پژوهش های بنیادین در حقوق

۱۶- وحیدنیا، محمد. (۱۴۰۳)؛ طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول و دعاوی و ایرادات مربوط به آن، یازدهمین کنفرانس بین المللی پژوهش های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام.



Comparative Study of Diversity in legal Structure of Republic of India A and Afghanistan

Mohammad Saber Ensandost^{*1}, Mehdi Shabannia Mansour², Babak Baseri³

Recieved:8/12/2024

Accepted : 26/2/2025

Abstract

One of the modern components of human society, in the light of which it is possible to live in peace and tranquility and a consistent path and made progress smooth. It is diversity, this is a Peace be upon the establishment of peaceful life among people. They are next to each other despite having differences. Variety, as a solution to confrontation and conflicts after that It was impossible that the past generations of mankind for the most part one's own religion, culture and language of others; hundreds year together have fought. The Republic of India is one of the countries in which more than hundred languages are spoken and seventy-two nations are lived. There are dozens of cultures and rituals of life; However, power It is necessary to create balance and alignment between them. Afghanistan is also among the countries that are diverse Ethnic, linguistic and cultural similarities. It has the passion of India, but this country accepts the same diversity India has not been successful, to do this research of the method Comparisons are used, but the question is that the diversity of people that how to vote in the legal system of India and Afghanistan has it been seen? Legislator of India according to the special pluralistic society of India has different varieties in the form that has supported and accepted; but in Afghanistan In this field, there is no favorable legislation is, the purpose of this research is to use the experiences of the legislator policy of India regarding Afghanistan.

Keywords: Diversity, Legal Structure, India, Afghanistan.

^{*} PhD Student, Department of Public Law, Islamic Azad University, Central Tehran, Iran, -¹

sensandost@gmail.com

Assistant Professor, Department of Public Law, Islamic Azad University, Central Tehran, Iran, -²

mehdi.shabannia@gmail.com

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University, -³
Shiraz Branch, Shiraz, Iran,

baseribabk@gmail.com



مطالعه تطبیقی تنوع گرایی در ساختار حقوقی جمهوری هند و افغانستان

محمد صابر انسان دوست^{۱*}، مهدی شعبان نیا منصور^۲، بابک باصری^۳

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۹/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۸

چکیده

یکی از مولفه‌های مدرن جامعه بشری که در پرتو آن میتوان در صلح و آرامش زندگی نمود و مسیر سازگاری و پیشرفت را هموار ساخت؛ تنوع گرایی است، این اصل به دنبال استقرار زندگی مسالمت آمیز میان انسان‌ها در کنار یکدیگر با وجود داشتن تفاوت‌ها میباشد. تنوع‌پذیری به عنوان راه حل تقابل و کشمکش‌ها پس از آن شناسایی گردید که نسل‌های گذشته بشر برای غالب ساختن مذهب، فرهنگ و زبان خویش بر روی دیگران؛ صدها سال با هم جنگیده اند. جمهوری هند از جمله کشورهای است که در آن بیش هزار و هفتصد زبان، هفتاد و دو ملت و صدها فرهنگ و آئین زندگی وجود دارد؛ با این وجود توانسته است تعادل و همسوئی را میان آنها به وجود آورد. افغانستان نیز از جمله کشورهای است که از نظر تنوعات قومی، زبانی و فرهنگی مشابهت‌های چشم‌گیری با کشور هند دارد؛ اما این کشور در پذیرش تنوعات همانند هند موفق نبوده است، برای انجام این تحقیق از روش مقایسه‌ای استفاده میشود، اما سوال این است که تنوع گرایی در نظام حقوقی کشور هند و افغانستان چگونه پیش بینی شده است؟ قانون گذار هند با توجه به ویژگی متکثر جامعه هندی تنوعات مختلف را به صورت شایسته مورد حمایت و پذیرش قرار داده است؛ اما در افغانستان در این زمینه قانون گذاری مطلوب صورت نگرفته است، هدف این تحقیق استفاده از تجارب قانون گزار اساسی هند در خصوص افغانستان میباشد.

کلید واژه: تنوع گرایی، ساختار حقوقی، هند، افغانستان

۱- * دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران مرکزی، تهران، ایران

، sensandost@gmail.com

۲- استاد یار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران مرکزی، تهران، ایران،

mehdi.shabannia@gmail.com

۳- استاد یار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، شیراز، ایران،

baseribabk@gmail.com

تنوع گرایی از منظر فلسفی، حقوقی و اجتماعی به دنبال آن است که علیه یک جانبه گرایی مبارزه صورت گیرد تا چند جانبه گرایی و زمینه برای پذیرش همه تنوعات در یک بدنه سیاسی با اشتراک سایر فرهنگ‌ها، هویت‌ها، مذاهب و سبک‌های مختلف زندگی به گونه مسالمت آمیز مساعد شود و همچنان حقوق و منافع اقلیت‌ها در قوانین به صورت برابر مورد حمایت قرار گیرد، بر بنیاد دانش نوین تنوع گرایی در یک جامعه چند فرهنگی یک ضرورت بوده، نماد زیبایی، خلاقیت و پیشرفت شمرده می‌شود؛ هر گاه این اصل به گونه واقعی در جامعه تطبیق شود؛ می‌تواند شگاف‌های قومی، زبانی و مذهبی را به ویژه در کشوری که مردم از این ناحیه رنج کشیده‌اند؛ پر نموده و بستر خشونت را بر چیند. جمهوری هند به عنوان اولین کشور جهان در دامان خویش هزاران فرهنگ را پرورش داده است و در حقیقت خواستگاه حیرت انگیز تنوع فرهنگ، زبان، مذاهب، نژاد و هویت در جهان است؛ گوناگونی ریشه در تاریخ و فرهنگ این جغرافیا دارد؛ مردم این کشور علایق و ویژگی‌های خاص خود را دارند که کمتر با مردمان سایر کشورها مشابهت دارد؛ شیوه زندگی عبادات، شغل و حرفه، داستان‌ها، موسیقی، به ویژه رسم و آئین زندگی شهروندان این کشور طوری است که در هیچ کشور دنیا چنین چیزی به مشاهده نرسیده و در نوع خود بی نظیر است. افغانستان نیز کشوری باستانی و کهن است؛ اقوام، زبان، نژاد، فرهنگ و هویت‌های مختلف در این کشور زندگی می‌کنند؛ هر یک از اقوام که در حدود ۲۰۰ قوم گزارش شده است دارای آئین، سنت، فرهنگ و سبک زندگی خویش می‌باشند، به همین گونه گوینده‌گان بیش از ۵۰ زبان در این کشور زندگی می‌نمایند، گروه‌های نژادی و فرهنگ‌های مختلف با رسم و رواج متفاوت آثار و اماکن تاریخی، طبیعت متنوع، هنر و موسیقی و غیره وجود دارد که این همه و همه بیانگر موجودیت کثرت رویه‌ها و ارزش‌ها می‌باشد که شاخص مهم تنوع در این کشور است.

تنوع گرایی کلید توسعه و صلح پایه دار تلقی می‌شود که می‌تواند تعامل سازنده‌ای را در روابط داخلی اعضای جامعه بوجود بیاورد، افغانستان به عنوان کشور متنوع که در چندین مرحله تجربه همدیگر نا پذیری، چند پارچگی، خشونت و جنگ‌های داخلی را در کارنامه خویش دارد و در حال حاضر در اوج تبعیض و نا برابری فرو رفته است؛ به تحقق تنوع گرایی و برپایی نظام کثرت گرا همانند کشور هند نیاز جدی دارد. تحقیقاتی زیادی در زمینه صورت گرفته است اما تنوع گرایی در کشورهای هند و افغانستان به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار نگرفته است. این تحقیق به شیوه تطبیقی بوده چنانچه ابتدا مصادیق تنوع پذیری در نظام حقوقی جمهوری هند و سپس به صورت مقایسوی در کشور افغانستان مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و در پایان بحث نتیجه کلی ارائه می‌گردد.

۲- مفاهیم و مبانی تنوع گرایی

تنوع گرایی یک نگرش فلسفی، اجتماعی، حقوقی و فرهنگی است و بیانگر تنوع در ذات، رفتار، افکار، فرهنگ‌ها و پذیرش آن‌ها می‌باشد؛ این مفهوم گرایی به سمت جریانی دارد که قایل به تعدد و کثرت Plural است؛ مفهوم کلی آن چندگانگی و گوناگونی است، از آن می‌شود به کثرت منشی و کثرت مداری نیز یاد کرد، به لحاظ ماهیتی پلورالیسم نوعی از روش و میتود است که در گفتمان‌های مدرن مطرح شده است؛ آن را می‌توان در قالب قواعد، برنامه‌ها و سیاست‌های عمومی جابجا نمود؛ به ویژه در جوامع متنوع و چند رنگی که باشندگان آن از فرهنگ‌ها، باورها، نژاد و اقوام مختلف تشکیل گردیده باشند، به بیان دیگر کثرت گرایی به ما طریقه و روش چگونه عمل کردن را نشان می‌دهد که به چه شیوه می‌توان میان مردمان جامعه‌ای که دارای افکار متفاوت آند، از نژاد، هویت و اقوام مختلف نمایندگی می‌نمایند در قالب دولت و

نظام همسوئی ایجاد نمائیم؛ ضرورت و فایده مندی این روش وقتی بیشتر محسوس شد که همگون سازی اجباری هویت، زبان و سایر ارزش های فرهنگی به ویژه از لحاظ تاریخی جواب مثبت نداد و بر عکس منجر به بی اعتمادی و جدال های شدید در میان جوامع انسانی گردید و در مقابل دگر اندیشی و تنوع پذیری اسباب پیشرفت و آسانی در حل مشکلات را فراهم نمود، یکی از رایج ترین مفاهیم کثرت گرایی؛ تسامح است که معنی مدارا و همزیستی مسالمت آمیز جلوگیری از جنگ و خصومت را می دهد؛ بر اساس این مفهوم گوناگونی موجود در یک جامعه؛ حقایق انکار ناپذیر اجتماعی هستند که نباید با آن ها بخل ورزیم و تنگ نظری نمائیم اگر چه تفاوت های موجود با سلیقه و رنگ ما همسان نباشد، در عمل باید با آن ها از روی برده باری و شکیبایی برخورد نموده و احترام قایل شویم؛ یعنی با وجود اعتقادات کاملاً متعارض در مقام نظر؛ در عمل می بایست بدون درگیری و با صلح و صفا در کنار هم زندگی کرد و عقاید دیگران را حرمت نمود، با این حال دیده می شود که رمز اصلی این بحث ارزش قایل شدن، به رسمیت شناختن و اعتبار دادن به تنوعات است هم به صورت شخصی و در روابط ذات البینی شهروندان و هم به طور رسمی در رابطه میان حکومت کنندگان و حکومت شوندگان^۱. با توجه به آنچه ارائه گردید تنوع گرایی در مفهوم کلی آن به معنی پذیرفتن گوناگونی و بها دادن به آن است.

مبنای این تحقیق همه مباحث فلسفی، اجتماعی و حقوقی بویژه نظام حقوقی و قوانین اساسی کشورهای مورد بحث می باشد؛ کشور هند پس از کسب استقلال خویش از بریتانیا در سال ۱۹۴۹م نخستین قانون اساسی خویش را به تصویب رسانید و آخرین بار در سال ۲۰۱۹م این قانون مورد بازنگری قرار گرفت. افغانستان نیز پس از کسب استقلال از بریتانیا در سال ۱۳۰۱خ مالک نخستین قانون اساسی شد و آخرین قانون اساسی آن در سال ۱۳۸۲خ به داخل ۱۶۲ ماده از جانب لویه جرگه مورد تصویب قرار گرفت. تنوع گرایی در محور قوانین متذکره مورد بررسی و مقایسه قرار می گیرد^۲.

۳- تنوع گرایی در جمهوری هند و افغانستان

اصلی ترین بحث این تحقیق بیان رویکرد حمایتی جامعه و ساختار رسمی جمهوری هند و یا بررسی موجودیت و ماهیت تنوع پذیری و کثرت گرایی در این کشور می باشد، با این توجه هند کشوری نیست که گروه های مختلف فرهنگی، مذهبی و قومی از بیرون در آن تجمع نموده باشند؛ بلکه این گوناگونی ریشه در تاریخ و فرهنگ این جغرافیا دارد؛ مردم این کشور علایق و ویژگی های خاص خود را دارند که کمتر با مردمان سایر کشورها مشابهت دارد گوناگونی و تنوع فرهنگی در این کشور طوری است که در هیچ کشور دنیا چنین چیزی به مشاهده نرسیده و در نوع خود بی نظیر است. افغانستان نیز کشوری باستانی و کهن است؛ اقوام، زبان، نژاد، فرهنگ و هویت های مختلف در این کشور زندگی می کنند؛ هر یک از اقوام که در حدود ۲۰۰ قوم^۳ گزارش شده است دارای آئین، سنت، فرهنگ و سبک زندگی خویش می باشند، به همین گونه گوینده گان بیش از ۵۰ زبان در این کشور وجود دارند، گروه های نژادی متفاوت و موجودیت فرهنگ های مختلف، رسم و رواج، جشن های متفاوت، طبیعت متنوع، هنر و موسیقی همه و همه بیانگر موجودیت تنوع و کثرت رویه ها و ارزش ها در این کشور است؛ این موقعیت اقتضای آن را دارد که ساختار عمومی این کشور با توجه به گوناگونی موجود؛ تنوع پذیر باشد، اما سوال اصلی که وجود دارد این است که تنوع گرایی در جمهوری هند و افغانستان چگونه است؛ نظام حقوقی و یا قانون اساسی این کشورها چگونه این گوناگونی را حمایت نموده است؟ مورد قابل تذکر برای بیان مصادیق تنوع گرایی در کشور

۱- Wendy, Doinger, pluralism and democracy in India (London, Oxford of university 2015).

۲- رسولی، محمد اشرف، ۱۳۸۸، تحلیل و بررسی قانون اساسی افغانستان، انتشارات شهر دانش.

۳- Majumdar R.C. and K.M. Munshi The History and Culture of Indian People. The Age of Imperial

.Unity, Bombay, Bharati Vidya Bahvan, 6th edition, 1990

۴- بیلوی، دلیو، ۱۳۹۵، نژاد های افغانستان؛ ترجمه دکتر لعل زاده، کابل انتشارات سعید.

افغانستان این است که اکنون این کشور تحت حاکمیت طالبان است؛ این گروه در وضعیت سرپرستی قرار دارند و تا اکنون خط مشی و یا قانون اساسی خویش را به تصویب نرسانده‌اند تا بتوان به استناد آن به ارزیابی تنوع گرایی آن نظر داد؛ اما با توجه با این که ماهیت این کشور به صورت طبیعی متکثر است؛ از طرف دیگر مدت کوتاهی است که ساختار جمهوری تکثر پذیر در این کشور ساقط شده است و تا اکنون به عوض آخرین قانون اساسی آن که در سال ۱۳۸۲ خ تصویب گردیده بود؛ قانون دیگری تصویب نشده است، بنا به بررسی مصادیق تنوع گرایی در این قانون می‌پردازیم.

۱-۳ تنوع گرایی در ساختار حقوقی هند

ساختار حقوقی نیز به ضوابط و اصول عمومی اطلاق می‌شود که آرمان‌ها و اهداف مردمان یک جامعه را پیش بینی نموده و نیز تشکلات و اقدام‌های مجری آن را مشخص می‌نماید؛^۱ اساس این ساختار را الزامات و اقتضاعات طبیعی و اجتماعی تشکیل می‌دهد؛ هرگاه جامعه‌ای متشکل از تنوعات و گونه‌های مختلف باشد رعایت اصل تنوع گرایی در این ساختار ضرورت اجتناب نا پذیر است تا بتوان اعضای متفاوت جامعه را در ذیل یک ساختار واحد جهت تحقق اهداف مشترک همسو نمائیم و یا همفکری لازم را میان آنها ایجاد نمائیم؛ جمهوری هند یک کشور ابر تنوع است مذاهب، زبان، اقوام رسوم و آیین های مختلف را در خود جا داده است؛ اما آیا در پذیرش تنوعات یاد شده و حمایت از آنها در ساختار حقوقی خویش اقدام موجه و مقتضی را انجام داده است و کیفیت این اقدامات در حدی است که بتوانیم از این تجربه آن در خصوص افغانستان استفاده نمائیم؛ بنا لازم است سرنوشت تنوع پذیری را در قانون اساسی جمهوری هند بررسی نمائیم.

۱-۳-۱ حمایت از تنوع فرهنگی، زبانی و آموزشی

جمهوری هند پس از کسب استقلال خویش در سال ۱۹۴۷م، از بریتانیا در ابتدا خشونت‌های مذهبی را تجربه نموده است و در نتیجه قسمتی از خاک این کشور که عمدتاً مسلمان نشین بودند به کشور جداگانه تحت نام پاکستان جدا گردید که مورخین هندی این حادثه را نتیجه توطئه ماموران بریتانیایی و عدم پذیرش مذهبی می‌دانند؛ اما پس از آن مردمان این کشور مدت‌های مدیدی است که با وجود تفاوت‌های فاحش فرهنگی در کنار هم به طور مسالمت آمیز زندگی نموده و ثبات سیاسی و حقوقی پایه دار را تجربه می‌نمایند، چند فرهنگ گرایی که ظاهراً مفهوم آن پس از مهاجرت‌های بی رویه باشندگان یک کشور به سرزمین‌های فرهنگ بیگانه مطرح گردید؛ ابتدا و در مدل داخلی میان فرهنگ‌های گوناگون این کشور مرسوم گردید. قانون گزار اساسی هند برای حمایت از تنوع فرهنگی، زبانی و آموزشی در ماده بیست و نو این قانون تحت عنوان حقوق بنیادین چنین تذکر داد است؛ هر بخشی از شهروندان ساکن در قلمرو هند یا بخش‌های آن دارای حق داشتن زبان، خط و فرهنگ متمایز خویش می‌باشند. این نص قانونی تنوع گرایی فرهنگی و حق داشتن زبان را برای هر یک از شهروندان این کشور حمایت، این در حالی است که به تعداد هفده صد زبان در این کشور گزارش شده است. از طرف دیگر هیچ یکی از زبان‌های این کشور صرف نظر از اینکه گویندگان آنها در اقلیت و یا اکثریت قرار دارند؛ به عنوان زبان رسمی و ملی کل کشور هند پذیرفته نشده است؛ هر ایالت می‌تواند زبان رسمی متفاوت داشته باشد که اوج تنوع گرایی زبانی را نشان می‌دهد. آموزش و تاسیس نهاد آموزشی مطابق فرهنگ و مذهب نیز یکی دیگر از آزادی این عرصه می‌باشد که هر کس می‌تواند بر اساس باورها، زبان و سنت‌های پسندیده خویش آن را انتخاب نماید و هیچ نوع اجباری مبنی بر فراگیری نصاب و یا دانش خاصی در این کشور

Wendy, Doinger, 2015, pluralism and democracy in India, London, Oxford of university. -^۱

وجود ندارد حمایت و کمک به نهادهای آموزشی و موسسات از جانب دولت نیز بدون هیچ گونه ملاحظه مذهبی، زبانی و یا اقلیت و اکثریت در ماده ۳۰ قانون اساسی این کشور تضمین شده است؛ آموزش مطابق مذهب، باورها و سنتها و نیز عدم موجودیت نصاب واحد آموزشی؛ آموزش مطابق زبان مادری الی صنف هشتم و تهیه مواد آموزشی برای سه زبان به علاوه زبان بومی و مادری از نشانه‌های واضح تنوع گرایی در این کشور می‌باشد.

خط مشی سیاسی جمهوری هند نیز در حمایت از تنوع فرهنگی و آموزش بر این اصل استوار است که آموزش نه تنها مطابق به فرهنگ و آیین تنوعات گوناگون این کشور باشد؛ بلکه باید ظرفیتها و تمایلات اجتماعی، اخلاقی و عاطفی کشور را توسعه داده؛ به مهارت‌های زندگی و سبک چگونه زیستن، ارزش‌های انسانی، قانون اساسی، تنوع گرایی، برابری و عدالت، احترام به تنوع و بافت‌های محلی جهت حصول اطمینان از یکپارچگی، شفافیت و بهره وری منابع بر اساس فرهنگ غنی و متنوع هند و حفظ سنتها و تاریخ کهن جمهوری هند نیز باید باشد.^۱

۲-۱- تنوع دینی و مذهبی

این نوع کثرت گرایی به دنبال آن است که پیروان عقاید و ادیان مختلف یک کشور و جهان بدون درگیری و نزاع به طور مسالمت آمیز در کنار هم زندگی نمایند بدون اینکه با هم ادغام شوند و نباید یکی به ارزش‌های دینی دیگری حمله ور شوند و یا شخص و گروهی به سبب عقاید دینی و مذهبی اش مورد رفتار نا شایسته قرار گیرد، اما جایگاه و ماهیت این مولفه در نظام حقوقی هند چگونه است؛ زیرا هند کشوری است که پیروان دهها عقیده و مذهب در آن زندگی می‌نمایند که آئین و مراسمات مختلف و حتی در بسا موارد متضاد دارند؛ چنانچه گاو به ویژه جنس نر آن در عقیده هندوئیسم، جینیسم، بودیسم و غیره مقدس شمرده می‌شود، به همین گونه در متون مقدس زردشتیان گاو ماده موجود پاک و مظهر همه خدایان شمرده می‌شود و کشتن آن به هیچ وجه جواز ندارد، در حالیکه در دین اسلام قربانی نمودن حیوانات به شمول گاو یکی از مناسک حج و سنت ابراهیمی است و حج نمودن برای هر مسلمان یک فرض است، قربانی نمودن حیوانات سبب سعادت اخروی و رفاه دنیوی یک مسلمان می‌گردد، این در حالی است که هندوها و مسلمانان به ترتیب بخش بزرگی از جامعه این کشور را تشکیل می‌دهند و تامین منافع و عقاید متضاد آن‌ها کار دشواری است.

قانون گذار اساسی هند برای حفظ ثبات و جلوگیری از تقابل گروه‌های دینی و مذهبی متفاوت این کشور در مواد ۲۵ الی ۲۸ تنوع پذیری دینی و آزادی مذهبی را به طور احسن پیش بینی نموده است؛ همه افراد به طور مساویانه با رعایت نظم عمومی، اخلاق و سلامت از آزادی وجدان، حق اظهار عمل و تبلیغ آزادانه دین خویش برخوردار می‌باشند، هر فرقه مذهبی با رعایت نظم، اخلاق و سلامت عمومی حق دارد که نهادهای برای مقاصد مذهبی و خیریه تاسیس نمایند، امور دینی خویش را آزادانه انجام دهند و اموال منقول و غیر منقول خویش را تملک نمایند، آزادی افراد در پرداخت مالیات برای ترویج دین خاص خویش و آزادی حضور در تعلیمات دینی یا عبادات مذهبی در برخی موسسات آموزشی بدون حمایت دولت از موسسات خاص آموزش دینی. طبق این نص قانونی همه موارد مربوط به تنوع گرایی دینی و همچنان اصل سکولاریسم در این کشور رعایت شده است. موجودیت دادگاه‌های مربوطه به گروه‌های مذهبی در جمهوری هند نیز نشانه دیگری از تنوع گرایی دینی در این کشور است، در حال حاضر در حدود ۴۰ محاکم بیشترین در ایالت اوتارپرادش این کشور ایجاد گردیده است و مسلمانان می‌توانند برای حل مشکلات به ویژه در خصوص احوال شخصیه به این محاکم مراجعه نمایند و محاکم برای پیروان سایر

۱- آورستی، اس، اس، ساختار سیاسی هند، نشریه علمی وزارت علوم، ج ۵، تهران، ۱۳۸۷ شماره ۸۵.

مذاهب در این کشور نیز وجود دارد؛ سیاست رسمی جمهوری هند نیز بی طرفی؛ عدم حمایت از دین خاص و همچنان سیاست مثبت؛ پشتیبانی از اقلیت های مذهبی و آزادی آن ها می باشد.

۳-۱-۳ پشتیبانی از تنوع افکار، اندیشه و گروه ها

حمایت از تنوع افکار، اندیشه ها، نظریات و به همین گونه گروه های مختلف اجتماعی، فرهنگی مدنی و سیاسی و زمینه سازی برای جلب علایق و دیدگاه ها جهت تامین مشارکت آن ها در حل مشکلات و ساختار عمومی جامعه از ویژگی دولت کثرت گرا می باشد که این روش در تحقق آرامش و ثبات جامعه نقش اساسی دارد، اهمیت این بحث در جامعه دارای تنوعات مختلف نسبت به کشورهای یک دست و بسته بیشتر بوده و بستر آرامش اجتماعی را فراهم می نماید؛ زیرا در این جوامع با کثرت اندیشه ها و باورها روبرو می شویم از این رو است که مشارکت و سهم مردم در ساختن جامعه احساس می شود.

رعایت این نوع تنوع گرایی در جمهوری هند از ساختار عمومی نظام سیاسی این کشور شروع می شود زیرا بر مبنای ماده اول قانون اساسی؛ سیستم متکثر قدرت در شکل فدرال در این کشور حاکم است که بر اساس آن دولت مرکزی در پایتخت و دولت های محلی یا ایالتی در ۲۸ ایالت این کشور با اختیارات گسترده و قابل توجه وجود دارد پارلمان هند و یا مجالس قانون گذاری جمهوری هند که در فصل دوم قسمت پنجم قانون اساسی تذکر رفته است نیز متکثر است که عبارت اند از لوک سابا یا مجلس عوام با داشتن ۵۴۵ نماینده و راجیا سابا یا مجلس سنا با تعداد ۲۵۰ اعضا می باشد، گذشته از آن که این کشور مهد دموکراسی جهان شناخته می شود فعالیت های سیاسی به طور آزادانه و در قالب احزاب متنوع سیاسی تضمین شده است؛ بزرگ ترین حزب این کشور که در سطح جهان نیز وسیع ترین می باشد حزب بهاراتیا جاناتا است به همین گونه تفکر، آزادی عقاید و بیان اندیشه، راه اندازی اجتماعات و تظاهرات و نیز تشکیل انجمن ها و اتحادیه ها از حقوق بنیادین شهروندان در این کشور شناخته شده و اصلی ترین نقش را در توسعه این کشور ایفا می کند و این اصول در ماده ۱۹ قانون اساسی چنین پیش بین شده است؛ همه شهروندان حق آزادی بیان، افکار، راه اندازی اجتماعات و مظاهرات مسالمت امیز بدون حمل سلاح و نیز حق تشکیل انجمن ها و اتحادیه ها را دارند. انتخابات نیز در قسمت پانزدهم قانون اساسی این کشور پذیرفته شده و به اساس آن همه افراد واجد شرایط فارغ از قوم، مذهب، نژاد و جنسیت می تواند در پست های مختلف انتخابی به رقابت بپردازند. گذشته از موارد فوق راهبرد عمومی سیاست مداران این کشور، احزاب و نمایندگان مجالس قانون گذاری در مقاطع مختلف تاریخی همواره در جهت حمایت از اندیشه های گوناگون احتراض از خشونت ورزی و در پیش گیری روش مسالمت امیز اجتماعی و سیاسی بوده است سلسله این سیاست نرم و آشتی محور از رهبران تاریخی چون مهاتما گاندی، جواهر لعل نهرو و غیره الهام گرفته است.

۴-۱-۳ حمایت از سایر مصادیق تنوع گرایی در ساختار حقوقی هند

در کشور هند به عنوان سرزمین رنگارنگی نمونه ها دیگری از موارد تنوع گرایی وجود دارد که ذکر همه ای آن در این بحث تحقیق ممکن نیست؛ اما به صورت خلاصه برخی از موارد آن را که بتواند شرایط مقایسوی و یا نمونه ای را برای ما ایجاد نماید تذکر خواهیم نمود.

الف: تنوع گرایی اجتماعی:

این نوع تنوع گرایی به موجودیت نظام های حقوقی متفاوت در یک کشور و یا محیط جغرافیایی اذهان

دارد؛ معمولاً در کشورهای پسا استعماری با توجه به اینکه جریان استعمار قاعده جدید را در جامعه ایجاد می‌نماید به ویژه در عرصه عمومی و تجاری؛ اما از طرف دیگر مسایل سنتی و احوال شخصیه مانند ازدواج و سایر مناسک مذهبی تابع فرهنگ و شرایط بومی خود کشور مربوطه می‌باشد، در این حالت ضرورت به ایجاد نظام حقوقی متعدد در عرصه خاص محسوس می‌شود به ویژه در کشور دارای مذاهب و فرهنگ‌های مختلف. چالش دیگر این است که ایجاد نظام حقوقی یکپارچه در کشور مبتکر قومی، مذهبی و فرهنگی از جمله شرایط همگون سازی و نفی کننده تنوع گرایی محاسبه می‌شود؛ بنا موجودیت تعدد نظام حقوقی در جامعه گوناگونی اجتناب نا پذیر است جمهوری هند که یک کشور رنگارنگی از نظر مذهبی و فرهنگی می‌باشد موجودیت این اصل در آن ضروری پنداشته می‌شود و قانون گذار این کشور در ماده ۱ الی ۳ جهت تحقق ارزش‌ها و سنت‌های مختلف ساختار سیاسی و اداری فدرال را گزینه مناسب در چنین وضعیتی قرار داده است که به اساس آن نظام‌های حقوقی متعدد در عرصه‌های خاص این کشور وجود دارد؛ مثلاً در ایالت اوتارپرداش هند که اکثراً مسلمانان در آن زندگی می‌نمایند دادگاه‌های اسلامی در آن ایجاد شده است و به نگرانی‌ها و یا اختلافات و مشکلات جامعه مسلمان رسیدگی می‌نماید بخصوص در موارد احوال شخصیه قوانین اسلامی عمدتاً قابلیت تطبیق را دارد همچنان در این کشور دادگاه‌های مربوط به مذاهب هندوئیسم، سکولار و غیره وجود دارد که به مسایل مربوطه آن‌ها رسیدگی می‌نماید.^۱

ب: ایجاد فرصت‌های مساوی، تامین برابری و منع تبعید شهروندان:

موارد دیگری که از مصادیق تنوع گرایی شمرده می‌شود ایجاد فرصت‌های مساوی به همه شهروندان هند بدون در نظر داشت مذهب، قوم، زبان، جنسیت و سایر تعلقات و رفع هر نوع تبعیض و نا برابری بخصوص در امور استخدامی می‌باشد؛ زیرا حساس‌ترین اقدام که هم می‌تواند موجب تامین آرامش و ثبات در جامعه گردد و بر عکس اسباب تضاد، بی اتفاقی و منازعه را فراهم نماید به ویژه در کشورهای بی ثبات از جمله افغانستان بحث رعایت شایستگی و عدم در نظر گرفتن ملاحظات که در فوق تذکر نمودیم در امور مربوط به استخدام مدیران اجرایی در سطوح مختلف حاکمیت کشور می‌باشد، عامل اساسی دوام بحران و جنگ در کشور افغانستان در چند دهه اخیر، تبعیض و عدم رعایت تنوعات قومی، زبانی و مذهبی در استخدام و مشارکت در قدرت می‌باشد؛ اما این موضوع در فقره اول و دوم ماده ۱۶ قانون اساسی هند چنین تذکر رفته است هیچ شهروندی به اساس مذهب، نژاد، طبقه، جنس، تبار، محل تولد، سکونت یا هر یک از آن‌ها فاقد صلاحیت یا مورد تبعیض در هر شغل و منصبی مربوط به دولت قرار نمی‌گیرد، از طرف دیگر قانون اساسی جمهوری هند تبعیض میان شهروندان را در اصل ۱۴ خویش منع و چنین صراحت دارد: دولت نباید برابری در قانون یا حمایت یکسان از قوانین در قلمرو هند را از هیچ شهروند این کشور سلب کند، تبعیض بر اساس مذهب، نژاد، طبقه، جنسیت یا محل تولد منع می‌باشد. با توجه به موارد یاد شده یکی از منظورهای قانون گذار جمهوری هند این است تا از شکل گیری هرگونه طبقات بر مبنای ملی گرایی، قومیت و یا مذهب خاص جلوگیری صورت گیرد؛ زیرا از نظر سیاسی رنج تاریخی این کشور از این رهگذر قابل درک بوده است. تبعید شهروند و یا گروهی از شهروندان از کشور و یا محل زیست آن‌ها در منطقه معین و غیر از آن به ویژه به اساس انگیزه‌های مذهبی، قومی، سیاسی از جمله اقدامات ضد تنوع گرایی و چند فرهنگ گرایی شمرده می‌شود، در اصل ۱۱ قانون اساسی هند نیز این عمل منع قرار داده شده است.

ج: آزادی تجلیل از رسوم فرهنگی و مذهبی:

۱- مانینی چترجی، آنیتا روی، ۱۳۹۰ تاریخ فرهنگ و تمدن هند، ترجمه رضا آقا بابا، تهران، نشر میزان.

از جلوه‌های جالب و قابل توجه جمهوری هند که منعکس کننده چند فرهنگ گرایی در این کشور است؛ حق داشتن آزادی از تجلیل و بزرگداشت از رسوم، فرهنگ، باورها، سنت‌ها و آئین‌های مختلف مذهبی و تاریخی می‌باشد. جشن هولی Holi Festival^۱ یکی از قدیمی‌ترین جشن مذهب هندوئیسم در جمهوری هند است که در شروع فصل بهار هر سال برگزار می‌شود، هولی به نام جشنواره رنگ‌ها و عشق نیز شهرت دارد. دیوالی Deepavali^۲ نیز یکی از جشن‌های مذهبی این کشور است که توسط سیک‌ها، جین‌ها و هندوها هر سال یکبار برگزاری می‌شود، عقیده مردم این است که این جشن در حقیقت پیروزی نور و روشنایی بر تاریکی است؛ در جریان این مراسم مردم خانه‌های خود را با فانوس و چراغ‌های مختلف روشن نموده؛ به آتش بازی خوردن غذاهای لذیذ و سایر تفریح‌ها می‌پردازند. عید قربان^۳ Eid-e-Qorban جشن مذهبی مسلمانان است؛ در این روز مسلمانان به منظور ادای فریضه حج عازم کشور عربستان می‌شوند و نیز با قربانی نمودن حیوانات پوشیدن لباس‌های جدید، پختن غذاهای لذیذ و دید و باز دید از یکدیگر به خوشی و شادمانی می‌پردازند، این روزها در تقویم جمهوری هند رخصتی می‌باشد. این آزادی‌ها در مقدمه قانون اساسی هند مورد حمایت قرار گرفته است.

۲-۳ تنوع گرایی در کشور افغانستان

با توجه به اینکه افغانستان به تازه‌گی تحول سیاسی و حقوقی را تجربه کرده است؛ زیرا این کشور به مدت دو دهه از سال ۱۳۸۲ الی ۱۴۰۰ خ تحت حاکمیت نظام جمهوری دموکراسی با ماهیت اسلامی قرار داشت و بر مبنای قانون اساسی این دوره آزادی‌های قابل توجه برای شهروندان و اقلیت‌های قومی، مذهبی و زبانی پیش بینی شده بود و در یک نگاه وضعیت تنوع پذیری بهتر بود؛ اما اکنون که مدت سه سال است؛ کشور تحت حاکمیت طالبان قرار دارد و آن‌ها تا اکنون نظام حقوقی و قانون اساسی به تصویب نرسانده‌اند؛ اما یک سلسله اقدامات را در عرصه عمومی انجام داده‌اند و رهبر این گروه نیز برای اداره کشور فرامین و دستوراتی را صادر نموده است؛ اما پرسش اصلی این است که آیا مصادیق تنوع گرایی در این دسته اقدامات، فرامین و نیز قانون اساسی قبلی این کشور رعایت شده است و آیا این شرایط با وضعیت تنوع پذیری جمهوری هند مطابقت دارد و یا خیر؟ برای پرداختن به این پاسخ و ادامه این بحث در ابتدا به وضعیت گذشته این کشور و قانون اساسی دوره جمهوری اسلامی استناد می‌نمایم؛ زیرا الی اکنون قانون جایگزین برای آن تصویب نشده است؛ اما از انجائیکه مقامات طالبان همواره به عدم لزوم قانون اساسی در کشور تاکید می‌نمایند و اراده برای تصویب آن ندارند؛ در عوض اقداماتی در این زمینه انجام داده‌اند؛ بنا با توجه به محدودیت موضوعی بحث به ارزیابی و بررسی آن خواهیم پرداخت. در یک پاسخ فرضی و با در نظرداشت اوضاع و احوالی که در این کشور حاکم است می‌توان نتیجه گرفت که طالبان به عنوان گروه قومی، نظامی و ادنولوژیک که خود را امارت اسلامی می‌نامند از نظر مذهبی به جز از سلفیت و تعلق داشتن به مذهب حنفی؛ سایر جریان‌های دینی و حتی مذاهب اسلامی را نمی‌پذیرند و به تنوع ادیان و مذاهب نیز باور ندارند، کثرت گرایی و تنوع پذیری در سیستم حکومت داری آن‌ها جا ندارد، شیوع حکمرانی آن‌ها از بالا به پایین و توأم با جبر و زور است، برابری میان شهروندان حقوق و آزادی‌های فردی، تنوعات فرهنگی، حقوق اقلیت‌ها قومی و مذهبی، تعلیم دختران و کار زنان، آزادی بیان انتخابات، آزادی تشکیل جمعیت‌ها، احزاب و سایر جریان مدنی و سیاسی، هنر و موسیقی برای این گروه قابل پذیرش نیست.

۱-۲-۳ وضعیت حمایت از تنوع فرهنگی، زبانی و آموزشی

۱- ماهاجان، گوربیت، ۱۳۸۶، فدرالیسم چاره‌ای برای تکرر قومی و فرهنگی هند، ترجمه اکرم تقی آبادی، تهران، نشر دانشکده.

۲- همان ۱۳۸۶.

۳- همان ۱۳۸۶.

در مباحث قبلی از غنای تنوع فرهنگی در افغانستان یاد آوری نمودیم و همچنان خاطر نشان گردید که آئین‌ها، فرهنگ‌ها، سبک‌ها و شیوه‌های مختلف زندگی در این کشور وجود دارد حق تجلیل از رسم‌و رواج و تنوع مختلف فرهنگی به صورت مستقیم در قانون اساسی جمهوری اسلامی تذکر گرفته است؛ اما به طور ضمنی در دو ماده این قانون اشاره شده است؛ نخست اینکه در ماده ۴۷ این قانون تذکر گرفته است که دولت برای پیشرفت علم، فرهنگ ادب و هنر پروگرام‌های موثر را طرح می‌نماید. این ماده قانون برای دولت حق داده است؛ اما انتظار این بود که برای مردم چنین حقی پیش بینی می‌گردید که اتباع افغانستان حق تجلیل از فرهنگ‌های مختلف خویش را دارند، مورد بعدی ماده ۲۴ این قانون است که آزادی را حق طبیعی هر شهروند پذیرفته است، این هم اشاره‌ای است مبنی بر اینکه اتباع این کشور حق انجام هر کاری از جمله تجلیل از فرهنگ خویش را دارد؛ اما شرط است که آزادی دیگران را تهدید نکند، شایان ذکر است که در دوره حاکمیت این قانون و نظام جمهوری از نظر عملی هیچ محدودیتی برای تجلیل از فرهنگ‌های مختلف وجود نداشت؛ چنانچه برگزاری جشن نوروز اشتراک در محافل فرهنگی، سرگرمی و موسیقی پوشش به سبک‌های محلی و غیره آزادانه بود و نهادهای دولتی برای تحقق آن همکاری نیز می‌نمودند. تنوع زبانی نیز در افغانستان نا دیده گرفته شده است؛ زیرا به طور واضح در ماده شانزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی تذکر گرفته است که از جمله زبان‌های پشتو، دری، ازبکی، ترکمنی، بلوچی، پشه‌ای، نورستانی، پامیری و سایر زبان‌های رایج در کشور؛ پشتو و دری زبان‌های رسمی دولت می‌باشند؛ جدا از عدم رعایت تنوع زبانی تبعیض زبانی نیز در این قانون دیده می‌شود؛ زیرا این قانون واضحاً از زبان خاص حمایت نموده است؛ چنانچه در ماده بیستم این قانون تذکر گرفته است که سرود ملی افغانستان به زبان پشتو و با ذکر الله اکبر و نام اقوام افغانستان می‌باشد. در شرایط مقایسوی در جمهوری هند هیچ زبان رسمی و سراسری وجود ندارد؛ قانون گذار این کشور به منظور رعایت تنوع زبانی ۲۲ زبان را در کل کشور به عنوان زبان رسمی شناسائی نموده است؛ باشندگان هر یک از ایالت‌ها می‌توانند زبان رسمی علیحده داشته باشند.

در ساحه فرهنگ آموزشی نیز محدودیتی‌های در این کشور وجود دارد؛ حتی در حاکمیت جمهوری نصاب واحد تعلیمی و رعایت عامل مذهبی و فرهنگ ملی در تدوین آن که در ماده ۴۵ قانون اساسی تذکر رفته بود به عنوان مشکلات این عرصه شمرده می‌شود؛ زیرا می‌بایست نصاب آموزشی اقلیت‌های قومی و مذهبی مطابق فرهنگ و اعتقادات آن‌ها تصویب گردد و این اقتضای یک جامعه متنوع است که باید اساسات آموزشی و فرهنگی مطابق فرهنگ، زبان، مذهب و اعتقادات اقوام و باشندگان آن تدوین شود؛ در غیر صورت این امر باعث نابودی فرهنگ زبان و سلسله اعتقادی آن‌ها خواهد شد به ویژه در خصوص اقلیت مذهبی هندوها و سیک‌های این کشور. در شرایط کنونی افغانستان این اصول به صورت کلی رعایت نمی‌شود.

۲-۲-۳ حمایت از تنوع دینی و مذهبی

با توجه به اینکه ۹۹ درصد مردم افغانستان مسلمان و پیرو دین اسلام اند؛ بناً تنوع دینی در این کشور با توجه به جمهوری هند جالب توجه نیست؛ زیرا پیروان ادیان مختلف در آن کشور زندگی می‌نمایند و تنها رقم مسلمانان آن در حدود ۲۲۰ میلیون تن می‌رسد؛ در حالیکه در افغانستان حدود یک درصد پیرو دین هندوئیسم و سیک می‌باشند؛ اما مذاهب متعدد در ذیل دین اسلام وجود دارد مانند مذهب شیعه و سنی که در زمینه نیز محدودیت وجود دارد؛ در جمهوری هند در کنار تنوع دینی و مذهبی کثرت گرایی دینی نیز وجود دارد؛ زیرا ابتدا جمهوری هند یک کشور سکولار است و دولت پیرو و حامی دین خاصی نیست؛ در قدم بعدی طبق قانون اساسی این کشور هر شخص حق دارد امور دینی خویش را آزادانه بدون هیچ محدودیتی انجام دهد و سیاست دولت نیز در زمینه حفظ بی طرفی است دادگاه‌های مذهبی برای

پیروان ادیان مختلف نیز وجود دارد. در افغانستان بر طبق قانون اساسی دوران جمهوری اسلام دین دولت دانسته شده است؛ ثانیاً برای پیروان سایر ادیان آزادی اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون پذیرفته شده است؛ از سوی دیگر در ماده سوم این قانون تذکر رفته است که هیچ قانون نمی تواند در این کشور خلاف معتقدات دین مقدس اسلام باشد، با این توجه کثرت گرایی و تنوع دینی همانند جمهوری هند در این کشور وجود ندارد. در حاکمیت طالبان تنوع گرایی دینی و مذهبی امر محال و ناممکن است؛ زیرا اخیراً تدریس فقه شیعه در نهادهای علمی ساحه باشندگان اهل تشیع متوقف گردیده است. اما در عمل به استثنای یک سلسله حوادث پیروان مذاهب گوناگون این کشور به طور مسالمت آمیز در کنار هم زندگی نموده اند.

۳-۲-۳ تنوع پذیری افکار، اندیشه و گروه های مختلف

تنوع افکار، اندیشه ها و حمایت از گروه های مختلف مدنی و سیاسی از مصادیق مهم کثرت گرایی شناخته می شود؛ خوش بختانه این ابزار در قانون اساسی افغانستان به گونه شایسته پذیرفته شده است؛ چنانچه در ماده ۳۴ این قانون صراحتاً بیان شده است که آزادی بیان از تعرض مصئون است؛ اتباع کشور حق دارد که فکر خود را به وسیله گفتار، نوشتار، تصویر و یا هر وسیله دیگر اظهار نمایند؛ حق طبع و نشر مطالب بدون ارائه و اجازه قبلی مقامات دولتی؛ به همین گونه حق ایجاد جمعیت ها و احزاب سیاسی؛ راه اندازی اجتماعات، تظاهرات و اعتصابات در مواد دیگر این قانون برای شهروندان این کشور پذیرفته شده است، اما نه مانند کشور هند که قبلاً تذکر نمودیم. طالبان در حاکمیت خویش همه موارد فوق را به اساس فرمان های جداگانه از بین برده اند؛ تنها بخشی که هنوز به حمایت مستقیم نهادهای بین المللی طور نیم بند فعالیت می نماید؛ یک تعداد رسانه های محدود است که آن هم آزادی و استقلال چندانی ندارند.

۳-۲-۴ سایر مصادیق تنوع گرایی در ساختار حقوقی افغانستان

جدا از مواردی که در مباحث قبلی تذکر داده شد ویژگی های دیگر نیز در کشور افغانستان وجود دارد که منعکس کننده مفهوم تنوع گرایی می باشد؛ زیرا در تکرر پدیده ها و رفتارها و مساعد بودن فرصت انتخاب متعدد تنوع گرایی به شکل مطلوب تر آن رعایت می شود؛ حقیقتاً هر امر اجتماعی که تنوع داشته باشد و هم از جانب ساختار قدرت حمایت شود و هم مردم به آن اعتقاد داشته باشند و آن را رعایت نمایند در هر نام و چهره ای که باشد با این که نام تنوع گرایی را نداشته باشد؛ تنوع پذیری است؛ زیرا در باورها و رفتارهای سنتی تک محوری حاکم بوده است اقوام، شاهان، گروه های اجتماعی، نژادی، مذهبی و زبانی خاص به همین گونه دولت ها و امپراتوری ها به اثبات وجودی خود بدون در نظر داشت منفعت و وجود هم نوعان دیگر خود؛ اسرار می ورزیدند و به بیان کلی در نا بودی حذف و یا ادغام دیگران بقای خود را جستجو می نمودند؛ به این ترتیب اقوام، مذاهب؛ دولت ها و امپراتوری ها همواره در جنگ میان خویش بودند و بزرگ ترین پیروزی به آن ها نابودی نوع مقابل بوده و به همین گونه همه تلاش خویش را متمرکز به تهیه جنگ افزار می نمودند، با ظهور مفاهیم جدید، گرفتن درس از تجارب تلخ تاریخی و الهام از رهنمود دینی امروزه منافع بشر با صلح، آشتی، همدیگری پذیری و زندگی مسالمت آمیز گره خورده است و از جمله حقایق اجتناب ناپذیر می باشد به این توجه سایر موارد تنوع گرایی افغانستان در پرتوی جمهوری هند قابل دقت می باشد.

الف: تنوع گرایی اجتماعی:

این نوع تنوع گرایی که به وجود نظام های متعدد حقوقی در یک کشور تاکید می نماید عمدتاً در موجودیت

نظام پارلمانی یا فدرالی تحقق میابد؛ اساساً این نوع نظام حقوقی و یا ضرورت کثرت گرایی اجتماعی جدا از اهداف اقتصادی و تمرکز زدائی در کشورهای دارای تنوع فرهنگی، نژادی، مذهبی، قومی و زبانی یک ضرورت حتمی دانسته می شود تا این تنوعات و اقلیت ها بتوانند حسب دلخواه ساختارها و قوانین مورد نظر خویش را در جغرافیا و یا ایالت مربوطه ایجاد و یا تصویب نمایند؛ هر گاه این مدل به هر دلیلی مقدور باشد با پذیرش اصل تنوع گرایی اجتماعی می توان ساختارها و نهادهای را ایجاد نمود که بتواند منافع و ضرورت های اقلیت های قومی به ویژه مذهبی را تامین نماید؛ در جمهوری هند هر دو اصل تامین شده است؛ زیرا از یک طرف ساختار نظام این کشور پارلمانی و سکولار است و از طرف دیگر مراکز فرهنگی و نهادهای قضائی مانند دادگاه های مختلف وجود دارد که برای پیروان ادیان و مذاهب مختلف طبق فرهنگ و اقتضای مذهب آن ها خدمات عرضه می نمایند به ویژه در ساحه مدنی و احوال شخصیه، اما در افغانستان سازکار این نوع تنوع گرایی در قوانین این کشور به ویژه قانون اساسی رعایت نشده است؛ قانون احوال شخصیه اهل تشیع که پس از کش مکش های طولانی در سال (۱۳۸۷)خ به تصویب رسید تامین کننده مفهوم تنوع گرایی اجتماعی نمی باشد؛ زیرا حتی نهادی قضائی مستقل برای رسیدگی پرونده های مربوطه به اهل تشیع این کشور مشخص نشده است و برای پیروان مذهب اهل تشیع و سایر ادیان نه قانون جدا گانه وجود دارد و نه هم نهاد اختصاصی قضایی همانند جمهوری هند.

ب: ایجاد فرصت های برابر، و منع تبعیض و تبعید شهروندان:

ایجاد فرصت های کاری و شغلی برای همه اتباع کشور بدون هیچ گونه ملاحظه قومی، زبانی و مذهبی و همچنین تبعیض قایل نشدن میان شهروندان منعکس کننده زیور اصلی کثرت گرایی است؛ زیرا پذیرش تنوعات و یا تنوع گرایی در اصل تبعیض مثبت است که برای حکومت ها و جوامع گوشزد می شود تا در تصمیمات و رفتارهای خویش به این اصل توجه داشته باشند. این موقعیت و نیز برابری حقوق زنان و مردان همانند قانون اساسی جمهوری هند در جزم سوم ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان پذیرفته شده است تاکید گردیده است که اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می شوند. تامین برابری و منع تبعیض میان تمام اتباع کشور اعم از زن و مرد نیز در ماده ۲۲ این قانون مورد حمایت قرار گرفته است، اما در عمل با توجه به توجیحات دینی و سایر مسایل این اصل در این کشور تحقق نیافته است بویژه در شرایط موجود افغانستان که اصل برابری نه در قانون و نه در عمل جایگاه دارد. در ادوار گذشته افغانستان از تبعید در مقابل مخالفین سیاسی و اقلیت های قومی به کثرت استفاده شده است؛ بویژه در حاکمیت عبدالرحمن خان در سالهای ۱۲۵۹ - ۱۲۸۰خ^۱ که در نتیجه تعداد زیادی افراد زبان، هویت، مذهب و سایر ویژه گی های طبیعی خویش را از دست داده اند و رنگارنگی این کشور صدمه دیده است؛ اما خوشبختانه این عمل در مواد ۲۸ و ۳۹ قانون اساسی منع گردیده است.

ج: وضعیت تجلیل از فرهنگ های مختلف:

فرهنگ و آئین های هر جامعه و کشور متفاوت است در میان جوامع فرهنگ اقوام و گروه های مختلف اجتماعی نیز مختلف می باشد؛ اساساً فرهنگ ها نیز با توجه به عرصه های مختلف زندگی مختلف است؛ چنانچه فرهنگ عرصه مذهبی با فرهنگ عرصه های اجتماعی، تاریخی، هنری، جغرافیایی و غیره باز هم متفاوت است، در جمهوری هند تنوعات فرهنگی در همه عرصه ها از جانب قانون و حاکمیت این کشور حمایت می شود و شهروندان جامعه در موقعیت های مختلف حق دارند از آئین های مختلف فرهنگی

خویش تجلیل نمایند مانند هولی، دیوالی و غیره که در مباحث قبلی تذکر نمودیم؛ قوانین افغانستان به ویژه قانون اساسی در زمینه حمایت از فرهنگ‌های مختلف صراحت ندارد و عملاً حق تجلیل از فرهنگ و آئین‌های فرهنگی را برای مردم شناسائی نکرده است؛ اما در موجودیت نظام جمهوری اسلامی مردم افغانستان این آزادی را داشت تا از فرهنگ‌های مختلف خویش تجلیل نمایند و جانب حاکمیت از این برنامه نیز حمایت می‌نمود؛ اما در حاکمیت طالبان مردم آزادی تجلیل از بسیاری از این فرهنگ‌ها را ندارد؛ آئین‌های مذهبی مانند تجلیل از ماه محرم، فرهنگ تاریخی مانند تجلیل از روز جهانی نوروز؛ فرهنگ هنری مانند اشتراک در کنسرت‌ها، سینماها و غیره را ندارند.

نتیجه گیری

هند سرزمین گوناگونی است؛ پیروان صدها فرهنگ، گویندگان زبان‌های مختلف و به همین گونه طرفداران ادیان متفاوت در این کشور در فضای صلح و آرامش در کنار هم زندگی می‌نمایند؛ افغانستان نیز کشور باستانی است؛ هویت قوم، زبان و فرهنگ‌های متعددی در این کشور وجود دارد، حمایت از تنوع گرایی در قوانین این کشورها وضعیت متفاوت دارد؛ برابری شهروندان و منع تبعیض در قانون اساسی جمهوری هند پیش بینی شده است؛ به همین گونه تنوع پذیری فرهنگی، حق داشتن زبان و حق آموزش در بخش دیگر قانون این کشور تحت عنوان حق بنیادین پذیرفته شده است، مشخص نشدن زبان خاص به عنوان زبان ملی و یا رسمی کشور و نیز حمایت دولت از روند آموزش بدون ملاحظه زبان و مذهب خاص طبق این قانون از نکات بارز تنوع گرایی فرهنگی در این کشور تلقی می‌شود. به همین ترتیب برای حفظ ثبات و جلوگیری از تقابل گروه‌های دینی و مذهبی در قانون اساسی این کشور موارد مشخص پیش بینی شده و برای پیروان ادیان مختلف آزادی بخشیده است تا بدون هیچ مانعی به عبادت، تبلیغ و اجرای امور دینی و مذهبی خویش بپردازند؛ در قالب این اصل دادگاه‌های خاص مربوط به گروه‌های مذهبی مختلف در این کشور ایجاد گردیده است که آنها می‌توانند برای حل مشکلات خویش بخصوص در امور احوال شخصیه به آنها مراجعه نمایند. تنوع گرایی سیاسی که به پذیرش افکار و اندیشه‌های مختلف اشاره دارد نیز در قانون اساسی این کشور جا باز نموده است؛ بر بنیاد آن سیستم متکثر قدرت سیاسی در شکل فدرال در این کشور پایه گذاری شده است، موجودیت قوای سه گانه دولت، احزاب سیاسی، نهادهای اجتماعی و مدنی، حق راه اندازی اعتراضات، انتخابات و دموکراسی که در قسمت پانزدهم این قانون مشخص شده است از علایم برجسته تنوع گرایی در این کشور می‌باشد.

وضعیت تنوع پذیری در افغانستان را باید در دو حالت مد نظر داشت؛ نخست حاکمیت سه ساله طالبان تحت عنوان امارت اسلامی است که تنوع گرایی در وضعیت بسیار بد قرار دارد؛ زیرا این گروه نظامی، قومی و ایدئولوژیک به تنوع گرایی معتقد نیستند بویژه تنوع گرایی مذهبی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی، شیوه حکمرانی آنها از بالا به پائین و توأم با جبر و زور است؛ علاوه از آن حقوق و آزادی‌های فردی، حق تعلیم دختران، کار زنان و سایر مصادیق ارزشی مانند انتخابات، احزاب سیاسی و غیره ممنوع گردیده است. اما در حاکمیت نظام جمهوری و بر مبنای آخرین قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۲خ که تا اکنون قانون دیگری به عوض آن تصویب نشده است، تنوع پذیری وضعیت مساعدی داشته است؛ چنانچه در این قانون برابری شهروندان در نزد قانون پیش بینی شده است، تنوع گرایی فرهنگی زبانی و آموزشی نیز در این قانون مورد حمایت قرار گرفته است، با این وجود برخلاف تنوع گرایی زبانی جمهوری هند، تنها زبان فارسی و پشتو را به عنوان زبان رسمی مشخص نموده است، مشخص نمودن سرود ملی کشور به زبان پشتو که در ماده بیستم این قانون تذکر رفته است نیز بیانگر نقض تنوع گرایی زبانی می‌باشد. در خصوص تنوع گرایی آموزشی نیز مشکلات وجود دارد؛ زیرا بر بنیاد این قانون نصاب واحد آموزشی و ترتیب آن بر طبق مذهب خاص تذکر رفته است که برخلاف واقعیت تنوع قومی، زبانی و مذهبی می‌باشد؛ در حالیکه در جمهوری هند طبق فرهنگ مذاهب و زبان‌های این کشور پیش بینی شده است. تنوع گرایی مذهبی نیز در قانون این کشور وضعیت خوبی ندارد زیرا بر طبق صراحت این قانون؛ در افغانستان هیچ قانونی نمی‌توانند

مخالف معتقدات دین اسلام باشد؛ با اینکه در بخش بعدی آن حق اجرای مراسم مذهبی به پیروان سایر مذاهب پذیرفته شده است. تنوع افکار، اندیشه به همین گونه ایجاد احزاب، جمعیت ها و نهادهای مدنی در این قانون به گونه لازم حمایت شده است، در خصوص حمایت از فرهنگ و آئین های مختلف جامعه نیز در قانون افغانستان همانند کشور هند صراحت خاصی دیده نمی شود.

Extent abstract

Diversity means establishing peaceful life among humans alongside each other despite numerous differences, including religion, culture, language, race, etc. Diversity is one of the solutions to conflicts and conflicts that can be identified, and this has been proven by Indian society. The Republic of India is one of the countries in which there are more than ۱,۷۰۰ languages, seventy-two nations, and hundreds of cultures and religions. Afghanistan is also similar to India in terms of ethnic, linguistic, cultural, and religious diversity, but it has not been as successful in reconciling these differences as India has been. In this article, we will explore the legal importance of diversity by examining the degree of legal inclination towards diversity in the Republic of India and Afghanistan. In India, legal support for cultural, linguistic, educational, religious and religious diversity, and diversity of thoughts and ideas at the domestic level, leads to lasting peace and has a special place in international relations. The Republic of India explicitly refers to the equality of citizens and the prohibition of discrimination and has not declared any specific language as the national and official language of the country. In Afghanistan, the ruling group under the name of the Islamic Emirate not only does not believe in diversity, but their rule from top to bottom is by coercion and force. The result of this country's performance is neither lasting peace at the domestic level nor acceptable relations at the international level.

کتابها

- ۱- احمدی، مجید، (۱۳۹۱)، آشنائی با کشور هندوستان، تهران، نشر خانه فرهنگ جمهوری اسلامی ایران.
- ۲- اندیشمند، محمد اکرام، (۱۳۹۲)، معارف عصری افغانستان ۱۲۸۹ الی ۱۳۷۹، کابل، نشر درخت دانش.
- ۳- بیلوی، دبلیو، (۱۳۹۵)، نژادهای افغانستان، ترجمه دکتر لعل زاده، کابل، انتشارات سعید.
- ۴- توماس، بارفیلد، (۱۳۹۸)، تاریخ فرهنگی و سیاسی افغانستان، ترجمه عبدالله محمدی، تهران، موسسه انتشارات عرفان.
- ۵- جلالی نائینی، سید محمد رضا، (۱۳۹۱)، هند در یک نگاه، تهران، نشر شیراز.
- ۶- دان، ناردو، (۱۳۸۵)، هند باستان، ترجمه حقیقت خواه، تهران، نشر ققنوس.
- ۷- صدر، عمر، (۱۳۹۷)، دولت مدرن و هراس از کثرت گرایی در افغانستان، ترجمه ضیافت الله سعیدی و همکاران، کابل انتشارات امیری.
- ۸- مانینی چترجی، آنیتا روی، (۱۳۹۰)، تاریخ فرهنگ و تمدن هند، ترجمه رضا اقبابا، تهران، نشر میزان.
- ۹- ماهاجان، گوربریت، (۱۳۸۶)، فدرالیسم چاره‌ای برای تکثر قومی و فرهنگی هند، ترجمه اکرم تقی آبادی، تهران، نشر دانشکده.
- ۱۰- محمد غبار، میر غلام، (۱۳۴۶)، افغانستان در مسیر تاریخ، کابل، نشر مطبوعه افغان.
- ۱۱- ناروئی، هادی، (۱۴۰۲)، ظهور ملی گرایی هند و گسترش اختلافات مسلمانان در هند، تهران، نشر دانشگاه بین المللی امام خمینی.
- ۱۲- رسولی، محمد اشرف، (۱۳۸۸)، مروری بر قوانین اساسی افغانستان، کابل، نشر شهر دانش.

مقاله‌ها

- ۱۳- اس، اس، آورستی، (۱۳۸۷)، ساختار سیاسی هند، نشریه علمی وزارت علوم، شماره ۸۵.
- ۱۴- اسدی، ذبیح الله، (۱۳۹۸)، تقابل افراطگرایی با کثرت گرایی در افغانستان، مجله بین المللی مطالعات پیشرفته اکادمیک شماره ۲.
- ۱۵- باقری، اسماعیل، (۱۳۹۶)، ساختار سیاسی افغانستان، مجله تخصص نورمکس، شماره ۶۹.
- ۱۶- درویش پور، حجت الله، (۱۳۹۰)، نشانه‌های وحدت در کثرت جامعه هند، فصل‌نامه تحقیقات سیاسی و بین المللی دانشگاه آزادی اسلامی، شماره ۸.
- ۱۷- رسول، احمد رسول، ن (۱۳۹۹)، گاهی به مفهوم دولت سازی در جوامع در حال توسعه، مجله بین المللی مطالعات پیشرفته اکادمیک، شماره ۴.
- ۱۸- شفیع، نوزر، (۱۳۸۹)، معمای دموکراسی در افغانستان، نشریه تحقیقات سیاسی و بین المللی جهاد دانشگاهی، شماره ۸.

Reference

Book

- Majumdar R.C. and K.M. Munshi The History and Culture of Indian People. The Age of Imperial Unity (Bombay, Bharati Vidya Bahvan, 6th edition, ۱۹۹۰) 1□
- Wendy, Doinger, pluralism and democracy in India (London, Oxford of university ۲۰۱۵). 2□
- Adamec, ludwing, The Political History of Afghanistan from Amir Abdul Rahman era till Independence (London Anglia Ruskin University, ۲۰۰۵) 3□
- Modern government and fear of pluralism in Omar Sadr, Afghanistan (Kabul Afghan institute for strategic studies, ۲۰۱۸). 4□

Articles

- Muni S.D, Ethnic conflict, federalism, and democracy in India in Ethnicity and Power in the Contemporary World, Calcutta university research center, No ۸۹ (۲۰۱۲). 5□
- Sadeghi Alavi, M, History of Islam in the Indian subcontinent "from the beginning of the arrival of Muslims to the end of the Mughal Empire rule" Qom Hawza and University Research Center, No ۶۷, (۲۰۱۶). 6□
- Shakir, Moin, Religion, State and Politics in India, Delhi, Ajanta Publications No ۸۲ (۱۹۸۹). 7□

An Analysis of Visual Criminology

Representation of Crime and Criminal Justice in Visual Media

۱. Mohadesseh Ghavamipour Sarsheke, ۲. Amirreza Mahmoudi

Accepted: 13/1/2025

Received: 19/2/2025

Abstract

Visual criminology is an invitation to rethink how images reshape the world and criminology as a project. Visual criminologists develop innovative concepts and tools to address issues of crime, harm, culture, and control. The field emphasizes how social order is established through ways of seeing, and focuses on the production of power and representation of crime in the visual realm. Visual criminology is not conceived as a complement or a secondary branch of conventional social science; rather, it emphasizes understanding the power of images of crime and punishment beyond written reports and numerical data. Visual criminologists focus on the role of vision and image in the history of criminology and explore the place of images in crime and media studies. They use complex theories to trace the production of criminology and criminal justice

Keywords: crime, criminology, visual criminology, image, picture

۱. PhD student, Department of Law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran:
0009-0002-8865-270X mohadessehghavamipour@gmail.com

۲. Assistant Professor, Department of Law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran
/0009-0002-8865-270X
: amirreza.mahmodi@gmail.com

تحلیلی بر جرم‌شناسی بصری بازنمایی جرم و عدالت کیفری در رسانه‌های تصویری

۱. محدثه قوامی پور سرشکه، ۲. امیررضا محمودی

ارسال: ۱۴۰۳ / ۱۰ / ۲۴ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۱۲ / ۱

چکیده

جرم‌شناسی بصری، دعوتی برای بازاندیشی در مورد چگونگی شکل‌دهی دوباره جهان و جرم‌شناسی به‌عنوان یک پروژه توسط تصاویر است. متخصصان جرم‌شناسی بصری برای غلبه بر مسائل مربوط به جرم، آسیب، فرهنگ و کنترل، مفاهیم و ابزارهای نوآورانه‌ای را توسعه می‌دهند. این حوزه بر چگونگی بنیاد نهادن نظم اجتماعی توسط روش‌های دیدن تأکید می‌کند و به تولید قدرت و بازنمایی جرم در حوزه بصری توجه دارد. جرم‌شناسی بصری نه به‌عنوان مکمل و نه به‌عنوان شاخه‌ای ثانویه برای علوم اجتماعی متعارف مطرح می‌شود؛ بلکه فراتر از گزارش‌های مکتوب و داده‌های عددی، بر فهم قدرت تصاویر جرم و مجازات تأکید دارد. جرم‌شناسان بصری بر نقش دید و تصویر در تاریخچه جرم‌شناسی متمرکز هستند و جایگاه تصویر را در مطالعات جرم و رسانه بررسی می‌کنند. آن‌ها از نظریه‌های پیچیده برای دنبال کردن نحوه تولید جرم‌شناسی و عدالت کیفری استفاده می‌کنند.

کلمات کلیدی: جرم، جرم‌شناسی، جرم‌شناسی بصری، ایماژ، تصویر

۱. دانشجوی دکترا گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران
0009-0002-8865-270X

mohadesehghavamipour@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران
0009-0002-8865-270X

amirreza.mahmodi@gmail.com

مقدمه

جرم‌شناسی به‌عنوان شاخه‌ای از علوم اجتماعی که به مطالعه علل، پیامدها و کنترل رفتارهای مجرمانه می‌پردازد، در طول تاریخ از ابزارهای گوناگونی برای تبیین و تحلیل بهره برده است. در این میان، با گسترش فناوری‌های بصری و نقش فزاینده رسانه‌ها در شکل‌دهی به ادراک عمومی، مطالعه بازنمایی‌های بصری به بخش مهمی از تحقیقات جرم‌شناسی تبدیل شده است. جرم‌شناسی بصری به‌عنوان حوزه‌ای میان‌رشته‌ای، فراتر از ابزارها و مفاهیم سنتی، به تحلیل قدرت تصاویر، شیوه‌های دیدن و بازنمایی جرم و عدالت کیفری پرداخته و نقشی کلیدی در درک فرایندهای اجتماعی و فرهنگی ایفا می‌کند.

در این حوزه، تصاویر و رسانه‌های بصری نه تنها به‌عنوان ابزارهایی برای مستندسازی یا روایت، بلکه به‌عنوان پدیده‌هایی مؤثر در تولید و تقویت نظم اجتماعی و بازنمایی قدرت مورد بررسی قرار می‌گیرند. جرم‌شناسی بصری در تلاش است تا با استفاده از روش‌های تحلیل دیداری، مفاهیمی چون ایماژ، فرهنگ بصری و شیوه‌های دیدن را در ارتباط با رفتار مجرمانه و عدالت کیفری واکاوی کند. این تحلیل‌ها از رویکردهای گوناگونی، از جمله نظریه‌های پسامدرن، جامعه‌شناسی فرهنگی و نشانه‌شناسی، بهره می‌گیرند تا به بازشناسی روابط پیچیده میان جرم، قدرت و رسانه بپردازند.

ساختار این مقاله بر اساس چارچوب تحلیلی جرم‌شناسی بصری تدوین شده است. در ابتدا، مفهوم جرم‌شناسی بصری و سطوح تحلیل آن معرفی می‌شود. سپس، با تمرکز بر مفاهیم اساسی فرهنگ بصری، به بررسی تأثیر تصاویر و ایماژها در بازنمایی واقعیت اجتماعی پرداخته می‌شود. در بخش بعد، شیوه‌های دیدن و نقش آن‌ها در درک جرم و مجرمانه‌سازی تحلیل می‌گردد و در نهایت، به بررسی ارتباط جرم‌شناسی و فرهنگ بصری از منظر تاریخی و انتقادی پرداخته خواهد شد. هدف از این پژوهش، ارائه درکی جامع از اهمیت تصاویر در شکل‌دهی به مفاهیم جرم و عدالت و تأثیر آن بر سیاست‌گذاری‌ها و تصمیم‌گیری‌های اجتماعی است.

با توجه به اهمیت گسترش ابزارهای ارتباطی در دنیای امروز، این مقاله تلاش می‌کند تا با ارائه دیدگاهی میان‌رشته‌ای، به تبیین چگونگی بازنمایی جرم و عدالت در فرهنگ بصری و نقش آن در تحولات اجتماعی و فرهنگی بپردازد.

1. تحلیل بصری

از دهه ۱۹۲۰، انتقادات مبتنی بر دیدگاه‌های مارکسیستی توسط مکتب فرانکفورت، مطالعات فرهنگی انجام‌شده در مرکز مطالعات فرهنگی بریتانیا که از دهه ۱۹۶۰ به سرعت گسترش یافت، تحقیقات نشانه‌شناسی، رویکردهای پسامدرن، تأکید بر تعامل هنر و جامعه، بررسی اثرات وسایل ارتباط جمعی و ساختارهای رسانه‌ای در ارتباط با مالکیت، بستری بسیار پررنگ برای بررسی بصری فراهم کرده‌اند. علوم اجتماعی از محیطی اجتماعی که در آن زبان نوشتاری به‌عنوان ابزار توصیفی غالب بوده و توصیف واقعیت به همراه دنیای بصری که اساساً محدود به حوزه هنرها بود، ظهور یافته است. آنچه نسل اول دانشمندان علوم اجتماعی را از وارثان مدرنیستی خود متمایز می‌کند، تمرکز آن‌ها بر مشاهده دنیای بصری (آنچه قابل دیدن است) و تلاش برای درک دنیای پنهان نیروهای اجتماعی از طریق استفاده از ریاضیات و آمار است. ترکیب متن با ریاضیات به‌طور چشمگیری توضیحات بصری و عمیق آن را تغییر داده است؛ ثانیاً، با یافتن جایگاهی در انسان‌شناسی، از علوم اجتماعی پوزیتیویستی جدا شده است.^۱

بصری بودن را می‌توان در چهار سطح تحلیل کرد:

- سطح اول شامل تجارب معنادار در زندگی روزمره است که به ساختارهای روتین دسته‌بندی‌های بصری در سازمان‌دهی تجارب عملی مرتبط می‌شود.
 - سطح دوم حوزه روایت‌های نظری است که تفاوت در شیوه‌های دیدن را در مواجهه با مسائل تفسیری اخیر حمایت می‌کند. این سطح به تلاش برای گسترش مطالعات معنایی در زمینه‌های مورد توجه زندگی می‌پردازد و از رویکردی تجربی برای کشف سیاست‌های این نظم بصری و جامعه‌شناسی جزئی آن استفاده می‌کند.
 - سطح سوم به نقش تفکر انتقادی در مواجهه با مسائل و تجارب ساختار اجتماعی در فرآیند شکل‌گیری تاریخی علوم نظری می‌پردازد.
 - سطح چهارم، تا حدی خارج از حوزه نظری، به تأثیرات، ظهور، و مشروعیت‌یابی فناوری‌ها، نهادها، رویه‌ها و پارادایم‌هایی که به‌طور بصری سازمان یافته‌اند، اشاره دارد.^۱
2. مفاهیم اساسی جرم‌شناسی بصری

تصویر و ایماژ از مفاهیم اساسی فرهنگ بصری هستند و این دو مفهوم توسط برخی نظریه‌پردازان مترادف و توسط برخی دیگر متفاوت استفاده می‌شوند. ایماژ مفهومی است که به گسترش ذهنی هر نوع تصویری که در ذهن ایجاد می‌شود اشاره دارد. این غنای ایماژ می‌تواند تخیل، یعنی دنیای خیالی و رؤیاهای انسان را تحریک و تغذیه کند. تخیل نیز مفهومی بسیار مهم و بنیادی برای فرهنگ بصری است.^۲ در کلی‌ترین کاربرد، ایماژ طراحی ذهنی ما درباره یک شیء یا موجود است. این نخستین تصویر یا طراحی که از طریق حس‌ها درباره موجودی به‌دست می‌آید، نسخه‌ای جادویی از ماده است که در ضمیر آگاهی با هزارتوهای پنهانی آشکار می‌شود. به طور خلاصه، ایماژ طراحی ذهنی دنیای بیرونی، موجودات، چیزی واقعی یا غیرواقعی یا یک پدیده در ذهن است. کلی‌ترین تعریف درباره ایماژ این است که شکل اولیه‌ای از کسب آگاهی درباره موجود است. به عبارت دیگر، آگاهی ما از موجودات ایماژ یا طراحی ذهنی آن‌ها است. ایماژ یا از طریق ادراک حسی یا از طریق تفکر، تداعی، و تخیل درباره ادراک به‌دست می‌آید. آنچه برای ما اهمیت دارد، شکل تفکری و تداعی‌ای ایماژ و ساختار آن در تخیل (قدرت تخیل، تصور ذهنی) است.^۳

یک تصویر، بازآفرینی یا بازتولید یک دیدار است. تصویر از زمان و مکانی که برای اولین بار در آن ظاهر شده جدا شده و برای چند دقیقه یا چند قرن حفظ شده است. هر تصویر، نوعی شیوه دیدن در خود دارد، حتی در عکس‌ها. زیرا عکس‌ها برخلاف تصور رایج، غالباً ثبت مکانیکی نیستند. وقتی به یک عکس نگاه می‌کنیم، حتی اگر ناچیز باشد، متوجه می‌شویم که عکاس آن دیدار را از میان امکانات بی‌پایان انتخاب کرده است. این موضوع حتی در عکس‌های خانوادگی اتفاقی هم صادق است. شیوه دیدن عکاس در انتخاب موضوع منعکس می‌شود. هرچند هر تصویر شیوه‌ای از دیدن را در خود دارد، اما نحوه درک یا ارزیابی ما از آن تصویر نیز به شیوه دیدن ما بستگی دارد. تصاویر در ابتدا برای بازنمایی چیزهایی که در آنجا نبودند ساخته شدند. به مرور زمان مشخص شد که تصاویر از آنچه بازنمایی می‌کنند ماندگارتر هستند. در نتیجه، تصویر به ثبت این که یک شیء یا فرد چگونه به نظر می‌رسیده، پرداخت. بعدها، دیدگاه خاص کسی که تصویر را ایجاد کرده، به‌عنوان بخشی از ثبت او پذیرفته شد. این امر به همراه افزایش آگاهی فردی و توسعه

^۱ Ibid, 179

^۲ Ibid, 11

^۳ Cengiz, M. İmge Nedir. Şiirden Yayıncılık, İstanbul. 2014, 7

مهم‌ترین ویژگی تصویر، جنبه اطلاع‌رسانی آن است. اطلاعات تصویر به‌عنوان یک حامل اطلاعات منحصر به فرد، به منبع شیء مرتبط است. هرچند این اطلاعات ممکن است بسیار فردی، خاص و جزئی باشد، اما باید دارای ساختاری باشد که بتواند ما را نیز درگیر، روشن و افق ما را درباره جهان گسترش دهد.^۲ در شهرهایی که در آن زندگی می‌کنیم، روزانه صدها تصویر تبلیغاتی می‌بینیم. در تاریخ، هیچ جامعه‌ای چنین حجم بالایی از پیام‌ها را تجربه نکرده است. انسان ممکن است این پیام‌ها را به یاد بسپارد یا فراموش کند؛ اما نمی‌تواند آن‌ها را نبیند یا نخواند. حتی برای یک لحظه، این پیام‌ها حافظه ما را از طریق تخیل، یادآوری یا انتظارات تحریک می‌کنند. در تلویزیون، وضعیت کمی متفاوت است. با این حال، دیدن یا ندیدن تصویر به انتخاب ما بستگی دارد؛ مثلاً ممکن است به تبلیغات نگاه نکنیم یا صدای آن را قطع کنیم. با این وجود، ما متوقف می‌مانیم؛ آن‌ها به حرکت خود ادامه می‌دهند، تا زمانی که روزنامه دور انداخته شود، برنامه تلویزیونی پایان یابد یا پوستر تبلیغاتی با تصویر جدید جایگزین شود.^۳

آنچه با تصاویر به وجود می‌آید و سپس توسط آن‌ها خنثی شده و به یک عقده گناه و میل تبدیل می‌شود، در واقع بخشی از فرآیند اجتماعی است.^۴ ماجراجویی پایان‌ناپذیر تصاویر و پدیده‌های بصری، شیوه‌های دیدن و شکل‌های ادراک حسی را تغییر می‌دهد. در این فرآیند، اولین چیزی که جلب توجه می‌کند، افزایش چشمگیر تعداد و گسترش تصاویر بصری است. هیچ دوره‌ای از تاریخ بشر چنین بمباران بصری را تجربه نکرده است. این روند که ظرفیت ادراکی انسان را به چالش می‌کشد و او را در آستانه بحران‌های روانی قرار می‌دهد، به گسترش ابزارهای ارتباط جمعی و نفوذ آن‌ها در تمام جنبه‌های زندگی مرتبط است، زیرا بصری بودن به میزان زیادی از طریق آن‌ها خود را تحمیل می‌کند.^۵

حتی گفته شده تصویر ابزاری است که ذهن افراد عادی را هدایت می‌کند. تصاویر می‌توانند متقاعدکننده باشند و حتی ترس ایجاد کنند. در تعریف واقعیت و توضیح غیرواقعی بودن، تصویر ضروری است. فردی که تصاویر را به‌صورت قوم‌نگارانه بررسی کرده و از آن‌ها به‌عنوان منبع و ابزار بیان استفاده می‌کند، نوعی محقق با دقت است.^۶

مفهوم «ایماژ» بسیار متفاوت از تصویر است. ایماژ به‌طور اساسی با روابط عمومی، مد و تبلیغات مرتبط است و یکی از محبوب‌ترین مفاهیم روزگار ما به شمار می‌رود. ایماژ در طول تاریخ تغییرات بسیاری را پشت سر گذاشته و از یک ماجراجویی به ماجراجویی دیگر حرکت کرده است. مهم‌ترین عوامل تعیین‌کننده آن، فرآیندهای تاریخی، شکل‌های اجتماعی و توانایی‌های فردی هستند. ایماژ مهم‌ترین دوره تغییر خود را از زمان توسعه ابزارهای ارتباط بصری نظیر چاپ، دوربین عکاسی و سینما تجربه کرده است، زیرا تولید و توزیع آن تحت سلطه این ابزارها درآمده است. امروزه تصور ایماژ خارج از رسانه‌های ارتباطی تقریباً غیرممکن است. در ابزارهای ارتباط جمعی، تصاویر نه تنها برای نمایش بلکه برای پنهان کردن نیز تلاش می‌کنند. به همین دلیل، تصاویر و ایماژها عملکردهای چندوجهی دارند؛ این عملکردها ممکن است به

۱- Berger, J. Bir Fotoğrafi Anlamak. (Çev. B. Eyüpoğlu), (Hızl. G. Dyer). Metis Yayıncılık, ۱۰
İstanbul. 2016., 10
۲- Cengiz, Op. Cit, 32
۳- Ibid, 31
۴- Berger, Op. Cit, 129-130
۵- Çakır, Op. Cit, 32
۶- Ibid, 96

نفع یا ضرر جامعه و افراد باشند.^۱

ایماژ، تخیل، تصویر، حافظه تصویری و هر آنچه بصری است، هم در رسانه‌های سنتی و هم جدید، بر اساس ظرفیت ابزارهای تکنولوژیک جایگاه یافته‌اند. در فضایی که افراد همانند یک مؤسسه رسانه‌ای عمل می‌کنند، عکاسی و فیلم‌برداری در زندگی روزمره اهمیت بیشتری یافته‌اند، داده‌های بصری بدون هیچ محدودیتی گسترش و به اشتراک گذاشته می‌شوند. در چنین محیط ارتباطی، حوزه‌های مرتبط با فرهنگ بصری نه تنها کاهش نیافته‌اند، بلکه غنای زیادی پیدا کرده و نیازمند تحقیقات جدید هستند.^۲

دیجیتالی شدن ایماژ و اطلاعات در زمان حاضر تا حدی با فرسایش یا نابودی هاله ایماژ مطابقت دارد. ایماژ با تکثیر، کپی شدن و انتشار آسان، منشأ خود را از دست داده است. در حالی که بینندگان نظاره‌گر این فرآیند فروپاشی نظم قدیمی تصاویر هستند، تصویر همچنان به حضور محصورکننده و شگفت‌آور خود ادامه می‌دهد.^۳

انسان خردمند^۴ جای خود را به انسان بیننده^۵ داده است. به این ترتیب، دیدن بر تفکر پیشی گرفته است. در زبان این انسان بیننده، مفاهیم انتزاعی جای خود را به مفاهیمی داده‌اند که بر ادراک بصری مبتنی هستند؛ این امر باعث شده که زبان نه تنها از لحاظ کلمات مورد استفاده، بلکه از لحاظ غنای معنایی و توانایی بیان نیز فقیرتر شود.^۶ گذر از زندگی مبتنی بر شنیدن، احساس و ادراک به زندگی مبتنی بر دیدن، نگاه کردن و تماشا کردن، تغییرات بسیاری را به همراه داشته است. این تغییرات گاهی مثبت و گاهی منفی بوده‌اند.^۷ (Çakır, ۲۰۱۴: ۲۹) در پویایی زندگی اجتماعی، دیدن به ابزار تأیید واقعیت تبدیل شده است. آنچه دیده می‌شود، واقعیت خود را اعلام می‌کند و دیگر نمی‌توان به وجود آن شک کرد. حتی گاهی دیدن، به عنوان پیش‌شرط واقعیت عمل می‌کند. به طور کلی، دیدن به معنای مشاهده یک چیز در رابطه با زمینه خود است. روابط موجود در چیزهای مشاهده‌شده ساده نیستند، بلکه پیچیده‌اند. اگر چیزها به طور مکرر کنار هم دیده شوند یا شباهتی به هم داشته باشند، به طور مستقیم با یکدیگر مرتبط می‌شوند. در یک اتحاد ارگانیک، اگر یک شیء بصری از زمینه خود جدا شود، به شیء متفاوتی تبدیل می‌شود. فرآیندهای تداعی و ارتباط، اشیاء بصری را از دنیای خود و حالت اولیه‌شان خارج کرده و اغلب آن‌ها را دچار تغییرات عمیقی می‌کند. حتی تصاویر مشابه نیز ممکن است خطراتی به همراه داشته باشند.

ایماژ و تصویر در طول تاریخ مورد توجه انسان بوده و موجب اندیشه و بحث شده‌اند. ایماژها و تصاویر که به حس بینایی، فرآیندهای فکری، تخیل، آرزو و تمایلات انسان خطاب می‌کنند، هم برای بیان واقعیت و هم برای توضیح امور غیرواقعی به شدت استفاده می‌شوند. به همین دلیل، تنوعی غنی دارند. این امر به‌ویژه برای زمان حاضر صادق است، زیرا عصر ما با ایماژها نفس می‌کشد؛ فرهنگی که پیرامون ایماژها شکل می‌گیرد، آن‌ها را انتخاب، بازتولید و به سرعت در شبکه توزیع می‌گنجاند. ایماژ یکی از مفاهیم اصلی و مرکزی در مطالعات فرهنگ بصری است و مورد توجه رویکردهای مختلفی قرار گرفته است.

۱- Ibid, 12

۲- Ibid, 15

۳- Ibid, 189

۴- Homo Sapiens

۵- Homo Videns

۶- Sontag, S. Fotoğraf Üzerine. (Çev. O.Akınhay). Agora Kitaplığı, İstanbul. 2011, 35

۷- Çakır, Op. Cit, 29

تصاویر و ایماژها همواره در زندگی اجتماعی و شخصی انسان حضور خود را نشان داده‌اند. با توجه به شدت یافتن این وضعیت، تعاریف و توضیحات متعددی در مورد تصویر، ایماژ، ایماژسازی، گفتمان بصری یا فرهنگ بصری ارائه شده است. در برخی از این موارد، بصری بودن از دیدگاه مثبت مورد بررسی قرار گرفته، در حالی که در برخی دیگر به‌طور انتقادی تحلیل شده است.^۱ (Çakır, ۲۰۱۴: ۸۶-۸۷)

۳. شیوه‌های دیدن

شیوه‌های دیدن نقطه آغازین ارزیابی در جرم‌شناسی بصری در مورد جرم و رفتار مجرمانه را تشکیل می‌دهند. معانی‌ای که به آنچه می‌بینیم نسبت می‌دهیم، می‌تواند از فردی به فرد دیگر، از جامعه‌ای به جامعه دیگر و از فرهنگی به فرهنگ دیگر متفاوت باشد. باورها و تفکرات ما بر نحوه دیدن اشیاء تأثیر می‌گذارند. دیدن که پیش از کلمات قرار دارد و نمی‌توان آن را کاملاً با کلمات توصیف کرد، صرفاً واکنشی مکانیکی به محرک‌ها نیست. عمل دیدن اگر تنها بخشی از فرایند مربوط به شبکه چشم را در نظر بگیریم، این گونه تعریف می‌شود. ما تنها چیزهایی را می‌بینیم که به آن‌ها نگاه می‌کنیم.^۲ بنابراین شیوه‌های دیدن را می‌توان به انواع هنری، حقوقی، صنعتی، جامعه‌شناختی و جرم‌شناختی تقسیم کرد. دیدن هنری شامل بررسی آثار از منظر هنر، ارزیابی آن‌ها و انجام تحلیل‌های فنی است. این نوع دیدن بر عناصری چون رنگ، نور، پرسپکتیو و تکنیک عکاسی تمرکز دارد و تفسیرهایی ارائه می‌دهد. دیدن حقوقی تلاش می‌کند جرم و رفتار مجرمانه را در چارچوب قوانین تعریف کند. بررسی و ارزیابی در این نوع دیدن از منظر حقوق انجام می‌شود. به عنوان مثال، اگر در عکسی فردی سلاحی در دست داشته باشد، وجود مجوز حمل یا استفاده از سلاح مورد بررسی قرار می‌گیرد. دیدن فرهنگی بازتاب ویژگی‌ها و خصوصیات منحصر به فرد فرهنگ‌هاست. این نوع دیدن به مسائل نژادی مرتبط نیست، بلکه با فرهنگ‌هایی که از زندگی مشترک شکل گرفته‌اند سر و کار دارد. دیدن صنعتی عکس را به‌عنوان محصولی صنعتی در نظر می‌گیرد و از دستگاهی که عکس با آن گرفته شده تا معرفی، نمایش و بازتولید افراد و مکان‌های موجود در عکس را شامل می‌شود. دیدن جامعه‌شناختی بر تحلیل مفاهیم بنیادین جامعه‌شناسی تمرکز دارد. جامعه‌شناس موظف است نه آنچه که دیده می‌شود، بلکه آنچه را که در پشت آن قرار دارد ببیند. در این دیدگاه، توضیح بر اساس اصول روش‌شناختی، مفاهیم و نظریه‌های اساسی جامعه‌شناسی انجام می‌شود.^۳ دیدن جرم‌شناختی با رویکردی میان‌رشته‌ای به ساختار جرم و رفتار مجرمانه می‌پردازد و بر ویژگی‌هایی مانند نحوه وقوع، ابزارهای مورد استفاده و بررسی محل وقوع جرم تأکید دارد.^۴

در دنیای امروز، چیزی که عکاسی می‌شود در دیدگاه بینندگان به‌عنوان «واقعیت» شناخته می‌شود. این دیدگاه نشان می‌دهد که اگر چیزی عکسی داشته باشد، واقعی است. اما آیا واقعیت به عکس‌ها محدود می‌شود؟ آیا عکس می‌تواند هر نوع واقعیتی را به‌دقت بیان کند؟ پاسخ هر دو سؤال منفی است. سونتگ اظهار می‌کند که این شیوه دیدن و ادراک، ویژگی دوران معاصر است. او همچنین اشاره می‌کند که در حادثه ۱۱ سپتامبر، افرادی که از طبقات بالایی ساختمان‌های مرکز تجارت جهانی به سمت پایین فرار می‌کردند، این رویداد را با عباراتی چون «مثل فیلم»، «فراواقعی» یا «غیرواقعی» توصیف کردند. از این دیدگاه، می‌توان نتیجه گرفت که بیش از یک قرن است که سینما و سایر ابزارهای ارتباط جمعی، شیوه ادراک واقعیت را تغییر داده‌اند؛ واقعیت بر اساس تصویر درک می‌شود و مفاهیم واقعیت و غیرواقعیت در هم آمیخته‌اند. برای افراد عادی، جنگ‌ها و فجایع واقعی، همچون فیلم به نظر می‌رسند و تماشا می‌شوند.

Ibid, 86-87 -^۱

Berger, Op. Cit, 8-9 -^۲

Çakır, Op. Cit, 66 -^۳

Sontag, Op. Cit, 21 -^۴

4. رابطه فرهنگ و جرم‌شناسی

رابطه جرم‌شناسی با ایماژ کمتر به طور درونی هدایت می‌شود و بیشتر مبتنی بر رویکردهای فرهنگ بصری، مطالعات فرهنگی و روش‌های تحقیق بصری است.^۱ هاوارد بکر در مقاله خود با عنوان «عکاسی و جامعه‌شناسی» بیان می‌کند که تولد جامعه‌شناسی و عکاسی تقریباً به یک دوره بازمی‌گردد. او اشاره می‌کند که سال ۱۸۳۹، زمانی که آگوست کنت نام این رشته را انتخاب کرد و لوئی ژاک مانده داگر روش «ثبت تصویر روی صفحه فلزی» را به جهان معرفی کرد، تولد این دو رشته را رقم زد.^۲ عکاسی و جامعه‌شناسی از همان آغاز، اهداف مشابهی را دنبال کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها تحقیق و کشف جامعه است. در این راستا، بسیاری از عکاسان در پروژه‌های خود به نتایجی دست یافته‌اند که با نتایج تحقیقات جامعه‌شناختی مشابهت دارند.^۳

پیر بورديو در پژوهش‌های خود به شرایط لازم برای وجود جامعه‌شناسی به‌عنوان یک رشته علمی و انتظارات از جامعه‌شناسان پرداخته است.^۴ امیل دورکیم، برای تفکیک جامعه‌شناسی از روان‌شناسی، تلاشی کرد نشان دهد که پدیده‌های اجتماعی می‌توانند بدون توسل به توضیحات زیستی یا روان‌شناختی، صرفاً با پدیده‌های اجتماعی دیگر توضیح داده شوند. پیر بورديو نیز از نظر فکری با امیل دورکیم هم‌راستا است. جامعه‌شناسی بورديو، نوعی جامعه‌شناسی افشاگر است که روابط علت و معلولی را که بر کنشگران اجتماعی تأثیر می‌گذارند، اما خودشان از آن‌ها آگاه نیستند، روشن می‌سازد.^۵

جامعه‌شناسی فرهنگی بورديو به نظریه‌ای درباره طبقات اجتماعی می‌پردازد. برخلاف تحلیل کارل مارکس، این نظریه طبقات اجتماعی را تنها بر اساس جایگاه آن‌ها در روابط تولید یا قدرت اقتصادی‌شان تعریف نمی‌کند. طبقات اجتماعی بیش از هر چیز بر اساس ارتباطشان با فرهنگ، به‌ویژه فرهنگ روشنفکری، تعریف می‌شوند. نظریه میدان‌های بورديو، ساختار و در نتیجه شباهت‌های عملکردی میان جنبه‌های مختلف زندگی اجتماعی را آشکار می‌سازد. بورديو میدان‌ها را به‌عنوان محصول فرایند تمایز فزاینده جهان اجتماعی که ناشی از افزایش تقسیم کار است، تعریف می‌کند؛ این میدان‌ها بازتابی از استقلال نسبی حوزه‌های زندگی اجتماعی هستند.^۶

5. فرهنگ بصری

فرهنگ بصری به‌عنوان یک حوزه میان‌رشته‌ای از نتیجه‌ای از انباشت دانش است. اگرچه تعریفی قطعی از آن وجود ندارد، در دوران معاصر و اشکال رایج فرهنگی، استفاده گسترده از مواد بصری و نیاز مبرم به پژوهش در این حوزه مشهود است. باید به این نکته توجه داشت که در فرهنگ بصری، هر آنچه که توسط انسان تولید یا ارائه شده و قابل رؤیت است، به دقت بررسی می‌شود.^۷ در دنیای دیجیتال کنونی، علاوه بر تلویزیون، روزنامه، مجله و سینما، رسانه‌های جدید و شبکه‌های اجتماعی نیز بر پایه بصری بودن عمل

۱- Brown, M. Visual Criminology Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Oxford University Press, USA. 2016., 4

۲- Aydemir, C. (ed.) Fotoğraf Neyi Anlatır. Hayalperest Yayınevi, İstanbul .2013, 81

۳- Buçan, N. "Fotoğraf Makineli Sosyolog: Sebastiao Salgado". Atatürk İletişim Dergisi, 9: 2015. 162

۴- Jourdain, A. ve Naulin, S. (2016). Pierre Bourdieu'nün Kuramı ve Sosyolojik Kullanımları. (Çev. Ö. Elítez), İletişim Yayınları, İstanbul. 2003., 15

۵- Ibid, 21

۶- Ibid, 122

۷- Barnard, M. Sanat, Tasarım ve Görsel Kültür. Ütopya Yayınevi, Ankara. 2010., 29

در حوزه فرهنگ بصری، افراد برجسته‌ای چون نیکلاس میرزوف، استوارت هال، جسیکا ایوانز، دبلیو. جی. تی. میچل و ایریت روگوف قابل ذکر هستند. هم چنین مطالعات نشانه‌شناسی تأثیرات مثبتی بر فرهنگ بصری و توسعه آن داشته‌اند. در این زمینه، افرادی مانند رولان بارت، ژان بودریار و اومبرتو اکو نیز نقش آفرین بوده‌اند. علاوه بر این، تحقیقات انجام‌شده توسط مطالعات فرهنگی انگلیسی، نظریه انتقادی و مطالعات مرتبط با رسانه، تلویزیون، فیلم و عکاسی تأثیر بسزایی بر این حوزه داشته‌اند. نام‌هایی چون چارلز بودلر، والتر بنیامین، میشل فوکو، جان برگر، مارتین جی، گای دوبور، دیوید لیون، دلوز، لاکان، دریدا، داگلاس کلتز، ویم وندرز و مالکوم بارنارد نیز با آثار خود به فرهنگ بصری کمک‌های شایانی کرده‌اند.^۲

ریموند ویلیامز فرهنگ بصری را به‌عنوان چیزی که «سیستم نشانگر» جامعه است، توصیف می‌کند. این سیستم شامل نهادها، اشیاء، اعمال، ارزش‌ها و باورهایی است که ساختار اجتماعی در آن‌ها به‌طور بصری تولید و اثبات می‌شود. ساختار اجتماعی در اینجا به‌عنوان نظامی اجتماعی تصور می‌شود که در آن توزیع نابرابر قدرت و وضعیت میان افراد وجود دارد. فرهنگ بصری به‌عنوان ابزاری برای ایجاد، تداوم یا حذف این ساختارهای نابرابر مطرح می‌شود. این موقعیت‌های قدرت و وضعیت به‌عنوان محصول یک سیستم اقتصادی خاص، یعنی سرمایه‌داری، شناخته می‌شوند. بنابراین، فرهنگ بصری در این زمینه به ایدئولوژی و سیاست مرتبط است و نحوه تولید و بازتولید جامعه و همچنین مقاومت و چالش نسبت به هویت‌ها و موقعیت‌های موجود در آن جامعه را بررسی می‌کند.^۳

بر اساس روایت‌های مارکسیستی درباره ظاهر اشیاء در فرهنگ بصری، طبقات اجتماعی نقشی اساسی در توضیح اینکه چگونه و چرا نمونه‌های فرهنگ بصری به شکل فعلی خود ظاهر می‌شوند، ایفا می‌کنند. طبقات اجتماعی عمدتاً از منظر اقتصادی تعریف می‌شوند. علاوه بر این، فرهنگ بصری یکی از ابزارهای بیان ایده‌های یک طبقه اجتماعی و عرصه‌ای برای تضاد دیدگاه‌های طبقات اجتماعی مختلف است. این دیدگاه در تضاد با روایت‌های ایده‌آلیستی قرار دارد. روایت‌های ایده‌آلیستی به دلیل اعتقاد به اینکه توضیح فرهنگ بصری می‌تواند مستقل از «واقعیت‌های مادی و تاریخی» در ایده‌ها یافت شود، به این نام شناخته می‌شوند.^۴

رویکرد میان‌رشته‌ای، با گزینش مفیدترین موارد و جای‌گذاری مابقی در جایگاه مناسب‌تر از دیدگاهی واقعی‌تر، تغییراتی در رویکرد و موضوعات ایجاد می‌کند. به‌عنوان یک «رشته» میان‌رشته‌ای، فرهنگ بصری ادعاهای متعددی دارد که آن را به حوزه‌ای «پیچیده و با تأثیرات چندجانبه» برای سایر زمینه‌هایی که با تحلیل و توضیح امور بصری سروکار دارند، تبدیل کرده است. میچل تأکید می‌کند که مفاهیمی مانند نبوغ، سلسله‌مراتب زیبایی‌شناختی و شاهکارها که معمولاً در بررسی فرهنگ بصری نادیده گرفته می‌شوند، باید به‌طور جدی مورد مطالعه قرار گیرند. او می‌افزاید که این مفاهیم نباید بدون اندیشه و تحلیل، صرفاً توسط نسل‌های جدید تکرار شوند، بلکه باید جایگاه، قدرت و لذت‌های ناشی از آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد.^۵

برخی تعاریف فرهنگ بصری را شامل تمامی امور بصری می‌دانند و آن را قادر به مطالعه هر آنچه که بصری

Çakır, M. Op. Cit, 7-8 -^۱

Ibid, 10 -^۲

Barnard, Op. cit, 35 -^۳

Ibid, 70 -^۴

Ibid, 80 -^۵

است، معرفی می کنند. وجود رسانه های جمعی، عکاسی، سینما، روزنامه ها، تلویزیون، رایانه ها و فناوری های موبایل، حوزه فرهنگ بصری را به شدت غنی کرده است. همچنین، حوزه فرهنگ بصری شامل تصاویر دیجیتالی که به واسطه فناوری تغییر کرده و در عین حال به طور اجتماعی تعامل پذیر شده اند، نیز می شود. با ظهور رسانه های جدید و شبکه های اجتماعی، تصاویر به راحتی کپی شده، تغییر داده شده، تغییر شکل یافته و با سرعتی بالا منتشر می شوند.^۱

در جوامع معاصر، برتری فرهنگ بصری نسبت به فرهنگ کلامی باعث ایجاد بحث های گسترده ای شده است و این مباحث گاه به حمایت از یکی از این دو (کلام یا تصویر) منجر می شود. او همچنین اظهار می دارد که جوامع مدت هاست که بر اساس بصری بودن تعریف می شوند، اما برخی دیدگاه ها این موضوع را اغراق آمیز می دانند. به اعتقاد او، صحیح ترین رویکرد، پذیرش این پدیده، یعنی گسترش فرهنگ بر اساس بصری بودن، و تحلیل تأثیرات مثبت و منفی آن بر زندگی فرهنگی از دیدگاهی انتقادی است. (Çakır, 2014: 22)

توازی میان متن و بصری بودن تصادفی نیست، زیرا معانی هم از طریق کلمات و هم از طریق تصاویر ساخته می شوند. گاهی اوقات تصاویر تأثیرگذاری بیشتری دارند. استفاده از تصاویر خاص برای پنهان کردن یا مبهم کردن اطلاعات، یک روش رایج است. در این فرآیند، کمبودها و اشتباهات ممکن است حتی تردیدی ایجاد نکنند. تصمیم گیری درباره آشکارسازی یا پنهان کردن اطلاعات، از نظر ایدئولوژیک بی طرف نیست. مواردی که در رسانه به تصویر کشیده یا نوشته نمی شوند، بسیار بیشتر از آن هایی که به تصویر کشیده یا نوشته می شوند، از نظر کیفی مهم تر و جدی تر هستند.^۲

تصویر، که علت وجودی تلویزیون و سینما است، به عنوان نماینده و حامل واقعیت تلقی می شود. در تحقیقات دانشمندان ارتباطات، تصاویر و عناصر غیرتصویری همواره ارزش مطالعه داشته اند. محتوای تصاویر، قالب آن ها، شیوه استفاده، معانی ای که منتقل می کنند یا نمی کنند، همگی مورد توجه بوده اند. زیرا تصاویر می توانند همراه کننده باشند. همچنین تصویر می تواند هدایت شده باشد یا هدایت کننده باشد. حتی در این حالت، حاوی پیامی است و می تواند با واقعیتی متناظر باشد. زیرا معنای تصویر فراتر از سطحی است که ارائه می دهد. او می گوید: «تصویر در واقع به همان اندازه که دیده می شود، نادیدنی است.

در یهودیت و اسلام، نمایندگی بصری محدود یا ممنوع شده است. این محدودیت به این دلیل است که باور بر این است که زبان بصری بسیار تأثیرگذار و قدرتمند است. در مسیحیت نیز دوره هایی وجود داشته که عناصر بصری به عنوان منبع شرارت دیده می شده اند. بت پرستی، که به عنوان پرستش تصاویر و مجسمه ها تلقی می شود، ممنوع شده است. در ادامه، خود مجسمه ها و نقاشی ها نیز ممنوع شدند. حتی گناهان مرتبط با ظاهر، تصاویر و شباهت ها از گناهان قتل، زنا و طمع به اموال دیگران، شدیدتر تلقی شده اند.^۳ تصاویر در حالی که آنچه را بیان می کنند برجسته می سازند، باعث می شوند آنچه را که بیان نمی کنند، پنهان بماند و دیده نشود. آشکار شدن برخی چیزها به معنای پنهان شدن چیزهای دیگر است و این فرآیند به طور هم زمان اتفاق می افتد.

نیکلاس میرزوف که یکی از چهره های برجسته در حوزه فرهنگ بصری است، معتقد است که فرهنگ

۱- Çakır, Op. Cit, 13-14

۲- Ibid, 22

۳- Ibid, 135

۴- Barnard, Op. Cit, 16-18

بصری به رویدادهای بصری مربوط می‌شود؛ رویدادهایی که در آن کاربران با فناوری‌های بصری مواجه می‌شوند و به دنبال اطلاعات، معنا و لذت هستند. فرهنگ بصری، بیش از سایر مطالعات بصری یا غیربصری، به‌عنوان قالبی مناسب برای بازنمایی عمل می‌کند. او می‌گوید فرهنگ بصری به‌عنوان یک زیرشاخه علمی، دارای واقعیت خاصی نیست. اما این حوزه اکنون برجسته شده است، زیرا بسیاری از هنرمندان، منتقدان و دانشمندان، ضرورت توجه به امر بصری را احساس می‌کنند. این حوزه هنوز در رشته‌های بصری موجود به‌طور کامل ارزیابی نشده است. به گفته میرزوف، فرهنگ بصری یک رشته سنتی نیست. عناصر فرهنگ بصری شامل پدیده‌ها و رویدادهای بصری است. به همین دلیل، تعریف قدیمی آن نیازمند بازنگری است. در یک رویداد بصری، باید به دیدگاه بیننده نیز توجه شود... منطق دکارت که می‌گوید «می‌اندیشم، پس هستم»، اکنون به این صورت تغییر یافته است: «دیده می‌شوم و می‌بینم، پس هستم». این حس وجودی با مسئله نظارت تحریک می‌شود.^۱

فرهنگ بصری بر نقد مادی یا هنری متمرکز نیست و نه توصیفی است و نه بازتابی. به معنایی که رولان بارت بیان می‌کند، فرهنگ بصری یک رشته نیست، بلکه حوزه‌ای میان‌رشته‌ای است. این حوزه مسئله تخریب رشته‌های ناقص یا جایگزینی آن‌ها با رشته‌های جدید را دنبال نمی‌کند. فرهنگ بصری فاقد روش‌شناسی ساده یا مجموعه‌ای از قوانین است و از مطالعات فیلم، مطالعات فرهنگی، مطالعات آفریقایی-آمریکایی، مطالعات رسانه، تاریخ هنر و جامعه‌شناسی تأثیر می‌گیرد. این حوزه به جنبه‌های مختلف امر بصری توجه می‌کند.^۲

نمونه‌های بسیاری از فرهنگ بصری وجود دارد که نظم اجتماعی را بازتولید می‌کند. بسیاری از نظریه‌پردازان مارکسیست ادعا می‌کنند که فرهنگ بصری به بازتولید نظم اجتماعی کمک می‌کند. با این حال، تلاش‌های کمتر بررسی‌شده‌ای نیز وجود دارد که با استفاده از فرهنگ بصری به تغییر نظم اجتماعی می‌پردازند. مفاهیمی چون مجسمه‌های آوانگارد، پورنوگرافی و اروتیسم می‌توانند به‌عنوان نمونه‌هایی در این زمینه مطرح شوند.^۳

6. جرم‌شناسی بصری و تحلیل عکس

جرم‌شناسی بصری به رابطه میان قدرت، کنترل و بازنمایی‌های تصویری جرم توجه دارد. تمرکز آن بر ساختار و عملکرد رژیم‌های بصری، تأثیرات قهری و عادی‌سازی آن‌ها و تنش‌هایی است که ایجاد می‌کنند. جرم‌شناسی بصری قصد دارد با استفاده از ابزارها و رویکردهای مفهومی، فهم عمیق‌تری از تصاویر مرتبط با جرم و عدالت ارائه دهد، بدون این که مطالعات موجود را صرفاً حمایت کند. این حوزه تحلیلی، نظری و روش‌شناختی فراتر از اسناد مکتوب و عددی است و مرکزی جدید برای درک قدرت تصاویر جرم و مجازات فراهم می‌کند.^۴ جرم‌شناسی بصری یک جنبه حیاتی اما غالباً نادیده‌گرفته‌شده در جرم‌شناسی و نظام عدالت است. این حوزه می‌تواند شامل استفاده از عکس‌ها و ویدیوها برای اهداف مختلفی مانند پژوهش قوم‌نگارانه، استفاده از رسانه‌های جدید (مانند عکس‌های مرتبط با جنایات جنگی) و جمع‌آوری شواهد باشد. جرم‌شناسی بصری در تلاش است اهداف و روش‌شناسی‌های جایگزین را توسعه دهد، در عین حال جایگاه خود را در جرم‌شناسی و همچنین در زمینه‌های گسترده‌تر تاریخ هنر، فرهنگ بصری،

۱- Çakır, Op. Cit, 159-160

۲- Ibid, 165

۳- Barnard, Op. Cit, 245

۴- Brown, M. Visual Criminology Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice. Oxford Univer-sity Press, USA. 2016. 2

مطالعات فرهنگی، مطالعات رسانه‌ای و نظریه انتقادی تعریف کند.^۱

جرم‌شناسی بصری ریشه در سنت‌های مهمی چون ایکون‌گرافی و ایکولوژی در تاریخ هنر دارد؛ این حوزه فرآیندهایی را که در آن معانی بصری شکل می‌گیرند، آشکار می‌کند. با توجه به ویژگی‌های نمادین و بینامتنی، مطالعه ایکون‌گرافی پایه‌های نشانه‌شناسی، روان‌کاوی، مطالعات فرهنگی و رویکردهای پسامدرن را شکل می‌دهد. جرم‌شناسی بصری با تمرکز بر تصاویر و ثبت‌های سلسله‌مراتبی و بصری، علم جرم‌شناسی را بازتعریف کرده و در تولید آن نقش برجسته‌ای دارد.^۲

عکس‌ها شاهد انتخاب انسانی هستند که در موقعیتی خاص اجرا می‌شود. عکس نتیجه تصمیم عکاس برای ثبت حادثه‌ای خاص یا چیزی است که به نظر او شایسته ثبت است. اگر از هر چیزی که در اطراف وجود دارد عکس گرفته شود، همه آن‌ها بی‌معنی خواهند بود. عکس، نه خود حادثه و نه توانایی مشاهده را تحلیل نمی‌کند. عکس، خود پیامی درباره حادثه ثبت‌شده است. این پیام به‌طور کامل وابسته به فوریت آن نیست، اما به‌طور کامل مستقل نیز محسوب نمی‌شود. به ساده‌ترین شکل، پیام عکس این است که «تصمیم گرفتم این صحنه ارزش ثبت را دارد».^۳

از نخستین روزهای پیدایش، وضعیت عکاسی به‌عنوان یک رسانه، ناشی از توانایی آن در تأیید واقعیت و ارائه راه جدیدی برای دیدن جهان بوده است. عکاسی وعده ثبت بصری از آن‌چه در واقعیت اتفاق می‌افتد را می‌دهد و عکاسی جنگ، بسیاری از درگیری‌ها را آشکار کرده و از آن زمان به جزئی جدایی‌ناپذیر از روزنامه‌نگاری تبدیل شده است. در جنگ داخلی آمریکا (۱۸۶۱-۱۸۶۵)، تصاویر ناراحت‌کننده‌ای که متیو بردی و همکارانش از میدان‌های نبرد گرفتند، سنگ‌بنای عکاسی خبری را تشکیل داده است. در دنیای به اجبار جهانی‌شده، عکاسی به‌عنوان یک فعالیت رایج پذیرفته شده است، اما در حقیقت، برخلاف دلایل وجودی خود، هم از نظر رویکرد مستند و هم از منظر دیدگاه سنتی، به شدت از دیدگان پنهان شده است. جنبه‌ای که دنیای هنر مدت‌هاست آن را نادیده گرفته یا عادی‌سازی کرده، این‌بار در سطح دولت‌ها دوباره کشف شده است.^۴

آن‌چه که عکاسی را جذاب می‌کند، توانایی آن در ثبت لحظاتی است که حافظه ما قادر به نگهداری آن‌ها نیست. همان‌طور که رولان بارت نیز اشاره کرده است، عکاسی، نقاشی، کمیک، سینما، تلویزیون، خبرهای روزنامه، کاریکاتور، افسانه، رفتارهای انسانی و غیره همگی داستانی را روایت می‌کنند.^۵ عکاسی در حین ثبت آن‌چه دیده شده، همیشه و به طور ذاتی به آن‌چه نادیده است اشاره می‌کند. عکاسی یک لحظه از یک کل پیوسته را جدا، محافظت و ارائه می‌دهد. قدرت یک تصویر به هم‌نشینی‌های درونی آن بستگی دارد. ارجاع تصویر به دنیای طبیعی فراتر از سطح محدود آن، هیچ‌گاه به طور مستقیم نیست، بلکه از طریق مترادف‌های آن انجام می‌شود. به عبارت دیگر، تصویر جهان را تفسیر می‌کند و آن را به زبان خود منتقل می‌کند. اما عکاسی زبان خاص خود را ندارد. زبان عکاسی، زبان وقایع است. تمام منابع آن بیرون از خود آن است، بنابراین دارای پیوستگی است.^۶

^۱ - Ibid, 4

^۲ - Ibid, 5

^۳ - Berger, J. Görme Biçimleri. (Çev. Y. Salman). Metis Yayıncılık, İstanbul. 2018. 36

^۴ - Karadağ, Ç. Görme Kültürü Görüntüler Evreni. Doruk Yayıncılık, Ankara. 2004. 11-12

^۵ - Barthes, R. Anlatıların Yapısal Çözümlemesine Giriş. (Çev. M. S. Frat). Gerçek Yayınevi, İstanbul. 1988. 7

^۶ - Berger, Op. Cit, 37-38

دنایای امروز گزینه‌های مختلفی را برای قرار دادن اطلاعات در دسترس همگان ارائه می‌دهد. یکی از موارد پیشرو در این زمینه، تصاویر است، به‌ویژه تصاویر عکاسی. تصاویر چیزهای زیادی را منعکس می‌کنند، اما هر آنچه منعکس می‌شود، تنها برش‌هایی از زندگی است. این وضعیت برای تمام اشیایی که عکاسی می‌کند صادق است. بنابراین، واقعیت در عکاسی، انتقال اشیاء عینی به دنیای تصویر و پذیرش مکانیسمی بی‌مکان است.^۱

ما نماهایی که عکاس خارج از کادر قرار داده است را، حتی اگر به طور ملموس نبینیم، در دنیای تصویری خود به عنوان نماهایی جدا شده از واقعیت درک می‌کنیم که به اندازه آنچه در کادر قرار گرفته، تأثیرگذار، جذاب و معنادار هستند. با این حال، تصمیم درباره اینکه به چه دلایلی خارج از کادر قرار گرفته‌اند، نتیجه برخی ترجیحات شخصی عکاس است. هر آنچه در کادر تصویر قرار گرفته، همزمان دیدگاه شخصی و جستجوهای این عکاس را نیز منعکس می‌کند. مسلماً هر عکس، نتیجه انتخابی است که در آن چندین ترجیح نقش دارد و در چارچوب طراحی شده توسط عکاس تصمیم‌گیری می‌شود. بنابراین آنچه خارج از کادر قرار گرفته، در واقع نباید حذف شده تلقی شود. زیرا این نماهایی ثبت نشده که هرگز از کنار یک تصویر واقعی جدا نمی‌شوند و مانند سایه آن را دنبال می‌کنند، همچون خیالی به همراهی تصاویر ادامه می‌دهند.^۲

دوربین، زندگی را در برابر از دست رفتن تقدیس کرده است، زیرا خطر از دست دادن هر چیزی در هر لحظه وجود دارد. به همین دلیل عکس نه تنها تجربیات منتقل شده از زندگی را بیان می‌کند، بلکه به عنوان سندی که مستقیماً با آن مرتبط یا پیوند داده می‌شود نیز ارزشمند تلقی می‌گردد. طی قرن‌های متمادی، عکاسی هم به عنوان کپی‌کننده واقعیت و هم انعکاس مستقیم واقعیت پذیرفته شده است. بسیاری از مردم، تصاویر عکاسی را قانع‌کننده‌تر از خود واقعیت دیده‌اند، و بدین ترتیب اعتقاد به عکاسی، علی‌رغم واقعیت، گاهی با معنایی فراتر از آن پاسخ یافته است.^۳

اولین شهادت جدی عکاسی به عنوان سند اجتماعی در جنگ‌ها بوده است. در جنگ آمریکا-مکزیک ۱۸۴۶-۴۸ و محاصره رم در ۱۸۴۹ عکاسی انجام شد. اولین استفاده از آن به عنوان «مدرک» در سال ۱۸۷۱ بوده است.^۴ عکس‌ها خاصیت مدرک دارند. وقتی عکس چیزی که درباره‌اش شنیده و با تردید روبرو شده نشان داده می‌شود، اثبات شده تلقی می‌گردد.^۵

در گذشته، دوربین به دلیل ظرفیتش در انعکاس واقعیت با وفاداری به آن، دستگاهی شگفت‌انگیز محسوب می‌شد و در ابتدا به دلیل نشان دادن همه چیز همانطور که هست، دست کم گرفته می‌شد. اکنون به نقطه‌ای رسیده است که ارزش ظواهر را (ظواهر به شکلی که دوربین آنها را ثبت می‌کند) به طور فوق‌العاده‌ای افزایش داده است.^۶ عکس‌ها، به‌ویژه در نقاط عطف تاریخی، زمانی که به درستی استفاده شوند، سند مهمی محسوب می‌شوند.^۷ ثبت آنچه موجود است توسط عکس، برخلاف نقاشی، به آن ویژگی مستندسازی می‌بخشد. اما این مستندسازی لزوماً به معنای ثبت واقعیت نیست.^۸

۱- Karadağ, Op. Cit, 37

۲- Ibid, 41

۳- Ibid, 113

۴- Dora, S. Büyüyen Fotoğraf Küçülen Sosyoloji. Babil Yayınları, İstanbul. 2003. 111

۵- Sontag, Op. Cit, 5

۶- Ibid, 105-106

۷- Dora, Op. Cit, 150

۸- Ibid, 150-151

عکس همواره ویژگی سند بودن را داراست. زیرنویس های عکس در برخی موارد از این ویژگی مستندسازی فراتر می رود. گاهی نیز معنای منتسب به عکس را منحرف می کند. با این حال، اگر عکسی بدون زیرنویس نیز قابل درک باشد، انحراف چندانی در پیام ارسالی آن وجود ندارد. هر عکسی مستعد تحریف است. عدم درک یک عکس بدون زیرنویس می تواند ناشی از خطای عکاس یا تفسیر متفاوت از واقعیت موجود یا تمایل به تفسیر متفاوت باشد.^۱

در قرن بیستم، تأثیرگذاری عکس مدام افزایش یافته است. جنگ ها، قتل عام ها، تظاهرات و غیره همواره از طریق عکس توجه یا واکنش جوامع را برانگیخته اند. هر جا که کلام و نوشتار کافی نبوده، به عکس روی آورده اند. گاهی نیز یک عکس بدون نیاز به کلام و نوشتار همه چیز را بیان کرده است.^۲ جرم شناسان آلن سکولا (۱۹۸۱) و جان تگ (۱۹۸۸، ۲۰۰۹) اشاره کرده اند که سوابق پلیس و زندان مکانیسم لایه بندی عمیقی برای درک چگونگی شناسایی هویت های عکاسی است.^۳

نیروهای انتظامی به سرعت پتانسیل عکس در مستندسازی مجرمان را درک کردند. در اوایل ۱۸۴۱ پلیس فرانسه و در سال ۱۸۵۴ برای اولین بار در آمریکا، اداره پلیس سانفرانسیسکو، با تکنیک عکاسی قدیمی از زندانیان عکس گرفتند. از دهه ۱۸۴۰ نیروهای پلیس تازه تأسیس در انگلستان شروع به استفاده از عکاسان غیرنظامی کردند. با پیشرفت تکنولوژی، تصاویر جمع آوری شده توسط پلیس، همگام با افزایش نرخ جرم همراه با صنعتی شدن و شهرنشینی، افزایش یافت.^۴

روش «پرتره ترکیبی» که توسط دانشمند مشهور انگلیسی فرانسیس گالتون اختراع شد و رویکرد سیستماتیک دیگر که توسط بوروکرات فرانسوی آلفونس برتیون پیشگامی شد. با این حال، روش گالتون کاربرد عملی مهمی در نیروهای انتظامی پیدا نکرد. در سال ۱۸۸۲، یک مأمور پلیس پاریس با روش طراحی شده توسط آلفونس برتیون، مشکل شناسایی افراد منحصر به فرد در میان مجموعه های گسترده عکس را حل کرد. تکنیک آنتروپومتریک برتیون شامل فرمی استاندارد شده بود که با عکس های نیمرخ و روبروی فرد ترکیب می شد.^۵

نتیجه گیری

جرم شناسی بصری به عنوان یکی از حوزه های میان رشته ای نوظهور، فرصت هایی منحصر به فرد برای تحلیل نقش تصاویر و بازنمایی های بصری در فهم جرم، مجازات و عدالت کیفری فراهم می کند. این حوزه با ارائه دیدگاهی جامع تر از مفاهیمی چون ایماژ، فرهنگ بصری و شیوه های دیدن، ابزارهایی برای بازاندیشی در مورد ساختارهای اجتماعی، سیاسی و فرهنگی در اختیار پژوهشگران قرار داده است.

مطالعات نشان می دهند که تصاویر، فراتر از نقش اسنادی یا تزئینی خود، به طور مستقیم در شکل دهی به افکار عمومی، تقویت یا تغییر نظم اجتماعی، و تأثیرگذاری بر سیاست گذاری های کیفری مشارکت دارند. آن ها نه تنها بازتابی از واقعیت اجتماعی هستند، بلکه به عنوان ابزاری برای خلق و بازتولید قدرت عمل می کنند. از این منظر، جرم شناسی بصری با استفاده از نظریه ها و روش های نوآورانه، راه های جدیدی برای فهم عمیق تر تأثیر رسانه ها و فرهنگ بصری بر درک اجتماعی از جرم و عدالت ارائه می دهد.

۱- Ibid, 159-160

۲- Dora, S. Büyüyen Fotoğraf Küçülen Sosyoloji. Babil Yayınları, İstanbul. 2003

۳- Brown, Op. Cit, 6

۴- Carrabine, E. "Visual Criminology History, Theory and Method". HBK Inter Criminology, 2014.

106-107

۵- Ibid, 103-121

یافته‌های این پژوهش بر اهمیت مطالعه انتقادی فرهنگ بصری تأکید دارد و نشان می‌دهد که تحلیل شیوه‌های دیدن و بازنمایی‌های بصری می‌تواند به روشن‌تر شدن رابطه پیچیده میان قدرت، کنترل و جرم کمک کند. افزون بر این، رویکرد میان‌رشته‌ای جرم‌شناسی بصری، زمینه را برای توسعه روش‌شناسی‌های جدید در مطالعات جرم و عدالت فراهم کرده و بر ضرورت هم‌گرایی علوم اجتماعی، تاریخ هنر، و مطالعات رسانه‌ای تأکید می‌کند.

در نهایت، گسترش ابزارهای دیجیتال و فناوری‌های ارتباطی، نقش تصاویر و ایماژها را در زندگی اجتماعی معاصر تقویت کرده و ضرورت توجه بیشتر به فرهنگ بصری را دوچندان ساخته است. جرم‌شناسی بصری با ارائه دیدگاهی انتقادی و میان‌رشته‌ای، می‌تواند ابزاری مؤثر برای تحلیل تغییرات اجتماعی و چالش‌های پیش‌روی نظام‌های عدالت کیفری باشد. این رویکرد، افقی جدید برای بازاندیشی در مورد ماهیت جرم و عدالت ارائه می‌دهد و اهمیت پژوهش‌های بیشتر در این حوزه را برجسته می‌سازد.

منابع

1. Aydemir, C. (ed.) Fotoğraf Neyi Anlatır. Hayalperest Yayınevi, İstanbul.2013 .

Extended Abstract

Visual criminology is an interdisciplinary field that examines the impact of images and visual media on public perceptions of crime, criminals, and criminal justice. By utilizing criminological theories, cultural analysis, semiotics, and media studies, this field aims to analyze media representations of crime and explore their influence on public opinion, criminal policies, and judicial processes. With the rapid advancement of communication technologies and the expansion of visual media, images have become central tools in shaping social reality. This development has made the scientific and critical analysis of media portrayals of crime an essential necessity.

This study adopts an interdisciplinary approach that incorporates media content analysis, critical discourse analysis, and semiotics. The findings indicate that the media often presents a stereotypical, exaggerated, and sometimes distorted image of criminals and crimes, which can reinforce social prejudices and even influence criminal policy-making. Media representations of crime tend to emphasize its individual and exceptional aspects, overshadowing the structural and social factors that contribute to criminal behavior. Consequently, the media can create misleading perceptions of crime and justice that do not necessarily align with reality.

An examination of how crime is portrayed in visual media reveals that cinematic techniques, such as lighting, camera angles, editing, and sound design, play a significant role in shaping audience perceptions of crime and the effectiveness of criminal justice institutions. In many cases, the media amplifies the fear of crime by depicting exaggerated threats, leading to increased public anxiety. This heightened fear can generate greater public support for harsher criminal justice policies while reducing interest in rehabilitative and restorative justice measures. Additionally, the portrayal of police forces, courts, and prisons in the media can significantly influence public trust in the criminal justice system.

A crucial aspect of visual criminology is the analysis of how images contribute to the production and reproduction of power and social control. Media imagery not only reflects social reality but also serves as a tool for shaping dominant discourses on crime and justice. For example, the repetitive depiction of certain groups as criminals or the constant display of urban violence can reinforce stereotypes and contribute to systemic discrimination against marginalized communities. This phenomenon extends to criminal policy-making, as policymakers often respond to media-driven public sentiment rather than empirical criminological research when designing laws and regulations.

Visual criminology also explores the role of photography and images in documenting crime. The historical use of photography in criminal justice processes demonstrates that images have long been employed not only for identifying and archiving criminals but also as tools of surveillance, control, and the maintenance of social order. The publication of mugshots in police records and their dissemination in the media raise ethical concerns regarding privacy, justice, and the stigmatization of offenders. In today's digital era, where social media and advanced technologies have facilitated the widespread sharing of images, the need for critical analysis of their role in criminology has become increasingly important.

The findings of this study highlight the deep impact of media representations of crime on public attitudes, criminal policies, and judicial decisions. The media's focus on the emotional and dramatic aspects of crime can increase public support for punitive policies while undermining scientific understandings of crime's root causes. Therefore, visual criminology is essential to counter the harmful effects of misleading representations and ensure that criminal policies are based on empirical research rather than media-driven narratives. This study emphasizes the importance of promoting media literacy and critical image analysis to enable society to engage more consciously with media portrayals of crime.

Given the expansion of digital tools and communication technologies, the role of visual media in shaping public perceptions of crime and criminal justice has grown significantly. Consequently, further research is needed to examine the influence of emerging media, such as social networks and digital platforms, on crime representation and criminal policy. Ultimately, an interdisciplinary approach to visual criminology provides an effective framework for analyzing the challenges facing modern criminal justice systems and offers deeper insights into the complex relationships between media, power, and crime.

2. Barthes, R. Anlatıların Yapısal Çözümlemesine Giriş. (Çev. M. S. Fırat). Gerçek Yayınevi, İstanbul. 1988.
3. Barnard, M. Sanat, Tasarım ve Görsel Kültür. Ütopya Yayınevi, Ankara. 2010.
4. Berger, J. Bir Fotoğrafı Anlamak. (Çev. B. Eyüpoğlu), (Hzl. G. Dyer). Metis Yayıncılık, İstanbul. 2016.
5. Berger, J. Görme Biçimleri. (Çev. Y. Salman). Metis Yayıncılık, İstanbul. 2018.
6. Brown, M. Visual Criminology Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Oxford University Press, USA. 2016.
7. Buçan, N. "Fotoğraf Makineli Sosyolog: Sebastiao Salgado". Atatürk İletişim Dergisi, 9: 2015. 161-176
8. Carrabine, E. "Visual Criminology History, Theory and Method". HBK Inter Criminology, 2014. 103-121.
9. Cengiz, M. İmge Nedir. Şiirden Yayıncılık, İstanbul. 2014.
10. Çakır, M. Görsel Kültür ve Küresel Kitle Kültürü. Ütopya Yayınevi, Ankara. 2014.
11. Dora, S. Büyüyen Fotoğraf Küçülen Sosyoloji. Babil Yayınları, İstanbul. 2003.
12. Jourdain, A. ve Naulin, S. (2016). Pierre Bourdieu'nün Kuramı ve Sosyolojik Kullanımları. (Çev. Ö. Elitez), İletişim Yayınları, İstanbul. 2003.
13. Karadağ, Ç. Görme Kültürü Görüntüler Evreni. Doruk Yayıncılık, Ankara. 2004.
14. Sontag, S.. Fotoğraf Üzerine. (Çev. O.Akınhay). Agora Kitaplığı, İstanbul. 2011.

Artificial Insemination, Medical Fertilization, Surrogacy, Medical Law, Family Law

١ Moein Jalilifar ٢ Farhad Rohani ٣ Farnaz Aalami

Recieved:26/12/2024

Accepted:11/2/2025

Abstract

The use of advanced assisted reproductive technologies as solutions to the problem of infertility has brought about significant legal and ethical consequences. These technologies have especially provided suitable alternatives when other treatment methods have proven ineffective or unavailable. This research focuses on private and family law, examining the legal and ethical obligations of parents towards children born through these methods. Additionally, it analyzes the fundamental rights of children resulting from these technologies, such as the right to identity, family affiliation, and issues related to citizenship, guardianship, and inheritance rights.

In another section of the paper, the challenges arising from the mismatch between existing laws and the rapid advancements in reproductive technologies are addressed, with an emphasis on the necessity for creating new legal frameworks that align with ethical and social principles. The findings suggest that legal gaps in the protection of children's and parents' rights require the creation of more comprehensive and forward-thinking laws. This research also highlights the importance of considering principles of justice, equality, and human rights when drafting new laws. Therefore, the study offers practical and actionable proposals for addressing these challenges and ensuring legal justice in the use of assisted reproductive technologies, while taking into account ethical, social, and cultural considerations

keyword: Artificial Insemination, Medical Fertilization, Surrogacy, Medical Law, Family Law

-١ Master's student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, Political Science and Foreign Languages, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Iran.

(Corresponding author) Email: moein.jf@gmail.com

٢- Assistant Professor, Faculty Member, Islamic Azad University, Golbahar Branch, Department of Private Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Iran. Email: rohanyfarhad@yahoo.com

٣ Master's student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, Political Science and Foreign Languages, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Iran. Email: Ifarnazzz@gmail.com



چالش های حقوقی و اخلاقی استفاده از تکنولوژی های باروری مصنوعی در حقوق خصوصی و حقوق خانواده^۱

معین جلیلی فر^۲ فرهاد روهنی^۳ فرناز اعلمی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۳

چکیده

استفاده از تکنولوژی های پیشرفته باروری مصنوعی به عنوان راه حل های مقابله با ناباروری، تغییرات گسترده ای را در حوزه حقوقی و اخلاقی به همراه داشته است. این فناوری ها در شرایطی که روش های درمانی دیگر ناکارآمد بوده اند، به عنوان یک جایگزین مناسب به کار می روند. این تحقیق با تمرکز بر حوزه حقوق خصوصی و خانوادگی، به تحلیل مسئولیت های قانونی و اخلاقی والدین نسبت به فرزندان که از طریق این تکنولوژی ها به دنیا می آیند، می پردازد. همچنین حقوق پایه ای کودکان حاصل از این روش ها، مانند حق هویت، نسبت خانوادگی و مسائل مرتبط با تابعیت و سرپرستی، در این مقاله بررسی شده است.

در بخش دیگری از مقاله، چالش هایی که به دلیل عدم هم راستایی قوانین موجود با پیشرفت های سریع این فناوری ها به وجود آمده، تحلیل می شود. در این زمینه، ضرورت تدوین چارچوب های حقوقی جدید و هم راستا با اصول اخلاقی و اجتماعی مورد تاکید قرار می گیرد. یافته های این تحقیق نشان می دهد که خلأ های قانونی در حمایت از حقوق والدین و کودکان، لزوم وضع قوانین جامع تر را ایجاب می کند. همچنین، این پژوهش بر اهمیت توجه به اصول عدالت، برابری و حمایت از حقوق بشر در تدوین قوانین جدید تاکید دارد. در نتیجه، این تحقیق پیشنهاد هایی را برای حل این چالش ها و تضمین عدالت حقوقی در استفاده از تکنولوژی های باروری مصنوعی با در نظر گرفتن ملاحظات اخلاقی، اجتماعی و فرهنگی ارائه می دهد.

کلیدواژه ها: باروری مصنوعی، مسئولیت های اخلاقی، چالش های حقوقی، حقوق خانواده

۱- این مقاله مستخرج از پایان نامه کارشناسی ارشد می باشد.

۲- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، علوم سیاسی و زبان های خارجه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، ایران. (نویسنده مسئول) ایمیل: com.gmail@jf.moein شماره تماس: ۰۰۹۰۰۰۷۳۵۹۱۶۸۷۸ کد ارکید: ۰۹۱۵۸۷۵۵۷۸۷

۳- استادیار، عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد گلبهار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، ایران. ایمیل: rohanyfarhad@yahoo.com شماره تماس: ۰۹۱۵۳۱۷۷۴۲۴ کد ارکید: ۰۰۹۰۰۰۱۲۱۷۱۸۷۳۸

۴- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، علوم سیاسی و زبان های خارجه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، ایران. ایمیل: com.gmail@lfarnazzz شماره تماس: ۰۹۳۳۰۶۳۳۰۶۲ کد ارکید: ۰۰۹۰۰۰۹۹۹۹۱۵۷۷۲

پیشرفت‌های پزشکی در حوزه باروری راهکارهای نوینی را برای رفع معضل ناباروری ارائه داده است که شامل تکنولوژی‌هایی نظیر باروری در لوله آزمایش^۱، لقاح مصنوعی^۲ و انتقال سلول جنسی^۳ است. این روش‌ها، به‌ویژه برای زوج‌هایی که به دلایل پزشکی قادر به فرزندآوری نیستند، جایگزین‌های مؤثری به شمار می‌روند. از جمله، فناوری «رحم جایگزین» به عنوان یک راهکار برای زوج‌های فاقد توانایی حمل جنین، تحولی در علم باروری محسوب می‌شود.

با وجود مزایای این روش‌ها در افزایش امید به فرزندآوری، مسائل حقوقی، اخلاقی و اجتماعی متعددی پیرامون آنها وجود دارد. این نگرانی‌ها شامل حقوق والدین، وضعیت حقوقی و هویتی جنین، و تأثیرات فرهنگی و اجتماعی این فناوری‌ها است. علاوه بر این، پیامدهای احتمالی بر نقش و جایگاه زنان نیز نیازمند بررسی دقیق است.

این پژوهش تلاش دارد تا با تحلیل این ابعاد، خلأهای موجود در قوانین و چارچوب‌های اخلاقی را شناسایی کرده و با ارائه پیشنهاد‌های عملی، راه‌حلی برای ارتقای عدالت و حمایت از حقوق طرفین در بهره‌گیری از این فناوری‌ها ارائه دهد.

۱- تبیین مفاهیم

لقاح مصنوعی، به‌عنوان یکی از فناوری‌های کمک‌باروری، شامل فرآیندی است که طی آن سلول‌های جنسی زن و مرد با استفاده از روش‌های پزشکی و بدون نیاز به نزدیکی جنسی ترکیب شده و جنین ایجاد می‌شود. این پدیده، علاوه بر تحولات علمی، آثار حقوقی، اجتماعی و اخلاقی متعددی دارد که بررسی آن، به‌ویژه در حوزه حقوق خانواده و خصوصی، اهمیت زیادی دارد.

پژوهش حاضر با هدف تحلیل حقوقی و اخلاقی لقاح مصنوعی، ابتدا به تعریف این مفهوم و بررسی انواع آن می‌پردازد و سپس پیامدهای آن را در چارچوب نظام حقوقی و ارزش‌های اجتماعی تحلیل می‌کند. این رویکرد به شفاف‌سازی ابعاد مختلف این فناوری و تأثیرات آن در حقوق خصوصی کمک می‌کند.

۱-۱- مفهوم تلقیح طبیعی و مصنوعی

تلقیح به معنای بارور کردن و لقاح نیز به فرآیند بارور شدن^۴ اشاره دارد. در لقاح طبیعی، سلامت تخمک و اسپرم و

عملکرد صحیح دستگاه تولیدمثلی زن و مرد از شرایط اساسی برای باروری است. فرآیند باروری شامل انتقال اسپرم به رحم، ترکیب آن با تخمک در لوله‌های رحمی، شکل‌گیری جنین اولیه، و لانه‌گزینی آن در رحم برای رشد است.

۱- (In vitro fertilization (I.V.F-

۲- (Artificial insemination (A.I-

۳- (Gamet intra-fallopian transfer (G.I.F.T-

۴- معین، حسین، فرهنگ لغت معین، انتشارات معین، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، ص ۴۵.

ناباروری ممکن است ناشی از اختلال در تولید یا عملکرد تخمک و اسپرم یا مشکلات ساختاری دستگاه تولیدمثلی باشد. در این شرایط، تلقیح مصنوعی با استفاده از فناوری های پزشکی پیشرفته موانع طبیعی را کنار زده و امکان باروری را برای زوج های نابارور فراهم می کند.

۲-۱- گونه های باروری مصنوعی

باروری مصنوعی به مجموعه ای از روش های پزشکی اطلاق می شود که با هدف ایجاد یا تسهیل بارداری برای زوج های نابارور طراحی شده اند. این فناوری ها علاوه بر فراهم کردن امید تازه برای افراد، تغییرات مهمی در حوزه های علمی، اخلاقی و حقوقی ایجاد کرده اند.

مادر جانشین و حالات آن (رحم اجاره ای)

مادر جانشین به زنی اطلاق می شود که مسئولیت حمل جنین و زایمان فرزند یک زوج نابارور را می پذیرد. این نقش با مادر حکمی یا اجتماعی، که وظیفه تربیت و بزرگ کردن کودک را به عهده دارد، متفاوت است. استفاده از مادر جانشین زمانی مطرح می شود که زنی با تخمدان های سالم اما فاقد رحم باشد یا به دلیل نقایص رحمی یا تهدیدهای جدی پزشکی، امکان حمل جنین را نداشته باشد.

استفاده از مادر جانشین در لقاح آزمایشگاهی^۱ زمانی انجام می شود که تخمک و اسپرم والدین بیولوژیکی ترکیب شده و جنین به رحم مادر جانشین منتقل می شود. برای این فرایند، ارزیابی های پزشکی (سلامت جسمی و سابقه بیماری های مادر جانشین) و روان شناختی (آمادگی روانی مادر جانشین) ضروری است. برخی مراکز اجازه می دهند زوجین خود مادر جانشین را انتخاب کنند، در حالی که برخی دیگر از مادران ناشناس استفاده می کنند. جلسات مشاوره ای برای روشن کردن مسائل اخلاقی و حقوقی پیش از اقدام ضروری است. رضایت آگاهانه طرفین از پیش شرط های موفقیت آمیز این فرایند است.

اهداء تخمک

اهدای تخمک روشی برای درمان ناباروری زنان با رحم سالم اما بدون تخمک مناسب است. این روش به زنانی که مشکلات تخمدانی دارند، از جمله نارسایی تخمدان، افزایش سن یا آسیب تخمدانی، کمک می کند. در این فرایند، تخمک اهداکننده پس از لقاح با اسپرم همسر زن گیرنده، به رحم او منتقل می شود. اهداکننده باید زیر ۳۴ سال باشد و سابقه بارداری موفق داشته باشد تا شانس بارداری موفق افزایش یابد. زنان بالای ۴۰ سال به آزمایش های پزشکی دقیق تری نیاز دارند. این روش مستلزم نظارت پزشکی، رعایت اصول اخلاقی و حفظ حقوق طرفین است تا مشکلات احتمالی و چالش های حقوقی در آینده به حداقل برسد.

اهداء اسپرم

اهدای اسپرم یکی از روش های درمان ناباروری است که برای زوج هایی به کار می رود که مرد فاقد اسپرم یا دارای اسپرم هایی با توانایی پایین در بارور کردن تخمک باشد. عواملی مانند پرتودرمانی، شیمی درمانی، یا سایر علل ناباروری غیرقابل برگشت مردانه از دلایل اصلی استفاده از این روش هستند. همچنین، در صورت وجود اختلالات ژنتیکی یا کروموزومی که می تواند به انتقال بیماری های ارثی به نسل بعد منجر شود، استفاده از اسپرم اهدایی توصیه می شود.

اهدای اسپرم به دو روش اصلی انجام می شود:

- تلقیح داخل رحمی:^۱

در این روش، اسپرم آماده و شسته شده فرد اهداکننده در زمان تخمک گذاری به رحم زن منتقل می شود. زمان بندی این فرآیند با استفاده از کیت های تشخیص تخمک گذاری انجام می شود. این روش ساده بوده و پس از آماده سازی اسپرم، با استفاده از سرنگ نمونه به دستگاه تولیدمثلی زن منتقل می شود.

- لقاح آزمایشگاهی:^۲

اهدای اسپرم روشی برای درمان ناباروری است که در آن اسپرم اهداکننده پس از بررسی های پزشکی و اخلاقی، منجمد و برای لقاح آزمایشگاهی با تخمک زن استفاده می شود. این روش با کنترل دقیق پزشکی، خطرات را کاهش می دهد. اقدامات پیشگیرانه شامل آزمایش بیماری های عفونی، انجماد شش ماهه اسپرم، و تطبیق ویژگی های ژنتیکی اهداکننده با دریافت کننده است. با این حال، در ایران به دلایل شرعی و قانونی، اهدای اسپرم ممنوع بوده و بانک اسپرم وجود ندارد. این محدودیت ها، علاوه بر موانع شرعی، چالش هایی نظیر عدم رعایت استانداردهای بهداشتی و نبود حمایت قانونی را ایجاد کرده است.

اهداء جنین

در لقاح خارج رحمی، استفاده از جنین اهدایی راهحلی برای زوج های نابارور است که توانایی تشکیل جنین بیولوژیکی خود را ندارند. این روش شامل انتقال جنین حاصل از تخمک و اسپرم زوج دیگری به رحم زن دریافت کننده است. جنین اهدایی هیچ ارتباط ژنتیکی با زوج دریافت کننده ندارد، اما زن باردار به دلیل پرورش جنین در رحم از نظر عرفی و شرعی به عنوان مادر شناخته می شود. این روش همچنین امکان استفاده از جنین های مازاد زوج های دیگر را فراهم می کند، اما میزان موفقیت جنین های منجمد نسبت به جنین های تازه کمتر است. واگذاری این جنین ها نیازمند رضایت اهداکننده است.

۲- روش های درمان ناباروری

درمان ناباروری مستلزم ترکیب روش های دارویی و روان درمانی است. روان درمانی می تواند استرس و اضطراب زوجین را کاهش داده و به بهبود امید و کنترل آن ها بر روند درمان کمک کند. درمان های

IUI- ۱

IVF, ICSI- ۲

دارویی شامل داروهای هورمونی برای تحریک تخمک گذاری است که می تواند عوارضی مانند افزایش وزن داشته باشد. روش های پیشرفته تر شامل تلقیح اسپرم به داخل رحم، لقاح خارج رحمی و روش های مشابه است که هر یک دارای درصد موفقیت خاص خود هستند. علاوه بر ملاحظات پزشکی، عوامل اخلاقی، مذهبی و اقتصادی نیز باید مدنظر قرار گیرند.

۱-۲- تلقیح اسپرم به داخل رحم با استفاده از اسپرم همسر

در این روش، اسپرم همسر به صورت مصنوعی جداسازی و در زمان تخمک گذاری به رحم زن تزریق می شود. برای افزایش شانس بارداری، تحریک تخمدان ها انجام می شود و تخمک گذاری از طریق سونوگرافی و آزمایش های هورمونی کنترل می گردد. این روش برای ناباروری با علت نامشخص، اختلالات اسپرم و مشکلات تخمک گذاری استفاده می شود و موفقیت آن پس از چهار دوره، حدود ۳۵ درصد است.

۲-۲- تلقیح اسپرم به داخل رحم با استفاده از اسپرم غیر همسر

در موارد فقدان کامل اسپرم یا خطر انتقال بیماری های ارثی، از اسپرم اهداکنندگان استفاده می شود. این فرآیند در برخی کشورها پس از بررسی های دقیق اخلاقی، اجتماعی و قانونی انجام می شود. اسپرم های اهدایی منجمد شده و از نظر بیماری های ویروسی مانند هپاتیت و ایدز آزمایش می شوند. این روش به صورت محرمانه انجام می شود و فرزند حاصل، تنها به اطلاعات بیولوژیکی خود دسترسی دارد.

۳-۲- لقاح خارج رحمی

این روش از سال ۱۹۷۸ برای درمان ناباروری به کار رفته و برای مشکلاتی مانند انسداد لوله های رحمی، چسبندگی لگن، کاهش تحرک اسپرم و کیست های تخمدانی کاربرد دارد. همچنین برای انتخاب جنسیت جنین و بهبود ساختار ژنتیکی استفاده می شود. در این روش، تخمک و اسپرم در محیط آزمایشگاهی لقاح یافته و پس از دو روز، جنین به رحم منتقل می شود.

۴-۲- تلقیح نطفه به داخل لوله رحم^۱

در این روش، اسپرم و تخمک به داخل لوله های فالوپ انتقال می یابد تا لقاح به صورت طبیعی انجام شود. بر خلاف ۱۱۵ روش لقاح خارج رحمی که لوله های فالوپ حذف می شوند، در این روش عملکرد طبیعی لوله ها ضروری است.

۵-۲- انتقال نطفه بارور شده به داخل لوله رحم^۲

مشابه روش قبلی است اما با این تفاوت که ابتدا لقاح در محیط آزمایشگاهی انجام شده و سپس زیگوت به لوله های فالوپ منتقل می شود.^۳

۶-۲- تزریق اسپرم به داخل تخمک

این روش برای مردانی که تعداد یا کیفیت اسپرم پایینی دارند، کاربرد دارد. در آن، یک اسپرم

۱- (gamete intra fallopian transfer (GIFT

۲- (zygot intra – fallopian transfer. (ZIFT

۳- رضا زاده، مجتبی و حسینی، احمد، حسینی، همان، ص ۲۵.

منفرد با استفاده از سوزن بسیار ظریف مستقیماً به داخل تخمک تزریق می‌شود. میزان موفقیت لقاح حدود ۷۰ درصد و میزان حاملگی بالینی بیش از ۲۴ درصد است. این روش نیازمند ابزارهای پیشرفته و متخصصان مجرب است. از آنجا که تمام موانع طبیعی لقاح را حذف می‌کند، نگرانی‌هایی در مورد احتمال بروز اختلالات ژنتیکی در نسل‌های آینده وجود دارد.

۳- وضع فقهی - حقوقی روش های مصنوعی باروری

با وجود پیشرفت‌های علمی و پزشکی، روش‌های باروری مصنوعی به‌ویژه در مواردی که از اسپرم یا تخمک اهدایی استفاده می‌شود یا فرآیند باروری خارج از روابط زناشویی صورت می‌گیرد، با چالش‌ها و پرسش‌های فقهی و حقوقی متعددی مواجه است. این مسائل به‌ویژه در زمینه مشروعیت و انطباق با اصول دینی و حقوقی مورد بحث قرار می‌گیرند. مسائل مرتبط با نسب، ارث، و تعهدات والدین از مهم‌ترین موضوعاتی است که نیازمند تبیین دقیق در چارچوب قواعد فقهی و حقوقی است. تحلیل این موارد، به‌ویژه در نظام حقوقی ایران، می‌تواند به تدوین قوانین جامع‌تر و سازگار با ارزش‌های فرهنگی و دینی کمک کند.

۳-۱- مبانی و قواعد کلی باروری های پزشکی و شرایط اجرای آن

توالد و زوجیت

الف) در حقوق اسلامی، تولید نسل به‌عنوان نتیجه‌ای از ازدواج مشروع در نظر گرفته می‌شود. قوانین ایران نیز به این نکته تأکید دارند که هر گونه رابطه زن و مرد باید در قالب ازدواج باشد تا نسل مشروع ایجاد شود. براساس قانون مدنی، طفلی که در زمان زوجیت متولد شود، به شوهر ملحق است و هرگونه تولید مثل خارج از این چارچوب نامشروع تلقی می‌شود. علاوه بر این، خانواده به‌عنوان واحد بنیادی جامعه و کانون رشد و تعالی انسان در نظر گرفته می‌شود، بنابراین حفظ مشروعیت خانواده و رابطه مباح میان زن و مرد برای تولید نسل ضروری است.

ب) در روایات اسلامی، اهمیت موضوع فروج و ارتباط آن با تولد فرزند تأکید شده است. امام صادق (ع) در چندین روایت بر لزوم احتیاط در امور جنسی و ازدواج تأکید دارند، زیرا این مسائل به طور مستقیم با تولد نسل و حفظ نسب مرتبط هستند. از جمله این روایات:

۱- صحیحہ شعیب حداد: امام صادق (ع) به اهمیت احتیاط در مسائل جنسی و ازدواج اشاره کرده و تأکید می‌کنند که فرج محل تولد فرزند است.^۱

۲- روایت علاء بن سبابة: امام (ع) نیز در این روایت به اهمیت احتیاط در نکاح تأکید می‌کنند.

۳- روایت علی بن سالم: این روایت به عواقب سنگین ریختن نطفه در رحم زنی که بر مرد حرام است اشاره دارد.^۲

۱- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ابواب مقدمات نکاح و آداب، باب ۱۵۷ ص ۱۹۳، ح ۱.

۲- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ابواب النکاح المحرم، باب ۴، ص ۲۳۹، ح ۱؛ شیخ صدوق، ثواب

اعمال و عقاب اعمال، ص ۳۱۳

۴- روایت پیامبر اکرم (ص): ریختن نطفه در رحم زنی که حرام است، از گناهان بزرگ تر نزد خداوند است.^۱

۵- روایت اسحاق بن عمار: امام صادق (ع) مقایسه ای بین حد زنا و شراب خواری داشته و تأکید کرده اند که انزال در غیر محل مشروع، به عنوان زنا شناخته می شود.^۲

این روایات به طور کلی بر اهمیت حفظ حرمت در مسائل جنسی و جلوگیری از قرار دادن نطفه در رحم غیرمحارم تأکید دارند و در زمینه روش های باروری پزشکی، حرمت تنها در صورتی صدق می کند که فرآیند خارج از چارچوب شرعی باشد.

پ) آیات استنادی

۱- آیه نخست: به حفظ فرج از هرگونه تجاوز اشاره دارد و تنها دو استثنا یعنی ازدواج و کنیزان را از این قاعده مستثنی می کند.^۳

۲- آیه دوم: بر لزوم حفظ نگاه و پاکدامنی برای مردان و زنان مؤمن تأکید دارد.^۴

۳- آیه سوم: محدوده محارم و محدودیت های ازدواج را تبیین می کند.^۵

این آیات به طور کلی به حفظ فرج از افعال حرام، نظیر زنا و لواط، تأکید دارند.^۶ از نظر تفسیری، این آیات تنها ازدواج و کنیز را از این محدودیت ها مستثنی کرده اند.^۷ بنابراین، در مورد روش های باروری پزشکی، با توجه به تأکید بر حفظ فرج و تبیین استثنائات، هر روش باید بر اساس شریعت و اصول اباحه یا احتیاط مورد بررسی قرار گیرد.

در روابط جنسی، اصل حرمت است مگر در موارد خاصی که شرعاً مجاز شناخته شده اند. در مورد روش های باروری پزشکی، اگر این روش ها خارج از چارچوب زنا و بارعایت شرایط شرعی باشند، برخی فقها آن را مجاز می دانند. با توجه به این اختلاف نظر ها و آمار بالای ناباروری، تدوین قانون جامع برای تعیین تکلیف در این زمینه ضروری است.

شرایط و ضوابط اجرای باروری های پزشکی

برای انجام باروری های پزشکی، شرایط جسمی و روحی بیمار، تخصص پزشکان، امکانات مالی، و رعایت ضوابط شرعی و قانونی ضروری است. در کشورهای اسلامی، باروری های پزشکی به دلیل لمس و نگاه حرام بین مرد و زن بیگانه، مورد اختلاف است.

پرسش اساسی این است که آیا در حقوق و فقه اسلامی، لمس و نگاه در مقام درمان مجاز است یا نه؟

. در فقه اسلامی، لمس و نگاه بین مرد و زن بیگانه معمولاً حرام است مگر در شرایط اضطرار. این

۱- حر عاملی، محمد بن حسن، همان، ج ۲.

۲- حر عاملی، محمد بن حسن، همان، ابواب مایحرم بالمصاهره و نحوه، باب ۶، ص ۳۲۵، ج ۱۲.

۳- مومنون (۲۳)، آیات ۵-۷.

۴- نور (۲۴) آیه ۳۱.

۵- نساء (۴)، آیه ۲۳.

۶- طباطبائی، سید محمدحسین، المیزان، ج ۱۵، ص ۹.

۷- زمخشری، جارالله، الکشاف فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص ۱۷۷.

شرایط به‌ویژه زمانی مطرح می‌شود که درمان از طریق پزشک مخالف جنس ضروری باشد.^۱

برخی فقها مانند آیت‌الله سیستانی، در چنین مواردی اجازه می‌دهند که لمس و نگاه در فرآیند درمان ناباروری مجاز باشد.^۲

در نهایت، درمان ناباروری به عنوان بیماری نیاز به جواز نگاه و لمس دارد، اما فقط در شرایط اضطرار که درمان به صورت طبیعی امکان‌پذیر نیست.

۲-۳- تلقیح مصنوعی

- تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر

تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر در فقه و حقوق ایران با چالش‌هایی روبه‌رو است، زیرا قوانین روشنی در این زمینه وجود ندارد. فقهای معاصر نظرات متفاوتی دارند. برخی مانند آیت‌الله گلپایگانی^۳ و آیت‌الله خوئی^۴، جواز این عمل را مشروط به رعایت ملاحظات شرعی مانند جلوگیری از لمس و نگاه حرام می‌دانند. آیت‌الله خمینی (ره) نیز در تحریرالوسیله به جواز آن فتوا داده‌اند، به شرط عدم تماس با فرد غیرمحرّم.^۵

در مقابل، آیت‌الله بروجردی به مسائل اخلاقی و تماس‌های حرام اشاره کرده‌اند.^۶

قانون مدنی ایران نیز نسب طفل حاصل از تلقیح مصنوعی را مانند طفل حاصل از نزدیکی طبیعی می‌داند^۷ و دکتر سید حسن امامی تأکید کرده‌اند که تفاوتی بین این دو در مشروعیت نسب وجود ندارد. بنابراین، تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر در شرایط خاص، با رعایت اصول شرعی و قانونی، جایز است.^۸

بنابراین، تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر در شرایط خاص، با رعایت اصول شرعی و قانونی، جایز است.

- استفاده از اسپرم ذخیره شده شوهر مرده

با پیشرفت‌های علمی در زمینه ذخیره‌سازی اسپرم، امکان بارداری زن بیه با استفاده از اسپرم شوهر متوفی فراهم شده است. اما در حقوق ایران، وضعیت قانونی نوزادان حاصل از این روش پیچیده است. طبق ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی^۹، در صورت فوت شوهر، زن باید عده وفات نگه دارد. اگر شوهر در زمان انتقال اسپرم یا جنین به رحم

۱- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ابواب مقدمات نکاح و آداب، باب ۱۳۰، ص ۱۷۲، ح ۱.

۲- حسینی سیستانی، سید علی، المستحدثات من المسائل الشرعیه، ص ۱۴ و ۳۰ و همو، الفقه للمغربین، ص ۲۸۱ و ۳۰۷.

۳- آیت الله الموسوی گلپایگانی، محمدرضا، تاریخ ۴ ربیع الثانی ۱۳۸۸ هجری قمری، به نقل از اسدالله امامی، همان، ص ۳۶۱.

۴- خویی، سید ابوالقاسم، المستحدثات المسائل، ص ۴۲ و ۴۳.

۵- امام خمینی (ره)، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، ص ۶۲۱.

۶- به نقل از اسدالله امامی، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ص ۳۶۲.

۷- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، ج ۲، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲، ص ۷.

۸- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۵، چاپ دوم، تهران: اسلامیه، س ۱۳۴۳، ص ۱۸۴ و ۱۸۵.

۹- ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی: «عده وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهارماه و ده روز است مگر اینکه زن حامل باشد که در این صورت عده وفات تا موقع وضع حمل است مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهارماه و

ده روز بیشتر باشد والا مدت عده همان چهارماه و ده روز خواهد بود.»

زن متوفی باشد، رابطه نسبی بین طفل و پدر متوفی برقرار نمی‌شود و کودک «بدون پدر» محسوب می‌شود. بنابراین، این نوع تلقیح مصنوعی به دلیل نبود پدر زنده از دیدگاه حقوقی مشکلات قانونی و تبعات اجرایی دارد.

- تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه

تلقیح مصنوعی با اسپرم فردی غیر از شوهر در حقوق ایران موضوعی نوظهور است و قانون در این مورد سکوت کرده است. طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱، در صورت سکوت قانون، قاضی باید به منابع فقهی و فتاوا رجوع کند. مخالفان این روش معتقدند که این عمل ممکن است به حریم خانواده لطمه بزند، در حالی که موافقان آن استدلال می‌کنند که طفل باید به والدین طبیعی خود منتسب شود، چون قانون در این زمینه استثنایی نیاورده است. در نهایت، اگرچه نظرات فقهی مختلفی وجود دارد، مشروعیت کودک و انتساب او به والدین طبیعی با مصلحت کودک و تقویت نهاد خانواده سازگارتر به نظر می‌رسد.

۳-۳- مادر جانشین

«مادر جانشین» یا «رحم اجاره‌ای» یکی از پدیده‌های نوظهور در عرصه حقوق خانواده است که در نتیجه پیشرفت‌های پزشکی برای درمان ناباروری زوج‌ها پدید آمده است. این موضوع به دلیل پیچیدگی‌های اخلاقی، اجتماعی و حقوقی، مسائل متعددی را در حقوق خانواده و قراردادهای وجود آورده و نیازمند تحلیل دقیق است.

براساس منابع داخلی و خارجی، عواملی که افراد را به سمت این روش سوق می‌دهند عبارت‌اند از: مشکلات پزشکی مانند فقدان رحم یا ناتوانی جسمانی در حفظ بارداری، افزایش سن ازدواج و کاهش کیفیت تخمک گذاری و...

براساس مصاحبه‌های انجام شده با مراکز درمانی، استفاده از مادر جانشین به دلیل هزینه‌های سنگین (۴۰۰ تا ۹۰۰ میلیون تومان) بسیار نادر است و در مراکزی مانند مرکز ناباروری میلاد مشهد، در هر فصل سال تنها یک مورد استفاده از رحم اجاره‌ای گزارش شده است.^۲

خصوصیات و ماهیت قرارداد حقوقی مادر جانشین

قرارداد مادر جانشین یک توافق دوطرفه است که در چارچوب حقوق مدنی و اصول قراردادهای قرار می‌گیرد و تابع عرف عقلا و احکام شریعت اسلام است. طبق ماده ۲۲۳ قانون مدنی^۳، اصل بر صحت قراردادهاست، مگر خلاف آن ثابت شود. این قرارداد می‌تواند از انواع مختلف عقود باشد:

قرارداد مادر جانشین در طبقه بندی عقود

۱- از لحاظ آثار قرارداد

۱- اصل ۱۷۶ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاید و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۲- artificial conception: surrogate, 'new law reform commission reports, discussion paper ۱۸ (۱۹۸۸)', 'http://www.Lawlink.Nsw.Gov.au / irc.Nsf/pages / DP۱۸CHP۲

۳- ماده ۲۲۳ قانون مدنی: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود.»

الف) عقد لازم: مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی^۱، این قراردادها لازم الاجرا و فسخ آن ها تنها در موارد خاص امکان پذیر است.

ب) عقد عهدی: ایجاد تعهداتی برای طرفین بدون تملیک مستقیم اموال یا حقوق عینی.

پ) عقد معوض و غیرمعوض: در حالت معوض، تعهدات مالی یا غیرمالی متقابل وجود دارد، اما در حالت غیرمعوض، تعهدات بر اساس ملاحظات اخلاقی و انسانی است و والدین حکمی تعهد مالی ندارند.

ت) عقد مبنی بر مسامحه: چه در حالت معوض و چه غیرمعوض، عواطف و احساسات انسانی غالب بر منافع مالی می باشد.

۲- صحت قرارداد مادر جانشین

بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران^۲، برای صحت هر معامله باید شرایط زیر فراهم باشد:

- قصد و رضایت طرفین: از این منظر مسئله ای ندارد، زیرا طرفین با اراده و رضایت کامل قرارداد را منعقد می کنند.

- اهلیت طرفین: این شرط نیز به طور معمول در قرارداد مادر جانشین رعایت می شود و چالش خاصی از این منظر وجود ندارد.

- موضوع معین مورد معامله: موضوع این قرارداد، ارائه خدمات مادر جانشین برای حمل و زایمان است که باید کاملاً شفاف و بدون ابهام در قرارداد مشخص شود، از جمله تعهدات مادر جانشین و والدین حکمی.

- مشروعیت جهت معامله: مشروعیت قرارداد مادر جانشین ممکن است به چالش کشیده شود، به ویژه در مواردی که انگیزه های اقتصادی غالب باشد و شبهه خریدوفروش مطرح شود.

این امر می تواند با اصول فقهی و اخلاقی در تعارض باشد، بنابراین برای مشروعیت، اهداف اخلاقی و انسانی باید در قرارداد برجسته شوند.

۳- تعهدات اصلی طرفین قرارداد مادر جانشین

الف) تعهدات والدین حکمی

۱- ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.»

۲- ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آن ها.

۲- اهلیت طرفین.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله.»

در قرارداد مادر جانشینی تجارتی، والدین حکمی متعهد به پرداخت مبلغی به مادر جانشین می‌شوند و این مبلغ معمولاً در مقابل خدمات مادر جانشین پرداخت می‌شود و بخشی از تعهد قراردادی والدین حکمی است. در این قراردادها، بخشی از پرداخت در برابر خدمات مادر جانشین و بخشی دیگر برای جبران خسارت‌ها و هزینه‌ها به صورت مصالحه انجام می‌شود.

اما در قرارداد مادر جانشینی نوع دوستانه، والدین حکمی تعهد مستقیم و اصلی برای پرداخت پول ندارند و هزینه‌های مرتبط (مانند هزینه‌های پزشکی یا سایر هزینه‌ها) جنبه فرعی داشته و به عنوان قدردانی یا پاداش در قالب مصالحه پرداخت می‌شود.

ب) تعهدات مادر جانشین

مادر جانشین متعهد به نگهداری جنین در رحم، زایمان و تسلیم نوزاد به والدین حکمی است و این تعهد در قراردادهای تجارتی، در مقابل تعهد والدین حکمی قرار دارد، اما در نوع دوستانه تنها تعهد اصلی قرارداد است.

موضوع تعهد مادر جانشین در قرارداد مادر جانشینی علاوه بر معلوم و معین بودن^۱ باید دارای شرایط زیر نیز باشد:

یک) مادر جانشین باید شخصاً قادر به انجام تعهد باشد. (مقدور بودن)^۲

دو) موضوع تعهد باید مطابق با مقررات قانونی و اصول فقهی باشد. (مشروع بودن)

سه) تعهد مادر جانشین باید برای والدین حکمی منفعت عقلایی داشته باشد. این منفعت می‌تواند مادی یا معنوی باشد و وجود نفع معنوی نیز برای صحت تعهد کافی است.^۳ (وجود نفع عقلایی)

۴- ماهیت حقوقی قرارداد مادر جانشین

حق انسان بر بدن خود از حقوق شخصیت است که شامل ابعاد جسمی و معنوی می‌شود. قرارداد مادر جانشین، به دلیل تأثیر بر تمامیت جسمی و آزادی‌های فردی او، با این حقوق در ارتباط است. در برخی موارد، قراردادهایی که به حقوق شخصیت لطمه می‌زنند، در صورت وجود منفعت عقلایی یا نفع عمومی، قابل پذیرش‌اند؛ اما حق مادر جانشین بر بدن خود قابل انتقال نیست.

ماهیت حقوقی این قرارداد در ایران از منظر پنج عقد بررسی می‌شود: یک) اجاره اشیاء یا اشخاص؛ منافع رحم مادر جانشین، برخلاف نیروی کار، مالی محسوب نمی‌شود و انتقال آن ممکن نیست.

دو) ودیعه و عاریه: هدف این قرارداد، پرورش جنین است نه نگهداری از آن، بنابراین در قالب ودیعه

۱- بند ۲ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی. ماده ۱۹۰ قانون مدنی در پانویس صفحه قبل تبیین شده است.

ماده ۲۱۶ قانون مدنی: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.»

۲- ماده ۳۴۸ قانون مدنی: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد و یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.»

۳- ماده ۲۱۵ قانون مدنی: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.»

۴- رضائیا معلم، محمدرضا؛ باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق؛ پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق؛ دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، اسفند ماه ۱۳۸۳.

نمی‌گنجد. همچنین، مادر حق انتقال منفعت رحم را ندارد، لذا عاریه نیز نیست.

سه) تعهد به نفع ثالث: این تعهد به دلیل عدم وجود جنین هنگام انعقاد قرارداد، باطل است.

چهار) قرارداد خصوصی: مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی^۱ این قرارداد در صورت عدم مخالفت با قانون، معتبر خواهد بود.

بنابراین بنظر می‌رسد که قرارداد مادر جانشین، با وجود برخی محدودیت‌های حقوقی و اخلاقی، در ایران می‌تواند با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ باشد. با این حال، پیچیدگی‌های حقوقی و اخلاقی این قرارداد، تنظیم و اجرای آن را به چارچوب‌های دقیق قانونی و نظارتی نیازمند می‌سازد.

۵-۲ آثار قرارداد مادر جانشین

الف) نقض قرارداد مادر جانشین

در حقوق ایران، در صورت نقض تعهدات اصلی یا فرعی قرارداد مادر جانشین، طرف دیگر می‌تواند بر اساس ماده ۲۲۲ قانون مدنی^۲، اجرای تعهد را از دادگاه درخواست کند. چنانچه مادر جانشین از ایفای تعهد خود امتناع ورزد و تعهد قائم به شخص وی باشد، با استناد به ماده ۲۳۹ قانون مدنی^۳، والدین حکمی می‌توانند قرارداد را فسخ کنند.

در مورد تعهدات فرعی که به صورت شرط ضمن عقد آمده است، مقررات مربوط به شروط فعل، اعم از مثبت یا منفی، اجرا می‌شود. همچنین، متضرر از نقض قرارداد می‌تواند با اثبات شرایط قانونی، خسارات مادی و معنوی وارده شده را طبق قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ مطالبه کند.

ب) نسب:

موضوع تعیین نسب قانونی در قرارداد مادر جانشین به‌ویژه در خصوص مادر قانونی، با چالش‌های حقوقی و عرفی مواجه است. از منظر حقوقی، نسب پدری به صاحب اسپرم تعلق دارد و این موضوع از نظر عرف، علم پزشکی و اصول مذهبی پذیرفته شده است.

اما در خصوص نسب مادری، دو دیدگاه مطرح است:

دیدگاه اول: انتساب طفل به صاحب تخمک به عنوان منبع ژنتیکی.

دیدگاه دوم: انتساب طفل به مادر جانشین که حاملگی و زایمان را انجام داده است.

با توجه به ارتباط عاطفی، جسمی و ژنتیکی هر دو زن با طفل، می‌توان پذیرفت که طفل به صورت

۱- ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

۲- رضائیا معلم، محمدرضا؛ همان.

۳- ماده ۲۲۲ قانون مدنی: «در صورت عدم ایفاء تعهد با رعایت ماده فوق حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم نماید.»

۴- ماده ۲۳۹ قانون مدنی: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»

اعتباری دارای دو مادر است. این رویکرد تضادی با اصول حقوقی ندارد، چراکه روابط اعتباری در نظام حقوقی قابل تصور هستند؛ در عین حال، تعیین نسب مادری نیازمند رویکرد جامع تری از سوی قانون گذار است.

۶- آثار نسب

الف) حرمت نکاح

قرابت ناشی از مادر جانشین از نظر نشر حرمت نکاح، مشابه قرابت رضاعی است. بر اساس این قرابت، شوهر مادر جانشین به عنوان پدر نسبی و خود مادر جانشین در حکم مادر نسبی کودک شناخته می شوند. به همین ترتیب، اصول و فروع آنان نیز در حکم اجداد، برادران و خواهران نسبی محسوب می شوند و نکاح میان خویشاوندان ناشی از این قرابت ممنوع است.

ب) حضانت

در تعیین حق حضانت، مصلحت کودک اولویت دارد. در صورتی که مادر جانشین مجرد باشد، حضانت به مادری واگذار می شود که همسر پدر طفل است، زیرا خانواده ای متشکل از پدر و مادر حکمی برای سعادت کودک مناسب تر است. اما اگر مادر جانشین متأهل باشد، باز هم حضانت به مادری داده می شود که همسر پدر طفل باشد، چراکه ارتباط مادر جانشین با شوهرش نسبتی با کودک ایجاد نمی کند.

پ) ولایت قهری

پدر حکمی به عنوان پدر قانونی طفل، ولایت قهری کودک را بر عهده دارد.

ت) الزام به انفاق

بر اساس ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی^۲، نفقه مدت حمل برای جنین است. پدر حکمی موظف به پرداخت نفقه به مادر جانشین برای تأمین نیازهای جنین است. این نفقه ارتباطی با نفقه مادر جانشین به عنوان همسر ندارد.

ث) توارث

رابطه توارث بین کودک و والدین حکمی برقرار است. بر اساس ماده ۸۷۵ قانون مدنی^۳، جنین تنها در صورتی ارث می برد که نطفه او پیش از فوت مورث منعقد شده و زنده متولد شود. در حالت مادر جانشین، کودک می تواند از هر دو مادر حکمی و جانشین ارث ببرد.

ج) وصیت

۱- رضایا معلم، محمدرضا؛ همان.

۲- ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق باین باشد زن حق نفقه ندارد مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.»

۳- ماده ۸۷۵ قانون مدنی: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.»

طبق ماده ۸۵۱ قانون مدنی^۱، وصیت برای جنین صحیح است مشروط بر اینکه زنده متولد شود. این حکم شامل کودک متولد از مادر جانشین نیز می شود و حقوق او از لحظه انعقاد جنین محفوظ است.

۲- چالش های اخلاقی و فرهنگی مادر جانشین

الف) دیدگاه های مذهبی

در فقه اسلامی ایران، مادر جانشینی موضوعی مورد بحث و اختلاف است:

دیدگاه مثبت: برخی فقها این روش را، با رعایت شرایط شرعی و رضایت طرفین، جایز دانسته و آن را راه حلی برای کمک به زوج های نابارور می دانند.

دیدگاه منفی: برخی دیگر به دلیل مسائل نسب، ارث، و پیامدهای اخلاقی و شرعی، با این روش مخالف هستند.

ب) ارزش ها و هنجارهای فرهنگی

- ارزش های خانوادگی: نگرانی هایی درباره تأثیر این روش بر ارزش های خانوادگی و ایجاد مشکلات اجتماعی و اخلاقی وجود دارد.

- نگرش به بدن و سلامت: برخی آن را به دلیل مخاطرات جسمی و روانی برای مادر جانشین نامناسب می دانند.

پ) نگرانی های اخلاقی

- استفاده ابزاری از بدن زن: نگرانی از بهره برداری مالی و نادیده گرفتن کرامت انسانی مادر جانشین وجود دارد.

- حقوق کودک: تضمین حقوق کودک متولد از این روش و اطمینان از رشد در محیطی سالم، از مسائل مهم اخلاقی است.

ت) پذیرش اجتماعی

افزایش آگاهی جامعه می تواند به پذیرش این روش کمک کند و ارائه اطلاعات دقیق و بدون پیش داوری توسط رسانه ها می تواند نگرانی های اجتماعی را کاهش دهد.

ث) تجربه های بین المللی

کشورهای موفق در این زمینه می توانند الگویی برای تدوین سیاست ها و قوانین باشند و سیاست ها باید با ارزش ها و فرهنگ ایرانی هماهنگ شوند تا از چالش های اجتماعی جلوگیری شود.

۸- وضع فقهی مادر جانشین

در فقه اسلامی، تاکنون بحث مستقلی درباره تزریق تخمک مستعد جنین به رحم زن مطرح نشده است.

۱- ماده ۸۵۱ قانون مدنی: «وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملیک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.»

۲- برگرفته از مصاحبه با مراجعه کنندگان مرکز درمان ناباروری میلاد واقع در مشهد و نظر نویسندگان.

دلایل شرعی مربوط به منع تزریق اسپرم به رحم زن ممکن است به تزریق تخمک نیز تعمیم یابد، چرا که آیات قرآن در مورد حفظ فروج مردان و زنان، لحن عمومی دارند و می‌توانند هم اسپرم و هم تخمک را شامل شوند. با این حال، روایات مرتبط با تلقیح مصنوعی فقط به اسپرم مرد اشاره دارند و در زمان صدور این روایات، علم به وجود تخمک و انتقال آن به رحم وجود نداشت. همچنین قاعده احتیاط در تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه در این مورد کارایی ندارد. برخی فقها نگرانی‌هایی در مورد تاثیر تلقیح مصنوعی بر بنیان خانواده دارند، اما در مورد تزریق تخمک، این نگرانی‌ها وجود ندارد.^۱

به طور کلی، تنها دلیل قابل استناد برای منع تزریق تخمک، آیات قرآن است و سایر دلایل کافی به نظر نمی‌رسد، بنابراین تعهد مادر جانشین مشروع به نظر می‌رسد.

۴-۳- اهدای تخمک و جنین

بر اساس بررسی‌های فقهی، مخالفان استفاده از تخمک اهدایی عمدتاً به آیات قرآن در مورد «حفظ فروج» استناد دارند که زنان را از ورود اجزاء ژنتیکی دیگران منع می‌کند. با این حال، برخی فقها معتقدند که این آیات بیشتر ناظر به اسپرم مرد بیگانه است و شامل تخمک نمی‌شود. در صورتی که لقاح بین اسپرم شوهر و تخمک همسر دیگر او صورت گیرد، این عمل از نظر برخی فقها ممنوعیتی ندارد، زیرا اختلاط نسب ایجاد نمی‌کند.^۲

همچنین، روایات فقهی که بر ممنوعیت تلقیح اسپرم و تخمک افراد بیگانه تأکید دارند، در صورت وجود رابطه زوجیت قانونی، مانعی ایجاد نمی‌کنند.^۳

بنابراین، انتقال جنین حاصل از اسپرم و تخمک زن و شوهر به رحم زن دیگر یا انتقال زیگوت به رحم زن، در صورت رعایت اصول فقهی، مشکل ساز نخواهد بود و بر اساس اصول فقهی مانده اصل برائت، این عمل مشروع به نظر می‌رسد.^۴

۱- جعفرزاده، میرقاسم، درآمدی بر مسائل فقهی - حقوقی ART، بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی جهاد دانشگاهی، شماره ۸، سال ۱۳۷۸.

۲- جعفرزاده، میرقاسم، همان، بولتن شماره ۱۰.

۳- آیت الله مومن، محمد، کلمات سدیده فی مسائل جدید، موسسه نشر الاسلامی قم، ۱۴۱۵، ص ۸۱.

۴- همان، بولتن شماره ۱۱.

وضعیت حقوقی اسپرم، تخمک و جنین بالقوه در قراردادها^۱

الف) مالیت داشتن

گامت انسانی (اسپرم و تخمک) و جنین بالقوه، به دلیل داشتن منفعت و رفع نیاز طرفین قرارداد، از نظر حقوقی مال محسوب می‌شوند. این وصف مالیت شامل جنین بالقوه نیز می‌شود، چرا که قبل از انتقال به رحم انسان تلقی نمی‌شود و می‌تواند در روابط قراردادی مال به شمار رود.

ب) مورد معامله

- مالیت داشتن و منفعت عقلایی و مشروع: گامت و جنین بالقوه منفعت معنوی و عقلایی برای طرفین معامله ایجاد می‌کنند. بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد دلیلی بر حرمت یا عدم مشروعیت این معاملات وجود ندارد، و منافعی که از این روش‌های تولید مثل به دست می‌آید، مخالف نظم عمومی و اخلاقی نیست.

- عین معین و موجود بودن: اسپرم، تخمک و جنین بالقوه به عنوان اموالی که قابل مشاهده و جدا از سایر اشیاء هستند، عین معین به شمار می‌آیند و شرط موجود بودن را نیز دارند.

- قابلیت نقل و انتقال و تسلیم: اسپرم، تخمک و جنین بالقوه با استفاده از روش‌های علمی موجود، قابل تسلیم به منتقل‌الیه هستند و قانون نیز انتقال آن‌ها را منع نکرده است.

پ) معین و معلوم بودن موضوع معامله

موضوع معامله باید مشخص باشد. در خصوص گامت و جنین بالقوه، علم تقریبی به مقدار یا تعداد آن‌ها کفایت می‌کند و شرایط عرفی برای رفع ابهام فراهم است.

بنابراین، اسپرم، تخمک و جنین بالقوه از منظر حقوقی تمامی شرایط لازم برای «مورد معامله» شدن در قراردادها را دارند.

نسب در حالت اهداء تخمک و جنین:^۲

۱- حالت اهداء تخمک

در این وضعیت، جنین از ترکیب اسپرم شوهر و تخمک اهدایی تشکیل شده و در رحم زن نابارور (همسر مرد صاحب

اسپرم) کاشته می‌شود. در نهایت، زن نابارور باردار شده و کودک متولد می‌شود.

الف) نسب پدر

۱- برگرفته از شرایط مورد معامله در قانون مدنی؛ مطابق مواد ذکر شده در بخش تعهدات مادر جانشین.

۲- رضائیا معلم، محمدرضا؛ همان.

شوهر زنی که جنین را به دنیا می آورد، پدر قانونی کودک محسوب می شود، زیرا اسپرم او در تشکیل جنین دخیل بوده است و به علاوه، شوهر زنی است که کودک را به دنیا آورده و بنابراین، صاحب فراش است.

اگر اهداکننده تخمک دارای شوهر باشد، هیچ رابطه نسبی بین شوهر اهداکننده و کودک وجود ندارد، زیرا او نه صاحب اسپرم است و نه شوهر زنی که کودک را به دنیا آورده است.

(ب) نسب مادر

در این حالت، دو زن در فرایند به وجود آمدن کودک دخیل هستند: ۱- زن اهداکننده تخمک (صاحب تخمک) ۲- زن ناباروری که جنین در رحم او پرورش یافته و کودک از او متولد شده است.

از این جهت، مشابه حالت مادر جانشین، کودک می تواند دارای دو مادر تلقی شود، و این امر از نظر حقوقی قابل پذیرش است.

آثار نسب

(الف) حرمت نکاح: اگر کودک دارای دو مادر (زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم) باشد، بر اساس بند ۱ ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی^۱، نکاح میان کودک و هر دو زن ممنوع است، زیرا رابطه مادری برقرار است.

(ب) حضانت: در فرض دومادری، حضانت کودک به زن صاحب رحم (پذیرنده تخمک) سپرده می شود. این تصمیم با توجه به قواعد حضانت و مصلحت کودک اتخاذ می شود تا آرامش و نظم طبیعی خانواده پذیرنده حفظ شود.

(ج) ولایت قهری: شوهر زن صاحب رحم (که اسپرم او در تشکیل جنین دخیل بوده) پدر قانونی کودک محسوب می شود. بنابراین، وی و جد پدری کودک، ولی قهری او خواهند بود.

(د) الزام به انفاق: پدر قانونی کودک (شوهر صاحب اسپرم) مسئول پرداخت نفقه است. در صورت فقدان یا ناتوانی او و جد پدری، مادر قانونی (هر یک از دو زن که قانوناً مادر شناخته شود) ملزم به انفاق کودک خواهد بود.

(ه) توارث: رابطه توارث بین کودک و پدر قانونی (شوهر زن صاحب رحم) برقرار است. در این حالت، حقوق ارثی کودک با پدر و دیگر خویشاوندان وی مشخص و معتبر خواهد بود.

۲- حالت اهداء جنین

(الف) نسب پدر: اگر جنین در دوران زوجیت به رحم زن متقاضی منتقل شود و کودک در بازه زمانی

۱- ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد.

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود.

۲- نکاح با اولاد هر قدر که پایین برود.

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آن ها تا هر قدر که پایین برود.

۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

مواد ۱۱۵۸^۱ و ۱۱۵۹ قانون مدنی^۲ متولد شود، اماره فراش به نفع شوهر زن متقاضی برقرار است. بنابراین، پدر متقاضی (شوهر زن صاحب رحم) به عنوان پدر قانونی کودک تلقی می شود.

در صورتی که پدر متقاضی دعوای نفی ولد را مطرح کند، در صورت اثبات این دعوای، اماره فراش ساقط شده و کودک از لحاظ حقوقی بدون پدر محسوب می شود؛ اما اگر صاحب اسپرم دعوای اثبات نسب را مطرح کند و موفق به اثبات شود، کودک به صاحب اسپرم منتسب خواهد شد.

ب) نسب مادر: در این حالت، دو زن در شکل گیری کودک دخیل هستند: زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم (مادر متقاضی) که بر اساس تحلیل های حقوقی، کودک دارای دو مادر قانونی است.

آثار نسب

الف) ممنوعیت نکاح در صورت پسر بودن فرزند: اگر فرزند حاصل از اهدای جنین پسر باشد، ممنوعیت نکاح وی با زن صاحب رحم و زن صاحب تخمک مشابه حالت اهدای تخمک است. این ممنوعیت به دلیل وجود رابطه مادری با هر دو زن برقرار می شود و مطابق بند ۱ ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی^۳ نکاح با مادر ممنوع است.

ب) ممنوعیت نکاح در صورت دختر بودن فرزند:

- نکاح با پدر متقاضی (شوهر زن صاحب رحم): در صورت اثبات اسقاط اماره فراش و نسب پذیری از پدر صاحب اسپرم، رابطه پدری با پدر متقاضی قطع می شود. با این حال، قانون مدنی در مورد نکاح دختر با پدر متقاضی سکوت کرده است، اما از دیدگاه اجتماعی و اخلاقی، این نکاح پس از اسقاط اماره فراش نیز خلاف نظم عمومی است.

- نکاح با مرد صاحب اسپرم: اگر دختر از ترکیب اسپرم مرد صاحب اسپرم و تخمک زن دیگری متولد شده باشد، رابطه نسبی بین آن ها برقرار است. این رابطه نسبی موجب حرمت نکاح خواهد بود، حتی اگر اماره فراش به نفع پدر متقاضی برقرار باشد.

نتیجه گیری

نظام خانواده به عنوان بنیانی حیاتی برای پایداری جامعه، در مواجهه با چالش های فناوری های نوین تولیدمثل به حمایت حقوقی و اخلاقی نیاز دارد. پیشرفت های علمی در این حوزه، روش هایی چون تلقیح مصنوعی، اهدای تخمک و جنین، و قراردادهای مادر جانشین را مطرح کرده اند که هر یک پیامدهای حقوقی، فقهی و اخلاقی خاصی به همراه دارند.

در حقوق ایران، تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر قانونی و شرعی است و کودک به والدین منتسب می شود. اما تلقیح با اسپرم بیگانه با وجود برخی توجیهات فقهی، از لحاظ اخلاقی و اجتماعی مورد انتقاد

۱- ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.

۲- ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.»

۳- در پانویس صفحه قبل تبیین شده است.

است. اهدای تخمک و جنین نیز مشروعیت نسب کودک را تضمین می کند، اما نیازمند کاهش آثار حقوقی ارتباط بیولوژیکی با اهداکننده از طریق قوانین جدید است.

قرارداد مادر جانشین، با توجیه ماده ۱۰ قانون مدنی، راه حلی برای ناباروری است که بسته به تجاری یا نوع دوستانه بودن، تعهدات و پرداخت هایی دارد. در این روش، نسب کودک به پدر (به دلیل اسپرم) و مادر جانشین (به دلیل حمل) منتسب می شود.

این تحولات نیازمند تدوین قوانین جدید و اصلاح مقرراتی مانند قانون حمایت از کودکان بی سرپرست است تا تعارضات حقوقی رفع و روابط والدین و کودک تنظیم شود. قوانین جدید باید ضمن حفظ ارزش های اخلاقی و اجتماعی، محیطی پایدار برای حمایت از خانواده و همبستگی اجتماعی ایجاد کنند.

Extent Abstract

The advancement of assisted reproductive technologies (ART) as a sophisticated method

for infertility treatment has introduced significant legal and ethical challenges within the

realm of private law and family law. This study focuses on analyzing the legal and ethical

issues arising from the application of these technologies, examining the legal responsibilities and status of parents concerning children born through ART.

Key issues

addressed include the rights of children conceived through ART, their nationality status

and custodial rights, the legitimacy of contracts related to surrogate motherhood and

gamete or embryo donation, as well as conflicts between these technologies and

traditional legal principles.

The research indicates that the lack of alignment between existing legal frameworks and

scientific advancements in ART has created multiple legal voids, necessitating the

development of new regulations and the revision of current legal provisions.

In this

regard, an examination of Islamic jurisprudence and legal doctrines reveals that artificial

insemination using the husband's sperm is generally accepted under specific

religious conditions. However, methods such as egg and embryo donation and surrogacy continue to pose jurisprudential and legal challenges. Furthermore, surrogate motherhood contracts are analyzed from a legal standpoint, including their nature, the obligations of involved parties, and enforcement mechanisms. It is found that these contracts face challenges related to the child's legal parentage, marriage prohibition, inheritance rights, custody, and financial support. Additionally, the cultural and ethical dimensions of ART highlight that their social acceptance requires the formulation of protective laws and the establishment of appropriate regulatory mechanisms to prevent potential abuses. The findings of this study emphasize that, given scientific advancements and the evolving societal needs, it is imperative to draft comprehensive legislation aligned with human rights principles, social justice, and ethical considerations. Such regulations should protect the rights of both parents and children while resolving legal and ethical conflicts in this field, ultimately providing a clear framework for the application of assisted reproductive technologies

منابع

- کتاب ها: ۱- قرآن کریم
- ۲- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- ۳- فرهنگ لغت معین
- ۴- بینت، بلیندا (مولف)؛ عباسی، محمود (مترجم)؛ حقوق و پزشکی؛ نشر انتشارات حقوقی؛ چاپ پژمان؛ چاپ اول؛ بهمن ۱۳۷۷.
- ۵- پژوهشکده ابن سینا (جهاد دانشگاهی)؛ روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)؛ انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)؛ چاپ اول؛ بهار ۱۳۸۰.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق خانواده؛ نشر کتابخانه گنج دانش؛ چاپ احمدی؛ چاپ دوم؛ ۱۳۷۶.
- ۷- جمعی از نویسندگان؛ اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)؛ پژوهشکده ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)؛ چاپ اول؛ زمستان ۱۳۸۴.
- ۸- رضانیا معلم، محمدرضا؛ باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق؛ پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق؛ دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم؛ چاپ اول؛ اسفند ۱۳۸۳.
- ۹- سلطانی، محمد؛ اهدای جنین و قالب حقوقی آن؛ نشر انتشارات مجد؛ چاپ اول؛ ۱۳۹۶.
- ۱۰- عباسی، محمود؛ مجموعه مقالات حقوق و پزشکی، جلد چهارم؛ چاپ پژمان؛ چاپ دوم؛ بهار ۱۳۸۳.
- ۱۱- نایب زاده، عباس؛ ره پیک، سیامک؛ بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی؛ انتشارات مجد؛ چاپ اول؛ ۱۳۸۰.
- ۱۲- نصرتی مراللو، عظیمه؛ عرفانی، محمود؛ لقاح مصنوعی و اهدای جنین از منظر فقه و حقوق اسلام؛ انتشارات خرسندی (تهران)؛ چاپ اول؛ ۱۳۹۱.

- ۱۳- اصغری، فریبا؛ ملاحظات اخلاقی در روش کمک باروری رحم جایگزین؛ مرکز تحقیقات اخلاق و تاریخ پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی تهران، فصلنامه باروری و ناباروری، بهار ۱۳۸۷، صص ۳۰-۳۵.
- ۱۴- الله‌قلی، لیلا؛ رحمانی، اعظم؛ وضعیت حقوقی باروری مصنوعی؛ فصلنامه حقوق پزشکی، سال دوم، شماره هفتم، زمستان ۱۳۸۷.
- ۱۵- باریکلو، علیرضا؛ بررسی فقهی قانون باروری مصنوعی سال ۱۳۸۲؛ نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ سال چهارم و ششم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، صص ۱۸۳-۲۰۸.
- ۱۶- باریکلو، علیرضا؛ تحلیل حق حفظ هویت خانوادگی کودک متولد از باروری مصنوعی در نظام حقوق اسلامی و اسناد بین‌المللی حقوق بشر؛ مجله علمی- پژوهشی حقوق خصوصی؛ دوره دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۵۹-۸۶.
- ۱۷- تخله، شهاب؛ گری، رامین؛ بررسی و تبیین ارث و نسب طفل متولد از رحم استیجاری (عاریه‌ای)؛ فصلنامه بین‌المللی قانون‌یار، سال ۱۳۹۹.
- ۱۸- ریاضت، زینب؛ چالش‌های فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی و رویارویی با حق باروری زوجین نابارور؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال ششم، شماره بیستم، بهار ۱۳۹۱.
- ۱۹- عبدالهی، مریم؛ آثار فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی؛ کنفرانس بین‌المللی علوم انسانی، روانشناسی و علوم اجتماعی؛ ۲۷ آبان ۱۳۹۴، تهران - ایران.
- ۲۰- غنی‌زاده بافقی، مریم؛ انصاری، باقر؛ ناشناسی اهداکننده در روش‌های کمک باروری تأکید بر مصالح عالیّه کودک؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال یازدهم، شماره چهارم و سوم، زمستان ۱۳۹۶.
- ۲۱- فکور، حسن؛ بررسی جرم‌انگاری شبیه‌سازی انسان در حقوق ایران؛ فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره یازدهم، زمستان ۱۳۸۸.
- ۲۲- کوشا، ابوطالب؛ ابراهیمی، آرش؛ تابعیت اطفال متولد از تلقیح مصنوعی؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال پنجم، شماره هجدهم، پاییز ۱۳۹۰.
- ۲۳- محسنی، الهه؛ بررسی رحم جایگزین در حقوق تطبیقی؛ با تأکید بر حقوق فرانسه، ایران، انگلیس و یونان؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال سیزدهم، شماره چهارم و هشتم، بهار ۱۳۹۸.
- ۲۴- محمدتقی زاده، مهدیه و دیگران؛ باروری‌های پزشکی و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن با تأکید بر ضرورت تأمین مصالح شریعت؛ فصلنامه حقوق پزشکی، سال نهم، شماره سی و پنجم، زمستان ۱۳۹۴.
- ۲۵- نصیری، سعید؛ عامری نیا، محمدباقر؛ بررسی قواعد فقهی - حقوقی معارض با یافته‌های پزشکی (مطالعه موردی باروری)؛ کنفرانس مرکز بین‌المللی دانشگاه شیراز، نوامبر ۲۰۱۷.

۲۶- نظری، سیروس و دیگران؛ مطالعه تطبیقی حقوق باروری مصنوعی در ایران و انگلستان؛ مجله حقوق پزشکی، دوره شانزدهم، شماره پنجاه و هفتم، ۱۴۰۱.

۲۷- نقیبی، سید ابوالقاسم؛ محمودیان، نازلی؛ محرمیت کودکان ناشی از باروری های پزشکی از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران؛ دو فصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال بیستم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۶۲.

۲۸- وطنخواه، رضا؛ تلقیح مصنوعی از دیدگاه اخلاق و حقوق کیفری؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال اول، شماره اول، تابستان ۱۳۸۶.

منابع خارجی:

Articles

Graham, Mary Elaine, Jelin, Angie, Hoon, Alexander H. Jr., ۲۹- Wilms Floet, Anna Maria, Levey, Eric, & Graham, Ernest M., Assisted reproductive technology: Short- and long-term outcomes, De-pp ۳۸-۴۹, (۱)۶۵, ۲۰۲۳, velopmental Medicine & Child Neurology

Wu, Yen-Chen, Su, Emily Chia-Yu, Hou, Jung-Hsiu, Lin, Ching-Jung, ۳۰- Lin, Krystal Baysan, & Chen, Chi-Huang, Artificial intelligence and assisted reproductive technology: A comprehensive systematic review, Taiwanese Journal of Obstetrics and Gynecology, ۲۰۲۵, ۶۴(۱), pp ۱۱-۲۶

Faa, G., Manchia, M., & Fanos, V., (۲۰۲۴). Assisted Reproduc- ۳۱- tive Technologies: A New Player in the Foetal Programming of Child- hood and Adult Diseases? Pediatric Reports, ۲۰۲۴, ۱۶(۲), pp ۳۲۹-۳۳۸

The effect of artificial intelligence in issuing judgment of Iranian and French systems

1Dr. Ahmad pourabrahim*, 2.Zahra sheikh Ahmadi, 3. Amir Gerehgosha

Received: 18/1/2025

Accepted: 11/2/2025

Abstract

The use of artificial intelligence in the judicial system of Iran and France to establish justice has received much attention. In Iranian laws and in the 5- year transformation document of the judiciary in 1403, the use of artificial intelligence is foreseen in line with this goal. Also in French laws, a digital transformation plan has been approved for easy access of citizens to justice. But all the efforts of these two legal systems could not use artificial intelligence to issue judgment of judicial courts. This challenge of the legal system, ethics and culture of each country is different. Since Iran's law is based on Islamic jurisprudence and ethics, and judge must issue judgments based on justice and fairness, and fairness is a necessary part of human existence and is derived from ethics, therefore artificial intelligence cannot be designed in a way that includes all the inherent characteristics of a human being; therefore, this is practically ruled out. In the French legal system, which is based on Germanic Roman law, and in this system, customs and habits are enamel and the basis of laws; therefore, the existence of fairness can also be felt in issuing votes; on the other hand, for the membership of this country in European union, it is necessary to take steps based on the announced policy of this Union. Also, there are ambiguities regarding the risk of artificial intelligence not being responsible for voting errors, it seems that artificial intelligence can only a role as an assistant to the judge and not as a decision maker and author of the vote. In the research answered the above ambiguities through analytical and descriptive methods.

Keyword: artificial intelligence, justice, fairness, legal system, judicial courts

۱-Assistant Professor, Law Department, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran:
...../....۱/۵۸۶۵/۵۵۷۷

Purebrahim.ahmad@yahoo.com

۲-PhD student in private law at Islamic Azad University, Rasht, attorney at law and member of the
Mazandaran Province Bar Association :...۹/...۵/۷۲۵-/۳۴۴۵

zahrashikhahmadi@yahoo.com

۳-ecyolpme ,secneicS hcraeseR fo ytisrevinU narheT ,ecnedurpsiruJ ni tneduts DhP
...۹/...۷/۸۷۹۸/۱۵۵۹

amir1.gerehgosha@gmail.com

تأثیر هوش مصنوعی در صدور آراء محاکم نظام حقوقی ایران و فرانسه

دکتر احمد پورا ابراهیم*^۱، زهرا شیخ احمدی^۲ امیرگره گشا^۳

پذیرش: ۱۴۰۳ / ۱۱ / ۲۳

ارسال: ۱۴۰۳ / ۱۰ / ۲۹

چکیده

استفاده از هوش مصنوعی در نظام دادرسی ایران و فرانسه، جهت برقراری عدالت، بسیار مورد توجه قرار گرفته است؛ در حقوق ایران و در سند تحول ۵ ساله قوه قضائیه سال ۱۴۰۳، استفاده از هوش مصنوعی، در راستای این هدف پیش بینی شده است؛ همچنین در حقوق فرانسه نیز طرح تحول دیجیتالی، جهت دسترسی آسان شهروندان برای عدالت، مصوب گردیده است؛ اما تمامی تلاش های این دو نظام حقوقی نتوانسته، یا نمی تواند هوش مصنوعی را جهت صدور آرای محاکم قضائی به کار گیرد. این چالش، فراخور نظام حقوقی، اخلاق و فرهنگ هر کشوری متفاوت است؛ از آنجائی که قانون ایران بر مبنای فقه اسلامی و اخلاق بنا شده است و قاضی باید بر اساس عدل و انصاف رای صادر کند و انصاف، لازمه ی ذات وجودی انسان بوده و نشأت گرفته از اخلاق است، بنابراین نمی توان هوش مصنوعی را طوری طراحی کرد که در برگزیده تمام ویژگی های ذاتی انسان گردد؛ لذا عملاً این امر منتفی است؛ در نظام حقوق فرانسه نیز که بر پایه حقوق رومی ژرمنی بنا نهاده شده و در این نظام، عرف و عادت، مبنا و اساس قوانین است؛ بنابراین می توان وجود انصاف را نیز در صدور آرا احساس کرد؛ از سویی، به جهت عضویت این کشور در اتحادیه اروپا، لازم است بر اساس خط و مشی ابلاغی این اتحادیه گام بردارد، همچنین وجود ابهاماتی در خصوص خطر عدم مسئولیت هوش مصنوعی در خطای آراء، به نظر می رسد هوش مصنوعی صرفاً بتواند به عنوان دستیار قضائی، و نه در مقام تصمیم گیرنده و انشاء کننده رأی نقش ایفا نماید. در این پژوهش به آن از طریق روش تحلیلی، توصیفی به ابهامات فوق پاسخ داد.

کلید واژه: هوش مصنوعی، رای، عدل، انصاف، نظام حقوقی، محاکم قضائی

۱- دکتر احمد پورا ابراهیم، استادیار گروه حقوق واحد رشت دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران*
کد اورکید: ۰۰۰۹/۰۰۰۱/۵۸۶۵/۵۵۷۷

Purebrahim.ahmad@yahoo.com

۲- زهرا شیخ احمدی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، وکیل دادگستری و عضو کانون وکلای استان مازندران.

۰۰۰۹/۰۰۰۵/۷۲۵۰/۳۴۴۵

zahrashikhahmadi@yahoo.com

۳- دانشجوی دکتری فقه حقوق دانشگاه علوم تحقیقات تهران، کارمند
۰۰۰۹/۰۰۰۷/۸۷۹۸/۱۵۵۹

amir1.gereghosha@gmail.com

کاربرد هوش مصنوعی در خدمات حقوقی به سرعت در حال افزایش است و سامانه های نوین مبتنی بر پردازش زبان طبیعی به تدریج در حال به عهده گرفتن بخشی از وظایف حقوقدانان است. کاربرد هوش مصنوعی در قانون گذاری و امور حقوقی نیز از موضوعاتی است که همواره مورد توجه بوده است؛ چنانچه این اعتقاد وجود دارد که تحول در نظام های قضایی، بدون توسعه ی الکترونیکی و بهره گیری از فناوری های نوین در این حوزه امکان پذیر نیست. از این رو استفاده حداکثری از فناوری های نوین و هوش مصنوعی در فرآیند صدور آراء و تصمیمات قضایی یکی از موضوعاتی است که در سند تحول قضایی کشور نیز وجود دارد. در راهبرد ۳ از سند تحول قضایی ۵ ساله ۱۴۰۲ آمده است که برای صدور آراء و تصمیمات قضایی، از فناوری هوشمند استفاده شود. این موضوع نشانگر اهمیت کاربرد هوش مصنوعی در عرصه ی حقوقی کشور است. بنابراین ضروری است پژوهشی در خصوص نحوه ی کاربرد عملی هوش مصنوعی در صدور احکام صورت گیرد تا به ابهامات موجود در این خصوص پاسخ گفته شود.

با توجه به اینکه نظام حقوقی هر کشوری بر مبنای مذهب و فرهنگ آن کشور بنا شده است بنابراین نظر دادن در خصوص استفاده از هوش مصنوعی در صدور آراء در تمامی کشورها بطور کلی میسر و امکان پذیر نمی باشد و هر کشوری فراخور فرهنگ و مذهب و قانون خود با فرایند علم در بخش های از امور اجتماعی خود برخورد می نمایند، بنابراین در این تحقیق به تفصیل هوش مصنوعی را در صدور آراء حقوق ایران و حقوق فرانسه مورد بررسی قرار خواهیم داد. همچنین برای استفاده از هوش مصنوعی در آراء قضائی، این امر مستلزم تغییر قانون و بنای آن بر مبنای هوش مصنوعی بوده است، زیرا قانون فعلی ایران و فرانسه بر مبنای انسانیت قاضی تدوین شده است نه بر مبنای الکترونیکی بودن دستگاه قضائی، به عنوان مثال در مرحله بدوی قاضی چون انسان است احتمال اشتباه در صدور آراء وجود دارد، بر این اساس مرحله تجدیدنظر و رسیدگی سه قاضی دیگر پیش بینی شده است، اما اگر هوش مصنوعی رای صادر نماید دیگر مرحله تجدیدنظری وجود ندارد.

مقاله پیش رو با هدف پژوهش در مطالعه میان رشته ای تدوین و تشریح شده است و در صدد پاسخگویی به سوالاتی به شرح ذیل می باشد، هوش مصنوعی می تواند آراء محاکم قضائی ایران و فرانسه را صادر نماید یا به نحوی تاثیرگذار در صدور آراء قضائی باشد؟ مسئولیت و ضمانت اجرای آراء صادره توسط هوش مصنوعی به عهده چه شخص و یا ارگانی می باشد؟ پژوهش در موضوعات یاد شده، بر مبنای مطالعه ی میان رشته ای انجام و سعی شده است به سؤالات و ابهامات موجود در خصوص اثرات اعمال هوش مصنوعی در فرآیند صدور احکام پاسخ داده شود. روش کار بر مبنای تحلیلی و توصیفی نسبت به بررسی دو نظام حقوقی ایران و فرانسه بصورت تطبیقی پرداخته شده است.

۲- فلسفه وجودی هوش مصنوعی

در این فصل ابتدا به مفهومی از ماهیت هوش مصنوعی می پردازیم و سپس پیشینه ای از هوش مصنوعی به طور مختصر مورد بررسی قرار می گیرد زیرا از آنجایی که پیشینه تاریخی هوش مصنوعی مفصلاً در مقالات و کتب مخصوص به هوش مصنوعی، پرداخته شده است؛ لذا ضرورتی برای بازگوئی مجدد و مفصل آن در این مقاله وجود نداشته، به بیان مختصری از آن که ماهیت و حوهره وجودی هوش مصنوعی را نشان دهد اکتفا می کنیم.

۲-۱ مفهوم شناسی هوش مصنوعی

هوش مصنوعی^۱ که در این پژوهش با اصطلاح اختصاری AL بیان خواهد شد، یک صنعت فناوری اطلاعات است که بیشتر با ماشین های کار می کند که مانند یک انسان عمل می کند، جان مگ کارتی، هوش مصنوعی AI را به عنوان دانش علمی و فنی توسعه برنامه های کامپیوتری هوشمند بطور خاص توصیف کرد^۲ و همچنین در جای دیگری از هوش مصنوعی به معنای گروهی از فناوری های که وظایف محاسباتی بطور سنتی به انسان ها را انجام می دهند.^۳

هوش مصنوعی، به هر برنامه سخت افزاری یا نرم افزاری گفته می شود که از خود رفتارهایی را نشان می دهد که هوشمندان به نظر می رسد. برخی نیز هوش مصنوعی را این گونه تعریف کرده اند: «توانایی رایانه ای دیجیتال یا رباتی که توسط یک رایانه کنترل می شود جهت انجام دادن کارهای که به طور معمولی متناسب به موجودات هوشمند است»^۴. در یک تعریف دیگر هوش مصنوعی یک سیستم، برنامه، نرم افزار یا الگوریتمی است که بطور مستقل، می تواند منطقی و انسانی تصمیم گیری و مبتنی بر آن عمل کند.^۵ علاوه بر این، هوش همچنین به استفاده از توانایی ذهنی عمومی برای حل، استدلال و یادگیری موقعیت های مختلف مربوط می شود، هوش با کارکردهای شناختی مختلفی مانند زبان، توجه، برنامه ریزی، حافظه و ادراک ادغام می شود.

اما بخشی از هوش مصنوعی به نام یادگیری ماشینی^۶ که به اختصار در مقالات علمی زبان اصلی به ML نوشته می شود، در واقع یادگیری ماشینی کاربردی از هوش مصنوعی است که به سیستم امکان می دهد تا بطور خودکار بیاموزد و بر اساس تجربه خود را بهبود دهد. که نظری از نویسندگان و پژوهشگران بر این بوده که یادگیری ماشینی یک مدل مفهومی از یک چرخه تصمیم گیری را نشان می دهد که شامل هوش مصنوعی مبتنی بر یادگیری ماشینی است که جای تصمیم گیری انسانی کار می کند.^۷

ظاهراً بزرگان علم و مدعیان هوش مصنوعی نتوانستند تعریف جامع و کاملی از هوش مصنوعی ارائه دهند و در هر حوزه علمی و شرایطی پژوهشی، تعریف هوش مصنوعی به نحوی دست خوش تغییر قرار می گیرد؛ هوش مصنوعی به جهت داشتن ابعاد مختلف و پیچیده، هنوز از جمله موضوعات مهم دانشمندان در بحث پژوهش محسوب می گردد؛ لذا تعریف جامع و واحدی را نمی توان از آن کشف کرد. لیکن همانطوری که از واژه هوش مصنوعی مشخص است، هوش مصنوعی نوعی هوش ساخته شده بر مبنای هوش بشری است که توسط خود انسان طراحی و ساخته شده و چون مشابه انسان است و اصل نیست به آن هوش مصنوعی می گویند؛ که وظیفه ی دریافت داده ها و تجزیه تحلیل آنها را در کمترین زمان را برعهده دارد.

۲-۲ پیشینه ای از هوش مصنوعی به روایت تاریخ

هوش مصنوعی یک رشته علمی با قدمت طولانی می باشد،^۸ که به هیچ وجه جدید نیست و پایه های آن به آغاز علم کامپیوتر در حوزه های مختلف و با روش های مختلف متعددی که هدف آن باز تولید عملکردهای

۱- Artificial Intelligence

۲- Harikumar pallathadka Herman Ramirez

۳- Salima Benhamou, 2020, page 57

۴- تخشید، زهرا، مقدمه ای بر چالش های هوش مصنوعی در حوزه مسئولیت مدنی، مقاله علمی پژوهشی وزارت علوم، بهار و تابستان، ۱۴۰۰، شماره ۳۸، ص ۲۳۱

۵- پارسیان، محمدرضا و دیگران، به کار گیری هوش مصنوعی به عنوان مدیر شرکت های تجاری، مقاله ی پژوهشی از فصلنامه ی پژوهشی حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۴۴، ص ۱۳۵

۶- Machine learning

۷- Alun Preece, page 5

شناختی توسط رایانه است ، باز می گردد، خود اصطلاح هوش مصنوعی توسط جان مک کارتی ، از بنیانگذاران این رشته که با آلن نیوول و هربرت سیون همکار بودن که به زبان ساده ای استخراج شد^۱.

هوش مصنوعی برای اولین بار توسط جان مک کارتی در سال ۱۹۵۶ زمانی که اولین کنفرانس دانشگاهی در این زمینه برگزار کرد ، ابداع شد . اما سفر برای درک اینکه آیا ماشین واقعا می تواند فکر کند ، خیلی قبل تر از آن شروع شده است ، آزمون تورینگ یکی از روش های بود که بتوانند دانشمندان به این حقیقت برسند ، که آیا ما هرگز قادر خواهیم بود کامپیوتری بسازیم که بتواند به اندازه کافی از انسان تقلید کند ؟ آزمون تورینگ از بدو پیدایش ، مسیری شبیه بسیاری از تحقیقات AL را دنبال کرده است. در ابتدا دشوار به نظر می رسد اما ممکن بود در زمانی که تکنولوژی سخت افزار به نقطه خاص رسیده اما خود را به بسیار پیچیده تر از آنچه در ابتدا می شد نشان داد ، با کندی پیشرفت به حدی که برخی تعجب می کنند که آیا با وجود چندین دهه تحقیق و پژوهش ، آیا هرگز به آن خواهد رسید یا خیر؟ پیشرفت های بزرگ فناوری تورینگ همچنان هدفی را تعیین می کند که محقق AL برای رسیدن به آن تلاش می کنند و در طول مسیر متوجه می شوند که چقدر از تحقیق آن فاصله داریم ، در سال ۱۹۵۰ ، آلن تورینگ ریاضیدان انگلیسی مقاله ای با عنوان (ماشین های محاسباتی و هوش) منتشر کرد که درها را به حوزه ای باز کرد که AL یا هوش مصنوعی نامیده شد ، سالها قبل از آنکه جامعه اصطلاح هوش مصنوعی را که توسط جان مک کیتی ابداع شد بپذیرد ، با طرح این سوال ساده آغاز شد ، آیا ماشین می تواند فکر کند ؟ سپس تورینگ را برای ارزیابی اینکه آیا ماشین ها می توانند فکر کنند یا خیر که به دست تورینگ معروف شد پیشنهاد کرد^۲.

۳- مبنا و منشاء صدور آرای قضائی و انواع آن در حقوق ایران

طی تحقیقات به عمل آمده ، به نظر می رسد نحوه به کارگیری هوش مصنوعی در نظام قضائی کشورها و تاثیر آن در اجرای عدالت، به ساختار قضائی آن کشور بستگی دارد. ساختار قضائی یک کشور تعیین می کند آیا هوش مصنوعی می توان جهت پیشگیری از وقوع جرم و یا در زمینه تصمیم گیری و صدور رای ابزار مفیدی است یا خیر؟ هوش مصنوعی با توجه به اینکه قابلیت های زیادی در قرار گرفتن در جایگاه انسان را دارد لذا بر این اساس به نظر می رسد ساختار این فرایند علمی در تصمیمات قضائی مورد بررسی قرار گیرد .

صورت نهائی و غایی استفاده از هوش مصنوعی در فرایند دادرسی قضائی، ایفای نقش ابزار تصمیم گیری قضائی رای است. اهم فواید به کارگیری هوش مصنوعی در این خصوص، شامل کاهش کمیت مشغله قضات، بررسی دقیق تر شواهد، جلوگیری از اعمال تبعیض، امکان جست و جو در دنیایی وسیع از داده های قضائی و غیره قضائی استاندارد سازی شاخص های عدالت، ارتقای جایگاه ارزش ها و اعمال آن است. اینکه هوش مصنوعی چگونه به این اهداف دست خواهد یافت، موضوعی محوری است که لزوم الگو سازی قضائی طرح الگوریتم در زمینه هوش مصنوعی را دو چندان خواهد کرد. از این رو، این الگو باید مبتنی بر توجه به ارزش های زیربنایی قانونی باشد، تا خود قانون در فرایند رسیدگی قضائی، به جای تکیه بر روش های سنتی در اعمال یکپارچه دستورالعمل های قضائی مقید بر ارزش های تعیین شده از سوی نظام حقوقی و کاربرد منطقی این ارزش ها در رسیدگی های انفرادی باشد.

دستیابی استفاده صحیح از هوش مصنوعی در تصمیمات قضائی در ابتدای امر ضروری می باشد که قانونگذار قانونی را در راستای استفاده از هوش مصنوعی در آرای قضائی تنظیم و اجرائی کند، سپس با استفاده از متخصصین حوزه هوش مصنوعی و حقوقدانان نسبت به تنظیم الگوریتم هوش مصنوعی اقدام

نمایید، که جهت استفاده از هوش مصنوعی در نقش انسان موثر باشد که برای استفاده از هوش مصنوعی نیاز به ظرفیت عظیمی برای آموزش الگاریتم های برای بهربرداری از یادگیری عمیق نیاز دارد و همچنین الگاریتم های آموزشی به داده های نیاز دارند که به درستی توسط انسان ها حاشیه نویسی شده باشد، که ممکن است به تلاش قابل توجه ای نیاز داشته باشد، به ویژه برای آموزش شبکه های عصبی بزرگ، کار شامل قراردادن داده ها در فرمی مناسب برای آموزش الگاریتم ها با تمییز کردن آنها حاشیه نویسی آنها به یک قالب قابل استفاده برای کاربران است.^۱

به نظر می رسد نویسنده مقاله مورد استناد نقش و جایگاه وجودی انسان را در قالب هوش مصنوعی به درستی درک نکرده است، زیرا در تصمیمات قضائی هر چند هوش مصنوعی تاثیر گذار باشد اما نمی تواند بنابه فرهنگ و ذات انسانی قاضی در صدور آرا همخوانی داشته باشد.

علی ایحال برای نتیجه ای بهتر در این تحقیقات باید منشاء و مبنای صدور آرای قضائی از سوی قضات بررسی شود و پس از بررسی آن منشاء و مبنا سپس هوش مصنوعی را در قالب آن قرار دهیم تا بتوانیم نتیجه ای صحیح و منطقی از آن اخذ نمائیم، و همچنین نقش هوش مصنوعی در انواع آرای قضائی می تواند متفاوت باشد که در برخی از آرا هوش مصنوعی می تواند نقش صادر کننده آرا باشد مثل قرار اعدادی و یا در آرای قاطع دعوی نقش دستیار قاضی را داشته باشد، که در ادامه پژوهش به آن خواهیم پرداخت.

۴ - عدل و انصاف

صدور آراء براساس عدل و انصاف از اهمیت به سزای برخوردار است. عدل و انصاف در صدور آرا و تصمیم گیری های قضائی، اطمینان از این امر است که هر فرد، بدون تبعیض و با احترام به حقوق انسانی وی، دادرسی مساوی و منصفانه ای در مقابل قانون و قوانین داشته باشند.

انصاف در لغت فارسی به معنی عدل کردن، حق دادن، راستی کردن، و نیمه چیزی را گرفتن می باشد. انصاف^۲ و همچنین انصاف در گسترده لغت به معنای نصف کردن چیزی به دست خود انسان و بدون حکم حاکم است. مانند تقسیم مالی بین فرد و دیگری به صورت مساوی. دکتر کاتوزیان در کتاب فلسفه ای حقوق انصاف را به مجموعه قواعدی دانسته که در کنار قواعد اصلی حقوقی وجود دارد و به استناد متکی بودن بر اصول عالی و برتر اخلاقی می تواند قواعد حقوقی را لغو کند یا تخصیص دهد.^۳ و همچنین دکتر کاتوزیان در کتاب فلسفه حقوقی خود انصاف را از فضائل اخلاقی به معنای عدالت ورزی بر رعایت مساوات و برابری در رفتار با دیگران و پرداخت حقوق مردم بدون تبعیض اشاره دارد؛ انصاف در علم حقوق شامل مجموعه ای از قواعد و قوانین متکی بر اصول اخلاقی است که در کنار قوانین اصلی حقوق قرار می گیرند و توان تقیید و تخصیص قواعد حقوقی را دارند؛ به عنوان مثال اگر عدالت حکم کند که شخصی بدهکاری خود را پرداخت کند، انصاف در مورد اشخاصی که در حال اعسار باشند، حکم به دادن مهلت یا اقساطی پرداخت کردن بدهکاری می دهد.^۴ اصل انصاف، که به معنای دخالت دادن حکم وجدان و عقل سلیم در صدور حکم است، در حال حاضر در عرصه های مختلف ملی و بین المللی، اعم از قضائی و داوری، نفوذ کرده است و تا کنون دیوان دادگستری به عنوان مهم ترین مرجع قضائی بین المللی، در زمینه های مختلف از این اصل در

Salima Benhamou 2020/ 62 - ۲ - ۱

equity - ۱ - ۲

۳ - مظاهری. معصومه و دیگری، قاعده فقهی انصاف، فصلنامه ی مطالعات فقهی و حقوقی اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۷ بهار

۱۳۹۱، ص ۱۳۷

۴ - کاتوزیان ناصر، الزامات خارج از قرارداد، جلد هفتم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۲، ص ۱۴۵

با توجه به تعاریف فوق درخصوص انصاف ، به نظر می رسد انصاف ذات وجودی هر انسانی است که او را در اجرای صحیح عدالت یاری می کند و دست قاضی را باز می گذارد تا در چهارچوب اخلاق، کمی منعطف تر از قانون عمل نماید و مصلحت طرفین دعوی را نیز در اصول کار خود در نظر بگیرد. از آنجائی که انصاف با عدالت شباهت دارند لذا برای روشن شدن مفهوم انصاف و عدل باید این دو واژه را مورد مقایسه از جهت جنبه عام و خاص قرار دهیم .

معنای اصطلاحی عدل و عدالت به معنای لغوی آن نزدیک هستند. عدل یعنی اجرای قانون؛ پس حکم عادلانه به حکمی می گویند که بر اساس قانون صادر شود. عدالت در اصطلاح حقوقی به معنای رعایت حقوق افراد و دادن حق به هر صاحب حقی است^۲.

انصاف به معنای عام در زبان عربی مترادف عدالت است (انصف الرجل کان عادلا) وقتی گفته می شود مردی انصاف دارد یعنی عادل است . در زبان فارسی نیز عدل و انصاف به معنای عام ، به یک معنا می باشد: فرهنگ عمید ، انصاف را به عدل و داد معنا کرده است. اما تفاوت عدل و انصاف در معنای خاص خود بروز می کند ، انصاف در واقع احساسی از چهره لطیف تر عدالت در موارد خاص است و شامل مساوات و برابری و تعادل می شود که بطور طبیعی کسی که عدالت را به این معنا به کار می برد ، از مفهوم تساوی و برابری فاصله گرفته و حکمتی را مورد توجه و نظر قرار داده است^۳.

با توجه به مطالب فوق مشخص و مبرهن می باشد که اساس و بنیاد صدور آرای قضائی بر پایه عدل و انصاف می باشد و جمع این دو عنصر در کنار هم منجر به صدور آرای صحیح و بر اساس عدالت می باشد ، زیرا قاضی در اعمال عدل و اجرای قوانین از طریق انصاف ، دایره عملکرد قاضی را در تصمیم گیری وسیع می کند و با طیب خاطر و با مستند قانونی رای به انصاف دهد و وجدان او در اعمال عدل با انصاف به آرامش می رسد . بنابراین انصاف ذات وجودی و وجدان انسان بر گرفته از انسانیت و اخلاق می باشد که به عدل رنگ و بوی عدالت می دهد.

۵- مبنا و منشا صدور آرا در حقوق فرانسه

حقوق فرانسه بر مبنای حقوق رومی ژرمنی بنا شده است و باید حقوق فرانسه را براساس حقوق روم ژرمنی مورد بررسی و کاوش قرار دهیم و به جواب سوال تحقیق برسیم. حقوق رومی ژرمنی به مجموعه ای از سیستم های حقوقی اطلاق می شود که ریشه های خود را از حقوق رومی و حقوق آلمانی (ژرمنی) گرفته اند ، این دو سیستم حقوقی در طول تاریخ تأثیرات متقابلی بر یکدیگر داشته اند و امروزه در بسیاری کشورهای اروپایی و نیز در برخی از نقاط جهان و همچنین حقوق فرانسه ، مبنای اصلی نظام حقوقی محسوب می شود. حقوق رومی ژرمنی به عنوان یک پایه ی مهم در فهم نظام های حقوقی مدرن محسوب می شود و مطالعه آن به درک بهتر قوانین و نظم حقوقی در بسیاری از کشورها کمک می کند.

با توجه به اینکه حقوق رومی ژرمنی تمایل به عادات و رسوم در قدیم داشت ، بنابراین می توان گفت مولفه ای کلیدی این حقوق بیشتر بر اساس عرف و رسوم قبیله ای و همچنین مراکز قضائی محلی تنظیم

۱- مطیعی انسیه و دیگری، بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره

۳، پاییز ۱۳۹۷ ص ۱۵۶

۲- مظاهری. معصومه و دیگری، قاعده فقهی انصاف، فصلنامه ی مطالعات فقهی و حقوقی اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۷

بهار ۱۳۹۱، ص ۱۳۷

۳- همان، ۹۱، ۱۳۸

شده و معطوف به عدالت و رفع اختلاف اجتماعی است. آرای قضات در محاکم فرانسه به طور کلی تحت تاثیر قوانین، رویه قضائی، استدلال حقوقی و ملاحظات اجتماعی قرار دارد، این عوامل به همراه یکدیگر زمینه ساز صدور آرای شفاف و منطبق بر اصول حقوقی و عدالت اجتماعی می شود.

در کشور فرانسه دولت مکرون سعی کرده دایره هوش مصنوعی را در تمامی زمینه ها استفاده نماید و حتی این امر در محاکم نیز مورد بررسی و گاه ها کاوش قرار گرفته است. که نمونه از آن تصویب طرح تحول دیجیتالی می باشد که هدف از آن توسعه یک سرویس عدالت عمومی دیجیتالی کاملاً کاربردی تا سال ۲۰۲۲ است که به کاربران امکان می دهد پرونده ها را به صورت آنلاین دنبال کنند و این تحول برای دسترسی به عدالت می باشد.^۱

علاوه بر این دولت فرانسه استفاده از هوش مصنوعی را برای جنبه های خاصی از حکمرانی آزمایش کرده است. به ویژه، دادگاه های استیناف رن و دوای، نرم افزار عدالت پیش بینی کننده را در پرونده های تجدیدنظر مختلف در سال ۲۰۱۷ آزمایش کردند، اما نتایج دلگرم کننده نبود.^۲

با مطالعه و مذاقه در روند استفاده از هوش مصنوعی و حساسیت دولتمردان فرانسه در استفاده از این پدیده نو ظهور، نظام حقوقی فرانسه نیز به جهت حساسیت صدور آرا با تفکر انسانی و طبیعت ذات انسان، نتوانسته است به نتیجه مطلوبی نائل آید.

۶- آرای محاکم از طریق هوش مصنوعی و آثار آن:

در خصوص تأثیر هوش مصنوعی در آرای محاکم، در فصل های اول مقاله به تفکیک از هوش مصنوعی و اساس صدور آرای محاکم به تفصیل صحبت شد. حال در این فصل با در کنار هم قرار دادن هوش مصنوعی و مبنا و اساس صدور آرا محاکم در انواع آرا در محاکم می خواهیم تأثیر هوش مصنوعی را در صدور آرا بررسی کنیم.

۶-۱ مسئولیت مدنی هوش مصنوعی پس از صدور آرای قضائی

در خصوص مسئولیت هوش مصنوعی به نظر می رسد که وضعیت هر نظام حقوقی متفاوت باشد، ممکن است در آینده نه چندان دور مسئولیت مستقلی را برای این سیستم در نظر بگیرند.^۳

۱۴۱ با عنایت به اینکه هنوز هنوز استقلال ربات ها و جبران خسارت از جانب آنها امر نظری است، لازم است که در شرایط کنونی آن را ابزار تلقی کنیم و دیگران را مسئول مال آنها بدانیم. بحث مهم مسئولیت صادر کننده رای در صورت صدور آرای اشتباه می باشد، که در حقوق ایران در اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص مسئولیت قضات اختصاص داده شده است، از آنجائی که رابطه سببیت و قابلیت انتساب رای صادره توسط هوش مصنوعی وجود ندارد نمی تواند مسئولیتی را برای هوش مصنوعی بوجود آورد و این امر باعث می شود که قاعده لاضرر با وجود هوش مصنوعی در صدور آرای قضائی بطور کلی در حاله ای از ابهام باقی بماند و هیچ کس پاسخگویی ضرر بوجود آمده بر

۱- Alan Duflo, 2024, 42 1-

۲- ibid, page 42 2-

۳- رجبی، عبدالله، ضمان در هوش مصنوعی، مجله مطاعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۴۶۳

اساس اشتباه در صدور آرا توسط هوش مصنوعی نشود.^۱ (در حقوق فرانسه و پژوهشگران بر این نظر می باشند که مسئولیت و انتساب هوش مصنوعی در صدور آرا مطرح می شود، در هر دو مورد نتیجه فرآیند عمل حقوقی یا واقعیت حقوقی است که نظام حقوقی آن را تصرف می کند. در هر دو مورد، تنش های بین قانون و فناوری، بین انفورماتیک حقوقی، قانون و فناوری اطلاعات و قانون مسئولیت مدنی ایجاد می شود، فرانسه به عنوان یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، باید اصول اروپائی را در این زمینه اجرا کند، اتحادیه اروپا مسئولیت هوش مصنوعی را اپوراتور پیشنهاد می کند برای سیستم هوش مصنوعی پرخطر، آنها معتقدند راه اندازی آن منطقی است، که یک رژیم سخت مشترک (مسئولیت بدون تقصیر) است. اما به نظر می رسد که این پیشنهاد نیز به چه عدم مطابقت هوش مصنوعی با واقعیت حقوقی کاربردی نداشته و نخواهد داشت.

بر این اساس عدم ارائه راهکار در اینخصوص منجر به آسیب اجتماعی و روانی در جامعه می شود و امنیت مردم از بین می رود و بنابراین برای اینکه از هوش مصنوعی در صدور آرای قضائی استفاده کرد، باید قانون مدونی تدوین شد و باب مسئولیت از لحاظ خطای به وجود آمده در صدور آرا را مشخص نمود تا ضرری بدون جبران باقی نماند، بنابراین صرف اینکه از هوش مصنوعی در صدور آرای قضائی بدون پشت بانی قانون بدون استفاده شود کاری بسیار غلط بوده که آسیب آن به اجتماع بر می گردد.

۶-۲ به کار گیری هوش مصنوعی در نظام حقوقی ایران و فرانسه

در این بحث به کارکرد هوش مصنوعی در نظام حقوقی ایران و فرانسه می پردازیم، نظام حقوقی هر کشوری برگرفته از فرهنگ و مذهب و سیاست آن کشور مدون می شود تا از این طریق بتوانند رضایت عموم مردم کشور خود را جلب کنند، از آنجای که نظام حقوقی کشور ایران بر مبنای فقه اسلامی و اخلاق می باشد بر این اساس و بنیان رای قاضی براساس قاعده عدل و انصاف می باشد که برگرفته از آیات و روایات بوده و دین مبین اسلام کرامت انسانی را مورد ارج و اهمیت ویژه ای قرار داده است، لذا هوش مصنوعی به جهت اینکه فاقد ذات انسانی بوده و احتمال برقراری انصاف را ندارد لذا در دستگاه قضائی حقوق ایران و جایگزین قاضی در صدور رای با مشکلاتی مواجه خواهیم شد، هر چند حقوق فرانسه بر اساس شرع اسلام بنا نشده و اساس حقوق فرانسه بر اساس روم -ژرمنی بوده ولی از آنجای که یکی از ارکان صدور آرای قضات بر مبنای رویه قضائی و اصول حقوقی می باشد بنابراین قاعده عدل و انصاف نیز در صدور آرای قضائی قضات محاکم فرانسه نیز اساس صدور آرا باشد و نتیجه هوش مصنوعی در صدور هر دو نظامی حقوقی ایران و فرانسه به یک شکل می باشد.

با وجود محدودیت های فقهی و قانونی درخصوص استفاده از هوش مصنوعی در دستگاه قضائی به نظر می رسد که نظام حقوقی ایران و روند به تصویب سند تحول قوه قضایه در سال ۱۳۹۹ بر هوشمند نمودن قسمتی از کار قضائی نظر ویژه ای داشت. در سند تحول قوه قضائیه عمل ۳ راهبر اول درخصوص استفاده از هوش مصنوعی جهت کارشناسی برای حذف مداخلات انسانی اظهار نظر شده است. در این راهبرد هدف ارجاع امر کارشناسی به هوش مصنوعی انجام امور کارشناسی به منظور جلوگیری از تخلف و احتمال خطاها در آن است.

۱- رهبری، ابراهیم و دیگری، چالش های کاربردی هوش مصنوعی به عنوان قاضی در دادرسی های حقوقی، (مقاله ی علمی پژوهشی)، فصلنامه ی تحقیقات حقوقی، ویژه نامه حقوق و فناوری، سال ۱۴۰۱، شماره ۲۴، ص ۴۷۳

در بخشی از سند تحول قضائی به چرخش تحول آفرینی اشاره شده است. در این بخش نکات متفاوتی مورد توجه قرار گرفته است. ۱۴ ویژگی چرخش های تحول آفرین، دریچه ی جدیدی را برای جهت گیری های کلان قوه قضائیه به منظور ایجاد چهارچوب اصلی تعیین راهبردها، باز می کند. مباحث بسیار مهمی در چرخش های تحول آفرین مورد توجه قرار گرفته است که از مهم ترین آنها استفاده از هوش مصنوعی در بررسی ادله و عزم قوه قضائیه برای استفاده از هوش مصنوعی در صدور آراء قضائی بوده است. سامانه تناد نمونه ای از این چرخش تحول آفرین در سند تحول و مقدمه استفاده از هوش مصنوعی در محاکم بوده است این چرخش دریچه ای جدید در زمینه شفاف سازی با بهره گیری از آخرین فناوری روز دنیا مبتنی بر هوش مصنوعی و با تکیه بر توان متخصصان داخلی انجام گرفته است؛ به طوری که قرار دادن ۲۰ میلیون رأی در سامانه، توانسته است تحول بزرگی را در این خصوص در قوه قضائیه ایجاد کند. همچنین ماده ۲۹۲ لایحه برنامه هفتم توسعه، قوه قضائیه را مکلف کرده است تا پایان سال اول برنامه، با استفاده از هوش مصنوعی تمام فرآیندهای خود را هوشمند و الکترونیکی کند.

با توجه به همگام سازی سند تحول قوه قضائی با علم روز دنیا درخصوص هوش مصنوعی، ولی باید به این موضوع توجه داشت که این سند نتوانسته است درخصوص اینکه هوش مصنوعی صلاحیت صدور رأی را دارد یا خیر نظر متیقنی بدهد، زیرا در حقوق ایران و فقه، انگارهای درخصوص قضاوت وجود دارد که تطبیق آنها با هوش مصنوعی دور از ذهن به نظر می رسد.

به عنوان مثال شروطی همچون (بلوغ، عقل، اسلام، عدالت، ذکوریت، اجتهاد، حریت، طهارت مولد، علم به اصول استنباط و احکام شرعی، بینائی و ناطق بودن که اکثر آنها به جز چند مورد خاص، در میان مذاهب خمس مورد اتفاق است) بسیاری از شرایط فوق از جمله، بلوغ، اسلام، عدالت، ذکوریت، طهارت مولد و... به گونه ای است که بالطبع فقط انسان می تواند دارای آن باشد و در مورد قاضی هوش مصنوعی نمی توان آنها را متصور شد، به علاوه اگرچه ربات ها امروز می توانند صحبت کنند، ببینند، تصمیمات عقلایی بگیرند و اطلاعاتی را ذخیره کنند، به دشواری می توان آنها را ناطق، بینا و عاقل یا عالم در معنا شرعی آن قلمداد کرد^۱.

بنابراین در نظام حقوقی ایران که شرع و اخلاق رکن اساسی قضاات در صدور آرا می باشد و قاضی باید برابر یک سری شروط قانونی و شرعی در مسند قضا قرار گیرد تا مشروعیت در صدور آرای قضائی را داشته باشد و قاضی اگر فاقد یکی از شروط تعیین شده بر اساس شرع و قانون باشد آن آرا از درجه اعتبار ساقط می باشد، و پس با بررسی سیستم هوش مصنوعی کاملاً مشخص می باشد که هوش مصنوعی نمی تواند در جایگاه یک انسان قرار گیرد و باطبیقه فاقد شرایط انسانی شروط شرعی قاضی را دارد بنابراین آرای صادره از سوی هوش مصنوعی وجاهت قانونی نخواهد داشت، و برای اینکه هوش مصنوعی وارد عرصه قضاوت گردد حتماً باید قانونگذاران ایران در نظام حقوقی ایران تغییراتی را ایجاد کنند که برخلاف شرع و فرهنگ و اخلاق کشور ایران نباشد و همچنین در مواردی از هوش مصنوعی در امر قضا استفاده گردد که برخلاف طبیعت وجودی انسان نباشد.

۱- رهبری، ابراهیم و دیگری، چالش های کاربردی هوش مصنوعی به عنوان قاضی در دادرسی های حقوقی، مقاله ی علمی پژوهشی، فصلنامه ی تحقیقات حقوقی، ویژه نامه حقوق و فناوری، سال ۱۴۰۱، شماره ۲۴، ص ۴۳۷

۷- نتیجه گیری

هوش مصنوعی می تواند به عنوان ابزاری برای تجزیه و تحلیل داده های قضایی و ارائه پیشنهادات برای تصمیم گیری به کار رود؛ اما تصمیم نهائی همیشه نیازمند ارزیابی انسانی و داوری قضات است. همچنین مسائل اخلاقی حقوقی و فرهنگی مرتبط با موضوع پرونده در نگاه و علم قضات تأثیرگذار خواهد بود. رسیدگی ها، به نظر می رسد، دستیار هوشمند قضائی عمده ترین موضوعی است که در این زمینه یاری رسان است؛ چرا که می توان با تشخیص علل وقایع پرونده و ابهامات موجود در آن، قاضی را در بررسی ادله و دفاعیات یاری دهد؛ همچنین بعد از ادعای دفاعیات و ادله، می توان با نقش تصمیم گیرندگی، کلیه اطلاعات پرونده را به لحاظ پرونده های مشابه و احکام آنها، قوانین و مقررات، نظریات فقهی، مشورتی و حقوقی و ملاحظات قاضی درک و درخصوص موضوعات پرونده احکامی را پیشنهاد کند که با توجه به اختیار قاضی رای صادر گردد.

هوش مصنوعی می تواند در فرایند آماده سازی و تحلیل اطلاعات مرتبط با پرونده قضائی کارگشا باشد؛ اما صدور آرای قضائی به طور کامل نیازمند ارزیابی انسانی و تصمیم قضائی یا دیگر افراد حقوقی است. این امر به دلیل پیچیدگی مسائل حقوقی، اخلاقی و سیاسی در یک پرونده قضائی ضروری است. هوش مصنوعی می تواند در جمع آوری داده ها، تحلیل های پیشنهادی و پشتیبانی از تصمیم گیری های انسانی مورد استفاده قرار گیرد، اما صدور آرا نهائی به دلیل موارد گفته شده، به انسان تعلق دارد.

همچنین در بررسی های به عمل آمده همانطوری که بیان شد اساس و مبنای صدور آرای قضائی در حقوق ایران باید بر مبنای عدل و انصاف باشد، همانطوری که در پژوهش حاضر درخصوص عدل و انصاف تفصیلاً توضیح داده شد، به این نتیجه می رسیم که عدل در واقع مجموعه ای از علم قاضی در خصوص قوانین و مقررات موضوعه و قواعد حقوقی می باشد که قضات با کسب علم و تخصص، از رکن عدالت برخوردار می شود؛ قاضی می تواند عدالت را بر قرار کند که دارای علم حقوقی و تخصص باشد و هر چه قدر در این خصوص باسوادتر باشد در مسیر عدالت نیز به درستی گام خواهد برداشت. بنابراین می توان مجموعه علمی را که قضات در زمینه قوانین و قواعد و اصول حقوقی آموخته اند، به عنوان الگوریتم و برنامه به هوش مصنوعی داده و از ماحصل آن در صدور آرا صحیح تر و درست تر استفاده کرد. اما وضعیت انصاف کمی با عدالت متفاوت است؛ انصاف در واقع ذات وجودی انسان است که با فرهنگ و مذهب او رشد پیدا می کند و برگرفته از نگاه منصفانه قاضی در مسایل و مشکلات مردم است. به عنوان مثال خوانده پرونده بر اساس دلائل و مستندات محکمه پسند، نسبت به خواهان بدهکار شناخته می شود؛ در اینجا عدالت حکم می کند خوانده برابر قانون محکوم مبلغ مورد خواسته خواهان را یک جا بپردازد؛ اما برابر قانون مدنی ایران، قانونگذار به قاضی این اختیار را داده است که براساس انصاف به خوانده مهلت عادله ای بدهد تا مبلغ پدهی خود را پرداخت نماید؛ حال در همین مسئله ساده اگر هوش مصنوعی بخواهد حکمی صادر کند راساً نامبرده را به پرداخت وجه محکوم خواهد کرد زیرا هوش مصنوعی، فاقد احساس و انصاف است؛ بنابراین فرصت عادلانه در پرداخت محکوم به منتفی خواهد شد؛ بنابراین از آنجایی که اجتماع دو رکن عدل و انصاف در صدور آرای قضائی ضروری است و هوش مصنوعی فاقد رکن انصاف است؛ لذا این فناوری نوین نمی تواند نقش تصمیم گیرندگی در محاکم داشته باشد.

مبنای صدور آرای قضائی در فرانسه به اصول و قوانین حقوقی این کشور بستگی دارد که عمدتاً برگرفته از حقوق رومی ژرمنی می باشد، در حقوق فرانسه قضات برابر قانون و رویه های قضائی و اصول حقوقی رای صادر می نمایند، و به نظر می رسد در دادرسی حقوق فرانسه با توجه به اینکه به نظام استفاده از رویه قضائی و اصول حقوقی نیز پایبند هستند بنابراین قاعده انصاف را نیز در صدور آرای قضات ملاک عمل خواهد بود، لذا از فناوری هوش مصنوعی برای بهبود کارائی سیستم قضائی برای تسهیل در صدور آرا می توان استفاده کرد، اما در فرانسه استفاده کامل از هوش مصنوعی در صدور آرای قضائی موضوع

بحث بر انگیز و چالشی می باشد ، زیرا یکی از نگرانی های نظام حقوقی فرانسه بحث مسئولیت خطای هوش مصنوعی می باشد و همچنین الگوریتم های مورد استفاده ممکن است تحت تاثیر داده های نادرست قرار گیرند که منجر به بروز نابرابری در صدور آرای قضایی و سلب اعتماد مردم در محاکم قضایی شود ، لذا در حقوق فرانسه نیز بیشتر از هوش مصنوعی به عنوان ابزاری برای کمک به قضات و وکلا در تحلیل دادها و اطلاعات استفاده می شود.

Extent Abstract

The use of artificial intelligence in legal services is increasing rapidly, and new systems based on natural language processing are gradually taking over part of duties of lawyers. The use of artificial intelligence in legislation and legal affairs is also one of the topics that has always been of interest, if there is a belief that the evolution of judicial systems is not possible without electronic development and the use of new technologies in this field. Therefore, the maximum use of new technologies and artificial intelligence in the process of issuing judicial decisions and opinions is one of the topics that is also present in the judicial reform document of the country. Use smart technology. This issue shows the dangers of using artificial intelligence in the country legal field. Therefore, it is necessary to conduct a research on the use of artificial intelligence in issuing judgment in order to answer the accusation in this regard.

Due to the fact that the legal system of any country is based on the religion and culture of that country, it is generally not possible to comment on the use of artificial intelligence in in voting in all countries, and each country has its own culture and religion. Laws themselves deal with process of science in part of their social affairs. Therefore, in this research, we will examine artificial intelligence in detail in the issuance of Iranian and French law votes. Also, in order to use artificial intelligence in judicial decisions, this requires changing the law and building it on the basis of artificial intelligence, because the current law of Iran and France is based on the humanity of the judge, not on the basis of the electronic nature of judicial system, for example in the stage since the judge is a human being, there is a possibility of making a mistake in issuing votes, based on this, the appeal stage and consideration of another judge is foreseen, but if artificial intelligence issues a decision, there is not appeal stage

The following article has been compiled and explained with the aim of research in an interdisciplinary study and aims to answer some question it is as follows, artificial intelligence can break the judgments of the Iranian and French courts in some way to be effective in a hundred rounds of judicial

votes? The responsibility and guarantee of the implementation of votes issued by artificial intelligence is the responsibility of the one it is a person and organization. The research in the mentioned subjects is based on an interdisciplinary study the questions and ambiguities regarding the effects of applying artificial intelligence in the sentencing process should be answered.

2. Methods

The working method is based on analytical and descriptive basis for the investigation of the two legal systems of Iran and France in a comparative manner.

3. conclusion

Artificial intelligence can be used as a tool to analyze judicial data and provide suggestions for decision-making; But the final decision always requires human evaluation and judgment of judges. Also, moral, legal and cultural issues related to the subject of case will be influential in the view and knowledge of the judges. proceeding, it seems that the intelligent judicial assistant is the main thing that helps in this field because it can help the judge in examining the evidence and defenses by identifying the causes of events of the case and the ambiguities in it; also after alleging defenses and evidences, with the of decision- making one can understand all the information of case in terms of similar cases and their rulings ,the rules, advisory and legal jurisprudential opinions, and the considerations of the judge and regarding the issues of the case. Propose sentences to be issued according to the discretion of the judge. Artificial intelligence can be useful in the process of preparing and analyzing information related to the judicial case; But the issuance of judicial decisions completely requires human evaluation and judicial decision with other legal persons. This is necessary due to the complexity of legal, ethical and political issues in a judicial case. Artificial intelligence can be used to collect data, offer analysis and support human decisions, but issuing final votes. it belong to humans because of the mentioned cases. Also, in the studies carried out, as stated. The basis of issuing judicial decisions in Iranian law should be based on justice and fairness. As it was explained in detail in the present research about justice and fairness. We come to conclusion that justice is actually a collection of the knowledge of the judge regarding the laws and regulations of the subject and the legal rules that the judges deal with by acquiring knowledge and expertise from the pillar of justice, the judge can establish justice who has legal knowledge and the more educated he is this regard, the more he will take steps in the path of justice. Therefore, it is possible to give artificial intelligence the set of science that judge have learned in the field of laws and

rules and legal principles as algorithms and programs. He used the results to issue more accurate and correct vote, but someone's fairness situation is different from justice; in fact, fairness is the essence of human existence. Which grow with their culture and religion and is derived from the judge's fair view of people's issues and problems. For example, the defendant in the case based on the reasons and document. The court is recognized as a debtor in favor of the claimant; here, the justice rules that the defendant, according to the law, must pay the amount requested by the plaintiff in one go; but according to the Civil Code of Iran, the legislator has given the authority to the judge to give the defendant a fair deadline to pay the amount of his debt based on fairness. Now, in this simple matter, if artificial intelligence wants to issue a verdict, it will condemn the named person to pay the amount. Will do because artificial intelligence lacks emotion and fairness, so the fair opportunity in payment will be rejected; therefore, since the meeting of the two pillars of justice and fairness is necessary in issuing judicial decisions, and artificial intelligence lacks the pillar of fairness; therefore, this new technology cannot play a role in decision-making has court.

The basis for issuing judicial decisions in France depend on the legal principles and law of this country, which are mainly derived from Roman Germanic law. In French law, judges issue judgments according to the law and judicial procedures and legal principles, and it seems that in the proceeding considering that French law adheres to the system of using judicial procedure and legal principles, therefore, the rule of fairness will also be the criterion of action in issuing judges' opinions. Therefore, artificial intelligence technology can be used to improve the efficiency of the judicial system for the issuance of votes. But in France, the full use of artificial intelligence in the issuance of judicial opinions is a controversial and challenging issue. Because one of the concerns of the French legal system is the issue of responsibility. It is error of artificial intelligence, and also the algorithms used may be affected by incorrect date, which leads to inequality in the issuance of judicial decisions and the deprivation of people's trust in judicial court. Therefore, in French law, artificial intelligence is used as a tool to help. To the judges and lawyers are used in data and information analysis.

- 1- آقاجانی، مریم، هوش مصنوعی از مقدماتی تا پیشرفته، انتشارات نسل روشن، سال ۱۴۰۰
- 2- انصاری مسعود، طاهری محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی جلد اول و سوم، تهران، انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۸
- 3- جلوه سهراب، هوش مصنوعی، ویرایش دوم، شیراز، سال ۱۳۸۸
- 4- سرآبادانی، علی، سرآبادانی امیر، سرآبادانی فهیمه، هوش مصنوعی و سیستم های خبره، انتشارات جالیز، سال ۱۳۹۷
- 5- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات نشر میزان، سال ۱۳۸۲
- 6- عباسی، علی، کاربردهای نوین هوش مصنوعی، سال ۱۴۰۱
- 7- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، مصر، نشر محمد علی صبیح و اولاده، سال ۱۳۴۷ ق
- 8- کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج قرارداد، جلد هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ص ۱۴۵
- 9- معین، محمد، فرهنگ لغت، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات ادنا، سال ۱۳۸۶

ب- مقاله

- 1- پاسبان محمدرضا، طوسی عباس، مظاهری محمدرضا، به کار گیری هوش مصنوعی به عنوان مدیر شرکت های تجاری، مقاله پژوهشی از فضانامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، پاییز سال ۱۴۰۲ شماره ۴۴.
- 2- تخشید، زهرا، مقدمه ای بر چالش های هوش مصنوعی در حوزه مسئولیت مدنی، مقاله علمی پژوهشی وزارت علوم، بهار و تابستان، ۱۴۰۰، شماره ۳۸، ص ۲۳۱
- 3- رجبی عبدالله، ضمان درهوش مصنوعی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، شماره ۲ پاییز و زمستان ۱۳۹۸.
- 4- رهبری ابراهیم، شعبانپور علی، چالشهای کاربردی هوش مصنوعی به عنوان قاضی در دادرسی های حقوقی (مقاله علمی -پژوهشی)، فصلنامه تحقیقات حقوقی ویژه نامه حقوق و فناوری، سال ۱۴۰۱.
- 5- قراملکی علی مظهر، علی دادخواه، مجله علمی پژوهشی وزارت علوم، پژوهش های فقهی دوره نهم بهار و تابستان سال ۱۳۹۲، پژوهش پیرامون قاعده عدل و انصاف
- 6- مصطفوی اردبیلی سید مهدی، تقی زاده انصاری مصطفی و رحمتی فر سمانه، (۱۴۰۱) کارکردها و بایسته های هوش مصنوعی از منظر دادرسی منصفانه، حقوق فناوری های نوین، نشریه حقوق فناوری نوین، پاییز زمستان ۱۴۰۱، شماره ۶ ب.
- 7- مطیعی انسیه، مسعود البرزی ورکی بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف، بیست و دوم پاییز سال ۱۳۹۷، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۳، درجه علمی

نشریه علمی وزارت علوم.

- 8- نه‌رینی ، فریدون ، تشخیص ماهیت و نوع رای دادگاه ، نشریه مطالعات حقوق خصوصی ، تابستان سال ۱۳۹۰ شماره ۲ مجله علمی پژوهشی .
- 9- مظاهری ، معصومه ، آل اسحاق خوئینی زهرا ، قاعده فقهی انصاف ، فصلنامه مطالعات فقهی و حقوق اسلامی ، سال هشتم ، شماره ۲۷ ، بهار ۹۱ .
- 10- محامد ، علی ، بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن ، فصلنامه علمی پژوهشی دانشگاه قم ، سال هشتم، شماره دوم.

انگلیسی

الف - کتاب

- ۱-Benjamin H. BARTON, (۲۰۱۷) Rebooting justice more Technology, Fewer Lawyers and the Future of law Encounter Books
- ۲-Dechesne F.; Dignum, V.; Zardiashvili, L.; Bieger, J (۲۰۱۹) AL& Ethics at the police: Towards Responsible use of Artificial Intelligence in the Dutch police
- ۳-foundations of machine learning (۲۰۱۸) Mohri M. Rostamizade a. and Talwalkar a
Foundations of machine Learning. MITpress
- ۴-Wallach W. and Allen C (۲۰۰۸) Moral machines:Teaching robots right from wrong . oxford university press

ب - مقاله

- ۱-Alun Preeece, (۲۰۰۶) Hows and whys of Artificial Intelligence for public sector decision: explanation and evaluation. Cardiff university. Page ۵
- ۲-Chris Smith, (۲۰۰۶) The History of Artificial Intelligence, university of Washington, December
- ۳- Harikumar Pallathadka, Edwin Hernan Ramirez, Applications of artificial intelligence in business management ecommerce and finance, journal homepage: www.elsevier. Com/ locate/ matpr. Page ۱
- ۴- Jahanzaib shabbier and Tarique Anwer, (۲۰۱۸) Artificial Intelligence and its Role in near future, Computer Science, Published in arXiv.

- ۵- Salima Benhamou, (۲۰۲۰) Artificial Intelligence and the Future of Work, ۱۶۹, 1er trimester, , page ۵۷
- ۶- Sikender Mohsienuddin Mohammad, (۲۰۲۰) DEV OPS, Information Technology USA, Volume ۷,
- ۷- Fuso Jovia Boahemaa, (۲۰۱۸) The impact of Artificial intelligence on Jusstice systems, UNIVERSITA DI TRENTO, ۵۰- ۵۱
- ۸- Alan Duflot,(۲۰۲۴) Artificial Intelligence in the French law of ۲۰۲۴, ۳۷-۳۹