

مطالعه سرقت هویت در حقوق فدرال آمریکا با نگاهی اجمالی به حقوق ایران

ابوالفتح خالقی^۱

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۲۴

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

تاریخ تأیید: ۹۳/۰۶/۰۴

زهرا صالح آبادی^۲

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی

چکیده

سرقت هویت از جمله خطرناک‌ترین جرائم است که تعریف مشترک مورد قبولی از آن تاکنون ارائه نشده است. مطالعه و بررسی مصادیق و ارکان واقعی این پدیده مجرمانه مستلزم تبیین مفهوم آن است. در این مقاله، تلاش می‌شود تا علاوه بر ارائه تعریفی از سرقت هویت، عناوین مشابه نظیر جعل و کلاهبرداری هویت نیز تعریف شوند. تا روشن شود آنچه که معمولاً سرقت هویت (تصاحب هویت دیگری بدون رضایت فرد) نامیده می‌شود بخشی از مجموعه بزرگ‌تر کلاهبرداری هویت است و این نیز به نوبه خود بخشی از مجموعه بزرگ‌تر جرائم مرتبط با هویت است. مفهوم عامی که به عنوان تمامی پدیده‌های مجرمانه مرتبط با هویت به شمار می‌رود که هویت در آن‌ها یک آماج یا ابزار اصلی ارتکاب جرم به حساب می‌آید.

یکی از مقرراتی که این پدیده را جرم‌انگاری کرده است؛ قانون سرقت هویت فدرال ایالات متحده آمریکا است. از این رو ارکان تشکیل‌دهنده این جرم، مکانیزم دستیابی به اطلاعات بررسی و به مطالعه تطبیقی آن با عناوین مشابه در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: سرقت هویت، کلاهبرداری هویت، جعل هویت

مقدمه

گسترش استفاده از فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات تأثیر عمیقی بر ماهیت و شکل جرائم داشته و مکانیزم ارتکاب جرائم را تغییر داده است. این فن‌آوری دسترسی به اطلاعات شخصی و محرمانه‌ای را که این روزها به شیوه‌ای جدید و در قالب مجموعه‌ای از کدهای دیجیتالی صفر و یک ذخیره و نگهداری می‌کنیم را تسهیل می‌کنند. اگر چه پیش از این می‌توانستیم با قرار دادن اسناد و مدارک شخصی و محرمانه در مکانی امن و مطمئن امنیت شخصی را در حریم

1. Email: ab-khaleghi@gom.ac.ir

2. Email: salehabadi.zahra@gmail.com

«نویسنده مسئول»

اختصاصی خود تضمین کنیم؛ اما فن‌آوری‌های دیجیتال که به یکی از نیازهای ضروری زندگی ما مبدل شده‌اند، علاوه بر پاسخگویی به نیازهای روزافزون بشر، برخی بزهکاران با سوءاستفاده از آن در امنیت و آسایش انسان خلل وارد کرده‌اند. سرقت هویت از جمله جرائمی است که فن‌آوری اطلاعات انجام آن را تسهیل نموده است. سرقت هویت زمانی واقع می‌شود که فردی از اطلاعات شخصی دیگری مانند نام، نام خانوادگی، شماره امنیت اجتماعی و ... به منظور کلاهبرداری یا سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده می‌کند. این رفتارها اشکال و درجات متفاوتی دارد نظیر سوءاستفاده از کارت‌های اعتباری، تصاحب کامل هویت شخص.

پنهان‌سازی یا جعل هویت یکی از اموری است که به سختی در دنیای واقعی امکان‌پذیر است؛ اما در فضای سایبر تقریباً به آسانی رخ می‌دهد. هر کس می‌تواند با یک هویت مجعول و ناشناخته امور نامطلوب را انجام دهد. سرعت و سهولت جمع‌آوری اطلاعات شخصی، استفاده از این اطلاعات در فعالیت‌های مجرمانه، افزایش نقض حریم خصوصی در فضای مجازی نگرانی‌های زیادی را برای کاربران به وجود آورده است که نیازمند اتخاذ تدابیر لازم برای محافظت از اطلاعات و حریم شخصی افراد می‌باشد. آشنایی با این جرائم مطمئناً در اتخاذ تدابیر و اقدامات مناسب و مؤثر در جهت پیشگیری و مبارزه با آن کمک بسیاری می‌کند.

۱- مفهوم سرقت هویت و عناوین مشابه

تاکنون تعریف جامع و مشترکی که مورد قبول غالب حقوقدانان باشد از سرقت هویت ارائه نشده است. از این رو برای مطالعه و بررسی این پدیده، وجود تعریف مشترک گام نخست خواهد بود. پیشینه سرقت هویت به سال ۱۹۶۴ باز می‌گردد، هر چند اصطلاح با مسما و واژه چندان جالبی نیست. زیرا هویت چیزی نیست که به طور خاص دزدیده شود. ویژگی اساسی سرقت آن است که مالک تا مدت‌ها از تصاحب چیزی که به سرقت رفته محروم باشد. اما در سرقت هویت، قربانی سرقت هویت هنوز هویتش را حفظ می‌کند. در واقع مجرمین هویت را به سرقت نمی‌برند بلکه از هویت به عنوان ابزاری جهت انجام سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده می‌کند.

سرقت هویت زمانی اتفاق می‌افتد که فردی از اطلاعات شناسایی شخصی دیگری از قبیل: نام، نام خانوادگی، شماره امنیت اجتماعی، شماره شناسنامه و ... به منظور جعل هویت دیگری، انجام خریدهای غیرقانونی، برداشت از حساب بانکی، افتتاح یک کارت اعتباری جدید با استفاده از اطلاعات دزدیده شده یا انجام سایر فعالیت‌های غیرقانونی، استفاده و بهره‌برداری می‌کند (Sanchez, University, 2012: 85).

سرقت اطلاعات هویتی تقریباً با جعل هویت^۱ در یک معنا به کار می‌روند.^۲ از آنجایی که در تعریف سرقت هویت از تصاحب نام یا استفاده از اطلاعات هویتی دیگری برای کلاهبرداری یا سایر فعالیت‌های غیرقانونی یاد می‌شود، غالباً این دو واژه به جای یکدیگر استعمال می‌شوند ولی به نظر می‌رسد جعل هویت نتیجه سرقت هویت است. فرد می‌تواند اطلاعات هویتی فرد دیگر را بدزدد یا بردارد بدون اینکه مرتکب جعل هویت شود (شکرخواه، ۱۳۹۰: ۶۱ به نقل از پور قهرمانی، ۱۳۹۰: ۳).

در رابطه با این مسئله که چه فعالیت‌هایی به عنوان سرقت هویت یا جعل هویت در نظر گرفته شود بهتر است به گونه‌شناسی از جرائم مرتبط با هویت اشاره شود. اقدامات گوناگونی می‌تواند نسبت به هویت صورت پذیرد نه تنها می‌توان از هویت فرد واقعی یا هویت فردی که وجود خارجی ندارد استفاده کرد؛ بلکه می‌توان هویت‌ها را عوض یا نابود کرد. روست، میتس و هنسن^۳، اقدامات سوئی که نسبت به هویت انجام می‌شوند را ارائه می‌دهند. جرائم مرتبط با هویت، شامل تمام فعالیت‌های قابل مجازاتی است که هویت به عنوان هدف یا به عنوان ابزار اصلی جهت انجام جرم مد نظر است. (ابزار در مفهوم کلی به عنوان وسیله‌ای که جهت دستیابی به نتیجه استفاده می‌شود). روست و میتس و هنسن چهار قسم تا حدی مشابه از جرائم مرتبط با هویت را ارائه می‌دهند:

۱- برخورد یا تصادم هویت: هنگامی که دو فرد نام مشابه دارند یا هنگامی که یک آدرس ایمیل به اشتباه استفاده می‌شود و این امر معمولاً به صورت غیر عمدی واقع می‌شود؛
۲- تغییر هویت: هنگامی که فردی هویت متعلق به دیگری را اتخاذ می‌کند و این عمل معمولاً عامدانه است؛

۳- حذف هویت: مانند انتشار مرگ فردی در یک روزنامه؛

۴- تجدید و بازگرداندن هویت: بازگرداندن ارتباط بین شناسایی‌کننده و فرد؛ به عنوان مثال اعلام دروغ بودن گزارش مرگ فردی که خبر مرگ وی در روزنامه منتشر شده بود (Bert, leenes, 2006: 554).

اما آنچه که اهمیت دارد این است که چه زمانی این اعمال جرم هستند. تصادم و برخورد هویت معمولاً به طور اتفاقی روی می‌دهد و زمانی که با قصد و نیت انجام شود، احتمالاً در

1. Masquearing, impersonation

۲. لازم به ذکر است که عده‌ای جعل هویت را معادل واژه identity fraud در نظر گرفته‌اند ولی به نظر می‌رسد identity fraud کلاهبرداری هویت می‌باشد.

3. Rost, Meints, Hansen

مقوله تغییر هویت قرار می‌گیرد. بازگرداندن هویت معمولاً امری قابل قبول می‌باشد. تغییر هویت و حذف هویت یک مقوله جالب توجه از منظر جزایی است. زمانی که بخشی از هویت فردی توسط فرد دیگری حذف شده است، این امر می‌تواند عواقب بسیار شدیدی داشته باشد. به عنوان مثال هنگامی که یک هکر اسناد بیمار را در سیستم رایانه بیمارستان از بین می‌برد، برای آنکه چنین عملی در محدوده طرح جرائم مرتبط با هویت قرار گیرد باید از بین بردن اسناد بیمار با هدف نابود کردن هویت بیمار انجام شود، در غیر این صورت موضوع «تداخل داده» خواهد بود. اکثر موارد حذف هویت به عنوان تداخل داده یا صدمه به مال و دارایی بر اساس قوانین موجود قابل مجازات خواهد بود.

۱-۱- گونه‌شناسی تغییر هویت

کلاهبرداری هویت می‌تواند به عنوان تغییر دادن غیرقانونی هویت فرد توصیف شود. روست، میتس و هنسن چهار مقوله فرعی بسیار نزدیک و مرتبط از تغییر دادن هویت را متمایز می‌سازند:

- ۱- تصاحب هویت: هنگامی که فردی هویت فرد دیگری را بدون رضایت آن فرد تصاحب می‌کند.
- ۲- واگذاری و تفویض هویت: هنگامی که فردی از هویت فرد دیگری با رضایت فرد استفاده می‌کند.

- ۳- مبادله هویت: هنگامی که دو یا چند نفر با رضایت متقابل و دو جانبه از هویت یکدیگر استفاده می‌کنند.

- ۴- ایجاد هویت: هنگامی که فرد هویت فردی را که وجود خارجی ندارد، ایجاد می‌کند. باید اشاره داشت که تمام انواع فرعی تغییر هویت می‌تواند کاملاً قانونی باشد. به عنوان مثال، فردی می‌تواند کارت اعتباریش را به دیگری برای خرید اقلامی قرض دهد، یا شاهزاده و گدا می‌توانند برای یک روز با هم عوض شوند یا فردی برای چاپ کتابش اسم مستعار انتخاب کند.

کلاهبرداری هویت زمانی مطرح می‌شود که یک شخص برای به دست آوردن کالاها و خدمات وانمود می‌کند که شخص دیگری است؛ و از طریق استفاده از نام کاملاً جعلی (که گاهی اوقات به عنوان یک هویت کاذب نامیده می‌شود)، یا تصاحب نام یک شخص حقیقی (زنده یا مرده) با یا بدون رضایت آن‌ها (Bald & Tigchelaar & van der linden, 2008: 488).

یکی از ابعاد این تعریف این است کلاهبرداری که با استفاده از جزئیات هویتی خود شخص انجام می‌شود را شامل نمی‌شود. کلاهبرداری هویت مربوط به هویت فرد دیگری یا یک هویت

کاملاً ساختگی است. بعد دیگر این تعریف این است که کلاهبرداری هویت به خودی خود جرم نیست بلکه اگر برای به دست آوردن کالاها یا خدمات باشد، جرم محسوب می‌شود. گرفتن هویت دیگری غیرقانونی نیست، زمانی غیرقانونی است که با سوءنیت باشد. این مطلب دو نتیجه در پی دارد نخست اینکه فرد برای هدف پنهانی خود وانمود می‌کند که شخص دیگری است؛ و دوم اینکه برای ارتکاب کلاهبرداری هویت قادر به انجام دیگر فعالیت‌های غیرقانونی می‌باشد. بسیاری از تعاریف کلاهبرداری هویت اشاره به رفتار پس از آن برای به دست آوردن کالا و خدمات دارد. برخی از تعاریف بین کلاهبرداری عمودی و افقی تفاوت قائل شده‌اند. کلاهبرداری عمودی اشاره به وضعیتی دارد که کلاهبرداری هویت منجر به فریب عمومی می‌شود در حالی که کلاهبرداری هویت افقی اشاره به فریب یک شخص حقوقی و حقیقی دارد.

هلند در تعریف کلاهبرداری هویت بر کلاهبرداری عمودی تمرکز دارد؛ هر چند کلاهبرداری افقی نیز مستثنی نیست. کلاهبرداری هویت شکلی از سوءاستفاده یا تقلب از هویت و جزئیات هویتی یک فرد یا گروهی از افراد است به منظور استفاده غیرقانونی از خدمات دولتی یا کسب سود به شیوه‌های دیگر (Ibid. 490).

برخی دیگر از تعاریف به کلاهبرداری افقی اشاره دارد. بیشتر کلاهبرداری هویت در رابطه با جزئیات مالی از شخص دیگری می‌باشد. بر اساس تعریف کمیسیون اروپا کلاهبرداری هویت، استفاده از اطلاعات شناسایی شخصی دیگران به عنوان ابزاری برای ارتکاب سایر جرائم می‌باشد. در بلژیک نیز کلاهبرداری هویت «استفاده از هویت جعلی، اسناد جعلی یا تقلبی برای ارتکاب جرم» تعریف شده است.

بنا بر تعاریف مذکور ملاحظه می‌شود که کلاهبرداری هویت اعم از سرقت هویت می‌باشد. چرا که سرقت هویت تصاحب نام دیگری بدون رضایت فرد می‌باشد. در حالی که کلاهبرداری هویت عبارت است از اتخاذ هویت شخص موهوم و کاملاً جعلی، یا تصاحب نام شخص حقیقی (مرده یا زنده)، اعم از اینکه با رضایت باشد یا بدون رضایت. بنابراین کلاهبرداری هویت اصطلاح عام و گسترده‌تری از سرقت هویت می‌باشد. چیزی که معمولاً به عنوان سرقت هویت یا جعل هویت تعریف می‌شود (تصاحب هویت دیگری بدون رضایت آن فرد) بخشی از مجموعه بزرگ‌تر تغییر هویت که از آن به کلاهبرداری هویت یاد کردیم، می‌باشد و تغییر هویت هم خودش بخشی از مجموعه بزرگ‌تر جرائم مرتبط با هویت می‌باشد.

از آنجا که سرقت مشخصات هویتی دیگری چه در محیط واقعی و چه در محیط سایبر موجب فراهم شدن زمینه‌های رفتارهای غیرقانونی همچون تروریسم، جاسوسی و مهاجرت غیرمجاز می‌گردد؛ در برخی از کشورها و به ویژه در اکثر مقررات کیفری داخلی ایالت‌های آمریکا جرم‌انگاری شده است. در مورد ارائه تعریف نسبتاً دقیق از سرقت هویت می‌توان به قانون فدرال سرقت هویت آمریکا مصوب ۱۹۹۸ یکی از چند قانونی که سرقت هویت را جرم‌انگاری کرده‌اند، اشاره کرد. مطابق این قانون هر کس آگاهانه، بدون مجوز قانونی، اقدام به انتقال یا استفاده از ابزارهای تشخیص هویت دیگری نماید به گونه‌ای که این عمل منجر به نقض قوانین فدرال شود و یا به موجب قانون ایالتی یا محلی حاکم بر قضیه جنایت محسوب شود، قابل مجازات خواهد بود.^۱ مطابق این تعریف، سرقت هویت اساساً به عنوان یک جرم فرعی تعریف می‌شود، چرا که هویت جهت ارتکاب جرم دیگر مورد سوءاستفاده واقع می‌شود.

عده‌ای سرقت هویت سایبری را این گونه تعریف کرده‌اند: تحصیل الکترونیکی یا آنلاین اطلاعات شخصی، با هدف بکارگیری این اطلاعات شخصی در فعالیت‌های فریبکارانه آنلاین یا آفلاین. به عبارت دیگر استفاده از وسایل الکترونیکی (به عنوان مثال مبتنی بر وب) جهت سرقت اطلاعات شخصی دیگران، سرقت هویت سایبری می‌باشد (close, zinkhan, Finney, 2003: 2).

در محیط سایبر، جعل هویت، عمل سوءاستفاده از ناتوانی رایانه در شناسایی بدون خطای کاربر رایانه است (بای، پور قهرمانی، ۱۳۸۸: ۴۷۶). جعل هویت، به دو روش فیزیکی و الکترونیکی صورت می‌گیرد. در واقع در روش فیزیکی با احراز هویت کاربر مجاز یا با استفاده از کارت دسترسی، مجرم به محدوده‌ای وارد می‌شود که به رایانه و اطلاعات آن دسترسی پیدا کند. این عمل ممکن است به سادگی و با امضاء نمودن دفتر ورود و خروج به جای فرد دیگری باشد. برخی سیستم‌ها با شناسایی صدای کارکنان اجازه دسترسی به اماکن را می‌دهند؛ دسترسی غیرمجاز به این سیستم‌ها با تقلید صدای فرد مجاز ممکن می‌شود. در شیوه دیگر که «ورود قاچاقی» نامیده می‌شود فردی که قصد نفوذ به ساختمان رایانه را دارد، به دنبال یکی از کارکنان وارد محل می‌شود.

یکی از شیوه‌های مؤثر جعل هویت الکترونیکی، استفاده غیرمجاز رمز عبور جهت ورود به یک سیستم است. چنانچه فرد غیرمجاز به رمز عبور رایانه دست یافته یا آن را سرقت و جهت ورود به سیستم استفاده نماید، بدیهی است رایانه تنها رمز عبور صحیح را به عنوان مجوز

1. Title 18, s.1028(a) (7) u.s.c

شناسایی نموده و نمی‌تواند کاربر مجاز را از فرد غیرمجاز تشخیص دهد. به دلیل اینکه کاربران در انتخاب رمز عبور دقت کافی ندارند، کشف رمز عبور رایانه توسط افراد فرصت طلب به سادگی صورت می‌گیرد. فردی که هویت کاربر مجاز را به خود نسبت می‌دهد ممکن است به اعتبار و شهرت وی لطمه وارد سازد (جی آیکاو و دیگران، ۱۳۸۳: ۸۴).

۲- مکانیزم دستیابی به اطلاعات شخصی و سرقت هویت

اطلاعات شخصی افراد می‌تواند به انحاء مختلف در اختیار دیگران قرار گیرد. روش‌های سرقت اطلاعات به گونه‌ای متحول شده است که می‌تواند از مزایای تکنولوژی بهره‌گیرد؛ اما روش‌های قدیمی نیز هنوز مورد استفاده واقع می‌شود.

۲-۱- سرقت فیزیکی

سارقان کیف مدارک، کیف‌های دستی، رکوردهای شخصی و انواع و اقسام نامه‌ها (شامل صورت حساب‌ها، کارت‌های اعتباری، اظهارنامه‌های بانکی و غیره) را به سرقت می‌برند. سرقت فیزیکی داده‌های شخصی بیشتر توسط یکی از افراد داخل شرکت‌ها که به راحتی به داده‌ها دسترسی دارد، انجام می‌شود و داده‌های سرقت شده از طریق اینترنت به حلقه‌های حرفه‌ای سارقان هویت که اغلب در روسیه یا اروپای شرقی مستقر هستند و یا به سایت‌ها با علایق ویژه فروخته می‌شود. یک کارمند سوءاستفاده‌گر به راحتی می‌تواند اطلاعات محرمانه شرکت را بر روی یک درایو فلش و یا دوربین دیجیتال ثبت کند و کل داده‌ها را در جیب خود جای دهد. به دانلود غیرقانونی داده‌ها از یک شبکه کامپیوتری بر روی یک درایو فلش، تامسوکینگ^۱ گفته می‌شود (باقری، جهانگیری، ۱۳۸۹: ۶۵).

۲-۲- دلالتی اطلاعات^۲

یکی از شیوه‌های دستیابی به اطلاعات شخصی که در سال‌های اخیر، روند رو به گسترشی داشته است، دلالتی اطلاعات می‌باشد. دلالتان از طریق اینترنت و ارتباطات الکترونیکی، اطلاعات شخصی مورد تقاضا را می‌فروشند. غالباً زمانی که دلالتان اطلاعات تقاضایی دریافت می‌کنند، در مورد اینکه شخص متقاضی اطلاعات چه کسی است و اینکه می‌خواهد از اطلاعات چه استفاده‌ای ببرد، تحقیق و تفحص نمی‌کنند و با بی‌احتیاطی تمام اطلاعات مورد تقاضا را به آن‌ها می‌فروشند.

1. thumbsucking
2. Information Brokers

در پرونده‌ای، فروشنده آنلاین اطلاعات، توسط والدین دختر جوانی که به قتل رسیده بود تحت تعقیب قانونی قرار گرفت. فروشنده اطلاعات در ازای دریافت مبلغ ناچیزی، اطلاعات شخصی مقتول را به شخص متقاضی فروخته بود. قاتل هم به واسطه این اطلاعات، از محل کار او آگاه شده و بدین ترتیب در زمان خروج از محل کار و سوار شدن به اتومبیلش او را به قتل رسانده بود (Identity Theft and Data Broker (wtop), available at <http://www.etopnews>).

۲-۳- فریب دادن^۱ یا وانمود کردن^۲

سرقت هویت سایبری ممکن است شامل فریب‌هایی باشد که کمتر همراه کننده است. چنین مواردی زمانی واقع می‌شود که شخص فریبکار (با یک عکس کامل) یک دوست یا همکار را به یک سایت و قرار ملاقات دعوت می‌کند. پروفایل‌های وعده ملاقات ساختگی ممکن است نتیجه یک فریب آنلاین باشد که باعث ایجاد اشتباه شده است. Posing یک پیام‌آور است که جهت فریب دیگری استفاده می‌شود و موجب به اشتباه انداختن کاربران می‌شود. سارقان هویت غالباً از این شیوه برای تحصیل اطلاعات غیرمحرمانه استفاده می‌کنند (close, zinkhan, Finney, 2003: 2).

۲-۴- معرفی خود به جای فرد دیگری^۳

اکثر افراد از ریسک و خطر اینکه هویت آن‌ها توسط افراد دیگری جعل شود آگاه هستند. Pretexting، عبارت است از استفاده از هویت جعلی برای به دست آوردن اطلاعات شخصی از مؤسسات مالی، کمپانی‌های تلفنی و سایر منابع. Pretexting عموماً از طریق تلفن صورت می‌گیرد.

۲-۵- کلک و حقه در محدوده یک کلک و حقه^۴

ممکن است سارق هویت خودش را به عنوان یک وکیل یا کارمند دولتی معرفی کند و پس از جمع‌آوری ایمیل‌های یک پایگاه داده مربوط به قربانیان سابق سرقت هویت، درخواست نماید تا اطلاعات شخصی این قربانیان به عنوان مدرک، جهت کمک به قربانیان سرقت هویت در دادگاه، به او داده شود. در این شیوه ممکن است قربانیان سرقت هویت مجدداً در اقدامی دیگر قربانی واقع شوند.

-
1. Pranking
 2. Posing
 3. Pretexting/Impersonation
 4. Scam within a scam

۲-۶- سرک کشیدن^۱

در مکان‌های عمومی سارقین از شیوه سرک کشیدن (نگاه کردن به فرد از یک جای نزدیک، در زمانی که فرد، شماره کارت اعتباری یا شماره کارت تلفن را وارد می‌کند، یا گوش دادن به گفتگوی فرد در زمانی که در حال دادن شماره کارت اعتباری می‌باشد) استفاده می‌کنند (بابازاده، ۱۳۸۱: ۳۶).

۲-۷- فیشینگ^۲

در قلمرو امنیت رایانه‌ای، حملات فیشینگ عبارت است از ترغیب کاربران به افشای اطلاعات محرمانه شخصی با استفاده از هویت‌های تقلبی و ساختگی. در تجارت الکترونیکی، فیشینگ به تلاش برای دستیابی به اطلاعات حساس افراد مانند نام کاربری، کلمه عبور و اطلاعات کارت‌های اعتباری، به وسیله معرفی خود به عنوان یک سایت مورد اطمینان، اطلاق می‌شود (زررخ، ۱۳۸۹: ۵۷).

واژه فیشینگ در اصل استفاده از ایمیل برای phish (صید ماهی) صید پسوردها و کسب اطلاعات مالی از دریای کاربران اینترنت را توصیف می‌کند. استفاده از «ph» مربوط به عرف نامگذاری هکرها می‌باشد (Cormac callanan, Marco Gercke, 2008: 13).

در اسپیر فیشینگ^۳ ایمیل خیلی شبیه به ایمیل‌هایی است که شخص انتظار دریافت آن را دارد، نظیر دریافت ایمیل از جانب کارفرما، شرکت یا سازمان. در این نوع از انواع حملات فیشینگ چون دریافت‌کننده ایمیل فکر می‌کند که ایمیل از جانب سازمان یا شرکت مورد نظر است، ممکن است اطلاعات مرتبط مانند کلمات عبور و اطلاعات ثبت را ارائه دهد (Savirimuthu, 2007: 441).

اغلب پیام‌ها قربانی را در صورت سریع جواب ندادن تهدید به بستن حسابش می‌کنند. سارقان هویت اغلب از لوگوهای واقعی شرکت‌ها و کپی برای قانونی جلوه دادن نامه‌های الکترونیکی خود استفاده می‌کنند و پیوند را با یکی از پیوندهایی که قربانی را به یک صفحه فریب‌آمیز هدایت می‌کنند، جایگزین می‌نمایند. به طور کلی محتوای این پیام‌ها به شکلی است که هراسی در قربانی ایجاد می‌کنند و به قربانی گوشزد می‌کنند اطلاعات شخصی‌تان به سرقت رفته است و از قربانی درخواست می‌کنند اطلاعات شخصی، کلمه عبور و شماره حساب خود را

1. Shoulder surfing

2. Phishing

3. Spear phishing

مجدداً تأیید کند. در مرحله بعدی، پیامی به کاربر نشان داده شده و به او گفته می‌شود که اطلاعاتش به درستی در سیستم ثبت گردیده است. برخی پیام‌ها از قربانی به خاطر خریدی که هرگز انجام نداده تشکر می‌کنند. از آنجایی که قربانی نمی‌خواهد پولی که حقیقتاً نپرداخته است را از دست بدهد، پیوند موجود در پیام را دنبال می‌کند و به این نتیجه می‌رسد که به فیشرفروشگری اطلاع داده شده است. در مرحله اول می‌توان فاش شده باشد، ارائه کند. سایت‌های وب فیشرفروشگری خود را به شکلی که در معرض دید قرار می‌دهند که گویا سایت‌های قانونی متعلق به شرکت‌های خدماتی و مالی هستند، اما آن‌ها در اصل برای جمع‌آوری اطلاعات شخصی طراحی شده‌اند.

جالبی کار نفوذگران در اینجاست که چند ثانیه بعد از نمایش پیغام مربوط به کاربر، صفحه وب سایت مذکور ناپدید می‌شود. در این فرصت، سایت جعلی سریعاً وب سایت شرکت اصلی را بارگذاری می‌نماید و آن را به کاربر نشان می‌دهد ولی کاربر متوجه هیچ‌گونه سرقتی نمی‌شود و فکر می‌کند که در فرآیند ورود به سایت موفق نبوده است. بنابراین عملیات ورود به سایت را این بار در سایت شرکت اصلی تکرار می‌کند و به راحتی وارد حساب شخصی خود می‌شود. کاربر تنها هنگامی که کسر موجودی خود را مشاهده کند، از این سرقت مطلع خواهد شد، به همین راحتی و تنها چند دقیقه اطلاعات شما به سرقت می‌رود (امام جمعه، ۱۳۸۹: ۱۴).

۲-۸- فارمینگ^۱

فارمینگ مشتمل بر هر گونه بهره‌برداری از آسیب‌پذیری سیستم نام دامنه (DNS) یا تغییر دادن فایل میزبان بر روی کامپیوتر قربانی به منظور به دست آوردن نام دامنه برای وب سایت فارمر است. به گونه‌ای که ترافیک به جای هدایت به وب سایت اصلی به وب سایت فارمر هدایت شود (B. Chik, 2007: 13). روش‌های مختلفی برای فارمینگ وجود دارد که یکی از آن‌ها تغییر سرور (DNS) محلی است. در این روش کاربر به جای دامین واقعی به یک سایت تقلبی هدایت می‌گردد. روش دوم از طریق یک برنامه مخرب صورت می‌گیرد که تنظیمات شبکه کامپیوتر آلوده را تغییر می‌دهد. این تغییر به صورتی است که کاربر از طریق دامین‌هایی که از قبل تعیین شده‌اند به سرورهای دیگری هدایت می‌گردد. در روشی دیگر فارمینگ که حمله مستقیم به DNS سایت اصلی است، کاربر خود آدرس سایت بانکش را به طور مستقیم در آدرس بار مرورگر تایپ می‌کند؛ اما آی پی این سایت که هک شده بود باعث می‌شود که کاربر باز هم به سایت تقلبی رهنمون شود (معمار، ۱۳۸۸: ۲۱).

1. pharming

برای اینکار هکرها از چند روش استفاده می‌کنند:

۱- دستکاری کش^۱ DNS کاربر: یک ویروس یا تروجان می‌تواند با هک کش دی ان اس و تغییر آدرس آی پی مربوط به آن در روی کامپیوتر آلوده، کاربر را به سایتی غیر از سایت واقعی هدایت کند. این روش راحت‌ترین روش است.

۲- دستکاری سرور DNS خدمات‌دهنده یا اپراتور اینترنت: این روش مؤثرتر از روش قبلی است اما مشکل‌تر نیز می‌باشد. در این روش یک سیستم نام دامنه تقلبی مستقیماً روی سرور سیستم نام دامنه اپراتور ذخیره می‌شود و بدین صورت تمام مشتریان این اپراتور آلوده شده و در واقع به سیستم نام دامنه تقلبی هدایت می‌شوند.

۲-۹- اسکیمینگ^۲

این روش چیزی بیش از یک روش سرقت high-Tech است که در آن، شماره کارت‌های اعتباری با استفاده از یک ابزار ذخیره‌سازی خاص در زمان پردازش کارت به سرقت می‌رود. در این اواخر این روش با استفاده از عابر بانک‌ها که یک کارت‌خوان در یک شکاف عابر بانک (ATM) واقعی قرار داده می‌شود به انجام می‌رسد. کارت‌ها ممکن است توسط ماشین مصادره شود و وجه نقد نیز ممکن است در شکاف تحویل پول گیر کند (بزرگراه رایانه، ۱۳۸۶: ۱). مجرمان اسکیمیر در واقع با سرقت اطلاعات به دست آمده از کارت عابر بانک افراد و بدون اطلاع دارنده کارت از آن سوءاستفاده می‌نمایند.

۲-۱۰- اسپوفینگ^۳

اسپوفینگ، در لغت به معنای فریب دادن، جازدن و وانمودسازی است و می‌توان آن را «قلب هویت یا جازدن و وانمودسازی متقلبانه» نیز نامگذاری کرد (فضلی و باطنی، ۱۳۸۸: ۲۰۱). از جهت اصطلاحی، تعاریف گوناگونی از اسپوفینگ ذکر شده است. در تعریف عام در فضای سایبر اسپوفینگ عبارت است از نسبت دادن عملی به شخصی دیگر، به گونه‌ای شخص متقلب طوری وانمود کند که اقدامات از جانب آن شخص صورت گرفته است؛ به عنوان مثال، در آی پی اسپوفینگ (IP Spoofing)، از نشانی IP یک کاربر دیگر برای دستیابی به یک کامپیوتر یا شبکه استفاده می‌شود (هیأت مولفان و ویراستاران شرکت مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۶۹۷).

1. Cache poisoning DNS
2. Skimming
3. Spoofing

در ارسال پیام‌های ناخواسته الکترونیکی، با این کار، آدرس فرستنده نامه الکترونیکی قلب می‌شود، به گونه‌ای که منشأ اسپم مخفی می‌ماند و چنین وانمود می‌شود که پیام از یک منبع قانونی شناخته شده ارسال شده است. به این کار اسپوفینگ ایمیل^۱ اطلاق می‌شود. طبق تعریف «سازمان توسعه و همکاری اقتصادی» (OECD) در سال ۲۰۰۵، اسپوفینگ ایمیل عبارت است از تغییر منشأ نرم‌افزاری نامه‌های الکترونیکی به گونه‌ای که نشانگر صدور نامه از یک منبع صحیح و قانونی باشد. این اقدام معمولاً از سوی ارسال‌کنندگان اسپم برای ترغیب دریافت‌کنندگان اسپم به دادن پاسخ به کار می‌رود (OECD task force on spam report, 2005: 7). اسپوفینگ ایمیل یکی از شیوه‌های دستیابی به اطلاعات که امنیت افراد را تهدید می‌کند، است. در این تکنیک سرقت اطلاعات، نامه‌ای الکترونیکی دریافت می‌شود که عنوان آن نشان‌دهنده ارسال نامه توسط فردی آشنا است، اما در واقع، نامه توسط فرد دیگری با مشخصات فرد اصلی ارسال شده است. در صورتی که نامه باز شود، ممکن است کدی مخرب بر روی سیستم قرار بگیرد تا اطلاعات مهم و شخصی، برای ارسال‌کننده نامه، فرستاده شود. واژه مونگینگ (Munging) گاهی با اسپوفینگ (spoofing) اشتباه می‌شود، در حالی که منظور از آن این است که شخص در نامه‌هایی که به یک وبگاه عمومی (همچون گروه خبری) می‌فرستد، آدرس خود را (یعنی آنچه در قسمت فرستنده یا from نوشته می‌شود) طوری مخدوش کند که اگر یک نفر از آن استفاده کند و به آن، پیامی ناخواسته ارسال کند، این نامه متضمن اسپم هرگز به دست طرف مقابل نمی‌رسد؛ زیرا آدرس ارسالی صحیح نخواهد بود، پس مونگینگ برای مقابله با ارسال پیام‌های ناخواسته و به عنوان یک اقدام ضد اسپم به کار می‌رود (ند، ۱۳۸۰: ۲۸۳).

۳- ارکان سرقت هویت در قانون ایالات متحده

سرقت هویت در ردیف یکی از پرخطرترین و بزرگ‌ترین جرائم در ایالات متحده آمریکا است. کمیته تجارت فدرال برآورد کرده از هر ده نفر یک نفر قربانی سرقت هویت واقع می‌شوند؛ و بیش از نه میلیون آمریکایی در معرض سرقت هویت قرار دارند. به گزارش یکی از دفاتر اعتباری بزرگ، سالانه حدود ۴۸۰,۰۰۰ نفر در ایالات متحده آمریکا مورد سرقت هویت و فعالیت‌های کلاهبردانه قرار می‌گیرند. مقامات تخمین می‌زنند که سرقت

1. Spoofing email

هویت نزدیک به صد میلیون دلار به مشتریان کارت‌های اعتباری هزینه تحمیل می‌کند (<http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/idtheft/consumers/about-identity-theft.html>) ایالات متحده آمریکا یکی از کشورهایی است که سرقت هویت را مورد جرم‌انگاری قرار داده و سرقت هویت را به عنوان یک جرم فدرال در نظر گرفته است. در رابطه با حفاظت از اطلاعات از جمله داده‌هایی که ممکن است برای ایجاد یا تصدیق هویت مورد استفاده قرار بگیرد، قوانین موجود بر نگرانی‌های امنیتی و حفظ حریم خصوصی تمرکز دارد. قوانین مختلف فدرال بر محدود کردن جمع‌آوری، ذخیره‌سازی و توزیع اطلاعات تمرکز دارد و قوانین دیگر طراحی شده‌اند تا این اطمینان حاصل شود که اطلاعات ذخیره شده و توزیع درست و دقیق است. برای مثال قانون حفظ حریم خصوصی دولت فدرال، مربوط به حفظ و نگهداری و افشای اطلاعات شخصی و قابل شناسایی می‌باشد. قانون کلاهبرداری کامپیوتری برای دسترسی عمدی و غیرمجاز به کامپیوترهای دولت و فدرال به منظور تغییر دادن، آسیب رساندن یا از بین بردن اطلاعات مجازات تعیین کرده است. قانون حریم خصوصی ارتباطات الکترونیکی برای رهگیری غیرمجاز یا افشاء و همچنین دسترسی غیرمجاز به ارتباطات الکترونیکی ذخیره شده در مرکز خدمات ارتباطات الکترونیکی و افشاء آگاهانه محتوای در حال ذخیره ضمانت اجرا پیش‌بینی کرده است. علاوه بر این قانون حفاظت اعتبار مصرف‌کننده فدرال کمک محدودی به قربانیان کلاهبرداری هویت ارائه می‌دهد. به عنوان مثال، قانون گزارش اعتبار، سازمان‌های اعتباری را از افشای گزارش اعتبار مصرف‌کننده بدون اجازه ممنوع ساخته است؛ مگر اینکه افشای این گزارشات در جهت ایجاد کسب و کار مشروع باشد. در حالی که این قوانین در محدود کردن خطرات حریم خصوصی و کاهش ضرر و زیان، نقش داشته‌اند؛ اما در زمینه پیشگیری از سرقت هویت و ارائه کمک به قربانیان سرقت هویت ناکارآمد بوده است. این قوانین برای محافظت از مؤسسات مالی و در نتیجه طلبکاران به عنوان قربانیان، به جای مصرف‌کنندگان می‌باشد، اما قانون سرقت هویت به طور خاص سرقت هویت را جرم‌انگاری می‌کند و مصرف‌کننده یا مشتری را به عنوان قربانی این جرم به رسمیت می‌شناسد و جبران خسارت و مجازات‌های خاص را پیش‌بینی می‌کند.

در سال ۱۹۹۷ سناتور جان کیل، لایحه ۵۱۲ را به مجلس سنا ارائه کرد. این لایحه در اکتبر ۱۹۹۸ به تصویب رسید و از ژانویه ۱۹۹۸ لازم الاجرا شد.

این قانون به صراحت سرقت هویت را جرم‌انگاری کرده و شهروندان را به عنوان قربانیان مستقیم چنین رفتاری طبقه‌بندی کرد. بر اساس قوانین جاری دادگاه‌های فدرال نمی‌توانستند

حکم به جبران خسارت افرادی که متحمل هزینه‌های مرتبط با سرقت هویت خود می‌شوند بدهند؛ از آنجایی که این افراد به عنوان قربانیان مستقیم این آسیب‌ها در نظر گرفته نمی‌شدند. تنها قربانیان مستقیم چنین فعالیت‌های کلاهبردانه (نظیر بانک‌ها، بازرگانان یا دیگر نهادها که مسئول جبران این زیان‌ها هستند) می‌توانستند جبران خسارت دریافت کنند. در حالی که این قانون مصرف‌کنندگان یا مشتریان یا افرادی که از مدارکشان سوءاستفاده شده است را به عنوان قربانیان مستقیم این جرم شناسایی نموده است. از طرفی این قانون کمیسیون صدور حکم ایالات متحده را به انتخاب مجازات مناسب تحریم بدنی و مالی برای عاملین این جرم موظف نموده است. این کمیسیون باید برای اعمال مجازات مناسب به میزان آسیب، برنامه‌ریزی، سطح پیچیدگی نقشه مجرم، حساسیت و وضعیت قربانیان، تعداد قربانیان درگیر، تعداد مدارک شناسایی مورد استفاده مجرم و ... توجه داشته باشد. با توجه به طبیعت منحصر به فرد و عواقب سرقت هویت این کمیسیون می‌تواند یک بخش راهبردی که مجزا از قسمت B (جرم مربوط به املاک) و قسمت F (جرم مربوط به کلاهبرداری و فریب) می‌باشد را ایجاد نماید، تا این اطمینان حاصل شود که به عوامل مختلف مورد اشاره در قانون توجه لازم صورت گرفته است.

آخرین بخش این قانون، کمیسیون تجارت فدرال (FTC) را برای ایجاد یک مؤسسه تهاثری متمرکز برای ثبت و پیگیری شکایات و ارائه خدمات آموزشی به مشتریان به عنوان قربانیان سرقت هویت و پیاده‌سازی روش ارجاع شکایات به سه سازمان بزرگ گزارش‌دهنده مشتریان^۱ و برقراری ارتباط آن‌ها با سازمان‌های اجرای قانون برای تحقیق و بررسی، موظف نموده است.

بر پایه اصل قانونی بودن جرم، لازمه مجرمانه بودن رفتار، جرم‌انگاری آن توسط نهاد تقنینی است. بدون این تمهید، توصیف مجرمانه رفتار بی‌معنی خواهد بود. با فرض جرم‌انگاری، تحقق فعل یا ترک فعلی ملموس و مشخص ضرورت دارد. بدون ظهور یا بروز فیزیکی رفتار، به دلیل فقدان رکن مادی عملاً جرم محقق نمی‌شود. شرط نهایی در تشکیل غالب اعمال مجرمانه، فرض وجود آگاهی و اراده مرتکب است به این معنی که عمل با علم و اختیار ارتکاب یافته باشد. از آنجا که سرقت هویت جرم عمدی است، بنابراین لازم است به بررسی ارکان تشکیل‌دهنده آن بپردازیم.

1. Experian/TRW, TransUnion and Equifax

۳-۱- رکن قانونی^۱

رکن قانونی سرقت هویت ماده (7)(a)(1028) می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد انجام اعمال زیر توسط هر کسی غیرقانونی و جرم است: «هر کس عالمأ و بدون مجوز قانونی، یک وسیله شناسایی شخصی را انتقال دهد یا استفاده کند و قصد ارتکاب یا مشارکت یا معاونت در انجام یک فعالیت غیرقانونی داشته باشد که منجر به نقض قوانین فدرال شود یا آنکه عمل مزبور به موجب قانون ایالتی یا محلی حاکم بر قضیه یک جنایت محسوب شود. بر اساس ماده (d)(1)(b)(1028) همین قانون مجازات حبس برای این جرم پیش‌بینی شده است.

۳-۲- رکن مادی

در ابتدا، هر یک از عناصر ضروری برای تحقق جرم سرقت هویت به تفکیک بررسی می‌شوند.

۳-۲-۱- رفتار

جرم سرقت هویت دارای دو رفتار است: الف- انتقال دادن؛ ب- استفاده کردن. در انتقال دادن، فرد اطلاعات شخصی و دیگر ابزارهای تشخیص هویت متعلق به دیگری را به افراد و شرکت‌ها یا سایر متقاضیان انتقال می‌دهد. غالباً هم این انتقال در ازای دریافت وجه، مال و ... انجام می‌شود. اما در استفاده کردن، فرد اطلاعات شخصی و ابزارهای تشخیص هویت دیگری را در فعالیت‌های غیرقانونی مانند کلاهبرداری، سرقت، برداشت از حساب و موارد دیگر استفاده می‌کند.

۳-۲-۲- موضوع

موضوع سرقت هویت؛ اطلاعات شخصی و ابزارهای تشخیص هویت می‌باشد. ابزارهای تشخیص هویت مطابق ماده (3)(d)(1028) مشتمل بر هر اسم یا شماره‌ای است که ممکن است مورد استفاده قرار گیرد و به تنهایی یا به همراه سایر اطلاعات شخصی دیگر، برای شناسایی یک فرد خاص به کار می‌رود. این وسایل شناسایی مشتمل بر موارد بسیاری است از جمله اسم، شماره امنیت اجتماعی، تاریخ تولد، گواهینامه رانندگی و شماره‌های دیگر؛

1. Section 1028(a)(7) provides that it is unlawful for anyone who:

“Knowingly transfers or uses, without lawful authority, a means of identification of another person with the intent to commit, or to aid or abet, any unlawful activity that constitutes a violation of Federal law, or that constitutes a felony under any applicable State or local law ...”.

اطلاعات بیومتریک منحصر به فرد مانند، اثر انگشت، انتشار صدا، تصویر شبکه و عنبیه چشم و یا سایر معرف‌های فیزیکی دیگر، شماره‌های شناسایی الکترونیکی منحصر به فرد و اطلاعات شناسایی از راه دور یا اطلاعات شناسایی برای دسترسی به سیستم یا دستگاه. سارقین هویت، اغلب به دنبال اطلاعات شخص حساس هستند. برخی از عمومی‌ترین اطلاعاتی که مورد استفاده آن‌ها قرار می‌گیرد عبارتند از: شماره امنیت اجتماعی (SSN)، تاریخ تولد، آدرس و شماره تلفن قبلی و فعلی، اطلاعات شخصی استخدامی فعلی و قبلی، اطلاعات حساب مالی (حساب‌های جاری و پس‌انداز، کارت‌های اعتباری، کارت‌های حساب بدهی و اطلاعات برنامه‌ریزی مالی)، نام خانوادگی مادر پیش از ازدواج، سایر اطلاعات شخصی (پسوردها، رمز عبورها، آدرس ایمیل و همچنین عکس‌ها) می‌باشد. چنین اطلاعاتی می‌تواند برای دستیابی به دیگر اطلاعات حساس یا تسهیل تمام یا قسمتی از سرقت هویت مورد استفاده واقع شود.

۳-۲-۳- نتیجه

جرم سرقت هویت مقید به نتیجه نیست و حصول نتیجه خاصی مد نظر قانونگذار نبوده است. بنابراین تقلب در ارتباط با سرقت غیرقانونی و تحصیل اطلاعات شخصی و سوءاستفاده از این اطلاعات با داشتن رکن روانی لازم، بدون در نظر گرفتن اینکه آیا این اطلاعات منتشر شده یا عملاً در فعالیت‌های غیرقانونی مورد استفاده قرار گرفته، بر اساس قانون سرقت هویت قابل تعقیب می‌باشد.

۳-۳-۳- رکن روانی

برای تحقق رکن روانی این جرم سه عنصر باید ثابت شود: نخست آنکه مرتکب باید رفتاری عمدی داشته باشد؛ یعنی اینکه بخواهد این رفتارها را انجام دهد. رفتار مجرمانه انتقال یا استفاده از اطلاعات شخصی و ابزارهای تشخیص هویت دیگری را از روی اراده و اختیار انجام داده باشد، نه اینکه بر اثر عواملی مثل (جنون، مستی، اجبار و ...) هیچ‌گونه اختیاری در ارتکاب رفتار مجرمانه نداشته باشد. دوم، سوءنیت خاص که مرتکب باید رفتارهای انتقال و استفاده را با قصد انجام یا مشارکت یا معاونت در فعالیت غیرقانونی انجام دهد. بنابراین مطابق این حکم تنها عمل کسانی مشمول سرقت هویت می‌شود که از ابزارهای تشخیص هویت دیگری برای عمل غیرقانونی استفاده کنند و نمی‌توان عمل شخص را که اقدام به استفاده از مشخصات و مختصات شخص دیگر نموده لیکن هدف از این عمل غیرقانونی نیست، جرم تلقی نمود

(اصلاهی، ۱۳۸۴: ۲۰۱). سوم، علم و آگاهی که مرتکب باید به همه اجزای رفتار رکن مادی جرم سرقت هویت داشته باشد. مرتکب باید از تعلق این اطلاعات به دیگری آگاه بوده و عالمی این اطلاعات را به قصد انجام یا معاونت یا مشارکت در فعالیت غیرقانونی انتقال دهد یا مورد استفاده قرار دهد.

۳-۴- مجازات

بر اساس ماده (D)(1)(b)(1028) اگر مرتکب از یک یا چند ابزار تشخیص هویت دیگری استفاده کرده باشد و یا آن‌ها را انتقال داده باشد و در طی مدت یک سال (در اثر انجام این جرائم به هر چیزی که ارزش آن هزار دلار یا بیشتر است دست یافته باشد به مجازات حبس تا پانزده سال محکوم می‌شود و در غیر این صورت بر اساس ماده (B)(2)(b)(1028) به مجازات حبس تا سه سال محکوم می‌شود. یعنی اگر مرتکب از شناسه شخصی دیگری استفاده کرده باشد یا انتقال داده باشد ولی به چیزی که ارزش آن هزار دلار باشد دست نیافته باشد، به حبس تا سه سال محکوم می‌شود. همین‌طور شروع به جرم و تبانی برای ارتکاب این جرم نیز پیش‌بینی شده است. ماده (f)(1028) مقرر می‌دارد: تلاش و تبانی برای نقض ماده 1028 در معرض همان مجازاتی است که برای جرائم اصلی مطابق ماده 1028 پیش‌بینی شده است.

۳-۵- کیفیت مشدده مجازات

قانون سرقت هویت هم مانند سایر قوانین به بحث تعدد و تکرار به عنوان کیفیتی برای تشدید مجازات توجه داشته است. یکی از مواردی که میزان مجازات سارق هویت افزایش می‌یابد زمانی است که سارق هویت قبلاً سابقه محکومیت به سرقت هویت داشته باشد، یا این جرم را در جهت تسهیل جرم قاچاق مواد مخدر انجام داده باشد و یا این جرم در ارتباط با یک جرم خشونت‌بار باشد.

ماده (3)(b)(1028)¹ مقرر می‌دارد: اگر این جرم برای تسهیل جرم قاچاق مواد مخدر انجام یافته باشد و یا در ارتباط با یک جرم خشونت‌بار باشد، یا توسط فردی که سابقه محکومیت به سرقت هویت را دارد ارتکاب یابد، به مجازات حبس تا بیست سال محکوم خواهد شد.

1. 1028(b)(3) to provide that if the offence is committed to facilitate a drug trafficking crime, or in connection with a crime of violence, or is committed by a person previously convicted of identity theft, the individual is subject to a term of imprisonment of not more than twenty years.

از آنجایی که قانون سرقت هویت، کمیسیون صدور حکم ایالات متحده آمریکا را موظف به بررسی و اصلاح راهبردهای (دستورالعمل) صدور حکم به منظور ارائه مجازات مناسب بر اساس ماده 1028 نموده بود، این کمیسیون بخش (5) 2F1.1(b) U.S.S.G را اضافه نمود. بر اساس این بخش اگر جرم مشتمل بر موارد ذیل باشد به سطح جرم، دو سطح افزوده می‌شود و اگر نتیجه جرم کمتر از دوازده باشد میزان و سطح جرم تا دوازده افزایش می‌یابد:

الف- در اختیار داشتن یا استفاده از تجهیزات ساخت دستگاه^۱؛

ب- بدون مجوز انتقال دادن یا استفاده از هر وسیله شناسایی به صورت غیرقانونی برای تولید یا تحصیل دیگر وسایل شناسایی (ابزار تشخیص هویت)؛

ج- در اختیار داشتن پنج وسیله شناسایی یا بیشتر که به صورت غیرقانونی از دیگر وسایل شناسایی تهیه و تولید شده یا با استفاده از سایر شناسه‌های شخصی تحصیل شده است.

بر اساس دستورالعمل (2) 2F1.1(b) U.S.S.G از آنجایی که سارقین هویت معمولاً با یک طرح و نقشه قبلی، چندین فرد را قربانی می‌سازند؛ بنابراین جرم سرقت هویت شایسته افزایش دو سطحی می‌باشد. این دستورالعمل‌ها به این واقعیت که سرقت هویت جرم بسیار جدی می‌باشد، توجه داشته است، خواه به آستانه پولی معینی رسیده باشد یا نرسیده باشد. در ارتباط با بسیاری از جرائم کلاهبرداری، میزان ضرر باید بیش از هفتاد میلیون دلار باشد تا سطح جرم دوازده باشد. بنابراین افزایش سطح جرم سرقت هویت به دوازده نشان از خطرناک بودن آن دارد. همین طور اگر سرقت هویت توسط چند نفر و به صورت سازمانی انجام شود دو تا چهار سطح به سطح آن افزوده می‌شود و در هر حال سارق هویت باید پاسخگوی ضرر و زیان وارده به قربانی باشد.

اگر چه سرقت هویت در مواردی هدف اولیه مرتکب جرم می‌باشد، اما غالباً سرقت هویت در جهت تسهیل ارتکاب سایر جرائم، انجام می‌شود. طرح و نقشه برای ارتکاب سرقت هویت ممکن است شامل وضعیتی بشود که سایر جرائم نیز مانند کلاهبرداری اتفاق افتد. در این صورت ممکن است عمل مجرمانه شامل سایر قوانین و مقررات هم بشود از جمله

۱. کامپیوتر یا نرم‌افزاری که به صورت خیلی خاص پیکربندی شده و یا در ابتدا برای ساخت اسناد هویتی متقلبانه مورد استفاده واقع می‌شود.

کلاهبرداری هویتی (شناسایی) (6)-(1)(a) 1028 § 18U.S.C.)، کلاهبرداری کارت اعتباری (1029 § 18U.S.C.)، کلاهبرداری کامپیوتری (1030 § 18U.S.C.)، کلاهبرداری پستی (1341 § 18U.S.C.)، کلاهبرداری مخابراتی (1343 § 18U.S.C.)، کلاهبرداری مؤسسه مالی (1344 § 18U.S.C.)، سرقت‌نامه (1708 § 18U.S.C.)؛ و کلاهبرداری اسناد مهاجرت (1546 § 18U.S.C.).

به عنوان مثال، ممکن است کلاهبرداری کامپیوتری از طریق سرقت هویت تسهیل شود. بدین صورت که از اطلاعات به سرقت رفته جهت تحصیل متقلبانه اعتبار در اینترنت استفاده شود و همین طور کلاهبرداری کامپیوتری نیز می‌تواند وسیله اولیه برای تحصیل اطلاعات هویتی باشد. زمانی که مرتکب جرم به صورت غیرقانونی به کامپیوترهای دیگر یا وب سایت‌ها برای تحصیل چنین اطلاعاتی دسترسی پیدا می‌کند. بنابراین انجام چنین کارهایی ممکن است منجر به این امر شود که مرتکب هم طبق قانون سرقت هویت (7)(a)(1028) و هم کلاهبرداری کامپیوتری (4)(a)(1030 § 18U.S.C.) متهم و مسئول شناخته شود. یا اینکه اگر فردی در نتیجه تحصیل اطلاعات شخصی دیگری، رایانامه‌های او را بخواند یا بدزدد یا از جانب او به سایرین رایانامه ارسال کند هم طبق قانون سرقت هویت و هم سرقت نامه‌های الکترونیکی (1708 § 18U.S.C.) متهم شناخته می‌شود.

۴- سرقت هویت در حقوق ایران

در حقوق ایران نصوص قانونی خاصی که صریحاً جعل یا سرقت هویت را (با این عنوان) به عنوان یک جرم مستقل تلقی نموده باشند، مقرر نشده‌اند. قانون تجارت الکترونیکی و قانون جرائم رایانه‌ای هم در این مورد صراحتی ندارند. ولی در برخی مقررات فراتر از جرائم رایانه‌ای می‌توان گفت بعضی از مواد قانونی به موضوع جعل هویت، سرقت هویت و کلاهبرداری هویت مرتبط هستند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۴-۱- استفاده از اسناد هویتی دیگری

جعل هویت دیگری می‌تواند از طریق استفاده از اسناد هویتی دیگری یا جعل در اسناد هویتی صورت پذیرد. اسناد هویتی مدارکی می‌باشند که برای تعیین هویت افراد در جامعه به کار می‌روند، چه این مدارک از اسناد سجلی و شناسنامه باشند و یا اینکه اسناد دیگری که می‌تواند در شناسایی مورد استفاده قرار گیرند؛ شامل شوند.

مهم‌ترین و شایع‌ترین سند هویتی که بیشتر از سایر اسناد هویتی مورد سوءاستفاده واقع می‌شود شناسنامه است که غالباً از آن برای ارتکاب جرائم علیه اموال استفاده می‌شود. شناسنامه حاوی اطلاعاتی ناظر به شخص می‌باشد. از همین رو کاربردهای وسیعی در اثبات هویت فرد دارد. شناسنامه حاوی اطلاعاتی ناظر به هویت مدنی فرد در اجتماع می‌باشد و بیان‌کننده آن است که فردی با مشخصات خاص در جامعه وجود دارد. اما شناسنامه در حد خودش بر وجود عینی آن فرد خاص دلالتی ندارد و تنها مشخصاتی را به صورت ذهنی و فارغ از فرد خاص موجود در عالم خارج بیان می‌کند.

اسناد سجلی و شناسنامه از جمله اسنادی است که ممکن است به گونه‌های مختلفی مورد سوءاستفاده قرار گیرد. جعل هویت و استفاده از شناسنامه دیگری عموماً برای مقاصدی نظیر فرار از تعقیب و اجرای مجازات، خروج غیرمجاز از کشور، کلاهبرداری، فرار از خدمت وظیفه عمومی، رأی دادن، ازدواج، تحصیل گذرنامه، تحصیل تابعیت یک کشور و ... انجام می‌شود. در جهت مقابله با هر گونه سوءاستفاده از اسناد سجلی و شناسنامه، قانون خاصی تحت عنوان «قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه» در سال ۱۳۷۰ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. قانون مزبور برای استفاده از شناسنامه دیگری، دریافت شناسنامه موهوم و جعل هویت مجازات‌هایی را پیش‌بینی نموده است.

ماده ۳۷ قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۲ صراحت دارد هر کس برای دریافت گذرنامه یا اسناد در حکم گذرنامه به نام خود یا نام دیگری اسناد و مدارک خلاف واقع یا متعلق به غیر را عالملاً عامداً به مراجع مربوطه تسلیم نماید به حبس تأدیبی از دو ماه تا شش ماه محکوم می‌شود و در صورتی که عمل او منجر به صدور گذرنامه شود به حبس از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.

جعل هویت می‌تواند از طریق جعل در شناسنامه و اسناد سجلی صورت گیرد. مرتکب با جعل در این اوراق برای خود هویت جدیدی کسب می‌کند که از آن در سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده نماید. ماده ۱۰ قانون صدرالذکر به بحث جعل در شناسنامه و اسناد سجلی پرداخته است.

موضوع ماده ۱۱ و ۱۲ این قانون، تحصیل شناسنامه ایرانی و اتخاذ هویت ایرانی از سوی افراد غیرایرانی است. تحصیل شناسنامه دیگری و اتخاذ هویت آن بر اساس تعاریف قبلی مطابق با کلاهبرداری هویت می‌باشد.

استفاده از شناسنامه دیگران برای رهایی از خدمت وظیفه عمومی در قانون اصلاح ماده ۶۰ و الحاق دو تبصره به آن و ماده ۶۱ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳ و الحاق یک تبصره به آن مصوب ۱۳۶۸ جرم‌انگاری شده است. رأی دادن با شناسنامه دیگری در قانون انتخابات مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. به موجب ماده ۶۶ قانون یاد شده: علاوه بر جرائم مندرج در این قانون ارتکاب امور ذیل جرم محسوب می‌شود:

۱- خرید و فروش رأی؛ ۲- رأی گرفتن با شناسنامه کسی که حضور ندارد؛ ۳- تهدید یا تطمیع در امر انتخابات؛ ۴- رأی دادن با شناسنامه جعلی؛ ۵- رأی دادن با شناسنامه دیگری؛

۴-۲- غصب عناوین و مشاغل

یکی دیگر از مواردی که از آن می‌توان به جعل هویت یاد کرد غصب عناوین و مشاغل است. بعضاً در روابط اداری و اجتماعی افرادی هستند که خود را صاحب یکی از مناصب مهم نظامی، اداری، سیاسی و قضایی معرفی می‌کنند بدون آنکه دارای آن سمت و عنوان باشند و یا با استفاده از لباس‌های رسمی مأموران نظامی و انتظامی خود را مأمور نظامی و انتظامی معرفی می‌نمایند و بدین طریق منافی را برای خود یا دیگری به دست می‌آورند. به همین دلیل قانونگذار به این مسئله توجه داشته و این اقدامات را در فصل هشتم قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ ذیل عنوان غصب عناوین و مشاغل جرم‌انگاری کرده است.

این اقدامات معمولاً با تحصیل غیرقانونی اطلاعات شخصی دیگری یا ابزارهای تشخیص هویت صورت می‌پذیرد. لباس رسمی، نشان، مدال یا سایر امتیازات دولتی و رسمی نشان از هویت دارنده آن دارد. بنابراین، عمل فردی که با کسب اطلاعات شخصی و ابزارهای تشخیص هویت مأمور انتظامی، خود را به عنوان مأمور نظامی یا انتظامی معرفی می‌کند سرقت هویت (جعل هویت) می‌باشد؛ چرا که در واقع او هویت آن مأمور را به سرقت برده است. عمل اتخاذ هویت دیگری، ممکن است با هویت شخص زنده یا شخص موهوم یا فرضی باشد. در سرقت هویت، مرتکب هویت شخص زنده را به سرقت می‌برد، اما در کلاهبرداری هویت می‌تواند با جعل هویت شخص موهوم و فرضی نیز باشد.

۴-۳- اختیار اسم یا عنوان مجعول

اختیار کردن اسم یا عنوان مجعول از مواردی است که از آن می‌توان به جعل هویت تعبیر کرد. اختیار اسم یا عنوان مجعول از مصادیق تمثیلی متقلبانانه است که قانونگذار در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری بر شمرده است.

امری که در سرقت هویت واقع می‌شود این است که مرتکب معمولاً بعد از سرقت اطلاعات شخصی افراد (به خصوص افراد معتبر و خوش حساب) خود را به جای او معرفی می‌کند و بدین طریق از این اطلاعات در فعالیت‌های غیرقانونی اعم از مالی و غیرمالی استفاده می‌کند. بنابراین اگر فردی بعد از سرقت اطلاعات شخصی دیگری و اتخاذ هویت او، دیگران را فریب داده و از این طریق موفق به بردن مال شود، عملش مشمول کلاهبرداری ماده مزبور خواهد بود.

همین طور دخالت در امر انتخابات با سمت مجعول و یا به هر نحو غیرقانونی، امری است که به موجب ماده ۶۶ قانون انتخابات سال ۱۳۷۸ جرم‌انگاری شده است.

۴-۴- استفاده از مهر، علامت، تمبر و ...

همان‌طور که قبلاً در تعریف سرقت هویت اشاره شد، سرقت هویت از طریق سرقت ابزارهای تشخیص هویت و استفاده از آن‌ها در فعالیت‌های غیرقانونی انجام می‌شود. بنابراین شاید بتوان با تعریفی موسع از ابزارهای تشخیص هویت، مهر، علامت، تمبر و ... را نیز نوعی ابزار تشخیص هویت در نظر گرفت؛ چرا که علامت مخصوص، مهر مخصوص و مواردی از این قبیل، از هویت آن شرکت خاص، هویت آن شخص حقوقی حکایت دارد. بنابراین اگر فردی مهر، تمبر، علامت، و ... شرکت، اداره، مؤسسه، سازمان و دانشگاه و ... را به نوعی به دست آورد و سپس از آن در فعالیت‌های غیرقانونی استفاده کند، نوعی سرقت هویت واقع شده است. ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی به طور کلی به کار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن را جعل تلقی نموده است.

استفاده از علائم تجاری دیگران در ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیک جرم‌انگاری شده است. علامت تجاری عبارت است از هر کلمه، نام، علامت، طرح یا حرفی که در عالم تجارت جهت تعیین هویت یک محصول خاص و تمیز آن از سایر محصولات استفاده می‌شود (صادقی، ۱۳۸۸: ۶۹).

همین طور فردی که با سرقت مهر مخصوص پزشکی، از آن در سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده می‌کند نیز نوعی سرقت هویت می‌باشد. جعل گواهی پزشکی ممکن است از طریق استفاده از مهر پزشک انجام شود. جعل گواهی پزشکی به اسم طبیب در ماده ۵۳۸ قانون مجازات اسلامی مورد جرم‌انگاری واقع شده است.

۴-۵- قلمداد کردن طفل به جای طفل دیگر

در جعل هویت غالباً خود فرد اقدام به جعل هویت و معرفی خود به جای دیگری می‌نماید. ولی می‌توان مواردی را که جعل هویت توسط دیگران صورت می‌پذیرد را یافت. از جمله این‌ها جعل هویت طفل تازه متولد شده می‌باشد. در این مورد برای طفل هویت جدیدی غیر از هویت واقعی او اتخاذ می‌شود. این امر در ماده ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی مورد جرم‌انگاری واقع شده است.

۴-۶- شرکت در آزمون به جای دیگری یا شرکت دادن دیگری به جای خود

یکی از مواردی که می‌توان از آن به جعل یا سرقت هویت یاد کرد شرکت در آزمون به جای دیگری می‌باشد. به موجب ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی: هر کس به جای داوطلب اصلی هر یک از آزمون‌ها اعم از کنکور ورودی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، یا امتحانات داخلی یا نهایی واحدهای مزبور یا امتحانات دبیرستان‌ها، مدارس راهنمایی و هنرستان‌ها و غیره در جلسه امتحان شرکت نماید، حسب مورد مرتکب و داوطلب علاوه بر مجازات اداری و انتظامی به دویست هزار تا یک میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد.

با توجه به این ماده می‌توان عمل فردی را که به جای داوطلب اصلی در آزمون شرکت می‌کند را جعل یا سرقت هویت دانست؛ چرا که در واقع مرتکب آگاهانه و بدون مجوز قانونی با اتخاذ هویت دیگری (داوطلب اصلی) خود را به عنوان داوطلب معرفی نموده و از این طریق در آزمون شرکت می‌نماید. هر چند که این کار با توافق و تیبانی مرتکب و داوطلب اصلی انجام می‌شود، اما می‌توان عمل فردی را نیز که با تحصیل مدارک شناسایی داوطلب، بدون رضایت او، در آزمون شرکت می‌کند مشمول این ماده دانست. این اقدام مشمول تعریفی که قانون فدرال از سرقت هویت به عمل آورده، می‌شود؛ چرا که فرد بعد از تحصیل مدارک شناسایی داوطلب، از آن‌ها در فعالیت غیرقانونی (شرکت در آزمون به جای دیگری)

استفاده نموده است، هر چند که شاید فایده عملی در این کار برای سارق هویت مرتب نباشد، اما می‌تواند انجام چنین اموری از جانب سارق هویت به دلایل گوناگونی از جمله ایراد ضرر و ... باشد.

۴-۷- استبدال شخص (غصب هویت دیگری)

استبدال شخص یا بدل دیگری واقع شدن نوع خاصی از جعل امضاء است. بدین نحو که، شخصی هویت دیگری را برای اضرار به او غصب می‌نماید. امضاء نمودن ذیل سند به جای دیگری، به‌رغم درج امضای واقعی، جعل هویت غیر می‌باشد. مثل اینکه شخصی پس از سرقت ابزارهای تشخیص هویت دیگری از جمله شناسنامه و الصاق عکس خود به شناسنامه او به دفتر اسناد رسمی مراجعه و خود را به جای او معرفی و ذیل سندی را امضاء می‌کند که در این صورت جعل هویت و جعل محقق شده است. شخصی که به لحاظ هم نام بودن با دیگری خودش را جای وی معرفی و با علم به اینکه حواله‌ای متعلق به دیگری است آن را امضاء و دریافت می‌نماید نیز مرتکب جعل هویت شده است.

ماده ۵۲۳ استبدال و جانشینی اشخاص را در امضاء ولو با اجازه آن‌ها، اجازه نداده است و آن را به عنوان جعل تلقی نموده است.

۴-۸- سرقت هویت در قانون جرائم رایانه‌ای

ماده ۱۲ قانون جرائم رایانه‌ای سرقت رایانه‌ای را مورد جرم‌انگاری قرار داده است. رفتاری که به عنوان رکن مادی سرقت رایانه‌ای صورت می‌پذیرد، ربایش داده است. ربودن داده به معنای دست اندازی به داده دیگری است که یا با روگرفتن (کپی) است یا با برش (کات). بنابراین منظور از ربودن در ماده ۱۲، دو رفتار کپی یا برش داده متعلق به دیگری است. این رفتار باید در فضای سایبر انجام گیرد، به نحوی که کسی بدون اینکه داده دیگری را جعل کند یا تخریب نماید آن را بر روی افزارهای ذخیره‌کننده بفرستد، یا بر روی لوح فشرده بنویسد، یا به صندوق پستی خود ارسال کند و یا به هر نحو دیگری این کار را انجام دهد. از این رو اگر کسی به سامانه دیگری که با تدابیر امنیتی محافظت شده رخنه کند و داده یا اطلاعات را یافته و درون مایه آن را بر روی کاغذ بنویسد یا بخواند یا حتی از روی صفحه نمایشگر عکس بگیرد تنها جرم دسترسی غیرمجاز را انجام داده است. زیرا نگاه کردن به سامانه دیگری و به یاد سپردن آن یا نوشتن آن بر روی کاغذ یک رفتار

فیزیکی و بیرون از فضای سایبر است و بزه به شمار نمی‌رود، مگر در حالتی که رفتار شخص به رفتارهای بزهکارانه پسینی بیانجامد.

برش داده هم به حالتی می‌گویند که داده از جایگاه ذخیره شده خود برداشته شود و به جای دیگری خواه رایانه باشد و خواه رایانامه و یا ابزارهای حامل داده فرستاده شود. ربودن هر چند بر دو رفتار جداگانه روگرفت و برش اشاره دارد، اما این دو رفتار به گونه‌ای دست اندازی سایبری به شمار می‌روند که افزون بر آن سبب می‌شوند تا مرتکب از داده دیگری بهره‌مند شود. بهره‌مندی از داده دیگری به معنای در اختیار گرفتن آن‌ها است و لازم نیست تا مرتکب پس از روگرفت یا برش از درون مایه داده آگاهی یابد یا در جایی از آن‌ها بهره بگیرد. این حالت مانند هنگامی است که کسی خودرو دیگری را برآید لازم نیست تا از درون آن بازدید کند یا بر آن سوار شده و بهره‌جویی کند. موضوع این جرم نیز داده متعلق به دیگری است که فرد بدون رضایت صاحب داده آن را می‌رباید.

سرقت هویت دستیابی به اطلاعات دیگران و سوءاستفاده از آن می‌باشد. دستیابی به اطلاعات هویتی دیگران می‌تواند از طرق مختلف از جمله هک و ربایش داده صورت پذیرد. بنابراین صرف دستیابی به اطلاعات دیگران جرم محسوب نمی‌شود، مگر آنکه رفتارهای شخص مصدق از سایر رفتارهای بزهکارانه مانند سرقت رایانه‌ای، دسترسی غیرمجاز و ... باشد.

رفتارهایی که جزء رکن مادی تشکیل‌دهنده سرقت هویت می‌باشد، استفاده از اطلاعات هویتی دیگری یا انتقال این اطلاعات به دیگری به منظور انجام کلاهبرداری یا سایر فعالیت‌های غیرقانونی است. ضمن اینکه به محض کپی یا برش داده دیگری سرقت رایانه‌ای تحقق می‌یابد و نیاز به بهره‌مندی از آن وجود ندارد، ولی در سرقت هویت باید از اطلاعات دیگری سوءاستفاده شود و اینکه سرقت رایانه‌ای اختصاص به فضای سایبر دارد؛ اما سرقت هویت هم در فضای واقعی و هم در فضای سایبر می‌تواند تحقق یابد. بنابراین سرقت هویت مشمول مقررات سرقت رایانه‌ای نمی‌شود؛ جز اینکه ممکن است در مواردی یکی از شیوه‌های دستیابی به اطلاعات دیگران از طریق ربودن داده صورت پذیرد که در این صورت با توجه به فقدان نص قانونی در باب سرقت هویت عمل این فرد سرقت رایانه‌ای می‌باشد.

نتیجه گیری

سرقت هویت، عبارت از سرقت اطلاعات شخصی و سوءاستفاده از آن است. سرقت هویت متفاوت از کلاهبرداری هویت است. کلاهبرداری هویت عام تر از سرقت هویت می باشد. هر چند با جعل هویت نیز تفاوت دارد و فرد بعد از سرقت اطلاعات اقدام به جعل هویت دیگری می نماید اما با این حال این دو واژه به جای یکدیگر به کار می روند.

قانون فدرال ایالات متحده آمریکا سرقت هویت را مستقلاً جرم انگاری کرده است و بر اساس این قانون سرقت ابزارهای تشخیص هویت فردی به قصد انجام یا معاونت یا مشارکت در کلاهبرداری یا سایر فعالیت های غیرقانونی جرم است. در قانون ایران توجه به این رفتار نشده و جرم انگاری عنوان جزایی خاص صورت نگرفته است. هر چند عناوین مشابه نظیر سوءاستفاده از اسناد هویتی، جعل عنوان، جعل سمت دولتی، جابجایی هویت افراد، سوءاستفاده از نشان هویتی و استبدال هویت از منظر قانونگذار مغفول نمانده و در قوانین پراکنده به جرم انگاری آن ها اقدام شده است؛ با این حال به نظر می رسد سرقت هویت که بار معنایی ویژه و تخصصی دارد نیاز به جرم انگاری مستقل داشته باشد. بنابراین ضرورت دارد تا این موضوع خصوصاً در جرائم رایانه ای مورد توجه قرار گیرند.

منابع

الف - فارسی

۱. اصلانی، حمید رضا؛ *حقوق فن آوری اطلاعات (حریم خصوصی در جامعه اطلاعاتی)*، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲. امام جمعه، سید ابراهیم؛ «آشنایی با حملات فیشینگ و نحوه مقابله با آن»، تهران، نشریه وب (ماهنامه آموزشی - پژوهشی و اطلاع رسانی)، سال یازدهم، ۱۳۸۹، شماره ۱۲۸.
۳. باقری، فاطمه؛ جهانگیری، نرگس؛ «مکانیزم های تصدیق هویت در برابر سرقت اطلاعات»، عصر فن آوری اطلاعات، ۱۳۸۹، شماره ۵۳.
۴. بای، حسینعلی؛ پور قهرمانی، بابک؛ *بررسی فقهی حقوقی جرائم رایانه ای*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۵. پور قهرمانی، بابک؛ «سرقت هویت (جعل هویت) جرم ناشناخته رایانه ای»، همایش منطقهای چالش های جرائم رایانه ای در عصر امروز، ۱۳۹۰.

مطالعه سرقت هویت در حقوق فدرال آمریکا با نگاهی اجمالی به حقوق ایران ۱۱۳

۶. جی ایکاو، دیوید؛ ای. سیگر، کارل؛ و آر. وان استروچ، ویلیام؛ راه‌کارهای پیشگیری و مقابله با جرائم رایانه‌ای، ترجمه اکبر استرکی و دیگران، تهران، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی (معاونت پژوهش)، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۷. زرخ، احسان؛ «جرائم مخابراتی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۹، شماره ۶۹.
۸. سینز، کر؛ «سرقت هویت جرم هزاره جدید»، ترجمه قاسم بابازاده، خبرنامه انفورماتیک، ۱۳۸۱، شماره ۸۵.
۹. فضلی، مهدی؛ باطنی، ابراهیم؛ «مقابله کیفی با پیام‌های ناخواسته الکترونیکی»، حقوق اسلامی، سال ششم، ۱۳۸۸، شماره ۲۲.
۱۰. صادقی، حسین؛ مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیک. تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۱. معمار، سووده؛ «مراقب هویت خود در فضای سایبر باشید»، تهران، نشریه وب (ماهنامه آموزشی - پژوهشی و اطلاع رسانی)، سال دهم، ۱۳۸۸، شماره ۱۰۸.
۱۲. ند، اسنل. اینترنت مقدماتی و پیشرفته. مترجم کیوان فلاح مشغقی، تهران، مرکز فرهنگی نشر گستر، چاپ پنجم، ۱۳۸۰.
۱۳. هیأت مؤلفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت؛ فرهنگ تشریحی مایکروسافت، ترجمه فرهاد قلی‌زاده نوری، تهران، نشر سینا تصویر، چاپ اول، ۱۳۸۱.

ب- لاتین

14. Bert, Jaap koops; leenes, Ronald; 2006, "ID Theft, ID Fraud and/or ID related crime", Diffinitions matter, Datensicherheit.
15. Chik, B Warren; 2007, "Challenges to Criminal Law Making in the New Global Information Society: A Critical Comparative Study of the Adequacies of Computer-Related Criminal Legislation in the United States, the United Kingdom and Singapore".
16. Callanan, cormac; Gercke, Marco; 2008, "project on cybercrime", version 25.
17. de vrise, Bald; Tigchelaar, Jet & van der linden, Tina; 2008, "Describing Identity fraud: Towards a common definition", Vol. 5, Issue 3.
18. grace Close, Angeline; M. Zinkhan, George & R. Zachary Finney; 2003, "Cyber identity theft: a conceptual model and implication for public policy".

19. Savirimuthu, Anne; Savirimuthu, Joseph; 2007, "**Identity Theft and systems theory: The fraud act 2006 in perspective**", Vol. 4, Issue 4.
20. Sanchez, Maria; University, Rider; 2012, "**The role of the forensic accountant in a medicare fraud identity theft case**", Vol. 6, No. 3.
21. OECD task force on spam report, 15 nov, 2005, www.oecd-antispam.org
22. Identity Theft and Data Broker (wtop). available at <http://www.etopnews>
23. <http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/idtheft/consumers/about-identity-theft.html>

جایگاه شرط خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

تاریخ دریافت: ۹۲/۰۶/۰۲

تاریخ تأیید: ۹۲/۱۲/۱۰

رضا مقصودی^۱

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

اکبر ایمان‌پور^۲

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

چکیده

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواد ۷۴ الی ۷۸ ترتیبات خاصی برای جبران خسارت پیش‌بینی کرده است. با این وجود توافق بر خسارت یا شرط خسارت جایگاه صریحی در کنوانسیون ندارد. به نحوی که اختلافات زیادی در آراء قضایی و داوری درباره اعمال یا انکار شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون وین وجود دارد. از یک سو تبعیت از حکومت اراده و اعمال اصول کلی کنوانسیون و از سوی دیگر ارجاع به قوانین داخلی کشورها با اعمال ماده ۴ کنوانسیون نتایج متفاوتی را برای توافق متعاقدين ایجاد می‌کند. نگرش جهان‌شمول و توجه به یکنواختی در تجارت بین‌المللی به عنوان یکی از اهداف اصلی کنوانسیون با مراجعه به قوانین داخلی کشورها سازگاری ندارد. احترام به توافق متعاقدين اقتضاء دارد تا با پذیرش شرط خسارت بر مبنای اصول کلی کنوانسیون و عرف تجارت بین‌المللی به تفسیر و اجرای آن اقدام گردد. واژگان کلیدی: خسارت، شرط خسارت، حکومت اراده، اعتبار شرط، عرف بین‌المللی

مقدمه

شرط خسارت که از آن به وجه‌التزام، خسارت مقطوع، خسارت قراردادی یا شرط کیفری تعبیر می‌شود، عبارت از آن است که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد با پیش‌بینی نتایج نقض قرارداد، مبلغی را به عنوان خسارت تعیین نمایند. از آنجا که عبارت شرط خسارت بیشتر از عبارات دیگر مفید معنای واقعی توافق طرفین است و برخلاف سایر اصطلاحات اختصاص به یک سیستم حقوقی معین ندارد، در ادامه مقاله همین عبارت مورد استفاده قرار می‌گیرد. اگر چه آزادی قراردادی و حاکمیت اراده موجب تجویز شرط خسارت و اعتبار آن است، با این وجود این مفهوم در کشورهای مختلف فراز و نشیب‌های فراوانی را تجربه کرده است. بسیاری از کشورها از همان بدو ورود به مبحث شرط خسارت دسته خاصی از این شروط را به

1. Email: rmaghsoody@gmail.com

2. Email: ak.iman@yahoo.com

«نویسنده مسئول»

دلیل ویژگی تهدیدآمیز و کیفری آن بی‌اعتبار قلمداد می‌کنند. دسته دیگر از کشورها به‌رغم پذیرش اصل اعتبار توافق ناگزیر از ملاحظات ناشی از عدالت اجتماعی به تعدیل شرط خسارت و کاهش یا افزایش آن برای هماهنگی با خسارت واقعی پرداخته‌اند.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ (که در این مقاله کنوانسیون خوانده می‌شود) به عنوان یکی از موفق‌ترین اسناد بین‌المللی که مورد پذیرش بیش از هفتاد کشور جهان واقع شده است، در مواد ۷۴ الی ۷۸ نظام خاصی برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد پیش‌بینی کرده است که بر اصولی از قبیل جبران کامل خسارت و قابلیت پیش‌بینی زیان متکی است. با این وجود شرط خسارت جایگاه صریحی در این نظام خسارت ندارد و اختلافات کشورهای متعاقد موجب شده است تا کنوانسیون از تصویب حکمی در این موضوع بازمانده و آن را به سکوت برگزار کند.

ماده ۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد مواردی که به طور صریح در کنوانسیون نیامده است تابع اصول کلی است که کنوانسیون مبتنی بر آن است. آیا هیچ اصل کلی برای پذیرش یا رد شرط خسارت در کنوانسیون وجود دارد؟ ماده ۹ کنوانسیون عرف تجارت بین‌المللی را بر قراردادهای تابع کنوانسیون اعمال کرده است. اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مصوب مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم و اصول حقوق قراردادهای اروپایی به صراحت به مسئله شرط خسارت وارد شده‌اند. این اسناد با پذیرش اصل توافق طرفین بر خسارت عدم اجرای تعهد، امکان تعدیل شرط نامتناسب را پیش‌بینی کرده‌اند. آیا در قرارداد تابع کنوانسیون وین می‌توان از مقررات شرط خسارت که در اسناد بین‌المللی دیگر درج شده است، برای تکمیل موارد خلاء استفاده کرد؟

ماده ۶ کنوانسیون به طرفین قرارداد اجازه عدول از تمام یا برخی مقررات کنوانسیون را می‌دهد. آیا حکومت اراده مقرر در ماده ۶ که با درج شرط خسارت به تغییر نظام خسارت کنوانسیون منجر شده است، می‌تواند به معنای اعمال شرط در چارچوب کنوانسیون تلقی شود یا اینکه ماده ۴ کنوانسیون که اعتبار قرارداد را از قلمرو کنوانسیون خارج نموده است، ما را به اجرای قوانین داخلی کشورها هدایت می‌کند؟ آیا می‌توان از یک سو شرط خسارت را مطالبه کرد و از سوی دیگر با اعمال سازوکار مذکور در مواد ۷۴ الی ۷۸ کنوانسیون به مطالبه خسارت پرداخت و این دو را با یکدیگر جمع نمود؟

سوءتفاهم و اختلاف در اجرای کنوانسیون از دو موضوع نشأت می‌گیرد. مشکل نخست طرز تلقی قومیت‌گرا که تلاش می‌نماید عبارات و احکام کنوانسیون را در چارچوب معانی و اصول

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr.11, 1980, 19 I.L.M. 668 [CISG].

موجود در نظام حقوقی داخلی تفسیر نموده و به کار گیرد. این مشکل بارها مورد انتقاد دکتربین و قضات دوران‌دیش واقع شده است. به زعم «لرد دیپلک»^۱ کنوانسیون نباید به وسیله قواعد فنی حقوق انگلیس یا رویه قضایی انگلیس، بلکه می‌بایست بر مبنای اصول کلی مورد قبول عام^۲ تفسیر شود. با این وجود همچنان مشاهده می‌شود که قضات و داوران تمایل دارند تا قانون ملی را به هزینه کنوانسیون اعمال نمایند. به زعم وی زبان کنوانسیون به وسیله یک مرجع انگلیسی انتخاب نشده است. نه سبک مرسوم تقنین انگلیسی در آن رعایت گردیده و نه اینکه به طور اختصاصی برای تفسیر به وسیله قضات انگلیس طراحی شده است (Zeller, 2006: 311-312).

این مشکل در ابتدای تدوین کنوانسیون نیز قابل پیش‌بینی بود. به همین دلیل تهیه‌کنندگان کنوانسیون آگاهانه تلاش نمودند تا از عبارات عامیانه غیرحقوقی استفاده نموده و از واژه‌های دارای دلالت‌های حقوقی داخلی کناره‌گیری کنند. مشکل دوم که موجب سوء اجرای این سند بین‌المللی می‌شود آن است که مواد خاص به طور مجزی و بدون توجه لازم به اصول مندرج در کنوانسیون اعمال می‌شود. تهیه کنوانسیون به طور هدفمند اصول کلی را در این سند درج کرده‌اند. این اصول همانند چسبی هستند که موجب انسجام کنوانسیون می‌شود و بدون آن فرآیند یکنواخت‌سازی قواعد تجاری بین‌المللی با اختلال مواجه می‌شود (Ibid. 314).

راه‌حل مشکلات مذکور در متن مشکل مستتر است. به طوری که در تفسیر و اجرای کنوانسیون دو اصل باید در نظر گرفته شود. اول اینکه تفسیر می‌بایست هماهنگ با خصوصیت و هدف کنوانسیون انجام شود. دوم اینکه کنوانسیون یک کارکرد خاص دارد و آن اینکه قواعد بین‌المللی متحد‌الشکل را جایگزین حقوق داخلی می‌کند (Honnold, 2005: N.16(B)).

اگر چه مسائل فوق با کلیت کنوانسیون و نحوه اجرای آن مرتبط است، اما نظام خسارت در کنوانسیون و خصوصاً شروط توافق بر خسارت از آن متأثر شده است. حقوق داخلی کشورها درباره شرط خسارت چنان متشتت است که رجوع به قوانین داخلی کشورها به استناد ماده ۴ کنوانسیون و یا به عذر فقدان حکم صریح مندرج در کنوانسیون باعث می‌شود ثبات و قابلیت پیش‌بینی که دستاورد اجرای قواعد متحدالشکل بین‌المللی است دچار مخاطره گردد. پذیرش شرط خسارت و اعمال آن با توجه به اصل حاکمیت اراده و با استناد به عرف بین‌المللی با هدف کنوانسیون انطباق بیشتری دارد و موجب هماهنگی میان این کنوانسیون و اسناد بین‌المللی دیگر از قبیل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی می‌شود.

1. Lord Liplock cited in *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980) 2 All ER696

2. Broad principles of general acceptance

۱- مفهوم شرط خسارت و جایگاه آن در حقوق داخلی

شرط خسارت عبارت از ارزیابی قراردادی خسارت و در مقابل ارزیابی قانونی و ارزیابی قضایی خسارت است. توافق مقطوعی است که به موجب آن طرفین قرارداد پیشاپیش میزان خسارت ناشی از عدم اجر یا تأخیر در اجرای قرارداد را معین می‌سازند. شرط خسارت جایگزین قواعد عمومی خسارت ناشی از نقض قرارداد است. یعنی در صورتی قابلیت مطالبه می‌یابد که متعهدله مطابق قواعد عمومی حق اقامه دعوی خسارت را داشته باشد. اما از آنجا که با توافق بر خسارت، اثبات خسارت از شرایط دعوی خسارت حذف شده است، کافی است که متعهدله وقوع تخلف یا نقض قرارداد را به اثبات برساند تا در دعوی مطالبه شرط خسارت به مقصود خود نایل گردد. کاهش خسارت دادرسی و هزینه‌های ارزیابی خسارت و احتراز از مشکلات اثبات خسارت از جمله دلایلی است که توافق بر خسارت را توجیه می‌کند. در بیان اهمیت شرط خسارت همین بس که با اعمال این شرط قواعد عمومی مطالبه خسارت و شرایط آن از قبیل مستقیم بودن خسارت، اصل قابلیت پیش‌بینی خسارت^۱ و اصل جبران کامل خسارت^۲ قابلیت اعمال خود را از دست می‌دهد.

بررسی مفهوم و مشخصات شرط خسارت در دو کشور انگلیس و فرانسه مبین تفاوت‌های عمیق میان دو کشور و ارزیابی کاملاً متفاوت آن‌هاست. این تعارض به دو کشور محصور نمانده است؛ و دو سیستم بزرگ کامن‌لا و رومی ژرمنی از این اختلافات متأثر شده‌اند.

در حقوق انگلیس توافق طرفین بر مبلغ قابل پرداخت در صورت نقض قرارداد به عنوان یک جایگزین برای قواعد خسارت در کامن‌لا محسوب می‌شود و چنانچه شرط خسارت مورد توافق معتبر باشد، قواعد خسارت کامن‌لا در رابطه با تخلف مورد نظر در شرط اعمال نمی‌شود (Willmott, 2001: 721). به طور کلی در انگلیس از این شروط به عنوان «شروط توافق بر خسارت»^۳ یاد می‌کنند و به طرفین قرارداد اجازه می‌دهند تا نتایج نقض قرارداد را شرط نمایند.

حقوق انگلیس در مقام شناسایی شرط خسارت بین دو مفهوم «خسارت مقطوع»^۴ و «شرط کیفری»^۵ قائل به تفکیک می‌شود به طوری که شرط خسارت مقطوع معتبر؛ اما شرط کیفری غیرقابل اجراء اعلام شده است. شرط خسارت مقطوع عبارت از تلاش واقعی برای پیش‌بینی خسارت ناشی از نقض قرارداد است. به محض اینکه یک شرط به عنوان خسارت

-
1. Contemplation principle
 2. Full compensation principle
 3. Agreed Damages Clauses
 4. Liquidated Damages
 5. Penalty Clause

مقطوع توصیف شد، مبلغ مقطوع، قابل پرداخت خواهد بود. صرف نظر از اینکه زیان واقعی بیشتر یا کمتر از مبلغ شرط شده باشد. آراء دادگاه‌های انگلیس نشان می‌دهد که خواهان نمی‌تواند خسارت غیرمقطوع را علاوه بر خسارت مقطوع که در قرارداد برای فرض وقوع خسارت تعبیه شده است، مطالبه کند و نیز نمی‌تواند از شرط خسارت مقطوع صرف نظر کند و برای خسارت غیر قراردادی اقامه دعوی نماید (McGregor, 2003: 427).

در حقوق انگلیس، شرط کیفری پیش‌بینی واقعی زیان متحمله در صورت نقض قرارداد نیست. بلکه برای تهدید طرف مقابل به منظور وادار کردن او به انجام تعهد اصلی یا برای تضمین اجرای قرارداد اصلی تعبیه و طراحی شده است (Ibid).

در حقوق فرانسه واژه شرط کیفری مذموم نیست و توافق طرفین درباره خسارت ناشی از نقض قرارداد شرط کیفری نامیده می‌شود. قانون مدنی در ماده ۱۲۲۶ شرط کیفری را تعریف نموده است. مطابق این تعریف، شرط کیفری، شرطی است که بر حسب آن یک شخص برای تضمین اجرای قرارداد به چیزی در فرض عدم اجراء ملتزم می‌شود.^۱

در حقوق فرانسه شرط کیفری به دو مفهوم شرط موسع و شرط مضیق تقسیم شده است. مفهوم مضیق شرط کیفری همان مفهوم تهدیدآمیز و ویژگی تضمینی شرط است که از مواد ۱۲۲۶ الی ۱۲۳۳ قانون مدنی تحت عنوان «تعهدات متضمن شروط کیفری»^۲ نشأت می‌گیرد. اما شرط کیفری در مفهوم موسع همان ارزیابی خسارت ناشی از نقض قرارداد است که در ماه ۱۱۵۲ قانون مدنی به آن اشاره شده است (Viney, 1988: N.229). برخلاف برخی کشورها از قبیل انگلستان که تمایز دو نوع از شروط مذکور آثار عملی مهمی به جا می‌گذارد، قانونگذار به هر دو نوع از شرط اعتبار بخشیده است. نویسندگان نیز شرط کیفری را به عنوان سلاحی با دو ماشه توصیف کرده‌اند که در ابتدا به عنوان تهدید و ابزار فشار بر مدیون به کار می‌رود و اجرای تعهدات قراردادی را تضمین می‌نماید و سپس در صورت تخلف متعهد از اجرای قرارداد به عنوان یک کیفر خصوصی در جهت جبران خسارت متعهدله استفاده می‌شود (Chabas, 1998: N.641).

سوءاستفاده از شرط کیفری قانونگذار فرانسه را وادار نمود تا در سال‌های ۱۹۷۵ و ۱۹۸۵ به اصلاح مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی پردازد و با انصراف از حکومت مطلق اراده به قاضی اجازه دهد تا شرطی را که در مقایسه با خسارت واقعی بسیار گزاف یا ناچیز است، تعدیل نماید.

1. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.
2. Des obligations avec clause penales

در انگلستان نیز بعد از سنت تاریخی طولانی در مخالفت با شرط کیفری روبه قضایی در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن جدید به سوی پذیرش شرط کیفری در قراردادهای تجارتي سوق یافته است. رأی سال ۱۹۹۳ کمیته قضایی شورای عالی سلطنتی بر اهمیت عدم مداخله در آزادی طرفین برای تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد تأکید نمود. مطابق این رأی دادگاه‌ها باید عمدتاً در جایی تمایل به مداخله داشته باشند که قرارداد متضمن دو طرفی است که قادر به حمایت از منافع تجارتي خود نباشند. همچنین در جایی که یکی از طرفین قادر است درباره انتخاب شروط قرارداد بر دیگری تفوق یابد، دادگاه‌ها باید بیشتر مراقبت نمایند مبنی بر اینکه خسارت قابل مطالبه یک شرط قراردادی گراف نباشد (Jill Poole, 2006: N.9-10-4-1)

در حقوق ایران نیز ماده ۲۳۰ قانون مدنی شرط خسارت را به طور کامل معتبر قلمداد نموده و دادگاه را از کاهش یا افزایش مبلغ شرط و انطباق آن با مقدار واقعی خسارت بازداشته است.

۲- نظام خسارت در کنوانسیون وین

حق مطالبه خسارت در نتیجه نقض قرارداد احتمالاً مهم‌ترین شیوه جبرانی است که توسط زیان‌دیده قابل استفاده است. حقوق خسارت مجموعه قواعد و اصول پیچیده‌ای است که در پشت قواعد مندرج در مواد ۷۴ الی ۷۶ کنوانسیون مخفی شده است.

حداقل مسئله یک مفسر در مواجهه با این مواد، مفاهیم متفاوت واژه «خسارت»^۱ در سیستم‌های حقوقی مختلف است. برای حل این مشکل برخی به پاراگراف اول ماده (۲) کنوانسیون روی آورده و در مقام اجرای اصول کلی حاکم بر کنوانسیون برآمده‌اند و برخی دیگر با اتکاء به پاراگراف دوم این ماده به دلیل وجود خلاء در مقررات کنوانسیون و فقدان اصول کلی به اجرای قانون قابل اعمال به واسطه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی گرایش یافته‌اند.

ماده (۲) کنوانسیون مقرر می‌دارد مسائل مرتبط با کنوانسیون که به صراحت در آن بیان نشده است، بر طبق اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است و در غیاب چنین اصولی مطابق با حقوق قابل اعمال به واسطه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حل و فصل می‌شود.

ماده (۲) در پیش‌نویس آنسیترال وجود نداشته و در طی مدت کنفرانس وین به پیش‌نویس اضافه شد. در واقع این ماده حاصل یک مصالحه در کنفرانس است. در پاسخ به کسانی که نگران اعمال قانون ملی در غیاب مقررات صریح کنوانسیون بودند، پاراگراف اول،

1. Damage

اجرای اصول کلی کنوانسیون را که در ماده ۱۷ کنوانسیون مربوط به قانون متحدالشکل راجع به بیع بین‌المللی کالا^۱ اشاره شده بود، تکرار کرد. از سوی دیگر در پاسخ به کسانی که در تشخیص و احراز اصول کلی کنوانسیون در همه دعاوی تردید داشتند، این نکته به عنوان پاراگراف دوم اضافه شد که در صورت فقدان چنین اصولی، دعوی مطابق با قانون قابل اعمال به وسیله قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی رسیدگی می‌شود (Honnold, 1999: N.96).

مع هذا ماده ۷(۲) تنها در رابطه با مسائلی قابل استفاده است که تحت حکومت این کنوانسیون است و مسائلی همچون اعتبار قرارداد (ماده ۴ کنوانسیون) می‌بایست در انتظار تکمیل کنوانسیون‌های جداگانه بماند. از آنجا که این حوزه‌ها از کنوانسیون خروج تخصصی دارد، پر کردن خلاء مذکور برحسب ماده ۷(۲) شامل آن‌ها نمی‌شود (Ibid. N.98).

اگر چه کنوانسیون وین تا حد تفصیلی به موضوع خسارت می‌پردازد، اما تعدادی از مسائل عملی بغرنج که در بیشتر سیستم‌های حقوقی و همچنین در برخی متون مثل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (یونیدوا)^۲ مطرح شده است، در کنوانسیون مسکوت مانده است. این مسائل مشتمل بر زمان محاسبه خسارت، محاسبه خسارت آینده، دخالت مدعی در افزایش میزان خسارت^۳، تلف فرصت یا شانس، اثبات خسارت و نیز شرط خسارت است.

عرف تجارت بین‌الملل یکی از اصولی است که کنوانسیون مبتنی بر آن است و مطابق ماده ۹(۲) طرفین قرارداد به طور ضمنی چنین عرفی را بر تشکیل و اجرای قرارداد حاکم ساخته‌اند. برخی از مسائل راجع به خسارت که در کنوانسیون مسکوت است از جمله خسارات معنوی، خسارت آینده و از دست دادن فرصت‌ها با توجه به رویه تجارت بین‌الملل از جمله اصول یونیدوا تکمیل می‌شود (Sieg Eiselen, 2004: 11).

اما اینکه آیا درباره شرط خسارت نیز می‌توان از عرف تجاری خصوصاً ماده ۱۳-۴-۷ اصول یونیدوا^۴ استفاده کرد، نکته‌ای است که مستلزم بررسی بیشتر در ادامه مقاله است.

1. Convention Relating to a Uniform Law on the International sale of Goods –ULIS- (1964)

2. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW(Unidroit)

3. Contributory Conduct of Claimant

4. ARTICLE 7.4.13

(Agreed payment for non-performance)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

۲-۱- محدوده ماده ۷۴ کنوانسیون

مطابق ماده (۷۴) کنوانسیون جبران خسارت نقض قرارداد مشتمل بر مبلغ معادل با زیانی است که در نتیجه نقض قرارداد به طرف دیگر تحمیل شده است. جبران خسارت نمی‌تواند از زیانی که متخلف در زمان انعقاد قرارداد به عنوان نتیجه نقض قرارداد - در پرتو مسائلی که به آن آگاه بوده یا می‌بایست آگاه باشد - پیش‌بینی کرده یا می‌بایست پیش‌بینی می‌کرده، تجاوز نماید.

معیار ماده (۷۴) مختصر، اما در عین حال قاطع است. خسارت عبارت از زیانی مشتمل بر عدم النفع است که در نتیجه نقض قرارداد وارد می‌شود. بر حسب این معیار زیان‌دیده در موقعیتی قرار خواهد گرفت که گویی طرف دیگر به طور صحیح قرارداد را انجام داده است (Honold, op.cit: N.403); (Treitel, Remedies, 1982: N.82).

از ماده (۷۴) یک اصل کلی به نام جبران کامل خسارت^۱ اقتباس شده است که در موارد خلاء یا فقدان مقررات صریح بر طبق ماده (۷۲) کنوانسیون قابل اعمال است (Mohs, 2006: N.3). این اصل در مقام تشخیص مقدار خسارت قابل مطالبه توسط زیان‌دیده در موارد فقدان شرط خسارت مفید است. اما اعمال آن در مقام تجویز مطالبه خسارت مازاد بر شرط خسارت برخلاف ماهیت این نهاد حقوقی و سوءاستنباط آشکار از ماده (۷۴) کنوانسیون است. با درج شرط خسارت متعاقبین میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد را از حکومت نظام خسارت کنوانسیون خارج کرده‌اند. به زعم برخی نویسندگان مطالبه زیان واقعی مازاد بر شرط خسارت مسئله‌ای راجع به محدوده خساراتی است که تحت حکومت کنوانسیون است و می‌تواند به وسیله ماده (۷۲) کنوانسیون با اعمال اصل کلی جبران کامل خسارت مندرج در جمله اول ماده (۷۴) حل و فصل شود (Ibid. N.3).

همین ترتیب در مورد زیان مازاد بر مقدار شرط خسارت قابل استفاده است. رأی شماره ۷۱۹۷ مورخ ۱۹۹۲ دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی مورد توجه این دسته از نویسندگان واقع شده است. مرجع داوری در رأی خود به زیان‌دیده حق مطالبه خسارت صرف نظر از محدوده شرط خسارت اعطاء کرده است. این دعوی به تخلف خریدار بلغاری در پرداخت قیمت به فروشنده اتریشی در داخل محدوده زمانی مورد توافق در قرارداد فروش مربوط است. دیوان داوری احراز نمود در حالی که طرفین هیچ قانون قابل اعمالی بر قرارداد مشخص نکرده‌اند، اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی هر دو کشور اتریش و بلغارستان به اجرای قانون اتریش

1. Full compensation principle

منجر می‌شود. با ملاحظه این واقعیت که کنوانسیون در سیستم حقوقی اتریش درج شده است، دیوان داوری تصمیم گرفت بر طبق ماده (b)(۱) از کنوانسیون، مفاد کنوانسیون را اعمال نماید. دیوان داوری تشخیص داد که خریدار با کوتاهی در افتتاح اعتبار اسنادی غیرقابل فسخ و غیرقابل تجزیه مقرر در قرارداد، مرتکب نقض قرارداد شده است. دیوان با اعمال حقوق داخلی اتریش متعاقب ماده (۲)۷ کنوانسیون اعلام نمود که اجرای حق فروشنده برای مطالبه خسارت مغایر با شرط خسارت مندرج در قرارداد نیست.^۱

به زعم مرجع داوری فروشنده باید همه خسارات متحمل را جبران کند، اگر چه توافق خاصی برای محدودیت خسارت به وسیله شرط خسارت وجود داشته است. دیوان داوری از یک سو با استناد به پاراگراف آخر ماده (۲)۷ شرط کیفی را تابع حقوقی داخلی کشور اتریش قرار داده و از سوی دیگر به طور موازی با اعمال ماده (۴)۷۴ کنوانسیون به جبران خسارت زیان‌دیده رأی داده است. این طرز تلقی نه تنها با اجرای جامع نگر مقررات کنوانسیون منافات دارد و بدون ملاحظه اصول کنوانسیون از جمله ماده (۶) کنوانسیون اتخاذ شده است، بلکه حتی وصف جایگزینی خسارت و نیز مقطوع بودن شرط خسارت را نادیده گرفته است. از این رو رأی مرجع داوری به عنوان سوءتعبیر و سوءتفسیر از مقررات کنوانسیون مورد انتقاد واقع شده است (5: 1997, phanesh koneru).

۲-۲- عدول از مقررات خسارت کنوانسیون

مقررات خسارت در کنوانسیون حکم صریحی درباره شرط خسارت ندارد. اما آزادی اراده مندرج در ماده (۶) به متعاقدين اجازه می‌دهد تا بر روی شرط خسارت توافق کنند (Schlechtriem, Chwenzer, 2005: N.4.23(e), 48). مضمون غالب کنوانسیون بر اولویت و تفوق قرارداد استوار است. مهم‌ترین بیان ماده (۶) این است که ممکن است طرفین اثر هر یک از مواد کنوانسیون را تغییر دهند (Honnold, op.cit: N.74).

شرط خسارت به عنوان طرد مقررات ماده ۷۴ کنوانسیون در بسیاری از آراء داوری و قضایی مورد پذیرش قرار گرفته است.

رأی سال ۲۰۰۶ صادره از دادگاهی در ایالات متحده به صراحت اظهار می‌دارد حتی اگر کنوانسیون بر این دعوی حاکم باشد، مخصوصاً ماده (۶) مانع از این نخواهد شد که متعاقدين با درج شرط خسارت اثر ماده (۴)۷۴ کنوانسیون را تغییر دهند (U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, civ.A.1:05-cv-650: Unilex. Ciscg. Article 74).

1. (CISG case presentation, <http://ciscg3.law.pace.edu/cases/927197.il.html>, updated 2004).

دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی نیز در دعوی شماره ۹۹۷۸ مارس ۱۹۹۹ به نتیجه مشابهی دست یافته بود. دیوان ادعای خریدار درباره خسارت را با این استدلال رد کرد که درج یک شرط خسارت در قبال عدم تحویل مانع از استناد خریدار به مقررات مندرج در ماده (۷۴) کنوانسیون می‌شود (Jacobs, Huang, 2005: N.5).

در ۲۱ ژانویه ۱۹۹۷ در دعوی شماره ۱۹۷۲/۹۶ AR در بلژیک، دادگاه از اعتبار یک شرط خسارت حمایت نمود. با این استنباط که مواد (۷۴) الی (۷۶) کنوانسیون با درج شرط خسارت مستثنی شده است. در ۳۰ اکتبر ۱۹۹۳ نیز در دعوی شماره ۱۹۹۲/۱۲۵۱ دادگاه هلند یک مجازات قراردادی برای تأخیر در پرداخت را با این استنباط که مواد (۷۴) الی (۷۶) کنوانسیون حذف شده است، مورد حمایت قرار داد^۱ (Ibid. N.5).

برخی نویسندگان با اعمال ماده (۶) کنوانسیون (درباره امکان عدول از برخی مقررات کنوانسیون توسط طرفین) از طریق توافق بر شرط خسارت مخالفت نموده و بر اجرای شرط در چارچوب ماده (۷۴) پافشاری می‌کنند. به زعم ایشان تنها ماده قابل اعمال بر شرط خسارت ماده (۴) و سپس ماده (۷۴) کنوانسیون است. مسئله این است که آیا کنوانسیون اجازه تعیین چنین خسارتی را می‌دهد؟ اگر چنین اجازه‌ای وجود داشته باشد، فرض الغاء مواد کنوانسیون توسط متعاقدين به استناد ماده شش زاید و غیرضروری است. زیرا شرط خسارت می‌تواند به نحو قابل توجیهی با متن ماده (۷۴) منطبق باشد. ماده (۷۴) می‌گوید خسارت از زیان مورد پیش‌بینی یا قابل پیش‌بینی نباید تجاوز کند و شرط خسارت نیز یک پیش‌بینی خسارت است. بنابراین هیچ نیازی برای استناد به ماده (۶) و الغاء مقررات کنوانسیون نیست (Zeller, op.cit: P.317).

نویسنده با این استدلال به انتقاد از رأی داوری سال ۲۰۰۵ «سیتاک چین»^۲ برمی‌خیزد (داوران در این رأی استدلال کردند که درج یک شرط کیفری در قرارداد، در اجرای ماده (۶) کنوانسیون انجام شده است و ماده (۷۴) به طور ضمنی به نفع یک شرط خسارت کنار رفته است) (Ibid. 315).

مخاطرات اعمال این دیدگاه انتقادی در جایی است که زیان‌دیده اجازه یابد برای مطالبه خسارت اضافی، به ماده (۷۴) کنوانسیون استناد کند یا برای دریافت ما به التفاوت نرخ بهره علاوه بر آنچه که قوانین داخلی بر طبق ماده (۷۸) کنوانسیون به وی اعطاء می‌کنند، به ماده (۷۴) کنوانسیون استناد کند و عملاً نظام خسارت را که بر پایه اصول منطقی پایه‌ریزی شده است، دچار آشفتگی کند.

1. Recht bank van koophandel, Hasselt in Belgium, Arrondissementrechtbank Arnhem, Netherlands
2. China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)

انتقاد مذکور در صورتی قابل توجیه است که توافق بر شرط خسارت به معنای عدول از تمام کنوانسیون تفسیر گردد. ماده (۶) کنوانسیون امکان انحراف کلی یا جزئی از مقررات آن را برای متعاقدين فراهم ساخته است. عدول و انحراف کامل به معنای اعمال قانون ملی بر حسب قواعد حل تعارض کشور مقر دادگاه است. در حالی که استثناء جزئی به منزله یک خلاء در مقررات کنوانسیون است که می‌بایست با تکیه بر اصول کلی کنوانسیون و خصیصه بین‌المللی و ضرورت هماهنگی در قلمرو آن مورد ارزیابی قرار گیرد.

ویژگی مقطوع بودن شرط خسارت و جایگزینی آن به جای مقررات عام خسارت مندرج در ماده (۷۴) کنوانسیون، برآمده از قصد متعاقدين است و امکان مطالبه خسارت بیشتر از شرط خسارت صرفاً با تفسیر قصد طرفین احراز می‌شود (Schlechtriem, Schwenzerr, op.cit: N.49, P.769).

از این رو اگر طرفین توافق کنند که شرط خسارت « بدون اخلال به هر گونه شیوه جبرانی دیگر قابل استفاده»^۱ اعمال شود، ظاهر بر این است که زیان دیده می‌تواند توأمان برای خسارت و شرط کیفری اقامه دعوی کند. او می‌تواند مقدار شرط را بدون نیاز به اثبات خسارت واقعی مطالبه کند، اما مطالبه خسارت علاوه بر مقدار شرط در صورتی به نتیجه می‌رسد که زیان دیده وظیفه اثبات خسارت را به انجام برساند (Mohs, Zeller, op.cit: N.3).

رای دیوان داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره ۷۵۸۵ مورخ ۱۹۹۲ قابل توجه است. یک فروشنده ایتالیایی ماشین‌آلات، برای مطالبه خسارت و بهره علیه خریدار فنلاندی طرح دعوی نمود. زیرا خریدار در پرداخت قسط سوم از قیمت و اعلام اعتبار اسنادی مرتبط در موعد مقرر کوتاهی کرده بود. دیوان اعلام کرد که خریدار با کوتاهی در اعلام اعتبار اسنادی، شرایط مواد (۵۳) و (۵۴) کنوانسیون را رعایت نکرده است (این مواد ناظر به تعهد خریدار به پرداخت قیمت است).

دیوان داوری تشخیص داد که خسارت مورد ادعای فروشنده مشتمل بر نگهداری ماشین‌آلات تحویل نشده، هزینه‌های قانونی، هزینه‌های داوری و خسارت عدم النفع باید مطابق ماده (۷۴) کنوانسیون به عنوان زیان قابل پیش‌بینی تلقی شود. زیرا وقوع چنین خسارتی در صورت فسخ قرارداد به دلیل تخلف طرف مقابل معمول و متعارف است. همچنین دیوان داوری با اشاره به پاراگراف اول ماده ۷(۲) درباره اصول کلی مندرج در کنوانسیون، علاوه بر خسارت ماده (۷۴)، «گرامت تجریدی»^۲ مذکور در شرط خسارت را نیز به فروشنده اعطاء نمود (<http://cisg3.law.pace.edu/case/997585il.html>)

1. without prejudice to any other remedy available

2. Compensation Fee

به نظر می‌رسد اشاره دیوان داوری به بند اول ماده (۲) ۷ به مفهوم اولویت و تقدم قصد مشترک طرفین قرارداد و اعمال اصل آزادی اراده متعاقدين است که در روح کنوانسیون مستتر است. مطابق قرارداد اگر توافق به دلیل تخلف خریدار یا تقاضای وی حتی در فرض قوه قاهره فسخ شود، فروشنده می‌تواند سی درصد قیمت را به عنوان «گرامت تجریدی» دریافت کند. حقوق فروشنده برای گرامت تجریدی چیزی علاوه بر خسارت است. گرامت تجریدی عبارت است از یک قیمت با یک عوض در مقابل فسخ قرارداد. اشاره به قوه قاهره و مسئولیت خریدار به‌رغم تحقق اسباب معافیت از مسئولیت (ماده ۷۹ کنوانسیون) مبین ماهیت متفاوت گرامت مزبور نسبت به خسارت است.^۱

رأی دیوان داوری از جهت دیگری مورد نقد قرار گرفته است. اگر چه کنوانسیون به «گرامت تجریدی» نپرداخته است. اما این مسئله می‌تواند تحت اصول کلی کنوانسیون یعنی اصل آزادی قراردادی، معامله منصفانه و رعایت حسن نیت و نیز جبران خسارت کامل تحلیل شود. اصل آزادی قراردادی مستلزم اجرای شرط گرامت تجریدی است. همان کاری که دیوان داوری در رأی خود به آن مبادرت ورزید. این در حالی است که از سوی دیگر بر طبق مواد ۷۴ الی ۷۸ کنوانسیون کلیه خسارات قابل پیش‌بینی متحمله توسط فروشنده به طور کامل جبران شده بود. لذا شرط گرامت تجریدی می‌بایست در پرتو اصول حسن نیت و معامله منصفانه مورد بررسی قرار گیرد (8: Koneru, op.cit).

به احتمال زیاد این فروشنده است که پیش‌نویس قرارداد را آماده نموده و خریدار صرفاً به آن ملحق شده است. زیرا در حالی که برای فروشنده گرامتی ماورای مقررات کنوانسیون قائل شده، خریدار را حتی از حقوق جبران خسارت مصرحه در کنوانسیون نیز محروم ساخته است. مطابق توافق در صورت نقض قرارداد توسط فروشنده، صرفاً مبالغ پرداختی خریدار بدون هیچ بهره‌ای به او بازگردانده می‌شود. در این موقعیت مطابق اصول حاکم بر تفسیر قراردادهای بین‌المللی هر گونه ابهام و اجمال در شرط می‌بایست علیه تنظیم‌کننده شرط (فروشنده) تفسیر شود (Ibid).

مرجع رسیدگی می‌بایست بعد از جبران خسارت کامل از خواهان، ادعای مبالغ اضافی را با معیار حسن نیت ارزیابی کند. این قابل تأمل و تردید است که خریدار خواسته باشد مسئولیت پرداخت تقریباً هشتاد درصد قیمت قرارداد را بر عهده بگیرد (پنجاه درصد تفاوت قیمت بازار در اجرای ماده ۷۴ کنوانسیون به علاوه سی درصد گرامت تجریدی) بدون اینکه ماشین‌آلات موضوع قرارداد را به دست آورد.

1. [Http://Albert.kritzer](http://Albert.kritzer) (Editor), Editorial remarks, pace law 6 B (agreement to apply convention).

به زعم منتقدان، رأی دیوان داوری تردیدهایی درباره توانایی نهاد داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی برای ترویج رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل ایجاد کرده است (Ibid). اما به نظر می‌رسد توافق متعاقدين چنان صریح و عاری از ابهام است که اعمال حسن‌نیت برای جبران وضعیت معاملاتی نابرابر یا جبران اشتباه محاسباتی یا مالی متعاقدين، اعتبار نهاد داوری را مخدوش نموده و تزلزل و بی‌ثباتی در معاملات بین‌المللی را دامن می‌زند. بنابراین تعدیل غرامت تجربیدی در صورتی امکان‌پذیر است که اوضاع و احوال مسلم حاکم بر قرارداد اجازه چنین دخالتی را به مرجع رسیدگی داده باشد. همان‌طور که «جان هانولد» در یک نمونه اظهار داشته است، حسن‌نیت مندرج در ماده (۷۱) به معنای فراهم کردن یک شیوه جبرانی کلی در مقابل تقلب^۱ نیست. بلکه اصل حسن‌نیت فقط برای تفسیر کنوانسیون استفاده می‌شود (Honnold, op.cit, N.65(a)).

مسئله تقلب یک مصداق از عدم مداخله اصل حسن‌نیت است و به مسائل دیگری همچون شروط غیرمنصفانه و اجحاف‌آمیز در قراردادها قابل تسری است.

۳- اجرای شرط خسارت در کنوانسیون

در کارهای مقدماتی کنوانسیون وین ماده‌ای درباره شرط خسارت مقطوع در مجله ۱۹۷۷ آنسیترال در پیش‌نویس کارگروه «sales» ملاحظه شده است.^۲ برای ایده تنظیم قواعد متحدالشکل نسبت به شرط خسارت مقطوع حمایت‌ها و توجیه‌های قابل توجهی وجود داشت. کمیته تدوین مقررات، چنین قواعدی را بسیار مطلوب می‌دید. زیرا قواعد مربوط به شرط خسارت بسیار متنوع هستند و لازم است یک همکاری عملی در تجارت بین‌الملل برای یکنواختی اعمال آن‌ها صورت بگیرد. اما کمیته نتوانست درباره زبان مناسب برای اجتناب از مشکلات فنی پیش‌نویس پیشنهادی به توافق برسد و لذا تصمیم گرفت بررسی این مسئله را به دلیل محدودیت زمانی به تعویق اندازد. به زعم کمیته مزبور بهتر است این مسئله به موجب سند دیگری تحت پوشش قرار گیرد (koneru, op.cit: 9).

در نتیجه اگر چه اصل کلی مبتنی بر درج شرط خسارت در کنوانسیون رد نشده است و متعاقدين مجاز هستند تا به موجب ماده (۶) کنوانسیون از معیارهای خسارت مندرج در کنوانسیون

1. Fraud

2. Jhon o Honnold, documentary history, supra note 3, at 354 (phanesh koneru, op.cit, pace law).

عدول نمایند. اما در طی کنفرانس وین توافق شد که کنوانسیون شامل این مسئله نباشد (Schlechtirem, schwenzerr, op. cit: N. 49, P.769). سکوت کنوانسیون درباره شرط خسارت این سؤال را ایجاد می‌کند که آیا توافق متعاقبین بر خسارت تابع حقوق داخلی است که بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی تشخیص داده می‌شود یا اینکه این توافق در چارچوب اصول حقوقی و عرف تجارت بین‌الملل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و نیازی برای مراجعه به حقوق داخلی متنوع کشورهای عضو نیست؟

۳-۱- اعمال حقوق داخلی

مطابق دیدگاه غالب در آراء قضایی و داوری شرط خسارت مصداقی از بند اول ماده ۴ کنوانسیون است. به موجب ماده (۴)، این کنوانسیون تنها بر تشکیل قرارداد بیع و حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار ناشی از چنین قراردادی حاکم است. بند اول از ماده (۴) مسائل مرتبط با اعتبار قرارداد یا هر یک از مواد آن را از حوزه قلمرو کنوانسیون مستثنی نموده است. در واقع اعتبار یک قرارداد یا یک شرط مسئله‌ای مربوط به نظم عمومی است که در کنوانسیون پاسخی ندارد و به حقوق قابل اعمال داخلی واگذار شده است. تأخیر فراوان در انعقاد کنوانسیون، اعضاء را ناچار ساخت تا مسئله اعتبار قرارداد را از حوزه کنوانسیون خارج نمایند.

اگر چه کنوانسیون به طور کلی مسئله اعتبار قرارداد را به قانون داخلی قابل اعمال واگذار کرده، اما خود در بعضی مواد درباره امور مرتبط با اعتبار قرارداد اتخاذ تصمیم نموده است؛ از جمله ماده (۱۱) مقرر می‌دارد که نیاز نیست قرارداد بیع بین‌المللی کالا به طور کتبی منعقد شده یا اثبات شود و محتاج به هیچ شرط دیگری برای تشکیل قرارداد نیست. به‌رغم این حکم صریح در برخی سیستم‌های حقوقی شرط شکلی برای قرارداد فروش کالا به عنوان مسئله‌ای مربوط به اعتبار قرارداد تلقی می‌شود (The uncitral Digest of the Case Law on the CISG, 2004).

کنوانسیون خود به صراحت نمونه‌هایی از مسائل غیرمرتبط با این معاهده را تصریح می‌نماید. اما برخی مسائل دیگر بر حسب تشخیص مراجع حل اختلاف به عنوان مصادیق خارج از حوزه کنوانسیون قلمداد شده‌اند. اعتبار شرط انتخاب مرجع رسیدگی، اعتبار توافق حل و فصل اختلافات، اثر قرارداد بر اشخاص ثالث و اعتبار شرط کیفری از جمله مصادیق بند (a) ماده (۴) در رویه قضایی و آراء داوری هستند (Ibid).

یک مثال واضح از موضوع اعتبار قرارداد، فروش محصولات معینی همانند هروئین است که در حقوق داخلی ممنوع بوده و قراردادهای مربوط به چنین معاملاتی نامشروع و فاقد اعتبار

است. اثر قواعد کنترل معاملات مانند اعمال قواعد رقابت غیرمنصفانه در زمره مسائل مربوط به اعتبار توافق است. یک تولیدکننده ایتالیایی کالای مد (S) به (B) که یک شرکت آلمانی است، اجازه توزیع کالای خود را داد. (B) ادعا نمود که چارچوب توافق قواعد رقابت غیرمنصفانه را نقض کرده است. مرجع حل اختلاف با استناد به ماده (a) ۴ کنوانسیون اعلام نمود که اعتبار توافق مزبور در ارتباط با شروط غیرمنصفانه داخل محدوده کنوانسیون نیست (Honnold, op.cit: N.64 (B) , 65(a)).

همچنین کنوانسیون جایگزین قواعد داخلی درباره اثر جنون، صغر یا فقدان اهلیت طرف دیگر قرارداد نمی‌شود و مسائل مزبور در محدوده اعتبار قرارداد قرار می‌گیرد (Ibid. N.66(b)). دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره ۹۹۷۸ مورخ ۱۹۹۹ اعلام کرد «... به منظور احراز اعتبار شرط کیفری از آنجا که این موضوع بر طبق ماده (۴) از قلمرو کنوانسیون حذف شده است، دیوان داوری به حقوق داخلی دیگری که نسبت به قرارداد قابل اعمال است مراجعه می‌کند» (Jacobs, op.cit: N.7).

در دعوی شماره ۷۱۹۷ مورخ ۱۹۹۲ نیز دیوان داوری ICC اعلام نمود که شرط کیفری مشمول کنوانسیون نیست و بر اساس حقوق قابل اعمال داخلی یعنی حقوق اتریش حل و فصل می‌شود (Http://unilex.cisg. Article 74).

در سال ۱۹۹۷ در دعوی شماره AR۱۹۷۲/۹۶ دادگاه بلژیک اظهار داشت که اعتبار شرط کیفری مندرج در شروط استاندارد تابع حقوق داخلی بلژیک است که به موجب آن چنین شرطی غیرمعتبر است (Rechtbank van koophandel, Hasselt, Ibid).

دادگاه فرجام هلند در سال ۱۹۹۵ برای توجیه اعمال حقوق داخلی از راه دیگری وارد شد. در حالی که فرجام‌خواه بر اساس مقررات کنوانسیون از جمله شرط حسن‌نیت، به دنبال تعدیل مقدار مجازات بوده است، دادگاه اظهار داشت که هیچ‌یک از مواد کنوانسیون مبنایی برای تعدیل کیفر نیست و هیچ‌یک از مواد آن معلوم نمی‌کند که آیا کیفر مورد توافق مقطوع است یا اینکه می‌تواند تعدیل شود. دادگاه با توجه به خلاء کنوانسیون با استناد به ماده (۲) ۷ آن با اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به قانون داخلی آلمان مراجعه نموده و از شرط کیفری حمایت کرد (Marie-France papandréou- Detrrville Maitre de conferences, 1995).

اعمال ماده (۲) ۷ کنوانسیون به این معنا است که در صورت اثبات اصل کلی حقوقی، شرط خسارت تابع کنوانسیون است و در صورت فقدان چنین اصلی، قانون داخلی بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی اعمال می‌گردد. در حالی که ماده (۷) در ارتباط با مسائلی

قابل اعمال است که در حکومت کنوانسیون قرار دارد. اگر مسئله اعتبار شرط خسارت به عنوان مصداقی از بند اول ماده ۴ محسوب گردد، به طور کلی تابع قوانین داخلی است و قاضی نباید اصلاً به دنبال قواعد و اصول کلی باشد که کنوانسیون بر آن بنا شده است. در پایان این بحث ذکر دو نکته ضروری است: نخست با فرض اینکه اعتبار قرارداد یا هر عرف مربوط به قرارداد تابع کنوانسیون نیست، محکمه یا دیوان داوری برای تشخیص اعتبار شرط خسارت باید به کدامیک از قوانین ملی (داخلی) مرتبط با قرارداد مراجعه کند؟ اکثر مؤلفان معتقدند که قانون قرارداد بر طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مربوط به قانون محل دادگاه^۱ تعیین می‌شود (Schlechtriem, ... , op.cit: N.49, P.769).

پاراگراف دوم ماده ۷(۲) کنوانسیون موارد خلاء و سکوت در کنوانسیون را به قانون حاصله از فرآیند مذکور ارجاع داده است و قرینه‌ای بر آن است که همین قانون ملی در موارد موضوع ماده (۴) کنوانسیون نیز (یعنی اعتبار قرارداد و انتقال مالکیت مبیع) حکومت دارد. اما برخی دیگر از مؤلفان با انجام تفسیر مبتنی بر اهداف حمایتی، اعمال حقوق کشوری را ترجیح می‌دهند که متعهد در حوزه آن دارای محل تجارتي یا محل سکونت است (Stoll, International privatrechtliche Fragen, P.511 et seq).

مطابق این استدلال اعتبار شرط خسارت بر اساس قانون دولت محل اقامت متعهد متخلف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. اگر چه نمونه‌ای از رویه قضایی یا داوری برای پذیرش این راه‌حل در دعوی اعتبار قرارداد (ماده ۴ کنوانسیون) در دست نیست.

نکته دوم اینکه محققان تأکید دارند که ماده (a) ۴ کنوانسیون با واگذاری امر اعتبار^۲ به حقوق داخلی، معبر بزرگی برای گریز از قواعد متحد‌الشکل کنوانسیون ایجاد خواهد کرد. در واقع رویه قضایی متشدد، نگرانی درباره از دست رفتن اهداف کنوانسیون و تحقق یک واگرایی به جای همگرایی در اجرای یکنواخت کنوانسیون مزبور را افزایش داده است. لذا این دیدگاه نصح گرفته است که قواعد داخلی راجع به اعتبار مثل شرط حسن‌نیت^۳ یا قواعد نظارت بر شروط معافیت از مسئولیت در قبال کالای معیوب ممکن است آن هنگام که قرارداد مطابق مقررات کنوانسیون از جمله ماده ۸ (اعمال قصد متعاقدين) و ماده ۷۹ (معافیت از مسئولیت) تفسیر می‌شود، غیرقابل اعمال باشد (Honnold, op.cit, N.67 (c)). یعنی اینکه مرجع حل اختلاف

1. Lex Fori
2. Validity
3. Goodfaith

از احراز اعتبار شرط بر طبق قوانین داخلی صرف‌نظر نموده و صرفاً به تطبیق و تشخیص شرایط مندرج در کنوانسیون و قرارداد متعاقدين می‌پردازد.

به زعم «هانولد» ماهیت بر عنوان و نام‌گذاری ترجیح دارد. اعتبار قرارداد و شرایط آن در صورتی از کنوانسیون مستثنی می‌شود که به تشکیل قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین مربوط نباشد. زیرا در صدر ماده ۴ کنوانسیون، انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهدات طرفین مشمول کنوانسیون قرار گرفته است. به این ترتیب شرط خسارت می‌بایست در پرتو ضرورت یکنواختی در اعمال و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی تفسیر شود و اصول کلی کنوانسیون برای تفسیر و اجرای شرط مورد استفاده قرار گیرد. اصولی از قبیل قابلیت پیش‌بینی خسارت که به نحو بارزی در شرط خسارت تجلی یافته است و اصل حکومت اراده و استثنایی بودن اجرای ماده ۴ در مراجعه به قوانین داخلی کشورها ما را به پذیرش شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون سوق می‌دهد (Zeller, 2011: 13).

۳-۲- اعمال قواعد تجارت بین‌الملل

نتیجه تحولات دکترین، ترویج رعایت عرف تجارت بین‌الملل در هنگام بررسی و تفسیر شرط خسارت است. به همین دلیل با اتکاء به ماده (۱) ۱۳-۴-۷ از اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا و نیز ماده (۱) ۵۰۹:۹ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ فرض بر اعتبار شرط خسارت قرار گرفته است (Schlechtriem, ..., op.cit, N.49, P.770); (see also stroll Fs kegel 11, 623 at seq 659) مطابق اصول یونیدوا در جایی که قرارداد مقرر نماید طرفی که تعهد خود را انجام نداده است، مبلغ معینی به طرف زیان‌دیده در قبال عدم اجراء پرداخت کند، زیان‌دیده صرف‌نظر از زیان واقعی خود استحقاق آن مبلغ را دارد. اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز در حکمی مشابه اظهار می‌دارد اگر قرارداد مقرر نماید که متخلف مبلغ معینی به زیان‌دیده در قبال عدم اجراء پرداخت کند، زیان‌دیده باید همان مبلغ را صرف‌نظر از زیان واقعی خود مطالبه کند.

در این دیدگاه رویه تجارت بین‌الملل درباره شرط خسارت مورد توجه قرار گرفته، اما در استنتاج نهایی احتیاط شده و رویه مزبور و قواعد تثبیت شده آن به عنوان یک فرض اولیه تقلیل یافته است. به نظر می‌رسد نتیجه برجسته‌ای از این فرض حاصل نخواهد شد؛ چرا که فرض کلی صحت و اعتبار توافق در همه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده است؛ مگر اینکه قائل به یک فرض تخلف‌ناپذیر شده و ذی‌نفع از اثبات عدم اعتبار شرط خسارت بر حسب قوانین داخلی محروم گردد.

1. Principles of European Contract Law (PECL)

در واقع کنوانسیون و اصول یونیدوا از سه مبنای مشترک در نظام خسارت تبعیت می‌کند. مبنای اول آن است که متخلف مسئول جبران خسارت کامل از زیان‌دیده در مقابل هر گونه خسارت مالی متحمله مشتمل بر عدم النفع است.^۱

مبنای مشترک دوم این است که دعوای خسارت صرف‌نظر از هر گونه شیوه جبرانی دیگر که ممکن است زیان‌دیده در اختیار داشته باشد، قابل استفاده است (Staudinger/Magnus, Art 74, Rn8(Ibid. N.c)).

مبنای سوم این است که متخلف تنها در قبال خساراتی مسئول است که واقعاً به وسیله او در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده یا قابل پیش‌بینی بوده است (Ibid. N.(C)).

اما نظام خسارت در اصول یونیدوا وسیع‌تر و تفصیلی‌تر از کنوانسیون است. به طوری که بعضاً برای تکمیل موارد خلاء در کنوانسیون از اصول مزبور استفاده می‌شود و همین موارد، دیوان داوری اطاق بازرگانی روسیه را به این نتیجه سوق داده است تا قواعد شرط خسارت در اصول یونیدوا را به عنوان رویه بین‌المللی به قراردادهای تابع کنوانسیون تسری دهد.

رأی داوری سال ۱۹۹۷ فدراسیون روسیه نقطه عطفی برای گرایش به قواعد تجارت بین‌الملل درباره شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون است. این رأی توسط دیوان داوری بازرگانی بین‌المللی در اطاق بازرگانی و صنعت فدراسیون روسیه در دعوای میان فروشنده بلغاری (خواهان) و خریدار روسی (خواننده) صادر شده است (Http://cisg3.law.pace.edu/case/970650 r1.htm1, pace law, 2005).

قرارداد موضوع دعوی مقرر می‌دارد که مبلغ معینی بر حسب توافق طرفین در صورت نقض قرارداد پرداخت شود. وقتی که خواننده قرارداد را نقض نمود، خواهان پرداخت مبلغ معین در شرط را مطالبه کرد. خواننده از دیوان داوری تقاضا کرد که مبلغ مورد پرداخت را کاهش دهد. دیوان داوری اظهار داشت بر طبق ماده ۹(۲) کنوانسیون چنین استنباط می‌شود که طرفین به طور ضمنی، عرفی را که از آن آگاه بوده‌اند یا می‌بایست آگاه باشند و در تجارت بین‌الملل به طور گسترده شناخته شده است و به طور منظم به وسیله طرفین قراردادهایی متضمن آن نوع خاص از تجارت رعایت می‌شود، نسبت به قرارداد خود یا تشکیل آن قرارداد اعمال کرده‌اند، مگر اینکه طور دیگری توافق شود.

دیوان بر مبنای این ماده، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا را به عنوان عرف

1. (Honsell/schönle Art 14 Rn b; Honnold Ibid, 417 at 456 (Sieg Eiselen, op.cit,N.c.pace law).

بین‌المللی اعمال نمود. به زعم دیوان، اصول یونیدوا رویه حقوقی بین‌المللی را منعکس می‌کند و مقدمه اصول مذکور تصریح نموده است که ممکن است از این اصول برای تفسیر یا تکمیل اسناد حقوقی متحدالشکل بین‌المللی استفاده شود.

اگر چه دیوان داوری به طور فرعی به قانون ملی قابل اعمال یعنی قانون بلغارستان اشاره نمود و به این نتیجه دست یافت که قوانین بلغارستان اصولاً احتمال تقلیل کیفر معین در قرارداد را رد نمی‌کند^۱، اما تصمیم داوری بر مبنای ماده (۲) ۱۳-۴-۷ اصول یونیدوا اتخاذ شد و مبلغ مورد ادعا به میزان پنجاه درصد از مبلغ اصلی مورد شرط تقلیل یافت. مطابق ماده (۲) ۱۳-۴-۷ مبلغ توافق صرف‌نظر از هر گونه توافق مغایر اگر در مقایسه با زیان ناشی از عدم اجراء و اوضاع و احوال دیگر به طور فاحش گزاف باشد، ممکن است تقلیل داده شود.

دیوان داوری با امعان‌نظر به اینکه هر دو کشور بلغارستان و روسیه که محل اصلی تجارت خریدار و فروشنده در این دو کشور قرار دارد، کشورهای متعاقد و عضو کنوانسیون هستند، این کنوانسیون را به عنوان قانون قابل اعمال بر روابط طرفین قرارداد اجراء نمود. اما بدون اعتناء به مسئله اعتبار شرط و تحلیل راجع به خروج آن از محدوده کنوانسیون برحسب ماده (۴)، موضوع اختلاف را در حیطه ماده (۹) قرار داده و قواعد عرفی تجارت بین‌الملل را نسبت به آن اعمال کرد.

استنتاج دیوان داوری راهکاری برای گریز از اجرای قوانین داخلی است. اما به زعم موافقان اعمال قانون داخلی نه ماده (۴) کنوانسیون اجازه اعمال مقرراتی غیر از قانون داخلی را می‌دهد و نه مقدمه اصول یونیدوا به تجویز این راهکار می‌پردازد؛ زیرا مقدمه اصول یونیدوا نیز امکان استفاده از راه‌حل‌های خود را در جایی فراهم می‌کند که امکان تعیین قواعد قانون قابل اعمال فراهم نباشد. در حالی که ماده (۴) کنوانسیون درباره قانون قابل اعمال به صراحت تعیین تکلیف کرده است.

بسیاری از آراء قضایی یا داوری با توجه به مذاکرات منتهی به کنوانسیون و نیز ماده (۴) کنوانسیون همچنان به اعمال قوانین داخلی ملتزم هستند. برخی نویسندگان با اشاره به اینکه طرز تلقی بسیار متفاوتی در سیستم‌های حقوقی مختلف درباره شرط خسارت وجود دارد، اظهار می‌دارند که کنوانسیون تعمداً به موضوع شرط کیفری و خسارت مقطوع نپرداخته است. لذا مقررات متنوع حقوق بین‌الملل خصوصی درباره اعتبار شرط خسارت تصمیم می‌گیرد و قانون

۱. قوانین بلغارستان درباره شرط خسارت در طول سال‌های قبل تغییر یافته بود. اما اصولاً احتمال تقلیل کیفر را رد نمی‌کند. قانون راجع به اصلاح مجموعه قوانین تجارتي بلغارستان در سال ۱۹۹۶ مقرر می‌دارد که در معاملات تجارتي، کیفر نمی‌تواند تقلیل یابد (ماده ۳۰۹) اما مطابق ماده (۱۱) این قانون، قاعده مزبور فقط نسبت به معاملات آینده اعمال می‌شود. قرارداد موضوع دعوی قبل از تصویب این قانون منعقد شده بود (همان منبع).

ملی قابل اعمال را تشخیص می‌دهد و اصول یونیدوا نمی‌تواند هیچ‌گونه کمک تفسیری به کنوانسیون بنماید (Eiselen, op.cit, N.(O)).

سکوت کنوانسیون درباره شرط خسارت به معنای مخالفت آن با چارچوب کنوانسیون یا واگذاری توافق طرفین به تمایلات گوناگون حاکمیت‌های داخلی نیست. در واقع کنوانسیون فرصتی فراهم آورده است تا موارد خلاء با تحولات حقوقی و اقتصادی روز هماهنگ گردد. این تحولات امروزه در عرصه داخلی و نیز بین‌المللی به سوی پذیرش شرط خسارت به عنوان جایگزین قواعد عام خسارت و تعدیل آن در موارد استثنایی سوق یافته است.

نتیجه‌گیری

توافق قبلی متعاقبین بر خسارت ناشی از نقض قرارداد به علت فقدان حکم صریح در پذیرش یا رد آن در لابلای مقررات متنوع کنوانسیون فراوانی را تجربه کرده است. ارجاع به قوانین داخلی کشورها به دلیل تشتت و پراکندگی سیستم‌های حقوقی مختلف، طرفین قرارداد را با موقعیت‌های پیش‌بینی‌نشده مواجه می‌کند و تعادل حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را دچار اختلال می‌نماید. ثبات قرارداد و امنیت معاملات اقتضاء دارد تا انتظارات مشروع متعاقبین از نتایج قرارداد در بالاترین سطح تأمین گردد.

برخی تفسیرها در پی خروج شرط خسارت از بند اول ماده ۴ کنوانسیون و رهایی از تکلیف مراجعه به قوانین ملی است و به اعمال اصول کلی کنوانسیون و تمسک به حکومت اراده برای تنفیذ شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون می‌پردازد. این دسته از آراء اگر چه با مصلحت کنوانسیون و طرفین دعوی سازگاری دارد، اما بسیاری از مسائل مناقشه‌انگیز از قبیل مطالبه توأمان شرط خسارت و خسارت ناشی از نقض قرارداد، اجتماع تعهد اصلی و شرط خسارت و سرانجام تعدیل شرط خسارت را بدون پاسخ می‌گذارد و کنوانسیون را از آخرین دستاوردهای حقوق تجارت بین‌الملل محروم می‌سازد.

اعمال مستقل کنوانسیون و اصرار بر حاکمیت اراده بدون مراجعه به عرف و رویه تجارت بین‌المللی که مبین توافق و تشریک مساعی جامعه بین‌المللی برای رسیدن به راه‌حل‌های واحد است، به نتایجی منجر می‌شود که به اندازه ارجاع به قوانین ملی کشورها نامطلوب و ناگوار است. رجوع به عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی که بر اساس اسناد بین‌المللی از قبیل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا و اصول قراردادهای اروپایی تکوین و تکامل یافته است، با هدف کنوانسیون و ضرورت اعمال متحدالشکل آن هماهنگی بیشتری دارد.

منابع

1. Eiselen, Sieg; 2004, **Remarks on the Manner in which the Unidroit Principle of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 14 of the CISG**. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>, Last visited 2011/7.
2. Chabas, Francois; 1998, *Leçons de Droit Civil*, tome II, obligations, 9th ed, delta.
3. Jacque Ghestin, Genevieve Viney; 1988, *les obligations*, la responsabilite: effets, paris: L.G.D.G.
4. Honnold, John O; 1999, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed, Kluwer Law International Publication, Last Updated 2005. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho74.html>, Last visited 2011/6.
5. Jacobs QC, Marcus s and yanming, Huang; 2005, "Arbitrator Powers and duties under Article 114 of Chinese Contract Law" in Awarding Damages in China in Respect of a Dispute Under a Contract Governed by CISG. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jacobs1.html>, Last visited 2011/6.
6. Schlechtriem, Peter; Chwenzer, Ingeborg; 2005, *Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods*, Oxford, 2th ed.
7. Koneru, Phanesh; 1997, "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", an Approach Based on General Principles, Comments on Liquidated Damages/ Penalty Clause Issues. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>, Last visited 2011/5.
8. Albert, Kritzer; (Editor), **Editorial Remarks, Pace Law GB (Agreement to Apply Convention)**. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>, Last visited 2011/7.
9. Harvey, McGregor; 2003, *Damages*, 17 th ed, London, sweet & Maxwell.
10. Mohs, Florian; Dr. Zeller, Bruno; *Commentary Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts*. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller-mohs.html>.
11. France Papandreou, Marie; detville maitrede conferences, Universite de Straburg, Case Comment, cisg. Edu/ cases/ 650822. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/941005n1.html>, Last visited 2011/5.

12. Poole, Jill; 2006, *Textbook on Contract Law*, 8th ed , Oxford University Press.
13. Uncitral Digest of Case Law, 2005, *Pace Law School*. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-06.html>, Last visited 2011/8.
14. Willmott, lindy; 2001, *Contract Law*, Oxford University Press.
15. Zeller, Bruno; 2011, **Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?** 23 *Pace Int'l L*, Rev, 1. Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol23/iss1/1>, Last visited 2011/11.
16. _____ ; 2006, **The Challenge of a Uniform Application of the CISG**. Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqJlBLaw/2006/14.html>, Last visited 2011/8.

صیانت از حریم ژنتیکی در دوران منافع فردی و مصالح عمومی

محسن عبداللهی^۱

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مونا احمدی^۲

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۰۶

تاریخ تأیید: ۹۳/۰۸/۲۰

چکیده

هر چند کاربرد اطلاعات ژنتیکی به منظور پیشگیری و درمان بیماری‌ها و همچنین استفاده فزاینده از این اطلاعات در حوزه‌های غیر پزشکی، نظیر اشتغال، بیمه، مراجع قضائی و یا نهادهای آموزشی و پژوهشی، منافع اقتصادی و اجتماعی غیر قابل انکاری به همراه دارد؛ اما چالش‌های حقوقی و اخلاقی بسیاری را، از جمله مخاطرات ناشی از نقض حریم ژنتیکی و اعمال تبعیضات ناموجه، به وجود آورده است. تعارض حق حریم خصوصی اشخاص با دیگر حقوق متقابل، اعم از حفظ حیات و سلامت سایرین و یا تأمین منافع عمومی برتر، نظیر نظم، امنیت و سلامت جامعه مستلزم اتخاذ رویکردی مناسب در برقراری توازن میان حمایت از حریم خصوصی و همچنین لزوم دستیابی معقول و ضروری به اطلاعات ژنتیکی می‌باشد. نوشتار حاضر به ارزیابی زمینه‌های تعارض و پیامدهای مثبت و منفی کاربرد اطلاعات ژنتیکی در حوزه‌های گوناگون پرداخته و بر لزوم رفع خلاءهای قانونی و وضع قواعد حقوقی جامع و کارآمد، همزمان با آموزش عمومی و افزایش آگاهی و اعتماد جامعه تأکید می‌ورزد.

واژگان کلیدی: اطلاعات ژنتیکی، حریم خصوصی، حریم ژنتیکی، تبعیض ژنتیکی

نتایج آزمایشات ژنتیک منجر به دگرگونی و انقلاب در دانش پزشکی

گردیده، اما هر تحول و انقلابی، لطماتی نیز به دنبال خواهد داشت.

فرانسیس کولینز، سرپرست پروژه ژنوم انسانی، دسامبر ۱۹۹۶

مقدمه

در آغاز مطالعات و آزمایشات ژنتیک اغلب به امور مربوط به زاد و ولد و تولیدمثل محدود بود، لیکن با افزایش دانش و فن‌آوری در حوزه ژنتیک، شاهد رشد و گسترش بکارگیری این اطلاعات در مقاصد گوناگون پزشکی و غیرپزشکی هستیم. در این میان بیش از هر چیز بر توان

1. Email: abdollahi75@hotmail.com

«نویسنده مسئول»

2. Email: ahmadi.mona1386@gmail.com

بالقوه اطلاعات ژنتیکی در پیشگیری و یا تسهیل روند درمان مؤثر بیماری‌ها تأکید می‌شود. مراد از اطلاعات ژنتیکی، اطلاعات ناشی از داده‌های ژنتیکی و کلیه استنباط و برداشت‌هایی است که از بررسی و تحلیل نتایج آن، در کنار سوابق خانوادگی و معاینات بالینی بیمار حاصل می‌گردد. داده‌های ژنتیک انسانی از طرق مختلف و به ویژه انجام آزمایشات ژنتیک بر نمونه بسیار کوچکی از خون و یا سایر بافت‌های بدن انسان از قبیل پوست و استخوان به دست می‌آیند.

اطلاعات ژنتیکی ذیل عنوان کلی ناراحتی‌های جسمی افراد، از مصادیق اطلاعات شخصی برشمرده در بند ب ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات^۱، به شمار می‌آیند. تازگی و گستردگی ابعاد کاربردی اطلاعات ژنتیکی، زمینه تفاسیر و برداشت‌های نادرست و غیرواقعی از این اطلاعات و مطلق‌گرایی و نادیده انگاشتن تأثیر سایر عوامل (نظیر محیط، روش زندگی و یا نوع تغذیه افراد) را فراهم ساخته و امکان تصمیم‌گیری و واکنش‌های شتابزده و ناصواب مبتنی بر آن را افزایش می‌دهد (Setoyama, 2005: 98). دستیابی سایرین به این اطلاعات، با توجه به جنبه شخصی و محرمانه آن‌ها، نقض حریم خصوصی به شمار آمده و بکارگیری آن در مقاصد غیردرمانی، زمینه اعمال تبعیضات ژنتیکی^۲ نا عادلانه را مهیا می‌سازد. تبعیض ژنتیکی شکل نوینی از تبعیض اجتماعی است که با استناد به منشاء ژنتیکی، به انکار حقوق، مزایا و یا فرصت‌های برابر افراد جامعه می‌انجامد (Lowden, 1999: 71-72).

حریم خصوصی مفهومی نسبی است، بدین معنا که هنجار و ارزش‌های فرهنگی و قانونی هر جامعه و موقعیت خاص هر فرد در اجتماع، در تعریف و تعیین دامنه آن مؤثر واقع می‌گردد. فارغ از تعاریف گوناگون ارائه شده برای مفهوم حریم خصوصی و ابعاد گسترده اطلاعاتی^۳، تصمیماتی^۴، فیزیکی^۵ و مالکانه^۶ آن، در این مجال بر موضوع چگونگی حفظ این حق در پرتو مباحث مربوط به کاربرد اطلاعات ژنتیک و اعمال تبعیضات ژنتیکی تکیه شده است. حریم خصوصی در قلمروی اطلاعات ژنتیکی و یا همان حریم ژنتیکی^۷، حق فرد در گزینش افشاء و یا عدم افشای این اطلاعات به سایرین می‌باشد که در فرض تجویز افشاء نیز، تعیین کیفیت و

۱. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸. از این پس در این مقاله به اختصار از آن با عنوان قانون انتشار یاد می‌گردد.

2. Genetic Discrimination
3. Informational Privacy
4. Decisional Privacy
5. Physical Privacy
6. Proprietary Privacy
7. Genetic Privacy

کمیت دسترسی به اطلاعات و مخاطبان افشای آن، در حیطه اختیارات وی قرار خواهد گرفت. به موجب این حق، اشخاص دسترسی عموم به اطلاعات محرمانه و شخصی را محدود به افراد و میزان صلاحدید خود نموده و از دستیابی افراد فاقد صلاحیت و سوءاستفاده از این اطلاعات در مقاصد غیرضروری ممانعت به عمل می‌آورند (Laurie, 2004: 5).

به‌رغم حصول اجماع همگانی در ضرورت حفظ حریم خصوصی اشخاص، تنظیم سیاست کارآمد و ترسیم فضایی منطقی و منصفانه جهت حمایت از آن، در عمل دشوار و چالش‌آفرین است؛ زیرا در موارد بسیار حق حریم خصوصی، در تعارض با حق متقابل و برابر فرد و یا گروه دیگری قرار گرفته و در این میان گاهی به دلایلی غیرقابل انکار، حق دستیابی به اطلاعات ژنتیکی بر حق حریم ژنتیکی اشخاص برتری و اولویت نیز خواهد یافت. تاکنون شواهد قوی و فراوانی دال بر نقض حریم ژنتیکی و اعمال تبعیضات ناموجه مبتنی بر آن، بر فردی که تنها حامل ژن بیماری و صرف احتمال ابتلا به آن می‌باشد، در دست نیست. لیکن تجربه نشان می‌دهد که صرف بیم از چنین پیامدهایی نیز خود منجر به امتناع جمع کثیری از افراد جامعه از مشارکت در انجام آزمایشاتی است که هرگز نمی‌توان منکر نقش بی‌بدیل آن‌ها در اقدامات مؤثر تشخیصی و درمانی بسیاری از بیماری‌ها بود و بدین طریق سلامت عمومی جامعه را تضعیف و به مخاطره خواهد انداخت (Hall, 1999: 34-36).

مداخله احتمالی اطلاعات ژنتیکی در حوزه‌های گوناگون از روابط اجتماعی، زمینه‌ساز بروز تعارض در حفظ حریم خصوصی اشخاص و یا بهره‌مندی از امتیازات افشاء و دستیابی به اطلاعات ژنتیکی ایشان می‌گردد. نقطه آغاز حرکت در مسیر تکامل و گسترش بهینه کاربرد اطلاعات ژنتیکی، شناسایی نمونه‌های شایع و متداول از این قبیل روابط متعارض و بررسی پیامدها و مخاطرات حاصل از تقابل مذکور در هر یک از آن‌هاست. متعاقب بر آن نیز بایستی در جستجوی اتخاذ سیاست و تدابیر عملی لازم در کاهش حداکثری مخاطرات و دغدغه‌های حقوقی و اخلاقی مبتنی بر آن برآمد. بدین نحو که از یک سو مانعی در مسیر توسعه کاربرد اطلاعات ژنتیکی حادث شده و از سوی دیگر به ایجاد فضای مناسب در جهت ارتقای هر دو وجه ضروری و لاینفک تأمین منافع فردی و مصالح عمومی اجتماع نیز منتهی گردد (Ekberg, 2005: 9-10, 13).

نوشتار حاضر با ابتناء بر فرض فوق، در بخش نخست به تبیین بسترهای متعارض در عرصه تأمین حقوق و منافع فردی اشخاص پرداخته و در این راستا تعارض میان حفظ حریم خصوصی و یا افشای اطلاعات در درمان شخص بیمار یا خویشان وی در عرصه پزشکی و سلامت، همچنین

بروز تعارض در حفظ حریم ژنتیکی با تضمین منافع اقتصادی افراد در حوزه بیمه و اشتغال را مورد ارزیابی قرار داده است. سپس در بخش دوم بر تعارضات محتمل در حفظ حریم ژنتیکی اشخاص و تأمین منافع و مصالح اجتماعی، در حوزه‌های مختلف پژوهشی، آموزشی، قضائی و پدیده مهاجرت تمرکز می‌یابد. لازم به ذکر است که دسته‌بندی مذکور صرفاً از باب سهولت احصای بسترهای مختلف کاربرد اطلاعات ژنتیکی و بر مبنای غلبه منفعت فردی و یا عمومی در هر مورد و بدون ترسیم مرز روشن و غیرقابل انکار صورت پذیرفته و لذا در بسیاری موارد شاهد وجود همزمان هر دو دغدغه تأمین منافع فردی و یا مصالح عمومی اجتماع در کنار یکدیگر هستیم. در بررسی هر حوزه سعی بر آن است که ابتدا مزایا و مخاطرات ناشی از کاربرد اطلاعات ژنتیکی را برشمرد و سپس راهکارهای معقول، متعارف و عملی برقراری توازن و اعتدال در حفظ حریم خصوصی و به موازات آن، توجه به موارد ضروری و منصفانه افشای اطلاعات ارائه گردد.

۱- بستریهای متعارض در عرصه تأمین منافع فردی

در تعارض میان حفظ حریم ژنتیکی افراد و تأمین منافع و حقوق سایرین، هرگز نمی‌توان حکمی کلی صادر نمود، بلکه نقض حریم خصوصی منوط به عوامل عینی هر پرونده ممکن است «ممنوع»، «مجاز» و یا حتی «لازم» تلقی گردد. ضمن پایبندی به قاعده حفظ حریم خصوصی، منافع برتری نظیر حفظ جان و سلامت خود فرد و یا اشخاص ثالث نیز مقدم و مرجح خواهد بود. در خصوص منافع اقتصادی متعارض اشخاص نیز بایستی به یک اعتدال منطقی و عملی در حفظ حریم خصوصی، همزمان با حمایت از حیات و پویایی بازار و پرهیز از هزینه‌های گزاف و نامقبول رهنمون گردید. در این میان ارزیابی کلی منافع و آسیب‌های حاصله از افشای در قیاس با آنچه از حفظ حریم خصوصی به دست می‌آید، در توصیف منصفانه و یا ناموجه بودن نقض حریم خصوصی راهگشا خواهد بود.

۱-۱- حوزه پزشکی و درمان فرد

رابطه پرسنل سلامت و به طور ویژه گروه پزشکی با بیمار در پرتوی دو اصل اساسی حفظ استقلال و خودمختاری بیمار^۱ و همچنین رعایت محرمانگی^۲ اطلاعات از سوی پزشک شکل گرفته و از اولین مراجعه فرد آغاز و تا فرآیند معالجه و حتی پس از اتمام روند درمان نیز همچنان برقرار است.

1. Principle of Patient Autonomy
2. Principle of Confidentiality

به موجب اصل احترام به استقلال و خودمختاری، بایستی زمینه آگاهی و اشراف همه جانبه بیمار بر ماهیت اطلاعات ژنتیکی و آشنایی وی با پیامدهای روانی و یا اجتماعی ناشی از این اطلاعات مهیا گردد. بدین ترتیب امکان انتخاب صحیح و آگاهانه شخص فراهم گردیده و تصمیم‌گیرنده نهایی خود او است که میزان و مخاطبین افشای اطلاعات ژنتیکی خود را معین و امکان عدول از این انتخاب را نیز خواهد داشت. توزیع و انتشار وسیع و نامحدود اطلاعات پیرامون عوامل ژنتیکی در فضای مجازی که اغلب فاقد نظارت کارشناسی و موثق و گاه مبتنی بر منابع غیرحرفه‌ای فراهم می‌گردند، بر دشواری کار افزوده است؛ زیرا تحلیل اطلاعات و تعیین میزان تأثیر عوامل ژنتیکی در تعامل با سایر عوامل، بر حیات و سلامت آدمی، امری تخصصی و پیچیده‌تر از آن است که به آسانی و درستی توسط عموم مردم قابل فهم باشد (Katz & Schweitzer, 2010: 98-99).

در این میان بایستی بر نقش نهادهای تخصصی مشاوره ژنتیک^۱ در افزایش آگاهی عمومی جامعه و به ویژه بیماران پیرامون کاربرد اطلاعات ژنتیکی در حوزه‌های مختلف و مزایا و معایب متصور از آن تأکید ورزید. در مشاوره‌های ژنتیک ماهیت اطلاعات و ویژگی‌های آن تبیین گردیده و احتمال بروز بیماری، عوارض و آسیب‌های احتمالی آن و کلیه محدودیت‌های درمانی برای فرد تشریح می‌شود. در روند مشاوره بیمار از حیث روانی حمایت و آگاهی و آمادگی لازم برای فهم درست از بیماری و یا اختلال و ناهنجاری ژنتیکی خود را کسب نموده و سپس با ارجاع به مراکز و روش‌های درمانی مناسب، با بینش کافی در جریان درمان و یا پیشگیری مشارکت می‌نماید.

مشاوران ژنتیک افرادی کارآزموده و با مهارت و تجربه کافی در ارزیابی دغدغه و نگرانی‌های بیماران و هدایت ایشان در روند تصمیم‌گیری درست و مناسب هستند. این افراد در روند مشاوره به دنبال نویددهی و بیم‌دهی مطلق نبوده و می‌بایست صرفاً در راستای افزایش شفافیت و در جهت روشنگری و واقع‌بینی هر چه بیشتر اشخاص گام بردارند (Hall & Rich, 2000: 249, 254). مشاوره ژنتیک فارغ از هر گونه پیش‌داوری و جانب‌داری صورت پذیرفته و نوعی فرآیند آموزشی به شمار آمده که با هدف تسهیل تصمیم‌گیری افراد، بر پایه آگاهی کامل از کلیه مخاطرات و پیامدهای بالقوه روانی، اقتصادی، اجتماعی و حقوقی دنبال می‌گردد. روند مشاوره در هر بیمار نیز منوط به میزان دانش، باورها و ارزش‌های دینی و

فرهنگی وی، شکلی متفاوت به خود خواهد گرفت (Sharpe & Carter, 2006: 14, 129). به موجب ماده ۱۱ اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی^۱ «... مشاوره ژنتیک می‌بایست غیرجانبدارانه، منطبق با درک مخاطب و در راستای جلب بهتر منافع وی صورت پذیرد».

اصل رعایت محرمانگی اطلاعات مبتنی بر وجود یک رابطه خاص میان بیمار با کلیه کادر درمان و به ویژه پزشک و مشاوران ژنتیک می‌باشد که به موجب آن، ایشان مکلف به حفظ حریم خصوصی بیمار و عدم افشای اطلاعات شخصی و محرمانه پزشکی وی به اشخاص ثالث هستند. کادر درمان به صرف افشاء و صرف‌نظر از انگیزه ارتکاب عمل و یا ارزیابی ورود زیان واقعی به بیمار، مرتکب نقض تعهد محرمانگی گردیده و در فرض عدم رضایت بیمار و یا فقدان تجویز قانونی، با مسئولیت‌های جزایی، مدنی و یا انتظامی مواجه می‌گردند (Rothstein, 1998: 98).

در این خصوص می‌توان از ماده ۶۴۸ تعزیرات قانون مجازات اسلامی یاد نمود: «اطباء و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند، هر گاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشاء کنند، به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند». در این ماده بر وجود رابطه مذکور که سبب ایجاد اعتماد و اطمینان بیمار در ارائه اطلاعات گردیده، تأکید داشته و همچنین تحقق جرم را مقید به نتیجه ندانسته و لذا ورود زیان به بیمار را شرط ضروری ارتکاب جرم منتهی به مسئولیت کیفری پزشک قلمداد نمی‌نماید (عباسی، ۱۳۸۲: ۷۵).

در همین راستا به ماده ۴ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی وابسته در سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران^۲ اشاره داریم: «شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته، حق افشای اسرار و نوع بیماری بیمار، مگر به موجب قانون مصوب مجلس شورای اسلامی را ندارند». همچنین در ماده ۶ منشور حقوق بیمار ایران^۳ نیز مقرر گردیده است: «بیمار حق دارد جهت حفظ حریم شخصی خود، از محرمانه ماندن محتوای پرونده پزشکی، نتایج معاینات و مشاوره‌های بالینی، جز در مواردی که بر اساس وظایف قانونی از گروه معالج استعلام صورت می‌گیرد، اطمینان حاصل نماید».

1. UNESCO International Declaration on Human Genetic Data, October 2003.

۲. آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی وابسته در سازمان نظام

پزشکی جمهوری اسلامی ایران، شورای عالی سازمان نظام پزشکی، مصوب ۱۳۸۴.

۳. منشور حقوق بیمار ایران، معاونت سلامت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۸۱.

حمایت از حریم و محرمانگی اطلاعات پزشکی بیماران در بسترهای جدید تکنولوژی اطلاعات و شبکه‌های ارتباطی نظیر مقوله پرونده الکترونیکی سلامت ایرانیان^۱ رنگ جدی‌تری به خود می‌گیرد. تشکیل پرونده مزبور با آرمان فراهم‌سازی مجموعه‌ای یکپارچه از اطلاعات کامل و دقیق سلامت افراد دنبال می‌شود که با دستاوردهایی از قبیل کاهش بار هزینه‌ای اقدامات تشخیصی و درمانی تکراری و غیرضروری برای بیمار و سازمان‌های بیمه‌گر و همچنین دسترسی آسان و سریع به اطلاعات و سوابق بیمار و امکان پیوند اجزای آن‌ها با یکدیگر همراه بوده و بدین ترتیب پرسنل پزشکی را در اتخاذ تصمیم بهتر و اجتناب از مخاطرات ناشی از تجویز درمان‌های موازی و تداخلات دارویی یاری می‌دهد. به‌رغم مزایای برشمرده، دغدغه اصلی حفظ محرمانگی اطلاعات شخصی شهروندان و پرهیز از سوءاستفاده‌های احتمالی، لزوم تدوین استانداردهای مدیریت امنیت و طراحی سیستم کنترل قوی جهت ممانعت از دسترسی‌های غیرمجاز را مطرح می‌سازد که با اتخاذ تدابیری نظیر طبقه‌بندی اطلاعات در سطوح مختلف و تهیه شناسه‌های امنیتی (رمز عبور) خاص و منحصر به فرد برای اطلاعات بسیار حساس بیمار و آموزش ویژه پرسنل ارائه‌دهنده خدمات در مراکز بهداشتی و درمانی و همچنین تشکیل کمیته‌های نظارت در حوزه الکترونیک سلامت قابل پیگیری است (فخرزاد، نورالهدی و دهقانی، ۱۳۹۰: ۲۹-۳۱).

رعایت اصول خودمختاری بیماران و محرمانگی اطلاعات، آن‌ها را به ارائه کامل و بی‌پرده اطلاعات خود به کادر معالج ترغیب نموده که این امر در بهبود و روند درمانی ایشان نقشی تأثیرگذار و حیاتی خواهد داشت. به موجب این اصول، افشای اطلاعات به حدود رضایت مصرح اشخاص و یا وجود ضرورت قانونی محدود می‌گردد. البته در فرض تجویز قانون، شاهد تحمیل اراده قانونگذار و چشم‌پوشی از حق استقلال و خودمختاری بیمار، در جهت مصلحتی برتر که همانا حفظ حیات و سلامت خود بیمار و یا سایر افراد جامعه است، می‌باشیم؛ که بدون شک بایستی محدود به دلایل متقن و قانع‌کننده باشد. تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون انتشار، به صراحت تکلیف مندرج در مواد ۱۴ و ۱۵ این قانون مبنی بر منع افشای اطلاعات مربوط به حریم خصوصی اشخاص را شامل اطلاعات راجع به تهدید سلامت عمومی ندانسته است.

۱. طرح پرونده الکترونیکی سلامت ایرانیان در راستای اجرای ماده ۸۸ قانون چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۴-۱۳۸۸) و به منظور طراحی و استقرار نظام جامع اطلاعات سلامت شهروندان ایرانی، در سال ۸۷ به تصویب شورای عالی سلامت و امنیت غذایی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی رسیده است.

به عنوان نمونه در خصوص بیماری‌های واگیردار به سبب ترس از شیوع و سرایت، شرایط ویژه‌ای حاکم بوده و معمولاً با اجبار قانونی به افشاء همراه هستند. در این حالت تهدید ناشی از نقض حریم خصوصی بیمار با خطر بزرگ‌تری که همانا شیوع و سرایت آن بیماری به سایر افراد جامعه می‌باشد، توجیه گردیده و در نتیجه برای کلیه مطلعین اعم از پزشک، کارشناس آزمایشگاه و یا مشاوران سلامت، تعهد جدیدی در تضاد با تعهد حفظ محرمانگی اطلاعات، به افشای بیماری مورد نظر به مراجع ذی‌صلاح شکل می‌گیرد. لیکن در خصوص شمول انواع بیماری‌ها ذیل عنوان بیماری‌های واگیردار اتفاق نظر و رویه واحدی به چشم نخورده و نظام سلامت و بهداشت هر یک از کشورها در قوانین و دستورالعمل‌های خود مواضع مختلفی اتخاذ نموده‌اند.

بند ۶ پاراگراف دوم ماده ۲۰۶ قانون منع تبعیض در خصوص اطلاعات ژنتیکی امریکا^۱ کارفرما و سایرین را به افشای اطلاعات در خصوص بیماری‌های واگیردار ملزم دانسته، اما ذکری از انواع این بیماری‌ها به میان نیاورده است. در مقابل قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار ایران، در ماده ۱۹ ضمن احصاء بیماری‌های واگیردار^۲، پزشک و یا ماما در خصوص نوزادان را مکلف به اعلان فوری این بیماری‌ها به بهداری نموده است. تبصره ۲ الحاقی این ماده نیز کلیه شاغلین رشته‌های پزشکی را موظف دانسته که به مجرد مشاهده بیمار مبتلا به سرطان، مراتب را کتباً و مشروحاً به طور محرمانه به مقامات بهداشتی محل اطلاع دهند. همچنین قانونگذار ایرانی ماده واحده‌ای در خصوص ثبت و گزارش اجباری بیماری‌های سرطانی نیز پیش‌بینی نموده که در آن، ضمن تکلیف به ارسال گزارش بر مبنای ضرورت قانونی، قاعده حفظ محرمانگی اطلاعات را نیز به طور کلی زیر سؤال نبرده و افشای اطلاعات را با ذکر قید محرمانه و مراکز قانونی مورد نظر، ضابطه‌مند نموده است.^۳

1. Genetic Information Non-discrimination Act (GINA), 2008.

از این پس به دلیل رعایت اختصار، از آن به عنوان قانون منع تبعیض امریکا یاد می‌شود.

۲. ماده ۱۹ قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۳۲۰ و الحاقات بعدی آن در سال ۱۳۴۷ مصادیق بیماری‌های واگیردار را چنین برمی‌شمارد: «وبا و اسهالات ویایی شکل - عون - تب زرد - تیفوئید - تیفوس - ابله - مخملک - سرخجه - دیفتری - اسهال خونی - مننژیت - تب عرق‌گز - مالاریا - فلج اطفال - تب مالت».

۳. ماده واحده ثبت و گزارش اجباری بیماری‌های سرطانی مصوب ۱۳۶۳ مقرر داشته است: «به منظور بررسی و تحقیقات اپیدمیولوژیک و پیشگیری منطقه‌ای و تنظیم آمار بیماری‌های سرطانی کلیه مؤسسات درمانی، آزمایشگاه‌های آسیب‌شناسی و تشخیص طبی اعم از دولتی و غیردولتی مکلفند ... و چنانچه به مورد سرطانی و یا مشکوک به سرطان برخورد نمودند، نتیجه آزمایش و اطلاعات مورد لزوم را طبق ضوابطی که در آیین‌نامه اجرایی این قانون تعیین خواهد شد، محرمانه به مراکزی که وزارت بهداشت تعیین خواهد کرد، ارسال دارند ...».

۱-۲- حوزه خانواده و خویشان فرد

یکی از وجوه ممتاز اطلاعات ژنتیکی این است که نتایج حاصل از تحلیل این اطلاعات، به‌رغم شخصی بودن، در بسیاری موارد قابل تعمیم به خانواده و سایر خویشان فرد نیز بوده و در ارزیابی وضعیت حیات و سلامت ایشان در آینده تأثیرگذار خواهد بود. میان متغیرهای ژنتیکی شخص و اقربای نسبی وی (مانند والدین و خواهر و برادر) تا حد زیادی شراکت و مشابهت برقرار است. همچنین به واسطه انتقال موروثی عوامل ژنتیکی به فرزندان و نسل‌های آینده، وجود ناهنجاری‌های ژنتیکی در مقوله ازدواج و همسرگزینی و یا تصمیم‌گیری زوجین در امر فرزندآوری، هر چند به نحو غیرمستقیم دخیل می‌گردند.

افشای اطلاعات بیمار از سوی پزشک به خویشان وی، ممکن است با هدف حفظ جان و سلامت خانواده و یا بهره‌مندی از سوابق پزشکی ایشان در بهبود روند درمان خود بیمار صورت پذیرد. تعارض پزشک در چگونگی مدیریت اطلاعات در فرضی به شکل جدی مطرح است که ضمن تأکید و تمایل بیمار بر عدم افشای اطلاعات و تمسک وی به دلایلی نظیر بیم دوری‌گزینی و یا انگ‌زنی اطرافیان و یا تلاش در عدم ایجاد نگرانی و حفظ آرامش فکری ایشان، افشای اطلاعات ژنتیکی بیمار در حفظ سلامتی خویشان، جنبه حیاتی و پیشگیرانه داشته باشد. در چنین فرضی پزشک با افشای اطلاعات برخلاف میل بیمار، ناقض اصل محرمانگی اطلاعات بیمار خود بوده و امکان محکومیت وی بر این مبنا خالی از وجه نیست^۱ و از سوی دیگر در صورت عدم افشاء نیز دغدغه مسئولیت حقوقی و یا اخلاقی ناشی از عدم هشداردهی لازم در حمایت از حیات و سلامت سایرین را خواهد داشت. بروز این تعارض پزشک را دچار تردید و سردرگمی در تشخیص محدوده اختیارات و تعهدات خود می‌سازد؛ بدین معنا که آیا صرفاً ملزم به درمان بیمار خود می‌باشد و خارج از این محدوده، هیچ تکلیفی متوجه ایشان نخواهد بود و یا متعهد به آگاهی‌رسانی و تحذیر بیمار در خصوص وجود مخاطرات نسبت به سلامت خانواده و اطرافیان وی نیز بوده و یا آنکه در مرتبه‌ای فراتر از آن، ملزم و یا مجاز به اعلام هشدار مستقیم به خویشان بیمار می‌باشد (Suarez, 2012: 492).

پاسخ به تردید مذکور در تعیین دامنه اختیارات و تعهدات پزشکی، چنین ایجاب می‌نماید که کادر درمانی، افزون بر مهارت‌های پزشکی، بر ابعاد حقوقی و اخلاقی حرفه خود نیز اشراف

۱. اصل محرمانگی اطلاعات و مباحث پیرامون آن، پیش‌تر در حوزه پزشکی و درمان به تفصیل بیان گردید.

کافی داشته و به سبب فقدان مقرر قانونی مشخص^۱، می‌بایست از طریق تدوین دستورالعمل‌های روشن و دقیق و آموزش مناسب در اتخاذ تصمیمات صحیح و منطقی هدایت شوند. رویه غالب سازمان‌ها و نهادهای ذی‌ربط بر این منوال است که امکان افشای اطلاعات را به موارد ضروری که در آن بیم ورود آسیب جدی، محرز و قریب‌الوقوع به سلامت و امنیت جانی سایر اعضای خانواده می‌رود، محدود نموده‌اند. همچنین بایستی اثبات نمود که افشای اطلاعات و اقدامات و تدابیر پیشگیرانه متعاقب آن، با دستاورد مثبت ممانعت یا تعویق در بروز بیماری و یا درمان مؤثر و کاهش آسیب‌های ناشی از آن همراه خواهد بود. در این حالت از اهمیت حفظ حریم خصوصی بیمار در برابر نفع برتری که همانا حفظ حیات و سلامت انسانی دیگر است، کاسته می‌شود (Suarez, 2012: 496-497).

حتی در فرض پذیرش ضرورت افشای اطلاعات ژنتیکی نیز به سختی می‌توان تعهد و تکلیفی فراتر از الزام به تلاش جدی در آگاهی‌رسانی بیمار نسبت به مخاطرات موجود و متقاعد نمودن وی به ضرورت افشای اطلاعات، برای پزشک و یا کلیه پرسنل مشاوره و درمان قائل بود. در این حالت چنانچه پزشک همچنان با امتناع بیمار از افشای اطلاعات مواجه باشد، مجاز خواهد بود که خود به نحو مستقیم با خانواده وی تماس حاصل نماید. بایستی عنایت داشت که این جواز صرفاً با تکیه بر مبانی اخلاقی و وجدانی و با انکار هر گونه تعهد قانونی و ضمانت اجرای حقوقی برای پزشک در هشدار مستقیم به بستگان بیمار مطرح گردیده و در این حالت نیز در میزان افشای اطلاعات بایستی به حد ضرورت و رفع خطر بسنده نماید. راهکار مزبور در دستورالعمل بین‌المللی سازمان بهداشت جهانی در خصوص پیامدهای اخلاقی ژنتیک درمانی و ارائه خدمات ژنتیکی نیز منعکس گردیده است.^۲

۱. اکثر قریب به اتفاق مقرره‌های قانونی الزام‌آور در مقوله اطلاعات ژنتیکی بر بحث منع تبعیض در حوزه اشتغال و بیمه تمرکز داشته و کمتر به موضوع پیوند این اطلاعات با خانواده و خویشان پرداخته‌اند.

2. WHO International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1997.

بند ۵۸ از ماده ۸ دستورالعمل فوق چنین مقرر می‌دارد: «... ارائه‌دهنده خدمات ژنتیک بایستی سعی در اقناع مخاطب در آگاهی‌رسانی به خویشان و بهره‌مندی ایشان از فرآیند مشاوره ژنتیک نموده ... چنانچه با امتناع مخاطب در این خصوص مواجه گردد، به ویژه در مواردی که امکان درمان مؤثر و یا اتخاذ اقدامات پیشگیرانه فراهم است، به لحاظ اخلاقی مجاز خواهد بود که خود مستقیماً با خویشان مزبور تماس برقرار کرده، لیکن بایستی این امر را مدنظر داشته باشد که صرفاً به هشدار اشخاص مذکور در این خصوص بسنده نموده و هرگز ذکری از هویت و یا کم و کیف اختلال ژنتیکی مخاطب خود که از اطلاع‌رسانی به خویشان امتناع نموده، به میان نیاورد».

از جمله ایرادات جدی وارده بر معیار مذکور این است که پیش‌بینی احتمال بروز آسیب به دیگر افراد خانواده و ارزیابی پیشاپیش میزان و وخامت آن، دشوار و مصون از اشتباه نبوده که این خود از ذات مبتنی بر ظن و گمان اطلاعات ژنتیکی نشأت می‌گیرد (Suarez, 2012: 511). همچنین دغدغه‌های دیگر نظیر حق ندانستن خویشان و آثار سوء آگاهی از چنین اطلاعاتی بر سلامت و بهداشت روانی آن‌ها و یا دشواری عملی شناسایی و تعیین دامنه شمول عنوان خویشان بیمار نیز قابل توجه است.^۱

۱-۳- حوزه بیمه

شرکت‌های بیمه با اشراف بر پرونده پزشکی و به ویژه سوابق ژنتیکی اشخاص، از امکان پیش‌بینی نسبی وضعیت سلامت و ارزیابی بهتر مخاطرات و هزینه‌های آتی خدمات درمانی بهره‌مند گردیده و از این رو تمایل به آگاهی و احتساب عوامل ژنتیکی در تعیین میزان حق بیمه و تنظیم سایر شروط و پوشش‌های قراردادی خود دارند. در مقابل اجبار متقاضیان به انجام آزمایشات ژنتیک و یا دستیابی به اطلاعات ژنتیکی آن‌ها، نقض حریم خصوصی به شمار آمده و با پیامد اعمال تبعیض ژنتیکی همراه است. مراد از تبعیض در این حوزه، نتایج سوئی است که از افشای اطلاعات ژنتیکی بر امکان برخورداری فرد از پوشش بیمه‌ای مناسب و یا پرداخت حق بیمه متعارف بار می‌گردد (Hall & Rich, 2000: 246).

با وجود آنکه کاربرد اطلاعات ژنتیکی در صنعت بیمه به سبب دغدغه‌های اقتصادی و مالی آن، در قیاس با سایر حوزه‌ها توجه و تمرکز بیشتری را به خود جلب نموده، لیکن تاکنون به دلایلی نظیر تازگی امر و فقدان تجربه عملی کافی، به درک روشنی از میزان و ماهیت چالش مزبور و رویه واحد نظام‌های حقوقی پیرامون آن دست نیافته‌ایم. لذا می‌بایست نخست ابعاد گسترده مسئله کاربرد اطلاعات در افزایش حق بیمه و یا محروم نمودن متقاضی از برخی پوشش‌ها را، با تمایز میان سازمان‌های خصوصی و یا دولتی بیمه‌گر و همچنین تفکیک انواع بیمه اعم از سلامت، عمر و از کارافتادگی تبیین نمود و سپس در جستجوی راهکار مطلوب در رفع تعارض موجود برآمد. بیمه پدیده‌ای دو وجهی است که یک وجه آن مصالح اجتماعی و وجه دیگر آن را عناصر اقتصادی تشکیل داده و نگاه متفاوت به آن، حاصل غلبه و ترجیحی است که به هر یک از این وجوه در سطوح مختلف اختصاص داده می‌شود.

۱. برای نمونه بند ۲ ماده ۲۰۱ قانون منع تبعیض امریکا مصوب ۲۰۰۸ دامنه مفهوم خویشاوندان را تا درجه چهارم اقارب قابل توسعه می‌داند.

کاربرد اطلاعات ژنتیکی در حوزه بیمه از سه منظر قابل بررسی است: نخست از منظر گروه‌های مشتری‌مدار و اخلاقیون که با نگاه اجتماعی به مقوله بیمه، هر گونه مداخله اطلاعات ژنتیکی را منع و با تکیه بر ضرورت ایجاد فرصت برابر در اجتماع برای شهروندان، اعمال تبعیض بر اساس اختلالات ژنتیکی را که اصولاً خارج از اراده و کنترل افراد شکل می‌گیرند، نقض حریم ژنتیکی دانسته و به لحاظ اخلاقی و وجدانی نامشروع تلقی می‌نمایند. در مقابل از منظر صنعت بیمه دستیابی به اطلاعات ژنتیکی، با تمرکز بر ملاحظات اقتصادی و پرهیز از ورشکستگی و از بین رفتن امنیت مالی بنگاه‌های بیمه و تأکید بر حفظ حیات اقتصادی و سرمایه‌گذاری آن‌ها، به ویژه در سازمان‌های خصوصی بیمه‌گر قابل توجیه است. اما نگاه سوم با رویکردی اعتدالی، اتخاذ راهکار توازن و تناسب در تخصیص مخاطرات میان سازمان‌های بیمه‌گر و بیمه‌شوندگان را معقول پنداشته و بر این مینا، به لزوم ارزیابی عینی و مبتنی بر واقعیات آماری از نتایج حاصله از اطلاعات ژنتیکی و احتساب سایر عوامل مؤثر در سنجش میزان مخاطرات و خسارات احتمالی آینده تأکید می‌ورزند (Brockett, MacMinn & Carter, 1999: 1-2). به زعم ایشان اعمال تبعیض ژنتیکی چنانچه متناسب با واقعیات عینی و آماری باشد، نه تنها غیرمنصفانه نیست بلکه شاید بتوان آن را حقی طبیعی ناشی از تفاوت اشخاص با زمینه سلامت بیشتر در قیاس با سایرین، در برخورداری از موقعیت متمایز و بهتر در تنظیم قرارداد بیمه دانست که نادیده انگاشتن آن خود نوعی بی‌عدالتی به شمار آید (Hall, 1999: 37-38).

در این میان دولتی و یا خصوصی بودن سازمان‌های بیمه‌گر نیز از این حیث قابل توجه است که سازمان‌های خصوصی انگیزه‌های سودآوری و منفعت‌گرایی بیشتر در سرمایه‌گذاری داشته که بالتبع حفظ حریم و حقوق متقاضیان را در معرض مخاطره بیشتر و جدی‌تر قرار خواهد داد. همچنین سازمان‌های دولتی بیمه از نفوذ و امکان دسترسی بیشتر به پایگاه‌های اطلاعاتی و مؤسسات ارائه خدمات سلامت برخوردار بوده و بدین ترتیب زمینه مناسب‌تری در نقض حریم شهروندان دارند. ماده ۱۶ قانون انتشار بر لزوم ممانعت از ارائه اطلاعاتی که جان یا سلامت افراد را به مخاطره انداخته و یا متضمن ورود خسارت مالی یا تجاری برای آن‌ها باشد تأکید دارد. تأمین سلامت اشخاص در سایه مراقبت و خدمات درمانی مناسب حاصل گردیده و دسترسی کافی به خدمات درمانی نیز تا حد زیادی منوط به برخورداری از پوشش‌های بیمه‌ای مناسب خواهد بود و لذا می‌توان بهره‌مندی از بیمه سلامت و درمان را نیز به نحو ضمنی مصداقی از حقوق بشر به شمار آورد (Ekberg, 2005: 4-5). ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۱ حق هر فرد را برای دستیابی و برخورداری از بالاترین (وضعیت) سلامت جسمی و روحی به رسمیت شناخته و بر ایجاد شرایط جهت تأمین کلیه خدمات و مراقبت‌های پزشکی در مواقع بیماری تأکید می‌ورزد. ماده ۱۴ اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر^۲ نیز مقرر می‌دارد: «... بیشترین میزان بهره‌مندی از شاخص متعارف سلامت، یکی از حقوق اساسی و بنیادین هر انسان است که می‌بایست فارغ از اختلاف در نژاد، مذهب، عقاید سیاسی، موقعیت اجتماعی و اقتصادی و یا سطح دانش فراهم گردد ...».

جامعه به دنبال مصلحتی برتر در تأمین و حفاظت از سلامت اعضای خود بوده و بر همین مبنا بیمه سلامت و درمان در مقایسه با انواع دیگر از صیغه اجتماعی بیشتری برخوردار است و می‌بایست با مداخله حاکمیت، به نحو همگانی و برابر میان اقشار مختلف جامعه گسترش یابد. لیکن نگرش به بیمه‌های عمر و یا از کارافتادگی در عمل متفاوت بوده و اغلب مبتنی بر ضرورت وجود پشتوانه اقتصادی و میزان و توان پرداختی متقاضیان دنبال می‌گردد و این در حالی است که هرگز نمی‌توان به طور کامل منکر وجود تبعات اجتماعی آن‌ها نیز بود. برای نمونه فوت زود هنگام سرپرست یک خانواده آثار درازمدتی بر رشد و پیشرفت تحصیلی و وضعیت اقتصادی و اجتماعی بازماندگان وی به جا خواهد گذاشت که این دغدغه بایستی در مقوله بیمه عمر لحاظ گردد (Lowden, 1999: 74).

به‌رغم فقدان رویه واحد نظام‌های حقوقی و دستورالعمل‌های نهادهای مربوطه، شاهد اتفاق نظر همگان در منع اجبار متقاضی بیمه به انجام آزمایشات ژنتیک هستیم. البته این اجبار ممکن است به شکل مستقیم و با منوط دانستن تنظیم بیمه‌نامه به ارائه این اطلاعات بوده و یا به نحو غیرمستقیم و با ترفند پیشنهاد و ایجاد انگیزه در متقاضی به بهره‌مندی از امتیاز کاهش حق بیمه، در فرض ارائه نتایج آزمایشات دال بر فقدان وجود ناهنجاری ژنتیکی صورت پذیرد (Ekberg, 2005: 4). لیکن در امکان دسترسی به اطلاعاتی که از پیش و به منظور کاربردهای درمانی حاصل گردیده، اختلاف نظر است؛ برخی قوانین در راستای حمایت همه جانبه از حریم خصوصی و پرهیز از آثار زیانبار تبعیض، هر گونه کاربرد اطلاعات را به کلی منع نموده و این در حالی است که اکثریت، منع را صرفاً در بیمه سلامت وارد و در سایر موارد مجوز دسترسی به این اطلاعات را با رعایت ضوابط و در چارچوب مناسب و منصفانه پذیرفته‌اند. ماده ۱۹ قانون حریم

1. UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, December 1966.

میثاق مزبور در سال ۱۳۵۴ در ایران لازم‌الاجرا گردید.

2. UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, October 2005.

ژنتیکی و منع تبعیض استرالیا^۱، کاربرد اطلاعات ژنتیکی و اعمال تبعیض مبتنی بر آن در حوزه بیمه را به کلی رد می‌کند؛ لیکن می‌توان مفاد ماده ۱۰۵ قانون منع تبعیض امریکا و ارجاع آن به قانون مسئولیت‌پذیری و قابلیت انتقال بیمه سلامت^۲ را گامی در راستای تمایز بیمه سلامت از سایر انواع بیمه تفسیر نمود.

در این میان اتخاذ تدابیر شکلی و ماهوی مناسب و ارائه دستورالعمل‌های روشن و کاربردی برای سازمان‌های بیمه‌گر ضروری می‌نماید. تدابیری نظیر تفویض اختیار به نهادهای تخصصی در انتشار سالیانه فهرست کاربردهای مقبول و نامقبول انواع اطلاعات ژنتیکی در انعقاد قراردادهای بیمه؛ الزام به حضور مشاوران و متخصصان ژنتیک در امر تنظیم قرارداد که در راستای آگاهی‌رسانی به مشتریان و ضرورت اخذ رضایت آگاهانه از متقاضی در دسترسی به اطلاعات محرمانه پزشکی او می‌باشد؛ عدم کاربرد و تعمیم اطلاعات به دست آمده به سایرین و از جمله اعضای خانواده بیمه‌شونده؛ الزام سازمان‌های بیمه‌گر به شفافیت در افشای میزان مداخله و تأثیر اطلاعات ژنتیکی در تنظیم شروط بیمه‌نامه که منجر به افزایش اعتماد عمومی به منصفانه بودن روند مداخله اطلاعات می‌گردد؛ پیش‌بینی حق اعتراض متقاضی به تصمیمات اتخاذی از سوی بیمه‌گذاران و مسئولیت‌پذیری ایشان؛ تأسیس کمیته‌های نظارتی به منظور تضمین رعایت ضوابط و تأمین حداکثری حقوق و حریم خصوصی مشتریان و ضوابطی از این قبیل راهگشا خواهند بود (Guttikonda, 2005: 458-459; 464).

۱-۴- حوزه اشتغال

اطلاعات ژنتیک ممکن است به دو منظور عمده در عرصه روابط اشتغال مورد توجه کارفرمایان قرار گیرند: نخست الزام متقاضیان استخدام و یا شاغلین فعلی به انجام آزمایشات خاص ژنتیک که در راستای کاهش هزینه‌های مالی ناشی از غیبت و یا عدم بازدهی نیروی کار، اجتناب از افزایش هزینه‌های ناشی از تقبل پرداخت حق بیمه و مخارج درمانی کارکنان و همچنین پرهیز

1. Genetic Privacy and Non-discrimination Bill, 1998 [2008].

این قانون در سال ۱۹۹۸ توسط مجلس سنای استرالیا به نحو آزمایشی تصویب که چندین مرتبه و آخر بار در سال ۲۰۰۸ نیز تمدید گردید. از این پس به دلیل رعایت اختصار، از آن به عنوان قانون حریم ژنتیکی استرالیا یاد می‌شود.

2. Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), 1996.

این قانون در سال ۱۹۹۶ توسط وزارت بهداشت و خدمات انسانی امریکا تصویب گردیده و بخشی از آن نیز به موجب قانون منع تبعیض اصلاح گردیده است.

از هزینه‌های اجرایی ناشی از استخدام و کارآموزی مجدد نیروی کار که در مقام جایگزینی پرسنل ناتوان قبلی صورت می‌پذیرد، دوم تمایل به دسترسی به اطلاعات ژنتیکی در راستای غربالگری ژنتیکی کارکنان که در جهت حفظ و ارتقای سلامت کارکنان و همچنین تأمین ایمنی محیط کار و کاهش حجم و هزینه‌های ناشی از اقامه دعوی جبران زیان‌های وارده از محیط کار علیه کارفرما دنبال می‌گردد (Rothstein, Gelb & Craig, 1998: 416); (Ekberg, 2005: 2).

ارزیابی مهارت و توانایی‌های بالفعل افراد منطقی و مقبول است، اما اعمال تبعیض بر متقاضی استخدام، بر مبنای اطلاعات ژنتیکی که گویای ظن و گمانی در آینده باشد، غیرمنصفانه به نظر می‌رسد؛ زیرا افراد سالم و فاقد اختلال ژنتیکی نیز همیشه در معرض بروز آسیب‌های ناشی از حوادث ناگهانی نظیر تصادف و یا ابتلا به بیماری‌های ناگوار و تأثیر آن در شرایط شغلی خود خواهند بود (Ekberg, 2005: 2). علاوه بر این اعمال تبعیض در امر اشتغال با پیامدهای نامطلوب از بین رفتن طیف وسیع از نیروی کار و انزوای عناصر فعال اجتماع همراه است که منجر به بروز معضلات اقتصادی در تأمین معاش و رفاه اجتماعی اشخاص مطرود از بستر فعالیت‌های اقتصادی و درآمدزا می‌گردد.

در عدم اجبار متقاضی اشتغال، به انجام آزمایشات ژنتیک اتفاق نظر وجود دارد و این اجبار صرفاً در فروض نادری که سلامت و امنیت جانی همکاران و یا عموم در معرض آسیب باشد، مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان مثال در استخدام کادر پروازی معمولاً ایشان را ملزم به انجام معاینات خاص سلامت و ارائه سوابق پزشکی و خانوادگی، در راستای کشف زمینه‌های بروز برخی بیماری‌ها مانند صرع و غیره می‌نمایند. البته باید توجه داشت که الزامی و یا اختیاری بودن انجام آزمایشات در عمل تفاوت چندانی ندارد، زیرا در فرض اختیاری بودن نیز، صرف امتناع از انجام آزمایشات، ممکن است به از بین رفتن اقبال متقاضی در کسب شغل مورد نظر و همچنین تهدید به اخراج و یا از دست دادن فرصت‌های پیش‌رو جهت ترفیع مقام و درجه شاغلین فعلی منتهی گردد (Ekberg, 2005: 2-3).

اغلب بر مخاطرات ناشی از افشای اطلاعات ژنتیکی برای متقاضیان اشتغال تأکید شده و این در حالی است که کارفرمایان نیز از مواجهه با چالش‌های خاص خود در این عرصه مصون نخواهند بود. برای نمونه در فرض دستیابی کارفرما به اطلاعات ژنتیکی، از یک سو اتهام نقض حریم خصوصی و یا اعمال تبعیض مبتنی بر اطلاعات مطرح است، اما از سوی دیگر تعهد ایشان به حفاظت و تأمین امنیت و سلامت کارکنان خود در برابر آسیب و مخاطرات ناشی از

محیط کار^۱، ملازمه با آگاهی و اشراف هر چند اجمالی بر اطلاعات پزشکی آن افراد خواهد داشت. در راستای حل این تعارض توصیه می‌شود که کارفرما با استمداد از حضور مشاوران ژنتیک، تذکر و هشدارهای لازم در وجود آسیب و ضرورت انجام آزمایشات و مراقبت‌های ویژه را داده و در عین حال در راستای حمایت از حریم و استقلال اشخاص، با پرهیز از هر گونه اجبار و به رسمیت شناختن حق امتناع از انجام آزمایش، آن‌ها را در انتخاب و تصمیم‌گیری آگاهانه مخیر سازد (Ekberg, 2005: 3-4). به عنوان مثال قرار گرفتن افراد حامل ژن مستعد و زمینه‌های ناهنجاری بالقوه، در معرض اشعه‌های لیزر و رادیواکتیو و یا تماس مستمر و روزانه با برخی مواد شیمیایی در محیط‌های آزمایشگاهی ممکن است منجر به افزایش احتمال فعلیت یافتن و بروز بیماری مربوطه در آینده گردد.

بسیاری از نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی مداخله اطلاعات ژنتیکی در اشتغال را به طور کلی منع می‌کنند، اما در کارآیی عملی اسناد به این قوانین، به دلیل دشواری اثبات اعمال تبعیض ژنتیکی از سوی کارفرما تردید جدی وارد است. زیرا در بسیاری از موارد اطلاعات ژنتیکی بدون تحمیل آزمایشات و به نحو غیرمستقیم از سوابق خانوادگی و یا در پوشش‌های توجیهی و گاه فریبکارانه نظیر برنامه‌های سالیانه کنترل سلامت کارکنان، به دست آمده و بدین ترتیب بسیاری از تصمیمات ابقاء و اخراجی که بر پایه آن صورت گرفته، عملاً غیرقابل اثبات و شکایت می‌باشند (Katz & Schweitzer, 2010: 108).

در این میان اتخاذ راهکاری میانه و اعتدالی راهگشا خواهد بود و آن تفکیک میان افشای آن دسته از اطلاعات که با اقتضای تجارت و شرایط خاص هر شغل ارتباط مستقیم داشته و در تأمین و ارتقای سلامت و امنیت نیروی کار ضروری می‌نمایند، در برابر سایر اطلاعات غیرمرتبط است. از این رهگذر افزون بر جلب منافع کارفرما در کاهش هزینه و مسئولیت‌های ناشی از مخاطرات محیط کار، به حفظ سلامت و در عین حال رعایت حریم خصوصی اشخاص شاغل و یا متقاضی اشتغال نیز توجه کافی می‌شود (Setoyama, 2005: 90); (Serwin, 2008: 482). بند ۵ پاراگراف دوم ماده ۲۰۲ قانون منع تبعیض/امریکا کاربرد اطلاعات ژنتیکی مرتبط با مخاطرات محیط کار را نیز منوط به اعلان کتبی به کارکنان و تلاش در جلب رضایت آن‌ها و یا مطابقت دستیابی به اطلاعات با ضروریات قانونی دانسته است.

۱. ماده ۷ میثاق بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حق هر فرد در برخورداری از شرایط عادلانه و مساعد کار را به رسمیت شناخته و بر تحقق شرایط بهداشتی و ایمنی کار تأکید می‌ورزد.

۲- بستریهای متعارض در عرصه تأمین مصالح عمومی

در تعارض منافع فرد با اجتماع، ترجیح یکی بر دیگری امری مشکل است؛ در جوامع لیبرال جانب حقوق فردی را بیشتر گرفته و در جوامع سوسیالیستی بر منافع اجتماعی و عمومی تأکید دارند، لیکن در نظام‌های حقوقی مختلف پاسخ روشن و کلی به این سؤال داده نشده و اغلب در مقام جمع آن‌ها برآمده‌اند. در فرض بروز تعارض در تأمین منافع و مصالح عمومی نظیر نظم، امنیت و سلامت جامعه با حفظ حریم خصوصی اشخاص، مبنای مشخصی وجود ندارد. بدین ترتیب حکم صواب یا ناصواب بودن التزام به قاعده حفظ حریم خصوصی و مرز مشروعیت و عدم مشروعیت مداخله دولت و ایجاد محدودیت قانونی متعارف در اجرای این قاعده را به اقتضای شرایط و اوضاع و احوال حاکم در هر مورد بررسی نموده و بر مبنای آن، تجویز به افشای اطلاعات، صرفاً به میزان ضرورت و در جهت ممانعت و یا کاهش آسیب‌های احتمالی مهم اجتماع و افزایش سلامت و رفاه عمومی جامعه نمود.

بایستی توجه داشت که دولت‌ها اغلب در پوشش اعمال حاکمیت و توزیع عادلانه خدمات عمومی و یا تأمین مصالح و منافع ملی، دستیابی خود به پرونده سلامت افراد جامعه و از آن جمله اطلاعات ژنتیکی آن‌ها را توجیه می‌نمایند. لیکن ممکن است در این میان به جمع‌آوری اطلاعاتی که لزوماً ارتباط ویژه‌ای با ارائه خدمات نیز نداشته، مبادرت نموده و یا آنکه از داده‌های مزبور در اهداف دیگری غیر از ارائه خدمات عمومی نیز استفاده و بدین ترتیب زمینه سوءاستفاده از شهروندانی که امکان دفاع و یا حتی آگاهی از این امر را ندارند، فراهم می‌گردد (انصاری، ۱۳۸۶: ۲۶۳).

۲-۱- حوزه پژوهش و پایگاه‌های اطلاعاتی^۱

توسعه فعالیت پایگاه‌های اطلاعاتی در راستای تسهیل و گسترش پژوهش‌های ژنتیک و با هدف پیشرفت دانش پزشکی و به تبع آن ارتقای سلامت عمومی جامعه صورت می‌پذیرند. در این میان هرگز نباید از ضرورت حمایت از استقلال و حریم خصوصی پژوهش‌شوندگان در مرحله گردآوری اطلاعات و همچنین فرآیند ذخیره، پردازش و دسترسی به آن‌ها غافل ماند. حفظ و افزایش اعتماد عموم، شاکله اصلی فعالیت مراکز اطلاعاتی را تشکیل داده و نادیده انگاشتن حقوق و حریم اشخاص، منجر به کاهش اعتماد و عدم تمایل و رغبت ایشان به مشارکت در این تحقیقات می‌گردد

که این خود، به نحو غیرمستقیم و به واسطه عدم بهره‌مندی از نتایج مثبت و پیشگیرانه امر پژوهش، سلامت عموم را به مخاطره خواهد انداخت (Chalmers, 2006: 33-34, 50).

حفظ حریم خصوصی در بانک‌های اطلاعاتی به واسطه عواملی نظیر لزوم نگهداری درازمدت اطلاعات، امکان کاربرد آتی آن‌ها در مقاصد غیرمصرح و یا تبادل علمی میان مراکز اطلاعاتی و تحقیقاتی مختلف و تعهد حرفه‌ای این مراکز به افشای نتایج پژوهش‌های خود، با چالش‌های منحصر به فردی همراه است (Chalmers, 2006: 38). راهکارهای متعددی در رفع چالش‌های مذکور اتخاذ گردیده که اخذ رضایت آزادانه و آگاهانه^۱ در مرحله گردآوری اطلاعات و همچنین بی‌هویت‌سازی اطلاعات ژنتیکی در روند ذخیره و یا دستیابی، از مهم‌ترین آن‌ها به شمار می‌آیند. ماده ۱۴ اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی مقرر داشته است: «در راستای حمایت از حریم خصوصی افراد و حفظ محرمانگی آن دسته از اطلاعات ژنتیکی که با هویت ایشان پیوند دارند، می‌بایست از افشاء و دسترسی اشخاص ثالث به این اطلاعات ممانعت به عمل آورد؛ مگر با رضایت داوطلبانه و آگاهانه قبلی اشخاص و یا فروض محدود قانونی که منفعت عمومی مهمی در میان باشد ... اطلاعاتی که با هدف پژوهش علمی گردآوری شده، اصولاً بایستی بی‌هویت ذخیره گردند جز در شرایطی که هویت‌یابی اطلاعات در روند پژوهش ضروری باشد ...».

عده‌ای با استناد به روش‌های مرسوم اخذ رضایت در مراکز تحقیقاتی و پایگاه‌های اطلاعاتی که اغلب در قالب فرم‌هایی با اطلاعات ناکافی و به نحو مبهم و کلی تنظیم می‌گردند، از آن‌ها به عنوان رضایت‌نامه‌های سفید امضاء^۲ تعبیر نموده و بر این اساس معیار اخذ رضایت را نوعی توجیه و آرمانی زیبا اما تا حدودی غیرواقعی می‌پندارند (Lemmens & Austin, 2009: 6). بنابراین هرگز نباید صرف عدم ایراد و ابراز اعتراض را رضایت تلقی نمود و همچنین کیفیت حصول رضایت در اعتبار و ارزش آن تأثیرگذار است. مراد رضایتی است که مسبوق به آگاهی‌رسانی واقعی، قابل فهم و مکفی در تصمیم‌گیری بوده و به دور از عوامل اجباری و به نحو داوطلبانه حاصل شده باشد (Kohlmeier, 2007: 32). بند ۳ کدهای حفاظت آزمودنی انسانی در پژوهش‌های علوم پزشکی^۳ مؤید همین مطلب است: «کسب رضایت آگاهانه بایستی فارغ از هر

1. Voluntarily Informed Consent

2. Blanket Consents

۳. کدهای حفاظت آزمودنی انسانی در پژوهش‌های علوم پزشکی، مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق پزشکی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۷۸. (مجموعه مزبور به کدهای اخلاقی تهران نیز موسوم بوده و از این پس با این عنوان یاد می‌شود).

گونه اجبار، تهدید، تطمیع و اغوا انجام گیرد. در غیر این صورت، رضایت مأخوذه باطل و هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نیست و در فرض بروز هر گونه خسارت، مسئولیت آن متوجه پژوهشگر می‌باشد». بند ۵ نیز محقق را به تفهیم روش اجرا و هدف انجام تحقیق، زیان‌های احتمالی، فواید، ماهیت و مدت زمان تحقیق، به آزمودنی ملزم نموده و وی را به قید مراتب مذکور در رضایت‌نامه موظف کرده است.

رضایت‌نامه می‌بایست به شکلی خوانا و خالی از هر گونه ابهام تنظیم گردیده و نسخه‌ای از آن در اختیار پژوهش‌شونده نیز قرار گیرد و در فرضی که شخص اهلیت لازم در اعطای رضایت آگاهانه را ندارد (نظیر موقعیت صغار و یا محجورین)، این رضایت از نماینده قانونی ایشان کسب می‌گردد (Ekberg, 2005: 11). این پژوهش‌شونده است که افراد ذی‌صلاح در دسترسی به اطلاعات حاصل از پژوهش‌های ژنتیک و میزان و بازه زمانی افشای این اطلاعات و مصادیق کاربردی آن‌ها را معین نموده و حق انصراف از رضایت مذکور و یا تغییر گستره آن را، تا پیش از افشای اطلاعات خواهد داشت. ماده ۹ قانون حریم ژنتیکی استرالیا افزون بر ذکر این شروط، کتبی بودن و امضای همراه با تاریخ را نیز از شرایط اعتبار رضایت و تجویز افشای اطلاعات برشمرده است. همچنین بند الف و ب ماده ۱۵ قانون انتشار نیز افشای اطلاعات شخصی ثالث را در فرض اعلام رضایت صریح و مکتوب آن شخص و یا درخواست ولی یا قیم یا وکیل وی، در حدود اختیارات خود، مجاز دانسته است.

روش بی‌هویت‌سازی به دو شکل کامل و نسبی، در قالب بی‌نام‌سازی و یا رمزگذاری اطلاعات صورت می‌پذیرد. در حالت بی‌نام^۱، داده ژنتیکی به طور کامل بی‌هویت شده و امکان بازیابی هویت خود را از دست می‌دهد^۲. در رمزگذاری اطلاعات^۳ امکان شناسایی و هویت‌یابی آن‌ها میسر است؛ لیکن این دسترسی محدود به اشخاص ذی‌صلاح و در شرایط خاص و ضروری می‌گردد. بی‌هویت‌سازی کامل اطلاعات ژنتیکی کمی غیرواقع‌بینانه به نظر آمده و با دو ایراد عمده همراه است: نخست آنکه، به لحاظ تئوری مفهوم واقعی حریم خصوصی اطلاعات، دامنه وسیعی داشته و با آزادی عمل و اختیار انحصاری صاحب اطلاعات، در کنترل میزان و کیفیت دسترسی و کاربرد اطلاعات شخصی خود ملازمه دارد که این مهم به صرف عدم

1. Anonymity

۲. البته بدیهی است که نمی‌توان هیچ فرآیند امنیتی را در عمل لغزش‌ناپذیر توصیف نمود و با پیشرفت روزافزون فن‌آوری، بر احتمال شکست دایره امنیتی و امکان دسترسی مجدد به هویت چنین اطلاعاتی نیز افزوده می‌گردد.

3. Encoding

شناسایی هویت دارنده اطلاعات تأمین نمی‌گردد (Kohlmeier, 2007: 34). دیگری ایراد عملی است و آن احتمال اینکه با اعمال این روش آثار سوئی بر نتایج حاصل از تحقیقات بار گردد؛ زیرا استمرار روند پژوهش، گاه با برقراری تماس با پژوهش‌شونده جهت تطبیق اطلاعات با سایر عوامل و یا تکمیل و به‌روزرسانی آن‌ها و همچنین اخذ رضایت مجدد برای کاربرد اطلاعات در تحقیقات تازه و گسترده‌تر ملازمه دارد. با توجه به این ملاحظات، شیوه رمزگذاری که از امکان بالقوه هویت‌یابی اطلاعات بهره‌مند است، مناسب‌تر به نظر آمده و در عمل نیز با اقبال بیشتری مواجه گردیده است (Chalmers, 2006: 48).

در راستای جلب هر چه بیشتر اعتماد عموم جامعه به پژوهش‌های ژنتیکی می‌بایست تا حد امکان، جانب حریم خصوصی را نگهداشته و دسترسی به اطلاعات را صرفاً در جهت پیشبرد تحقیقات و تأمین منافع برتر اجتماع و محدود به مراجع صالح و افراد مجاز دانست. همچنین اتخاذ تدابیر پیشگیرانه در منع سوءاستفاده مقامات ذی‌صلاح از اختیارات خود در دسترسی به اطلاعات نیز حائز اهمیت بسیار است (Ekberg, 2005: 11). بند ۱۷ کدهای اخلاقی تهران نیز بر لزوم حفظ محرمانگی اطلاعات از سوی پژوهشگران تأکید دارد: «محقق موظف است که اطلاعات مربوط به آزمودنی را به عنوان راز تلقی و آن را افشاء ننموده و ضمناً شرایط عدم افشای آن را نیز فراهم نماید، مگر آنکه در این مسیر محدودیتی داشته باشد که در این صورت باید قبلاً آزمودنی را مطلع نماید».

در این میان اتخاذ تمهیدات لازم در شیوه مدیریت و روند فعالیت پایگاه‌های اطلاعاتی و پژوهشی بیش از هر چیز راهگشا خواهد بود. ضوابطی نظیر الزام به ثبت رسمی هر گونه پژوهش بر آزمودنی انسانی و تضمین شفافیت، ضابطه‌مندی و مسئولیت‌پذیری در کلیه مراحل فعالیت این پایگاه‌ها اعم از جمع‌آوری، ذخیره و نگهداری اطلاعات، چگونگی مبادله آن‌ها با سایر مراکز اطلاعاتی و انتشار نتایج حاصل از تحقیقات، ضروری می‌نماید (Lemmens & Austin, 2009: 13-14). همچنین الزام به حضور متخصصان و مشاوران، جهت حفظ کیفیت روند پژوهش و اطمینان از اعتبار و صحت محتوای اطلاعات ژنتیکی و رعایت موازین فنی و علمی در دستیابی به آن‌ها، مؤثر واقع می‌گردد.

علاوه بر این می‌بایست به تأسیس مراجع مستقل و تخصصی نظارت بر تحقیقات، به منظور ارزیابی ضرورت انجام پژوهش و سود و زیان‌های محتمل از اجرای آن و یا استماع شکایات احتمالی پژوهش‌شوندگان نیز مبادرت نمود. ماده ۱۹ اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و

حقوق بشر بر «لزوم تأسیس، ترویج و حمایت مناسب از کمیته‌های اخلاقی مستقل و متشکل از ائتلاف چندین رشته مرتبط، در راستای ارزیابی پیامدهای اخلاقی، حقوقی، علمی و اجتماعی پیرامون طرح‌های پژوهشی مرتبط با انسان ...» تأکید داشته است. در ایران نیز پس از تدوین کدهای اخلاقی تهران و از سال ۱۳۸۰، «کمیته اخلاق در پژوهش» وزارت بهداشت مسئولیت این مهم را بر عهده دارد.

۲-۲- حوزه آموزش

کاربرد اطلاعات ژنتیک در محیط‌های آموزشی (از قبیل مهدکودک، مدرسه و یا دانشگاه) از منظرهای گوناگون قابل بررسی است. از سوابق ژنتیکی می‌توان در تشخیص اختلالات یادگیری و یا پیش‌بینی زمینه‌های بروز معضلات رفتاری و انضباطی کودکان بهره جست. این اختلالات با تعلیمات تکمیلی مقدماتی، پیش از آغاز فرآیند آموزش قابل جبران است و معضلات رفتاری و انضباطی نیز با اجرای برنامه‌های آموزشی نظارت و مدیریت رفتاری و یا حتی دارودرمانی کنترل می‌گردند. محیط‌های آموزشی نظیر دانشگاه می‌توانند به مثابه جامعه آماری و نمونه‌های آزمایشی در راستای اجرای پروژه‌های عمومی تحقیقات ژنتیک عمل کنند. نتایج حاصل از این تحقیقات، سیاست‌گذاران عرصه سلامت را در کشف عوامل مؤثر در توزیع جغرافیایی برخی اختلالات ژنتیکی و سپس ترسیم برنامه‌های جامع تأمین و توسعه سلامت عمومی یاری می‌دهند. گاهی نیز می‌توان از زاویه آموزش و آگاهی‌رسانی دانش‌آموزان و دانشجویان، به عنوان بخش اعظمی از مخاطبین طرح سراسری آشنایی عموم جامعه با مزایا و معایب پیشرفت فن‌آوری ژنتیک، به موضوع نگرینست. تعلیم نسل جوان و تحصیل کرده امروز اجتماع، به تدریج و درازمدت به تربیت و آگاهی والدین و نسل آینده نیز منتهی می‌گردد (Ekberg, 2005: 5).

تمایز آشکار مداخله اطلاعات ژنتیکی در امر تحصیل و آموزش، در قیاس با سایر حوزه‌ها نظیر بیمه و یا اشتغال در این است که اکثریت قربانیان نقض حریم خصوصی در این عرصه را، اطفال، که از مهم‌ترین اقشار آسیب‌پذیر جامعه به شمار آمده، تشکیل می‌دهند. اعمال تبعیض ژنتیکی آن‌ها را در معرض پیامدهای ناگوار و درازمدت روحی و اجتماعی ناشی از بحران هویت و یا طردشدگی و انگ‌زنی از سوی اطرافیان قرار داده و گاه از حق برخورداری از فرصت برابر در آموزش و یا ورود به درجات علمی بالا در رشته‌های حساس و مهم محروم می‌گرداند.

در راستای حمایت از اطفال و صغار بر نقش والدین و سرپرستان قانونی در رشد و تربیت و ضرورت مداخله ایشان در روند اعمال حقوق کودک اذعان داریم. بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون

حقوق کودک^۱ احترام به حقوق و تکالیف والدین و حسب مورد سرپرستان قانونی در هدایت کودک برای اعمال حقوق خود را ضروری پنداشته و در ماده ۱۸ دولت‌ها را مکلف به مساعدت لازم با والدین و سرپرستان قانونی کودک در جهت ایفای مسئولیت خود در پرورش کودک نموده است. از سوی دیگر بر حفظ حریم خصوصی کودک نیز تأکید گردیده و ماده ۱۶ این کنوانسیون هر گونه ورود غیرقانونی و خودسرانه به امور خصوصی کودک را منع و حتی در بند و ماده ۴۰ حریم خصوصی کودک معارض با قانون (بزهکار) را نیز به رسمیت شناخته است. این در حالی است که تربیت مستلزم شناخت طفل و کنترل و نظارت بر ارتباطات و اطلاعات شخصی وی از سوی اولیاء و یا مربیان آموزشی می‌باشد. بدین ترتیب در فرض بروز تعارض آن با حق حریم کودک، ضرورت تأمین مصالح و منافع عالیه کودکان چنین ایجاب می‌نماید که با توجه به وضعیت خاص هر کودک، مداخله معقول و منطقی در امور خصوصی وی را پذیرفته و مراقبت و تربیت صحیح کودک را بر رعایت حریم وی مقدم بشماریم (اسدی، ۱۳۸۸: ۷-۸ و ۱۱-۱۲).

یکی از مهم‌ترین راهکارهای حل معضل تبعیض ژنتیکی کودکان در فضای آموزشی، تدارک برنامه‌های آشنایی با حقوق کودک و ایجاد نهادهای مشاوره به منظور آگاهی‌رسانی هر چه بیشتر به اولیاء و مربیان می‌باشد. همچنین می‌بایست بر تأسیس کمیته‌های تخصصی از سوی نهادهای ذی‌ربط نظیر وزارت آموزش و پرورش و یا انجمن‌های فعال در حمایت از حقوق کودکان، به منظور نظارت مستمر بر رعایت مصلحت و جلب حداکثری منافع اطفال و ممانعت از نقض ناعادلانه حریم ژنتیکی آن‌ها اهتمام ورزید. لازم به ذکر است که تا حد امکان بایستی زمینه مشارکت بیشتر خود طفل در روند تصمیم‌سازی را فراهم نموده و اتخاذ تصمیمات اساسی و غیراضطراری در خصوص افشای اطلاعات را، به فرارسیدن سن بلوغ و امکان تصمیم‌گیری صحیح و مستقل وی موکول کرد (Ekberg, 2005: 5-6).

۲-۳- حوزه قضائی و پزشکی قانونی

کاربرد اطلاعات ژنتیکی در نظام حقوقی و قضائی کشورها از وجوه مختلف قابل بررسی است. نخست می‌توان به مداخله این اطلاعات در فرآیند کشف، تحقیقات و رسیدگی قضائی اشاره داشت. تطبیق و اعلام مشابهت نمونه‌های به دست آمده از محکومین سابق و یا متهمین فعلی پرونده، با آثار و بقایای انسانی مکشوفه در صحنه جرم و یا نزد قربانیان، در

1. UN Convention on the Rights of the Child, Nov 1989.

کنوانسیون مزبور در سال ۱۳۷۲ در ایران لازم‌الاجرا گردید.

کشف هویت مجرمین و اثبات انتساب جرم به متهمین مؤثر واقع می‌گردند. همچنین در پزشکی قانونی از تطبیق نمونه‌های ژنتیکی خویشاوندان مؤثر، در شناسایی و تشخیص هویت اجساد قربانیان وقایع جنایی نظیر ترور و یا قتل عام و یا افرادی که در حوادث طبیعی و غیرمترقبه به طور جمعی به هلاکت رسیده‌اند، یاری می‌جویند (Ekberg, 2005: 7). دستورالعمل قوه قضائیه مبنی بر تشکیل بانک اطلاعات هویت ژنتیک ایران^۱ با هدف دریافت شناسه‌های ژنتیک^۲ افراد و مقایسه تطبیقی آن‌ها برای شناسایی مجرمان و یا بقایای انسانی مجهول‌الهویه در همین راستا صورت پذیرفته است.

کاربرد اطلاعات ژنتیک در پزشکی قانونی در قیاس با سایر موارد، در عمل واکنش متفاوت و حساسیت کمتری را در برداشته است. آمار گویای آن است که شصت درصد مجرمان پس از گذشت پنج سال از محکومیت دوباره به چرخه جرم برمی‌گردند. بر این اساس قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی مطلق تشکیل بانک مشخصات ژنتیک و دستیابی به اطلاعات متهمین را که معمولاً با هدف سهولت و سرعت شناسایی و تعقیب دوباره ایشان، در فرض ارتکاب مجدد جرم صورت می‌پذیرد، مجاز شمرده و اختلاف نظر تنها بر سر کیفیت دستیابی، میزان و نوع اطلاعات است (Serwin, 2008: 480, 484).^۳

لازم به ذکر است که با وجود پذیرش و اقبال عملی گسترده، کاربرد اطلاعات ژنتیکی در حوزه پزشکی قانونی هرگز خالی از اشکال نیز نبوده و با ملاحظات حفاظتی، امنیتی و اخلاقی مواجه خواهد بود. همچنین به لحاظ فنی نیز، امکان اشتباه در نتایج حاصل از این اطلاعات منتفی

۱. ماده ۲۱۱ قانون پنجم توسعه قوه قضائیه را مکلف نموده است که با همکاری سازمان پزشکی قانونی، دادستانی کل کشور و نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، اقدامات لازم را جهت تقویت و انسجام گروه‌های بررسی صحنه جرم و تهیه شناسنامه هویت ژنتیکی افراد با بهره‌گیری از نیروهای متخصص و روش‌ها و تجهیزات روزآمد به عمل آورد. به منظور اجرای تکلیف فوق بانک اطلاعات هویت ژنتیک ایران در قوه قضائیه و در زیرمجموعه سازمان پزشکی قانونی کشور تشکیل می‌گردد. (مستنبط از ماده ۱ دستورالعمل تشکیل بانک اطلاعات هویت ژنتیک ایران که در این دستورالعمل به اختصار بانک ژنتیک نامیده می‌شود).

۲. شناسه‌های ژنتیک، اطلاعات هویت ژنتیک افراد است که از آزمایش بر روی نمونه‌های زیستی به دست آمده و دارای خصوصیت منحصر به فرد بوده و از قابلیت ذخیره‌سازی الکترونیک برخوردارند (مستنبط از مواد ۱ و ۳ دستورالعمل تشکیل بانک ژنتیک).

۳. البته مقوله توان اثباتی اطلاعات ژنتیکی و جایگاه آن در میان سایر ادله اثبات دعوا کماکان ناشناخته باقی مانده و می‌بایست به نحو روشن مشخص گردد تا در فرض بروز تعارض میان ادله ژنتیکی با سایر ادله، بتوان عوامل مرجح را از یکدیگر باز شناخت.

نیست و یا گاهی به دلیل فقدان آگاهی و تجربه کافی مراجع قضائی، تفاسیر و برداشت‌های نادرستی از این اطلاعات به عمل می‌آید (Ekberg, 2005: 7). از آنجا که در رابطه میان متهم و نظام قضائی یک کشور توازن قدرت وجود ندارد، بکارگیری سازوکارهای حفظ حقوق متهمین بیش از هر چیز حائز اهمیت است. برای نمونه بند ۴ ماده ۱۲ دستورالعمل بانک ژنتیک ایران آزمایشگاه‌های طرف قرارداد را موظف می‌نماید که جهت رعایت مسائل امنیتی و حفظ حریم خصوصی افراد سیستم کدگذاری نمونه‌ها، شناسه‌های ژنتیک و اطلاعات تشخیص هویتی همراه را طبق ضوابط اعلامی از طرف بانک ژنتیک ایجاد نمایند. همچنین در ماده ۱۰ نیز حضور متخصصین علوم مرتبط و از آن جمله حقوق و اخلاق پزشکی و همکاری ایشان در اعلام نظرات مشورتی در زمینه‌های فنی، حقوقی و اخلاقی مرتبط با بانک ژنتیک را پیش‌بینی نموده است.

وجه کاربردی دیگر تحلیل اطلاعات حاصل از آزمایشات ژنتیک، به منظور کشف زمینه و گرایش‌های بروز رفتارهای مجرمانه و مخاطره‌آمیز در آینده و به عنوان ابزار بازدارنده از وقوع جرم است که در مباحث مربوط به ژنتیک رفتاری^۱ مورد بحث قرار می‌گیرند. در این فرض، با شناسایی بسترهای مستعد و جرم‌خیز، و حذف و یا کنترل عوامل محیطی و تربیتی تحریک‌کننده آن‌ها، تلاش در پیشگیری و کاهش زمینه‌های وقوع جرم می‌گردد. این وجه پیشگیرانه کاربرد اطلاعات، برخلاف وجه قبلی با ابهام و اشکالات عملی فراوان مواجه بوده و فرضیه‌ای است که اعتبار و دامنه پذیرش آن مورد تردید بوده و تاکنون به تبعات گسترده آن به نحو روشن و کاملی پرداخته نشده است.

اجمالاً می‌توان گفت که روند فوق‌الذکر در سطوح کلان و خرد قابل بررسی است؛ سطح کلان عموماً توسط دولت‌ها دنبال شده و گاهی کاربرد اطلاعات ژنتیکی در پوشش پیشگیری از وقوع جرائم، بعد وسیع‌تری یافته و به ابزار اتخاذ تدابیر اصلاح نژادی^۲ نزد سیاست‌گذاران مبدل می‌گردد. اما در سطح خرد می‌توان به دغدغه زوجین (والدین آینده) در شناسایی پیشاپیش زمینه‌های ژنتیکی مستعد در بروز رفتارهای ناهنجار و مخاطرات بالقوه ناشی از تصمیمات و تلاش ایشان در ممانعت از تولد جنین و یا درمان زود هنگام آن، اشاره نمود (Ekberg, 2005: 7-8).

۲-۴- حوزه مهاجرت

از دیگر حوزه‌هایی که در آن شاهد تمایل به مداخله در حریم خصوصی اشخاص و دستیابی به اطلاعات ژنتیکی ایشان هستیم، پدیده مهاجرت و پذیرش اتباع سایر دول در یک کشور

1. Behavioural Genetics
2. Eugenic

است. کاربرد اطلاعات ژنتیکی در این حوزه اصولاً با یکی از اهداف ذیل همراه است؛ نخست ارزیابی وضعیت سلامت متقاضی که با توجه ممانعت از بروز مخاطره در نظام سلامت کشور مهاجرپذیر و بیم ورود آسیب‌های بالقوه به شهروندان آن، به واسطه مسائلی از قبیل ازدواج و انتقال موروثی اختلال ژنتیکی صورت می‌پذیرد.^۱ همچنین از آزمایشات ژنتیک و تحلیل و مطابقت نتایج حاصل از آن، در راستای شناسایی هویت واقعی اشخاص و تشخیص صحت و سقم ادعای متقاضیان در وجود قرابت‌های خانوادگی و در نتیجه اجتناب از درخواست‌های جعلی و متقلبانه در روند اخذ پذیرش و اقامت بهره می‌جویند.

به‌رغم مزایای برشمرده از کاربرد اطلاعات ژنتیکی، امکان سوءاستفاده مقامات دولتی و مأمورین ذی‌صلاح در امور مهاجرت و پناهندگی نیز منتفی نبوده و در قالب تحمیل انجام آزمایشات ژنتیک و اعمال محدودیت و تبعیض مبتنی بر آن، در اعطای حقوق معمول شهروندی نظیر حق استخدام و یا بیمه‌های اجتماعی به ایشان قابل تصور است. در همین راستا اعلامیه حقوق بشر افرادی که تابعیت کشور محل سکونت خود را ندارند^۲ ضمن شناسایی حق حمایت از بیگانگان در برابر مداخله خودسرانه و یا غیرقانونی در حریم خصوصی (ماده ۵)، در ماده ۶ چنین بیان می‌دارد: «... هیچ بیگانه‌ای نباید بدون رضایت آزادانه به مشارکت در آزمایشات پزشکی و یا علمی ملزم گردد». بند ۳ ماده ۱۷ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان^۳ نیز مقرر داشته است: «دول متعاقد با نظر مساعد کوشش خواهند کرد که حقوق مربوط به استخدام پناهندگان خصوصاً پناهندگانی را که به موجب برنامه‌های مربوط به استخدام کارگر یا برنامه‌های مهاجرتی وارد سرزمین آن‌ها شده‌اند با حقوق اتباع خود در این مورد مشابه و یکسان نمایند». همچنین به منظور مقابله با تصمیمات مغرضانه دولت‌ها در اخراج بیگانگان و یا پذیرش و رد درخواست مهاجرت، در ماده ۳۲ این کنوانسیون، اخراج پناهنده جز به دلایل حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی پذیرفته نشده است.^۴

۱. شایان ذکر است که روند مذکور پیش از این نیز پیرامون سایر اطلاعات پزشکی افراد و یا در قالب رویه قرنطینه مسافرتی، به منظور اطمینان از عدم ابتلای آن‌ها به بیماری‌های واگیردار و خطرناک رواج داشته است.

2. Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live, Dec 1985.

3. UN Convention Relating to the Status of Refugees, 1951, Protocol 1967.

۴. ماده ۳۲ چنین اشعار می‌دارد: «دول متعاقد پناهنده‌ای را که به طور منظم در سرزمین آنان به سر می‌برند اخراج نخواهند کرد، مگر به دلایل حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی ... اما پناهنده‌ای که طبق دلایل کافی وجودش برای امنیت کشوری که در آن به سر می‌برد خطرناک بوده یا طبق رأی قطعی دادگاه محکوم به ارتکاب جرم یا جنایت مهمی شده و مضر به حال جامعه کشور تشخیص داده شود نمی‌تواند دعوی استفاده از مقررات مذکور در این ماده را بنماید».

بیگانگان در مقایسه با شهروندان کشور، در برابر تصمیمات خودسرانه و یک جانبه دولت، آسیب پذیرتر بوده و از امکان دفاع کمتری برخوردارند. راهکار مناسب جهت ممانعت از اعمال تبعیضات غیرمنصفانه علیه آن‌ها تأسیس سازمان‌های بین‌المللی و نهادهایی فراملی است که از طریق نمایندگان خود در هر یک از کشورها، به نحوی بی‌طرف و کارآمد، مبادرت به نظارت بر روند پذیرش و رد تقاضای مهاجرت و چگونگی پاسخگویی و تعامل دولت‌ها با بیگانگان نمایند. در حال حاضر کمیساریای عالی حقوق بشر دارای گروه کاری خاصی برای مهاجرت می‌باشد. همچنین کنوانسیون حقوق همه کارگران مهاجر و خانواده‌های آنان^۱ که با هدف احترام به حقوق بشر مهاجران و رعایت و ضمانت رفتار برابر و شرایط کار مشابه ایشان با اتباع کشورها تدوین گردیده، در ماده ۷۲ تشکیل «کمیته حمایت از حقوق کارگران و خانواده‌های آنان»، با اعضای منتخب از نظام‌های حقوقی مختلف و توزیع عادلانه جغرافیایی را پیش‌بینی نموده است. این کمیته از سازوکار اجرایی و نظام دریافت شکوائیه برخوردار است که هم دولت‌های عضو می‌توانند در مورد دول عضو دیگر از آن بهره‌جویند و هم افراد به آن متوسل شوند (مواد ۷۶ و ۷۷). همچنین تمهیداتی در خصوص ایفای نقش سازمان‌های تخصصی نظیر سازمان بین‌المللی کار در ارائه اظهارنظر کارشناسی پیرامون صحت و سقم گزارش‌های مطروحه و یا حل و فصل اختلافات دارد (مصفا، ۱۳۸۷: ۷۴-۷۶).

نتیجه‌گیری

حریم ژنتیکی، مصداقی بارز از حق بنیادین حریم خصوصی اشخاص به شمار آمده که در راستای پاسداری از کرامت و استقلال انسان، همواره بر لزوم حفظ آن تأکید می‌گردد، اما هرگز نباید با نگاه یک‌سویه، آن را حقی مطلق، تام و سلب‌ناشدنی تلقی نمود. زیرا در بسیاری از موارد، به واسطه تمایل به کاربرد اطلاعات ژنتیکی و بهره‌مندی از مزایای حاصل از آن در تأمین منافع دیگر افراد و یا تضمین مصالح عمومی اجتماع، در گزینش التزام به قاعده حفظ حریم خصوصی و یا تجویز دستیابی به اطلاعات ژنتیکی اشخاص با تعارض مواجه هستیم.

بررسی حوزه‌های گوناگون از روابط اجتماعی که مداخله احتمالی اطلاعات ژنتیکی در آن‌ها، بستر بروز تعارض در حفظ حریم ژنتیکی اشخاص و یا ورود به قلمروی اطلاعات شخصی ایشان را فراهم ساخته، حکایت از آن دارد که به‌رغم گسترش روزافزون کاربرد اطلاعات ژنتیکی در عرصه پزشکی و درمان و همچنین توسعه بیش از پیش آن به حوزه‌های غیردرمانی، تاکنون گامی مؤثر و

1. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990.

جدی در شناسایی پیامدهای گسترده موضوع برداشته نشده و حمایت قانونی و قضائی لازم در حل تعارضات محتمل و رفع چالش‌های حقوقی و اخلاقی پیرامون آن به عمل نیامده است. لذا در راستای افزایش اعتماد عموم به بهره‌مندی از دستاوردهای دانش ژنتیک و در عین حال تأمین انتظارات اجتماع در حفظ استقلال بشر و حریم ژنتیکی اشخاص، می‌بایست به دو ضرورت قانونگذاری جامع و مناسب همزمان با آموزش و آگاهی‌رسانی عمومی در سطوح مختلف جامعه اهتمام ورزید.

رفع خلاءهای قانونی در خصوص کاربرد اطلاعات ژنتیکی و حفظ حریم خصوصی در قلمروی این اطلاعات، جز با مشارکت عمومی و حضور متخصصان مرتبط اعم از حقوقدانان، اخلاقیون، علمای مذهبی، جامعه‌شناسان، روانشناسان، پزشکان و مشاوران ژنتیک و همچنین تلاش در بهره‌مندی و بومی‌سازی تجربیات سایر نظام‌های حقوقی میسر نمی‌گردد. مقررات می‌بایست به نحوی تنظیم گردند که بالواقع در تصمیم‌سازی اشخاص و افزودن اشتیاق و اطمینان ایشان به مشارکت در آزمایشات و پژوهش‌های ژنتیک مؤثر بوده و بازتاب و نمود عملی داشته باشند؛ زیرا نه صرف تقنین و قاعده‌گذاری، بلکه کارآمدی مقررات است که اعتماد عموم جامعه را به ارمغان خواهد آورد. لازمه نیل به کارآمدی مزبور این است که در وهله نخست مقرره‌های قانونی در جهت کاهش مخاطرات و آسیب‌های احتمالی از کاربرد اطلاعات ژنتیکی گام بردارند. همچنین نهادهای ناظر و مراجعی جهت جبران خسارت و اقامه دعوا از جانب قربانیان تجاوز به حریم و اعمال تبعیض ژنتیکی فراهم و برای خاطبان و ناقضان مقررات، ضمانت اجرای مناسب و بازدارنده پیش‌بینی شود.

یافته‌های حاصل از بررسی کاربرد اطلاعات ژنتیکی در مقاصد غیردرمانی، گویای آن است که در تنظیم ضوابط و دستورالعمل‌ها می‌بایست از رویکرد سنتی منع کلی مداخله این اطلاعات فاصله گرفت؛ زیرا از یک سو این ممانعت منجر به نادیده انگاشتن منافع بالقوه از کاربرد اطلاعات ژنتیکی برای سایر اشخاص، نهادهای اقتصادی و یا جامعه گردیده و از سوی دیگر در عمل و به واسطه اقتضات گوناگون، گریزی از ورود استثنائات بسیار بر آن نبوده که این خود از کارکرد و اعتبار یک قاعده کلی خواهد کاست. بنابراین بهتر است به راهکارهایی عملی و واقع‌بینانه در کنترل و ایجاد محدودیت در دستیابی به اطلاعات روی آورد؛ بدین معنا که میان افشای معقول و متناسب با افشای زیانبار و مسئولیت‌زای اطلاعات و اعمال تبعیض ژنتیکی منصفانه در مقابل تبعیضات ناموجه قائل به تفکیک بود و البته در تعیین میزان افشاء و دسترسی به اطلاعات نیز همواره به قدر کفایت و رفع ضرورت بسنده نمود.

صرف تقنین و قاعده‌گذاری هرگز از عهده رفع چالش‌های موجود برنیامده و قانونگذاری بدون تفاهم، آگاهی و درک عموم منجر به نارسایی و ناکارآمدی قواعد حقوقی می‌گردد. از این

رهگذر است که به ضرورت آموزش عمومی به اقشار مختلف جامعه، در راستای شفاف‌سازی هر چه بیشتر و کاهش حساسیت و واکنش‌های نادرست افکار عمومی به مقوله کاربرد اطلاعات ژنتیکی در حوزه‌های مختلف رهنمون می‌گردیم. افزایش آگاهی، زمینه تصمیم‌گیری و انتخاب معقول و شایسته افراد را فراهم نموده و به کاهش آسیب‌پذیری ایشان در مقابل مخاطرات و یا سوءاستفاده‌های احتمالی منتهی می‌گردد. ارتقای سطح آگاهی عمومی افراد جامعه بیش از هر چیز از طریق توسعه مراکز تخصصی ارائه مشاوره‌های ژنتیک در فرآیند انجام تحقیقات و یا اقدامات پزشکی و درمانی صورت پذیرفته که با ارائه اطلاعات علمی، تحلیلی و قابل درک برای مخاطب، در اصلاح نگرش منفی اشخاص و به ویژه بیماران مؤثر واقع گردیده و بدین ترتیب زمینه اتخاذ تصمیمات درست و مناسب از سوی ایشان را فراهم می‌سازند.

بکارگیری تمهیدات دیگر نظیر برگزاری متناوب سخنرانی و همایش‌های علمی با حضور متخصصان و جذب مشارکت سازمان‌های دولتی و خصوصی داخلی یا بین‌المللی به این گونه فعالیت‌ها؛ ترویج و مبادله اطلاعات آموزنده از طریق انتشار و توزیع کتابچه‌های راهنما در اماکن عمومی؛ طراحی برنامه‌های آموزشی در سطح مدارس برای دانش‌آموزان و اولیای ایشان؛ تأسیس پایگاه‌های مجازی اطلاعات و نظارت بر صحت و کیفیت علمی و فنی محتوای مطالب ارائه شده در آن‌ها؛ افزایش کمیت و کیفیت گزارشات منتشره از فن‌آوری و دستاوردهای دانش ژنتیک در رسانه‌های ارتباط جمعی و ایجاد زمینه آشنایی هر چه بیشتر افراد جامعه با قوانین حمایتی حاکم و سازمان‌های مرتبط در این حوزه، تأثیراتی گسترده و البته تدریجی در افزایش آگاهی و فهم عمومی به بار خواهد داشت.

منابع

الف - فارسی

۱. اسدی، لیلا سادات؛ «حریم خصوصی کودک و حق والدین بر تربیت»، نشریه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۵۰.
۲. انصاری، باقر؛ *حقوق حریم خصوصی*، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. عباسی، محمود؛ *افشاء اسرار بیماران*، تهران، انتشارات حقوقی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۴. فخرزاد، مریم؛ فخرزاد، نورالهدی؛ دهقانی، مریم؛ «نقش پرونده الکترونیک سلامت در ارائه اطلاعات بهداشتی»، فصلنامه دانشگاهی یادگیری الکترونیکی (مدیا)، جلد ۴، دوره ۲، زمستان ۱۳۹۰. <<http://mediaj.sums.ac.ir/online>>

۵. مصفا، نسرین؛ «نگرشی به کنوانسیون بین‌المللی حقوق همه کارگران مهاجر و خانواده‌های آنان»، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۲۲، ۱۳۸۷، شماره ۱.
۶. آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی وابسته در سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، شورای عالی سازمان نظام پزشکی، مصوب ۱۳۸۴.
۷. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸.
۸. قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار مصوب ۱۳۲۰ و الحاقات ۱۳۴۷.
۹. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۱۰. کدهای حفاظت آزمودنی انسانی در پژوهش‌های علوم پزشکی مصوب ۱۳۷۸.
۱۱. ماده واحده ثبت و گزارش اجباری بیماری‌های سرطانی مصوب ۱۳۶۳.
۱۲. منشور حقوق بیمار ایران، معاونت سلامت وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۸۱.

ب- لاتین

13. Brockett, Patrick L; 1999, MacMinn Richard and Carter Maureen; "**Genetic Testing, Insurance Economics and Societal Responsibility**", North American Actuarial Journal, Vol 3, No.1.
14. Chalmers, Don; 2006, "**Privacy and Biobank Research: Weighing Private and Public Interests**", Journal of Law, Information and Science, Vol 17.
15. Ekberg, Merryn; 2005, "**Governing the Risks Emerging From the Non-Medical Uses of Genetic Testing**", Australian Journal of Emerging Technologies and Society, Vol. 3, No. 1.
16. Guttikonda, Mahati; 2005, "**Adressing the Emergent Dilemma of Genetic Discrimination in Underwriting Life Insurance**", Journal of Legislation and Public Policy, Vol. 8.
17. Hall, Mark A; 1999, "**Restricting Insurers' Use of Genetic Information: A Guide to Public Policy**", North American Actuarial Journal, Vol. 3, No. 1.
18. Hall, Mark A. and Rich Stephan S; 2000, "**Genetic Privacy Laws and Patients' Fear of Discrimination by Health Insurers: The View from Genetic Counselors**", Journal of Law, Medicine and Ethics, Vol. 28, No. 3.
19. Katz, Gregory and Schweitzer Stuart O; 2010, "**Implications of Genetic Testing for Health Policy**", Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics, Vol. 10.
20. Kohlmeier, Gabrielle; 2007, "**The Risky Business of Lifestyle Genetic Testing: Protecting Against Harmful Disclosure of Genetic Information**", UCLA Journal of Law and Technology.

21. Laurie, Graeme; 2004, *Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms*, Cambridge University Press.
22. Lemmens, Trudo and Austin, Lisa M; 2009, "**The End of Individual Control Over Health Information: Promoting Fair Information Practices and Governance of Biobank Research**", accessed: <<http://ssrn.com/abstract=1337695>>.
23. Lowden, Alexander; 1999, "**Ethical Issues Resulting From Genetic Technology**", North American Actuarial Journal, Vol. 3, No. 1.
24. Rothstein, Mark A; 1998, "**Genetic Privacy and Confidentiality: Why They Are So Hard to Protect**", Journal of Law, Medicine & Ethic, Vol. 26.
25. Rothstein, Mark A; Gelb, Betsy D. and Craig Steven G; 1998, "**Protecting Genetic Privacy by Permitting Employer Access to Job-Related Employee Medical Information: Analysis of a Unique Minnesota Law**", American Journal of Law & Medicine, Vol XXIV, No. 4.
26. Serwin, Andrew B; 2005, "**Protecting the Privacy of Genetic Information**", Privacy & Data Security Law Journal, 2008.
27. Setoyama, Koichi; "**Privacy of Genetic Information**", Osaka University Law Review, No.52.
28. Sharpe, Neil F. and Carter, Ronald F; 2006, *Genetic Testing: Care, Consent and Liability*, John Wiley and Sons Ltd Publication, UK.
29. Suarez, Rebecca; 2012, "**Breaching Doctor-Patient Confidentiality: Confusion Among Physicans About Involuntary Disclosure of Genetic Information**", Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 21.
30. Genetic Information Non-discrimination Act (GINA), United States of America, 2008.
31. Genetic Privacy and Non-discrimination Bill, Australia, 1998 [2008].
32. Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live, Dec 1985.
33. UN Convention Relating to the Status of Refugees, 1951, Protocol 1967.
34. UN Convention on the Rights of the Child, Nov 1989.
35. UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, December 1966.
36. UNESCO International Declaration on Human Genetic Data, October 2003.
37. UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 2005.
38. WHO International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1997.

افول دکترین نامحدود بودن اختیارات شورای امنیت در آئینه عروج دیوان دادگستری اروپا

سید قاسم زمانی^۱

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۴/۱۱

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی تاریخ تأیید: ۹۳/۰۶/۱۸

حوریه حسینی اکبرنژاد^۲

دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبایی

چکیده

رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه کادی، مبتنی بر برتری دادن استانداردهای حقوق بشری بر ضمانت اجرای اتخاذ شده توسط شورای امنیت می‌باشد. اعضای ملل متحد در حالی که به طور کامل در قبال قطعنامه‌های شورای امنیت ملتزم می‌باشند، در صورت تعارض میان ایفای این تعهدات و اعمال حقوق بشر بنیادین افراد بر طبق حقوق اتحادیه اروپا، از اجرای بخشی از قطعنامه مذکور معاف می‌باشند. تأکید ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد بر جایگاه منشور، به عنوان قواعد برتر جامعه بین‌المللی، نباید ما را از توجه به اهمیت سایر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوق بشری غافل سازد. بنابراین در صورت وجود تعارض میان قطعنامه‌های شورای امنیت و حقوق بنیادین بشر بر طبق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، نه اتحادیه اروپا و نه دولت‌های عضو آن مجاز به اجرای قطعنامه‌هایی که منجر به نقض حقوق بنیادین که در نظام حقوقی مستقل اروپا تضمین شده است، نمی‌باشند.

واژگان کلیدی: شورای امنیت، حقوق بشر، دیوان دادگستری اروپا، دیوان اروپایی حقوق بشر، تعارض تعهدات، قواعد آمره

مقدمه

ایجاد سازش میان فعالیت‌های شورای امنیت در زمینه صلح و امنیت بین‌المللی و فعالیت‌های آن ارکانی که به امر توسعه و ترویج احترام به حقوق بشر اشتغال دارند، در گرو دادن چهره انسانی به اقدامات شورای امنیت در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، از طریق احترام به قواعد و اصول حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه در چارچوب رژیم تحریم‌های اعمالی می‌باشد (ممتاز، ۱۳۸۷: ۳۴۳-۳۴۴). اکنون شاهد آن هستیم که به تدریج یک سلسله مراتب هنجاری در میان قواعد و هنجارهای حقوق بین‌الملل، فراتر از قلمرو حقوق معاهدات، در

1. Email: drghzamani@gmail.com

«نویسنده مسئول»

2. Email: hooriehhosseini@yahoo.com

حال شکل‌گیری و به رسمیت شناخته شدن است که دارای آثار و تبعات مستقیم بر مناسبات متقابل میان نظام‌های حقوقی متعدد حقوق بین‌الملل بوده است. به رسمیت شناختن خصیصه «آمره» برای برخی از قواعد و هنجارهای حقوق بشری، بر چگونگی حل تعارضات موجود میان قواعد و نظام‌های حقوقی متعدد حقوق بین‌الملل^۱، از جمله تعارض میان نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت و نظام حقوق بشر، تعارض میان نظام حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و نظام حقوق بشر، تعارض میان نظام حقوق مالکیت فکری و نظام حقوق بشر، تعارض میان نظام حقوق بین‌الملل محیط زیست و حقوق بین‌الملل اقتصادی^۲ و دیگر موارد متعدد تعارض میان نظام‌ها، تأثیرات انکارناپذیر داشته است (de Wet, 2011:112).

سؤال اساسی این است که در صورت بروز تعارض میان حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و قواعد حقوق بین‌الملل بشر، کدامیک بر دیگری تقدم و اولویت خواهد داشت (شایگان، ۱۳۹۰: ۲۵). از جهت حقوقی شورای امنیت نمی‌تواند با استناد به صلح و امنیت بین‌المللی، موازین حقوق بشر را نقض نماید. وضع تحریم‌های ناقض حقوق بشر، تخلف از مواد مختلف منشور و مقررات حقوق بین‌الملل بوده و فاقد مشروعیت است (زمانی و زنگنه، ۱۳۹۲: ۴۴-۴۵).

۱. تورم هنجاری موجود در عرصه حقوق بین‌الملل می‌تواند تهدیدی برای یکپارچگی آن محسوب شود، این امر به ویژه با توجه به فقدان یک قوه قانونگذاری متمرکز، فقدان ارکان قضایی واجد صلاحیت اجباری و عام و فقدان یک حکمرانی متمرکز فراتر از رضایت فردی دولت‌ها در سیستم حقوق بین‌الملل می‌تواند حائز اهمیت باشد. از این رو، چندان جای تعجب نمی‌باشد که اکنون شاهد آن هستیم اندیشمندان و حقوقدانان در آثار متعددی بر امکان همپوشانی و گاهی امکان بروز تعارض میان سیستم‌ها یا نظام‌های فرعی حقوق بین‌الملل که مشتمل بر هنجارهای متفاوت می‌باشند، تمرکز نموده و از دیدگاه‌های مختلف آن را مورد بررسی قرار داده‌اند. واقعیت آن است که در شرایط کنونی، دولت‌ها با سردرگمی مواجه‌اند که از میان قواعد و هنجارهای متنوع موجود، کدامیک را تبعیت نمایند، در حالی که ممکن است تبعیت از این قواعد، در همان زمان منجر به نقض قواعد دیگر شود. ر. ک:

Book Review, EJIL, Vol. 23, 2012, pp. 583-604, Tomer Broude and Yuval Shany (eds). *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 344.

۲. از دیدگاه برخی از حقوقدانان، از آنجایی که تحقق حداقل توسعه پایدار، مستلزم ادغام ملاحظات زیست محیطی در موضوعات مربوط به توسعه اقتصادی و اجتماعی است، بنابراین، مفهوم توسعه پایدار می‌تواند ابزار مفیدی برای حل تعارضات موجود میان قواعد و هنجارها در زمینه‌های مذکور باشد. در صورت بروز تعارض میان قواعد زیست محیطی و قواعد اقتصادی، استناد به توسعه پایدار می‌تواند برقراری موازنه میان قواعد را میسر نماید. توسعه پایدار می‌تواند به عنوان یکی از قواعد حل تعارض مورد توجه قرار گیرد. ر. ک:

Virginie Barral, "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *European Journal of International Law*, 2012, Vol. 23 No. 2, p. 395.

رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه کادی در جولای ۲۰۱۳^۱ و رأی دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه نادا در سپتامبر ۲۰۱۳^۲، مبتنی بر برتری دادن استانداردهای حقوق بشری بر ضمانت اجرای اتخاذ شده توسط شورای امنیت می‌باشد که مبتنی بر قطعنامه ۱۲۶۷ (مصوب ۱۹۹۹) می‌باشد.^۳ قضیه کادی^۴ از جمله قضایای بسیار چالش برانگیز است که در سال‌های اخیر، بحث‌های زیادی را در آثار حقوقدانان به خود اختصاص داده است.^۵ فقدان یک مرجع قضایی مستقل در چارچوب ملل متحد به منظور رسیدگی به شکایت‌های افرادی که مشمول ضمانت اجرای شورای امنیت در راستای اقدامات این نهاد در مبارزه با تروریسم می‌شوند، سبب شده است که

1. Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, European Commission and the Council of the European Union v. Yassin Abdullah Kadi (18 July 2013).

2. *Nada v. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, ECtHR (Judgment) [Grand Chamber] (12 September 2012).

واقعیت این است که رویه هر دو نهاد مذکور (دیوان دادگستری اروپا و دیوان اروپایی حقوق بشر) بسیار حائز اهمیت می‌باشد. رویه دیوان اروپایی حقوق بشر می‌تواند بر رویه ۴۷ کشور عضو شورای اروپا و رویه دیوان دادگستری اروپا نیز بر رویه ۲۸ دولت عضو تشکیل دهند اتحادیه اروپا می‌تواند تأثیر بسزایی داشته باشد. نکته حائز اهمیت این است که دو عضو دائم شورای امنیت یعنی فرانسه و انگلیس نیز در زمره این کشورهای اروپایی می‌باشند.

3. SC Res. 1267 (15 October 1999).

قطعنامه‌های بعدی شورای امنیت که بر مبنای قطعنامه مذکور به تصویب رسیده‌اند، عبارتند از:

SC Res. 1333 (19 December 2000); SC Res. 1390 (28 January 2002); SC Res. 1455 (17 January 2003); SC Res. 1526 (30 January 2004); SC Res. 1617 (29 July 2005); SC Res. 1735 (22 December 2006); SC Res. 1822 (30 June 2008) and SC Res. 1904 (17 December 2009).

قضیه کادی در سال ۲۰۰۵ برای نخستین بار در دادگاه بدوی مطرح گردید. دادگاه بدوی در رأی نهایی، خود را ذی‌صلاح جهت ارزیابی عملکرد شورای امنیت قلمداد نمود.

Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2005] ECR II-3649 (21 September 2005).

۴. از این رو، خواهان به طرح دعوا در دیوان دادگستری اروپا مبادرت نمود و در نهایت دیوان در رأی ۲۰۰۸ خود، برتری تعهدات حقوق بشری دولت‌ها بر تعهدات ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت را مورد تصریح قرار داد.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05, P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, [2008] ECR I 6351 (3 September 2008) (Kadi CJEU I).

دیوان دادگستری اروپا مجدداً در جولای ۲۰۱۳، رأی خود را مورد تجدید نظر قرار داد.

Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *European Commission and the Council of the European Union v. Yassin Abdullah Kadi* (18 July 2013) (Kadi CJEU II).

5. Antonios Tzanakopoulos, "Collective Security in Human Rights", in: Erika de Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p.42; Erika de Wet, "Human Rights Considerations and the Enforcement of Targeted Sanctions in Europe: the Emergence of Core Standards of Judicial Protection", in: Bardo Fassbender (ed.), *Securing Human Rights? Achievements and Challenges of the UN Security Council*, Oxford: Oxford University Press, p.141; Gráinne de Búrca, "The ECJ and the International Legal Order after Kadi", *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, 2010.

رویه مکانیسم‌های منطقه‌ای به خصوص در چارچوب شورای اروپا در این زمینه، بیش از پیش واجد اهمیت گردد (de Wet, 2011: 790).

۱- التزام دولت‌ها در قبال حقوق بنیادین بشر بر طبق منشور ملل متحد و نظم حقوقی اتحادیه اروپا

فقدان حمایت مقتضی و مناسب از حقوق بنیادین بشر افراد در سیستم ملل متحد از جمله در قطعنامه‌های صادره از شورای امنیت، سبب بروز تعارض میان نظم حقوقی ملل متحد و نظم حقوقی اتحادیه اروپا - که حمایت بیشتری از حقوق بنیادین افراد به عمل می‌آورد - شده است و نمونه بارز این امر را می‌توان در قضیه کادی مشاهده نمود (Scheinin, 2009: 637).^۱

از دیدگاه برخی از حقوقدانان، در حالی که در منشور ملل متحد مقررۀ صریحی در خصوص مأموریت شورای امنیت در راستای ارتقاء، حمایت و اجرای حقوق بشر وجود ندارد، در دهه‌های اخیر شاهد آن بوده‌ایم که شورای امنیت تحت عنوان حمایت از حقوق بشر، مبادرت به اتخاذ اقدامات الزام‌آور نموده است. از این رو، به نظر می‌رسد که در دهه‌های اخیر، یک ارتباط مفهومی میان حقوق بشر و صلح و امنیت بین‌المللی، در حال شکل‌گیری است. در طول بیش از شش دهه که از تصویب منشور ملل متحد گذشته است، شاهد آن هستیم که مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، دستخوش تحولاتی شده است. آنچه در این تحولات مفهومی، حایز اهمیت است این است که برقراری ارتباط متقابل میان صلح و امنیت بین‌المللی و حقوق بشر، جای هیچ تردیدی را باقی نمی‌گذارد که شورای امنیت می‌بایست بیش از دهه‌های گذشته خود را در قبال تعهدات حقوق بین‌الملل بشر، ملتزم بداند و کلیه اقدامات خود از جمله تحریم‌های هدفمند علیه اشخاص حقیقی و حقوقی را در چارچوب احترام به حقوق بنیادین افراد اتخاذ نماید (Daphna, 2011).

۱-۱- منشور ملل متحد و ایجاد سلسله مراتب میان قواعد در حقوق بین‌الملل

یکی از ویژگی‌های وجود قانون اساسی در یک سیستم حقوقی، ایجاد سلسله مراتب میان قواعد و هنجارهای آن سیستم می‌باشد. پس از لازم‌الاجرا شدن قانون اساسی، تمامی قواعد جامعه باید منطبق با استانداردهای مندرج در قانون اساسی باشد. منشور ملل متحد بر وجود چنین سلسله مراتبی میان قواعد تصریح کرده است. بر طبق ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، در صورت وجود تعارض میان

۱. از دیدگاه برخی از حقوقدانان، در بسیاری موارد ضمانت اجراهای مندرج در قطعنامه‌های شورای امنیت منجر به نقض حقوق بنیادین بشر و آزادی‌های اساسی افراد می‌شود.

قواعد مندرج در منشور با سایر قواعد، باید مفاد منشور ملل متحد برتری داده شود. برتری منشور ملل متحد، همچنین در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی نیز مورد بحث قرار گرفته است (Fassbender, 2009: 103). دیوان در این قضیه تأکید نمود که قطعنامه ۷۴۸ شورای امنیت (مصوب ۱۹۹۲)، در مقایسه با تمامی حقوق ادعایی دولت لیبی بر طبق کنوانسیون موئترال از برتری برخوردار است و واجد خصیصه الزام‌آور است (Lockerbie, 1992 ICJ Rep: 39-41).

از دیدگاه توماس چت، منشور ملل متحد اکنون از دیدگاه تمامی دولت‌ها به مثابه یک سند مؤسس برای جامعه بین‌المللی قلمداد می‌شود که چارچوب تمامی اقدامات دولت‌ها را تعیین می‌کند (Tomuschat, 1992: 38, 43-44). این نوع طرز تلقی در رأی صادره توسط دادگاه بدوی در قضیه کادی که در شورای اوپا مطرح گردید، نیز مورد تأیید واقع شد. در این رأی خاطر نشان شد: «از منظر حقوق بین‌الملل، تعهدت دولت‌های عضو ملل متحد، بر طبق منشور ملل متحد، بر تمامی تعهدات دیگر آن‌ها بر طبق حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل برتری دارد. برای دولت‌های عضو شورای اروپا نیز، کلیه تعهدات آن‌ها بر طبق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نیز تعهدات آن‌ها بر طبق سایر اسناد و معاهدات مربوط به جوامع اروپایی باید منطبق باشد با مفاد منشور ملل متحد از جمله ماده ۱۰۳ منشور که ناظر بر اولویت منشور بر سایر تعهدات بین‌المللی است (Ahmed Ali Yusuf Case & ..., 2005: 231-233).

۲-۱- قواعد حقوق بشری: واجد خصیصه قوانین ناظر بر نظم عمومی جامعه بین‌المللی

از دیدگاه برخی از حقوقدانان، تأکید بر جایگاه منشور ملل متحد به عنوان قواعد برتر جامعه بین‌المللی، نباید ما را از توجه به اهمیت سایر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوق بشری غافل سازد. قواعد حقوق بشری از جمله دو میثاق بین‌المللی حقوق بشری و کنوانسیون منع و مجازات شکنجه، به عنوان قواعد ناظر بر نظم جامعه بین‌المللی قلمداد می‌گردند. با توجه به اهمیت و جایگاه حقوق بشر در مفاد منشور ملل متحد، می‌توان نتیجه گرفت که قواعد حقوق بشری نیز واجد خصیصه اساسی و حایز اهمیت برای جامعه می‌باشد (Fassbender, 2009: 122).

۲- محدودیت‌های شورای امنیت در اقدام بر طبق فصل هفتم منشور ملل متحد بر اساس سلسله مراتب میان قواعد حقوق بین‌الملل

در زمان تدوین و تصویب منشور ملل متحد، هیچ‌گونه مأموریت و کارکردی در رابطه با حقوق بشر برای شورای امنیت لحاظ نشده بود، اما متعاقب شکل‌گیری تدریجی سلسله مراتب

میان قواعد و هنجارهای حقوق بین‌الملل، و بین‌المللی شدن قواعد حقوق بشری، ضرورت ایجاد می‌نمود که یک تفسیر موسع از مأموریت شورای امنیت ارائه گردد. با توجه به اینکه اهداف و اصول منشور متحد، صرفاً محدود به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نمی‌شود، بلکه موضوعات خطیری نظیر ملاحظات حقوق بشردوستانه و حقوق بشری، اقتصادی و اجتماعی را نیز در بر می‌گیرد؛ بنابراین شورای امنیت باید در ایفای مأموریت خویش، خود را در قبال حمایت از حقوق بشر افراد نیز ملزم بداند (Gowlland-Debbas, 2011:3).

۲-۱- جایگاه قواعد حقوق بشری در سلسله مراتب هنجاری موجود بر طبق ماده ۱۰۳ منشور

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، یک سلسله مراتبی را میان قواعد حقوق بین‌الملل مقرر می‌کند که به موجب آن، در صورت بروز تعارض میان تعهدات دولت‌های عضو ملل متحد بر طبق منشور حاضر با سایر تعهدات آن‌ها بر طبق دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، تعهدات آن‌ها بر طبق منشور ملل متحد از اولویت برخوردار خواهد بود. اگر چه منشور ملل متحد، به طور مشخص دربرگیرنده تعهدات حقوق بشری معینی نمی‌باشد، اما ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، ناظر بر کلیه اقدامات حقوق بشری بعدی می‌باشد که در راستای اجرای تعهدات کلی مندرج در منشور اتخاذ شده‌اند. البته در سطح منطقه‌ای، دیوان اروپایی حقوق بشر، به طور مکرر در رویه خود، برتری قواعد حقوق بشری مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را بر سایر تعهدات بین‌المللی دولت‌های عضو، مورد تأکید قرار داده است. دیوان در رویه خود، تعهدات حقوق بشری دولت‌ها بر طبق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را واجد خصیصه «الزام‌آور بودن»^۱ قلمداد نموده^۲ و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به عنوان «سند اساسی نظم عمومی اتحادیه اروپا»^۳ به رسمیت شناخته است (Loizidou v. Turke, preliminary objections: 75). دیوان به صراحت مسئولیت دولت‌های عضو را در قبال انطباق کلیه اقدامات بعدی خود با مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مورد تأکید قرار داده است (Bosphorus Case, 2005: 154).

۲-۲- ماده ۱۰۳ و حل تعارض میان تصمیمات شورای امنیت و قواعد آمره

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا ممکن است میان هنجارها و قواعد مندرج در منشور و قواعد آمره، تعارض به وجود بیاید و در صورت بروز چنین تعارضی، کدامیک

1. peremptory character

2. ECHR, Bosphorus Hava Yollari Turzım ve. Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Case 45036/98, judgment of 30 June 2005, at para. 154.

3. a 'constitutional instrument of European public order'

از قواعد، از اولویت برخوردار خواهد بود. اگر چه منشور ملل متحد در مورد رابطه میان خود و قواعد آمره، سکوت اختیار نموده است، اما منطقی به نظر می‌رسد که قواعد و هنجارهای مندرج در منشور باید منطبق با قواعد آمره باشد. دلیل اصلی این امر نیز مربوط به مفهوم منشور ملل متحد است که به مثابه چارچوبی می‌باشد که تمامی قواعد و هنجارهای گذشته و آینده را به یکدیگر مرتبط می‌کند. در زمانی که منشور تدوین گردید، در واقع، قواعد عرفی سابق را در قالب یک معاهده، درآورد (de Wet, 2004: 183, 188)؛ از آنجایی که در آینده نیز قواعد عرفی و قواعد آمره جدید به وجود خواهد آمد، بنابراین، علی‌القاعده این قواعد نمی‌تواند به لحاظ ماهوی، مغایر با مفاد قواعد مندرج در منشور ملل متحد باشد (Watson, 1993: 37).

بر طبق مفاد کنوانسیون حقوق معاهدات وین، در صورتی که یک معاهده در تعارض با قواعد آمره باشد، باطل و بی‌اثر خواهد بود و دولت‌های عضو نیز ملزم می‌باشند تا حد امکان آثار و نتایج ناشی از اقدامات خود را که در تعارض با قواعد آمره است، امحاء نمایند. با توجه به اینکه منشور ملل متحد نیز یک معاهده بین‌المللی می‌باشد، از این رو، منطقی به نظر می‌رسد که کلیه اقدامات ارکان ملل متحد و دولت‌های عضو بر طبق منشور ملل متحد، منطبق با قواعد آمره باشد (de Wet, 2004: 188). از این رو، ارکان ملل متحد از جمله شورای امنیت نیز ملزم است در اتخاذ تصمیمات و اقدامات خود، در چارچوب قواعد آمره اقدام نماید (Gowlland-Debbas, 1997: 363).

۳- تعارض میان حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و احترام به حقوق بشر: جدال حقوقی میان شورای امنیت و اتحادیه اروپا

یکی از مهم‌ترین موضوعات معاصر در عرصه حقوق بین‌الملل، عبارت است از اینکه آیا استانداردهای حقوق بشری باید ارگان‌ها و نهادهای ملل متحد، از جمله شورای امنیت اجرا شود و چگونه این استانداردها می‌تواند اجرا شود. آیا تعهدات حقوق بشری منطبقه‌ای از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌تواند به عنوان یک ملاک برای نظارت بر عملکرد سازمان‌های بین‌المللی قرار گیرد؟ در این رابطه می‌توان به رویه اخیر اتحادیه اروپا مبنی بر ارزیابی قطعنامه‌های شورای امنیت با توجه به تعهدات حقوق بشری موجود اشاره نمود (Griller, 2008: 531).

امروزه یکی از چالش‌های اساسی عملیات حفظ صلح، نقض شدید حقوق بشر توسط نیروهای حافظ صلح می‌باشد. تعارض میان عملیات حفظ صلح ملل متحد با تعهدات حقوق بشری دولت‌ها، سبب شده است که ایده‌ها و نظرات متفاوتی در خصوص لزوم مسئولیت‌پذیری و

پاسخگویی دولت‌هایی که نیروهای آن‌ها در جریان عملیات حفظ صلح مشارکت دارند، از سوی حقوقدانان، مطرح شود. برخی از حقوقدانان بر این باورند که نقض حقوق بشر چه در راستای اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت باشد و چه به طور انفرادی و مستقل از جانب دولت‌ها صورت پذیرد، دولت‌ها باید در قبال اقدامات نیروهای خود، مسئول شناخته شوند (Rowe, 2010: 71).

اما در مقابل، برخی دیگر از حقوقدانان بر این باورند که در هر حال، اگر در عمل، میان عملیات حفظ صلح و قواعد حقوق بین‌الملل بشر، تعارض به وجود آمد و نیروهای اعزامی از سوی دولت‌ها، در جریان عملیات حفظ صلح مرتکب نقض تعهدات حقوق بشری شدند، دولت متبوع مأموران هیچ مسئولیتی نخواهد داشت؛ بلکه سازمان ملل متحد خود باید از عهده نقض قواعد حقوق بشری برآید و مبادرت به جبران خسارات وارد بر قربانیان نماید.^۱

۴- قضیه کادی^۲ و نهادینه شدن ارزش‌های اساسی: نظارت قضایی غیرمستقیم دیوان دادگستری اروپا بر شورای امنیت

نظام اروپایی حقوق بشر توانسته است تا اندازه‌ای به ایده نهادینه شدن نظام حقوق

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه می‌توانید مراجعه کنید به:

Frederick Rawski, "To Waive or Not to Waive: Immunity and Accountability in U.N. Peacekeeping Operations", Connecticut journal of international law, Vol. 18, 2002, pp.103, 107-08; U.N. Comm'n on Human Rights, Sub-Comm'n on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Paper on the Accountability of International Personnel Taking Part in Peace Support Operations, 26-49, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/42 (July 7, 2005).

۲. وقایع مربوط به قضیه کادی از این قرار است که شورای امنیت ملل متحد، کادی را به عنوان یکی از حامیان القاعده اعلام نمود. از این رو، وی مشمول ضمانت اجرای شورای امنیت قرار گرفت - که در اتحادیه اروپا به اجرا درآمد - از جمله اینکه اموال وی مصادره شد. وی مبادرت به طرح شکایت در دادگاه‌های اتحادیه اروپا نمود. در مرحله نخست، دادگاه بدوی از اعمال هر گونه تجدیدنظر در اقدامات اتحادیه اروپا در ارتباط با کادی، استنکاف نمود، زیرا این اقدام را به منزله تجدیدنظر در اقدامات شورای امنیت قلمداد نمود و فقط در صورتی خود را مجاز به این اقدام می‌دانست که اقدامات شورای امنیت، معیار با قواعد آمره باشد و در این قضیه نیز، نقض قواعد آمره را محرز ندانست. اما دیوان دادگستری اروپا، در بررسی این قضیه، رویکرد متفاوتی را اتخاذ نمود. دیوان بررسی قانونی بودن اقدامات اتحادیه اروپا را - اگر چه در راستای اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت بود - در صلاحیت خود دانست. مبنای استدلال دیوان این بود که حقوق بنیادین بشر، بخشی از اساس نظم حقوقی بنیادین اتحادیه اروپا را تشکیل می‌دهد از این رو، کلیه اقدامات اتحادیه اروپا باید منطبق با حقوق بنیادین بشر باشد. دیوان در رابطه با خواهان قضیه کادی اذعان نمود که برخی از حقوق بنیادین وی از جمله حق دادرسی عادلانه، حق شنیده شدن و حق مالکیت وی مورد نقض قرار گرفته است. ر. ک: (Ibid, para. 286).

بین‌الملل بشر به عنوان یک نظام برتر - که دربردارنده ارزش‌های اساسی بشری است - نزدیک شود، هر چند که در عمل، به طور کامل این امر محقق نشده است.^۱ اگر چه یکپارچه‌سازی قواعد بر مبنای قواعد حقوق بشری، به عنوان یکی از اهداف اتحادیه اروپا مطرح است و این امر نه فقط در حیطه قواعد حقوق بین‌الملل، بلکه حتی یکپارچه‌سازی قواعد حقوق داخلی کشورهای عضو نیز بر مبنای قواعد نظام حقوق بین‌الملل بشر، مد نظر می‌باشد. اما نظام جهانی حقوق بشر، تاکنون نتوانسته است در فرآیند نهادینه‌سازی نظام حقوق بشر به عنوان یک نظام برتر، موفقیت چندانی کسب نماید. وجود نهادی نظیر دیوان دادگستری اروپا با صلاحیت اجباری‌ای که دارد، در چارچوب منطقه‌ای اروپا، با وضعیت موجود در چارچوب جهانی ملل متحد، بسیار متفاوت می‌باشد (Gardbaum, 2008: 760-761).

قضیه کادی به عنوان یکی از مهم‌ترین قضایای مطرح شده در دیوان دادگستری اروپا در سال‌های اخیر می‌باشد که روابط میان حقوق اتحادیه اروپا با حقوق خارج از آن را تبیین می‌کند (Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council, 2008). دیوان در این قضیه باید در این خصوص تصمیم می‌گرفت که آیا قطعنامه‌های شورای امنیت باید در رابطه با حقوق اتحادیه اروپا از اولویت برخوردار باشند. رویه دیوان در این قضیه، اساساً اجازهٔ چنین اولویت و تقدمی را نداده است (Kokott, 2012: 1015).

دیوان دادگستری اروپا در قضیه کادی درصدد برقراری موازنه میان نظم حقوقی بین‌المللی (ملل متحد) و نظم حقوقی اتحادیه اروپا برآمد و از استقلال حقوق اتحادیه اروپا دفاع به عمل آورد (Pavoni, 2009: 630).

۱. در سال ۱۹۵۹ دادگاه اروپایی حقوق بشر بر اساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برای رسیدگی به شکایات علیه دولت‌های عضو در مورد نقض حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون، از جمله حق حیات، منع شکنجه، حق دسترسی به محاکمه عادلانه، آزادی بیان و آزادی اجتماعات تشکیل گردید. متعاقباً پروتکل‌های متعددی به کنوانسیون ضمیمه گردید و دامنه حقوق و آزادی‌های حمایت شده را گسترش داد. این تحول تحولات دهه ۹۰ در اروپای شرقی به خصوص تجزیه اتحاد جماهیر شوروی و یوگسلاوی و عضویت کشورهای جدید منطقه به کنوانسیون، سبب افزایش شدید دعاوی ارائه شده به دادگاه گردید. با توجه به عدم توانائی ساختار قدیمی دادگاه در مقابله با حجم وسیع دعاوی، با تصویب پروتکل شماره ۱۱، تجدیدنظر اساسی در ساختار و سیستم رسیدگی دادگاه به عمل آمد. با لازم الاجرا شدن این پروتکل در سال ۱۹۹۸ دادگاه جدیدی به صورت تمام وقت، با شعبه‌های متعدد، با داشتن صلاحیت اجباری، جایگزین دو نهاد قبلی یعنی دادگاه نیمه‌وقت و کمیسیون اروپایی حقوق بشر گردید. در این مقاله ضمن معرفی و بررسی صلاحیت، ساختار و آیین دادرسی دادگاه جدید، آمار و ارقام مربوط به دعاوی ارائه شده به دادگاه و تصمیمات اتخاذ شده توسط آن، ارائه شده است.

۴-۱- عدم جواز نقض قواعد آمره با استناد به ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد

مقررات منشور ملل متحد در مورد اختیارات شورای امنیت باید به گونه‌ای تفسیر یا اجرا شود که با قواعد آمره منطبق باشد. ایرادی که ممکن است در این رابطه مطرح شود، مربوط به ماده ۱۰۳ منشور می‌باشد که بر اساس آن در صورت بروز تعارض میان تعهدات ناشی از منشور و تعهدات اعضاء به موجب دیگر موافقتنامه‌های بین‌المللی، تعهدات ناشی از منشور، مقدم خواهد بود. تردیدی نیست که تعهدات ناشی از منشور، شامل تصمیمات شورای امنیت نیز می‌باشد. با توجه به اینکه قطعنامه‌های شورا که مغایر با قواعد حقوق بشری می‌باشد، در تعارض جدی با مفاد منشور ملل قرار دارد. از این رو، مضمون برتری و اولویت مندرج در ماده ۱۰۳ نخواهد شد.

دادگاه بدوی در قضیه کادی، اساساً به ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، استناد نمود که به موجب آن، در صورت بروز تعارض میان تعهدات اعضای ملل متحد بر طبق منشور حاضر و تعهدات آن‌ها به موجب سایر موافقتنامه‌های بین‌المللی، تعهدات آن‌ها بر طبق منشور ملل متحد از اولویت برخوردار خواهد بود. در نتیجه در قضیه حاضر، تعهدات دولت‌های عضو شورای اروپا، بر طبق قطعنامه‌های شورای امنیت در مقایسه با تعهدات حقوق بشری آن‌ها به موجب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، از اولویت برخوردار خواهد بود (Kadi Case, 2008: 233).

تعهدات حقوق بشری دولت‌ها بر طبق مفاد منشور ملل متحد نیز (فارغ از چارچوب منطقه‌ای اروپا و اسناد مرتبط با آن)، جنبه الزام‌آور دارد؛ و از دیدگاه حقوقدانان، در خصوص رأی مرجع بدوی در قضیه کادی، دادگاه این موضوع را مورد توجه قرار نداده است (Griller, 2008: 534).

اگر چه به موجب ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، در صورت بروز تعارض میان تعهدات دولت‌ها، تعهدات آن‌ها بر طبق منشور ملل متحد بر سایر تعهدات بین‌المللی آن‌ها ارجحیت دارد، اما باید توجه داشت که التزام دولت‌ها در قبال قواعد حقوق بشری نیز بی‌تردید، یکی از تعهدات دولت‌ها بر طبق منشور ملل متحد می‌باشد (Ibid. 538).

۴-۲- دیوان دادگستری اروپا و نقطه پایان دکترین نامحدود بودن اختیارات شورای امنیت

مبنای استدلال دیوان دادگستری اروپا در رابطه با تجدیدنظر در قضیه کادی نیز اصول ناظر بر نظم حقوقی بین‌المللی از جمله نظام ملل متحد بود. با این وجود، نتایج رأی دیوان با رأی دادگاه بدوی، بسیار متفاوت بود (ECJ, Kadi and Al Barakaat International case, 2008).

دیوان در رأی خود، بر مبنای سه دلیل، اجرای قطعنامه شورای امنیت در قبال خواهان را مجاز ندانست: ۱- اتحادیه اروپا مبتنی بر حکومت قانون می‌باشد، از این رو، این اختیار را دارد تا کلیه اقداماتی را که مغایر با این اصل است، مورد بازنگری قرار دهد. ۲- تضمین استقلال نظم حقوقی اروپا، یکی از وظایف و صلاحیت‌های دیوان است. ۳- قواعد حقوق بشری، جزء انفکاک‌ناپذیر اصول کلی حقوقی می‌باشد که دیوان باید رعایت آن را تضمین نماید (Ibid. paras. 281-284).

دیوان در مرحله نخست، نقض حق شنیده شدن و حق تجدیدنظر قضایی مؤثر را احراز نمود. دیوان با استناد به رویه سابق خود، اذعان نمود که اعمال اصل حمایت قضایی مؤثر، مستلزم آن است که افرادی هم که اسامی آن‌ها در لیست هدف شورای امنیت آمده است، بتوانند در رابطه با اقداماتی که علیه آنان صورت می‌پذیرد، مبادرت به ارائه شکایت نمایند. دیوان در قضیه کادی تأکید نمود که می‌بایست میان ملاحظات امنیتی مشروع و ضرورت رعایت حقوق فردی افراد، موازنه و مصالحه برقرار شود. فقدان دسترسی خواهان به ادله‌ای که علیه وی می‌باشد، خود می‌تواند نقض حق شنیده شدن و حق دادرسی عادلانه وی قلمداد شود (Ibid. paras. 334-353).

در وهله بعد، دیوان نقض حق احترام به حریم خصوصی را احراز نمود. دیوان با استناد به رویه سابق خود خاطر نشان کرد که این حق، مطلق نمی‌باشد و ممکن است تابع محدودیت‌هایی باشد، از این رو، مبارزه علیه تروریسم خود می‌تواند به عنوان یکی از محدودیت‌های مشروع در خصوص حق حریم خصوصی مطرح باشد. با این وجود، دیوان اذعان نمود که در قضیه حاضر اعمال محدودیت بر حق حریم خصوصی خواهان، فاقد وجهت قانونی است (Ibid. paras. 354-370).

۴-۳- ارزیابی ارتقای حمایت از حقوق بشر در شورای امنیت بعد از قضیه کادی

از دیدگاه برخی از حقوقدانان، اکنون حمایت قضایی از افراد در سطح ملل متحد، در مقایسه با وضعیت موجود در زمان قضیه کادی، ارتقاء یافته است. با توجه به برخی تحولات در راستای ارتقای حمایت قضایی از افراد، این سؤال مطرح است که آیا اقدامات صورت گرفته می‌تواند کافی قلمداد شود؟ (Kokott, 2012: 1019-1020).

شورای امنیت، در سال ۲۰۰۸، مبادرت به انتشار فهرستی نمود که در آن، اسامی افراد و دلایل و مستندات مربوط به درج اسامی آن‌ها در این فهرست را اعلام نمود (Point 13 of SC Res. 1822, 30 June 2008).

اما در دومین قضیه‌ای که کادی در خصوص مصادره اموال خود در کمیسیون اروپایی حقوق بشر مطرح نمود، از دیدگاه دادگاه عمومی^۱ این اقدام، کافی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا برای افرادی که اسم آن‌ها در لیست درج شده است، همانند سابق، حق تجدیدنظرخواهی لحاظ نشده است (Case T-85/09, Kadi v. Commission, 2010: 49-171).

دادگاه در دومین پرونده کادی هم که در سال ۲۰۱۰ مطرح گردید، اذعان نمود که اقدامات صورت گرفته توسط شورای امنیت، اگر چه گامی رو به جلو، قلمداد می‌شود، لیکن اساساً نمی‌تواند جایگزین حقوق بنیادین خواهان شود. به طور نمونه به موجب اقدامات جدید شورای امنیت، خواهان می‌تواند از دلایل شورای امنیت در خصوص درج اسم خود در لیست منتشره توسط آن، اطلاع حاصل کرده و یا تفسیری ارائه نماید، لیکن از حق تجدیدنظرخواهی یا حق دفاع از خود با استناد به حق دادرسی عادلانه برخوردار نمی‌باشد (Ibid. paras. 173, 177, 181, 192).

۵- رویه اخیر دیوان دادگستری اروپا در قضیه «محمودیان و شرکت فولمن و کالا نفت»: عدول از روند حمایت‌گرایانه از حقوق بشر

دیوان دادگستری اروپا در رأی تجدیدنظر خود، مبادرت به صدور رأی برخلاف رأی دادگاه بدوی (عمومی) نمود. شرکت کالا نفت و فولمن شرکت‌های ایرانی است که فریدون محمودیان، سهامدار اصلی آن قلمداد می‌شود. محمودیان و دو شرکت وی، متعاقب شدت گرفتن اقدامات تحریم‌آمیز شورای امنیت علیه دولت جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسائل هسته‌ای، در چارچوب اتحادیه اروپا مورد تحریم قرار گرفتند. کالا نفت، فولمن و آقای محمودیان، در خصوص الغای تحریم‌های به عمل آمده، مبادرت به طرح شکایت در دادگاه عمومی نمودند. دادگاه در رأی ۲۵ آوریل ۲۰۱۲، برخی از موارد نقض ارتكابی را در راستای اجرای قطعنامه شورای امنیت احراز نمود. همچنین دادگاه در رأی ۲۱ مارس اذعان نمود که تجارت نفت و گاز، فی‌نفسه نمی‌تواند به عنوان اقدامی در جهت تقویت اقدامات هسته‌ای دولت ایران قلمداد گردد (Manufacturing Support & Procurement Kala Naft v Council). همچنین دادگاه بدوی با توجه به اینکه اجرای قطعنامه شورای امنیت، منجر به تعرض به حقوق بشر افراد می‌شد، تصمیمات و قطعنامه‌های شورای امنیت را ملغی اعلام نموده است (Joined Cases T-439/10 and T-440/10 Fulmen and Mahmoudian v Council).

1. General Court

دیوان دادگستری (تجدیدنظر) در خصوص دعوی فولمین و محمودیان اظهار کرد: «بر اساس رویه قضایی اش استناد به وجود ملاحظات امنیتی اتحادیه یا دولت‌های عضو آن برای عدم افشای برخی اطلاعاتی که دلیل اقدام شورا هستند، ممکن است قابل توجیه باشد. با وجود این، شورا باید دلایل خاص مانع افشای این اطلاعات یا دست کم خلاصه‌ای از آن اطلاعات محرمانه را در اختیار دیوان قرار دهد و با توجه به اینکه شورا نه دلیلی در خصوص چرایی محرمانه بودن اطلاعات ارائه داده است و نه خلاصه‌ای از آن اطلاعات محرمانه را در اختیار دیوان قرار داده است، دیوان ناچار است که تصمیمش را بر اساس اطلاعاتی که در دسترس دارد صادر کند. از این رو، رأی دیوان عمومی مبنی بر اینکه شورای اتحادیه نتوانست ادعایش در خصوص مشارکت شرکت فولمین و محمودیان در برنامه هسته‌ای ایران را صادر کند، تأیید می‌شود و درخواست تجدیدنظر شورا رد می‌گردد». همچنین، دیوان عمومی اتحادیه در ۲۵ آوریل ۲۰۱۲ اعلام کرد که شورای اتحادیه در تفسیرش از مفهوم «مشارکت در برنامه هسته‌ای ایران» و همچنین در ارزیابی از حقایق و اوضاع و احوال قضیه دچار اشتباه شده است و مقررات اتحادیه را رعایت نکرده است. زیرا شورا ادعاهایی را که مبنای اقدامش بود ثابت نکرد و در نتیجه دیوان عمومی مصوبه‌های شورا را تا جایی که ناظر بر شرکت کالا نفت بود باطل کرد. دیوان دادگستری (تجدیدنظر) اعلام کرد که دیوان عمومی هنگام تفسیر از مقررات اتحادیه راجع به تدابیر محدودکننده، تحولات جدید به ویژه قطعنامه ۱۹۲۹ (۲۰۱۰) شورای امنیت را مد نظر قرار نداد. دیوان عمومی در صدد یافتن یک «پیوند مستقیم» بین فعالیت‌های شرکت کالا نفت و برنامه هسته‌ای ایران بود، حال آنکه بر اساس مقررات جدید اتحادیه، صرف تهیه کالاها و فن‌آوری‌های ممنوع که شامل کالاها و فن‌آوری‌های نفتی و گازی نیز می‌شود، برای اثبات چنین پیوندی کافی است و بدین سبب است که آن مقررات بیان می‌کند: «تدابیر محدودکننده باید نسبت به اشخاصی اعمال شوند که در برنامه هسته‌ای ایران از جمله از طریق مشارکت در تهیه کالاها و فن‌آوری‌های ممنوع دخیل هستند و یا به طور مستقیم همکاری دارند، یا حمایت می‌کنند». به عقیده دیوان دادگستری اتحادیه، قطعنامه ۱۹۲۹ که دامنه تحریم‌ها علیه ایران را افزایش می‌دهد بر بخش نفت و گاز که مهم‌ترین منبع درآمد ایران است تأثیر می‌گذارد و در این راستا بود که شورای اتحادیه تصمیم گرفت که تدابیر محدودکننده جدید به خصوص بر «منع سرمایه‌گذاری جدید [در بخش نفت و گاز ایران]، کمک فنی و انتقال فن‌آوری،

تجهیزات و خدمات مرتبط با آن دو حوزه» تمرکز کند. با توجه به قطعنامه ۱۹۲۹ و مصوبه‌های جدید شورا، «صرف داد و ستد تجهیزات و فن‌آوری‌های کلیدی بخش نفت و گاز به عنوان حمایت از برنامه هسته‌ای ایران تلقی می‌شود»؛ و دیوان عمومی با تفسیر متفاوت از مقررات مربوط، مرتکب اشتباه شد. بنابراین با توجه به نقش محوری شرکت کالا نفت در خرید نفت ایران و تفسیر ارائه شده از مقررات جدید اتحادیه، تشخیص شورا در اینکه آن شرکت در تهیه کالاها و فن‌آوری‌های ممنوعه دخیل بود درست است و دلایل شورا در اتخاذ تدابیر محدودکننده علیه آن بسنده هستند.^۱

با توجه به اینکه رأی دادگاه عمومی، مغایر با منافع شورای امنیت بود، از این رو، شورای امنیت پرونده را جهت تجدیدنظر به دیوان دادگستری اروپا ارجاع داد. دیوان در بررسی‌های خود اذعان نمود که با توجه به قطعنامه ۱۹۲۹ (۲۰۱۰) شورای امنیت^۲، کلیه اقداماتی که به طور مستقیم مرتبط با فعالیت‌های هسته‌ای دولت جمهوری اسلامی ایران است، از جمله صنایع و محصولات نفتی، باید در زمره کالاها و تکنولوژی‌های ممنوعه قلمداد شوند. در نهایت دیوان محمودیان و شرکت نفت کالا را در زمره لیست تحریمی شورای امنیت قلمداد نمود و تحریم‌های صورت گرفته علیه آن‌ها را مجاز دانست.^۳

نتیجه‌گیری

شورای امنیت به عنوان یکی از ارکان ملل متحد، باید در راستای ایفای وظایف و اعمال صلاحیت‌های خود، در قبال مفاد منشور ملل متحد و تعهدات ناشی از آن ملتزم باشد. از این رو، شورا باید در راستای اعمال صلاحیت‌های خود بر طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، به موجب حق تعیین سرنوشت (بند ۲ ماده ۱)، حقوق بشر (بند ۳ ماده ۱) و حقوق بشردوستانه (ماده ۱ و ماده ۲ به طور کلی) احترام بگذارد. فقدان حمایت مقتضی و مناسب از حقوق بنیادین بشر افراد در سیستم ملل متحد از جمله در قطعنامه‌های صادره از شورای امنیت، سبب بروز تعارض میان نظم حقوقی ملل متحد و نظم حقوقی اتحادیه اروپا - که حمایت بیشتری از حقوق بنیادین افراد به عمل می‌آورد - شده است و نمونه بارز این امر را می‌توان در قضیه کادی مشاهده نمود.

1. http://iauns.org/external_news

2. Security Council Resolution 1929 (2010) of 9 June 2010.

3. (Council v. Fulmen and Mahmoudian and C-348/12 P Council v. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., 28 November 2013)

برقراری ارتباط متقابل میان صلح و امنیت بین‌المللی و حقوق بشر، جای هیچ تردیدی باقی نمی‌گذارد که شورای امنیت می‌بایست بیش از دهه‌های گذشته خود را در قبال تعهدات حقوق بین‌الملل بشر، ملتزم بداند و کلیه اقدامات خود از جمله تحریم‌های هدفمند علیه اشخاص حقیقی و حقوقی را در چارچوب احترام به حقوق بنیادین افراد اتخاذ نماید. اگر چه به موجب ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، در صورت بروز تعارض میان تعهدات دولت‌ها، تعهدات آن‌ها بر طبق منشور ملل متحد بر سایر تعهدات بین‌المللی آن‌ها ارجحیت دارد، اما باید توجه داشت که التزام دولت‌ها در قبال قواعد حقوق بشری نیز بی‌تردید، یکی از تعهدات دولت‌ها بر طبق منشور ملل متحد می‌باشد. نظام اروپایی حقوق بشر توانسته است تا اندازه‌ای به ایده نهادینه شدن نظام حقوق بین‌الملل بشر به عنوان یک نظام برتر - که در بردارنده ارزش‌های اساسی بشری است - نزدیک شود، هر چند که در عمل، به طور کامل، این امر محقق نشده است.

برقراری موازنه میان ارزش‌های اساسی جامعه و اقدامات بین‌المللی مؤثر علیه تروریسم، به آسانی ممکن نمی‌باشد. با این وجود، پیشرفت‌های حاصله متعاقب قضیه کادی، حاکی از آن است که اکنون بازیگران عرصه بین‌المللی درصدد برقراری یک موازنه مؤثر میان قواعد معارض می‌باشند. از این رو، باید با دید خوش‌بینانه، آینده حقوق بین‌الملل جهت برطرف نمودن تعارضات موجود میان قواعد را ترسیم نمود. به ویژه اینکه اکنون با توجه به روند انسانی‌تر شدن حقوق بین‌الملل، اهمیت و جایگاه ارزش‌ها و هنجارهای حقوق بشری در شیوه‌های حل تعارض قواعد حقوق بین‌الملل، بیش از پیش مورد تأکید قرار می‌گیرد.

شورای امنیت در اقدامات خود باید از قواعد حقوق بشری - که واجد خصیصه قواعد آمره است - از جمله منع شکنجه، منع برده‌داری و منع آپارتاید و حقوق بشردوستانه تبعیت نماید، بنابراین شورای امنیت در قبال رعایت و احترام به حقوق بنیادین بشر و حقوق بشردوستانه - که واجد خصیصه آمره است - ملتزم می‌باشد.

منابع

الف - فارسی

۱. ارکلش ویلی، الکساندر؛ *تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت*، ترجمه سید قاسم زمانی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۷.
۲. امین زاده، الهام؛ غلامی، وحیده؛ «تحدید اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتو ضوابط حقوق بشر»، فصلنامه روابط خارجی، ۱۳۹۲، سال پنجم، شماره ۳.

۳. زمانی، سید قاسم؛ «جایگاه قواعد آمره در منابع حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ۱۳۷۷، شماره ۲۲.
۴. زمانی، سید قاسم؛ زنگنه شهرکی، جعفر؛ «تحریم‌های بین‌المللی ناقض حقوق بشر: از چالش مشروعیت حقوقی تا مسئولیت بین‌المللی»، فصلنامه راهبرد، سال بیست و دوم، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۶۷.
۵. شایگان، فریده؛ «تحریم‌های هدفمند شورای امنیت و حق اشخاص هدف بر دادرسی منصفانه»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۹۰، دوره ۴۱، شماره ۴.
۶. ممتاز، جمشید؛ «انطباق تحریم‌های اقتصادی شورای امنیت با حقوق بشر و حقوق بشردوستانه»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴.

ب- لاتین

7. Barral, Virginie; 2012, "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", European Journal of International Law, Vol. 23 No. 2.
8. de Búrca, Gráinne; 2010, "The ECJ and the International Legal Order after Kadi", Harvard International Law Journal, Vol. 51.
9. de Wet, Erika; 2013, "From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions", Chinese Journal of International Law, Vol. 12.
10. _____; 2004, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hague, Hart Publishing.
11. _____; 2004, "The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and its Implications for National and Customary Law", European Journal of International Law, Vol. 15, No. 1.
12. Fassbender, Bardo; 2009, *The United Nations Charter as Constitution of International Community*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
13. Flynn, E.J; 2005, "Counter-Terrorism and Human Rights: The View from the United Nations", European Human Rights Law Review, Vol. 1.
14. Gardbaum, Stephen; 2008, "Human Rights as International Constitutional Rights", The European Journal of International Law, Vol. 19, No. 4.

15. Gowlland-Debbas, Vera; 1997, *Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community*, in Alexander S Muller et al (eds), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years*, The Hague, Martinus Nijhoff.
16. Griller, Stefan; 2008, "International Law", *Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 4.
17. Kokott, Juliane and Christoph Sobotta; 2012, "The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?", *The European Journal of International Law*, Vol. 23 No. 4.
18. Orakhelashvili, Alexander; 2005, "The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions", *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 1.
19. Petersmann, E.-U; "Constitutionalism and the Regulation of International Markets: How to Define the "Development Objectives" of the World Trading System?", *EUI Working Paper Law No 2007/23 (2007b)* <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7045/1/LAW-2007-23.pdf>
20. _____; 2000, "From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law?", *Common Market Law Review*, Vol. 37.
21. Ragazzi, M; 1997, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Oxford University Press.
22. Rowe, Peter; 2010, "United Nations Peacekeepers and Human Rights Violations: the Role of Military Discipline", *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 51.
23. Schweigman, David; 2001, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Hague, Kluwer Law International.
24. Weiler, Paulus; 1997, "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?", *The European Journal of International Law*, Vol. 8.

ج- قضایا و آراء

25. ECHR, Al-Jedda/United Kingdom App. No. 27021/08, judgment of 7 July 2011, ECHR 2011.
26. ECHR, Behrami and Behrami v. France; Saramati v. France, Germany and Norway, App. Nos. 71412/01 & 78166/01, decision of 2 May 2007.

27. ECHR, *Bosphorus Hava Yollari Turzım ve. Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Case 45036/98, judgment of 30 June 2005.
28. ECHR, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), Case 15318/89.
29. ECJ, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2005] ECR II-3649 (21 September 2005).
30. *Kadi* (Kadi case). AG Poiares Maduro, 23 Jan. 2008, Case C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation.

***Cadence of the Doctrine of the Unlimited Powers of
the Security Council in the Light of the Ascent of the
European Court of the Justice***

Seyed Ghasem Zamani¹

Hoorieh Hosseini Akbarnezhad²

The United Nations Security Council is the most powerful institutional body ever established at the global level. In today's international law, there can be little doubt that the international community as a whole attaches special importance and effects to peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and endows them with high status. The interaction between those high-ranking norms and the powers of the Security Council is therefore among the most central issues of international law .

Respect to fundamental Human Rights is *jus cogens*. The Security Council can never be entitled to infringe upon human rights embodied in universal human rights instruments.

Kadi decision has given preference to human rights standards over United Nations Security Council (UNSC) sanctions stemming from the Resolution 1267 (1999) sanctions regime. This study subsequently illuminates how the respective human rights limits to the Security Council's enforcement powers could be enforced by judicial review.

Keywords: Security Council, Human Rights, European Court of Justice, European Court of Human Rights, Conflict of Obligations, Jus Cogens

1. Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University
Email: drghzamani@gmail.com
2. Ph.D Graduate of International Law, Allameh Tabataba'i University
Email: hooriehosseini@yahoo.com

***Respect of Genetic Privacy in the middle of the Public
and Individual Interests***

Mohsen Abdollahi¹

Mona Ahmadi²

Social interests lied in the use of genetic information for prevention and treatment of diseases and their economic benefits in non-medical areas such as employment, insurance, judicial procedures or educational and research institutions are undeniable. Yet, these utilizations have posed some legal and moral challenges with regard to genetic privacy and unfair discriminations. Solving the conflict between genetic privacy and public mutual interests requires an appropriate way towards equalizing the respect of privacy and the essential access to genetic information. In this essay, the main grounds of this conflict and the positive/negative consequences of enjoying from genetic information in various fields are considered. To solve the conflict writers suggest enacting suitable laws and regulations and promoting public trust and awareness among citizens.

Keywords: Genetic Information, Privacy, Genetic Privacy, Genetic Discrimination

-
1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
Email: abdollahi75@hotmail.com
 2. Master Graduate of Civil Law, Shahid Beheshti University
Email: ahmadi.mona1386@gmail.com

Status of Damages Clause in The International Sales of Goods Convention

Reza Maghsoudi¹

Akbar Imanpour²

Convention on International Sales of Goods has provided particular arrangements for the recovery of damages in articles 74-78. However agreement on damage or damages clause does not have a clear status in the Convention. So that application or rejection of this clause has caused much disagreement within the framework of the Vienna Convention. On one hand, respecting party autonomy and application of Convention's general principles and on the other hand reference to countries' domestic laws while applying article 4 of the convention causes different results for the agreement between the parties.

World-wide approach and minding the uniformity in the international trade - as one of the main purposes of the Convention - is not compatible with reference to domestic laws. Respecting contracting parties' agreement requires admission, interpretation and application of agreed damages clause based on the Convention's general principles and international trade Custom.

Keywords: Damage, Damages Clause, Party Autonomy, Clause Validity, International Custom

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Gilan University
Email: rmaghsoudy@gmail.com
2. Assistant Professor, Faculty of Law, Gilan University
Email: ak.iman@yahoo.com

***Study on the Identity Theft in American Federal Law with
an Overview to Iran Law***

Abolfath Khaleghi¹

Zahra Salehabadi²

Identity theft that is one of the most critical crimes that has no common and acceptable definition presented for yet. Study of the elements of this crime, depends on its concept and meaning. In this article, it is attempted to define identity theft, and also to define its similar concepts, such as counterfeiting and identity fraud, in order to clarify that what is commonly mentioned as identity theft (possession of another's identity without their consent) is actually part of a larger concept which is identity fraud. And this, in turn, is part of a larger series of crimes related to identity. A general concept that all criminal affairs related to identity are a part of an identity, is the main subject or instrument is for committing these crimes.

One of the regulations that have criminalized this issue is the United States Identity Theft and Assumption Deterrence Act. Therefore, the constituent elements of this crime and the mechanism of accessing information will be explored and a comparative study of similar titles in Iran law will be done.

Keywords: Identity Theft, Identity Fraud, Impersonation

1. Associate Professor, Faculty of Law, Qom University

Email: ab-khaleghi@gom.ac.ir

2. Ph.D Student of Criminal Law and Criminology, Ferdousi University

Email: salehabadi.zahra@gmail.com

Abrogation of Jurisdictional Immunities of State in Cases of Torture and Inhumane Acts

*Hossein Sharifi Tarazkoohi*¹
*Sassan Modarress Sabzevary*²

Should there raise a conflict between the customary rule of States' Jurisdictional Immunities and a peremptory norm of international law (Jus Cogens), the latter shall prevail. However, the World Court has recently invalidated the rise of such a conflict (Jurisdictional Immunities, Germany v Italy (2012)), maintaining that the rule of immunity is concerned with procedures, while rules of Jus Cogens discuss the substance of rights and obligations. The Court also held that since Germany's alleged violations were related to the conducts of military forces during the course of armed conflict, thus other exceptions to the rules of State Immunity (Territorial Tort exception) shall not apply. This article will criticize the first reasoning of the Court, arguing that such an absolute distinction between procedures and merits, while maintaining the priority of the former, will lead to absurdity. Then it will turn to the second line of reasoning of the Court and posit that the latter shall be read narrowly as such. The problem of conflict between the peremptory norms of international law and rules of immunity shall be studied in light of victims' rights, or will otherwise be null. With this orientation, and in keeping with the contingencies of peaceful coexistence, cooperation and harmonization of States' conducts, this article will propose establishment of international arbitration bodies to which the victims shall have the right to submit cases of torture and seek reparations. Such mechanisms, based on cooperation of States to maintain the fundamental norms to protect human dignity, might show promising in respect to various factors relevant to this question.

Keywords: States Immunities, Peremptory Norms of International Law, Torture, Civil Remedies for Torture, International Court of Justice, European Court of Human Rights

-
1. Associate Professor, Faculty of Law, Imam Hussain University
Email: hsharifit@yahoo.com
 2. Ph.D Student of International Law, Shahid Beheshti University
Email: s.modarress@gmail.com

***Studying the Basis for Civil Liability of Motorized
Vehicles and Its Limits, with an Emphasis on
Jurisprudence***

Hamid Bahrami Ahmadi¹

Reza Aghabasi²

In the past, there were different views and ideas about civil liability and compensation, therefore there might have been some negligence towards the rights of injured parties; that or the compensation might have been left unsaid, or with justifying the incentives of causing injury the injured person would be included in beneficiaries of public interests. Facing new ideas, nowadays these views have faded and general belief is that no harm should be left uncompensated.

In this regard there are various theories about the basis of the responsibility of the owner of vehicle. Two of them are more prominent: presumption of fault and strict liability. In car accidents, industrial and social developments have raised the acceptance of strict liability. In addition, Islamic Jurisprudence has chosen a different basis, which is strict liability rather than fault assumption more than a thousand years ago. Having in mind the forth principle of Iran's constitution which states all laws and regulations must be based on Islamic Law criteria; here the absolute liability theory is preferred.

Keywords: Owner of the Vehicle, Strict Liability, Risk Theory, Fault Theory, Fault of the Injured

1. Professor, Faculty of Law, Shahid Bahonar University of Kerman

Email: bahramy.hamid@gmail.com

2. Ph.D Graduate of Fiqh and Civil Law, Kharazmi University

Email: reza.abasi26@yahoo.com

A Comparative Study of the Law Governing the Civil Liability in Iranian and English Law from the Conflict of Laws' Perspective

Seyed Mohammad Sadegh Tabatabaei¹
Ghader Sheneivar²

Compensation for losses caused by the adverse events is one of the important issues in private international law. Many countries have specific regulations on this issue and clarify the civil liability issues. Taking a quick look at the related regulations shows that many of these countries have followed English law. Similarity rule was being applied in England for many years, but by enacting the rules of private international law, the mentioned rule was replaced by *lex loci delicti commissi* – the law of the place where the tort was committed-. There is no specific law for determining the law governing civil liability in Iran. Therefore, like what is done in English law, Iranian legislators can rely on *lex loci delicti commissi* and enforce the appropriate law in exceptional cases.

Keywords: Conflict of Laws, Proper Law, Lex Loci Delicti Commissi, Lex Fori

1. Associate Professor, Faculty of Law, Isfahan University
Email: tabatabaei@ase.ui.ac.ir
2. Ph.D Graduate of Civil Law, Kharazmi University
Email: ghadersheneivar@yahoo.com

***The Effects of the Findings of Primary Victimology
in Crimes Resulting Death Penalty
(With Case Study of the Court Rulings)***

Shahram Mohammadi¹

Afshin Abdollahi²

Farhad Shahideh³

Crimes against person that include murder, assault and battery are categorized under aggressive crimes. In intentional crimes against person, death penalty is the sanction equal to the committed act and if death penalty is not possible or in unintentional crimes against person, blood money (Diyah) is predicted. In this situation, the victim may play a main role in committing crimes resulting death penalty. Therefore, we can relate primary victimology and crimes resulting death penalty in a legal – criminological way, because the victims may play a determining role consciously or unconsciously. The teachings of primary victimology can be seen in gender as a biological factor, the relationship between victim and offender in a father-child form, in the psychological status of victim, in his consent to the crime committed and in the effects of other potential factor in creating victims. So, in this article we attempt to study the effects of primary victimology in Islamic criminal law of Iran 2013. Also, we analyze rulings of courts in order to clarify how the judges of criminal court consider the discussions and topics of primary victimology.

Keywords: Primary Victimology, Crimes Against Person, Death Penalty, Victim, Court Rulings

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Kordestan University

Email: mohammady_lawyer@yahoo.com

2. Ph.D Graduate of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University

Email: Farhad_shahideh@yahoo.com

3. Master Graduate of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University

Email: afshin.abdollahi@yahoo.com