

«قاعده‌ی دراء» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق

محمدعلی آقایی

چکیده

امروزه اهمیت و نقش کاربردی قواعد فقه در پاسخگویی به مسائل حقوقی و فقهی - به و در مسائل پیچیده‌ی نو ظهور - بر هیچ کس پوشیده نیست و حل بسیاری از پرسش‌های فقهی و حقوقی بدون استناد به قواعد مزبور، برای فقها و حقوقدانان بسیار مشکل و بعضاً غیرقابل دسترس است؛ بدین جهت در فقه اسلامی و در طیف وسیعی از قوانین عرفی دنیای امروز از جمله کشور ما آثار وجود این قواعد فقهی مانند قواعد لاضرر، صحت، بینة، درأ و برائت، عیناً و یا مضموناً به خوبی مشهود است. این قواعد از جمله «قاعده‌ی درأ» و بعضاً «برائت» در تمام شبهات جریان دارند. بنابراین اگر حاکم شرع و قاضی در هنگام رسیدگی به پرونده‌ی متهمین، در اثبات جرم دچار شبهه شود و یا دریابد که متهم در زمان ارتکاب جرم نسبت به وجود حکم شارع و یا در تشخیص موضوع حکم مزبور، با شبهه مواجه بوده، دیگر نمی‌تواند شرعاً و انصافاً جرمی را به متهم منتسب و یا مجازاتی را نسبت به او اجرا کند. زیرادین اسلام، شریعت رأفت و آسان‌گیری است و ضوابط عدالت و نظام قضائی اسلام و نیز به تبع آن، مقررات عرفی، حاکم را به سمت و سوی تفسیر به نفع متهم و برائت او دلالت می‌نماید. پیامبر اکرم (ص) فرموده است: «... اگر حاکم در عفو متهم خطا کند، بهتر از آنست که در مجازات نمودن او خطا نماید.» و همین سفارش‌های اکید است که زمینه‌ساز «قاعده‌ی درأ» مسأله‌ی تفسیر به نفع متهم و رعایت انصاف و احتیاط نسبت به جان و عرض و آزادی مردم شده است.

واژه‌های کلیدی: قاعده‌ی فقهی، اصول عقلی، قاعده‌ی «درأ»، اصل برائت، شبهه (شبهه‌ی حکمی و شبهه‌ی موضوعی)، حدود و مجازاتهای شرعی

مقدمه

در ابتدا بنا نداشتیم وارد مباحث مقدماتی راجع به نقش قواعد فقه در استحکام و استدلالات مسائل فقهی و حقوقی شوم اما با اندکی تأمل دریافتم که لازم است در آغاز از تأثیر مهم این قواعد در حلّ اساسی این گونه مسائل سخن به میان آید، تا ذهن و روان خواننده با نقش مهم این قواعد آشنا شود و سپس وارد جزئیات مطلب مربوط به این مقاله شویم؛ زیرا آنان که با فقه و حقوق آشنایی دارند، به خوبی می دانند که برای یک فقیه، یک قاضی و به طور کلی برای یک حقوقدان، این قواعد تکیه گاهی محکم هستند که حلّ بسیاری از مسائل و پرسشهای فقهی، حقوقی بدون آنها بسیار مشکل و گاهی دور از دسترس است و بدین جهت است که در فقه اسلامی و در طیف وسیعی از قوانین عرفی دنیای امروز، اعم از قانون اساسی و قوانین عادی کشورها (به ویژه در قوانین اساسی و مدنی کشورمان و نیز در سایر کشورهای اسلامی) ردّ پای روشن این قواعد - که چند صد قاعده اند و بسیار مورد توجه فقها و حقوق دانان واقع شده اند - به طور آشکارا و یا به نحو ضمنی پدیدار است؛ قواعدی همچون قواعد لاضرر، براءت، نفی عسر و حرج، صحّت و نظایر اینها^۱، که اکنون مستند فتاوی، آرا و نظرات فقها، قضات و حقوقدانان است. برخی از این قواعد ریشه در قرآن کریم دارند (مثل قاعده ی لاجرح و نفی سبیل) و بعضی از نصوص و ظواهر روایات و احادیث پیامبر اسلام و ائمه ی اطهار (ع) مأخوذند. (مانند قاعده ی ینّه، اتلاف و لاضرر) سپس

۱. در مقدمه ی مجموعه ی «مجله الاحکام العدلیه» که به المجله معروف است و در واقع قانون مدنی عثمانی محسوب می شده در یکصد ماده ابتدای آن (به جز ماده اول آن که در تعریف دانش فقه است نود و نه ماده ی دیگر آن در بیان قواعد کلی و عمومی «یعنی قواعد فقهی و اصولی» است. گفتنی است بر المجله شرح های مختلف نگاشته شده از جمله «شرح المجله» که تألیف سلیم رستم باز اللبثانی عضو شورای موقت دولت عثمانی و «تحریر المجله» از علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطا (از فقهای امامیه) است.

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۱۳

اینها و برخی دیگر در لسان فقهای اسلامی چه به صورت اجماع و یا نظر مشهور جلوه‌گر شده‌اند، و عقل به آن حکم می‌کند (مثل قاعده‌ی عقلی ملازمه) بنابراین هیچ کس منکر اثربخشی و نقش شگرف این قواعد در حلّ و پروراندن مسائل فقهی و حقوقی نیست. از جمله قاعده‌ی «بینه و یمین» را بنگرید که منطوق حدیث نبوی (ص) به همین مضمون است: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ أَوْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»^۱ (و دلیل) بر عهده‌خواهان و سوگند بر عهده‌ی خواننده یا انکارکننده است. که این قاعده، به ویژه در آیین دادرسی، پاسخی مستدل به هرگونه دعوای واهی است که اگر به خوبی اجرا شود، خیلی از دعوای اصلاً مطرح نمی‌گردد و بسیاری از دعوای مطروحه نیز در همان آغاز به پایان می‌رسد^۱، البته باید گفت: قواعد فقه‌علی‌رغم اهمیتی که دارند آن‌طور که شایسته جایگاه آن‌هاست مورد توجه قرار نگرفته، اکثر تحقیقات و پژوهش‌ها بیشتر به اصول فقه یا مسائل فقهی مربوط می‌شود. باری با کلام قاصر و عبارات موجز نمی‌توان تمام ابعاد و اهمیّت این قواعد را بازگو نمود، ناچار به همین مقدار اندک بسنده می‌شود و نمی‌خواهیم درباره‌ی محتوای قواعد درأ و برائت به تفصیل شرح دهیم. در این مقاله، نظر به علاقه‌ی وافر نگارنده به قواعد فقه و حقوق، قصد آن است که پس از بیان مختصری درباره‌ی دو قاعده‌ی درأ و برائت، با مقایسه‌ی این دو، از حیث دایره‌ی شمول و مجرای اجرای آنها در شبهات مختلف حکمیّه و موضوعیّه و سایر موضوعات، به راهکاری تازه به ویژه در حلّ مسائل کیفری دست می‌یابیم که این مقایسه‌ی علی‌رغم تحقیق فراوان توسط برخی فقها و محققان گرانقدر از جمله، آیت‌الله سید محمد موسوی بجنوردی در قواعد فقهیّه «جلد اول» و دکتر سید مصطفی محقق داماد در قواعد فقه جزائی این موضوع باز هم نیازمند بررسی بیشتر می‌باشد. لذا امید است این تحقیق مختصر، بتواند مفید فایده و مثمر باشد.

۱. طبق ماده ۱۲۵۷ ق.م. هرکس مدّعی حقی باشد باید آن را اثبات کند. نیز این قاعده عیناً در ماده‌ی ۷۶ مجله الاحکام العدلیّه و بیان شأن آن در ماده‌ی ۷۷ آن مندرج است. (سلیم رستم باز اللبانی، شرح المجله، چاپ سوم، دارالکتب العلمیّه، بیروت اللبانی)

گفتنی است این که چرا مقایسه ی این دو قاعده را در این مقاله وجهه ی همّت خود ساخته ایم، این است که نظام حقوقی اسلام برای نخستین بار، قاعده ی برائت را از طریق قاعده ی درأ و قاعده ی قبح عقاب بلاییان معمول و جاری ساخته؛ بنابراین قاعده ی درأ زمینه ساز برائت بوده، به طوری که در امور شرعی، بیشتر به قاعده ی درأ و در امور جزای عرفی به اصل برائت استناد شده است.

بخش اوّل: قاعده ی درأ در یک نگاه اختصاری

قاعده ی درأ برگرفته از مفاد و مضمون صریح حدیث معروفی از پیامبر گرامی اسلام (ص) است، که مضمون آن را فقهای شیعه و سنی پذیرفته و نقل کرده اند. از جمله شیخ صدوق (ره) چنین نقل کرده است^۱ که آن حضرت فرموده اند: «إدرئوا الخُدودَ بالشُّبّهات». (حدود را به وسیله شبهه ها (از متهم) دفع کنید.) و متن این حدیث شریف آن قدر متقن و محکم است که با توجّه به اوضاع و احوال و شرایط زمان صدور حدیث، هر انسانی مطمئن می شود این حدیث شریف جز از طرف معصوم (ع) نمی توانسته صادر شود. هم چنین است حدیث رفع، مذکور در کتاب خصال از شیخ صدوق، که از قول آن حضرت (ص) نقل نموده است. «رُفِعَ عَنِّ تِسْعَةَ الْأَشْيَاءِ... مَا أُكْرِهَوا عَلَيْهِ وَ مَا لَا يَطِيقُونَ وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» (برداشته شد از پیروان من آثار یا مؤاخذه ی نه چیز... آن چه بر آن اکراه شده اند، آن چه را توانایی ندارند و آنچه را که نمی دانند.) (به نقل از بلاغی، صدرالدین، عدالت و قضا در اسلام چ پنجم، ۱۳۷۰، ص ۹ و محقق داماد، همانجا، ص ۱۷۹)، بنابراین فقهای اکثر مسائل جزایی هرگاه باشبیه ای روبرو

۱. من لایحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۴ حدیث ۱۲- وسائل الشیعه ج ۱۸ باب ۲۴ ص ۳۳۶، گفتنی است هر چند مرحوم صدوق روایت مذکور را به طور مرسل (با حذف سند روایت و راویان مابین او و معصوم (ع)) نقل کرده ولی در بین فقهای امامیه، مراسلات صدوق به مانند مسانید و روایات مسند و دارای سند (معتبر می باشد.) (به نقل از موسوی بجنوردی (سید محمد)، قواعد فقهیه، چاپ دوم، جلد اوّل، ص ۳۴ - محقق داماد، قواعد فقه جزایی، سال ۱۳۸۱، ص ۴۷).

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۱۵

شوند، آن را از عداد شبهه‌ی دارئه محسوب نموده، حد را جاری ندانسته و یا به طوری که در مباحث آتی بیان خواهد شد با حدوث شبهه حتی تعزیرات و قصاص را نیز ساقط دانسته اند.

باری، این قاعده می گوید: هرگاه مکلف (و مرتکب) از روی اشتباه نسبت به حکم و یا به موضوع، مرتکب جرمی شود، این شبهه موجب دفع حد از او می شود. مثلاً اگر مکلف نداند که شارع مقدس اسلام برای نوشیدن شراب، حکم حرمت وضع کرده و یا این که آگاه به حرمت شراب باشد ولی نمی داند مایعی که در ظرف است شراب است و به تصور این که آب می باشد آن را بنوشد؛ بنا بر قاعده‌ی درأ، قاضی نمی تواند او را به کیفر نوشیدن شراب محکوم و برای او حد شرب خمر جاری سازد. به طوری که در تحریرالوسیله (موسوی خمینی «امام روح الله»، کتاب الحدود ج ۲ ص ۴۳۰ مسأله ۱) اجرای حدود در مسکر، مشروط به بلوغ و عقل و اختیار و نیز مشروط به «علم نسبت به حکم و موضوع» دانسته شده، به این شرح که در آن جا آمده است: «فلاحد علی... الجاهل بالحکم و الموضوع او احدهما اذا امکن الجهل بالحکم فی حقه...» (پس حد بر جاهل به حکم و موضوع یا جاهل به یکی از این دو نیست وقتی که شبهه جهل به حکم در حق او صادق باشد). وهم چنین همان جا در مسئله‌ی ۳۶ آمده است «وَلَوْ شَرِبَ مَائِعاً بِتَخَيُّلٍ أَنَّهُ مُحْرَمٌ غَيْرُ مُسْكَرٍ فَاتَّضَحَّ أَنَّهُ مُسْكَرٌ لَمْ يُثَبِّتِ الْحَدَّ عَلَيْهِ» (اگر کسی مایعی را به خیال این که حرام، ولی غیر مسکر است بنوشد و پس از آن روشن شود که مسکر بوده است، حد شرب مسکر بر او جاری نمی شود).

حد به چه معناست و دائره‌ی شمول قاعده‌ی درأ تا کجاست ؟

حد در اصطلاح شرع مقدس اسلام و قانون مجازات اسلامی مجازات خاصی است که به سبب ارتکاب جرم و گناهی معین، شارع مقدس، میزان، نوع و کیفیت اجرای آن را در تمامی موارد و مصادیق جرم (بر خلاف تعزیرات) معین کرده است. محقق حلی، در کتاب شرایع، ابتدای «کتاب الحدود و التّعزیرات» آن را چنین تعریف نموده اند: «كُلُّ مَا لَهُ عَقُوبَةٌ مَقْدَرَةٌ سُمِّيَ حَدًّا - وَمَالِيَسَ كَذَلِكَ يُسَمَّى تَعْزِيرًا.» (هر عملی

که در شرع به علت ارتکاب به آن، مجازات معین و مشخصی تعیین شده باشد حد است و آن چه این گونه نباشد تعزیر خوانده میشود). گفتنی است حد مجازاتی است که حداقل و حداکثر ندارد؛ یعنی کسی نمی تواند آن را کم یا زیاد کند و در جرایمی است که موضوع حق الله دارند. (به جز حد سرقت و قذف که واجد هر دو جنبه‌ی حق الهی و حق الناس هستند). نظر به مطالب فوق، برخی از محققین حقوق اسلامی (از جمله قبله ای خوئی در قواعد فقه جزائی، جلد اول، چاپ ۱۳۸۰ ص ۱۵۳) این تعریف را به عنوان تعریف جامع و مانع برای حد پیشنهاد کرده اند: «حد مجازات بدنی خاصی است که به عنوان حق الله تعیین شده است.» بدون اینکه بخواهیم وارد تفصیل این بحث شویم که آیا حد، در قاعده‌ی درأ منحصر به همان مجازات حدود بالمعنی الاخص (یعنی به میزان معین و بدون حداقل و حداکثر^۱) است که در مقابل قصاص و تعزیرات قرار دارد و یا در معنای مطلق مجازات است و قصاص و تعزیرات (یعنی مجازات های غیر معین شرعی) را هم شامل می شود؛ لازم است اجرای این قاعده را در موارد مذکور، به اختصار مورد بحث قرار دهیم:

اجرای قاعده‌ی درأ در تعزیرات: در این مورد، خلاصه باید گفت: علی رغم این که اجرای این قاعده در مجازات حدود (به معنای اخص) مورد قبول همه‌ی علما و فقهای اسلامی واقع بوده و به اصطلاح، این شمول نزد ایشان مفروغ عنه است مع ذلک با این که تعزیرات و حدود با هم فرق اساسی و جوهری دارند^۱، اکثر فقها و حقوقدانان

۱. اهم موجبات حد (در این معنا)، علیرغم وجود اختلاف نظر بین فقهای اسلامی، به شش مورد منحصراً شده است ۱- زنا ۲- ملحقات زنا (لواط و تفریح و مساحقه و قوادی) ۳- قذف ۴- شرب خمر ۵- سرقت ۶- محاربه (و افساد فی الارض و قطع طریق) (محقق حلّی، شرایع، ابتدای کتاب الحدود و التعزیرات، ص ۱۴۷) ضمناً جالب است بدانیم، حد در قرآن کریم به صورت مفرد ذکر نگردیده بلکه در حدود ۱۴ مورد به صورت جمع آمده و در هیچ یک از این موارد به معنای عقوبت استعمال نشده است، بلکه به معنای احکام و مقررات و غیر اینها آمده است مثل «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا بقره ۲۲۹» «أَلَا أَنْ يَخَافُوا أَلَّا يَقيموا حُدُودَ اللَّهِ» بقره آیه ۲۲۹.

۱. برخی حقوق دانان امروزی علاوه بر اعتقاد به این فرق های جوهری، در خصوص هدف حدود و تعزیرات این گونه دارند که: هدف اصلی در حدود (و قصاص)، بیشتر سزادهی است به عنوان هدف وظیفه گرا (و نگاه به گذشته) ولی هدف محوری در اجرای تعزیرات بازدارندگی به عنوان هدف پیامدگرا (و نگاه به آینده و مهار جرم)

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۱۷

در پناه اخبار و احادیثی که جهل را ملاک رفع حدود می دانند- خواه این جهل در قلمرو حدود باشد و یا تعزیرات- واژه‌ی حد در حدیث شریف نبوی (ص) را به معنای اعم و شامل تعزیرات هم دانسته اند. (عوده، حقوق جنائی اسلام، ج ۱، چاپ ۱۳۷۳، ص ۳۰۳) در کتاب تحریرالوسیله‌ی امام خمینی (ج ۲ ص ۴۸۳) نیز در باب اجرای تعزیر (دروطی بهیمه و میت) آمده است «... فلاتعزیر... علی المکره و لاعلی المشتبه مع امکان الشبهه فی حقه، حکماً او موضوعاً» (اگر کسی بر این عمل (وطی بهیمه) اکره شود یا برای او شبهه‌ی حکمی یا موضوعی ایجاد شود در صورتی که در حق او چنین شبهه‌ای صادق باشد از مجازات معاف می شود). این نظرات با استناد به «قاعده‌ی اولویت» صحیح به نظر می رسد، زیرا اگر حدود که اهمیّت آن در شریعت اسلام بالاتر از تعزیرات است. به وسیله‌ی شبهه ساقط شود، تعزیرات نیز به طریق اولی ساقط خواهد شد. (قبله‌ای خوئی، همانجا، ص ۱۶۲) علاوه بر این، در موارد زیادی به تعزیر، اطلاق حد شده است. بنابراین، اصالة العموم (ادرتوا الحدود) با توجه به اولویت مذکور و با توجه به وحدت ملاک - که بر پایه‌ی های عقلانی بنا شده است - شامل تعزیرات شرعی هم می شود. زیرا حکمت تشریح این قاعده که تحقق عدالت و کمک به متهمین است، اقتضای شمول قاعده به تعزیرات را هم دارد و مهم تر از همه عموم فرمایش معروف حضرت رسول اکرم (ص) است مبنی بر «اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر» در قسمت آخر این حدیث شریف: «ادرتوا الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فان وجدتم للمسلم مخرجه فخلوا سبيله، فان الامام لان یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقوبه.» (تا می توانید حدود را از مسلمانان دفع کنید. سعی کنید حد بر کسی جاری نشود). پس اگر راه گریزی برای مسلمان به جهت فرار از حد پیدا کردید او را رها سازید زیرا اگر حاکم در عفو نمودن خطا کند بهتر از آن است که بی گناهی را مجازات نماید.» که این امر شامل تعزیرات هم خواهد بود. (بلاغی،

است. (اندیشه های حقوق اسلامی، مجموعه مقالات، چاپ ۱۳۸۸، ص ۳۶۱، مقاله دکتر فیروز محمودی، با عنوان درآمدی بر اهداف مجازاتها)

صدرالدین، همانجا، ص ۹، منبع ذکر حدیث نبوی، از جمله، سنن ترمذی، ابواب الحدود باب ۲ است، به نقل از موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد الفقہیہ ج (ص ۱۳۴) در این مورد در مباحث آتی به تفصیل بحث خواهد شد.^۱

اجرای قاعده‌ی درأ در قصاص، دیات و مجازاتهای بازدارنده:

در این باره، اختلاف نظر بین فقهای اسلامی به خوبی مشهود است زیرا از یک طرف عدّه‌ای از ایشان - از جمله مرحوم محمد تقی مجلسی (ره) در کتاب روضه المتّقین - حدود را شامل حدود و تعزیرات و قصاص دانسته اند، و این نظر متین است. (به نقل از موسوی بجنوردی، سیدمحمد، همانجا، ص ۱۴۲) ولی از سوی دیگر، اکثر فقهای عظام، در خصوص مورد قصاص، موضعی مخالف دارند، به این استدلال که چون قصاص از جمله حقوق النّاس است و مبنای حقوق النّاس بر مذاقّه و دقّت است. لذا چنان چه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به قاعده‌ی درأ تمسّک جست. زیرا اصول عقلایی (اصالت عدم النّسیان، عدم الغفله، عدم الاشتباه و عدم الاکراه و نظایر اینها) در قصاص جاری می‌شود و مانع از جریان قاعده‌ی درأ در قلمرو قصاص است و دلیل این که اصول عقلایی مزبور (مثل اصل عدم الاشتباه و نظایر آن) در حدود الله جاری نمی‌شود آن است که حدود الله مبنی بر تخفیف و تسامح است. در این باره بعضاً پاسخ داده شده که در خصوص قصاص هم اصول عقلایی (مثل عدم النّسیان و عدم الاشتباه) جاری نمی‌شود زیرا درست است که حقّ النّاس (از جمله قصاص) مبنی بر مذاقّه و نیازمند دقّت است، اما این دقّت نظر مربوط به مسائل حقوقی و مالی صرف است ولی در مسأله‌ی دماء و نفوس که بسیار مهم است باید تا جایی که امکان دارد احتیاط کرد. (موسوی بجنوردی، همانجا، ص ۱۴۱)

۱. نیک سهلست زنده بیجان کرد کشته را باز زنده نتوان کرد
شرط عقلست صبر تیرانداز که چو رفت از کمان نیاید باز
«گلستان سعدی باب هشتم»

خلاصه آن که در مسأله قصاص، پای جان و نقص عضو در میان است و از این جهت حاکم و قاضی باید در اجرای قصاص نهایت دقت را به کار ببرد و در موارد بروز هرگونه تردید از اجرای قصاص جلوگیری نماید. بنابراین، بهتر آن است که در موضوع قصاص، اصل احتیاط جاری شود و مفاد قاعده‌ی درأ هم مؤید این و تفسیر به نفع متهم است، لذا قاعده‌ی درأ در باب قصاص هم قابل جریان است و موارد بسیاری هم در فقه وجود دارد که فقهای گرانقدر - از جمله محقق حلی، صاحب جواهر، شهید ثانی، و علامه‌ی حلی - به استناد قاعده‌ی درأ و حصول شبهه‌ی دارئه، در برخی موارد حکم به سقوط مجازات قصاص داده‌اند. هم‌چنان که برخی از علمای عامه هم - از جمله جلال‌الدین سیوطی در «الاشباه و النظائر» - چنین نظری دارد. (به نقل از محقق داماد، همانجا، ص ۸۵) ضمن آن که مسلماً باید گفت در ارتکاب اعمال عمدی مستوجب قصاص، هرگاه در مسأله‌ی عنصر معنوی جرم و قصد مرتکب و مسأله‌ی عمدی یا غیر عمدی بودن عمل ارتكابی شک و تردید شود، در این جا به جهت احتیاط در دماء و احترام به خون و جان مردم، دفاع از تلقی غیر عمدی بودن جرم (و تفسیر به نفع متهم و یا تبدیل به دیه) اولی است. در پایان این بحث این نکته به اختصار قابل ذکر است که به اعتقاد اکثر قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان، واژه‌ی حدود مندرج در قاعده‌ی درء الحدود، حداکثر شامل تعزیرات و قصاص است و معمولاً شامل دیات نمی‌شود، زیرا دیه در زمره‌ی حقوق مالی اشخاص است و در باب حقوق مالی اصل بر دقت و مDAQه است و در این عرصه، اصول عقلایی مثل اصل عدم اشتباه و اکراه و غفلت و نظایر اینها جاری می‌شود از این رو به مجرد شبهه، حق افراد ساقط نمی‌گردد. (محقق داماد، همانجا، ص ۸۶) در خصوص مجازاتهای بازدارنده (و احکام سلطانیه) که تعزیر شرعی اصطلاحی نیستند و ولی امر و حاکم مسلمین به تعیین آنها اقدام می‌نماید، این احکام جزء حقوق الله نیست. (بنابراین، می‌توان نسبت به آنها حکم غیابی صادر نمود، لذا محتمل است قاعده‌ی درأ در مورد آنها جاری نشود زیرا اینها حق حکومت اسلامی جهت اداره امور مردم است. (ر.ک به ماده ۱۷ ق.م.ا و نیز رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷ صادره در سال ۱۳۸۴)

بخش دوم: اصل براءت

مقدمتاً باید گفت: همان طوری که می دانیم در فقه اسلام، برای فرد انسان در هنگام بلا تکلیفی و تحیر و یا سرگردانی ناشی از مواجهه با یک موضوع خاص و برای خروج از آن، راه حل هایی پیش بینی شده، که از جمله ی آن ها استناد به قواعد فقهیه و نیز اصول عملیه (یا عقلیه) است. این اصول عبارتند از اصول براءت، استصحاب، احتیاط و تخیر. این اصول به این جهت مهم هستند که در استنباط احکام فرعی و مسائل مبتلا به، نقش اساسی داشته و به همین سبب، در تمام ابواب فقه (و حقوق) کاربرد داشته، اصول و قواعد عام نامیده می شوند. در مقابل، قواعدی وجود دارد که به ابواب خاصی اختصاص دارند، مثل قاعده ی تلف مبیع در زمان خیار که فقط در معاملات اجرا می شود. باری موضوع همه اصول عملیه (از جمله اصل براءت) شبهه و شک است، یعنی هرگاه، شخصی نسبت به چیزی قطع و یقین نداشته بلکه در آن مردد باشد، به یکی از آن اصول می تواند تمسک نماید و به بیان تخصصی تر این که هرگاه شخص مجتهد در مسیر استنباط احکام، در کتاب و سنت و اجماع و عقل، دلیل صریح و کافی نیابد تا به منظور واقعی شارع و قانونگذار پی ببرد و یا نص و دلیل موجود ظنی الدلاله باشد، چنین جایی محل اجتهاد است و در این صورت می تواند به اقتضای زمان و مکان و با تمسک به اصول عملیه ی مذکور، حکم مسأله را تعیین و برای حل مسائل جدید و حوادث مستحدثه و نوظهور، راهکار و پاسخ شایسته ارائه نماید. بنابراین در اجتهاد پویا، اصول عملیه به عنوان ابزار کارآمدی مورد استفاده ی مجتهد قرار می گیرد. گفتنی است اگر اصول فقه را شامل قواعدی بدانیم که در طریق استنباط احکام شرعی فرعی از ادله ی تفصیلی آنها به کار می رود و فقها و مجتهدین در هنگام استنباط احکام از آنها بهره می جویند اما قواعد فقهی را همه می توانند به آن ها توسل جویند؛ مثل قواعد صحت، لاضرر، بینه، درأ و براءت و نظایر این ها. البته در تعیین جرایم و مجازات ها در هنگامی که نص وجود ندارد یا نصی ظنی الدلاله باشد باید - و بهتر آن

است - جرم انگاری نشود و اصل برائت جاری گردد. باری در این مقاله، قصد بر این است با ارائه‌ی یک تحقیق نه چندان مفصل و نه آن چنان مختصر، ضمن توضیح و تبیین جایگاه اصل برائت، شباهت آن با دیگر قاعده‌ی فقهی (یعنی درأ) آن هم از جهت دایره‌ی شمول آنها مورد بررسی قرار گیرد و به رغم اختصار، در هر مورد استدلال کافی ارائه گردد. البته نیاز به بیان مکرر ندارد که قاعده‌ی فقهی در یک تعریف مختصر، عبارت است از: قاعده‌ی کلی که بر احکام جزئی تطبیق داده می‌شود، مصدر و منبع این قواعد همانا منابع چهارگانه‌ی فقه اسلامی بوده است. به طوری که بعضی از این قواعد مستفاد از قرآن کریم است مثل قواعد لاجرح، نفی سبیل، احسان و بعضی دیگر از نصوص و ظواهر روایات و سنت مأخوذ است، مثل قواعد لاضرر، اتلاف و درأ و بالاخره برخی از آنها از ادله‌ی اجماع و عقل (و بناء عقلا و سیره‌ی فقها) برآمده است، مثل قاعده‌ی عقلی ملازمه (یا تطابق). گفتنی است بیان قواعد فقهی در آیات و روایات به معنای آن نیست که همیشه این قواعد، قواعدی صرفاً شرعی اند بلکه تعدادی از آنها مثل اصل برائت علاوه بر آن که مفاد آن از برخی آیات قرآن و نیز احادیث معصومین (ع) مستفاد می‌گردد^۱ و قاعده‌ی شرعی قلمداد می‌شود، به اعتقاد برخی از علما، ریشه و منشأ عقلی دارند و عقل سلیم مبتکر ایجاد آن هاست. (هرچند برخی نسبت به آنها به دلیل نقلی نیز تمسک بسته اند.)^۱ بنابراین، همانطوری که در سرآغاز گفته شد، قاعده‌ی «قیح عقاب بلا بیان» از ادله‌ی حجیت اصل برائت است؛ به دیگر سخن این که اصل برائت مستنتج از این قاعده است. (محقق داماد، همانجا، ص ۲۵) گفتنی است: دلیل عقلی اختصاص به مذهب خاص و یا سرزمین خاص یا مردمی خاص ندارد و

۱. از جمله آیات ۵۱ سوره اسری، ۷ سوره طلاق هم چنین احادیث رفع، اطلاق، سعه و مستندات «قاعده‌ی درأ» و «ترجیح خطا در عفو».

۲. برخی دیگر از محققین، اصل برائت را به برائت عقلی و شرعی تقسیم بندی کرده اند، به این ترتیب که، قاعده‌ی برائت عقلی را نتیجه‌ی قاعده‌ی عقلی «قیح عقاب بلا بیان» دانسته و برائت شرعی را به «حکم شارع مقدس به برائت و عدم لزوم احتیاط در مورد مشکوک» تعبیر نموده اند. (دکتر عیسی ولایی، اصول فقه ۲، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص ۱۷۷ به بعد)

قاعده ای است کلی که در هر جا کاربرد دارد، مثل «قیح ظلم و ستم» و «ممدوح بودن عدل و دادگری»، بنابراین اصل برائت علاوه بر اینکه مستفاد از برخی آیات و روایات است نتیجه ی عقل سلیم نیز می باشد که در قوانین عرفی نیز جاری است. (ر.ک به اصل ۳۷ قانون اساسی و ماده ی ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی).

به طور خلاصه: منظور از اصل برائت این است: در مواردی که در حکمی شک داریم، معتقد شویم که در مقام عمل، موظف به آن نیستیم. مثلاً در مواردی که حکم حرمت ثابت نیست، آن عمل مباح و جائز بوده و اصل برائت - که از اقسام اصل عدم است^۱ - جاری می باشد. به عنوان مثال اگر در پرونده ی سرقت و محاکمه ی سارق، دلایل استنادی، مثبت قضیه نباشد، متهم هم اقرار نکرده باشد (با حدوث شک در قضیه) باید حکم برائت متهم صادر گردد، به طوری که در بند الف ماده ی ۱۷۷ قانون آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸ آمده: «چنان چه اتهامی متوجه متهم نبوده و یا عمل انتسابی به وی جرم نباشد، دادگاه اقدام به صدور رأی برائت و یا قرار منع تعقیب می نماید»^۲. بنابراین، مطابق آن چه که در متون فقهی و اصولی به شکل «كُلُّ شَيْءٍ مُّطْلَقٌ حَتَّى يَرِدَ فِيهِ النَّهْيُ» یعنی: هر چیزی مجاز و آزاد است تا نهی بر آن وارد شود» بیان می شود، هرگاه تکلیف، مجهول و یا مشکوک باشد، حکم (ظاهری) آن مسأله، اباحه یا برائت است. (محقق داماد، قواعد فقه مدنی ۲، چاپ ۲، سال ۱۳۷۴، ص ۲۷)

مجرای اصل برائت: - همانطور که قبلاً ذکر شد - در اسلام که شریعت سمحه ی سهله و آیین رأفت است - اصل برائت برای اولین بار از طریق قاعده ی درأ و نیز قاعده قبح عقاب بلا بیان (سوره اسری، آخر آیه ۱۵) معرفی و جاری شده است. این

۱. اصل عدم، جامع تر از اصل برائت است، لذا بهتر آن بود که در قوانین عرفی نیز اصل عدم ذکر می شد تا منحصر به حق و دین و تکلیف (مذکور در ماده ی ۱۹۷ ق.آ.د.م) نباشد و مثلاً اموری مانند ساختن بنا، متولد شدن فلان شخص و رویداد فلان موضوع را که مورد شک واقع می شود، شامل بگردد.

۲. قابل ذکر است اصل برائت (همانند دیگر اصول عملیه) در جایی جریان می یابد که اماره ای (که موجب تقویت ظن نسبت به ارتکاب جرم توسط متهم گردد) موجود نباشد و الا در چنین مواردی (که از موارد لوث است) متهم باید برای تبرئه خود بینه اقامه کند. (ر.ک به مواد ۲۳۹...و ۲۴۶ قانون مجازات اسلامی)

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۲۳

اصل، نه تنها در مرافعات و مدافعات معمولی و حقّ النَّاس، بلکه آن جا که عرصه‌ی حقّ الله است نیز کاربرد بسیار مؤثر و عملی یافته، به حدّی که با تحقّق شبهه و تردید حتّی اجرای احکام و حدود الهی تعطیل می شود. از پیامبر گرامی اسلام (ص) منقول است که: «إدرئوا الحدود بالشبهات» (حدود را به وسیله‌ی شبهه‌ها (از متهم) دفع کنید). همین قاعده‌ی درأ، مهم ترین دلیل حجّیت اصل برائت و زمینه ساز اجرای آن بوده است، و در بیان اهمّیت این اصل باید گفت: اصل برائت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صورت اصل سی و هفتم به رسمیت شناخته و در آن صراحتاً پیش بینی شده: «اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود، مگر آن که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» و هم چنین در اصل ۱۶۹ آن، در راستای قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان آمده است: «هیچ فعل و یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده جرم محسوب نمی شود.» بنابراین، با توجّه به این که مجرای اصل برائت در هنگام شک در حکم و تکلیف است؛ (یعنی شک و شبهه در عنصر قانونی جرم) همین امر، سبب برداشتن تکلیف از عهده‌ی مکلف می باشد، آن هم در زمانی که حکم واقعی مجهول است، فلذا این اصل در شبهات حکمیّه (و شبهه در عنصر قانونی جرم) به طور قطع جاری است، و در باب اجرای آن، در شبهات موضوعیّه، باید گفت: هرگاه در موضوع حکم مجازات (یعنی در عنصر مادی جرم) شبهه پیش آید، به این صورت که تردید شود آیا عملی را که شخص مرتکب شده اصلاً جرم است یا نیست؟ به عبارت دیگر تردید شود که نفس عمل جرم و دارای کیفر است یا نیست، باز هم جای عمل به اصل برائت است و محلّی برای قیاس و جرم انگاری باقی نمی ماند.

هم چنین است شک در قصد و عمد متهم و تردید در عنصر معنوی جرم، به این صورت که قاضی در این قضیه دچار تردید گردد آیا مرتکب در انجام عمل غیر قانونی، قصد و عمد داشته است یا خیر؟ در این جا نیز به مقتضای اصل برائت و اصل احتیاط نسبت به حفظ جان و عرض و آزادی مردم، باید مرتکب را (با شرایط مقرر قانونی)

تبرئه و مجازات را از او بردارد^۱؛ و یا بعضاً آن را به کیفر سبک تری مبدل سازد. بنابراین هرگاه، در یکی از ارکان جرم، شبهه به وجود آید، اصل براءت نیز مستند رأی به تبرئه متهم خواهد بود.^۲ چنان چه علاوه بر تصریح بر براءت مردم در اصل ۳۷ قانون اساسی، در بند الف ماده ی ۱۷۷ ق.آ.د.ک آمده است: «(پس از ارجاع پرونده به شعبه دادگاه) چنان چه اتهامی متوجه متهم نبوده، یا عمل انتسابی به وی جرم نباشد، دادگاه اقدام به صدور رأی براءت می نماید.» بنابراین اصل براءت و نیز اصل احتیاط در دماء، در بسیاری از موارد، قرابت و حتی وحدت مجرا می یابند و در چنان مواردی، مقتضی دفع مجازات از متهم می شوند؛ زیرا شارع مقدس اسلام و به تبع آن، قانونگذاران عرفی، اهتمام زیادی به حفظ دماء و نفوس مردم دارند و به همین جهت حدود و مجازات های الهی، عمدتاً مبتنی بر تخفیف و مسامحه بوده، در نتیجه در هنگام بروز هرگونه شبهه ای مقتضی درأ و دفع مجازات ها می باشند.

اینک قبل از پرداختن به مطلب «مقایسه ی مجرای قاعده ی درأ و اصل براءت» ابتدا مجرای جریان قواعد فقهی را مورد بررسی قرار می دهیم.

محل جریان قواعد فقهی:

قبل از ورود به بحث پیرامون مجرای قواعد درأ و براءت، لازم است جریان قواعد فقهی را در انواع شبهات بررسی نماییم، که در این خصوص به جهت احتراز از تطویل کلام، به طور خلاصه در مورد شبهات موضوعیه و حکمیّه باید گفت: قواعد فقهی در

۱ در این خصوص، حتی برخی از فقهای اسلام از جمله شهید ثانی (در مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳۳۹) نه براءت متهم که براءت قاضی را پیش آورده، یعنی براءت قاضی از وظیفه و تکلیف اجرای حد نسبت به متهم، در هنگامی که شبهه ای برای او پیش آید. (به نقل از محقق داماد، همانجا، ص ۸۸) گفتنی است با پذیرش اصل براءت بوده که در سیستم های عرفی دادرسی در جهان امروز، نظام اقناع وجدان قاضی (یا نظام دلایل معنوی) به تدریج جایگزین نظام ادله قانونی گردیده است.

۲. برخی آثار مهم اصل براءت به این قرار است: ۱- مقام تعقیب و قاضی، مکلف به اثبات عنصر مادی و معنوی جرم هستند ۲- لازم است برای متهم امکان تعیین وکیل فراهم شود. ۳- منع اخذ اقرار اجباری از متهم و فقدان آثار حقوقی آن....

شبهات موضوعیّه قطعاً جاری می‌شوند، زیرا حتی در صورت فقدان قاعده‌ی درأ، بنا بر مقتضای اصول و قواعد اولیّه تا موضوعی احراز نگردد، حکمی بر آن مترتب نخواهد شد، از این رو، فقهای اسلامی در مورد شمول قواعد فقهی بر شبهات موضوعیّه بحثی ندارند و مخالفی هم در این مسأله نیست. (سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیّه، همان جا، ص ۱۳۶) فلذا می‌توان نتیجه گرفت (مثلاً در حقوق جزای اسلامی) از آن جا که مجازات یک نوع حکم است و معلول تحقق و انجام یک موضوع می‌باشد، با عدم احراز موضوع (یعنی جرم)، حکم (یعنی مجازات) بر آن مترتب نمی‌شود. (بند الف ماده‌ی ۱۷۷ ق.آ.د.ک) و این یک مطلب بدیهی است و در این مورد مخالفی در بین نیست، لیکن اختلاف در این جاست که آیا قواعد فقهی در شبهات حکمیّه هم جریان دارند یا خیر؟ برخی مثل مرحوم صدر معتقدند این قواعد در شبهات حکمیّه هم جاری می‌شوند ولی بعضی دیگر مثل مرحوم آیت الله خوئی بر این اعتقادند که قواعد فقهی در شبهات حکمیّه جریان ندارند. (لطفی، دکتر اسدالله، قواعد فقه مدنی، ص ۱۳) و گروهی دیگر از فقهای عظام، قائل به تفصیل شده و بر این نظرند که وقتی جهل مرتکب نسبت به حکم از نوع جهل قصوری^۱ باشد مشمول قواعد فقهی می‌شود؛ ولی اگر جهل او، جهل تقصیری و ناشی از کوتاهی او در یادگیری احکام بوده، قاعده‌ی فقهی جاری نمی‌گردد، که در مباحث آتی در قسمت معافیت مرتکب از تحمّل حدود، در این خصوص به تفصیل بحث خواهد شد.

مجرای اصل برائت: قبلاً بیان شد که موضوع اصول عملیّه (یا عقلیّه) شک است. بنابراین اصل برائت - به عنوان یکی از اصول عملیّه - در هنگام شک و شبهه کاربرد

۱. جهل قصوری (یا همان جاهل قاصر) به این معناست که شخص، هیچگونه ارتباطی با مراکز دینی و منابع دسترسی به قانون مصوب ندارد، اما در جهل تقصیری، جاهل مقصر می‌توانسته از احکام شرع و قانون آگاهی پیدا کند ولی در اثر تقصیر و یا سهل انگاری، در مسیر استعلام و آگاهی یافتن از قوانین قدم بر نمی‌دارد و در جهل باقی می‌ماند.

دارد^۱ و اصولیون و فقهای اسلامی مجرای اصل برائت را شبهه و شک در تکلیف و (یا شک در حکم قضیه) دانسته اند نه مکلف^۲ به، زیرا در هنگام شک در متعلق تکلیف و مکلف^۳ به و در زمان اجرای تکلیف، بسته به مورد، محلّ اجرای اصل تخیر و یا احتیاط است. پس شک در تکلیف گاهی از باب شبهه حکمی و گاهی در شبهه ی موضوعی است. لذا با توجه به این مسأله، ضروری است ابتدا این دو قسم عمده از شبهات، مورد بررسی قرار گیرد؛ بدین شرح:

الف - شبهه ی حکمیّه: شبهه ی حکمیّه (یا جهل به حکم) عبارت است از این که حکم یک موضوع کلی مورد تردید بوده و معلوم نباشد و نیاز به این هست که (به نحوی) از طرف شارع و قانونگذار، حکم آن موضوع، مشخص شود، مثل این که ندانیم عقد بیمه از نظر شارع، حلال است یا حرام.. که این جهل و یا تردید نسبت به حکم کلی یا ناشی از فقدان نصّ معتبر است، یا اجمال نص یا تعارض نصوص، به طوری که مثلاً به علت فقدان نصّ معتبر در ممنوعیت یک عمل (مانند استعمال دخانیات) تردید می شود که آیا حکم این عمل نزد شارع حرمت است یا جواز و اباحه. لذا در مواردی، حاکم (قاضی) در جرم بودن عمل ارتكابی توسط متهم تردید می کند مانند شبهه در

۱. شبهه یعنی چه؟ شبهه هر آن چیزی هست که به حق شباهت دارد ولی در واقع، حق نیست، چنانچه علی (ع) در نهج البلاغه خطبه ۳۸ (در باب ضرورت معرفه الشبهات) می فرماید: «... إِنَّمَا سُمِّمَتِ الشُّبُهَةُ شُبُهَةً لِأَنَّهَا تُشْبِهُ الْحَقَّ» یعنی: شبهه را به این دلیل شبهه نامیده اند که به حق شباهت دارد. « ولی در مورد اصطلاح فقهی آن، اتفاق نظر وجود ندارد برخی گفته اند: منظور از شبهه در فقه، همانا عدم العلم و عدم القطع به حرمت و ممنوعیت عمل و یا ترک عمل است که شامل ظن و شک و احتمال هم می شود، مثل آن چه که در فقه امامیه در کتاب النکاح ذیل عنوان (و طی به شبهه) مطرح است. البته در حقوق جزای اسلامی، شبهه اعم از آن است و موارد شبهه ی در سرقت و در قذف و در قصاص و تعزیرات را نیز دربرمی گیرد. (قبله ای خوئی، همان جا، ص ۱۵۳) و بعضی دیگر معتقدند: شبهه، یعنی قطع به حلیت و اباحه ی چیزی که در واقع حرام است و یا ظنّ به اباحه، زیرا در تمام این صور، واقع امر از شخص، پنهان مانده است. البته در هنگام رسیدگی به موضوع، حاکم یا قاضی باید بررسی نماید که آیا شبهه در حقّ مدّعی شبهه صادق است یا خیر؟ (محقق داماد، قواعد فقه جزایی، سال ۱۳۸۱، ص ۵۳) در این باره رجوع کنید به ماده ی ۶۶ قانون مجازات اسلامی.

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۲۷

عنصر قانونی جرم و به این صورت است که شبهه‌ی حکمیّه ایجاد می‌شود یا اینکه شخص نمی‌داند نوشیدن آبجو حرام است و در اثر جهل به حرمت، آن را می‌نوشد و یا نمی‌داند که ازدواج با زن مطلقه در ایام عدّه حرام است و با او ازدواج می‌کند (یا مورد اشتباه مأمور دولت مذکور در ماده‌ی ۵۷ ق.م.ا) که در این موارد مرتکب عمل، نسبت به حکم حرمت و ممنوعیت جهل دارد، فلذا شبهه‌ی حکمیّه روی می‌دهد.

ب - شبهه‌ی موضوعیّه: عبارت از این است که حکم موضوعی کلی معلوم است ولیکن موضوع خاصی از آن (به جهتی) مورد تردید قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر این که، شخص مرتکب، حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی نسبت به موضوع حکم، جهل و تردید دارد، مثل این که شخص بداند که آشامیدن مشروبات الکلی، شرعاً (و قانوناً) حرام و ممنوع است، اما درباره‌ی مایع موجود در لیوان تردید دارد که آیا این مایع، مصداق مشروب الکلی است یا آب است. در این جا نه در اصل حکم کلی، بلکه در حکم جزئی و مصداق حاضر و مایع موجود در لیوان تردید دارد. مثلاً به علل خارجی مانند تاریکی هوا متوجه نشود که مایع موجود در لیوان شراب است و به گمان این که آب است آن را بنوشد که در این جا شبهه در موضوع حکم (شبهه‌ی موضوعیّه) تحقق یافته است.

بخش سوم: مقایسه‌ی جریان قواعد درأ و برائت در شبهات حکمیّه و

موضوعیّه: تطابق یا تفاوت؟!

خلاصه‌ی مطلب و اصل سؤال این است، آیا گستره و قلمرو اجرای قواعد درأ و برائت در محدوده‌ی شبهات حکمیّه و موضوعیّه (و غیر اینها) یکسان است و یا از این حیث در برخی موارد مختلفند؟ به عبارت دیگر آیا حاکم شرع و قاضی محکمه در هنگام رسیدگی به شکایات و دعاوی مربوط به موضوعات متفاوت، در استناد به هر دو قاعده‌ی مذکور، دارای آزادی عمل و اختیار مساوی است و یا این که اهمّیت و وسعت قلمرو یکی بر دیگری می‌چربد. و بالاخره و مختصر این که، آیا مستند قاضی در دفع اتّهام و مجازات از متّهم در هر مورد متفاوت بوده و بسته به مورد می‌تواند گاهی به

قاعده ی درأ و زمانی به اصل برائت استناد نماید و یا در استناد به هر کدام آزاد است ؟

جریان قاعده ی درأ در شبهات حکمیّه و موضوعیّه: بر طبق آنچه که قبلاً بیان شد، جریان قاعده ی درأ در شبهات موضوعیّه مسلم و مورد اتفاق فقهاست و اساساً مخالفی در این مسأله وجود ندارد. (موسوی بجنوردی، سید محمد، همانجا، ص ۱۵۵ - محقق داماد، همانجا، ص ۵۶) زیرا تا موضوعی احراز نشود، حکمی بر آن مترتب نخواهد شد، چرا که حکم به مجازات، معلول تحقق یک موضوع (یعنی وقوع جرم) است و با عدم احراز موضوع (یعنی جرم)، حکم مجازات، محلّ اجرا نمی یابد؛ ولی در خصوص شبهات حکمیّه، گروهی از فقها و محققین قائل به تفصیل شده، معتقدند وقتی جهل به حکم، از باب جهل قصوری باشد، مسأله مشمول قاعده ی درأ می شود. لیکن اگر جهل تقصیری و ناشی از تقصیر و سهل انگاری مرتکب در علم یافتن به احکام باشد، قاعده ی مزبور جاری نمی شود. (عوده، عبدالقادر، التشریح الجنایی، ج ۱ ص ۴۳۱،) اما فقهای تیزبین امامیّه، این مرزبندی را با دقت بیشتری دنبال کرده و با شرایطی آن را پذیرفته اند. از جمله این که: در جهل تقصیری، اگر مرتکب جاهل و مقصّر، متوجّه جهل خود نباشد و خویش را بی جهت عالم به حکم بداند، در حالی که واقعاً جاهل است - یعنی نداند که نمی داند - که از آن به جهل مرکّب تعبیر می شود. آنکس که نداند و نداند که نداند..... در جهل مرکّب ابدالدهر بماند. در چنین وضعی مرتکب، معذور است. (موسوی خمینی، امام روح الله، تحریرالوسیله، ج ۲ ص ۴۵۶ - و نیز خوئی، (آیت الله)، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج ج ۱ ص ۱۶۹ و قبله ای خوئی، همانجا، ص ۱۶۰).

بنابراین (در حقوق جزای اسلامی هم) چنین جهلی نیز موجب سقوط حدّ است. (ماده ی ۶۶ قانون مجازات اسلام) ولی اگر شخص مرتکب در حین ارتکاب جرم متوجّه جهل خود باشد و بداند که نمی داند؛ چنین شخصی مجرم است و حد بر او جاری می گردد.^۱

۱. هرچند برخی از فقهای متأخر، جهالت مرتکب را در هر حال در معنای عام و شامل همه (چه جاهل قاصر، چه جاهل مقصّر) دانسته اند. (مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، ص ۱۶۸، به نقل از موسوی بجنوردی، سید محمد، همانجا، ص ۱۳۷.)

نتیجه اینکه جهل قصوری به طور مطلق و جهل تقصیری در صورتی که از نوع جهل مرکب باشد و احتمال صدق مدعی داده شود باید عذر موجه شناخته شود و حد از مرتکب جاهل، دفع و درأ گردد.

در پایان این قسمت، به طور خلاصه باید گفت: با توجه به حدیث نبوی (ص) مستند قاعده‌ی درأ (إِدْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ) و کلمه‌ی عام «الشُّبُهَاتِ» در این حدیث شریف و از آن جایی که یکی از ادات عموم، همانا جمع محلّای به الف و لام است؛ بنابراین از باب اصاله الاطلاق و اصاله العموم، کلمه‌ی «الشُّبُهَاتِ» افاده‌ی عموم می‌کند و شامل هر شبهه‌ای (چه موضوعیه، حکمیّه و حتّی مفهومیه^۱ و غیر اینها) و نیز شامل هر جهلی اعم از قصوری و یا تقصیری (و حتّی شبهه‌ی عمد و خطا و اکراه) و از جمله ماده‌ی ۶۷ ق.م.ا نیز می‌گردد. علاوه بر این‌ها، به همراه قاعده‌ی درأ و مستندات آن (به ویژه صحیح‌ه‌ی عبدالصمد از امام صادق (ع) «..أَيَّ رَجُلٍ رَكِبَ أَمْرًا بِجَهَالَةٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ» (هرکس در اثر جهل و نادانی مرتکب امری شود، چیزی بر عهده‌ی او نیست). قیدی که حاکی از تخصیص شبهات به شبهه‌ی خاصی باشد وجود ندارد.^۲ (به نقل از موسوی بجنوردی، همانجا، ص ۱۳۷، محقق داماد، همانجا، ص ۵۸) بنابراین، در

البته تفکیک بین جاهل قاصر و مقصر (آنهم فیما بین جاهل مرکب و غیر آن) با نظم عمومی و اجتماعی و نیز با اقتدار قانون سازگارتر است و نظم عمومی اقتضا دارد موارد استثنائی رفع مسئولیت کیفری را به همان جهل قصوری و اشتباهات قهری محدود کنیم، تا زمینه غفلت و بی‌توجهی مردم به دستیابی و آگاهی از قوانین تقویت نگردد.

۱. شبهه‌ی مفهومیه به این معنا است که: حاکم علی‌رغم احراز موضوع، حکم آن را نمی‌داند، (چون، مفهوم عنوان بر وی مشتبه^۱ شده، مانند مفهوم ختنای مشکل، مثلاً در باب اقامه حد بر مرتد فطری، حاکم، حکم قضیه را می‌داند، ولی وقتی شخص مرتکب، ختنای مشکل باشد چون دوران امر میان قتل (در مورد مرتد فطری مرد) و توبه دادن (در مورد مرتد فطری زن) است، قاضی و حاکم در اینجا نمی‌داند مرتکب را که ختنای مشکل است زن بداند و یا مرد؟ و کدام حکم را باید جاری سازد؟. بنابراین، با حدوث این شبهه حد قتل از ختنای مشکل ساقط و دفع می‌گردد.

۲. ماده‌ی ۶۴ قانون مجازات اسلامی: زنا در صورتی موجب حد می‌شود که زانی یا زانیه بالغ و عاقل و مختار بوده و به حکم و موضوع آن نیز آگاه باشد (یعنی جاهل و در شبهه نباشد و الا مطابق ماده‌ی ۶۳ ق.م.ا و طی به شبهه است نه زنا). البته این نکته قابل ذکر است که فرض قانونگذار در مورد آگاهی مردم نسبت به احکام مصوب، یک فرض قانونی است و نظم عمومی و رعایت اقتدار قانون ایجاب می‌کند که اثبات خلاف این فرض به آسانی میسر نباشد مگر در موارد استثنائی و اشتباهات و ناآگاهی‌های قهری.

هنگام بروز هرگونه شبهه، طبق قاعده ی درأ و به مقتضای رعایت اصل برائت، باید مجازات از متهم برداشته شود.^۱

عروض شبهه نزد چه کسی معتبر است ؟

مسأله ای که در رابطه با جریان قاعده ی درأ مطرح می شود، این است که: ملاک در حصول شبهه چیست. آیا باید شبهه برای قاضی پیش آید یا متهم یا هردو تا قاعده ی درأ و دفع حدود و مجازاتها جریان پیدا کند. در این خصوص سه احتمال متصور است:

الف - حصول شبهه نزد قاضی: ممکن است تصور شود که مخاطب قاعده ی درأ، قضات هستند. بنابراین، شبهه باید نزد قاضی عارض شود و عروض آن در نزد متهم اعتباری ندارد؛ چون گفته شده «ادرئوالحدود بالشبهات» یعنی مخاطب این روایت شریف، کسی است که بتواند حد را ساقط کند و این منحصرأ در اختیار حاکم (و قاضی) است.

ب - حصول شبهه نزد متهم: ممکن است گفته شود ملاک، عروض شبهه نزد متهم است و مقصود از «بالشبهات ادرئوالحدود» یعنی ای قضات به واسطه ی شبهاتی که نزد متهمان و مرتکبان عارض می شود، حد را از آنان ساقط کنید.

ج - حصول شبهه نزد قاضی یا متهم و یا هردو: احتمال دیگر این است که به صرف عروض شبهه نزد قاضی و یا متهم، حد از مرتکب ساقط می شود.

واقع مسأله آن است که به نظر می رسد، در این موارد، عموماتی که در مقام قانونگذاری تشریح می گردد، نظر به مخاطب خاص و یا صنف خاصی ندارد. به بیان دیگر، در مقام قانونگذاری و بیان قانون، معمولاً اشخاص و اصناف خاصی مورد نظر نیستند بلکه قانونگذار، حکم را بر نفس طبیعت چیزی وضع می کند که در قاعده ی

۱. چو حکمی کنی بر گناه کسی تأمل بکن در عقوبت بسی
صوابست پیش از گشش بند کرد که نتوان سر گشته پیوند کرد
«بوستان سعدی، باب اول»

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۳۱

درأ، حکم و جوب دفع حدود و مجازات‌ها بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و صنف خاصی از شبهه - چه شبهه‌ی نزد قاضی یا متهم - مورد نظر نمی‌باشد. البته در برخی موارد، وجود شبهه نزد متهم منجر به عروض شبهه نزد قاضی هم می‌شود و با آن ملازمه دارد. بنابراین، در جایی که قاضی یقین به کذب اظهارات متهم ندارد، عروض شبهه‌ی ادعایی نزد متهم، موجب حصول شبهه نزد قاضی و سبب دفع حدود از متهم می‌گردد.

چنانچه در ماده‌ی ۶۷ ق.م.ا. آمده است: «هرگاه زانی یا زانیه ادعا کند که به زنا اکره شده است، ادعای او در صورتی که یقین برخلاف آن نباشد، قبول می‌شود.» (در اینجا شبهه در حاکم رخ داده یعنی حاکم احتمال می‌دهد که متهم در ادعایش صادق است.) بنابراین، اگر متهم ادعای نسیان و خطا و یا اکره و اضطرار و یا ادعای جهل به حکم یا به موضوع و نظایر اینها نماید و قاضی نسبت به خلاف گویی متهم یقین نداشته باشد، برای وی نیز ایجاد شبهه می‌شود در نتیجه، مجازات از متهم دفع می‌گردد و هرچند در حقوق الناس، اصل بر دقت و استیفای کامل حقوق مردم است. اما مجازاتها و حدود الهی مبنی بر تخفیف و مسامحه اند که باید در هنگام عروض شبهه، از متهم دفع گردند.

خلاصه: موضوع قابل بحث در قاعده‌ی درأ، همانا حصول نفس شبهه است، نه شبهه در نزد شخص خاص، در نتیجه با توجه به عام بودن واژه «الشبهات» در این قاعده، چه شبهه‌ی حکمی باشد چه موضوعی، چه در نزد قاضی عارض شود چه در نزد متهم، در هر حال حدود و مجازات‌ها - با شرایطی که در قسمت‌های قبل به آنها اشاره شد. - از متهم برداشته می‌شود.^۱

۱. سؤالی که ممکن است پیش آید، این است که: آیا در چنان مواردی، اصل، معافیت از مجازات حد است یا تحمیل مجازات خفیف‌تر؟ به عبارت دیگر، پس از آنکه اجرای حد در مورد متهم به دلیل حصول شبهه متوقف شد، آیا هیچ مجازاتی برای او منظور نمی‌شود؟ و یا این که باید مجازات سبکتری را تحمل نماید؟ پاسخ به این سؤالات بسته به چگونگی شبهه و نوع جرم متفاوت است. گاهی ممکن است مجازات به طور کلی ساقط شود و

نتیجه: هرچند در خصوص وحدت مجرای شمول «قاعده ی درأ» و «اصل برائت» بین فقهای اسلامی اتفاق نظر وجود ندارد، و همانگونه که بیان شد، در فقه اسلامی، نظر غالب این است که قاعده ی درأ در شبهات حکمیّه و موضوعیّه جاری است ولی در مورد دائره ی شمول اصل برائت، اکثر فقها اعتقاد به اجرای آن در شبهات حکمیّه (و شبهه در عنصر قانونی جرم) دارند ولی در سایر شبهات، از قاعده ی درأ مدد می گیرند. لیکن در هنگام شبهه در عنصر مادی و تحقق جرم و عنصر معنوی، در سایه ی تفسیر به نفع متهم و حتی بنا بر یک نظر، برداشتن تکلیف از عهده ی قاضی و برائت وی در خصوص اجرای مجازات، حکم به تبرئه ی متهم با تمسک به اصل برائت، با مبنای حدود و مجازاتهای الهی - حتی عرفی که عمدتاً مبتنی بر تخفیف و مسامحه اند - مناسبتر بوده است. اقتضای درأ و دفع مجازات از متهم را دارند. زیرا با توجه به اصول و قواعد متعددی در فقه جزائی اسلام، از جمله قاعده ی درأ، اصل برائت و نیز «اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر» که منشأ آن سخنی از پیامبر گرامی اسلام (ص) است که می فرمایند: «... فانّ الامام لان یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقبه.» (اگر امام (حاکم) در عفو نمودن خطا کند بهتر از آن است که شخص بی - گناهی را مجازات نماید.) صدور حکم مبنی بر مجازات متهم، تنها در صورتی امکان

حتی آثار عمل حلال بر اقدام مرتکب بار شود، مثل مورد و طی به شبهه که برای متهم به زنا، شبهه موضوعیّه حاصل شده و کسی را که در بسترش خوابیده؛ در تاریکی شب، امر به او مشتبه شده و او را همسر خود پنداشته، در این صورت، مرتکب تقصیری نداشته و عمل او زنا نیست. «ماده ی ۶۳۳.ق.م.ا» و مجازاتی بر او تحمیل نمی شود و حتی آثار نزدیکی حلال بر اقدامش مترتب می گردد، از قبیل اثبات نسب، وجود عدّه و غیر آن، که در ماده ی ۱۱۶۵ قانون مدنی آمده است: طفل متولد از نزدیکی به شبهه ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده اند ملحق به هر دو خواهد بود. «البته در همین مورد، اگر به جای شبهه ی موضوعیّه، در کیفیت اثبات زنا نسبت به مرد و زن نامحرمی که در یک بستر دیده شده اند، شبهه ایجاد شود، درست است که به دلیل وجود شبهه، حدّ زنا از آنان ساقط می شود، اما ممکن است به جای حدّ زنا، تحت عناوینی مثل مضاجعه و روابط نامشروع تعزیر شوند. در این خصوص در ماده ی ۶۳۷.ق.م.ا پیش بینی شده است «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه ی زوجیت نباشد مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا، از قبیل مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد....»

دارد که شرعاً و قانوناً، ارتکاب جرم از ناحیه‌ی وی ثابت شود، به طوری که نصّ تحریم کننده و ماده‌ی قانونی مربوطه، دقیقاً منطبق با جرم ارتكابی باشد. بنابراین هرگاه در یکی از ارکان سه گانه‌ی جرم و یا در ثبوت و یا اثبات ارتكاب جرم از ناحیه‌ی متهم و انطباق نصّ تحریم کننده بر فعل مرتکب، تردید معقولی وجود داشته باشد، حکم براءت متهم باید صادر گردد، زیرا در چنین مواردی، براءت متهم، از مجازات کردن او، برای جامعه بهتر و از جهت اجرای عدالت سزاوارتر است. بنابراین باید گفت: قاعده‌ی درأ - که کاربرد بیشتری در شرع دارد - و نیز اصل براءت - که کاربرد بیشتری در قوانین عرفی دارد - و اصل ترجیح خطای در عفو از جهات فوق با یکدیگر به نوعی هم پوشانی دارند و منطبق بر همه‌ی انواع جرائم می باشند و به خوبی با جرائم مستلزم حدود و قصاص و تعزیرات (و حتّی دیات با شرایطی) قابل انطباق هستند. نظر به همین موضوع است که در قوانین عرفی نیز، اصل براءت مقتضی این است که هر نوع شک و تردید به سود متهم تفسیر شود؛ به طوری که اجرای این اصل، گاهی به تخفیف مجازات متهم و اکثراً به تبرئه‌ی او منجر می شود. هر چند متأسفانه، برخی از قضات، در عمل ممکن است، تحت تأثیر برخی ضرورت ها و به خاطر حمایت از مصالح عمومی، در برخی موارد، به تفسیر موسّع از قوانین جزائی رو آورند و با هدف حمایت از مردم، جرم انگاری نمایند، که این امر می تواند هزینه ها و آسیب های مادی و معنوی فراوانی به جامعه تحمیل نماید. از طرف دیگر، این امر، نه تنها با مبانی انصاف و عدالت اسلامی مغایرت دارد، بلکه در سنجش سود و زیان آن، زیان چنین تفسیر موسّعی بر سود آن می چربد. زیرا در بسیاری از موارد، حکم به مجازات و زندان، بیش از این که مجرم را مجازات کند، خانواده اش را به نوعی مجازات می کند. بنابراین، نفع اجتماع و رعایت جانب اصل احتیاط در دماء و نفوس و آزادی مردم، مقتضی آن است که اگر در ثبوت جرم و یا رکنی از ارکان آن، به هر نحوی از انحا تردید و شبهه پیش آید، حکم به براءت متهم (یا تخفیف مجازات او) داده شود، در این صورت هم جانب عدل اسلامی رعایت شده و هم حقوق فردی و

امنیت روانی و اجتماعی افراد به خوبی تأمین و تضمین گردیده است. در نهایت با توجه به اصول و ضوابط دادرسی در اسلام و رعایت قاعده‌ی درأ و با تکیه بر فرض برائت متهمان در فقه جزائی و نیز در حقوق عرفی، باید گفت اثبات جرم باید به دور از هرگونه شک و شبهه‌ی صورت پذیرد، تا تعقیب کیفری و مجازات افراد، کاملاً بر طبق موازین شرع و قانون و انصاف باشد. «ان شاء الله»

منابع

الف: منابع فقهی و حقوقی (عربی)

- ۱- القرآن الکریم
- ۲- حلی، جعفر بن حسن (محقق اول): شرایع الاسلام، ۱۳۸۹ ه. ق. مطبعه الآداب، نجف اشرف
- ۳- خوئی، آیت الله سید ابوالقاسم؛ مبانی تکمله المنهاج، مطبعه الآداب، نجف اشرف
- ۴- دشتی، محمد؛ ترجمه نهج البلاغه (عربی و فارسی) چاپ اول، ۱۳۸۶، ناشر: نشر ایدون
- ۵- سلیم رستم بازاللبانی، شرح المجله، چاپ سوم، دارالکتب العلمیه، بیروت
- ۶- عوده، عبدالقادر؛ التشریح الجنائی الاسلامی، چاپ ۱۴۰۵، دارالکتب العربی، بیروت
- ۷- موسوی خمینی، (امام) روح الله؛ تحریر الوسیله، چاپ ۱۴۰۴، مؤسسه نشر اسلامی قم

ب: منابع فقهی و حقوقی (فارسی)

- ۱- انصاری، مسعود؛ دانشنامه حقوق خصوصی (۲)، چاپ دوم، ۱۳۸۶، انتشارات محراب فکر
- ۲- بلاغی، صدرالدین؛ عدالت و قضا در اسلام، چاپ پنجم، ۱۳۷۰، مؤسسه

«قاعده‌ی درأ» و «اصل برائت»: مجرای شمول: اشتراک یا افتراق ۳۵

انتشارات امیرکبیر

۳- عوده، عبدالقادر؛ حقوق جنائی اسلام (ترجمه فارسی) چاپ اول ۱۳۷۳، ناشر:
بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی

۴- قبله ای خوئی، خلیل؛ قواعد فقه جزائی، چاپ اول، ۱۳۸۰، سازمان مطالعه و
تدوین... (سمت)

۵- محقق داماد، دکتر سید مصطفی؛ قواعد فقه مدنی ۲، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ناشر: سمت
۶- محقق داماد، دکتر سیدمصطفی؛ قواعد فقه جزائی، چاپ ۳، ۱۳۸۱، مرکز نشر علوم
اسلامی.

۷- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ قواعد فقهیه، چاپ دوم، ۱۳۸۷، انتشارات مجد
۸- ولائی، دکتر عیسی، اصول فقه (۱ و ۲)، چاپ ششم، ۱۳۸۷، انتشارات دارالفکر قم.

ج: منابع قانونی (وعلائم اختصاری آنها)

۱- قانون اساسی (ق.ا)

۲- قانون آیین دادرسی کیفری (ق.آ.د.ک)

۳- قانون آیین دادرسی مدنی (ق.آ.د.م)

۴- قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا)

۵- قانون مدنی (ق.م)

نگاهی بر سیستم عدم تمرکز اداری در ایران

محسن امامی قشلاق*

چکیده

به رغم برخورداری از حدود صد سال سابقه قانونگذاری در باره شوراهای محلی در راستای تمرکززدایی از امور کشور و ایجاد و تقویت واحدهای غیرمتمرکز محلی، هنوز در باره این موضوعات دچار ضعف ها و مشکلات اساسی هستیم. ریشه و علت این مشکلات و موانع را علاوه بر مسائل اجتماعی، سیاسی، تاریخی و اقتصادی می توان بلحاظ ابهام جایگاهی و صلاحیتی آن از بعد قانون اساسی و قوانین عادی نیز دانست.

واژه‌های کلیدی: عدم تمرکز اداری - نظارت مرکزی - واحدهای غیر متمرکز - شخصیت حقوقی.

* مدرس دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه

مقدمه

لازم به یادآوری است که مفهوم عدم تمرکز ارتباط مستقیمی با ساختار درونی کشورها و تقسیم قدرت در میان نهادهای کشوری دارد بدین ترتیب که از نظر ساختار درونی دولت‌ها را به دو دسته یعنی دولت‌های تک ساخت یا بسیط و دولت‌های چند پارچه یا مرکب می‌توان تقسیم نمود. دولت تک ساخت یا بسیط دولتی است که دارای یک مرکز واحد عملکرد سیاسی است و قدرت سیاسی و اداری در کلیت و مجموع، توسط یک شخصیت واحد حقوقی که همان دولت مرکزی است اعمال می‌شود. (مانند ایران و فرانسه) در مقابل، دولت چندپارچه یا مرکب دولتی است که دارای چندین واحد سیاسی مختلف بوده که هر یک دارای قدرت اعمال حاکمیت بر قلمرو سیاسی خود هستند. (مانند کشورهای فدرال مثل کانادا و آلمان) و به دلیل همین اختیارات نسبتاً وسیع است که نمی‌توان مفهوم عدم تمرکز را در مورد هر یک از واحدهای سیاسی یک کشور فدرال بکار برد. چون بحث تمرکز و عدم تمرکز اداری با ساختار دولت فدرال در تعارض بوده بنابراین بحث مزبور تنها در دولت‌های تک ساخت یا یکپارچه مصداق پیدا می‌کند. البته در دولتهای فدرال در داخل هر یک از ایالات بحث تمرکز و عدم تمرکز می‌تواند مطرح باشد. خلاصه کلام آنکه مفهوم عدم تمرکز را نبایستی با مفاهیمی چون عدم تراکم، کفالت، وحدت انضمامی، منطقه‌گرایی و فدرالیسم اشتباه گرفت. به جهت حجیم نشدن نوشتار از بررسی مفاهیم مذکور با توجه به اینکه در زیرمجموعه عدم تمرکز می‌توانند مورد مطالعه و بررسی قرار بگیرند خودداری می‌نماییم.

این نوشتار از دو گفتار تشکیل شده است، گفتار اول به گزارشی از مفهوم و ویژگیهای عدم تمرکز (فنی و محلی) با ذکر رفرنس از اساتید گرانمایه پرداخته و در گفتار دوم نیز به محاسن و معایب این نظام، و در نهایت به راه حل و آنچه باید کرد تحت عنوان نتیجه پرداخته است.

گفتار اول: تعریف اصل عدم تمرکز اداری و ویژگی های آن

الف: تعریف و اقسام عدم تمرکز اداری

عدم تمرکز اداری نظامی است که در آن صلاحیت تصمیم گیری درباره امور به مقاماتی که کم و بیش مستقل از قوه مرکزی هستند سپرده شده و بر دو قسم است: عدم تمرکز محلی - عدم تمرکز فنی. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۶۴).

۱- عدم تمرکز محلی:

عدم تمرکز محلی یا سرزمینی عبارت است از اعطای استقلال و خودسامانی اداری، یعنی اعطای صلاحیت تصمیم گیری به یک ناحیه مانند ده یا شهر یا شهرستان و یا استان نسبت به اداره پاره ای از امور محلی، و هدف از آن، این است که اهالی و یا ساکنان هر محل در اداره امور محلی خود سهیم شوند و کارها بهتر اداره شود.

عدم تمرکز محلی در حقیقت نوعی مردم سالاری و شرکت دادن مردم در اداره امور محلی است؛ بدین ترتیب که قوه مرکزی به جای آنکه تمام امور شهرستان ها را به عهده بگیرد، اداره تمام یا بخشی از امور اداری محلی را به خود ساکنان محول می کند تا آنها امور مزبور را توسط شوراهایی که انتخاب می کنند اداره کنند. (برای آگاهی بیشتر رجوع شود به: حکومت های محلی و عدم تمرکز؛ تألیف دکتر ابوالقاسم طاهری، ۱۳۷۰، نشر قومس)

در این نظام، هر یک از شهرستانها، شخصیت حقوقی جدا از شخصیت حقوقی دولت دارند و بودجه، سازمان و مأموران خاص خود را دارا می باشند و سازمان ها و شوراهای محلی در تمام اموری که مطابق قانون در صلاحیت آنها گذاشته شده است حق تصمیم گیری دارند، ولی برای اینکه مقامات مزبور از حدود اختیارات خود تجاوز نکنند، دولت مرکزی نسبت به اعمال آنها نظارت می کند. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۶۵).

باید خاطر نشان کرد که عدم تمرکز اداری، وحدت حقوقی و شکل حکومت را تغییر نمی دهد و آن را نباید با فدرالیسم اشتباه گرفت؛ زیرا اموری که به عهده شوراها

و مقامات محلی است تنها امور اجرایی و اداری است و آنها به هیچ وجه حق مداخله در امور قضایی و یا قانون گذاری ندارند و همه از قوانین واحد تبعیت می کنند، در صورتیکه در نظام فدرال، دولت های جزء متحده دارای مجالس مقننه، قوه قضائیه، هیأت وزراء و قوانین مخصوص به خود می باشند. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۶۵).

نوعی از عدم تمرکز اداری، منطقه گرایی است با این تفاوت که عدم تمرکز راه حلی برای تمرکز زدایی و سبک کردن بار دولت مرکزی است در صورتیکه منطقه گرایی نوعی راه حل برای مدیریت امور مناطق ناهمگون در یک کشور است بدین ترتیب که معمولاً در کشورهایی که در آنها اختلافات جغرافیایی، اقتصادی یا قومی، مذهبی و زبانی وجود دارد کوشش می شود هر منطقه به صورت خودگردان، برطبق قوانین ویژه ای که از طرف دولت مرکزی وضع می شود اداره شود و ویژگی های هر منطقه که خاص اهالی آن است حفظ می گردد. منطقه گرایی ممکن است اداری یا سیاسی باشد. در منطقه گرایی اداری، استقلال منطقه خودگردان از امور اداری فراتر نمی رود و وحدت حقوقی کشور محفوظ است، یعنی تمام کشور تابع قانون واحدی است و دولت مرکزی بر اجرای آن نظارت می کند، لکن در منطقه گرایی سیاسی، منطقه خودگردان، تشکیلات قانونگذاری محلی دارد که در چارچوب قوانین دولت مرکزی قابل اجرا است و گاهی نیز ممکن است کارگزاران اجرائی ویژه ای داشته باشد. به طور کلی اصول خودگردانی در قانون اساسی کشور، معین و تضمین می گردد. (طاهری، ۱۳۷۰، ص ۳۵).

۲- عدم تمرکز فنی:

عدم تمرکز فنی عبارتست از واگذاری استقلال و صلاحیت تصمیم گیری به یک مؤسسه برای اداره یک یا چند امر عمومی معین.

این قبیل مؤسسات را که از شخصیت حقوقی و آزادی عمل لازم برخوردارند، در اصطلاح ((مؤسسه عمومی)) می نامند.

اعطای استقلال به این مؤسسات، ناشی از ملاحظات فنی و یا علمی است که گاهی

نگاهی بر سیستم عدم تمرکز اداری در ایران ۴۱

ایجاب می کند قوه مرکزی، اداره یا اداراتی را از تشکیلات خود منتزع سازد و برای آنها استقلال اداری و شخصیت حقوقی متمایز و جدا از خود قائل شود. منظور از این کار، این است که مؤسسات مزبور در امور و تصمیمات خود آزادی عمل داشته باشند و از جریان سیاسی و یا مداخلات ناروای قوه مرکزی مصون بمانند. اما برای اینکه این امر به بی نظمی و هرج و مرج منجر نشود، دولت نسبت به آنها نظارت دارد؛ به عنوان مثال، با این که بعضی از مؤسسات فرهنگی مانند دانشگاهها و مدارس عالی، دارای استقلال و شخصیت حقوقی جداگانه اند و امور محول شده را بوسیله شوراهای منتخب خود اداره می کنند ولی دولت باز نسبت به آنها نظارت دارد. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۶۶).

ب: ویژگیهای عدم تمرکز اداری

عدم تمرکز محلی و فنی، هر دو ویژگی و اصول مشترکی دارند. به طور کلی، عدم تمرکز همواره متضمن یک نوع استقلال اداری و آزادی عمل است و برای اینکه این امر تحقق پیدا کند لازم است که ناحیه یا مؤسسه ای که عدم تمرکز آن مورد نظر است امور محول شده را به طور جداگانه و مستقل اداره کند و نظارت قوه مرکزی نسبت به آن مؤسسه یا ناحیه به حدی نباشد که به آزادی عمل او لطمه بزند. برای پی بردن به این ویژگیها، به بررسی شرایط تحقق عدم تمرکز و قیومت اداری و راههای آن می پردازیم.

ج: شرایط تحقق عدم تمرکز اداری

۱- داشتن شخصیت حقوقی:

استقلال و آزادی عمل یک مؤسسه مستلزم آنست که آن مؤسسه دارای حقوق و تکالیف مشخص، بودجه، اموال، سازمان و مأموران مجزا از دولت باشد. این نوع تسهیلات معمولاً ناشی از عاملی است که آنرا به اصطلاح شخصیت حقوقی می نامند. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۶۷).

بنا به آنچه گفته شد نخستین وسیله برای تحقق عدم تمرکز اداری، شناختن شخصیت حقوقی مؤسسه یا ناحیه ای است که عدم تمرکز آن در نظر است و به همین جهت عدم تمرکز اداری موجب افزایش اشخاص حقوقی می شود زیرا در این نظام هر یک از نواحی و مؤسسات غیر متمرکز اشخاص حقوقی را تشکیل می دهند، در حالیکه در نظام تمرکز فقط یک شخص حقوقی وجود دارد که همان شخصیت حقوقی دولت است. باید دانست که اعطای شخصیت حقوقی به یک واحد جغرافیایی مانند ده یا شهر یا شهرستان و یا یک سازمان این امکان را به وجود می آورد که آن واحد جغرافیایی و یا سازمان، دارای اموال و دارایی شود و معاملاتی انجام دهد و بتواند مانند یک شخص حقیقی وارد زندگی حقوقی گردد و لکن عدم تمرکز وقتی به کمال می رسد که واحد غیر متمرکز از درآمد و منابع مالی کافی برخوردار شود و بتواند به عملیات مورد نظر بپردازد.

۲- نظارت مرکز در سیستم عدم تمرکز اداری (قیمومت اداری)

استقلال نواحی و واحدهای غیر متمرکز مطلق نیست، بلکه دولت مرکزی نسبت به اختیارات و آزادی آنها نظارت دارد. این نظارت (در واقع احتیاط و ملاحظه) به این دلیل است که آزادی کامل واحدهای غیر متمرکز اغلب موجب هرج و مرج و تشتت می شود و چنانچه نظارتی در بین نباشد چه بسا منافع ملی فدای منافع محلی و خصوصی شود؛ زیرا اعضای شوراها و هیأت‌های مدیره مؤسسات و مقامات غیر متمرکز، که خود غالباً به ترتیب انتخاب، معین می شوند برای حفظ موقعیت خود به هر گونه اقدام و عوام فریبی ولو اینکه منافی مصالح عمومی باشد، دست می زنند.

(طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، صص ۶۹ و ۷۰).

جلوگیری از افراط و تفریط واحدهای غیر متمرکز و ایجاد وحدت نظر در اداره کشور برای دولت یک امر ضروری و حیاتی است و در حقیقت، نظارت مزبور به منزله وثیقه و تأمین است که دولت مرکزی در مقابل آزادی واحدهای غیر متمرکز در دست دارد و مقصود از آن تأمین، اجرای قوانین و مقررات در کشور است. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۰).

نگاهی بر سیستم عدم تمرکز اداری در ایران ۴۳

نظارتی که از طرف قوه مرکزی نسبت به واحدهای غیر متمرکز اعمال می گردد در اصطلاح (قیمومت اداری) نامیده می شود و یکی از ارکان سیستم عدم تمرکز اداری است که هیچ گونه عدم تمرکز بدون آن قابل اجرا نیست. البته قیمتومت اداری نباید به حدی باشد که به آزادی واحدهای غیر متمرکز لطمه بزند. تعیین میزان آزادی واحدها و مقامات غیرمتمرکز و نظارت دولت مرکزی بر آنها، یکی از مهمترین مسائل عدم تمرکز اداری است و این فقط در صلاحیت قانون گذاری است که حدود و چگونگی آن را کاملاً تعیین کند. به طور کلی در عدم تمرکز، آزادی اختیار، اصل، و نظارت قوه مرکزی استثناست و فقط در مواردی که قانون پیش بینی می کند، اعمال می گردد.

۳- راههای قیمتومت یا نظارت اداری

۳-۱- نظارت قوه مرکزی نسبت به اعمال شوراهای محلی و مؤسسات غیر متمرکز (اختیار اصلاح و یا ابطال آنها):

اعمال مؤسسات و مقامات غیر متمرکز که مورد نظارت مرکز قرار می گیرد، عبارت است از اعمال حقوقی یعنی اعمالی که آثار حقوقی (حق و تکلیف) بر آنها مترتب است نه اعمال مادی آنها. بعلاوه نظارتی که به وسیله مرکز بر واحدهای غیر متمرکز اعمال می شود از لحاظ قانون است نه از لحاظ مصالح و مقتضیات اداری، و این خود، یکی از موارد افتراق قیمتومت اداری و نظارت سیستم تمرکز است. توضیح آنکه در تمرکز اداری، نظارت مطلق است و اعمال حقوقی ادارات هم از لحاظ قانون و هم از لحاظ مقتضیات اداری مورد نظارت مقام مافوق قرار می گیرد در حالی که در عدم تمرکز اداری، نظارت مرکز مطلق نیست و هدف نظارت دولت مرکزی فقط این است که اعمال واحدهای غیر متمرکز، مخالف قوانین و مقررات نباشد. موارد نظارت بر اعمال حقوقی مقامات مزبور، از نظر حفظ مصالح و مقتضیات اداری بسیار محدود و معدود است. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۱).

در هر حال، چنانچه دولت مرکزی تشخیص دهد که عمل حقوقی ناشی از

واحدهای غیر متمرکز، قانونی نیست (در تمام موارد) و یا برخلاف مقتضیات اداری (جز در موارد معدود) است، حق دارد نسبت به ابطال آنها اقدام کند.

نظارت قدرت مرکزی نسبت به واحدهای غیر متمرکز آشکال مختلف دارد و ممکن است مستقیم یا غیر مستقیم باشد. نظارت غیر مستقیم مانند حضور استانداران و فرمانداران قدرت مرکزی در جلسات شورا یا جلسه هیأت مدیره مؤسسه غیر متمرکز، شرکت در مذاکرات آنها، تقاضای نماینده دولت برای تشکیل جلسات فوق العاده و آگاه ساختن نماینده دولت از تصمیمات شورا یا از تصمیمات واحد غیر متمرکز، و اما نظارت مستقیم مانند موافقت قبلی و ابطال و گرفتن تصمیم به جای مقامات واحدهای غیر متمرکز است که در ذیل بیان می شود: (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۲).

۳-۱-۱- موافقت قبلی:

در برخی موارد، قانون، اجرای تصمیمات و اعمال واحدهای غیر متمرکز را منوط به موافقت و تصویب قبلی دولت مرکزی قرار داده است؛ به طوری که عدم تصویب دولت مرکزی در حکم وتو، یعنی عدم تنفیذ تصمیمات مزبور تلقی می شود و تا وقتی که این موافقت جلب نشده است تصمیمات واحدهای غیر متمرکز از حیث قانونی قابل اجرا نیست.

برای اینکه ترتیب مزبور به نابودی عدم تمرکز نینجامد و سازمان غیر متمرکز فلج نشود معمولاً قانون، دولت مرکزی را مکلف می کند که ظرف مدت معینی، مثلاً یک ماه، عدم موافقت خود را اعلام کند، در صورتی که مرکز در موعد مقرر نظر خود را اعلام نکرد فرض قانون بر این است که مرکز با تصمیم مقامات غیر متمرکز موافقت دارد. باید خاطر نشان کرد که موافقت مرکز با تصمیمات مقامات غیر متمرکز به هیچ وجه دلیل قانونی بودن آنها نیست و رفع مسئولیت از مقامات مزبور نمی کند.

۳-۱-۲- ابطال:

در برخی موارد، قانون به دولت مرکزی حق داده است که چنانچه اعمال حقوقی واحدهای غیر متمرکز را غیر قانونی تشخیص دهد، خود آنها را ابطال کند. این نوع نظارت، مؤثرتر و شدیدتر از نظارت نوع اول است؛ زیرا مرکز، به عدم موافقت با اجرای

نگاهی بر سیستم عدم تمرکز اداری در ایران ۴۵

تصمیمات شوراها و مقامات غیر متمرکز اکتفانمی کند، بلکه خود، آنها را ابطال می کند. معمولاً قانونگذار در مواردی این اختیار را به دولت مرکزی می دهد که اعمال مقامات غیر متمرکز، آشکارا برخلاف قانون اساسی و یا بر خلاف مصالح ملی باشد. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۲).

۳-۱-۳- تصمیم گیری به جای واحدهای غیر متمرکز:

قانون در موارد معینی به دولت مرکزی اجازه می دهد، چنانچه مقامات غیر متمرکز از انجام اعمالی که مربوط به منافع و مصالح عمومی است، خودداری ورزند، خود به جای آنها اقدام کند.

مداخله دولت مرکزی، در صلاحیت مقامات غیر متمرکز، وسیله نظارت بسیار مؤثر و شدیدی است که حتی نظیر آن در سیستم تمرکز اداری وجود ندارد و چون نظارت مزبور، موجب محدودیت آزادی واحدهای غیر متمرکز است، قانون، موارد آن را دقیقاً تعیین و دولت را مکلف می کند که قبل از اقدام، مراتب را به صورت کتبی به واحدها و مقامات مزبور اعلام کند تا چنانچه در ظرف مدت معینی مثلاً یک ماه اقدام نشود خود مداخله کند.

گفتار دوم: محاسن و معایب عدم تمرکز اداری

الف: محاسن عدم تمرکز اداری

(۱) از نظر روانشناسی، عدم تمرکز اداری موافق با تمایلات بشری است و همانطور که افراد مردم مایلند در امور سیاسی و حکومتی خود شرکت کنند، علاقه دارند اداره امور اداری آنها نیز در دست خودشان باشد. افراد از اینکه حکومت مرکزی در تمام امور اداری مربوط به آنها دخالت کند، سخت بیزارند.

(۲) از نظر سیاسی، کشوری که در آن اختلافات نژادی و مذهبی و آداب و رسوم وجود دارد و یا نواحی مختلف آن از حیث شرایط جغرافیایی و اقتصادی، با یکدیگر متفاوتند، عدم تمرکز اداری بهترین سبک اداره است؛ زیرا در این شیوه هر ناحیه بر طبق

نیازها و مقتضیات محلی اداره می شود و تشابه و یکنواختی امور که از نتایج سیستم تمرکز است از بین می رود.

۳) از نظر اداری و فنی، امور و منافع محلی به وسیله مقامات و مأموران محلی بهتر اداره می شود تا به وسیله مأموران مرکز؛ زیرا تجربه و بصیرت مقامات محلی که آزادانه از طرف مردم انتخاب می شوند، در امور محلی بیشتر از مأمورانی است که از مرکز تعیین و تحمیل می شوند. بعلاوه این سیستم، بهترین وسیله برای حل سریع امور اداری است؛ زیرا در این سیستم نیاز زیادی به مراجعه و مکاتبه با مرکز نیست. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۶).

۴) به تجربه ثابت شده است که در این سیستم، حس همکاری افراد نسبت به مقامات اداری بیشتر است و دستگاه را از آن خود می دانند و از کمک به آن دریغ ندارند.

۵) این سیستم سبب می شود که وظایف مرکز سبکتر گردیده، کارها بهتر اداره شود. بالا رفتن سطح انتظارات عمومی، موجب شده وظایف و مسئولیتهای دولت سنگین تر و اداره آنها از مرکز دشوارتر شود. امروزه اداره تمام امور از مرکز کار ساده ای نیست و مقتضیات زمان، توزیع کار و تخصص بیشتر را ایجاب می کند. عدم تمرکز اداری سبب می شود امور عمومی به طور متناسب بین مرکز و شهرستانها تقسیم شود و کارها بهتر و سریعتر انجام گیرد. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۶).

۶) شرکت دادن مردم در اداره امور محلی سبب می شود که حس ابتکار و فعالیت افراد افزایش یابد و از زیانهای دخالت روز افزون دولت که موجب از بین رفتن ابتکار خصوصی است، کاسته شود.

۷) اداره امور محلی به وسیله خود اهالی سبب می شود که افراد از راه شرکت در مبارزات انتخابات محلی، بصیرت و تجربه لازم را جهت شرکت در زندگی عمومی کشور به دست آورند.

ب: معایب عدم تمرکز اداری

با وجود محاسنی که برای عدم تمرکز ذکر گردید، این شیوه معایبی نیز دارد؛ عدم

نگاهی بر سیستم عدم تمرکز اداری در ایران ۴۷

تمرکز اغلب موجب تشنّت و نفاق و گاه عوام فریبی می شود و در نتیجه برای پیشرفت کارها و مصالح عمومی زیانبار است. بعلاوه در این شیوه، مأمورین محلی تحت نفوذ ادعای شوراها قرار می گیرند.

(طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۷، ص ۷۷).

عدم تمرکز اداری در کشورهای که از ثبات حاکمیتی برخوردار نیستند باعث تقویت افکار جدایی طلبانه و در نتیجه تزلزل نظام سیاسی خواهد شد.

به طور کلی چون عدم تمرکز از مظاهر دموکراسی است، چنانچه بتوان نارسائیهایی برای دموکراسی برشمرد، در عدم تمرکز نیز همان نارسائیهها وجود دارد. و با توجه به همین نارسائی هاست که در بعضی موارد، قوه مرکزی مجبور می شود برای اداره امور، اختیارات بیشتری بدهد که آنرا در اصطلاح واگذاری اختیارات فوق العاده یا تام می نامند.

نتیجه

در بررسی اجمالی سیستم عدم تمرکز و محاسن و معایب آن با شرایط امروزی، ضرورت اجرای هر چه سریعتر سیستم عدم تمرکز هر چه بیشتر احساس می شود. البته طبیعی است که اجرای هر سیستمی بدون مطالعه و در نظر گرفتن عوامل مختلف از قبیل موقعیت جغرافیایی، ملاحظات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی امری غلط بوده و عواقب مهلکی را می تواند به دنبال داشته باشد.

کشور ما نیز تا کنون از این ناحیه هزینه های مادی و معنوی سنگینی را متحمل شده است و مسئولان نظام نیز خود پی به صحت این مسأله برده اند. که گرایش به سوی سیستم های تک ساخت پیچیده و تفویض تدریجی اختیارات به مقامات محلی از طریق احیای نهادهایی چون شوراها محلی نیز نوید حرکت به سوی عدم تمرکز را تقویت می نماید. در این راستا با شناسایی مشکلات و موانع موجود بر سر راه واحدهای غیر متمرکز محلی که نمونه اصیلشان شوراها محلی می باشد می توان نظام عدم تمرکز اداری را در نظام حقوقی ایران به صورت کامل به اجرا درآورد. این موانع را

اگر از بُعد حقوقی بخواهیم مورد بررسی قرار دهیم بایستی در وهله اول به قانون اساسی به عنوان سند حقوقی سیاسی بنگریم. به نظر می رسد مطلوب ترین راه برای تمرکززدایی از امور کشور و احیا و تقویت نظام عدم تمرکز اداری واقعی در ایران، تفکیک بین امور ملی و محلی در قانون اساسی و سپردن حداقل برخی از امور محلی به نهادها و مقامات محلی است. برای مثال قانون اساسی می تواند تصمیم گیری در باره امور آب، برق، گاز و تلفن منطقه ای، راه ها و جاده های محلی و موارد مشابه آن را مستقیم یا غیر مستقیم و بوسیله مجلس شورای اسلامی به شوراها واگذار کند. اما بر خلاف این، اصل یکصدم قانون اساسی، فقط نظارت بر امور یاد شده را به شوراها سپرده است یعنی به شوراها بیشتر صلاحیت نظارتی قائل شده است تا تصمیم گیری.

از طرفی مجلس شورای اسلامی می تواند و می تواند با اجرایی کردن اصل یکصدم قانون اساسی به نحوی که میان امور روزمره کشوری و نهاد شوراهای اسلامی محلی علقه حقوقی ایجاد کند، به گونه ای که بدون وجود نظارت شورا، انجام امور محلی با موانع حقوقی مواجه بوده طوری که بتوان علیه اقدامات دولت در آن موارد از دیوان عدالت اداری درخواست رسیدگی کرد. آنچه بیان شد گزارشی بود از اصلی ترین مواردی که واحدهای غیرمتمرکز محلی از نظر حقوقی از آن رنج می برند.

منابع

الف) کتب فارسی:

- ۱ ابوالحمد، عبدالحمید، ۱۳۵۳، حقوق اداری ایران، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲ انصاری، ولی الله، ۱۳۸۶، کلیات حقوق اداری، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان.
- ۳ سنجابی، کریم، ۱۳۳۴، حقوق اداری ایران، چاپ سوم، تهران، انتشارات مهر آیین.
- ۴ شهیدی، حسین، ۱۳۶۵، چهار سو و نگرشی کوتاه بر تاریخ و جغرافیای تاریخی، چاپ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- ۵ صادقیپور، ابوالفضل، ۱۳۷۰، نظریه تمرکز و عدم تمرکز، شماره دوم، تهران، مجله مدیریت امروز.
- ۶ طاهری، ابوالقاسم، حکومت‌های محلی و عدم تمرکز، نشر قومس.
- ۷ طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۷۷، حقوق اداری، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سمت.
- ۸ طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۴۸، حقوق اداری، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۹ عالم، عبدالرحمن، ۱۳۷۳، بنیادهای علم سیاست، تهران، نشر نی.
- ۱۰ قاضی، ابولفضل، ۱۳۸۳، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان.
- ۱۱ مشکور، محمد جواد، ۱۳۷۲، تاریخ زمین، تهران، انتشارات اشراقی.
- ۱۲ موسی زاده، رضا، ۱۳۸۲، حقوق اداری، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان.
- ۱۳ میراحمدی، مریم، ۱۳۶۸، نظام حکومت در دوران اسلامی از صدر اسلام تا عصر مغول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- ۱۴ نبوی، مصطفی، ۱۳۵۲، تمرکز و عدم تمرکز اداری و سیاسی در ایران، چاپ

سوم، تهران، سازمان چاپ خواجه.
۱۵ - هاشمی، سید محمد، ۱۳۷۴، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم،
قم، انتشارات مجتمع آموزش عالی قم.

ب) قوانین و مقررات:

- ۱ - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بازنگری شده در سال ۱۳۶۸.
- ۲ - قانون اساسی مشروطه و متمم آن.

نقد و بررسی رأی شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات شرکتهای وابسته به بنیاد جانبازان و مستضعفان

دکتر علی انصاری*

سید محمدهادی راجی**

چکیده

در سال ۱۳۷۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه ی شماره ی ۱۴۶، شرکتهای وابسته به بنیاد جانبازان و مستضعفان را به عنوان شرکت دولتی تلقی نمود و شکایات آنان را مستنداً به اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مادهی ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۶۰ (مادهی ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۸۵)، قابل طرح در دیوان ندانست. این رویه در طول سالهای گذشته نیز مورد تبعیت قرار گرفته است.

این رأی از دو جهت قابل بررسی است: صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات واحدهای دولتی، استدلال دیوان بر شرکت دولتی بودن شرکتهای وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان. در این مقاله با بررسی مختصر موضوع نخست، به صورت تفصیلی به موضوع دوم پرداخته و با بررسی ماهیت حقوقی شرکتهای وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان به عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی، و با در نظر گرفتن مقررات مختلف، مشخص می شود که شرکتهای وابسته به بنیاد نه شرکت دولتی تلقی می شوند و نه مؤسسه ی عمومی غیردولتی؛ لذا باید بتوانند

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت معلم

** دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

همانند سایر اشخاص حقوق خصوصی، شکایات خود را علیه واحدهای دولتی، در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند. بنابراین رأی صادره از این جهت که حقوق این شرکت‌ها در مراجعه و طرح شکایت در دیوان را نقض نموده است، بر خلاف قوانین موضوعه و اصول و موازین حقوقی است.

واژه‌های کلیدی: مؤسسه‌ی عمومی غیر دولتی، شرکت دولتی، دیوان عدالت اداری، شکایت دولت علیه دولت

مقدمه

به موجب اصل یک صد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد.» که قانون عادی ترتیب تشکیل آن را مشخص کرده است. اولین قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۰ به تصویب رسید و در آن شعب دیوان و هیأت عمومی دیوان پیش‌بینی شد. وظیفه ی شعب، رسیدگی فرجامی و شکلی به اعتراضات مردم نسبت به تصمیمات مراجع اداری است. صدور رأی وحدت رویه نیز در کنار ابطال مصوبات واحدهای دولتی، از کارکردهای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.

هرچند در سال ۱۳۸۵، دومین قانون دیوان عدالت اداری با تغییراتی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، ولی باز هم شعب بدوی (و نه تجدیدنظر) و هیأت عمومی دیوان با وظایفی مشابه قانون قبلی دیوان دیده می‌شود. البته مقایسه دقیق میان سیستم جدید دیوان با نظام سابق آن تفاوت‌های مهمی را نشان می‌دهد، ولی در این جا به بررسی کلیات و اصول دادرسی دیوان که در هر دو قانون یکسان است، اکتفا می‌شود.

آرای وحدت رویه دیوان، در مواردی صادر می‌شود که در موارد مشابه، آرای متناقض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شود، (ماده ی ۲۰ قانون سابق دیوان عدالت اداری و بند ۲ ماده ی ۱۹ قانون فعلی دیوان) البته مطابق قانون فعلی دیوان، صدور پنج رأی مشابه از شعب دیوان، می‌تواند از موارد صدور رأی وحدت رویه باشد. این آرای برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است. (ماده ی ۲۰ قانون سابق دیوان عدالت اداری و ماده ی ۴۳ قانون فعلی دیوان)

در این نوشته سعی شده است تا به اختصار یکی از آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان بررسی شده و مبانی حقوقی آن مورد مطالعه و مذاقه قرار گیرد. این رأی راجع به صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی مطروحه از سوی شرکت‌های وابسته به

مؤسسات عمومی غیر دولتی و از جمله بنیاد مستضعفان و جانبازان می‌باشد.

اگرچه این رأی در سال ۱۳۷۳ و در زمان حکومت قانون سابق دیوان عدالت اداری صادر شده است، ولی از آن جا که اصول مد نظر در این رأی در قانون فعلی دیوان نیز وجود دارد، هم چنان می‌تواند در دعاوی مطروحه در دیوان مورد استناد قرار گیرد.

برای نقد رأی فوق‌الاشعار و بررسی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیر دولتی، ابتدا **جریان پرونده** و آرای متناقض صادره از شعب دیوان بررسی می‌گردد؛ از آنجا که موضوع مورد بحث در این پرونده بررسی صلاحیت دیوان عدالت اداری است لازم است که **اشخاص صالح برای اقامه شکایت در دیوان** با عنایت به قوانین و مقررات مربوطه مورد مطالعه قرار گیرد.

از سوی دیگر ضروری است **ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان** بررسی شود. البته قابل ذکر است که موضوع اول (اشخاص صالح برای اقامه شکایت در دیوان) در این نوشته به طور مختصر مورد بحث قرار می‌گیرد و موضوع دوم (ماهیت شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان) به صورت مشروح مورد بررسی واقع می‌شود.

در نهایت نیز **رأی صادره** از سوی هیئت عمومی دیوان مطرح شده و در بخش **نتیجه** مورد تحلیل و نقد و بررسی حقوقی قرار می‌گیرد.

۱- جریان پرونده

در تاریخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۹ به دنبال صدور دو رأی متناقض در مسئله‌ای مشابه از دو شعبه دیوان، این مسئله در هیأت عمومی دیوان مطرح شد تا رأی صحیح از میان دو رأی متناقض برگزیده شده و عنوان «رأی وحدت رویه» به خود گرفته و برای سایر شعب دیوان و مراجع دیگر لازم‌الاتباع گردد.

رأی اول که توسط شعبه هفتم دیوان صادر شده به این نحو است که «شرکت ایران مارکو» علیه تصمیم بانک مرکزی مبنی بر مسدود نمودن حساب ارزی شکایت نمود.

نقد و بررسی رای شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۵۵

تصمیم مذکور توسط اداره ی نظارت ارزی بانک مرکزی صادر شده بود. شعبه ی هفتم دیوان ابتدا حکم به ورود شکایت نموده و سپس تصمیم مذکور بانک مرکزی را ابطال کرد. این رأی در دادنامه مورخ ۶۹/۳/۲۸ قید شده است. تذکر این نکته لازم است که شرکت ایران مارکو وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان بوده است.

رأی دیگری که با رأی فوق متعارض است، طی دادنامه ی مورخ ۱۳۷۳/۶/۱۹ توسط شعبه ششم دیوان عدالت اداری صادر شد. جریان پرونده به این صورت بود که «شرکت بنیاد موتور ایران» علیه تصمیمات وزارت اقتصاد و دارائی اعتراض نمود. ولی شعبه ی مذکور رسیدگی به این شکایت را از شمول قانون دیوان عدالت اداری خارج دانست و قرار رد شکایت صادر نمود. استدلال شعبه این بود که سرمایه ی شرکت مزبور، صد در صد متعلق به بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی بوده و لذا از شمول اصل یک صد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ی ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری خارج است.

در پی صدور رأی اخیر بود که با درخواست رئیس شعبه ی ششم دیوان عدالت اداری، این بحث به هیأت عمومی دیوان راه یافت تا در مورد آن تصمیم گیری شود. پس از بحث و بررسی در هیأت عمومی دیوان، رأی وحدت رویه در این باره، به این صورت نگارش شد: «مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ی ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۴، دیوان مرجع اختصاصی به^۱ رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و نهادهای انقلابی و تشکیلات و مؤسسات وابسته و تابع آنها می‌باشد و به موجب رأی شماره ی ۳۷-۳۸-۳۹ مورخ ۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام ایجاد وحدت رویه انشاء شده است، شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی مذکور در هیچ

۱. کلمه «به» در متن رأی دیوان زائد به نظر می‌رسد.

مورد قابل طرح و رسیدگی در دیوان نیست. نظر به این که بنیاد مستضعفان و جانبازان در زمره نهادهای انقلابی (واحدهای دولتی) قرار دارد، شکایت شرکت‌هایی نظیر شرکت ایران مارکو - بنیاد موتور که تمام یا بیش از ۵۰٪ سهام و سرمایه آنها متعلق به بنیاد مزبور است و در نتیجه شرکت دولتی محسوب می‌شوند، قابل رسیدگی در دیوان نمی‌باشد. بنابراین دادنامه شماره ۴۳۸ مورخ ۷۳/۶/۱۹ شعبه ششم دیوان که متضمن این معنی می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

محتوای این رأی چنین است که شرکت‌های تابعه بنیاد مستضعفان و جانبازان از واحدهای دولتی (شرکت دولتی) بوده و لذا نمی‌توانند در دیوان از تصمیمات سایر واحدهای دولتی شکایت نمایند چراکه تنها «مردم» - مذکور در اصل ۱۷۳ قانون اساسی - چنین حقی را دارند و عنوان «مردم» شامل این شرکت‌ها نمی‌شود. برای بررسی این رأی، باید در مورد اشخاصی که می‌توانند به دیوان شکایت کنند، ماهیت حقوقی بنیاد مستضعفان و جانبازان، ماهیت شرکت‌های تابعه ی این بنیاد، و شرکت‌های دولتی _ از آن جا که در رأی دیوان، شرکت‌های تابعه بنیاد مذکور، شرکت دولتی محسوب شده‌اند _ بررسی گردد و در نهایت باید به سؤال اساسی پاسخ داد که آیا اساساً شرکت‌های تابعه یا وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی می‌توانند در دیوان در مقام شاکی قرار گیرند یا خیر؟

۲- اشخاص صالح برای اقامه شکایت در دیوان

بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد». طبق تفسیر شورای نگهبان از این اصل، واحدهای دولتی نمی‌توانند به تظلم خواهی نزد دیوان بپردازند. رأی هیأت عمومی دیوان مورخ ۶۸/۷/۱۰ که در متن رأی موضوع این نوشته نیز

نقد و بررسی رای شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹-هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۵۷

به آن اشاره شده است، هم به همین معنا اشاره دارد. لذا تنها «مردم» حق دارند به دیوان مراجعه نموده و نزد او تظلم خواهی نمایند. منظور از «مردم»، اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی است و اشخاص حقوقی حقوق عمومی از شمول آن خارجند.

البته اصل این امر که تنها اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی بتوانند به دیوان عدالت شکایت برند، خود امر قابل ایرادی به نظر می‌رسد. چراکه اگر یک شخص حقوقی حقوق عمومی از اقدام و تصمیم شخص حقوقی حقوق عمومی دیگری متضرر شد و یا غیر قانونی بودن آن را دریافت، نتواند به دیوان عدالت اداری مراجعه نماید، در نتیجه باید به دادگاه‌های عمومی مراجعه نماید، در حالی که فرض بر این است که دیوان عدالت اداری به طور تخصصی وارد حوزه اختیارات و صلاحیت‌های اشخاص حقوقی عمومی شده و به قوانین و مقررات حاکم بر آن، آشناست.^۱

در صورت پذیرش تفسیر مذکور از اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی مبنی بر

۱. قابل ذکر است که خود دیوان عدالت اداری در مواردی پس از رأی وحدت رویه مورد بحث، بر خلاف آن، شکایات سازمان‌های دولتی را علیه آئین‌نامه‌ها و تصمیمات دولتی پذیرفته است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره نمود: شکایت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به خواسته ابطال یک بند از آئین‌نامه اجرایی ردیف (۱) بند (د) تبصره ۶۰ قانون بودجه سال ۱۳۷۶ در دادنامه شماره ۴۲ مورخ ۷۷/۲/۲۶؛ شکایت شرکت سهامی آب منطقه‌ای یزد به خواسته ابطال دستورالعمل شماره ۲۹۳۲ مورخ ۷۷/۲/۷ اداره کل نظارت و تنظیم روابط کار وزارت کارطیدادنامه شماره ۱۹۴ مورخ ۷۹/۶/۲۰؛ شکایت دفتر حقوقی وزارت راه و ترابری به خواسته ابطال بخشنامه‌های سازمان تأمین اجتماعی و وزارت کار و اموراجتماعی در خصوص تکلیف کارفرما به پرداخت مابه‌التفاوت کمک هزینه در دادنامه شماره ۳۶۴ مورخ ۷۸/۱۰/۱۹؛ شکایت سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی به خواسته ابطال بخشنامه دفتر تنظیم و نظارت روابط کار در خصوص صلاحیت مرجع حل اختلاف وزارت کار طی دادنامه شماره ۳۰۹ مورخ ۷۸/۸/۱۶ و شکایت سازمان صدا و سیما به خواسته ابطال مصوبه شورای عالی اداری در دادنامه شماره ۲۲ مورخ ۷۸/۲/۱۱. (به نقل از امامی، دکتر محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، نشر میزان، چاپ اول، تهران ۱۳۸۶ جلد اول ص ۱۵۷) البته لازم به ذکر است که شکایات یاد شده ناظر به مغایرت آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های سازمان‌ها و نهادهای دولتی با قانون است که با عنایت به اصل ۱۷۰ قانون اساسی که این نوع شکایات را در دیوان از «هر کس» قابل پذیرش دانسته، قابل توجیه می‌باشد. ولی در خصوص شکایات ناظر به ابطال مصوبات و اقدامات دولت، با توجه به تأکید اصل ۱۷۳ قانون اساسی به «مردم» به عنوان کسانی که حق طرح شکایت در دیوان دارند، هیئت عمومی دیوان همچنان عقیده دارد که دستگاه‌های دولتی مجاز به طرح این نوع شکایات نمی‌باشند.

صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات «مردم» و نه «واحدهای دولتی» علیه دولت، بدو باید به این سؤال پاسخ داد که آیا می‌توان آنچه را که قانون اساسی در مورد صلاحیت دیوان عدالت اداری ذکر کرده، انحصاری دانست یا خیر؟ اصولاً آیا در صورتی که قانون اساسی برای نهادی، صلاحیتی را مقرر نمود، آیا قانونگذار عادی می‌تواند صلاحیت دیگری را نیز به صلاحیت‌های آن نهاد اضافه نماید یا این که آن نهاد تنها و تنها باید دارای همان صلاحیت باشد و یا این که صلاحیت‌هایی را می‌توان به آن افزود که همسان با صلاحیت مذکور در قانون اساسی است؟ نمونه‌ی دیگری که می‌توان غیر از دیوان عدالت اداری در این مورد ذکر نمود، صلاحیت‌های وزیر دادگستری است. در اصل ۱۶۰ قانون اساسی، وزیر دادگستری مسئولیت کلیه مسائل مربوط به روابط قوه قضائیه با قوه مجریه و قوه مقننه را عهده‌دار شده است و البته امکان تفویض اختیارات مالی و اداری قوه قضائیه و نیز استخدامی غیر قضات از سوی رئیس قوه قضائیه به وی نیز در این اصل پیش‌بینی شده است. شورای نگهبان لااقل در دو مورد افزودن به اختیارات وزیر دادگستری را خلاف اصل ۱۶۰ دانسته^۱ و در یک مورد، آن را پذیرفته و خلاف اصل مذکور قلمداد نموده است.^۲

به نظر می‌رسد افزودن اختیارات در صورتی خلاف قانون اساسی است که اولاً اختیار و صلاحیت افزوده شده در قانون اساسی بر عهده‌ی نهاد دیگری گذاشته شده باشد و بخواهیم آن را از نهاد مزبور گرفته و به نهاد دیگری واگذار نماییم. ولی اگر اختیار و صلاحیتی در قانون عادی به عهده نهاد دیگری گذاشته شده است و یا امری است که سابقه‌ای ندارد، می‌توان آن را به نهادی که بر اساس قانون اساسی تشکیل شده، واگذار نمود، هرچند جزء اختیارات و صلاحیت‌های آن در قانون اساسی ذکر نشده باشد. ثانیاً

۱. ر.ک. به نظر شورای نگهبان در مورد مغایرت طرح اداره سازمان ثبت اسناد و املاک کشور سال ۱۳۷۱ و لایحه نظام مهندسی و کنترل ساختمان سال ۱۳۷۴ با اصل ۱۶۰ قانون اساسی.

۲. ر.ک. محمد رضا مؤذنیان (گردآورنده)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات ۱۳۵۹-۱۳۸۰)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۸۱ صص ۲۷۴-۲۷۸

نقد و بررسی رای شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۵۹

نتوان از اصل قانون اساسی، حصر را برداشت نمود. از این رو به نظر نگارندگان تنها در صورتی می‌توان افزایش اختیارات مقرر در قانون اساسی توسط قانون عادی را مغایر قانون اساسی دانست که آن اختیار در خود قانون اساسی به نهاد دیگری سپرده شده باشد و یا از اصل قانون اساسی حصر برداشت شود. مثلاً اگر اختیارات سازمان بازرسی کل کشور به دیوان عدالت اداری یا وزارت دادگستری سپرده شود، مطمئناً با قانون اساسی مغایر است؛ برای سپردن این اختیار به نهاد دیگری جز سازمان بازرسی، باید قانون اساسی را اصلاح نمود و نمی‌توان از طریق قانون عادی وارد شد.

با توجه به این مطلب به نظر می‌رسد اگر تفسیر شورای نگهبان از اصل ۱۷۳ و نیز رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان از لفظ «مردم» در مقام انحصار اختیارات دیوان باشد، به این معنا که مجلس شورای اسلامی نیز نتواند امر دیگری را در این راستا به دیوان محول نماید، قابل پذیرش نیست.

به هر حال آن چه در حال حاضر اجرا می‌شود، مقررات قانون دیوان عدالت اداری است و باید بر اساس آن عمل نمود. طبق بند اول ماده ی ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۱ (ماده ی ۱۳ قانون جدید دیوان) دیوان به «شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی» رسیدگی می‌کند. البته در این قانون «اشخاص حقیقی یا حقوقی» به اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی محدود نشده بلکه به طور مطلق ذکر شده است. تفسیر شورای نگهبان از اصل ۱۷۳ قانون اساسی و رأی وحدت رویه ی هیأت عمومی دیوان است که منظور از این اشخاص را اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی اعلام نموده است. با این وجود، صلاحیت شورای نگهبان و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تفسیر قانون عادی و مقید نمودن اطلاق آن محل تردید است.

در مجموع می‌توان گفت که حصر اختیارات و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری به رسیدگی به شکایت مردم علیه دولت، لاقلاً در موارد مشمول بند ۲ ماده ی ۱۳ قانون

دیوان (بند ۲ ماده‌ی ۱۱ قانون سابق) صحیح به نظر نمی‌رسد.^۱

حال باید دید که با فرض پذیرش نظر شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری مبنی بر عدم صلاحیت واحدهای دولتی برای شکایت در دیوان، آیا اصولاً استدلال هیئت عمومی دیوان مبنی بر شرکت دولتی بودن شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی موجه است.

۳- ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان و جانبازان

برای نقد و تحلیل رأی صادره و ارزیابی استدلال‌های شعب ششم و هفتم دیوان عدالت اداری، لازم است ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به بنیاد بررسی گردد. بدین منظور ضروری است، در ابتدا ماهیت حقوقی بنیاد مستضعفان و جانبازان بیان شده و در ادامه به این موضوع پرداخته شود که آیا می‌توان همانند نظر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این رأی، این شرکت‌ها را شرکت دولتی دانست. پس از بررسی این دو مطلب، در جمع بندی این بخش، ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به بنیاد بررسی خواهد شد.

۳-۱- ماهیت حقوقی بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی

بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی از نهادهایی است که پس از انقلاب اسلامی و با فرمان امام خمینی (ره) در تاریخ ۵۷/۱۲/۹ تشکیل شد و از زمره «نهادهای انقلابی» محسوب می‌شود. طبق قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب سال ۱۳۷۳، بنیاد مذکور نیز از زمره ی نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی محسوب می‌شود.^۲ در ماده ی ۵ قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶، نهادهای

۱. در کتاب زیر مشروحاً به این مطلب پرداخته شده و نظرات مختلف بررسی شده است: امامی، دکتر محمد و استوار سنگری، کوروش، همان، صص ۱۵۲-۱۶۵

۲. قابل ذکر است که بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی از نهادهای زیر نظر رهبر است و بر اساس تبصره ۲ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی «اجرای قانون در مورد مؤسسات و نهادهای عمومی که تحت نظر مقام ولایت فقیه هستند با اذن معظم‌له خواهد بود.»

عمومی غیردولتی این گونه تعریف شده‌اند «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه ی قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه ی عمومی داد، تشکیل شده و یا می‌شود.» در ادامه ی این ماده، تعیین مصادیق این مؤسسات به قانون مصوب مجلس محول شده که «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» چنین امری را انجام داده است. لذا بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی، مطابق نص قانون، مؤسسه عمومی غیردولتی است. قابل ذکر است که در ماده ی ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، تعریف مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی چنین آمده است «واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.»

اصولاً نهادهایی از این دست، وظایفی عمومی را بر عهده دارند ولی در همه ابعاد، از قدرت عمومی برخوردار نیستند. در مواردی که این مؤسسات دارای قدرت عمومی باشند، مشمول نظارت‌هایی می‌شوند که بر دولت صورت می‌گیرد و البته نظارت خود دولت نیز شامل آنها می‌شود. به بیان دیگر، این مؤسسات در این موارد، تابع قواعد حقوق عمومی می‌باشند. نظارت سازمان بازرسی کل کشور^۱، دیوان عدالت اداری^۲ و دیوان محاسبات کشور^۳ از آن جمله است. ولی در مواردی که مؤسسات مذکور از قدرت عمومی بهره‌مند نیستند، تابع قواعد حقوق خصوصی خواهند بود.

به موجب «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی»، «واحدهای سازمانی مشروحه زیر و مؤسسات وابسته به آنها» مؤسسه ی عمومی غیردولتی محسوب می‌شوند. در تبصره ی ۱ نیز مؤسسات وابسته را واحدهای سازمانی دانسته

۱. ماده ی ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور

۲. ماده ی ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (ماده ی ۱۱ قانون قدیم دیوان عدالت اداری)

۳. اصل ۵۵ قانون اساسی

است که برای مقاصد غیرتجاری و غیرانتفاعی و به صورتی غیر از شرکت توسط مؤسسات عمومی غیردولتی تأسیس شده باشد. با توجه به این امر، می‌توان گفت که شالوده‌ی مؤسسه عمومی غیردولتی، بر غیرانتفاعی بودن و اهداف غیرتجاری استوار بوده و در چنین مواردی است که این مؤسسات دارای قدرت عمومی بوده و از امتیازات آن بهره‌مند می‌شوند.

۲-۳- شرکت دولتی

شرکت دولتی در قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶ تعریف شده است. طبق ماده ۴ این قانون «شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه‌ی قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود.» تبصره‌ی ماده‌ی فوق نیز مقرر داشته است «شرکت‌هایی که از طریق مضاربه و مزارعه و امثال اینها به منظور به کار انداختن سپرده‌های اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و شرکت‌های بیمه ایجاد شده یا می‌شوند از نظر این قانون شرکت دولتی شناخته نمی‌شوند.» با توجه به این ماده می‌توان گفت که شرکت دولتی دارای چند مشخصه است: اجازه‌ی تأسیس قانونی یا ملی شدن یا مصادره شدن قانونی، و تعلق بیش از ۵۰٪ سرمایه آن به دولت. البته در مورد این ماده می‌توان تفسیر دیگری را نیز ارائه نمود و آن این که شرط لازم برای دولتی بودن شرکت، تعلق بیش از ۵۰٪ سرمایه آن به دولت است. و لذا اگر شرکتی با حداقل ۵۱٪ سهام متعلق به دولت تأسیس شده و فاقد اجازه‌ی قانونی برای تأسیس باشد و مصادره یا ملی شده نیز نباشد، می‌توان آن را شرکت دولتی قلمداد نمود. تفسیر دیگر در مورد این ماده، این است که هر یک از شرایط مقرر در ماده که وجود داشته باشد، موجب می‌شود که بتوان شرکت را دولتی دانست. البته به نظر می‌رسد عملاً

تصور شرکتی که مصادره یا ملی شده ولی سرمایه آن متعلق به دولت نشود، مشکل باشد. به هر حال، تعلق بیش از ۵۰٪ سرمایه شرکت به دولت، برای اینکه بتوان شرکتی را شرکت دولتی نامید، ضروری است، هرچند شرط دیگر (مجوز قانونی یا مصادره یا ملی شدن قانونی) را لازم ندانیم. به عبارت دیگر می‌توان گفت، این شرایط به نفع اجتماع برای دولتی دانستن شرکت لازم است.

نکته‌ای که در این جا باید به آن تذکر نمود این است که منظور از «دولت» در این تعریف چیست. آیا صرفاً وزارتخانه، مؤسسه ی دولتی و شرکت دولتی مراد است و یا علاوه بر آن «نهادهای و مؤسسات عمومی غیردولتی» را هم شامل می‌شود؟ یعنی اگر بیش از ۵۰٪ سرمایه ی شرکتی متعلق به وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی باشد، مطمئناً شرکت دولتی قلمداد می‌شود. ولی اگر ۵۱٪ سرمایه ی شرکتی به یک یا چند مؤسسه ی عمومی غیردولتی تعلق داشته باشد، محل تردید است که بتوان آن را شرکت دولتی دانست. زیرا این گونه مؤسسات را مشکل بتوان «دولت» تلقی کرد. هرچند این مؤسسات و نهادهای دارای قدرتی عمومی بوده و خدمات عمومی ارائه می‌دهند، ولی «دولت» نیستند.

البته ممکن است گفته شود که این مؤسسات و نهادهای «دولت» هستند، با این استدلال که قانون اساسی در اصل ۱۷۳، شکایت از «واحدهای دولتی» نزد دیوان عدالت اداری را مطرح نموده و در قانون دیوان عدالت اداری نیز واحدهای دولتی به وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی تفسیر شده و قانونگذار در «قانون تفسیر ماده ی ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۷۴/۷/۱۱ مؤسسات عمومی غیردولتی را نیز مشمول قانون دیوان دانسته است. لذا می‌توان مؤسسه ی عمومی غیردولتی را نیز در زمره ی «واحدهای دولتی» قلمداد نموده و آن را مشمول عنوان «دولت» در ماده ۴ قانون محاسبات عمومی (در تعریف شرکت دولتی) دانست.

به نظر می‌رسد که استدلال مذکور ناقص است و نمی‌تواند مثبت این معنا باشد. زیرا

اولاً در نام خود این مؤسسات، عبارت «غیردولتی» ذکر شده است لذا نمی‌توانند توأمان متصف به وصف «غیردولتی» و «دولتی» باشند. ثانیاً به نظر می‌رسد در قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، همان مسئله‌ای که در ذیل عنوان «اشخاص صالح برای اقامه شکایت در دیوان» درباره‌ی امکان افزودن اختیارات به نهادها ذکر شد، در این قانون نیز اتفاق افتاده است. یعنی قانونگذار عادی، طرح شکایت علیه تصمیمات و اقدامات نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی را در دیوان عدالت اداری به رسمیت شناخته است و به این نحو، اختیار و صلاحیتی علاوه بر آنچه در اصل ۱۷۳ قانون اساسی برای دیوان عدالت اداری بیان شده، به آن دیوان اعطا کرده است. لذا کماکان این مؤسسات و نهادها «غیردولتی» اند و در زمره‌ی «واحدهای دولتی» مذکور در اصل ۱۷۳ قانون اساسی نیز نمی‌باشند. به عبارتی با افزایش صلاحیت دیوان نسبت به طرح شکایت علیه این مؤسسات، ماهیت آنها کماکان «عمومی غیردولتی» است. البته لازم به ذکر است که اصولاً کارکرد نهادهایی همچون دیوان عدالت اداری باید رسیدگی به شکایات علیه «واحدهای عمومی» باشد و نه «واحدهای دولتی»^۱. چراکه صرفاً «واحدهای دولتی» از قدرت عمومی بهره نمی‌برند بلکه «واحدهای عمومی» نیز چنین‌اند. لذا لزوم نظارت قضائی بر تصمیمات و اقدامات اداری آنان نیز وجود دارد. حال که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، «واحدهای دولتی» مشمول صلاحیت دیوان شده‌اند، قانون عادی، این صلاحیت را به برخی از «واحدهای عمومی» دیگر نیز تسری داده است که همان «نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» می‌باشند. از این رو، مؤسسات عمومی غیردولتی - همان‌گونه که از نام آنها پیداست - هم «عمومی» اند و هم «غیردولتی».

قابل ذکر است که در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز تعریفی برای شرکت دولتی ذکر شده که از این قرار است «بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و

۱. نسبت میان «واحدهای عمومی» و «واحدهای دولتی» عموم و خصوص مطلق است: تمام واحدهای دولتی، واحد عمومی‌اند ولی هر واحد عمومی، واحد دولتی نیست.

چهارم قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد ایجاد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است.» بنابراین بر اساس این ماده نیز شرکت‌های وابسته به مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی را نمی‌توان شرکت دولتی دانست. زیرا در این ماده شرکتهای دولتی محسوب می‌شود که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه، مؤسسه دولتی یا شرکت‌های دولتی ایجاد شده و بیش از ۵۰٪ سهام آن متعلق به آنها باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در ماده‌ی مذکور از نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نامی به میان نیامده است.

۳-۳- تعیین ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به بنیاد

همان‌طور که گذشت، بنیاد مستضعفان، طبق قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، در زمره‌ی این نهادها محسوب می‌شود و لذا مشمول مقررات مربوط به این نهادها است. ولی آیا شرکت‌های تابعه چنین نهادهایی نیز همانند خود آنها تلقی می‌شوند یا وضعیت دیگری بر آنها حاکم است؟

بر اساس قانون مذکور، «واحدهای سازمانی مشروحه زیر (از جمله بنیاد مستضعفان و جانبازان) و مؤسسات وابسته به آنها» مؤسسه عمومی غیردولتی محسوب می‌شوند. تبصره‌ی یک این ماده واحده، منظور از مؤسسات وابسته را توضیح می‌دهد. بر این اساس «مؤسسه وابسته از نظر این قانون، واحد سازمانی مشخصی است که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیر تجاری و غیر انتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شود و به نحوی مالکیت آن متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی باشد.» در نتیجه می‌توان گفت که اگر مؤسسه وابسته به نهاد عمومی غیردولتی، شرکت بوده و هدف از تأسیس آن نیز تجاری و انتفاعی باشد، نمی‌توان آنرا مشمول مقررات نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی قلمداد

نمود و طبیعتاً به عنوان یک شرکت تجاری مشمول مقررات قانون تجارت و سایر مقررات ناظر به بخش خصوصی می‌باشد. تنها مؤسساتی را که در قالب شرکت و انتفاعی نبوده و وابسته به نهاد و مؤسسه عمومی غیردولتی باشند، می‌توان ملحق به این مؤسسات و نهاد نمود و احکام «مؤسسه ی عمومی غیردولتی» را بر آنها بار کرد. البته باید خاطر نشان نمود که طبق بند (۱) قانون مذکور، شرکت‌های وابسته به شهرداری‌ها در صورتی که بیش از ۵۰٪ سهام و سرمایه آنها متعلق به شهرداری‌ها باشد مؤسسه ی عمومی غیردولتی محسوب می‌شود و لذا این حکم تنها در مورد شهرداری‌ها جاری است. حال پس از شناختن کسانی که صلاحیت شکایت به دیوان را دارند، ماهیت حقوقی بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی و مؤسسات وابسته به آن، و نیز ماهیت شرکت‌های دولتی، می‌توان به تحلیل رأی هیأت عمومی دیوان پرداخت.

نتیجه

هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه ی شماره ی ۱۴۶ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۹^۱، شرکت‌های تابعه بنیاد مستضعفان و جانبازان را شرکت دولتی قلمداد نموده و در نتیجه آنها را دارای صلاحیت طرح شکایت در دیوان عدالت اداری ندانسته است. دلیل هیأت عمومی بر این امر آن است که تمام یا بیش از ۵۰٪ سهام و سرمایه این قبیل شرکت‌ها متعلق به بنیاد مزبور است و در نتیجه شرکت دولتی محسوب می‌شوند. صرف نظر از اینکه چه کسانی صلاحیت طرح شکایت در دیوان را دارند و آیا عدم پذیرش شکایات واحدهای دولتی در دیوان با اصول حقوقی موافق است یا خیر، در مورد محتوای رأی هیأت عمومی دیوان در باب ماهیت شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی، با توجه به مطالبی که بیان شد، می‌توان گفت که:

اولاً: برای این که شرکت‌های تابعه بنیاد مستضعفان در زمره اشخاص حقوقی

۱. متن رأی در ابتدای نوشتار ذکر شد.

نقد و بررسی رای شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۶۷

حقوق عمومی تلقی شوند، یا باید وزارتخانه باشند، یا مؤسسه دولتی، یا شرکت دولتی یا مؤسسه عمومی غیردولتی و مطمئناً شرکت‌های تابعه بنیاد مستضعفان، وزارتخانه و مؤسسه دولتی نیستند. حال باید بررسی شود که آیا این شرکت‌ها، شرکت دولتی یا مؤسسه عمومی غیردولتی هستند یا خیر.

ثانیاً: بر اساس «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۷۳/۴/۱۹ مؤسسات و نهادهای مذکور در این قانون و مؤسسات وابسته به آنها، مصادیق مؤسسات عمومی غیردولتی مذکور در ماده (۵) قانون محاسبات عمومی هستند. در این فهرست، نامی از شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان به میان نیامده هرچند خود این بنیاد در بند ۲ این قانون نام برده شده است. در تبصره (۱) ماده واحده ی این قانون، منظور از مؤسسات وابسته به این نهادها و مؤسسات به این نحو بیان شده است که «مؤسسه وابسته از نظر این قانون واحد سازمانی مشخصی است که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیر تجارتي و غیر انتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شود و به نحوی مالکیت آن متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی باشد». لذا به راحتی می‌توان گفت که شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان، مؤسسه وابسته به این نهاد و در نتیجه، مؤسسه عمومی غیردولتی نیستند. زیرا اولاً دارای مقاصد تجاری‌اند و ثانیاً به صورت شرکت اداره می‌شوند.

ثالثاً: به نظر می‌رسد با توجه به مطالبی که در تعریف شرکت‌های دولتی ذکر شد، نمی‌توان شرکت‌های وابسته به بنیاد مستضعفان را شرکت دولتی محسوب نمود. دلیل هیأت عمومی دیوان برای دولتی دانستن این شرکت‌ها، تعلق بیش از ۵۰٪ سهام آنها به بنیاد مذکور است. با توجه به مطالب مذکور در تعریف شرکت‌های دولتی، نمی‌توان بنیاد را مشمول عنوان «دولت» مذکور در ماده ی (۴) قانون محاسبات عمومی دانست و لذا نمی‌توان به صرف تعلق بیش از ۵۰٪ سهام شرکتی به این بنیاد، آن را شرکت دولتی قلمداد نمود. البته شاید بتوان راه دیگری را برای وصول به این هدف یافت و آن اینکه اثبات نماییم شرکتی، مصادره یا ملی شده و به بنیاد مستضعفان واگذار شده است و این

شرکت، به عنوان شرکت دولتی شناخته شده است. این راه حل با تفسیری از ماده ی (۴) قانون محاسبات عمومی همخوانی دارد که هریک از شروط مذکور در ماده ی (۴) را برای دولتی شدن شرکت کافی می‌داند. لذا صرف مصادره یا ملی شدن شرکت و به عنوان شرکت دولتی شناخته شدنش را برای دولتی بودن شرکت کافی قلمداد می‌نماید. به هر حال اگر این تفسیر پذیرفته شود، اولاً مبنای آن، تعلق بیش از ۵۰٪ سهام آن به بنیاد مستضعفان (مذکور در رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری) نیست. ثانیاً باید اثبات شود که شرکت وابسته به بنیاد، مصادره یا ملی شده است.

در نتیجه می‌توان گفت که در هر صورت، رأی هیأت عمومی دیوان، را نمی‌توان صحیح دانست. زیرا اولاً صرف تعلق بیش از ۵۰٪ سهام شرکتی به بنیاد مستضعفان باعث دولتی قلمداد شدن آن نمی‌شود. ثانیاً در صورت پذیرش این تفسیر از ماده ی (۴) قانون محاسبات عمومی که وجود هریک از شرایط مذکور در این ماده برای دولتی بودن شرکت کافی است، باید اثبات شود که شرکت وابسته به بنیاد، مصادره یا ملی شده است. با این وجود باید اثبات نمود که واگذاری آن شرکت به بنیاد نیز این خصلت (دولتی بودن) را از شرکت سلب ننموده است.

بنابراین تردیدی در مؤسسه عمومی غیردولتی بودن بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی وجود ندارد، اما به هیچ وجه شرکت‌های وابسته به این مؤسسات تابع احکام این مؤسسات نمی‌باشد. علاوه بر این شرکت‌های وابسته به این مؤسسات به هیچ نحو شرکت دولتی هم قلمداد نمی‌شود، زیرا با تعریف شرکت دولتی در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون محاسبات عمومی انطباق ندارند. هر چند ممکن است با تعاریف آکادمیک که از شرکت دولتی ارائه می‌شود، منطبق باشد ولی از آنجا که در این بحث، مبنا قانون بوده و این قانون نیز صریح و غیرمبهم می‌باشد، نمی‌توان از آن عدول نمود. از این رو، استدلال هیئت عمومی دیوان مبنی بر شرکت دولتی بودن آنها، قابل پذیرش نیست. لذا چنان چه این شرکت‌ها نسبت به اقدامات و تصمیمات واحدهای دولتی و نهادهای انقلابی معترض باشند، می‌توانند همانند سایر شرکت‌های

نقد و بررسی رای شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۶۹

حقوق خصوصی و قانون تجارت به دیوان عدالت اداری مراجعه و دادخواهی نمایند. از این رو، رأی وحدت رویه ی شماره ۱۴۶ مورخ ۷۳/۱۱/۲۹ با نقض این حق، ایراد جدی داشته و شایسته ی اصلاح است.

منابع

- ۱- امامی، دکتر محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، تهران ۱۳۸۶
- ۲- مؤذنیان، محمد رضا (گردآورنده)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات ۱۳۵۹-۱۳۸۰)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، تهران ۱۳۸۱
- ۳- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۴- قانون دیوان عدالت اداری
- ۵- قانون دیوان محاسبات
- ۶- قانون سازمان بازرسی کل کشور
- ۷- مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مندرج در نرم افزار لوح حق

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه همکاریهای منطقه‌ای

دکتر مصطفی تقی زاده انصاری*

چکیده

سازمان همکاری منطقه‌ای جنوب آسیا (سارک) بزرگترین سازمان منطقه‌ای با جمعیتی نزدیک به یک میلیارد و پانصد میلیون نفر می‌باشد که با هدف ایجاد همکاریهای اقتصادی میان کشورهای عضو به وجود آمده و ایران نیز در سال ۲۰۰۷ به عنوان عضو ناظر به عضویت آن پذیرفته شده است.

واژه‌های کلیدی: سازمان، سارک، منطقه‌ای، اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، اجتماعی، روابط، آسیای جنوبی

1. South Asian Association for Regional Cooperation, L, Association pour la Cooperation Regionale de l'Asie du Sud

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مقدمه

سارک یک سازمان منطقه‌ای است که بعد از پذیرش اساسنامه آن در اجلاس سران کشورهای بنگلادش، بوتان، هند، مالدیو، نپال، پاکستان و سریلانکا رسماً در ۸ دسامبر ۱۹۸۵ با هدف تسریع توسعه اجتماعی و اقتصادی در کشورهای عضو تاسیس گردید. امروزه این سازمان با تحت پوشش داشتن بیش از یک میلیارد و پانصد میلیون نفر جمعیت بزرگترین سازمان اقتصادی و اجتماعی منطقه‌ای به شمار می‌رود. اگر چه این سازمان یک سازمان اقتصادی است ولی ایجاد و توسعه همکاریهای اقتصادی میان کشورهای عضو کمک بزرگی به توسعه‌ی صلح و امنیت منطقه‌ای و در نتیجه بین‌المللی است زیرا یکی از دلایل گسترش اختلاف میان کشورها افزایش فاصله‌ی اقتصادی و فقر میان آن‌ها می‌باشد. لذا هر چه در این خصوص فاصله میان کشورها کاهش یابد این امر به افزایش امنیت بین‌المللی کمک خواهد کرد. با توجه به اینکه ایران نیز به عضویت ناظر سازمان سارک در آمده، آشنائی با آن ضروری به نظر می‌رسد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که این سازمان تا چه حد توانسته نقش موثری در همکاری‌های منطقه‌ای و همگرایی کشورهای ایفا نماید. برای پاسخ به این سؤال ابتدا به بررسی چگونگی شکل‌گیری، اهداف و اصول سازمان و نیز ساختار تشکیلاتی و نحوه‌ی اتخاذ تصمیم در آن می‌پردازیم. سپس فعالیت‌های سازمان و روابط آن با سایر سازمان‌های بین‌المللی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

فصل ۱ - کلیات

در این فصل به تاریخچه، بررسی اهداف و اصول سازمان و نیز تشکیلات آن خواهیم پرداخت.

الف - تاریخچه، اهداف و اصول و اعضای سازمان

۱- تاریخچه شکل‌گیری سازمان

برای نخستین بار در ۱۹۷۰ رئیس‌جمهور بنگلادش ضیاء رحمان به ارائه‌ی پیشنهادی در خصوص ایجاد یک اتحادیه‌ی تجاری از کشورهای جنوب آسیا پرداخت. این پیشنهاد در اجلاسی که در ۱۹۸۱ در کلمبو پایتخت سریلانکا بر پا شد مورد پذیرش شرکت کنندگان هند و پاکستان و سریلانکا قرار گرفت. بدنبال آن در اجلاس سران ماه اوت ۱۹۸۳ در دهلی نو، کشورهای مذکور به همراه نپال، مالدیو و بوتان "بیانیه‌ی همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی، را تصویب نمودند. در این بیانیه پنج حوزه-ی همکاری پیش‌بینی شده بود. این حوزه‌ها عبارت بودند از:

- همکاری در زمینه کشاورزی و توسعه‌ی روستائی،
- همکاری در زمینه ارتباطات، علوم، تکنولوژی و هواشناسی،
- همکاری در زمینه بهداشت و فعالیتهای مردمی،
- همکاری در زمینه حمل و نقل،
- همکاری در زمینه توسعه منابع انسانی^۱.

سازمان سارک به طور رسمی در ۱۹۸۵ به عنوان انجمنی از کشورهای مایل به "ارتقای وضعیت رفاهی مردمان آسیای جنوبی و بهبود استاندارد زندگی آنها، افزایش رشد اقتصادی، توسعه اجتماعی و فرهنگی، تقویت روابط میان کشورهای این منطقه و سرانجام ارتقای همکاری و کمک اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و علمی" به وجود آمد^۲.

1. http://en.wikipedia.org/wiki/south_Asian_Association_for_Regional_Cooperation
2. http://ec.europa.eu/comm./external_relations/saarc/intro/index.htm

۲- اهداف سازمان

به موجب ماده ۱ اساسنامه‌ی سارک^۱، سازمان دارای اهداف متعددی به شرح ذیل می‌باشد:

- ارتقای وضعیت رفاهی مردمان آسیای جنوبی و بهبود کیفیت زندگی آنها،
- افزایش رشد اقتصادی، توسعه‌ی اجتماعی و فرهنگی در منطقه،
- ایجاد فرصت زندگی محترمانه برای همه و امکان برخورداری کامل از آنها
- تقویت روابط جمعی میان کشورهای جنوب آسیا،
- کمک به ایجاد اطمینان متقابل، تفاهم و درک مشکلات،
- ارتقای همکاری فعال و کمک متقابل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، تکنیکی و حوزه‌های علمی،
- تقویت همکاری با کشورهای توسعه یافته،
- تقویت همکاری میان اعضای در موضوع‌های مرتبط با منافع مشترک در اجلاس‌های بین‌المللی، و
- همکاری با سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای که دارای اهداف مشابه می‌باشند.

۳- اصول سازمان

به موجب ماده ۲ اساسنامه‌ی اصول حاکم بر روابط سازمان عبارتند از:
احترام به تساوی حاکمیت، تمامیت ارضی، استقلال سیاسی، عدم دخالت در امور داخلی دولتهای دیگر و منافع متقابل. یکی دیگر از اصول این است که همکاری در سازمان و با سازمان باید به عنوان مکمل همکاری دوجانبه و چند جانبه محسوب شده و نباید جانشین آنها شود. هم چنین این همکاری نباید تناقضی با تعهدات دوجانبه و چند جانبه اعضای داشته باشد.

1. <http://www.saarctourism.org/charter-of-the-saarc.html>

۴-۱- اعضای سازمان

اعضای سازمان عبارتند از: اعضای دائم و اعضای ناظر

الف- اعضای دائم

منظور از اعضای دائم کشورهای هستند که به صورت کامل به عضویت سازمان در آمده اند و می توانند در کلیه جلسات حضور یافته، در تصمیم‌گیری‌ها شرکت نمایند. این کشورها به دو گروه تقسیم می‌شوند اعضای مؤسس و اعضای غیر مؤسس. اعضای مؤسس هفت کشور بنگلادش، بوتان، هند، مالدیو، نپال، پاکستان و سریلانکا هستند که در ۸ دسامبر ۱۹۸۵ با تصویب اساسنامه‌ی سازمان، آن را ایجاد نمودند. فقط یک کشور بعداً به سازمان به عنوان یک عضو کامل و غیر مؤسس پذیرفته شد و آن کشور افغانستان است که در ۱۳ نوامبر ۲۰۰۵ خواهان الحاق به سازمان شد که در خواست آن به عنوان یک عضو کامل در ۳ آوریل ۲۰۰۷ مورد تصویب قرار گرفت. بدین ترتیب با عضویت افغانستان تعداد اعضای سازمان به ۸ کشور افزایش یافت.

۴-۲- اعضای ناظر

ایران، چین، کره جنوبی، ژاپن، ایالات متحده آمریکا، و اتحادیه ی اروپا اعضای ناظر سازمان هستند^۱.

در آوریل ۲۰۰۶ کشورهای ایالات متحده ی آمریکا و کره ی جنوبی و در ماه ژوئیه ی ۲۰۰۶ سازمان اتحادیه ی اروپا خواهان عضویت در سازمان به عنوان عضو ناظر شدند که این تقاضا در اجلاس وزرای امور خارجه ی سازمان در ۲ ماه اوت ۲۰۰۶ مورد موافقت قرار گرفت. در ۴ مارس ۲۰۰۷ ایران نیز از سازمان تقاضای عضویت به عنوان عضو ناظر نمود.

جمهوری اسلامی ایران تنها کشور در جنوب آسیا می باشد که هنوز به عضویت کامل سازمان در نیامده است. ایران به طور سنتی دارای فرهنگ، اقتصاد و روابط سیاسی

1. http://en.wikipedia.org/wiki/south_Asian_Association_for_Regional_Cooperation

نزدیک با هر دو کشور هند و پاکستان است. در ۲۲ فوریه ی ۲۰۰۵ وزیر امور خارجه ی ایران آقای کمال خرازی تمایل ایران را برای پیوستن به سارک ابراز نمود با این بیان که کشورش می تواند غرب را به شرق متصل نماید. اگر چه پذیرش تقاضای عضویت ایران به عنوان عضو کامل به دلیل ملاحظات سیاسی به جهت اقدامات هسته - ای ایران بعید به نظر می رسد. در ۳ مارس ۲۰۰۷ ایران خواهان عضویت به عنوان عضو ناظر شد. دبیر کل سارک اعلام داشت که تقاضای ایران در اجلاس وزرای امور خارجه سازمان در ۳ آوریل ۲۰۰۷ مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سرانجام تقاضای عضویت ایران به عنوان ناظر در چهاردهمین اجلاس سران سازمان در ۴-۳ آوریل در دهلی نو مورد موافقت قرار گرفت.^۱

جمهوری خلق چین نیز تمایل خود را به الحاق به سازمان ابراز نمود. پاکستان و بنگلادش با این تقاضا موافق بودند. دولت هند در ابتدا راضی به نظر نمی رسید. و بوتان نیز به دلیل عدم روابط سیاسی با چین تمایل چندانی به آن نداشت علی رغم آن در اجلاس سران ۲۰۰۵ در شهر داکا در کشور بنگلادش هند با تقاضای عضویت چین به عنوان عضو ناظر موافقت نمود و این کشور در ۲ ماه اوت ۲۰۰۶ به همراه پذیرش عضویت ناظر کشورهای ژاپن، کره ی جنوبی، ایالات متحده ی آمریکا به عضویت ناظر سازمان در آمد.

لازم به توضیح است که فدراسیون روسیه نیز تمایل دارد به عنوان ناظر وارد سازمان شود و دولت هند از این تقاضا حمایت می نماید.^۲

ب- تشکیلات سازمان

به موجب ماده ی ۳ اساسنامه ی سازمان دارای یک اجلاس سالانه از روسای کشورهای عضو می باشد و می تواند در صورت ضرورت دارای اجلاس های بیشتری باشد. هم چنین سازمان دارای تشکیلات ذیل است:

1. www.irna.com/fa/news/view/line_20/0704051040012634.html

2. http://en.wikipedia.org/wiki/south_Asian_Association_for_Regional_Cooperation

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه ۷۷

شورای وزراء، کمیته ی دائمی، کمیته های تخصصی، کمیته ی اقدام و دبیرخانه، صندوق توسعه و شورای حکمیت.

۱- شورای وزرا

به موجب ماده ی ۴ اساسنامه، شورای وزراء سازمان متشکل از وزرای امور خارجه کشورهای عضو بوده، سالانه دارای دو اجلاس عادی است و می تواند در صورت توافق اعضای اجلاس فوق العاده هم تشکیل دهند. شورا در این اجلاس ها درباره ی این مسائل بررسی و تصمیم گیری می نماید:

- تدوین سیاستهای سازمان،
- بررسی پیشرفت همکاری در سازمان،
- اتخاذ تصمیم در حوزه های جدید همکاری،
- ایجاد مکانیسم مکمل
- اتخاذ تصمیم در موضوع های مربوط به منافع عمومی در سازمان.

۲- کمیته ی دائمی

به موجب ماده ی ۵ اساسنامه، سازمان دارای یک کمیته ی دائمی می باشد. این کمیته از معاونین وزارت خارجه ی کشورهای عضو تشکیل شده و در موارد ضروری تشکیل می شود. کمیته گزارش های خود را تقدیم شورای وزراء می نماید. شورای وزراء در صورت لزوم برای اتخاذ تصمیمات در رابطه با سیاست های سازمان به این گزارشها استناد می کند. به موجب ماده ی ۱۰ اساسنامه تمام تصمیمات سازمان در هر سطحی بر اساس شیوه ی اتفاق آرای اتخاذ می شود. سازمان در رابطه با اختلافات دو جانبه به اتخاذ تصمیم نمی پردازد. به طور کلی کمیته دائمی این وظایف را برعهده دارد:

- انجام نظارت و هماهنگی در برنامه همکاری،
- تأیید طرحها و برنامه ها و شیوه های تامین مخارج آنها،
- تعیین اولویتهای بین بخشی،

- بسیج منابع مالی داخل و خارج از منطقه،
- مشخص نمودن حوزه های جدید همکاری بر مبنای مطالعات لازمه،

۳- کمیته های تخصصی

به موجب ماده ۶ اساسنامه این کمیته ها با حضور اعضای هیات نمایندگی دولت های عضو تشکیل می شود و هر کمیته در حوزه ی کاری خود مسئول اجرا، هماهنگی و نظارت بر برنامه ها است. وظایف این کمیته ها عبارتند:

- تعیین ظرفیت و چهارچوب همکاری منطقه ای در حوزه های مورد توافق،
- تدوین برنامه ها و تهیه ی طرح ها،
- تعیین منابع مالی در برنامه های بخشی،
- ارائه پیشنهادهائی برای تقسیم و تسهیم هزینه ها،
- انجام و هماهنگ نمودن برنامه های بخشی،
- نظارت بر پیشرفت اجرا.

کمیته های تخصصی به ارائه ی گزارش های دوره ای خود به کمیته دائمی می پردازند. رئیس کمیته های تخصصی به صورت گردشی و بر مبنای حروف الفبا هر دو سال یکبار تعیین می شود. کمیته های تخصصی می توانند در صورتی که ضروری تشخیص دهند اقدام به تشکیل جلسه با روسای آژانسهای تخصصی ملی کشورها و یا اقدام به تشکیل جلسه با کارشناسان در حوزه های خاص نمایند و یا با عالی ترین مراکز شناخته شده در منطقه ارتباط یابند.

به تازگی گروه های کاری دیگری نیز در حوزه های اطلاعات و ارتباطات تکنولوژی، بیولوژی، حق مالکیت معنوی، توریسم و انرژی ایجاد شده است.

با تاکید بر موارد وضع شده در اجلاس های متوالی در خصوص نیاز به گسترش حوزه های همکاری و تقویت همکاری های منطقه ای، حوزه های دیگر کاری در تقویم سارک آمده است. چندمورد از اجلاس وزرا به منظور ارائه نظر در موضوع های مختلف تشکیل گردیده و جزئیات برنامه ی کاری که حوزه های همکاری می تواند تحت آن

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه ۷۹

شروع شود مشخص شده است.

۴- کمیته‌های اقدام

به موجب ماده‌ی ۷ اساسنامه، کمیته‌ی دائمی ممکن است به ایجاد کمیته‌های اقدام متشکل از دولت‌های عضو برای انجام طرح‌های مرتبط با بیش از دو عضو و نه همه‌ی اعضا پردازد.

۵- دبیرخانه

به موجب ماده‌ی ۸ اساسنامه، سازمان دارای یک دبیرخانه بوده که مقرآن در شهر کاتماندو در کشور نپال است. فعالیت سازمان از در ۱۶ ژانویه ۱۹۸۷ آغاز شد. وظیفه آن هماهنگی و نظارت بر اجرای فعالیتها، برقراری جلسات و ایجاد روابط بین سارک و دیگر سازمانهای بین‌المللی می‌باشد. دبیرخانه از یک دبیر کل و یک مدیر (نماینده) از جانب هر یک از دولتهای عضو و تعدادی از کارکنان خدمات عمومی تشکیل شده است.^۱

دبیر کل از طرف شورای وزراء بر اساس معرفی کشورهای عضو انتخاب می‌شود. انتخاب دبیر کل به صورت گردشی بر اساس حروف الفبای نام کشورهای عضو برای مدت دو سال به عمل می‌آید.

مدیران دبیرخانه توسط دبیر کل با معرفی کشورهای عضو برای یک مدت سه ساله منصوب می‌شوند. در شرایط خاص مدت ماموریت هر مدیر می‌تواند توسط دبیر کل بعد از مشورت با کشور عضو مربوطه تمدید شود. در اینصورت مدت تمدیدی نباید بیش از سه سال باشد.^۲

دبیرخانه سازمان دارای هفت دفتر و ۹ مرکز منطقه‌ای می‌باشد.

۵-۱- دفاتر دبیرخانه عبارتند از:

دفتر توسعه کشاورزی و روستائی

1. <http://www.saarc-sec.org/main.php?t=13>

2. <http://www.sdc.gov.in/AboutSAARC/sec.htm>

دفتر اقتصادی، تجارت و مالی

دفتر امور اجتماعی

دفتر اطلاعات و انتشارات

دفتر اداری، انرژی و گردشگری

دفتر توسعه منابع انسانی، حمل و نقل

دبیرخانه ی سارک دارای مجموعه انتشاراتی است که به صورت منظم منتشر می شود و در آن فعالیت های سازمان به طور رایگان توزیع می شود. هم چنین جزواتی که اطلاعات عمومی در مورد سارک را در اختیار همگان قرار می دهد. نشریات دیگری نیز منتشر می شوند که در آن اسناد و آمار قید شده اند و با مکاتبه با دبیرخانه سازمان می توان آنها را دریافت نمود.

۲-۵- مراکز منطقه ای

دبیرخانه سازمان از جانب ۹ مرکز منطقه ای یاری می شود. این مراکز در کشورهای عضو ایجاد شده اند و نقش مهمی در ارتقای همکاری منطقه ای میان اعضای دارند. مدیریت این مراکز با حکومت کشور محل استقرار می باشد و در آن نمایندگان از جانب همه کشورهای عضو، دبیرکل سازمان و وزارت امور خارجه کشور میزبان حضور دارند. مدیر مرکز به عنوان نماینده دبیرخانه نزد کشور محل استقرار بوده و گزارشات خود را به کمیته دائمی ارائه می دهد. مراکز منطقه ای عبارتند از:

مرکز اطلاعات کشاورزی سارک در داکا

مرکز تحقیقات هواشناسی سارک در داکا

مرکز مقابله با بیماری سل سازمان در کاتماندو

مرکز اسناد سارک در دهلی نو

مرکز مدیریت بلایا سارک در دهلی نو

مرکز توسعه منابع انسانی سارک در اسلام آباد

مرکز مدیریت مناطق ساحلی سارک در مالدیو

مرکز اطلاعات سارک در نپال

مرکز انرژی سارک در پاکستان

در ضمن مراکز ذیل نیز در حال ایجاد می باشند:

مرکز فرهنگی سارک در سریلانکا

مرکز امور جنگل سارک در بوتان

۶- صندوق توسعه سارک^۱ (SDF) و صندوق توسعه آسیای جنوبی^۲ (SADF)

در طول سالهای اخیر طرح هائی برای ایجاد چند صندوق شامل صندوق کاهش فقر، صندوق انجام امور زیر بنائی، صندوق توسعه رسانه ای، صندوق کمک داوطلبانه به افراد کم توان و بانک توسعه آسیای جنوبی در سارک مطرح گردید. بدین منظور نخستین جلسه کارشناسان مالی سارک به منظور بررسی و بازبینی پروژه ها و برنامه های سارک در سپتامبر ۲۰۰۵ برگزار شد. نتیجه این جلسه ایجاد مکانیسم های مالی در سارک برای حل مشکلات عملکردی و سرمایه گذاری و بررسی وضعیت مدیریت و انتقال امور مالی سازمان بود. صندوق توسعه سارک یک موسسه مالی با یک دبیرخانه دائمی است که وظیفه پوشش دادن تمامی برنامه های سازمان سارک شامل برنامه های اجتماعی، اقتصادی و زیربنائی را برعهده دارد.

در همین راستا پیشنهاد شد که صندوق آسیائی توسعه سارک که در سال ۱۹۹۶ هم زمان با صندوق سارک ایجاد شده بود با ایجاد دبیرخانه ای دائمی در صندوق توسعه سارک برای تحقق اهداف اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی مشارکت نماید. اهداف صندوق آسیائی توسعه سارک حمایت از توسعه صنعتی، کاهش فقر، حفاظت از محیط، توسعه منابع انسانی-اجتماعی و توسعه پروژه های بنیادی در حوزه سارک می باشد. وظیفه صندوق کمک به انجام پروژه های کشورهای عضو بوده و منابع اقتصادی حاصل از آن در کشور های عضو مصرف می شود. صندوق آسیائی توسعه سارک به شناسائی و

1. SAARC Development Fund (SDF),
2. South Asian Development Fund (SADF),

توسعه منابع فرهنگی و منابع انسانی، توسعه اجتماعی و زیر ساختها می پردازد. دبیر خانه این صندوق پس از دریافت پروژه های پیشنهادی بخش های خصوصی، عمومی و دولتی و بررسی نظرات اعضای صندوق به تعیین وضعیت اعضای سارک می پردازد. تا کنون صندوق آسیائی توسعه سارک در ۱۶ پروژه بزرگ سرمایه گذاری نموده است.

۷- شورای حکمیت

اعضای سازمان سارک با احساس نیاز به ایجاد شرایط مناسب برای تشویق سرمایه گذاران هر یک از اعضای به سرمایه گذاری در کشورهای دیگر عضو، به فکر ایجاد یک مرکز حل و فصل اختلافات تجاری از طریق سازش و داوری افتادند. بدین ترتیب توافقنامه ایجاد شورای حکمیت میان اعضای سازمان به امضا رسید.

شورای حکمیت سارک یک نهاد حل و فصل اختلافات می باشد که باید در رابطه با اختلافات میان اعضای سازمان تشکیل و به اتخاذ تصمیم بپردازد. بنابراین شورای حکمیت سارک یک نهاد قانونی منطقه ای جهت حل اختلافات سرمایه گذاری از طریق سازش و داوری می باشد که ممکن است با توافق طرف های اختلاف به شورا ارجاع شود. علاوه بر آن به موجب ماده II توافقنامه، شورای حکمیت دارای اهداف ذیل است:

تشویق و ارتقای عملکرد مؤسسات حکمیت ملی در منطقه

ارائه داوری منصفانه، کم هزینه و سریع در منطقه

ارتقای سازش و داوری بین المللی در منطقه

ایجاد امکانات برای سازش و داوری

انجام وظیفه به عنوان نماینده در سیستم حل و فصل اختلافات سارک

تنظیم فعالیتهای مؤسسات مرتبط با حکمیت در منطقه

کمک و مساعدت در هدایت تصمیمات داوری موقت

کمک به اجرای احکام داوری

شورای حکمیت در موارد ذیل دارای اختیارات حقوقی است:

صلاحیت انعقاد قرارداد

شکایت نمودن و یا طرف شکایت قرار گرفتن
تحصیل، نگهداری و یا اعراض نمودن از اموال

۷-۱- تشکیلات شورای حکمیت

شورای حکمیت دارای یک مدیر کل و یک شورای حکام می باشد. مدیر کل به صورت دوره ای از میان نمایندگان کشورهای عضو بر اساس حروف الفبائی اسامی کشورهای عضو سازمان برای مدت سه سال غیر قابل تمدید بوسیله دبیر کل سارک با تأیید شورای وزراء انتخاب می شود. البته مدت مأموریت اولین مدیر کل چهار سال می باشد. مدیر کل به عنوان رئیس اجرائی شورای حکمیت مسئول اداره شورا بوده و تحت نظارت شورای حکام متشکل از نمایندگانی از هر یک از دولت های عضو انجام وظیفه می نماید. حقوق و پاداشهای مدیر کل بوسیله شورای وزراء تعیین می شود. تمام مقررات سازمان سارک شامل مقررات خدمات، مقررات مالی و اداری، مقررات تشریفاتی و مقررات هیات حکام قابل اعمال در شورای حکمیت می باشد. شورای حکمیت، مدیر کل و کارمندان شورای حکمیت از مصونیتها و امتیازاتی که برای اجرای وظایفشان لازم است و در توافقنامه سران میان شورا و دولت میزبان آمده برخوردار می باشند.

۷-۲- مقررات شورای حکمیت

شورای حکمیت دارای دو نوع تشریفات و قواعد رسیدگی خواهد بود. تشریفات سازش و تشریفات داوری.

به موجب ماده IV توافقنامه شورای حکمیت، قواعد مربوط به سازش و هم چنین قواعد مربوط به داوری بعد از تصویب اعضای ضمیمه این توافقنامه می شود. هیات حکام ممکن است قواعد مکمل دیگری را برای سازش و برای داوری از جمله هزینه رسیدگی در نظر بگیرد.

فصل ۲- نقش سارک در توسعه همکاریهای منطقه‌ای

سازمان سارک بر اساس اساسنامه خود دارای فعالیتهای گسترده ای می باشد که حوزه های مختلف را در بر می گیرد از قبیل موضوعات اقتصادی، اجتماعی، مبارزه با فقر، کشاورزی، تکنولوژی و علمی، محیط زیست. فعالیتهای سازمان از دو جهت قابل بررسی و مطالعه می باشند. یکی تشویق کشورهای عضو به توسعه همکاری ها و کمک به این کشورها و دیگر از طریق ایجاد ارتباط با سایر سازمانها بین المللی در قالب توافقنامه های همکاری بر اساس احترام به اصول تساوی حاکمیت، تمامیت ارضی، استقلال سیاسی، عدم دخالت در امور داخلی دولتهای دیگر و منافع متقابل.. به موجب ماده ۲ اساسنامه، این همکاری باید به عنوان مکمل همکاری دوجانبه و چند جانبه محسوب شده و نباید جانشین آنها شود، و هم چنین این همکاریها نباید تناقضی با تعهدات دو جانبه و چند جانبه داشته باشد^۱

الف- تشویق همکاری میان کشورهای عضو

۱- فعالیتهای اقتصادی و تجاری

از جمله اهداف سارک که در اساسنامه آن آمده تسریع روند رشد اقتصادی کشورهای عضو است. بدین منظور مطالعاتی در ژوئن ۱۹۹۱ برای بررسی وضعیت تجارت، ایجاد تجهیزات و خدمات در سازمان به عمل آمد. هدف این مطالعات بررسی چگونگی همکاری اقتصادی میان کشورهای عضو و ارتقا و توسعه این همکاریها بود. نتیجه نهائی این بررسی اتخاذ تصمیم در خصوص ایجاد کمیته همکاری اقتصادی (CEC) از طرف شورای وزرای تجارت و بازرگانی سازمان در ژوئن ۱۹۹۱ و هم چنین ایجاد بازار آزاد تجاری بود.

در رابطه با ایجاد تجارت ازاد میان اعضای سارک لازم به ذکر است که ایجاد چنین

1. <http://www.sdc.gov.in/AboutSAARC/aboutsaarc.htm>

بازاری به دلیل عدم تمایل کشورهای عضو طی سالها عملاً تحقق نیافت و این در حالی بود که برخی از اعضا دارای توافقات تجاری متعددی به صورت دو جانبه با یکدیگر بودند مثلاً هند با مالدیو، بوتان و سریلانکا، پاکستان و بنگلادش. برای نخستین بار در ۱۹۹۵ اعضای سازمان سارک موافقتنامه کاهش تدریجی تعرفهها در منطقه را تحت عنوان "موافقتنامه ترجیحات تجاری آسیای جنوبی"^۱ در شهر داکا امضا نمودند. به مدت ده سال اعضای درگیر گفتگوهای بی نتیجه کاهش تعرفه بودند. پس از آن در دوازدهمین اجلاس سازمان در شهر اسلام آباد کشورهای عضو سارک "توافقتنامه تجارت آزاد آسیای جنوبی"^۲ را امضا نمودند. در این توافقنامه چهار چوب تاسیس حوزه تجارت آزاد در بر گیرنده یک میلیارد و نیم از جمعیت جهان پیش بینی شده بود. این توافقنامه در اول ژوئیه ۲۰۰۶ به اجرا درآمد. به موجب این توافقنامه اعضای سازمان حقوق بازرگانی خود را تا ۲۰۰۷ به ۲۰٪ کاهش می دهند. هدف دستیابی به کاهش تعرفه تجاری بین صفر تا ۵٪ در مدت زمان بسیار طولانی بین سالهای ۱۶-۲۰۱۳ بود. ولی در این رابطه هیچ تعهدی برای کشورهای متعاقد به برطرف نمودن موانع غیر تعرفه ای به وجود نیامده است. هم چنین هیچ مفادی در رابطه با اتخاذ تدابیری برای ادغام بیشتر از قبیل تضمین تسهیلات ترانزیتی، همکاری برای توسعه حمل و نقل و اشکال دیگر زیر ساختها، آزادسازی سرمایه گذاری و تجارت، همکاری در زمینه مالی و پولی، و هماهنگی در سیاستهای کلان اقتصادی در توافقنامه پیش بینی نشده است.

۲- فعالیتهای اجتماعی

بهبود کیفیت زندگی افراد و ارتقای وضعیت اقتصادی و اجتماعی آنها یکی از موضوعات مورد توجه سازمان می باشد. بر این اساس سازمان سعی دارد تا با تدوین سیاستهای کشورهای عضو را ترغیب و تشویق به اتخاذ روشهایی برای ارتقای وضعیت

1. South Asian Preferential Trading Arrangement (SAPTA)
2. South Asian Free Trade Agreement (SAFTA)

اجتماعی اتباعشان نماید. مسائل اجتماعی مورد توجه سازمان در پنج حوزه اصلی تقسیم شده اند:

مسائل مرتبط با جنسیت

-مسائل مربوط به کودکان و جوانان

مسائل بهداشت و جمعیت

منشور اجتماعی سارک

توسعه منابع انسانی

در اولین اجلاس سران در ۱۹۸۵ سارک، توجه خاصی به توسعه منابع انسانی، اجتماعی و اقتصادی منطقه از طریق بکارگیری منابع مادی صورت گرفت.

۳- مبارزه با فقر

با توجه به گسترش فقر و محرومیت در منطقه، یکی از اقدامات اولیه از طرف سازمان تصمیم به ایجاد کمیسیون مبارزه با فقر در آسیای جنوبی^۱ در ۱۹۹۱ در کلمبو بود. این کمیسیون به ارائه راهکاری برای مقابله با فقر از طریق توانمند سازی و ایجاد ثبات در آسیای جنوبی در اجلاس هفتم پرداخت. که در نهایت منجر به اتخاذ برنامه ای در این زمینه گردید. این برنامه- عمل مسائلی از قبیل اعمال استراتژی از طریق ایجاد ثبات اجتماعی، سیاست توسعه کشاورزی، تقویت امور روستائی، توسعه صنایع تولیدی، و توسعه منابع انسانی، و ارائه آموزش را تحت پوشش قرار می دهد.

نکات کلیدی این برنامه- عمل عبارتند از:

اعمال مدیریت عالی از طریق بهینه سازی بخش عمومی و سیستم توزیع، بخصوص در نقاطی که تحت تاثیر فقر می باشد

اعمال سیاست های مدیریتی اقتصادی کلان از طریق تمرکز بر کیفیت و الگوهای

رشد

1. Independent South Asian Commission on Poverty Alleviation (ISACPA)

تقویت و توسعه منابع انسانی از طریق توسعه اقتصادی-اجتماعی کشورها
مبارزه با فقر از طریق بهبود وضعیت اشتغال در شرکتهای کوچک و بزرگ و
توسعه بخش توریسم و موسسات اقتصادی کوچک
ارتقای فرهنگ و آموزش از طریق ایجاد توازن بین زن و مرد
آموزشهای تکنیکی و ارتقای مهارتها
توسعه شبکه های تامین اجتماعی از طریق کمک به فقیرترین افراد و ارائه
خدمات به افراد کهنسال و ناتوان
سرمايه گذارى در بخش های اجتماعى و انسانى از طريق تشويق بخش خصوصى
و آموزش و بهداشت، توجه به منابع عمومى و تقويت منابع داخلى از طريق افزايش در
آمدهای داخلى و کاهش وابستگى به سازمان توسعه آسيا
تقويت جوامع و دولتهای محلى از طريق حذف تمرکز گرائى، و مشارکت
اجتماعى و مالى

پیشبرد برنامه های تقلیل فقر از طریق ایجاد و ارتقای دارائی ها و کمک به فقر
توسعه تجارت فرا منطقه ای و سوق دادن وضعیت رشد به سوی صندوق توافق
تجاری آسیای جنوبی

ایجاد زمینه برای مبادله تجربیات جهت عملکرد بهینه
همکاری با کشورهای توسعه یافته جهت مبادله تجربیات و افزایش قدرت سازمان
توسعه آسیا تا ۷٪ تولید ناخالص ملی GNP

جستجو جهت یافتن بازارهای موجود در کشورهای توسعه یافته از طریق مشارکت
در امور و جلب کمک های مرتبط با کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی (WTO)
نهایتاً در اجلاس بیستم سران در اسلام آباد در ژوئن ۲۰۰۴ شرکت کنندگان یک
برنامه عمل ده ساله ای (۲۰۱۵-۲۰۰۶) را برای کاهش فقر امضا نمودند. اولین جلسه
وزراء در باره کاهش فقر در ۷-۶ اوت ۲۰۰۶ در کلمبو تشکیل گردید. در این اجلاس
شرکت کنندگان در خصوص تخصص منابع بودجه برای این منظور گفتگو نموده و به

نتایج ذیل رسیدند:

تسریع روند فقر زدائی به شکل عمیق
انجام سرمایه گذاری بیشتر در بخش منابع انسانی
انجام سرمایه گذاری در بخش زیر ساخت های اصلی
بهینه سازی توزیع خدمات
سرمایه گذاری بیشتر در بخش عمومی
توسعه آموزش، بهداشت، کشاورزی و منابع روستائی با توجه به تولید ناخالص
ملی GNP.

کارگاههایی در سطح کشورهای عضو برای کاهش فقر و اجرای سیاست توسعه
پروژه ها تشکیل گردید که در آن تاکید بسیار بر شبکه عمل کرد ملی در طول سال
۲۰۰۷ میان کشورهای عضو بود. عملکرد کمیسیون تقلیل فقر در آسیای جنوبی در
نشست چهاردهم سران در ۴-۳ آوریل ۲۰۰۷ در دهلی نو مورد تقدیر قرار گرفت.

۴- توسعه کشاورزی و روستائی

یکی از فعالیتهای سازمان سارک کمک به توسعه کشاورزی و روستائی کشورهای
عضو است. در چهارچوب برنامه عمل سارک به منظور توسعه کشاورزی و روستائی
کشورهای عضو در سال ۲۰۰۰ نهادی تحت عنوان کمیته فنی کشاورزی و روستائی در
نیپال تشکیل گردید. محل برپائی نخستین اجلاس این کمیته در هند در ۲۲ و ۲۳ ژوئن
۲۰۰۴ بود. در این اجلاس موضوع "مدیریت منابع آبی جهت کشاورزی در کشورهای
سارک" مورد بررسی قرار گرفت. در ضمن موضوع ایجاد شبکه توزیع شیر در سارک
و هم چنین تاسیس بانک غذائی منطقه بررسی گردید.

۵- فعالیت علمی

یکی از موضوعات بسیار مورد توجه روسای دولتهای عضو سارک مساله پیشرفت
در بخش تحقیقات می باشد. هدف این است تا از طریق کاربردی نمودن علم و

تکنولوژی گامی برای بهبود وضعیت مردم آسیای جنوبی برداشته شود. بدین منظور در نشست ششم سارک در کلمبو در ۱۹۹۱ موضوع مشارکت اعضای در مسائل علمی و تکنولوژی مورد بحث قرار گرفت و توافقاتی به عمل آمد. در این زمینه در جلسه هشتم در دهلی نو در ۱۹۹۵ پیشرفتهای صورت گرفته مورد بررسی قرار گرفت و قواعد اعمال شده در حوزه بیوتکنولوژی، مهندسی ژنتیک، تکنیکهای مدلینگ انرژی و تکنولوژی های ساختمانی مورد بررسی قرار گرفت. در اجلاس دهم در ژوئن ۱۹۹۸ در کلمبو سران شرکت کننده تاکید نمودند که توسعه مناطق آسیای جنوبی در زمینه تحقیق و پیشرفت یک اصل مهم می باشد و لازم است که این همکاری با حمایت سارک گسترش یافته و موانع آن بر طرف شود.

برای توسعه همکاری منطقه ای در این خصوص میان اعضای، سازمان از طریق مشارکت در انتقال اطلاعات، برگزاری سمینارها و ارائه گزارش ها به تدوین یک چهارچوب خاص برای پیشرفت تکنولوژیکی و علمی منطقه پرداخت. و یک سری اولویتهائی را در نظر گرفت. تمرکز این اولویتهای بر انجام پروژه های منطقه ای در نواحی روستائی می باشد تا از این طریق زندگی مردم این مناطق بهبود یابد. اولویتهای در این زمینه شامل ایجاد ارتباطات روستائی، تهیه آب شرب و بهبود استاندارد های زندگی می باشد. هم چنین در راستای توصیه های کمیته فنی علم و تکنولوژی چهار گزارش مربوط به صنایع از جانب کشورهای عضو ارائه گردید. بر اساس این گزارشها موضوع پیشبرد استراتژیهای منطقه ای و طرح های مربوط به دانش صنعت بتن سازی تهیه و گزارشهای ذیل به شکل تکمیلی یا نهائی ارائه گردید:

گزارش علوم و فنون مربوط به مواد ساختمانی و تکنولوژی های ساخت و ساز

گزارش علوم و فنون مربوط به تولیدات الکترونیکی در منطقه سارک

کمیته علوم و تکنولوژی سارک هم چنین در بخش هواشناسی به ایجاد همکاریهای میان اعضای پرداخته است. عمده فعالیت کمیته در این خصوص مربوط می شود به پیش بینی وضعیت هوا و امور محیطی. با توجه به پدیده های هواشناسی و

جغرافیائی منطقه، همکاری کشورهای عضو سارک در این زمینه بسیار حائز اهمیت است. اولویت این حوزه متمرکز بر همکاریهای منطقه ای می باشد تا از این طریق کمک شود تا مسائل هواشناسی و علوم جوی پیشرفت شایانی داشته باشد. هم چنین همکاریهای مربوط به مانیتورینگ و پیش بینی هوا تاکید خاص شده تا از این طریق تاثیرات معکوس آن بر توسعه اقتصادی-اجتماعی به حد اقل برسد.

در سال ۱۹۹۵ مرکز تحقیقاتی هواشناسی سارک با اهداف خاص و مشارکت در هواشناسی منطقه ای به وجود آمد. اخیرا اهداف این مرکز با توجه به پیشرفتهای تکنولوژیکی در زمینه هواشناسی مورد بازبینی قرار گرفته است.

در رابطه با مسائل محیط، نشستهای برای اصلاح و محافظت از آن و هم چنین مدیریت مشکلات محیطی و همکاری منطقه ای در سازمان صورت گرفت. بعد از تاسیس سارک، یک کمیته فنی در امور محیطی در سال ۱۹۹۲ تاسیس شد تا در زمینه موضوعات محیطی به مشارکت منطقه ای بپردازد. هم چنین جلسات سالانه ای در این زمینه به طور مرتب برگزار می شود. در این جلسات سعی می شود تا ضمن حفاظت از محیط، تمهیدات لازم برای مقابله با بلایای زیست محیطی اندیشیده شود. کارشناسانی از کشورهای عضو سارک در ارائه تحقیقات با یکدیگر همکاری می نمایند. نتایج این تحقیقات در اجلاس سران سازمان مورد بحث و بررسی قرار می گیرد. مثلا در اجلاس ششم سران در ۱۹۹۱ توصیه های ذیل به عمل آمد:

اعمال مقررات برای حفاظت محیطی و مدیریت آن

- برنامه ریزی جهت ایجاد توانائی در مقابل بلایای طبیعی
 - مکانیسم های تکمیلی جهت اجرائی نمودن مقررات ارائه شده در این بررسی ها
- در همین رابطه بررسی هائی هم در مورد گازهای گلخانه ای و تاثیرات آن بر محیط صورت گرفته است. در اجلاس چهارم در اسلام آباد در ۱۹۸۸ مسائلی از قبیل خسارات ناشی از سیل، زلزله و گردباد مطرح شد و نحوه مدیریت این بلایا و کاهش خسارات ناشی از آنها مورد بررسی قرار گرفت. هم چنین از کشورهای عضو خواسته شد تا تمهیدات لازم را

برای محافظت محیط در برابر آثار مخرب گازهای گلخانه‌ای به عمل آورند. برنامه عمل سازمان برای حفاظت از محیط زیست در اجلاس سوم مطرح شد. در این طرح ضمن فراخوان همکاری کشورهای عضو سارک، وضعیت این کشورها در سطح منطقه‌ای و جهانی مورد بررسی قرار گرفته و مدل‌ها و معیارهایی جهت افزایش مشارکت آنها ارائه گردید. هم‌چنین کشورهای عضو خواسته شده تا به ارائه یک برنامه عمل بین‌المللی برای جریان کار خود بپردازند و گزارش‌های مربوط به حفاظت از محیط زیست را جهت بررسی به سارک ارسال دارند. نتیجه این گزارشها در نهایت منتهی به توافق مشترک می‌گردد که به صورت معاهده به امضا کشورهای عضو می‌رسد.

۶- فعالیت سیاسی

فعالیت سازمان سارک بیشتر بر مسائل محوری آمده در فوق تاکید دارد تا اتخاذ تصمیمات سیاسی تعیین‌کننده در موضوعاتی از قبیل اختلاف میان هند و پاکستان و جنگ داخلی در سریلانکا. با این وجود، در حاشیه اجلاسهای سارک غالباً گفتگوهای سیاسی نیز مطرح می‌شوند. ولی سازمان خود سعی بسیار دارد تا از دخالت در امور داخلی اعضای اجتناب نماید. در خلال اجلاسهای ۱۲ و ۱۳ سارک تاکید بسیاری بر همکاری بیشتر میان اعضای سارک برای مقابله با تروریسم صورت گرفت.

ب- روابط سارک با سازمانهای بین‌المللی

۱- روابط سازمان با اتحادیه اروپا

در ۱۹۹۶ کمیسیون اروپا و دبیرخانه سارک تفاهم‌نامه‌ای در زمینه همکاری را امضا نمودند که در آن به ویژه به تعهد کمک تکنیکی در موضوعات تجارتي با جامعه اروپا اشاره شده بود. در ۱۹۹۹ اتحادیه اروپا و سارک توافق نمودند که در خصوص بهبود واردات تولیدات سارک به اتحادیه اروپا هم‌چنیندر رابطه با تدوین مقرراتی برای تولیدات سارک برای صادر نمودن به اتحادیه اروپا، حمایت تکنیکی برای ایجاد توافقنامه تجارت آزاد آسیای جنوبی و حمایت از هماهنگی استانداردهای سارک، با

یکدیگر همکاری نمایند.

کمیسیون اروپا به تدوین برنامه جدید همکاری با سارک پرداخته که در آن به ویژه مساله ارتقای استانداردها، تسهیل تجارت، آگاه نمودن منافع همکاری منطقه ای و ارتقای شبکه تجارت در قلمرو سارک پیش بینی شده است.

۲- روابط سازمان با انکتاد

تفاهم نامه سیستم اطلاعاتی و تجزیه و تحلیل تجاری^۱ در فوریه ۱۹۹۳ میان سارک و انکتاد^۲ به امضا رسید. اهداف اصلی این تفاهم نامه افزایش شفافیت در تجارت بین المللی و نیز تسهیل تجارت می باشد. این تفاهم نامه نخستین توافق همکاری بود که میان سازمان با یک سازمان بین المللی منعقد می شد. به موجب آن انکتاد به طور مرتب یک نسخه از تفاهم نامه حاوی آخرین اطلاعات در مورد تدابیر کنترل تجارت در کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته را در اختیار سارک می گذارد. دبیرخانه سارک نیز به نوبه خود و به طور مرتب تدابیر کنترل در کشورهای عضو سازمان را به روز نموده و آن را در اختیار دبیرخانه انکتاد قرار می دهد.

دبیرخانه سارک هم اکنون اطلاعات مربوط به تدابیر کنترل تجارت در ۵۰ کشور از جمله بیشتر اعضای سارک را در اختیار دارد. هدف انکتاد این است که آخرین تدابیر کنترل تجارت در ۱۰۰ کشور جهان را در اطلاعات رایانه ای (CD) وارد نماید. این اطلاعات در دسترس اعضای سازمان به محض تقاضا می باشد.

۳- رابطه با اسکاپ

در چهارچوب توافق همکاری میان سارک و اسکاپ که در فوریه ۱۹۹۴ منعقد شد، همکاری از طریق توسعه مطالعات مشترک، برپائی کارگاههای آموزشی و همایشهای و مبادله اطلاعات و توسعه منابع انسانی، تشویق تجارت، سرمایه گذاری مستقیم خارجی،

1. Memorandum of Understanding on the Trade Analysis and Information System (TRAINS)

2. United Nations Conference on Trade and Development

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه ۹۳

حفاظت از محیط زیست و جلوگیری از قاچاق مواد مخدر، توسعه ریر ساختها و غیره
پیش بینی شده است.

دبیر کل سارک اقدام به تشکیل دو اجلاس مشورتی با حضور روسای اجرائی
سازمانهای زیر منطقه ای در آسیا و پاسفیک و اسکاپ (بانکوک در ۱۹۹۴ و جاکارتا در
۱۹۹۵) نمود. هم چنین دبیر کل سارک در کنفرانسی با حضور شخصیت های برجسته در
توسعه منابع انسانی که توسط دبیر خانه اسکاپ در نوامبر ۱۹۹۴ در بانکوک بر پا شده
بود شرکت نمود.

۴- رابطه با یونیسف

در ۱۰ دسامبر ۱۹۹۳ یک توافق همکاری میان سارک و یونیسف منعقد شد. در این
توافقنامه همکاری در رابطه با اجرای تصمیمات سارک در خصوص کودکان، تبادل
اسناد و نظارت بر اجرای آنها پیش بینی شده بود.

بر اساس توافق همکاری، دبیرخانه سارک و دفاتر منطقه جنوب آسیای سارک به انجام
مشورتهای مرتب پرداختند که در آن پیشرفت اجرای دستور العملهای سران در مورد
کودکان و توصیه های شورای وزراء، کمیته دائمی و کمیته های تخصصی مورد بررسی
قرار می گیرد. مشورتهای در رابطه با کودکان در مجله سالانه وضعیت کودکان در کشورهای
عضو سارک، اجرای قطعنامه کلمبو در رابطه با کودک، برنامه عمل ۲۰۰۰-۱۹۹۱، غیره می
شود. روابط مرتب میان سارک با یونیسف به درک بهتر مسائلی که کودکان در جنوب آسیا
با آن روبرو می باشند و سیاستهای و استراتژیهای مقابله با این چالشها می پردازد.

۵- رابطه با جامعه ارتباطاتی آسیا پاسیفیک

میان سارک و دبیر خانه جامعه ارتباطاتی آسیا پاسیفیک (ATP) در ۴ فوریه
۱۹۹۴ تفاهم نامه ای منعقد شد. به موجب آن همکاری میان طرفین برای ارتقای توسعه
ارتباطات به منظور توسعه اقتصادی و اجتماعی در منطقه پیش بینی شده است. سارک و
جامعه ارتباطاتی آسیا پاسیفیک به مبادله اطلاعات، انتشارات و اسناد در چهارچوب

فعالیت‌های خود می‌پردازند. هم‌چنین ممکن است به مبادله تفصیلی طرح‌های مربوط به شبکه ارتباطاتی از نظر فنی و عملیاتی در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی برای تأیید و ایجاد همکاری در زمینه تدوین طرح و توسعه شبکه، انتقال تکنولوژی، ارتقای استانداردهای بین‌المللی، توسعه منابع انسانی و اجرای برنامه‌های مخابراتی در بخش‌هایی از قبیل بخش بهداشت، آموزش، محیط زیست، حمل و نقل، توریسم بپردازند.

۶- رابطه با برنامه توسعه ملل متحد

در ژوئیه ۱۹۹۵ تفاهم‌نامه‌ای میان سارک و برنامه توسعه ملل متحد به امضا رسید. این تفاهم‌نامه شامل یک توافق‌نامه جامع همکاری برای ارتقای توسعه انسانی جهت برطرف نمودن فقر، حفاظت و حمایت از محیط زیست، بازسازی منابع طبیعی، ایجاد اشتغال، و نقش زنان در توسعه، انجام مشورت‌های دوره‌ای برای فعالیت‌های مشترک، انتشار مطالعات در موضوعات در اولویت و مبادله گزارشات مربوطه می‌باشد.

۷- رابطه با برنامه بین‌المللی کنترل قاچاق ملل متحد

در ۱۸ اوت ۱۹۹۵ تفاهم‌نامه‌ای میان دبیر کل سارک و مدیر اجرایی برنامه بین‌المللی کنترل قاچاق ملل متحد^۱ (UNDCP) به منظور هماهنگ نمودن کوشش آنها برای مقابله با قاچاق مواد مخدر در منطقه منعقد شد. در این تفاهم‌نامه انجام مشورت‌های متقابل و مبادله اطلاعات میان دو طرف پیش‌بینی شده بود. هم‌چنین سازمان یاد شده توافق نموده‌اند که در راستای پیگیری فعالیت‌های کنترل مواد مخدر خود در خصوص کاستن از عرضه و تقاضای مواد مخدر، با یکدیگر همکاری فنی

۱. United Nations International Drug Control Programme (UNDCP) - برنامه بین‌المللی کنترل قاچاق مواد مخدر و مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم سازمان ملل بخشی از دفتر مواد مخدر و جرم بین‌المللی سازمان ملل متحد می‌باشند که مجموعاً تحت عنوان دفتر کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل نامیده می‌شوند. برنامه بین‌المللی کنترل قاچاق مواد مخدر ملل متحد با چندین سازمان دولتی و غیردولتی از جمله سازمان سارک همکاری دارد.

http://en.wikipedia.org/.../United_Nations_International_Drug_Control_Programme

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه ۹۵

نموده و از این طریق به تدوین و انجام فعالیتهای مذکور به عنوان بخشی از عملیات توسعه منابع انسانی کمک نمایند. این توافق حوزه های مختلفی از جمله تقویت همکاری منطقه ای در زمینه تبادل اطلاعات مربوط به مواد مخدر از طریق کمیته نظارت بر جرائم قاچاق مواد مخدر سارک، قانونگذاری، تحقیقات و بررسی های مالی، پولشویی، و پایه گذاری یک همکاری منظم شبکه ای میان نهادهای موجود و فعال در زمینه پیشگیری از استعمال مواد مخدر و غیره در برمی گیرد.

۸- رابطه با پلان کلمبو

سارک هم چنین همکاری با دفتر پلان کلمبو برای ارتقای نقش سازمانهای غیر دولتی سارک در فعالیتهای ضد مواد مخدر پرداخت. در این رابطه، نمایندگی سازمانهای غیر دولتی از هفت کشور همایشی در خصوص نقش سازمانهای غیر دولتی در کاهش تقاضای مواد مخدر در ۱۰-۱۳ آوریل بر گزار نمودند. به علاوه کوششهایی با هدف ایجاد روابط کاری میان سارک و دفتر پلان کلمبو در زمینه آموزش امکانات در منطقه به عمل آمد.

۹- رابطه با اتحادیه بین المللی مخابرات

تفاهم نامه ای میان سارک و اتحادیه بین المللی مخابرات به عمل آمده و در دست نهائی شدن به منظور امضا و تصویب می باشد.

نتیجه

هم اکنون بیش از بیست سال از ایجاد سازمان همکاری منطقه ای آسیای جنوبی (سارک) می گذرد. ترازنامه عملکرد سازمان در این مدت حاکی از آن است که سازمان با وجود برداشتن گامهای مهمی در همگرایی منطقه ای و سعی در ایجاد همکاریها در موضوعات مختلف، به دلایل اختلافات سیاسی میان اعضای، ترجیح اعضای به داشتن روابط دوجانبه، عدم پذیرش مسئولیت دولتهای قوی عضو سازمان در کمک به اعضای ضعیف نتوانسته به اهداف خود جامع عمل بپوشاند.

در رابطه با اختلافات سیاسی، می توان به مسئله کشمیر میان هند و پاکستان اشاره نمود. سازمان سارک غالباً به دلیل وجود رقابت شدید سیاسی و نظامی میان هند و پاکستان ناتوان از ایفای نقش مهمی در رابطه با ایجاد ادغام اقتصادی در جنوب آسیا می باشد. عدم تمایل پاکستان برای اجرای توافقنامه تجارت آزاد آسیای جنوبی با هند در رابطه با کاهش تعرفه که در اول ژانویه ۲۰۰۶ شروع شد، موجب مشکلاتی برای سازمان شده است. زیرا وجود توافقنامه مذکور اگر نتواند عملاً پوشش دهنده بخش بزرگی از تجارت در منطقه میان دو دولت هند و پاکستان باشد، مفهوم چندانی نخواهد داشت. بنابراین پاکستان از این اختلاف به عنوان وسیله ای برای عدم مشارکت فعال خود در سازمان استفاده می نماید. در نتیجه فاصله گرفتن از هند را به عنوان راهی برای حل مساله کشمیر به نفع خود می داند. در حالیکه چنین سیاستی در طول این مدت هرگز نتیجه دلخواه را برای آن به وجود نیاورده است.

وجود اختلافات سیاسی و سرزمینی، باعث شده تا ملل آسیای جنوبی نتوانند از منافع یک اقتصاد متحد بر خوردار شوند. این مساله موجب کاهش تدریجی نقش سازمان در جنوب آسیا طی سالها گردیده بنحوی که امروزه سازمان دارای نقش ضعیفی در حد تشکیل اجلاس و مذاکرات سالانه میان اعضا می باشد.

از طرف دیگر کشورهای عضو بجای اینکه متعهد به ایجاد روابط چند جانبه در چارچوب سازمان شوند ترجیح می دهند روابط دو جانبه با یکدیگر را توسعه دهند. لذا تردد آزادانه میان مردم این کشورها از مرزها وجود ندارد همچنانکه چنین آزادی برای ایده ها و اخبار وجود ندارد.

دلیل دیگر ضعف سازمان در حرکت بسوی ادغام منطقه ای خود داری کشورهای قوی و بزرگ عضو به ویژه هند از پذیرش مسئولیت خود در تامین اهداف سازمان می باشد. تجربه نشان می دهد که موفقیت سازمانهای منطقه ای اقتصادی وابسته به اتخاذ تدابیر اعضای قوی سازمان برای توانمند سازی اعضای ضعیف می باشد تا آنها بتوانند از ادغام منطقه ای منافع منصفانه ای بدست آورند. اتخاذ چنین تدابیری در سازمان

فاکتور مهمی برای موفقیت سازمان در ادغام منطقه ای می باشد. مثلا در اتحادیه اروپا، صندوقی ایجاد شده است که به کشورهای ضعیف عضو مانند اسپانیا، پرتغال و ایرلند کمک می نماید تا به سطح کشورهای توسعه یافته عضو برسند.

در سازمان سارک کشورهای کمتر توسعه یافته عضو هنوز نمی توانند به بازار کشورهای توسعه یافته به راحتی وارد شوند. به این دلیل پیشنهاد ایجاد یک صندوقی به منظور تقویت توانائی صادراتی کشورهای عضو کمتر توسعه یافته منطقه داده شده است. البته این موضوع در موافقتنامه تعرفه تجاری سارک پیش بینی نشده است. به همین دلیل هند به دلایل اقتصادی و سیاسی مایل به افزایش یکجانبه عوارض گمرکی و میزان سهمیه واردات کشورهای ضعیف عضو به بازار خود می باشد.

همکاری در زمینه حمل و نقل و ترانزیت کالا میان کشورهای عضو نیز یکی از موارد مهم در هر نوع ادغام منطقه ای است. در این زمینه نیز سازمان سارک با مشکلاتی روبرو می باشد. مزایای رقابت از طریق کاهش موانع تعرفه ای و غیر تعرفه ای فقط زمانی تحقق می یابد که تولیدات بتوانند به سهولت به کشورهای دیگر وارد شوند. برای دستیابی به این هدف نیز نیاز به ارائه تسهیلات از جانب کشورهای عضو می باشد. عدم وجود ارائه چنین تسهیلاتی از جانب کشورهای عضو مانعی جدی بر امر تجارت و جدی تر از موانع تعرفه ای و غیر تعرفه ای می باشد. ولی هنوز بعد از بیش از بیست سال از حیات سازمان سارک، کشورهای عضو به توافقی در خصوص ارائه تسهیلات ترانزیتی برای کالاهای وارده از کشورهای همسایه به قلمرو یگدیگر، دست نیافته اند. هم چنینه هیچ توافقی در خصوص بازسازی زیرساختهای حمل و نقل مشترک دست نیافته اند. مثلا بنگالادش نمی پذیرد که کالاهای هند از قلمرو آن برای رسیدن به بخش دیگر هند عبور نمایند. برای کشوری مانند افغانستان نیز اگر نتواند از امکانات ترانزیتی پاکستان برای کالاهای خود برای رسیدن به بازارهای هند و بنگالادش استفاده نماید، همکاری در چهارچوب سازمان سارک چندان مفهومی نخواهد داشت.

برای حل این مشکلات پیشنهاداتی از طرف کارشناسان و متفکران و حتی دولتهای عضو ارائه گردیده است و بر اساس آنها تصمیماتی اتخاذ شده است از جمله این

تصمیمات می توان به ایجاد ذخیره امنیت غذایی سارک، تقویم اقدام برای محو فقر، برنامه مدیریت بلایا، کنوانسیونهای محو تروریسم، مواد مخدر و قاچاق زنان و کودکان، بیانیه در رابطه با کودکان دختر و، توافقنامه تجارت ترجیحی آسیای جنوبی و توافقنامه تجارت آزاد آسیای جنوبی اشاره نمود. البته به دلیل عدم اراده واقعی کشورهای عضو بخصوص کشورهای قدرتمند سازمان در اجرای برخی از این تصمیمات که مرتبط با موضوعات اقتصادی می باشند، اجرای آنها با مشکل روبرو شده و یا به کندی صورت می گیرد. ولی در رابطه با سایر تصمیمات به نظر می رسد که اراده جدیدی تری در اجرای آنها وجود داشته باشد.

در رابطه با عضویت ایران در این سازمان باید به چند نکته اشاره نمایم. حضور ایران در این سازمان می تواند با توجه به اوضاع جهانی و تحولات منطقه ای از جهات مختلف دارای مزایائی باشد. از نظر اقتصادی حضور در سازمان سارک فرصت جدیدی برای ایران به وجود می آورد تا بتواند با مشارکت فعال در همکاری های منطقه ای امکان ورود کالاهای خود را به بازار گسترده منطقه سارک با نزدیک یک میلیارد و پانصد میلیون نفر جمعیت و هم چنین استفاده از فن آوریهای پیشرفته برخی از اعضای بالانحص هند و جذب سرمایه گذاری کشورهای منطقه سارک فراهم آورد. از طرف دیگر احداث خط لوله گاز ایران به هند از طریق پاکستان موسوم به خط لوله صلح نیز عامل مهمی برای افزایش انگیزه ایران به عضویت در این سازمان محسوب می شود به ویژه اینکه دولت چین نیز تمایل خود را به پیوستن به آن اعلام نموده است. بنابراین گسترش روابط اقتصادی و دستیابی به بازار منطقه سارک با عضویت در این سازمان تقویت می شود. از بعد سیاسی نیز با توجه به داشتن روابط خوب سیاسی با تمامی کشورهای عضو سارک، سازمان تریبون خوبی برای تشریح و تبیین نظرات سیاسی ایران در ابعاد بین المللی و برخوردار ی از حمایت اعضای این سازمان می باشد. هم چنین به دلیل داشتن مرزهای گسترده در شرق با کشورهای پاکستان و افغانستان همکاری با این کشورها در چارچوب سازمان سارک کمک به

سازمان همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (سارک) و نقش آن در توسعه ... ۹۹

تقویت همکاریهای منطقه‌ای برای مبارزه با تروریسم و مبارزه با اشرار و قاچاق مواد مخدر و در نتیجه گسترش امنیت برای کشورمان می‌نماید.

منابع

1. MUCHKUND DUBEY, "SAARC and South Asian Economic
2. Integration" in "Economic and Political Weekly April 7 ,2007
3. Cooperationnews.xinhuanet.com/english/200708/16/content_6542494.htm
4. <http://www.epw.org.in/eow/uploads/articles/10463.pdf>
5. http://en.wikipedia.org/wiki/south_Asian_Association_for_Regional_Cooperation
6. http://ec.europa.eu/comm./external_relations/saarc/intro/index.htm
7. <http://www.fao.org/docrep/007/ad508e/ad508e0a.htm>
8. http://www.irna.com/fa/news/view/line_20/0704051040012634.html
9. www.mofa.gov.bd/13saarcsummit/Agreement%20on%20%20SAARC%20Arbitration%20
10. <http://www.mofa.gov.bd/13saarcsummit/Agreement%20on%20%20SAARC%20Arbitration%20>
11. <http://www.saarc-sec.org/main.php?t=13,2>
12. <http://www.saarc-sec.org/main.php?t=13>
13. <http://www.saarctourism.org/charter-of-the-saarc.html>
14. <http://www.saarc-smrc.org/> - 13k
15. <http://www.saarc-sec.org/main.php?t=2.12.4>
16. <http://www.saarc-sec.org/main.php?t=2.12.3>
17. <http://www.sdc.gov.in/AboutSAARC/aboutsaarc.htm>
18. <http://www.sdc.gov.in/AboutSAARC/centers.htm>
19. <http://www.sdc.gov.in/AboutSAARC/sec.htm>
20. <http://www.sdc.gov.in/AboutSARRC/areacoop.htm>
21. http://en.wikipedia.org/wiki/south_Asian_Association_for_Regional
22. <http://en.Wikinpedia.org/Wili/South-Asian-Association-for-regional>.

بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و مقایسه آن با حقوق ایران

دکتر حیدر حسن زاده*

چکیده

اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان همانند اکراه عیب رضا است و به سه نوع تقسیم می‌شود: اعمال نفوذ ناروای واقعی، اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص مثل والدین و فرزندان)، اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی مثل زن و شوهر) در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول و دوم آشکارا زیان بار بودن معامله شرط تحقق آن است. اثر اعمال نفوذ ناروا بر معامله در حقوق انگلستان، قابل ابطال بودن قرارداد است. از آنجاکه مقررات اکراه ما سنتی است و جوابگوی نیازهای امروزی نمی‌باشد و از سوی دیگر اضطرار نیز موجب بی اعتباری عقد نیست؛ لذا پیشنهاد می‌شود که مقررات اکراه و اضطرار ما اصلاح گردد و از تجربیات کشورهای دیگر من جمله حقوق انگلستان استفاده شود ولی از آنجا که تا کنون این اصلاحات انجام نشده است ما در این مقاله در صدد برآمدیم تحت عنوان معاملات اضطراری اکراهی، دایره اکراه را گسترش داده و دایره اضطرار را محدود نماییم. فی ما بین معاملات اضطراری اکراهی در حقوق ایران و اعمال نفوذ ناروا در انگلستان علی‌رغم وجود تفاوت‌های ماهوی، تشابهاتی نیز وجود دارد.

واژه‌های کلیدی: اکراه، اعمال نفوذ ناروای واقعی، اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول، اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع دوم، قابل ابطال بودن، اضطرار، انصاف، معاملات نامعقول، حقوق شخص ثالث.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مقدمه

«اعمال نفوذ ناروا»¹ تأسیس و نهادی است که در حقوق ایران یافت نمی‌شود و در هیچ یک از متون قانونی و فقهی و آرای دادگاه‌ها به چشم نمی‌خورد. ولی در حقوق انگلستان مورد بررسی دادگاه‌ها و حقوقدانان انگلیسی قرار گرفته است. ما در جهت پرکردن خلاء مذکور در حقوق ایران، اضطرار را نیز مورد بررسی قراردادده و از آنجا که اضطرار در حقوق ایران موجب عدم نفوذ یا بطلان معاملات نیست، معاملات اضطراری اکراهی را مورد بحث قرار داده‌ایم و معاملاتی را که در قالب اکراه قانون مدنی ایران نمی‌گنجد و از سوی دیگر قرار دادن آن در قالب اضطرار موجب بی‌اعتباری معامله نمی‌شود، در قالب اضطرار اکراهی قرار داده‌ایم تا بتوان آنرا به اکراه ملحق نمود و همچنین با معرفی نهاد اضطرار اکراهی و گسترش دایره اکراه و محدود نمودن دایره اضطرار در صدیم که نقص قانون مدنی در باب اکراه و اضطرار را برطرف نماییم. در حقوق انگلستان اضطرار در باب قراردادها به‌عنوان یکی از طرق بی‌اعتباری معاملات محسوب نمی‌شود و نهاد اضطرار در باب مسئولیت مدنی بحث شده است؛ لذا در این مقاله نیاز به بررسی اضطرار در معاملات در حقوق انگلستان نیست.

در حقوق انگلستان از آنجاکه اکراه سنتی در واقع کمتر اتفاق می‌افتد لذا نفوذ ناروا را در جهت اعطای جبران خسارت به زیان‌دیدگان ایجاد نموده و گسترش داده‌اند؛ لذا بررسی نهاد اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان می‌تواند راهگشای قانونگذاران و محاکم و حقوقدانان ما در جهت رفع نواقص حقوقی خودمان باشد.

نهاد اعمال نفوذ ناروا توسط دادگاه‌های انصاف در حقوق انگلستان ایجاد شده است و در کتب حقوقی انگلستان و آرای دادگاه‌های این کشور به تفصیل در مورد این نهاد حقوقی بحث و بررسی صورت گرفته است. ولی چنین نهادی در حقوق ایران

وجود نداشته و ندارد؛ لذا بررسی همزمان این دو نهاد در این مقاله محال و غیر ممکن است؛ لذا ما در فصل اول، معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان را بررسی خواهیم نمود و در فصل دوم سعی خواهیم نمود تا آنجا که قوانین ما اجازه می‌دهد، ارتباطی بین اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با اکراه و اضطرار اکراهی در حقوق ایران پیدا نماییم.

هم چنین در فصل اول در صددیم که معاملات نامعقول^۱ در حقوق انگلستان را که اغلب در کتب حقوقدانان انگلیسی به علت تشابه فراوان آن با اعمال نفوذ ناروا در مبحث اعمال نفوذ ناروا مورد بررسی قرار گرفته است، مورد تحلیل حقوقی قرار دهیم و رابطه آنرا با اضطرار و اضطرار اکراهی در حقوق ایران روشن سازیم. دادگاه‌های انگلستان در جهت پرکردن خلاء مذکور نهاد اعمال

فصل اول: اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معامله در حقوق انگلستان

در این فصل اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان و اثر آن بر معاملات در حقوق مزبور در چهارمبحث مورد بررسی قرار خواهد گرفت که در مبحث اول مفاهیم و تعاریف اعمال نفوذ ناروا، در مبحث دوم موارد اعمال نفوذ ناروا، در مبحث سوم معاملات نامعقول در حقوق انگلستان و در مبحث چهارم این فصل اثر اعمال نفوذ ناروا بر معاملات و موانع آن در حقوق انگلستان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: مفاهیم و تعاریف

این مبحث شامل دوگفتار بوده که در گفتار اول مفهوم اعمال نفوذ ناروا اعم از لغوی و اصطلاحی و در گفتار دوم جایگاه انصاف در حقوق انگلستان مورد بررسی قرار گرفته است

1. Unconscionable Bargains.

گفتار اول: مفهوم اعمال نفوذ ناروا:

بند اول - مفهوم لغوی:

عبارت «Undue Influence» در لغت از دو کلمه تشکیل شده است که معنی لغوی «Undue» به معنی زاید و بی‌جهت، غیر ضروری، ناروا، نامشروع، ناحق، موعده نرسیده و زیادی می‌باشد. (Hornby AS & Ruse Christina, 1988. p 684).
حییم سلیمان، فرهنگ انگلیسی، فارسی، ۱۳۷۳، ص ۷۵۶، رضانی نوری محمود، فرهنگ حقوقی مدین، انگلیسی، فارسی، ۱۳۸۰، ص ۷۶۲، فرهنگ حقوقی مجد، انگلیسی، فارسی، ۱۳۷۸، ص ۵۴۵) و معنی لغوی «Influence»، نفوذ، اعتبار، تأثیر، تفوق، تحت نفوذ خود قرار دادن، تحت تأثیر خود قرار دادن می‌باشد. (Hornby AS & Ruse Christina, op.cit.P328، حییم سلیمان، فرهنگ انگلیسی، فارسی، همان منبع، ص ۳۱۲ و رضانی نوری محمود، فرهنگ حقوقی مدین، همان منبع، ص ۳۷۶ و فرهنگ حقوق مجد، انگلیسی، فارسی، همان منبع، ص ۲۷۱).

لذا معنی لغوی عبارت Undue Influence، اعمال نفوذ ناروا، سوء استفاده از نفوذ خود، اختلاس از راه اعمال نفوذ می‌باشد. (حییم سلیمان، فرهنگ انگلیسی، فارسی، همان منبع، ص ۳۱۲، فرهنگ حقوقی مدین، انگلیسی، فارسی، همان منبع، ص ۳۷۶، فرهنگ حقوقی مجد، انگلیسی، فارسی، همان منبع، ص ۲۷۱).

بند دوم - مفهوم اصطلاحی:

مفهوم اصطلاحی اعمال نفوذ ناروا از مفهوم لغوی آن دور نیفتاده است و عبارت است از: «نفوذی که شخصی را از اعمال نمودن اراده و نظر مستقل در خصوص هر معامله جلوگیری می‌کند. یک قرارداد یا هبه ناشی از اعمال نفوذ ناروا در معرض ابطال بوسیله دادگاه‌هاست. بکار بردن اعمال نفوذ ناروا بایستی معمولاً به‌طور قاطع و محکم اثبات شود. باید اثبات شود که معامله یا قراردادی هست که در آن یک امتیاز ناعادلانه از شخص دیگر گرفته شده است در مورد روابط خاص (برای مثال بین والدین و فرزند - شوهر و همسر - دکتر و مریض - وکیل و موکل) در فقدان دلیل مخالف اعمال نفوذ ناروا فرض می‌شود»

بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و ... ۱۰۵

که اعمال شده است و بانکها باید به همسران برای کسب مشاوره مستقل و شایسته پیش از رهن گذاشتن خانه خانواده به دستور شوهر دیگر برای وامهای تجاری مشاوره دهند.»
(Martin. ELLIZABETH., 1997, p 481.)

اصطلاح اعمال نفوذ ناروا بوسیله دادگاهها برای توصیف نظریه انصافی اجبار بکار می‌رود که این نظریه شامل انواع فشاری است که نسبت به اکراه غیر مستقیم تر و غیر مهم تر می‌باشد و اعمال نفوذ ناروا هنگامی تشکیل می‌شود که یکی از طرفین به طرف دیگر اعتماد یا وابستگی دارد و شخص مقابل بر اثر این اعتماد و وابستگی، بر روی طرف مقابل نفوذ خود را اعمال می‌نماید که این نفوذ کاملاً بخودی خود طبیعی و صحیح است اما به طور نا عادلانه‌ای اعمال می‌شود. (Beatson. J, 1998 , p 278.)

تئوری اعمال نفوذ ناروا که بوسیله دادگاههای انصاف توسعه یافته، مشمول مواردی است که اکراه تلقی نمی‌شود اما یکی از طرفین نفوذ قوی بر روی طرف دیگر دارد و از موقعیت برتر خود برای وادار نمودن طرف دیگر برای انعقاد قرارداد زیانبار، سوء استفاده می‌کند. بنابراین درحالی که اکراه به شخصی که رضایت ظاهری اش بوسیله تهدید نا مشروع حاصل شده، جبران خسارت می‌دهد. در اعمال نفوذ ناروا سوء استفاده از اعتماد مطرح است. (Blum Brian A, Contracts - Examples And Explanations , Second Edition, Aspen Law & Buisness, London, 2001, p 364.)

با ملاحظه موارد فوق معلوم می‌گردد که در اعمال نفوذ ناروا همانند اکراه رضایت و اراده شخص آسیب می‌بیند ولی غیر از مورد بالا در دیگر موارد اعمال نفوذ ناروا با اکراه متفاوت است که عبارتند از:

- ۱- اکراه توسط کامن لا ایجاد شده است درحالی که اعمال نفوذ ناروا توسط نهاد انصاف تشکیل و تکامل یافته است.
- ۲- در اعمال نفوذ ناروا تهدید وجود ندارد درحالی که در اکراه همیشه تهدید هست.
- ۳- در اعمال نفوذ ناروا بین طرفین در بعضی موارد روابط خاصی مثل رابطه فرزند و والدین، پزشک و مریض و غیره هست.

۴- در اعمال نفوذ ناروا طرف قوی از موقعیت برتر خود برای انعقاد قرارداد سوء استفاده می‌کند.

۵- در اکثر موارد در اعمال نفوذ ناروا شخص اعمال نفوذ کننده در صدد کسب امتیازی است.

گفتار دوم: جایگاه حقوق انصاف در حقوق انگلستان

بند اول - مفهوم لغوی:

کلمه «Equity» در لغت به معنای انصاف، عدالت، دادگستری، عدل، احقاق حق بر مبنای انصاف، دارایی خالص، مایملک شرکاء، سرمایه، بی طرفی، بی غرضی، تساوی حقوق، سهم متعارفی، یک سلسله قواعد حقوقی انگلیسی که علاوه بر قوانین عادی برای اجرای عدالت به حکم انصاف و وجدان تنظیم شده است. (Hornby AS & Ruse Christina, op.cit. p 213. همان منبع ص ۱۸۹ فرهنگ حقوقی مدین، انگلیسی، فارسی ص ۲۶۴ فرهنگ حقوقی مجدد، انگلیسی، فارسی همان منبع ص ۱۸۸)

بند دوم - مفهوم اصطلاحی:

کامن لا که در رابطه نزدیک با آیینهای دادرسی تشریفاتی به وجود آمده است، در معرض دو خطر قرار داشت: یکی ناتوانی در گسترش، با آزادی کافی، برای رفع نیازهای زمان. دومی تحجر و رکود ناشی از محافظه کاری و کهنه گرایی حقوقدانان. کامن لا از هیچ یک از این دو خطر برکنار نماند و از این رو با مشکل بسیار بزرگی مواجه شد که عبارت بود از شکل گرفتن نظامی رقیب که به تدریج جای کامن لا را می‌گرفت و آن را کنار می‌زد. این رقیب که اکنون باید از آن سخن بگوییم **انصاف** است. (رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه صفائی، سیدحسن، انصاف مجموعه راه حل هایی است که اصولاً در قرنهای پانزدهم و شانزدهم، به وسیله دادگاه مهورداری سلطنتی برای تکمیل و احیاناً اصلاح نظام کامن لا که در آن زمان

بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و ... ۱۰۷

ناقص و نارسا بود ارائه شد. و علت ایجاد انصاف این بود که نظام کامن لا بد کار می کرد یعنی دادگاههای شاهی نمی توانستند به دعوی رسیدگی کنند یا نمی توانستند راه حل مناسبی را که خواهان درخواست می کرد، ارائه دهند، یا امکان هدایت دادرسی به گونه ایی مناسب را نداشتند یا به حکمی که خلاف انصاف بود می رسیدند، افراد به موجب افکار قرون وسطی، می توانستند مداخله شاه را درخواست کنند و با استناد به دستورهای وجدان از او بخواهند که برای تسهیل جریان عدالت تصمیمی بگیرد، یا راه حلی را که مقتضای عدالت است تحمیل کنند و دخالت او در مواردی که تکنیک حقوقی عیب داشت مشروع بود. (همان منبع، ص ۳۳۷).

مبحث دوم: موارد اعمال نفوذ ناروا

در طبقه بندی مقوله های متفاوت اعمال نفوذ ناروا بایستی ذکر شود که اعمال نفوذ ناروا می تواند یا واقعی یا فرضی باشد. در پرونده BccI V. Aboody (1990) (p 212.19991QB923, Cited In: Richards. Paul H, دادگاه پژوهش طبقه بندی زیرین را پذیرفته است.

طبقه اول: اعمال نفوذ ناروای واقعی

طبقه دوم: اعمال نفوذ ناروای فرضی که این طبقه به دو نوع تقسیم می شود. از آنجا که این طبقه بندی در پرونده های مهم^۱ (ایجاد سابقه قضایی می کند) Pitt و O'brein نیز پذیرفته شده است؛ لذا مفید است اگر این موضوع بوسیله ارجاع به طبقه بندی «Aboody» بحث شود. (Richards. Paul H, op.cit, p 212.)

گفتار اول: اعمال نفوذ ناروای واقعی:

در اعمال نفوذ ناروای واقعی بایستی به طور قاطع اثبات شود که یک طرف در حقیقت بر روی طرف دیگر اعمال نفوذ را اعمال کرده است و بنابراین قرارداد منعقد

1- Leading cases.

شده والا قرارداد منعقد نمی‌شد. دادگاه‌ها هرگز تلاش نکرده‌اند تا با دقت، اعمال نفوذ ناروا را تعریف نمایند. که

به‌عنوان عمل نادرست و غیر منصفانه- اعمال فشار از خارج با حيله پيشدستي كردن بر، شكلي از فريب دادن و معمولاً اگر چه نه هميشه امتياز شخصي كه بوسيله طرف خطا كار بدست آورده مي‌شود، توصيف شده است. مثالهايي وجود دارند: اجبار اراده يك شخص داراي عقل ضعيف بوسيله ادعاي داشتن نيروهاي خارق‌العاده، گرفتن امتياز از خانمي كه از وابستگي شديد مذهبي رنج مي‌برد يا شخصي كه به راست بودن پيغامها از طرف مرده كه به وسيله ارواح منتقل مي‌شود، ايمان دارد - سوء استفاده نمودن از ترس يك پسري كه از وضعيت سلامتي پدرش نگران است. (Furmston, 1991MP, p 316).

بنابراين در اعمال نفوذ نارواي واقعي، شخص بايستي چنان تسلط و كنترلي بر روي ذهن و اراده طرف ديگر داشته باشد كه استقلال در تصميم گيري به‌طور اساسي آسيب بيند و اين تسلط براي انعقاد معامله باشد. در اين صورت معامله به‌علت اعمال نفوذ نارواي قابل ابطال خواهد بود. (Beatson, J, op.cit, p 279).
بنابراين براي استناد به اعمال نفوذ نارواي واقعي موارد زير بايستي توسط خواهان اثبات شود.

۱- طرف قرارداد بايستي قابليت اعمال نفوذ بر روي طرف ديگر را داشته باشد.

۲- اعمال نفوذ فوق بايستي اعمال شود.

۳- اعمال نفوذ بايستي ناروا باشد.

۴- اعمال نفوذ بايستي متوجه آن قرارداد خاص باشد.

پس از اثبات موارد فوق، قرارداد به‌علت اعمال نفوذ ناروا واقعي قابل ابطال است و نيازي به اثبات روابط خاص بين طرفين و سوء استفاده از آن روابط نيست.
اعمال نفوذ نارواي واقعي در پرونده‌هايي مانند Williams V. Bayley و Smith V. Kay و Norton V. Reilly مطرح شده است.

اعمال نفوذ ناروای واقعی بخودی خود جبران خسارت اعطا می‌نماید و ضروری نیست که معامله مورد نظر به‌طور آشکار برای شخص اعمال نفوذ شده زیانبار باشد. درحالی‌که هم‌چنان که بعداً خواهیم دید در اعمال نفوذ ناروای فرضی اثبات چنین زیانی برای ابطال معامله لازم و ضروری است. (, Beatson. J, op.cit, p 279 , Elliott Catherine And Quinn Frances (p 181.۲۰۰۱)

با ملاحظه نظرات و آرای دادگاه‌ها معلوم می‌شود که در اعمال نفوذ ناروای واقعی هر چند ممکن است معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا برای شخص خواهان ابطال معامله زیانبار نیز باشد ولی اثبات زیانبار بودن معامله برای ابطال معامله لازم و ضروری نیست. در واقع اعمال نفوذ ناروای واقعی تا حدودی شبیه اکراه است ولی به‌علت اینکه شرایط اکراه را ندارد، اکراه نیست مثال برای این تشابه این است که شخص در مقابل شخص دیگر به‌علت تهدید به تعقیب کیفری تعهد پرداخت مبلغی پول می‌نماید. این مثال اکراه نیست چون ما نمی‌توانیم بگوییم که مکره هیچ جایگزین عملی ندارد یا فشار اعمال شده نا مشروع است. اما آن تعهد غیر منصفانه است و نمی‌تواند تایید شود. (Elliott Catherine And Quinn Franccs , op.cit , p 181.)

این نوع از اعمال نفوذ ناروا (واقعی) امروز خیلی خیلی نادر اتفاق می‌افتد چون که یک نزدیکی (اختلاط) مداوم این قسمت با اکراه وجود دارد. یک مثال از این مورد در پرونده Flower V. sadle (Richards.) 1D Q BD 572, Cited In: (1882) Pual H, op.cit, p 213. دیده می‌شود جایی که تعهد به پرداختن مبلغی پول بوسیله تهدید به تعقیب جزائی بدست آورده شده بود. رأی داده شد که آن تعهد به‌خاطر اعمال نفوذ ناروا باطل باشد امروزه چنین عملی در قلمرو اکراه قرار می‌گیرد. (Richards. Paul H, op.cit, p 213.)

بنابراین با ملاحظه نظرات و آرای فوق می‌توان گفت که امروزه اکثر موارد اعمال نفوذ ناروای واقعی، موضوعی اکراهی تلقی می‌شوند و به‌علت گسترش دایره اکراه، حوزه اعمال نفوذ ناروای واقعی کاهش یافته است؛ لذا این نوع از اعمال نفوذ ناروا

کمتر اتفاق می‌افتد.

گفتار دوم: اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص)

درحالی‌که مقوله‌های روابط خاص منحصر نیستند، انواع خاصی از روابط به‌طور خودکار مستلزم وجود اعمال نفوذ ناروا است. برای مثال رابطه بین امین و ذینفع، وکیل و موکل، والدین و بچه، رهبر و ناصح مذهبی و مرید و عضو کلیسای بخش (op.cit, pp. 213. 214.

اگر طرفین در زمان معامله در رابطه خاص امانی با طرف دیگر هستند، اعمال نفوذ ناروا فرض می‌شود. بار اثبات دعوی بر عهده طرفی است که منفعت را کسب نموده تا متقاعد کند که دعوا فارغ از اعمال نفوذ ناروا بوده است. در پرونده «V. powell ([1900] 1 Ch. 243, Cited In: Guest. A.G,1968, p 173.)» یک مصالحه ارادی به وسیله دختر در اثر اعمال نفوذ نامادری‌اش به نفع فرزندان نامادری منعقد شد. قاضی فارول¹ گفت: «بر طبق منابع معتبر برای من بنظر می‌رسد که مسأله فشار واقعی یا حیله - امتیاز ناروا یا فقدان اطلاع از اثر سند وجود ندارد. و صرف وجود رابطه امانی فرض را ایجاد می‌نماید. و باید این فرض بوسیله متهم رد شود حتی اگر طرفی که خواهان ابطال نمودن معامله است نتواند اثبات کند که اراده‌اش صرفاً «یک وسیله (کانال)ی بوده که از طریق آن اراده خواننده اعمال شده است.» او تنها با اتکاء به فرض مستحق ابطال و فسخ معامله خواهد گردید. (Guest. A.G, , pp. 173 , 174.»

در این نوع اعمال نفوذ ناروا روابط خاص به‌عنوان یک امر حکمی به فرض اعمال نفوذ ناروا منجر می‌شود. برای طرف درخواست کننده ابطال معامله ضروری نیست که ثابت کند که او در واقع به طرف دیگر امید و اعتماد داشته است. در چهارچوب این گروه از پرونده‌ها، نظر داده شده که فرض اعمال نفوذ ناروا بین والدین و بچه، قیم و

1. Farwell.

مولی علیه، روحانی و مرید - دکتر و مریض، وکیل و موکل - امین و مالک واقعی اعمال می‌شود. این فرض به تعدادی از معاملات البته نه همه معاملات بین نامزدها اعمال می‌شود. بنابراین آن به مصالحه‌یی که پیش از ازدواج ایجاد می‌شود که بوسیله آن همسر موافقت می‌کند که در ازای پرداخت فوری و کم از مبالغ بزرگی که باید به او به‌عنوان یک بیوه تعلق گیرد، دست بکشد، اعمال می‌شود و این فرض به بخشش حلقه نامزدی گزاف قابل اعمال نخواهد بود. قاعده نمی‌تواند بین شوهر و همسر و مابین کارفرما و کارگر اعمال شود. این قاعده نمی‌تواند به همه روابطی که امانی هستند در مفهومی که آنها به وظیفه افشاء منتهی می‌شوند، اعمال شود. بنابراین آن نمی‌تواند بین نماینده و اصیل اعمال شود. قاعده ممکن است حتی بعد از اینکه رابطه متوقف شده است نیز اعمال شود اگر اعمال نفوذ ادامه پیدا کند برای مثال بین وکیل و موکل سابق و بین والدین و بچه برای زمانی کوتاه بعد از این که بچه به سن قانونی می‌رسد اما نه به محض این که بچه از کنترل خانوادگی آزاد می‌گردد. حتی ازدواج فرزند نمی‌تواند مطلقاً این اثر را داشته باشد. (, pp. 378 , 379. ۱۹۹۵ Treitel. G.H)

فرض اعمال نفوذ ناروا نمی‌تواند اعمال شود حتی اگر یک رابطه خاص نتواند معامله مورد نظر را تحت تأثیر قرار دهد. بنابراین پیشنهاد شده است که فرض قابل اعمال نخواهد بود، اگر وکیل اسبی را از موکلی که او را برای اقامه دعوی افترا وکیل گرفته بود، بخرد. (Treitel. G.H, op.cit , p 381.)

پس صرف وجود رابطه خاص بین طرفین معامله موجب ابطال قرار داد نخواهد شد، اگر آن رابطه تأثیری در معامله مورد نظر نداشته باشد.

گفتار سوم: اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی)

جایی که فرض به عنوان امر حکمی قابل اعمال نیست معذالک یکی از طرفین می‌تواند بر اساس واقعیات خاص هر پرونده (اوضاع و احوال خاص هر پرونده) اثبات نماید که او به طرف دیگر اعتماد نموده است که در اثر این اعتماد فرض اعمال نفوذ ناروا مطرح می‌شود. (Beatson. J, op.cit, p 280.)

بنابراین زیان دیده قادر خواهد بود معامله را صرفاً با اثبات اینکه او به شخص متخلف اعتماد کرده است، ابطال نماید. بدون اینکه به اثبات اعمال نفوذ ناروای واقعی نیاز باشد. (Richards. Paul H, op.cit. p 214.)

رابطه شوهر و همسر یک مثال خوب از مقوله روابطی است که در چهار چوب قسمت دوم نوع اول قرار می‌گیرد که بخودی خود اعمال نفوذ ناروا وجود ندارد. بلکه بایستی به‌عنوان یک موضوع اثبات شود. این امر در پرونده‌های

V. ((1911) AC 120, Cited In: Richards. Paul H, op.cit, p 214.)

Howes V. Bishop و Bank Of Montreal Stuart ثابت شده است. ((1909) 2 KB 390, Cited In: Richards. Paul H, op.cit, p 214.) و دوباره در پرونده Midland Bank Plc V. Spephard (1988) 3 ALL (ER 17, Cited In: Richards. Paul H, op.cit, p 214.) تأیید شده است. در پرونده Kingsnorth Trust Ltd V. Bell همسر قادر به اثبات اعمال نفوذ ناروا به این صورت بودی که شوهر به‌عنوان نماینده بانک در ایجاد توافق همسر برای معامله خاص تلقی شد. مشابهتاً در پرونده BCCI V. Aboody یک همسر برای ابطال مسئولیت در برابر بانک در مورد معامله ضمانت که همسر برای انعقاد معامله بوسیله شوهر اغوا شده بود، قادر شد بر این مبنا که بانک واقعاً یا ضمناً از اقدامات شوهر در اعمال نفوذ ناروا بر روی همسرش یا تدلیس در مورد میزان مدیونیت همسر به بانک آگاهی داشته است. (Richards. Paul H, op.cit, p 214.)

در این گروه از پرونده‌ها رابطه باید رابطه‌ی باشد که در آن طرف متقاضی ابطال قرار داد در حقیقت به طرف دیگر امید و اعتماد داشته است. بنابراین آن برای آن طرف که اثبات نماید که رابطه به نوع و طبقه کلی از انواع توصیف شده بالا تعلق دارد. حقیقت امر این است که او باید به‌عنوان امر موضوعی اثبات کند که به طرف دیگر اعتماد و امید داشته یا آن طرف بر او تسلط پیدا کرده است. اگر او این امر را اثبات کند

تأثیر اعمال نفوذ ناروا بر معامله خاص فرض خواهد شد.

در واقع این فرض به تمام روابط گوناگونی که در آنها تسلط بوسیله یک شخص بر روی شخص دیگر اعمال می‌شود، قابل اعمال است. بنابراین جایی که مرد جوانی در حین مشکلات مالی در صدد کسب مشاوره از فامیل خیلی مجرب بر می‌آید که او خودش مال فرد جوان را به یک سوم بهای مناسب می‌خرد و جایی که یکی از اعضای کمیته تأسیس شده برای ایجاد مرکز فرهنگی مسلمانان در لندن بوسیله یک عضو شریک برای خریدن خانه دیگری از او برای این هدف به قیمتی که به‌طور فزاینده‌یی از قیمت بازاری اش بیشتر است، وادار شد، معامله بر مبنای این که خواندگان موفق به رد فرض اعمال نفوذ ناروا نشده‌اند، ابطال شد. (Guest. A.G., op.cit. p 176)

با ملاحظه نظرات حقوقدانان و آرای دادگاه‌ها می‌توان گفت که در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع دوم خواهان ابطال معامله بایستی اثبات نماید که به طرف دیگر (اعمال نفوذ کننده ناروا) اعتماد و اطمینان نموده است و صرف اثبات وجود رابطه (مثل رابطه زن، شوهر، بانکدار و مشتری و غیره) برای اثبات اعمال نفوذ ناروا کافی نیست بلکه بایستی اثبات شود که در این روابط یک طرف به طرف دیگر اعتماد نموده و از این اعتماد سوء استفاده نیز شده است.

در اعمال نفوذ ناروای فرضی شرط دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه دعوا برای ابطال معامله بر مبنای اعمال نفوذ ناروای فرضی پذیرفته نخواهد شد مگر اینکه معامله برای شخص خواهان به‌طور آشکار زیانبار باشد. این شرط اولاً مشکوک و مبهم بوده. ثانیاً: از پرونده مورگان اخذ شده است. (Beatson. J , op.cit, p 282.)

این نوع اعمال نفوذ در پرونده های *Loyds Bank Ltd V. Bundy* و پرونده *National Westminster Bank Ltd V. Morgan* و پرونده *V. Etridge* و پرونده *Royal Bank of Scotland* مطرح شده است.

اگر طرف مقابل اعمال آزادانه اراده مستقل را اثبات کند، فرض اعمال نفوذ ناروا رد می‌شود. معمول‌ترین روش انجام این کار این است که ثابت کند که طرف دیگر

مشاوره مستقل پیش از انعقاد معامله دریافت داشته است. اما صرف این موضوع که مشاوره مستقل داد شده، ضرورتاً معامله را نجات نخواهد داد بلکه مشاوره باید شایسته و مبتنی بر آگاهی از تمام حقایق مربوطه باشد. هم چنین پیشنهاد شده است که مشاوره مستقل باید هم چنین معامله را تأیید کند و باید از مشاوره او پیروی شود. این امر ممکن است ضروری باشد جایی که مخصوصاً اعمال نفوذ قوی است یا جایی که بخشش خیلی بزرگ انجام شود. اما این امر در هر مورد ضروری نیست. در واقع هیچ قاعده ثابت وجود ندارد که مشاوره مستقل برای نجات معامله ضروری است اگر شخص ذینفع تضمین نکرد که چنین مشاوره داده شده است، عنصر احتیاط را از دست خواهد داد. (Treitel. G.H , op.cit.P381)

لذا برای رد اعمال نفوذ ناروای فرضی (نوع اول و دوم) بایستی اثبات شود که شخص زیان دیده با اراده آزاد و فارغ از هر اعمال نفوذ عمل نموده و معمولی‌ترین روش اثبات این امر این است که فرد مزبور مشاوره مستقل با آگاهی از تمام واقعیات دریافت داشته است و در برخی موارد مانند هبه و وجود اعمال نفوذ قوی، این مشاوره بایستی پیروی هم بشود و مشاوره باید معامله را تأیید کند. اگر اوضاع و احوال خاص هر پرونده ثابت نماید که واهب اراده خود را آزادانه اعمال نموده است، فرض اعمال نفوذ ناروا رد خواهد گردید اگرچه مشاوره مستقل داده نشده باشد و در صورت وجود مشاوره مستقل به مشاوره مزبور اهمیتی داده نشده است.

مبحث سوم: معاملات نامعقول در حقوق انگلستان:

قبل از بررسی معاملات نامعقول در حقوق انگلستان بایستی بیان داشت که در حقوق انگلستان اصطلاح «Necessity» به معنای اضطرار، نیاز، احتیاج و ضرورت می‌باشد. (فرهنگ حقوقی مدین، همان منبع، ص ۴۹۷). و در حقوق انگلستان در مبحث شبه جرم اضطرار و ضرورت تنها به‌عنوان یکی از طرق معافیت از جبران خسارت با حصول شرایطی می‌باشد. (t. p ۱۹۸۹C.F. pad Field, Law made simple). (198)؛ لذا اضطرار در حقوق انگلستان موجب بطلان یا قابل ابطال بودن معامله نیست.

ولی مصداقهای اضطرار در حقوق ما که موجب بی اعتباری عقد نیست، در حقوق انگلستان تحت قالب معاملات نامعقول در اکثر موارد موجب بی اعتباری (قابل ابطال بودن) عقد خواهد شد.

حتی در صورت فقدان اعمال نفوذ ناروای واقعی یا فرضی، گاهگاهی انصاف به معاملات نامعقول به علت اینکه یک طرف از ضعف طرف دیگر سوء استفاده نموده، جبران خسارت اعطا می نماید. (Birks. Peter, English Private Law, Volume II, Oxford, 2000, p 79) مبحث معاملات نامعقول اغلب با اکراه و اعمال نفوذ ناروا در یک مبحث در حقوق انگلستان مورد بررسی قرار می گیرد و تشابهات فراوانی مخصوصاً با اعمال نفوذ ناروا دارد، لذا ما نیز به تبعیت از حقوقدانان انگلیسی معاملات نامعقول را نیز مورد بررسی قرار می دهیم.

گفتار اول: معاملات جذاب^۱

یکی از موارد معاملات نامعقول، معاملات جذاب است. معامله جذاب معامله ای خاص است که در آن به علت وجود اوضاع و احوال خاص، طرف قویتر بر روی طرف ضعیف تر کنترل و سلطه دارد. نمونه چنین معاملاتی، معاملات وراثت منتظر است. انصاف به وراثت منتظر یعنی اشخاصی که منتظر ارث بردن مالی هستند که در صورت مرگ شخصی این امر محقق خواهد شد (ارث بردن)، جبران خسارت اعطا می نماید. (Beatson. J, op.cit, p 287.)

معامله جذاب، معامله ای است که در آن جنسی معمولاً به قیمت ارزان به کسی فروخته می شود و در حالت عادی فروختن جنس به قیمت ارزان موجب ابطال معامله نیست و طرف قرارداد خود باید منافع خویش را تأمین نماید ولی اگر یک طرف معامله وراثت منتظر باشد، فرض می شود که از فرد مزبور امتیاز ناروا اخذ شده است. لذا شخصی که امتیازی را بدست آورده، بایستی اثبات نماید که معامله منصفانه بوده است

1.Catching Bargains.

والا معامله ابطال خواهد شد.

گفتار دوم: معامله با اشخاص بی سواد و فقیر:

انصاف معمولاً از شخصی که اعمال ابلهانه انجام می‌دهد، حمایت نمی‌نماید ولی انصاف در مواردی که اشخاص فقیر و جاهل (بی سواد) به علت فقدان مشاوره مستقل فریب خورده‌اند، حمایت می‌نماید. معاملات اشخاص فقیر و بی سواد زمانی قابل حمایت است که متضمن ضرری بوده و طرف مقابل منفی به ناروا کسب نموده باشد همانند مورد اول در این موارد شخص منتفع بایستی اثبات نماید که معامله منصفانه بوده است والا معامله ابطال خواهد شد. (Beatson. J , op.cit , pp 287 , 288.)

بنابراین همانند معاملات جذاب در معاملات اشخاص بی سواد و فقیر نیز برای اینکه جبران خسارت توسط دادگاه انصاف اعطا شود، شرایطی لازم است که این شرایط عبارتند از اولاً: از اشخاص فقیر و بی سواد امتیاز نا عادلانه و غیر منصفانه اخذ شده است.

ثانیاً: عوض معامله کافی نیست.

ثالثاً: فقدان مشاوره حقوقی مستقل.

با اثبات موارد فوق توسط شخص بی سواد و فقیر، شخص منتفع بایستی اثبات نماید که معامله منصفانه و عادلانه و معقولانه بوده است والا ابطال خواهد گردید.

گفتار سوم: نابرابری قدرت معامله‌یی:

تعدادی از بیانات قضایی حاکی از آن است که اگر شخصی از طرف دیگری امتیاز نا عادلانه کسب نماید، آن قرارداد ممکن است به علت وجود نابرابری قدرت معامله‌یی بین طرفین ابطال شود. (Treitel. G.H , op.cit. p 382.)

البته دیدگاه غالب در حقوق انگلیس این است که جبران خسارت بر مبنای نابرابری قدرت معامله‌یی به طور کلی و عمومی در دسترس نیست. (Birks. Peter , op.cit, p 79.)

اصل نابرابری قدرت معامله‌یی طرفین اولین بار بوسیله لرد دنینگ در پرونده

Bundy علیه Loyds Bank Ltd بیان شده است. او به تعدادی از قواعد (قبلاً در این مورد بحث شد) که بر مبنای آن قانون جبران خسارت علیه قراردادهای ناعادلانه می‌دهد، اشاره کرده و از آنها قاعدی کلی استخراج می‌کند که «..... حقوق انگلیس جبران خسارت می‌دهد به هر شخصی که بدون مشاوره مستقل، بر مبنای شرایطی که خیلی ناعادلانه هستند، قرار دادی منعقد کرده یا اموال را در برابر عوضی که به‌طور آشکار نابرابر است منتقل می‌کنند، زمانی که قدرت معامله‌ی‌اش شدیداً به دلیل احتیاجات یا امیالش یا به وسیله جهل یا ناتوانی‌اش به علاوه اعمال نفوذ ناروا و یا فشار ناروایی که بر او بوسیله دیگری یا برای منفعت دیگری وارد شده است، آسیب دیده است» استخراج می‌کند. (Treitel. G.H , op.cit. p 38 , 384.)

لرد دنینگ معتقد است که اصل نابرابری به اشخاص جبران خسارت (حق ابطال قرارداد) طبق شرایط زیر اعطا می‌نماید.

اولاً: شرایط معامله ناعادلانه و غیر منصفانه است یا مالی به قیمت ارزان فروخته شده است.

ثانیاً: معامله بدون کسب مشاوره مستقل منعقد شده است.

بنابراین اگر یکی از این شروط مفقود باشد، اصل مزبور طبق عقیده لرد دنینگ قابل اعمال نیست ولی این اصل توسط دادگاه‌ها پذیرفته نشده است و دادگاه‌های انگلیس معتقدند که نیازی به این اصل برای اعطای جبران خسارت نیست چون تأسیس‌های دیگر مانند اکراه اقتصادی و اعمال نفوذ ناروا و غیره این جبران خسارت را اعطا می‌نمایند.

مبحث چهارم: اثراعمال نفوذ ناروا بر معاملات و موانع آن در حقوق انگلستان

در این مبحث که شامل سه گفتار مجزا می‌باشد، اثراعمال نفوذ ناروا بر معامله درگفتار اول، باراثبات دعوی درگفتار دوم، موانع جبران خسارت طی چهاربند درگفتار سوم مورد بررسی قرار گرفته است.

گفتار اول: اثر اعمال نفوذ ناروا بر معاملات

در خصوص اثر اعمال نفوذ ناروا بر معاملات در حقوق انگلستان بایستی گفت: اجماع آرای دادگاه‌ها و نظریات حقوقدانان انگلیسی بر آن است که معامله قابل ابطال است نه باطل.

بنابراین اثر اعمال نفوذ ناروا برقرار داد این است که به جای «باطل نمودن»^۱ قرارداد، آنرا «قابل ابطال»^۲ می‌سازد. در نتیجه زیان دیده بایستی اقداماتی را برای ابطال قرار داد بوسیله فسخ آن انجام دهد. (Richards. Paul H, op.cit. p 235. Treitel. G.H. op.cit. p 384. Furmston. M.P. op.cit.p 320 , Guest. A.G., op.cit, p 178, Beatson. J, op.cit, P 284 , Keenan. Denis, op.cit, P132, Amblin. C.H, Wright F.B, Introduction To Commercial Law, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 1982, p. 77. به عبارت دیگر جایی که اعمال نفوذ ناروای واقعی اثبات می‌شود یا جایی که اعمال نفوذ فرض می‌شود و اعمال نفوذ ناروا نمی‌تواند بوسیله طرف قرارداد (خواننده) رد شود، معامله قابل ابطال است. (Willmott. Lindy, op.cit, p 523.)

در واقع جبران خسارتی که انصاف به معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا اعطا می‌نماید، قابل ابطال بودن معامله است. بر این اساس شخص خواهان (زیان دیده) می‌تواند معامله مزبور را فسخ نماید. ملاحظه می‌شود اثر اعمال نفوذ ناروا بر معاملات در حقوق انگلستان مانند اثر اکراه بر معامله در حقوق انگلستان می‌باشد و هیچ فرقی در این خصوص با همدیگر ندارند. در حالی که اثر معامله اکراهی در حقوق ایران عدم نفوذ است نه قابل ابطال بودن معامله.

گفتار دوم: بار اثبات دعوا

جایی که روابط خاص (مانند رابطه والدین و فرزندان) و روابط مبتنی بر اعتماد واقعی

1.Void.
2.Voidable.

(مانند روابط زن و شوهر) ادعا می‌شود. بار اثبات اینکه آن رابطه وجود دارد بر عهده طرفی است که ابطال قرار داد را درخواست می‌کند. (شخص زیان دیده) به محض اینکه این بار دلیل توسط طرف انجام شد، بر عهده طرف ذی‌نفع قرار داد است که فرض اعمال نفوذ ناروا را رد نماید. (Treitel. G.H , op.cit, p 380.)

در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص) مانند رابطه بین والدین و فرزند و وکیل و موکل فرض اعمال نفوذ ناروا از صرف وجود روابط مزبور استنباط می‌شود و نیازی نیست که زیان دیده اثبات نماید که در واقع به طرف دیگر اعتماد کرده است و تنها کاری که خواهان بایستی انجام دهد، این است که این روابط را اثبات نماید و با اثبات این روابط اعمال نفوذ ناروا فرض می‌شود مگر اینکه خواننده فرض مزبور را رد نماید.

در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی)، فرض اعمال نفوذ ناروا از این ایجاد می‌شود که خواهان (زیان دیده) اثبات می‌نماید که در واقع به شخص متخلف اعتماد کرده است. پس از اثبات اعمال نفوذ ناروا، بار اثبات به خواننده منتقل می‌شود که او نیز بایستی فرض اعمال نفوذ ناروا را رد نماید. والا معامله به درخواست خواهان ابطال خواهد شد.

در اعمال نفوذ ناروای واقعی از آنجا که روابط امانی بین طرفین وجود ندارد؛ لذا زیان دیده (خواهان) بایستی اثبات نماید که خواننده اعمال نفوذ ناروا را بر روی وی برای انعقاد معامله معین، اعمال نموده است و پس از اثبات اعمال نفوذ ناروا توسط خواهان، معامله قابل ابطال است مگر اینکه طرف مقابل اثبات نماید، اعمال نفوذ ناروا همانند اکراه علت قرار داد نبوده است.

گفتار سوم: موانع جبران خسارت:

جبران خسارت برای اعمال نفوذ ناروا به دلایل مشابهی که طبق آنها حق فسخ برای تدلیس ممنوع می‌شود، ممنوع می‌گردد که در این موارد معامله مزبور نمی‌تواند توسط زیان دیده فسخ گردد. این موارد عبارتند از ۱ - عدم امکان استرداد ۲ - تأیید معامله ۳ - تأخیر ۴ - حقوق شخص ثالث که ذیلاً هر یک را به تفصیل مورد بررسی قرار

خواهیم داد.

بند اول- عدم امکان استرداد: برای اینکه معامله بتواند فسخ شود بایستی طرفین به وضعیت اولیه و ابتدایی خود برگردانده شوند و هر طرفی باید آنچه را که دریافت داشته، مسترد نماید. (Beatson. J, op.cit, p 284.)

در پرونده‌های اعمال نفوذ ناروا طرفی که خواهان ابطال قرار داد است، باید منافعی که او بر اساس قرارداد بدست آورده، استرداد کند و به او ممکن است اجازه داده شود علی‌رغم این موضوع که او نمی‌تواند استرداد دقیق انجام دهد، قرار داد را ابطال نماید تا آنجا که قاعده انصاف می‌تواند یک نتیجه‌ای که تقریباً منصفانه است، بدست آورد. این موضوع (ابطال قرارداد علی‌رغم عدم امکان استرداد دقیق) می‌تواند در پرونده *o'sullivan management Agency & music ltd* نشان داده شود (Beatson. J, op.cit, p 284.)

بند دوم - تأیید معامله: یک دعوا برای جبران خسارت بر مبنای اعمال نفوذ ناروا بوسیله تأیید معامله بعد از اینکه اعمال نفوذ یا رابطه منجر به فرض اعمال نفوذ متوقف شد، ممنوع می‌شود. این امر در نظر گرفته شده است که تأیید حتی اگر بدون مشاوره مستقل و با جهل به حق فسخ معامله انجام شود، موثر است. در حالی که امروزه حقوق باید در این موضوع با قاعده‌یی که در پرونده‌های تدلیس و نقض وجود دارد، هماهنگ شود که بر طبق آن قاعده تأیید بر آگاهی شخص زیان‌دیده از حق فسخ، نیاز دارد. (Treitel. G.H , op.cit. p 385.)

به عبارت دیگر قراردادی که به وسیله اعمال نفوذ ناروا منعقد شده نمی‌تواند بعد از تأیید اعم از صریح یا ضمنی فسخ شود، همچنانکه در پرونده *skinner* علیه *All card* دیده شد. (Furmston. MP, op.cit. p 320.)

در حقوق انگلستان اگر معامله توسط زیان دیده تأیید شود، دیگر معامله قابل فسخ نیست البته تأیید صحیح دارای شرایطی است که عبارتند از:

۱- تأیید بایستی پس از زوال اعمال نفوذ ناروا یا رابطه منجر به اعمال نفوذ ناروا

انجام شود والا حق فسخ باقی خواهد بود.

۲- تأیید بایستی مبتنی بر آگاهی شخصی زیان‌دیده از حق انصافی خود (حق فسخ) باشد یعنی خواهان مطلع باشد که حق فسخ قرار داد را دارد والا در صورتی که آگاهی از حق فسخ خود نداشته باشد، تأیید مزبور صحیح نخواهد بود.

۳- تأیید بایستی صریح یا ضمنی باشد تأیید صریح مانند اینکه بگوید. من معامله را تأیید نمودم. تأیید ضمنی آن است که شخص بدون گفتن عبارت «تأیید نمودم» معامله را تأیید می‌نماید که این هم بر دو نوع است. اول: فعلی را انجام می‌دهد که این فعل تأیید ضمنی معامله است مثل اینکه در مال موضوع قرارداد تصرفاتی انجام می‌دهد. دوم: اینکه در ابطال معامله تأخیر می‌نماید که این تأخیر در اعمال حق تأیید ضمنی معامله است که در بند بعدی بتفصیل بررسی خواهد شد.

بند سوم - تأخیر: زیان دیده اعمال نفوذ ناروا باید جبران خسارت (فسخ معامله) را در زمانی معقول بعد از برطرف شدن اعمال نفوذی که بر طبق آن بخشش انجام شده است، درخواست کند. اگر او با اطلاع از حقوقش، از درخواست جبران خسارت کوتاهی کند، فرض می‌شود که معامله را تأیید کرده است. (Treitel. G.H , op.cit.) (p 385.

بند چهارم - حقوق شخص ثالث: از آنجا که معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا قابل ابطال است نه باطل؛ لذا اشخاص ثالثی که منافی در موضوع قرارداد در مقابل عوض و با حسن نیت کسب می‌نمایند، بوسیله شخصی که درخواست فسخ معامله را می‌نماید، نمی‌توانند پس زده شوند. (Betason. J, op.cit, p 286) به عبارت دیگر شخص زیان دیده نمی‌تواند موضوع معامله را از شخص ثالثی که با حسن نیت بوده و معامله معوض انجام داده، استرداد نماید. ولی اگر معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا باطل بود، شخص زیان دیده می‌توانست موضوع معامله را از شخص ثالث استرداد نماید حتی اگر شخص ثالث با حسن نیت بوده و عوضی نیز داده باشد.

بنابراین قراردادی که بین شخص الف و ب بوسیله اعمال نفوذ ناروا توسط شخص الف

منعقد شده، بوسیله فسخ علیه اشخاص ثالثی که حقوقی را در مقابل عوض و بدون آگاهی از واقعیات تملک نموده‌اند، ابطال نمی‌شود. (Keenan Denis, op.cit, p.132.)

قراردادی که در نتیجه اعمال نفوذ ناروای طرف قرارداد منعقد می‌شود نه تنها در قبال شخصی که اعمال نفوذ را اعمال نموده، قابل ابطال است بلکه علیه شخص ثالثی نیز که از اعمال نفوذ ناروا مطلع بوده، قابل ابطال است. پول یا مال نه تنها از شخص اعمال نفوذ کننده قابل استرداد است بلکه از شخص ثالثی که عوضی در مقابل مال نداده است نیز قابل استرداد است هرچند که شخص ثالث از اعمال نفوذ ناروا مطلع نیز نباشد. (Betason. J, op.cit, p 286.)

حسن نیت در حقوق شخص ثالثی که مالی به وی از طریق شخص اعمال نفوذ کننده منتقل می‌شود، نقش اساسی بازی می‌کند. به عبارت دیگر اگر شخص ثالث از اعمال نفوذ ناروا مطلع نباشد، با حسن نیت تلقی شده و معامله علیه وی ابطال نخواهد شد. در حالی که اگر شخص ثالث مطلع از اعمال نفوذ ناروا باشد، با حسن نیت تلقی نشده و معامله حتی علیه وی قابل ابطال خواهد بود. هم چنین معوض بودن معامله شخص ثالث با شخص اعمال نفوذ کننده نیز نقش اساسی در ابطال یا عدم ابطال معامله دارد چون اگر شخص ثالث موضوع معامله را در مقابل عوضی از شخص اعمال نفوذ کننده دریافت داشته باشد و مطلع از اعمال نفوذ ناروا نباشد، معامله در قبال وی قابل ابطال نیست ولی اگر شخص ثالث عوضی نداده باشد معامله حتی اگر ثالث مطلع از اعمال نفوذ نیز نباشد، قابل ابطال است. پس معوض بودن و مطلع نبودن شخص ثالث از معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا دو شرط لازم و ضروری برای عدم ابطال قرارداد در مقابل شخص ثالثی است که حقوقی در موضوع قرارداد کسب نموده است.

فصل دوم: مقایسه اعمال نفوذ ناروا در انگلستان با حقوق ایران

در فصل دوم که شامل دو مبحث مجزای باشد، اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با معاملات اضطراری اکرایی در حقوق ایران در مبحث اول و اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با اکره در حقوق ایران در مبحث دوم مورد بررسی تطبیقی قرار گرفته است.

مبحث اول: مقایسه اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با معاملات اضطراری اکرایی در حقوق ایران:

اثر اکره بر معاملات در حقوق ایران طبق مواد ۱۹۹ و ۲۰۹ ق.م.ع.م عدم نفوذ عقد اکرایی است و اثر اضطرار بر معاملات، صحت معامله می‌باشد.

اکراه مندرج در حقوق مدنی در جامعه امروزی کمتر اتفاق می‌افتد و از سوی دیگر اضطرار نیز هیچ‌گونه نقشی در عدم صحت معامله و خودداری زورگویان ندارد. ولی خیلی از معاملات هستند که تحت تأثیر گونه‌ی فشار منعقد می‌شوند که از یک‌طرف داخل در قلمروی اکره قرار نمی‌گیرند و از سوی دیگر وارد نمودن آنها در قلمرو اضطرار، دست افراد زورگو را بازتر خواهد نمود؛ لذا یا بایستی چاره‌ی اندیشید و این معاملات را با تفسیر موسع داخل در عقود اکرایی نمود یا اینکه قانون مدنی را در خصوص اکره و اضطرار اصلاح کرد، امری که تاکنون اتفاق نیفتاده است. ولی در حقوق انگلستان در جهت جبران خسارت زیان دیدگان دادگاه‌های انصاف تأسیسی بنام اعمال نفوذ ناروا غیر از اکره ایجاد نموده‌اند که مواردی که در قالب اکره قرار نمی‌گیرند با قاعده اعمال نفوذ ناروا به زیان دیده حق فسخ اعطا نمایند که در مباحث قبلی در این خصوص مفصلاً بحث نمودیم.

متأسفانه رویه قضایی کشور ما بر خلاف رویه قضایی انگلستان در خصوص توسعه قلمرو اکره یا مضیق نمودن قلمرو اضطرار قدمی برداشته است و اصولاً ما در خصوص اکره و اضطرار رویه قضایی مناسبی نداریم و قانونگذاران و رویه قضایی ما

بایستی با توجه به تغییر شیوه‌های تهدید در جامعه امروزی، راه حل مناسبی برای آن پیدا نمایند. چون در جامعه امروزی هیچ کس، شخص دیگر را با تهدید به قتل یا ضرب و شتم و افشای سری مجبور به انعقاد قرارداد نمی‌نماید و فشارها اکنون خیلی پیچیده و غیر مستقیم و ماهرانه بکار می‌روند و در نهایت رضایت شخص را از بین برده و فرد اجباراً به منعقد نمودن قرارداد راضی می‌شود.

در این مبحث ما در صددیم که معاملات اضطراری را که از وضعیت مضطر سوء استفاده شده یا ایجاد وضعیت اضطراری توسط طرف دیگر بقصد وادار نمودن وی به انعقاد معامله می‌باشد، مورد بررسی قرار دهیم و این معاملات را در حقیقت اکراهی تلقی نماییم نه اضطراری؛ لذا عنوان این مبحث معاملات اضطراری اکراهی است یعنی معاملات اضطراری که به‌علت بهره برداری نامشروع از وضعیت مضطر بایستی اکراهی تلقی نمود.

گفتار اول: معاملات اضطراری اکراهی در حقوق ایران

همان طور که می‌دانیم اضطرار عیب رضا نبوده و معامله اضطراری نیز صحیح است و مضطر مکره محسوب نمی‌شود (ماده ۲۰۶ ق.م). ولی آیا همیشه این طور است. آیا در حالتی که شخص عمداً حالت اضطرار را به وجود می‌آورد تا فرد را به انجام معامله خاصی اجبار کند و یا شخصی که از اضطرار ایجاد شده سوء استفاده می‌کند، معامله مزبور صحیح است. برای مثال، مسافری که توسط اشخاصی ربوده شده است از رهگذری در خواست کمک می‌کند و به‌ناچار برای راضی نمودن وی مبلغی گزاف را به عنوان پاداش برعهده می‌گیرد، یا حالتی که شخصی دیگری را تهدید به دادن پول نماید تا از این طریق او مجبور شود که خانه‌اش را به او بفروشد و تنها راه رفع تهدید (تهیه پول) فروش خانه می‌باشد و فرد مکره از این مسأله مطلع باشد یا مادری تنها فرزند خود را در خطر مرگ می‌بیند و از تنه‌اجراحی که در دسترس او می‌باشد، درخواست کمک می‌کند ولی پزشک مزبور، با آگاهی از وضع ویژه مادر درمانده مبلغ گزافی دستمزد پیشنهاد می‌کند و مادر به‌ناچار قبول می‌کند... در این سه مثال در ظاهر هیچ نوع تهدیدی برای اجبار شخص به تعهد بکار نرفته است ولی آیا رضای وی به معاملات

مزبور سالم است و عدالت با صحت معاملات مزبور سازگار است.

بنظر برخی از حقوقدانان اگر چه اضطرار را متعامل ایجاد نموده باشد تا متعامل را وادار به انجام آن معامله نماید چنانچه هر گاه کدخدای قریه آب به بستان رعیتی ندهد و درختان میوه نیاورد و در اثر آن صاحب بستان پریشان و درمانده شده و بستان خود را به کدخدای مزبور بفروشد تا زندگی خود را بگذراند معامله مزبور صحیح است هر چند که فرد متعامل اضطرار را ایجاد نموده و از آن سوء استفاده نموده باشد. (دکتر امامی سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۹۴، بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۱۱۷).

ولی یکی از حقوقدانان کشورمان معتقد است که در صورت سوء استفاده از اضطرار اکراه تحقق می پذیرد پس بنظر ایشان بایستی شرایط تحقق اکراه را آسان نمود تا بتوان این گونه موقعیتها را در قالب اکراه قرار داد. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، همان منبع، ج ۱، ص ۵۱۱)

«بنظر می رسد که اگر طرف قرارداد یا شخص خارجی موقعیت مضطر را وسیله وارد ساختن فشار بر او قرار دهد، اکراه تحقق می پذیرد و قرارداد را غیر نافذ می کند. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۵۱۱)

درخصوص سوء استفاده از اضطرار یا اضطرار اکراهی تنها یک ماده در حقوق موضوعه ما وجود دارد که از این ماده می توان در جهت به رسمیت شناختن اضطرار اکراهی و تمایز آن با اضطرار ساده (ماده ۲۰۶ ق.م) و ملحق نمودن آن به اکراه یا نهادی مشابه آن که باعث عدم تنفیذ یا بطلان قرار داد مزبور شود، استفاده فراوان نمود. ماده مزبور ۱۷۹ قانون دریایی ایران می باشد که مقرر می دارد: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود...»

بنظر برخی از حقوقدانان می توان مبنای حکم را در موارد مشابه نیز مورد استفاده قرار داد و به عنوان قاعده بکار برد. و ضمانت اجرای سوء استفاده از اضطرار، چه در مورد تغییر قرارداد و چه درباره ابطال آن بوسیله دادگاه، با قواعد عمومی مدنی تفاوت

دارد و از حقوق فرانسه اقتباس شده است. و این ماده نشان می‌دهد که قانونگذار ما به مرز قاطع و سنتی اکراه و اضطرار پای بند نیست و حداقل سوء استفاده از اضطرار را در نفوذ عقد موثر می‌بیند؛ گامی که منطق حقوق را به سوی «عدالت» می‌برد و بر دامنه اکراه می‌افزاید. (همان منبع، ج ۱، ص ۵۱۲).

هرچند ماده ۱۷۹ فقط مربوط به قرارداد کمک و نجات دریایی با شرایط بالا می‌باشد ولی از ملاک این ماده می‌توان در سایر قراردادهایی که نمی‌توان در قلمرو اکراه قرارداد استفاده نمود و در صورت ناعادلانه بودن آن بوسیله دادگاه آن را تعدیل و باطل نمود. غیر عادلانه بودن قرارداد در تحقق اکراه نقشی ندارد بلکه آنچه مسلم است معیوب شدن رضا است. درحالی‌که در تحقق ضمانت اجرای ماده ۱۷۹ ناعادلانه بودن شرط تحقق تغییر یا بطلان قرارداد کمک و نجات دریایی می‌باشد.

پس از ذکر موارد فوق باید گفت که درحقوق موضوعه راه حل مشخصی برای جلوگیری از سوء استفاده از اضطرار یا اضطرار اکراهی پیش بینی نشده است ولی حقوقدانها با الهام از قواعد حقوقی و مبانی فقهی راه حلهایی در این زمینه ارائه نموده‌اند که برخی نادرست و برخی صحیح بوده و برخی در بعضی از موارد صحیح و در بعضی از موارد نادرست می‌باشند که به علت جلوگیری از اطاله کلام فقط به ذکر عنوان آنها بسنده می‌شود.

- ۱- استناد به خیار غبن
- ۲- توسل به قاعده رفع
- ۳- دلیل لاضرر
- ۴- قاعده نفی عسر و حرج
- ۵- استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه
- ۶- استناد به ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران
- ۷- اصول قراردادهای تجاری بین المللی
- ۸- تسهیل شرایط تحقق اکراه

پس با ملاحظه مطالب فوق می‌توان گفت که معامله اکراهی در حقوق ایران غیر نافذ است و معامله اضطراری نیز طبق ماده ۲۰۶ ق.م.صحيح است ولی اگر شخصی از اضطرار عارض شده بر مضطر سوء استفاده نماید یا اضطرار را عمداً ایجاد نموده باشد تا از این موقعیت سوء استفاده نماید، این اضطرار اکراهی می‌باشد که اگر در قالب ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران قرار گیرد تکلیف مسأله معلوم است و به درخواست طرف زیان دیده دادگاه قرارداد را باطل یا تغییر (تعدیل) خواهد نمود ولی اگر مشمول ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران نباشد راه حلهای متعددی جهت جبران خسارت شخص در نظر گرفته شده است که فوقاً عنوان گردید. مهمترین آنها که در حقوق موضوعه نیز مستند قانونی دارند ۱- تسهیل شرایط اکراه می‌باشد. لذا ماده ۲۰۶ ق.م. که معامله اضطراری را صحيح می‌داند شامل معامله اضطراری اکراهی نبوده و معامله مزبور اکراهی بوده و مشمول ماده ۱۹۹ و ۲۰۹ ق.م. می‌باشد ۲- استناد به خیار غبن (مواد ۴۱۶ به بعد قانون مدنی) ۳- استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه (مواد ۹۷۵ و ۱۰ ق.م.) که از میان سه راه حل فوق راه حل اول جامع و مانع بوده و با اصول حقوقی ما سازگارتر می‌باشد و با قبول این راه حل دیگر نیازی به اصلاح مقررات اکراه و اضطرار احساس نمی‌شود.

مبحث دوم: مقایسه اعمال نفوذ ناروا در انگلستان با اکراه در حقوق ایران

گفتار اول: مقایسه اعمال نفوذ ناروای واقعی با اکراه در حقوق ایران:

در زمانهای قدیم که یک نزدیکی (اختلاط) مداوم ما بین اعمال نفوذ ناروای واقعی با اکراه در حقوق انگلستان وجود داشت، به‌عنوان مثال در پرونده Flower V. saddle دیده شد، جایی که تعهد به پرداختن مبلغی پول بوسیله تهدید به تعقیب جزائی بدست آورده شد بود، رأی داده شد که آن تعهد به‌خاطر اعمال نفوذ ناروا باطل باشد، (Richards. Paul H, op.cit. p 213.) می‌توانستیم بگوییم که اعمال نفوذ ناروای واقعی در برخی موارد با اکراه در حقوق ایران یکی است، هم چنان که در پرونده فوق بیان شد. ولی از آنجا که امروزه چنین پرونده‌هایی در حقوق انگلستان در قلمرو اکراه

قرار می‌گیرد؛ لذا نمی‌توان گفت که اعمال نفوذ ناروای واقعی حتی در برخی موارد نیز با اکراه در حقوق ایران یکی است؛ لذا رابطه بین آنها تبیین است.

گفتار دوم: مقایسه اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص) و نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی) با اکراه در حقوق ایران:

در این خصوص بایستی گفت که از آنجا که برای تشکیل اکراه در حقوق ایران انجام تهدید (چه مثبت و چه منفی) ضروری است و از سوی دیگر در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول و دوم - هم چنان که در مباحث قبلی گفتیم - هیچگونه تهدیدی وجود ندارد بلکه فقط سوءاستفاده از رابطه امانی فی مابین است؛ لذا می‌توان گفت که هیچ‌گونه ارتباطی مابین اکراه در حقوق ایران با اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص) و نوع دوم (روابط مبتنی اعتماد واقعی) وجود ندارد.

نتیجه

در حقوق انگلستان اعمال نفوذ ناروا همانند اکراه عیب رضا است و اصل رضایت آزاد را از بین می‌برد. در اعمال نفوذ ناروای واقعی هیچ نوع رابطه خاصی بین طرفین وجود ندارد به طوری که هیچ نوع سوء استفاده از اعتماد خاص وجود ندارد و سوء استفاده در خارج از روابط خاص و امانی است.

در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول، انواع خاصی از روابط به‌طور خودکار مستلزم وجود اعمال نفوذ نارواست مانند رابطه بین وکیل و موکل، والدین و بچه، امین و ذینفع، قیم و مولی‌علیه، روحانی و مرید و پزشک و مریض (اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول). ولی جایی که هیچ نوع رابطه خاصی وجود ندارد، زیان دیده می‌تواند وجود یک رابطه‌یی که در آن او به خطا کار اعتماد کرده است، اثبات نماید (نوع دوم اعمال نفوذ ناروای فرضی). رابطه شوهر و همسر یک مثال خوب از مقوله روابطی است که در چهارچوب این قسمت قرار می‌گیرد

در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول و دوم اگر طرف مقابل اعمال آزادانه اراده

مستقل را اثبات کند، فرض اعمال نفوذ ناروا رد خواهد شد. معمولی‌ترین روش اثبات اعمال آزادانه اراده مستقل آن است که طرف مقابل ثابت کند که زیان دیده مشاوره مستقل پیش از انعقاد معامله دریافت داشته است و مشاوره مزبور باید کامل و مبتنی بر آگاهی از تمام حقایق مربوطه باشد.

اثر اعمال نفوذ ناروا بر قرارداد در حقوق انگلستان این است که به جای بطلان قرارداد، آنرا قابل ابطال می‌سازد، در نتیجه زیان دیده بایستی اقداماتی را برای ابطال قرارداد بوسیله فسخ آن انجام دهد. بنابراین معلوم می‌شود که اثر اعمال نفوذ ناروا بر معامله در حقوق انگلستان مانند اثر اکراه بر معامله در حقوق انگلستان می‌باشد و آن قابل ابطال بودن معامله ناشی از اعمال نفوذ ناروا است در حالی که اعمال نفوذ ناروا در حقوق ایران وجود ندارد و اثر اکراه نیز در حقوق ایران عدم نفوذ است نه قابل ابطال بودن معامله.

هم چنین بایستی گفت که اکراه مندرج در قانون مدنی ایران و انگلستان کمتر اتفاق می‌افتد؛ لذا پیشنهاد می‌شود که بایستی مقررات اکراه اصلاح گردد. این امر در حقوق انگلستان با ایجاد تاسیس اعمال نفوذ ناروا توسط دادگاه‌های انصاف انجام شده است ولی در حقوق ایران این اقدامات انجام نگردیده است و محاکم ما نیز به این علت برخورد مناسبی با زورگویان حرفه‌ای ندارند. چون اکراه مندرج در قانون مدنی سستی بوده و جوابگوی شیوه‌های نوین تهدید که اغلب پیچیده و غیر مستقیم می‌باشند و مشمول اکراه مندرج در قانون مدنی نمی‌باشند، نیست و از سوی دیگر اضطرار نیز موجب عدم نفوذ عقد نیست؛ لذا پیشنهاد می‌شود که مقررات اکراه و اضطرار کشورمان مورد بازنگری و اصلاح قرار گیرد و از تجربیات کشورهای دیگر من جمله حقوق انگلستان استفاده گردد ولی از آنجا که تاکنون این اصلاحات اتفاق نیفتاده، بایستی دایره مفهوم اکراه را با تفاسیر حقوقی گسترش داده و برخی معاملات اضطراری را داخل در قلمروی اکراه نماییم. از این معاملات تحت عنوان معاملات اضطراری اکراهی بحث نموده ایم؛ لذا درحالی که شخص عمداً حالت اضطراری را ایجاد نموده تا از این موقعیت سوءاستفاده نماید یا حالتی که شخص وضعیت اضطراری را عمداً ایجاد نکرده است

ولی از این اضطرار ایجاد شده سوء استفاده نموده، داخل در قلمروی اکراه می باشد. معاملات اضطراری اکراهی در حقوق ایران تشابهاتی با اعمال نفوذ ناروا دارد و آن این است که در هر دو مورد سوء استفاده وجود دارد ولی سوء استفاده در معاملات اضطراری اکراهی، سوء استفاده از وضعیت مضطر است ولی در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول و دوم، سوء استفاده از رابطه امانی فی مابین است و از سوی دیگر هیچ گونه تشابهی مابین اکراه در حقوق ایران با اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان نمی توان یافت و هر دو دارای ماهیتهای متفاوت هستند.

هم چنین برخی از معاملات نا معقول در حقوق انگلستان مانند معامله با اشخاص بی سواد و فقیر و معامله جذاب می توانند تشابهاتی با معاملات اضطراری اکراهی در حقوق ایران داشته باشند.

منابع فارسی

- ۱- امامی سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، جلد ۱، چاپ هشتم، سال ۱۳۷۲،
- ۲- بروجردی عبده محمد، حقوق مدنی، کتابفروشی محمد علی علمی، تهران، ۱۳۲۹ هـ.ش.
- ۳- حیییم سلیمان، فرهنگ انگلیسی، فارسی حیییم، چاپ سوم، فرهنگ معاصر، ۱۳۷۳
- ۴- رمضانی نوری محمود، فرهنگ حقوقی انگلیسی، فارسی مدین، چاپ چهارم، چاپ دژ، ۱۳۸۰
- ۵- رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سید حسین صفائی، دکتر محمد آشوری، دکتر عزت الله عراقی، چاپ دوم، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، سال ۱۳۶۴ هـ.ش.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۳

بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و ... ۱۳۱

۷- گروه مؤلفان، فرهنگ حقوقی انگلیسی، فارسی مجد، چاپ اول، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۸.

منابع انگلیسی

- 1- Amblin. C.H, Wright. F.B, Introducton To Commercial Law Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 1982.
- 2- Beatson. J, Anson's Law Of Contract, 27Th Edition, Oxford University Press, Combridge, 1998.
- 3- Birks. Peter, English Private Law , Volume II, Oxford, 2000.
- 4- Blum, Brian A, Contracts – Examples And Explanation, Second Edition, Aspen Law & Business, London, 2001.
- 5- Elliott Catherine And Quinn Frances, Contract Law, Third Edition, Longman, London, 2001.
- 6- Furnston. M.P, Cheshire, Fifoot And Furnston's Law Of Contract, Twelfth Edition, Butterworth. London, 1991.
- 7- Guest A.G And Others, Chitty On Contracts. Volume I, General Principles, Sweet & Maxwell, London, 1968.
- 8- Hornby AS & Ruse Christina, Oxford Student's Dictionary Of Current English, Second Edition, Oxford University Press, 1988.
- 9- Keenan Denis, Advaced Buisness Law, Eleventh Edition, Longman, London, 2000.
- 10- MARTIN. ELIZABET H, Oxford dictionary of law, Fourth Edition , Oxford University Press, 1997.
- 11- padfield. C.F, Law Made Simple, Seventh Edition, London 1989.
- 12- Richards. Paul H, Law Of Contract, Fourth Edition, Finacial Times, London, 1999.
- 13- Treitel G.H, The Law Of Contract, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1995.
- 14- Willmott, Christensen, Butler, Contract Law, Frist Published Oxford University Press, 2001.

تحلیل حقوقی نفقه‌ی زوجه‌ی دائم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی

محمد هاشم صمدی اهری*

چکیده

نفقه زوجه در ازدواج دائم در حقوق ایران و اسلام بر عهده‌ی شوهر است. در حقوق اسلام که احکام آن الهام بخش در تنظیم اصول و ضوابط بسیاری از موضوعات یا تقریباً بیشتر موضوعات و مسائل قانون مدنی مخصوصاً در باب احکام نکاح است، تامین هزینه‌ی خانواده از جمله کلیه‌ی مخارج شخصی زوجه‌ی دائم بر عهده‌ی شوهر است و زوجه در این زمینه هیچگونه تعهد یا مسئولیتی نخواهد داشت هرچند زوجه از ثروت فراوانی برخوردار باشد.

بنابراین شوهر حق ندارد از تامین هزینه‌های شخصی زن به علت دارا بودن و بی‌نیاز بودن زن خودداری کند. این حکم در حقوق ایران بدون تردید اعمال می‌گردد.

به عبارت دیگر تکلیف شوهر در پرداخت نفقه‌ی زوجه‌ی دائم چه در حقوق اسلام و چه در سیستم حقوقی ایران جزء احکام مسلم و تخلف ناپذیر است و در حقوق اسلام مستندات این حکم آیات قرآن و اخبار و روایات موثق واصله در این زمینه است. بنابراین حکم شارع اسلام که مبنای قواعد قانونی مدنی ایران در باب نفقه است با شرط خلاف آن قابل تغییر نیست و اگر بر زوجه‌ی دائم در هنگام انعقاد عقد ازدواج یا قبل و بعد از ازدواج شرط شود که نفقه و تامین هزینه شخصی زن در صورت ثروتمند و بی‌نیاز بودن از جهت مالی بر عهده خود زوجه باشد چنین شرطی به علت مخالفت با حکم مسلم شرعی و در نتیجه به علت خلاف ضابطه آمده در سیستم حقوقی ایران باطل و بلا اثر خواهد بود و زن به شرط عدم نشوز و انجام وظایف زناشویی بدون عذر موجه استحقاق دریافت نفقه و هزینه زندگی

* مدرس دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

شخصی خود را از شوهر خواهد داشت.

در مقاله ی حاضر و در تحلیل حقوقی ماده ی ۱۱۰۷ قانونی مدنی به بررسی شرایط تعلق نفقه ی زوجه ی دائم ماهیت نفقه ی زوجه و خصوصیات نفقه ی زوجه و مصادیق و میزان نفقه پرداخته شده است و در این بررسی از نظر فقها، اساتید حقوق و نظرات قضایی و نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه ی قضائیه و سایر منابع و مأخذ استفاده شده است.

واژه‌های کلیدی: نفقه، زوجه‌ی دائم، شرایط نفقه، تمکین، طلاق، ماهیت نفقه، زن حامل، ضمانت اجرا.

فرضیه

۱- نفقه‌ی زوجه دائم تکلیف شوهر است ۲- نشوز مانع استحقاق زن نسبت به نفقه است ۳- اثبات زوجیت بر عهده زوجه است ۴- اثبات نشوز مانع نفقه است ۵- عجز شوهر مانع از تکلیف زوج نسبت به نفقه نیست

مقدمه

نفقه‌ی زوج دائم امتیازی مادی و مالی است که به مجرد وقوع نکاح دائم به حکم قانون و شرع به منظور رفع نیاز و احتیاجات زندگی برای زوجه ایجاد می‌شود؛ تکلیفی است بر عهده‌ی شوهر که به شرط تمکین زوجه الزام آور است و معیار تعیین میزان و مقدار نفقه با توجه به احتیاج زن جهت ادامه زندگی، عرف جامعه است و در قانون میزان خاص مشخص نشده است ولی طبق حکم کلی در قانون به عنوان یک تکلیف برای شوهر در نظر گرفته شده است و در برابر تمکین زوجه این تکلیف مستقر خواهد شد و اگر زوجه بدون موانع و عذر قانونی از انجام وظایف زناشویی امتناع کند این تکلیف از عهده شوهر ساقط خواهد شد در صورت امتناع شوهر از انجام این تکلیف قانونی از طریق ضمانت اجرای حقیقی و کیفری زوجه مورد حمایت قرار می‌گیرد و در صورت عجز شوهر از انجام این تعهد و یا امتناع از این تکلیف و عدم امکان الزام شوهر، زوجه حق دارد به دادگاه برای اجبار شوهر به طلاق مراجعه و اقامه دعوی کند و دادگاه تحت عنوان عسر و حرج حکم به طلاق زوجه را صادر خواهد کرد که چنین طلاق‌ی بنا بر قول بسیاری از حقوق دانان طلاق باین است.

تحلیل حقوقی ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی

ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ایران راجع است به مفهوم نفقه و مصادیق آن و هم چنین مربوط است به ارکان و میزان نفقه. ماده ۱۱۰۷ ق.م سابق چنین مقرر داشته بود: «نفقه

عبارتست از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم، در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضای.»

ماده ای که اشاره شد مربوط به نفقه زوجه دائم است که تکلیف قانونی و پرداخت آن به عهده شوهر است.

قانون گذار از نفقه تعریفی به عمل نیاورده است و فقط به نام بردن بعضی از افراد و مصادیق آن پرداخته است شاید قانون گذار به علت بداهت از تعریف نفقه صرف نظر کرده باشد ولی به نظر می رسد شایسته است که از نفقه تعریف قانونی به عمل آید و مصادیق و میزان آن نیز مشخص گردد.

بند یکم - تعریف نفقه^۱:

نفقه در لغت به معنای هزینه و مخارج یا صرف و مصارف و خرج آمده است^۲. از نظر دستوری نفقه اسم است و جمع آن نفقات یا نفاق است و مصدر آن انفاق و از باب افعال است و در زبان عربی به ثلاثی مجرد نیامده و به صیغه ثلاثی مزید فیه آمده است. (انفق ینفق، انفاق)

انفاق به معنی خرج کردن، هزینه کردن، صرف کردن مال در راه تأمین مایحتاج زندگی دیگری است و به معنای کسر و کم شدن مال و پول و از بین رفتن مال نیز استعمال شده است^۳. هم چنین به معنای خرج هر روزه، هزینه و توسعه نیز آمده است^۴.

بند دوم - اصطلاح حقوقی نفقه:

نفقه در اصطلاح حقوقی از معنای لغوی آن چندان دور نیست و آن عبارتست از:

1. PENSION

۲. معین، دکتر محمد، فرهنگ فارسی، کلمه نفقه، دهخدا علی اکبر، لغت نامه، کلمه نفقه .

۳. خدیری لبنانی، سعید، اقرب الموارد، چاپ بیروت، بی تا

۴. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ص ۶۷۳

تحلیل حقوقی نفقه زوجه‌ی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۳۷

«هزینه‌ی ضروری متعارف زندگی افراد واجب‌النفقه است به موجب قانون» و انفاق به معنای دادن و پرداخت کردن مایحتاج ضروری افرادی است که طبق قانون به عهده‌ی دیگری است. این تعریف ریشه در تعریف فقها از نفقه دارد که از قرآن کریم اقتباس گردیده است.^۱

انفاق یکی از تعهدات و الزامات قانونی است که تحت شرایطی به عهده کسی قرار می‌گیرد و متعهد له این تعهد ممکن است زوجه‌ی دائمی یا اقارب نسبی خاص باشند که عبارتند از اقارب نسبی در خط مستقیم صعودی و نزولی یعنی عبارت از پدر و مادر و اجداد و جدات است هر قدر بالا رود و اولاد و اولاد اولاد هر قدر پایین رود که این قرابت و نسبت ناشی از رابطه خونی و توالد و تناسل یکی از دیگری به طور مستقیم یا غیر مستقیم است.

در خصوص نفقه‌ی زوجه‌ی دائمی که به عهده‌ی شوهر است موضوعاتی اساسی قابل بحث می‌باشد که به آنها می‌پردازیم:

۱. شرایط تعلق نفقه به زوجه‌ی دائمی

مطابق ماده‌ی ۱۱۰۶ ق.م در عقد دائم نفقه‌ی زوجه به عهده‌ی شوهر است به شرط آن که از شوهر خود تمکین نماید چنانکه ماده‌ی ۱۱۰۸ ق.م مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.»

با این ترتیب تمکین زن شرط استحقاق نفقه است و عدم تمکین زن مانعی برای تحقق نفقه است. در استحقاق و تعلق نفقه‌ی زوجیت یا علقه‌ی زوجیت دائمی سبب تکلیف الزام و التزام شوهر به دادن نفقه است و تمکین شرط تحقق نفقه است و در صورتی که شوهر از انجام تکلیف خودداری کرده و از دادن نفقه استنکاف و زوجه اقدام به اقامه دعوی مبنی بر الزام شوهر به دادن نفقه و یا مطالبه نفقه کند منحصراً باید

۱. آیه ۷ سوره طلاق و آیات ۱۹۶، ۲۱۶ و ۲۶۷ سوره بقره

دلایل زوجیت را به دادگاه ارائه نماید. لازم نیست تمکین را در دادگاه اثبات کند و در واقع تمکین زن مبتنی بر غلبه و ظاهر است و خلاف آن یا نشوز را شوهر باید در دادگاه به اثبات برساند تا دعوی خواهان رد شود و اگر شوهر نیز مدعی پرداخت نفقه باشد باید این ادعا را ثابت کند مگر این که ظاهر زندگی زناشویی و قراین به سود او باشد و اماره پرداخت نفقه حاکم شود.

تمکین به معنای عام عبارت است از زندگی با شوهر و همکاری در تشییع مبنایی خانواده و رفتار توأم با مودت و تمکین خاص به معنای امکان برقراری رابطه جنسی بدون عذر موجه به طور متعارف است مگر در مواردی که زن عذر موجه جهت عدم آن را داشته باشد.

نفقه ی مطلقه ی رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است زیرا مطلقه ی رجعیه در حکم زوجه است مگر آن که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد ولی در عده ی فسخ نکاح یا طلاق اگر باین باشد، زن حق نفقه ندارد مگر این که زن از شوهر خود حامل باشد که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت. طبق ماده ۱۱۰۹ ق.م. زن غیر حامل در عده ی وفات نیز طبق ماده ی ۱۱۱۰ ق.م. حق نفقه ندارد و حال اگر زن شوهر مرده حامل باشد این پرسش مطرح می شود که آیا نفقه به وی تا وضع حمل تعلق می گیرد یا خیر در پاسخ به این پرسش حقوقدانان پاسخ متفاوتی را ارائه داده اند.

عده ای با توجه به اطلاق ماده ی ۱۱۱۰ ق.م. و قول مشهور فقهاء امامیه معتقدند تفاوتی بین زن حامل و غیر حامل نیست.^۱ عده ای دیگر بر این عقیده اند که زن حامل شوهر مرده باید تا وضع حمل از ما ترک زوج نفقه وی پرداخت شود.^۲

ولی با توجه به فلسفه تعلق نفقه به زن حامل در عده طلاق باین و فسخ نکاح، عدم استحقاق نفقه در ایام عده وفات دور از عدالت بوده و محرومیت وی از دریافت نفقه ایام عده وفات قابل توجیه منطقی نبوده به همین دلیل برخی از حقوق دانان با استفاده

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده نشر یلدا، سال ۱۳۷۵، ج ۱، ش ۱۱۵

۲. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، چاپ اسلامی، ج ۴، ص ۴۴۱

تحلیل حقوقی نفقه زوجهی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۳۹

از ملاک ماده ی ۱۱۰۹ ق.م، حکم ماده ی ۱۱۱۰ ق.م را ناظر به زن غیر آبستن می دانستند و معتقد بودند که زن آبستن در ایام عده ی وفات استحقاق دریافت نفقه از ماترک شوهر متوفای خود را دارد.^۱

به منظور حمایت از زن حامل و برخوردارى او از نفقه در ایام عده وفات طرحی به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردید ولی طرح بدوی پذیرفته نشد و ماده ی ۱۱۱۰ ق.م اصلاحی به شرح زیر به تصویب مجلس رسید.

(در ایام عده ی وفات مخارج زندگی زوجه عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه به عهده ی آنان است-در صورت عدم پرداخت - تامین می گردد).

در خصوص ماده ی اصلاحی مذکور نکات زیر قابل ذکر است:

۱- ماده ی ۱۱۱۰ ق.م اصلاحی مبهم است و باعث سردرگمی و اختلاف نظر قضات و حقوقدانان شده است.

۲- از ظاهر ماده ی اصلاحی چنین برمی آید که زن حامل در عده ی وفات می تواند به اقارب نسبی خود که طبق قواعد عمومی پرداخت نفقه به عهده آنان است رجوع و در صورت اقتضاء از اموال آنان نفقه خود را وصول کند.

۳- صرف نظر از ابهام موجود در ماده ی اصلاحی این ماده با توجه به ظاهر آن قاعده ی جدیدی را ایجاد ننمود زیرا مقررات نفقه ی اقارب و تکلیف انفاق بین اقارب در خط مستقیم قبلاً در مواد ۱۱۹۶ به بعد قانون مدنی پیش بینی شده و از این لحاظ تفاوتی بین زن حامل در عده وفات و غیر آن نیست. بنابراین ثمره ای بر اصلاح ماده ۱۱۱۰ ق.م مترتب نمی گردد.^۲

با توجه به مراتب مذکور اصولاً نفقه ی زوجه دائمی در حال ادامه ی زوجیت به

۱. همان

۲. صفایی، دکتر سید حسین؛ امامی، دکتر اسدالله؛ حقوق خانواده، ج ۱، چاپ دانشگاه تهران، چاپ دهم، سال ۱۳۸۵، ش ۱۳۷ مکرر، ص ۳۲۰ و ۳۲۱

شرط تمکین قانوناً به عهده ی شوهر است و در موارد استثنایی زیر با این که نفقه به زوجه دائمی تعلق می گیرد، تمکین شرط استحقاق نیست که به طور خلاصه موارد استثنایی آن به این شرح است.

۱. استفاده ی زوجه از حق حبس ماده ی ۱۰۸۵ ق.م.مقرر می دارد: (زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.)

۲. ترک منزل شوهر یعنی ترک خانواده و زندگی مشترک در صورت وجود خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن در بودن در منزل شوهر. ماده ی ۱۱۱۵ ق.م. در این زمینه چنین مقرر داشته است:

(اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می تواند مسکن علی حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ی ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است، نفقه ی او بر عهده ی شوهر خواهد بود.)

۳- بعضی از حقوقدانان بر این عقیده اند اگر محلی که شوهر برگزیده است با شوون زن و زندگی خانوادگی متناسب نباشد و عرف آن را مناسب نداند مانند سکونت مشترک با زن دیگر شوهر، زن می تواند از رفتن به آن خانه امتناع کند و در این صورت نیز زن ناشزه نیست ولو از تمکین امتناع نماید.^۱

۴. زن مطلقه به طلاق رجعی در زمان عده ی طلاق، مستحق نفقه است و تمکین شرط استحقاق نفقه ایشان نیست.

۵. مطلقه به طلاق باین در صورتی که زن آبستن باشد، تا وضع حمل استحقاق نفقه خواهد داشت.

۶. در صورت غایب مفقودالاثربودن شوهر، زن می تواند برای مطالبه نفقه خود به

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۱۲۷

تحلیل حقوقی نفقه زوجه‌ی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۴۱

دادگاه خانواده مراجعه نماید که در این صورت تمکین موضوعاً منتفی است و نشوز مفهومی نخواهد داشت. «ماده ی ۱۲۰۵ اصلاحی، مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴»

بند سوم - ماهیت نفقه ی زوجه:

مقصود از ماهیت یا طبیعت حق زن بر نفقه چیست ؟

منظور این است که روشن شود حق زن بر نفقه چه نوع حقی است ؟ در این مقال لازم است یاد آوری شود حق زن در زمینه ی نفقه ی حقی مادی و مالی است و شوهر در مقابل زوجه ی دائمی خود به حکم قانون متعهد است آن چه را که لازمه زندگی زوجه است از جهت مالی تامین کند ولی بحث دیگری نیز در این زمینه مطرح است که روشن کنیم آنچه به عنوان نفقه شوهر در اختیار زوجه خود قرار می دهد و در واقع به تعهد قانونی خود عمل می کند، زن نسبت به این افراد و مصادیق نفقه چه حقی پیدا می کند.

به عبارت دیگر آیا زن حق مالکیت نسبت به مصادیق نفقه- که در اختیار وی قرار گرفته است- دارد و یا این که منحصراً اجازه ی انتفاع از آن اموال دارد و زن می تواند از اموال و اشیایی که به عنوان نفقه از طرف شوهر برای زوجه در نظر گرفته شده است فقط بهره ببرد و نسبت به آن حق دیگری ندارد و حق مالکیت برای وی ایجاد نخواهد شد.

روشن شدن ماهیت حق زن بر نفقه در آثار حقوقی آن تاثیر خواهد داشت یعنی اگر زن مالک چیزی باشد که به عنوان نفقه دریافت کرده است می تواند در آن حق تصرفات مالکانه داشته باشد و هرگونه تصرفی که مایل باشد در ملک خود بنماید به طور مثال آن را بفروشد یا به دیگری هدیه کند ولی اگر اذن در انتفاع به او داده شده باشد بدون اجازه ی شوهر- که مالک مال است- حق این گونه تصرفات را نخواهد داشت.

در قانون مدنی ایران حکم صریحی در پاسخ به این مساله نمی توان یافت. بنابراین برای یافتن پاسخ و تشخیص طبیعت حق زن بر نفقه باید به اراده ی شوهر یا حکم قانون گذار یا عرف یا عادت در مقابل تفسیر و توصیف رابطه مزبور متوسل شد. می توان گفت قانون گذار عرف جامعه رادر نظر داشته و آن را به صورت حکم یا قاعده

حقوقی به شوهر تحمیل کرده است و چون حق نفقه یا حکم نفقه به عنوان یک تکلیف اجتماعی از حقوق اسلام برگرفته شده و در اسلام نیز می توان گفت عرف و عادت مردم مورد توجه قرار گرفته است. به عبارتی دیگر این حکم یک حکم امضایی بوده است.

بنابراین در این زمینه با کمک عرف و آداب و رسوم جامعه می توان به این نتیجه و نظریه رسید که بین اموال و اشیایی که به عنوان نفقه در اختیار زوجه قرار داده می شود تفاوت وجود دارد. در واقع طبیعت این اشیاء نیز برای رسیدن به نظر منطقی به ما کمک خواهد کرد و باید بین اشیاء و اموال مصرف شدنی که با انتفاع از آنها عین مال و شیء از بین می رود و اموال دیگر فرق گذاشت که می توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد:

دسته ی اول: اموال مصرف شدنی، مانند خوردنی ها، و آشامیدنی ها، عطر و صابون، لوازم آرایشی و امثال آن است که با توجه به عرف و عادت و با توجه به اراده ی شوهر و نظر حقوقدانان و فقهای امامیه می توان زن را مالک این گونه اشیاء تلقی کرد و چنان چه زن صرفه جویی کند و قسمتی از آن را نگاه داشته باشد، به شرط این که از صرفه جویی لطمه ای به حیات و سلامت زوجه و زندگی مشترک زناشویی وارد نگردد، زوجه می تواند هر گونه تصرفی نظیر هبه به دیگران و امثال آن بنماید.

دسته ی دوم و سوم اموالی هستند که با انتفاع از آن ها عین همراه با مصرف از بین نمی رود هرچند با توجه به نوع این اموال کم و بیش مستهلک می گردند مانند مسکن، اثاث البیت نظیر فرش، یخچال، ظروف مختلف و لباس و کفش و امثال آن، حکم واحد ندارند و عرف نیز آنها را یکسان نمی داند به طور مثال مسکن و اثاث البیت با کفش و لباس تفاوت دارند به این معنی که منزل و وسایل آن مثل فرش و مبل و ماشین لباس شویی یا ظرف شویی و اجاق گاز که شوهر در اختیار زوجه قرار می دهد طبق عرف و اراده شوهر زن فقط اذن در انتفاع از آنها را دارد و زن مالک آنها نیست. و البته مقصود در اصطلاح فقها، امتناع از این وسایل است نه تملیک آن به زن. بنابراین زن حق فروش یا هبه آنها را به دیگران ندارد و نمی تواند از نظر حقوقی و قانونی شوهر را از فروش یا انتقال و تغییر و تبدیل آنها منع کند.

دسته ی سوم:لباس و کفش و امثال آن که در بین اشیاءنوع اول و نوع دوم قرار دارد و در زمینه ماهیت این گونه اشیاء بین حقوقدانان و فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی عقیده دارند شوهر این گونه اموال را برای انتفاع در اختیار زن می گذارد و زن مالک آنها نمی شود. زیرا شوهر قصد تملیک آنها را به زن نداشته است و در حالت تردید اصل عدم تملک زن نسبت به آنها است و با اذن در انتفاع، نیاز زن رفع خواهد شد. البته در وضع کنونی و در حال حاضر با توجه به عرف و عادت و آداب و رسوم جامعه ی ایرانی به نظر می رسد در اختیار قرار گرفتن این گونه اموال به ظاهر تملیک آنها به زوجه است و اراده ی باطنی شوهر بر حسب متعارف این است که شوهر می خواهد این اشیاء را- ولو بسیار گران قیمت باشد مثل پالتو از پوست حیوانات وحشی نظیر پوست خز و غیره- به زوجه ی خود تملیک کند نه آن که قصد باطنی وی این باشد که مالکیت آنها را برای خود حفظ کند و منحصرأ اذن انتفاع را به زن خود بدهد. مگر این که شوهر صریحاً، قصد و اراده خود را بر عدم تملیک اعلام یا قرائنی حاکی از عدم تملیک یا عرف حاکم، و یا تفسیر موضوع حکایت از عدم تملیک داشته باشد. لازم است توضیح داده شود که با فرض تملیک لباس و کفش به زن مالکیت مشارالیها نسبت به اینگونه اشیاء خصوصیتی دارد و مانند سایر حق مالکیت مطلق نیست به عبارت دیگر زوجه نمی تواند هر نوع تصرفی در مالکیت مزبور بنماید. بلکه باید از این اشیاء به طور متعارف استفاده کند و حق ندارد به طور غیر متعارف و به زیان شوهر در آن تصرف نماید. به طور مثال زن نمی تواند به بهانه ی این که از لباس یا کفشی در یک مهمانی یا در مراسمی استفاده کرده و دیگر نمی تواند از آنها در محافل استفاده کند از شوهر بخواهد لباس یا کفش های دیگری برای او به عنوان نفقه تهیه کند و تکلیف شوهر تلقی گردد یا این که زوجه نمی تواند لباس یا کفش سالم و قابل استفاده را به عنوان مالک به دیگری واگذار یا هبه کند یا آنها را از بین ببرد که در صورت سوء استفاده از این حق طبق

مستنبط از ماده ی ۱۳۲ قانون مدنی و قواعد مسئولیت مدنی مسئولیت خواهد داشت^۱.

بند چهارم - مصادیق نفقه ی زوجه:

طبق ماده ی ۱۱۰۷ ق.م سابق ایران و ماده ی ۹ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۴ مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت در حد متعارف که مناسب با وضعیت زن باشد، و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه ی مرض یا نقصان اعضای از مصادیق نفقه بوده است.

مسئله ی قابل توجه این است که آیا آن چه در مواد مذکور نام برده شده، جنبه ی حصری، یا جنبه تمثیلی دارد؟

با توجه به متن و نحوه ی بیان مواد اشاره شده فقط مسکن، پوشاک، خوراک، و اثاث خانه و خدمتگزار در صورت نیاز جزء نفقه زوجه دائمی بوده و از سایر هزینه ها نظیر هزینه دارو و درمان آرایش و شستشو، سخنی به میان نیامده بود و با این ترتیب ظاهراً موارد اشاره شده جنبه ی حصری داشته است که نظر عده ای از فقهای امامیه نیز همین بوده است. حتی برخی تا این حد پیش رفته اند که هزینه ی زایمان و معالجات ضروری را نیز جزء نفقه ندانسته اند.

ولی قبول این نظر بر خلاف عرف جامعه و مصلحت خانواده می نمود و با ذوق سلیم نیز سازگار نبود. البته بعضی از فقهای امامیه از جمله شیخ محمد حسن نجفی صاحب جواهر الکلام^۲ و شهید ثانی صاحب مسالک الافهام، معتقد بودند که هر چیزی که بر حسب متعارف مورد احتیاج زن باشد جزء نفقه بوده و تهیه ی آن ها تکلیف شوهر است^۳.

صاحب جواهر بعد از انتقاد از کسانی که نفقه را منحصرأً به اشیاء معینی دانسته و

۱. صفائی، دکتر سید حسین؛ امامی، دکتر اسداله، مختصر حقوق خانواده، ش ۱۳۵

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۲ به بعد

۳. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۳۳ به بعد

مخصوصاً هزینه‌ی دارو، عطر، سرمه و استحمام را استثناء کرده اند رجوع به عرف را برای تعیین محتوای نفقه مرجع دانسته است و معتقد است چون مبنای نفقه احتیاج زوجه است محصور دانستن نفقه‌ی زن به موارد خاص و استثناء کردن دارو و سایر اشیاء نظیر عطر و هزینه‌های حمام و جاهت شرعی و عقلی ندارد.

ماده‌ی ۱۱۰۷ ق.م با توجه به ابهامات و اختلاف نظرها در سال ۱۳۸۱ اصلاح شد و نفقه‌ی زوجه را شامل کلیه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه و غذا و اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض دانسته است.

تفاوت ماده‌ی اصلاحی با ماده‌ی قبلی این است که از طرفی با استفاده از کلمات «از قبیل» به حصری بودن موارد اشاره شده در قانون تصریح شده است و از طرفی دیگر «هزینه‌های درمانی و بهداشتی» به نیازهای مذکور در ماده‌ی قبلی افزوده شده است»

با توجه به ماده‌ی ۱۱۰۷ قدیم و ماده‌ی اصلاحی جدید ملاحظه می‌شود که معیار استحقاق زوجه‌ی دائمی در زمینه‌ی نفقه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن است و وضعیت شوهر در این معیار ظاهراً نقشی ندارد.

بنابراین اگرزنی از خانواده‌ی متمکنی باشد شوهر مکلف است نفقه‌ی زوجه خود را با توجه به شأن و وضع اجتماعی و خانوادگی وی تامین کند که تقریباً در این زمینه از قول مشهور فقهای امامیه اقتباس شده است. ولی عده‌ای از فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی و بعضی از فقهای اهل تسنن از جمله پیروان مذهب شافعی و حنبلی بر این عقیده بوده اند که حال و وضعیت شوهر ملاک و معیار برای تعیین میزان نفقه زوجه است.^۱

طبق ماده‌ی ۱۶ قانون احوال شخصیه‌ی مصر مصوب ۱۹۲۹ ق.م نفقه‌ی زوجه بر حسب توانایی شوهر از لحاظ فقر و ملائت تعیین می‌گردد و وضعیت یا شأن زوجه تأثیری ندارد.^۲

۱. مغنیه، محمد جواد، کتاب الزواج و الطلاق، بی تا _ بی جا، ص ۱۲۳

۲. احمد ابراهیم، کتاب نظام النفقات ص ۱۶

از دیدگاه فرق اهل سنت وقتی زنی با مرد فقیر ازدواج کند راضی است که همسر وی در حد توانایی خود اسباب زندگی و نفقه وی را فراهم نماید و به آیه ی (فلینفق ذوسعه من سعه و قاعده عقلی و شرعی عدم تکلیف ما لا یطاق) می توان استناد کرد که با قول مشهور فقهای امامیه مغایرت دارد.

ممکن است در زمینه ی نفقه و مصادیق آن عنوان کرد که آیا جواهرات و زینت آلات که معمولاً زنان از آنها استفاده می کنند یا لوازم آرایش می تواند از مصادیق نفقه باشد؟ به عبارت دیگر آیا زنی می تواند به علت عدم تهیه جواهر و زیور آلات و لوازم آرایش از طرف شوهر علیه شوهر خود اقامه دعوی کند و یا به عنوان ترک انفاق از شوهر خود شکایت کند و به علت عجز شوهر از تهیه جواهرات و لوازم آرایش ازدادگاه تقاضای صدور حکم طلاق نماید.

اگر در عرف لوازم آرایش و جواهرات از جمله نیازهای متعارف زن باشد تردیدی نیست که لوازم آرایش و جواهرات متناسب با وضعیت زن از مصادیق نفقه وی محسوب می شود و شوهر تکلیف فراهم کردن آنها را دارد و اگر عرف چنین اقتضا نکند نمی توان شوهر را مکلف به تهیه آنها کرد. به نظر می رسد که با این که در عرف لوازم آرایش جزء نیازهای زن است و صاحب جواهر نیز آن را از مصادیق نفقه دانسته است. مع ذلک کمتر این موضوع در دادگاه خانواده عنوان و مطرح می شود و اصولاً نیازهای حیاتی زوجه مطرح و موضوع حکم قرار می گیرد و جواهرات حتی لوازم آرایش نیز در عرف کمتر مورد توجه است البته با توجه به نیازهای امروز مصادیق نفقه توسعه یافته و لوازمی همچون یخچال، بخاری، کولر، تلویزیون، ماشین لباسشویی و امثال آنها به نظر می رسد که از مصادیق و موارد نیاز متعارف امروزی باشد.

بند پنجم - ویژگی های نفقه ی زوجه:

نفقه ی زوجه ی دائمی در مقایسه با نفقه ی اقارب و خویشاوندان نسبی واجب النفقه مذکور در مواد ۱۱۹۶ به بعد قانون مدنی دارای ویژگی زیر است:

۱. تقدم نفقه ی زوجه ی دائمی بر نفقه ی اقارب: به این ترتیب که اگر کسی

تحلیل حقوقی نفقه زوجه‌ی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۴۷

توانایی مالی کافی نداشته باشد که هم به زوجه‌ی دائمی و هم به اقارب نسبی واجب النفقه خود نفقه بدهد در این صورت تکلیف شوهر این است که به زوجه‌ی خود نفقه بدهد و با این ترتیب زن در برابر خویشاوندان مقدم خواهد بود. (ماده‌ی ۱۲۰۳ ق.م.)

۲. قابل مطالبه بودن نفقه گذشته زوجه دائمی: طبق ماده‌ی ۱۲۰۶ قانون مدنی زن می‌تواند نفقه‌ی گذشته‌ی خود را به عنوان دین از شوهر خود مطالبه کند. در واقع نفقه‌ی گذشته‌ی زوجه به عنوان طلب و در ذمه‌ی شوهر قرار دارد و هر زمان که زن مطالبه کند یا علیه شوهر اقامه‌ی دعوی نماید حق وی باقی است و حکم الزام شوهر به پرداخت آن صادر خواهد شد. ولی اقارب فقط نسبت به آتیه‌ی حق مطالبه خواهند داشت و نسبت به گذشته، حق مطالبه و اقامه‌ی دعوی ندارند. به عبارت دیگر نفقه‌ی اقارب با گذشت زمان ساقط می‌شود هر چند این حکم قانونی منصفانه و منطقی نمی‌باشد.

۳. طلب زن بابت نفقه طلب ممتاز است. لذا در صورت ورشکسته شدن شوهر یا فوت وی و عدم کفایت اموال او برای پرداخت دیون، طلب زوجه بر سایر بدهی‌ها مقدم خواهد بود اما نفقه‌ی اقارب واجب النفقه به استثنای نفقه‌ی اولاد که طبق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲ قانون حمایت خانواده بر سایر دیون مقدم است جزء طلب ممتاز محسوب نمی‌شود.

۴. نفقه‌ی زوجه‌ی دائمی تکلیف یک جانبه است یعنی در حقوق ایران هیچگاه زوجه تکلیف ندارد که به شوهر خود نفقه پرداخت کند و حال آن که نفقه اقارب تکلیف متقابل است.

۵. نفقه‌ی زوجه‌ی مشروطه به تمکن شوهر و فقر زن نیست. بنابراین زوجه ثروتمند حق مطالبه‌ی نفقه از شوهر را دارد و در صورت امتناع شوهر از دادن نفقه به زوجه و عدم امکان الزام وی و حتی در صورت عجز شوهر از دادن نفقه، قانون به زن حق می‌دهد که از دادگاه درخواست طلاق کند. (ماده‌ی ۱۱۲۹ ق.م. و بند ۲ ماده‌ی ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳) ولی نفقه‌ی اقارب مشروط به تمکن منفق و عدم تمکن و نیاز منفق علیه است. (مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ ق.م.)

البته طبق ماده ۵۸ قانون تصفیه ی امور ورشکستگان مصوب ۱۳۱۸ نفقه ی گذشته ی زوجه ی تاجر ورشکسته در طبقه ی چهارم، پنج طبقه، از بستانکاران عادی وی قرار گرفته است و هم چنین طبق ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی مصوبه ی ۱۳۱۹ نفقه ی زوجه ای که شوهر وی فوت شده باشد در طبقه ی چهارم از بستانکاران قرار دارد. ولی طبق تبصره ی ۲ ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۵۳ نفقه ی زوجه ی دائمی و اولاد بر سایر دیون مقدم شناخته شده است.

حال باید به راه حل تعارض بین مواد مذکور پرداخت و ببینیم که چگونه می توان تعارض آنها را رفع کرد؟

ممکن است گفته شود در تعارض بین عام و خاص حکم عام ناسخ حکم خاص نیست بنابراین در مورد نفقه ی زوجه ی تاجر ورشکسته و زوجه ای که شوهر وی فوت شده و ترکه ی وی مستغرق در دیون است نفقه ی زوجه ی در طبقه ی مقدم طلب کاران قرار دارد ولی قبول این راه حل چندان منطقی به نظر نمی رسد. زیرا حکم عام تبصره ی ۲ ماده ی ۱۲ قانون موخر حمایت از خانواده به منظور حمایت از خانواده و حمایت از زوجه وضع شده و مرتبط با نظم عمومی است یعنی با وجود این قرینه باید معتقد شد که این حکم عام ناسخ احکام خاص مربوط به تاجر ورشکسته و متوفای بدهکار فاقد ترکه مکفی خواهد بود والا حمایت از حقوق زن در قانون اخیر الذکر «تبصره ی ۲ ماده ی ۱۲» مفهوم خود را از دست می دهد.

بنابراین نفقه ی زوجه بر تمامی دیون به استثنای دیون دارای وثیقه مقدم خواهد بود. البته تقدم وثیقه بر آن نیز بدین جهت است که حق ثالث بر مال مورد وثیقه تعلق دارد و با توجه به اینکه حکم قانونی تقدم با حق ثابت تعارض داشته، سابقه ی حق ثالث مقدم بر آن حکم است.

در تعارض نفقه ی زوجه ی دائمی با ماده ی ۱۶۰ قانون مالیات های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و ماده ی ۴۹ قانون تامین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ برای حمایت از خانواده و حمایت از زن می توان گفت تقدم نفقه ی زوجه حکم خاص است و قوانین مالیات

تحلیل حقوقی نفقه زوجه‌ی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۴۹

های مستقیم و تامین اجتماعی عام هستند و در این مقام با توجه به قرینه‌ی صارفه‌ی عام ناسخ خاص نیست و رای وحدت رویه شماره‌ی ۲۱۲ مورخ ۱۳۵۰ دیوان عالی کشور نیز مؤید این نظر است.

بند ششم - نفقه‌ی زوجه پس از انحلال نکاح:

نکاح ممکن است در اثر فسخ یا طلاق یا فوت شوهر یا لعان و کفر منحل گردد که می‌توان از جهت تعلق نفقه به طلاق رجعی و آبستن بودن زوجه تقسیم کرد.

۱- نفقه‌ی مطلقه‌ی رجعیه در مدت عده - طبق بند یک ماده‌ی ۱۱۰۹ ق.م. نفقه‌ی مطلقه‌ی رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد.

دلیل این قاعده در مورد مطلقه‌ی رجعیه این است که پس از طلاق رجعی رابطه زوجیت کاملاً قطع نخواهد شد و در ایام عده که سه‌طهر است، اگر زن با اقتضاء سن عادت نبیند سه ماه است استحقاق نفقه دارد.

یعنی در عده بعضی از آثار نکاح از جمله حق نفقه باقی می‌ماند و زن در حکم زوجه محسوب می‌شود و اگر مطلقه‌ی رجعیه حامل باشد تا زمان وضع حمل با وجود مدت انقضای عده استحقاق دریافت نفقه دارد «مستنبط از قسمت اخیر ماده ۱۱۰۹ ق.م».

۲- نفقه‌ی زن آبستن در عده‌ی فسخ نکاح یا طلاق باین:

طبق بند دوم ماده‌ی ۱۱۰۹ ق.م در فسخ نکاح یا طلاق باین اگر زن آبستن نباشد در مدت عده‌ی نفقه‌ی ای به وی تعلق نمی‌گیرد. ولی اگر زن حامل از شوهر خود باشد تا زمان وضع حمل استحقاق دریافت نفقه خواهد داشت که ممکن است زمان وضع حمل کمتر یا بیشتر از مدت عده باشد. در این حالت با این که رابطه‌ی زوجیت کاملاً مقطوع است زن حامل مستحق نفقه خواهد بود. در توجیه این حکم نظرات مختلفی ابراز شده است. عده‌ای معتقدند نفقه‌ی ای که شوهر در زمان حاملگی به زن پرداخت می‌کند برای تامین معیشت زن و جبران زحمتی است که زن در این دوران متحمل می‌شود و این نفقه همان نفقه‌ی زوجه دائمی است و همان ویژگی را دارد.

گروه دیگر بر این عقیده اند نفقه ای که به زن تعلق می گیرد دستمزدی است که به زن حامله داده می شود و یا انفاق به کودک تلقی می شود. عده ای دیگر معتقدند که قانون گذار برای رعایت حال بچه، زن را مستحق نفقه شناخته است هر چند که رابطه ی نکاح کاملاً منحل شده است.

۳- نفقه ی زن آبستن در عده ی وفات:

ماده ی ۱۱۱۰ قانون مدنی می گوید: در عده ی وفات زن حق نفقه ندارد با توجه به اطلاق این ماده لازم است بررسی شود آیا زن حامله نیز در عده ی وفات حق مطالبه نفقه ی مدت آبستنی را ندارد یا این که حکم ماده ی ۱۱۱۰ مذکور حکمی است مطلق و شامل زن آبستن نیست و مساله ی مطروحه ناظر به زن آبستن در عده ی وفات است که خارج از اطلاق است و چون در تنافی بین اطلاق و تقیید طبق قواعد و اصول فقهی قلمرو اطلاق محدود می گردد لذا ماده مذکور منحصرأً ناظر به نفقه ی زن در عده ی وفات است و حکم زن آبستن- که وضع استثنایی دارد- نمی گردد و اگر گفته شود با توجه به قول مشهور فقهای امامیه که ظاهراً مبنای ماده ی مزبور است زن آبستن در عده ی وفات استحقاق دریافت نفقه نخواهد داشت نظری دور از انصاف است و حال آن که مسبب حاملگی و ولی حمل شوهر بوده و از باب تسبیب باید از ماترک شوهر نفقه ی ایام حاملگی باید پرداخت شود و از این نظر تفاوتی بین زن آبستن در عده ی فسخ نکاح یا طلاق باین و زن آبستن در عده ی وفات وجود ندارد. و وضع هر دو زن از هر جهت یکسان است و در واقع تفاوتی در علت حکم نمی توان یافت. ممکن است عنوان شود زن آبستنی که در عده ی وفات است از شوهر خود ارث می برد و از سهم الارث خود می تواند مخارج خود و هزینه ی حمل را تامین کند اما در پاسخ می توان گفت: ممکن است چیزی زاید بر دیون متوفی یعنی شوهر وی باقی نماند. یا این که آنچه از ترکه متوفی پس از کسر دیون و وصایا به زن می رسد بسیار ناچیز باشد و کفاف مخارج او را ندهد.

از این رو با توجه به عدالت قضایی و انصاف و ملاک ماده ی ۱۱۰۹ ق.م، بعضی از

اساتید حقوق بر این عقیده اند که ماده ی ۱۱۱۰ ناظر به زن غیر آبستن است و زن آبستنی که در عده ی وفات است تا وضع حمل استحقاق نفقه از ترکه ی شوهر را دارد. بحث ها و مناقشات و نظرات ابرازی از طرف حقوقدانان انگیزه ای شد که در ماده ی ۱۱۱۰ ق.م.تجدید نظر گردد، لذا ماده ی مزبور در سال ۱۳۸۱ به این شرح اصلاح شد:

(در ایام عده ی وفات مخارج زندگی زوجة عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه به عهده آنان است، در صورت عدم پرداخت تامین می گردد) ظاهراً هدف اولیه قانون گذار بر آن بوده است که برای زن آبستن در عده ی وفات حق نفقه از ترکه شوهر قائل شود، ولی به علت ایراد شورای نگهبان ماده به شکلی که عنوان شد اصلاح گردید که متأسفانه متضمن حکم جدیدی نیست و از آن چنین برمی آید که نفقه ی زن حامل در عده ی وفات تابع قواعد عمومی نفقه ی اقارب است یعنی زن فقط می تواند از خویشانی که تکلیف اتفاق دارند، مطالبه نفقه کند که این قاعده قبلاً هم وجود داشته است.

بند هفتم: ضمانت اجرای نفقه ی زن:

نفقه ی زن دارای دو نوع ضمانت اجرا است که به آنها می پردازیم:

الف - ضمانت اجرای مدنی:

ضمانت اجرای مدنی نفقه ی زن در مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۱۲ و ۱۱۲۹ و سایر موارد قانون مدنی پیش بینی شده است.

در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه ی زن می تواند به دادگاه رجوع کند، در این صورت دادگاه میزان نفقه را معین و شوهر را به پرداخت آن محکوم خواهد کرد و اگر اجرای حکم دادگاه مبنی بر پرداخت نفقه به هر علت ممکن نباشد اعم از این که شوهر اموال خود را مخفی کند یا این که عاجز از دادن نفقه باشد، زن حق دارد به دادگاه خانواده مراجعه و خواهان جدایی از شوهر و صدور حکم طلاق گردد.

دادگاه هنگامی شوهر را محکوم به پرداخت نفقه خواهد کرد که رابطه ی زوجیت محرز باشد و شوهر نتواند امتناع زن را از ادای وظایف زناشویی را ثابت کند «ماده ۱۱۰۸ ق.م.»

طبق ماده ی ۱۲۰۵ جدید قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ در مورد غیبت یا استنکاف شوهر از پرداخت نفقه چنانچه الزام وی ممکن نباشد دادگاه می تواند با مطالبه زن به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستنکف در اختیار زن یا متکفل مخارج وی اگر زن محجور باشد قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد همسر وی یا دیگری با اجازه دادگاه می تواند نفقه را به عنوان قرض بپردازد و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه کند.

در واقع طبق حکم فوق، چنانچه اموال غایب یا مستنکف در دسترس نباشد، دادگاه می تواند به افراد واجب النفقه اجازه دهد تا به حساب منفق استقراض کنند که در این صورت ممکن است قرض دهنده خود زوجه برای نفقه ی خود یا سایر افراد واجب النفقه با اجازه دادگاه باشد یا این که اقارب و حتی افراد بیگانه نیز می توانند اقدام به قرض دادن کنند، که در این صورت به موجب قانون رابطه حقوقی بین قرض دهنده و مستنکف از پرداخت نفقه به وجود خواهد آمد و مقرض حق دارد آنچه را که به عنوان قرض به افراد واجب النفقه با اجازه دادگاه پرداخته است از متعهد به انفاق مطالبه کند.

در واقع حاکم یعنی قاضی به ولایت و نمایندگی از غایب یا مستنکف اجازه استقراض دارد، که با قول مشهور فقهای امامیه انطباق دارد البته اگر شخصی مستحق نفقه بدون اجازه دادگاه واجب النفقه بخواهد از اموال مکلف به قدر نفقه برداشت کند یا قرض بگیرد ممکن است باعث سوء استفاده شود، لذا قانون گذار ایران دخالت دادگاه را ضروری دانسته است.

البته پیش تر گفته ایم زوجه دائمی اگر ناشزه باشد یعنی وظایف زوجیت را انجام ندهد حق مطالبه ی نفقه را ندارد چنانچه ماده ی ۱۱۰۸ قانون مدنی مقرر می دارد:

(هرگاه زن بدون مانع مشروع ازادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود) و فقهای امامیه نفقه رافرع بر تمکین می دانند

حال این سوال مطرح می شود که آیا زن برای مطالبه ی نفقه از طریق دادگاه باید علاوه بر اثبات زوجیت انجام وظایف زوجیت و تمکین یا عدم نشوز را نیز ثابت نماید،

تحلیل حقوقی نفقه زوجه‌ی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۵۳

یا ارائه مدارک زوجیت دائمی از جانب زوجه به دادگاه کافی است و لازم نیست که عدم نشوز یعنی تمکین را اثبات کند و شوهر در صورت ادعای ناشزه بودن زن باید با ارائه دلیل این ادعا را ثابت کند. در این زمینه نظرات مختلفی از طرف فقهای امامیه ابراز شده است.

عده ای معتقدند که اثبات تمکین بر عهده ی زوجه است و الا دعوی وی رد خواهد شد، عده ای دیگر بر این عقیده اند که نفقه ی زن با وقوع عقد ازدواج واجب می شود و ادله وجوب نفقه ی زوجه ی دائمه مطلق است و قیدی در این ادله وجود ندارد.

البته نشوز یا عدم تمکین مانع وجوب انفاق است و تا زمانی که وجود مانع ثابت نشده باشد وجوب نفقه استمرار پیدا می کند به عبارت دیگر وجود عقد مثبت نفقه و نشوز مسقط آن است و مدعی نشوز باید دلیل اقامه کند.

این نظر کاملاً منطقی است به طوری که در رای شماره ی ۲۶۱۴ مورخ سال ۱۳۱۶ یکی از شعب دیوان عالی کشور نیز این استنباط و نظر را به روشنی می بینیم.

(اثبات زوجیت برای مطالبه نفقه کافی است مگر جهات دیگری موجب عدم استحقاق زوجه باشد.....)

احکام دعاوی نفقه با توجه به اینکه دعاوی مطالبه نفقه از جمله دعاوی مالی است تا سه میلیون ریال قطعی و مازاد بر آن قابل تجدید نظر است.

برای اجرای حکم محکومیت پرداخت نفقه از اموال محکوم علیه برداشت خواهد شد حال اگر زوج کارمند باشد از حقوق وی طبق ماده ۹۶ قانون اجرای احکام اقدام خواهد شد و اگر محکوم علیه دارای فرزند باشد ربع حقوق وی والا ثلث حقوق وی قابل توقیف است (نظریه شماره ی ۳۲۹۵/۷ - ۷۶/۷/۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)

در مطالبه ی نفقه زوجه می تواند از دادگاه قبل از رسیدگی ماهیتی در خواست صدور دستور موقت نماید و دادگاه می تواند دستور موقت بر پرداخت مبلغ معینی نفقه به طور ماهیانه تا رسیدگی و صدور حکم قطعی بر پرداخت صادر کند، البته بدیهی است دستور موقت رای ماهیتی نیست و ممکن است دادگاه پس از رسیدگی نفقه ای را موضوع حکم

قرار دهد که با میزان مندرج در دستور موقت هماهنگی نداشته باشد و یا دعوی زوجه را رد کند (نظریه شماره ی ۷/۶۱۸۸ مورخ ۸۶/۹/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)
دادگاه در تعیین میزان نفقه ی زوجه می تواند با جلب نظر کارشناس راساً اقدام نماید. (نظریه شماره ۷/۴۷۷۸ مورخ ۸۶/۷/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)

۲- ضمانت اجرای کیفری:

ترک انفاق و استنکاف زوج از پرداخت نفقه ی زوجه علاوه بر ضمانت اجرای مدنی یا حقوقی که شرح آن گذشت، ترک انفاق دارای ضمانت اجرای کیفری نیز هست.
به موجب ماده ۶۴۲ی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ برای ترک انفاق مجازات حبس از سه ماه و یک روز تا پنج ماه مقرر گردیده است.
ماده ی ۷۲۷ همین قانون نیز مقرر می دارد:

(جرائم مندرج در ماده ۶۴۲ جز با شکایت شاکی خصوصی تعقیب نمی شود و در صورتی که شاکی خصوصی گذشت نماید، دادگاه می تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد، یا با رعایت موازین شرعی از تعقیب مجرم صرف نظر نماید).
ماده ی ۱۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ می گوید:

(چنانچه دادگاه در جریان رسیدگی به پرونده تشخیص دهد که به لحاظ گذشت شاکی خصوصی در مواردی که دعوی قابل گذشت می باشد یا به جهت دیگر متهم قابل تعقیب نیست یا دادگاه صالح به رسیدگی نمی باشد یا ایراد رد دادرسی شده است، حسب مورد رای به موقوفی تعقیب یا عدم صلاحیت یا رد یا قبول ایراد صادر می نماید).

با توجه به ماده ی ۱۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری با توجه به تاریخ تصویب این قانون نظر به این که حکم مندرج در ماده اخیر خفیف تر از حکم مندرج در ماده ی ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی یا قانون تعزیرات است لذا آن قسمت از این ماده که با گذشت شاکی خصوصی دادگاه می تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد، منسوخ است و نمی توان به اصول عام و خاص متوسل شد و گفت حکم ماده ی ۱۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری که حکمی عام است ناسخ حکم خاص ماده ی ۶۴۲ قانون تعزیرات

و مجازات های بازدارنده نیست، بعلاوه نظریه عام و خاص و اعتبار داشتن حکم خاص ماده اشاره شده به مصلحت خانواده نیست و جنبه حمایتی ندارد، زیرا با گذشت زوجه اگر هم چنان شوهر محکومیت پیدا کند رابطه زوجیت لطمه خواهد دید و به زیان شدید مبانی خانواده خواهد بود و خصوصاً آن که به اصل برائت نزدیک تر است.

مساله قابل بحث این است که آیا شخصی که نفقه ی گذشته ی زن خود را نمی دهد طبق ماده ی ۶۴۲ قابل تعقیب است یا خیر؟

به نظر عده ای از حقوقدانان استتکاف شوهر از دادن نفقه ی گذشته مجوز مجازات کیفری نیست، زیرا اولاً ظاهر ماده حاکی از این است که قانون گذار برای خودداری از نفقه ی آینده زن مجازات کیفری معین کرده است و خودداری از پرداختن نفقه ی گذشته که دینی برعهده ی شوهر است و شاید اطلاق کلمه نفقه بر آن اطلاقی مجازی باشد نه حقیقی، لذا فقط دارای ضمانت اجرای مدنی است.

ثانیاً در امور کیفری در صورت وجود شک باید آن را به نفع متهم تفسیر نمود و مواد کیفری را نباید به زیان او تفسیر موسع کرد بنابراین ماده ی ۶۴۲ مجازات اسلامی را نباید به موردی که مرد از پرداخت نفقه ی گذشته ی زن خودداری می کند گسترش داد.

ثالثاً - تعیین مجازات کیفری برای عدم پرداخت دین مدنی بر خلاف اصل است و از این لحاظ هم نباید قلمرو ماده ی ۶۴۲ را گسترش داد.

رابعاً - اگر شوهر مخارج ضروری زن را در آینده تامین کند، مصلحت خانواده اقتضا می کند که زن نتواند برای طلب خودبابت نفقه ی گذشته رئیس خانواده را تعقیب کیفری کند.

مساله دیگری که در این زمینه قابل طرح است آن است، که اگر زوجه به سن بلوغ رسیده ولی رشدش احراز نشده باشد آیا می تواند شوهر خود را به جرم ترک نفاق شخصاً و بدون دخالت ولی یا قیم تعقیب کند. بعضی گفته اند چون مطالبه ی نفقه از طریق قضایی و تعقیب شوهر به جرم ترک انفاق یک عمل حقوقی مالی و یک نوع تصرف در امور مالی است که به اهلیت نیاز دارد، بنابراین زنی که به مرحله رشد

نرسیده باشد و محجور است نمی تواند شخصاً در این مورد اقدام کند بلکه احتیاج به اجازه ولی یا قیم دارد.

البته ولی یا قیم نیز می تواند به تنهایی به نمایندگی از محجور اقدامات لازم به عمل آورد. به طوری که این استنباط را در رای صادر شده از شعبه ی پنجم دیوان عالی کشور به شماره ی ۳۰۳ مورخ ۸۱/۲/۲۷ نیز ملاحظه می نمایم. ولی به نظر می رسد اعلام جرم ترک انفاق از سوی زوجه تصرف مالی به شمار نمی آید و نیاز به رشد ندارد. زیرا طرح دعوی جهت تعقیب جزایی و مجازات متهم است نه مطالبه نفقه که امر مدنی بوده و مستلزم دادخواست می باشد.

بنابراین زوجه می تواند بدون موافقت ولی یا قیم شوهر را به جرم ترک انفاق مورد تعقیب قرار دهد.^۱

مساله دیگر این است که آیا چنانچه زن از حق حبس مقرر در ماده ی ۱۰۸۵ قانون مدنی استفاده کرده و تمکین نکند، و شوهر از دادن نفقه امتناع کند، شوهر قابل تعقیب کیفری است؟ طبق رای وحدت رویه قضایی شماره ی ۶۳۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور شوهر قابل تعقیب کیفری نیست، چنانچه در بخشی از رای مزبور ملاحظه می نمایم.

مساله قابل طرح این است که اگر زن حامل از شوهر خود تمکین نکند آیا شوهر مکلف به پرداخت نفقه است یا خیر؟

در پاسخ می توان گفت طبق ماده ی ۱۱۰۸ ق.م.ا.گ.ر حمل باعث شود که تمکین خاص ممنوعیت پزشکی داشته باشد، نشوز زن مانع استحقاق زن از دریافت نفقه نیست و از طرفی دیگر طبق ماده ی ۱۱۰۹ ق.م.ا.گ.ر زن حامل باشد و نکاح وی فسخ شده یا زن حامل در عده ی طلاق باین باشد تا وضع حمل استحقاق نفقه دارد، می توان گفت که اگر زن حامل در زمان زوجیت از تمکین امتناع کند با توجه به وحدت ملاک این

۱. صفایی، دکتر سید حسین، امامی، دکتر اسدالله، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ ۱۲، ش ۱۴۵، ص ۱۴۶

تحلیل حقوقی نفقه زوجهی دایم موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ۱۵۷

ماده مستحق نفقه است ولی نظر مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۲۰۵۶ مورخ ۷۰/۳/۲۹ که مربوط به قبل از اصلاح قانون مدنی بود این است که آن مقدار از نفقه که برای حفظ سلامت حمل ضرورت داشته باشد به تشخیص دادگاه قابل مطالبه است.

مساله دیگر این است که اگر شوهر از اجرای دادنامه حقوقی مبنی بر پرداخت نفقه امتناع کند مشمول ماده ۲ قانون اجرای محکومیت مالی مصوب ۱۳۷۷ و تبصره ی ذیل آن است طبق نظریه شماره ی ۷/۳۸۴ مورخ ۷۸/۱/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه شوهر مشمول حکم ماده ۲ قانون اجرای محکومیت مالی مصوب ۱۳۷۷ و تبصره ی ذیل آن خواهد بود.

بند هشتم - پیشنهادات:

با توجه به مجموعه مقررات موجود پیشنهاد می شود در صورت فوت شوهر، زوجه ی حامل تا وضع حمل حق اخذ نفقه از ما ترک متوفی را داشته باشد بنابراین ماده ی ۱۱۱۰ ق. م فعلی نیاز به اصلاح به نفع زوجه حامل که شوهر وی فوت شده است دارد تا استنباط از ظاهر ماده نیز به دست می آید.

منابع

- ۱- احمد، ابراهیم، کتاب نظام النفقات بی تا، بی جا،
- ۲- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، چاپ اسلامی، ج ۴،
- ۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق خانواده،
- ۴- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، سال ۱۲۹۹ ه.ق
- ۵- صفایی، دکتر سید حسین؛ امامی، دکتر اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ دانشگاه تهران، چاپ دهم، سال ۱۳۸۵،
- ۶- صفایی، دکتر سید حسین؛ امامی، دکتر اسدالله؛ حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ هجدهم، سال ۱۳۸۱
- ۷- صفایی، دکتر سید حسین؛ امامی، دکتر اسدالله؛ حقوق خانواده، چاپ دهم، دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۲
- ۸- صفایی، امامی، مختصر خانواده، چاپ دوازدهم، نشر میزان، سال ۱۳۸۶
- ۹- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، نشر یلدا، سال ۱۳۷۵، ج ۱،
- ۱۰- کمانگر، احمد، اصول قضایی، سال ۱۳۴۳
- ۱۱- محقق داماد، دکتر سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، سال ۱۳۴۵،
- ۱۲- مغنیه، محمد جواد، کتاب الزواج و الطلاق، بی تا، بی جا،
- ۱۳- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، سال ۱۹۸۱ م.

قلمرو بی طرفی در دادرسی کیفری

دکتر مرتضی ناجی زواره*

چکیده

بی طرفی در عین حال که از حقوق مشترک دادرسی طرفین است، تکلیف مشترک مقنن در وضع قانون دادرسی و تأمین ساختار بی طرف از یک سو، و قاضی و سایر اشخاص دخیل در پرونده، از سوی دیگر است. در حالی که متهم طرف ثابت دادرسی است، طرف مقابل او حسب مورد، شاکی خصوصی (در صورت ورود خسارت در اثر جرم)، یا جامعه (در صورت ورود صدمه به نظم جامعه و شناسایی اراده اجتماع به عنوان معیار جرم انگاری، که باید چنین باشد)، یا هیئت حاکمه (در صورت ورود لطمه به منافع حاکمیت و امکان تفکیک این منافع از منافع جامعه)، و یا هر سه ی آنهاست که از امکانات زیادی برای برتری جویی بر متهم برخوردارند. در مرحله ی تقنین و تعیین ساختار دادرسی، نقض بی طرفی به نفع حاکمیت و یا جامعه بیشتر محتمل است. التفات خاص یا تعلق خاطر نسبت به موضوع دعوی یا طرفین آن از موجبات نقض بی طرفی است. در دادرسی بی طرفانه، طرفداری از حقیقت یا قانون، نقض بی طرفی نیست.

واژه‌های کلیدی: حق و تکلیف مشترک بی طرفی، طرفین دادرسی، بی طرفی ساختاری (تقنینی) و عملی (قضایی)،

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی

مقدمه

بی طرفی وصف اجزاء و ارکان «سیستم یا نظام دادرسی کیفری» به جز اصحاب دعوی و وکلای آنان است. هر چند وضعیت بی طرفی، در مورد مقام دادستان با توجه به جایگاه و نقش او در نظام قضایی یا اجرایی کشور، ممکن است متفاوت باشد. از یک طرف اصحاب دعوی و وکلای آنها حسب مورد حق یا تکلیف دارند که طرفدارانه در جهت اقتضای حقوق و منافع خود و یا موکل خود اقدام کنند. از طرف دیگر این بی طرفانه بودن دادرسی جزء حقوق مشترک اصحاب دعوی در دادرسی است و آن گونه که در زبان حقوقی و اسناد بین المللی رایج است صرفاً جزء حقوق دفاعی متهم و منحصر به او نیست، همان طور که نباید بی طرفی را صرفاً وصف شخص قاضی و دادگاه دانست. بدین ترتیب برای تحقق دادرسی بی طرفانه، باید از بی طرفی در معنای موسع که وصف مقنن، قاضی و اشخاص دخیل در پرونده است، سخن گفت و بی طرفی در معنای مضیق و رایج را که صرفاً وصف شخصی قاضی است، جزئی از بی طرفی لازم برای تحقق دادرسی بی طرفانه به عنوان مؤلفه ای از دادرسی منصفانه یا عادلانه دانست.

حقوق دادرسی، مجموعه حقوقی است که در سرتاسر فرایند دادرسی کیفری برای اصحاب دعوی پیش بینی شده است. این حقوق ممکن است حسب مورد مختص به متهم باشد مثل حق ادای آخرین دفاع و حق اطلاع از اتهام. و یا ممکن است مختص شاکی خصوصی باشد مثل حق دادخواهی و یا مشترک بین طرفین دعوی باشد مثل حق بی طرفی. یعنی اصحاب دعوی حق دارند که از دادرسی بی طرفانه برخوردار باشند و کلیه کسانی که در پرونده کیفری تصمیم گیرنده بوده یا اقدام یا اظهاری له یا علیه اصحاب دعوی می کنند، نسبت به حفظ بی طرفی و عدم جانبداری از یک طرف یا عدم تضعیف وضعیت قضائی یک طرف نسبت به طرف دیگر مکلف شوند. این افراد باید صرفاً در جهت کشف حقیقت یا اجرای عدالت یا کمک به آن گام بردارند، صرف نظر

از این که این اقدام یا اظهار به نفع ضرر چه کسی باشد. آن چه که «طرفداری» یا نقض بی‌طرفی خوانده می‌شود، التزام به حفظ یا حمایت از منافع یکی از طرفین بدون التزام به قانون و حقیقت است. یعنی اگر التزام به قانون و حقیقت، تبعاً منجر به حفظ و حمایت از حقوق یکی از طرفین گردد این امر را نباید به حساب طرفداری گذاشت. زیرا طرفداری از حقیقت، نقض دادرسی بی‌طرفانه نیست. البته در دادرسی کیفری به لحاظ عدم برابری واقعی اصحاب دعوی (برخلاف دادرسی مدنی که اصحاب دعوی واقعاً با هم برابر هستند)، به این معنا که جایگاه قضایی متهم ضعیف‌تر از جایگاه طرف مقابل او (دادستان به عنوان نماینده جامعه یا حاکمیت حسب مورد) است و دادستان از حمایت حاکمیت برخوردار می‌باشد و این که معمولاً در دعاوی کیفری حاکمیت، بی‌منفعت نیست، از بی‌طرفی به عنوان حق دفاعی متهم سخن می‌رود.

با توجه به تاریخ تلخ گذشته دادرسی کیفری که معمولاً در جهت تضییع حقوق دفاعی متهم و تغليب حقوق جامعه یا هیأت حاکمه بوده و همیشه در مورد حاکمیت یا جامعه این شائبه وجود داشته و دارد که از قدرت خود در جهت تضییع حقوق دفاعی متهم سوء استفاده کنند و در مقابل متهم قدرتی نداشته که به نفع خود استفاده نماید، لذا در زبان حقوقی همیشه بی‌طرفی را جزء حقوق دفاعی متهم دانسته‌اند در حالی که بی‌طرفی به درستی جزء حقوق مشترک طرفین دادرسی است. دیدگاه مقنن یا قاضی، به رسالت و هدف فرایند دادرسی و محاکمه، در تأمین بی‌طرفی نقش مهمی دارد، به طوری که اگر دادرسی و محاکمه «فرصت دو جانبه» و نه تهدید دانسته شود، تا حد زیادی زمینه‌ی حفظ بی‌طرفی فراهم است.

گفتار اول- بی‌طرفی به عنوان حق مشترک طرفین دادرسی

همه‌ی مقررات و اسناد بین‌المللی حقوق بشر تصریح می‌نمایند که هر «فردی» (نه صرفاً هر متهمی) حق برخورداری از محکمه یا مرجع قضایی بی‌طرف را دارد. از جمله مهم‌ترین این اسناد، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸، میثاق بین‌المللی

حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶، اصول اساسی در مورد استقلال قوه ی قضائیه مصوب ۱۹۸۵، اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی مصوب ۲۰۰۲، کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های بنیادین مصوب ۱۹۵۰، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹، منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم مصوب ۱۹۸۱، اصول و رهنمودهایی در مورد دادرسی منصفانه و معاضدت حقوقی در آفریقا مصوب ۲۰۰۳ و اعلامیه بیجینگ (پکن) است..

اشتراک طرفین دعوی در برخورداری از دادرسی بی طرفانه از فطرت مشترک افراد نشات می گیرد.

«حقوق و آزادی ها در واقع مجموعه ها و منظومه هایی را تشکیل می دهند، در مرکز این منظومه ها حقوق و آزادی های اصلی و اساسی قرار دارد که لازم و ملزوم انسانیت انسان به شمار می آیند، به این معنی که نمی شود آنها را از انسان جدا کرده و نفی نمود، مانند حق حیات، برابری در مقابل قانون. منظومه های مهم دیگر که در حول منظومه ی اصلی می چرخند عبارتند از: الف: حقوق متفرع بر امنیت شخصی مانند حق دسترسی به دادگاه، برخورداری از دادرسی بی طرفانه، داشتن حق دفاع، دسترسی داشتن به وکیل، اصل برائت، ب: حقوق مربوط به زندگی سیاسی مانند آزادی اجتماعات، آزادی بیان و مطبوعات، ج: حقوق اقتصادی و اجتماعی مثل حق آزادی انتخاب شغل، آموزش آزاد و مجانی در سطوح ابتدایی.» (موحد، ص ۳۸۳)

بدین ترتیب چون بی طرفی بر مبنای حق برابری و کرامت انسانی است و حق مزبور لازمه ی انسانیت و فطرت انسان است به طوری که نقض آن منجر به نقض اصل برابری و اصل کرامت انسانی می گردد، نمی توان حق برخورداری از دادرسی بی طرفانه را مختص یک فرد خاص دانست بلکه متعلق به همگان است. منتهی باید توجه داشت که حق برخورداری از دادرسی بی طرفانه، ارزش ابزاری و وسیله ای دارد و فاقد ارزش غایی است لذا ذاتاً مطلوب نیست، بر خلاف حق امنیت یا برخورداری از کرامت که ارزش ذاتی و غایی دارد. یعنی ما از حق مراجعه به دادگاه یا حق برخورداری از

دادرسی بی‌طرفانه برای رسیدن به هدف امنیت قضایی استفاده می‌کنیم و اگر هدف امنیت تأمین باشد، نیازی به حقوق ابزاری این هدف نداریم. از آنجایی که شناسایی حق طرفین دادرسی، مقدمتاً مستلزم شناسایی هویت طرفین دادرسی و جایگاه حقوقی آنان است و شناسایی حق دادرسی یک طرف دعوی، فرع بر شناسایی خود طرف است، لذا در این گفتار از طرفین دادرسی کیفری سخن خواهیم گفت.

در دادرسی مدنی که دو طرف دعوی شخصی حقیقی یا حقوقی برابر هستند و اصولاً جامعه و یا هیأت حاکمه نفعی در پیروزی یکی از آنها ندارد، اصل بی‌طرفی در دادرسی، کمتر در معرض تهدید است. هرچند که شاید بتوان در دعاوی حقوقی که یک طرف آن شخص حقوقی حقوق عمومی است، بیم نقض بی‌طرفی به نفع آن را داشت. ولی در دادرسی کیفری چون طرفین دعوی از موقعیت و جایگاه واحدی برخوردار نیستند و مشترکات کمتری دارند، چه بسا شائبه نابرابری ایجاد و یا بی‌طرفی به نفع طرف قوی‌تر نقض شود.

در دادرسی کیفری یکی از طرفین، جامعه است که به لحاظ جنبه عمومی جرم و صدمه‌ای که جرم به نظم عمومی می‌زند در فرایند دادرسی از طریق نماینده خود دخالت دارد و البته در موارد زیادی، هیأت حاکمه عملاً جای آن را در فرایند دادرسی می‌گیرد. طرف دیگر دادرسی، شاکی خصوصی و متضرر از جرم است که تضییع منافع شخصی و خصوصی او موجب دخالت او در دادرسی شده و به نوعی از حمایت مدعی العموم نیز برخوردار است و نهایتاً طرف سوم دادرسی، متهم است که اگر نگوئیم در برابر و نقطه‌ی مقابل دادستان (به عنوان نماینده حاکمیت یا جامعه) قرار دارد، حداقل این است که از حمایت مطلوب قضایی دادستان برخوردار نیست و طبعاً آسیب پذیرترین طرف در دادرسی کیفری است و تاریخ تحولات دادرسی کیفری مشحون از ظلم به او تحت لوای دادرسی و حفظ حقوق جامعه است و سرگذشت تلخ و ضعف جایگاه قضایی او موجب شده که با تأکید بر حقوق دفاعی او اصولاً بی‌طرفی جزء حقوق دفاعی او تلقی شود.

الف: جامعه

«انسان نیازمند زندگی اجتماعی است، ... و از این طریق ناتوانی خویش را با توانی که زندگی اجتماعی به او می‌بخشد، جبران می‌کند. در عین حال زندگی در جمع، شرایط و محدودیت‌های خاص خود را دارد. از یک سو اجتماع در تلاش برای حفظ و بقای حیات خویش، افراد را ناگزیر می‌سازد تا روابط و کنشهای خود را در محدوده چارچوبهای معین و با حفظ یگانگی اجتماعی، سامان دهد. از سوی دیگر خود فرد احساس می‌کند که مجبور است در کنار منافع و مزایایی که از زندگی اجتماعی بدست می‌آورد، هزینه‌هایی را که در این زندگی بر او تحمیل می‌شود پذیرا گردد.» (سلیمی و داوری، ص ۷)

«به نظر امیل دورکیم جامعه‌شناس فرانسوی (۱۸۵۸-۱۹۱۹)، ... جامعه موجودی فعال است که دارای شعور یا وجدان جمعی است و شرایط مخصوص به خود را داراست. این شعور اجتماعی مجموعه اعتقادات و احساسات و آرای مشترکی است که میان افراد جامعه به طور وضوح به چشم می‌خورد. هر عملی که جنبه‌های قوی وجدان جمعی را جریحه‌دار کند و به احساسات و عواطف وجدان‌های سالم لطمه بزند، جرم است و موجب از هم گسستن رشته‌ای می‌شود که وابستگی اجتماعی را به وجود می‌آورد و واکنش اجتماع را به صورت اعمال مجازات علیه عامل بر می‌انگیزاند که به وسیله سازمان تشکیل شده‌ای اعمال می‌شود. به عقیده دورکیم نباید گفت که چون عملی جرم است لذا وجدان عمومی را مورد لطمه قرار می‌دهد، بلکه باید گفت که چون عملی وجدان عمومی را مورد لطمه قرار می‌دهد، لذا جرم است. یعنی هر عملی که به عنوان آنکه جرم است نباید از نظر ما مردود شمرده شود، بلکه چون ما آن را مردود می‌شماریم، جرم محسوب می‌شود. او جرم را یک عمل عادی اجتماعی می‌داند چون غیر ممکن است جامعه‌ای عاری از جرم باشد.» (مظلومان، ص ۲۳۵)

به نظر می‌رسد وقتی از جامعه به عنوان یکی از طرفین دعوی سخن می‌رود، جامعه چیزی بیشتر و غیر از تک تک اعضای آن است و موجود جدیدی است با نیازمندی‌ها

و زندگی خاص خود، به تعبیری در دادرسی کیفری، جامعه به مفهوم پیکری یا ارگانیک مورد نظر است.

«جامعه ارگانیک زندگی مستقل از عوامل تشکیل دهنده ی خود داشته و افراد درگذرند و جانشین یکدیگر می شوند، حال آن که جامعه باقی می ماند و شکل خود را حفظ می کند.» (دل و کیو، ص ۱۳۸)

به هر حال عادی بودن جرم به تعبیر دورکیم مانع از این نیست که جامعه در قبال جرم واکنش نشان دهد چون جرم مخل نظم جامعه است و اختلال در نظم جامعه، بقاء آن را مشکل می سازد.

«حق تعقیب دعوای عمومی متعلق به جامعه است جامعه این حق را به وسیله نمایندگان خود به موقع به اجرا می گذارد. دادسرا نماینده ی جامعه است و به نام جامعه، بزهکار (متهم) را تحت تعقیب قرار می دهد. در تعقیب کیفری بزهکار (متهم) چون جامعه صاحب و مالک حق است اختیار تام دارد. تعقیب بزهکار (متهم) برای جامعه حق، ولی برای دادسرا وظیفه یا تکلیف است. دادسرا نمی تواند از اجرای این تکلیف قانونی خود امتناع ورزد و یا در عمل به آن تسامح و تعلل کند.» (آخوندی، ص ۱۴۰)

نکته ی مهمی که در این زمینه باید بدان توجه کرد و در حقیقت به مبنای جرم انگاری بر می گردد این است که علی رغم این گفته ی مشهور که همه ی جرایم نظم عمومی جامعه را به هم می زند، با توجه به این که در بسیاری از موارد برخلاف اصول کلی، جرم انگاری ریشه در نظم عمومی و اراده ی جامعه نداشته بلکه ریشه در اراده ی هیأت حاکم و حکومت دارد، در این گونهموارد مشکل بتوان گفت، جرم نظم عمومی جامعه را برهم می زند و در نتیجه در دادرسی مربوط به این جرائم، نمی توان جامعه را یک طرف دعوی دانست. در این موارد «مدعی العموم» نیز از طرف «عموم» ادعایی ندارد، بلکه ادعای او از طرف «هیأت حاکمه یا حکومت» است و لذا هیأت حاکمه یا حکومت به جای جامعه، یک طرف دعوی قرار می گیرد و البته معمولاً در فرایند دادرسی رخ نشان نمی دهد و در پس جامعه و با نقاب حمایت از نظم عمومی در

فرایند دادرسی نقش فعال را ایفای می‌کند. به عبارت دیگر در مواردی که جرم‌انگاری ریشه در اراده‌ی جامعه نداشته و اراده‌ی سیاسی حکومت، منجر به ایجاد جرم شده در دادرسی مربوط به این گونه اتهامات، جامعه به عنوان طرف دادرسی وجود ندارد چون نظم جامعه به هم نخورده است بلکه این هیأت حاکمه یا حکومت است که با نقاب جامعه برای تثبیت قدرت خود در فرایند دادرسی ایفای نقش می‌کند و مدعی العموم نیز در حقیقت «مدعی الدوله» است.

ممکن است گفته شود در جوامعی همانند کشورهای دموکراتیک، منافع هیأت حاکمه با منافع جامعه بر هم منطبق یا غیر قابل تفکیک است، این نظر حداقل در این موارد مردود است و به نظر می‌رسد در این گونه کشورها نیز در مواردی، تفکیک منافع جامعه و هیأت حاکمه میسر است هر چند دامنه و وسعت منافع ناهمگون یا متقابل، محدود باشد. ضمن این که اغلب کشورها داعیه دموکراسی دارند ولی واقعاً دموکراتیک نیستند. مصداق بارز این گونه جرایم، جرایم سیاسی یا امنیتی است که مستقیماً متوجه منافع هیأت حاکم است.

در مواردی که واقعاً و عملاً هیأت حاکمه به عنوان یکی از طرفین دادرسی به جای جامعه قرار دارد، بی‌طرفانه بودن دادرسی بیشتر از سایر موارد در معرض خطر قرار می‌گیرد و علت اصلی آن نیز قدرت سیاسی حکومت است که به او جایگاه برتر داده و معمولاً از این برتری به نفع حکومت و به ضرر متهم استفاده می‌شود. علاوه بر این، دستگاه قضا و قضات در دموکراتیک ترین کشورها نیز خواه ناخواه در خدمت هیأت حاکم هستند هر چند ممکن است درجه این وابستگی حسب نظام سیاسی کشورها فرق کند. امروزه سعی می‌شود با تکیه بر اندیشه‌های لیبرالیستی فاصله هیأت حاکم و جامعه را محدود یا زایل سازند ولی عملاً در عمده کشورها این اندیشه در حد شعار باقی مانده است. در مواردی که منافع حاکمیت مطرح است مقنن از پیش با تعیین ساختار «طرفدار» موجب یا زمینه‌ای ظاهراً مشروع برای طرفداری از حاکمیت فراهم می‌نماید. ساختار طرفدار چون ریشه در قانون دارد کمتر مورد اعتراض طرفین قرار می‌گیرد و

دست قاضی را نیز در اعمال بی طرفی در مرحله عمل (با توجه به اصل قانونی بودن دادرسی) می بندد.

«جرم انگاری افراطی و تورم کیفری، گستره حقوق جزا را بازتر و حیطة مداخله کیفری را افزون تر کرده است. در پاره‌ای از موارد این توسعه مداخله، نابجا و خلاف فلسفه و هدف حقوق کیفری است. دولت‌ها از مجازات و قانون کیفری به عنوان ابزار اعمال قدرت و حل برخی مشکلات خود استفاده می‌کنند که چنین پدیده‌ای افزون بر تورم کیفری به جهت نقض حقوق و آزادی‌های فردی نقطه‌ی عزیمت بدنامی حقوق جزا شده است که ضمانت اجراهایش ما به ازای نقض نظم عمومی و در جهت نگرهبانی از حقوق و آزادی‌های فردی بوده است.» (آشوری، ۱۳۸۲، ص ۷)

البته مطلوب نیست که هیأت حاکمه با داشتن منافع مستقل از منافع عموم و چه بسا منافع متقابل با منافع عموم، دستگاه قضایی را عملاً به خدمت خود گیرد و در واقع از این ابزار مشروع استفاده نامشروع کند. ولی نمی‌توان با چشم بستن به این واقعیت و با تکیه بر شعارهای لیبرالیستی یا دموکراتیک، این تمایز و تفاوت منافع را انکار و در فرایند دادرسی کیفری، منافع جامعه و هیأت حاکمه را همیشه واحد دانست.

ب: متهم:

همانند جامعه (یا هیأت حاکمه)، متهم یکی از طرفین ثابت دادرسی کیفری است و چون در برابر او، حقوق جامعه یا حاکمیت با حمایت دادستان قرار دارد، از جایگاه قضایی آسیب‌پذیری برخوردار است به طوری که بی‌طرفانه بودن دادرسی عمده‌تاً با هدف حفظ حقوق دفاعی او مطرح می‌شود. معمولاً در مقام بیان اهمیت حفظ حقوق متهم در دادرسی کیفری گفته می‌شود «اهداف مقررات دادرسی کیفری، تأمین منافع (حقوق) متهم و حفظ حقوق اجتماعی (جامعه) است و در انشاء قوانین آئین دادرسی کیفری این دو هدف باید مورد توجه مقنن قرار گیرد تا هیچ مجرمی نتواند از چنگال عدالت فرار کند و هیچ بی‌گناهی به ناحق گرفتار عقاب نگردد.» (آخوندی،

به نظر می‌رسد هدف اولیه و مقدم دادرسی کیفری، حفظ حقوق متهم است و حفظ حقوق جامعه هدف مؤخر و مشروط دادرسی کیفری است توضیح این که پس از ایراد اتهام به متهم آنچه که بالفعل و یقیناً در معرض تهدید است حقوق و آزادی های اوست، در حالی که اجرای مقررات دادرسی کیفری الزاماً به معنای وقوع جرم یا تعرض به نظم جامعه نیست. چه بسیار است مواردی که ادعای ارتکاب جرم از ناحیه ی متهم خاصی مطرح شده در حالی که پس از اجرای مقررات دادرسی کیفری محرز می‌گردد که عمل انتسابی به متهم جرم نیست یا این که با فرض جرم بودن عمل ادعایی، دلیلی بر انتساب آن به شخص متهم وجود ندارد. در مواردی که جرمی اتفاق نیفتاده طبعاً نظمی به هم نخورده تا دادرسی کیفری در مقام اعاده یا حفظ آن باشد. لذا از یک طرف نمی‌توان همیشه حفظ نظم عمومی یا حقوق جامعه (یا حکومت) را هدف دادرسی کیفری دانست چرا که پیگیری این هدف فرع بر احراز وقوع جرم است و در بسیاری از موارد که وقوع جرم محرز نمی‌شود پیگیری این هدف نیز موضوعاً منتفی است، و از طرف دیگر این هدف از لحاظ زمانی پس از هدف حفظ حقوق متهم مطرح می‌گردد چون حفظ حقوق متهم از همان ابتدای اجرای مقررات دادرسی کیفری و با تعقیب متهم، مطرح می‌شود و نباید به بهانه «احتمال» وقوع جرم یا انتساب آن به متهم «عملاً» حقوق و آزادیهای او را محدود کرد. اصلاً به نظر می‌رسد قانون برای تقیید قدرت است چون از قدرت بیم سوء استفاده می‌رود. لذا مقررات دادرسی کیفری، با هدف اصلی قانونمند کردن اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی های شهروندان و جلوگیری از سوء استفاده مقامات حکومتی از قدرت علیه شهروندان وضع می‌گردد.

ج: شاکی خصوصی

دادرسی کیفری می‌تواند شامل دو دعوای عمومی و خصوصی باشد. در دعوای خصوصی که تابع تشریفات آئین دادرسی مدنی است و همانند دادرسی مدنی دارای دو طرف خواهان (مدعی خصوصی) و خوانده (متهم) است طبعاً شاکی خصوصی به عنوان مدعی خصوصی جزء اصحاب دعوی بوده، در فرایند دادرسی راجع به دعوای

خصوصی نقش اساسی دارد اما در دعوای عمومی که به طرفیت متهم و برای احراز وقوع یا عدم وقوع جرم از ناحیه او و نهایتاً اعمال مجازات بر او (در صورت احراز وقوع جرم) پیگیری می‌شود، شاکی خصوصی علی‌الاصول در تعقیب این دعوی نقش ندارد. مگر در دعوای عمومی راجع به جرایم قابل گذشت که عنان تعقیب دعوای مربوط به این جرایم در دست اوست. لذا هدف اصلی دعوی عمومی در دادرسی کیفری حمایت از شاکی خصوصی نبوده بلکه حمایت از جامعه است و چون موضوع اصلی دادرسی کیفری دعوای عمومی است و دعوای خصوصی، موضوع فرعی و تبعی در دادرسی کیفری است، لذا تأمین حقوق شاکی خصوصی به درجه ی اهمیت تأمین حقوق متهم یا جامعه (و حکومت) نمی‌باشد. ضمن این که ایفای نقش اصلی شاکی خصوصی در دادرسی کیفری اصولاً منوط به تحقق ضرر و زیان اعم از مادی یا معنوی، در اثر جرم است و در دادرسی راجع به اتهاماتی که توأم با ضرر و زیان نیست شاید شاکی خصوصی حتی حضور نداشته باشد.

گفتار دوم: بی‌طرفی به عنوان تکلیف مشترک سایر افراد

«بی‌طرفی دادگاه با دادرسی عادلانه رابطه ای مستقیم دارد. این رابطه آنچنان وثیق است که گاه عادلانه بودن دادرسی به بی‌طرفانه بودن آن تعریف و تفسیر می‌شود.» (فضائلی، ۱۳۸۷، ص ۲۴۳) بی‌طرفی وصف رفتار و گفتار و ذهن و فکر آن دسته از اجزاء سیستم دادرسی است که یا تصمیم گیر بوده یا اقدام و اظهار می‌کنند که می‌تواند مؤثر در مفاد حکم باشد. بدین ترتیب بی‌طرف بودن، فقط تکلیف قاضی و وصف شخص قاضی نیست و بی‌طرفی او برای تحقق دادرسی بی‌طرفانه شرط لازم هست ولی کافی نیست. البته نقض بی‌طرفی از سوی سایر افراد دخیل در پرونده مثل کارشناس یا شاهد که از اجزاء دادرسی کیفری هستند، از سوی قاضی قابل کنترل یا خنثی سازی است ولی این امر نباید منجر به عدم توجه به نقش بی‌طرفانه این افراد در تحقق دادرسی بی‌طرفانه شود و چه بسا که در عمل، اقدام یا اظهار اشخاص دخیل در

پرونده به عنوان اساس و مبنای حکم، مؤثر واقع شده و می‌شود. به هر حال خطری که نقض بی‌طرفی از سوی این افراد برای حقوق طرفین دعوی ایجاد می‌کند، قابل توجه بوده و شایسته کنترل قضایی و قانونی است. یکی از این اجزاء دادرسی که اعمال بی-طرفی او در بستر جداگانه‌ای صورت می‌گیرد، مقنن است که باید در بستر قانون و قانونگذاری بی‌طرف باشد و به ویژه با ایجاد سیستم و ساختار بی‌طرف، زمینه‌ی تأمین بی‌طرفی در بستر قضا را فراهم سازد. در گفتار بعدی از این بسترها سخن می‌گوییم.

این عناصر یا اجزاء دادرسی نه تنها باید در عمل بی‌طرف باشند بلکه علاوه بر آن باید بی‌طرف بودن آنان بارز و آشکار باشد به طوری که دادرسی، ظاهری بی‌طرفانه نیز به خود گیرد. بارز بودن بی‌طرفی که در اسناد بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته به خاطر جلب اعتماد عموم و طرفین به سلامت دادرسی است. چرا که بی‌طرفی یا عدالت پنهان، اعتمادساز نیست. به همین دلیل همانند عدالت، در مورد بی‌طرفی نیز گفته شده است که بی‌طرفی نه تنها باید وجود داشته باشد بلکه وجود آن باید دیده شود. به عبارت دیگر، بی‌طرفی در دادرسی باید عینی و ملموس باشد، تا با جلب اعتماد عموم به سلامت و کارآیی دادرسی، موجبات التجاء به دستگاه دادگستری فراهم گردد.

عادلانانه بودن کیفر یا حکم صادره، از جمله در گرو عادلانه یا منصفانه بودن رسیدگی است. لذا از دادرسی ناعادلانه نمی‌توان انتظار حکم و مجازات عادلانه داشت. «مجازات در صورتی شایسته‌ی وصف عدالت است که عناصر تشکیل دهنده‌ی آن یعنی قانون، رأی دادگاه و اجرای حکم نیز براساس عدالت باشد.» (ظفری، ۱۳۷۷ص ۴۲) در دادرسی بی‌طرفانه، تکلیف به اعمال بی‌طرفی در دو بستر وجود دارد یا باید وجود داشته باشد و نقض بی‌طرفی در یک بستر، اثر مثبت وجود بی‌طرفی در بستر دیگر را خنثی می‌سازد. این دو بستر یکی بستر قانون و قانونگذاری است و دیگری بستر قضا و قضاوت عملی.

الف- بی‌طرفی در بستر قانون: در این بستر، بی‌طرفی وصف و خصوصیت قانون است و به مفاد و محتوای قانون بر می‌گردد که باید ساختاری بی‌طرف پیش‌بینی کند.

یعنی قانونی که برای رسیدگی به اختلافات طرفین دعوی در دادرسی عملی کیفری وضع می‌شود، باید بی طرفانه و بدون تبعیض باشد. ممکن است تصور شود بی طرفی فرع بر وقوع عملی اختلاف بین دو یا چند طرف است و چون در مرحله تقنین هنوز عملاً اختلافی حاصل نشده سخن گفتن از بی طرفی نابجاست، ولی این تصور مردود است چون بی طرفی فقط اختصاص به مرحله ی عملی قضا ندارد و مقنن برای «طرفین دعوی» و تعیین ساختار دادرسی، وضع قانون می‌کند و از هر دو طرف دعوی شناخت لازم را دارد. بی طرفی تقنینی یا ساختاری، زمینه و مقدمه لازم برای بی طرفی قضایی است. به عبارت دیگر اگر قبل از وقوع عملی اختلاف، و پیش از رسیدگی عملی کیفری، قوانین تبعیض آمیز یا جانبدارانه وضع شده باشد خواه ناخواه دادرسی عملی نیز تبعیض آمیز و طرفدارانه خواهد بود. چون این مقررات دادرسی کیفری است که مستند و دستمایه ی قضا و قضاوت قرار می‌گیرد و با توجه به اصل قانونی بودن دادرسی، نقض بی طرفی در مرحله ی وضع قوانین دادرسی کیفری، فرایند عملی دادرسی کیفری را از مسیر و جاده بی طرفی خارج می‌نماید و دست‌اندرکاران قضا و مجریان قانون را در اجرای قانون تبعیض گذار، گریزی نیست و اجرای این گونه قوانین چه بسا علی رغم میل باطنی مجریان قانون، به خصوصیت بی طرفانه بودن دادرسی عملی لطمه می‌زند.

هر چند در مرحله قانونگذاری هنوز عملاً جرم یا اختلاف کیفری به وقوع نپیوسته ولی قوانین دادرسی کیفری برای رسیدگی به اختلاف آتی دو یا چند طرف وضع می‌گردد و هدف از وضع این مقررات، اجرای آتی آن‌ها در فرایند عملی دادرسی و بعد از وقوع اختلاف است و طبعاً مستند و راهنمای رسیدگی عملی است و تعیین کننده رفتار و گفتار و چه بسا حکم قاضی است. لذا نقض بی طرفی در بستر قانون گذاری لاجرم منجر به نقض بی طرفی در رسیدگی عملی کیفری است هر چند حفظ بی طرفی در بستر قانون، الزاماً بی طرفی قضایی را در پی ندارد.

«قانونگذار تبعیض گر، نقض بی طرفی را به قاضی آموزش می‌دهد، چرا که در

بسیاری از موارد، به جهت مکانیکی شدن ذهن قضات در نتیجه اشتغال روزمره به امر صدور حکم، قاضی مأمور مطلق قانونگذار می شود و به اعلامات وی، مقبولیت مطلق می بخشد. لذا گاهی حتی احتمال این هست که در صورت رفع تبعیضات قانون در نتیجه اصلاحات قانونی، قضات همچنان به جهت تأثیر رسوبات ذهنی قبلی، ناخودآگاه جانبدارانه مبادرت به صدور رأی نمایند.» (پارسا، ۱۳۸۴، ص ۳۴)

در بی طرفی تقنینی به محتوای قانون توجه می شود چون صرف رعایت تشریفات در وضع قانون به آن مشروعیت نمی بخشد. احترام به اصل حاکمیت قانون یا اصل قانونی بودن دادرسی، موجب بی طرفانه بودن دادرسی نیست. بدین ترتیب هر دادرسی قانونی الزاماً دادرسی بی طرفانه نبوده، قلمرو این دو نوع دادرسی لزوماً یکسان نیست. به طوری که دادرسی قانونی می تواند بی طرفانه باشد یا نباشد. صورت قانون معیار تشخیص بی طرفی نیست بلکه محتوای آن تعیین کننده است که باید ساختار بی طرف تأسیس و یا حقوق برابر دادرسی برای طرفین پیش بینی کند. بدین ترتیب ساده اندیشی است که تصور شود صرف اصل حاکمیت قانون به لحاظ اقتضای آن به پای بندی حکام، از خودسری و استبداد آنها جلوگیری کند، همان طور که احترام به قانون برای حفظ حقوق دادرسی طرفین لازم است، احترام به حقوق بشری در وضع قانون لازم است. قانون دادرسی که در تدوین آن، حقوق بشری نادیده انگاشته شده، حاکمیت آن قانون نه تنها حقوقی از طرفین حفظ نمی کند بلکه برعکس پوششی با ظاهر موجه، برای ایجاد ظلم و بی عدالتی در دادرسی است. همان طور که قاضی هنگام صدور حکم ممکن است تحت تأثیر احساسات و عواطف خود قرار گیرد قانونگذار نیز که در مقام اعمال قدرت است، به ویژه در مورد مقررات ناظر به رسیدگی به جرایم علیه حکومت ممکن است تحت تأثیر این احساسات قرار گرفته، با وضع مقررات دادرسی محدود کننده از مسیر بی طرفی خارج شود.

«هیچ قانونگذاری نیست که در قانون نظر خصوصی نداشته باشد، علتش این است که هر قانونگذاری دارای عواطف و افکار خاصی است و در حین وضع قانون می -

خواهد نظریات خود را در آن بگنجانند. مقصود این است که قانون همواره با عواطف و احساسات قانونگذاران برخورد می‌نماید: گاهی اوقات عواطف و احساسات مزبور اندکی در قانون تاثیر نموده و گاهی هم قانون مطلقاً و به طور کامل تحت تاثیر عواطف و نظریات خصوصی قانونگذار قرار می‌گیرد.» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۳۲۹). پس، از قانون ناعادلانه نمی‌توان انتظار دادرسی عادلانه داشت هرچند مجریان عادلانی وجود داشته باشند.

بحث بی‌طرفی تقنینی همانند عدالت ماهوی است که به مراعات ظواهر قانون توجه نمی‌کند بلکه به محتوای آن نظر داشته، می‌کوشد نظام حقوقی موجود را با آرمان‌ها و اخلاق برتر وفق دهد.

خلاصه این که در این بستر از برابری افراد در متن قانون سخن می‌رود نه برابری افراد در مقابل قانون. قواعد دادرسی باید بی‌طرف باشد بدین معنا که مقررات دادرسی باید به نحوی تنظیم شود که برای هر یک از متداعیین از لحاظ رنگ پوست، دین، مذهب، عقیده و جنس و هر عاملی که ممکن است بشر در جهت سوءاستفاده از آن و تحقیر نوع بشر استفاده کند، بی‌طرف باشد. این نوع بی‌طرفی یکی از مصادیق برابری اشخاص در جامعه است. (غمامی و محسنی، ۱۳۸۵، ص ۲۹۱)

نمونه بارز گرایش حکام به نقض بی‌طرفی به نفع خود را در ایجاد مراجع اختصاصی می‌توان دید که معمولاً هدف تثبیت قدرت یا سرکوبی مخالفین خود را از قبل تأسیس این مراجع و در لباسی مشروع پیگیری می‌کنند.

ب- بی‌طرفی در بستر قضا: در این جا از بی‌طرفی در مرحله اجرای قانون و فرایند عملی دادرسی، توسط مجریان از قبیل قاضی سخن می‌رود. این بی‌طرفی ناظر بر نحوه ی عملکرد قضات و اشخاص دخیل در پرونده از قبیل شاهد و کارشناس و ضابطین دادگستری است. اصحاب دعوی از نقض بی‌طرفی در این بستر بیم دارند و فرض را بر بی‌طرفانه بودن قانون می‌گذارند، به طوری که بارها برای اثبات حسن نیت خود در دعوی، خود را تسلیم قانون می‌دانند ولی بعد که قانون مزبور در مورد آنها اجرا می‌شود، احساس بی‌عدالتی می‌کنند و چه بسا تبعیض آمیز بودن قانون را در اثر جهل خود

به آن، به قاضی یا مجری قانون نسبت دهند.

قلمرو زمانی این بی طرفی از زمان شروع به تعقیب دعوی عمومی است و تا پایان دادرسی، صدور و اجرای حکم امتداد می یابد. اصحاب دعوی این نوع بی طرفی را بهتر لمس می کنند و اصلاً عدالت دستگاه کیفری را در اعمال بی طرفی قضایی دیده و با کوچکترین رفتار یا اظهار شائبه آمیزی از سوی دست اندرکاران پرونده، آن را نقض شده دیده و از بابت تهدید امنیت دادرسی و قضایی خود اظهار نگرانی می کنند. برابری افراد در برابر دادگاه متضمن این نوع بی طرفی است. بی طرفی مقنن در بستر قانون مقدمه اعمال بی طرفی در بستر قضا است چون در بستر قضا با توجه به اصل قانونی بودن دادرسی، همان قوانین موضوعه به اجرا درخواهد آمد.

گفتار سوم: جهات بی طرفی

بی طرفی متوجه دو جهت است یکی «جهت موضوع دعوی» و دیگری «جهت طرفین دعوی»، و نقض بی طرفی ممکن است نسبت به یک یا دو جهت مذکور صورت گیرد:

الف- بی طرفی نسبت به موضوع دعوی:

در بعضی موارد ممکن است موضوع دعوی از چنان خصوصیتی برخوردار باشد که موجب نقض بی طرفی یا بیم معقول آن گردد، مانند آن که در جرایم علیه امنیت حکومت، مقنن در زمان تدوین قانون آیین دادرسی این نوع جرایم، از بی طرفی خارج شده و در مقایسه با سایر جرایم، مقررات دادرسی خاص وضع و حقوق دادرسی طرفین به ویژه حقوق دفاعی متهم را محدود کند، مثلاً بر خلاف شاکی خصوصی، حق برخورداری از وکیل یا دسترسی به محتویات پرونده را کلاً یا جزئاً از متهم سلب کند. یا ممکن است موضوع دعوی برای دست اندرکاران امر دادرسی مثل قاضی یا کارشناس خصوصیتی داشته باشد که بیم نقض بی طرفی را فراهم کند. می توان تصور کرد که شخصی متهم به ارتکاب جرمی علیه آسایش عمومی یا تهدید علیه بهداشت عمومی در یک شهر باشد. و او را به دادرسی در آن شهر فرا

خوانند، در حالی که چه بسا دست اندرکاران دادرسی از افرادی باشند که از لحاظ مادی یا معنوی از عمل مجرمانه مزبور متضرر شده، بدین ترتیب به نوعی در محکومیت کیفری متهم نفع داشته باشند. پیشگیری از این گونه وضعیت ها معمولاً ممکن نیست و چاره ای جز اعتماد به عملکرد و وجدان دست اندرکاران امر دادرسی وجود ندارد. در مورد این جهت بی طرفی نباید از نقشی که رسانه های گروهی در برجسته سازی موضوعات دعاوی دارند غافل ماند. چه بسا این برجسته سازی ها توأم با انعکاس قضاوت مردمی یا مسئولین امر نیز می باشد.

ب- بی طرفی نسبت به طرفین دعوی

از این جهت ممکن است در طرفین دعوی خصوصیتی وجود داشته باشد که موجب نقض عملی بی طرفی یا بیم معقول آن گردد. این جهت بیشتر در بستر قضا مطرح می شود، برخلاف جهت اول که در هر دو بستر تقنین و قضا مطرح می گردد. مصداق بارز این جهت همان مواردی است که به دلیل شائبه ی خروج دادرس از بی- طرفی، به عنوان جهات رد دادرس شناخته شده است.

ممکن است قاضی، کارشناس، شهود یا سایر افراد دخیل در پرونده نسبت به یکی از طرفین دعوی نگرش خاصی داشته باشند، یا تحت تأثیر تصورات قالبی یا پیش داوری نسبت به یکی از طرفین دعوی، طرفدارانه اظهار نظر کنند.

نکته ی قابل ذکر در مورد بی طرفی نسبت به متهم، این است که نباید گفت نگرش بی طرفانه نسبت به متهم مقتضی این است که نسبت به بزهکاری یا بی گناهی متهم پیش داوری نداشته باشیم، چرا که اقتضای اصل برائت این است که نسبت به بی گناهی متهم پیش داوری کنیم. ولی این پیش داوری نباید راه تحقیق و رسیدگی عادلانه را سد نموده و هر گونه اقدام قانونی به بهانه این اصل سرکوب یا تقبیح شود. در غیر این صورت، دادرسی از مفهوم خود تهی خواهد شد.

«پروفسور ژان کربنیه استاد دانشکده حقوق دانشگاه پاریس تحت تأثیر قانون مجازات وقت ایتالیا در سالهای ۱۹۳۰ معتقد بود که متهم همانا متهم است نه بزهکار و

نه بی‌گناه و نه فرض بزهکاری و نه اصل برائت، نباید ملاک عمل در اقدامات قضایی قرار گیرد. صرف نظر از این که این نظریه تحت تاثیر شرایط و جو خاص سیاسی شکل گرفته، آنچه از لحاظ عملی غیر ممکن است همانا عدم امکان تصور و تأمین وضعیتی بی‌طرفانه برای متهم در طول رسیدگی کیفری است چه علاوه بر این که چنین برداشتی از اصل برائت می‌تواند به عنوان سلاحی مناسب و مؤثر در دست حکومت‌های خودکامه قرار گیرد و آزادی و حیثیت شهروندان به بهانه کوچک‌ترین اتهامی از آنان سلب و حقوق آنان پایمال گردد، در عمل قبول وضعیت بی‌طرفانه، منجر به پذیرش اصل مجرمیت به جای اصل برائت می‌گردد که با عقیده خود پروفیسور کربنیه نیز مغایرت دارد.» (آشوری، ۱۳۷۶، ص ۱۴۰)

نتیجه‌گیری:

چون بی‌طرفی وصف سیستم دادرسی است لذا آن را باید از یک طرف، حق مشترک دادرسی طرفین و از طرف دیگر تکلیف مشترک دست اندرکاران دادرسی بجز طرفین آن، دانست. لذا قوه قضاییه هم باید ملجأ مدعیان و هم مأمن متهمین باشد، و این که گفته شود دادگستری ملجأ ستمدیدگان است، مفهوم طرفداری از مدعی و نقض بی‌طرفی به ضرر متهم را القاء می‌کند. دادگستری به مثابه آزمایشگاهی است که قبل از انجام آزمایش در آن، نتیجه کار مشخص نبوده و اگر قرار است فرض پیشینی وجود داشته باشد به اقتضای اصل برائت، بی‌گناهی متهم است و نه ستمدیدگی شاکی. در جرائم علیه امنیت، بیشتر احتمال نقض بی‌طرفی به ضرر متهم وجود دارد. در این جرائم، فرایند دادرسی جولانگاه تقابل مستقیم حقوق متهم و حقوق هیأت حاکمه است. زوال بی‌طرفی در دادرسی مربوط به این جرائم، فرایند محاکمه را که یک «فرصت دو جانبه» برای طرفین است، به یک «ابزار انتقام» و وسیله سرکوبی مخالفان تبدیل، و دادرسی را به صورت سرپوشی برای ظلم اجتماعی در اختیار هیأت حاکمه قرار می‌دهد. شدت مجازات احتمالی، سنگین بودن اتهام، اقرار متهم به ارتکاب جرم، وسعت

خسارت و امثال آن، نمی تواند دلیلی بر تحدید حقوق دفاعی متهم با دادن امتیاز دادرسی به طرف دیگر و نتیجتاً نقض بی طرفی باشد. در مواردی که منافع حاکمیت دخالت دارد معمولاً نقض بی طرفی در مرحله تقنین و تعیین ساختار و پیش از شروع دادرسی، در متن قانون صورت می گیرد و منجر به نقض بی طرفی در مرحله عملی دادرسی می شود. در تأمین بی طرفی نباید از نقش وجدان درونی و تربیت روحی و اخلاقی قضات غافل ماند. چون هر قدر که سعی در انسداد راههای نقض بی طرفی داشته باشیم، با توجه به دخالت نیروهای بیرونی و احساسات درونی غیر قابل پیش بینی که حتی برای قاضی نیز تا حد زیادی غیر قابل مقاومت است، این بی طرفی در معرض تهدید قرار گرفته، سلامت دادرسی را تحت الشعاع خود قرار می دهند.

منابع و ماخذ

- ۱- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، شش جلد، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سیزدهم، تهران، ۱۳۸۶
- ۲- آشوری، محمد، جایگزین های زندان یا مجازاتهای بینابین، نشرگرایش، چاپ اول، ۱۳۸۲
- ۳- آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶
- ۴- پارسا، محسن، بی طرفی قاضی در دادرسی کیفری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۴
- ۵- دل وکیو، ژرژ، فلسفه حقوق، ترجمه دکتر جواد واحدی، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۰
- ۶- سلیمی، علی-داوری، محمد، جامعه شناسی کجروی، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰
- ۷- ظفری، محمد رضا، مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ اول، ۱۳۷۷
- ۸- غمامی، مجید- محسنی، حسن، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگیهای دادرسی مدنی، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، زمستان ۱۳۸۵
- ۹- فضائلی، دکتر مصطفی، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۷
- ۱۰- مظلومان، رضا، جامعه شناسی کیفری، انتشارات اقبال، چاپ سوم، تهران، ۱۳۵۵
- ۱۱- مونتسکیو، روح القوانین، ترجمه علی اکبر مهتدی، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۹
- ۱۲- موحد، محمد علی، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه، تهران، ۱۳۸۰