

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

این مجله در پایگاههای زیر نمایه می شود.

پایگاه استنادی علوم ایران (ISC)

پایگاه اطلاعات علمی جهاددانشگاهی (SID)

بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)

سامانه نشریات علمی دانشگاه فردوسی مشهد ([jm.um.ac.ir](http://jm.um.ac.ir))

کلیه حقوق برای دانشگاه فردوسی مشهد محفوظ است.

درج مطلب در این نشریه لزوما منعکس کننده نظر دانشگاه نیست. بدیهی است

مسئولیت صحت مطالب هر مقاله به عهده نویسنده است.

## دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)

**صاحب امتیاز:** دانشگاه فردوسی مشهد  
**مدیر مسئول:** دکتر محمد حسین مهدوی عادل  
**سردبیر:** دکتر حسین صابری  
**هیات تحریریه:**

نام و نام خانوادگی	رشته تحصیلی	درجه علمی	محل خدمت
دکتر محمد حسن حائری	فقه و حقوق اسلامی	استاد	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر ستار زرکلام	حقوق خصوصی	دانشیار	دانشکده حقوق دانشگاه شاهد
دکتر حسین صابری	فقه و مبانی حقوق اسلامی	دانشیار	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین غلامی	حقوق جزا و جرم شناسی	دانشیار	دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی
دکتر محمد رضا لطفعلی پور	اقتصاد بین الملل	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین میرمحمدصادقی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی	حقوق جزا و جرم شناسی	دانشیار	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر محمود هوشمند	اقتصاد توسعه	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد

**ویراستار فنی و ادبی:** دکتر جواد میزبان  
**مدیر اجرایی:** محمد کدخدایی  
**چاپ:** مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد  
**نشانی:** مشهد صندوق پستی 1357 کد پستی 9177948951  
**تلفن:** 0511 - 8806307  
**آدرس اینترنتی:** <http://jm.um.ac.ir>

**صفحه آرایی:** رحمان اسدی  
**شمارگان:** 100 نسخه  
**شماره پروانه:** 124/10352 - 77/10/8  
**قیمت:** 30000 ریال (برای دانشجویان 10000 ریال)  
**فاکس:** 0511 - 8829584  
**پست الکترونیکی:** [lowecon@um.ac.ir](mailto:lowecon@um.ac.ir)

### (دریافت مقالات فقط بصورت الکترونیکی امکان پذیر است)

براساس نامه شماره 3/11/149644 مورخ 90/8/7 کمیسیون نشریات علمی کشور،  
مجله دانشنامه حقوق اقتصادی دارای درجه علمی - پژوهشی است.

## شرایط پذیرش مقاله‌ها

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق) در صدد است مقاله‌های تخصصی در زمینه مسایل حقوقی - اقتصادی را به چاپ برساند. در مقاله‌های ارسالی باید نکات زیر رعایت شوند.

**الف:** جهت ارسال مقاله بایستی از طریق سامانه نشریات علمی دانشگاه به آدرس [um.ac.ir](http://um.ac.ir) اقدام نمایید.

### ب: روش تحریر

متن مقاله بر روی کاغذ سفید بدون مارک (A4) با فاصله 3 سانتی‌متر از لبه‌ها و دو سطر بین خطوط با حروف خوانا و تیره تایپ شود. کلیه صفحات مقاله از جمله صفحاتی که شامل جداول، تصاویر و نمودارها هستند دارای قطع یکسان باشند. کلیه صفحات مقاله دارای شماره بوده و از 20 صفحه تجاوز نکند.

### ج: نحوه تهیه مقاله

هر مقاله تخصصی بایستی تحت نرم افزار Word با قلم B ZAR و فونت 13 و دارای چکیده فارسی و انگلیسی، واژه‌های کلیدی فارسی و انگلیسی، طبقه بندی JEL فارسی و انگلیسی، مقدمه، پیشینه تحقیق، مبانی نظری تحقیق، برآورد مدل (تجزیه و تحلیل مدل)، نتیجه گیری و پیشنهادات و در انتها، فهرست منابع مورد استفاده باشد.

اصول زیر در تنظیم مقاله بایستی رعایت شود:

- 1- عنوان فارسی مقاله با قلم B ZAR و فونت 18 برجسته (Bold) در وسط صفحه اول نوشته شود.
- 2- مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم B ZAR و فونت 10 به صورت برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم B ZAR و فونت 10 ایتالیک باشد.
- 3- چکیده فارسی از 200 کلمه تجاوز ننماید و در سه پاراگراف، با قلم B ZAR و فونت 11 تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یافته؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق و پاراگراف سوم در برگیرنده نتایج تحقیق باشد. سپس در سطر جداگانه واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL نوشته شود.
- 4- چکیده انگلیسی بایستی برگردان کامل و دقیق چکیده فارسی و در یک صفحه مجزا، شامل عنوان مقاله، نام نویسندگان، آدرس و عنوان علمی آنان، واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL باشد. عنوان انگلیسی مقاله با قلم Times New Roman و فونت 15 برجسته (Bold) در وسط صفحه دوم نوشته شود. مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم Times New Roman و فونت 9 برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم Times New Roman و فونت 9 باشد.

- چکیده انگلیسی از 200 کلمه تجاوز نماید و در سه پاراگراف با قلم Times New Roman و فونت 10 تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یابد؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق، و پاراگراف سوم دربرگیرنده نتایج تحقیق باشد.
- 5- مقدمه شامل اطلاعات مربوط به اهمیت تحقیق، کاربرد و نتیجه مورد انتظار از تحقیق باشد. در آخرین پاراگراف مقدمه، نحوه سازماندهی مقاله، برای معرفی بخش های آتی تنظیم شود. در سراسر مقاله، نویسندگان از افعال سوم شخص مفرد استفاده کنند.
- 6- پیشینه تحقیق در قالب مطالعات خارجی و داخلی و بر اساس تاریخ، از قدیم به جدید، تنظیم شود؛ به نحوی که ابتدا مطالعات خارجی و سپس مطالعات داخلی، ارائه گردد. همچنین ضروری است، از اصطلاحاتی مانند: این تحقیق، این مطالعه، این پژوهش، تحقیق اخیر، مطالعه اخیر، پژوهش اخیر، برای توضیح مطالعات دیگران، پرهیز شود و واژه های مذکور فقط برای اشاره به تحقیق صورت گرفته، توسط محقق به کار برده شود.
- 7- عنوان جدول با قلم B ZAR و فونت 12 در بالا و سمت راست جدول، تنظیم شود. ضروری است جداول تحقیق، شماره گذاری گردد. متن داخل جدول نیز با قلم B ZAR و فونت 12، تنظیم شود. ماخذ جدول نیز با قلم B ZAR و فونت 10، ارائه گردد.
- 8- عنوان نمودار، با قلم B ZAR و فونت 12 در پائین و سمت راست نمودار، تنظیم شود. ضروری است، نمودارهای تحقیق شماره گذاری گردد. ماخذ نمودار نیز با قلم B ZAR و فونت 10 در پائین و سمت راست، ارائه شود.
- 9- زیر نویس های فارسی مورد استفاده در تحقیق، با قلم B ZAR و فونت 10، تنظیم گردد.
- 10- زیر نویس های انگلیسی مورد استفاده در تحقیق، با قلم Times New Roman و فونت 10، تنظیم گردد.
- 11- منابع مورد استفاده، شامل جدیدترین اطلاعات در زمینه مورد نظر باشد.
- نوع ارجاع دهی بایستی حتما به صورت APA باشد. در غیر این صورت مقاله، کلا قابل چاپ نخواهد بود. فهرست منابع به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، مرتب و شماره گذاری گردد. (شماره ها داخل کروشه [ ] قرار داده شود). وقتی از چند اثر مختلف یک نویسنده استفاده می شود، ترتیب شماره گذاری این مقاله ها برحسب سال انتشار آنها، از قدیم به جدید، انجام گیرد. برای مثال:
- [1] Banker, R. D., Charnes, A., Cooper, W.W. (1984). **Some Models for Estimation Technical and Scale in Data Envelopment Analysis**. *Management Science*, 30.
- [2] Charnes, A., Cooper, W.W., Rohdes, E. (1978). **Measuring the Efficiency of Decision Making Units**. *European Journal of Operational Research*, 2.
- لطفاً جهت کسب اطلاعات تکمیلی و بیشتر، رجوع شود به آدرس:
- <http://fea.um.ac.ir/parameters/fea/filemanager/forms/reference.pdf>

12- از نویسندگان محترم خواهشمند است، آدرس پستی و الکترونیکی خود را، به صورت دقیق، در صفحه ای جداگانه، همراه مقاله، به دفتر مجله ارسال نمایند.

#### **د: سایر موارد**

- 1- مسئولیت هر مقاله از نظر محتوای علمی و نظرات مطرح شده در متن آن، به عهده نویسنده و یا نویسندگان مسئول مقاله خواهد بود.
- 2- تا قبل از پایان مراحل نهایی و چاپ، در صورتی که مشخص گردد، مقاله منتخب، به هر شکلی در جای دیگری به چاپ رسیده است، از انتشار آن جلوگیری خواهد شد.
- 3- در صورتی که مقاله برای چاپ پذیرفته نشود، در بخش بایگانی مجله خواهد ماند و به نویسنده برگردانده نخواهد شد.
- 4- مقاله ها توسط اعضای محترم هیأت تحریریه و با همکاری متخصصان داوری شده و در صورت تصویب، بر طبق ضوابط خاص مجله، به نوبت چاپ خواهند شد.
- 5- مجله در رد یا قبول و حکم و اصلاح مقاله ها، اختیار تام دارد.

## «داوران مقالات این شماره»

دانشکده حقوق دانشگاه شیراز	ابراهیمی	1- دکتر شهرام
دانشگاه تهران	بهره مند	2- دکتر حمید
دانشگاه اصفهان	توسلی نائینی	3- دکتر منوچهر
دانشگاه فردوسی مشهد	صابری	4- دکتر حسین
دانشکده حقوق دانشگاه قم	طلابکی طرقی	5- دکتر اکبر
دانشگاه فردوسی مشهد	عابدی	6- دکتر محمد
دانشگاه فردوسی مشهد	فخلعی	7- دکتر محمد تقی
دانشکده حقوق دانشگاه قم	قاسمی	8- دکتر غلامعلی
دانشگاه تربیت مدرس	رایجان اصلی	9- دکتر مهرداد
دانشگاه شهید بهشتی	نیازپور	10- دکتر امیر حسن

## فهرست مندرجات

صفحه	نویسنده	عنوان
1	نجف لکزایی هادی حاجزاده	بررسی امنیت اقتصادی افراد از خلال قواعد فقه امامیه با نگاهی به مرجع امنیت
32	عبدالرضا جوان جعفری امیر سودمندراد	پیشگیری وضعی از نقض اسرار تجاری در فضای سایبر
51	ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی مهدی دهقان سیمکانی	پژوهشی در مالکیت گنج و میراث فرهنگی و قوانین مربوط به آن
77	اعظم امینی صدیقه ابک	بررسی نظریات بازدارندگی و منفعت زدایی راجع به خسارت تنبیهی در دعاوی مسئولیت مدنی (با تمرکز بر آرای دادگاههای ایالات متحده آمریکا)
114	محمد حسین رضانی قوام آبادی	اقتصاد سبز: گامی به سوی تحقق توسعه پایدار در حقوق بین الملل محیط زیست
142	حسام قبانچی حمیدرضا دانش ناری ناهید موسوی	جرایم مالی شرکتی از گونه شناسی تا علت شناختی



**Journal Encyclopedia of Economic Rights**  
**Faculty of Economics and Administrative Sciences**  
**(Previously Knowledge and Development)**

**Published by:** Ferdowsi University of Mashhad  
**Managing Director:** Dr. M.H. Mahdavi Adeli  
**Editor-in-Chief:** Dr. H. Saberi

**Editorial Board:**

<b>H. Gholami</b>	<b>Associate Professor</b> , Faculty of Law, Allameh Tabataba'i University
<b>M. H. Haeri</b>	<b>Professor</b> , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Shahed
<b>M. Hooshmand</b>	<b>Professor</b> , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
<b>M.R. Lotfalipour</b>	<b>Professor</b> , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
<b>H. Mirmohammad Sadeghi</b>	<b>Professor</b> , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
<b>A. H. Najafi Abrandabadi</b>	<b>Associate Professor</b> , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
<b>H. Saberi</b>	<b>Associate Professor</b> , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad
<b>S. Zarkalam</b>	<b>Associate Professor</b> , Faculty of Law, Shahed University

<b>Editor:</b>	Dr.J . Mizban
<b>Executive Director:</b>	M. Kadkhodaei
<b>Printed by:</b>	Ferdowsi University Press
<b>Circulation:</b>	100
<b>Publishing License:</b>	<u>124/10352</u> 8/10/1377
<b>Address:</b>	Mashhad PO Box 9177948951 - 1357
<b>Tel:</b>	0511-8806307
<b>Fax:</b>	0511-8829584
<b>Website:</b>	<a href="http://jm.um.ac.ir">http://jm.um.ac.ir</a>
<b>E-Mail:</b>	Danesh24@um.ac.ir

**This journal is indexed in:**

1. ISC
2. SID
3. MAGIRAN
4. Jm.um.ac.ir

## **Contents**

**Study of Economical Security of Individuals Meanwhile of Imamiya Jurisprudential Law  
Looking to Refrent Object of Security**

Najaf Lakzaee  
Hadi Hajzadeh

**Situational Prevention of Violation of Trade Secrets in Cyber Space**

Abdolreza Javan Jafari Bojnordi  
Amir Soodmandrad

**The Property of Treasures and Cultural Heritage and laws Related to it**

Abolfazl Alishahi Ghaleh joughi  
Mahdi Dehghan

**Study of the Optimal Deterrence and the Gain Elimination Theories on punitive Damages  
in Tort Cases (Emphasizing on the United States Jurisprudence)**

Azam Amini  
Sedighe Abak

**Green economy: a step towards sustainable development in international law**

Mohammad Hossein Ramazani  
Ghavamabadi

**Financial Corporate Crime: from Typology to Etiology**

Hesam Ghapanchi  
Hamidreza Danesh Nari  
Nahid mousavi

## بررسی امنیت اقتصادی افراد از خلال قواعد فقه امامیه با نگاهی به مرجع امنیت

نجف لکزایی<sup>1</sup>

دانشیار و عضو هیأت علمی گروه علوم سیاسی  
دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام

هادی حاجزاده<sup>2</sup>

دکترای حقوق عمومی و مدرس دانشگاه

تاریخ پذیرش: 1393/5/19

تاریخ دریافت: 1393/8/4

### چکیده

مطالعه امنیت، مقوله‌ای سهل و ممتنع است؛ سهل از این رو که همه انسان‌ها نسبت به آن علم حضوری دارند و ممتنع از آن جهت که معانی، سطوح، ابعاد و ارکان مختلفی را شامل می‌شود. یکی از ابعاد امنیت، امنیت اقتصادی و یکی از سطوح آن امنیت فردی است. همچنین یکی از ارکان امنیت، «مرجع امنیت» نام دارد که به معنای مهم‌ترین «موضوعی» است که صیانت از آن، مطلوب کنشگران امنیتی است. در بحث حاضر، «موضوعات» دخیل در «امنیت اقتصادی افراد» در پرتو قواعد فقه امامیه مورد بررسی قرار گرفته و به این نتیجه رسیده‌ایم که فقها به جنبه‌های مختلفی از امنیت اقتصادی افراد توجه نشان داده و سه دسته قاعده فقهی را برای صیانت از حقوق اقتصادی افراد تأسیس کرده‌اند. این سه دسته عبارت‌اند از: قواعدی که تعرض به امنیت اقتصادی افراد را منع می‌کند؛ قواعدی که امنیت اقتصادی افراد را مورد تأکید و تضمین قرار می‌دهد و به رسمیت می‌شناسد؛ قواعدی که امنیت/آزادی اقتصادی افراد را محدود می‌کند. در پایان و به‌عنوان جمع‌بندی بحث، سعی شده است، مهم‌ترین قاعده مرتبط با امنیت اقتصادی (تحت عنوان مرجع امنیت)، از بین قواعد بررسی شده، استخراج و ارائه گردد.

**کلید واژه‌ها:** امنیت، اقتصاد، آزادی، احترام، نظام.  
طبقه‌بندی JEL: H55, A10, A13, P48, P43

## مقدمه

در مطالعات امنیتی نوین معمولاً برای امنیت چهار رکن قائل‌اند: امنیت از چه چیزی (منبع تهدید امنیت)، امنیت با چه چیزی (منبع تأمین امنیت)، امنیت برای چه چیزهایی (موضوع امنیت) (Nasri & Eftekhary: 2004 34) و امنیت برای چه هدفی (مرجع امنیت).

کانون اصلی مطالعات امنیتی معطوف به مرجع امنیت است و لذا انواع مختلفی برای آن در نظر گرفته می‌شود؛ مرجع امنیت از حیث سطح می‌تواند فرد باشد (امنیت فردی) یا جامعه باشد (امنیت عمومی) یا کشور باشد (امنیت ملی) و یا محیط بین‌المللی (امنیت بین‌المللی)؛ همچنین از حیث موضوع و ابعاد می‌تواند ناظر به امور نظامی باشد (امنیت نظامی) یا امور اقتصادی (امنیت اقتصادی) یا امور فرهنگی (امنیت فرهنگی) یا اجتماعی (امنیت اجتماعی) یا سیاسی (امنیت سیاسی) و یا زیستی (امنیت محیط‌زیست).

مطالعه مرجع امنیت در هریک از این سطوح و ابعاد و حالت‌های تقدم و تأخر هر یک از آن‌ها بی‌تردید نیازمند یک مبنای فکری و یا ایدئولوژیکی است چراکه این مطالعات مانند دیگر مطالعات علوم انسانی به نحو انتزاعی و فارغ از علقه‌ها و بستری‌های عقیدتی‌طراحان و عرضه‌کنندگان آن تصویری بدون تصدیق است. بر این اساس صرف مطالعه «مرجع امنیت» ادعایی است گمراه‌کننده و ناصحیح و لذا ضروری است هر محقق، مضاف‌الیه تحقیق خود را برای خواننده تبیین نماید به این نحو که به‌عنوان مثال در یک بعد خاص یا در یک سطح معین می‌خواهد مرجع امنیت را در بستر اندیشه‌هایی مانند لیبرالی یا کمونیستی و یا اسلامی مورد مطالعه قرار دهد یا در بستر واقعیت‌هایی مانند قواعد حقوقی، ساختارهای رسمی و موضع‌گیری‌های سیاسی<sup>1</sup>.

در این تحقیق اولاً بعد «اقتصادی» امنیت و ثانیاً سطح «فردی» آن در بستر «نظام فکری اسلامی» مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بر این اساس ضمن تعریف امنیت و ابعاد و عناصر و انواع آن، مقصود از مرجع امنیت اقتصادی را شرح داده و قواعدی که در این زمینه توسط فقهای شیعه ارائه

1- به عنوان مثال منذر قحف، اقتصاددان برجسته اسلامی در کتاب «الاقتصاد الاسلامی؛ علم یا وهم» بیان می‌دارد: «انکار علاقه و رابطه بین علم اقتصاد و ارزش‌های دینی و اخلاقی از سوی نسل پیشین اقتصاددانان اروپا مردود و خطا بود... از این‌رو در سال‌های اخیر شاهد بازگشت گسترده به گرایش انسانی‌تر بودیم» (Monzer Qahf, 2005: 158).

شده است مورد بررسی قرار می‌دهیم تا از خلال آن‌ها آنچه که در نظام فکری اسلامی در خصوص مسائل اقتصادی در سطح فردی مورد بیشترین توجه و اهمیت قرار گرفته است معلوم گردد.

## 1- شناسایی امنیت اقتصادی و مرجع آن

### 1-1- تعریف امنیت، ابعاد و عناصر آن

**1-1-1- تعریف امنیت:** امنیت از حیث لغوی برابر نهاد Security و «لامن» و «لامان» است. در زبان فارسی به «ایمن شدن» «در امن بودن» و «بی‌بیمی» تعریف شده است (Moeen, 1996: 354). در زبان عربی مشتقات متفاوتی از آن ارائه شده که بر محور معنایی «اطمینان» «در امن بودن» «ضمانت و محافظت» «حمایت» «مورد اعتماد و اطمینان» قرار دارند (Esfehani Raagheb 1996: 148, Fares & Ibn: 1983: 48-49). در زبان انگلیسی نیز این مفهوم از واژه لاتین Securita و از ریشه Securus مشتق شده که به معنای رهایی از ترس یا نگرانی، امان، اطمینان، حفاظت و صیانت به کار رفته است. آنچه در این کاربردها در خور توجه می‌نمایند شباهت معانی لغوی امنیت در زبان‌های گوناگون است که حکایت از وجود مدلول نسبتاً مشابهی در نزد زبان‌شناسان مختلف از واژه امنیت دارد (Eftekhary, 2012: 80). اما بر خلاف معنای لغوی، معنای اصطلاحی این واژه دارای تعاریف بسیار متفاوت و گاه متعارضی است به گونه‌ای که در یک بررسی اجمالی در چند سال پیش، بیش از 150 تعریف متفاوت از این واژه یافت شده است (Eftekhary, 1997: v.-2: 27-60)<sup>1</sup>. از آنجا که پرداختن به این تعاریف از موضوع این نگاه‌شسته خارج است<sup>2</sup>، با مبنا قرار دادن معنای لغوی «امنیت» (فراغت از تعرض و تهدید) در ترکیب «امنیت اقتصادی»، بحث را پی می‌گیریم.

1- البته لازم به ذکر است که بخشی از این تکرر تعاریف ناشی از اختلاف برداشت از اصطلاح امنیت است و بخشی دیگر ناشی از توسعه مفهومی واژه امنیت آن گونه که باری بوزان بیان داشته است به این معنا که هنوز پردازش نظری درخصوص حوزه معنایی این واژه ادامه دارد (Navidniya, 2009: 15) و بخشی دیگر ناشی از سطوح و ابعاد مختلف امنیت که از سطح فردی تا بین‌المللی و از بعد نظامی تا زیست محیطی را شامل می‌شود (Rabiee, 2004: 4-5).

2- برای اطلاعات بیشتر در این خصوص ر.ک: Eftekhary, 2012: 80-91.

**1-1-2- ارکان یا عناصر امنیت:** در مباحث امنیت پژوهی معمولاً به عوامل تأمین کننده امنیت، عوامل تهدید کننده امنیت، موضوع امنیت و مرجع امنیت پرداخته می شود که اصطلاحاً «امنیت چگونه»، «امنیت از چه»، «امنیت برای چه / امنیت چه کسانی یا چیزهایی» و «امنیت چه کسی یا چیزی (عالی ترین هدف امنیت)» یاد می شود (Eftekhary, 2012: 80).

«عوامل تأمین کننده امنیت»، «عوامل تهدید کننده امنیت» و «چگونگی ایجاد امنیت»، در سیاست یا راهبرد امنیتی هر کشور و به عبارتی در دکترین امنیت ملی آن کشور مورد بحث و بررسی قرار می گیرد بدین معنا که هر کشوری با توجه به منابع تهدید کننده امنیت و منابع و امکانات موجود برای تأمین امنیت، بهترین و مناسب ترین سازوکار را برای ایجاد امنیت اتخاذ می کند.

منظور از «موضوع/موضوعات امنیت<sup>1</sup>»، مسائل و اهدافی است که امنیت برای آن ها تحقق پیدا می کند و رفع تهدید از آن ها هدف سیاست های امنیتی است؛ به عبارت دیگر، اینکه «متعلق به» امنیت در هر «سطحی»، چه چیزی است، تحت عنوان «موضوع» امنیت، مورد بررسی قرار می گیرد. موضوعات امنیتی می توانند بسیار متنوع و متعدد باشند و در سطوح مختلفی قرار بگیرند.

بالاترین هدف در موضوعات امنیتی را «مرجع امنیت<sup>2</sup>» می نامند که از بیشترین اهمیت در بین سایر موضوعات برخوردار است. به طور کلی «مرجع امنیت» مهم ترین مبحث در بین مباحث امنیت پژوهی است و در واقع به مفهوم امنیت، هویت می بخشد (Rabiee, 2004: 116) اما در عین حال از بیشترین دامنه منازعات نیز برخوردار است. به طور خلاصه مرجع امنیت را می توان عبارت دانست از چیزی که اولاً تهدید متوجه آن است و ثانیاً برای حفظ بقای آن می توان به تدابیر اضطراری<sup>3</sup> متوسل شد (saeed poor, 2010: 32). در تعریف دیگری از مرجع امنیت، آن را عبارت از واحدی دانسته اند که (با هدف تقلیل تهدیدات و تأمین امنیت پایدار) موضوع سیاست گذاری ها و برنامه ریزی های امنیتی واقع می شود (male Karimi, 2005: 768). به طور خلاصه می توان مرجع

1-object of security

2-referent object of security

3-emergency measures. مقصود از تمهیدات یا تدابیر اضطراری، اقداماتی است که ورای رویه های معمول و عادی سیاسی برای حل و فصل مسائل قرار دارد و عمدتاً با ممنوعیت ها و محدودیت ها همراه است (Buzan, 2007: 49). (de Wilde, Weaver)

امنیت را همان هدف امنیت دانست.

برای شناسایی مرجع امنیت در هر حوزه و سطح امنیتی ابتدا باید تمامی «موضوعات» دخیل در آن حوزه را شناسایی و فهرست نمود تا در گام بعد، بتوان از بین آن‌ها «مرجع» امنیت را تعیین نمود.

برای تعیین اینکه کدام «موضوع» امنیتی، استحقاق و ظرفیت «مرجع» واقع شدن را داراست تنها ملاک و ضابطه ارائه شده (با توجه به تعریف مرجع امنیت)، «اهم» بودن یک «موضوع»، نسبت با سایر موضوعات است. برای تشخیص اینکه چه موضوعی از بیشترین اهمیت برخوردار است، معیارهای مختلفی می‌توان در نظر گرفت از قبیل: تصریح مؤسس، مقنن یا شارع به مهم‌تر بودن یک موضوع در یک حوزه امنیتی، وجود بیشترین ترخیصات و سهل‌گیری‌ها یا در نظر گرفتن بیشترین امتیازات برای یک موضوع خاص، تأسیس کمترین محدودیت‌ها برای یک موضوع، در نظر گرفتن بیشترین تدابیر اضطراری برای یک موضوع، گستردگی دایره شمول یک موضوع، ارجحیت دادن به یک موضوع در موارد تزامن و ....

**1-1-3- انواع امنیت:** علاوه بر این، امنیت را از جنبه‌های مختلف تقسیم کرده‌اند: امنیت از حیث قلمرو به امنیت داخلی و امنیت خارجی تقسیم می‌شود. امنیت از حیث سطح به امنیت فردی، امنیت عمومی، امنیت ملی و امنیت بین‌المللی قابل تقسیم است. امنیت از لحاظ رویکرد به امنیت سلبی (نبود تهدید) و امنیت ایجابی (ایجاد شرایط و بسترهای مناسب) تقسیم می‌شود. همچنین امنیت از حیث موضوع یا کارکرد با توجه به تقسیم‌بندی رایج به شش دسته امنیت نظامی، اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و زیست‌محیطی تقسیم می‌شود<sup>1</sup>.

## **1-2- امنیت اقتصادی:**

ایده امنیت اقتصادی از سال 1945 میلادی مورد توجه نظام‌های سیاسی قرار گرفت و با پایان جنگ سرد مورد توجه روزافزونی واقع گردید (seyyed poor, 2003: 33) به طوری که از دهه

1- البته لازم به ذکر است که تقسیم‌بندی امنیت به این موضوعات، با الهام از مکتب امنیتی کپنهاگ ارائه شده و نخستین بار از سوی باری بوزان در کتاب مردم، دولت‌ها و هراس مطرح گردیده است و از آنجا که امروزه این مکتب، مهم‌ترین بستر مطالعات امنیتی است و از نگاه نسبتاً جامعی در این حوزه برخوردار است، از پرداختن به موضوع امنیت در سایر مکاتب امنیتی (مکتب سنتی، مکتب لیبرال و مکتب هستی‌شناسانه) اجتناب شده است.

1990 به بعد توجه به «اقتصاد به‌عنوان یک بعد امنیت» به «اقتصاد به‌عنوان یک رویکرد امنیتی» تغییر ماهیت داد و تعبیر امنیت اقتصادمحور جایگزین امنیت اقتصادی گردید (Terriff, 2004: 273-282 به نقل از Others & Eftekhary, 2011: v.60, 57). از دیدگاه رابرت ماندل امنیت اقتصادی عبارت است از «میزان حفظ و ارتقای شیوه زندگی مردم یک جامعه از طریق تأمین کالاها و خدمات و هم از مجرای عملکرد داخلی و هم حضور در بازارهای بین‌المللی» (Mundell, 1998: 107). از دیدگاه بوزان نیز امنیت اقتصادی عبارت است از «نظم بین عوامل اساسی تهیه نیازهای معیشتی انسان یعنی منابع اولیه تولید، توزیع کار و درآمد اعضای جامعه به‌طوری که نیازهای ضروری آن‌ها تأمین شود و آن‌ها از نبود و یا حتی احتمال نبود این ضروریات احساس خطر نکنند و آرامش و آسایش آن‌ها سلب نگردد» (Akhavan Kazemi, 2008: v.29, 186).

در تعریف دیگری امنیت اقتصادی به‌طور ساده عبارت دانسته شده است از اینکه مردم در اموالشان امنیت داشته باشند و دولت با عدل و انصاف از آن‌ها مالیات اخذ کند، احتکار در میان نباشد و قیمت‌ها متعادل باشند (Akhavan Kazemi, 2008: 186).

### 1-3- مرجع امنیت اقتصادی:

با دقت نظر در تعاریف گوناگونی که در خصوص امنیت اقتصادی ارائه شده است می‌توان یک نکته کلی را استنتاج نمود و آن اینکه امنیت اقتصادی مقوله‌ای است فنی و همین نکته، تمایز مفهوم «امنیت اقتصادی» با «مرجع امنیت در اقتصاد» را نمایان می‌سازد؛ به‌عبارت‌دیگر در امنیت اقتصادی سخن از ارائه راهکارها و مکانیسم‌هایی است که ثبات اقتصادی را برای فرد و جامعه به ارمغان می‌آورد؛ درحالی که در مرجع امنیت در اقتصاد در واقع ما با فلسفه اقتصاد و پیش‌ارزش‌های ذهنی آن سروکار داریم و به دنبال تبیین این موضوع هستیم که در بعد اقتصادی زندگی انسان چه چیزی از بیشترین اهمیت برخوردار است و باید بیشترین صیانت از آن صورت گیرد.

به‌بیان‌دیگر، امنیت اقتصادی، از «موضوعات» متعددی (نظیر مالکیت خصوصی، ثبات اقتصادی، افزایش درآمد دولت و ...) تشکیل می‌شود اما اینکه کدام‌یک از این «موضوعات»، از بیشترین اهمیت در یک نظام اقتصادی و ایدئولوژیک برخوردار است، مبین «مرجع» امنیت اقتصادی است.



## 2- مرجع امنیت اقتصادی در سطح فردی و جویش آن‌ها در مطالعات فقهی و اصولی:

امنیت فردی عبارت است از حالتی که فرد جسماً و روحاً در آن فارغ از ترس و آسیب رسیدن به جان و یا مال و یا آبروی خود یا از دست دادن آن‌ها زندگی کند ( Akhavan Kazemi, 2006: 23) و بر اساس یک تعریف دیگر، امنیت فردی عبارت دانسته شده از مصونیت و حرمت یک شخص از تعرض و تجاوز به حقوق مشروعش (Jahan Bozorqi, 2009: 51) که این حقوق، هم می‌تواند معنوی باشد مانند حق بر آزادی، حق بر آبرو، حق بر مذهب و ... و هم می‌تواند مادی باشد مانند حق بر حیات و حق مالکیت.

امنیت اقتصادی در این سطح در دو جنبه سلبی و ایجابی قابل بازتعریف است؛ جنبه سلبی آن عبارت است از مصونیت افراد از تعرض و تجاوز به حقوق اقتصادی مشروعشان و جنبه ایجابی امنیت اقتصادی عبارت است از ایجاد بسترهای لازم به منظور امکان تحقق آزادانه اهداف/خواسته‌های اقتصادی مشروع تک تک افراد.

داعیه این تحقیق بر آن است که در سنت مطالعات فقهی و اصولی نیز، می‌توان قواعدی را یافت که این وجوه سلبی و ایجابی را در بر دارد به این معنا که قواعد فقهی مربوط به حوزه اقتصاد فردی را می‌توان در سه دسته مورد مطالعه قرار داد؛ قواعدی که تعرض به امنیت اقتصادی افراد را منع می‌کند، قواعدی که امنیت اقتصادی افراد را مورد تأکید و تضمین قرار می‌دهد، قواعدی که امنیت/آزادی اقتصادی افراد را محدود می‌کند.

### 2-1-1- قواعدی که تعرض به حقوق اقتصادی افراد را منع می‌کند (وجه سلبی):

این دسته از قواعد را می‌توان در دو گروه مورد مطالعه قرار داد؛ قواعدی که بر مطلق حرمت و ممنوعیت تعرض به حقوق اقتصادی افراد دلالت دارد و قواعدی که بر لزوم جبران خسارت (ضمان) در صورت تعرض به حقوق اقتصادی افراد دلالت دارد.

### 2-1-1-2- قواعد ناظر بر ممنوعیت تعرض به امنیت اقتصادی افراد:

2-1-1-1-2- قاعده لا ضرر: در مورد مفهوم این قاعده اختلاف نظر فراوانی وجود دارد اما اجمالاً می‌توان بیان داشت که با توجه به این قاعده، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد به این معنا که

هم حکم ضرری در اسلام وضع نمی‌شود<sup>1</sup> و هم اینکه در مقام عمل کسی نباید به دیگری ضرری وارد سازد (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 150).

نکته‌ای که برخی فقها در خصوص این قاعده بیان داشته‌اند این است که این قاعده تنها درباره حق الناس است و محدوده سلطنت مالکان و ارباب حقوق را نسبت به یکدیگر تعیین می‌کند به این معنا که سلطه مالکی محدود به حدی است که دیگر مالکان یا صاحبان حقوق از این سلطه متضرر نشوند (Shobeyri Zanjani, 1997: 9, 3010) و لذا می‌توان گفت که این قاعده تنها با قاعده تسلیط تعارض پیدا می‌کند و در برخی موارد دایره آن را محدودتر می‌نماید (Imam Khomeini, n.d: 1, 63)<sup>2</sup>.

در مجموع می‌توان قاعده لاضرر را از جمله عموماتی دانست که به صیانت از امنیت اقتصادی افراد از تعرض دیگران نگاه ویژه‌ای دارد.

بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

**2-1-1-2- قاعده احترام مال و کار مسلم:** یکی از قواعد کلیدی، پرکاربرد و عام در حوزه مسائل اقتصاد اسلامی، قاعده احترام است. مقصود از این قاعده، این است که مال مسلمان و نیز

1- البته لازم به ذکر است که این بخش از تعریف قاعده لاضرر مورد اتفاق همه فقها نیست. به عنوان مثال بنا بر نظر حضرت امام، قاعده لاضرر نه یک حکم الهی بلکه یک دستور حکومتی و ولایی از سوی پیامبر بوده است که در مقام فصل خصومت صادر شده است (Imam Khomeini, n.d, 1, 55).

2- موارد این محدودیت را به طور خلاصه می‌توان این گونه برشمرد: بنا بر قاعده تسلیط، مالک می‌تواند در ملک خود هرگونه تصرفی را بنماید و هیچ کس حق ایجاد مزاحمت برای او را ندارد. در برخورد این قاعده با قاعده لاضرر این حالت‌ها امکان بروز می‌یابد: اگر تصرف مالک در ملک خود صرفاً سبب عدم انتفاع دیگری گردد در اینجا قاعده تسلیط مقدم است - اگر تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری و عدم تصرف او موجب ضرر خود می‌گردد در اینجا نیز قاعده تسلیط حاکم است - اگر تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری و عدم تصرف او موجب عدم انتفاعش می‌شود بین فقها اختلاف است و برخی قاعده تسلیط و برخی قاعده لاضرر را مقدم می‌دانند (در اینجا برخی معتقدند از آنجا که دو قاعده لاضرر در دو طرف امر جریان می‌یابد و هر دو با هم متعارض هستند لذا هر دو ساقط می‌شوند و چون تنها قاعده‌ای که باقی می‌ماند قاعده سلطنت است باید به مفاد آن عمل شود و برخی دیگر با استناد به قاعده لاضرر، ضرر بر مالک را رفع می‌کنند (Musavi Bojnoordi, 1979: 1, 267-268)) - اگر تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری و عدم تصرف او موجب ضرر خودش نیست و به علاوه تصرفش نیز موجب انتفاعش نمی‌شود همه فقها قائل به حکومت قاعده لاضرر هستند (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 154-155).

ثمره کار او باید از تصرف مجانی و تعدی مصون باشد (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 213).  
 (Mostafavi, 1999: 24 – Musavi Bojnoordi, 1979: 2, 82 – 1984).

از رسول الله صل الله علیه و آله روایت است که حرمت مال مسلم مانند حرمت خون او است و این نشان می دهد که بعد از امنیت جانی، امنیت مالی مسلمان در درجه دوم اهمیت قرار دارد. تفاوت قاعده احترام با قاعده اتلاف در این است که قاعده احترام، وظیفه مکلفین را قبل از تصرف بیان می کند و قاعده اتلاف وظیفه بعد از تصرف عدوانی را بیان می کند؛ اما برخی فقها متذکر این نکته نیز شده اند که احترام مال مسلمان از دو جنبه است؛ یکی از این جهت است که متعلق این مال، فرد محترم است و دیگر از این جهت که خود مال، محترم است و لذا نباید هدر رود (Mostafavi, 1999: 25). اما برخی دیگر از محققین، احترام آن را فقط به خاطر مضاف الیه آن (مسلم) می دانند.<sup>3</sup> فقها در بیان مشروعیت این قاعده به سیره متشرعه (Mostafavi, 1999: 24)، اجماع فقها بر آن (ibid: 25) و نیز برخی روایات استناد کرده اند<sup>4</sup> و برخی فتوای خود را نیز مستند به این قاعده آورده اند که موارد زیر از جمله آنها است:

- مرحوم صاحب جواهر اصل عدم تبرع<sup>5</sup> را با قاعده احترام توجیه کرده است.<sup>6</sup>
- در دعوی بین هبه یا بیع بودن، علامه طباطبایی در تکمله عروه الوثقی بیان داشته اند که مقتضای قاعده احترام این است که کسی که قائل به هبه بودن است مدعی محسوب می شود (Musavi Khoei, 2000: 2, 36, 173).
- در جایی که اذن در تصرف داده شده و دعوا بر سر مجانی یا معوض بودن آن است نیز

3- كما قال العلامة الأصفهانی رحمه الله: أن الظاهر أن احترام المال ليس لحيثية ماليته القائمة بذات المال المقتضية لتداركه و عدم ذهابه هدرا بل لحيثية إضافية بإضافة الملكية إلى المسلم (Mostafavi, 1999: 26).

4- برای اطلاعات بیشتر ر.ک: - Journal Of Fiqh Ahl Beyt (a.s), v. 22, p.p. 123.

5- ماده 265 قانون مدنی: «هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند.» همچنین ماده 336 مقرر می داد: «هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد عامل، مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است.»

6- توضیح آنکه ایشان در عقد حواله امکان رجوع محیل علیه به محیل را (Najafi, 1982: j 26, 173) و در عقد کفالت امکان رجوع کفیل به مکفول را (Najafi, 1982: 191, 26) با توجه به این قاعده جائز می دانند

- برخی فقها این قاعده را جاری دانسته‌اند (Tabatabaee, 1982: 2, 173).
- برخی دیگر نیز جواز اخذ اجرت از سوی قاضی را با این قاعده توجیه کرده‌اند (Iraqi, 1999: 92).
- با توجه به جایز بودن عقد مضاربه، در صورت بر هم خوردن عقد، عامل بر اساس قاعده احترام، مستحق اجره‌المثل عملش می‌باشد (Khansaree, 1983: 3, 407) و همچنین است در صورت فساد مضاربه و جهل عامل به آن (Musavi Bojnoordi, 1979: 1, 113-114)<sup>7</sup>.
- در صورت بطلان اجاره، مستأجر ضامن اجره‌المثل است به‌خاطر قاعده احترام (Musavi, 1989: 147). محقق حلی در شرائع می‌گوید: «در هر جا که عقد اجاره فاسد است، چنانچه کلاً یا جزئاً استیفای منفعت شده باشد، اجرت‌المثل واجب می‌شود، خواه از اجرت‌المسمی زیادتر باشد و خواه کمتر» صاحب جواهر در شرح این عبارت می‌گوید: «در این مسئله، قول مخالفی نیافتم و گویی فقها این موضوع را جزء مسلمات دانسته‌اند و جزء قطعیات است» (Najafi, 1982: 26, 173).
- آیه الله مکارم شیرازی در کتاب البیع و در ضمن بیان قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اولین دلیل این قاعده را، قاعده احترام دانسته‌اند (Makarem Shirazi, 2003: 145) و (Makarem Shirazee, 1989: 2, 218)<sup>8</sup> همچنین ایشان یکی از ادله قوی قاعده ید را نیز همین قاعده احترام دانسته‌اند (Makarem Shirazee, 1989: 2, 234).
- بسیاری از فقها ضمان منافع مستوفات را نیز مستند به قاعده احترام کرده‌اند (Mohaghegh, 1984: 1, 216).
- با دقت نظر در این استنادات، می‌توان بیان داشت که قاعده احترام از جمله مستقلات عقلی است که مورد امضای شارع مقدس قرار گرفته و بسیاری از مناسبات اقتصادی و اجتماعی بر آن مبتنی شده است به‌گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد بدون وجود این قاعده، بسیاری از قواعد و
- 
- 7- ماده 557 قانون مدنی در همین زمینه مقرر می‌دارد: «اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع، مال مالک باشد در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی‌شود و عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که عامل، عمل را تبرعاً انجام داده است».
- 8- در مجموع ایشان قریب به هشت بار به‌طور مستقیم و صریح در مواضع مختلف کتاب البیع به این قاعده استناد کرده‌اند.

گزاره‌های فقهی بدون مستند و دلیل خواهند ماند. در همین زمینه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اصل بیست و دوم بیان می‌دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

**2-1-1-3- قاعده کلمه بطل العقد یتحقق اجره المثل:** این قاعده که در واقع از تجلیات قاعده احترام است به این معنا است که چنانچه معلوم شود عقدی از ابتدا باطل بوده اما طرفین با توجه به مفاد آن اقدامی انجام داده‌اند مستحق اجره المثل آن خواهند بود. به‌عنوان مثال اگر عقود مانند اجاره، مضاربه، جعاله و نظیر آن‌ها به هر دلیلی دچار بطلان شود، هر یک از طرفین که تا قبل از کشف بطلان عقد از مال یا کار دیگری منتفع شده باید به همان میزان، هزینه آن را نیز بپردازد چرا که هم مال و هم کار مسلمان محترم است و نمی‌توان به بهانه بطلان عقد و اجره المسمی، زحمات او را نادیده گرفت.

**2-1-1-4- قاعده وجوب التخلیه بین المال و مالک:** این قاعده نیز که از جهتی به قاعده احترام بازگشت پیدا می‌کند به این معناست که اگر فردی به هر نحو بر مال دیگری بدون اذن و رضایت او استیلاء پیدا کند واجب است از تصرف در آن اجتناب و از آن رفع ید نماید تا مالک بتواند در مال خود تصرف مالکانه نماید (Mostafavi, 1999: 303).

**2-1-1-5- قاعده ید (قاعده سماع قول ذی الید):** این قاعده از قواعد مشهور فقهی است که در اکثر مسائل فقهی و حقوقی به‌طور وسیعی مورد استناد قرار می‌گیرد و محور بسیاری از معاملات روزمره است (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 25). این قاعده به این معنا است که تصرف مالک گونه شخص در یک مال با شرایطی نشانه مالکیت متصرف نسبت به آن مال است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (Hashemi Shahroodi & Others, 2004: 2, 503). وجه ناظر بر امنیت اقتصادی این قاعده در این است که اصل را بر مالک بودن متصرف یک مال قرار داده و او را از اثبات مالکیت خویش بر اموالی که در دست اوست بی‌نیاز می‌کند.

در اهمیت این قاعده همین بس که در روایت مستند این قاعده، امام صادق علیه‌السلام اشاره می‌کنند که اگر چنین قاعده‌ای وجود نداشته باشد بازار مسلمین پابرجا نمی‌ماند و نظام اقتصادی و بازرگانی جامعه دچار اختلال خواهد شد.

قاعده ید را می‌توان یکی از جلوه‌های اصل برائت به حساب آورد که اصل سی‌وهفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر آن تأکید دارد.

**2-1-1-6- قاعده الزوم:** بر اساس این قاعده، اصل در کلیه عقود اعم از تملیکی و عهدی بر لازم بودن آنها است (Mohaghegh Damaad, 1984: 2, 159). دلیل ذکر این قاعده در زمره قواعدی که بر ممنوعیت تعرض به حقوق اقتصادی افراد دلالت دارند این است که چنانچه چنین اصل و قاعده‌ای وجود نداشته باشد و به عبارتی اصل بر جواز عقود باشد سبب می‌شود که بسیاری از قراردادهای بین افراد و حقوق مکتسبه آنها در معرض فسخ و رجوع قرار بگیرد و افراد هیچ اطمینان خاطر در مورد اموال و حقوقی که به واسطه عقود کسب می‌کنند نداشته باشند و هر لحظه انتظار رجوع و تعرض مالک سابق، پیش روی آنها باشد.

**2-1-2- قواعد ناظر بر لزوم جبران خسارت، در صورت تعرض به امنیت اقتصادی افراد (ضمان):**

یکی از مفصل‌ترین و مبسوط‌ترین مباحث فقهی، مباحث مربوط به ضمان و انواع مختلف آن است. از «منظر» مطالعات امنیتی، قواعدی را که به نوعی به ضمان مربوط می‌شود، می‌توان قواعدی دانست که با هدف صیانت از حقوق اقتصادی مشروع افراد از تعرض سایرین تأسیس شده‌اند. به‌طور کلی ضمان بر دو قسم است: ضمان عقدی یا قراردادی که به آن مسئولیت قراردادی نیز گفته می‌شود و ضمان قهری که به آن مسئولیت مدنی می‌گویند. منظور از ضمان عقدی «مسئولیتی است که در نتیجه اجرا نکردن تعهدی که از عقد ناشی شده است به وجود می‌آید به این معنا که کسی که به عهد خود وفا نمی‌کند و بدین وسیله باعث اضرار هم پیمانانش می‌شود باید از عهده خسارتی که به بار آورده است برآید (Katooziyan, 1995: 1, 74). منظور از ضمان قهری نیز این است که «مسئولیت انجام امری و یا جبران زبانی که کسی در اثر عمل خود به دیگری وارد آورده بر عهده خود او نهاده شود» (Emami, 2011: 1, 361).

هر دو نوع این مسئولیت‌ها در ابواب مختلف فقه و قواعد متنوع فقهی پراکنده و قابل شناسایی است که در ذیل به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

**2-1-2-1- قاعده ضمان ید یا علی الید:** به عقیده فقها، مقتضای اولیه تصرف و یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلف به

بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد باید از عهده خسارت وارد نیز برآید<sup>9</sup> (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 61)؛ بنابراین بر اساس این قاعده اگر کسی مالی از کسی گرفت ضمانت اولی آن مال به عهده اوست (Jafari, 1997: 83-107 n.d. -Jafari, 2004: 2, 135 -Irvani). ماده 301 قانون مدنی در همین راستا مقرر می‌دارد: «کسی که عمدتاً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند». ماده 303 همین قانون نیز مقرر می‌دارد: «کسی که مالی را من غیرحق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل».

**2-2-1-2- قاعده الغرور:** این قاعده به این معنا است که اگر از شخصی کار یا کلامی صادر شود که باعث فریب و در نتیجه ضرر دیگری شود، فرد غارّ مسئول خواهد بود (Taheri, 1996: 2, 225). با اینکه بحث غرور معمولاً در کتاب نکاح مطرح شده است اما برخی فقهای متأخر عقیده دارند که این قاعده، قاعده‌ای عام و فراگیر است و در همه ابواب فقه جریان دارد (Rahmani, n.b: v. 10, 196)<sup>10</sup>.

**2-3-1-2- قاعده اتلاف:** این قاعده نیز از قواعد مشهور فقهی و یکی از مهم‌ترین قواعد در باب ضمان قهری است (Rahmani, n.b: 11-12, 245)<sup>11</sup> و به این معنا است که هرکس مال دیگری را بدون اجازه او تلف یا مصرف کند ضامن صاحب مال است (Musavi Bojnoordi, 1979: 3, 3). این قاعده را در واقع می‌توان نوعی ضمانت اجرا برای قاعده احترام و قاعده لاضرر دانست به این معنا که هرکس حرمت مال دیگری را پاس ندارد و بدین خاطر آن مال تلف شود، باید از عهده جبران خسارت او برآید. اتلاف می‌تواند مستقیم و بالمباشره باشد یا غیر مستقیم و بالتسبیب. ماده 328 قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل و یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه

9- البته مواردی تحت عنوان ید امانی، به موجب ادله خاص از تحت عموم این قاعده خارج گردیده‌اند.

10 - در این رابطه می‌توان به قوانین ذیل اشاره کرد: ماده 1 قانون مسئولیت مدنی، ماده 270 قانون مالیات‌های مستقیم مصوب 1366، ماده 78 قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب 1382، ماده 126 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

11- توضیح آن که اسباب ضمان قهری با توجه ماده 307 و فصل دوم قانون مدنی عبارت دانسته شده‌اند از غصب و اتلاف.

عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است».

**2-1-3- جمع بندی این بخش:** در این بخش مجموعاً دو دسته از قواعد فقهی مورد اشاره قرار گرفت: دسته اول قواعدی است که به نحو مطلق، تعرض به حقوق و امنیت اقتصادی افراد را مورد منع قرار می دهند که این قواعد عبارت‌اند از قاعده ید، لزوم، لاضرر، احترام و برخی قواعد جزئی تر نظیر قاعده کلمما بطل العقد و قاعده وجوب التخلیه. برآیند ذکر این قواعد این است که در فقه امامیه، قواعد مستحکم و متقنی وجود دارد که هدف اصلی و اولیه آن‌ها شکل دهی به یک نظام اقتصادی منسجم و ایمن در جامعه است تا افراد با یک اطمینان خاطر نسبی از به رسمیت شناختن حقوق اقتصادی شان به فعالیت در جامعه اقدام نمایند.

دسته دوم نیز قواعدی را در بر می گیرد که علاوه بر دادن اطمینان روانی از به رسمیت شناختن حقوق اقتصادی شان، «تضمین هایی» را نیز به منظور جلوگیری از تعرض به این حقوق و نیز جبران خسارات ناشی از تعرض ارائه می دهد. این قواعد عبارت‌اند از قاعده علی الید، غرور، اتلاف و قواعد جزئی تری نظیر من له الغنم فعليه الغرم.

## **2-2- قواعدی که امنیت اقتصادی افراد را مورد تأکید و تضمین قرار می دهد (وجه ایجابی):**

بیان شد که در خصوص امنیت اقتصادی افراد، سه گونه قواعد فقهی قابل شناسایی و مطالعه است. قواعدی که در بخش قبل مورد بحث قرار گرفت در واقع، قواعدی بودند که به مقابله با ناامنی در امور اقتصادی افراد می پرداختند. در این بخش به وجه ایجابی امنیت اقتصادی افراد می پردازیم و قواعدی را مورد بررسی قرار می دهیم که بر سلطه و اختیار آزاد انسان بر امور اقتصادی اش تأکید می کند و آن را به رسمیت می شناسد.

اهم این قواعد به این ترتیب است:

**2-2-1- قاعده تسلیط یا سلطنت:** این قاعده به این معنا است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می تواند در آن هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بنماید و هیچ کس نمی تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفاتش منع نماید؛ به عبارت دیگر اصل بر این است که همه گونه تصرفات برای مالک مجاز است مگر آنکه به موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت گردد (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 226). این قاعده دارای دو بعد اثباتی و سلبی است. جنبه



اثباتی آن این است که سلطنت مالک بر مال خویش، حق اوست و حق مزبور مطلق است و شامل هر گونه تصرفی در مال می‌شود مگر آنکه از سوی شارع منع صریحی وارد شده باشد (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 230). جنبه سلبی آن نیز در این است که تصرفات دیگران در اموال مالک بدون اذن یا رضایت او و یا منع و مزاحمت آن‌ها نسبت به تصرفات او ممنوع است زیرا با «سلطنت» منافات دارد (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 231).

از آنجا که دایره شمول و استناد این قاعده بسیار گسترده است برخی تجلیات و استنادات فقهی به آن را به منظور روشن شدن شمول و گستره آن به اختصار بیان می‌کنیم:

- حضرت امام در ضمن بحث اسقاط خيارات یک بیان کلی در مورد قاعده تسلیط بیان می‌کنند که: «مع أنّ قاعدة السلطنة على الأموال و الحقوق و النفوس، من القواعد المحکمة العرفیة، آلتی لا تمسّ کرامت‌ها شبهة و لا إشکال، و هی معمول بها فی جمیع الملل و النحل، التزموا بشرع أم لا، فالاستدلال على السلطنة علیها بتلك القاعدة العقلیة، صحیح لا ریب فیہ» (Imam Khomeini, 1999: 4, 195).

- در باب احتکار برخی فقها (نظیر شیخ مفید) قائل به این شده‌اند که حاکم می‌تواند فرد محتکر را مجبور کند که مال مورد نظر را به قیمت معینی بفروشد. برخی دیگر (نظیر ابن حمزه و شهید ثانی) بیان داشته‌اند که تنها در صورتی که محتکر قیمت فروش خود را به قدری بالا ببرد که فایده‌ای بر اجبار او به فروش مترتب نشود حاکم می‌تواند خود، آن کالا را قیمت‌گذاری کرده و به فروش برساند؛ اما مشهور فقهای متأخر با استناد به این قاعده بیان می‌دارند حاکم صرفاً حق اجبار محتکر به فروش کالا را دارد و نه تسعیر و قیمت‌گذاری بر کالای او را و البته قیمت نیز بر عهده محتکر گذاشته نمی‌شود بلکه با توجه به بازار تعیین می‌شود (Bahrani, 1983: 18, 64-65).<sup>12</sup>

- رجوع مشتری به بایع فضولی (ibid, 18, 391).

- عدم حرمت جدایی انداختن بین مادر و فرزند در خرید و فروش کنیز و نیز حیوانات<sup>13</sup> (به نقل

12- «و قال الشيخ: لا يجوز للسلطان ان يجبر على سعر بعينه، بل بیعه بما یرزقه الله تعالی» (مکانیسم بازار). «و به قال ابن البراج و ابن ادریس؛ و الظاهر انه هو المشهور بین المتأخرین».

13- توضیح آنکه برخی فقها نظیر شیخ مفید، سلار، ابن‌براج و ابن‌جنید قائل به تحریم تفریق بین ام و طفل قبل از استغثای طفل شده‌اند و علامه در تذکره، این قول را مشهور می‌داند و شهید هم در مسالک و روضه این قول را پذیرفته اما در مقابل، محقق در

از (Bahrani, 1983: 19, 418).

- عدم شرطیت عدالت در رشدی که موجب زوال حجر است<sup>14</sup> (ibid, 20, 352).
- عدم شمول حکم حجر به مالی که پس از وقوع حجر به دست می آید<sup>15</sup> (ibid, 20, 359).
- جواز انتقال یا شریک گرفتن در مزارعه توسط عامل و نیز اجاره عین مستاجر توسط مستأجر به دلیل آن که عامل و مستأجر، مالک منفعت است و بنابر قاعده تسلط امکان تصرف مالکانه را دارد<sup>16</sup> (Najafi, 1982: 27, 41 – ibid: 21, 333).
- امکان عقد مساقات در مورد درختان غیر مثمر<sup>17</sup> (Bahrani, 1983: 21, 357).
- عدم شرط عدالت در مورد وکیل<sup>18</sup> (ibid: 22, 63) و وصی (ibid: 22, 560).
- همچنین کسانی که معتقدند با وقف، مال موقوفه به ملکیت خداوند در می آید و نه موقوف علیهم از جمله استدلال‌هایشان این است که از نشانه‌های ملکیت، تسلط است و حال آنکه موقوف علیهم هیچ سلطه‌ای بر مال موقوفه جز انتفاع ندارند (ibid: 22, 252).
- جواز اختلاف در هبه به فرزندان بنابر این قاعده (ibid: 22, 231).
- قبول منجزات مریض (ibid: 22, 604).
- اثبات ولایت مولا بر عبد (ibid: 23, 237).
- جواز تصرف در مهر قبل از قبض و تمکین (ibid: 24, 547).
- صاحب مسالک گفته اگر فردی به دیگری اذن دهد که در ملک او نماز بخواند و سپس از

هر دو کتابش و شهید در لمعه و علامه در المختلف و الارشاد و ابن‌ادریس و دیگران با استناد به قاعده تسلط، صرفاً این موارد را دارای کراهت دانسته‌اند.

- 14- توضیح آنکه برخی فقها نظیر شیخ و برخی فقهای شافعی قائل به این شده‌اند که برای زوال حجر علاوه بر بلوغ و رشد، شرط عدالت نیز لازم است اما بنابر نظر مشهور و با توجه به اصل تسلط این شرط وارد نیست.
- 15- البته علامه در القواعد و التحریر قائل به این شده است که حکم حجر به این اموال نیز سرایت می‌کند اما دیگر فقها چون این مورد را از موارد شک می‌دانند، به اصل تسلط رجوع کرده و حکم به عدم سرایت می‌دهند مگر آنکه قاضی صراحتاً در حکم خود این مورد را قید کرده باشد.
- 16- البته فقها بیان داشته‌اند که انتقال این منفعت اشکالی ندارد اما تسلیم آن مال منوط به اذن مالک است.
- 17- توضیح آنکه برخی فقها بیان داشته‌اند عقد مساقات تنها در مورد درختان مثمر صحیح است اما کسانی مثل محقق اردبیلی معتقدند بنابر قاعده تسلط و نیز عموم «وفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» چنین عقدی نیز صحیح است.
- 18- توضیح آنکه موکل بنابر قاعده تسلط این حق را دارد که مال خود یا امر خود را به هر انسانی ولو فاسق احاله دهد.

اذن خود برگردد باید فوراً از ملک او خارج شد و اگر وقت به قدری ضیق است که در صورت خروج از ملک او نماز قضا می‌شود باید در حین خروج، نماز خود را بخواند و رکوع و سجودش را با اشاره انجام دهد و باید تا حد امکان نزدیک‌ترین راه را برای خروج انتخاب کند (Najafi, 1982: 8, 229).

- اگر دو نفر مالی را بخرند و یک نفر در آن مال تصرف کند، بنا بر نظر صاحب جواهر فقط خیار او باطل می‌شود و خیار شریک به قوت خود باقی است که می‌تواند در صورت اعمال خیار، قیمت را مطالبه کند (Bahrani, 1983: 23, 70).

- هر شریکی می‌تواند هر وقت که خواست به شریک دیگر اذن در تصرف بدهد یا اذن خود را پس بگیرد (Najafi, 1982: 26, 306).

- عدم بطلان مضاربه‌ای که در آن حصه دو شریک مساوی است اما برای یکی از آنها سود بیشتری قرار داده می‌شود (Seifi Mazandarani, 2005: 107).

- حضرت آیه‌الله مکارم شیرازی در کتاب «بحوث فقهیه هامه» در ذیل بحث ولایت فقیه بر اموال و انفس، سه دسته از روایات را ذکر می‌کنند که در آنها تمام زمین از آن امام دانسته شده است (Makarem Shirazi, 2000: 556) و سپس همه این سه دسته روایات را در مقابل عموماتی چون «الناس مسلطون علی اموالهم» و نیز جواز بیع، عتق، هبه، وقف، وصیت و ... قرار داده و نهایتاً احترام و تسلط مالکیت فردی را به اثبات می‌رسانند (Makarem Shirazi, 2000: 560) و روایات فوق را حمل بر مالکیت معنوی و حقیقی می‌دانند که خللی به مالکیت‌های اعتباری وارد نمی‌سازد.

- حضرت امام نیز در «کتاب البیع» ماهیت اعراض را با این قاعده توجیه و بیان می‌دارند که با توجه به تسلیطی که مالک بر اموالش دارد، در واقع تفاوتی بین اعراض یا بیع یا هبه یا صلح و مانند این‌ها نیست چرا که همگی از شئون سلطنت بر اموال تلقی می‌شوند (Imam Khomeini, 1999: 1, 21). همچنین ایشان یکی از ادله لزوم معاطاه را همین قاعده دانسته‌اند (Imam Khomeini, 1999: 21).

159, 274، 1999 به بعد)<sup>19</sup>.

- در صورت تلف مال غصبی، مالک می‌تواند قیمت آن مال را مطالبه کند هرچند که قیمت آن در جایی که مطالبه کرده بیشتر از مکان تلف باشد (ibid: 1, 534) و ابن ادريس این مسئله را مقتضای عدل اسلام و ادله و اصول مذهب دانسته است (Ibn Edris, 1988: 2, 490-491) و شیخ نیز آن را به خاطر عموم «لناس مسلطون علی اموالهم» ذکر کرده است (Ansari, 1988: 3, 255).

- صحت خیار شرط در خصوص بعض ثمن و مبیع با استناد به این قاعده<sup>20</sup>.

- جواز جمیع تصرفات در زمان خیار (Kashef Al Qetaa, n.d: 4, 74)<sup>21</sup> و ...

**2-2-2- قاعده اسقاط:** اسقاط عبارت است از گذشتن شخص از حقی که بر دیگری دارد یا فارغ کردن ذمه بدهکار از حقی که بر ذمه او است برای همیشه (Bahr Al olum, 1981: 1, 15) - Hashemi shahroodi, 2004: 1, 481 & Others؛ به عبارت دیگر اسقاط عبارت است از یک عمل حقوقی یک‌جانبه (به‌طور ارادی و با قصد انشای یک‌طرفه) که به موجب آن صاحب حق، از حق خویش صرف‌نظر و چشم‌پوشی می‌کند و نقطه مقابل انتقال حق است (Mohaghegh Damaad, 1984: 2, 284, 292).

بنابر این، مفاد این قاعده بر این است که هر فردی این حق و آزادی را دارد که از حقوق مکتسبه خود به نفع فرد دیگر یا به‌طور کلی چشم‌پوشی نماید.

**2-2-3- قاعده اعراض:** اعراض عبارت است از رفع ید از ملک و صرف‌نظر کردن از آن (Musavi Khoei, 1989: 990) یا سلب مالکیت از خود بدون نقل آن به دیگری (Shobeyri Zanjani, 1997: 1, 46). در تعریف دیگر این گونه آمده است: اعراض عبارت است از اینکه انسان عینی از اموالش را به نیت اعراض ترک کند که در این صورت آن عین مانند سایر

19- البته مرحوم شهید مصطفی خمینی به این نظر مرحوم امام اشکال کرده و استناد به قاعده تسلیط در این مورد را غیر تام دانسته است: «ما ألقاه الوالد مُنَّ ظَلَّه حول التمسک بحدیث السلطنة لتصحیح المعاطاة و هو: «أَنَّ التمسک بعموم قوله الناس مسلطون علی اموالهم لأجل تصحیح المعاطاة غیر تام» (Mostafa Khomeini, 1996: 8).

20- توضیح آنکه برخی معتقدند از آنجا که شرط خیار مخالف سنت است محتاج به دلیل خاص می‌باشد و ادله خاص تنها فسخ تمام عقد با رد تمام ثمن را بیان کرده است.

21- «و الحق أن جمیع التصرفات سائغة لما ذکرنا، و لأن النماء و المنافع ملکه أیضا، و الناس مسلطون علی اموالهم».

مباحث خواهد بود (Moghniye, 1999: 4, 306-307).

**2-2-4- قاعده اقرار:** بر اساس مفاد این قاعده نیز مقتضای سلطنت یک فرد بر اموالش این خواهد بود که بتواند هرگونه اقراری به ضرر خود بر این اموال صورت دهد. بر اساس ماده 1259 قانون مدنی «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود» بنابراین «هرکس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود» (ماده 1275). باین وجود، این سلطنت به نحو مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته و لذا بر اساس ماده 1276 «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت.»

**2-2-5- قاعده اقدام:** قاعده اقدام به این معنا است که هرکس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند، در مورد اقدام وی کسی به نفع او ضمان قهری یا مسئولیت مدنی ندارد (Musavi, 1979, 1, 92) و نیز هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، مسئول خسارت نخواهد بود (Mohaghegh Damaad, 1984: 1, 221). به گفته برخی از فقها، صاحب مال وقتی احترام مالش را اسقاط کند و در مقابل آن، طالب عوض نباشد، این مال ضمان آور نیست (Maraghi, 1995: 2, 488).

**2-2-6- نتیجه گیری این بخش:** در این بخش قواعدی مورد اشاره قرار گرفت که وجه ایجابی امنیت اقتصادی را مورد تأکید قرار می دهند. در این قواعد برخلاف قواعد بخش نخست، سخن در این نیست که امنیت اقتصادی از سوی چه عواملی مورد «تهدید» واقع می شود بلکه سخن در این است که امنیت اقتصادی با وجود چه قواعدی «تأمین» می شود. مهم ترین و عام ترین قاعده در این بین به زعم این نگاشته قاعده تسلیط است و قواعد دیگری نظیر اسقاط، اعراض، اقرار و اقدام نیز به نحو جزئی تری قاعده تسلیط را بازگویی می کنند. همچنین قاعده احترام را نیز می توان با قرائتی جدید در این دسته ذکر کرد. همه این قواعد در پی آناند تا با تقویت آزادی و اختیار در عرصه اقتصادی، امنیت اقتصادی افراد را تحقق بخشند برخلاف قواعد دسته نخست که سعی در رفع موانع امنیت اقتصادی داشتند.

### 2-3- قواعدی که امنیت/آزادی اقتصادی افراد را محدود می کند:

تاکنون دو دسته از قواعد فقهی مربوط به امنیت اقتصادی افراد مورد بررسی قرار گرفته است؛

اما صرف مطالعه این قواعد نمی‌تواند ما را به «مرجع» امنیت اقتصادی افراد رهنمون شود چرا که همه این قواعد در واقع مجمع‌الجزایر پراکنده‌ای از نیایدها و بایدها در حوزه امنیت اقتصادی افرادند و هنوز مرکز و نقطه ثقل آنها معلوم نشده است؛ به عبارت دیگر تاکنون به این نتیجه رسیده‌ایم که در فقه امامیه احترام مال و کار مسلمان لازم است، اجرت عمل او نباید به هیچ بهانه‌ای پایمال شود، هیچ ضرری نباید بر او تحمیل شود، همه تصمیمات اقتصادی او «لازم» الاجرا و متقن است و اراده طرف مقابل نمی‌تواند به استحکام عقود او خللی وارد کند، هر آنچه که در دست او است و بر آن سیطره دارد مال او شمرده شده و محترم است، از هر اقدامی که مانع انتفاع او از مالش شود باید اجتناب شود، هر کس او را بفریبد باید خسارتش را جبران کند، هر کس بدون رضایت او بر مالش دست یابد یا آن را تلف کند باید خسارت او را جبران نماید، و نیز اینکه وی حق هرگونه تصرف و سلطه بر مالش را دارد چه بخواهد از آن منتفع شود یا آن را منتقل نماید یا حتی از آن اعراض کند.

اما برای کشف مهم‌ترین این گزاره‌ها نیازمند آنیم تا دسته دیگری از قواعد فقهی را نیز مورد بررسی قرار دهیم؛ قواعدی که محدودیت‌هایی را بر موارد فوق تبیین می‌کند. با دقت نظر در این محدودیت‌ها و اهم و مهم‌هاست که می‌توان دریافت کدامین گزاره از بیشترین حمایت و صیانت برخوردار است و می‌توان عنوان مرجع امنیت را در این بُعد و در این سطح به آن اعطاء نمود. قواعدی که چنین محدودیت‌هایی را تبیین می‌کند به این شرح است:

**2-3-1- قاعده لاضرر:** راجع به مفهوم و مفاد قاعده لاضرر پیش‌ازین سخن به میان رفته و بیان گردید که این قاعده به فرد این اطمینان را می‌دهد که دیگران حق تعرض به امنیت اقتصادی او و اضرار نسبت به او را ندارند؛ اما جهت و جنبه دیگر این قاعده که در اینجا مورد توجه است، این است که این قاعده، به افراد، این بیم را می‌دهد که اختیار و آزادی اقتصادی‌شان مطلق‌العنان نیست و آنها نمی‌توانند به بهانه داشتن آزادی و سلطنت در امور اقتصادی، به دیگران ضرری را وارد سازند؛ بنابراین از این حیث، قاعده لاضرر را می‌توان محدودیتی بر قاعده تسلیط دانست که به موجب آن فرد حق هرگونه تصرفی را در ملک خویش به دست آورده بود.

توجه به این نکته نیز مفید فایده است که این منع اضرار به غیر هم می‌تواند اضرار به افراد دیگر را شامل شود و هم اضرار به جامعه را و لذا محدودیت‌هایی که امروزه در باب شهرسازی بر

مالکین تحمیل می‌شود را می‌توان با قاعده ممنوعیت اضرار به جامعه توجیه نمود.

**2-3-2- قاعده حرمت اسراف:** یکی دیگر از قواعدی که آزادی و اختیار اقتصادی انسان و به عبارتی سلطنت او بر اموالش را محدود می‌کند قاعده حرمت اسراف است. در اسلام، علی‌رغم مشروعیت مالکیت خصوصی، مالک اختیار تام ندارد که در غیر مصالح خود و یا اجتماع، مال را مصرف کند، آن را از بین ببرد و یا از آن استفاده نامشروع کند ( Hosseini, 2007: v. 52, ) البته در کلام فقها و به‌ویژه فقهای سلف بحث حرمت اسراف به‌صورت مستقل و جامع، مطرح نشده و تنها به بررسی نمونه‌هایی از آن، مانند حرمت یا عدم حرمت زینت مسجد، اسراف در آب وضو، وجوب یا عدم وجوب آبیاری درختان و زراعت<sup>23</sup> و همانند آن، بسنده شده است (Rahmani: 2002, V. 29, 128) و ظاهراً اولین کسی که از حرمت اسراف به‌صراحت و به‌صورت یک قاعده عام یاد کرده مرحوم نراقی در عوائد الایام است. ایشان اسراف را مصرف غیرعقلایی مال می‌داند (Naraqi, 1995: 635) و لذا نه مانند برخی

22- این نویسنده در ادامه در بیان ابعاد حرمت اسراف این‌گونه بیان می‌دارد که: «[حتی] اگر انسان، قادر به خلق ماده با کار بود، مالکیت او مطلق می‌شد ولی در آن صورت هم، حق تزیین و اسراف نداشت؛ زیرا خودش محصول اجتماع است. او واجب‌الوجود بالذات نیست، بلکه فردی قائم به اجتماع است و اجتماع در نیروهای علمی و فکری و بدنی او دخیل و صاحب حق است؛ اما حق بخشش، وقف، صلح، ابراء و خدمت رایگان، تا زمانی که به اجتماع صدمه نزند و حق وصیت و توریث - اگر بتوان آن را حق مورث دانست؛ چون ارث حق نیست ولی وصیت حق است - از او سلب نمی‌شود» ( Hosseini, 2007: v. 52, 129).

23- توضیح آنکه اگر کسی مالک زراعت یا درخت و مانند آن‌ها باشد که به آبیاری و رسیدگی‌های دیگر نیاز دارند، در وجوب این هزینه‌ها دو قول وجود دارد: 1) علامه در قواعد می‌نویسد: «ترک آبیاری مکروه است؛ زیرا تزیین مال است، ولی در عین حال بر آبیاری اجبار نمی‌شود؛ زیرا آبیاری کردن گیاهان، زیاد کردن مال است و همان‌طور که بر انسان تملک مال واجب نیست زیاد کردن آن هم واجب نیست.» شهید در مسالک نیز آورده است: اشهر اقوال عدم وجوب سقی و حرث است. 2) فاضل هندی در کشف اللثام در شرح عبارت قواعد، به علامه اشکال کرده می‌نویسد: «سقی و حرث گیاهان ابقای ملک و صیانت آن از تباهی است و ابقا و صیانت واجب است اگرچه می‌توان گفت که اگر به گیاهان رسیدگی نکرد حاکم شرع او را اجبار نخواهد کرد ولی در عین حال چون به گیاهان رسیدگی نمی‌کند و آن‌ها را تباه می‌کند، با این عمل خود داخل در انسان‌های سفیه شده و جزء انسان‌های محجور می‌شود.» همچنین علامه در قواعد می‌گوید: «گیاهانی که با رسیدگی نکردن تلف می‌شوند، حاکم شرع می‌تواند مالک آن‌ها را بر رسیدگی الزام نماید؛ زیرا رسیدگی نکردن تباه ساختن مال است و نباید او را بر این کار تأیید و امضا نمود (Shafiee, 2003: v. 33, 148).

فقیهان، اسراف در امور خیر را به کلی جایز می‌داند<sup>24</sup> و نه مانند برخی دیگر، اسراف در امور خیر را به کلی ممنوع می‌شمارد<sup>25</sup>.

بر اساس این قاعده، مالک این حق و اختیار را ندارد که همه آنچه که قاعده تسلیط و توابع آن برای وی به رسمیت شمرده‌اند را اعمال کند و لذا به‌عنوان مثال هرچند حکم تکلیفی اعراض از مال یا إسقاط حق، جواز است اما چه بسا در مواردی که این اعراض، مصداق اسراف واقع می‌شود، حکم وضعی حرمت بر آن تعلق گیرد. البته متأسفانه فقها کمتر به احکام تکلیفی مترتب بر اسراف پرداخته‌اند و بیشتر توجه و اهتمام آن‌ها به بیان حکم وضعی این قاعده بوده است (برای اطلاعات بیشتر ر.ک: Rahmani, 2002: v. 29, 181 به بعد).

**2-3-3- قاعده نفی سبیل:** سومین قاعده‌ای که آزادی و اختیار اقتصادی افراد را هدف قرار داده و آن را محدود می‌کند قاعده نفی سبیل است. این قاعده به این معنا است که هر عملی که سبب شود که دشمنان دین و یا غیرمسلمانان راهی برای سلطه و ولایت بر مسلمانان پیدا کنند حرام است (Salmanpoor, 2003: v. 35, 134 - و نیز برای اطلاعات بیشتر ر.ک: Al-Rahmani, 2003: v. 32, 167). بنابر این هیچ فردی نمی‌تواند به بهانه آزادی اقتصادی و حمایت اسلام از سلطه و مالکیت او، امنیت اقتصادی کل جامعه اسلامی را نادیده گرفته و برخلاف مصالح جامعه مسلمین اقدام نماید.

شیخ انصاری این قاعده را در تعارض با عموم ادله صحت بیع و وجوب وفاء به عقد و اکل مال عن تراض و نیز عموم الناس مسلطون علی اموالهم دانسته است (به نقل از Musavi Bojnoordi, 1979: 1, 194).

**2-3-4- قاعده حفظ نظام:** این قاعده نیز می‌تواند یکی از محدودیت‌های آزادی اقتصادی

24- برخی، اسراف را مصرف کردن مال بیشتر از حد متعارف و وسط دانسته‌اند و قائل به اطلاق در این زمینه هستند به این معنا که حتی در امور خیر نیز اسراف شایسته نیست. این نظر را علامه در تذکره بیان کرده و صاحب وافی و محمد مؤمن (برادر زاده مولی محسن فیض) در شرح مفاتیح الشرایع فیض مورد تأکید قرار داده‌اند (به نقل از Naraqi, 1995: 635). مرحوم شیرازی در این باره فرموده است: «کل ما أضر بالبدن و أفسد المال یسمى إسرافاً» (Shirazi, 2003: 50).

25- برخی قائل به عدم اسراف در امور خیر شده‌اند. شهید در مسالک این قول را به مشهور نسبت داده است (به نقل از Naraqi, 1995: 635).



افراد تلقی و امنیت اقتصادی آن‌ها را مقید به دیگر ابعاد و سطوح امنیت نماید. این قاعده که در کتب فقهی از قاعده اختلال هم از آن یاد شده است به این معنا است که هر عملی که موجب اختلال در زندگی انسان‌ها و سستی معیشت آن‌ها و جامعه‌شان شود ممنوع است و هر عملی که موجب حفظ این نظام شود نیز واجب و لازم می‌باشد (Seyfi mazandarani, 2003: 1, 13).

بر این اساس، قاعده حفظ نظام از دو جنبه می‌تواند امنیت اقتصادی افراد را تحت تأثیر قرار دهد؛ یک جهت اینکه این قاعده می‌تواند افراد را از تصرف و تسلط «مطلق» بر اموالشان منع نماید و تنها برخی از جلوه‌های «تسلط» مالک بر مالش را مجاز بداند و جهت دیگر آنکه این قاعده می‌تواند افراد را برخلاف میل و رضایت قلبی به کاری وادار نماید که از آن تحت عنوان واجبات کفایی سخن به میان می‌رود. به‌عنوان مثال اگر حیات عادی جامعه متوقف بر استمرار برخی مشاغل باشد و در مقطعی این مشاغل بدون متصدی بماند بر همگان واجب است تا این مشاغل را به‌دست گیرند تا انتظام جامعه همچنان برقرار بماند<sup>26</sup>. این امر هرچند با قاعده سلطنت مغایر است و آن را محدود و نقض می‌کند اما وجود یک مصلحت بزرگ تر اقتضا می‌کند که این اصل و حکم اولیه دچار تعدیل گردد. درعین حال حفظ حقوق فردی و احترام به مالکیت افراد اقتضای آن را دارد که در قبال الزام افراد به چنین مشاغلی از طریق مکانیسم «واجب کفایی»، تا حد امکان از اثرات جانبی و خارجی این الزام بکاهیم و کار آن‌ها را محترم داشته و ما به ازای معقول و منصفانه‌ای در قبال کار آن‌ها در نظر بگیریم. بسیاری از فقها با دقت به این نکته و با استناد به حرمت کار مسلمان، قائل به جواز اخذ اجرت در چنین کارهایی شده‌اند.

**2-3-5- قاعده عدالت**<sup>27</sup>: در دانش فقه از عدالت در دو مورد به‌صورت مستقل و البته بسیار جزئی گفتگو شده است؛ یکی آنجا که عدالت یکی از صفات مجتهد، قاضی، امام جماعت، شهود

26- به عنوان مثال مرحوم آیه‌الله خویی در مبانی تکمله در خصوص قضاوت این چنین می‌فرماید: «لِقضاء واجب کفائی و ذلک لتوفف حفظ النظام المادی و المعنوی علیه، و لا فرق فی ذلک بین القاضی المنسوب، و قاضی التحکیم» (Musavi Khoei, 2000, v. 41,6). شهید ثانی نیز در شرح لمعه این گونه بیانی دارد که «و مطلق التجارة آلتی یتّم بها نظام نوع الإنسان فإن ذلک من الواجبات الکفائیة» (Shahid sani, 1993: 3, p.p. 211-220).

27- به این قاعده در اقتصاد امروز «Principle Of Fair Business» می‌گویند.

و گواهان و ... به شمار آمده و رساله‌های متعددی نیز درباره آن تحریر شده است.<sup>28</sup>

مورد دیگر به‌عنوان یک قاعده با تعبیر «قاعده العدل و الانصاف» که عمدتاً در مورد اموالی است که مخلوط شده و تفکیک آن‌ها میسر نباشد<sup>29</sup> (Kashef Al-Najafi, 1982: 41, 115) Kashef Al-Najafi, 1982: 41, 115) است.

در کنار این دو، بزرگانی نظیر خواجه‌نصیرالدین طوسی و استاد شهید مرتضی مطهری از عدالت به‌عنوان یک قاعده در عرصه روابط اجتماعی نیز یاد کرده‌اند. خواجه‌نصیرالدین طوسی عدالت را به‌منزله قلب اقتصاد دانسته و سایر مسائل اقتصادی را به‌عنوان اندام و اعضای فرعی آن به حساب می‌آورد (Khaje nasir al-Din, n.d: 258-259) و شهید مطهری از غفلت فقیهان درباره عدالت ابراز نگرانی نموده و بیان می‌دارد: «اصل عدالت اجتماعی با همه اهمیت آن در فقه ما مورد غفلت واقع شده است و درحالی که از آیاتی چون «بالوالدین احسانا» و «وفوا بالعقود» عموماتی در فقه به‌دست آمده است ولی با این همه تأکیدی که در قرآن کریم بر روی مسئله عدالت اجتماعی دارد مع‌هذا یک قاعده و اصل عام در فقه از آن استنباط نشده است و این مطلب سبب رکود تفکر اجتماعی فقهای ما گردیده است» (Motahari, 1994: 27).

وجود آموزه‌هایی پراکنده در فقه در باب رعایت عدالت در خرید و فروش و معاملات می‌تواند بستر مناسبی را برای فقهای عظام ترتیب دهد تا چنین دغدغه و کاستی محسوسی را با دقت نظر مرتفع ساخته و قاعده‌ای عام در این زمینه ارائه دهند.

### 3- جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

1. بخش اول این مقاله به وجه سلبی امنیت اشاره داشت و بر عوامل تهدید امنیت اقتصادی افراد

28- به‌عنوان مثال شیخ انصاری رساله‌ای در باب عدالت نگاشته که مرحوم ملا عبدالله مامقانی حاشیه نسبتاً مفصلی بر آن نوشته است.

29- برخی، این قاعده را در این معنا این‌گونه تعریف کرده‌اند: «قاعده العدل و الانصاف تعنی تقسیم الحق المختلف علیه بین الطرفين، و هی قاعده شرعیة مستفاده من نصوص بعض الروایات الواردة، و يلتزم بها بعض الفقهاء بینما ینکر صحتها فقهاء آخرون» (Rohani ghomi, n.d: 3, 231).

30- برای اطلاعات بیشتر در این خصوص ر.ک: «Seyfi mazandarani, 2003, 1, 199» به‌بعد، قاعده العدل و الانصاف» و نیز «Mostafavi, 1999, 159» به‌بعد، قاعده العدل و الانصاف».

متمرکز شده بود. در این بخش اجمالاً بیان شد که اسلام برای امنیت اقتصادی افراد اهمیت والایی قائل شده و لذا قواعد متنوع و نسبتاً گسترده‌ای به منظور صیانت از حقوق اقتصادی افراد وضع شده است. برخی از این قواعد صرفاً به تبیین و تأمین امنیت اقتصادی افراد می‌پردازند و بر حرمت تعرض به امنیت اقتصادی افراد اشاره دارند و برخی دیگر ضمانت اجرای تعرض به امنیت اقتصادی افراد را نیز بیان کرده‌اند. از مجموع مطالب و قواعد این بخش می‌توان این‌گونه برداشت نمود که کلیه قواعدی که در باب «حرمت تعرض به امنیت اقتصادی افراد» و «وجوب جبران ضرر در صورت نقض امنیت اقتصادی افراد» بیان شده است همگی قابل فروکاستن و اندراج تحت یکی از قواعد این بخش است و آن همانا «قاعده احترام مال و کار مسلم» است؛ به این معنا که همگی قواعد مطرح در این باب با یک تحلیل ثانوی می‌تواند تحت شمول این قاعده قرار بگیرند.

2. در بخش دوم بر وجه ایجابی امنیت تمرکز شد و بیان گردید که در اسلام قواعدی چند به منظور تبیین و استقرار امنیت اقتصادی افراد تأسیس شده است. از آنجا که امنیت اقتصادی به‌ویژه در سطح فردی رابطه‌ای تنگاتنگ و بلکه تساوی‌گونه با مقوله «آزادی اقتصادی» دارد؛ لذا عنوان این بخش نیز به گونه‌ای انتخاب گردیده است که مفهوم این نگرش و آموزه باشد. از مجموع قواعد این بخش نیز می‌توان یک قاعده کلیدی به دست داد و آن همانا قاعده تسلیط یا سلطنت است که بر مبنای آن آزادی و اختیار نسبتاً مطلقاً برای مالکیت خصوصی در نظر گرفته می‌شود و مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خویش به مقتضای این قاعده به عمل آورد.

3. در بخش سوم این مقاله ما به دنبال قواعدی ثانوی، عام و فرا موضوعی بودیم تا در ارتباط بین حوزه مسائل اقتصادی با دیگر ابعاد زندگی افراد، بتواند راهگشا و مبین نگاه جامع فقه به زندگی باشد. بر این اساس قواعدی چند که در تنظیم این ارتباطات بین بخشی، تعیین‌کننده است مورد بررسی قرار گرفت. قواعد حفظ نظام، نفی سییل، لاضرر، حرمت اسراف و لزوم عدل و انصاف هر یک به نوعی امنیت اقتصادی افراد را پرداخت و صیقل داده و مرزها و چارچوب‌های آن را روشن ساخته‌اند؛ اما نکته کلیدی در این بین آنکه با دقت نظر در این قواعد می‌توان دریافت که همه آن‌ها از یک سو در راستای محدود کردن قاعده تسلیط و از سوی دیگر در راستای تقویت قاعده احترام قابل تحلیل‌اند و لذا می‌توان مرجع نهایی امنیت اقتصادی در سطح فردی را احترام به مال و کار افراد ارزیابی کرد.

4. توضیح آنکه در قاعده حفظ نظام معمولاً بنا بر این است که در موارد تراحم بین حقوق افراد

و حقوق جامعه، حقوق جامعه مقدم داشته شود اما این مقدم داشتن حقوق جامعه به معنای نفی و نادیده گرفتن کامل حقوق افراد نیست و لذا با آنکه سلطنت مسلمین بر اموالشان محدود می‌شود اما احترام آن به قوت خود باقی است و لذا مثلاً چنانچه مصلحت نظام اجتماعی مسلمین اقتضای تصرف در املاک خصوصی افراد به منظور خیابان‌کشی را داشته باشد، این امر، لزوم پرداخت قیمت عادلانه اموال آن‌ها را خدشه‌دار نمی‌کند و احترام مال و کار آن‌ها همچنان به قوت خود باقی خواهد بود.

5. قاعده نفی سبیل نیز دقیقاً با چنین نگاهی قابل تحلیل است؛ چه اینکه درست است که بر اساس این قاعده اختیار مطلق (سلطنت) افراد در جهت مرادوات اقتصادی با کفار محدود می‌شود؛ اما اولاً چنین محدودیتی صرفاً موجب عدم‌النتفع برخی افراد خواهد بود و نه تعرض به اموال آن‌ها یا اضرارشان (تا مصداق نفی قاعده احترام تلقی شود)؛ ثانیاً اینکه در اینجا نیز تعارض منافع برخی افراد با مصالح کل جامعه است و لذا به قاعده حفظ نظام بازگشت پیدا می‌کند؛ ثالثاً اینکه با در نظر گرفتن یک دید کلان، چند وجهی و دورنگر برای قواعد اسلامی، می‌توان چنین روابطی را در نهایت به ضرر خود افرادی که چنین مرادواتی را با کفار برقرار می‌کنند نیز تحلیل نمود که منجر به خدشه در احترام اموال و کار آن‌ها خواهد شد و لذا برای صیانت از احترام و سلطنت بعدی افراد بر اموالشان، سلطنت کنونی آن‌ها مورد تحدید قرار می‌گیرد.

6. قاعده لاضرر نیز به وضوح بر محدودیت سلطنت افراد بر اموالشان به منظور رعایت احترام مال و کار دیگران دلالت دارد. البته پرواضح است که منافع و محاسن وجود چنین قواعد و سازوکارهایی در یک جامعه در نهایت متوجه تک‌تک افراد همان جامعه و از جمله افرادی خواهد شد که در مقطعی این قواعد بر ضد آن‌ها اعمال شده است؛ به عبارت دیگر افراد با تسلیم در برابر این قاعده و چشم‌پوشی از بخشی از سلطنت خود بر اموالشان، زمینه نهادینه شدن این قاعده در جامعه را فراهم می‌کنند که این امر به یقین منافع درازمدت خود آن‌ها را نیز در بر خواهد داشت.

7. در خصوص قاعده حرمت اسراف همان‌گونه که بیان شد می‌توان از این نگرش بهره برد که اسلام به اندازه‌ای برای مال و کار مسلمان احترام قائل است که حتی نقض این قاعده از سوی خود فرد را نیز بر نمی‌تابد؛ به عبارت دیگر در قاعده حرمت اسراف ما در واقع از یک طرف با محدودیت قاعده سلطنت از سوی قاعده احترام مواجهیم و از طرف دیگر با محدودیت قاعده سلطنت با قاعده حفظ نظام و حقوق جامعه چرا که نتیجه کار و اموال هر فرد در بستر امکانات

جامعه محقق شده و لذا جامعه نیز در آن‌ها دارای حق است و فرد نمی‌تواند بدون در نظر گرفتن این حق جامعه، اموالش را هدر دهد و سرمایه خود و جامعه را نادیده بگیرد. البته آنجا که احکام تکلیفی قاعده حرمت اسراف به اندازه احکام وضعی آن مورد تتبع و توجه فقهی واقع نشده است لذا بیشتر باید این قاعده را یک قاعده مکمل یا ارشادی تلقی کرد.

8. قاعده عدل و انصاف را می‌توان وجه متعالی‌تر این منظومه قلمداد کرد چراکه افراد را مخیر می‌دارد از بین امنیت اقتصادی مطلق و زودبازده خود یا چشم‌پوشی از بخشی از حقوق اقتصادی‌شان در قبال امنیت بلندمدت و چندجانبه (امنیت فرهنگی، روانی، اقتصادی، اخروی و ...) یکی را برگزینند؛ به عبارت دیگر افراد این سلطه، اختیار و حق را دارند که در همه جا عین حقوق خود را مطالبه نمایند اما این راه نیز به آن‌ها نشان داده شده که در برخی موارد در صورت چشم‌پوشی از برخی حقوق و سلطه‌هایشان در مراودات اجتماعی، امنیت پایدارتری نصیبشان می‌گردد و به اقتضای اصل اختیار، این خود افراد هستند که باید در مورد نتایج اقداماتشان دست به انتخاب‌گری بزنند و با سنجش سود و زیان آن، برترین راه را برگزینند.

## References

### A. Books

- [1] Akhavan Kazemi, B. (2006). **Security in the political system of Islam**. Tehran, Youth Thought Center. (in persian).
- [2] Ameli (Shahid saani), Zainuddin Ibn Ali. (1988). **Al-rozah Al-bahiyah Fi Sharhe Al-lomáh Al-dameshqiyyah**. Qom, Daavari bookstore. (in Arabic).
- [3] Ameli (Shahid saani), Zainuddin Ibn Ali. (1991). **Masaalek Al-Afhaam Ela Tanqih Sharaye Al-islam**. Qom, Islamic Knowledge Institute. (in Arabic).
- [4] Ansari Dezfooli, M. (1988). **Al-mkaseb Al-moharramah va Al-Beyä va Al-Khiyaraat**. Qom, World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. (in Arabic).
- [5] Bahr Al-Uloom, Muhammad ibn Muhammad Taqi. (1981). **Balaghah al-Faqih**. Tehran, Manshoorat Maktabah Al-Sadiq. (in Arabic).
- [6] Bahrani, Yusuf Ibn Ahmad Ibn Ibrahim (1983). **Al-Hadaeq Al-nazerah Fi Ahkam Al-Etrah Al-Taheerah**. Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [7] Buzan, B. Weaver, E. de Wilde, P. (2007). **Security: a new framework for analysis**. Tehran, Research Institute of Strategic Studies. (in persian).
- [8] Eftekhary, A & Nasri, Gh. (2004). **Method and Theory in Research of Security**. Tehran, Research Institute of Strategic Studies. (in persian).
- [9] Eftekhary, A. (2012). **Security**. Tehran, Imam Sadiq University. (in persian).

- [10] Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud and a group of researchers. (2004). *Encyclopedia Of Jurisprudence based on Ahl Al-Bait (p.b.u.th) religion*. Qom, Institute for Encyclopedia of Islamic Fiqh based on Ahl Al-Bait (p.b.u.th) Religion. (in persian).
- [11] Helli, Ibn Idris. (1988). **Al-sarayer Havi Le-tahrir Al-fatavy**. Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [12] Hosseini Rohani Qomi, Seyed Sadegh. (n.d.) **Minhaj Al-Saaliheen**. n.p. (in Arabic).
- [13] Hosseini Shirazi, Seyed Mohammad. (2003). *Property; taking, giving, spending*. Beirut, the Institute of Islamic Awareness - Dar al-Ulum. (in Arabic).
- [14] Ibn Fares, A. (1983). **Maqaees Al-Loqa Dictionary**. Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [15] Imami, H. (2011). **Private Law**. Tehran, Islamiyah bookstore. (in persian).
- [16] Iraqi, Aqa ziya Al-din. (1998). **book of Judiciary**. (Expositions of Najmaabaadi). Qom, Imam Reza (PBUH) Institute of Islamic Studies. (in Arabic).
- [17] Irvany, B. (2004). **Doroos Al-Tamhidiya fi Al-Qavaed Al-Fiqhiya**. Qom, Daar Al-fiqh le Al-Tabae va Al-Nashr. (in Arabic).
- [18] Jafari Tabriz, Mohammad Taqi. (n.d.) **sources of jurisprudence**. n.p. (in persian).
- [19] Jafari Tabriz, Mohammad Taqi. (1997). **jurisprudence Essays**. Tehran, Karaamat Institute of leaflets. (in persian).
- [20] Jahan Bozorgi, A. (2009). **Security in the political system of Islam, principles and components**. Tehran, Islamic Research Institute for Culture and Thought. (in persian).
- [21] Katouzian, N. (1995). **Private Law**. Tehran University Press. (in persian).
- [22] Khansari, Sayyid Ahmad ibn Yusuf. (1983). **Jaame Al-madarek fi Sharhe Mokhtasar Al-naafe**. Qom, the Institute of Ismailiyan. (in Arabic).
- [23] Makarem Shirazi, Naser. (1989). **Al-Ghavaaed Al-Fiqhiya** (jurisprudential-rule). Qom, Imam Ali (PBUH) School. (in Arabic).
- [24] Makarem Shirazi, Naser. (2000). **The important Discussions of Jurisprudence** (Bohoos Fiqhiyah Hämma) Qom, Imam Ali (PBUH) School. (in Arabic).
- [25] Makarem Shirazi, Naser. (2003). **Anvaar Al-Feghaha – book of Sale**. Qom, Publishing of Imam Ali ibn Abi Talib School. (in Arabic).
- [26] Maraghi Hosseini, Sayed Mir Abdulfattah ibn Ali. (1995). **Al-Anavin Al-fiqhiyah**. Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [27] Moeen, M. (1996). **Persian Dictionary**. Tehran, Amir Kabir Publishing Institute. (in persian).
- [28] Moghniyeh, Mohamad Javad. (1999). **Al-Imam al-Sadiq jurisprudence**. Qom, Ansariyan Institute. (in Arabic).

- [29] Mohaghegh Dammad Yazdi, Seyed Mostafa. (1984). **rules of jurisprudence**. Tehran, The Center of Publishing Islamic Sciences. (in persian).
- [30] Mostafavi, Sayyed Mohammad Kazem. (1999). **one hundred rule of jurisprudence**. Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [31] Motahari, Morteza. (1994). **Overview of the principles of Islamic economic**. Tehran, Sadra. (in persian).
- [32] Mundell, R. (1998). **The changing face of national security: a conceptual analysis**. Tehran, Research Institute of Strategic Studies. (in persian).
- [33] Mousavi Bojnoordi, sayyed Mohammad Ibn Hasan (1979). **jurisprudential-rule** (Qavaed Fiqhiya). Tehran, Oruj Institute. (in Arabic).
- [34] Mousavi Bojnoordi, sayyed Hassan ibn Aqa Bozorg. (1997). **The jurisprudential-rule** (Al-Qavaed Al-Fiqhiya). Qom, Hadi Publishing. (in Arabic).
- [35] Mousavi Khoei, Seyed Abolqasem. (1989). **Shia jurisprudence** (fiqh Al-Shia) (Expositions of Sayed Mehdi Mousavi Khalkhali). Qom, Nozohr publication. (in Arabic).
- [36] Mousavi Khoei, Seyed Aboqasem. (2000). **Mabaani Takmelah Al-Minhaj**. Qom, Institute for Rehabilitation works of Imam Khoei. (in Arabic).
- [37] Mousavi Khomeini, Sayyid Ruhollah. (n.d). **Tahrir Al-Vasileh**. Qom, Daar Al-Elm Press Institute. (in Arabic).
- [38] Mousavi Khomeini, Sayyid Ruhollah. (1999). **Ketab Al-Bayá**. Tehran, Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Arabic).
- [39] Mousavi Khomeini, Sayyid Mostafa. (1996). **Dorus Al-Alam va naqdoha**. Tehran, Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini works. (in Arabic).
- [40] Najafi, Mohammad Hasan. (1982). **Javaher Al-kalam Fi Sharhe Sharaye Al-Islam**. Beirut. Dar Ehya al-toras Al-arabi. (in Arabic).
- [41] Najafi Kashif Al-Ghita, Mahdi. (n.d). **Mored Al-Anaam fi Sharhe Sharaye Al-Islam**. Najaf, Kashif Al-Ghita Institute. (in Arabic).
- [42] Najafi Kashif Al-Ghita, Mohammad Hossein Ibn Ali Ibn Mohammad Reza. (1937). **Tahrir Al-Majalle**. Najaf, Al-maktabah Al-mortazaviyah. (in Arabic).
- [43] Naraqi, Mula Ahmad ibn Mohammad Mehdi. (1995). **Avaaed Al-Ayyam fi Bayan Qavaaed Al-Ahkam va Mohemmaat Masaael Al-halal va Al-haram**. Qom, Islamic Propagation Office of Qom Seminary. (in Arabic).
- [44] Navidnia, Manizheh. (2009). **social security**. Tehran, Research Institute of Strategic Studies. (in persian).
- [45] Raagheb Esfehani, H. (1990). **Dictionary of Quran Words**. (Mofrafaat). Lebanon, Daar Al-Elm.
- [46] Rabiee, A. (2004). **National Security Studies (Introduction to the Theories of National Security in the Third World)**. Tehran, Institute for

- Political and International Studies. (in persian).
- [47] Seyfi Mázandaráni. Ali Akbar. (2003). **Principles of Active jurisprudence in great jurisprudential-rule.** Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Arabic).
- [48] Seyfi Mazandaran, Ali Akbar. (2005). **The guide of Tahrir Al-Vasileh; Mozarebeh.** Tehran, Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Arabic).
- [49] Shobeiri Zanjani, Sayed Musa. (1997). **The Book of Marriage.** Qom: Research Institute of Raypardaz. (in Arabic).
- [50] Tabatabaee, Mohammad Hossein. (1982). **Takmelah Orvah Al-Vosqa.** Qom, Daavari bookstore. (in Arabic).
- [51] Taheri, H. (1996). **Private Law.** Qom, Islamic publishing office of the Society of Teachers of Qom Seminary. (in Persian).
- [52] Tusi, Khaje Nasir Al-din Muhammad ibn Muhammad (n.d.). **Ethics of Naseri.** Tehran, Elmiye Islamia. (in persian).

#### B. Articles

- [53] Akhavan Kazemi, B. (2008). **Economic Security and guidelines providing it in the teachings of Quran and Hadith.** Quran and Hadith Studies, (29): 183-216. (in persian).
- [54] Eftekhary, A. (1977). **National Security; Approaches And works.** Strategic Studies Quarterly, (-2): 27-60. (in persian).
- [55] Eftekhari, A. & Naderi Babanari, M. & Meisami, H. (2011). **Security Imperatives of I.R. of Iran`s 20-Year Vision Plan for 2025 Perspective: A Multilateral Approach.** Rahbord Quarterly, (60): 53-80. (in persian).
- [56] Hosseini, S.A. (2007). **the principles of natural law theory in thought of Professor Motahari.** Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (52): 106-139. (in persian).
- [57] Karimi Maleh, A. (2005). **Identification of the Reference of Authority in Imam Khomeini's National Security Attitude.** Strategic Studies Quarterly. (30): 765-788 (in persian).
- [58] Qahf, M. (2005). **Religion and economy: the economic system of Islam and Islamic economics analysis.** (Translates by mir moezi, S.H.). Journal of Islamic Economy. (18): 157-178 (in persian).
- [59] Poor saeed, F. (2010). **The Referent Object of Security in Imam Khomeini's Speech Act.** Strategic Studies Quarterly, (49): 29-54. (in persian).
- [60] Poor Seyyed, B. (2002). **financial security from aspect of foreign investment.** the Conference on improving economic security, Tehran, Institute for Trade Studies and Research & Education and Research Department of the Judiciary. (in persian).
- [61] Al-Rahmani, M., (2003). **The Rule Of 'Nafyo Al-sabil': The path to independence and resistance on domination.** Journal of Jurisprudence of



- Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (32): 167-196. (in Arabic).
- [62] Rahmani, M. (1997). **The Rule Of Ghorur**. Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (10): 168-203. (in persian).
- [63] Rahmani, M. (1997). **The Rule Of Etlaf**. Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (11-12): 240-282. (in persian).
- [64] Rahmani, M. (2002). **Dissipation From The point of view Of molaAhmad naraqi**. Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (29): 162-186. (in persian).
- [65] Salmanpour, M.J. (2003). **Jurisprudential Foundations of prohibition of use and Contraband of drugs and crimes related to it**. Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (35): 120-153. (in persian).
- [66] Shafiee, M. H. (2003) **The matter of respect in Jurisprudence**. Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt (peace be upon them), (33): 141-152. (in persian).

## پیشگیری وضعی از نقض اسرار تجاری در فضای سایبر

عبدالرضا جوان جعفری<sup>1</sup>

دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

امیرسودمندراد<sup>2</sup>

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ دریافت: 1393/8/17 تاریخ پذیرش: 1394/9/8

### چکیده

چالش‌های بسیاری که فضای تبادل اطلاعات، فراروی اسرار تجاری به‌عنوان اطلاعاتی ارزشمند پدیدآورده است، دخالت گسترده دولت‌ها را در به‌کارگیری ابزارهای قهرآمیزی که دارای آثار بازدارندگی قوی‌تری باشد به همراه دارد. لکن ویژگی‌های منحصر به فرد فضای سایبر به همراه تنوع شیوه‌های سوءاستفاده از اسرار تجاری، امکان شناسایی نقض‌کننده حق را به حداقل رسانیده و موجب طرح این ایده گردیده است که سیاست کیفری جاری قابلیت اثربخشی لازم در زمینه حمایت از اسرار تجاری را ندارد. لذا دارندگان اسرار تجاری به منظور حفاظت از اطلاعات حیاتی خود ناگزیر به استفاده از پویاترین ابزارهای امنیتی موجود می‌باشند؛ مضافاً آن که قانون‌گذار بخشی از هزینه پیشگیری از جرم را بر دوش آنان قرار داده است. این موضوع رسالتی است که پژوهش حاضر در قالب بررسی تدابیر پیشگیرانه وضعی در صدد شناسایی روش‌های متنوع آن است. هرچند در ادامه به این جمع‌بندی می‌رسیم که اسرار تجاری به دلیل دارا بودن ارزش مالی یا رقابتی بسیار، همواره مورد توجه نفوذگرانی است که با استفاده از پیشرفته‌ترین بدافزارهای موجود اقدام به دستیابی چنین اطلاعاتی می‌نمایند و بزه‌دیدگان به‌ندرت توانایی مقابله با آنان را دارند. لذا دارنده به‌منظور رسیدن به یک امنیت قابل قبول، نیازمند حمایت‌های مضاعفی از سوی برخی نهادهای دولتی و غیردولتی است که ارائه پیشنهادهایی در این زمینه، پایان‌بخش مباحث مطرح شده در این نوشتار خواهد بود.

**کلیدواژه‌ها:** اسرار تجاری، فضای سایبری، امنیت اطلاعات، پیشگیری وضعی، دسترسی غیرمجاز.

طبقه‌بندی JEL: k14، k22، k42

## 1. مقدمه

ورود به عصر فناوری اطلاعات و ارتباطات دوران نوینی از زندگی بشر را که از آن به عنوان جامعه اطلاعاتی یاد می‌شود، به وجود آورده است. فضای سایبر به عنوان نمادین‌ترین محصول این جامعه، فرصت‌های بی‌بدیلی را در اختیار انسان قرار داده است تا بتواند حجم انبوهی از اطلاعات را در آن جستجو کرده یا ذخیره نماید. این روند به نوعی موجب درخشان‌تر شدن چهره اطلاعات به ویژه یافته‌های علمی و اقتصادی گردیده است. دستیابی غیرمجاز به چنین اطلاعات ارزشمندی سیر صعودی حملات هدفمند سایبری را در چند سال اخیر به دنبال داشته است. در این میان، اندیشه حمایت از اسرار تجاری به عنوان اطلاعات دارای ارزش مستقل اقتصادی یا رقابتی اهمیتی مضاعف پیدا نموده است.

قانون متحدالشکل اسرار تجاری امریکا، راز تجاری را این گونه تعریف می‌کند: «اطلاعات از جمله فرمول، الگو، ترکیب، برنامه، وسیله، روش، فن (تکنیک) یا فرایندی که: اولاً ارزش اقتصادی آن، به طور بالفعل یا بالقوه از این امر ناشی می‌شود که عموماً بر هیچ کس معلوم نیست و به راحتی برای اشخاص دیگری که می‌توانند از افشا یا به کارگیری آن به منفعت اقتصادی برسند در دسترس نیست. ثانیاً تلاش‌های متعارفی بر حسب اوضاع و احوال حاکم برای سری نگه داشتن آن انجام گرفته باشد (Allesan, 2014: 70). ماده 65 قانون تجارت الکترونیکی کشورمان نیز اسرار تجاری را شامل مصادیق متنوعی از داده‌های محرمانه همچون؛ فرمول‌ها و الگوها، نرم‌افزارها، ابزار و روش‌ها، تألیفات منتشر نشده، روش‌های انجام تجارت و دادوستد، فنون، نقشه‌ها، فراگردها، اطلاعات مالی، فهرست مشتریان و طرح‌های تجاری دانسته است که دارنده اطلاعات تلاش‌های معقولانه‌ای برای حفظ و حراست از آن‌ها انجام داده باشد.

هم اکنون به منظور حمایت از اسرار تجاری در فضای مجازی دو نوع رویکرد اساسی اتخاذ می‌گردد. رویکرد نخست، اتخاذ تدابیر کیفی است که در جهت بازدارندگی و پیشگیری از تکرار جرم اهمیت دارد. تصویب قانون تجارت الکترونیکی و قانون جرائم رایانه‌ای پاسخی مناسب

به پاره‌ای از دغدغه‌های به وجود آمده در این رابطه است. قانون‌گذار در این قوانین، اصل حق را مشمول حمایت انحصاری دانسته و برای نقض‌کننده آن قائل به مسئولیت کیفری و مدنی شده است. لکن این روش در مرحله اجرا با موانعی نظیر عدم سهولت در شناسایی نقض‌کننده حق و معضل در جمع‌آوری ادله الکترونیکی مواجه است که ناشی از ویژگی‌های خاص جرائم سایبری و عدم اجماع در خصوص شناسایی و پیگیری این گونه جرائم در عرصه بین‌الملل است. این امر موجب طرح این ایده گردیده که سیاست کیفری جاری قابلیت اثربخشی لازم برای حمایت از اسرار تجاری در فضای مجازی را ندارد.

رویکرد دوم پیشگیری از وقوع یا ارتکاب جرم بر پایه الگوها و معیارهای گوناگون علمی و فنی است که می‌تواند با توجه به محدودیت‌های موجود در اتخاذ تدابیر سرکوبگرانه، نقش مؤثری ایفاء نماید. ضمن آن که قانون‌گذار بخشی از هزینه پیشگیری از وقوع جرم را بر دوش دارندگان اسرار (به‌عنوان بزه‌دیدگانی بالقوه) گذاشته و حمایت‌های خود را منوط به اقدامات پیشگیرانه متعارفی از سوی آن‌ها نموده است.

بی‌گمان مبارزه کیفری علیه جرائم نقض اسرار تجاری به‌رغم داشتن معایب و مشکلات بسیار در جای خود لازم و ضروری است. کما این که دارنده سر تجاری نیز بر طبق قانون مکلف به رعایت تدابیر امنیتی متعارف می‌باشد؛ اما پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا پاسخ‌های واکنشی در این زمینه کارایی لازم را دارند؟ اگر پاسخ منفی است، مناسب‌ترین راهکارهای امنیتی کدامند؟ و رویکردهای کنشی از جمله پیشگیری وضعی تا چه میزان قادر به پاسخ‌گویی در شرایط موجود می‌باشند؟ نهایتاً اینکه اتخاذ چنین اقداماتی تا چه حد می‌تواند امنیت اطلاعات را تضمین نماید؟

به‌طور کلی مناسب‌ترین تدابیری که می‌تواند زمینه کاهش فرصت ارتکاب جرم نقض اسرار تجاری را فراهم نماید، افزایش ریسک ارتکاب جرم و کاهش عایدی مورد انتظار آن است. لذا می‌توان امنیت اطلاعات تجاری در فضای سایبر را با سه معیار اساسی مورد بررسی قرار داد. نخست؛ قابلیت اعتماد و رازداری می‌باشد که با این طریق سعی در پیشگیری از دسترسی اشخاص ناصالح به اطلاعات می‌شود تا به واسطه آن، داده‌های محرمانه به‌صورت غیر مجاز افشا نشوند. دوم؛ حفظ صحت و تمامیت اطلاعات در برابر مجموعه عوامل مخربی است که موجب تغییر یا حذف غیرمجاز داده‌ها می‌گردد و سوم؛ به‌کارگیری تدابیر نظارتی در برابر شنود غیرمجاز یا دسترسی

غیرمجاز افرادی است که قصد دستیابی به اطلاعات محرمانه را دارند. تحقق این امر وابسته به امنیت سیستم‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری در محیط الکترونیکی و فیزیکی دارد. از این رو در این مقاله، تلاش داریم با توجه به ضرورت حمایت همه‌جانبه از حقوق و منافع دارندگان اسرار تجاری، پس از تحلیل نا کارآمدی رویکردهای کیفری (بخش دوم) به بررسی انواع تدابیر پیشگیرانه در بخش سوم پردازیم و در نهایت انواع تدابیر پیشگیرانه وضعی را به‌عنوان موضوع اصلی مقاله با تفصیل بیشتری مورد مطالعه قرار داده و مناسب‌ترین راهکارها را در زمینه پیشگیری وضعی به‌منظور جلوگیری از نقض اسرار تجاری ارائه دهیم. در جمع‌بندی نهایی پیشنهادهایی در زمینه بالا بردن امنیت بیشتر اطلاعات بیان خواهد شد.

## 2. ناکارآمدی پاسخ‌های واکنشی (کیفری)

زمینه‌های مساعدی که فضای مجازی برای ارتکاب جرم فراهم نموده است و دشوار بودن رویارویی با این گونه جرائم، دولت‌ها را به دخالت گسترده در حقوق کیفری چه از نظر ماهوی و چه از نظر آیین دادرسی کیفری وادار نموده است (Alipour, 2011:28). چنان که با اصرار بر تأیید مقررات کیفری و روش‌های رسمی یا قانونی برخورد با جرم، هم‌اکنون قوانین متنوعی در راستای اعمال مجازات و اقدامات مؤثرتر برای شناسایی مرتکبین تصویب گردیده است که دارای آثار بازدارندگی و پیشگیرانه قوی‌تری می‌باشد. تدابیری نظیر عدم حمایت کیفری از بزه‌دیده سهل‌انگار، گسترش مسئولیت کیفری، شناسایی شروع به جرم به‌عنوان جرم تام، توسعه حوزه جرائم مطلق، گسترش مفهوم معاونت و کاهش عناصر تشکیل دهنده جرم، تنها بخشی از نوآوری‌هایی است که در قانون جرائم رایانه‌ای، پیش‌بینی شده است (Javan Jafari, 2010:16).

اما مشکلاتی که در عرصه اجرای قوانین سایبری پدید آمده است، بیشتر از آنی است که قابل تصور باشد. جرائم سایبری دارای ویژگی‌های متمایزی نسبت به سایر جرائم کلاسیک هستند. در بسیاری از مواقع حتی پس از کشف جرم، مجرم کیلومترها دور از دسترس مقامات اجرایی، قانونی و قضایی قرار دارد و امکان تعقیب و تحقیق از وی وجود ندارد. همکاری‌ها در عرصه بین‌الملل نیز هنوز بدان حد نرسیده است که برای مبارزه با این جرائم راهکاری قوی و هماهنگ اندیشیده شود، به‌طوری که بتوان مجرم را در هر نقطه‌ای از جهان که یافت شود بر اساس قوانین بین‌الملل مورد تعقیب و مجازات قرار داد. لذا عدم وجود یک استراتژی واحد در اتخاذ سیاست‌های کیفری

مشترک و بالطبع توسل اغلب کشورها به قوانین داخلی و تفاسیر مختلفی که از جرائم ارتكابی و نتایج حاصل به عمل می آورند، این ایده را مطرح می سازد که حقوق جزا در برابر طیف وسیعی از جرائم سایبری به استیصال رسیده است.

علاوه بر این، در مرحله رسیدگی به جرائم نقض اسرار تجاری اغلب تشخیص این که اسرار تجاری از دارنده قانونی آن به نحو غیرمجاز تحصیل شده دشوار است؛ زیرا ممکن است شخصی به طور کاملاً اتفاقی به اسرار دسترسی پیدا کرده باشد و بدون آن که اهمال یا خطایی مرتکب شود داده های ارزشمند فوق را افشا نماید. همچنین این امکان وجود دارد که پیگیری و اقامه دعوا با توجیه هایی همچون مهندسی معکوس و کشف مستقل<sup>1</sup> بی نتیجه به پایان برسد و مالک اسرار از اقناع وجدانی دادرس ناتوان شده و خسارات شدیدی را متحمل گردد (Rahbari, 2010:228). هر چند تعیین مجازات متناسب با شدت و وخامت جرم ارتكابی نیز با توجه به نتایج مخرب و جبران ناپذیر افشای چنین اطلاعاتی عملاً توسط دستگاه عدالت کیفری غیرممکن است.

بی گمان قانون گذار با اشراف بر وجود چنین موانعی بخشی از هزینه پیشگیری از وقوع جرم را بر دوش دارندگان اسرار تجاری قرار داده و حمایت های خود را منوط به انجام اقدامات پیشگیرانه از سوی آن ها نموده است. چنان که در ماده 65 قانون تجارت الکترونیکی، دارنده اسرار تجاری را به تلاش های معقولانه برای حفظ و حراست از اطلاعات محرمانه خود توصیه نموده است. در ماده 1 قانون جرائم رایانه ای نیز در خصوص دسترسی غیرمجاز به سیستم های رایانه ای یا مخابراتی، شرط پیگرد متهم را اتخاذ تدابیر ایمنی و حفاظتی از سوی دارندگان اطلاعات قرار داده است. لذا دارنده راز تجاری چنان که بخواهد مشمول حمایت های قانونی قرار گیرد، چاره ای جز اتخاذ اقدامات امنیتی متعارف با در نظر گرفتن نوع و درجه محرمانگی اطلاعات خود ندارد.

1- مهندسی معکوس شیوه ای است که به کمک آن می توان با بررسی دقیق یک محصول؛ اجزا، عناصر سازنده و نحوه کارکرد آن، همان محصول یا کالای مشابه آن را تولید کرد. این فرایند از طریق وارونه سازی و با جدا کردن اجزا و عناصر و ساخت دوباره آن صورت می گیرد. کشف مستقل نیز بدین معناست که شخص در اثر تلاش فکری و تحقیقاتی خود و با شیوه ای خاص و استفاده از منابع انسانی و مالی به اسرار تجاری دست یابد.

### 3. اتخاذ تدابیر کنشی (پیشگیرانه)

توسعه روزافزون فضای سایبر از یک طرف و وجود محدودیت در اجرای قوانین الزام آور کیفری در بعد داخلی و بین‌المللی از طرفی دیگر، دولت‌ها را به این نتیجه رسانیده که نه می‌توانند به نقش اربعابی و بازدارنده قوانین کیفری خوش‌بین باشند و نه منطقی است که در امر کنترل پدیده‌های مجرمانه، در انتظار وقوع یک اتفاق مجرمانه بنشینند و سپس واکنش نشان دهند. لذا در وهله نخست، رویکردی پیشگیرانه را در رئوس برنامه‌های خود گنجانیده‌اند. از میان تدابیر گوناگون پیشگیری از وقوع جرم، الگوی پیشگیری اجتماعی<sup>1</sup> و پیشگیری وضعی<sup>2</sup> در حال حاضر جایگاه برجسته‌ای یافته است که در این قسمت به توضیح هر یک در ارتباط با موضوع این نوشتار می‌پردازیم.

#### 3-1. پیشگیری اجتماعی

پیشگیری اجتماعی عوامل اجتماعی جرم‌زا را در یک جامعه هدف، مورد بررسی قرار می‌دهد. تدابیری که در راستای پیشگیری اجتماعی به اجرا در می‌آید می‌کوشد، زمینه‌های فردی یا اجتماعی را که سبب بروز انگیزه‌های مجرمانه می‌شود، برطرف کند. لذا این نوع پیشگیری شامل آن گروه از تدابیری است که با مداخله در فرایند بهبود شرایط افراد و سالم‌سازی محیط اجتماعی از وقوع بزه ممانعت می‌نماید (Niazpour, 2003:171).

افتخار این طرز تفکر با تمام گرایش‌های آن در این است که مدعی مبارزه با علت و خشکاندن ریشه جرم می‌باشد و رویکردی بزه‌کارمدار به مقوله پیشگیری دارد (Saffari, 2003:183)؛ اما زمینه و محل دخالت می‌تواند بزه‌دیده نیز باشد. آنچه در این نوشتار ما بر آن تمرکز داریم، حمایت از دارندگان اسرار تجاری به‌عنوان بزه‌دیدگان بالقوه یا ایده‌آلی است که هر لحظه اطلاعات ارزشمند آنان در معرض افشا قرار دارد؛ بنابراین ادامه این مبحث را با توجه به رویکرد پیشگیری وضعی که سنگ بنای آن بزه‌دیده یا بزه‌دیده‌مدار است، دنبال می‌کنیم.

1- Social prevention  
2- Situational prevention

### 3-2. پیشگیری وضعی

پیشگیری وضعی در برگیرنده مجموعه تدابیر غیر کیفری است که از طریق از بین بردن یا کاهش فرصت‌های مناسب ارتکاب جرم و نامناسب جلوه دادن شرایط، از ارتکاب بزه جلوگیری می‌نماید؛ به عبارت دیگر پیشگیری وضعی بر این فرض استوار است که یک انسان متعارف در صورتی تن به خطر می‌دهد که عایدات و یا منافع حاصل از آن عمل ارزشمند باشد. حال اگر این فرض در خصوص مجرمان درست باشد، می‌توان گفت: چنان که به هر شکل بتوان خطرپذیری جرم را افزایش داد یا جاذبه‌ها و منفعت حاصل از آن را کاهش داد، معمولاً مجرمان بالقوه از ارتکاب جرم باز داشته می‌شوند (Najafi Abrandabadi, 2003:1285).

از این رو پیشگیری وضعی، شامل اقدامات کاهش‌دهنده موقعیت‌هایی است که به سمت اشکال خاص جرائم جهت‌گیری شده و با مدیریت، طراحی و به کارگیری محیط به صورت نظام‌مند، موجب دشوارتر و پرریسک‌تر کردن یا کاهش سود و منفعت و کاهش معاذیر ارتکاب جرم می‌شود (Paknahad, 2009:243). لذا در پیشگیری وضعی، جرم قابل پیش‌بینی بوده و از طریق کاهش فرصت‌های ارتکاب و آماج‌های آن با اعمال روش‌های متنوعی می‌توان وقوع جرم را ممتنع یا خنثی نمود.

### 4. انواع تدابیر پیشگیرانه وضعی

بی‌شک دارنده اسرار تجاری قبل از هر اقدامی باید ضمن پیش‌بینی تهدیدات احتمالی، اصول خاصی همچون؛ تشخیص و ارزیابی اطلاعات محرمانه و گزینش تدابیر امنیتی را مد نظر قرار دهد. شاید این ایراد در خصوص اتخاذ تدابیر پیشگیرانه وضعی در رابطه با اسرار تجاری مطرح شود که اقدامات پیشگیرانه وضعی فقط آماج‌ها یا موضوعاتی را شامل می‌شود که در عالم خارج به شکل ملموس وجود داشته باشد و در خصوص آماج‌های معنوی راهکاری را عرضه نمی‌کند (Babaei and Najibyan, 2011:156). در پاسخ به این ابهام می‌توان گفت، اسرار تجاری طیف وسیعی از داده‌هایی را در بر می‌گیرد که در رایانه‌ها ذخیره شده و یا در لوح‌های فشرده‌ای نگهداری و از آن‌ها محافظت می‌شود، مضافاً آن که انعقاد قراردادهای رازداری با افرادی که به نحوی با این اطلاعات سرو کار دارند می‌تواند کمک مؤثری به عدم افشای این گونه اطلاعات بنماید؛ بنابراین



آنچه در ارتباط با موضوع این مقاله در ادامه به بررسی آن خواهیم پرداخت، بیان انواع اقدامات پیشگیرانه‌ای است که هر یک به‌نوعی موجب سخت‌تر نمودن آماج جرم، افزایش خطرات ارتکاب جرم و کاهش دستاوردهای مورد انتظار آن خواهد شد.

#### 4-1. تدابیر محدودکننده دسترسی

یکی از مهم‌ترین تدابیری که می‌تواند احتمال افشای اطلاعات را به حداقل برساند و خطر طرح دعاوی متعدد را در آینده کاهش دهد، انعقاد قراردادهای محدودکننده با مستخدمین یا سایر اشخاصی است که به هر نحوی به این اطلاعات دسترسی می‌یابند. این اقدامات به‌نوعی موجب از بین بردن عواملی می‌گردد که باعث تحریک یا تشویق فرد به ارتکاب جرم نقض اسرار تجاری می‌شود.

##### 4-1-1. موافقت‌نامه عدم افشاء (NDA)<sup>1</sup>

مستخدمین، پیمانکاران، مشاوران، شرکا و همکاران شرکت می‌توانند عاملان اصلی جرائم سایبری علیه یک شرکت یا سازمان محسوب شوند (Kenneth, 2008). قرارداد بهترین رابطه قابل تصور در پیشگیری از این‌گونه جرائم می‌باشد. انعقاد قراردادها به شیوه‌ای مطلوب نه تنها به اشخاص، حقوقی اعطاء می‌کند که در رسیدگی‌های قضایی اهمیت دارد؛ بلکه از بروز اختلاف در خصوص موضوعات مبهم جلوگیری کرده و خطر طرح دعاوی مختلف را در آینده کاهش می‌دهد. به علاوه ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده در قراردادها نیز می‌تواند مجرمین را از ارتکاب آن دسته از اعمالی که موجب مطالبه خسارت می‌شود باز دارد (Zybar, 2011:228).

در حال حاضر توافق با موضوع تعهد به رازداری بهترین نوع حمایت از اسرار تجاری در ارتباط با کارکنان می‌باشد؛ زیرا اسرار تجاری اغلب با نقض تعهدات ناشی از روابط استخدامی که در نتیجه آن مستخدمی به افشای اسرار حوزه کاری خود می‌پردازد، در معرض خطر قرار می‌گیرد. پیش‌بینی چنین اقدامات احتیاطی توسط دارندگان اسرار تجاری باعث به وجود آمدن زمینه‌هایی

---

1- Non Disclosure Agreement

می‌گردد تا این اسرار برای مدت طولانی همچنان محرمانه باقی بمانند و ارزش تجاری خود را کماکان حفظ کنند.

این نوع قراردادهای دو طرفه منعقد می‌شوند. در قراردادهای یک جانبه یکی از طرفین در برابر دیگری تعهد می‌کند تا اطلاعات سری را حفظ کرده و از افشای آن خودداری نماید. در قراردادهای دو جانبه طرفین به نحو متقابل داده‌های محرمانه‌ای دارند که با یکدیگر مبادله می‌نمایند و متقابلاً در خصوص عدم افشای اطلاعات متعهد می‌شوند. به گزارش انجمن مدیریت منابع انسانی آمریکا، در سال 2004 بیش از نیمی از تعداد واحدهای فعال در این کشور با کارکنان خود قرارداد رازداری منعقد نموده‌اند (Hadavand, 2005:164).

انعقاد قراردادهای عدم افشاء در فضای مجازی به‌طور کلی مشابه با انعقاد آن در دنیای واقعی است؛ چراکه پس از شکل‌گیری و ایجاد یک ماهیت حقوقی در فضای الکترونیکی، اوصاف و آثار آن با ماهیتی که در فضای غیرالکترونیکی شکل می‌گیرد تفاوتی نمی‌نماید. بر این اساس هیچ‌گونه تغییری در اصل موجودیت، ماهیت، اوصاف و آثار حقوقی از آن جهت که در فضای الکترونیکی و بستر شبکه‌های اطلاعاتی و ارتباطی به وجود می‌آید، ایجاد نمی‌شود (Rezaei, 2008:30)؛ اما آنچه در یک قرارداد الکترونیکی برای دارندگان اطلاعات اهمیت دارد، تشخیص هویت واقعی و اهلیت اشخاصی است که با آنان تبادل اطلاعات صورت می‌گیرد.

برای اطمینان از این موضوع می‌توان با به‌کارگیری فناوری امضای الکترونیکی مطمئن یا امضای دیجیتالی<sup>1</sup> این اعتماد دست پیدا نمود (Zarkalam, 2011:49). این فناوری‌ها که به نظر می‌رسد جزو کاربردی‌ترین روش‌های کنونی می‌باشد، نیازمند تأیید ثالثی است تا امکان برقراری ارتباط و انجام مذاکرات نهایی و در نتیجه انعقاد قرارداد به وجود آید. شخص ثالث در قانون

1 - با استفاده از امضای دیجیتالی، تمامیت سند، محرمانه بودن اطلاعات و امنیت داده‌ها تضمین می‌شود. امضای دیجیتالی یک فرایند رمزنگاری است و به معنای رمز دار کردن پیام، با کلید خصوصی و رمزگشایی آن با کلید عمومی است. بدیهی است کلیدهای عمومی و خصوصی به کار گرفته شده فیزیکی نبوده، بلکه به صورت اعداد می‌باشند که به وسیله نرم افزارها و سخت افزارهای خاصی ایجاد می‌شوند. در این روش طرفین به جای در اختیار داشتن یک کلید مشترک، هر کدام یک جفت کلید دارند. کلید عمومی سری نبوده و می‌تواند در اختیار همه از جمله طرف قرارداد قرار گیرد؛ اما کلید خصوصی کاملاً محرمانه بوده و تنها در اختیار مالک آن می‌باشد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به کتاب مقدمه حقوق سایبر، تألیف سیامک قاجار قیونلو، نشر میزان، چاپ اول، 1391، ص 599.

تجارت الکترونیکی با عنوان دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی<sup>1</sup> نامیده می‌شود که یکی از وظایف آنان تأیید صلاحیت و هویت طرفین در یک فرایند تشکیل قرارداد الکترونیکی است.

#### 2-1-4. موافقت‌نامه عدم رقابت

قرارداد عدم رقابت، نوعی قرارداد پیشگیرانه می‌باشد که میان دارندگان اسرار تجاری با اشخاصی منعقد می‌شود که به هر نحوی به این اطلاعات دسترسی پیدا نموده‌اند و حالا قصد جدایی یا بنیان گذاشتن فعالیت‌های تجاری مستقلی را دارند. به موجب این قرارداد یک طرف در برابر دیگری تعهد می‌کند تا به منظور حفظ منافع مشروعی تحت شرایطی خاص، برای مدت محدودی به رقابت با او نپردازد. به طور مثال کارفرمایی را تصور کنید که اطلاعات محرمانه تجاری خود را که از لحاظ رقابتی دارای اهمیت بسیاری است در اختیار مستخدمی قرار داده است که حالا قصد جدایی و پایه‌گذاری تجاری مستقل را دارد. این موضوع ممکن است اسرار تجاری را در معرض افشا یا استفاده غیرمجاز مستخدم یا رقبا قرار دهد (Rahbari, 2009: 159).

در قراردادهای عدم رقابت مالک سر تجاری باید دقیقاً مشخص نماید، طرف مقابل طی چه مدت، از چه نوع اقداماتی منع گردیده و در چه زمینه‌هایی حق فعالیت ندارد. دارندگان اسرار تجاری می‌توانند جهت اطمینان از این که اطلاعات آنان بعد از خروج و جدا شدن مستخدم یا شریک و اتمام مدت مقرر افشا نخواهد شد، قرارداد عدم افشا یا رازداری را به طور هم‌زمان با قرارداد رقابت منعقد نمایند.

دارنده پس از انعقاد قرارداد، باید از دسترسی مجدد مستخدم مستعفی به رایانه‌های حاوی اسرار تجاری ممانعت به عمل می‌آورد. رمز عبور مستخدم حذف گردد و اطلاعات موجود در فایل‌های رایانه وی در محل امنی ذخیره شود تا در صورت نیاز از آن‌ها استفاده شود.

1 - گواهی الکترونیکی، نوعی اعتبار الکترونیکی است که درستی و اعتبار یک کاربر را در اینترنت تأیید می‌کند. این گواهی - نامه‌ها با استفاده از تکنولوژی رمزگذاری عمومی؛ انتقال آن لاین رسمی و قانونی اطلاعات محرمانه یا دیگر اطلاعات حساس را تأیید و تضمین می‌کند. دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی نیز واحدهایی هستند که برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی مطمئن در کشور تأسیس و خدمات آن‌ها شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به روز نگه‌داری گواهی‌های اصالت (امضای) الکترونیکی می‌باشد.

## 2-4. تدابیر سلب‌کننده دسترسی

توسعه فناوری‌های نوین ارتباطی در کنار مزایای قابل توجهی که دارند، در حوزه امنیت اطلاعات چالش‌های زیادی را پدید آورده است. لذا استفاده از پیشرفته‌ترین امکانات و دستاوردهای علمی و فناوری موجود امری اجتناب‌ناپذیر است. هرچند برخی حملات سایبری حتی توسط به‌روزترین ضد‌بدافزارها تشخیص داده نمی‌شوند و دستیابی به امنیت صددرصدی موضوعی غیرعملی و محال است (Hasanbeygi, 2005:82). البته این موضوع قطعاً به معنای توقف استفاده از نرم‌افزارهای ضد‌بدافزار نیست؛ چراکه تولید چنین نرم‌افزارهایی روز به روز هوشمندتر می‌شود و ممکن است نسخه‌های جدید آن‌ها قادر به تشخیص تهدیدات مختلفی باشند. در هر صورت استفاده از این نرم‌افزارها باعث می‌شود حداقل دارنده متوجه گردد که سیستم رایانه‌ای او دچار تهدید شده تا بتواند شروع به ترمیم خرابی و استفاده از پروتکل‌های بهبود نماید. از این رو برخی از شرکت‌هایی که دارای اطلاعات محرمانه می‌باشند برای حفاظت بیشتر از داده‌های خود، با اتخاذ تدابیر حفاظتی اقدام به استفاده از پروتکل‌های بهبود نمایند. رایانه‌ای شرکت، نقاط قوت و ضعف امنیتی سیستم‌های آن‌ان را کشف کند.

هدف از اجرای تدابیر سلب‌کننده دسترسی، مجموعه اقداماتی می‌باشد که از ورود یا ارسال برخی از داده‌های غیرمجاز جلوگیری به عمل می‌آورد. در صورتی که این تدابیر به‌طور مناسبی اجرا شوند تا حد قابل قبولی می‌تواند از افشای اطلاعات تجاری ممانعت نماید. این عمل غالباً بر عهده سخت‌افزارها یا نرم‌افزارهایی چون دیواره آتش، فیلترها، سیستم‌های تشخیص تجاوز، پراکسی‌ها، نرم‌افزارهای ضد پیام ناخواسته و نرم‌افزارهای ضد پایش می‌باشد.

### 1-2-4. دیواره آتش<sup>1</sup>

یک سیستم رایانه‌ای یا بخشی از نرم‌افزار تخصیص یافته است که بر تماس‌های برقرار شده میان یک رایانه یا شبکه با دیگران نظارت می‌کند. این دیواره مانند دروازه‌بانی است که ارتباطات را تأیید می‌نماید، مانع گذر موارد مشکوک یا غیرمجاز می‌شود و محتوای ورودی به شبکه را پالایش

---

1- Fire Walls

می‌کند. در واقع سخت‌افزارها یا نرم‌افزارهایی که دیواره آتش را تشکیل می‌دهند، ضمن بررسی اطلاعات و داده‌های در حال تبادل شبکه، مبادله اطلاعات اعم از پست الکترونیکی، انتقال فایل‌ها و سایر عملیات مشابه را مجاز یا متوقف می‌نماید. فناوری دیواره آتش با وجود مزایای متعددی که دارد در برابر نفوذ کارکنان و مستخدمین داخلی شرکت یا افرادی که در سیستم نفوذ نموده‌اند، کارآیی مطلوبی ندارد.

## 2-2-4. سیستم تشخیص تجاوز<sup>1</sup>

این سیستم که دارای مرزهای مشترکی با سیستم قبلی (دیواره آتش) می‌باشد، نرم‌افزاری است که در صورت ورود غیرمجاز کاربر بیگانه به رایانه حامل اطلاعات محرمانه، به دارنده آن هشدارهای لازم را می‌دهد. برای فهم بیشتر این سیستم می‌توان آن را در عالم واقع مشابه دزدگیرهایی دانست که برای ورود غیرمجاز طراحی شده‌اند، اما درعین حال بسته به نوع و مدل آن کارهای دیگری را نیز برای حفاظت از امنیت اطلاعات انجام می‌دهد. به طور مثال می‌تواند مهاجمین به سیستم را به خود مشغول نموده و آن‌ها را از حمله به سیستم اصلی باز دارد.<sup>2</sup>

## 3-2-4. نرم‌افزارهای ضد پیام‌های ناخواسته<sup>3</sup>

ارسال نامه‌های الکترونیکی با محتوای تجاری یا تبلیغاتی بدون اطلاع و رضایت دارندگان اطلاعات در بسیاری از مواقع موجب فریب و یا تحصیل اطلاعات محرمانه آن‌ها می‌گردد. هکرها از این روش به عنوان شیوه‌ای برای پخش ویروس نیز استفاده می‌نمایند، لذا ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی برای رفع این معضل استفاده از نرم‌افزارها و برنامه‌های ضد spam را توصیه می‌کنند.

1- Intrusion Detection System(IDS)

2 - اوتپست "Outpost" نام نرم‌افزاری است که مجهز به یک دیواره آتش است که با ترکیب بخش ضد ویروس و ضد جاسوس به بخش قدرتمندی رسیده است که می‌تواند در مقابل تمامی حمله‌ها حمایت کرده و امنیتی پایدار را برای سیستم به وجود آورد. اطلاعات بیشتر ررا می‌توان از نشانی؛ <http://www.goo.gl/cO44cAA> دریافت نمود.

3- Unsolicited Commercial Mail(UCM) or Spam

#### 4-2-4. نرم افزارهای ضدپایش

برخی برنامه‌های جاسوسی مانند برنامه‌های تروجان و کوکی<sup>1</sup> وجود دارند که برای جمع‌آوری اطلاعات محرمانه از سیستم‌های رایانه‌ای افراد نظیر اطلاعات مربوط به رمز دسترسی آنان به داده‌های سرّی‌شان به کار می‌رود.<sup>2</sup> به‌طور مثال یکی از روش‌های خرابکاری نسبتاً جدیدی که وجود دارد موسوم به clickJacking است که با توجه به ضعف مرورگرهای اینترنتی یا ضعف امنیتی سرویس‌دهنده‌های اینترنتی اقدام به نفوذ و سرقت اطلاعات می‌نمایند. در این روش کاربر به‌ظاهر روی یک لینک ناآشنا کلیک می‌نماید اما در نهایت مجوزی صادر می‌کند تا او را هدایت به سایت دیگری نماید که خود از آن بی‌اطلاع است. نرم‌افزارهای متنوعی در ارتباط با مقابله با چنین بدافزارهایی طراحی شده است که می‌توانند به‌طور خودکار آسیب‌پذیری‌های امنیتی را جستجو و کاربر را از وجود آن‌ها آگاه نمایند.<sup>3</sup>

#### 4-2-5. پراکسی‌ها<sup>4</sup>

نرم‌افزاری می‌باشد که بین یک سرور و یک رایانه کار می‌کند. این سیستم نه تنها صفحات وب‌هایی را که قبلاً باز شده‌اند در حافظه ذخیره می‌کند و باعث افزایش سرعت دسترسی به اینترنت می‌شود، بلکه موجب امنیت در شبکه داخلی شرکت نیز می‌شود؛ زیرا به جای اینکه چندین رایانه در شبکه داخلی به اینترنت متصل باشند، فقط یک سرور پراکسی با اینترنت در ارتباط است و در نتیجه امنیت شبکه از لحاظ ویروس و هک شدن تا حدود زیادی تأمین می‌شود

1 - کوکی‌ها (cookies)، معمولاً برنامه‌های مفیدی هستند اما می‌توانند ابزاری برای جمع‌آوری اطلاعات محرمانه نیز باشند. هر چند که استفاده‌کنندگان از کوکی‌ها موظف‌اند که اذن کاربران را در استقرار آن‌ها بر روی سیستم‌هایشان تحصیل کنند لکن در بسیاری موارد چنین نمی‌کنند.

2 - به نقل از سایت ماهر Cryptolocker ، Zeus و Damon به عنوان خطرناک‌ترین بدافزارهای سال 2014 شناخته شده‌اند. این بدافزارها علاوه بر آن که فایل‌ها را به گونه‌ای غیر قابل برگشت رمزگذاری می‌کنند، باعث سرقت اطلاعات نیز می‌شوند.

3 - نرم‌افزارهایی همچون AVIRA و Bitdefender، Kaspersk به عنوان برترین ضد ویروس‌های سال 2014 شناخته شدند که می‌توانند فایل‌های آلوده را شناسایی و قرنطینه نمایند. اطلاعات بیشتر را می‌توان از نشانی [www.certcc.ir](http://www.certcc.ir) دریافت نمود

(Abbasi,2010:51).

#### 4-2-6. فیلترها<sup>1</sup>

تدابیری است که از ورود یا ارسال برخی داده‌های غیرمجاز جلوگیری می‌کنند. بعضی از آن‌ها عمل یک سویه دارند؛ یعنی از ورود یا خروج داده‌های غیرمجاز جلوگیری می‌نمایند و برخی کاربردی دو سویه داشته و علاوه بر ورودی‌ها، خروجی‌ها را هم تحت کنترل قرار می‌دهند. فیلتر کننده کلیه درخواست‌ها را با فهرست بانک اطلاعاتی خود که از سه جزء نشانی دامنه، نشانی- پروتکل اینترنت و کلمه‌های کلیدی تشکیل شده مقایسه می‌نماید. اگر هیچ یک از این نشانی‌ها در فهرست درخواست رایانه وجود نداشته باشد، این درخواست پاک در نظر گرفته می‌شود و در غیر این صورت، درخواست آلوده تشخیص داده شده و مسدود می‌شود.

#### 4-2-7. ناشناس‌کننده و رمزنگارها

ناشناس‌کننده‌ها<sup>2</sup> هویت افراد را در محیط سایبر مخفی می‌کنند و از این طریق به آن‌ها امکان می‌دهد با ایجاد حریم بیشتر، به فعالیت شبکه‌ای بپردازند (Jalali Farahani,2005:145). این اقدام به ویژه برای دارندگان اسرار تجاری که سعی در مخفی نمودن اطلاعات خود را دارند مفید است؛ زیرا بدون آن که فرصت شناسایی خود را به مجرمان سایبری بدهند، داده‌های خود را حفظ می‌نمایند.

ماهیت اصلی ابزارهای رمزنگاری<sup>3</sup> نیز همانند ناشناس‌کننده‌هاست با این تفاوت که به جای اطلاعات هویتی افراد، محتوای ارتباطات را نامفهوم می‌کنند. در این روش بر اساس کدهای خاصی، متن اصلی به رمز نوشته تبدیل می‌شود و گیرنده در مقصد به وسیله کلیدی که در اختیار دارد آن را رمزگشایی می‌کند. در این نوع رمز نوشته اگر فرد دیگری بخواهد به طور غیرمجاز به اطلاعات دسترسی پیدا کند، یا باید از طریق فرآیند رمزنگاری و تحلیل محتوای رمز نوشته به

---

1- Filtering  
2- Anonymizers  
3- Encryption

اطلاعات محرمانه دست یابد و یا با تحصیل کلید رمزگشای مرتبط به هدفش برسد (Jalali Farahani, 2009:115)<sup>1</sup>.

ناشناس کننده‌ها و رمزنگارها یکی دیگر از ابزارهایی است که از بزه‌دیدگی دارندگان اطلاعات محرمانه در فضای سایبر پیشگیری می‌کنند، اما نباید از یاد برد که امکان استفاده از این ابزارها برای مجرمان نیز وجود دارد، زیرا آن‌ها با پنهان کردن هویت خود یا رمزنگاری محتوای مجرمانه ارتباطاتشان، امکان شناسایی خود را کاهش می‌دهند. لذا این گزینه نسبت به تدابیر پیشگیرانه دیگر از این ضعف برخوردار است که در کنار از بین بردن برخی از فرصت‌های ارتکاب جرم، زمینه ارتکاب برخی از جرائم را فراهم می‌آورد.

### 3-4. تدابیر صدور مجوز<sup>2</sup>

در این روش این امکان فراهم می‌شود که رایانه حاوی اطلاعات بداند که کاربر کیست و تنها کسانی بتوانند به محیط آن وارد شوند که دارای تأییدیه مورد نظر رایانه باشند. این مجوز در صورتی صادر می‌شود که کاربر توسط سیستم شناسایی شود. این اقدام می‌تواند از ورود افرادی که صلاحیت لازم جهت دسترسی به اطلاعات سری را ندارند، جلوگیری نماید و تنها به افرادی اجازه عبور دهد که نسبت به هویت و اعمال آن‌ها اطمینان وجود دارد.

برای صدور مجوز یا تصدیق هویت کاربر می‌توان از سیستم‌های شناسایی متنوعی کمک گرفت. در حال حاضر به عقیده کارشناسان بهتر است از مکانیزم‌هایی همچون تصدیق هویت دو عاملی<sup>3</sup> استفاده شود. دو روش در این خصوص کاربرد دارد. روش نخست، استفاده نمودن از کارت‌های هوشمند مبتنی بر نشانه است که اطلاعات زیستی افراد همچون چهره کاربر یا اسکن عنبیه چشم را در خود ذخیره می‌نمایند؛ و روش دوم استفاده از سرویس‌دهنده‌ها و برنامه‌هایی می-

1 - True Crypt یکی از نرم‌افزارهایی است که برای رمزدار کردن فایل‌ها طراحی شده و می‌تواند با سرعت بالا، درایوی که ویندوز در آن نصب شده است را رمزدار کند این رمز قبل از اجرای سیستم عامل اجرا می‌شود و در صورتی که کاربر رمز عبور را نداشته باشد، حتی نمی‌تواند سیستم عامل را اجرا کند. اطلاعات بیشتر را می‌توان از نشانی؛ <http://www.truecrypt.org> دریافت

2- Verification or Authentication Technologies

3- Two Factor Authentication



باشد که مانند نگهبان یک سالن عبور و مرور را کنترل می‌کند، مانند امضای دیجیتال (Khanalipour, 2011:143).

#### 4-4. تدابیر نظارتی<sup>1</sup>

ابزارهای نظارت الکترونیکی، وظیفه کنترل فعالیت شبکه‌ای افراد را با به کارگیری تجهیزات و برنامه‌هایی بر عهده دارند. این گونه ابزارهای خاص محیط سایبر، تهدیدات احتمالی را به دو شکل هم‌زمان و غیر هم‌زمان به شکل هشدار به آگاهی دارنده اسرار تجاری می‌رسانند. در حالت نخست (نظارت هم‌زمان)، ابزار الکترونیکی مسئول یا متصدی مربوطه را از فعالیت غیرمجاز در همان زمان آگاه می‌کند، و به این ترتیب او می‌تواند اقدامات پیشگیرانه مقتضی را انجام دهد؛ اما در حالت دوم (نظارت غیرهم‌زمان)، بسته به میزان دقت ابزار نظارتی، صرفاً بخش‌های گزینش شده‌ای از فعالیت‌های شبکه‌ای ثبت می‌شود تا در فرصتی دیگر با بررسی آن‌ها موارد غیرمجاز مشخص گردد. در این حالت ابزارها و برنامه‌هایی بر روی سیستم نصب می‌شود که کلیه فعالیت‌های شبکه‌ای افراد اعم از مستخدمین یا اشخاص ثالث، حتی ضرباتی که بر روی صفحه کلیدشان زده‌اند یا نقاطی که به وسیله موشواره (موس) بر روی آن‌ها کلیک کرده‌اند ضبط گردد (Khanalipour, 2011:162). از دیگر ابزارهای نظارتی غیرهم‌زمان بوکش‌ها یا کاوشگرهای الکترونیکی می‌باشند که وظیفه تشخیص هویت‌های مجازی، کنترل دسترسی‌های مجاز به محتوای محرمانه داده‌ها و حتی تشخیص مصادیق محرمانه منتشر شده را به عهده دارند. در حقیقت این ابزارها آن دسته از کاربران مجازی را شناسایی می‌کنند که با عدم رعایت مقررات مربوط به طبقه‌بندی اطلاعات، قصد دسترسی به اطلاعات غیر مجاز را دارند (Khaleghi Poostchi, 2009:46). در عین حال یک هکر ممکن است به‌طور غیرمجاز وارد یک شبکه شده و کاوشگری را در آن نصب نماید. در این حالت بوکش‌ها ممکن است خود به ابزاری برای دسترسی به رمزهای ورود و سایر اطلاعات حیاتی تبدیل شوند.

## 5. نتیجه گیری

فضای سایبر به موازات رشد فنی خود از نظر رشد ساختارهای اخلاقی و کنترل کننده‌ای که هر محیطی برای استقرار نظم به آن نیاز دارد بسیار عقب مانده است. در این میان آن دسته از اطلاعات ارزشمندی که جنبه خلاقانه دارند به طور گسترده‌ای در معرض حملاتی همچون دسترسی غیرمجاز یا شنود غیرمجاز قرار گرفته‌اند؛ به ویژه آن که عدم استراتژی واحد در خصوص چگونگی شناسایی و تعقیب مجرمان سایبری و به طور کلی عدم اجماع در به کارگیری یک سیاست کیفری مشترک در خصوص جرائم سایبری در عرصه بین‌الملل، موجب گردیده است تا امکان شناسایی نقض - کننده حق به حداقل برسد. حتی در مرحله رسیدگی به دعوی نقض اسرار تجاری این امکان وجود دارد که ادعای مطروحه با توجیه‌هایی مانند کشف مستقل و مهندسی معکوس بی‌نتیجه به پایان برسد و بزه دیده از اقتناع وجدان دادرس ناتوان گردد. چنانکه در برخی از دعاوی خسارات حاصله ناشی از افشای اطلاعات به قدری سنگین می‌باشد که نه تنها دستگاه عدالت قضایی توان تعیین مجازات متناسب با نتایج مخرب آن را ندارد؛ بلکه مجرم نیز قادر به جبران خسارت وارده بر بزه - دیده نیست. لذا نه می‌توان به نقش اربابی و بازدارنده قوانین کیفری خوش بین بود و نه منطقی است در امر کنترل پدیده مجرمانه در انتظار وقوع یک اتفاق مجرمانه نشست و سپس واکنش نشان داد.

از این رو رویکرد پیشگیرانه یکی از مهم‌ترین راهکارهای جلوگیری از نقض اسرار تجاری شناخته می‌شود. پیشنهادهایی که در عمل سبب ایجاد مانع در فرایند گذار از اندیشه به عمل مجرمانه و دشوارتر ساختن دسترسی مجرمان بالقوه به موضوع جرم می‌گردد. ضمن آن که قانون - گذار تنها اسراری را مورد حمایت قرار می‌دهد که اقدامات پیشگیرانه معقولی در حفظ و حراست آن‌ها انجام شده باشد.

در این نوشتار ما پیشگیری وضعی را به عنوان یک الگوی مؤثر و مناسب در جهت پر ریسک‌تر کردن یا کاهش سود و منفعت حاصل از ارتکاب جرم انتخاب نموده‌ایم. در این نوع پیشگیری دارندگان اسرار تجاری به اتخاذ اقدامات امنیتی در رابطه با مستخدمان (مشخصاً انعقاد قراردادهای رازداری و عدم رقابت) و استفاده از دو یا چند نرم‌افزار ضد بدافزار با توجه به نوع اطلاعات مجرمانه راهنمایی و توصیه می‌گردند. لکن در این حوزه نیز هر اندازه استفاده از نرم‌افزارهای ضد

بدافزار رواج بیشتری می‌یابد، نفوذگران از ابتکارات جدیدتری در طراحی و استفاده از بدافزارهای متنوع استفاده می‌نمایند؛ این نوع جا به جایی منجر به افزایش کمی و کیفی حملات سایبری و بار نمودن هزینه‌های اضافی بر دارندگان اسرار تجاری می‌گردد. لذا در این رابطه نیازمند ترویج و گسترش پوشش بیمه تجارت الکترونیکی در کنار ایجاد گروه‌های واکنش سریع شامل مراکز امداد و نجات رایانه‌ای در سطوح استانی و ملی و همچنین اتخاذ تدابیری نظیر تدوین سند راهبرد امنیت سایبری، استفاده حداکثری از سخت‌افزارها و نرم‌افزارهای ضد بدافزار تولید داخل با حداقل استفاده از ابزارها و نرم‌افزارهای رایانه‌ای پایه غیربومی، آموزش و تربیت نیروی انسانی متخصص با گرایش امنیت سایبری و تقویت پلیس فتا هستیم.

### References

- [1] Allesan, M. (2014). "Cyberspace Law", the Institute of Legal Studies and Research in science, , Tehran.(in persian)
- [2] Alipour, Hassan. (2011). " Criminal Justice IT ' satisfaction publications , printing , Tehran . (in persian)
- [3] Abbasi, Morad. (2010). " Cyberspace and challenges facing the preventive police " , Journal of promoting crime prevention studies , Issue XVII , winter 2010. (in persian)
- [4] Babaei, Mohammad Ali and Najibyan, Ali. (2011). "Crime Prevention Challenges," Justice Law Journal, Vol. 75, No. 75. (in persian)
- [5] Hadavand, Mehdi. (2005). "The Basics of trade secret protection of the rights of America", the journal of Justice, Issue XVII. (in persian)
- [6] HasanBygy, Ebrahim. (2005). "Rights and the Internet in cyberspace ", published by the International Cultural Institute of Political Studies of Contemporary Abrar, printing, Tehran. (in persian)
- [7] Jalali Farahani, Amirhossein. (2005). "Situational Prevention of Cybercrime in the Light of Human Rights", Journal of Law and Jurisprudence, Issue 6. (in persian)
- [8] Jalali Farahani, Amirhossein. (2005). "Institution-Building for the Prevention of Cybercrime Looking Computer Crimes Act", the multi-agency approach to crime prevention, crime prevention a national articels, first edition, Department of Education Prevention of Police, Tehran. (in persian)
- [9] Javan Jafari, Abdorreza. (2010). " Cybercrime and differential approach to criminal law ", Journal of knowledge and development eighteenth year, No. 34. (in persian)
- [10] Khaleghi Poostchi, Ali. (2009). "The Prevention of Cyber Crime By Using Information and Communication Technology (ICT)», National scientific-practical conference abstracts, prevention of crime (judiciary - Mashhad),

- Mizan publication, first edition , Tehran. (in persian)
- [11] KhanaliPour and Ajargah, Sakineh. (2011). "Technical Prevention of Crime ", the publishing, Tehran. (in persian)
- [12] Kenneth C.Brancikl:"Insider computer fraud, An in-Depth Framework for Detecting and Definding Insider Attack", Auerbach publication (2008).
- [13] Najafi Abrandabadi, alihosseini. (2002). "Pleadings course criminology (prevention) "regulatory" Mehdi Seyedzadh, graduate higher education centers in Qom. (in persian)
- [14] Niazpour, Amirhossien. (2003), "Delinquency Prevention's rights in Iran", Journal Legal Justice Year Issue (49-48). (in persian)
- [15] paknahad, Amir. (2009). "Risk-based Criminal Policy," the Mizan publication, first printing, Tehran. (in persian)
- [16] Rahbari, EbrahIm. (2009). "A Trade Secret Law", the printing, Tehran. (in persian)
- [17] Rezaei, Ali. (2008) "E-commerce law", the publishing, printing, summer 2009 (in persian).
- [18] Safari, Ali . (2001). " Principles of Prevention of Crime " , Journal of Law , No. 33 and 34 , spring to winter 2001. (in persian)
- [19] Zybar, Ulrich. (2011)." Computer Crimes " , inversion : Mohammad Nouri and others , Ganje Dansh Press , second edition , Tehran. (in persian)

## پژوهشی در مالکیت گنج و میراث فرهنگی و قوانین مربوط به آن

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی<sup>1</sup>

استادیار گروه الهیات - فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

مهدی دهقان سیمکانی<sup>2</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

تاریخ دریافت: 1392/8/26 تاریخ پذیرش: 1393/11/29

### چکیده

در قوانین موجود درباره گنج و میراث فرهنگی، موارد قابل توجهی از محدود ساختن مالکیت‌های خصوصی گنج، دینه و آثار تاریخی - فرهنگی دیده می‌شود؛ از جمله ماده 562 قانون مجازات اسلامی که هرگونه کاوش به قصد به دست آوردن اموال تاریخی - فرهنگی را ممنوع دانسته و مرتکب را به حبس از شش ماه تا سه سال و ضبط اشیای مکشوفه محکوم می‌کند و کسی را که این اموال را برحسب تصادف به دست آورده و نسبت به تحویل آن اقدام ننماید، به ضبط این اشیاء محکوم می‌نماید. در حالی که بر اساس حکم اولی اسلام این تضییق‌های قانونی، مشروع نیست. سؤال مطرح این است که این عدم مشروعیت، بر چه مبنایی استوار است و راه‌های مشروعیت بخشی به آن‌ها چیست؟ آیا احکام شرعی برای همگامی با مسائل مستحدثه و شرایط جدید نیازمند بازنگری است یا این که قوانین موجود باید برای مطابقت با شرع مورد بازبینی قرار گیرند تا این دوگانگی برطرف شود؟ آنچه از اتفاق نظر و اجماع فقهای معظم شیعیه تا به امروز و روایات کثیره یا متواتره در این باب به دست می‌آید این است که گنج و اثر یافت شده با شروطی خاص، از آن یابنده است و وی، صرفاً خمس آن را باید به حکومت اسلامی پرداخت نماید. با تفحص در سخنان اهل سنت، آنان را نیز موافق این رأی و نظر می‌یابیم؛ بنابراین، هیچ وجهی برای روش متداول ضبط گنج و اثر کشف شده از یابنده و قائل نشدن حقی برای وی و تحدید مالکیتش، وجود ندارد؛ مگر اینکه با

یکی از وجوه ذکر شده در متن مقاله، توجیه شود. پژوهش حاضر، راهکار مناسب در این باب را، بازنگری در قوانین 80 ساله این حوزه، روشن ساختن مرزهای مبهم مالکیت این آثار، و تأمین امنیت مالکیت، دانسته است.

**کلیدواژه‌ها:** میراث فرهنگی، گنج، مالکیت، فقه، قانون، مال.

طبقه‌بندی JEL:

#### مقدمه

به یقین آثار به‌جامانده از دوران گذشته بشری که حاصل بازتاب‌های اندیشمندانه ذهن و خلاقیت و ابداع و ابتکار بشر است، بارزترین نشانه‌های تاریخ‌ساز و اسناد ملموسی هستند که سیر حرکت انسان را در طول زمان توجیه کرده و نشان از قدرت تحرک و سازندگی و تعالی و رشد جامعه انسانی است. این میراث در عصر کنونی، اهمیت فراوان یافته و این اهمیت، موجب گشته دولت‌ها قوانین ویژه‌ای در حوزه میراث فرهنگی، وضع کنند. هر کدام از این آثار واجد ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی فراوانی هستند و نمادهایی از حرکت به‌سوی جامعه آرمانی و ایده آل انسانی در آن‌ها متجلی است. مطابق قوانین فرانسه، مالکیت کاشف یا مالک زمین نسبت به اثر یافت شده مورد تعرض دولت نیست، ولی چنانچه مالک آن را بفروشد، دولت می‌تواند خریدار باشد و البته در فروش عمومی آثار، نیز حق اولویت با دولت است طبق قانون مصوب دولت انگلستان، هر نوع گنج و عتیقه‌ای متعلق به صاحب زمین یا یابنده است. یابنده تنها موظف است که مالیات بیست در صدی به دولت بپردازد (Samadi Rendi, 2004: 215). البته کشفیات غیرمجاز تجاری، در تمام کشورها، تماماً متعلق به دولت هستند و حفاران غیرمجاز نیز مجازات خواهند شد.

مساله کشف گنج و نیز این نکته که بیست درصد مالیات باید به دولت پرداخت شود از نکات قابل توجه در این قوانین است. تقریباً به رساله هر مجتهد شیعه‌ای که رجوع شود، بخشی به نام گنج دیده می‌شود و فقه شیعه، عیناً همین قانون مذکور را در مورد اشیای عتیقه مکشوفه، گنج و زیر خاکی دارد؛ با این تفاوت که نام آن مالیات را -با همان درصد-، خمس گذاشته است. هزار سال، هزاران مجتهد سینه به سینه این مسئله را حفظ کردند اما امروز ما با یک تفسیر خاص گنج و عتیقه و زیرخاکی و آثار باستانی را جزو اموال عمومی دانسته‌ایم. نتیجه؟ در هر موزه درجه سه اروپایی و

امریکایی که پا می‌گذاریم بخشِ ایرانش پربار و شکوفا است! بی‌شک بخشی از این مهم را می‌توان مرهون تفسیر مذکور و وجود دوگانگی بین قوانین مصوب با قوانین شرع دانست. در قوانین موجود درباره گنج و میراث فرهنگی، موارد بسیاری مشاهده می‌شود که به محدود کردن مالکیت‌های خصوصی گنج، دفینه و آثار تاریخی - فرهنگی پرداخته است. بر اساس حکم اولی اسلام این تزییق‌ها، مشروع نیست. پرسش اساسی در این پژوهش این است که این عدم مشروعیت، بر چه مبنایی استوار است و راه‌های مشروعیت بخشی به آن‌ها و به تبع آن راه حفاظت واقعی از موارث مادی و معنوی کشور و جلوگیری از پدیده قاچاق این آثار کدام است؟

## 1. ایضاح مفهومی

### 1-1: مفهوم میراث فرهنگی

در عربی کلمه تراث، میراث و ارث به کار می‌رود که همگی از کلمه «ورث» ریشه می‌گیرند، اصل میراث، موراث است و آن به معنای چیزی است که از آن قومی بوده و به واسطه نسب یا سبب به دیگران منتقل شود (Ibn Faris, 1983: 1, 105) اسم فاعل آن وارث و جمعش وراث و ورثه می‌باشد (Fayyumi, n.d: 2, 654)، آنچه از تتبع در کتب لغت به دست می‌آید این است که ریشه این واژگان به معنای انتقال تمام یا بخشی از یک شیء مادی (مال) یا معنوی (علم و ...) از شخص یا موضوعی که حیاتش خاتمه یافته به دیگری است، کسی که این میراث به وی منتقل شده، وارث، و آن که شیء، از وی انتقال یافته، موروث، و آنچه منتقل شده است را میراث گویند (Mustafawi, 1981: 13, 78). در زبان فارسی دو کلمه آثار و میراث وجود دارند که هر دو ریشه عربی دارند. آثار جمع اثر به معنی محصول فیزیکی و غیر فیزیکی بجای مانده است. در این کلمه انعکاس گذشته چشم گیر نیست، و کلمه بیشتر نشان دهنده اهمیت آنچه که خلق شده می‌باشد و از این روست که در فارسی این کلمه اغلب با صفاتی چون تاریخی یا فرهنگی همراه می‌شود. قانونگذار ایران، آخرین و جدیدترین تعریف را چنین، مقرر می‌دارد: میراث فرهنگی شامل آثار باقیمانده از گذشتگان است که نشانگر حرکت انسان در طول تاریخ می‌باشد و با شناسایی آن زمینه شناخت هویت و خط حرکت فرهنگی او میسر می‌گردد و از این طریق زمینه‌های عبرت برای انسان فراهم می‌آید...» (Asasnameh sazeman mirath farhanghi, )

هفت سال پس از انقلاب اسلامی، با تصویب قانون تشکیلات سازمان میراث فرهنگی کشور در بهمن 1364، با ادغام چندین مرکز و اداره کل، سازمان میراث فرهنگی ایران از ابتدای سال 1366 رسماً کار خود را آغاز کرد. از این پس، عبارت میراث فرهنگی به جای کلمات و ترکیب‌های دیگر، جایگزین شد و بیش‌ازپیش کاربرد یافت (Talebi, 2004: 15).

## 2-1: مفهوم گنج

گنج که معرب آن «کنز» است به معنای مال پنهان شده در زمین (Fayyumi, n.d: 2, 542)، مال کثیر و فراوان، مال انباشته شده (Raqib Isfahani, 1991: 728) و مال اندوزی بدون پرداخت حقوق مالی (Mustafawi, 1981: 10, 119) آمده است. پر واضح است که مراد از واژه «کنز» در روایات و کلمات فقهاء، معنای مطلقش، یعنی مالی که در ظرف قرار داده شده و معنای مجازیش یعنی مالی که زکاتش پرداخت نشده نیست؛ بلکه گنج در اصطلاح، ثروت نهفته در زمین، کوه، دیوار و درخت است، خواه ثروت مزبور از قبیل طلای مسکوک باشد یا از دیگر اشیای دارای ارزش؛ یعنی معنای متبادری است که در فارسی از آن تعبیر به گنج می‌شود. در کتاب مصطلحات الفقه مشکینی آمده است: «گنج، مال نهفته در جایی یا مدفون در زمین را گویند» (Meshkini, 2000: 2, 214). مدار تشخیص گنج، عرف است و فرقی بین طلا و نقره مسکوک یا غیر مسکوک و غیر این‌ها نیست (Yazdi, 2007: 2, 214).

## 2. گنج در فقه اسلامی

رویکرد عمده در فقه اسلامی، تمرکز بر این نکته داشته است که گنج یافت شده، تحت شرایطی، از آن یابنده گنج بوده، و یابنده موظف است خمس آن را پرداخت نماید. این نگرش، در بیان فقهای متقدم و معاصر به وضوح بیان شده است و برخی بر این مطلب ادعای اجماع کرده‌اند. مرحوم شیخ صدوق که بیشتر رویکرد حدیثی داشت و عین عبارت ائمه (ع) را به عنوان فتوای فقهی بیان می‌نمود، در من لا یحضره الفقیه بیان داشته‌اند که:

«وَسَأَلَ عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَلِيٍّ الْحَلَبِيُّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْكَنْزِ كَمْ فِيهِ فَقَالَ الْخُمْسُ؛ حَلَبِيٌّ مِنْ أَمَامِ صَادِقٍ (ع) دَرَبَارَه حَكَمَ كَنْجٍ پَرَسِيدٌ؛ حَضْرَت فرمودند: در آن خمس است...» (Qomi, 1992: 2: 40).



شیخ طوسی (ره) در الخلاف، وجوب خمس گنج و اعتبار نصاب در آن را، بدون مخالف در نزد امامیه و اهل سنت دانسته و دلیل این فتوی را اجماع دانسته و بیان داشته‌اند که «خمس گنج مدفون، لازم است و وجود نصاب در آن، در نزد شیعه و شافعیه معتبر است، مالک و ابوحنیفه خمس قلیل و کثیر آن را لازم می‌دانند. دلیل امامیه بر این فتوی اجماع است...» (Tusi, 1986: 2, 121).

ابن براج در المهدب، در مورد گنج یافت شده یا در دارالحرب و یا در دارالاسلام، کشف شده، معتقدند که اگر در دارالحرب کشف شده باشد، در هر صورت خمس آن واجب است و اگر در دارالاسلام یافت شود، یا در زمین دارای مالک است یا اینکه در زمینی است که مالک خاص ندارد، در این صورت یابنده باید آن را معرفی کند. چنانچه کسی آن را مدعی شود از آن وی خواهد بود و در غیر این صورت یا بر شیء کشف شده اثری اسلامی وجود دارد و یا ندارد که در صورت اول حکم لقطه (مال مجهول المالک) را خواهد داشت و اما اگر اثری اسلامی بر آن یافت نشود خمسش لازم و از آن یابنده خواهد بود» (Ibn al-Barraj, 1985: 1, 177).

محقق حلی نیز در کتاب شریف شرائع الاسلام بیان داشته‌اند که «گنج مالی مدفون زیر زمین است، این مال اگر در زمین کفار یافت شود و یا در زمین مباح مسلمانان بدون اینکه اثر اسلامی بر آن باشد و به مقدار بیست دینار برسد خمس آن بر یابنده واجب و مابقی از آن وی است و» (Muhaqqiq Hilli, 1987: 2, 241). شیخ اعظم انصاری نیز در کتاب الخمس بیان داشته‌اند که: «در گنج‌ها، خمس واجب است به ادله سه گانه. جماعتی گنج را به مال پنهان شده زیر زمین تعریف کرده‌اند، شهید در مسالک و روضه به این تعریف قید «با قصد مخفی داشتن» را اضافه کرده است و فرموده مالی که خودبه‌خود مخفی می‌گردد حکم لقطه را دارد.» (Ansari, 1994: 241).

همچنین امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله بیان داشته‌اند که مرجع تشخیص چیزی که به آن گنج گفته می‌شود عرف است، پس اگر صاحب آن را نشناسد چه در شهرهای کفار باشد، یا در زمین موات، یا زمین مخروبه از بلاد اسلام باشد، چه اثر اسلام بر آن باشد یا نه، در همه این صورت‌ها ملک یابنده‌اش می‌باشد و بر او لازم است خمس آن را بپردازد. ولی اگر در زمین ملکی خودش که با خریدن و مانند آن ملک او شده گنج پیدا کند، باید آن را به اطلاع مالک قبل از خودش برساند، در صورتی که احتمال بدهد که مال او است و اگر او از آن بی‌اطلاع بود به مالک

قبل از او اطلاع دهد، تا برسد به کسی که از آن خبر ندارد یا (به کسی برسد که) احتمال نمی‌دهد مال او باشد، پس مال یابنده‌اش می‌باشد... (Musawi Khomeini, 2006: 2, 85).

مذاهب خمسسه نیز، خمس گنج را لازم می‌دانند؛ با این تفاوت که مذاهب اربعه اهل سنت در وجوب خمس نصابی را شرط ندانسته اما امامیه آن را معتبر دانسته‌اند؛ صاحب کتاب الفقه علی المذاهب الخمسه درباره موضع علمای اهل سنت در این موضوع می‌گوید: «مذاهب اربعه خمس را در رکاز واجب دانسته ولی نصاب خاصی را در آن، معتبر نمی‌دانند، یعنی کم و زیادش در وجوب خمس مساوی است؛ اما امامیه گنج را نیز در وجوب خمس و اعتبار نصاب مانند معدن دانسته‌اند» (Muqniyah, 2000: 1, 187).

### 3. مالکیت

#### 3-1: مفهوم مال و مالکیت

مال از نظر لغوی مصدر ثلاثی مجرد میل، به معنای خواستن، علاقه و توجه است ( Raqib 1991: 784) و به دارایی و ثروت و هر چه قابلیت تملک را دارد گفته می‌شود ( Ibn Manzur, 1993: 15, 453) در قانون مدنی ایران و فرانسه، مال تعریف نشده است ولی برابر ماده 81 قانون مدنی مصر، هر چیزی که به موجب طبیعت آن یا حکم قانون قابل معامله باشد، مال محسوب است و هر چیز که قانوناً غیر قابل معامله باشد مانند مواد مخدر و هر چیزی که مورد استفاده عموم باشد، مانند هوا، نور خورشید و آب جاری مال محسوب نمی‌شود ( Sanhuri, 1967: 6). شهید ثانی بیان می‌کند که «آنچه را که ما به ازاء آن مال داده می‌شود، مال گویند» ( Shahid 247: n.d). البته این تعریف کمی به روشن کردن معرف نمی‌کند، زیرا معرف اجلی از معرف ونیز مستلزم دور است؛ زیرا مال را به خود مال تعریف کرده‌اند. برخی از فقهاء قابلیت تملک را از ارکان مالیت دانسته‌اند و آنچه را که منفعت عقلایی و متعارف ندارد مانند برخی حشرات و حیوانات غیر مفید، و نیز مشترکات عمومی و غیر مشترکات قبل از حیات را مال نمی‌دانند (Najafi. 1983: 22, 345). برخی نیز معتقدند؛ مال به هر چیزی گفته می‌شود که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله داشته باشد (Emami, 1985: 19). واژه مال اعم از ملک است یا رابطه بین آن دو عموم و خصوص من وجه است؛ آنچه که از اموال در زمین وجود دارد و انسان‌ها میل به دست یافتنش را دارند مال است و ملک نیست و آنچه به دلیل

کمی یا بی ارزش بودن در دست انسان‌هاست، ملک است و مال نیست؛ استعمال دو واژه مال و ملک هر دو در فقه فراوان است اما آنچه موضوع احکام شرعیه واقع می‌شود ملک و نه مال است (Meshkini, 2000: 465).

مالکیت از نظر لغوی به معنای دارا بودن و حقی عینی است که انسان نسبت به شیئی دارد و می‌تواند هرگونه تصرف در آن بکند (Ibn Faris, 1983: 5, 352) به‌جز آنچه مورد استثنای قانون است (Moein, 1995: 833) مالکیت در اصطلاح، عنوانی است اعتباری که مبین نسبت و رابطه اشیا با اشخاص است و دربردارنده مجموعه روابط و مناسباتی است که استیلا و تسلط انسان‌ها را بر اشیا نشان می‌دهد. بنابراین تعریف، بین شیء موضوع مالکیت با شخص مالک، علقه و وابستگی خاصی وجود دارد که اختصاصی است و مانع ورود اغیار در این رابطه می‌گردد. مالکیت، کامل‌ترین حق عینی است که شخص می‌تواند بر مالی داشته باشد (Emami, 1985: 559)؛ (Katuziyan, 2003: 106).

مفهوم مالکیت در قرآن، در سه سطح و مرتبه بکار رفته است. مرتبه اول؛ مالکیت مطلق و انحصاری خداوند است (اسراء/111)؛ و «ملک» فرمانروایی، سلطنت و اقتدار کامل و مطلق نسبت به اشیا است (Raqib Isfahani, 1991: 492-493). مرتبه دوم در مورد مالکیت انسان بکار برده شده، مثل «أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ»؛ (یس / 71)؛ و مرتبه سوم به معنای مالکیت استخلافی و نیابتی انسان؛ نظیر این آیه: «آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ...» (حدید/7). البته جانشینی و خلافت، نیابت غیر است و این نیابت و استخلاف از غیر، یا به علت غیبت، مرگ و عجز منوب عنه است، و یا به لحاظ عظمت و کرامت و علو مقام مستخلف (Raqib Isfahani, 1991: 175). مالکیت انسان نسبت به اشیا و اموال تحت تصرف خود، غیر حقیقی و غیر اصیل و در نتیجه محدود و نیابتی است؛ لکن همان‌طور که در کلیه امور اذنی، مأذون حق همه‌گونه تصرف و تسلط در موضوع اذن را در حدود اذن دارد، از آیات مذکور استنباط می‌شود که انسان به‌عنوان خلیفه و نایب خداوند تعالی، هرچند مالک حقیقی و اصلی اشیا و اموال نیست، به‌عنوان مالک غیر حقیقی مأذون و مستخلف، در حدود اذن خالق و محدوده احکام و مقررات شارع مقدس که همان خالق است، حق همه‌گونه سلطه و تصرف را دارد (Muhaqqiq Damad, 1985: 158).

### 2-3: مالکیت از دیدگاه فقه و حقوق:

به لحاظ فقهی نیز مفهوم مالکیت از بار معنایی خاصی برخوردار است. بر اساس قاعده تسلیط، اختیار کامل مالک در انتفاع و تصرف در اموال خود تأیید شده است. مالکیت در فقه و حقوق مدنی ما به معنی رابطه حقوقی بین انسان و مال است. به موجب این رابطه، مالک سلطه و اختیار مطلق و کامل بر مال خود دارد و این مالکیت مانع تصرف دیگران است. فقها و اصولیون در مورد ماهیت مالکیت بحث‌های مفصلی دارند، گذشته از مباحث مربوط به اعتباری یا انتزاعی بودن مالکیت و تحلیل مفهوم آن، مطلبی که از نظر فقهی بسیار حائز اهمیت بوده، مبنای شرعی مالکیت است. شیخ انصاری معتقد است که مالکیت و به طور کلی احکام وضعی از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود (Ansari, 1995: 2, 603). برخی فقیهان، مالکیت را یک حکم انتزاعی می‌دانند و می‌گویند مالکیت یک حکم شرعی قابل وضع و جعل شارع نیست، بلکه باید آن را از یک حکم شرعی و اصیل انتزاع کرد (Khamenei, 1991: 28). عقیده دیگر این است که احکام وضعیه در صورتی از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند که تابع احکام تکلیفی باشند مانند جزئیت و شرطیت و مانعیت؛ اما این امکان هم وجود دارد که احکام وضعیه مانند احکام تکلیفیه مجعولاتی مستقل باشند مانند حریت، رقیت، زوجیت، ولایت و ملکیت. این احکام وضعی از جمله مالکیت تابع احکام تکلیفی نبوده و بلکه خود مجعولات مستقل هستند (Gorji, 1996: 313).

به نظر می‌رسد که مالکیت هرچند از نظر رابطه مالک با مملوک و مبنای تملک، حکم وضعی است ولی بسیاری از احکام تکلیفی موجب و سبب برای احترام مالکیت می‌شوند؛ مانند حرمت غصب و سرقت و اتلاف و وجوب رد امانت به مالک، بنابراین احترام مالکیت هم از مجعولات مستقل وضعی ناشی می‌شود و هم از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود.

از نظر منشأ و سبب ایجاد مالکیت، برخی عقیده دارند مالکیت با اراده و اختیار انسان حاصل می‌شود و هیچ چیز بدون اختیار به ملک کسی (همچون عقود و ایقاعات و حیازت و احیاء) در نمی‌آید، مگر در مواردی که مالکیت به طور قهری با جعل شارع ایجاد شود مانند ارث (Shahid, 1996: 2, 825). عقیده دیگر این است که مالکیت و مالیت به حکم عرف و تبادل معنی عرفی است و با وجود مالک و مال ایجاد می‌شود. معنی ملکیت نیز عرفی است و متوقف به تعریف شارع نیست و دلیل شرعی نیاز ندارد و هر کس که عرفاً صاحب مالی باشد، حق تصرف و اقتدار و سلطه بر مالش را دارد ولی ثبوت ملکیت متوقف بر دلیل شرعی است. مثلاً زوجیت نیز یک معنی

لغوی و عرفی است ولی تحقق این معنی لغوی و عرفی موقوف به دلیل شرعی است. پس معنای مالکیت معنای عرفی و لغوی بوده ولی ثبوت و استقرار آن نیازمند حکم شرعی است. با این وصف مالکیت از احکام وضعی است و جز به دلیل معتبر شرعی به آن حکم نمی‌توان کرد. در اسلام، قواعد اخلاقی و حقوقی برای احترام به مالکیت مشروع و حریم دیگران بسیار مورد تأکید قرار گرفته است. قرآن مجید در آیات ارث<sup>1</sup>، مهریه<sup>2</sup>، دیه<sup>3</sup>، دین<sup>4</sup>، حرمت غصب مال دیگران<sup>5</sup>، مشروعیت کسب مال<sup>6</sup>، وجوب حفظ مال<sup>7</sup> و جاهای دیگر بر اهمیت مالکیت خصوصی تأکید ورزیده است. در سنت نبوی (ص) نیز، در احادیث مختلف که در منابع شیعه و سنی آمده، بر حرمت مالکیت تأکید شده از جمله «حرمة مال المسلم کحرمة دمه؛ حرمت مال مسلمان مانند حرمت خون اوست» (Hurr Amili, 1956: 9, 99). اسلام نه با قبول مالکیت عمومی در مثل انفال مالکیت فردی را به طور مطلق طرد کرده و نه با قبول مالکیت فردی مالکیت عمومی را نفی کرده است؛ در آنجا که پای کار افراد و اشخاص است مالکیت فردی را معتبر می‌شمارد و در آنجا که پای کار افراد و اشخاص نیست مالکیت را جمعی می‌داند (Mutahhari, n. d: 2, 345). احکام اسلامی در حمایت از حق مالکیت مانند ضمان ید، حرمت غصب، ضمانت‌های جزایی و حقوقی نقض مالکیت، بطلان معاملات مکره و فضولی حتی نسبت به شخص ثالث با حسن نیت، قابلیت استناد حق عینی در همگان و سختگیری در انتقال مالکیت بغیر و لزوم اسباب صحیح ناقل قانونی از اصول حقوقی روم در دفاع از حق مالکیت قوی تر و سختگیرانه تر است.

به پیروی از فقه اسلام و بر اساس قاعده تسلیط، در حقوق و قانون مدنی ایران، اثر مالکیت از یک سو مثبت و از سوی دیگر منفی است. مالک اثباتاً حق هرگونه تصرف را در مال خود دارد، و نفیاً هیچ کس حق ندارد مال او را از تصرفش بیرون کند. مواد صریح مربوط به این موضوع در

1- نساء: 4، آیه 7-8

2- همان: آیه 81

3- همان، آیه 91

4- همان، آیه 10

5- بقره، 2، آیه 181

6- نساء: 4، آیه 32

7- همان، آیه 5

قانون مدنی به این شرح است: ماده 30: هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. ماده 31؛ هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اصل 46 و 47 به گونه دیگری به همین قاعده اشاره دارند.

به طور کلی در تحلیل حق مالکیت دو عقیده حقوقی وجود دارد، حقوق سوسیالیسم مالکیت را تکلیفی اجتماعی و حقوق لیبرالیسم مالکیت را حقی ذاتی می داند. طرفداران عقیده دوم می گویند تکلیف اجتماعی هیچ تعارضی با حق ذاتی مالکیت ندارد، زیرا حق مالکیت می تواند در یک زمان هم حق ذاتی باشد و هم وظیفه ای اجتماعی (Ansari, M and Taheri, 2005: 3, 1668). برخی از حقوقدانان معتقدند که مالکیت امری مطلق است (Emami, 1985: 46)؛ زیرا به موجب ماده 30 قانون مدنی مالک حق هر گونه دخل و تصرف در ملک خویش را دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. برابر اصول 40 و 22 و 46 و 47 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول 15 و 16 و 17 متمم قانون اساسی مشروطیت، مالکیت امری محترم و مورد حمایت است. در مورد اموال غیر منقول نیز مالکیت مطلق است مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. البته مطلق بودن مالکیت با اموری مانند تضرر دیگران، تخصیص یافته است (ماده 32 قانون مدنی و اصل 40 قانون اساسی). در مقابل حقوقدانان دیگری معتقدند در حقوق کنونی استثنای قاعده مطلق بودن، چندان فراوان است که به دشواری می توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. واقع بینی ایجاب می کند که به جای اطلاق حق مالکیت از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت «حقی است که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می دهد». باین وجود از اصل «تسلیط هم با احترام یاد می شود، ولی این اصل مفهوم پیشین را ندارد. در اصل 44 قانون اساسی قیدهایی مالکیت چنین آمده است: «مالکیت در این سه بخش، تا جائی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و شکوفایی اقتصادی کشور گردد و باعث زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است».

در تفسیر این اصل گفته شده است که مالکیت دیگر از حقوق طبیعی مربوط به شخصیت انسان نیست، وسیله ای است برای حفظ منافع عمومی و آخرین مرز آزادی مالک این است که موجب زیان جامعه نشود (Katuzyan, 2003: 102). در اسلام مالکیت مطلق نیست و هیچ گاه سخن از اطلاق حق مالکیت نیست. اخلاق مذهبی ثروت را امانت خداوند نزد انسان می داند و قاعده لاضرر

بر اصل تسلیط حکومت دارد. دلیل عمده این عقیده محدودیت‌های حق مالکیت مانند لاضرر و حرمت اسراف و تبذیر و وجوب مصرف آن در راه‌های نیک است (Katuzyan, 2003: 106). برخی نیز معتقدند مستثنیات ذیل ماده 30 قانون مدنی به تناسب تحولات اقتصادی و اجتماعی کشور، بسیار توسعه یافته و وفور این قوانین، مسئله معروف تخصیص اکثر را پیش آورده است (Langeroudi, 1999: 124). عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند در فقه اسلامی بر اساس قاعده تسلیط مالکیت آثاری هم سنگ مطلق بودن مالکیت در حقوق روم دارد و به مالک حق می‌دهد که همه گونه تصرف را در ملک خود بنماید (Emami, 1985: 44).

#### 4. مالکیت گنج و آثار باستانی از دیدگاه فقه:

فقها، گنج و آثار به دست آمده مدفون را به چند قسم تقسیم کرده‌اند؛ زمینی که در آن، دفتنه واقع شده است یا از اراضی دار الحرب است و یا از اراضی دارالاسلام، در هر یک از این دو فرض یا بر اثر یافت شده نشانه‌ای از اسلام وجود دارد یا ندارد، و در هر یک از این اقسام ذکر شده، زمینی که در آن اثر پیدا شده یا از اراضی مباحه و موات، یا از انفال و یا از اراضی ملکی خاص مسلمان است. در چند صورت بر مالکیت یابنده ادعای اجماع شده است که عبارت‌اند از: 1. در صورتی که این اثر در دارالحرب کشف شود با اقسام چهارگانه‌اش. 2. در هنگامی که این اثر در زمین موات یا مباح سرزمین اسلامی کشف شود و اثری اسلامی بر آن یافت نشود. صاحب جواهر در این باره ادعای عدم خلاف در مالک دانستن یابنده کرده است:

«من اختلافی در وجوب خمس بر یابنده گنج نیافتم به خاطر اطلاق ادله موجود که از آن‌ها ملکیت یابنده استفاده می‌شود» (Najafi, 1983: 16, 28).

مرحوم آقا رضا همدانی در مصباح الفقیه چنین بیان می‌دارند که: «گنج یا در دارالحرب<sup>8</sup> یافت شده و یا در دارالاسلام؛ در هر دو فرض یا نشانی اسلامی بر آن یافت می‌شود یا نه؛ اگر گنج یافت شده در دارالحرب باشد، چه دارای اثر اسلامی باشد و چه غیر آن، چه زمین مالک خاص

8- دار الحرب [دارالکفر]: سرزمین کافران. دار الحرب به سرزمینی گفته می‌شود که کافران در آن سکونت دارند و احکام کفر در آن جا نافذ و جاری است. (Shahid Awwal, 1993: 3, 78).

داشته باشد و چه غیر آن، یا اینکه گنج، در زمین دارالاسلام یافت شود و اثری اسلامی بر آن نباشد و زمین ملکی مباح یا ملک امام یا همه مسلمین باشد، در این صور گنج یافت شده از آن یابنده و خمس آن بر ایشان واجب است بدون اینکه اختلافی در این دو (ملکیت یابنده و وجوب خمس) وجود داشته باشد بلکه از جماعتی از اصحاب نفی خلاف و اجماع ذکر شده است» (Hamedani, 1995: 14, 75).

استدلال آیت الله مکارم شیرازی از فقهای معاصر بر مالکیت یابنده بر اثری که در دارالحرب کشف می کند چنین است: 1. اصل در اشیاء اباحه است، و تصرف در مال غیر در صورتی حرام است که ملکش محترم باشد و در فرض موجود که شیئی در دارالحرب کشف می شود ظاهر این است که مال غیر محترم بوده، حتی در صورت وجود نشانه‌ای از اسلام بر آن، چون متداول بوده است که غیر مسلمان اثری اسلامی را تملک کند. لذا اگر در اثری دچار تردید شویم که مال مسلمان است یا غیر مسلمان اصل این است که ملک مسلمان نیست (اصل عدم) زیرا یافت شدنش در دارالحرب به عنوان نشانه ملک غیر مسلمان بودن قوی تر است از نشانه اسلامی که بر آن یافت شده است. 2. روشن تر از دلیل قبل تمسک به عمومات ادله کنز و اطلاقات آن هاست؛ زیرا عمومات و اطلاقات موجود ظهور در ملک یابنده بودن کنز و مالکیت ارباب خمس بر خمس آن دارند. استدلال ایشان بر مالکیت یابنده بر اثری که در سرزمین اسلامی (مباح یا موات) کشف شده و نشانی اسلامی ندارد: اطلاقات ادله و اصاله الاباحه شامل این مورد نیز می شود (Makarem Shirazi, 1995: 152) استدلال ایشان بر مالکیت یابنده بر اثری که در سرزمین اسلامی (مباح یا موات) کشف شده و نشانی اسلامی دارد:

1. استدلال گذشته در این مورد هم جاری است.

2. همان استدلال از خلاف شیخ طوسی، سرائر ابن ادریس، مدارک و ظاهر مفید و مرتضی و غیر ایشان حکایت شده و صاحب جواهر هم همین قول را با ادله ذکر شده اختیار کرده است. (Makarem Shirazi, 1995: 152).

در مقابل این قول، سخن دیگری به اکثر متأخرین و برخی از قدما نسبت داده شده است، گنجی که در سرزمین های اسلامی یافت شود اگر در ملک شخصی باشد که لازم است به آن شخص نشان داده شود، در صورتی که آن را بشناسد از آن مالک زمین است اما در فرضی که مالک شیء آن را نشناسد، یادر ملکی که مالک معین ندارد یافت شود، خود بر دو صورت است:



یا نشانی اسلامی بر آن وجود دارد که در این صورت حکم لقطه (مال مجهول المالک) را خواهد داشت؛ و یا نشانی بر آن یافت نمی‌شود که در این صورت با اخراج خمس از آن یابنده خواهد بود...». همین قول از قاضی، فاضلین و شهیدین نیز نقل شده است ( Makarem Shirazi, 1995: 152).

در پاسخ به این نظر استدلال‌های متقنی از سوی برخی فقها از جمله: مرحوم بروجردی، محقق همدانی و... بیان شده است که در اینجا استدلال مصباح الفقیه را ذکر می‌کنیم:

«ملکیت رابطه‌ای اعتباری عرفی است؛ و این رابطه به دو صورت از بین می‌رود: اختیاری مانند اعراض و قهری مانند اموالی که در خرابه‌ای از اعصار قدیم به جای مانده و مالک بخصوصی ندارد، در این صورت با چنین مالی به صورت مباحات اصلیه رفتار می‌شود» ( Hamedani, 1995: 118).

حکم قسم هفتم و هشتم؛ یعنی هنگامی که اثر مکشوفه در زمینی که دارای مالک خاص است باشد خواه نشانی از اسلام داشته باشد و خواه نداشته باشد هم‌چنین است که محقق حلی در شرائع بیان می‌دارند:

«اگر شیئی در ملک خریداری شده یافت شود، باید آن را به مالک نشان داد، در صورتی که آن را بشناسد، از آن وی و در صورت نشناختن از آن مشتری است» ( Muhaghiq Hilli, 1987: 162). قول مشهور در این دو صورت هم همین است یعنی لازم است که به مقتضای قاعده ید سابق عمل شده و به باع و مالکین قبل از ایشان نشان داده شود، در صورتی که آن را نشناختند از آن یابنده خواهد بود (Makarem Shirazi, 1995: 162).

مالکیت خصوصی افراد بر اشیای تحت تملک آن‌ها که مالکیتی اعتباری است، در طول مالکیت خداوند قرار دارد. در نتیجه به‌طور منطقی، خداوند می‌تواند محدودیت‌هایی را برای این نوع از مالکیت وضع کند.

اینک با توجه به مقدمات یاد شده که مبانی معرفتی موضوع بحث را تشکیل می‌دهند، این پرسش را مطرح می‌سازیم که آیا دولت می‌تواند فراتر از تحدیدهای عام و اولیه شرعی، مالکیت خصوصی افراد را نسبت به گنج و آثار تاریخی - فرهنگی محدود ساخته یا پاره‌ای الزامات قانونی را در خصوص آن‌ها وضع کند؟ آیا حکومت‌ها می‌توانند به شیوه متداول اثر یافت شده را از یابنده اخذ کنند بدون اینکه حقی را برای وی قائل باشند و یا حق قلبی را درباره وی معتبر بدانند؟ آیا

حکومت‌ها می‌توانند درباره کسی که یابنده اثری است ولی آن را تسلیم دولت نمی‌کند مجازات و تعزیراتی وضع کنند؟ چنین اقداماتی مبتنی بر کدام ادله شرعی است؟

## 5. مالکیت گنج و میراث فرهنگی از دیدگاه حقوق موضوعه

### 5-1: توجه به میراث فرهنگی در ایران

از قرن پانزدهم میلادی (نهم هجری) به بعد، ایران مورد توجه سیاحان و جهانگردان قرار گرفت. آنان در سفرنامه‌های خود از تمدن و فرهنگ کهن ایران نام برده و به معرفی آثار مهم و برجسته‌ای همچون تخت جمشید و پاسارگاد پرداخته‌اند. علاقه به یافتن گنج و نگهداری اشیای عتیقه در ایران در دوره قاجاریه رایج بوده است. در نوشته‌ها و خاطرات بزرگان و درباریان این دوران، اصطلاحاتی مانند زمین‌کنی، تپه‌کنی و طلاشویی به چشم می‌خورد. ناصرالدین شاه قاجار به کاوش و گردآوری اشیای عتیقه علاقه‌مند بود و گاه به تعمیر بناهای تاریخی می‌پرداخت. در زمان او و قبل از 1290 ق. نخستین موزه با عنوان موزه‌خانه شاهنشاهی در کاخ گلستان بر پا شد. در 1293 نیز به فرمان وی با تقلید از موزه‌های اروپایی، بنای تالار جدیدی در کاخ گلستان آغاز شد که در 1299 به اتمام رسید. کندوکاوه‌های منظم و مداوم در ایران با اعطای مجوز کاوش‌های باستان‌شناختی در شوش، توسط ناصرالدین شاه به فرانسویان آغاز گردید. کاوش‌های شوش پس از آمدن مارسل دیولافوا به ایران، از 1302 ق. (1884) شروع شد و نزدیک به یک قرن طول کشید. با عقد "قرارداد انحصار اکتشاف آثار قدیمه در ممالک محروسه ایران" در 1312 (1895)، توسط ناصرالدین شاه و تجدیدنظر آن معروف به قرارداد مورگان در 1318 (1900)، توسط مظفرالدین شاه، حفاری‌های باستان‌شناختی در سراسر ایران به انحصار فرانسه درآمد. کشف لوح حمورابی اثر ارزنده دوره ایلامی شوش و سند حقوقی مهم دنیای باستان که در موزه لوور نگهداری می‌شود در این دوره اتفاق افتاد. (Samadi Rendi, 2004: 185). در 1289 ش. اداره عتیقات توسط صنایع‌الملک، در قسمت شمالی مدرسه دارالفنون به ریاست ایرج میرزا، شاعر معروف، تأسیس شد. سپس به تالار آینه در کاخ مسعودیه انتقال یافت. اشیای این موزه در 1316 به بنای نوین موزه ایران باستان منتقل شد. با تأسیس انجمن آثار ملی در 1301 به کوشش جمعی از دولتمردان و روشنفکران از جمله محمدعلی فروغی (ذکاءالملک) وزیر امور خارجه وقت، اقداماتی آغاز شد که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به تهیه فهرستی از 88 بنا و محوطه باستانی توسط

هرتسفلد، باستان‌شناس آلمانی، و ثبت آن‌ها در فهرست آثار ملی نام برد. در 1306 (1927)، امتیاز انحصاری فرانسه برای کاوش در ایران لغو و کاوش‌های باستان‌شناختی فرانسوی، به منطقه شوش محدود شد. در مقابل، احداث موزه و کتابخانه ملی در تهران و مدیریت آن برای 15 سال به فرانسوی‌ها واگذار شد. در 1307 آندره گدار، معمار فرانسوی، به ایران آمد. وی از آغاز 1308 رسماً به استخدام دولت ایران درآمد و ریاست اداره عتیقات را برعهده گرفت. همچنین ساختن موزه و کتابخانه ملی را از 1313 تا 1316 ش. به انجام رسانید. گدار تا سال 1332 که از طرف دولت متبوع خود بازنشسته شد بر تشکیلات باستان‌شناسی و موزه ایران باستان ریاست داشت. در زمینه بررسی و معرفی هنر ایران، غیر از گدار، باید به فعالیت‌های آرتور اپهام پوپ، شرق‌شناس امریکایی، اشاره کرد که نخستین بار در 1304 به ایران آمد. او یک سال بعد نمایشگاهی از هنرهای ایرانی در فیلادلفیا برپا کرد و در 1307 مؤسسه امریکایی هنر و باستان‌شناسی ایران را در نیویورک بنیان گذاشت. وی با سفرهای پی‌درپی خویش به سراسر ایران، آثار معماری و هنر ایران را مورد بررسی و مطالعه دقیق قرار داد و زیر نظر او بزرگ‌ترین و مهم‌ترین اثر درباره تاریخ هنر ایران، یعنی «آشنایی با مینیاتورهای ایران»، تدوین و منتشر شد. پوپ همچنین در جریان لغو امتیاز انحصار کاوش‌های باستان‌شناختی فرانسه در ایران و تأسیس انجمن آثار ملی و سایر فعالیت‌های مربوط به باستان‌شناسی و هنر ایران فعالیت داشت. پس از گدار، ابتدا محمدتقی مصطفوی و سپس ایرانیان دیگر ریاست تشکیلات باستان‌شناسی و ادارات کل دیگری را عهده‌دار شدند که بعدها با ادغام آن‌ها سازمان میراث فرهنگی کشور تشکیل شد. ولی فعالیت هیئت‌های خارجی در ایران تا سال 1357 همچنان ادامه یافت.

## 2-5: قوانین و مصوبات

در ایران نخستین قانون در زمینه آثار فرهنگی - تاریخی موسوم به قانون عتیقات که پیش‌نویس اولیه آن را هرتسفلد آمریکایی تهیه کرده و توسط گدار تجدیدنظر و تکمیل شده بود در آبان 1309 به تصویب مجلس شورای ملی رسید و به اجرا درآمد. این قانون که اساس قوانین مربوط به میراث فرهنگی ایران به‌شمار می‌رود، تقسیم اشیای مکشوفه را به ترتیبی که در قانون ذکر شده بین دولت و کاوشگر مجاز می‌شمرد و حتی صدور سهم کاشف را از پرداخت حقوق و عوارض گمرکی معاف می‌دانست. قوانین دیگری نیز در تکمیل قانون عتیقات در سال‌های قبل و بعد از

انقلاب اسلامی به تصویب رسید و به اجرا درآمد؛ که قانون ثبت آثار ملی مصوب 1352، قانون الحاق ایران به کنوانسیون حمایت میراث فرهنگی و طبیعی جهان در 1353 و لایحه قانونی راجع به جلوگیری از انجام حفاری‌های غیر مجاز و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی که بر اساس ضوابط بین‌المللی مدت یکصد سال یا بیش‌تر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد در سال 1358، از جمله آن‌هاست. همچنین موادی از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب 1375 که ناظر بر سرقت، خراب کردن، تخلف از ضوابط مصوب، خارج کردن اموال تاریخی - فرهنگی از کشور، حفاری غیرمجاز، و جز آن می‌باشد نیز به‌عنوان مَر قانون مورد ملاحظه است.<sup>9</sup>

به‌طور کلی در رابطه با میراث فرهنگی، در حقوق ایران، دو نوع دفینه داریم اول دفینه‌هایی که جزء آثار ملی و عتیقه محسوب نمی‌شوند، که طبق ماه 173 قانون مدنی، مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و برحسب اتفاق پیدا می‌شود، که حقوق ایران در این بخش مالکیت خصوصی را محترم شناخته و طبق قانون مدنی، در صورتی که مالک آن مشخص نشود و یا در زمین‌های مباح یافت شود، متعلق به یابنده آن می‌باشد. آن قسمت از فقه که در مورد دفینه (کنز) بحث کرده است، با این بخش از دفینه مطابقت می‌کند. دوم دفینه‌هایی که جزء آثار ملی و عتیقه محسوب می‌شوند، که طبق ماده واحده لایحه قانونی سال 1358 که در مورد جلوگیری از اقداماتی است که برای کشف اشیاء عتیقه انجام می‌گیرد، دفینه‌هایی که حداقل یکصد سال از عمر آنها می‌گذرد، عتیقه و جزء آثار ملی محسوب می‌شوند. خود این بخش نیز به دو قسمت تقسیم می‌شود:

الف) دفینه‌هایی که عتیقه محسوب می‌شوند و به‌طور اتفاقی به دست می‌آیند، که طبق لایحه قانونی مذکور، اموال یافت شده، متعلق به دولت می‌باشد و یابنده وظیفه دارد که پیدا شدن آن‌ها را به مقامات مسئول (سازمان میراث فرهنگی) اطلاع دهد و در مقابل حق‌الکشفی متناسب با مال یافت شده دریافت می‌نماید؛ که در این حالت مالکیت شخصی سلب و مالکیت دولت جایگزین آن می‌شود.

ب) دفینه‌هایی که عتیقه محسوب می‌شوند و در اثر حفاری‌های تجارتي یا علمی، که دارای

9- در این رابطه، به مواد، 558، 559، 560، 562، 564 و 566 از قانون مصوب اسلامی مصوب 1375، رجوع شود.

مجوز از سوی دولت می‌باشند، کشف شوند. در این صورت طبق قانون حفظ آثار ملی مصوب سال 1309 ه.ش. دولت می‌تواند مقداری از دفینه‌های یافت شده را به یابنده بدهد و در صورتی که حفاری از سوی خود دولت انجام شود، تمام اشیاء یافت شده متعلق به دولت می‌باشد. در اینجا نیز مالکیت شخصی سلب یا محدود شده است.

## 6. عدم مشروعیت تحدید مالکیت

با بررسی قوانین پیش گفته و سایر قوانین این حوزه درمی‌یابیم که این قوانین در بسیاری از موارد، تحدید مالکیت‌های خصوصی را در پی دارد. در حالی که آنچه از اتفاق نظر و اجماع فقهای معظم شیعه تا به امروز و روایات کثیره یا متواتره در این باب به دست می‌آید این است که گنج و اثر یافت شده با شروط مذکور از آن یابنده است و تنها خمس آن را باید به حکومت اسلامی پرداخت نماید. همچنین با تفحص در سخنان اهل سنت، آنان را نیز موافق این رأی و نظر می‌یابیم. بنابراین، هیچ وجهی برای روش متداول اخذ گنج و اثر کشف شده از یابنده و قائل نشدن حقی برای وی و یا پذیرفتن حق قلبی درباره وی، وجود ندارد و این عمل غضب و حرام است (Makarem Shirazi, 1995: 162)، مگر اینکه با یکی از وجوه زیر توجیه شود:

1. گنج را همچون معادن از انفال و اموال عمومی که اختیارش به دست حاکم است، بشمار بیاوریم که در این صورت دیگر مالکیت خصوصی یابنده معنایی نخواهد داشت. از معاصرین برخی این وجه را محتمل دانسته‌اند از جمله مرحوم منتظری که کلامش چنین است: «به نظر می‌رسد گنج هم جزء اموال عمومی باشد، زیرا چیزهایی که مردم با زحمت خود تحصیل کرده‌اند مال آن‌هاست، اما چیزهایی که ارزش دارد و انسان کاری روی آن نکرده مثل جنگل و باران و هوا و زمین و کوه‌ها و دریاها، در زمان ما فضا که هواپیما از آن عبور می‌کند، بیابان‌ها و معادن و گنج، این‌ها عرفاً جزء اموال عمومی است، و لذا می‌بینیم دولت‌ها همیشه اگر کسی بخواهد گنجی را درآورد مزاحمش می‌شوند، این را در حقیقت دولت مال خودش می‌داند که صرف مصالح همه باید بشود، یک فردی بیاید گنجی را استخراج بکند و میلیارد بشود این همان تکاثر در اموال است که شرعاً هم مبعوض است «کَي لَا يَكُونُ ذُو لَهُ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ» (حشر/7) اینکه یک معدن نفت را داری مالک شود یا گنج را فردی مالک شود، بناء حکومت‌ها بر این نیست بلکه این را

جزء اموال عمومی می‌دانند که در اختیار امام و حاکم مسلمین است نه شخص ایشان، و در اصطلاح فقه ما به حاکم و زعیم مسلمین، امام گفته می‌شود. حتی به امام باطل هم امام گفته می‌شود، گنج هم جزء انفال است اگرچه فقها آن را جزء انفال ذکر نکرده‌اند و مثل اینکه آن‌ها موارد خاص را که در روایات ذکر شده در انفال ذکر کرده‌اند و الغاء خصوصیت نکرده‌اند و لذا مرحوم شیخ مفید (ره) که دریا را جزء انفال دانسته، همه استیحا ش کرده‌اند، به چه دلیل؟ در صورتی که فرمایش شیخ مفید مطابق قاعده است، دریا اهمیت دارد و جزء اموال عمومی است، آن روزها فضاء مهم نبوده اما حالا اهمیت دارد، پس جزء انفال است. ما از روایاتی که مصادیق انفال را ذکر می‌کند الغاء خصوصیت می‌کنیم و می‌گوییم هر چیزی که ارزش دارد و شخص خاصی برای آن زحمت نکشیده جزء اموال عمومی است، و گنج هم به نظر می‌آید این‌طور باشد، بنابراین خمسی که در روایت گنج آمده در حقیقت نظیر همان خمس در معدن می‌شود» (Montazeri Najafabadi, 119-134 1988: 6, 132).

در مقابل برخی از فقها، جزء انفال دانستن گنج را عجیب دانسته و بیان کرده‌اند که موارد انفال در روایات معین است و گنج از جمله آن‌ها نیست، حال آنکه گنج در عصر معصوم وجود داشته و روایات نیز در مقام بیان بوده‌اند؛ و دیگر اینکه هیچ‌یک از فقها به چنین فتوایی سخن نگفته‌اند. (Makarem Shirazi, 1995: 162). برخی همان نظر مرحوم منتظری را با این استدلال مطرح کرده‌اند که: امروز سیره عقلا و عرف، گنج و میراث فرهنگی را جزء انفال به حساب آورده و مالکیت خصوصی را معتبر نمی‌دانند، قائلین به این دیدگاه با متغیر دانستن سعه و ضیق اعتبار مالکیت خصوصی در تبیین دیدگاه خود چنین می‌گویند:

«شرع، دخل و تصرفی در موضوع اعتبار عقلا و سعه و ضیق آن نمی‌کند، بلکه همان موضوع را با همان توسعه یا تضییقی که دارد و هر آنچه را که عقلا به عنوان ملک شخص اعتبار می‌کنند، امضا می‌کند. بدیهی است سعه و ضیق موضوع را عقلا بر اساس مصالح و مفاسدی که در مناسبات اجتماعی خود لازم می‌بینند، تعیین می‌کنند. در بحث مالکیت نیز، شرع، موضوع حکم را معین نکرده است؛ بلکه صرفاً گفته است اموال اشخاص، محترم، و تعدی به آن، حرام است؛ ولی اینکه چه چیزی "مال الغیر" است و محدوده آن چیست، موضوعی است که عقلا تعیین می‌کنند، به عبارت دیگر، شرع به عمل عقلا در باب مالکیت نگاه کرده و هر آنچه را عقلا "مال الغیر" اعتبار کرده‌اند، تجاوز به آن را حرام دانسته است...» (Fattahi. 2010: 119-134).

دیدگاه حاضر در پاسخ به اشکالی که در باب سیره عقلا و دامنه حجیت آن مطرح می‌شود<sup>10</sup> با این بیان پاسخ می‌دهد: «مجرای سیره‌های عقلایی دو قسم است: گاهی سیره، ناظر به موضوع حکم شرعی است؛... و گاهی سیره ناظر به حکم کلی است؛... استدلال به سیره‌ای که موضوع را تثبیت می‌کند، منوط به وجود آن سیره در عصر معصوم (ع) نیست.... اعتبار مالکیت بر یک شیء یا برخی از اشیاء، در جایگاه موضوع احکام عقلایی و شرعی است؛ در هر موردی که عقلا مالکیت شخص و فردی بر شیئی را اعتبار کردند، حکم شرعی آن که احترام مال او و حرمت تصرف دیگران در آن است، مترتب می‌گردد....» (Fattahi, 2010: 119- 134).

چند اشکال بر این دیدگاه وارد است. اول اینکه، مالکیت اعتباری، موضوع احکام عقلایی و شرعی نبوده بلکه خود حکم وضعی مستقل است؛ و احترام مال و حرمت تصرف دیگران از آثار این حکم شرعی وضعی است. دوم اینکه اگر بپذیریم که سیره عقلا در امروز، گنج و میراث فرهنگی را از اموال عمومی به حساب می‌آورد، این سیره مستحده است و دلیلی بر امضاء شارع نسبت به آن وجود ندارد؛ و سوم اینکه ظاهر روایات باب و صریح برخی از این روایات (Hurr 5, 6, 1956: Amili) این است که گنج و آثار یافت شده از آن یابنده است و از آن بیت المال نیست مگر خمس آن (Makarem Shirazi, 1995: 164).

2. امروزه میراث فرهنگی و آثار تاریخی عصاره شخصیت وجودی و هویت فرهنگی، اعتقادی و سیاسی هر کشور است، و هر ملتی همان قدر دارای شخصیت، هویت، اصالت، ریشه و ارزش تاریخی است که مستنداتی به‌عنوان میراث فرهنگی از خود ارائه نماید، بنابراین، حفاظت، حراست و معرفی میراث فرهنگی، به‌عنوان یک نیاز فرهنگی به‌منظور ارتقاء سطح فرهنگ عمومی جامعه و تعمیق و تحکیم هویت مذهبی و مواجهه فرهنگی و اقتصادی با هجوم بیگانگان در هویت زدایی اسلامی و ملی، ضرورتی حتمی و فوری است؛ و چنین ضرورتی باعث شده است که نگاه به میراث فرهنگی و آثار تاریخی امروز صرفاً از حیث ارزش مالی آن نباشد بلکه جنبه‌های معنوی و فرهنگی آن در نظر گرفته شود.

10- اشکال این است که مالکیتی که در عصر معصوم (ع) و در چشم انداز او وجود داشته، مالکیت تام و مطلق بوده، بر پایه این سخن، در زمان کنونی، یک سیره عقلایی اثبات شده و واجد ملاک حجیت شرعی که بخواهد هر گونه قیدی غیر از ضرر را نسبت به مالکیت خصوصی افراد تثبیت کند نداریم. در نتیجه این دیدگاه فاقد مستندات علمی و فقهی موجه است.

در پاسخ باید گفت: این سخن، کلامی سنجیده و به‌جاست به‌شرط اینکه گنج و میراث فرهنگی تحت عنوان ثانوی قطعی مندرج شود، نه اینکه با دست یازیدن به دامان ظنون استحساناتی بخواهیم مالکیت آن را تحدید کنیم؛ و البته در صورتی که ماندن اثر باستانی و فرهنگی تحت ید مالک (یابنده)، نگرانی از پدیده قاچاق اشیاء عتیقه و خروج آن‌ها از کشور را به دنبال داشته باشد و این خروج خسارتی بر مسلمین وارد کند که شارع مقدس راضی به آن نیست، راه برون رفت از این آسیب این است که با پرداخت قیمت این اشیاء به مالک جمع بین حقین مالک خصوصی و اجتماع گردد.

استفتائات ناظر به پاسخ‌های برخی از فقهاء معاصر مؤید این راهکار می‌باشند. از امام خمینی (ره) سؤال شده که شخصی یک شیء عتیقه‌ای را به فردی در برابر کار و تلاش‌هایش داده و بعد از وفات او این شیء عتیقه از طریق ارث به ورثه او منتقل شده است، آیا آن شیء ملک شرعی آنان محسوب می‌شود؟ و با توجه به اینکه بهتر است این شیء عتیقه در اختیار دولت قرار بگیرد، آیا ورثه او حق دارند در برابر دادن آن به دولت، چیزی مطالبه کنند؟ ایشان در پاسخ فرموده‌اند:

عتیقه بودن یک شیء منافاتی با این ندارد که ملک خاص کسی باشد و موجب نمی‌شود که از ملکیت مالک شرعی اش خارج شود، مشروط بر آنکه آن را از طریق مشروعی به دست آورده باشد، بلکه بر ملکیت او باقی می‌ماند و آثار شرعی ملک خاص بر آن مترتب می‌شود و اگر مقررات خاصی از طرف دولت برای حفظ اشیای نفیس و آثار تاریخی وضع شده باشد واجب است در عمل به آن حقوق شرعی مالک نیز مراعات شود و اما اگر آن شخص از طریق غیر مشروع و برخلاف مقررات دولت اسلامی که رعایت آن‌ها واجب است، آن را به دست آورده باشد، در این صورت مالک آن نیست (Musawi Khomeini, 2004: 2, 991).

همچنین از آیت‌الله مکارم شیرازی در این رابطه سؤال شده است که؛ یکی از مواردی که طبق فتوای همه مراجع تقلید - ادام‌الله عزهم - خمس آن واجب می‌باشد، گنج است؛ و معنای این سخن این است که یابنده گنج شرعاً مالک آن می‌شود، و باید خمس آن را بپردازد؛ با توجه به این مسئله چرا دولت اسلامی این گونه گنج‌ها را به بهانه حفظ آثار باستانی و غیر آن تملک می‌کند؟ و بر فرض جواز آیا نباید معادل قیمت آن را به یابنده گنج که شرعاً مالک است، بپردازد؟ ایشان در پاسخ، بیان داشته‌اند که:

البته به‌عنوان اولی گنج‌ها با شرایطی متعلق به صاحبان زمین، و در اراضی مباح، متعلق به یابنده



آن است؛ ولی هرگاه حکومت اسلامی به خاطر مصالحی که در عناوین ثانویه می‌گنجد لازم ببیند که گنج در اختیار بیت المال اسلام قرار گیرد، باید مطابق آن عمل شود ( Makarem Shirazi, 2005: 2, 179).

3. گاهی مال مدفون و اثر یافت شده به اعصار گذشته تعلق ندارد تا اینکه بگوییم رابطه مالک با آن قطع شده و اعراض قهری ثابت شده است، لذا حکم مال مجهول المالک را پیدا می‌کند و اختیارش با حاکم است.

روشن است که این موارد به جهاتی از محل بحث ما خارج است از جمله اینکه این موارد مشمول اصطلاح کنز و اثر باستانی قرار نمی‌گیرند. بنابر این با توجه به ادله مطرح شده و پاسخ به اشکالات موجود شاید بتوان این دوگانگی را با بازنگری در قوانین موضوعه موجود حل کرد.

### 7. ارائه راهکار:

در جهت ارائه پیشنهادی برتر در این باب، ما دو اولویت مهم را به‌عنوان راهکار بیان می‌نماییم که لازم است مسئولین امر بدان توجه کنند:

1. روشن ساختن مرزهای مبهم مالکیت آثار تاریخی - فرهنگی و تأمین امنیت مالکیت؛ چراکه تاکنون تعریف مشخصی از آثار فرهنگی - تاریخی ارائه نشده و مشخص نبودن مرزها و تفکیک نشدن آن نه تنها نوعی بلا تکلیفی را در نحوه نگهداری از آثار تاریخی ایجاد کرده است بلکه به نوعی روند قانون گذاری در این زمینه را با مشکل مواجه کرده است. این موضوع باید به‌عنوان یک اولویت مهم مد نظر قرار گیرد ایران یکی از ده کشور مهم دارای آثار تاریخی است، با توجه به خلأهای قانونی موجود در خصوص آثار تاریخی، مجلس به‌عنوان نهاد قانون گذار باید نسبت به تدوین قوانین ویژه در خصوص تفکیک مالکیت‌ها و همچنین قوانین باز دارنده سرقت آثار تاریخی اقدام کند. با توجه به گسترش حیطه اختیارات سازمان میراث فرهنگی و گردشگری این سازمان باید از امکانات موجود استفاده کرده و با ارائه تعریف روشن، مرزهای مبهم مالکیت آثار تاریخی را مشخص کند.

مؤثرترین راه پیشگیری از ارتکاب قاچاق اشیای عتیقه، تأمین امنیت بیشتر برای مالکیت افرادی است که دارنده این قبیل اشیاء هستند. همواره خارج کردن این اشیاء به خاطر کسب سود نیست.

گاهی افراد به خاطر ترس از دست دادن مالکیت خود، نسبت به این اشیا و مصادره آن‌ها به بهانه‌های گوناگون، دست به خارج کردن آن‌ها از کشور می‌زنند. برخی از افراد تصادفی شی تاریخی کشف می‌کنند اما از عواقب اعلام آن می‌ترسند؛ در حالی که اگر بعد معنوی و مادی این موضوع، مورد توجه قرار گرفته و قانونمند شود، چه بسا افراد انگیزه پیدا می‌کنند تا آنچه را کشف کرده‌اند به سازمان میراث فرهنگی تحویل دهند.

2. تجدد نظر در قوانین حوزه میراث فرهنگی منقول و غیر منقول؛ به جهت اینکه ثبت بناها و محوطه‌های تاریخی در فهرست آثار ملی با استناد به یک قانون قدیمی صورت می‌گیرد که در سال 1309 خورشیدی تحت عنوان "قانون حفظ آثار ملی" از تصویب مجلس شورای ملی گذشت و تا به امروز اعتبار خود را حفظ کرده است. این قانون در 80 سال گذشته آن‌چنان که باید، مورد بازنگری قرار نگرفته و با شرایط جدید هماهنگ نشده است. در دو دهه اخیر که ثبت بناهای تاریخی در فهرست آثار ملی شتاب حیرت‌انگیزی به خود گرفته، این ماده به‌طور کامل رعایت نشده؛ بسیاری از آثار بدون اطلاع مالکانشان ثبت شده‌اند و طبیعتاً فرصتی برای استماع و رسیدگی به اعتراض آن‌ها فراهم نیامده است. این دسته از مالکان، در شکایت به دیوان عدالت اداری همین نکته را مورد استناد قرار می‌دهند و ثبت ملکشان را غیرقانونی می‌دانند. از این گذشته، قانون حفظ آثار ملی، همچنان که محدودیت‌هایی را برای مالکان آثار تاریخی تعیین می‌کند (از قبیل ممنوعیت مرمت یا فروش ملک بدون اطلاع و اجازه دولت) تصریح دارد که مخارج حفاظت از بناهای ثبت شده برعهده دولت است.

در واقع، یا دولت باید همه آثار تاریخی را رأساً بخرد و حفاظت کند که با توجه به تعداد و گستره این آثار ممکن نیست؛ یا باید در مقابل محدودیت‌هایی که برای مالکان آثار تاریخی وضع شده است، از آنان حمایت کند و امتیازاتی را برایشان در نظر بگیرد. اما در عمل، هیچ کدام از این کارها صورت نمی‌گیرد. مالکان آثار تاریخی (خصوصاً خانه‌های تاریخی) نه فقط بابت نگهداری از یک اثر ملی، کمکی از دولت نمی‌گیرند بلکه هیچ امتیازی نسبت به سایر شهروندان ندارند. برای نمونه، شهرداری‌ها حاضر نیستند در اخذ عوارض مختلف حتی یک ریال به مالکان خانه‌های تاریخی تخفیف بدهند و در سیستم بانکی و مالیاتی نیز هیچ امتیازی به این دسته از شهروندان تعلق نمی‌گیرد.

با این وصف، ثبت یک اثر در فهرست آثار ملی برای مالکان خصوصی، به منزله از میان رفتن

حقوق مالکانه است و از همین رو، از اواسط دهه هفتاد که روند ثبت آثار ملی شدت گرفت، روند تخریب آثار تاریخی هم سرعت پیدا کرد. در واقع، مالکان که می‌دانستند اگر ملکشان در فهرست آثار ملی ثبت شود، امکان تخریب یا حتی فروش آن را از کف می‌دهند و نمی‌توانند مانند سایر مردم از ملک خود منتفع شوند، زودتر از کارشناسان سازمان میراث فرهنگی دست به کار شدند و با انواع شیوه‌های پیدا و پنهان به تخریب بنا اقدام کردند. آن‌ها نیز که خانه‌شان پیش‌تر ثبت شده بود، مدتی گیج و مبهوت بودند تا این که به راهنمایی و کلا، راهکار قانونی لازم را یافتند و به طرح شکایت در دیوان عدالت اداری دست یازیدند. البته مدیران و وکلای سازمان میراث فرهنگی معتقدند که در قانون مصوب سال 1309، خروج اثر از فهرست آثار ملی پیش‌بینی نشده و روند ثبت آثار کاملاً یکسویه است؛ بنابراین احکام دیوان عدالت اداری در این مورد را قانونی نمی‌دانند. این استدلال تاکنون در قوه قضائیه محل اعتنا قرار نگرفته است.

جدا از این اختلافات، روشن است که هزاران اثر تاریخی کشور را که مالک خصوصی دارند، نمی‌توان صرفاً به اتکای قانون حفظ کرد؛ آن هم قانونی که با شرایط هشتماد سال پیش نوشته شده و به‌طور یک‌جانبه اجرا می‌شود. به‌بیان‌دیگر، ساختار حقوقی باید مبتنی بر ساختار حقیقی باشد و اگر ساختار حقیقی اصلاح نشود، دعوای حقوقی گره‌ای از کار نمی‌گشاید. اگر مالکان آثار تاریخی بدانند که در حفظ این آثار تنها نیستند، اگر بدانند که این کار منزلت اجتماعی‌شان را بالا می‌برد و برایشان منافع اقتصادی به همراه دارد، چرا باید خواهان خروج ملک خود از فهرست آثار ملی باشند؟ آن‌ها می‌پرسند اگر یک اثر ملی متعلق به همه ملت ایران است، چرا مخارج و تبعات نگهداری‌اش باید برعهده یک نفر از میان این ملت چند ده میلیونی باشد.

### نتیجه

در نظام حقوقی ایران، بر اساس اصل چهارم قانون اساسی همه قوانین باید با اصول حقوق فطری مذهبی، منطبق باشند و عموم و اطلاق قوانین بر پایه اصول شرعی آن تفسیر شوند. از آنجا که مالکیت در اسلام جزء احکام وضعی شرعی و مورد حمایت شارع مقدس است، قانونگذار نباید تا آنجا پیش رود که مالکیت را وسیله‌ای برای حفظ منافع عمومی بدانند. نادیده انگاشتن حق مالکیت، موجب سلب امنیت اقتصادی و سرمایه‌گذاری و خروج ثروت و سرمایه از جامعه به‌سوی

جوامع آزاد می‌شود و در نتیجه منافع عمومی و ملی نیز لطمه می‌بیند. علاوه بر اینکه پذیرفتن این مبنای استدلال، یعنی اختیار دولت در سلب حقوق فردی و ذاتی بشر به منظور صیانت از منافع عمومی، موجب تعمیم آن به سایر حقوق و آزادی‌های فردی و منجر به سلب آزادی و سایر حقوق اساسی بشر مانند حریم‌های خصوصی به بهانه امنیت و منافع عمومی خواهد شد. البته باید توجه داشته باشیم که علیرغم تمام محدودیت‌هایی که به لحاظ منافع عمومی و مصالح اجتماعی نسبت به اطلاق حق مالکیت وارد شده است، هنوز هم در مواردی تردید به اصل اطلاق مالکیت رجوع می‌شود و ماده 31 قانون مدنی کماکان نسخ نشده؛ به‌عنوان یک اصل حقوقی نفوذ خود را از دست نداده است. به‌هرحال، احترام مالکیت بدون قبول مطلق بودن آن و مجاز دانستن حکومت در تحدید خودسرانه حق مالکیت، به معنای سلب احترام مالکیت است؛ بنابراین، وجهی برای روش متداول ضبط گنج و اثر کشف شده از یابنده و قائل نشدن حقی برای وی و یا پذیرفتن حق قلیلی درباره وی، وجود ندارد و این عمل غصب و حرام است. از این رو نیاز جدی به یک بازنگری و قضاوت شجاعانه و نقادانه در مورد قوانین این حوزه احساس می‌شود.

## References

### The Holy Quran

- [1] Ansari, M and Taheri, M. (2005). Encyclopedia of private law (Vol. 3). Mehrab-e fekr. (In Arabic)
- [2] Ansari, M. (1994). Kitab al-khums. Qom: Al-Maktabah al-fiqhiyah. (In Arabic)
- [3] Ansari, M. (1995). Fara'id al-usul. Qom: Dar al-i'tisam. (In Arabic)
- [4] Emami, S.H. (1985). Civil law (5<sup>th</sup> ed., Vol. 1). Ketabforushi Eslamiyeh.
- [5] Fattahi, S.M.; Momeni, A. and Emam, S.M. (2010). A new approach to the ownership of cultural heritage. Journal of fiqh and fundamentals of Islamic law, 1: 119-134 (In Persian)
- [6] Fayyumi, A. (n.d.). Al-Misbah fi qarib al-sharh Al-Kabir lil Rafi'i (1<sup>st</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Manshurat dar al-razi. (In Arabic)
- [7] Gorji, A. (1996). Ownership under Islamic rules; Collected papers (1<sup>st</sup> ed., Vol. 2). Iran, Tehran: The University of Tehran. (In Persian)
- [8] Hamedani, A. (1995). Misbah al-faqih (1<sup>st</sup> ed., Vol. 14). Iran, Qom: Muassisah al-ja'fariyah li ihya' al-turath wa muassisah al-nashr al-islami. (In Arabic)
- [9] Hurr Amili, S.M. (1956). Wasa'il al-shi'a fi tahsil masa'il al-shari'a. Beirut: Dar al-ihya' al-turath al-arabi. (In Arabic)
- [10] Ibn al-Barraj, A. (1985). Al-Muhadhdhab (1<sup>st</sup> ed., Vol. 1). Iran, Qom: Daftar

- Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiah Qom. (*In Arabic*)
- [11] Ibn Fahd al-Hilli, A. (1986). Al-Muhadhdhab al-bari' fi sharh al-mukhtasar al-nafi' (1<sup>st</sup> ed., Vol. 1). Iran, Qom: Daftar Entesharat Eslami. (*In Arabic*)
- [12] Ibn Faris, A. (1983). Mu'jam maqayis al-luqah (1<sup>st</sup> ed., Vol. 6). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiah Qom. (*In Arabic*)
- [13] Ibn Manzur, M. (1993). Lisan al-Arab (3<sup>rd</sup> ed.). Lebanon, Beirut: Dar al-fikr liltaba'a wa al-nashr wa al-tawzi'. (*In Arabic*)
- [14] Jawhari, I. (1989). Al-Sihah taj al-luqah wa sihah al-arabiyah (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar el ilm lilmalayin. (*In Arabic*)
- [15] Katuzyan, N. (1993). General rules governing agreements (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 1). Tehran: Bahmanshir. (*In Persian*)
- [16] Katuzyan, N. (2003). Property and ownership (6<sup>th</sup> ed.). Iran, Tehran: Mizan. (*In Persian*)
- [17] Khamenei, S.M. (1991). Public ownership. Tehran: Tak. (*In Persian*)
- [18] Khoei. S.A. (n.d.). Misbah al-fiqaha (Vol. 3), Nur software collection. n.d. (*In Arabic*)
- [19] Langeroudi, M. (1999). Property law. Tehran: Gooya Institute for Indexing Scientific and Research Studies. (*In Persian*)
- [20] Makarem Shirazi, N. (1995). Anwar al-fiqahah, kitab al-khums wa al-anfal (1<sup>st</sup> ed.). Iran, Qom: Entesharat madreseh Imam Ali Ibn Abi Talib (a.s.). (*In Arabic*)
- [21] Makarem Shirazi, N. (2005). Istifta'at jadid (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Entesharat madreseh Imam Ali Ibn Abi Talib (a.s.).
- [22] Meshkini, M.A. (2000). Mustalahat al-fiqh. Qom: Daftar nashr al-Hadi. (*In Arabic*)
- [23] Moein, M. (1995). Persian dictionary; one-volume extract. Tehran: Sahel.
- [24] Montazeri Najafabadi, H. (1988). Islamic jurisprudential bases of Islamic governments (1<sup>st</sup> ed., Vol. 6) (M. Salavati and A. Shakuri, Trans.). Iran, Qom: Kayhan Institute. (*In Persian*)
- [25] Muhaqqiq Damad, S.M. (1985). Qawa'id fiqh (12<sup>th</sup> ed., Vol. 2). Iran, Tehran: Markaz nashr ulum eslami. (*In Persian*)
- [26] Muhaqqiq Hilli, N. (1987). Sharayi' al-islam fi masa'il al-halal wa al-haram (Vol. 1). Qom: Esmailiyan Institute. (*In Arabic*)
- [27] Muqnyyah, M. (2000). Al-Fiqh al-madhahib al-khamsah (10<sup>th</sup> ed., Vol. 1). Lebanon, Beirut: Dar al-Tayyar al-Jadid; Dar al-Jawad. (*In Arabic*)
- [28] Musawi Khomeini, S.R. (2004). Tawzih al-masa'il (8<sup>th</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiah Qom. (*In Persian*)
- [29] Musawi Khomeini, S.R. (2006). Tahrir al-wasilah (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 2) (A. Eslami, Trans.). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiah Qom. (*In Arabic*)
- [30] Mustafawi, H. (1981). Al-Tahqiq fi kalamat al-Qur'an al-Karim (1<sup>st</sup> ed., Vol. 13). Tehran: Markaz al-kitab liltarjumah wa al-nashr. (*In Arabic*)
- [31] Mutahhari, S.M. Fiqh and law; collected works (Vol. 2). Iran, Qom. (*In Persian*)

- [32] Najafi, M. (1983). *Jawahir al-kalam fi sharh sharayi' al-islam* (Vol. 7). Beirut: Dar al-ihya' al-turath al-arab. (*In Arabic*)
- [33] Qomi, M. (1992). *Man la yahduruh al-faqih* (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiyah Qom. (*In Arabic*)
- [34] Raqib Isfahani, H. (1991). *Mufradat alfaz al-Qur'an* (1<sup>st</sup> ed.). Lebanon: Dar el ilm; Al-Dar al-shamiyah. (*In Arabic*)
- [35] Samadi Rendi, Y. (2004). Codes, regulations, by-laws, directives and conventions on cultural heritage of Iran (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: State Cultural Heritage Organization. (*In Persian*)
- [36] Sanhuri, A. (1967). *Al-Wasit* (Haq al-makkiyah). Cairo: Dar al-nihzah al-arabiya. (*In Arabic*)
- [37] Shahid Awwal, M. (1993). *Qawa'id al-fiqh* (Vol. 2) (S.M. Sanei, Trans.). Ferdowsi University of Mashhad. (*In Arabic*)
- [38] Shahid Awwal, M. (1996). *Al-Durus al-shar'iyah fi fiqh al-imamiyah* (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiyah Qom. (*In Arabic*)
- [39] Shahid Thani, Z. (n.d.). *Al-Rawza al-bahiyah fi shahrh al-luma'at al-damishqiyah*. Lebanon, Beirut: Ihya' turath al-arabi. (*In Arabic*)
- [40] Taheri, H. (1997). *Civil Code* (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiyah Qom. (*In Persian*)
- [41] Talebi, F. (2004). Cultural-intellectual heritage: an interview with Fatemeh Farahani. *Muzehha Journal*: 34. (*In Persian*)
- [42] Tusi, A. (1986). *Al-Khilaf* (1<sup>st</sup> ed., Vol. 3). Daftar Tabiliqat Eslami Hawzah Ilmiyah Qom. (*In Arabic*)
- [43] Tusi, A. (1986). *Tahdhib al-ahkam* (4<sup>th</sup> ed., Vol. 4). Tehran: Dar al-kutub al-islamiyah. (*In Arabic*)
- [44] Yazdi, S.M. (2007). *Al-Urwah al-wuthqa ma'a al-ta'liqat* (1<sup>st</sup> ed., Vol. 2). Iran, Qom: Entesharat madreseh Imam Ali Ibn Abi Talib (a.s.). (*In Arabic*)
- [45] Zarrabi, M. (2007). *Civil Code*. Tehran: Tarh-e novin andisheh. (*In Persian*)

## بررسی نظریات بازدارندگی و منفعت زدایی راجع به خسارت تنبیهی در دعاوی مسئولیت مدنی (با تمرکز بر آرای دادگاه‌های ایالات متحده امریکا)

اعظم امینی<sup>1</sup>

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

صدیقه ابک<sup>2</sup>

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی

دانشگاه علامه طباطبایی

تاریخ پذیرش: 1394/7/29

تاریخ دریافت: 1394/2/16

### چکیده

خسارت تنبیهی، نوعی خسارت فراجبرانی است که در دعاوی مدنی (اعم از دعاوی قراردادی و دعاوی مسئولیت مدنی) و به منظور تنبیه خواننده و بازداشتن از ارتکاب عمل مشابه در آینده به نفع خواهان رأی داده می‌شود. مبنای اصلی صدور رأی تنبیهی بازدارندگی و مجازات است و در همین راستا دو نظریه اقتصادی (نظریه بازدارندگی مطلوب و نظریه منفعت زدایی) مطرح شده است. با این حال ویژگی تنبیهی این نوع خسارت موجب گردیده است که برخی آن را نهادی با ماهیت کیفری تلقی نموده و مخالف اعمال آن در دعاوی خصوصی باشند. عدم قابلیت پیش‌بینی این نوع خسارت و صدور احکام بعضاً هنگفت و کمرشکن و مشکلات ناشی از آن سبب شده دادگاه‌های ایالات متحده راهکارهای متعددی (از جمله تعیین سقف، اعطای بخشی از خسارت تنبیهی به دولت و ...) برای محدود نمودن خسارت تنبیهی بیندیشند. با توجه به نتایج به دست آمده، به نظر می‌رسد که این نهاد در شکل کنونی آن فاقد کارایی لازم بوده و نیازمند بازنگری است. افزایش قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی از طریق ارائه تعریف جامع از خسارت تنبیهی و تعیین ضوابط دقیق‌تر برای حکم به آن می‌تواند تا حدی راهگشا باشد.

**کلیدواژه‌ها:** خسارت تنبیهی، نظریه بازدارندگی، نظریه منفعت زدایی.

## طبقه‌بندی JEL: K00, K13, K40, K49

## مقدمه

خسارت تنبیهی نوعی خسارت فراجبرانی است که در دعاوی مدنی (اعم از دعاوی قراردادی و دعاوی مسئولیت مدنی) در مواردی که رفتار خواننده قابل سرزنش بوده (یعنی رفتار وقیحانه، متهورانه، توأم با سوءنیت یا عمدی) به منظور تنبیه خواننده و بازداشتن از ارتکاب عمل مشابه در آینده به نفع خواهان رأی داده می‌شود. با توجه به اهمیت بحث خسارت تنبیهی تحلیل‌های زیادی در مورد میزان کارایی آن مطرح شده است که دیدگاه آلیس<sup>1</sup> در مورد خسارت تنبیهی یکی از قدیمی‌ترین تحلیل‌های صورت گرفته در این زمینه است و بسیاری از نویسندگان نیز در آثار و نوشته‌های خود به آن استناد نموده‌اند. از دیدگاه آلیس در سه حالت اعمال خسارت تنبیهی می‌تواند کارایی داشته باشد: در مواقعی که احتمال مسئولیت کمتر از احتمال ورود زیان است خسارت تنبیهی می‌تواند کارآمد باشد. یک نمونه بارز این وضعیت مربوط به جایی است که تقلب رخ داده است. حتی اگر تقلب آشکار و عمدی هم باشد اثبات عناصر آن مشکل است و همین امر موجب می‌گردد که انگیزه زیان‌دیدگان برای اقامه دعوا کمتر شده و احتمال شناسایی و مسئولیت زیان‌زننده کم شود؛ بنابراین در این وضعیت اعمال خسارت ترمیمی موجب می‌گردد که مسئولیت مورد انتظار کمتر از زیان مورد انتظار شده و زیان‌زننده انگیزه‌ای برای اجتناب از آن زیان مورد انتظار نداشته باشد. (Ellis, 1998: 25-26)

(2) در حالت دوم احتمال زیان برابر با احتمال مسئولیت است اما خسارت تعیین شده توسط دادگاه کمتر از زیان وارده بوده و در نتیجه زیان‌زننده احتمالی انگیزه کافی برای اجتناب از زیان نخواهد داشت. برخی دلایل برآورد پایین زیان عبارت‌اند از:

- عدم تعیین خسارت قانونی برای برخی زیان‌ها از جمله کسر حیثیت و صدمات روحی ناشی از توهین.

1- Ellis



- تحمیل زیان بر اشخاصی غیر از زیان دیده مستقیم مثل زیان های معنوی وارد شده به خانواده، همسر، فرزندان و...

- قابل تقویم نبودن زیان وارد شده به پول مثل مواردی که ارزیابی زیان دشوار است. ( Ellis, 1998: 26-31)

3) در حالتی که سود ذهنی و شخصی از عمل مورد نظر بیشتر از هزینه پذیرفته شده قانونی (یعنی همان خسارت ترمیمی) است صدور رأی تنبیهی کارایی دارد (Ellis, 1998:31) در واقع در اینجا منظور این است که زیان زننده ممکن است از زیان زدن به دیگری بسیار خشنود شود به طوری که این منافع نامشروع بسیار بیشتر از خسارت ترمیمی تعیین شده بر اساس قانون باشد. پس اعمال خسارت تنبیهی در این حالت موجب می گردد که زیان زننده خسارتی بیش از مقدار خسارت ترمیمی پرداخته و در نتیجه او و اشخاص مشابه دیگر مرتکب آن عمل نشوند. (Galligan, 1990)

مبنای اصلی صدور رأی تنبیهی بازدارندگی و مجازات است و بنابراین خسارت تنبیهی با توجه به ماهیت بازدارنده خود متضمن آثاری بوده و همین امر موجب گردیده است که حقوق دانان و صاحب نظران حقوق اقتصادی از ابعاد حقوقی و اقتصادی به تحلیل آن پرداخته و میزان کارایی آن را مشخص نمایند. ایشان برای توجیه صدور رأی تنبیهی و تعیین روش محاسبه آن عمدتاً به دو نظریه اصلی (نظریه بازدارندگی مطلوب و نظریه منفعت زدایی) استناد نموده اند. پولینسکی و شاول - دو طرفدار اصلی نظریه بازدارندگی مطلوب - و هیلتون - به عنوان طرفدار نظریه منفعت زدایی - تلاش نموده اند تا به تبیین و توجیه این نهاد حقوقی پرداخته و فرمول مناسبی برای محاسبه آن ارائه دهند.

باین حال در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته (از جمله ایران) ویژگی تنبیهی این نوع خسارت موجب گردیده است که برخی آن را نهادی با ماهیت کیفری تلقی نموده و مخالف اعمال آن در دعاوی خصوصی باشند (اگرچه که در حقوق بعضی از این کشورها می توان خسارت با رنگ و بوی تنبیهی هم یافت مانند وجه التزام). به هر حال عدم قابلیت پیش بینی این نوع خسارت و صدور احکام بعضاً هنگفت و کمر شکن و مشکلات ناشی از آن موجب گردیده است که دادگاه های ایالات متحده راهکارهای متعددی برای محدود نمودن خسارت تنبیهی بیندیشند. با توجه به نکات فوق سؤالات متعددی در مورد خسارت تنبیهی قابل طرح است از جمله

این که آیا خسارت تنبیهی با رویه کنونی در نیل به هدف خود یعنی بازدارندگی و مجازات موفق بوده و آیا اساساً این نهاد حقوقی (با توجه به اهداف ترسیم شده در حقوق اقتصادی از جمله کارایی) منتهی به رفتار کارآمد از سوی مرتکبین می‌گردد یا خیر و اگر نه چه تدابیری برای اصلاح وضعیت اندیشیده شده است. لازم به ذکر است که با توجه به این که در حقوق ایران تنها در "قانون صلاحیت محاکم دادگستری برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی" مصوب سال 1378 اجازه صدور حکم خسارت تنبیهی در دعاوی بین‌المللی (آن هم در صورت رفتار متقابل) داده شده است؛ لذا بحث حاضر در راستای تبیین ضرورت یا عدم ضرورت ورود چنین نهادی به حقوق داخلی ایران مفید به نظر می‌رسد.

مسائل ذکر شده در بالا و ضرورت پاسخ به این سؤالات ما را برآن داشت که ضمن مذاقه در نظریات اصلی موجود در این زمینه به بررسی آثار صدور احکام تنبیهی در دعاوی مسئولیت مدنی پرداخته و مشکلات و موانع آن را بررسی نماییم؛ بنابراین در این مقاله ابتدا کارکردهای مثبت خسارت تنبیهی و چالش‌های اصلی این نوع خسارت را تبیین نموده و سپس با بررسی برخی آرای صادر شده توسط دادگاه‌های امریکا به بیان راه‌حل‌های مطرح شده برای غلبه بر موانع موجود بر سر راه خسارت تنبیهی می‌پردازیم.

## 1. بررسی نظریات بازدارندگی و منفعت‌زدایی و انتقادات وارده بر آن

### 1-1. نظریه بازدارندگی و ترغیب به سطح مطلوب احتیاط و نقد آن

دو قاعده حاکم بر نظام مسئولیت مدنی برای تعیین مسئولیت خواهان قاعده تقصیر و قاعده مسئولیت محض است. طبق قاعده تقصیر دریافت خسارت منوط به اثبات صدمه، رابطه سببیت و نیز تقصیر خوانده است؛ یعنی خواهان برای دریافت خسارت باید علاوه بر اثبات دو مورد اول، این را هم اثبات نماید که زیان‌زننده وظیفه خود نسبت به خواهان را هم نقض کرده و به عبارتی استاندارد قانونی احتیاط را رعایت نکرده است؛ بنابراین طبق این قاعده مساله کلیدی جهت مسئول قلمداد نمودن خوانده اثبات تقصیر و عدم احتیاط از سوی خوانده است. بر اساس استاندارد قانونی، اقدام احتیاطی خوانده با احتیاط یک فرد معقول در آن شرایط مقایسه می‌شود و در صورتی که رفتار خوانده مغایر با رفتار معقول باشد در این صورت مسئول قلمداد می‌شود. (Cooter et al., 2010:425)

علاوه بر این در تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی نیز تمرکز عمده بر مساله بازدارندگی و کارایی اقتصادی است. کارایی در مسئولیت مدنی به معنای به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی حوادث است که این امر هم مستلزم ایجاد انگیزه برای اقدامات احتیاطی بهینه در افراد توسط نظام مسئولیت مدنی است؛ بنابراین از دیدگاه بازدارندگی اقتصادی هدف مسئولیت مدنی به حداقل رساندن مجموع هزینه‌های حوادث و هزینه‌های پیشگیری از آن است. (Mattiacci, 2006:8) با توجه به این که یکی از مباحث مهم در تحلیل اقتصادی حقوق مسئله ضمانت اجرا است و قانون‌گذاران به دنبال چگونگی تأثیر گذاری ضمانت اجرای قانونی بر رفتار اشخاص هستند لذا از مفاهیم اقتصادی برای تحلیل قواعد حقوقی استفاده شده است و به ضمانت اجرا به مثابه قیمت نگریسته شده است. بر همین اساس طرفداران خسارت تنبیهی معتقدند اعمال خسارت تنبیهی می‌تواند منجر به تصحیح انگیزه‌های اشخاص و تدابیر احتیاطی مطلوب و بهینه گردد. برای بررسی صحت و سقم این ادعا یک مثال مطرح می‌نماییم.

فرض کنید که شرکت X به حمل و نقل نفت با کشتی می‌پردازد و برای جلوگیری از نشت نفت سه سطح مختلف از احتیاط وجود دارد به این نحو که شرکت می‌تواند اصلاً احتیاط نکرده و با شناورهای تک‌بدنه به حمل نفت پردازد یا این که می‌تواند سطح متوسط احتیاط را اتخاذ کرده و از شناورهای دوبدنه استفاده کند یا برای احتیاط بسیار بالا از شناور سه بدنه استفاده نماید. حال فرض کنید که هزینه مستقیم تولید یک فرآورده نفتی 20 دلار و زیان ناشی از نشت نفت هم 100 دلار است و احتمال حادثه متناسب با سطح احتیاط تغییر می‌کند. (Calandrillo, 2010:794) در جدول یک سطوح مختلف احتیاط و آثار آن به صورت عدد و رقم نشان داده شده است.

جدول 1- هزینه‌های اجتماعی حوادث بر اساس سطح احتیاط (Calandrillo, 2010:795)

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه (P)	زیان مورد انتظار	هزینه کل اجتماعی (به دلار)
عدم احتیاط (شناور تک‌بدنه)	0	10%	$10 \times 100 = 10$ 0,10	$10 + 20 = 30$
متوسط (شناور دوبدنه)	4	3%	$3 \times 100 = 3$ 0,03	$4 + 3 + 20 = 27$
بسیار بالا (شناور سه بدنه)	10	2%	$2 \times 100 = 2$ 0,02	$10 + 2 + 20 = 32$

در اینجا می‌بینیم که احتمال اجتناب از حادثه تابعی افزایشی از هزینه احتیاط است. (Cooter, 1982:83) بنابراین طبق این جدول اگر شرکت احتیاط نکرده و با شناورهای تک بدنه به حمل نفت پردازد در این صورت هیچ هزینه‌ای بابت احتیاط متحمل نخواهد شد و احتمالاً محصولات به قیمت کمتر عرضه خواهند شد. در فرض عدم احتیاط، زیان موردانتظار (احتمال حادثه  $\times$  زیان ناشی از نفت) 10 دلار و هزینه کل اجتماعی (هزینه احتیاط + زیان موردانتظار + هزینه مستقیم تولید) 30 دلار خواهد بود. در حالت دوم اگر این شرکت سطح متوسط احتیاط را اتخاذ نموده و از شناور دوبدنه استفاده کند متحمل هزینه چهار دلاری برای احتیاط شده و به تبع آن در اثر احتیاط زیان موردانتظار و هزینه کل اجتماعی کاهش می‌یابد. در حالت سوم اگر میزان احتیاط بسیار بالا بوده و شناور سه بدنه مورد استفاده قرار گیرد در این صورت درست است که احتمال حادثه و زیان موردانتظار بسیار کاهش می‌یابد اما در مقابل هزینه‌ای که صرف احتیاط خواهد شد بسیار بالا بوده و موجب افزایش میزان هزینه کل اجتماعی (32 دلار) می‌گردد. این امر موجب می‌گردد که شرکت برای جبران هزینه‌های احتیاط قیمت محصول را بالا برده و سطح فعالیت خود را کاهش دهد. (Calandrillo, 2010:795)

از بین این سه حالت، حالت دوم مطلوب‌تر می‌باشد؛ چراکه در حقوق مسئولیت مدنی کارایی مستلزم به حداقل رساندن هزینه کل اجتماعی است و سطح مطلوب احتیاط هم نقطه‌ای است که هزینه‌های اجتماعی به حداقل می‌رسند. (Cooter et al., 2010:427) با توجه به این که با اتخاذ سطح متوسط احتیاط بین هزینه‌ها و احتیاط تعادل برقرار می‌شود و هزینه کل اجتماعی (نسبت به دو حالت دیگر) در کمترین حد خود (27 دلار) است پس این حالت کارآمدتر می‌باشد. پس قانون‌گذاران باید قاعده‌ای را وضع نمایند که منجر به ایجاد انگیزه جهت اتخاذ سطح مطلوب احتیاط (نه احتیاط بیش از حد و نه احتیاط بسیار پایین) گردد. البته فرض بالا مربوط به موردی بود که احتمال فرار از مسئولیت وجود نداشته و خسارت ترمیمی کامل برای جبران خواهان مورد حکم قرار گرفته است به طوری که خسارت تعیین شده دقیقاً برابر با زیان وارده است. اکنون حالتی را در نظر بگیرید که به دلایلی جبران خسارت به طور کامل صورت نگرفته و به همین دلیل بابت زیان وارده خسارت تنبیهی به میزان ده برابر زیان وارده (1000 دلار) علیه شرکت تعیین می‌شود. در جدول دو تأثیر خسارت تنبیهی بر احتیاط و نیز میزان هزینه‌های کل شرکت نشان داده شده است. همان‌طور که در جدول فوق می‌بینیم، با اعمال خسارت تنبیهی انگیزه شرکت برای احتیاط

افزایش می‌یابد تا کل هزینه‌های شرکت را به حداقل برساند؛ بنابراین با توجه به این که در حالت سوم (احتیاط بسیار بالا) هزینه‌های کل شرکت به حداقل رسیده منطقی است که شرکت برای جلوگیری از مواجهه با این خسارت هنگفت سطح بسیار بالایی از احتیاط را اتخاذ می‌کند؛ اما این وضعیت از نظر اجتماعی نامطلوب بوده و باعث احتیاط بیش از حد خواننده و کاهش شدید سطح فعالیت شرکت، افزایش قیمت و کاهش رفاه مشتریان می‌شود. (Calandrillo, 2010:796)

جدول 2- هزینه‌های کل شرکت بر اساس سطح احتیاط (Calandrillo, 2010:795)

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه (P)	زیان موردانتظار	هزینه‌های کل شرکت (به دلار)
عدم احتیاط (شناور تک‌بدنه)	0	10%	$0,10 \times (100 + 1000) = 110$	$0 + 20 + 110 = 130$
متوسط (شناور دوبدنه)	4	3%	$0,03 \times (100 + 1000) = 33$	$4 + 20 + 33 = 57$
بسیار بالا (شناور سه‌بدنه)	10	2%	$0,02 \times (100 + 1000) = 22$	$10 + 20 + 22 = 52$

پس از مثال ذکر شده می‌توان دریافت که ضمانت اجراها در حکم قیمت هستند یعنی واکنش مردم به قیمت مانند واکنش آن‌ها به ضمانت اجرای قانونی است؛ همان‌طور که با افزایش قیمت یک کالای خاص تقاضای مردم برای آن کالا کاهش می‌یابد، با سنگین‌تر شدن ضمانت اجرای قانونی هم مردم از طریق احتیاط بیشتر و کاهش سطح فعالیت نسبت به تغییر قوانین واکنش نشان می‌دهند.

در موارد مسئولیت محض نیز همین مشکل ذکر شده در بالا وجود دارد. در حالت مسئولیت محض صرف نظر از میزان احتیاط صورت گرفته توسط زیان‌زننده، به صرف وقوع عمل زیان‌بار و اثبات رابطه سببیت بین عمل انجام شده و زیان وارده، دادگاه زیان‌زننده را محکوم به پرداخت خسارت می‌نماید. با توجه به این که بر اساس این قاعده زیان‌زننده در هر سطحی از احتیاط مسئولیت دارد با افزایش خسارت احتیاط او هم بیشتر می‌شود. پس اعمال بدون ضابطه خسارت تنبیهی موجب احتیاط بیش از حد خواهد شد. (Cooter, 1982:95)

بنابراین از نکات فوق در می‌یابیم که خسارت تنبیهی به‌طور مطلق در تمام موارد قابل اعمال نبوده و تعیین آن مستلزم وجود شرایط خاصی است مثل موردی که کشف و شناسایی رفتار مرتکب دشوار بوده یا میزان خسارت تخمینی توسط دادگاه کمتر از زیان وارده است که همین امر

هم موجب ترغیب مرتکب به ادامه رفتار خود می‌شود. در این حالت اعمال خسارت تنبیهی می‌تواند موجب تصحیح انگیزه مرتکبین و بازداشتن آن‌ها از ارتکاب آن عمل در آینده گردد. با این حال مثال ذکر شده نشان داد که اگرچه اعمال خسارت تنبیهی منجر به تحقق اهداف اصلی این نوع خسارت (مجازات و بازدارندگی) می‌گردد اما فقدان قاعده خاص برای تعیین آن و دست باز هیئت منصفه و قاضی دادگاه در صدور حکم تنبیهی موجب احتیاط بیش از حد می‌شود که این امر مغایر با هدف اصلی حقوق اقتصادی یعنی کارایی است.

این اشکالات موجب گردید که برخی از نویسندگان برای ضابطه‌مند نمودن خسارت تنبیهی و محدود کردن قضات هنگام صدور رأی، فرمولی برای تعیین آن ارائه دهند. معروف‌ترین فرمول تعیین خسارت تنبیهی تحت عنوان "نظریه بازدارندگی مطلوب" توسط پولینسکی و شاول مطرح گردید. این دو با ایجاد ارتباط بین شناسایی اندک<sup>1</sup> زیان و بازدارندگی پایین<sup>2</sup>، سطح مطلوب بازدارندگی را معرفی نمودند. ایشان عقیده دارند که دستیابی به بازدارندگی مطلوب و کارآمد مستلزم رابطه معقول بین خسارت ترمیمی و خسارت تنبیهی است و گرنه منجر به بازدارندگی بیش از حد می‌شود. بر این اساس مهم‌ترین متغیر در فرمول این دو نویسنده احتمال فرار از مسئولیت است؛ طبق این فرمول اگر احتمال فرار از مسئولیت مرتکب وجود داشته باشد سطح مطلوب کل خسارت برابر با زیان ایجاد شده ضربدر معکوس احتمال مسئولیت خواهد بود. فرضاً اگر عمل مرتکب منجر به تحمیل زیان صد هزار دلاری بر چهار مصرف کننده شده باشد و فقط یک نفر از آن‌ها اقامه دعوا کند در این صورت ضریب فزاینده خسارت تنبیهی برابر با چهار بوده و این زیان صد هزار دلاری باید ضربدر در معکوس احتمال مسئولیت (یعنی 1/4) گردد که در این حالت کل خسارت برابر با چهار صد هزار دلار است. پس خسارت تنبیهی مطلوب برابر با 300 هزار دلار بوده و منجر به سطح مطلوب احتیاط و فعالیت خواهد شد. (Polinsky et al., 1998:874)

بنابراین در نظریه بازدارندگی مطلوب برای تعیین خسارت تنبیهی، خسارت ترمیمی بر اساس احتمال مسئولیت افزایش می‌یابد و با اعمال این فرمول هزینه مورد انتظار تحمیل شده بر مرتکب

1- Under-detection  
2- Under-deterrence

برابر با زیان اجتماعی موردانتظار بوده و در نتیجه کل هزینه‌ها درونی شده<sup>1</sup> و منجر به حداکثر سازی مطلوبیت کل اجتماعی می‌شود.

بر همین اساس یکی از نویسندگان معتقد است خسارت تنبیهی علاوه بر بازدارندگی و مجازات به دنبال تحقق هدف ترمیم اجتماعی و جبران زیان‌های وارده به زیان‌دیدگان دیگر غیر از خواهان هم هست. (Sharkey, 2003:351) از نظر نگارندگان علیرغم تأکید بر ماهیت غیرترمیمی خسارت تنبیهی در بسیاری از نوشته‌ها، باز هم نمی‌توان از نقش خسارت تنبیهی در ترمیم برخی زیان‌های غیرقابل جبران (که در قالب خسارت ترمیمی قابل جبران نیستند) گذشت. شاید یک نمونه بارز آن در بحث خسارت معنوی باشد که در اکثر موارد به موجب خسارت ترمیمی به‌طور کامل جبران نشده و با توجه به دشواری اثبات این زیان‌ها و مشکل دادگاه‌ها در محاسبه آن، خسارت تنبیهی می‌تواند نقش ترمیم اضافی را ایفا نماید.

باین حال و علیرغم مزیت‌های ذکر شده برای خسارت تنبیهی بر اساس نظریه بازدارندگی مطلوب باید گفت که خود این نظریه ایراداتی دارد که مانع از پذیرش مطلق آن می‌شود.

اولین ایرادی که به این نظریه می‌توان وارد کرد این است که تئوری بازدارندگی مطلوب مغایر با درک رایج از خسارت تنبیهی به عنوان مجازات است. (Budylin, 2006:458) دلیل آن این است که مجازات به خاطر نقض رفتار استاندارد اجتماعی توسط خواننده و متناسب با انحراف او از این استاندارد وضع می‌شود. این در حالی است که از نظر پولینسکی و شاول خسارت تنبیهی ربطی به مجازات ندارد و در این نظریه صرفاً هدف بازدارندگی مورد توجه قرار گرفته است. مصداق بارز این وضعیت در جایی است که احتمال فرار از مسئولیت وجود ندارد و طبق این نظریه در این موارد ضریب فزاینده خسارت تنبیهی یک بوده و خسارت تعیین شده توسط دادگاه باید برابر با زیان وارده باشد و گرنه منجر به بازدارندگی بیش از حد خواهد شد. (Polinsky, 1998:891) اما این موضع قابل قبول نیست چون علت وجودی خسارت تنبیهی تنبیه رفتار زشت خواننده و بازداشتن از

1- منظور از "درونی کردن هزینه" در تحلیل اقتصادی حقوق، وادار نمودن زیان‌زننده به جبران تمام هزینه‌های ایجاد شده در اثر عدم مراقبت است. در مواقعی که به دلایلی نظیر برآورد پایین خسارت و... کل این هزینه‌ها جبران نمی‌شوند تحلیل گران اقتصادی از آن به عنوان "بیرونی شدن هزینه‌ها" یاد می‌نمایند که با توجه به هدف اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی (یعنی استفاده از مسئولیت در جهت درونی کردن هزینه‌ها) امر نامطلوبی به نظر می‌رسد.

آن است و نمی‌توان به صرف عدم احتمال فرار از مسئولیت خسارت تنبیهی را نفی نمود. در بسیاری از موارد درست است که احتمال فرار از مسئولیت وجود ندارد اما رفتار خواننده آن قدر متهورانه و فاحش بوده که مستحق خسارت تنبیهی باشد. نمونه برجسته آن هم پرونده اکسون والدز<sup>1</sup> است که خواننده باید به خاطر رفتار قابل سرزنش خود (گماردن شخص الکلی برای هدایت کشتی) مجازات شود.

به هر حال با توجه به این که از یک طرف در این تئوری قصد مجرمانه یا قابلیت سرزنش رفتار خواننده چندان مورد نظر نبوده و از طرف دیگر شرط رایج برای صدور حکم تنبیهی هم رفتار عمدی یا توأم با سوء نیت خواننده می‌باشد لذا این نظریه ماهیتاً غیر تنبیهی است و در نتیجه خساراتی که (بر اساس نگرش بازدارندگی مطلوب) به دنبال درونی‌سازی هزینه‌های خارجی هستند باید خسارات بازدارنده نامید نه تنبیهی. (Markel, 2009:7-8)

از طرف دیگر صرف این که منافع ناشی از رفتار قابل سرزنش بیشتر از زیان آن است لزوماً به معنای مناسب بودن فرمول نظریه بازدارندگی مطلوب برای تعیین جریمه نیست. دلیل آن هم این است که این فرمول برخی زیان‌های ثانوی (نظیر هزینه‌های غیرمستقیم تحمیل شده بر اشخاص بیگانه جهت سرمایه‌گذاری برای مصونیت خود در برابر تخلفات مشابه و...) و نیز برخی هزینه‌ها (مثل هزینه‌های اداری از جمله اجرای قانون، هزینه دادخواهی و...) را در نظر نمی‌گیرد و در نتیجه موجب ارزیابی پائینی از زیان می‌شود. (Budylin, 2006:466-7) بنابراین حتی با اعمال فرمول پولینسکی و شاول باز ممکن است خسارت تعیین شده برای خواهان اندک بوده و انگیزه‌ای برای اقامه دعوا نداشته باشد و در نتیجه خواننده با احتمال کمی شناسایی شود. در این صورت مقدار خسارت لازم برای بازداشتن از رفتار مورد نظر می‌تواند بیشتر از میزان خسارت تعیین شده به موجب فرمول پولینسکی و شاول باشد. (Sharkey, 2003:367-8)

نکته دیگر مربوط به شیوه محاسبه احتمال مسئولیت است. این که در گذشته اصلاً دعوایی اقامه نشده یا تعداد دعوا کم بوده است لزوماً به این معنا نیست که در آینده هم احتمال اقامه دعوا کم است. برعکس جنجال مربوط به دعوای فعلی ممکن است موجب افزایش احتمال اقامه دعوا شود.

---

1- Exxon Shipping v. Baker Case



حال به خاطر دشواری پیش‌بینی میزان دعاوی آینده ممکن است دادگاه به اشتباه تصور کند که دعاوی کمی در آینده اقامه خواهد شد و در نتیجه بیشتر از مقدار مناسب خسارت تنبیهی تعیین نموده و خواننده مجبور به پرداخت به میزانی بیشتر از زیان وارد شده شود. به‌طور مثال در پرونده *Gore v. BMW* ممکن است دادگاه عقیده داشته باشد که تنها ده درصد خریدارانی که در وضعیت مشابه هستند در آینده اقامه دعوا می‌کنند. پس طبق فرمول، دادگاه باید ده برابر زیان خواهان فعلی خسارت تعیین کند؛ اما اگر این مقدار تقریبی بیشتر از 10% باشد شرکت ممکن است به خاطر حکم تنبیهی گزافی که ابتدا پرداخته بیشتر از مقدار زبانی که ایجاد کرده پردازد. یک راه برای اجتناب از این مشکل استفاده از حساب‌های امانی برای خسارت تنبیهی است که خواننده خسارت تنبیهی را (به جای اینکه بلافاصله به خواهان پردازد) به این حساب واریز نماید. اگر به تدریج تعداد بیشتری نسبت به آنچه دادگاه پیش‌بینی کرده بود اقامه دعوا نمایند این خسارت از این حساب امانی پرداخت شود که در این حالت خواننده مجبور به پرداخت به میزانی بیشتر از زیان وارده نمی‌شود. بعد از موعد اگر مبلغی در حساب مانده بود این مبلغ می‌تواند بین خواهان‌هایی که خسارت تنبیهی آن‌ها قبلاً تشخیص داده شده توزیع شود. (Polinsky, 1998:925)

مشکل دیگر این نظریه این است که محاسبه خسارت تنبیهی مبتنی بر عاملی است که در مورد آن تردید وجود دارد؛ یعنی دادگاه‌ها هنگام صدور حکم بدون توجه به حقایق و واقعیات پرونده‌های دیگر (مثل اینکه آیا در پرونده‌های دیگر هم شرایط صدور رأی تنبیهی وجود دارد یا خیر) مسئولیت خواننده را در آن موارد هم قطعی تلقی نموده و زیان‌های وارده به زیان‌دیدگان دیگر را نیز در محاسبه خسارت تنبیهی منظور نموده است. این در حالی است که واقعیات هر پرونده متفاوت با پرونده‌های دیگر است و دادگاه‌ها باید به‌طور موردی تصمیم‌گیری نمایند.

یک نمونه برجسته پرونده *Philip Morris UAS v. Williams* است که بر اساس آن شخصی به نام ویلیامز طی مدت بیش از چهل سال، روزانه تا سه جعبه سیگار مارلboro<sup>1</sup> مصرف می‌کرد. او در مقابل هشدارهای خانواده‌اش مبنی بر مضرات سیگار کشیدن، به تبلیغات شرکت تولیدکننده سیگار - مبنی بر مضر نبودن مصرف سیگار - استناد می‌کرد. با ادامه این وضع سرانجام

---

1- Marlboro

در سال 1997 ویلیامز در اثر مصرف بیش از حد سیگار و ابتلا به سرطان ریه درگذشت. همسر او با ادعای قصور و فریب علیه شرکت فیلیپ موریس (شرکت مادر سیگار مارلبورو) اقامه دعوا کرد. ادعای همسر ویلیامز در مورد فریب مبتنی بر این بود که این شرکت از همان ابتدا یا حداقل در طی این چهل سال از مضرات سیگار آگاه بوده اما سعی داشته که عموم مردم را متقاعد نماید که این خطر اثبات نشده است و همین امر هم موجب شده که اشخاص سیگاری - از جمله ویلیامز - فریب خورده و برای توجیه کار خود به تبلیغات شرکت استناد کنند. در این پرونده وکیل خواهان درخواست مجازات خوانده نه تنها بابت آسیب وارده به موکلش بلکه بابت آسیب‌های وارده به تمام مصرف‌کنندگان سیگار این شرکت که در چهل سال اخیر دچار بیماری شده بودند را نمود. در نهایت هیئت منصفه بر مبنای همین ادعا (قصور و فریب) رأی به 821 هزار دلار خسارت ترمیمی و 79/5 میلیون دلار خسارت تنبیهی داد؛ اما دادگاه بعد از بازنگری میزان خسارت ترمیمی و تنبیهی را به ترتیب به 500 هزار دلار و 32 میلیون دلار تقلیل داد؛ اما بعد از تقاضای تجدیدنظر توسط خواهان، دادگاه تجدیدنظر آرگون<sup>1</sup> حکم دادگاه را ابطال کرده و رأی را به حالت اول خود برگرداند. دادگاه عالی ایالات متحده پرونده را به دادگاه‌های استیناف آرگون فرستاد تا دوباره آن را بررسی کنند اما باز این دادگاه‌ها هم به همان نتیجه قبلی رسیدند. دادگاه عالی آرگون هم رفتار شرکت فیلیپ موریس را بسیار قابل سرزنش دانست چون خوانده درگیر یک عمل مستمر - طی نیم قرن - برای فریب سیگاری‌ها شده بود. (Budylin, 2006:497-8) دادگاه عالی ایالات متحده با استناد به شرط دادرسی عادلانه و این که خوانده فرصت دفاع در موارد دیگر را نداشته میزان مبلغ مندرج در رأی را کاهش داد. تصمیم دادگاه در این پرونده بیان‌کننده اصل قانونی محدودکننده احکام خسارت تنبیهی است که بر این اساس شرط دادرسی عادلانه مانع از تعیین خسارت تنبیهی بر مبنای آسیب‌های وارده به اشخاص غایب در دادگاه (که جزو طرفین دعوا نیستند) می‌گردد البته دادگاه‌ها می‌توانند از مدارک ارائه شده در مورد زیان‌های وارده به اشخاص دیگر (غیر از خواهان) برای تعیین درجه قابلیت سرزنش رفتار خوانده (و نه تعیین مجازات) استفاده نمایند. (Rosenberg et al., 2007:1)

بنابراین پرونده فیلیپ موریس تمام توجیحات و نظریه‌های اقتصادی مطرح شده را زیر سؤال

1- Oregon

برد. برخی با انتقاد از نظر دادگاه و با توجه به نقش مهم قابلیت سرزنش خواننده در صدور رأی تنبیهی معتقدند که «اگر زیان وارده به دیگران تعیین کننده قابلیت سرزنش است و قابلیت سرزنش هم تعیین کننده مجازات است در این صورت مجازات مبتنی بر زیان وارده به دیگران است که [طبق نظر دادگاه در پرونده فیلیپ موریس] ممنوع می شود». (Budylin, 2006: 501-2) از نظر قاضی استیونز<sup>1</sup> خسارت تنبیهی جریمه‌ای است که به خاطر زیان اجتماعی ایجاد شده در اثر رفتار خواننده تحمیل می شود؛ پس چه دلیلی وجود دارد که هنگام تعیین مجازات، منفعت کسب شده توسط خواننده بابت زیان وارده به اشخاص دیگر - که در اثر رفتار خواننده زیان دیده‌اند اما به دلایل مختلف شکایت نکرده‌اند - را نادیده بگیریم. (Budylin, 2006: 503)

به هر حال گذشته از نکات فوق در عمل و در دنیای واقعی هم می‌بینیم که علیرغم این که هیئت‌های منصفه و دادگاه‌ها ممکن است گهگاه برای ارزیابی قابلیت سرزنش رفتار خواننده و تعیین سطح خسارت تنبیهی احتمال فرار از مسئولیت را هم مدنظر قرار دهند (مثل اینکه آیا خواننده تلاشی برای مخفی نمودن عملش انجام داده است یا نه) اما باز تمایل چندانی به تعیین خسارت تنبیهی بر اساس فرمول بازدارندگی مطلوب نداشته و حتی قادر به محاسبه آن هم نیستند و به همین دلیل هم بیشتر احکام تنبیهی صادر شده مبتنی بر تئوری‌هایی غیر از بازدارندگی مطلوب هستند. (Sebok, 2007: 989; Eaton et.al., 2005: 5; Polinsky et.al., 1998: 898-9) ایالات متحده هم تقریباً این نظریه را رد نموده و به جای آن تأکید فزاینده‌ای بر تنبیه و مجازات دارد. (Sharkey, 2012: 5)

علاوه بر این بررسی‌های تجربی هم نشان داده است که علیرغم اینکه اشخاص جامعه به بازدارندگی اهمیت می‌دهند اما رابطه بین احتمال شناسایی و بازدارندگی مطلوب را درک نمی‌کنند و با تغییر احتمال کشف و شناسایی تخلف مجازات پیشنهاد شده آن‌ها فرقی نمی‌کند. (Schkade, 1999: 7)

از نظر آنتونی سبک مسلماً خسارات تنبیهی اثر بازدارنده دارند و قطعاً قبل از ارتکاب عمل غیرقانونی بر انتخاب مرتکبین بالقوه تأثیر گذار است اما بازدارندگی مطلوب مستلزم چیز بیشتری است. از نظر او دستیابی به بازدارندگی مطلوب مستلزم صدور احکامی است که به اندازه کافی

زیاد، مشخص و معین باشند تا خوانندگان را ترغیب به اتخاذ اقدامات احتیاطی مطلوب (نه احتیاط بسیار کم و نه احتیاط اضافی) نماید. این در حالی است که تصمیم‌گیری هیئت‌های منصفه - با توجه به آزادی عمل آن‌ها - چندان قابل اتکا نبوده و غیرقابل پیش‌بینی است؛ بنابراین حتی اگر تئوری بازدارندگی کارآمد دیدگاه خوبی باشد اما رویه جاری خسارت‌تنبیهی ابزار نامناسبی برای دستیابی به این هدف است. (Sebok, 2007: 983-9)

## 1-2. نظریه منفعت‌زدایی یا استرداد منافع نامشروع و نقد آن

یکی دیگر از نظریه‌های برجسته مربوط به خسارت‌تنبیهی نظریه منفعت‌زدایی است که در مواقعی که سود خواننده کمتر از (یا مساوی با) زیان وارده است قابل اعمال می‌باشد. طبق این نظریه خسارت‌تنبیهی با ضرب سود خواننده در معکوس احتمال مسئولیت متخلف به دست آمده و باعث استرداد منافع نامشروع کسب شده توسط خواننده می‌شود. استفاده از فرمول این نظریه برای تعیین خسارت‌تنبیهی موجب بازدارندگی بیش از حد نمی‌شود چون در اینجا منفعت کسب شده توسط خواننده نامشروع بوده و عمل شخص فاقد منفعت اجتماعی است پس باید به‌طور کامل بازداشته شود. پرونده Exxon Valdez Shipping Co. v. Baker که مربوط به یکی از فجایع زیست‌محیطی ناشی از نشت نفت در دریا است شاید در تبیین این نظریه مفید باشد.

قضیه در این پرونده از این قرار بود که در سال 1989 نفت کش اکسون والدرز در اثر برخورد با یک صخره در ساحل آلاسکا به گل نشست و در اثر ترک خوردن بدنه نفت کش حدود یازده میلیون گالن نفت به داخل تنگه پرنس ویلیام<sup>1</sup> نشت کرد. این حادثه باعث آلودگی ساحل و ورود خسارت زیاد به معیشت ماهیگیران آن منطقه شد. در نتیجه خواهان‌ها در یک دعوی دسته‌جمعی مسئولیت مدنی علیه اکسون والدرز اقامه دعوا نمودند. بر اساس شواهد و مدارک ارائه شده ناخدای کشتی در زمان حادثه مست کرده بود و این در حالی بود که مدیران ارشد اکسون والدرز مدت زیادی بود که می‌دانستند ناخدای کشتی دچار اعتیاد به الکل است؛ به طوری که بارها هنگام انجام وظیفه مست کرده بود. وکلای خواهان‌ها با این ادعا که اکسون والدرز با مجاز دانستن ناخدا

---

1- Prince William Sound

به ادامه هدایت کشتی و عدم نظارت کافی بر مصرف الکل، مرتکب نوعی بی احتیاطی و رفتار متهورانه شده توانستند هیئت منصفه را متقاعد نمایند. در نهایت هیئت منصفه هم رأی به 287 میلیون دلار خسارت ترمیمی و 5 میلیارد دلار خسارت تنبیهی علیه شرکت کشتی رانی اکسون والدز داد. ( Calandrillo, 2010:791; Hylton, 1998:452-3 ) (البته این رأی بعد از کش و قوس های فراوان در سال 2008 به 507/5 میلیون دلار تقلیل یافت). حال سؤال اینجاست که در اینجا کدام یک از نظریه های اقتصادی خسارت تنبیهی قابل اعمال است؟ آیا خسارت تنبیهی رأی داده شده در این پرونده مناسب و مطلوب هست یا نه؟

برای پاسخ به این سؤال ابتدا از دیدگاه بازدارندگی مطلوب به بررسی موضوع می پردازیم. بر اساس نظریه بازدارندگی مطلوب با توجه به این که احتمال شناسایی زیان وارده و نیز تشخیص هویت خوانده 100% می باشد و احتمال فرار از مسئولیت وجود ندارد پس این حکم تنبیهی بسیار گزاف می باشد. لذا از دیدگاه پولینسکی و شاول رأی تنبیهی مطلوب در اینجا صفر بوده و صرف خسارت ترمیمی برای درونی کردن هزینه های اجتماعی ایجاد شده کافی می باشد. ( Hylton, 1998:453 ) حال آیا در اینجا می توان با استناد به نظریه هیلتون رأی به خسارت تنبیهی داد؟

بر اساس تحلیل هیلتون با توجه به این که هدایت نفت کش در اختیار یک شخص فاقد صلاحیت بوده و شرکت کشتی رانی هم آگاهانه اجازه داده تا کشتی توسط این شخص هدایت شود پس در این صورت زیان مورد انتظار بیشتر از منفعت مورد انتظار اکسون والدز خواهد بود. با توجه به این که زیان مورد انتظار زیان دیدگان بیشتر از منافع مورد انتظار اکسون والدز است پس انجام این عمل از لحاظ اقتصادی مطلوب نبوده و باید کاملاً بازداشته شود. پس خسارت باید طوری تعیین شود که منجر به استرداد تمام منافع کسب شده توسط خوانده شود. این در حالی است که از نظر برخی در این مورد نمی توان منفعت چندانی برای استخدام یک شخص الکلی به عنوان ناخدا متصور بود و تفاوت بین دو هزینه (هزینه استخدام ناخدای ماهر و با کفایت و هزینه استخدام ناخدای فاقد صلاحیت) اندک می باشد. (Hylton, 1998:453-4) بنابراین به نظر می رسد نظریه منفعت زدایی چندان قابل استفاده نباشد.

در مقابل، حالت دیگری را تصور کنید که به موجب آن استاندارد قانونی احتیاط مستلزم استفاده از نفت کش های دوبرنده است اما شرکت کشتی رانی از نفت کش تک بدنه استفاده کرده است. در این حالت با توجه به این که استاندارد قانونی احتیاط نقض شده و زیان مورد انتظار بیشتر

از منفعت مورد انتظار است پس بر اساس نظریه استرداد منافع باید خسارت تنبیهی را تعیین نمود. در اینجا دو روش برای محاسبه سود خواننده وجود دارد: یک راه استرداد تفاوت قیمت نفت کش دوبدنه و تک بدنه ضربدر تعداد نفت کش‌های تک بدنه به کار گرفته شده توسط شرکت است و راه دیگر هم تقسیم کل منافع شرکت بر تعداد نفت کش‌های تک بدنه می‌باشد. (Budylin, 2006:495) حال این که کدام روش محاسبه مناسب‌تر است نمی‌توان پاسخ دقیق و روشنی داد و راه حل آن منوط به در نظر گرفتن یکسری عوامل دیگر هم هست که در حوصله این بحث نمی‌گنجد.

این نظریه نیز همچون نظریه اول متضمن اشکالاتی است و حتی بیشتر از نظریه بازدارندگی مطلوب مورد انتقاد گرفته است. همان‌طور که قبلاً هم گفتیم در نظریه منفعت زدایی تأکید بیشتر بر قابلیت سرزنش است. مبنای این نظریه این است که در جایی که سود خواننده کمتر از زیان وارده بوده یا مساوی با آن باشد خسارت تعیین شده باید حداقل به اندازه سود نامشروعش باشد تا آن رفتار به طور کامل بازداشته شود.

برخی معتقدند که اعمال این نظریه باعث بازدارندگی بیش از حد می‌شود اما در پاسخ گفته شده است که این نظریه در مواردی اعمال می‌شود که منفعت زیان‌زننده از انجام عمل زیان‌بار کمتر از زیان وارده به زیان‌دیده است لذا مجاز دانستن وقوع تخلف متضمن هیچ ارزش خالص اجتماعی نیست و بنابراین نگرانی برای بازدارندگی بیش از حد وجود ندارد. برعکس در مواردی که سود متخلف بیشتر از زیان زیان‌دیده است اعمال این تئوری موجب سرمایه‌گذاری افراطی جهت اجتناب از عمل زیان‌بار و در نتیجه بازدارندگی بیش از حد خواهد شد. (Budylin, 2006:466)

به نظر می‌رسد نظریه بازدارندگی کامل در مقایسه با نظریه بازدارندگی مطلوب مطابقت بیشتری با مفهوم مجازات دارد؛ اما باین حال باید گفت که نگرش هیلتون نگرش کاملی نیست چرا که «تمایز دقیق بین مواردی که سود متخلف کمتر از (یا مساوی با) زیان زیان‌دیده است ناشی از اصول کلی اقتصادی نیست». ضمن این که اگر سود مورد انتظار متخلف در مقایسه با زیان زیان‌دیده اندک باشد تعیین خسارتی معادل سود نامشروع کسب شده موجب سرمایه‌گذاری اندک زیان‌زننده احتمالی در اقدامات پیشگیرانه و در نتیجه بازدارندگی پایین می‌شود. (Budylin, 2006:468) به‌طور کلی علیرغم این که نظریات اقتصادی بیشتر طرفدار نظریه بازدارندگی مطلوب و تعیین خسارت بر اساس زیان وارده هستند داد‌گاه‌ها به‌ندرت بین

بازدارندگی مطلوب - با هدف درونی کردن ضرر و زیان - و بازدارندگی کامل - با هدف جلوگیری از ارتکاب تخلف مشابه در آینده - تمایز قائل می‌شوند. (Markel, 2009: 139)

از نظر نگارندگان بازدارندگی و مجازات که به کرات به عنوان اهداف اصلی خسارت تنبیهی از آن‌ها یاد شده لزوماً با یکدیگر سازگار نیستند. وقتی از مجازات صحبت می‌کنیم نگاه ما به گذشته است یعنی برای تعیین مقدار مجازاتی که مرتکب شایسته آن است تأکید روی شدت و اهمیت تخلف صورت گرفته است. حال ممکن است این مجازات بازدارنده هم باشد اما این اثر ضمنی و عارضی آن است. از طرف دیگر هنگام بحث در مورد بازدارندگی نگاه ما به آینده بوده و هدف تأثیرگذاری بر رفتار مرتکبان احتمالی است که با سنجش هزینه‌های احتمالی تخلف احتمالی در مورد ارتکاب یا عدم ارتکاب آن تصمیم می‌گیرند. با در نظر گرفتن این مسئله باید گفت که نظریه بازدارندگی مطلوب هم بیشتر به دنبال تأثیرگذاری بر رفتار آینده است و در آن رفتار مرتکب چندان مورد توجه قرار نگرفته است که همین امر هم یک ایراد مهم به شمار می‌رود. از طرف دیگر اعمال نظریه منفعت‌زدایی هم چندان ساده به نظر نمی‌رسد چرا که تخمین منفعت دشوارتر از زیان بوده و چه بسا موجب پیچیده‌تر شدن این فرآیند هم می‌شود. با توجه به این که در تحلیل اقتصادی از بازدارندگی به عنوان مهم‌ترین نقش حقوق مسئولیت مدنی یاد شده است به نظر می‌رسد که نظریه بازدارندگی مطلوب بیشتر با این هدف سازگار بوده و موجب تقویت نقش بازدارندگی در این حوزه از حقوق می‌گردد اما همان‌طور که اشاره شد این نظریه اشکالاتی دارد که مستلزم بازنگری اساسی است و به دلیل اهمیت رفتار مرتکب در تعریف خسارت تنبیهی می‌بایست در تعیین این خسارت عوامل دیگر غیر از احتمال مسئولیت (نظیر رفتار خواننده) هم در نظر گرفته شود و در مورد هر پرونده به‌طور موردی تصمیم‌گیری نمود.

## 2. چالش‌های کنونی خسارت تنبیهی

علیرغم ارائه نظریه‌ها و استدلال‌ات مختلف جهت توجیه خسارت تنبیهی، این نهاد حقوقی با انتقادات زیادی مواجه شده و به‌خصوص در دهه‌های اخیر هجمه‌های شدیدی علیه آن صورت گرفته است.

هرچند نظریه‌های بازدارندگی مطلوب و منفعت‌زدایی نقش مهمی در محدود نمودن خسارت

تنبیهی داشته‌اند و حتی توجه برخی از منتقدان را نیز به خود جلب نموده‌اند اما همچنان اختلافاتی در مورد نحوه محاسبه خسارت تنبیهی و چگونگی تخصیص آن به خواهان وجود دارد که این نظریه‌ها هم توفیق چندانی در حل آن نداشته‌اند.

با مقایسه مزایا و معایب خسارت تنبیهی می‌توان گفت که این نهاد حقوقی با مشکلات اساسی روبرو بوده و ایرادات جدی بر آن وارد است. همین مسئله هم موجب گردیده است که قواعد خسارت تنبیهی در بسیاری از ایالات امریکا مورد بازنگری اساسی قرار گرفته و حتی در برخی از این ایالت‌ها احکام تنبیهی به‌انحاء مختلف محدود شوند. به همین منظور ابتدا به بیان مشکلات و موانع خسارت تنبیهی پرداخته و سپس راهکارهای ارائه شده جهت محدود نمودن خسارت تنبیهی را مورد بحث قرار داده و در نهایت نظریه‌های اقتصادی خسارت تنبیهی را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

## 2-1. مشکلات و موانع خسارت تنبیهی

### 2-1-1. عدم قابلیت پیش‌بینی

یکی از اصول مهم حقوق کیفری اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها است؛ یعنی عمل انجام شده توسط متخلف باید طبق قانون جرم بوده و جریمه آن هم توسط قانون تعیین شده باشد. در بحث خسارت تنبیهی نیز اگرچه خسارت تنبیهی تعیین شده توسط دادگاه مجازات به معنای اخص کلمه نیست اما برخی معتقدند قابلیت پیش‌بینی حکم خسارت تنبیهی برای خواننده در لحظه ارتکاب عمل غیرقانونی حائز اهمیت بوده و دقیقاً باید موارد اعمال خسارت تنبیهی و میزان آن مشخص باشد. این امر به‌خصوص برای کسانی که به خاطر اثر بازدارنده خسارت تنبیهی حامی آن هستند مهم است چراکه از نظر آن‌ها چیزی که خواننده می‌خواهد این است که از پیش قادر به پیش‌بینی میزان خسارت لازم در صورت ارتکاب عمل مورد نظر باشد. (Sebok, 2007: 974) این در حالی است که در مورد خسارت تنبیهی درست خلاف این مسئله صدق می‌کند و عوامل مختلف موجب عدم قابلیت پیش‌بینی این نوع خسارت شده‌اند.

با ملاحظه تعاریف متعدد ارائه شده از خسارت تنبیهی می‌توان دریافت که معیارهای صدور حکم تنبیهی (از قبیل رفتار وقیحانه، رفتار متهورانه و...) مبهم می‌باشد و هیئت‌های منصفه دستورالعمل روشنی از دادگاه برای تعیین خسارت تنبیهی دریافت نمی‌کنند و همین امر هم موجب



اختیار نامحدود هیئت منصفه هنگام صدور حکم تنبیهی شده است تا حدی که در پرونده‌های اخیر نسبت بین خسارت تنبیهی و ترمیمی از 1/10 تا 1/300000 متغیر بوده است. (Cooter, 1989:1145)

ابهام در قواعد مربوط به خسارت تنبیهی و آزادی عمل بیش از حد هیئت‌های منصفه باعث می‌شود که خواننده از پیامدهای عمل مورد نظر خود آگاهی نداشته باشد به طوری که قبل از ارتکاب آن عمل نمی‌داند که آیا در صورت ارتکاب آن عمل رأی خسارت تنبیهی علیه او صادر می‌شود یا نه و حتی اگر هم یقین به صدور چنین حکمی داشته باشد میزان آن برای او نامشخص خواهد بود.

البته برخی از این عدم قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی دفاع نموده و معتقدند که این مشکل فقط مختص خسارت تنبیهی نیست و در برخی مواقع پیش‌بینی ارزش موردانتظار احکام ترمیمی هم مشکل است چون یا بیشتر دعاوی مدنی قبل از دادرسی به وسیله سازش یا به انحاء دیگر خاتمه یافته یا این که به طور تقریبی در نیمی از دادرسی‌ها خواهان بازنده شده و هیچ خسارتی دریافت نمی‌کند؛ و در نتیجه خود این عدم قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی نتیجه عدم قابلیت پیش‌بینی کل سیستم دعاوی مدنی است. (Sebok, 2007:975) حتی از نظر برخی از نویسندگان تفکر سنتی حقوق مسئولیت مدنی موافق این عدم قابلیت پیش‌بینی می‌باشد چرا که در صورت وضع یک قاعده و محدود نمودن هیئت منصفه در صدور حکم، ممکن است زیان خواهان‌ها به طور کامل جبران نگردد. (Wieber, 2011:46-7)

با این حال استدلال فوق چندان قانع کننده به نظر نمی‌رسد چون اختیار نامحدود هیئت‌های منصفه (این که آیا حکم به خسارت تنبیهی دهند یا نه و در صورت صدور حکم میزان آن چقدر باشد) و عدم قابلیت پیش‌بینی احکام تنبیهی موجب می‌گردد که دو متخلفی که مرتکب عمل مشابه شده‌اند بعضاً مشمول دو حکم بسیار متفاوت شوند. (Ellis, 1982:55; Wieber, 2011:31-2) ضابطه مند نبودن خسارت تنبیهی باعث می‌شود که هیئت‌های منصفه در برخی موارد (خصوصاً در مواردی که مرتکب یک تولیدکننده است) جانبدارانه رفتار کرده و از اختیار خود سوءاستفاده نمایند. پس خسارات غیرقابل پیش‌بینی نه منصفانه‌اند نه کارآمد و خوانندگان به خاطر غیرمنصفانه بودن این سیستم لطمه می‌بینند.

اکثریت حقوق دانان معتقدند عدم قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی منجر به رشد بی‌رویه تعداد

احکام تنبیهی و افزایش بیش از حد مبالغ مندرج در احکام تنبیهی شده است که این امر آثار نامطلوبی به همراه داشته و به برخی از گروه‌های خاص جامعه نظیر پزشکان یا تولیدکنندگان لطمه زده است. در مقابل، برخی از نویسندگان نظیر آنتونی سبک انتقادهای مطرح شده نسبت به تعداد و مبلغ احکام تنبیهی را مبالغه آمیز توصیف کرده و با استناد به برخی آمار و ارقام معتقدند که احکام تنبیهی با مبلغ هنگفت نادر بوده و فقط در موارد مقتضی رأی داده می‌شوند و مبلغ حکم داده شده هم بسیار مرتبط با احکام ترمیمی است. (Sebok, 2007: 964, Eaton et al., 2005: 1) از نظر این نویسندگان درست است که تعداد احکام تنبیهی (و مبلغ مندرج در آنها) در سال‌های اخیر افزایش داشته است اما این افزایش - آن‌طور که برخی تصور می‌کنند - چندان قابل ملاحظه نیست. (Christise, 1991: 353) بر اساس آمار ارائه شده کمتر از 5% پرونده‌های حقوقی منجر به دادرسی دادگاه شده و خواهان‌ها معمولاً در 50% پرونده‌های مسئولیت مدنی برنده دعوا می‌شوند و در حدود 2 تا 9 درصد این موارد - که خواهان پیروز شده - رأی خسارت تنبیهی صادر شده است؛ بنابراین این آمارها دال بر آن است که خواهان‌ها در حدود 4 تا 4/5 درصد تمام دادرسی‌ها احکام خسارت تنبیهی را دریافت نموده‌اند. (Eisenberg, 2002: 743-9)

اگرچه با بررسی آرای گذشته می‌توان احکامی را یافت که در آنها اختلاف بین خسارت ترمیمی و تنبیهی گزاف و بیش از حد بوده اما این موارد نادر هستند و اغلب این احکام یا با توافق طرفین یا آرای دادگاه‌های بالاتر کاهش یافته‌اند. (Behr, 2003: 117)

در مقابل این آمار و ارقام ارائه شده باید گفت که هرچند تعداد احکام تنبیهی با مبالغ بالا نادر است اما باز هم همین احکام نادر در برخی از موارد - خصوصاً در مواردی که خواننده یک شخص حقوقی یا یک تولیدکننده است - آثار بسیار نامطلوبی برجای گذاشته‌اند که نمی‌توان آن را انکار نمود؛ بنابراین از نظر نگارندگان اگرچه یکی از مبانی اصلی حقوق مسئولیت مدنی بازدارندگی است اما نباید از سایر اهداف حقوق نظیر عدالت و انصاف هم غافل شد. غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارت تنبیهی گاهی موجب می‌گردد که با دو تولیدکننده که مرتکب رفتار یکسانی شده‌اند به‌طور متفاوت برخورد شود به‌طوری‌که اعمال خسارت تنبیهی هنگفت بر یکی از آنها حتی ممکن است منجر به ورشکستگی آن تولیدکننده یا شرکت هم گردد. این مشکلات باعث می‌گردند که انگیزه برای کسب و کار از بین رفته و سطح مطلوب فعالیت مفید جامعه کاهش یابد که این امر تأثیر نامطلوب بر اقتصاد جامعه خواهد داشت؛ بنابراین این مسئله بیش از پیش

ضرورت اصلاح قواعد مربوط به خسارت تنبیهی را مطرح می‌سازد.

## 2-1-2. تأثیر نامطلوب بر فرآیند دادخواهی

یکی از مبانی صدور رأی تنبیهی ترمیم برخی از هزینه‌های غیرقابل جبران به موجب خسارت ترمیمی و ترغیب زیان‌دیده به اقامه دعوا است. یکی از این هزینه‌ها هزینه‌های مربوط به دادخواهی (ثبت دعوا، جمع‌آوری ادله و مدارک، استخدام وکیل و...) است که گاهی آنقدر زیاد است که موجب انصراف زیان‌دیده از اقامه دعوا می‌گردد؛ بنابراین از نظر برخی طرفداران خسارت تنبیهی، این خسارت به‌عنوان یک خسارت مازاد بر خسارت ترمیمی موجب ایجاد انگیزه برای اقامه دعوا می‌گردد. (Madden, 2002: 1175)

با این حال رویه کنونی خسارت تنبیهی، ممکن است منجر به آثار نامطلوبی در فرآیند دادخواهی شود. از یک طرف نادر بودن احکام خسارت تنبیهی ممکن است موجب گردد که خواندگان به خاطر بیم از خسارت تنبیهی هنگفت و کمرشکن به سمت سازش سوق یافته (Eaton, 2005: 4; Sebok, 2007: 965; Owen, 1994: 397) و مجبور به پرداخت مبلغ بیشتری - نسبت به حالتی که خسارت تنبیهی قابل اعمال نبود - شوند.

از طرف دیگر احکام تنبیهی با مبالغ بعضاً هنگفت ممکن است موجب افزایش اقامه دعوا از سوی خواهان‌ها گردد. تردید در مورد معیار حقوقی ارزیابی خسارت تنبیهی هزینه‌های دادخواهی را افزایش می‌دهد؛ بنابراین با افزایش تردید در مورد معیارهای قانونی (مربوط به ارزیابی خسارت تنبیهی) احتمال اقامه دعوا یا تجدیدنظرخواهی هم افزایش یافته و این امر منجر به افزایش مقدار منابع صرف شده جهت حل اختلاف می‌گردد. البته این افزایش هزینه‌های دادخواهی دلیل قاطعی مبنی بر این نیست که ارزیابی خسارت تنبیهی بر اساس معیارهای غیرقطعی لزوماً منجر به ناکارآمدی می‌گردد. این امر مبتنی بر عوامل دیگری هم هست مثل اینکه آیا منافع اجتماعی حاصله بیشتر از هزینه‌های دادخواهی هستند یا نه و آیا بدون کاهش منافع اجتماعی می‌توان این هزینه‌ها را کاهش داد یا نه. به‌هر حال اگر معیار ارزیابی خسارت تنبیهی دقیق‌تر باشد پیش‌بینی ذهنی اشخاص از نتیجه دعوا دقیق‌تر بوده و هزینه‌های دادخواهی کاهش می‌یابد. (Ellis, 1982: 45-51)

علاوه بر نکات فوق باید گفت که یکی از اهداف اساسی تحلیل اقتصادی حقوق، تخصیص بهینه منابع است که به‌طور مکرر در ادبیات این رشته حقوقی از آن صحبت شده است. فقدان معیار

مشخص برای صدور حکم تنبیهی موجب می‌گردد که اشخاص حتی در مواردی که واقعاً مستحق خسارتی بیش از زیان وارده نیستند هم (با صرف وقت و هزینه) به امید شانس دریافت این جایزه بر اساس ادعاهای پوچ و بی‌اساس اقامه دعوا نمایند. این امر منجر به افزایش دعاوی واهی و افزایش هزینه‌های قانونی و اداری و در نتیجه اتلاف منابع می‌شود؛ بنابراین منبعی که خواهان می‌توانست در جای بهتری صرف کند صرف دعوایی می‌شود که نتیجه آن مبهم بوده و فاقد فایده اجتماعی است و همین مسئله هم ناکارآمدی خسارت تنبیهی را در پی دارد.

### 3-1-2. ثروت بادآورده برای خواهان

یکی از انتقادات اساسی مطرح شده نسبت به خسارت تنبیهی این است که با توجه به این که خسارت تنبیهی بیشتر از مقدار خسارت مورد نیاز برای ترمیم و جبران خسارت خواهان می‌باشد لذا ثروت بادآورده‌ای را نصیب خواهان و وکیلش نموده و باعث می‌شود وضع خواننده نسبت به قبل از ورود خسارت بهتر هم شود.

برخی برای تبیین این مفهوم، "ثروت بادآورده" را به عنوان "منفعت غیرمنتظره" و نوعی پاداش تعریف نموده‌اند. (Rendleman, 2010:6) چون معتقدند خساراتی که وسیله مجازات هستند انعکاس دهنده آنچه که خواهان از آن محروم شده نمی‌باشند و خسارت تنبیهی مثل یک جایزه برای خواهان است تا او را ترغیب به اقامه دعوا نماید (Weinrib, 2003:86) که همین امر هم منجر به آثار نامطلوبی خواهد شد.

اولین اثر نامطلوب ذکر شده برای خسارت تنبیهی این است که ثروت بادآورده احتمالی ناشی از حکم تنبیهی ممکن است موجب تشویق رفتار مخاطره‌جویانه از سوی خواننده شود؛ به این معنا که اگر در مواردی که احتیاط خواهان در کاهش زیان‌های ناشی از حادثه مؤثر است خسارت تنبیهی تعیین شود خواهان احتمالی ممکن است جهت کسب ثروت بادآورده انگیزه کمتری برای احتیاط داشته باشد. با توجه به این که دادگاه‌ها هنگام صدور رأی تنبیهی توجه چندانی به رفتار زیان‌دیده ندارند و تأکید اصلی روی رفتار زیان‌زننده است بعید به نظر می‌رسد که خواننده بتواند با اثبات تقصیر مؤثر خواهان، مسئولیت خود را کاهش دهد؛ بنابراین این مسئله موجب افزایش هزینه‌های حادثه و کاهش رفاه اجتماعی می‌شود. دیگر پیامد نامطلوب ناشی از ثروت بادآورده، سوءاختصاص دعاوی حقوقی است؛ یعنی با توجه به این که در اغلب دعاوی - که منجر به

خسارت تنبیهی شده‌اند - معمولاً خواهان‌ها بر اساس هزینه احتمالی و کیل استفاده می‌کنند لذا وکیل خواهان هم در این ثروت بادآورده سهم است. این ثروت بادآورده باعث کسب منفعت زیاد توسط وکیل شده و ذوق و قریحه حقوقی آن‌ها را به سمت آن دسته از دعاوی سوق می‌دهد که دادگاه‌ها غالباً رأی به خسارت تنبیهی می‌دهند. این امر باعث اتلاف منابع و افزایش میزان دعاوی می‌گردد. (Nodrati Kalvanagh, 2007: 52-5)

از دید نگارندگان نیز هدف از اعمال خسارت مازاد بر خسارت ترمیمی جبران نقایص موجود در سیستم اجرایی و افزایش بازدارندگی است نه افزایش ثروت خواهان. تجاوز خسارت تنبیهی از هزینه‌های صورت گرفته توسط خواهان (نظیر هزینه‌های دادخواهی) باعث می‌شود که پول بادآورده‌ای نصیب خواهان شود که این امر از لحاظ اقتصادی نامطلوب است چون باعث می‌شود که این حق و این پول در اختیار کسی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است قرار نگیرد که این امر از لحاظ اقتصادی نامطلوب می‌باشد. در این حالت زیان‌دیدگان برای کسب این منفعت غیرمنتظره با یکدیگر رقابت کرده و با اقامه دعوا (حتی در جایی که شایسته چنین خسارتی نیستند) در این بخت آزمایی شرکت می‌نمایند. بدیهی است که هزینه‌هایی که در اثر این وضعیت ایجاد می‌شود بیشتر از منافع آن بوده و متضمن عوارض جانبی منفی است.

#### 2-1-4. ریسک بازدارندگی بیش‌ازحد

یکی از مبانی مهم صدور حکم تنبیهی بازدارندگی است اما مشکلی که وجود دارد این است که تعیین میزان تأثیر احکام تنبیهی بر رفتار اشخاص مختلف که در شرایط متفاوتی بوده و دارای انگیزه‌های مختلفی هستند مشکل می‌باشد. عدم قطعیت در مورد میزان خسارت تنبیهی ممکن است متضمن آثار انگیزشی متفاوتی بر رفتار خواندگان احتمالی باشد؛ به این معنا که برخی احتمال صدور حکم تنبیهی و نیز میزان آن را بیش‌ازحد تخمین زده و در نتیجه بیش‌ازحد احتیاط می‌کنند؛ برخی دیگر هم این موارد را کم ارزیابی کرده و سرمایه‌گذاری کمی برای اجتناب از آن رفتار انجام می‌دهند. (Ellis, 1982: 57)

با توجه به این که از یک طرف خسارت تنبیهی خسارتی مازاد بر خسارت ترمیمی بوده و خوانده می‌بایست خسارت بیشتری نسبت به زیان‌های وارد شده به خواهان پردازد و از طرف دیگر به خاطر عدم قابلیت پیش‌بینی احکام خسارت تنبیهی، تعیین میزان بازدارندگی احکام تنبیهی

مشکل است این احکام ممکن است موجب بازدارندگی بیش از حد گردند؛ یعنی خوانندگان خصوصاً اگر ریسک‌گریز باشند تمام اقدامات احتیاطی را اتخاذ خواهند کرد (شاید حتی اقدامات افراطی) تا از مواجهه با ریسک یک حکم بسیار هنگفت (هرچند با احتمال پایین) اجتناب نمایند. (Sharkey, 2012:1)

بنابراین خسارت تنبیهی با بازدارندگی بیش از حد ممکن است موجب احتیاط بیش از حد و افزایش هزینه‌ها و در نتیجه کاهش فعالیت‌های مفید اجتماعی گردد. یک نمونه آن مربوط به قضیه شرکت فورد است که باید دید اثر این حکم تنبیهی هنگفت بر تولیدکنندگان دیگر چیست. به عنوان نمونه یک تولیدکننده اتومبیل با مشاهده آرای *Grimshaw v. Ford Motor Co*؛ و *Dorsey v. Honda Motor Co*. ممکن است به این نتیجه برسد که احتمال کشته شدن مسافران در این ماشین‌های کوچک دو برابر احتمال کشته شدن مسافران در ماشین‌های بزرگ‌تر است و تولید ماشین‌های کوچک، سبک و ارزان او را بیشتر در معرض خسارت تنبیهی قرار می‌دهد. پس تولیدکننده ارزش مورد انتظار دعاوی خسارت تنبیهی از جمله هزینه‌های احتمالی ناشی از این خسارت (مثل هزینه‌های مورد انتظار دادخواهی ناشی از دفاع در مقابل این دعاوی) را به عنوان هزینه خصوصی تولید ماشین‌های کوچک و سبک منظور می‌نماید. این هزینه خصوصی خسارت تنبیهی موجب درونی‌سازی هزینه اجتماعی تولید این ماشین‌ها توسط تولیدکننده می‌گردد. در اینجا برای حداقل‌سازی هزینه تولید، ممکن است - علیرغم منفعت اجتماعی ناشی از تولید ماشین‌های کوچک و سبک - تولید ماشین‌های کوچک کاهش یافته و به جای آن ماشین‌های بزرگ‌تر و سنگین‌تر تولید گردد؛ بنابراین منابع بیشتری صرف تولید ماشین شده و برای پوشش هزینه‌های اضافی مسئولیت مورد انتظار ناشی از خسارت تنبیهی قیمت اتومبیل هم افزایش خواهد یافت. این امر موجب می‌شود که خریداران ماشین‌های ایمن‌تری داشته باشند البته نه به انتخاب خودشان؛ بنابراین درآمد خالص تولیدکنندگان کاهش یافته و سرمایه آن‌ها به تدریج صرف فعالیت‌های دیگر خواهد شد و در نتیجه رفاه کل کاهش می‌یابد. (Ellis, 1982:48-9)

اگر از دید اقتصادی هم به این مسئله بنگریم متوجه ناکارآمدی این وضعیت می‌شویم. در تحلیل اقتصادی حقوق وضعیت مطلوب برای ما نقطه تعادل است یعنی جایی که هزینه و منفعت برابر می‌شوند. همان‌طور که از مثال‌ها هم برمی‌آید عدم قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی توالی فاسدی را در پی داشته و موجب گردیده است که اشخاص و خصوصاً تولیدکنندگان برای اجتناب

از مواجهه با چنین خسارت سنگینی یا به‌طور کلی از آن فعالیت مفید انصراف دهند یا این که منابع مالی بیشتری را صرف ایمنی و احتیاط نموده و به تبع آن قیمت‌ها را افزایش دهند. روشن است که در چنین وضعیتی هزینه ناشی از اعمال چنین خسارتی بیشتر از منفعت آن بوده و موجب انحراف از نقطه تعادل می‌گردد که امری نامطلوب است.

### 2-1-5. مجازات مضاعف<sup>1</sup>

در اغلب پرونده‌های خسارت تنبیهی (نظیر مسئولیت تولید، سوءنیت بیمه و...) خواننده یا به‌طور مکرر درگیر یک نوع عمل زیان‌بار شده یا این که مرتکب عمل واحدی شده که به بسیاری از افراد لطمه زده است. پرونده BMW v. Gore مربوط به حالت اول است که در آن شرکت بی.ام.و. چندین اتومبیل خسارت دیده را دوباره رنگ کرده و به خریداران به‌عنوان ماشین نو فروخته بود و به همین خاطر هم خریداران علیه آن اقامه دعوا نمودند و وکیل خواهان شواهد و مدارکی مبنی بر فروش اتومبیل‌های مشابه اتومبیل گور در سایر ایالات امریکا ارائه نمود و هیئت منصفه هم بر همین اساس خسارت هنگفتی به نفع گور تعیین نمود. مثال حالت دوم هم پرونده اکسون والدرز است که نشت نفت موجب ورود زیان به بسیاری از اشخاص ساکن محل حادثه گردید. (Polinsky, 1998:923-4) وقوع تعداد زیادی از این موارد، موجب گردید که وکلای خواهان‌ها از هیئت منصفه درخواست کنند که خسارت کافی برای مجازات خواننده (نه تنها بابت زیان‌های وارده به خواهان بلکه بابت کل زیان وارده به دیگران) تعیین نماید. در واقع از نظر آن‌ها هیئت منصفه هنگام تعیین خسارت تنبیهی باید زیان وارده به تمام زیان‌دیدگان را منظور نماید. (Colby, 2003:584-5)

در پرونده گور شاید در نگاه اول این مسئله چندان مهم به نظر نرسد اما مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که گور تنها خریدار این اتومبیل نبوده و به غیر از او 999 نفر دیگر هم اتومبیل مشابه گور را خریداری نموده بودند. بعد از صدور این حکم زیان‌دیدگان دیگر هم ممکن است به تدریج اقامه دعوا نموده و با ارائه اسناد و مدارک مبتنی بر زیان وارده در اثر عمل غیرقانونی خواننده به اشخاص دیگر حکم تنبیهی هنگفتی دریافت نمایند و در نتیجه این امر منجر به

مجازات اضافی خوانده گردد. این در حالی است که بر اساس نظر بسیاری از حقوق دانان منصفانه نیست که خوانده بابت رفتار مشابه چند بار مجازات شود. در این پرونده اگر تمام هزار خریدار اتومبیل اقامه دعوا نموده و در تمام آن‌ها قرار باشد 4 میلیون دلار خسارت تنبیهی تعیین شود در این صورت شرکت بی.ام.و. در مجموع با رأی 4 میلیاردی مواجه می‌شود و چه بسا همین امر موجب ورشکستگی آن شود. این عامل موجب گردیده است که برخی از دادگاه‌های امریکا صدور احکام متعدد تنبیهی ناشی از رفتار یکسان را خلاف شرط دادرسی عادلانه (مندرج در قانون اساسی امریکا) و نوعی جریمه مضاعف تلقی نموده و به دنبال راهی برای محدود نمودن آن باشند. (Colby, 2003: 585-588) به هر حال انصاف و بی‌طرفی حکم می‌کند در مواردی که عمل واحد خوانده به اشخاص متعدد لطمه زده است مشمول چند مجازات نشود.

مجازات مضاعف خوانده (خصوصاً اشخاص حقوقی) ممکن است باعث کاهش ثروت شده و اثر معکوس بر بازدارندگی داشته باشد؛ به این معنا که شخصی که با منابع مالی اندک روبرو بوده و در شرف ورشکستگی است ممکن است احتیاط خود را کاهش داده و سطح فعالیت پر مخاطره را بیش از حد بالا ببرد. (Boyd, 1995: 48) همین امر موجب شده است که برخی پیشنهاد دهند که دادگاه‌ها هنگام تعیین خسارت تنبیهی دقیقاً توانایی پرداخت بدهی خواندگان را در نظر بگیرند و در صورت توانایی مالی اندک خوانده میزان این احکام را کاهش دهند. (Owen, 1994: 394-6) هیلتون معتقد است برای حل مشکل مجازات مضاعف می‌توان هیئت منصفه را از احکام تنبیهی که قبلاً صادر شده مطلع نمود یا این که قانون به دادگاه اجازه تعدیل احکام متوالی را بدهد. (Budylin, 2006: 501)

از دید نگارندگان راه حل ذکر شده چندان عملی به نظر نمی‌رسد چرا که در اجرا با مشکلات زیادی مواجه می‌باشد و مشخص نیست که چه چیزی توجیه‌کننده تبعیض بین خواهان اول و خواهان‌های بعدی است و چرا خواهان‌های بعدی فقط به صرف وجود احکام تنبیهی باید نسبت به خواهان اول خسارت کمتری دریافت نمایند. ضمن این که حتی این امکان وجود دارد که به خاطر ورشکستگی شرکت در اثر احکام تنبیهی قبلی، به خواهان‌های بعدی هیچ پولی نرسد و در اثر آن متحمل زیان‌های زیادی شوند که این امر در تعارض با انصاف بوده و قابل قبول به نظر نمی‌رسد.



## 2-2. روش‌های محدود نمودن خسارت تنبیهی

با توجه به مشکلات و موانع ذکر شده برای خسارت تنبیهی، دادگاه‌های امریکا برای محدود نمودن خسارت تنبیهی راهکارهای مختلفی را اندیشیده‌اند از جمله: تعیین سقف، اعطای بخشی از خسارت به ایالت و...؛ که در ذیل به آن‌ها بیشتر خواهیم پرداخت.

### 2-2-1. ثروت خوانده

برخی معتقدند که در صدور حکم خسارت تنبیهی باید شرایط خاص مربوط به خوانده در نظر گرفته شود. دلیل آن این است که اثر رأی خسارت تنبیهی بر اشخاص ثروتمند و معمولی یکسان نیست و یک حکم مشابه ممکن است به‌طور متفاوتی بر خوانندگان اثر بگذارد به این معنا که فرضاً یک حکم دو میلیون دلاری خسارت تنبیهی برای یک خواننده ممکن است بسیار زیاد باشد اما برای خواننده‌ای با تمکن مالی بیشتر، ممکن است این حکم ناچیز و اندک بوده و مانع ارتکاب عمل غیرقانونی از جانب او نشود. (Hylton, 1998:1; Wieber, 2011:48) بنابراین طبق این استدلال چون پول نزد شخص ثروتمند ارزش کمتری دارد لذا باید جریمه بیشتری بر او اعمال گردد.

این که آیا می‌توان در تعیین مقدار خسارت تنبیهی به ثروت خوانده توجه کرد یا نه و این که آیا اساساً ثروت خوانده نقش مهم در تعیین مقدار خسارت تنبیهی دارد یا نه یک سؤال پیچیده و دشوار است. این فرض احتمالاً منعکس‌کننده مطلوبیت نهایی کاهنده پول است؛ یعنی فرض می‌شود که عدم مطلوبیت ایجادشده در اثر زیان یک دلاری برای خواننده ثروتمند نسبت به خواننده فقیر، کمتر است. پس هنگام تعیین خسارت باید به نحوی عمل نمود که شخص ثروتمند نسبت به شخص فقیر به مقدار بیشتری از آن دلارها محروم شود. پس از این دیدگاه به نظر می‌رسد که ثروت خوانده عامل مرتبطی برای تعیین مقدار مناسب خسارت تنبیهی باشد.

از دیدگاه هیلتون -چه بر اساس نظریه بازدارندگی مطلوب و چه طبق نظریه منفعت‌زدایی- در صورتی که هزینه‌های خارجی یا منافع عمل ارتكابی قابل مشاهده نباشند تعیین خسارت تنبیهی بر اساس ثروت خوانده معقول به نظر می‌رسد. در غیر این صورت دلیلی برای تعیین خسارت تنبیهی بر اساس ثروت وجود ندارد. (Hylton, 1998:6-10) فرض کنید که الف باغچه ب را عمداً از بین می‌برد چراکه از مشاهده باغچه نابود شده او لذت زیادی می‌برد. در اینجا منفعت زیان‌زننده قابل

مشاهده نبوده و احتمالاً وابسته به ثروتش باشد. اگر لذت و خوشنودی که از مشاهده این باغچه ناپود شده نصیبش می شود عادی و متعارف (نظیر یک کالای معمولی) باشد در این صورت تمایل به پرداخت پول بیشتری بابت آن به تناسب افزایش ثروتش دارد پس خسارت تنبیهی هم ارتباط مثبت با ثروت خوانده داشته و باید به تناسب آن افزایش یابد؛ اما اگر این لذت و شغف کم و ناچیز (نظیر یک کالای پست) باشد در این صورت میزان خسارت تنبیهی به صورت منفی وابستگی متقابل با ثروت خوانده دارد؛ اما مشکل عمده‌ای که در اینجا وجود دارد این است که قادر به تعیین این نیستیم که لذت مغرضانه زیان‌زننده از ناپودی باغچه به مثابه یک کالای معمولی است یا پست. (Hylton, 1998:8-9)

علاوه بر دیدگاه فوق، پولینسکی و شاول هم معتقدند که در دو حالت هنگام تعیین خسارت تنبیهی باید ثروت خوانده در نظر گرفته شود: طبق حالت اول اگر زیان‌زننده ریسک‌گریز بوده و دسترسی به بیمه مسئولیت نداشته باشد سطح مطلوب خسارت پایین‌تر است. با فرض ریسک‌گریزتر بودن اشخاص فقیر نسبت به اشخاص ثروتمند سطح مطلوب خسارت تنبیهی برای اشخاص فقیر کمتر است. با این حال حتی اگر اشخاص بسیار ثروتمند هم باشند نباید مقدار خسارت تنبیهی از سطح تعیین شده طبق فرمول بالاتر باشد. حالت دوم هم وقتی است که سود ناشی از عمل زیانبار از لحاظ اجتماعی نامشروع باشد که ثروت خوانده می‌تواند برای تعیین خسارت تنبیهی لحاظ گردد. پس فرضاً برای تعدیل مطلوبیت شخص ثروتمند ناشی از تهمت به دیگری ممکن است نیاز به خسارت تنبیهی بالاتری نسبت به شخص با دارایی متوسط باشد. (Polinsky, 1998:913) از بین دو حالت فوق حالت اول منطقی‌تر به نظر می‌رسد هرچند که نمی‌توان به‌طور مطلق آن را در تمام موارد قابل اعمال دانست.

به هر حال همان‌طور که یکی از نویسندگان اظهار نموده است تنها در شبه جرم‌های عمدی غیر مالی که به دلیل لذت و رضایت شخصی اتفاق افتاده‌اند ثروت می‌تواند در تعیین خسارت تنبیهی تأثیرگذار باشد. وگرنه در موارد مالی مثل مسئولیت تولید تعیین خسارت بر اساس این عامل نادرست می‌باشد. (Budylin, 2006:492) به‌طور مثال بعید است که یک شخص به خاطر لذت و خوشنودی شخصی اقدام به تدلیس یا تولید کالای معیوب نماید. از طرف دیگر محاسبه خسارت تنبیهی با در نظر گرفتن ثروت خوانده امر دشواری به نظر می‌رسد و تنها در سیستم‌هایی قابل اجرا است که اطلاعات شفافی در مورد میزان ثروت و مکنت اشخاص وجود داشته باشد.

## 2-2-2. تعیین سقف

برخی از ایالات آمریکا برای افزایش قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی و محدود نمودن آن سقف تعیین نموده‌اند. به‌طور مثال در برخی از ایالات نظیر ویرجینا حداکثر میزان خسارت تنبیهی که دادگاه‌ها می‌توانند تعیین کنند 350 هزار دلار می‌باشد (Gershowitz, 2000: 1295-6) یا در ایالت جورجیا سقف 250 هزار دلاری تعیین شده است مگر این که دعوا متضمن مسئولیت تولید بوده یا معلوم شود عمل خواننده به قصد آسیب رساندن انجام شده است. (Christise, 1991: 356-7)

برخی دیگر از ایالت‌های آمریکا هم برای کاهش ابهام در مورد میزان خسارت تنبیهی مقرر کرده‌اند که باید رابطه معقولی بین خسارت ترمیمی و تنبیهی وجود داشته باشد. به‌طور مثال در ایالت فلوریدا خسارت تنبیهی می‌تواند حداکثر سه برابر خسارت ترمیمی باشد نه بیشتر از آن (Sebok, 2007: 979) یا در ایالت کلرادو خسارت تنبیهی باید معادل خسارت ترمیمی تعیین شود مگر این که شرایط حادی وجود داشته باشد که در این صورت قاضی می‌تواند رأی به خسارت تنبیهی سه برابر خسارت ترمیمی دهد. (Christise, 1991: 356-7)

یک نمونه از این حالت در قانون ایران مربوط به ماده 18 قانون مصرف‌کنندگان می‌باشد که بر اساس آن عرضه‌کننده کالا یا خدمت معیوب علاوه بر جبران خسارت وارده به مصرف‌کننده باید حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت وارده جزای نقدی بپردازد. در اینجا هرچند این ماده مربوط به خسارت تنبیهی نیست اما باین حال به دنبال تنبیه و مجازات خواننده جهت بازداشتن از ارتکاب رفتار مشابه در آینده است.

به‌هرحال در برخی از ایالات آمریکا قانون‌گذاران بر اساس همین ضابطه (رابطه معقول بین خسارت تنبیهی و خسارت ترمیمی) برای خسارت تنبیهی سقف قرار داده‌اند و بدین وسیله میزان خسارت تنبیهی را محدود نموده‌اند.

از نظر ما هرچند تعیین سقف برای خسارت تنبیهی موجب افزایش قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی می‌گردد اما مشکلی که در اینجا وجود دارد آن است که شاخصه اصلی خسارت تنبیهی این است که در تعیین این خسارت رفتار خواننده بسیار حائز اهمیت است و نقش مهمی در تعیین مجازات دارد؛ اما اعمال این معیار موجب می‌شود که در مواردی که رفتار خواننده بسیار فاحش و متهورانه بوده دست دادگاه برای اعمال خسارت متناسب با رفتار ارتكابی بسته بوده و در نتیجه

خواننده به میزانی که شایسته است مجازات نگردد.

علاوه بر این تعیین یک نسبت خاص باعث می‌شود که خواننده قبل از ارتکاب عمل به محاسبه سود و زیان عمل مورد نظر خود پرداخته و در نتیجه این امر باعث تضعیف هدف بازدارندگی خواهد شد. پس دادگاه باید در هر مورد بر اساس واقعیات پرونده تصمیم بگیرد و اعمال یک نسبت ثابت مانع از تحقق اهداف خسارت تنبیهی خواهد شد.

در پرونده Pacific Mutual Insurance vs. Haslip دادگاه به قابلیت بازنگری احکام تنبیهی بر اساس قانون اساسی امریکا اشاره نموده و پذیرفت که صدور احکام تنبیهی ممکن است مغایر با شرط دادرسی عادلانه<sup>1</sup> باشد. هرچند که نظر دادگاه این بود که رأی تنبیهی صادر شده در این پرونده شرط دادرسی عادلانه را نقض نکرده است. در این پرونده دادگاه برای اولین بار جهت ارزیابی این که آیا خسارت تنبیهی گزاف هست یا نه هفت معیار (از جمله رابطه معقول بین زیان وارده و خسارت تنبیهی، درجه قابلیت سرزنش رفتار خواننده، منفعت رفتار غیرقانونی و ضرورت از بین بردن آن، هزینه‌های دادخواهی و...) را مطرح نمود. (Budylin, 2006:461) در پرونده گور با توجه به این که خسارت تنبیهی تعیین شده 500 برابر خسارت ترمیمی بود خواننده با این ادعا که رأی تنبیهی ناقض قانون اساسی است اقدام به تجدیدنظرخواهی در دادگاه عالی ایالات متحده نمود. در این پرونده دادگاه عالی برای اولین بار رأی تنبیهی صادر شده را مغایر با قانون اساسی تشخیص داد. دادگاه این گونه استدلال نمود که شرط دادرسی عادلانه (مندرج در اصلاحیه هشتم قانون اساسی) دولت را از اعمال مجازات‌های فوق‌العاده سنگین و بسیار مفرط علیه مرتکب مسئولیت مدنی منع نموده است. در صورتی که حکمی... فوق‌العاده سنگین و کمرشکن باشد وارد محدوده خودرأیی و استبداد خواهد شد که مغایر با شرط دادرسی عادلانه می‌باشد. (Nodrati, 2007:58) دادگاه عالی سه معیار برای تشخیص این که آیا رأی تنبیهی گزاف و مغایر با شرط دادرسی عادلانه هست یا نه ارائه نمود. این سه معیار عبارت‌اند از:

- درجه قابلیت سرزنش رفتار خواننده: یعنی هرچه قابلیت سرزنش رفتار متخلف بیشتر باشد

1- طبق اصلاحیه چهاردهم و پانزدهم قانون اساسی امریکا شرط دادرسی عادلانه شرطی است که با الزام نمودن دادگاه‌ها به رعایت تشریفات قانونی هنگام رسیدگی قضایی موجب تضمین حقوق اشخاص (اعم از حیات، آزادی، جان و مال و...) می‌گردد.

خسارت تنبیهی هم باید بیشتر باشد. کما این که برخی معتقدند در مواردی که عمل خواننده حاکی از بی توجهی متهورانه به ایمنی و سلامت دیگران است نسبت به مواردی که صرفاً منجر به زیان اقتصادی شده است باید خسارت بیشتری تعیین شود.

- رابطه معقول بین خسارت تنبیهی و خسارت ترمیمی: بر اساس این معیار اختلاف بین خسارت تنبیهی و خسارت ترمیمی در نظر گرفته می شود به طوری که اگر خسارت ترمیمی اندک باشد مستلزم خسارت تنبیهی بیشتری است و برعکس اگر خسارت ترمیمی حکم داده شده زیاد باشد مبلغ خسارت تنبیهی نباید گزاف باشد.

- اختلاف خسارت تنبیهی با جریمه های مدنی و کیفری مقرر شده یا اعمال شده در پرونده های مشابه: طبق این معیار دادگاه برای ارزیابی گزاف بودن خسارت تنبیهی، حکم تنبیهی را با مجازات های کیفری و مدنی قابل اعمال بر سوء رفتارهای مشابه مقایسه می نماید. کما این که دادگاه در پرونده گور با اعمال این معیار یادآور شد که حداکثر جریمه مدنی مقرر شده به موجب قانون آلاباما برای نقض قانون رویه های تجاری خدعه آمیز 2 هزار دلار می باشد؛ بنابراین دادگاه با مقایسه خسارت تنبیهی 2 میلیون دلاری - که متضمن نسبت 1 به 500 است - با جریمه 2 هزار دلاری خسارت تنبیهی تعیین شده را گزاف تشخیص داد. (Nodrati Kalvanagh, 2007:61) برخی از نویسندگان در انتقاد از ضابطه «رابطه معقول بین خسارت تنبیهی و ترمیمی» این گونه اظهار نظر نموده اند که این معیار (یعنی معقول بودن) مبهم بوده و نیازمند تفسیر است. Eisenberg (et al., 1997:647-9) بنابراین رابطه معقول بین این دو خسارت ملاک روشنی برای تعیین مقدار خسارت تنبیهی به دست نداده و موجب افزایش ثبات و قطعیت نمی شود چون ممکن است در مورد خاصی یک دادگاه رابطه خسارت تنبیهی و ترمیمی را معقول بداند و دادگاه دیگر نظری خلاف آن داشته باشد.

### 2-2-3. اعطای بخشی از خسارت به دولت<sup>1</sup>

یکی دیگر از روش های معمول در برخی از ایالات امریکا (نظیر کلرادو، فلوریدا، جورجیا، میسوری، ایلینویز و...) برای محدود نمودن خسارت تنبیهی، اعطای بخشی از این خسارت به

1- Split-Recovery

خزانه دولت باشد. برخی معتقدند در جایی که حکم تنبیهی گزافی صادر می شود بهتر است بخش اضافی به نماینده حکومت - جهت تأمین مالی شناسایی تخلفات و اجرای قانون در آینده - تسلیم شود. (Owen, 1994: 392-3, Sharkey, 2003: 375) بر همین اساس در برخی ایالات نظیر کلرادو 1/3، در فلوریدا 60% و در میسوری<sup>1</sup> هم 50% خسارت تنبیهی تعیین شده به ایالت پرداخت می شود. (Christise, 1991: 375)

یکی از نویسندگان در تأیید این نظر اعتقاد دارد که کل زیان اجتماعی وارد شده در اثر عمل خوانده - یعنی کل میزان خسارتی که مازاد بر خسارت ترمیمی مورد حکم قرار گرفته است - بعد از کسر خسارت ترمیمی و هزینه های دادخواهی و نیز غرامت منصفانه بابت تلاش های شخصی خواهان در طی فرآیند اقامه دعوا، باید توسط ایالت نگه داشته شود. در غیر این صورت اگر تمام خسارت تنبیهی تعیین شده به خواهان اعطا گردد این امر موجب افزایش بیش از حد عمل زیان بار یا افزایش دعاوی پوچ و واهی می گردد. (Budylin, 2006: 501) در مقابل، برخی با انتقاد از این راه حل معتقدند در این حالت ایالت سهامدار اصلی این خسارت است نه خواهان و در نتیجه همین امر باعث کاهش انگیزه خواهان ها برای درخواست خسارت تنبیهی می شود. (Reder, 1996: 74-5) بر اساس نظر نگارندگان این راه حل چندان با اصول حاکم بر حقوق خصوصی هم سازگاری ندارد چرا که خسارت تنبیهی ماهیتی شبه کیفری داشته و متفاوت از جریمه های کیفری است. این نوع خسارت تخلف علیه اشخاص خصوصی را مجازات می نماید و باید زیان دیده ای وجود داشته و درخواست خسارت تنبیهی نماید تا دادگاه بتواند رأی به خسارت تنبیهی دهد. پس طبیعی است که خسارتی هم که مورد حکم قرار می گیرد باید به اشخاص خصوصی (که نقش فعالی در فرآیند دادخواهی داشته اند) پرداخت شود نه دولت. برعکس اگر واقعاً هدف از اعمال خسارت تنبیهی مجازات تخلف صورت گرفته علیه جامعه بود در این صورت نیازی به اقامه دعوا نبود و دادگاه رأساً می توانست این خسارت را مورد حکم قرار دهد که در آن صورت پرداخت خسارت به دولت هم قابل قبول بود؛ بنابراین خسارت تنبیهی یک نوع مجازات خصوصی بابت تخلفات صورت گرفته علیه اشخاص خصوصی می باشد و باید به خود آن ها هم پرداخت شود.

---

1- Missouri

## نتیجه گیری

خسارت تنبیهی به عنوان یک خسارت فرا ترمیمی با ماهیتی شبه کیفری در دهه های اخیر تبدیل به یکی از اختلاف برانگیزترین مباحث در حوزه حقوق مسئولیت مدنی گردیده است و خصوصاً با توجه به سازوکار و اهداف خاص خود توجه عالمان حقوق اقتصادی را به خود جلب نموده است. تأکید بر هدف بازدارندگی و مجازات در تعاریف متعدد ارائه شده از خسارت تنبیهی موجب گردیده که ماهیت شبه کیفری این خسارت کم و بیش پذیرفته شده و در عین حال مورد انتقاد بسیاری از عالمان حقوق خصوصی قرار گیرد. علیرغم اختلافات زیاد، یکی از مسائل اساسی در مورد این خسارت این است که واقعاً خسارت تنبیهی تا چه حد در تحقق اهداف خود موفق بوده و آیا تأثیری بر رفتار کارآمد مرتکبین و خواهان ها دارد یا خیر.

در هر سیستم حقوقی یکسری عوامل (از جمله هزینه های بالای دادخواهی و عدم انگیزه در زیان دیدگان احتمالی برای اقامه دعوا، برخی هزینه ها و زیان های ترمیم نشده به موجب خسارت ترمیمی و...) موجب نقص در سیستم اجرایی و در نتیجه افزایش احتمال فرار از مسئولیت می گردد. خسارت تنبیهی با توجه به نقش تنبیهی و بازدارنده خود به دنبال تأثیر گذاری بر رفتار اشخاص می باشد. در همین راستا دو نظریه اقتصادی برای توجیه خسارت تنبیهی مطرح شده است: نظریه بازدارندگی مطلوب و نظریه منفعت زدایی.

بر اساس نظریه بازدارندگی مطلوب یک متغیر مهم برای تعیین خسارت احتمال فرار از مسئولیت می باشد. طبق این نظریه در مواردی که عمل زیان باری رخ داده (به استثنای اعمال توأم با سوءنیت) و احتمال فرار از مسئولیت بالا است برای تعیین میزان خسارت مطلوب و به تبع آن دستیابی به بازدارندگی کارآمد باید زیان وارده به خواهان ضربدر معکوس احتمال مسئولیت خوانده شود. با اعمال این فرمول تمام زیان های اجتماعی ایجاد شده در اثر عمل خوانده درونی گشته و بازدارندگی مطلوب حاصل می گردد. در مقابل، نظریه منفعت زدایی مبتنی بر بازدارندگی کامل می باشد. طبق این نظریه در مواردی که منفعت ناشی از عمل زیان بار کمتر از (یا مساوی با) زیان وارده بوده یا منافع نامشروعی توسط زیان زننده به دست آمده، منفعت کسب شده توسط خوانده باید ضربدر معکوس احتمال مسئولیت شود تا موجب بازدارندگی کامل گردد.

تعیین خسارت تنبیهی بر اساس فرمول مقرر شده در نظریه بازدارندگی مطلوب موجب ترغیب

به سطح مطلوب احتیاط و کاهش هزینه‌های اجتماعی می‌گردد و بر اساس نظریه منفعت‌زدایی نیز اعمال خسارت تنبیهی موجب استرداد منافع نامشروع و بازداشتن کامل از فعالیت‌های غیرمفید می‌گردد.

علیرغم مزایای ذکر شده برای خسارت تنبیهی، اعمال این نوع خسارت با مشکلات فراوانی روبرو است. مهم‌ترین مشکلات موجود عبارت‌اند از: عدم قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی، اقامه دعوی واهی، ثروت بادآورده برای خواهان و تشویق رفتار مخاطره‌جویانه، مجازات مضاعف خوانده و...

علاوه بر این با توجه به مفاهیم تحلیل اقتصادی حقوق هم می‌توان دریافت که خسارت تنبیهی دچار اشکالاتی است و بر این اساس شاید مهم‌ترین اشکال خسارت تنبیهی (با توجه به فقدان قاعده خاص برای تعیین میزان آن) ریسک‌بازدارندگی بیش‌ازحد باشد. این مسئله موجب می‌گردد که اشخاص (خصوصاً شرکت‌ها و اشخاص حقوقی) بیش‌ازحد احتیاط کرده و در نتیجه مرتکبین بالقوه از سطح مطلوب احتیاط منحرف شوند و طبیعی است که در این حالت هزینه احتیاط بیشتر از منافع آن است.

تمام مشکلات فوق موجب گردیده است که دادگاه‌های امریکا به روش‌های مختلف (از جمله تعیین سقف، تعیین خسارت تنبیهی بر اساس ثروت خواننده، اعطای بخشی از خسارت به دولت و...) میزان خسارت تنبیهی را محدود نموده و مانع از صدور حکم تنبیهی با مبالغ هنگفت شوند.

به هر حال از نظر ما اگرچه که خسارت تنبیهی می‌تواند نقش مؤثری در رفع نقایص سیستم اجرایی و احقاق حقوق زیان‌دیدگان داشته باشد اما با این حال نمی‌توان از برخی ایرادات آن چشم‌پوشی نمود. با توجه به این که یکی از مؤلفه‌های اساسی در تحلیل اقتصادی حقوق کارایی است باید گفت که خسارت تنبیهی در رویه کنونی موجب خروج از نقطه تعادل و انحراف از مقاصد اصلی خود می‌گردد. پس اعمال آن با این سازوکار باعث اتلاف منابع و کاهش فعالیت مفید اجتماعی گردیده و منجر به رفتار ناکارآمد از سوی اشخاص می‌گردد.

علیرغم ارائه نظریه‌های اقتصادی برای غلبه بر مشکلات موجود باز هم این نظریه‌ها به خاطر جامع نبودن خود واجد اشکالاتی هستند که این امر مانع از پذیرش همگانی آن می‌گردد. از سوی دیگر هیچ یک از راه‌حل‌هایی که در حقوق امریکا برای محدود نمودن خسارت تنبیهی مطرح گردیده کامل نبوده و چه‌بسا باعث دورتر شدن خسارت تنبیهی از اهداف اصلی خود نیز می‌گردد.



مانند تعیین خسارت تنبیهی بر اساس ثروت خواننده یا اعطای بخشی از خسارت به دولت که می‌تواند منجر به سوءاستفاده اشخاص و تضعیف اثر بازدارنده آن گردد.

با توجه به مباحث فوق مشخص گردید که خسارت تنبیهی متضمن ایراداتی است که حتی انتقاد بسیاری از نویسندگان کامن‌لا را هم در پی داشته است و لذا قابلیت اعمال آن در شکل کنونی در حقوق ایران هم به‌طور جدی مورد تردید است. در حقوق ایران نهادهایی شبیه به خسارت تنبیهی (از جمله دیه، وجه التزام و...) را می‌توان یافت که در مورد ماهیت مدنی یا کیفری آن‌ها اختلافات زیادی وجود دارد. باین حال قانون‌گذار ایرانی تنها در پاسخ به اصلاحیه سال 1996 قانون مصونیت حکام خارجی ایالات متحده، صدور حکم خسارت تنبیهی را در دعاوی بین‌المللی و در راستای اقدام متقابل پذیرفته است که البته حتی در این دعاوی هم حقوق ایران به درستی رعایت نشده و علیرغم صدور بیش از 15 رأی تنبیهی (بالغ بر 4 میلیارد دلار) اقدام مؤثری از جانب مقامات ایرانی برای استیفای حقوق خود صورت نگرفته است.

در نهایت باید گفت که از نظر نگارندگان با توجه به ابهاماتی که در تعریف رفتار قابل سرزنش - به‌عنوان رفتار موضوع خسارت تنبیهی - وجود دارد به نظر می‌رسد اولین گام لازم برای اصلاح این وضعیت تعریف دوباره خسارت تنبیهی و تعیین ضوابط دقیق برای حکم به چنین خسارتی است؛ به عبارت دیگر برای افزایش قابلیت پیش‌بینی خسارت تنبیهی باید مصادیق رفتار قابل سرزنش و ویژگی‌های آن به‌طور دقیق تعریف شود تا بدین وسیله مشخص شود که در چه مواردی می‌توان حکم به خسارت تنبیهی داد. از سوی دیگر برای محاسبه خسارت تنبیهی برخی راه‌حل‌ها نظیر تعیین سقف قابل تأمل به نظر می‌رسند باین حال صرفاً به این روش نمی‌توان تکیه نمود و با توجه به این که در بحث خسارت تنبیهی تمرکز اصلی بر رفتار مرتکب است لذا مجموعه‌ای از عوامل (نظیر احتمال مسئولیت، اهمیت و شدت رفتار ارتكابی و...) هم باید در نظر گرفته شود. ضمن این که به نظر می‌رسد برای حفظ حقوق تمام زیان‌دیدگان (ناشی از عمل یک مرتکب) و جلوگیری از مجازات مضاعف بهتر است این خسارت در حسابی به‌عنوان حساب امانی برای مدتی ودیعه گذاشته شود تا خواهان‌های بعدی هم بتوانند از این راه زیان خود را جبران نمایند.

## References

- [1] Behr, Volker. (2003). Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. *Chicago-Kent Law Review*, 78: 117.

- [2] Boyd, James ; Ingberman, Daniel E. (1995). Do Punitive Damages Promote Deterrence?. Business Law & Economics Center, Washington University, (08): 48.
- [3] Budylin, Sergey. (2006). Punitive Damages as Social Harm Measure: Economic Analysis Continues. Oklahoma City University Law Review, 31: 458-503.
- [4] Calandrillo, Steve P. (2010). Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs A Lesson in Law and Economics. The George Washington Law Review, 78: 791-6.
- [5] Christise, George C. (1991). Current Trends in the American Law of Punitive Damages. Anglo-American Law Review, 20: 353-375.
- [6] Colby, Thomas B. (2003). Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs. Minnesota Law Review, 87:584-8.
- [7] Cooter, Robert D. (1982). Economic Analysis of Punitive Damages. Berkeley Law, 79: 83-95.
- [8] Cooter, Robert D. (1989). Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?. Alabama Law Review, 40: 1145.
- [9] Cooter, Robert D.; Thames, Ulen. (2010). Law and Economics. Dadgar, Yadollah; Akhavan Hazave, Hamedeh, Economic Research of Tarbiat Modares University Press, Fourth Edition, 425-7 (In Persian).
- [10] Eaton, Thomas A.; Mustard, David B.; Talarico, Susette M. (2005). The Effects of Seeking Punitive Damages on the Processing of Tort Claims. University of Georgia, Journal of Legal Studies, 34 (2): 1-5.
- [11] Eisenberg, Theodore et al. (1997). The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, 26: 647-9.
- [12] Eisenberg, Theodore et al. (2002). Juries, Judges and Punitive Damages: An Empirical Study. Cornell Law Review, 87: 743-9.
- [13] Ellis, Dorsey D. (1982). Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages. Southern California Law Review, 56: 25-57.
- [14] Galligan, Thomas C. (1990). Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages. Louisiana Law Review, 51: 692-700.
- [15] Gershowitz, Adam M. (2000). Note, The Supreme Court's Backwards Proportionality Jurisprudence: Comparing Judicial Review of Excessive Criminal Punishments and Excessive Punitive Damages Awards. Virginia Law Review, 86: 1295-6.
- [16] Hylton, Keith, N. (1998). Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties. The Georgetown Law Review, 87: 1-452.
- [17] Madden, M. Stuart. (2002). Renegade Conduct and Punitive Damages in Tort. South Carolina Law Review, 53: 1175.
- [18] Markel, Dan. (2009). How Should Punitive Damages work?. University of Pennsylvania Law Review, 157: 7-139.
- [19] Mattiacci, Guiseppe. (2006). The Economics of Tort Law: A Precise. Edward Elgar Publishing...

- [20] Nodrati kalvanagh, Akbar. (2010). Comparative Study of Punitive Damages in Law of Iran, United States and Germany. Tehran University M.A Thesis (Gom Campus), 52-61 (In Persian).
- [21] Owen, David G. (1994). A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. Villanova Law Review, 39: 394-6.
- [22] Polinsky, Mitchell ; Shavell, Steven. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. Harvard Law Review, 111:874-925.
- [23] Reder, Margo E. K. (1996). The Current Challenges to Punitive Damages Awards. Business Law Review, 29: 74-5.
- [24] Rendleman, Doug. (2010). Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?. University of ST.Thomas Law Journal, 7: 6.
- [25] Rosenberg, Ezra D. ; Wajret, Sean P. (2007). Supreme Court: Due Process Clause Prohibits Punitive Damages Based on Harm to Non-parties. Dechert's Mass Torts and Product Liability Group, 30:1.
- [26] Schkade, David ; Sunstein, Cass R. ; Kahneman, Daniel. (1999). Do People Want Optimal Deterrence?. John M. Olin Law & Economics Working Paper, (77): 7.
- [27] Sebok, Anthony J. (2007). Punitive Damages: From Myth to Theory. Iowa Law Review, 92: 983-9.
- [28] Sharkey, Catherine M. (2003). Punitive Damages As Societal Damages. The Yale Law Journal, 113: 351-375.
- [29] Sharkey, Catherine M. (2012). Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine. NYU Law and Economics Research Paper, (12): 51-5.
- [30] Wieber Lens, Jil. (2011). Punishing for the Injury: Tort Law's Influence on the Constitutional Limitations of Punitive Damage Awards. Hofstra Law Review, 39 (595): 31-48.
- [31] Weinrib, Ernest J. (2003). Punishment and Disgorgement As Contract Remedies. Chicago-Kent Law Review, 78: 86.

## اقتصاد سبز: گامی به سوی تحقق توسعه پایدار در حقوق بین الملل محیط زیست

محمد حسین رمضانی قوام آبادی<sup>1</sup>

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: 1394/3/30

تاریخ دریافت: 1393/12/17

### چکیده

حفاظت از محیط زیست یکی از نگرانی بزرگ جامعه بین المللی است. به منظور حفاظت از منابع طبیعی تجدید ناپذیر و رعایت حقوق نسل های فعلی و آینده موضوع توسعه پایدار مورد توجه دولت ها و سازمان های بین المللی قرار گرفت. توسعه پایدار در صدد ایجاد تعادل و مصالحه بین ابعاد اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی است. رویکرد سنتی اقتصاد قهوه ای و استفاده حداکثری از منابع طبیعی بدون توجه به حقوق نسل های آینده موجب تخریب و آلودگی محیط زیست می شود. در مقابل اقتصاد سبز نه تنها پاسخی به چالش های پیش روی جامعه جهانی محسوب می شود بلکه تحقق توسعه پایدار را تسهیل می نماید.

در این تحقیق مفهوم، ماهیت حقوقی اقتصاد سبز و نقش آن در تحقق توسعه پایدار مورد بررسی قرار گرفته است. ضمن توصیف اقدامات جامعه بین المللی جهت حفاظت از محیط زیست به تحلیل اقتصاد سبز و نقش حیاتی آن در نیل به توسعه پایدار پرداخته شده است.

امروزه دیگر نمی توان به توسعه پایدار به عنوان یک انتخاب نگرست بلکه به عنوان یک تعهد است که تمام بازیگران دولتی و غیر دولتی باید برای نیل به توسعه پایدار تمامی مساعی خود را جهت گذار به اقتصاد سبز بکار بندند. توجه به سرمایه های طبیعی برای هر جامعه ای با ارزش است و وجود برنامه های کوتاه مدت، میان مدت و دراز مدت در پرتو اقتصاد سبز، رشد و رفاه اجتماعی را برای جامعه به ارمغان خواهد آورد.

**واژگان کلیدی:** اقتصاد سبز، محیط زیست، توسعه پایدار، تغییرات آب و هوایی

**طبقه بندی JEL:** Q48, Q54, Q56, K33

## مقدمه

یکی از مهمترین پیامدهای افزایش جمعیت در جهان، مصرف انرژی و تقاضای رو به تزاید منابع انرژی است. بیش از نیمی از جمعیت جهان در شهرها زندگی می کنند. به همین نسبت نیز میزان درخواست انرژی و مصرف آن در شهرها به مراتب بیشتر از روستاها است. پس شهرها مسئول انتشار بیشترین گاز کربنیک و سایر آلاینده‌های مضر برای محیط زیست محسوب می شوند. از آنجایی که منابع تجدیدناپذیر در جهان محدود است باید در پی منابع پاک و تجدید پذیر بود. جهت حل این معضلات در سطح بین المللی بیش از چند دهه است که موضوع توسعه پایدار را مطرح کرده اند. توسعه پایدار یکی از موضوعات مهم و مورد بحث حقوق بین الملل محیط زیست محسوب می شود و تاکنون چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی اقدامات زیادی جهت تحقق توسعه پایدار صورت گرفته است. (Kiss et Beurrier, 2004: 17)

گسترده‌گی و تنوع ابعاد اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی مفهوم توسعه پایدار ایجاب می کند تا نظام‌های مختلف بر مقررات گذاری در سطح کلان اهتمام ویژه‌ای داشته باشند. بدین منظور تاکنون برنامه‌ها و راهبردهای گوناگونی جهت تحقق توسعه پایدار توسط دولت‌ها تدوین شده است. به صورت مشخص واژه «توسعه پایدار» از کنفرانس ریو دو ژانیرو برزیل در سال 1992 وارد ادبیات حقوق بین الملل محیط زیست گردید. به عبارت دیگر محور اصلی دومین کنفرانس بین المللی محیط زیست در سال 1992 موضوع «محیط زیست و توسعه» بود. (Dupuy, 1997: 873) اگر چه قبل از آن نیز در کنفرانس استکهلم 1972 بارقه‌هایی از طرح موضوع توسعه پایدار آشکار شده بود اما اعلامیه ریو 1992 به طور شفاف و مشخص از موضوع توسعه پایدار سخن می راند.

در کنفرانس‌های بین المللی برگزار شده بعد از ریو 1992 و همچنین در اسناد مصوب این کنفرانس‌ها مجدداً بر مفهوم «توسعه پایدار» تاکید می شود. شناسایی توسعه پایدار در اسناد بالادستی نظام‌های ملی به عنوان سیاست کلی بیانگر اهمیت آن می باشد. به منظور اجرایی شدن سیاست‌های کلی نظام باید برنامه‌ها و راهبردهایی در راستای سیاست اصلی تدوین گردد تا اهداف عالی توسعه پایدار محقق شود. ابعاد سه گانه توسعه پایدار و ضرورت ایجاد تعادل بین آنها به کرات مورد توجه قرار گرفته است. طرح موضوع «اقتصاد سبز» و ورود آن به ادبیات اقتصادی و حقوقی در همین چارچوب قابل بررسی و تجزیه و تحلیل است.

ارتباط تنگاتنگ بین موضوعات اقتصادی و زیست محیطی باعث طرح رویکردهای جدید در حوزه حقوق بین الملل محیط زیست گردید که یکی از بارزترین آنها «اقتصاد سبز» می باشد. گذار از رویکرد اقتصاد سنتی به سمت اقتصاد سبز با رعایت اصل انصاف و اصل ادغام زیست محیطی امکان پذیر است. به این معنا که اقتصاد سنتی بیشتر مبتنی بر استفاده بی حد و حصر از منابع طبیعی و عدم توجه به حقوق نسل های فعلی و آینده است. آثار و تبعات ناشی از چنین اقتصادی در عمل می تواند جبران ناپذیر باشد. تغییر رویکرد در این عرصه امری محتوم و قطعی است و به همین جهت جامعه بین المللی چاره ای جز استعانت از تمامی بازیگران بین المللی جهت مقابله با آثار مزبور نخواهد داشت. گذار به سمت اقتصاد سبز بین دولت ها متفاوت است چه اینکه سطح توسعه هر یک از این کشورها با دیگری فرق می کند و سرمایه های طبیعی و انسانی هر یک از آنها در این امر دیمدخل خواهد بود. با امعان نظر به وابستگی متقابل و غیر قابل تفکیک محیط زیست با مباحث کلان انسانی از جمله اخلاق، سیاست، اقتصاد، توسعه و غیره، فرهنگ سازی و ایجاد یک نگرش سیستمی به موضوع محیط زیست مهم می نماید.

چالش های پیش روی جامعه جهانی همچون بحران های اقتصادی و مالی، افزایش جمعیت، عدم امنیت غذایی، تغییرات اقلیمی و غیره باعث شد تا سازمان ملل متحد در ادامه فعالیت هایش در خصوص توسعه پایدار و رصد اقدامات انجام شده در این خصوص در سال 2012 کنفرانس ریو + 20 را برگزار کند.

آهنگ شتابان توسعه کشور نیازمند توجه به همه ابعاد توسعه پایدار است. اقتصاد سبز یکی از مهمترین ابزارها برای تحقق توسعه پایدار است و از این منظر نه تنها موجبات حذف فقر، افزایش رفاه عمومی، بهداشت و تحقق عدالت اجتماعی فراهم می شود بلکه با آشنایی این مفهوم می توان عملکرد دولت ها از جمله دولت ایران را در این حوزه به نظاره نشست.

پرسش اصلی پژوهش حاضر حول چیستی و چرایی اقتصاد سبز و نقش آن در تحقق توسعه پایدار می چرخد. هدف این تحقیق، واکاوی مفهوم اقتصاد سبز و ارتباط آن با توسعه پایدار و اقدامات انجام شده در سطح بین المللی می باشد. پس تلاش می شود ضمن بررسی اقتصاد سبز در پرتو توسعه پایدار، اقدامات اخیر جامعه بین المللی درباره ی اقتصاد سبز مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

## گذار از اقتصاد نئوکلاسیک به اقتصاد سبز

انقلاب صنعتی آثار و تبعات زیادی بر زندگی انسان داشته است. رشد اقتصادی ناشی از انقلاب صنعتی در تعدادی از کشورها نگرانی هایی را در خصوص موضوع تقسیم سرمایه بین کارگزاران اقتصادی و کارگران حقوق بگیر مطرح کرد. ابعاد اقتصادی و اجتماعی ناشی از آن موجب طرح نظریات اقتصادی در خصوص دو عامل مهم تولید یعنی سرمایه و کار گردید.

طرح موضوعات زیست محیطی در دهه 70 میلادی موجب نگرانی هایی در بخش اقتصادی شد؛ زیرا به زعم کارگزاران اقتصادی رعایت دقیق استانداردهای زیست محیطی در بخش تولید می تواند موجب کاهش رشد اقتصادی گردد. فرآیند تدریجی ادغام موضوعات اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی با برگزاری کنفرانس ریو 1992 آغاز شد و همچنان نیز در دستور کار دولت ها و برخی از سازمان های بین المللی قرار دارد. اقتصاد سبز یکی از مهمترین جلوه های ادغام ابعاد اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی است و بدون آن توسعه پایدار محقق نخواهد شد.

اکثر اقتصاددانان فارغ از اینکه جز کدام یک از نحله های اقتصادی باشند در این خصوص اتفاق نظر دارند که باید راه حل فوری جهت حل مشکلات و معضلات زیست محیطی اتخاذ گردد. اقتصاددانانی چون پیگو، سامولسون و کواز با طرح مفاهیمی همچون آثار جانبی یا آثار خارجی (برونی)، اموال عمومی و حق آلوده کردن سعی بر برپا کردن خلاءهای موجود کرده اند. به تدریج این مفاهیم از رهگذر ارائه نظریات بعدی اقتصادی تبدیل به یکی از موضوعات مهم اقتصاد محیط زیست گردید.

پیشرفت اقتصادی جوامع امری اجتناب ناپذیر است و در این راه عدم توجه به محیط زیست سبب ناپایداری توسعه می شود. جامع نگری در سیاست گذاری های مصرف، نقش بسزایی در بهبود کارایی رشد اقتصادی، ایجاد اشتغال و توسعه متوازن و حفظ محیط زیست ایفا می نماید. لذا گذار به سمت اقتصاد سبز راهکاری است که می تواند چالش های پیش روی جامعه بین المللی در حوزه محیط زیست را مرتفع سازد. جهت گذار به سمت اقتصاد سبز یکی از ابزارهای موثر در کنار فن آوری سبز، کاربری اصل آلوده ساز- پرداخت کننده است. امروزه اصل آلوده ساز- پرداخت کننده یکی از مهمترین اصول حقوق بین الملل محیط زیست است. مبنای اصل آلوده ساز- پرداخت کننده به نظریه اقتصادی پیگو اقتصاددان انگلیسی باز می گردد. پیگو اعتقاد داشت که خسارات وارده به محیط زیست ناشی از تولید محصول و همچنین خسارات ناشی از مصرف

آن منتسب به کسی می‌باشد که موجب آن شده است. (De Sadeleer, 1999:50-51)

در سال 1974 اصل آلوده ساز- پرداخت کننده به منظور جلوگیری از آلودگی و تشویق کشورهای منطقه اروپا جهت بهره‌برداری مناسب و معقول از منابع زیست محیطی در قالب اقدامات سازمان همکاری توسعه اقتصادی تدوین گردید. اعلامیه ریو 1992 در ماده 16 مقرر می‌دارد: «مقامات ملی باید در جهت بین‌المللی شدن هزینه‌های حفاظت از محیط زیست و استفاده از ابزار اقتصادی با توجه به این امر که علی‌الاصول آلوده کننده باید هزینه رفع آلودگی را پردازد و با توجه به منافع عمومی و بدون اخلال در تجارت بین‌المللی و سرمایه‌گذاری کوشش نمایند.»

این اصل واجد دو کارکرد مهم پیشینی جهت جلوگیری از انتشار آلودگی و پسینی به منظور جبران خسارات وارده به محیط زیست است. اقدامات پیشینی بیشتر جنبه‌ی پیشگیرانه دارد و از طرف دولت و مقامات عمومی جهت نظارت و کنترل سطح کیفی محیط زیست وضع می‌گردد. یکی از مصادیق بارز آن تعیین استانداردهای زیست محیطی است. استعانت از ابزارهای اقتصادی بازار می‌تواند کمک شایانی به حفظ محیط زیست نماید. با کمک این ابزارها، در کارگزاران اقتصادی ایجاد انگیزه می‌شود تا با رعایت استانداردها از انتشار آلودگی کاسته شود. وضع مالیات عامل مهم و تاثیرگذاری در درونی سازی اثرات خارجی است. در واقع این مالیات بر تولید کنندگان محصولات آلاینده تحمیل می‌گردد. از طرف دیگر بالابردن قیمت محصول بی کیفیت و آلاینده از طرف کارگزار اقتصادی جهت جبران مافات ناشی از پرداخت مالیات دیگر نمی‌تواند مانع از عدم تمایل مصرف کننده برای خرید آن کالا گردد.

در این صورت است که تولید کنندگان کالای آلاینده تشویق می‌شود تا به منظور ماندن در گردونه بازار اقتصادی سعی کند استانداردهای کیفی کالا را حفظ کند.

درونی سازی اثرات خارجی به این معنا است که میزان مالیات تعیین شده خود به نحوی تابعی از میزان خساراتی است که از تولید آن محصول به محیط زیست وارد می‌آید. منطق اقتصادی هزینه و فایده حکم می‌کند تا کارگزار اقتصادی به منظور کاستن از هزینه‌های خود علی‌الخصوص هزینه‌های ناشی از بالا رفتن قیمت کالا به واسطه مالیات‌های زیست محیطی در صدد روی آوردن به فن آوری‌های سبز و رعایت استانداردهای زیست محیطی باشد. مالیات‌های مزبور حاصل دخالت توامان دو اصل کلیدی محیط زیست محیطی یعنی اصل پیشگیری و اصل آلوده ساز- پرداخت کننده است. هدف اصلی از این مالیات‌ها کاهش آلودگی است. البته میزان



این مالیات خیلی مهم است زیرا در صورت پائین بودن بیش از حد دیگر انگیزه‌ای برای کاهش آلودگی توسط آلوده کننده به وجود نمی‌آید. حال اگر میزان مالیات خیلی بالا باشد در نتیجه قیمت‌ها افزایش پیدا می‌کند و هزینه‌ها خیلی بالا خواهد رفت. به عبارت دیگر با عدم افزایش قیمت‌ها، سود سهامداران پائین می‌آید و دستمزد کارگران کاهش می‌یابد. در مقابل مصرف‌کننده با دادن مالیات بر کالاها و خدمات، آلودگی را کم می‌کند و هزینه‌های اضافی هم متحمل می‌شود.

هر چه در مورد اهمیت کارکرد پیشینی گفته شد مانع از آن نخواهد شد تا درباره کارکرد پسینی بحث نشود. کارکرد پسینی اصل آلوده ساز - پرداخت کننده در قالب ابزارهای ترمیمی قابل تحقق است. کارکرد پیشینی بیشتر مبتنی بر اقدامات پیشگیرانه جهت جلوگیری از ورود خسارت به محیط زیست است در حالی که کارکرد پسینی اصل آلوده ساز - پرداخت کننده بیشتر جنبه جبرانی دارد. پیرو اصل کلی حقوق، هیچ خسارتی نباید بدون جبران باقی بماند ایجاب می‌کند تا خسارات عمده به محیط زیست باید ترمیم و جبران گردد.

لذا جهت جبران خسارات وارده به محیط زیست باید از قواعد حقوق مسئولیت مدنی بهره جست. غالب قواعد و مقررات بین المللی در حوزه مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض است. کنوانسیون لوگانو در مورد مسئولیت مدنی خسارات ناشی از فعالیت‌های خطرناک برای محیط زیست بر مناسب بودن برقراری رژیم مسئولیت عینی با در نظر داشتن اصل آلوده ساز - پرداخت کننده تاکید می‌کند. (De Sadeleer, 1999:69) لذا در این نوع مسئولیت دیگر قصور و تقصیر و بی‌مبالاتی عامل ضرر و زیان به آن صورت که در نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر وجود دارد، مطرح نیست. بنابراین همان طور که قبلاً گفته شد خسارات باید جبران گردد و هزینه جبران خسارات بر عهده کسی خواهد بود که خسارات را بوجود آورده است.

پر واضح است که کارکردهای پیشینی و بکارگیری ابزارهای اقتصادی می‌تواند نقش مهمی بازی کند و درونی سازی هزینه‌های آثار جانبی و بیرونی خسارت بار به محیط زیست را از طریق اصل آلوده ساز - پرداخت کننده تامین نماید. در ضمن اجرایی شدن این اصل در نظام حقوقی هر کشور در حوزه محیط زیست می‌تواند در خدمت توسعه پایدار و ادغام ابعاد سه گانه آن قرار گیرد.

## 1-2- ادغام ابعاد زیست محیطی در چارچوب اقتصاد سبز

توسعه پایدار با ابعاد اقتصادی، اجتماعی و اکولوژیکی محقق می‌شود. مصالحه بین مسائل اقتصادی و زیست محیطی ایجاب می‌کند تا از مدل سنتی توسعه فاصله بگیریم و با رویکرد جدیدی مقدمات اعمال اقتصاد سبز زیست محیطی را فراهم سازیم. مدل سنتی توسعه بر استفاده حداکثری از منابع طبیعی بدون توجه به حقوق نسل‌های فعلی و آینده استوار است. بی‌تردید چنین رویکردی آثار و تبعات سوئی را بر محیط زیست به جای می‌گذارد. تغییر شیوه‌های تولید و اصلاح الگوهای مصرف گام موثری در جهت استفاده بهینه از منابع طبیعی محسوب می‌شود.

مقابله با چالش‌های موجود محیط زیست در سطح جهانی ایجاب می‌کند تا به سمت اقتصاد سبز حرکت کنیم. گذار به سمت اقتصاد سبز و اکولوژیک باید به منظور کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، حفاظت از منابع طبیعی، تحقق عدالت اجتماعی و فردی جهت مبارزه با نابرابری‌ها باشد.

کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای یکی از مهمترین اهداف اقتصاد سبز محسوب می‌شود. دوره گذار واقعی به سمت اقتصاد سبز و اکولوژیک مستلزم کاهش این گازها است. کنوانسیون چارچوب مربوط به تغییرات آب و هوایی یکی از مهمترین اسناد بین‌المللی است که به منظور جلوگیری از افزایش گازهای گلخانه‌ای در سال 1992 تنظیم شده است. تثبیت میزان انتشار این گازها مهمترین هدف این کنوانسیون محسوب می‌شود. بدین منظور دولت‌های عضو ضمیمه 1 کنوانسیون ملزم شدند تا سال 2000 میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای خود را در سطح موجود در سال 1990 بازگردانند. به منظور اتخاذ تدابیری موثر برای کاهش گازهای گلخانه‌ای پروتکل کیوتو تدوین شد. ضرورت اتخاذ این تدابیر از آن جهت مهم ارزیابی می‌شود که افزایش گازهای گلخانه‌ای یکی از معضلات جامعه بین‌المللی است. آسیب‌های ناشی از تغییرات آب و هوایی پیامدهای گوناگونی همچون افزایش سطح آب دریا، سونامی، مشکلات مربوط به آورانگان زیست محیطی و غیره را بدنبال خواهد داشت. در پروتکل کیوتو دول صنعتی متعهد شدند تا میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای خود را به طور متوسط 5/2 درصد در مقایسه با میزان انتشار همان دولت‌ها در سال 1990 در بین سال‌های 2008 تا 2012 کاهش دهند. (protocole de Kyoto, 1997:3)

به منظور اجرای تعهدات، پروتکل کیوتو سازکارهایی منعطفی را مورد شناسایی قرار داده است. کنوانسیون چارچوب ملل متحد در خصوص تغییرات آب و هوایی همانند اکثر کنوانسیون‌ها-

های مشابه دیگر اقدام به تدوین تعهدات کلی نمود. همان طور که در بالا اشاره شد تعهد کلی کنوانسیون در خصوص تثبیت انتشار گازهای گلخانه‌ای مورد شناسایی قرار گرفت اما اجرای تعهدات کلی موکول به تعیین ساز کارهای مشخص و دقیق تر جهت نیل به اهداف کنوانسیون گردید. یکی از تکنیک‌های خاص حقوق بین الملل محیط زیست استفاده از کنوانسیون‌های چارچوبی است. در واقع کنوانسیون‌های چارچوبی اصول و تعهدات کلی مربوط به همکاری بین دولت‌ها را در یک حوزه‌ی معین بیان می‌کنند اما نحوه‌ی همکاری و جزئیات آن را به پروتکل‌ها یا موافقت‌نامه‌های مکمل واگذار می‌نمایند. البته لازم است به این نکته اشاره کنیم که ارتباط و وابستگی بین کنوانسیون چارچوب (سند اصلی) با پروتکل یا موافقت‌نامه‌های الحاقی (اسناد بعدی) با حفظ استقلال هر یک از این اسناد از دیگری است. به عبارت دیگر از حیث حقوق معاهدات هر یک از این اسناد از نظر شکلی معاهده‌ی بین المللی محسوب می‌شوند اما با این تفاوت که تنها دول عضو کنوانسیون چارچوبی (سند اصلی) می‌توانند متعهد پروتکل یا موافقت‌نامه‌های الحاقی (اسناد بعدی) گردند. از طرف دیگر لازم به ذکر است که عضویت در کنوانسیون چارچوبی (سند اصلی) لزوماً به معنی عضویت در پروتکل یا موافقت‌نامه‌های الحاقی (اسناد بعدی) نیست. (Kiss, 1993:793)

لذا پروتکل کیوتو در صدد تشریح و تعیین حدود تعهدات مندرج در کنوانسیون چارچوبی جهت کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای است. بدین منظور پروتکل کیوتو اقدام به تدوین ساز کارهای سه گانه تجارت انتشار، اجرای مشترک و توسعه پاک نمود.

الف) ساز کار تجارت انتشار یا تجارت حق انتشار<sup>1</sup>؛ این ساز کار به دول عضو پیوست یک که متعهد به کاهش گازهای گلخانه‌ای هستند اجازه می‌دهد تا حق انتشار اختصاص یافته به خود را برای انجام تعهدات خود مبادله نمایند. پس کشوری که در راستای اجرای تعهدات بین المللی انتشار گازهای مربوطه را بیش از آنچه که لازم بوده است کاهش دهد در این صورت آن دولت قادر به انتقال مازاد حق انتشار خود به کشور دیگر می‌باشد. (protocole de Kyoto, 1997:6)

1- در زبان انگلیسی تحت عنوان Emission Trading و در زبان فرانسوی تحت عنوان Le commerce de droits d'émissions شناخته می‌شود.

ب) سازکار اجرای مشترک<sup>1</sup>؛ این سازکار به دول عضو پیوست یک این امکان را می‌دهد تا واحدهای کاهش انتشار را از طرح‌های اجرا شده کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای در کشور توسعه یافته دیگر بدست آورند. در چارچوب پروتکل کیوتو هر یک از دو طرف طرح یعنی دولت میزبان و دولت سرمایه‌گذار ملزم به کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای هستند برای مثال کشور الف در کشور ب طرح یک مرکز تولید برق را به اجرا گذارد که موجب کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای گردد. به دیگر سخن دولت عضو پیوست یک به منظور ایفای بخشی از تعهد خود مبنی بر کاهش انتشار می‌تواند یک طرح کاهش انتشار را در دولت دیگر عضو پیوست تعریف و اجرا کند. پس دولت الف با اجرای طرح می‌تواند واحدهای کاهش انتشار را کسب کند. ج) سازکار توسعه پاک<sup>2</sup>؛ سازکار توسعه پاک نیز همانند سازکار اجرای مشترک پروژه یا طرح محور است. در سازکار توسعه پاک طرح‌هایی جهت کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای به اجرا گذاشته می‌شود. تفاوت اساسی بین سازکار توسعه پاک با سازکار اجرای مشترک در این است که دولت میزبان، یک کشور در حال توسعه می‌باشد. به عبارت دیگر، این سازکار بین دول عضو پیوست یک و دولت‌های در حال توسعه جاری است.

به منظور کمک به کشورهای صنعتی جهت انجام تعهدات خود با هزینه کمتر این امکان فراهم شده تا بتوانند طرح‌های کاهش انتشار خود را با هزینه کمتر در یک کشور در حال توسعه به اجرا گذارند و در ازای آن گواهی کاهش انتشار را از کشور در حال توسعه (دولت میزبان) دریافت دارد. از طرف دیگر اجرای این سازکار کمک شایانی به تحقق توسعه پایدار در کشورهای در حال توسعه می‌کند.

پس سازکار توسعه پاک نه تنها نقش مهمی در ایفای تعهد دولت‌ها در کاهش حجم انتشار گازهای گلخانه‌ای دارد بلکه می‌تواند در خدمت توسعه پایدار و پیشرفت اقتصادی کشورهای در حال توسعه قرار گیرد.

از جمله معیارهای مهم و ضروری برای قابل قبول واقع شدن طرح‌های مربوط به سازکار توسعه

---

1- La mise en oeuvre conjointe

2- Le développement propre

پاک معیار افزونگی<sup>1</sup> و توسعه پایدار<sup>2</sup> است. معیار افزونگی به این معنا است که طرح مورد نظر باید منجر به کاهش میزان انتشارات شود، اضافه بر آنچه در غیاب فعالیت طرح اتفاق می افتد. به عبارت دیگر انتشار گازهای گلخانه‌ای باید کمتر از میزانی باشد که در نبود این طرح منتشر می شد. (Balan, 2004)

اما معیار دوم که در صدر ماده 12 پروتکل نیز به آن اشاره شده از اهمیت زیادی برخوردار است. هدف از ساز کار توسعه پاک کمک به اعضای مندرج نشده در پیوست یک جهت دستیابی به توسعه پایدار و کمک به هدف نهایی کنوانسیون و همچنین مساعدت به اعضای مندرج در پیوست یک برای نیل به رعایت تعهدات کاهش و محدودیت کمی انتشار به موجب ماده 3 می- باشد.

پس می توان چنین استنباط کرد که ساز کار توسعه پاک، ساز کاری کار آمد می باشد و مبتنی بر منطق بُرد- بُرد است؛ زیرا هر یک از طرفین طرح (کشور سرمایه گذار و کشور میزبان) نفعی را برای خود متصور هستند. با سرمایه گذاری کشورهای توسعه یافته در طرح های توسعه پاک، این کشورها می توانند گام موثری جهت ایفای تعهدات کاهش خود بردارند و اعتباری برای کاهش انتشار دریافت نمایند. کشورهای در حال توسعه نیز از افزایش جریان سرمایه گذاری در حوزه ی طرح های توسعه پاک بهره مند شده و انتشار گازهای گلخانه‌ای در آن کشورها کاهش می یابد و از این طریق به تحقق توسعه پایدار کمک خواهد کرد. به همین جهت است که دولت ها در سند نهایی کنفرانس ریو + 20 تصدیق کرده اند که سیاست های اقتصاد سبز در زمینه توسعه پایدار و ریشه کنی فقر باید همکاری بین المللی از جمله تامین منابع مالی، ظرفیت سازی و انتقال فن آوری به کشورهای در حال توسعه را تقویت کنند. (L'avenir que nous voulons, 2012:58) به منظور روشن شدن بیشتر موضوع اقتصاد سبز در ادامه به تکوین آن در کنفرانس ریو + 20 خواهیم پرداخت.

### 3-1- شکل گیری اقتصاد سبز در چارچوب کنفرانس ریو 2012

کنفرانس ریو + 20 همانند کنفرانس ریو 1992 از اهمیت زیادی برخوردار بود زیرا اکثر

1- Additionnalité  
2- Développement durable

کشورها و سازمان‌های بین‌المللی در آن شرکت داشتند. این کنفرانس علاوه بر بررسی اقدامات صورت گرفته در ادوار قبلی توسعه پایدار به چالش‌های<sup>1</sup> پیش روی جامعه بین‌المللی در خصوص توسعه پایدار می‌پردازد. توجه به کارنامه اقدامات انجام گرفته توسط جامعه بین‌المللی در این عرصه امکان ترسیم دورنمای آتی توسعه پایدار و تثبیت چارچوبی برای پیشرفت در سال‌های آینده را می‌دهد. از حیث شرکت کنندگان در این کنفرانس لازم به ذکر است که علاوه بر دول عضو سازمان ملل متحد و نهادهای بین‌المللی، سازمان‌های غیر دولتی نیز حق شرکت در این کنفرانس را داشتند. سند نهایی کنفرانس تحت عنوان «آینده‌ای که ما می‌خواهیم»<sup>2</sup> بود. این سند در بخش‌های چهارگانه خود، موضوعات مربوط به الف) تجدید تعهدات سیاسی ب) اقتصاد سبز در سیاق توسعه پایدار و حذف فقر ج) چارچوب نهادین توسعه پایدار د) چارچوب عمل و پیگیری را لحاظ کرد.

در مقدمه این سند به موضوعات حذف تمامی اشکال فقر و تثبیت و رشد اقتصادی برای همه، تحقق اهداف هزاره، تقویت همکاری و بررسی چالش‌های فعلی و در حال ظهور و تمرکز بر توسعه انسانی و همچنین تجدید تعهد در قبال توسعه پایدار و پر کردن خلاء‌های موجود اشاره می‌کند. دولت‌ها مصمم هستند تا از هیچ کوششی برای نیل سریع به اهداف توسعه مورد توافق در سطح بین‌المللی و همچنین نیل به اهداف هزاره برای توسعه تا سال 2015 خودداری نکنند.

سند نهایی کنفرانس ریو + 20 در تجدید تعهدات سیاسی به سه نکته اساسی تکیه می‌کند. الف) تاکید بر اصول ریو و برنامه‌های عمل قبلی مربوط به محیط زیست و توسعه پایدار. سند مزبور سیاهه کاملی از اسناد بین‌المللی را مورد تاکید و تایید مجدد قرار می‌دهد که قبل از کنفرانس ریو 2012 تدوین شده‌اند. اکثر اسناد مورد استناد به صورت اعلامیه، برنامه عمل و یا

1- جامعه جهانی با چالش‌های گوناگونی چون بحران‌های اقتصادی و مالی، عدم امنیت غذایی، تغییرات آب و هوایی و غیره روبرو است. علاوه بر این باید به مشکلات جمعیتی اشاره کرد زیرا تا سال 2050 جمعیت 7 میلیاردی فعلی به 9 میلیارد افزایش پیدا خواهد کرد و از طرف دیگر باید متذکر شد که در حال حاضر 1/4 میلیارد نفر در فقر شدید بسر می‌برند. نک: L'avenir que nous voulons, A/conf.216/L.1, 19 juin 2012, para. 21.

2- پیش‌نویس صفر یا draft zéro سند پایه و اولیه بود که بر طبق آن کنفرانس ریو + 20 سند نهایی خود «آینده‌ای که ما می‌خواهیم» را تدوین کرد.

راهبرد بوده است که فاقد الزام حقوقی به معنای اخص کلمه هستند. اما در عین حال به اسناد معاهده‌ای همچون کنوانسیون چارچوب ملل متحد در مورد تغییرات آب و هوایی، کنوانسیون مربوط به تنوع زیستی و کنوانسیون ملل متحد در مورد بیابان‌زایی اشاره و بر اهمیت این سه سند برای ارتقای توسعه پایدار تاکید می‌کند. تمام دولت‌های عضو این کنوانسیون‌ها را علاوه بر پابندی کامل نسبت به تعهدات‌شان در قبال اصول و مقررات مندرج در آن اسناد به اتخاذ تدابیر موثر و مشخص در تمام سطوح و تقویت همکاری بین‌المللی تشویق می‌کند.

ب) تقویت ادغام، اجرا و انسجام: ارزیابی پیشرفت‌های انجام شده و خلاءهای موجود در اجرای اسناد اجلاس‌های بزرگ در مورد توسعه پایدار و مقابله با مشکلات موجود و جدید. پیشرفت‌های صورت پذیرفته در زمینه‌ی توسعه پایدار و فقر زدایی به صورت برابر نبوده است و به همین جهت نیز دولت‌ها بر ضرورت پیگیری اجرای تعهدات پذیرفته شده قبلی اصرار ورزیدند. پر کردن فاصله سطح توسعه میان کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته و ایجاد شرایط مناسب و تقویت همکاری‌های بین‌المللی خصوصاً در حوزه‌ی مالی و اعطای وام، تجارت و انتقال فن آوری در سطح ملی و بین‌المللی تاکید شد.

علاوه بر ادغام سه گانه توسعه پایدار به صورت برابر باید به بحران‌های متعدد مالی، اقتصادی، غذایی، و انرژی اشاره کرد که بر ظرفیت کشورهای مختلف خصوصاً کشورهای در حال توسعه تاثیر گذاشته است. برای مثال بیش از یک میلیارد نفر در جهان هنوز در فقر شدید و حدود 14 درصد از جمعیت جهان از سوء تغذیه در رنج هستند که باید مشکلات مربوط به بهداشت عمومی و بیماری‌های مسری را بدان افزود که همچنان نگران‌کننده هستند. (L'avenir que nous voulons, 2012:21)

مشکلات دیگری نیز بر سر راه تحقق توسعه پایدار وجود دارد که از آن جمله می‌توان به وضعیت خاص کشورهای آسیب‌پذیر خصوصاً در آفریقا، کشورهای کمتر توسعه یافته بدون ساحل و محاط، کشورهای با درآمد متوسط و یا در حال جنگ اشاره کرد. البته لازم به ذکر است که در مورد هر یک از چالش‌های فوق قبل از برگزاری کنفرانس ریو + 20 برنامه عمل یا راهبرد ویژه‌ای اختصاص یافته است که سند نهایی کنفرانس ریو ضمن تاکید مجدد، آنها را مورد تایید قرار می‌دهد.

ج) گروه‌های عمده و سایر طرفین ذی‌نفوذ. آخرین نکته‌ای که در تجدید تعهدات سیاسی

مورد توجه واقع شده است نقش گروه های عمده و ذی نفوذ می باشد. به همین دلیل نیز در ابتدا این بند به موضوع مشارکت عموم می پردازد. مشارکت یعنی اینکه صدای همه در مراکز تصمیم گیری شنیده شود. مشارکت واقعی، توانایی و فرصت تاثیر گذاردن بر روی فرآیند تصمیم گیری عمومی است که مستلزم یک درگیری فعال و مداوم است (Alvani, 2001: 13) مشارکت شهروندان و ذینفع ها موجب می شود که دولت ها بتوانند با رعایت نیازها و احتیاجات گروه های ذینفع، دست به انتخاب آگاهانه بزنند و در این راستا نیز گروه ها مزبور بتوانند از حقوق خودشان محافظت نمایند. رویکرد مشارکتی سبب دخالت گروه هایی می شود که به طور مستقیم و غیر مستقیم از تصمیمات اتخاذ شده متاثر می شوند به عبارت دیگر این احساس در ایشان ایجاد می شود که موفقیت و ناکامی طرح های مصوب را ناشی از اقدامات خود بدانند. هر چه احساس تعلق در نزد شهروندان و گروه های ذینفع بیشتر شود در نتیجه ایشان به طور فعالانه در فرآیند تصمیم گیری درگیر خواهند شد.

نقش عموم و مشارکت ایشان در توسعه پایدار مهم ارزیابی می گردد چه اینکه حق دسترسی ایشان به اطلاعات و دسترسی آنها به مراجع اداری و قضایی برای ارتقای توسعه پایدار ضروری است. یک بار دیگر به مفاد اصل 10 اعلامیه ریو 1992 در خصوص اصل مشارکت اشاره می شود و رعایت آن در حوزه توسعه پایدار مورد توجه قرار می گیرد. دسترسی به اطلاعات و مشارکت در تصمیم سازی و تصمیم گیری در خصوص سیاست ها و برنامه های توسعه پایدار و طراحی و اجرای آنها در تمامی سطوح از این نقطه نظر مورد اهتمام جامعه بین المللی قرار می گیرد. بدین ترتیب گروه های عمده و تاثیر گذار همچون زنان، جوانان، سازمان های غیر دولتی، بومیان، کارگران، سندیکاهای کشاورزان، صیادان و غیره در حوزه توسعه پایدار احصاء می شوند و بر نقش فعالانه جامعه مدنی در توسعه پایدار تاکید می گردد.

همان طور که در بالا مشخص شد، اقتصاد سبز از جمله موضوعاتی است که امروزه بیش از پیش در دستور کار برخی دولت ها و نهادهای بین المللی قرار گرفته است زیرا این اقتصاد می تواند در خدمت تحقق توسعه پایدار قرار گیرد. این اقتصاد ضمن توجه به ارزش های طبیعت و محیط زیست در حذف فقر و ریشه کنی آن نقش مهمی ایفا می کند. اگر به پلان اجرای اجلاس جهانی توسعه پایدار ژوهانسبورگ نگاه بکنیم همان سه عنصر اساسی توسعه پایدار یعنی رشد اقتصادی، توسعه اجتماعی و حفاظت از محیط زیست مورد توجه قرار گرفته اند و مبارزه با فقر، تغییر و



اصلاح الگوی های تولید و مصرف ناپایدار و حفاظت از مدیریت منابع طبیعی جهت توسعه اقتصادی و اجتماعی ضروری قلمداد شده اند.

تفاوت اساسی سند نهایی کنفرانس ریو + 20 با اسناد قبلی خود در خصوص توسعه پایدار در این است که سند اخیر التصویب توجه خاصی به اقتصاد سبز مبذول داشته است. اما همه کشورها نسبت به این موضوع اتفاق نظر ندارند و حتی برخی از کشورها اساساً نسبت به مفهوم اقتصاد سبز رویکرد مناسبی نداشتند. بدینی و نگرانی کشورهای در حال توسعه‌ای چون برزیل نسبت به اقتصاد سبز ناشی از این بود که این کشورها اقتصاد مزبور را سبب توقف و کندی اقتصاد خود می‌دانند. نطق رئیس جمهور کشور بولیوی در کنفرانس ریو + 20 گواه چنین مدعایی است. آقای مورالس رئیس جمهور بولیوی، اقتصاد سبز را «استعمار جدید» تلقی کرد که توسط کشورهای ثروتمند بر کشورهای در حال توسعه تحمیل شده است. به نظر ایشان کشورهای شمال می‌خواهند به بهانه حفاظت از محیط زیست در سیاست های ملی کشورهای در حال توسعه مداخله کنند. (Rio+20: la société civile monte au créneau pour dénoncer "l'échec" du sommet de l'ONU, 2012)

این موضوع به نحوی در روابط تجاری بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه نیز مطرح است. موضع کشورهای در حال توسعه قدری مبهم به نظر می‌رسد و نظر چندان مساعدی نسبت به آزادسازی تجارت بین الملل ندارند زیرا این آزادسازی آنها را در وضعیت رقابت مستقیم با کشورهای بزرگ صنعتی قرار می‌دهد. به موازات آن، این کشورها موانع و محدودیت های اعمال شده در تجارت بین الملل به دلایل اکولوژیک را به منزله‌ی کاهش رقابت تولید ملی و مانعی در دسترسی به بازارهای کشورهای توسعه یافته تلقی می‌کنند. همچنین این کشورها این محدودیت ها را شکل حمایتی جدیدی تلقی می‌دانند که در خدمت کشورهای توسعه یافته جهت اعمال راهبردهای سیاست‌های تجاری شان می‌باشد.

در مقابل، کشورهای صنعتی محدودیت‌های مربوط به مبادلات تجاری بین المللی را برای محدود کردن مشکلات زیست محیطی لازم می‌دانند. معذالک این کشورها در مورد سیاست‌ها و راهبردهای حفاظتی از محیط زیست اتفاق نظر ندارند. بعضی از کشورها همچون ایالات متحده نسبت به بعضی از اقدامات و اسناد مربوط به حفاظت از محیط زیست مخالف هستند، عدم تصویب موافقت‌نامه های چندجانبه زیست محیطی همچون کنوانسیون تنوع زیستی و پروتکل کیوتو به

دلایل منافع اقتصادی و تجاری شاهدهی بر این امر است.

رئیس جمهور اکوادور رافائل کورا در کنفرانس ریو 2012 اعلام کرد که: «60 درصد از گازهای گلخانه ای توسط 20 درصد از ثروتمندترین کشورها تولید می شود در حالی که 20 درصد از فقیرترین کشورهای کمتر از یک درصد از این گازها را تولید می کنند.» دولت هند با درخواست از رهبران جهان نسبت به حفاظت از زمین اعلام کرد که: «اقتصاد سبز سوداگری کردن طبیعت و جنایتی علیه زمین و بشریت تلقی می شود.» (Rio+20: la société civile monte au créneau pour dénoncer "l'échec" du sommet de l'ONU, 2012) شاید اقتصاد سبز در کوتاه مدت مشکلاتی را برای کشورهای در حال توسعه ایجاد کند اما در دراز مدت می تواند در ایجاد شغل و ظرفیت و توانمندسازی کمک زیادی به بهبود ادغام اجتماعی و حذف فقر کند. از طرف دیگر سبز بودن این اقتصاد و بهره وری معقول و منصفانه از منابع به پایداری و قابل تجدید بودن آن کمک خواهد کرد که در این صورت عنصر سوم توسعه پایدار که حفاظت از محیط زیست است تقویت خواهد شد.

بنابراین اقتصاد سبز در سیاق توسعه پایدار و حذف فقر دیده می شود و هر کشور با توجه به اوضاع و احوال و الویت های ملی دارای رویکرد، نگاه، مدل ها و ابزارهای متنوعی جهت نیل به توسعه پایدار در ابعاد سه گانه اش می باشد. به اقتصاد سبز باید به عنوان یک فرصت نگرست و نه یک تهدید؛ تحقق این اقتصاد یکی از ابزارهای ارزشمند برای نیل به توسعه پایدار است و می تواند راه حل هایی برای شکل گیری سیاست ها باشد.

سند نهایی کنفرانس ریو + 20 شرایطی را برای سیاست های ارتقای اقتصاد سبز در سیاق توسعه پایدار و حذف فقر اعلام می دارد. در ابتدا بر مطابقت این سیاست ها با اصول ریو، دستور کار 21، پلان ژوهانسبورگ اشاره و در ادامه سیاهه ی طولانی از شرایط تطابق این سیاست ها (L'avenir que nous voulons, 2012:58) به قرار زیر احصاء می نماید:

الف) مطابقت با حقوق بین الملل؛

ب) احترام به حاکمیت هر کشور بر منابع طبیعی خود با توجه به اوضاع و احوال، اهداف، مسئولیت ها و الویت های ملی و همچنین حاشیه مانور تصمیم گیری هر کشور در رابطه با سه بُعد توسعه پایدار؛

ج) با دادن نقش اول به دولت ها و مشارکت تمامی طرفین ذیربط از جمله جامعه مدنی و

تاکید بر محیط زیست و نهادهایی که به طور صحیح در تمامی سطوح اشتغال دارند؛  
 د) ارتقای رشد اقتصادی پایدار و غیر انحصاری، تسهیل ابداع، عرضه امکانات، امتیازات و  
 ابزارهای عملی برای همه و تضمین رعایت حقوق بشر برای همه؛

ه) توجه به نیازهای کشورهای در حال توسعه خصوصاً کشورهای با وضعیت خاص؛  
 و) تقویت همکاری بین المللی شامل منابع مالی، توسعه ظرفیت ها و انتقال فن آوری به نفع  
 کشورهای در حال توسعه؛

ز) خودداری از تحمیل شرایط غیر موجه نسبت به کمک های عمومی توسعه و مالی؛  
 ح) عدم اعمال تبعیض خودسرانه یا غیر موجه، محدودیت پوشیده بر مبادلات بین المللی،  
 خودداری از اقدامات یکجانبه جهت حل مشکلات بزرگ اکولوژیک در ورای صلاحیت کشور  
 واردکننده و توجه به مبتنی بودن تدابیر مبارزه علیه مشکلات زیست محیطی فرامرزی یا جهانی تا  
 حد ممکن با وفاق عام بین المللی؛

ط) مشارکت در پر کردن خلاء های فن آوری بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه و  
 کاهش وابستگی فن آوری کشورهای در حال توسعه از طریق تمامی ابزارهای ممکن؛

ی) بهبود آسایش افراد و جوامع بومی، سایر جمعیت های محلی و سنتی و اقلیت های قومی با  
 شناسایی و تکیه بر هویت، فرهنگ و منافع آنها، و خودداری از به خطر انداختن میراث فرهنگی،  
 رویه ها و دانش سنتی آنها با حفظ و احترام به رویکردهای غیر تجاری که بر حذف فقر مشارکت  
 دارد؛

ک) بهبود آسایش زنان، کودکان، جوانان، معلولین، معدنچیان و کشاورزان کوچک، صیادان و  
 کارگران بنگاه های کوچک و متوسط و بهبود ابزارهای امرار و معاش و استقلال گروه های بومی و  
 آسیب پذیر به ویژه در کشورهای در حال توسعه؛

ل) جانبداری از همه ظرفیت هایی که به زنان و مردان عرضه می شود و تضمین مشارکت برابر  
 آنها؛

م) ارتقای فعالیت های مولد جهت حذف فقر در کشورهای در حال توسعه؛  
 ن) پاسخ به نگرانی های مربوط به عدم برابری و ارتقای ادغام اجتماعی به ویژه حمایت  
 اجتماعی حداقلی؛

س) ارتقای شیوه های تولید و مصرف پایدار؛

ع) پیگیری کوشش های انجام شده برای اجرای رویکردهای توسعه منصفانه و بدون انحصار برای مبارزه با فقر و نابرابری ها.

قسمت اعظم شرایط مذکور برای سیاست های ارتقای توسعه سبز به نحوی در اسناد دوره اول و دوم توسعه پایدار مورد شناسایی واقع شده اند. برخی از این شرایط جنبه ی کلی و عام دارند مثل شرط اول آن که مطابقت سیاست های ارتقای اقتصاد سبز در سیاق توسعه پایدار و حذف فقر را با حقوق بین الملل پیش بینی می کند.

به منظور روشن شدن بیشتر ابعاد موضوع در قسمت بعد، مفهوم و ماهیت حقوقی اقتصاد سبز مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

#### 1-4- مفهوم و ماهیت حقوقی اقتصاد سبز

شکل گیری حقوق بین الملل محیط زیست باعث شد تا کم کم توجهات جامعه بین المللی معطوف موضوعات متعدد محیط زیست گردد. یکی از موضوعاتی که از همان دهه 70 میلادی وارد ادبیات اقتصادی گردید موضوع «محصول سبز»، «اقتصاد سبز یا رشد سبز» بود. (Verreault, 2011:2) اقتصاد سبز را معمولاً در مقابل اقتصاد قهوه ای بکار می برند؛ زمانی که به صورت بی حد و حصر از منابع فسیلی و غیر قابل تجدید استفاده شود در این صورت اقتصاد، اقتصادی قهوه ای است. رعایت ضوابط زیست محیطی در تمامی مراحل تولید موجب می شود تا محصول تولید شده سبز تلقی گردد. برای تبیین بیشتر موضوع به تجزیه و تحلیل اقتصاد سبز خواهیم پرداخت.

تاکنون تعاریف و تعبیر گوناگونی از اقتصاد سبز بعمل آمده است. اقتصاد سبز از دید اقتصادی در دو سطح اقتصاد خرد و کلان قابل بررسی است. در سطح خرد «اقتصاد سبز» به اقتصادی اطلاق می شود که کارخانه ها و بنگاههای کوچک اقتصادی اقدام به تولید محصولات سبز می نمایند. از نقطه نظر اقتصاد کلان امر قدری پیچیده تر است؛ زیرا صرف تولید محصولات سبز به تنهایی کفایت نمی کند بلکه باید تولید این محصولات با میزان استفاده از منابع تجدید ناپذیر مورد مقایسه قرار گیرد. به عبارت دیگر سهم محصولات سبز در تولید ناخالص داخلی یک کشور باید برای مثال از سهم حاصله از محصولات ناشی از منابع نفتی آن کشور جدا گردد. لذا ارزیابی سهم هر یک از محصولات یاد شده در تولید ناخالص داخلی مشخص خواهد کرد که اقتصاد سبز در

تحلیل نهایی از حیث اقتصاد کلان از چه جایگاهی برخوردار است.

از نظر اتحادیه اروپایی اقتصادی سبز تلقی می‌گردد که «موجب رشد و ایجاد شغل و حذف فقر از طریق سرمایه گذاری در طبیعت به منظور بقای طولانی مدت کره زمین شود». اتحادیه اروپایی بیشتر به فاکتورهای رشد اقتصادی توجه کرده است و به منظور گذار به سمت اقتصاد سبز بر تولید کمتر کربن و بر بکارگیری موثر و معقول منابع و ارتقای شیوه‌های مصرف و تولید پایدار تاکید دارد. برای اجرای این تدابیر، کمیسیون اروپایی بر ساز کارهای بازار همچون تعرفه و عوارض گمرکی و یارانه های زیست محیطی توجه ویژه دارد زیرا این ساز کارها به مثابه ابزارهایی جهت نیل به اهداف اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی توسعه پایدار محسوب می‌شوند. (Luiset,2012)

برنامه ملل متحد برای محیط زیست (یونپ) اقتصاد سبز را اقتصادی تلقی می‌کند که «موجب بهبود آسایش انسانی و عدالت اجتماعی و همچنین سبب کاهش قابل توجه خطرات زیست محیطی و کمیابی منابع گردد». وجه مشترک تفاسیر بعمل آمده در خصوص اقتصاد سبز، کاهش تولید و انتشار کربن است. از نظر یونپ، اقتصاد سبز در صدد تقویت همگرایی هرچه بیشتر بین ابعاد سه گانه توسعه پایدار است. توسعه سیستم اقتصادی به منظور تقویت و بهبود سرمایه طبیعی زمین و همچنین افزایش بهره وری اقتصادی و کاهش نابرابری های اجتماعی است. (Rapport du PNUE,2011)

در تحلیل های اقتصادی هزینه و فایده یکی از عوامل موثر در تداوم فعالیت و رقابت در عرصه اقتصادی است. بالا بودن هزینه های اقتصادی محصولات تولید شده ی سبز موانع متعددی برای تولید کنندگان ایجاد می‌کند. به عبارت دیگر، در کوتاه مدت تولید این محصولات موجب بی رغبتی بنگاهها و کارخانجات کشورهای در حال توسعه می‌گردد و به همین دلیل نیز نسبت به بکارگیری استانداردهای زیست محیطی در فرآیند تولید روی خوش نشان نمی‌دهند. برای مثال این کشورها معتقدند که بیشترین آلایندگی ناشی از انتشار گاز کربنیک توسط کشورهای صنعتی است و آنها در ابتدای مسیر توسعه و صنعتی شدن می‌باشند و به سختی حاضر به پذیرش هزینه های اقتصادی مربوط به رعایت استانداردهای زیست محیطی هستند.

اقتصاد سبز به عنوان کلید توسعه پایدار شناخته می‌شود. به عبارت دیگر، تحقق توسعه پایدار در گرو گذار به سمت اقتصاد سبز است. بحث در خصوص ماهیت حقوقی اقتصاد سبز با توجه به

اختلاف نظر در مورد ماهیت توسعه پایدار قدری مشکل می‌نماید چه اینکه در باب «توسعه پایدار» اختلافات زیادی بین آموزه‌های حقوقی حقوق بین الملل وجود دارد. برخی از قضات دیوان بین المللی دادگستری هم چون قاضی وریمانتری و قاضی ترینداد در نظرات مستقل و جداگانه خود بر اصل بودن «توسعه پایدار» اتخاذ موضع کرده‌اند. قاضی وریمانتری در قضیه سد گابچیکوو ناگیماروش ابراز داشت که «توسعه پایدار یک اصل حقوق بین الملل است.» به نظر وی توسعه پایدار چیزی بیش از یک «مفهوم» صرف است و این مفهوم در واقع یک اصل، با ارزش هنجاری است.» (Opinion individuelle de M. Weeramantry, 1997:85) تحقق توسعه پایدار بدون اقتصاد سبز غیر ممکن است. پس گذار به سمت اقتصاد سبز یکی از ملزومات توسعه پایدار محسوب می‌شود. حال اگر توسعه پایدار را به عنوان یک قاعده و یا یک اصل عرفی تایید کنیم این می‌تواند به این معنا باشد که اقتصاد سبز به عنوان یکی از لوازم آن، جنبه عرفی خواهد داشت. به نظر می‌رسد وقتی «اصل بودن» توسعه پایدار این قدر مورد مناقشه علمای حقوق قرار دارد، نمی‌توان چندان به عرفی بودن اقتصاد سبز امیدوار بود.

علیرغم اینکه از دهه 90 میلادی، اسناد متعدد زیست محیطی به کرات موضوع و هدف خود را به نحوی توسعه پایدار اعلام کرده‌اند و همچنین قوانین اساسی بسیاری از کشورها به صورت مستقیم یا غیر مستقیم توسعه پایدار را مورد توجه قرار داده‌اند؛ دیوان بین المللی دادگستری تنها از «مفهوم توسعه پایدار» (Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros, 1997:140) سخن می‌راند و قدری محتاط است همچنان از شناسایی توسعه پایدار به عنوان یک «اصل» خودداری می‌کند. به هر حال قدر متیقن آن است که توسعه پایدار را می‌توان به عنوان یک سیاست کلی تلقی کرد که باید راهبردهایی جهت نیل به آن سیاست تبیین و تعریف نمود.

بعد از شناخت اجمالی اقتصاد سبز و ماهیت حقوقی آن لازم است اهداف و بازیگران اقتصاد سبز مورد بررسی قرار گیرد.

### 1-5- اهداف و بازیگران اقتصاد سبز

همان طور که پیش از این نیز متذکر شدیم حفاظت از محیط زیست با چالش‌های زیادی روبرو است. جهت پاسخگویی به چالش‌های جدید در حوزه‌ی محیط زیست، جامعه بین المللی با

طرح اقتصاد سبز به دنبال حل برخی از معضلات زیست محیطی است. اهداف اقتصاد سبز را می-توان به موارد ذیل خلاصه کرد: الف) توجه به انتشار گازهای گلخانه ای؛ ب) حفظ منابع طبیعی؛ ج) توجه به اهداف انصاف و عدالت اجتماعی. بی تردید تحقق این اهداف نیازمند همکاری تمامی بازیگران عرصه بین المللی است.

حقوق بین الملل شاهد ورود بازیگران متعددی به عرصه بین المللی است. دیگر دولت‌ها و سازمان‌های بین الدولی تنها بازیگران این عرصه محسوب نمی‌شوند. به طرق مختلف، بازیگران جدید در شکل‌گیری و اجرا و نظارت بر مقررات و هنجارهای بین المللی مداخله می‌کنند. حقوق بین الملل محیط زیست نیز از این قاعده مستثنی نیست.

نقش مهم را باید به تابعان اصلی و اولیه‌ی حقوق بین الملل اختصاص داد. همکاری دولت‌ها و پایبندی آنها به تعهدات بین المللی در همه زمینه‌ها از جمله در زمینه اقتصاد سبز بسیار تعیین کننده خواهد بود. اگرچه اقتصاد سبز به عنوان یک تعهد الزام آور حقوقی لحاظ نشده است؛ اما جهت نیل به توسعه پایدار باید دوره گذار به سمت اقتصاد سبز را طی نمود. برای مثال یکی از مهمترین اهداف اقتصاد سبز کاهش انتشار کربن است در صورت عدم همکاری دولت‌هایی که بیشترین میزان انتشارات کربن را دارند چگونه می‌توان به اهداف مورد نظر در اقتصاد سبز امیدوار بود.

اجرای سیاست‌های ارتقای اقتصاد سبز، مرحله گذار و انتقال به سمت توسعه پایدار را تضمین می‌کند. البته اجرای چنین سیاستی مستلزم همکاری مشترک همه می‌باشد. تولید محصولات سبز به اعتبار تولید کننده و مصرف کننده قابل بررسی است زیرا هر یک از آنها به سهم خود نقش مهمی در تحقق اهداف مورد نظر در اقتصاد سبز دارند. تولیدکنندگان با رعایت ضوابط و استانداردهای زیست محیطی کمک شایانی به تولید محصول سبز خواهند کرد و مصرف کنندگان با خرید چنین محصولاتی حلقه دیگر این زنجیر را تکمیل می‌نمایند. تولید محصول سبز ناشی از رعایت استانداردها و بکارگیری انرژی‌های پاک است. استفاده از منابع تجدیدپذیر موجب حفظ منابع طبیعی می‌گردد و از این منظر ضمن تولید محصولات سبز نیل به توسعه پایدار تضمین می‌شود. به جهت بالا بودن قیمت تمام شده محصولات سبز باید مصرف کننده در انتخاب بین این محصولات و محصولاتی که استانداردهای زیست محیطی را رعایت نمی‌کنند به سمت محصولات سبز گرایش پیدا کند. البته کارچندان آسانی نیست زیرا مصرف کننده باید به آن درجه از درک اجتماعی نائل شده باشد تا بدون هیچ تردیدی نسبت به پرداخت بهای اضافی محصولات سبز اقدام

نماید.

بنابراین نقش دولت در این خصوص حیاتی است زیرا از یکطرف باید نسبت به تولید محصولات سبز و رعایت استانداردهای زیست محیطی نظارت کند و از طرف دیگر باید مصرف محصولات سبز را تبلیغ و ترویج نماید تا مصرف کنندگان به خرید چنین محصولاتی گرایش پیدا کنند. به نظر می رسد دولت ها باید بیشترین فعالیت خود را معطوف بخش دوم نمایند زیرا با تغییر رویکرد و سلیقه مصرف کننده و تمایل ایشان به خرید محصولات سبز، تولید کنندگان خودبخود به سمت تولید محصول سبز گرایش پیدا خواهند کرد. اقبال محصولات سبز در جامعه و متقاضی فراوان چنین محصولاتی موجب گرایش تولید کننده به سمت تولید این محصولات می شود زیرا در غیر این صورت بایستی از گردونه اقتصادی خارج شوند. تربیت و آموزش مصرف کننده سبز و بازاریابی سبز سبب تولید محصول سبز می گردد و در غیر این صورت این مفاهیم معنا و مفهوم خود را از دست خواهند داد.

با خرید محصولات سبز بخشی از هزینه های تولید چنین محصولاتی توسط مصرف کننده پرداخت شود و بخش دیگر آن باید مورد حمایت دولت ها قرار گیرد. تخفیف ها و معافیت های مالیاتی برای تولید کنندگان چنین محصولاتی می تواند مشوق خوب و موثری برای تداوم تولید محصولات سبز و حمایت از تولید کنندگان باشد. لذا نقش دولت در این خصوص قابل توجه خواهد بود و می تواند در تحقق توسعه پایدار موثر باشد. سند نهایی کنفرانس 2012 اجرای سیاست های اقتصاد سبز توسط کشورهای که بدنبال بکارگیری آنها برای گذار به سوی توسعه پایدار به عنوان یک تعهد مشترک هستند را لحاظ کرده است و بر این نکته تاکید دارد که هر کشور می تواند متناسب و منطبق با برنامه ها، راهبردها و الویت های ملی توسعه پایدار خود رویکرد مناسبی را انتخاب کند. (L'avenir que nous voulons, 2012:59)

دومین بازیگر این عرصه سازمان های بین الدولی می باشند. ادغام موضوعات اقتصادی، تجاری و زیست محیطی و همچنین مقررات گذاری در این زمینه می تواند کمک شایانی به بهبود وضعیت محیط زیست نماید. شکل گیری اقتصاد سبز در قالب ملل متحد در چارچوب اقدامات بانک جهانی و برنامه ملل متحد برای محیط زیست (یونپ) قابل بررسی است. نقطه عطف توجه بانک جهانی به مسائل زیست محیطی به دهه 80 میلادی بر می گردد. تحت فشار سازمان های غیر دولتی در کشورهای اصلی سهامدار بانک، مسائل محیط زیستی خصوصاً موضوع آثار زیست محیطی



لحاظ شد. بین سال های 1984 تا 1994، بانک جهانی حدود 400 سند تحت عناوین «سیاست های حمایتی»، «دستورالعمل های عملیاتی»، «خطوط راهبردی»، «کتاب پیشگیری و کاهش آلودگی»، «راهنمای رویه های خوب» تدوین کرد. این اسناد موضوعات متنوعی همچون ارزیابی زیست محیطی، زیستگاههای اکولوژیک، جمعیت های بومی، جنگل ها، آفت کش ها، سدها، جابجایی اجباری، مدیریت آب و انرژی را شامل شده است. (Ballande,2002:57)

بانک جهانی در طرح های زیست محیطی نیز سرمایه گذاری می کند؛ اما این سرمایه گذاری هرگز از 10 درصد از کل سرمایه گذاری تجاوز نمی کند. به طور کلی رعایت سیاست های زیست محیطی توسط بانک جنبه محدود دارد. بانک جهانی طرح ها را از حیث آثار زیست محیطی در سه گروه طبقه بندی می کند. تنها طرح های دارای خطرات زیاد در جزئیات مورد بررسی و مشورت محلی قرار می گیرند. در دهه 90، تعداد 186 طرح یعنی تنها حدود 12 درصد از طرح های گروه الف که دارای خطرات زیادی هستند مورد ارزیابی زیست محیطی عمیق قرار گرفت. بیش از نیمی از عملیات بانک بدون اثر منفی بر محیط زیست تشخیص داده شد. در مورد بعضی از طرح ها، بانک جهانی به شدت مورد انتقاد واقع شده است. در خصوص طرح هایی چون سدسازی های بزرگ، بهره برداری صنعتی از جنگل در برزیل یا اندونزی ایرادات زیادی وارد شده زیرا این اقدامات سبب تخریب جنگل ها گردیده است. (Ballande,2002:59-61)

در سال 2012، بانک جهانی گزارشی موسوم به «رشد سبز و استوار لازم است» را تدوین کرد. در این گزارش، بانک جهانی دولت ها را تشویق می کند تا به سمت سیاست های رشد سبز گرایش پیدا کنند.

گزارش اخیر بانک جهانی (Rapport de la Banque mondiale,2012) بر موارد زیر تاکید دارد:

الف) «سبز شدن رشد کارآمد» ضروری است و برای نیل به توسعه پایدار لازم است.  
 ب) موانع سیاسی، وجود رفتارها و هنجارها شدیداً ایستا و همچنین فقدان ابزارهای مالی اصلی ترین مانع بر رشد سبز را تشکیل می دهند. باید بر روی سیاست ها و سرمایه گذاری های در 5 تا 10 سال آتی متمرکز شد. هدف، خروج از رشد غیر پایدار و پرهیز از آثار زیانبار بهداشت عمومی است.

ج) پیشرفت از طریق راه حل های بین رشته ای می گذرد که جنبه های اقتصادی، سیاسی،

جامعه شناختی و روانشناختی را در نظر می‌گیرد.

د) رشد سبز مفهومی یک جنبه ای و سخت نیست و بر اساس راهبردهای متنوع بر اساس کشورها با توجه به وضعیت، الویت ها و منابع محلی است. تمام کشورهای فقیر یا غنی امکان سبز شدن رشد را دارا می‌باشند بدون اینکه رشد آنها کند گردد.

گزارش برنامه ملل متحد برای محیط زیست تحت عنوان «به سوی اقتصاد سبز: برای توسعه پایدار» (Rapport du PNUE, 2011) در خصوص تبیین اقتصاد سبز پیشرو است. لذا جا دارد به اختصار به نقش یونپ در شکل گیری اقتصاد سبز و مفاد مندرج در این گزارش اشاره شود. گزارش اخیر یونپ از این جهت حائز اهمیت است که: اولاً به صورت مشخص موضوع اقتصاد سبز را مورد بررسی قرار می‌دهد. ثانیاً راهبردهای اجرایی مورد توجه دولت ها را عرضه می‌کند. ثالثاً این سند هدایتگر مباحثات مطروحه در ریو + 20 در مورد اقتصاد سبز قرار می‌گیرد. نتایج گزارش یونپ را می‌توان بدین صورت خلاصه کرد:

1- سرمایه‌گذاری تنها 2 درصد از درآمد ناخالص داخلی جهانی در 10 بخش کلیدی امکان حرکت انتقال به سمت یک اقتصاد با انتشار ضعیف کربن و استفاده به سبک معقول از منابع را می‌دهد.

2- یک اقتصاد خیلی سبز نه تنها موجب رشد به معنای سرمایه طبیعی می‌شود بلکه موجب رشد درآمد ناخالص داخلی می‌گردد.

3- اقتصاد سبز موجب سرمایه‌گذاری در سرمایه طبیعی و بالا رفتن ارزش آن می‌شود.

4- اقتصاد سبز در مبارزه علیه فقر نقش دارد.

5- گذار به سمت یک اقتصاد سبز در طول زمان موجب ایجاد مشاغل جدید می‌شود.

6- دادن الویت به هزینه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های عمومی در حوزه‌هایی که تغییر اکولوژیک را در بخش‌های اقتصادی تسهیل می‌کند، اساسی است.

7- اقتصاد سبز می‌تواند موجب رشد و ایجاد شغل همانند اقتصاد قهوه‌ای گردد و بهترین نتایج را در میان مدت و دراز مدت با اعطاء و عرضه بیشترین امتیازات زیست محیطی و اجتماعی را به ارمغان آورد.

بازیگران عرصه اقتصادی، مجامع محلی، سندیکاها، کشاورزان، شهروندان و به طور کلی جامعه مدنی می‌توانند ایفاگر نقش‌های متعددی باشند. بازیگران عرصه اقتصادی نقش کلیدی در

فرآیند تولید و استفاده بهینه از منابع و کاهش پسماند و غیره بازی می کنند. دوره گذار به سمت اقتصاد سبز و اکولوژیک و منصفانه بدون همکاری فعالانه بازیگران غیر دولتی ممکن نخواهد بود. بعد از تجزیه و تحلیل چستی و چرایی موضوع به شرایط مناسب جهت گذار به اقتصاد سبز و اقدامات صورت پذیرفته در این زمینه در عرصه بین المللی خواهیم پرداخت.

### 6-1- شرایط گذار به سمت اقتصاد سبز

بی تردید مقررات گذاری در زمینه رفع موانع پیش روی سرمایه گذاری سبز از جمله مواردی است که می تواند بستر مناسبی برای گذار به سمت اقتصاد سبز را فراهم سازد. از طریق وضع استانداردهای حداقلی می توان با ناپایداری برخی فعالیت های اقتصادی مقابله کرد. وضع استانداردهای فنی محصول و استانداردهای فرآیند تولید در سطح ملی و بین المللی جملگی در همین چارچوب می گنجد. در سطح بین المللی بهبود وضعیت انرژی و کارآمدی آن از طریق ساز کارهای مختلف به منظور کاهش انتشار گاز کربنیک در چارچوب پروتکل کیوتو یکی از مصادیق بارز ابزارهای موثر جهت نیل به اهداف زیست محیطی است. تشویق سرمایه گذاری سبز در بخش های مختلف اقتصادی عامل مهم دیگری است که می تواند گذر از اقتصاد قهوه ای به اقتصاد سبز را تسهیل نماید.

یارانه ها یکی از ابزارهای اقتصادی هستند که آثار متفاوتی بر اقتصاد کشورها می گذارد و سبب ایجاد بازار تصنعی و ساختگی می شود. یکی از مهمترین آثار منفی یارانه ها مخدوش شدن قیمت ها است. همین امر موجب می شود تا یارانه های مخدوش، هزینه فعالیت های تجاری را در یک محیط زیست ناپایدار به طور مصنوعی کاهش دهد. یکی از معضلات بزرگ زیست محیطی در جهان مربوط به یارانه هایی است که به تولید و مصرف سوخت های فسیلی داده می شود. یارانه های اختصاص یافته در سال 2008 به مصرف سوخت های فسیلی 557 میلیارد دلار و به تولید این سوخت ها 100 میلیارد دلار برآورد شده است. یارانه هایی با این ماهیت نه تنها آسیب زیادی به محیط زیست وارد می آورند بلکه مانعی بزرگ بر سر راه توسعه فن آوری های قابل تجدید در حوزه انرژی خواهد بود. لذا حذف تدریجی یارانه های مربوط به تولید و مصرف سوخت های فسیلی می تواند موجب کاهش 6/9 درصد از انتشار گازهای گلخانه ای گردد. (Rapport du PNUE, 2011:30)

البته لازم به ذکر است که یارانه‌ها تنها محدود به بخش انرژی نمی‌شود بلکه در بخش‌هایی همچون کشاورزی، حمل و نقل و صید و غیره هم قابل تحقق است.

یارانه‌هایی که به بخش انرژی‌های نو و پاک و تجدید پذیر داده می‌شود قطعاً نمی‌تواند بسان یارانه‌های اختصاص یافته به سوخت‌های فسیلی تلقی گردند زیرا این یارانه‌ها موجب حمایت از سرمایه‌گذاری سبز می‌شود و از انتشار گازهای گلخانه‌ای جلوگیری می‌نماید.

مالیات‌ها یکی دیگر از ابزارهای اقتصادی هستند که دستیابی به حداکثر رفاه اجتماعی را فراهم می‌سازند. درآمدهای حاصل از اخذ مالیات در تحقق توسعه پایدار و تامین عدالت اجتماعی نقش مهمی دارد. (Pourghafar dastjerdi, 2014: ۱۳۵) اخذ مالیات بر تولید و بر مصرف به عنوان واکنش مناسبی جهت حفاظت از محیط زیست تلقی شده است. البته طرح چنین ایده‌ای برای اولین بار توسط اقتصاددان انگلیسی بنام پیگو مطرح شد. درونی سازی خسارات وارده به محیط زیست ناشی از تولید و مصرف کالاها و خدمات زیربنای نظریه پیگو را تشکیل می‌دهد. خسارات مربوط به تولید کالا و همچنین خسارات ناشی از مصرف آن متناسب به کسی که موجب آن شده است. پس این خسارات باید در قیمت کالا و خدمت مورد نظر ادغام گردد. پس آلوده-کننده باید بر طبق میزان آلاینده‌گی وارده به محیط زیست مالیات جبرانی پردازد. ریشه اصل «آلوده کننده - پرداخت کننده» که به عنوان یکی از اصول مترقی حقوق بین الملل محیط زیست تلقی می‌گردد را باید در نظریه پیگو و اقداماتی که بعد از آن در دهه 70 میلادی در چارچوب سازمان همکاری توسعه اقتصادی صورت گرفته است جستجو کرد. (De Sadeleer, 1999: 50)

51) آثار جانبی (خارجی) منفی تولید یک محصول یا یک خدمت می‌تواند خسارات زیادی به محیط زیست وارد کند بدون اینکه این خسارات در قیمت کالا یا خدمت اثری داشته باشد. برای مثال استفاده از سموم دفع آفات و کودهای شیمیایی آثار منفی زیادی بر خاک و آب‌های زیرزمینی خواهد داشت در حالی که این خسارات در قیمت محصولات کشاورزی منعکس نمی‌شود. در این مورد مصرف کننده محصولات مربوطه از قیمت بازار سود می‌برد یعنی در واقع قیمت واقعی محصول منعکس نشده است. به عبارت دیگر محاسبه هزینه خسارات زیست محیطی موجب انعکاس قیمت واقعی است. (Yazdanpanah, 2001: ۱۴)

## 2- نتیجه گیری

اقدامات شایسته‌ای توسط جامعه بین‌المللی از دهه 90 میلادی جهت تحقق توسعه پایدار صورت گرفته است. برگزاری کنفرانس ریو 1992 نقطه عطفی در خصوص موضوع توسعه پایدار محسوب می‌شود. تحقق ابعاد سه‌گانه اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی توسعه پایدار نیازمند گذار از اقتصاد قهوه‌ای به سمت اقتصاد سبز می‌باشد. اقتصاد سبز در پی مقابله با استفاده بی‌حد و حصر از منابع فسیلی و غیر قابل تجدید است. کنوانسیون چارچوب در خصوص تغییرات آب و هوایی و پروتکل کیوتو یکی از جلوه‌های عینی به منظور کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای است. جامعه بین‌المللی با تدوین این اسناد تلاش می‌کند تا با جلب مشارکت دولت‌های توسعه یافته و در حال توسعه به اهداف مورد نظر نائل گردد. متأسفانه باید اذعان داشت که علیرغم پیش‌بینی سازکارهای منعطف در چارچوب پروتکل کیوتو، دورنمای روشن و امیدوارکننده‌ای در خصوص کنترل انتشار گازهای گلخانه‌ای به نمایش نمی‌گذارد. این ناامیدی بیشتر از استناد دولت‌های در حال توسعه خصوصاً چین و هند به حقوق ترجیحی و همچنین عدم الحاق دولت ایالات متحده آمریکا به پروتکل کیوتو ناشی می‌شود زیرا هر یک از گروه دول مذکور (در حال توسعه و توسعه یافته) بیش از یک چهارم گازهای گلخانه‌ای را منتشر می‌کنند. همان‌طور که مشاهده می‌شود نیمی از مسبب اصلی انتشار گازهای گلخانه‌ای و یا به تعبیر دیگر مسبب تغییرات آب و هوایی خارج از گردونه کنترل‌های ناظر بر پروتکل کیوتو قرار می‌گیرند.

در سال 2012 کنفرانس ریو + 20 با تدوین سند نهایی آن تحت عنوان «آینده‌ای که ما می‌خواهیم» تلاش نمود ضمن استناد به اسناد کنفرانس‌ها و نشست‌های قبلی موضوع توسعه پایدار را مورد تأکید مجدد قرار دهد و بر اقتصاد سبز توجه ویژه‌ای داشته باشد. با وجود انتظارات چشمگیر بیشتر ناظران بر تغییرات محسوس درباره چارچوب‌های نظام موجود حفاظت از محیط زیست در سطح بین‌المللی و ایجاد یک «کمیساریای عالی برای نسلهای آینده» و «ارتقای سطح برنامه عمران ملل متحد برای محیط زیست» و تبدیل آن به یک سازمان تخصصی بین‌المللی برای تبیین اهداف مشخص و نیز ایجاد نوعی «برنامه راه برای اقتصاد سبز» که در سر می‌پروراندند اما نتایج حاصل از کنفرانس 2012 چندان امیدوارکننده نبود. البته لازم به ذکر است که به سبب وجود برخی ابهامات در مفهوم اقتصاد سبز در سند مذکور هیچ تعریفی از آن صورت نگرفت. در حالی که تعریف

اقتصاد سبز به دلایل عدیده مهم می‌نماید. تعریفی مشخص از اقتصاد سبز برای به اجرا گذاشتن ابزاری موثر و همچنین نسبت به تنظیم موافقت نامه‌های اقتصادی و تجاری آتی و تفسیر آنها در سطح سازمان جهانی تجارت موثر خواهد بود.

در پایان باید اذعان داشت که توسعه پایدار یک تعهد و یک ضرورت است و نمی‌توان به آن به دیده یک انتخاب نگریست. پس در این صورت گذار به سمت اقتصاد سبز امری گریز ناپذیر خواهد بود.

## References:

### Books and articles

- [1] Alvani, seyed mehdi (2001). The role of public participation in the effectiveness of public administration, Publication management and development, (80). (In Persian).
- [2] Balan, Tamar, (2004). « Mécanisme pour un développement proper (MDP) », Réseau Action Climat, France.
- [3] Ballande, Hélène, (2001). «La Banque mondiale a-t-elle raté sa révolution verte?», *l'économie politique*, n. 10.
- [4] De Sadeleer, (N.), (1999). les principes du pollueur payeur, de prévention et de précaution, AUPELF-UREF, Universités francophones, Bruylant.
- [5] Dupuy, P. M., (1997). «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», *RGDIP*.
- [6] Kiss, A., Beurier, J. P., (2004). Droit international de l'environnement, pedone.
- [7] Kiss, Alexandre, (1993). «Les traités-cadres: une technique juridique caractéristique de droit international de l'environnement », *AFDI*.
- [8] Luiset, J., et al., (2012). «L'économie verte dans le cadre de Rio +20».
- [9] Pourghafar dastjerdi, J., (2014). Green tax (environmental taxes ), *Economic Journal*, Numbers 1 and 2. (In Persian).
- [10] Ramazani Ghavamabadi, Mohammed Hossein, (2013). From Rio to Rio in the quest for sustainable development, *Journal of Legal Studies*, Number 62. (In Persian).
- [11] Verreault, L., (2011). L'émergence de l'économie verte: quel rôle pour les acteurs publics?, ENAP.
- [12] Yazdanpanah, H, (2011). Polluter pays principle in environmental law, environmental law master's thesis, Shahid Beheshti University. (In Persian).

### Documents :

- [1] Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros(Hongrie /Slovaquie),CIJ, 25 septembre 1997.
- [2] Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, A/CONF.199/20,

- 2002.
- [3] Déclaration de millénaire, A/RES/55/2, 13 septembre 2000.
  - [4] Déclaration de Rio, 1992.
  - [5] Déclaration de Stockholm, 1972.
  - [6] L'avenir que nous voulons, A/conf.216/L.1, 19 juin 2012.
  - [7] Opinion individuelle de M. Weeramantry, 1997.
  - [8] Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable, A/CONF.199/20, 2002.
  - [9] Programme d'action du Sommet mondial pour le développement social, 1995.
  - [10] Protocole de Kyo, 1997.
  - [11] Rapport de la Banque mondiale: une croissance verte et solidaire est nécessaire, 2012.
  - [12] Rio+20: la société civile monte au créneau pour dénoncer "l'échec" du sommet de l'ONU, [www.liberation.fr/depeches/2012/06/21/rio20-l-economie-verte-est-une-nouvelle-forme-de-colonialisme-des-riches-selon-la-bolivie\\_828183](http://www.liberation.fr/depeches/2012/06/21/rio20-l-economie-verte-est-une-nouvelle-forme-de-colonialisme-des-riches-selon-la-bolivie_828183)
  - [13] Vers une économie verte: pour un développement durable, Rapport du PNUE, 2011.

## جرائم مالی شرکتی از گونه شناسی تا علت شناختی

حسام قبانچی

عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

حمیدرضا دانش ناری<sup>1</sup>

دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید

بهشتی

ناهید موسوی

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

تاریخ دریافت: 1392/2/9 تاریخ پذیرش: 1393/2/15

### چکیده

شرکت‌های تجاری نقش کلیدی در شکوفایی اقتصادی و پویایی نظام رقابت تجاری دارند. از این رو، در عصر دهکده جهانی و نظام اقتصادی باز، رقابت‌های مالی شرکت‌ها، جایگزین تعارض‌های نظامی گشته است. بر این اساس، اتخاذ راهبرد کسب حداکثر سود توسط شرکت‌ها موجب پیدایش پدیده‌ای نوظهور به نام جرم شرکتی در پهنه عدالت کیفری گشته است. تحقیق حاضر که به بررسی گونه و علت‌شناسی جرائم شرکتی می‌پردازد، با توجه به اهداف آن، از نظر نوع تحقیق کاربردی و از منظر شیوه گردآوری داده‌ها، توصیفی - تحلیلی است. مطالب این پژوهش به روش کتابخانه‌ای با استفاده از منابع تألیفی به زبان انگلیسی، کتاب‌ها و مقالات تألیفی و ترجمه‌ای و بررسی قوانین مدون داخلی نگاشته شده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد حوزه جرائم مالی شرکتی بسیار گسترده است. بر اساس نتایج این مطالعه، جاسوسی اقتصادی، کلاهبرداری شرکتی، فرار از مالیات، تبانی در تعیین قیمت‌ها، حساب‌سازی‌های ناروا و تبلیغات گمراه‌کننده برخی از گونه‌های جرائم مالی شرکتی به شمار می‌روند. مهم‌ترین رویکردها در جرم‌شناسی جرائم شرکتی نیز عبارت‌اند از: فرهنگ جرم‌زای شرکتی، نظریه فشار اقتصادی و نظریه انتخاب عقلانی.

**کلیدواژه‌ها:** جرائم شرکتی، حساب‌سازی ناروا، فرهنگ جرم‌زای شرکتی، تبانی در تعیین قیمت‌ها.



## درآمد

مفهوم جرم شرکتی<sup>1</sup> به مثابه گونه‌ای نوین از جرائم یقه‌سفیدان<sup>2</sup> اصطلاحی است که از دهه- 1970 میلادی و در پی ظهور گفتمان جرم‌شناسی انتقادی<sup>3</sup> حیات نوینی یافت. پیشگام نظریه جرائم یقه‌سفیدان، ادوین ساترلند<sup>4</sup>، با انتشار کتاب جرائم یقه‌سفیدان، به برخی جلوه‌های نهان بزهکاری اشاره نموده است. از دید ساترلند، این جرائم، بزه‌هایی هستند که به واسطه اشخاص قابل احترام و دارای جایگاه اجتماعی بالا در گفتمان شغلی (سازمانی) ارتکاب می‌یابند (Shover, 1998, 134). در فرهنگ حقوقی بلک<sup>5</sup> نیز در تعریف جرائم یقه‌سفیدان آمده است: این اصطلاح معمولاً بیانگر قانون‌شکنی‌هایی است که به اعتبار سوءاستفاده از اعتماد و اطمینان و حرفه شخص بزهکار انجام می‌شوند. این جرائم عموماً فاقد وصف خشونت‌بار هستند. (Black, 1990) دیوید ملکن<sup>6</sup> نیز جرائم یقه‌سفیدان و جرائم شرکتی را از آن جهت که فاقد وصف خشونت‌بار هستند و از نیروی جسمانی در ارتکاب این جرائم استفاده نمی‌شود، جرائم فسفری می‌نامد (Melken, 2002, 844). در نهایت می‌توان گفت که جرائم یقه‌سفیدان، مجموعه اعمال مجرمانه‌ای است که در انجام فعالیت حرفه‌ای با هدف کسب منفعت، توسط افرادی که از موقعیت تصمیم‌گیری، مشورت‌دهی، مشارکت یا مذاکره برخوردارند، به نفع شرکت یا نفع خاص خود یا ضرر سایر افراد یا شرکت‌ها، ارتکاب می‌یابد. (gasan, 2013, 132)

جرایم شرکتی به‌عنوان مفهومی نوپدید در حوزه مباحث جرم‌شناسانه، بسترهای مختلفی را شامل می‌شود. مور<sup>7</sup> معتقد است، جرائم شرکتی شامل رفتارهای مجرمانه شرکتی و رفتارهای جنایی ارتكابی در محیط شرکت‌های تجاری است. (Moohr, 2007, 26) گزاره اول ناظر بر فرضی است که شرکت‌ها، مرتکب رفتارهای مجرمانه می‌گردند و گزاره دوم ناظر بر حالتی است که جرائمی در بسترهای شغلی یک شرکت توسط کارگران آن شرکت ارتکاب یابند؛ مثل قتل

---

1-Corporate Crime.

2- White collar crime.

3- Critical criminology.

4- Edwin Sutherland.

5- Black.

6- David Melkin.

7- Moohr.

شرکتی. جان بریث ویت<sup>1</sup> نیز معتقد است جرم شرکتی رفتار مجرمانه شرکت یا کارکنان آن است و قابل رسیدگی حقوقی یا کیفری می‌باشد. از نگاه وی، این رسیدگی الزاماً رسیدگی کیفری نیست، بلکه ضمانت اجرای اداری و مدنی را نیز در بر می‌گیرد. (Moohr, 2007, 28) در دایره المعارف جرائم یقه سفیدان نیز جرم شرکتی چنین تعریف شده است: نقض قوانین توسط کارگران یا شرکت‌ها. (Gerber & Jensen, 2007, 54) بنابراین می‌توان جرائم شرکتی را به مثابه مصداق اتم و اکمل جرائم یقه سفیدان چنین تعریف کرد: اعمال غیر قانونی شرکت‌های تجاری یا کنش‌گران شرکتی در بسترهای شغلی که تحت نظام ضمانت اجرای کیفری قرار می‌گیرند.

جرائم شرکتی به دلایلی چون رؤیت‌ناپذیری بالا، گستره بزه‌دیدگی فراوان، اثرات مخرب بر نظام سیاسی و اقتصادی، ارتباط با جرائم یقه سفیدی، دولتی و سازمان یافته، امروزه به بخشی از جذاب‌ترین مباحث جرم‌شناسانه تبدیل شده است. جرائم شرکتی علاوه بر آن که زاییده جرم‌شناسی انتقادی است، از موضوعات مورد علاقه متخصصان این حوزه نیز به شمار می‌رود. به باور اندیشمندان این حوزه، بسیاری از نخبگان سیاسی و شرکت‌ها "بزه‌کاران صاحب‌منصب امین" اند. آنچه می‌چالوووسکی، بیست سال پیش به آن اشاره کرد، امروزه نیز درست است: "جرائم شرکتی گسترده‌ترین و پرهزینه‌ترین شکل جرم در آمریکا است". این گفته در مورد این جرائم در دیگر نقاط جهان از جمله کانادا و انگلستان نیز صحیح است. به عنوان مثال، برخی جرم‌شناسان بر اساس مرور نوشتگان موجود خشونت شغلی، نرخ مرگ‌های ناشی از شرایط ناامن کاری را بیش از شش برابر میزان مرگ ناشی از جرائم خیابانی و میزان خشونت‌های نامهلک در فضاهای کاری را سی برابر بیش از میزان تعرض‌های خشونت‌بار خیابانی تخمین می‌زنند. (dekeserredy, 2013, 116)

این شواهد، از مهم‌ترین دلایل پژوهش در حوزه جرائم شرکتی به شمار می‌روند. از آنجاکه از یک سو، عمده جرائم شرکتی توسط شرکت‌های تجاری ارتکاب می‌یابند و از سوی دیگر پیامدهای این دسته از جرائم بر نظام اقتصادی بسیار فراوان می‌باشد، هدف این پژوهش بررسی جرائم مالی توسط شرکت‌های تجاری است. متأسفانه در ادبیات حقوق کیفری و جرم‌شناسی ایران تاکنون به حوزه جرائم مالی شرکتی توجه چندانی نشده است. دلیل اصلی

1- John Braithwaite.

انتخاب این موضوع نیز آشنایی هر چه بیشتر متخصصان حقوقی کشور با این جرائم است. در این پژوهش پس از بیان روش تحقیق (گفتار نخست)، گونه شناسی جرائم مالی شرکتی بررسی می‌شود (گفتار دوم)، سپس علت شناسی این جرائم تحلیل می‌شود (گفتار سوم) و نهایتاً برآمد حاصل از این نوشتار ارائه می‌شود.

### گفتار نخست؛ روش تحقیق

با توجه به موضوع مورد نظر و ضرورت اتخاذ تصویری جامع و گسترده در مورد موضوع پژوهش حاضر، نوع تحقیق، کاربردی است. در این پژوهش، علاوه بر آن که بیان مبانی نظری گونه و علت شناسی جرائم شرکتی، ایده‌ای نو به شمار می‌رود، در نظام عدالت کیفری نیز دارای کارکرد می‌باشد؛ زیرا آشنایی کارگزاران کیفری با این جرائم، نه تنها واکنش‌های آنان را در قبال جرائم شرکتی متناسب می‌کند، بلکه موجب رعایت سیاست جنایی دانش‌بنیان در قبال این جرائم می‌شود. روش گردآوری داده‌ها نیز توصیفی - تحلیلی از نوع کیفی است. در این روش، محقق علاوه بر تصویرسازی آنچه هست، به تشریح و تبیین دلایل چگونه بودن و چرایی وضعیت مسئله می‌پردازد. از این رو، ابتدا موضوع تحقیق که از برخورد با موقعیت مسئله‌ای حاصل می‌گردد، مطرح می‌شود. پس از بیان موضوع تحقیق و با نگرش به نوع پژوهشی که باید انجام شود، اطلاعات لازم در مورد موضوع تحقیق گردآوری می‌گردد. در نهایت، بر اساس داده‌های موجود، مسئله مورد نظر مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرد. بر همین اساس، نگارندگان با استفاده از منابع تألیفی به زبان انگلیسی، کتاب‌ها و مقالات تألیفی و ترجمه‌ای و بررسی قوانین مدون داخلی، داده‌های مورد نیاز را گردآوری کردند. برای جمع‌آوری اطلاعات موجود در این زمینه، با استفاده از روش نمونه-پژوهی، رویکردهای تطبیقی مورد توجه خاص قرار گرفت. از سوی دیگر، جهت تبیین مفاهیم نظری مورد استفاده از منابع کتابخانه‌ای، با تعدادی از پژوهشگران و کنشگران اقتصادی آشنا به مبانی علمی و تجربی جرائم شرکتی، مصاحبه‌هایی صورت گرفت. بر این اساس، با 4 دکتر در رشته‌های حسابداری و اقتصاد، 3 تن از مدیران شرکت‌های تجاری در شهر مشهد و 4 حسابرس رسمی در شهرهای تهران و مشهد، مصاحبه‌های عمیقی به عمل آمد. از آنجا که یکی از اصول اخلاقی در روش مصاحبه، محرمانه بودن اعضای جامعه آماری است، از ذکر نام این افراد خودداری می‌کنیم. گفتگوی میان مصاحبه‌کننده‌ها و مصاحبه‌شونده‌ها در جلسات مختلف

یادداشت‌برداری و سپس توسط نویسندگان، با منابع کتابخانه‌ای تطبیق داده و جهت تبیین موضوعات مربوط، تحلیل شد.

### گفتار دوم؛ گونه‌شناسی جرائم مالی شرکتی

رویکردهای اقتصادمحور جرائم مالی شرکتی را می‌توان در دو محور اساسی بررسی کرد: جرائم اقتصادی<sup>1</sup> و رویه‌های تجاری ناعادلانه<sup>2</sup>. جرائم اقتصادی ناظر بر جرائم متعارفی است که توسط شرکت‌ها ارتکاب می‌یابند، اما رویه‌های تجاری ناعادلانه (جرائم حوزه حقوق رقابت) جرائم جدیدی هستند که موضوع آن‌ها نفی رویه‌های تجاری پذیرفته شده در عرصه اقتصاد است. از این رو رویه‌های تجاری ناعادلانه در بستر روابط شغلی تجاری ارتکاب می‌یابند؛ حال آن‌که ارتکاب جرائم اقتصادی خارج از روابط شغلی نیز قابل تصور است. جهت تبیین بهتر موضوع، در این گفتار به گونه‌شناسی جرائم مالی شرکتی با تکیه بر جرائم اقتصادی و رویه‌های تجاری ناعادلانه می‌پردازیم.

### مبحث نخست؛ جرائم اقتصادی

جرائم اقتصادی، از یک سو، به مثابه دغدغه زندگی مدرن، به یکی از چالش‌های نظام‌های عدالت‌کیفری تبدیل شده است و از سوی دیگر، رشد فناوری اطلاعات و ارتباطات در کنار پدیده جهانی شدن، به رشد روزافزون این جرائم کمک کرده است. به اعتقاد برخی از متخصصان این حوزه، جرم اقتصادی گستره فراوانی دارد و تعریف آن، به سادگی امکان‌پذیر نیست. (bhusal, 2009, 8) به زعم برخی دیگر، جرائم اقتصادی به طیفی گسترده از رفتارهای غیرقانونی بر ضد نظام اقتصادی گفته می‌شود که عموماً مصادیق آن بسته به نوع نظام اقتصادی و حتی گونه حاکمیتی، متفاوت است. بعضی دیگر، بر این باورند که این جرائم در اصطلاح عبارت‌اند از جرائمی که علیه اقتصاد کشور ارتکاب می‌یابند یا به این قصد انجام یا در عمل موجب اختلال در نظام اقتصادی کشور می‌شوند. (saki, 2010, 25) بر این اساس، در قلمروی جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی، جرم

1- Economic offences.

2- Unfair trade practices.

اقتصادی با تعاریف مختلفی همراه بوده است و بر مبنای این معیارهای مختلف، تعاریف متفاوتی ارائه شده است. قانون‌گذار ایران در قانون مجازات اسلامی مصوب 1392، بدون تعریف جرم اقتصادی، با برشماری برخی از عناوین مجرمانه، این اعمال را از مصادیق جرائم اقتصادی دانسته است. بر اساس ماده 36 قانون فوق‌الذکر، جرائم اقتصادی عبارت‌اند از: "رشاء و ارتشاء، اختلاس، اعمال نفوذ بر خلاف حق، مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی، تبانی در معاملات دولتی، اخذ پورسانت، تعدیات مأموران دولتی، جرائم گمرکی، قاچاق کالا و ارز، جرائم مالیاتی، پولشویی، اخلال در نظام اقتصادی و تصرف غیرقانونی در اموال دولتی". گرچه برشماری جرائم اقتصادی در قانون جدید، نوعی ابتکار به شمار می‌رود، اما به نظر می‌رسد که توجه مقنن در تعریف جرائم اقتصادی، معطوف به جرائم اقتصادی کارگزاران حکومتی و عدم توجه به جرائم اقتصادی شرکت‌ها بوده است؛ زیرا جرائمی دیگر همچون جرائم علیه حقوق مصرف‌کننده، سرقت اسرار تجاری و ... که در بطن شرکت‌های تجاری ارتکاب می‌یابند، نیز در زمره جرائم اقتصادی هستند. با وجود این، جرائم اقتصادی شرکت‌ها، به سه نوع مهم تقسیم می‌شود: جاسوسی صنعتی، اقتصادی، کلاهبرداری شرکتی و فرار از مالیات که در ادامه به معرفی و بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

### بند اول: جاسوسی صنعتی، جاسوسی اقتصادی<sup>1</sup>

انقلاب صنعتی، رشد اقتصادی و پدیده جهانی شدن موجب شکوفایی حقوق مالکیت‌های فکری گشته است، اما تهدید جدی علیه خلاقیت‌های ذهنی، جاسوسی‌های صنعتی - اقتصادی (سرقت اسرار تجاری) از طریق فناوری‌های نوین، اینترنت و فرایندهای مصنوعی است. امروزه جاسوسی صنعتی - اقتصادی تبدیل به یک تجارت معمول و سودآور شده است. اهمیت این جرائم تا بدان جاست که جاسوسی صنعتی - اقتصادی را به‌عنوان خط مقدم نوین معرفی می‌نمایند (Nasheri, 2005, 20). راهبرد «اطلاعات به‌مثابه قدرت»<sup>2</sup> نیز موجب شده تا اطلاعات تجاری - صنعتی آماج جاسوسی‌های مختلف قرار گیرند. به همین دلیل شیوه‌های حفظ و نگهداری اسرار

1- Economical spying and Industrial espionage.

2-Information as power

تجاری<sup>1</sup> به دغدغه شرکت‌های بزرگ تبدیل گشته است. شرکت‌های تجاری به‌عنوان کنش‌گران اقتصاد جهانی، با تبادل کالا و خدمات در سطح جهان، در فعالیت‌های تجاری جهانی شرکت می‌نمایند، اما همواره بیم آن را دارند که محصولات، طرح‌ها و اطلاعات آنان آماج جاسوسی‌های صنعتی - اقتصادی قرار گیرد.

بر اساس آمار FBI در ابتدای سال 1996 تقریباً 800 پرونده در خصوص جاسوسی‌های اقتصادی کشف شده است که این رقم در قیاس با سال 94 در حوزه جرائم جاسوسی‌های اقتصادی دو برابر گشته است. پژوهش ASIS نشان می‌دهد که ضرر مالی 1000 شرکت بزرگ و ثروتمند آمریکا بر اثر سرقت اسرار تجاری در سال 1999، بیش از 45 میلیارد دلار بوده است. پژوهش ASIS در سال 2000 نیز نشان می‌دهد که شرکت‌های آمریکایی بیش از 1 میلیارد دلار را به دلیل سرقت اسرار تجاری از دست داده‌اند (Nasheri, 2005, 25).

جاسوسی صنعتی به‌عنوان جاسوسی حوزه صنعت، حوزه‌های مختلفی را شامل می‌شود: اختراعات<sup>2</sup>، الگوها<sup>3</sup>، وسایل<sup>4</sup>، طرح‌های صنعتی<sup>5</sup>، روش‌ها<sup>6</sup> و فرایندهای مختلف حوزه صنعت، فرمول‌های صنعتی<sup>7</sup>، سامانه‌های هسته‌ای<sup>8</sup> و اطلاعات نظامی<sup>9</sup> از مواردی هستند که همواره در خطر جاسوسی‌های صنعتی قرار می‌گیرند.

جاسوسی اقتصادی نیز حوزه‌های مختلفی از جمله سرقت اسرار تجاری، داده‌های اقتصادی، دستیابی به میزان سود و ضرر، تولید محصولات و ... را در بر می‌گیرد.

شیوه‌های مختلف جاسوسی‌های صنعتی - اقتصادی که توسط شرکت‌ها یا کنش‌گران آن‌ها ارتکاب می‌یابند، عبارت‌اند از: اسکن تصاویر، عکس‌برداری از طرح‌ها، استراق سمع، ایجاد خلل در تارنماهای شرکت‌های رقیب و .... یکی از شیوه‌های نوین جاسوسی صنعتی - اقتصادی که

- 1- Trade secret.
- 2- Inventions.
- 3- Models.
- 4- Tools.
- 5- Industrial design.
- 6- Modes.
- 7- Industrial formula.
- 8- Nuclear systems.
- 9- Military information.

نشان دهنده ابتکار شرکت‌های بزهکار است، حضور در دادگاه‌های شرکت‌های رقیب است؛ زیرا این شرکت‌ها امید آن دارند که در جلسه دادگاه شرکت‌های رقیب، برخی از اطلاعات آن‌ها محل بحث واقع گردد و از این طریق به برخی از اسرار تجاری - اقتصادی آن‌ها پی برند. یکی دیگر از شیوه‌های ارتکاب جاسوسی صنعتی، مهندسی معکوس<sup>1</sup> است. بر اساس شیوه مهندسی معکوس، شرکت‌های تجاری با دستیابی به محصول نهایی، گام به گام به عقب رفته تا به شیوه نهایی تولید دست یابند. شرکت‌های تجاری با استخدام مهندسان صنعتی متخصص در حوزه مهندسی معکوس، در پی آن‌اند تا با کشف جزئیات امور، شیوه نهایی تولید محصول را درک نمایند.

در این قلمرو و در نظام عدالت کیفری ایران، مواد 64 و 75 قانون تجارت الکترونیکی به جرم انگاری سرقت اسرار تجاری اشاره کرده است. بر اساس ماده 64 این قانون «به منظور حمایت از رقابت‌های مشروع و عادلانه در بستر مبادلات الکترونیکی، تحصیل غیر قانونی اسرار تجاری و اقتصادی بنگاه‌ها و مؤسسات برای خود و یا افشای آن برای اشخاص ثالث در محیط الکترونیکی، جرم محسوب و مرتکب به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید.» ماده 75 این قانون نیز مقرر می‌دارد «متخلفین از ماده 64 این قانون و هر کس در بستر مبادلات الکترونیکی، به منظور رقابت منفعت یا ورود خسارت به بنگاه‌های تجاری با نقض حقوق قراردادهای استخدام مبنی بر عدم افشای اسرار شغلی و یا دستیابی غیرمجاز، اسرار تجاری آنان را برای خود تحصیل یا برای اشخاص ثالث افشا نمایند، به حبس از 6 ماه تا 2 سال و جزای نقدی معادل 50 میلیون ریال محکوم خواهد شد.»

با توجه به صراحت ماده 64 و خاص بودن قانون تجارت الکترونیکی، می‌توان گفت که سرقت اسرار تجاری در این ماده، تنها ناظر بر اسرار تجاری الکترونیک است و دیگر جنبه‌های اسرار تجاری را در بر نمی‌گیرد. همچنین در ماده 75 این قانون افشا و تحصیل نامشروع باید به منظور رقابت، منفعت یا ورود خسارت به بنگاه‌های تجاری باشد؛ بنابراین چنانچه فردی بدون قصد خاص رقابت، منفعت و یا ورود خسارت به بنگاه‌ها، اسرار تجاری الکترونیک را برای خود تحصیل یا برای ثالث افشا نماید، مشمول این مقررات نمی‌گردد. از طرف دیگر، قصد خاص رقابت، منفعت و

---

1- Reverse engineering.

... باید با نقض حقوق قراردادهای استخدامی همراه باشد. توجه به این قید نشان می‌دهد که این قانون ضمانت اجرای کیفری نقض حقوق اسرار تجاری الکترونیک را صرفاً برای مستخدمان بنگاه‌های تجاری در نظر گرفته است؛ بنابراین چنانچه فردی بدون وجود رابطه استخدامی اسرار تجاری الکترونیک را برای خود تحصیل یا برای ثالث افشا نماید، مشمول این مقررات نمی‌شود. دیگر خلأ موجود در حوزه جرم انگاری در این قانون، ناظر بر رفتارهای مجرمانه‌ای است که در جهت حمایت از اسرار تجاری وضع گردیده‌اند. ماده 75 این قانون صرفاً تحصیل و افشای اسرار تجاری الکترونیک را تحت حمایت قرار می‌دهد، حال آنکه شیوه‌های سرقت اسرار تجاری بسیار گسترده‌تر است؛ اما همان‌طور که مشاهده می‌شود، این قانون صرفاً ارتکاب جرم توسط اشخاص حقیقی را مدنظر قرار داده است؛ بنابراین، در صورتی که شخص حقوقی مرتکب جرمی شود، بر اساس این قانون، مسئولیت نخواهد داشت؛ اما این مشکل با تصویب قانون مجازات اسلامی 1392 حل شده است. بر اساس ماده 143 قانون مذکور، "شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت است که نماینده قانونی شخص حقوقی، به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرم شود". از این رو و با توجه به آن که قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته است، می‌توان گفت در صورتی که فرد به نام شرکت یا در راستای منافع آن، دست به ارتکاب جرم زند، شرکت با ضمانت اجرای جنایی مواجه می‌شود. به تصریح ذیل ماده فوق‌الذکر نیز، مجازات شخص حقوقی، مانع مجازات شخص حقیقی نیست.

### بند دوم؛ کلاهبرداری اینترنتی شرکتی

امروزه پیوند توسعه اقتصادی مدرن و فناوری‌های نوین، از یک سو و هوش و قدرت تخیل کلاهبرداران از سوی دیگر، موجب افزایش و تنوع گونه‌های کلاهبرداری شده است. گونه شناسی این جرم، گاه بر اساس اتخاذ نام‌های واهی، گاه با توجه به شیوه مورد استفاده (کلاهبرداری از طریق فروش قسطی، چاپ آگهی، قدرت فراطبیعی و تشخیص) یا حتی جهت گیری به سوی یک سیل خاص (کلاهبرداری نسبت به بیمه، کلاهبرداری در ازدواج، کلاهبرداری از طریق مؤسسات خیریه یا علیه این مؤسسات) انجام می‌شود. (gasan, 2012, 103) تقسیم‌بندی دیگر که در این زمینه می‌توان ارائه داد، توجه به شخصیت حقیقی یا حقوقی (اعم از دولتی و خصوصی) مرتکب است. بر اساس آمار موجود، یکی از گونه‌های رایج این جرم، کلاهبرداری توسط شرکت‌های



تجاری است. شرکت‌ها جهت ارتکاب کلاهبرداری به سازکارهای مختلفی متوسل می‌شوند که کلاهبرداری اینترنتی شرکتی یکی معمول‌ترین این راه‌ها است.

امروزه وابستگی جامعه مدرن به سامانه‌های رایانه‌ای، توسعه فناوری اطلاعات<sup>1</sup>، ترقی کیفیت زندگی و رشد فناوری‌های ارتباطی، موجب شده است تا عمده کلاهبرداری‌های اینترنتی توسط بزهکاران مجازی<sup>2</sup> صورت پذیرد. بزه‌های مجازی<sup>3</sup> به دلیل گمنامی بزهکار، خطرپذیری پایین، سرعت بالای ارتکاب جرم و مشکلات تعقیب و شناسایی، همواره مورد توجه بزهکاران حرفه‌ای هستند. از حیث کشف این جرائم نیز شناسایی بزهکاران مجازی از طریق پروتکل اینترنتی<sup>4</sup> با چالش‌های فراوانی مواجه است. از این رو، بزهکاران با توجه به رویکرد هزینه-فایده<sup>5</sup> جرائم سایر بزه‌هایی می‌دانند که با کم‌ترین هزینه، بیشترین منافع را برای آنان به ارمغان می‌آورد. بر اساس یافته‌های حاصل از مصاحبه‌ها، شرکت‌ها به تجربه دریافته‌اند که جرائم اقتصادی اینترنتی یکی از مهم‌ترین شیوه‌های ارتکاب جرائم است. شرکت‌های تجاری، از طرفی با توسل به کلاهبرداری-های اینترنتی مرزها را در می‌نوردند و از طرف دیگر، در لحظه وقوع جرم، در مکانی غیر از محل وقوع بزه قرار دارند. کلاهبرداری‌های شرکتی اینترنتی عموماً به دو شیوه ارتکاب می‌یابند. شکل اول، کلاهبرداری مزایده‌ای<sup>6</sup> است. این شیوه معمول‌ترین نوع کلاهبرداری اینترنتی شرکتی است که به‌عنوان مزایده شبکه‌ای<sup>7</sup> نیز از آن یاد می‌شود (Gerberet al, 2007, 152).

بر اساس این الگو، فرد، پیشنهاد مزایده کالا یا خدماتی را از طریق اینترنت ارائه می‌دهد. ارسال پیشنهاد از طریق پست الکترونیکی صورت می‌پذیرد، پس از دریافت پست الکترونیکی توسط افراد و پیشنهادها و قیمت‌های مختلف، یکی از مشتریان، به‌عنوان برنده مزایده معرفی می‌شود و پس از واریز مبلغ پیشنهادی، در می‌یابد که کالا یا خدمات در عالم واقع وجود ندارد. شکل دوم،

1- Information technology.

2- Cyber criminals.

3- Cyber Crimes.

4- Internet protocol.

5- Cost- benefit approach.

6- Auction fraud.

7- Network Auction.

کلاهبرداری سرمایه‌گذاری<sup>1</sup> است. در این روش نیز شرکت‌ها با پیشنهاد فرصت سرمایه‌گذاری به افراد، مبلغی را به‌عنوان سرمایه اولیه از آنان طلب می‌کنند. پیشنهاد سرمایه‌گذاری عمدتاً با تبلیغات گمراه‌کننده همراه می‌شود و افراد را ترغیب می‌کند تا به این پیشنهاد پاسخ مثبت دهند. پس از واریز سرمایه اولیه، ارتباط میان شرکت و فرد سرمایه‌گذار قطع می‌گردد. بدین معنا که سرمایه‌گذاری، به واقع وجود ندارد. در هر دو روش، شرکت‌ها راه فرار از مسئولیت جنایی را نیز پیش‌بینی می‌کنند. بر اساس یافته‌های حاصل از مصاحبه با متخصصان این حوزه، رویکرد غالب شرکت‌ها در کلاهبرداری اینترنتی ایجاد پست الکترونیکی جدید و افتتاح حساب‌های شخصی است. افراد پس از آنکه جهت دریافت مبلغ پرداختی به شرکت‌ها رجوع می‌کنند، با پاسخ‌های تهاجمی شرکت‌ها مواجه می‌گردند. شرکت‌ها با استناد به پست الکترونیکی مشخص و حساب بانکی به نام شرکت، خود را از اتهام وارده بری می‌کنند.

در نظام عدالت کیفری ایران در مبحث اول باب چهارم قانون تجارت الکترونیکی (مصوب 1382) و در ماده 68 آمده است: "هر کس در بستر مبادلات الکترونیکی، با سوءاستفاده یا استفاده غیر مجاز از داده پیام، برنامه‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای و وسایل ارتباط از دور و ارتکاب افعالی نظیر ورود، محو، توقف داده پیام، مداخله در عملکرد برنامه یا سیستم رایانه‌ای و غیره دیگران را بفزاید و یا سبب گمراهی سیستم‌های پردازش خودکار و نظایر آن شود و از این طریق برای خود یا دیگری وجوه، اموال یا امتیازات مالی تحصیل کند و اموال دیگران را ببرد مجرم محسوب و علاوه بر رد مال به صاحبان اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی معادل مال مأخوذه محکوم می‌شود". بر اساس تبصره این ماده شروع به این جرم نیز جرم محسوب و مجازات آن حداقل مجازات مقرر در این ماده است؛ اما در ماده 13 قانون جرائم رایانه‌ای (مصوب 1388) نیز آمده است: "هر کس به‌طور غیرمجاز از سیستم‌های رایانه‌ای یا مخبراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سیستم وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم

---

1- Investment fraud.

خواهد شد". به نظر می‌رسد با توجه به قاعده "الجمع مهما امکن اولی من الطرح" امکان جمع میان این دو مقرر قانونی وجود داشته باشد. بر این اساس، در صورت ارتکاب کلاهبرداری رایانه‌ای در جایی که شخصی دیگری را در بستر مبادلات الکترونیکی فریب دهد و از این طریق مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، موضوع کما فی السابق در شمول قانون تجارت الکترونیکی است نه قانون جرائم رایانه‌ای. در باقی فروع نیز ملاک، قانون جرائم رایانه‌ای خواهد بود. رفتارهای مجرمانه جرم کلاهبرداری رایانه‌ای در قانون اخیرالذکر، دو دسته‌اند: رفتارهای مجرمانه علیه داده‌ها که شامل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن آن‌هاست و مختل کردن سیستم. در فرض اول، مرتکب با اعمالی چون افزودن یا تغییر دادن، برای خود امتیازی به دست می‌آورد. در فرض دیگر، نیز فرد از طریق اختلال در سیستم، به نتایج مورد نظر خود می‌رسد. وسیله ارتکاب جرم در این ماده، رایانه و بستر آن سامانه‌ها و سیستم‌های مخابراتی هستند. با توجه به فحوی این ماده، به نظر می‌رسد که تمامی رفتارها از لحظه آغاز ارتکاب جرم تا مرحله انتهایی آن، باید در فضای مجازی انجام شود. از این رو، چنانچه به هر دلیلی، فرد رفتار خود را در فضای سایر به اتمام نرساند، جرم نیز محقق نشده است. نتیجه این جرم نیز به نسبت کلاهبرداری سنتی گسترش یافته است؛ زیرا در کلاهبرداری سنتی و بر اساس ماده 1 قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری، فرد باید مال دیگری را ببرد، در حالی که در این قانون، کسب هرگونه منفعت مالی، برای تحقق جرم کافی است. نیز در این ماده، دامنه مرتکب هم افزایش یافته است؛ زیرا چه فرد امتیاز مالی را برای خود و چه برای دیگری ببرد، جرم تحقق می‌یابد. البته تمامی این اقدامات، به شرط غیرقانونی بودن جرم است. لذا چنانچه، کارمند بانکی بر اساس ضوابط سازمانی، برخی از رفتارهای موجود در این ماده را انجام دهد، مشمول این ماده نخواهد شد.

### بند سوم؛ فرار از مالیات

فرار از مالیات از جرائمی است که لطمه‌های جبران‌ناپذیری به اقتصاد جامعه وارد می‌کند. فرار از مالیات استفاده از ابزارهای غیرقانونی جهت پرهیز از پرداخت مالیات است. بر اساس گزارش مرکز منافع داخلی آمریکا در سال 2002 افراد بسیاری در ایالات متحده از پرداخت مالیات فرار کردند. این افراد با انتقال وجوه خود به حساب‌های بانکی کشورهای خارجی و بازپس‌گیری این مبالغ از طریق کارت‌های اعتباری، از پرداخت مالیات امتناع ورزیدند (Grobooskey, 2009, 135).

از طرفی در برخی کشورها، راهبردهای عام‌المنفعه‌ای در قوانین مالیاتی تعریف می‌شود که افراد در صورت انجام این امور، مالیات کمتری را می‌پردازند. برخی از این راهبردها عبارت‌اند از سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های ورزشی، همکاری در برنامه‌های فرهنگی و اجتماعی و امور عام‌المنفعه؛ بنابراین باید میان فرار از مالیات و رویکردهای کاهش پرداخت مالیات قائل به تفکیک شد. فرار از مالیات، استفاده از طرق غیر قانونی جهت فرار از پرداخت مالیات است، اما رویکردهای کاهش پرداخت مالیات بر اساس متون قانونی و با استفاده از ابزارهای قانونی صورت می‌گیرد و امری مجاز تلقی می‌گردد.

بر اساس ماده 198 قانون مالیات‌های مستقیم مصوب 1380 نسبت به اشخاصی که به شرح مقررات این قانون، مکلف به تسلیم صورت یا فهرست یا قرارداد یا مشخصات راجع به مؤدی می‌باشند، در صورتی که از تسلیم آن‌ها در موعد مقرر خودداری و یا برخلاف واقع تسلیم نمایند، جریمه متعلق در مورد حقوق عبارت خواهد بود از: دو درصد حقوق پرداختی و در خصوص پیمانکاری یک درصد کل مبلغ قرارداد و در هر حال با مؤدی متضامناً مسئول جبران زیان وارده به دولت خواهند بود. بر اساس تبصره 2 ماده 199 نیز هرگاه مکلف به کسر مالیات، شخص حقوقی غیردولتی باشد، مدیر یا مدیران مربوط نیز علاوه بر مسئولیت تضامنی نسبت به پرداخت مالیات و جرائم متعلق به حبس تأدیبی از سه ماه تا دو سال محکوم خواهند شد. این حکم شامل مدیر یا مدیران اشخاص حقوقی که برای پرداخت مالیات‌های مذکور در فوق به سازمان امور مالیاتی کشور تأمین سپرده‌اند، نخواهد بود. چنانچه کسرکننده مالیات، شخص حقیقی باشد به حبس تأدیبی از سه ماه تا دو سال محکوم خواهد شد؛ بنابراین، بر اساس این مواد، ارتکاب اعمالی چون اظهار خلاف واقع یا عدم تسلیم به هنگام صورت‌های مالی که عموماً به دلیل فرار از مالیات صورت می‌گیرد، جرم تلقی شده است. تبصره 2 ماده 199 نیز برای مدیران شرکت‌های خصوصی، ضمانت اجرای شدید حبس از سه ماه تا دو سال را در نظر گرفته است. البته بر اساس همین تبصره، سپردن تأمین مناسب نزد سازمان امور مالیاتی به‌عنوان عذر معاف‌کننده مانع اعمال مجازات می‌شود؛ زیرا در این فرض، ممیزان مالیاتی از طریق اخذ تأمین، مالیات شرکت را دریافت می‌کنند و مقصود، حاصل می‌شود.

### مبحث دوم؛ رویه‌های تجاری ناعادلانه

امروزه، به دلیل رشد فناوری و قدرت برتر تولیدکنندگان و سرمایه‌داران، رویه‌های تجاری ناعادلانه به‌عنوان یکی از مباحث نوین در حقوق رقابت، جایگاه والایی به خود گرفته است. این مفهوم که به اعمال متقلبانه، فریبکارانه و توأم با تزویر در رویه‌های تجاری، اطلاق می‌شود (*legal-dictionary.thefreedictionary.com*)، عمدتاً علیه مصرف‌کنندگان، انجام می‌شوند و از این رو، به جرائم علیه مصرف‌کنندگان نیز مشهور شده‌اند. بانک جهانی و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی<sup>1</sup> در توصیه به کشورهای مختلف، رویه‌های تجاری ناعادلانه را شامل ارائه اطلاعات نادرست و اثر آن بر منافع تجاری، ارائه اطلاعات نادرست به مشتریان، بازنمایی سوء از محصولات، تبانی در تعیین قیمت‌ها و ... دانسته است. (9, 2012, *cutsinternational*) رویه‌های تجاری ناعادلانه در بطن شرکت‌های بزهکار به سه نوع مهم تقسیم می‌شود که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

#### بند اول؛ تبانی در تعیین قیمت‌ها

تبانی در تعیین قیمت‌ها اصطلاح عامی است که به معنای تنظیم رفتارهای غیر قانونی شرکت‌ها با هدف کسب سود بیشتر است. در این پدیده که سالانه میلیون‌ها دلار سود غیر قانونی برای شرکت‌ها به ارمغان می‌آورد، شرکت‌های تجاری در حوزه‌های خاص صنعت، با یکدیگر توافق می‌کنند تا قیمت محصولات را در حد معینی نگاه دارند (238, 2007, *Gerber et al*). تبانی در تعیین قیمت‌ها الگویی جهت‌دستیابی به حداکثر سود و کاستن از هزینه‌های رقابت است. از بین رفتن فضای رقابت میان کنش‌گران اقتصادی موجب بروز پدیده تثبیت قیمت‌ها می‌شود. در این فرض شرکت‌ها به جای رقابت با یکدیگر، با تبانی، قیمت‌ها را در سطح مشخصی نگه می‌دارند. فضای رقابت تجاری میان شرکت‌ها ایجاب می‌کند تا شرکت‌ها توجه خود را معطوف به کیفیت تولیدات، قیمت آن‌ها و نحوه برخورد با مشتریان نمایند، اما از بین رفتن این فضای رقابتی، موجب می‌گردد تا کیفیت محصولات افت کند و قیمت محصولات با کیفیت آن‌ها تناسب نداشته

1- organization for economic cooperation and development

باشد. بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته با متخصصان علوم اقتصادی، تبانی در تعیین قیمت‌ها به خصوص زمانی رخ می‌دهد که حوزه خاصی از فعالیت‌های تجاری - به‌عنوان مثال حوزه تولیدات مواد آرایشی - در اختیار تولیدکنندگان اندکی باشد. بر اساس نظر متخصصان علم اقتصاد، این وضعیت همان است که در اقتصاد از آن به انحصارگرایی چندگانه یاد می‌شود. انحصارگرایی چندگانه حالتی است که به‌عنوان مثال پنج تولیدکننده مواد آرایشی بیش از 50٪ بازار را در اختیار داشته باشند. در این وضعیت، علاوه بر آن که احتمال بروز پدیده تبانی در تعیین قیمت‌ها فراوان خواهد بود، موجب شکل‌گیری شرکت‌های کارتل می‌شود. این شرکت‌ها، با تقویت پدیده تبانی در تعیین قیمت‌ها، از بین بردن فضای رقابتی و ایراد ضرر به مشتریان، به سودهای هنگفتی می‌رسند. حالت دیگری که در آن پدیده تثبیت قیمت‌ها به احتمال فراوان رخ خواهد داد، وضعیت انحصارگرایی مطلق است. این وضعیت، حالتی است که حوزه خاصی از فعالیت‌های تجاری در اختیار تنها یک تولیدکننده باشد. در این فرض نیز به دلیل فقدان فضای رقابتی، تولیدکننده منحصربه‌فرد با در اختیار داشتن بازار و تعیین قیمت، فروشندگان را مجاب می‌نماید تا بر اساس اصل نیاز به تولیدات وی روی آورند.

بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته با کنش‌گران تجاری، در بسترهای اقتصادی - اجتماعی ایران به نظر می‌رسد که امکان بروز این پدیده در زمان خریدهای نوروژی فراوان باشد. در وضعیت انحصارگرایی چندگانه یا مطلق، تولیدکنندگان با آگاهی از اشتیاق مردم به خریدهای نوروژی، با تبانی در تعیین قیمت‌ها، هزینه‌های فراوانی را به مصرف‌کنندگان بار می‌کنند. پیامد اصلی تبانی در تعیین قیمت‌ها ایراد ضرر بر مشتریان است. بر مبنای این پدیده، مشتریان باید محصولات با کیفیت پایین را با قیمت بالا خریداری نمایند. هزینه‌های تبانی در تعیین قیمت‌ها چندان مشخص نیست، اما برآورد می‌شود هزینه‌های این پدیده علیه مشتریان در ایالات متحده، سالانه به بیش از 60 میلیارد دلار برسد (Gerberet al, 2007, 239).

در سال 2008 مدیران دو شرکت بزرگ الکترونیکی آل جی و هیتاچی به تبانی در تعیین قیمت‌ها در فروش صفحات کریستال مایع (LCD) به شرکت‌های آمریکایی متهم شدند. در سال 2009 نیز 15 شرکت هوایی به تبانی در تثبیت قیمت‌ها در تعیین نرخ بارنامه هوایی متهم شدند. جمع جریمه‌های نقدی این شرکت‌ها به 1/6 میلیارد دلار رسید (Siegel, 2011, 327). به نظر می‌رسد هر چه در حوزه‌های مختلف تجاری، صاحبان سرمایه و شرکت‌ها بیشتر باشند، به همان

نسبت احتمال بروز پدیده‌ی تبانی در تعیین قیمت‌ها نیز کاهش پیدا نماید. نتیجه آنکه پویایی رقابت اقتصادی در فعالیت‌های تجاری و خصوصی‌سازی از اصول راهبردی در کاهش پدیده‌ی تثبیت قیمت‌ها به شمار می‌رود.

در نظام عدالت کیفری ایران و بر اساس بند ب ماده 45 قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، عرضه و یا تقاضای کالا یا خدمت مشابه به قیمت‌هایی که حاکی از تبعیض بین دو یا چند طرف معامله و یا تبعیض قیمت بین مناطق مختلف به‌رغم یکسان بودن شرایط معامله هزینه‌های حمل و سایر هزینه‌های جانبی آن، ممنوع است. ضمانت اجرای نقض این ماده در ماده 61 قانون فوق‌الذکر آمده است که بر اساس آن مجرم به جریمه نقدی از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال، محکوم می‌شود. همان‌طور که مشخص است، ضمانت اجرای موجود در این قانون به نسبت منافع این جرم بسیار خفیف بوده و اهداف پیشگیری کیفری را تضمین نمی‌کند.

#### بند دوم؛ حساب‌سازی‌های ناروا

یکی دیگر از رویه‌های تجاری ناعادلانه شرکت‌ها، حسابداری یا حساب‌سازی‌های نارواست. حساب‌سازی عمل خدعه آمیزی است که به‌منظور سوءاستفاده خود یا دیگری یا به‌منظور اضرار به شخصی انجام گیرد و در نتیجه آن، حساب یا سندی که به‌منظور حسابداری تهیه شده، نابود، مخدوش، نهفته یا دستکاری شود یا در تهیه اطلاعات مورد نیاز، کسی از حساب، ثبت یا سندی استفاده کند که بدانند در موردی گمراه‌کننده، تقلبی و فریبنده است. شرکت‌ها به دلایل مختلف از جمله فرار از مالیات، کسب سود بیشتر و ... اقدام به حساب‌سازی‌های ناروا می‌نمایند. متخصصان این حوزه با دست‌کاری در حساب‌های مالی شرکت‌ها، حقایق مالی را پنهان نموده و اموری غیر واقعی را به شرکت‌ها نسبت می‌دهند.

در جولای سال 2006 شرکت تننت<sup>1</sup> موافقت نمود که 900 میلیون دلار به حکومت فدرال بابت تخلفات صدور صورت حساب مراقبت‌های پزشکی، باز پس دهد، این در حالی است که بنا به

1- Tenet.

گفته برخی افراد، این شرکت در حدود 1/9 میلیارد دلار از این راه کسب سود کرده بود. این شرکت که بزرگ‌ترین زنجیره بیمارستان‌ها را در آمریکا در اختیار دارد، در سال 2000 نیز به دلیل صدور صورت حساب غیر قانونی مقصر شناخته شد و به پرداخت 840 میلیون دلار جزای نقدی محکوم گردید (Hartley, 2008, 22).

بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته با متخصصان علوم اقتصادی، برخی شرکت‌ها در راستای حساب‌سازی‌های ناروا اقدام به تشکیل دو نوع دفتر مالی می‌نمایند. دفاتر حقیقی دفاتری است که واقعیت‌های مالی شرکت‌ها را نشان می‌دهد و در بسترهای داخلی شرکت از جمله گزارش به مدیر شرکت به کار می‌رود. دفتر دیگر شرکت‌ها که دفاتر قانونی است، جهت ارائه به نهادهای مالی از جمله ممیزان اداره دارایی تهیه می‌شوند. نکته مشخص آن که همواره بین این دو دفتر ناسازگاری وجود دارد. دفاتر مالی حقیقی جهت گزارش‌های داخلی، میزان سود، خرید، فروش و ... شرکت را آن‌گونه که هست، نشان می‌دهد، اما دفاتر قانونی با برجسب قانونی، حساب‌هایی است که با واقعیت‌های مالی شرکت تطابق ندارد و به واقع جهت دور زدن قانون شکل می‌گیرند.

بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته با متخصصان علم حسابداری، حسابرسی به‌عنوان نهاد نظارتی، امور مالی و حسابداری شرکت‌های تجاری را کنترل می‌نماید. پیامدهای ناگوار حساب‌سازی‌های ناروا از جمله ایجاد خلل در نظام اقتصادی موجب گردیده تا حسابرسی به‌عنوان راهبرد نظارتی در علم حسابداری تأسیس گردد. از این‌رو، فلسفه وجودی حسابرسی، پی بردن به تحریف‌های مالی است. حساب‌برسان متخصص با انجام امور حسابرسی موجب می‌شوند تا حساب‌سازی‌های ناروای شرکتی کشف و با آنان برخورد گردد. لازمه این امر گزینش حساب‌برسان بر مبنای گفتمان تخصص‌باوری است.

حساب‌برسان متخصص با تسلط بر اصول حسابرسی، قادر به کشف حساب‌سازی‌های ناروا خواهند بود، اما بر اساس نتایج حاصل از مصاحبه‌ها، چالش نوین در حسابرسی صورت‌های مالی شرکت‌ها، تبانی مدیران مالی شرکت‌ها با حساب‌برسان است. در این فرض مدیران مالی شرکت‌ها، حساب‌برسان را تشویق می‌نمایند تا اظهارنظر خود در گزارش حسابرسی را اظهارنظر مشروط بیان نمایند. اظهارنظر مشروط در گزارش‌های حسابرسی ناظر بر فرضی است که حساب‌برس، قبول صورت‌های مالی را منوط به رفع ایرادات جزئی می‌داند. در این حالت مدیران مالی با پر نمودن خلأهای موجود، اظهارنظر مقبول حسابرسی را دریافت خواهند نمود؛ حال آنکه حقایق مالی



شرکت‌ها همچنان در تحریف باقی می‌ماند.

بر اساس نتایج مصاحبه‌ها، مشکل دیگر در حسابرسی، تفویض این امر به نیروهای کار کم تجربه است. معمولاً حساب‌برسان با تفویض حسابرسی به نیروهای تحت امر خود، فرایند حسابرسی را با مشکل مواجه می‌سازند. نیروهای کم تجربه با بررسی صورت‌های مالی شرکت‌ها و تطابق آنان با کلیات اصول حسابرسی، گزارش نهایی را بیان می‌نمایند. از یک سو، شرکت‌ها، کارشناسان متخصص در زمینه تحریف‌های مالی را به استخدام خود درمی‌آورند و از سوی دیگر، حسابرسی صورت‌های مالی توسط نیروهای کار کم تجربه صورت می‌پذیرد. پیامد این امر، عدم کشف حساب‌سازی‌های ناروا خواهد بود. در پرونده جنجال‌برانگیز اخیر در کشور نیز حساب‌سازی‌های ناروا تسهیل‌کننده وقوع بزه بوده است. از بُعد نظارتی، می‌توان این پرسش را مطرح نمود که نقش حساب‌برسان در ارتکاب این جرم تا چه میزان بوده است؟ آیا حساب‌برسان بر مبنای گفت‌وگو تخصص محور گزینش نشده‌اند یا نیروهای کار کم تجربه نتوانسته‌اند تحریف‌های مالی را کشف نمایند یا ...؟

در نظام حقوق کیفری ایران، حساب‌سازی‌های ناروا در تبصره ماده 118 قانون مالیات‌های مستقیم آمده است. بر اساس این تبصره، آخرین مدیران شخص حقوقی در تسلیم اظهارنامه خلاف واقع، متضامناً و کلیه کسانی که دارایی شخص حقوقی بین آنان تقسیم گردیده به نسبت سهمی که از دارایی شخص حقوقی نصیب آنان شده است، مشمول پرداخت مالیات و جرایم متعلق به شخص حقوقی خواهد بود، به شرط آن که ظرف مهلت مقرر در ماده 157 این قانون از تاریخ درج آگهی انحلال در روزنامه رسمی کشور مطالبه شده باشد. بر اساس ماده 201 قانون مذکور نیز هرگاه مؤدی به قصد فرار از مالیات از روی علم و عمد به ترازنامه و حساب سود و زیان یا به دفاتر و اسناد و مدارکی که برای تشخیص مالیات ملاک عمل می‌باشد و برخلاف حقیقت تهیه و تنظیم شده است، استناد نماید، علاوه بر جریمه‌ها و مجازات‌های مقرر در این قانون از کلیه معافیت‌ها و بخشودگی‌های قانونی در مدت مذکور محروم خواهد شد؛ بنابراین، بر اساس این قانون، هم حسابداری که حساب‌های مالی را دستکاری می‌کند و هم مدیر مالی شرکت که صورت‌های ناصحیح را به میزان مالیاتی ارائه می‌دهد، مسئولیت دارند. با وجود این، به نظر می‌رسد، صرف اعمال ضمانت اجرای مدنی در مورد متخلفان این حوزه، باعث پیش‌گیری از این جرائم نشود؛ بنابراین، با توجه به پیامدهای ناگوار حساب‌سازی‌های ناروا، به نظر می‌رسد که جرم‌شناسی این

رفتار در نظام عدالت کیفری ایران، در قالب جرائم پیشگیرانه، از ارتکاب جرائم دیگری چون فرار از مالیات، اختلاس و ... جلوگیری نماید.

### بند سوم؛ تبلیغات گمراه‌کننده

تبلیغات گمراه‌کننده به معنای بازنمایی سوء از محصولات است. بر اساس این بازنمایی سوء، مشتریان، کالاها و خدماتی را خریداری می‌نمایند که با تبلیغات صورت گرفته همخوانی ندارد. تبلیغات گمراه‌کننده به پدیده‌ای نوین در تبلیغات شرکت‌ها تبدیل گشته است. در دهه 1980 میلادی، شرکت Beechnut در تبلیغات خود بیان نمود: آبمیوه سیب صددرصد طبیعی، اما اداره مواد دارویی و غذایی ایالات متحده ثابت نمود که در نوشیدنی این شرکت ناخالصی وجود داشته است. این شرکت با جریمه 2 میلیون دلاری مواجه گردید، در حالی که 60 میلیون دلار از این راه، کسب سود نموده بود. شرکت مواد دارویی وارنر لمبرت<sup>1</sup> نیز به دلیل بازنمایی سوء در امنیت مواد دارویی خود به پرداخت 60 میلیون دلار جریمه محکوم شد. (Gerber et al, 2007, 95)

برخی دیگر از شرکت‌ها نیز با شبیه‌سازی علائم تجاری شرکت‌های معروف و با تبلیغات گمراه‌کننده، موجب می‌گردند تا مشتریان کم‌دقت، به تصور خرید محصول شرکت مشهور، به سوی محصولات آن‌ها روی آورند. به عنوان مثال ممکن است شرکتی با تولید پوشاک ورزشی به نام adidas موجب گردد تا مشتریان کم‌دقت به تصور خرید محصول adidas به این محصول روی آورند. برخی دیگر از شرکت‌ها نیز با تغییر یک حرف از علائم تجاری مشهور، تبلیغات گمراه‌کننده را در سرلوحه تبلیغات خویش قرار می‌دهند. به عنوان مثال علامت تجاری panasonic را به شکل panaconic تولید نموده تا هم از ادعاهای بعدی شرکت اصلی فرار نمایند و هم با تبلیغات سوء، مشتریان را فریب داده، به سوی محصولات خود بکشانند. مثال دیگر در این مورد می‌تواند تغییر شکل علامت تجاری مشهور باشد. به عنوان مثال علامت تجاری NEC به شکل NCE و یا Sony به شکل Suny تولید شود.

بنابراین می‌توان بیان داشت، به طور کلی تبلیغات گمراه‌کننده به دو شکل صورت می‌پذیرد:

1- Warner lembert.

نخست بیان نادرست از واقعیت محصول و دوم بیان نادرست از کیفیت محصول. بر اساس گزاره اول، شرکت‌ها واقعیات محصول خود را در سایه تبلیغات گمراه‌کننده پنهان می‌نمایند. فرض دوم نیز ناظر بر حالتی است که شرکت‌ها با دست بردن در علائم تجاری، مشتریان بی‌دقت را قربانی تبلیغات خود می‌نمایند.

هدف نهایی از تبلیغات گمراه‌کننده توسط شرکت‌ها، کسب سود فراوان و درعین حال ایراد ضرر بر مشتریان است. راهبرد استفاده از تبلیغات گمراه‌کننده توسط شرکت‌ها، با در نظر گرفتن شاخص‌های مسئولیت کیفری موجب می‌گردد تا متخلفان این حوزه با نظام ضمانت اجراهای کیفری مواجه نگردند. بر اساس نتایج حاصل از مصاحبه با کنش‌گران تجاری، اکثر مشتریان در هنگام خرید، دقت کافی به خرج نمی‌دهند و با نگاه گذرا به علائم تجاری، اقدام به خرید می‌نمایند. از این رو، احتمال موفقیت تبلیغات گمراه‌کننده در بسترهای اقتصادی ایران، بسیار زیاد خواهد بود.

در نظام عدالت کیفری ایران و بر اساس بنده ماده 45 قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل 44 قانون اساسی، "هر اظهار شفاهی، کتبی یا هر عملی که: کالا یا خدمت را به صورت غیر واقعی با کیفیت، مقدار، درجه، وصف، مدل یا استاندارد خاص نشان دهد و یا کالا و یا خدمت رقبا را نازل جلوه دهد یا کالای تجدید ساخت شده یا دست دوم، تعمیری یا کهنه را نو معرفی کند یا وجود خدمات پس از فروش، ضمانت‌نامه تعهد به تعویض، نگهداری، تعمیر کالا یا هر قسمتی از آن و یا تکرار یا تداوم خدمت تا حصول نتیجه معینی را القاء کند، درحالی که چنین امکاناتی وجود نداشته باشد یا اشخاص را از حیث قیمت کالا یا خدمتی که فروخته یا ارائه شده است یا می‌شود، فریب دهد، ممنوع بوده و مجرم به جریمه نقدی از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال، محکوم می‌شود". از آنجا که عمده رویه‌های تجاری ناعادلانه توسط بزهکاران یقه سفید ارتکاب می‌یابند، به نظر می‌رسد، ضمانت اجرای موجود در قانون بسیار خفیف باشد. حداکثر جزای نقدی در این قانون، یک میلیارد ریال است؛ حال آنکه در فرضی ممکن است سود حاصل از تبلیغات ناروا بسیار بیشتر از این مبلغ باشد. در این حالت، تحلیل‌های هزینه-فایده به احتمال فراوان، شرکت‌های بزهکار را به سوی جرم سوق می‌دهد. راه‌گریز از این مسئله، شدت عمل کیفری و اصلاح قوانین موجود در این حوزه است.

### گفتار سوم؛ علت شناسی جرائم شرکتی

در این قسمت به دنبال تحلیل جرم‌شناسانه جرائم شرکتی هستیم. با توجه به آن که اکثر نظریه‌های جرم‌شناسی جریان غالب، قابل تطبیق بر جرائم شرکتی هستند، شاید بتوان نظریه‌های بسیاری را در مورد علت‌شناسی جرائم شرکتی مطرح کرد؛ اما نکته مهم در این مورد، شناسایی نظریه‌های موجود در سه حوزه خاص است: نظریه‌هایی که به‌طور خاص جهت شناسایی ریشه ارتکاب جرائم شرکتی مطرح شده‌اند (فرهنگ جرم‌زای شرکتی)، رویکردهای انتقادی ناظر بر شرایط اقتصادی شرکت‌ها (فشار اقتصادی) و تحلیل رویکردهای هزینه - فایده در ارتکاب جرائم شرکتی (نظریه انتخاب عقلانی). بر این اساس و با توجه به اهمیت سه موضوع یاد شده، در این قسمت، سه نظریه فرهنگ جرم‌زای شرکتی، فشار اقتصادی و انتخاب عقلانی را بررسی و شاخص‌های آن را بر ارتکاب جرائم شرکتی، تحلیل می‌کنیم.

### مبحث نخست؛ فرهنگ جرم‌زای شرکتی<sup>1</sup>

به تازگی فرهنگ سازمانی به‌مثابه عامل مهم در تبیین جرائم شرکتی در پژوهش‌ها و نظریه‌های جرم‌شناختی مورد شناسایی گرفته است. نتایج پژوهش‌های گیز<sup>2</sup> نشان می‌دهد که کلاهبرداری در صنعت تجهیزات الکترونیکی سنگین شیوه معمول حیات شرکت‌ها به شمار می‌رود. نتایج پژوهش وی نشان می‌دهد که در صنعت اتومبیل و هوافضا نیز تبانی در تعیین قیمت‌ها به‌طور گسترده مشاهده می‌شود. (simpson et al, 2013, 25)

فرهنگ سازمانی حاکم بر شرکت‌های تجاری کسب سود به هر طریق ممکن است. فضای رقابتی میان کنش‌گران اقتصادی موجب می‌شود تا مدیران شرکت‌های تجاری بر اساس اصالت سود به دنبال کسب منافع از هر راه ممکن باشند. بر این اساس، از نظر مدیران شرکت‌ها، کسب سود از هر امری مهم‌تر و از هر طریقی امکان‌پذیر است. از این رو، به نظر می‌رسد شرکت‌های تجاری به جای اتخاذ فرهنگ تبعیت از قوانین، با راهبرد فرهنگ مقاومت، در پی مقابله با قوانین برمی‌آیند؛ بنابراین می‌توان گفت که هنجارهای فرهنگی شرکت‌ها، عموماً فرهنگ مقاومت را بر

1- Criminogenic corporate culture

2- Geis

فرهنگ تبعیت ترجیح می‌دهد.

نتایج پژوهش‌های صورت گرفته در این زمینه نشان می‌دهد شرکت‌ها نه تنها تاب اطاعت از قوانین را ندارند بلکه از نقض قوانین کیفری نیز حمایت می‌کنند (Fleming et al, 2009, 12)؛ بنابراین ساختارهای داخلی و فرهنگ سازمانی حاکم بر شرکت‌ها، شاخصه جرم‌زایی و نقش کلیدی در بروز رفتارهای مجرمانه دارد. مدیران شرکت‌ها عموماً جرائم ارتكابی را با استناد به تلاش‌های گسترده خود توجیه می‌نمایند و در پی آموزش رفتارهای مجرمانه به کارگران خود برمی‌آیند. توانایی مدیران شرکت‌ها در تغییر دادن اعتقادات اخلاقی کارگران منجر به گسترش فرهنگ جرم‌زای شرکتی می‌شود. بر این اساس، مدیران شرکت‌ها کسب سود از هر راه ممکن (ولو ارتكاب جرم) را در صدر برنامه‌های خویش قرار می‌دهند و در پی تحمیل این عقیده به کارگران خود برمی‌آیند. کارگران نیز به دلایلی از جمله ترس از اخراج، امید به پیشرفت سازمانی و خودکنترلی ضعیف به سوی ارتكاب جرم حرکت می‌نمایند.

بنابراین ساختار سازمانی حاکم بر رویه‌های تجاری باعث می‌شود تا افراد سالم تبدیل به انسان‌های بزه‌کار گردند. بر این اساس، انسان‌های عاری از بزه، در فرهنگ جرم‌زای شرکتی حل و مرتکب جرائم شرکتی می‌شوند. این ایده توسط نظریه سیب فاسد در روان‌شناسی اجتماعی شرکت‌های تجاری تأیید می‌گردد.

بر اساس این نظریه رفتارهای غیر اخلاقی یک شرکت به کنش‌گران آن سرایت پیدا می‌کند (Fleming et al, 2009, 17). وفق این نظریه، اکثر افراد انسان‌های سالمی هستند، اما وجود فرهنگ غیر اخلاقی موجب می‌شود تا فساد، افراد سالم را نیز درگیر رفتارهای مجرمانه نماید؛ بنابراین، انسان‌ها توانایی تصمیم‌سازی در شرایط مختلف را دارند و خوب و بد را از یکدیگر تشخیص می‌دهند، اما فشارهای فرهنگی موجب می‌شود تا افراد به سمت و سوی فرهنگ غالب حرکت نمایند؛ بنابراین با فاسد شدن یک نقطه، فساد از این مکان مشخص به تمامی نقاط دیگر سرایت پیدا می‌کند.

از این رو، می‌توان بیان داشت، فرهنگ سازمانی حاکم بر شرکت‌های تجاری بر اساس راهبرد کسب سود از هر راه ممکن، تمایل به ارتكاب پدیده‌های مجرمانه دارد. در این راستا، تأثیر ساختار درونی و فرهنگ سازمانی شرکت‌ها بر کنش‌گران شرکتی موجب بروز فرهنگ جرم‌زای شرکتی می‌شود و این عامل به بروز جرائم شرکتی می‌انجامد.

بر اساس نتایج مصاحبه‌ها، بسیاری از کنش‌گران شرکتی با استناد به تلاش‌های خود در حوزه تجارت، به نوعی خود را مستحق کسب سود می‌دانند، ولو آنکه کسب سود از طرق نامشروع باشد. برخی دیگر از کنش‌گران تجاری نیز بر این باورند که فرهنگ سازمانی در شرکت‌های تجاری بالا به پایینی است؛ بدین صورت که خواست مدیران، به ساختار درونی شرکت‌ها رسوخ می‌کند و مجموع نظام را تحت تأثیر قرار می‌دهد. از آنجا که برخی مدیران، کسب سود به هر طریق ممکن ولو از طریق ارتکاب جرم را ملاک عمل قرار می‌دهند، از این رو، فرهنگ جرم‌زای شرکتی به رشد جرائم این حوزه کمک می‌نماید.

### مبحث دوم؛ نظریه فشار اقتصادی<sup>1</sup>

رابرت مرتن<sup>2</sup> جامعه‌شناس آمریکایی با الهام از نظریه نابهنجاری دورکهایم<sup>3</sup>، نظریه فشار را مطرح نموده است. مرتن معتقد است انسان‌ها ذاتاً منحرف نیستند، بلکه در اثر فشار به سوی جرم کشیده می‌شوند. دو عنصر بنیادی در این نظریه عبارت‌اند از اهداف و وسایل. (Siegel, 2011, 97) اهداف، انباشت سرمایه در رقابت آزاد اشخاص، رفاه و دستیابی به فرصت‌های بالای شغلی و به‌طور کلی یک زندگی آرمانی به شمار می‌رود. وسایل نیز ابزارهایی به شمار می‌روند که موجب دستیابی افراد به این اهداف می‌گردند.

پیش فرض ابتدایی آن است که همه افراد از فرصت یکسانی جهت رسیدن به آرمان‌های موردنظر برخوردارند، اما مشاهدات عینی نشان می‌دهد که برابری در دستیابی به اهداف در بین آحاد جامعه وجود ندارد. بر این اساس و در جوامع مختلف مشاهده می‌شود که پایگاه اجتماعی، ثروت، قدرت و علم در دست طبقه‌ای خاص است و دیگر لایه‌های اجتماع فرصت دستیابی به این اهداف را نمی‌یابند؛ بنابراین می‌توان بیان داشت در چنین جامعه‌ای نابرابری‌های غیر رسمی بر برابری‌های رسمی غلبه کرده، موجب می‌شود تا برخی از افراد با سازوکارهای غیر رسمی از جمله رانت به اهداف خود دست یابند و عده‌ای دیگر که ناتوان از دستیابی به نابرابری‌های غیر رسمی هستند، از دستیابی به اهداف خود ناکام مانند.

1- Economic strain theory.

2-Robert Merton

3-Durkeihm

بنابراین زمانی که افراد از طرق قانونی به اهداف خود نمی‌رسند، با توسل به طرق غیر قانونی و در نتیجه فشار در پی کسب پایگاه اجتماعی بالاتر برمی‌آیند. در این بستر، هم قشر نابرخوردار و هم طبقه ثروتمند، به سوی پدیده‌های مجرمانه روی می‌آورند. قشر نابرخوردار با هدف دستیابی به حداقل منافع و طبقه ثروتمند به امید دستیابی به پایگاه اجتماعی بالاتر مرتکب جرم می‌گردند. لذا فشار در این مفهوم به‌مثابه شکست محتمل یا واقعی در دستیابی به اهداف تعریف می‌شود. (nash et al, 2002, 4)

جرائم شرکتی به‌عنوان گونه‌ای از جرائم یقه‌سفیدان، عموماً توسط طبقه‌های فرادست ارتکاب می‌یابند. هدف اصلی از تأسیس شرکت‌ها دستیابی به منافع اقتصادی است. بر این اساس و در نظام اقتصادی هر کشور، سازوکارهایی مشخص گردیده‌اند که طرق قانونی دستیابی به سود اقتصادی را مشخص می‌کنند. شرکت‌های تجاری در پی آن‌اند تا با استفاده از این سازوکارهای قانونی، به درآمد موردنظر خود دست یابند؛ اما گاه شرکت‌ها از طرق قانونی به اهداف موردنظر خود دست نمی‌یابند. دلیل شکست شرکت‌ها در این بستر را می‌توان در وجود رانت‌های اقتصادی، روابط پشت پرده و دولتی بودن بخشی از صنایع یافت. وجود چنین نابرابری‌های غیر رسمی در نظام اقتصادی یک کشور موجب می‌شود تا شرکت‌ها فرصت برابر دستیابی به اهداف را در اختیار نداشته باشند. بر اساس مشاهدات عینی، گاه روابط دوستانه قبلی میان صاحبان شرکت‌ها و مدیران دولتی موجب توسل برخی از شرکت‌ها به سازوکارهای غیر رسمی و کسب سود فراوان می‌شود، درحالی‌که شرکت‌های دیگر به دلیل نابرخورداری از رانت‌های اقتصادی به اهداف مورد نظر خود نمی‌رسند و در نتیجه فشار اقتصادی مرتکب جرم می‌شوند.

بنابراین بر اساس نظریه فشار، فشار اقتصادی به معنای شکست محتمل یا واقعی در دستیابی به اهداف موردنظر (میزان سود مشخص) است. زمانی که شرکت‌ها، از یک‌سو، در دستیابی به سود مشخص ناکام می‌مانند و از سوی دیگر، فرصت برابر جهت رشد اقتصادی را نمی‌یابند، به احتمال فراوان به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند کرد. از این‌رو، ساخت اجتماعی حاکم بر نظام اقتصادی و انسداد در دستیابی به اهداف اقتصادی بر اساس سازوکارهای قانونی، یکی از علل بروز جرائم شرکتی قلمداد می‌شود. لذا نظریه فشار اقتصادی، ارتکاب جرم را نتیجه بدیهی ساخت‌های اجتماعی و به‌ویژه ساختارهای اقتصادی فرصت‌زای جرم می‌پندارد. به باور این نظریه، چنانچه تمامی شرکت‌ها از فرصت یکسانی جهت دستیابی به اهداف خود برخوردار باشند، شاهد ارتکاب

برخی از جرائم شرکتی نخواهیم بود؛ اما تا زمانی که نابرابری‌های غیر رسمی در اجتماع، فراوان باشد، شرکت‌های قدرتمند و ضعیف به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند کرد.

بنابراین، نظریه فشار اقتصادی، جرم را نتیجه مستقیم انتقام شرکت‌های نابرخوردار و سیری ناپذیری شرکت‌های برخوردار می‌داند. شرکت‌های ضعیف، با هدف دستیابی به حداقل اهداف مشخص شده، به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند کرد و شرکت‌های ثروتمند نیز با هدف دستیابی به پایگاه اجتماعی بالاتر مرتکب رفتارهای مجرمانه می‌شود. بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته در این پژوهش، وجود رانت‌های اقتصادی در بسترهای تجاری کشور (که نمونه آن را می‌توان در برگزاری مزایده‌ها و مناقصه‌ها مشاهده نمود) و فقدان فرصت برابر در دستیابی به اهداف مشخص، یکی از دلایل ارتکاب جرائم مالی شرکتی معرفی گردید؛ بنابراین وجود رانت‌های اقتصادی و نابرابری‌های غیر رسمی در نظام تجاری، یکی از بسترهای ظهور جرائم شرکتی به شمار می‌رود.

### مبحث سوم؛ نظریه انتخاب عقلانی<sup>1</sup>

نظریه انتخاب عقلانی نشأت گرفته از افکار فایده باورانی چون بکاریا<sup>2</sup> و بنتام است. بکاریا در رساله جرائم و مجازات‌ها<sup>3</sup> بر این باور است که انسان‌ها حسابگرند. بنتام نیز در کتاب اصول اخلاقی و قانونگذاری معتقد است، بزهکاران بالقوه، هزینه‌ها و فواید حاصل از ارتکاب جرم را قبل از ارتکاب بزه محاسبه می‌نمایند. (Gerber et al, 2007, 248) این ایده که انسان‌ها با انگیزه کسب حداکثر سود، اعمال خود را سامان می‌دهند، ریشه در اصول علم اقتصاد دارد. گری بیکر بنده جایزه نوبل اقتصاد معتقد است که جز در موارد استثنایی چون بزهکاران مجنون، دیگر بزهکاران با سنجش هزینه‌ها و فواید ارتکاب جرم و به کارگیری تحلیل‌های هزینه-فایده به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند کرد. (Siegel, 2011, 84) بنابراین رفتارهای جنایی در این بستر، محصول تفکر و برنامه‌ریزی دقیق بزهکاران است. بزهکاران قبل از ارتکاب جرم، به‌طور نظام‌مند عمل

1- Rational choice theory.

2 - Beccaria.

3 - On crime and punishment.



می‌کنند و شرط ورود بزه‌کاران به دنیای جرم، کسب منافع بالا با خطر پایین است. با توجه به مطالب فوق، می‌توان عناصر بنیادی<sup>1</sup> نظریه انتخاب عقلانی را تبیین نمود.

ارزیابی خطرات جرم: بر اساس این رویکرد، بزه‌کاران بالقوه پیش از ارتکاب جرم با تحلیل‌های ریسک محور<sup>2</sup>، میزان خطرات احتمالی ناشی از ارتکاب بزه را بررسی می‌کنند و در صورت بالا بودن میزان خطرات، از ورود به دنیای مجرمیت پرهیز می‌کنند. بزه‌کاران بالقوه در ارزیابی‌های ریسک محور، شاخص‌های مختلفی را در نظر می‌گیرند که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌نماییم.

الف - احتمال کشف جرم: بر اساس این شاخص، بزه‌کاران با ارزیابی میزان احتمال کشف جرم، به پدیده‌های مجرمانه روی می‌آورند. چنانچه بزه‌کاران قادر باشند جرائم مورد نظر خود را در قالب جرائم آپارتمانی<sup>3</sup> مرتکب شوند، احتمال کشف پایین آمده و بزه‌کاران با سنجش هزینه - فایده به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند نمود.

ب - احتمال تعقیب: بزه‌کاران با استفاده از تحلیل‌های هزینه - فایده احتمال تعقیب جرم ارتكابی توسط کنش‌گران عدالت کیفری<sup>4</sup> را مورد بررسی قرار می‌دهند. چنانچه احتمال تعقیب به دلایلی چون رؤیت پذیری جرم<sup>5</sup>، گشت‌های مراقبتی پلیسیو ... بالا باشد، بزه‌کاران از ارتکاب جرم انصراف می‌دهند و در عوض چنانچه احتمال تعقیب پایین باشد، بزه‌کاران بالقوه با انتخاب آماج مناسب، به سوی پدیده‌های مجرمانه روی می‌آورند.

ج - احتمال محکومیت: در این رویکرد، بزه‌کاران به مثابه کنش‌گران اقتصادی در پی آن‌اند تا با وجود ارتکاب جرم، با ضمانت اجراهای کیفری مواجه نگردند. از این رو بزه‌کاران غالباً در پی آن‌اند تا در بستری مرتکب جرم گردند که از حیث ادله اثبات جنایی<sup>6</sup> بزه دیده را با چالش مواجه سازند. بر این اساس، بزه دیده، با اعلام شکایت، قادر به اثبات جرم ارتكابی نخواهد بود و متهم با کسب منافع حاصل از ارتکاب جرم، از بهای پرداختی آن می‌گریزد. یکی دیگر از تحلیل‌های

1 - Basic elements.

2 - Risk-oriented analysis.

3 - Suit crimes.

4 - Criminal justice actors.

5 - Visibility of crime.

6 - Criminal evidence.

هزینه - فایده در این بستر، شناسایی مناسب‌های عفو، توسط بزهکاران پایدار است. این مجرمان حرفه‌ای، با توجه به زمان مناسب‌های عفو، زمان ارتکاب جرم خویش را تنظیم می‌کنند. بر این اساس، بزهکاران با کسب منافع حاصل از جرم، تن به حبس‌های کوتاه‌مدت داده و پس از عفو احتمالی، از منافع حاصل از ارتکاب جرم استفاده می‌کنند.

حال با توجه به شاخص‌های نظریه انتخاب عقلانی این آموزه را در بستر جرائم شرکتی بررسی می‌کنیم. نتایج پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه جرائم شرکتی نشان می‌دهد که رقم سیاه (نسبت جرائم کشف نشده و کشف شده) این جرائم بسیار بالاست. (slapper et al, 2002, 105) شاید بتوان گفت یکی از دلایل این امر، آن است که بزه‌دیدگان این جرائم تمایل چندانی نسبت به شکایت در قبال جرم ارتکابی علیه خود را ندارند؛ زیرا ثبت شکایت به منزله سلب اعتماد مشتریان خواهد بود؛ بنابراین بالا بودن رقم سیاه جرائم شرکتی، احتمال تعقیب و محکومیت را کاهش می‌دهد و از این رو فرصتی برای ارتکاب جرم به وجود می‌آورد. از طرف دیگر افراد آن‌چنان که خود را در مقابله با جرائم خیابانی مقاوم می‌سازند<sup>1</sup>، در مراوده با شرکت‌های تجاری به پیامدهای ناگوار جرائم ارتکابی توسط آنان توجه چندانی نمی‌کنند و از این رو، شرکت‌ها با انتخاب عقلانی و انتخاب آماج مناسب به سوی ارتکاب جرم حرکت خواهند نمود.

پرونده‌های مذکور در این پژوهش نشان می‌دهد که عمده ضمانت‌اجراهای کیفری در قبال جرائم شرکتی جزای نقدی است. شاید بتوان دلیل این امر را در وضعیت مبهم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی جستجو کرد؛ بنابراین خفیف بودن نوع ضمانت اجرای کیفری نیز می‌تواند یکی دیگر از دلایل ارتکاب جرائم شرکتی بر اساس نظریه انتخاب عقلانی باشد. از طرفی زمانی که شرکت‌های تجاری با رویکردهای هزینه - فایده دریابند که منافع حاصل از ارتکاب جرم بیش از حداکثر جزای نقدی در متون قانونی جنایی است، بستر لازم جهت ارتکاب جرائم شرکتی فراهم می‌شود. جهت تأیید این گفته می‌توان به پرونده‌های Beech-nut و tenet در این پژوهش اشاره نمود؛ بنابراین، شرکت‌های تجاری، با استفاده از رویکردهای هزینه - فایده و نظام‌مند و ارزیابی دقیق راهبرد کم‌ترین هزینه و بیشترین سود، مرتکب جرائم شرکتی می‌شوند.

1 - harden targeting.

## نتیجه گیری

جرایم شرکتی گستره بزه‌دیدگی فراوانی دارد و پیامدهای ناگواری را بر نظام اقتصادی بار می‌کند. پژوهش‌های صورت گرفته نشان می‌دهد نرخ مرگ و میرهای ناشی از خشونت شرکتی به مراتب بیش از خشونت‌های خیابانی است؛ اما تصویب قوانینی چون قانون سه ضربه و اخراج<sup>1</sup> حول جرایم خیابانی صورت می‌پذیرد. دلیل این امر را می‌توان در جایگاه متنفذانه شرکت‌های تجاری دانست. شرکت‌های تجاری، بزهکاران دارای پایگاه اجتماعی بالا هستند و گاه نظام جرم انگاری را تحت تأثیر خویش قرار می‌دهند. بدین سان که رفتارهای زیان بار آنان آماج جرم انگاری واقع نمی‌شود. شرکت‌های بزهکار، به‌ظاهر در سازگاری کامل با هنجارهای اجتماعی هستند اما در پس ظاهر آراسته، مرتکب شدیدترین جرائم می‌شوند. از این رو، بر سیاست‌گذاران جنایی است تا با شناسایی مفهوم جرایم شرکتی، نظام ضمانت اجرای کیفری را در قبال این جرائم توسعه بخشند. سیاست جنایی علمی اقتضای آن دارد که کنش‌گران عدالت کیفری جلوه‌های نهان پدیده‌های بزهکارانه را مورد شناسایی قرار دهند. این امر از طریق جرم انگاری جامع این رفتارها و اعمال ضمانت اجرای کیفری مناسب تضمین می‌گردد. در این بستر ضمانت اجرای کیفری مناسب به پیشگیری کیفری از این جرائم کمک می‌نماید. از آنجا که مرتکبان جرایم شرکتی، بزهکاران یقه سفید و صاحب منصب هستند، در صورتی که اعمال آنان جرم انگاری شده باشد، شیوه برخورد نظام‌های عدالت کیفری با آنان مهربانانه خواهد بود. این امر با یافته‌های جرم‌شناسی انتقادی نیز سازگار است. بر اساس افکار پژوهش‌گران این حوزه، نظام‌های عدالت کیفری نسبت به کشف، تعقیب، محاکمه و اجرای کیفر بزهکاران جرائم قدرتمندان، اکراه دارند (qapanchi et al, 2011, 171) دلیل این امر را می‌توان در روابط پنهان شرکت‌ها و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری جستجو کرد. یکی دیگر از شاخص‌های پیشگیری کیفری، به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است. به نظر می‌رسد، این امر هدف وصف‌بازدارندگی کیفر را محقق سازد. در همین راستا و در ماده 20 قانون مجازات اسلامی مصوب 92 "در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده (143) این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت

1- از قوانین کشور آمریکا که رویکرد سخت‌گیرانه‌ای در قبال جرائم خشونت بار دارد.

جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست: الف - انحلال شخص حقوقی، ب - مصادره کل اموال، پ - ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال، ت - ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال، ث - ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال، ج - جزای نقدی، چ - انتشار حکم محکومیت به‌وسیله رسانه‌ها." به هر ترتیب به نظر می‌رسد با تصویب قانون مجازات و جعل مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی، به‌واسطه شاخص بازدارندگی کیفر، از نرخ جرائم دولتی کاسته شود. به موازات پیشگیری کیفری، اتخاذ راهبردهای پیشگیری کنش‌مدارانه نیز به کنترل جرائم شرکتی کمک می‌کند. کاستن از فرصت‌های ارتکاب جرم در پرتو رویکردهای حساب‌گرانه کیفری، اولین راهبرد موجود در این زمینه می‌باشد؛ امری که منجر به شکل‌گیری نظریه پیشگیری وضعی گردیده است. با وجود این، چالش‌های حقوق بشری تدابیر پیشگیری وضعی، هزینه‌بری و جابجایی جرم در اثر استفاده از سازوکارهای این نوع از پیشگیری و ویژگی مسکن‌گونه بودن آن، موجب شده است تا انتقادهایی متوجه این نظریه شود. سازمان‌یافتگی جرائم مختلف از جمله بزه‌های شرکتی، روزآمد شدن راه‌های ارتکاب این جرائم و سبقت‌گیری بزهکاران حرفه‌ای از تدابیر پیشگیری وضعی نیز سازوکارهای این رویکرد را با خلأ مواجه کرده است. به علاوه، این راهبرد پیش‌گیرنده، راه‌حلی در خصوص اصلاح بزهکار ارائه نمی‌دهد. از این رو، به نظر می‌رسد که این نوع پیشگیری در خصوص جرائم شرکتی چندان کارساز نباشد. همان‌طور که مطرح شد، یکی از دلایل اصلی ارتکاب جرم توسط شرکت‌ها فرهنگ جرم‌زای شرکتی است. به نظر می‌رسد توجه شرکت‌ها به فرهنگ قانون‌پذیری در برابر قانون‌گریزی با استفاده از رهیافت‌های پیشگیری اجتماعی می‌تواند نقش مؤثری در کنترل جرائم شرکتی داشته باشد. از این رو و بر اساس شاخص‌های مدیریت رفتار سازمانی می‌توان راهکارهایی جهت پرورش فرهنگ سازمانی ارائه داد که شامل مراحل مختلفی است. این مراحل عبارت‌اند از آموزش قانون - مداری به کارکنان، نظام ارزشیابی عملکرد، اخراج قانون‌شکنان، ارزیابی فرایند پرورش فرهنگ سازمانی و حفظ فرهنگ سازمانی مطلوب. این راهکار علاوه بر آن که هزینه‌بر می‌باشد، مستلزم آن است که مدیران شرکت‌ها به فرهنگ قانون‌پذیری در شرکت اعتقاد راسخ داشته باشند. در غیر این صورت، اجرای این سازوکار در شرکت‌ها محقق نمی‌شود؛ زیرا برخی مدیران با حرص مالی بسیار

و نپذیرفتن چنین راه‌هایی به جرائم خود ادامه می‌دهند. یکی دیگر از دلایل ارتکاب جرم توسط شرکت‌ها ساختار سازمانی پیچیده است. ساختارهای پیچیده شرکتی، این اجازه را به مدیران شرکت‌ها می‌دهد تا به اشکال گوناگون، خواسته‌های نامشروع خود را تحقق بخشند. از این دریچه، ساختار پیچیده شرکتی راهی مناسب جهت ارتکاب جرائم شرکتی است. جهت مقابله با این وضعیت، می‌توان قوانینی را در حوزه تأسیس شرکت‌ها وضع نمود تا شکل‌گیری شرکت‌ها با ساختار سازمانی ساده صورت گیرد. با این اوصاف، به نظر می‌رسد که بهترین نوع پیشگیری در مورد جرائم شرکتی، رویکرد پیشگیری اخلاق‌مدار باشد؛ زیرا نظام پیشگیری مبتنی بر اخلاق، فارغ از حساب‌گری کیفری، سدی در برابر ارتکاب جرم، به شمار می‌رود؛ بنابراین، چنانچه، تحلیل‌های هزینه - فایده، منافع حاصل از ارتکاب جرم را بیش از هزینه‌های آن برآورد کند، سازوکارهای پیشگیری اخلاق‌مدار، مانع ارتکاب جرم می‌شود. بر این اساس، وجود نفس بیدار، پلیس درونی آگاه، درجه خودکنترلی بالا و غلبه بر متغیرهای تسهیل‌کننده ارتکاب جرم، به پیش‌گیری از جرائم این حوزه کمک می‌کند. علاوه بر این، احیای سنت‌های اجتماعی مناسب و بازتولید پیوندهای اجتماعی قوی موجب شکل‌گیری ضمانت‌اجراهای جنایی نارسومی در قالب نظریه شرمساری اجتماعی می‌شود. از این رو، به نظر می‌رسد که به موازات تقویت علقه‌های اجتماعی و حساسیت جامعه در قبال بزهکاری، نرخ جرائم شرکتی نیز کاهش یابد.

#### references

- [1] Bhusal, dharma raj. (2009). **economic crime, law and legal practice in the context of Nepal**. kathmandu publication, first publication
- [2] Black.M.A. (1990). **Black's law dictionary**.6<sup>th</sup> edition,west publishing
- [3] Croall,hazel. (2000). **white collar crime and corporate crimein criminology**.edited by yuane jewkes,sage publication
- [4] CUTS international. (2012). **unfair trade practices and institutional challenges in India**. GIZ publication
- [5] Dekeseredy, walter. (2015). contemporary critical criminology, translated by mehrdad rayejian and hamidreza danesh nari. Tehran, dadgostar pub, second edition. (in Persian)
- [6] Dugan,laura and carole gibs. (2009). **the role of organizational structure in the control of corporate crime and terrorism**. in criminology of white collar crime, edited by simpson sally,springer publication
- [7] Engel,eric. (1999).**extraterritorial corporate criminal liability,a remedy for human rights violations**. S.T john;s journal of legal commentary,vol

- 20:2
- [8] Fleming, peter and c.zyglidopoulos. (2009). **charting corporate corruption**. edward elgar publication
- [9] Gasan, remon. (2013). **the criminology of economic criminality**. translated by shahram ebrahimi, Tehran, mizan, second edition (in Persian)
- [10] Gerber, jurg and L.jensen eric. (2007). **encyclopedia of white collar crime**. greenwood press
- [11] Graboskey. (2009). **globalization in criminology of white collar crime**. edited by simpson sally, springer publication
- [12] **legal-dictionary.thefreedictionary.com**
- [13] Mclaughlin, evange, john Muncie. (2001). **the sage dictionary of criminology**. sage publication, first published
- [14] Melken, david. (2002). **white collar crime**. the oxford handbook of criminology, edited by mill maguire
- [15] Moor, graldinezott. (2007). **on the aspects of deterring corporate crime**. journal of business and high tech, vol 2 nom 1
- [16] Nasheri, hedyeh. (2005). **economics spoinage and industrial spying**. Cambridge university press, first published
- [17] Nash, Melanie and Anderson. (2001). **general strain theory**. criminology journal, vol 101
- [18] Qapanchi, hesam and hamidreza danesh nari. (2011). **two model of criminal process: crime control and due process**. criminal law doctrine, vol 3, number 4 (in Persian)
- [19] Saki, mohamadreza. (2010). **economic criminal law**. Tehran, jakgal pub (in Persian)
- [20] Simpson, sally and david wiesberd. (2013). **the criminology of white collar crime**. translated by hamidreza danesh nari and azade sadeghi, Tehran, majd (in Persian)
- [21] Simpson, sally. (2002). **corporate crime, law and social control**. Cambridge university press
- [22] Simpson, sally and david weisburd. (2009). **the criminology of white collar crime**. springr publishing
- [23] shover,Neal. (1999). **white collar crime**. in the handbook of crime and punishment edited by micheal tony, oxford university press
- [24] Siegle, larry. (2011). **Criminology**. wadsworth, 4<sup>th</sup> published
- [25] Slappe, gary and steve tombs. (2000). **corporate crime, official statistics and the mass media**, in criminology. edited by yuane jewkes, sage publication

## Study of Economical Security of Individuals Meanwhile of Imamiya Jurisprudential Law Looking to Referent Object of Security

**Najaf Lakzaee<sup>1</sup>**

Associate Professor and a Board  
Member of Department of politics in  
Bagher al uloom (a.s) university

**Hadi Hajzadeh<sup>2</sup>**

PhD in Public Law and lecturer of  
university

### Abstract

Study of security is an "easy" and "impossible" act. It is "easy" because all humans have self knowledge to it and "impossible" because involves several meanings, Levels, Dimensions, and organs.

One of the "Dimensions" of security is "economic security" and "Individual security" is one of its Levels. Also, one of the organs of security is "Referent object of Security", which means the most important "object" that Protection of it, is desired to security actors.

In the present paper, "objects" involved in "economic security" are studied in the light of the Imamiya jurisprudential Law and we have determined that jurists have pay attention to different aspects of economic security, and have established three sets of jurisprudential rules for the protection of the economic rights of people. The three categories are: rules that prevent contravention to individual economic security, rules that emphasize, recognize and guarantee Individual economic security, and rules that limit economical freedom/security of Individual.

Finally, and as a Conclusion of the paper, the most important rule related to economic security (under the Referent Object of Security), extracted and presented.

**Keywords:** Security, Economy, immunity, respectability, system

**JEL:** H55, A10, A13, P48, P43

---

1- nlakzaee@gmail.com

2- h.hajzadeh@ut.ac.ir

## Situational Prevention of Violation of Trade Secrets in Cyber Space

**Abdolreza Javan Jafari Bojnordi<sup>1</sup>**

*Associate Professor Department of  
Law Ferdowsi University of Mashhad*

**Amir Soodmandrad<sup>2</sup>**

*M.S.c at Law, Ferdowsi University of  
Mashhad*

### Abstract

Many challenges that information exchange like trade secret information faced, gave rise to the government intervention through using repressive tools in order to more strong deterrence. However, peculiar characteristics of cyber space and variants ways of lawbreaking make the procedures and prosecution of their identification more complicated. These conditions made the penal policy inefficient in this area. Accordingly the owners of trade secrets have to use of dynamic security tools to protect their critical data necessities and accept part of crime prevention costs. This article tries to investigate the above mentioned issues and seeks to identify methods to evaluate preventive measures situation, as well. Although, due to the competitiveness and value of these information, there are always hackers who try to achieve them, therefore victims are still needed to be supported by the governmental and non-governmental institutions.

**Keywords:** Trade secrets ,Cyber Security , Situational Prevention , Unauthorized Access

JEL Classification: k 14, k22,k42

---

1-javan-j@um.ac.ir

2-soodmandrad@gmail.com



## The Property of Treasures and Cultural Heritage and laws Related to it

**Abolfazl Alishahi Ghaleh joughi<sup>1</sup>**

*Assistant Professor, Department of  
Theology, Islamic Jurisprudence and  
Law, Yasuj University*

**Mahdi Dehghan<sup>2</sup>**

*PhD Student, Islamic Jurisprudence  
and Fundamentals of Islamic Law,  
Yasuj University*

### Abstract

The existing laws on cultural treasures show more significantly restrict ownership of treasure and historical monuments, including Article 562 of the Islamic Penal Code, shows that any exploration of the historical - cultural prohibited, and the person committed to prison from six months to three years. However, based on the first sentence of this restriction, Islamic laws, is not legitimate. The question is that this lack of legitimacy is based on what foundation and what are ways of legitimizing? Is this legal provisions need to be revised to keep pace with new situations or problems or that existing laws must be reviewed to comply with the ways of Jurisprudence resolving this paradox? Consensus of Supreme Shiite scholars and traditions is that it is possible to obtain treasure and it is for the discoverer with certain provisions of its discoverer and he alone should pay the fifth to the Islamic government. Focusing on the words Sunni, we are looking that they also agree with this decision. So there is no reason for usual way of recording the treasure and the discovery of it, unless by funds mentioned in the text justified it. According to this Study, the appropriate remedy in this regard, is the review of 80-years legislations in this field, clarifying the vague boundaries of the property, and the security of property.

**Key words:** cultural heritage, treasure, property, jurisprudence, law, property

JEL Classification:

---

1-Alishahi@yu.ac.ir

2-m\_dehghans@yahoo.com

# Study of the Optimal Deterrence and the Gain Elimination Theories on punitive Damages in Tort Cases (Emphasizing on the United States Jurisprudence)

**Azam Amini<sup>1</sup>**

*Assistant Professor of Law, University  
of Mash'had Ferdowsi*

**Sedighe Abak<sup>2</sup>**

*Postgraduate of M.A of Law and  
Economics, University of Allameh  
Tabataba'i*

## **Abstract:**

Punitive damage is a kind of Supra-compensatory damage which is awarded in favor of Plaintiff in Civil actions (i.e. Contractual actions and Tort actions) for punishing the defendant and deterring him from taking action like that in future. The main feature of punitive verdict is deterrence and punishment and in this regard two economic theories exist (optimal deterrence and gain elimination theories). However punitive aspect of this damage is a reason that to be considered as an identity with criminal nature and not to be applied in private actions. Lack of predictability of this damage and sometimes large and backbreaking sentences which make it more complicated, made the United States courts to come up with several strategies (including put a ceiling on it, split-recovery and etc.) for limiting the punitive damages.

According to obtained results, it seems that this institute in its current form is inefficient and requires some revisions. Increasing the predictability of punitive damages through a comprehensive definition of it and determining the more accurate standards for sentencing it, will be helpful to some extent.

**Key Words:** Punitive Damage, Deterrence Theory, Gain-elimination Theory

**JEL Classification:** K00, K13, K40, K49

---

1-Amini.az@um.ac.ir

2-sdabak@yahoo.com

## Green economy: a step towards sustainable development in international law

Mohammad Hossein Ramazani  
Ghavamabadi<sup>1</sup>

*Associate Professor, Faculty of  
Law, Shahid Beheshti University*

### Abstract

Environmental protection is a major concern of the international community. Renewable natural resources and to protect the rights of current and future generations of sustainable development was concerned governments and international organizations. Sustainable development seeks to balance and compromise between economic, social and environmental. The traditional approach economy brown and maximum use of natural resources without considering the rights of future generation cause damage and result in environmental pollution. The green economy is not only a response to the challenges facing the international community placed to facilitate the realization of sustainable development is stopped. In this study, the concept, the legal nature of the green economy and its role in sustainable development is studied. Describe the actions of the international community to protect the environment of the green economy and its vital role in achieving sustainable development is discussed.

Due to the natural capital is valuable and strategies for short, medium and long term in light green economy, growth and social welfare will bring to the community.

**Keywords:** Green economy, environment, sustainable development, climate change

**JEL classification:**Q48, Q54, Q56, K33

---

1- ramazanighavam@yahoo.com

## Financial Corporate Crime: from Typology to Etiology

**Hesam Ghapanchi**

*Lecturer in criminal law at administrative faculty at Ferdowsi university*

**Hamidreza Danesh Nari**<sup>1</sup>

*P.h.d student in criminal law and criminology at shahid beheshti university*

**Nahid mousavi**

*An MA in criminal law and criminology at mashad islamic azad university*

Financial corporations have a key role in economic growth and development of business competition system. So, in global village age and liberal economic system, financial competition replaces military conflicts. On the other hand, the strategy of getting profit by corporations, causes to emerge corporate crime in criminal justice. This research which analyses typology and etiology of corporate crime, is practical according to its goals. Data collection methods is analytical - descriptive. This research used resources of library materials compiled in English language, compiled and translated books and articles and reviews internal laws in this sphere. Findings of this study shows a very wide field of corporate financial crimes. Economic spionage, corporate fraud, tax evasion, price fixing, false accounting and false advertising are considered as some forms of financial corporate crime. The most important approaches in criminology of corporate crime, are criminogenic corporate culture, economic strain theory and rational choice theory.

**Keywords:** corporate crime, false accounting, criminogenic corporate culture, price fixing