

فصلنامه

علمی

آموزه‌های

فقه و

حقوق جزاء





دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

Online ISSN: 2821-2339

صاحب امتیاز:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

مدیر مسئول:

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

سر دبیر:

دکتر سید محمد تقی علوی

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دارای مجوز به شماره: ۹۴۶۹۷ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و مستند به مصوبه بیست و هفتمین جلسه کمیسیون تعیین اعتبار نشریات حوزه علوم انسانی و هنر دانشگاه آزاد اسلامی است و در ارزیابی نشریات علمی دانشگاه آزاد اسلامی، در سال ۱۴۰۲ حائز رتبه الف گردید.

سامانه الکترونیکی: jclld.lahijan.iau.ir

رایانامه فصلنامه: jclld1401@gmail.com

اعضای هیأت تحریریه، به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجنستانی

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان)

دکتر جمال بیگی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر بابک پور قهرمانی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر محمد حسن حائری یزدی

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر)

دکتر محمد روحانی مقدم

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان)

دکتر مرتضی رهبر طارم‌سری

(استاد گروه پزشکی قانونی دانشگاه علوم پزشکی گیلان)

دکتر عباس شیخ الاسلامی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر حسین صابری

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محمود عرفانی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تهران)

دکتر سید محمد تقی علوی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز)

دکتر حمید مسجد سرائی

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی سمنان)

دکتر حسین ناصری مقدم

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

ارزیابان علمی مقالات این شماره به ترتیب الفبائی:

دکتر جمال بیگی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر بابک پور قهرمانی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر احمد پور ابراهیم

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر سید عسگری حسینی مقدم

(استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری)

دکتر مهدی حقیقت جو

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر کاظم خسروی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر علی دادمهر

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز)

دکتر وحید زارعی شریف

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر عباس شیخ الاسلامی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر مصطفی غفوریان نژاد

(استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی مؤسسه آموزش عالی حکیم طوس مشهد)

دکتر مجتبی فرح بخش

(استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد)

دکتر ناصر قاسمی

(دانشیار گروه حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)

دکتر بهنام قنبر پور

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر)

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

(استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان)

دکتر امین نجفیان

(استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید محلاتی)

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

الف) نویسنده

- هر مقاله می‌تواند دارای چند نویسنده باشد. نشریه، فردی را نویسنده مسئول (نویسنده اول) مقاله می‌شناسد که عضو هیأت علمی دانشگاه و یا مدرس حوزه علمیه و دارای رتبه استادیاری و بالاتر و یا هم‌تراز آن است؛ از این رو، دانشجویان محترم مقاطع تحصیلی دکترا، کارشناسی ارشد و کارشناسی دانشگاه‌ها و نیز طلاب محترم سطوح مختلف حوزه‌های علمیه، از نوشتن نام خود در بخش نویسنده مسئول (نویسنده اول) خودداری ورزند؛ البته، طلاب و دانشجویان محترم می‌توانند خود را عهده‌دار مکاتبات (و نه نویسنده مسئول) معرفی کنند.

- افرادی که نام آنان در برگه مشخصات نویسندگان مقاله، کنار نویسنده مسئول، نوشته می‌شود، نویسنده همکار به شمار می‌آیند.

ب) ساختار مقاله

- زبان نشریه، فارسی است و نشریه، تنها، مقالاتی را دریافت می‌دارد که به زبان فارسی نگارش می‌یابند.

- رعایت قواعد ادبی نگارش فارسی، الزامی است.

- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، سجاوندی (، ، ؛ - - « ») و نیم فاصله میان واژه‌ها و وندها، الزامی است. در سجاوندی، نشانه‌ها، از واژه پیش از خود، بدون فاصله، و از واژه پس از خود، دارای فاصله هستند.

- به جهت فارسی بودن زبان مقاله، از به کارگیری واژه‌های خارجی در صورت وجود معادل فارسی آن و نیز از آوردن جملات و عبارات غیر فارسی، در تمامی بخش‌های مقاله، اجتناب گردد؛ جز در مواردی که استناد به عین الفاظ عبارت غیر فارسی، لازم و ضروری است. در صورت نقل مستقیم و استشهاد به ترجمه عبارات خارجی، در متن مقاله، عین عبارت خارجی، در پاورقی، آورده شود.

- برای مشخص کردن قسمت‌های مختلف مقاله، از به کارگیری واژه‌های: فصل، بخش و... پرهیز گردد و تنها، از شیوه شماره گذاری عناوین اصلی و فرعی، از راست به چپ: ۱-۱، ۲-۱، ۱-۲، ۲-۲ و... استفاده شود.

- هر مقاله، باید دارای: عنوان، چکیده، واژه‌های کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه‌گیری و کتاب‌شناسی (فهرست منابع) باشد.

- عنوان مقاله باید دقیق، گویای اندیشه اصلی مذکور در مقاله، جذاب و در صورت امکان کوتاه، بین ۱۰ تا ۱۵ واژه باشد.

- چکیده، شامل: هدف، روش گردآوری و تحلیل اطلاعات (و نه عنوان روش تحقیق) و دست‌آورد و نتیجه است که به دو زبان فارسی (حداکثر ۲۵۰ کلمه) و زبان انگلیسی (حداکثر ۳۰۰ کلمه) نگارش می‌یابد.

- واژگان کلیدی فارسی و انگلیسی حداقل ۳ و حداکثر ۵ مورد ذکر و با درنگ نما (،) از یکدیگر جدا شوند.

- محتوای مقدمه شامل توضیحات مقدماتی، بیان مسأله، هدف اصلی، پرسش‌ها و یا فرضیه‌ها، و مرور پیشینه است. تمام این موارد باید همچون تکه‌های جورچین کنار هم قرار گیرند به گونه ای که خواننده مقاله، تصویری کلی از تمامی اطلاعات مقاله، به دست آورد. چنانچه برای مرور و ارائه‌ی پیشینه، به بخشی مجزا نیاز است، پس از مقدمه، مرور پیشینه، به صورت بخشی مستقل آورده می‌شود.

- رعایت اصل مستند نویسی در بیان مطالب مقاله، الزامی است؛ از این رو، پس از نقل مطلب، بلافاصله، منبع آن، داخل (هلالین) نوشته و ارجاع می‌شود. نقل قول‌های مستقیم، داخل کمانک‌های کوچک « » قرار می‌گیرد و نقل قول‌های غیر مستقیم، به صورت بندهای مطالبِ متنِ مقاله، نوشته می‌شود.

- در صورت لزوم، معادل خارجی (لاتین و عربی) واژگان تخصصی داخل (هلالین) و در متن مقاله ذکر گردد و یادداشت‌های توضیحی در پاورقی آورده شود.

- در صورت مسأله محور بودن مقاله، از آوردن نام اشخاص به هر گونه آن، جز در صورت ضرورت، اجتناب گردد و در صورت شخص محور بودن مقاله، از به کارگیری القابی مانند: دکتر، پروفیسور، مهندس، علامه، شیخ، آیت الله، حجت الاسلام و ... چه در متن و چه در کتاب‌شناسی، خودداری شود؛ مگر در مواردی که این القاب، جزئی از نام شخص به شمار می‌آیند؛ مانند: شیخ طوسی، علامه حلی، شیخ الاسلامی، آیت اللهی.

- آیات و احادیث، همواره، و اعلام و اصطلاحات، در صورت لزوم، چه در متن و چه در پاورقی، با ضبط کامل آورده شود.

- از نگارش بندهای بلند و طولانی پرهیز شود و در هر صفحه، حداقل سه بند، نگارش یابد.

- کتاب‌شناسی (فهرست منابع)، در پایان مقاله، با رعایت ترتیب الفبائی، بر مبنای روش استناددهی بین‌المللی APA نگارش یابد. تمامی ارجاعات درون مقاله، باید در بخش فهرست، مذکور و با آن، یکسان باشد و از ذکر منبع فاقد ارجاع، اجتناب گردد. همچنین باید اطلاعات همه منابع ذکر شده در کتاب‌شناسی، به انگلیسی برگردانده و در انتهای چکیده انگلیسی آورده شود. اطلاعات منابعی که نام انگلیسی آن‌ها وجود ندارد، به صورت فارسی انگلیسی (فینگلیش) نگارش می‌یابد. در ترجمه چکیده و کتاب‌شناسی از مترجم‌های خودکار، مانند: google Translate اجتناب شود.

- کتاب‌های دارای ارجاع، به صورت: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، **عنوان کتاب**، نام و نام خانوادگی مترجم، مصحح یا محقق، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ، در کتاب‌شناسی، فهرست شوند.

- مقاله‌های انتشار یافته در نشریات و دارای ارجاع در مقاله، به صورت: نام خانوادگی، نام، (تاریخ انتشار مقاله)، **عنوان مقاله**، دوره مجله، صفحه آغاز و انجام مقاله مورد استناد، در کتاب‌شناسی، فهرست شوند.

- مقالات انتشار یافته در مجموعه مقالات و یا دایرة المعارف‌ها که دارای ارجاع در مقاله هستند، به صورت: نام خانوادگی و نام نویسنده مقاله، (تاریخ انتشار)، **عنوان مقاله**، نام مجموعه یا دایرة المعارف، نام و نام خانوادگی گردآورنده، ویراستار یا مترجم، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ، در کتاب‌شناسی، فهرست گردند.

- پایان نامه و رساله دارای ارجاع در مقاله، به صورت: نام خانوادگی، نام نویسنده، (سال انتشار)، **عنوان پایان نامه یا رساله**، مقطع و رشته تحصیلی، نام دانشگاه و شهر، در کتاب‌شناسی، فهرست شود.

- تارنماها (website) و شبکه‌ها، پایگاه‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای، دارای ارجاع، به صورت: نام خانوادگی، نام، (تاریخ مطلب)، **عنوان مطلب**، تاریخ دریافت، نام و نشانی تارنماکده، شبکه، پایگاه و سامانه رایانه‌ای، در کتاب‌شناسی، فهرست شود؛ برای نمونه: عباسی، مصطفی (۱۳۹۰/۱۱/۱۰)، **تعدد معنوی در جرایم تعزیری**، تاریخ دریافت: ۱۴/۰۵/۱۳۹۹، <http://mostafaabasi2.blogfa.com/post-11.aspx>.

- منابع فارسی و عربی، اعم از کتاب، مقاله، پایان نامه و رساله، توأمان در کتاب‌شناسی فهرست می‌شوند و منابع خارجی (غیر عربی) دارای ارجاع، اعم از کتاب و مقاله، پس از فهرست توأمان منابع فارسی و عربی، تحت عنوان: منابع خارجی، در بخش کتاب‌شناسی فهرست می‌گردد. ترتیب شماره این بخش، ادامه شماره منابع فارسی و عربی است. تارنماها و قوانین و بخشنامه‌ها، جداگانه و در پایان کتاب‌شناسی، فهرست می‌شوند.

- در فهرست منابع فارسی و عربی، برای تعیین سال قمری، حرف: « ق » و برای سال میلادی، حرف: « م » پس از نگارش تاریخ ذکر گردد و برای سال شمسی، چیزی نوشته نشود.

- در صورت فقدان برخی از مشخصات در شناسنامه منابع، از واژه‌های: « بی جا »، برای بدون محل نشر، « بی نا »، برای بدون ناشر، « بی تا » برای بدون تاریخ نشر استفاده شود.

- کتب و مقالات ترجمه شده دارای ارجاع، به نام نویسنده و نه مترجم، در کتاب‌شناسی فهرست می‌گردند.

- در صورت ارجاع به چند اثر از یک نویسنده، به هنگام فهرست آن آثار در کتاب‌شناسی، نام نویسنده با رعایت ترتیب آثار در ردیف الفبایی، پشت سر هم، تکرار می‌گردد و از به کارگیری خط تیره برای عدم تکرار نام نویسنده، پرهیز می‌شود.

- حجم کل مقاله با لحاظ چکیده و کتاب‌شناسی، باید حداقل ۶۰۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ واژه نگارش یافته با قلم بی لوتوس (B Lotus) ، در قالب نرم افزار کلمه (Microsoft Word) ۲۰۰۷ و یا ۲۰۱۰ در بستر

برگه قطع وزیری (A 4) با حاشیه سفید از بالا ۵، از پایین ۶ و از سمت راست و چپ ۴ سانتی متر، با رعایت فاصله یک سانت (Single) بین خطوط و تورفتگی ۰٫۷، آغاز بندهای دوم به بعد هر عنوان باشد. در نگارش چکیده انگلیسی و ترجمه انگلیسی کتاب نامه، از قلم نیو تایمز رومن (Times New Roman) استفاده شود.

- در نگارش مقاله، اندازه قلم عنوان مقاله ۱۵ پر رنگ (Bold)، عناوین اصلی مقاله ۱۴ پر رنگ، عناوین فرعی ۱۳ پر رنگ، مطالب متن ۱۳ ساده، مطالب پاورقی ۱۰ ساده، عنوان انگلیسی ۱۳ پر رنگ، متن چکیده فارسی و انگلیسی، کتاب‌شناسی و ترجمه انگلیسی آن ۱۱ ساده است.

پ) استناد دهی

با توجه به پیروی فصلنامه از روش «استناد درون متنی»، رعایت شرایط ذیل لازم است:
- ارجاع به منابع فارسی و غیر فارسی در متن مقاله، به صورت: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد، شماره صفحه (انصاری، ۱۴۲۰، ۱/۱۴) انجام یابد. در ارجاع توأمان به بیش از یک منبع، منابع، با نقطه درنگ نما (؛) از یکدیگر جدا می‌شوند؛ (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷/۴۲).

- در صورت تشابه نام خانوادگی نویسندگان و یکسانی سال نشر، نام آنان نیز ذکر گردد.
- در صورت ارجاع به چند کتاب از یک نویسنده با تاریخ انتشار یکسان، برای تعیین منبع، یا نام کتاب و یا حروف الفباء (الف، ب و ...)، پس از ذکر تاریخ، آورده شود. در صورت اخیر، باید حرف الفباء ذکر شده در ارجاع درون متنی، کنار منبع فهرست شده در کتاب‌شناسی نیز ثبت شود.

- در صورت ارجاع به کتاب و مقاله فارسی و غیر فارسی که دارای دو نویسنده است، نام هر دو نویسنده با حرف عطف واو، در ارجاع درون متنی نوشته می‌شود و در صورتی که نویسندگان سه نفر و بیشتر باشند، نام نویسنده اول به همراه عبارت: «و دیگران»، در ارجاع درون متنی نوشته می‌شود. در هر صورت، به هنگام فهرست این منبع در کتاب‌شناسی، نام همه نویسندگان، به طور کامل ثبت می‌گردد.

- در صورت ارجاع مکرر و بی‌فاصله به یک منبع، از به کارگیری واژه «همان»، پرهیز گردد و ارجاع دهی به صورت کامل انجام یابد.

- در صورت استناد دهی به تارنماها، پایگاه‌ها، سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای، تاریخ مراجعه به شبکه و سامانه نیز ذکر شود.

- ارجاع به آیات شریف قرآن کریم، به صورت: نام سوره مبارکه، شماره آیه شریفه (بقره، ۱۲) و ارجاع به نهج البلاغه، با ذکر شماره خطبه، نامه، کلمات قصار و صفحه (نهج البلاغه، خطبه ۳، ۲۵) انجام یابد.
- در صورت ارجاع به منابع خارجی، آن بخش از متن منبع خارجی ارجاع شده در مقاله، جداگانه و به صورت ضmann مقاله، از طریق بارگزاری، به نشریه ارسال گردد.

- در صورت قابل دسترس بودن منبع اصلی، از ارجاع و استناددهی به ترجمه و یا نقل با واسطه، پرهیز شود.

ت) ارسال مقاله

- نگارش کامل نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان، میزان تحصیلات، رتبه علمی، گروه آموزشی، رشته تحصیلی و دانشگاه محل خدمت یا تحصیل، به زبان های فارسی و انگلیسی، تعیین نویسنده مسئول در مقالات دارای چند نویسنده، نشانی رایانامه نویسنده یا نویسندگان، شماره تماس، کد پستی و نشانی نویسنده یا نویسندگان، به هنگام بارگزاری مقاله در سامانه نشریه، الزامی است.

- نویسنده مسئول، پس از عضویت در مجله، متن نگارش یافته مقاله را در قالب نرم افزار کلمه (Microsoft Word) به همراه تکمیل کاربرگ تعارض منافع و کاربرگ تعهد نامه، مبنی بر اصیل بودن مقاله، عدم انتشار تمام یا بخشی از مقاله، در نشریه‌های دیگر و عدم ارائه همزمان مقاله، به چند نشریه، در سامانه مجله، بارگزاری می‌کند.

- نویسنده مسئول، نسخه بدون نام مقاله و نیز برگه مشخصات نویسندگان را در سامانه بارگزاری می‌کند. - در برگه مشخصات نویسندگان، نام و نام خانوادگی، رتبه علمی، گروه آموزشی، نام و مکان دانشگاه محل خدمت یا تحصیل (شهر، کشور)، تعیین نویسنده مسئول و نشانی رایانامه نویسندگان، به دو زبان فارسی و انگلیسی نگاشته می‌شود.

- مقاله، تنها با یک نام کاربری در سامانه نشریه به نشانی: jcld.liiau.ac.ir ثبت گردد.

- از ارسال مقاله، به رایانامه نشریه، سردبیر، هیأت دبیران (هیأت تحریریه) و سایر اعضا و ارکان مجله پرهیز گردد؛ از این رو، نویسنده مسئول، مقاله را تنها از طریق بارگزاری در سامانه نشریه، برای سردبیر ارسال و کد مقاله را دریافت می‌دارد. دفتر نشریه، هیچ گونه مسئولیتی برابر مقالاتی ندارد که از طریق سامانه به نشریه، ارسال نمی‌شوند.

- تمامی قسمت‌های مربوط به نویسندگان مقاله و همچنین چکیده انگلیسی، فارسی، واژگان کلیدی و ... در سامانه به دقت تکمیل گردد.

- در صورتی که اطلاعات نویسندگان در سامانه با برگه ارسال شده مشخصات نویسندگان مغایر باشد، مقاله، بایگانی می‌شود؛ بنابر این، چنانچه در برگه مشخصات نویسندگان مقاله، نام سه نفر مذکور است، باید در سامانه نیز نام همان سه نفر به همراه مشخصات علمی آنان، به طور کامل، ثبت شود.

- تنها مرجع پاسخگویی در خصوص مقالات ارسالی به نشریه، دفتر نشریه است. برای مشاهده وضعیت مقاله، به صفحه شخصی خود مراجعه کنید و در صورت ضرورت پیگیری وضعیت مقاله از دفتر نشریه، از طریق سامانه، پیغام و درخواست خود را به رایانامه نشریه، ارسال کنید.

- نشریه، در پی دریافت مقاله، از صدور گواهی دریافت مقاله، معذور است و ثبت کد مقاله ارسالی در صفحه شخصی نویسنده، به معنای دریافت مقاله است.
- نویسندگان محترم، با لحاظ صرف زمان شش ماه برای بررسی و تعیین تکلیف نهایی مقاله ارسالی، به انتخاب این نشریه و بارگزاری و ارسال مقاله خود اقدام کنند.
- مقالات پذیرفته شده، در نوبت چاپ قرار می گیرند و نویسندگان مقالات پذیرفته شده، می توانند گواهی پذیرش مقاله را از سامانه نشریه، دریافت دارند.
- نویسندگان محترم، از ارسال همزمان دو یا چند مقاله به نشریه، پرهیز دارند و در صورت تمایل ارسال مقالات متعدد به نشریه، با رعایت طولی زمانی، مقالاتی به نشریه ارسال گردد که موضوع آن‌ها با چشم اندازهای نشریه دارای مطابقت است.
- تنها، مقالاتی به کمیته علمی ارسال می گردند که با رعایت ضوابط تدوین مقالات علمی پژوهشی نگارش یافته‌اند، نویسنده مسئول آن‌ها، دارای رتبه استادیاری و بالاتر و یا هم‌تراز آن است و موارد بیان شده در این راهنما، در آن، رعایت شده است؛ از این رو، مقالاتی که در آن‌ها، موارد مذکور، مراعی نیست، به محض دریافت، بایگانی می شوند و به کمیته علمی ارسال نمی گردند.
- ترجمه متون بیگانه در قالب مقاله، قابل پذیرش نیست.
- مقاله‌های برگرفته از پایان نامه‌ها و رساله‌های دانشجویی، با مسئولیت استاد راهنما قابل دریافت و بررسی است .
- در مقالات برگرفته از پایان نامه و رساله، طرح پژوهشی و یا ارائه شفاهی همایش، به ترتیب، ذکر کامل عنوان پایان نامه و رساله، نام استاد راهنما، تاریخ دفاع و نام دانشگاه محل تحصیل؛ ذکر کامل عنوان طرح، تاریخ اجراء، همکاران طرح و سازمان مربوطه؛ ذکر کامل عنوان همایش، تاریخ و سازمان مربوطه، الزامی است.
- مقاله باید اصیل، حاصل مطالعات، تجربه‌ها و پژوهش‌های نویسنده و متضمن دستاورد علمی جدید باشد. نشریه، تنها مقالات علمی پژوهشی را نشر می‌دهد؛ از این رو، از ارسال مقالات گردآوری شده، به نشریه، پرهیز شود.
- مقاله، نباید در نشریه دیگری چاپ و یا همزمان به نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مجله در ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.

فهرست مقالات

بررسی نقش عنصر زمان و مکان در تغییر موضوعی فقهی قماربازی

مجتبی ابراهیمی؛ سید مهدی احمدی؛ علی رضوانی؛ حسین رحیمی واسکسی

صفحه ۱-۲۲

اثر اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، بر ارتکاب جرم، در نظام حقوقی ایران و کانادا

عباس بائی لاشکی؛ محمود حبیبی تبار؛ مهدی اسماعیلی

صفحه ۲۳-۳۸

بررسی قراردادهای واگذاری معادن در ساختار اداری وزارت صمت، با نگاهی به ادارات مشابه در

نظام‌های حقوقی فرانسه و کانادا

حمید رضا رفیع پور طهرانی؛ بختیار عباسلو؛ حاتم صادقی زیازی

صفحه ۳۹-۵۴

فرسایش سزاگرایی در کیفرگذاری حبس و جایگزین‌های آن

شیرین شیعه زاده؛ حسین میر محمد صادقی؛ عباس شیخ الاسلامی؛ حمید رضا میرزا جانی

صفحه ۵۵-۷۲

مبانی و آثار داوری اجباری در فقه اسلامی، حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لای انگلستان

سما فلاحتی؛ محمد باباپور؛ شکر اله نیکوند

صفحه ۷۳-۹۲

مطالعه تطبیقی اصل حسن نیت در تبلیغات تجاری گمراه کننده در پرتو فقه و حقوق جزاء

مریم عباسی اول؛ منصور امیرزاده جیرگلی؛ محمد علی سعیدی

صفحه ۹۳-۱۱۶

جایگاه رضایت بزه‌دیده در سیاست کیفری ایران؛ فرا تحلیل تطبیقی

حسین قزلباش؛ باقر شاملو؛ سید مهدی احمدی موسوی

صفحه ۱۱۷-۱۳۰

شرایط نظام نیمه آزادی در حقوق کیفری ایران؛ چالش‌ها راهکارها

علی مشایخیان؛ حسنعلی مؤذن زادگان؛ جان احمد آقایی؛ سید علی میرابراهیمی

۱۳۱-۱۵۴

فصلنامه

علمی

آموزه‌های

فقه و حقوق

جزاء



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 1-22

Receive Date: 2024/06/19

Revise Date: 2024/11/19

Accept Date: 2024/11/24

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1195748

Examining the Role of Time and Place Elements in the Jurisprudence Subjective Change of Gambling

Mojtaba Ebrahimi¹Seyed Mehdi Ahmadi²Ali Rezvani³Hosein Rahimi vaskasi⁴

Abstract

Undoubtedly, time and place are two key and influential elements in the dynamics of Islamic jurisprudence. The social, political, and cultural transformations of societies through history caused changes in jurisprudence commandments. Some mental and social games such as chess is not an exception to this rule and has experienced significant transformations under the influence of temporal and spatial factors. This research, with an analytical-descriptive approach and using library resources and the examination of various jurists' viewpoints, shows that the change in the understanding and status of games such as chess in different societies has been the main factor of transformation of jurisprudence commandments. Analysis of the adjudications of jurists in different periods clearly demonstrates this change. The jurisprudence commandments of games such as chess has shifted from being forbidden to permissible. This transformation can be attributed to changes in the nature and function games such as chess in various societies, as well as shifts in the understanding of concepts related to gambling and entertainment.

Keywords: jurisprudence commandment's change, time element in perception, place element in perception, change of chess commandment.

1. Ph.D. Student of jurisprudence and principles of Islamic law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran mojtabae317@gmail.com.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. (Corresponding Author). dr.ahmadi4545@gmail.com.

3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shahroud Branch, Islamic Azad University, Shahroud, Iran. alirezvani2200@yahoo.com.

4. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. hoseinrahimi542@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcl.d.liu.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱-۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۳۰

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1195748

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی نقش عنصر زمان و مکان در تغییر موضوعی فقهی قماربازی

مجتبی ابراهیمی^۱

سید مهدی احمدی^۲

علی رضوانی^۳

حسین رحیمی واسکسی^۴

چکیده

بدون شک، زمان و مکان دو عنصر کلیدی و تأثیرگذار در پویایی فقه اسلامی هستند. تحولات اجتماعی، سیاسی و فرهنگی جوامع در طول تاریخ، موجب تغییراتی در احکام فقهی شده است. برخی از بازی‌های فکری و اجتماعی، مانند: شطرنج نیز از این قاعده، مستثنی نیست و تحت تأثیر عوامل زمانی و مکانی، تحولات چشمگیری را تجربه کرده است. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی تحلیلی، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و بررسی دیدگاه‌های فقهی مختلف، نشان می‌دهد: تغییر در درک و جایگاه بازی‌هایی مانند: شطرنج در جوامع مختلف، عامل اصلی تحول در احکام فقهی مرتبط با آن بوده است. تحلیل فتاوی فقهاء، در دوره‌های مختلف، به وضوح، این تغییر را نشان می‌دهد: حکم فقهی بازی‌هایی مانند: شطرنج، از حالت حرام به مباح تغییر یافته است. می‌توان این تحول را به تغییرات در ماهیت و کارکرد بازی‌هایی مانند: شطرنج در جوامع مختلف و همچنین تغییر در فهم مفاهیم مرتبط با قمار و تفریح نسبت داد.

واژگان کلیدی: تغییر احکام فقهی، عنصر زمان در استنباط، عنصر مکان در استنباط، تغییر حکم شطرنج.

۱. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران. mojtabae317@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران (نویسنده مسئول). dr.ahmadi4545@gmail.com

۳. دانشیار گروه فقه و حقوق، واحد شاهرود، دانشگاه آزاد اسلامی، شاهرود، ایران. alirezvani2200@yahoo.com

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. hoseinrahimivaskasi542@gmail.com

مقدمه

سده گذشته، دوره‌ای بود که جهان اسلام، به ویژه ایران، با چالش مواجهه با مدرنیته غربی و تضاد سنت و تجدد رو به رو شد. این دوره، بستری برای شکل‌گیری جریان‌های فکری و فرهنگی مختلف فراهم کرد. در این میان، امام خمینی با تکیه بر فقه جواهری، اندیشه‌هایی را در خصوص تطبیق فقه با شرایط زمان و مکان مطرح کردند. شهید صدر نیز به محدودیت عقل بشر در درک مناسبات احکام اشاره کرده و تصریح می‌کند که بسیاری از احکام شرعی از طریق عقل قابل درک نیستند (صدر، ۱۴۱۷، ۲۸۹). امام خمینی نیز بر این نکته تأکید دارند که مسائل گذشته، در شرایط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی جدید ممکن است نیازمند احکام جدید باشند (خمینی، ۱۳۶۷، ۲۸۹/۲۱). در این راستا، پیامبر اکرم (ص) نیز تأکید دارند که انسان باید با زمان خود آشنا باشد. برخی از احکام شرعی تغییرناپذیرند، مانند حلال و حرام در امور اساسی، ولی برخی دیگر بر اساس تغییرات اجتماعی و فرهنگی می‌توانند تغییر یابند (خمینی، ۱۳۸۵، ۱۵۳). امام خمینی در این زمینه معتقدند که زمان و مکان دو عامل تعیین‌کننده در اجتهاد فقهی هستند و اجتهاد باید با توجه به تحولات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی انجام شود (خمینی، ۱۳۶۷، ۲۸۹/۲۱). با پیشرفت جوامع و تکنولوژی، مسائل جدیدی مانند قرعه‌کشی‌های بانکی و بخت‌آزمایی‌های آنلاین ایجاد شده که نیازمند توجه به شرایط زمان و مکان در اجتهاد فقهی هستند. این مقاله به بررسی این مسائل پرداخته و نقش زمان و مکان را در تغییر حکم شطرنج و مسائل مشابه مورد تحلیل قرار خواهد داد. آیا این مسائل که در گذشته احکام ثابتی داشتند، تحت تأثیر شرایط جدید تغییر کرده‌اند یا خیر؟

۱. مفهوم قمار

۱-۱. قمار در لغت

قمار یک نوع بازی است که با آلات مخصوص و با قصد و نیت خاص میان گروه‌ها، بشرط برد و باخت انجام می‌شود. در کتاب‌های مختلف لغات عربی و فارسی معنا شده است که به نمونه‌های اشاره می‌گردد:

قمار یا مَنگیا (دهخدا، ۱۳۶۳، ۳۲۶/۵) شرط‌بندی بر سر پول، یا هر چیز دارای ارزش اقتصادی، با پیشامد و نتیجه نا مشخص اطلاق می‌شود که با هدف برنده شدن پول یا هرکالای با ارزش دیگر انجام می‌گیرد.

قمار می‌تواند به صورت سازماندهی شده، در مراکزی به نام قمارخانه انجام بگیرد که توسط فردی بی‌طرف مدیریت می‌شود. در کتاب‌های عربی چنین معنا کرده‌اند: «قامر الرجل مقامره و قماراً؛ راهنه و القمار المقامره» (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱۱۵/۵). قمار گروبنندی در بازی با آلات معروف و ساخته شده از

برای قمار است. «الرهن علی اللعب بشئ من الآلات المعروفة» هر نوع بُرد و باخت به وسیله اسباب مختص برای این کار و یا وسائلی که عرفاً و عادتاً برای این عمل به کار می‌رود، قمار به شمار می‌آید. و جماعتی گفته‌اند: که بر بازی با اشیای مزبور اطلاق می‌شود و لو توأم با رهن نباشد (انصاری، ۱۳۹۲، ۳۷۱/۱). معنای مختلف برای قمار بیان شده است قدر جامع آن این است که بازی با آلات قمار که در آن بُرد و باخت و یا سود، عوضی و گرو وجود داشته باشد، قمار گفته می‌شود.

صاحب معجم مقائیس اللغه در مفهوم قمار، گروگذاری را شرط می‌داند؛ زیرا پس از بیان اینکه ماده «قمر» به معنای سفیدی هر چیزی است، می‌گوید: برخی قمار را از این ماده ندانسته‌اند و برخی دیگر از آن جهت که شخص مقامر همانند «ماه» آرام آرام در مال خود کم و یا زیاد می‌کند از این ماده دانسته‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳۰۸/۱).

نویسنده المصباح المنیر، قمار به فتح قاف را مصدر باب مفاعله دانسته است و آن را به معنای غلبه و پیروزی می‌داند ولی راهنه را در آن شرط نمی‌کند (فیومی، ۱۴۲۵، ۴۱۵/۱).

صاحب مجمع البحرین نیز در صدق مفهوم قمار لعب و راهنه را شرط می‌کند. وی می‌نویسد: اصل قمار عبارت است از راهنه در بازی با یکی از این وسائل مخصوص و چه بسا قمار بر بازی با انگشتر و گردو نیز اطلاق گردد (طریحی، ۱۳۷۵، ۵۶/۱).

صاحب لسان العرب نیز در صدق مفهوم قمار لعب و راهنه را شرط کرده است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۲۷/۵).

جوهری نیز در صدق مفهوم قمار لعب و مغالبه را شرط کرده است (نجفی، ۱۳۶۷، ۴۶۲/۱۲). معصومی نیا می‌نویسد: علامه دهخدا نیز از چند فرهنگ لغت نقل می‌کند که آنان در مفهوم قمار وجود لعب و راهنه و مغالبه را شرط کرده‌اند «قمار... مقامره، بگرو چیزی باختن و نبرد کردن باهم بگرو» (معصومی نیا، ۱۳۸۵، ۱۶۲).

۲-۱. قمار در اصطلاح

قمار و قماربازی در اصطلاح عبارت است از انجام یک عمل بر مبنای شرط‌بندی که به موجب آن یکی از طرفین ملزم به پرداخت مال معین و یا انجام عمل خاصی برای شخص برنده می‌کند و بدین لحاظ آن عمل حرام می‌گردد؛ بنابراین هر بازی که بُرد در آن، مساوی با پرداخت مبلغی به برنده باشد، حرام است و هر بازی که در عرف دینی منحصر در قمار است، گرچه برای برد و باخت انجام نشود نیز حرام می‌باشد؛ زیرا صدق استعمال این بازی در عنوان حرام موجب حرمت انجام آن خواهد شد.

اگر بخواهیم تعریف جامعی برای قمار ذکر کنیم، باید بگوییم: قمار، یعنی: قربانی کردن مال و آبرو برای به دست آوردن مال دیگران به وسیله خدعه و تزویر به جهت استفاده در عیش و نوش و لذات مادی و دنیوی.

لعب را چنین تعریف کرده‌اند: «كُلُّ لَعْبٍ يَشْتَرِطُ فِيهِ الْعَالِبُ مِنَ الْمُتَغَالِبِينَ أَخْذَ شَيْءٍ مِنَ الْمَغْلُوبِ مَعَهُ»؛ هر بازی که برنده، گرفتن چیزی از بازنده را شرط کند. قمار در مبانی فقهی و حقوقی چنین تعریف شده است: قمار، عبارت است از قراردادی بین دو یا چند نفر مربوط به مسابقه‌ای با هر کیفیتی و هر آلتی به شرط وجود گرو یا عوض. در این تعریف، دو رکن اساسی برای مفهوم اصطلاحی قمار وجود دارد، یکی اینکه وسیله‌ای وجود داشته باشد چه جزء آلات قمار باشد یا اینکه جزء آلات معروف قمار نباشد، دیگری اینکه همراه گروبندی و شرط بندی باشد؛ یعنی اینکه گرو یا عوضی برای شخص برنده باشد.

۳-۱. اختلاف فقهاء در مفهوم قمار

فقهاء در مفهوم اصطلاح قمار اختلاف کرده‌اند: برخی قوام آن را به راهننه می‌دانند و برخی دیگر آن را بدون راهننه نیز صادق می‌دانند. اما نکته مهم این است که در تعریف همه فقهاء لعب مقوم اصلی قمار بوده و اکثر فقهاء مغالبه را نیز از مقومات آن می‌دانند.

محقق اردبیلی برای قمار مفهوم وسیعی قائل است و آن را بدون راهننه نیز صادق می‌داند: «القمار هو اللعب بالآلات المعده له كالنرد و الشطرنج»؛ قمار عبارت است از بازی با وسایل ویژه قمار مانند بازی با نرد و شطرنج» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴/۸).

شهید ثانی نیز همانند محقق اردبیلی از ظاهر کلامش استفاده می‌گردد که راهننه را در قمار شرط نمی‌داند. وی می‌نویسد: «قمار عبارت است از بازی با وسایل ویژه برای قمار مانند نرد و شطرنج» (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۲۲/۳). برخی دیگر از فقهاء در صدق مفهوم قمار افزون بر بازی با وسایل ویژه قمار وجود راهننه را شرط کرده‌اند. بسیاری از فقهاء این باور را که هماهنگ با نظر ارباب لغت است، ابراز کرده‌اند؛ از جمله: صاحب جواهر پس از استدلال بر حرمت قمار و مالی که از آن نقل و انتقال می‌شود می‌نویسد: «ان اصل القمار الرهن علی اللعب بشی من آلاته كما هو ظاهر القاموس و النهایه او صریحهما و صریح مجمع البحرین»؛ اصل قمار عبارت است از گرو نهادن بر بازی با آلات قمار. همان گونه که ظاهر عبارت قاموس اللغه و نهاییه بلکه صریح این دو و صریح مجمع البحرین این معنا است (نجفی ۱۳۶۷، ۱۰۹/۲۲).

محقق نراقی از کسانی است که در صدق مفهوم قمار، راهننه را شرط می‌کند و اما نسبت به اینکه گرو باید تنها از سوی بازیگران باشد تردید می‌کند. ایشان می‌نویسد: «ثم الظاهر ان القمار يكون في كل لعب جعل للغالب اجر مطلقا او اذا كان بما اعد لذلك عند اللاعبين»؛ ظاهراً قمار بر بازی که برای برنده اجرای داشته باشد، صادق است، مطلقاً (چه اجر از بازیگران و برای بازیگران باشد یا نه) و یا زمانی که مزد از بازیگران و برای بازیگران باشد (نراقی، ۱۴۱۵، ۴۰۱/۱۴).

از ظاهر عبارت محقق کرکی معروف به محقق ثانی استفاده می‌گردد که در مفهوم قمار مراهنه را شرط می‌داند، هر چند در پایان عبارت اشاره می‌کند که گاهی قمار بر هرگونه بازی اطلاق می‌گردد: اصل قمار عبارت است از گروگذاری بر بازی با وسایل بویژه قمار و چه بسا قمار بر بازی با آن وسایل هرچند گروگذاری نباشد اطلاق گردد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴/۴۲).

همان‌طور که واضح است تعریف اصطلاحی قمار فاصله چندانی با معنای لغوی آن ندارد و سه رکن: لعب، مغالبه و مراهنه، در تعاریف اصطلاحی هم به چشم می‌خورد. تفاوت اندک که در میان فقهای نامبرده وجود دارد، این است که از ظاهر عبارت محقق اردبیلی و شهید دوم چنین فهمیده می‌شود که قمار مطلق بازی با آلات قمار از قبیل نرد و شطرنج است؛ ولی از عبارت محقق کرکی و نراقی اینگونه فهمیده می‌شود که قمار با آلات ویژه قمار باشد، علاوه بر اینکه در این بازی، مزد، اجرت و گرو نیز وجود داشته باشد.

۲. بررسی ادله حرمت قمار

در منابع اسلامی بر حرمت قمار دلایل از آیات و روایات فراوان آمده است که به ذکر چند نمونه اکتفاء می‌کنیم:

۲-۱. حرمت قمار در قرآن کریم

لفظ قمار در قرآن کریم نیامده است؛ بلکه آیات میسر، ازلام، لعب و لهو آمده که مفسرین از آن، تعبیر به قمار نموده‌اند و قمار حرام است؛ چون قمار از اعمال شیطان محسوب می‌شود و شیطان میان می‌رود عداوت و دشمنی ایجاد کرده و شما را از یاد خدا غافل می‌کند. در این زمینه آیات چند آورده شده است:

(۱) قمار را ابزاری در دست شیطان معرفی می‌کند که به واسطه آن بین مؤمنین، دشمنی و کینه ایجاد کرده و آنها را از یاد خدا غافل کند. «إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ» (مائده/۹۱)؛ همانا شیطان می‌خواهد با شراب و قمار، میان شما دشمنی و کینه ایجاد کند و شما را از یاد خدا و از نماز باز دارد. پس، آیا شما دست بر می‌دارید؟

(۲) «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» (بقره/۲۱۹)؛ درباره شراب و قمار از تو می‌پرسند، بگو: در آن دو، گناهی بزرگ و سودهایی برای مردم است، و گناه هر دو از سودشان بیشتر است.

(۳) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (مائده/۹۰)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! شراب و قمار و انصاب و ازلام پلید و از کارهای شیطانی هستند، پس، از آن‌ها دوری گزینید.

واژه «میسر» در آیه شریفه شامل همه اقسام قمار می‌شود و از کلمه «یسر» به معنای آسانی مشتق شده است؛ چون قمارباز به آسانی و بدون رنج کسب و کار، مال مردم را به چنگ می‌آورد. در ذیل این آیه شریفه از امام باقر(ع) روایت شده است که فرمودند: «اما المیسر فالنرد و الشطرنج و کل قمار میسر»؛ میسری که در قرآن مجید تحریم شده، عبارت از نرد و شطرنج است و هر نوع قماری میسر است (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۲۳۹/۱۲).

تعبیر به گناه بزرگ در قرآن مجید تنها درباره شراب و قمار است؛ لذا می‌توان گفت قماربازی از گناهان کبیره است. از دیگر شواهد کبیره بودن قمار این است که خداوند در قرآن آن را همراه با بت‌سازی و شراب که از گناهان کبیره‌اند ذکر فرموده است. طبق این آیه خداوند می‌فرماید: در نزدیک شدن به هر یک از این چهار چیز: شراب، قمار، بت و ازلام، امید رستگاری نیست و برای تأکید حرمت خصوص شراب و قمار در آیه بعد، یکی از مفاسد عظیمه این دو را بیان می‌فرماید که ای مردم به هیچ وجه نزدیک این دو گناه نشوید.

(۴) خداوند در قرآن کریم در این باره می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» (نساء/۲۹)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید! مگر این که تجارتي با رضایت شما انجام گیرد.

منظور از اکل مال به باطل این است که انسان بی آنکه کاری انجام دهد و یا خدمتی ارائه کند، از راه غیر مشروع و غیر مجاز، اموالی را تملک کند، درست مانند قماربازی که در آن فقط به واسطه یک امر لهو و سرگرمی، دارایی‌های فراوانی رد و بدل می‌شود، بدون اینکه کار معقول و مشروعی صورت گرفته باشد و یا خدمتی ارائه شود.

۲-۲. بررسی حرمت قمار در روایات اسلامی

همچنین در روایات اسلامی شیعه و اهل سنت، لفظ «میسر» را به قمار تفسیر کرده‌اند و شطرنج را از نمونه‌های قمار دانسته‌اند که به نمونه‌های اشاره می‌گردد:

امام رضا (ع) می‌فرماید: «المیسر هو القمار» (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۱۲۰/۱۲).

امام باقر (ع) می‌فرماید: «قیل: یا رسول الله ما المیسر؟ فقال کل ما تقوم به» (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۱۱۹/۱۲).

از رسول خدا پرسیده شد، میسر چیست؟ فرمودند: هر چیزی که قمار بازی شود.

از امام هادی (ع) درباره میسر پرسیده شد، آن حضرت فرمود: «کل ما قומר به فهو المیسر»؛ هر چیزی که قمار شود، میسر است (عیاشی، ۱۳۸۰، ۱/۱۰۶).

امام باقر (ع) می‌فرماید: «وَأَمَّا الْمِيسِرُ، فَالنَّردُ وَ الشَّطْرَنْجُ وَ كُلُّ قَمَارٍ مِيسِرٍ»؛ میسر، نرد و شطرنج است و هر قماری میسر است.

از امام رضا (ع) درباره میسر پرسش می‌شود، می‌فرماید: میسر، همان پولی است که بین دو قمار باز برای برد و باخت در میان گذاشته می‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۱۲/۲۴۳).

امام باقر (ع) می‌فرماید: «يَدْخُلُ فِي الْمِيسِرِ اللَّعِبُ بِالشَّطْرَنْجِ وَالنَّردِ وَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَنْوَاعِ الْقَمَارِ»؛ میسر، بازی شطرنج و نرد و همانند این‌ها از دیگر ابعاد قمار را در بر می‌گیرد (طبرسی، ۱۳۹۶، ۲/۱۸۷).
طبرسی در مجمع البیان، روایاتی از ابن عباس، ابن مسعود، قتاده، مجاهد و حسن نقل کرده که درباره میسر، قمار سخن گفته شده است.

سیوطی در درر المنتور، روایاتی از رسول خدا (ص)، امام علی (ع)، ابن عمر، مجاهد، ابن عباس، قتاده، حسن، ابن مسعود، محمد بن سیرین و یزید بن شریح نقل کرده که میسر را به قمار تفسیر کرده‌اند (سیوطی، ۱۴۱۴، ۱/۲۵۲).

روایات از دو گروه شیعه و سنی، در موضوع تفسیر میسر به قمار بسیار فراوان و در حد تواتر است؛ از این رو، بررسی سند آن‌ها در این باره نیازی نیست.

اما از نظر دلالت، در چند مورد که از شطرنج نام برده شده، در ذیل قمار و به عنوان ابزاری ویژه در قمار یاد شده است. بیشترین دلالت این روایات آن است که شطرنج در زمان نازل شدن آیه و در روزگار پیامبر خدا (ص) و ائمه (ع) از مصداق قمار بوده است و این روایات، به گونه مستقیم، بر حرام بودن قمار دلالت می‌کنند و از باب باز نمود مصداق، بر حرام بودن شطرنج دلالت دارند. اما این روایات که موضوع آن‌ها، قمار است، بر حرام بودن شطرنج در روزگار ما، که موضوع آن تفاوت کرده است دلالت ندارند.

در هیچیک از این روایات، دیده نمی‌شود که بازی شطرنج، هر چند به عنوان سرگرمی و بدون برد و باخت، مصداق میسر و حرام باشد؛ «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (حج/۲۲)؛ از پلیدی بت‌ها و سخن باطل بپرهیزید.

فقیهان به این آیه به طور مستقیم استدلال نکرده‌اند، بلکه به روایاتی استدلال جسته‌اند که در تفسیر این آیه شریفه از معصومان (ع) رسیده است. در روایات «الرِّجْسُ مِنَ الْأَوْثَانِ» به شطرنج تفسیر شده است.

آیا می‌توان با روایاتی که نقل شد، بر حرام بودن شطرنج استدلال کرد؟ روایات نقل شده از امام صادق، امام باقر، و امام رضا علیهم السلام، براساس اینکه شطرنج را به منزله رجز و حرام قرار داده‌اند.

در سند این احادیث، خدشه وارد شده است، یا سند ضعیف است؛ چون در سند حدیث ابوالجارود قرار دارد و وی موثق نیست. بفرض که برخی از این احادیث معتبر باشد؛ شامل قمار می‌شود و شطرنج از تحت عنوان قمار در این روزگار خارج شده است؛ چون به عنوان آلات لهو و لعب نبوده، بلکه برای ورزش، تفریح و سرگرمی استفاده می‌شود و برای رشد فکری به کار می‌رود؛ بنا بر این، دلایل اولیه از بازی شطرنج تحت عنوان قمار و قماربازی حرام است، استفاده می‌کردند که در گذشته شطرنج از تحت عنوان قمار، موضوعی جدا و خارج است.

از امام صادق(ع) روایت شده است که فرمودند: فروش آلات شطرنج حرام و خوردن پول آن نیز حرام و نگهداشتن آن، کفر و بازی کردن با آن شرک و سلام کردن بر بازی کننده آن گناه و یاد دادنش گناه کبیره هلاک کننده است و کسی که برای بازی دست در شطرنج می‌کند، مانند آن است که دست در گوشت خوک فرو برده و باید برای نماز دستش را بشوید و کسی که به شطرنج می‌نگرد، مثل کسی است که به فرج مادرش نگاه می‌کند و آنکه بازی می‌کند و آنکه به او سلام کند و آنکه در وقت بازی به او نگاه کند، همه در گناه مساوی هستند و کسی که به بازی شطرنج بنشیند جای خود را در دوزخ مهیا می‌سازد و آن زندگی در آن دنیا با حسرت او همراه خواهد بود و از همنشینی قمار باز پرهیز؛ زیرا از جمله مجالسی است که اهالی آن در محل غضب الهی واقع می‌شوند و هر ساعت منتظر غضبند و چون نازل شود تو را با آنان فرا خواهد گرفت (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۲۴۱/۱۲)؛ گویی در زمان طوفانی سهمگین، در کشتی شکسته میان آب که هر آن، احتمال اینکه همه غرق شوید، امکان دارد.

طبق این روایت بازی کردن با آلات و وسائل مخصوص قمار در تمام حالات، حتی بدون شرط و برد و باخت و فقط به منظور سرگرمی و تفریح هم حرام است و حرمت آن هم مورد اتفاق فقهاء می‌باشد. همچنین فرقی بین نرد و شطرنج و سایر آلات قمار نیست و کاملاً حرام بوده است؛ بنا بر این، به کار بردن آلات قمار در قماربازی، خواه به شرط برد و باخت، یا بدون شرط حرام است (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ۳۰۲/۱).

به این مورد باید دقت کرد که ذکر خصوص شطرنج و تأکید آن در این روایت، شاید از این جهت بوده که در آن زمان جهت قماربازی بیشتر از شطرنج استفاده می‌کردند و امروزه اگر از آلت قمار بودن خارج شده باشد، دیگر چنین حکمی ندارد (خمینی، ۱۳۶۹، ۱۰/۱) و در واقع، ذکر شطرنج در روایت از باب مصداق است و باقی آلات قمار مانند: پاسور، نرد و ... نیز همین نکوهش‌های شطرنج را دارا می‌باشند و مطلقاً حرام است.

از این روایت به دست آمد هر چیزی که دوگونه استفاده داشته باشد، هم در راه فساد بشود به کار گرفت و هم در راه صلاح، استفاده و ساختن آن درباره صلاح جایز و در راه فساد جایز نیست.

امام صادق(ع) پس از بیان این قانون کلی، به موضوع شطرنج و همانند آن می‌پردازد: «وذلك إنما حرم الله الصناعة التي حرام هي كلها التي يجبي منها الفساد محضاً نظير: الرباط والمزامير و الشطرنج و كل ملهوبة و الصلبان و الأصنام و ما اشبه ذلك من صناعات الأشربة الحرام و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً و لا يكون فيه و لا منه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه والعمل به و أخذ الأجر عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها» (حرّانی، ۱۳۸۲، ۲۴۴/۱).

از این قانون کلی بر می‌آید که خدا تنها ابزاری را حرام کرده که تنها در راه حرام کاربرد داشته باشند، یا به گفته دیگر، کاملاً بیهوده باشد؛ مانند: بربط، مزماری، شطرنج؛ البته در زمان جاهلیت منظور است و هرگونه ابزار لهو و صلیب، بت و همانند این‌ها از ابزار ساخت نوشیدنی‌های حرام و هر چیزی که از آن تباهی برخیزد و در آن تباهی محض باشد و هیچ گونه صلاحی در آن نباشد و از آن پدیده نیاید؛ پس یادگیری و یاد دادن و به کارگیری و گرفتن مزد برای آن‌ها، بلکه هرگونه استفاده از آن‌ها، به طور مطلق، حرام است.

۲-۳. مبنای عقلی حرام بودن قمار

از نظر عقلی، هر عملی که باعث هیجان و تحریک اعصاب گردد، کینه و دشمنی به وجود آورد و پیامدهای اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی زیانباری به دنبال داشته باشد، جایز نیست.

۲-۳-۱. اصل حرمت اکل مال به باطل

یکی از مهمترین دلایل جرم انگاری جرایم اقتصادی، حرمت اکل مال به باطل است. خداوند در قرآن کریم به این قاعده مهم، اشاره فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء/۲۹) «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لَتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره/۱۸۸). شیخ طوسی، ذیل این آیه شریفه، دو معنا را برای اکل بیان می‌کند: یکی، تملک اموال دیگران به صورت ظالمانه، مانند: خیانت، سرقت و غصب؛ و دیگری، تملک مال از طریق غیر مشروع، مانند: قمار. ایشان، همه این موارد را به عنوان اکل مال به باطل می‌شمرد (طوسی، بی تا، ۱۳۸/۲).

فیض کاشانی، ضمن تفسیر آیه شریفه، تصرفات و تملکاتی که از راه باطل به دست آمده باشد، غیر مشروع می‌خواند و در ادامه، برخی از روایات مرتبط با مصادیق باطل را بیان کرده و می‌فرماید: آیه، همه مصادیق مذکور را شامل می‌شود (فیض کاشانی، ۱۴۱۶، ۲۲۶/۱).

علامه طباطبایی در تفسیر المیزان، عمومیت آیه شریفه را پذیرفته است و معتقد است: این آیه، مجموعه تصرفات ناروا را شامل می‌شود؛ بنا بر این، ذکر مواردی همچون: ربا و رشوه، در احادیث، از باب انحصار نیست، بلکه از باب بیان مصداق است؛ در نتیجه، بر اساس آیه مذکور، هر تصرفی که با

شرع مطابقت نداشته باشد و از طریق اسباب غیرقانونی حاصل شود، باطل و غیرحق است (طباطبایی، ۱۳۸۱، ۵۲/۲).

مبتنی بر دیدگاه صاحب تفسیر المیزان، عبارت: «اکل مال به باطل» عمومیت دارد و هرگونه استفاده نا مشروع از اموال را به عنوان یکی از مصادق خود در بر می‌گیرد؛ بر این اساس فعالیت‌هایی همچون: پولشویی که عملیاتی باطل بوده، موجب اکل مال توسط بزه‌کاران و مجرمان اقتصادی می‌شود؛ از این رو، فعالیت ایشان حرام بوده و از منظر اسلام جایز نیست؛ زیرا از منظر اسلام، همه‌ی تصرفات مالی می‌بایست بر مبنای حق و عدالت صورت گیرد و در هر موردی که غیر از این باشد، حرام و باطل شمرده می‌شود. حتی مطابق برخی از نظریات فقهی، نه تنها ایجاد درآمد از راه‌های نا صحیح، بلکه خرج کردن اموال در مسیرهای حرام نیز باطل است (علیزاده مقدم و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۱).

۲-۳-۲. اصل حرام بودن مقدمه حرام

در صورتی که میان دو شیئی ارتباط زیادی وجود داشته باشد، به گونه‌ای که یکی بر دیگری متوقف باشد، اولی را ذی المقدمه و دومی را مقدمه می‌گویند (محمدی، ۱۳۸۴، ۲۱۵)؛ بر این اساس، هر کاری که ارتکاب یک نهی قانونی، مستلزم ارتکاب قبلی آن کار باشد، مقدمه‌ی حرام نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۶۷۸).

بر اساس دیدگاه برخی فقیهان شیعه، اگر مقدمه‌ی حرام، الزاماً، موجب رسیدن به نفس حرام گردد، عمل مقدماتی، حرام است؛ حتی یک گام بالاتر از این نیز طرح شده است که اگر مقدمه‌ی حرام به عمل حرام منجر نشود، نیز فعل مقدماتی، حرام است؛ از جمله این فقهاء، شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد است. ایشان فرموده است: اگر زنی برای اینکه دیگران متعرض ناموس وی شوند، خوشبو کند و مقدمات آن را فراهم نماید و با این وضعیت از منزل خارج شود، کار حرامی مرتکب شده است (شهید اول، ۱۴۰۰، ۷۸).

برای مقدمه‌ی حرام سه صورت قابل تصور است: الف) به محض ارتکاب مقدمه، ذی المقدمه قهراً تحقق می‌یابد؛ ب) مرتکب مقدمه را از باب رسیدن به ذی المقدمه انجام می‌دهد؛ ج) حین ارتکاب مقدمه، هیچگونه انگیزه‌ای برای رسیدن به ذی المقدمه وجود ندارد. محقق خوئی، به نقل از مرحوم نائینی فرموده است که تنها دو فرض ابتدایی دارای حرمت است و حالت سوم حرام نیست (علیزاده مقدم و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۲).

۲-۴. اجماع

علمای شیعه و سنی بالاتفاق درباره قمار اجماع دارند و همه آن را حرام دانسته و فتوایی غیر این نداده‌اند. از نظر ایشان حتی آموزش قمار، ساختن وسایل قمار و خرید و فروش آن نیز حرام است.

حرام بودن قمار یکی از ضروریات دین به شمار می‌رود و فردی که قمار بازی می‌کند، یا به هر نحوی در این عمل دست دارد، از اسلام و جماعت مسلمین بیرون است (حسینی عاملی، ۱۳۹۱، ۵۶/۲).

۲-۵. سنت

به فرموده علامه طباطبائی (ره) روایات شیعه و سنی درباره حرام بودن قمار به قدری زیاد است که از حد شمارش خارج است (طباطبائی، ۱۳۸۱، ۱۳۷/۶). در روایت امام صادق (ع) از رسول اکرم (ص) فرمودند: ملائکه در رهن گذاشتن برای مسابقات سوارکاری با شتر و چهارپایان دیگر و تیراندازی با کمان حاضر می‌شوند و آنچه غیر این‌ها است قمار و حرام است (انصاری، ۱۳۹۲، ۳۷۵/۱). در روایت جابر از امام باقر (ع) گفته شده: ای رسول خدا! میسر چیست؟ فرمودند: هر چیزی که به آن قمار شود؛ حتی قاب بازی و گردوبازی و... ظاهر این است که قمار به معنای مغالبه همراه رهن می‌باشد (انصاری، ۱۳۹۲، ۳۷۶/۱).

تحریم قمار در اسلام ممکن است دلایل مختلف داشته باشد، اما موارد زیر مهمترین دلایل آن است: اما از آن جایی که منافع قمار و شراب و مانند آن نسبت به مفسد آن بسیار اندک است، خداوند قمار را تحریم کرده و آن را به عنوان گناه کبیره برشمرده است (بقره/۲۱۹). خداوند در آیات شریفه ۹۰ تا ۹۳ سوره مبارکه مائده، قماربازی را از اعمال و کردار شیطان محسوب می‌کند؛ زیرا از مقاصد شوم شیطان، ایجاد دشمنی و بغض و کینه میان انسان‌های مؤمن به وسیله قمار است.

در همین آیات، از قماربازی و شراب‌خواری به عنوان عملی ناپاک و پلید یاد شده است؛ زیرا این دو رفتار، عامل بسیاری از بدبختی‌ها و شقاوت‌های بشری است، خداوند تبیین می‌کند: قمار و قماربازی، موجب عداوت و دشمنی میان مردم می‌شود؛ زیرا کسانی که در بازی قمار چیزی را از دست می‌دهند، نسبت به دیگری که برنده شده، کینه به دل می‌گیرند و حسادت و حقد می‌ورزند و حسادت و کینه، اگر به شکل فعل و عمل درآید، موجب اذیت و آزار دیگری می‌شود؛ هر چند که خود شخص، بیش از دیگری آسیب می‌بیند؛ به هر حال، ریشه بسیاری از کینه‌توزی‌ها و بغض‌ها در میان برخی از می‌رودی اهل قمار و شراب، همین رفتار پلید و زشتی است که انجام می‌دهند.

قماربازی و شراب‌خواری موجب می‌شود که آدمی حالت تعادل شخصیتی خویش را از دست دهد و حرمت‌ها و حریم‌ها شکسته شود؛ از این رو، خداوند متعال در آیه شریفه ۳ سوره مبارکه مائده، قماربازی را از موجبات فسق بشر دانسته که زمینه ساز پرده دری در وی می‌شود.

همچنین قمار بازی موجب غفلت و بازماندن از یاد خداست. همچنان که خداوند متعال در آیات شریفه ۹۰ و ۹۱ سوره مبارکه مائده، یکی از علل غفلت انسان از خدا را قماربازی بر می‌شمارد. کسی که سرگرم قماربازی شد از خدا و یاد او غافل شده، نماز را به جا نمی‌آورد و یا به هنگام، آن را ادا نمی‌کند و می‌دانیم که یکی از مهمترین علل و عوامل بدبختی و شقاوت بشر در زندگی دنیوی، اعراض

از یاد خداوند متعال است و همین امر موجب می‌شود تا زندگی سخت شود و تنگدستی و فقر به سوی او رو آورد (طه/۱۲۴).

بدین ترتیب، قمار باز هم زندگی دنیوی را بر خود سخت می‌کند و هم گرفتار بیماری‌های روحی و روانی می‌شود و دشمنی دیگران را علیه خود بر می‌انگیزاند و کینه دیگران را در دل بر می‌افروزد و در نهایت، از فلاح و رستگاری ابدی محروم می‌گردد (مائده/۹۰). از این شمار آثار و تاثیرات مخرب و زیانبار قماربازی می‌توان به سادگی، علت و چرایی تحریم آن را دانست و از غلظت و تشدید عذاب‌های اخروی آن، آگاه شد؛ زیرا قماربازی، نه تنها به فرد در حوزه مادی و معنوی زیان و ضرر می‌رساند، بلکه در حوزه اجتماعی، جامعه را با بحران‌هایی چون واگرایی اجتماعی طبقات مردم از یکدیگر و بروز کینه و عداوت و دشمنی مواجه می‌سازد؛ چنانکه سرمایه رشد و بالندگی را هدر می‌دهد و فرصت رشد اجتماعی جمعی جامعه را از آن سلب می‌کند.

۳. تبیین عنصر زمان و مکان در مصادیق نوظهور قمار

۳-۱. جوایز قرض الحسنه بانک‌ها

ابتداء، باید به تبیین اجمالی ماهیت بخت آزمایی و مقایسه آن با این جوایز بپردازیم. بخت آزمایی دارای اقسامی است که مهمترین آن‌ها عبارت هستند:

الف) شخصی به قصد برنده شدن و تحصیل جایزه، این اوراق را خریداری می‌کند تا حق شرکت در قرعه‌کشی را داشته باشد.

ب) اوراقی برای جمع آوری اعانه و کمک به امور خیریه عرضه می‌شود و افراد نیز به انگیزه شرکت در امور خیر، این اوراق را خریداری کرده و جایزه نیز برای تشویق در مشارکت‌های مردمی، به افرادی داده می‌شود که برنده شده‌اند.

قسمتی که اکثر فقهاء به بطلان آن قائل شده‌اند، مورد اول است. به نظر می‌رسد: جوایز قرض الحسنه هم داخل در قسم اول است؛ زیرا امروزه، افراد به قصد برنده شدن و تحصیل جایزه، در قرعه‌کشی شرکت می‌کنند.

به نظر می‌رسد: برخی از نویسندگان، جوایز قرض الحسنه را به دلیل شباهت آن با بخت آزمایی سابق در بسیاری از موارد، یکسان دانسته و آنچه فقهاء در مورد حکم بخت آزمایی بیان داشته‌اند، به این مورد نیز تسری داده‌اند؛ به‌ویژه به دلیل اینکه بیشتر افراد برای شرکت در قرعه‌کشی و آزمودن بخت خود، اقدام به افتتاح حساب می‌کنند، درست همانند بخت‌آزمایی سابق که قصد بیشتر افراد، همین امر بوده است و نه اعانه و کمک به نیازمندان.

سؤالی که مطرح می‌شود، این است: آیا بخت آزمایی و مصادیق فعلی آن، نوعی قمار، ازلام، اکل مال به باطل، بیع غرری و سفهی است تا بتوان به بطلان آن، قائل شد؟

آنچه نگارندگان در بررسی کتب فقهی به آن دست یافته‌اند، این است که اکثر فقهاء در این مسأله، حکم به بطلان داده‌اند؛ البته صاحب کتاب بحوث فقهیه، با بیان استدلال، حکم اکثر فقهاء مبنی بر حرمت این مسأله را رد کرده است (حلی، ۱۳۹۷، ۵۲).

اکثر فقهاء برای حرمت بخت‌آزمایی استناد کرده‌اند که این امور، نوعی قمار است و شرعاً حرمت قمار ثابت گردیده است؛ به گونه‌ای تداعی‌کننده‌ی ازلام می‌باشد که در کتاب و سنت از این عمل، نهی شده است؛ نوعی بیع غرری بوده که وجود حدیث نبوی در این مورد، بهترین دلیل برای اثبات حرمت بیع غرری است و یا این امور، معاملاتی سفهی هستند که عقلاء، هرگز این معاملات را انجام نمی‌دهند و موجب اکل مال به باطل می‌شوند که در شرع و عرف، مورد نهی قرار گرفته است.

هیچیک از عناوین فوق بر بخت‌آزمایی و قرعه‌کشی‌هایی که امروزه رواج یافته (جوایز قرض الحسنه بانک‌ها) و برخی، آن را همان بخت‌آزمایی دانسته‌اند که تنها عنوانش تغییر یافته است، صدق نمی‌کند. نکته دیگر این است که اگرچه بخت‌آزمایی و جوایز قرض الحسنه بانک‌ها، نوعی معامله احتمالی هستند که طرفین، بنای خود را بر بخت، اقبال و شانس قرار می‌دهند، اما دلیلی بر بطلان تمامی معامله‌های احتمالی وجود ندارد. همان‌گونه که می‌توان جعاله، مسابقه‌هایی که برگزار می‌شود و نیز شرکت را با این مبنا که نه تنها میزان سود و زیان، بلکه اصل وجود سود و زیان در آن احتمالی است، از جمله معامله‌های احتمالی به شمار آورد و شارع نیز بنا بر ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی، آن‌ها را جایز دانسته است.

در آخر نیز باید بیان کرد که تنها در عبادات نبود قصد قربت موجب بطلان آن‌ها می‌گردد، در حالی که در سایر موارد از جمله عقود و معاملات و به عبارت دیگر، در واجبات توصّلی، نبودن قصد قربت، موجب بطلان آن نمی‌گردد، هرچند که تعلق پاداش اخروی، منوط بر وجود قصد قربت است؛ بنا بر این، در قرض الحسنه هم که برخی افراد صرفاً به جهت قصد شرکت در قرعه‌کشی، اقدام به افتتاح حساب می‌کنند و نه قرض و کمک به افراد دیگر، در این صورت، فقط پاداش اخروی و ثوابی که خداوند متعال، برای قرض الحسنه به آن وعده داده است، به این افراد تعلق نمی‌گیرد، ولی در ظاهر تمامی آثار بر آن بار می‌گردد و همچنان عنوان قرض الحسنه بر آن صدق می‌کند.

۳-۲. ورق بازی

در خصوص آشنایی با این وسیله‌ی قماربازی توضیحات مختصر و مفیدی عنوان شد. ذیلاً، به بررسی نظریات مختلف و متعدد در مورد این وسیله‌ی معروف به وسیله‌ی قماربازی می‌پردازیم:

با کنکاش در نظرات فقهای معاصر درباره بازی با آلات قمار و دیدگاه ایشان در خصوص ورق (پاسور) می‌توان نظرات ایشان را در چهار گروه تقسیم بندی کرد:

گروه اول از فقهاء معتقدند که آلت قمار هیچکدام حرمت ذاتی ندارند. شرط حرمت، نحوه‌ی به کارگیری از آن‌ها است. اینان، صرف نظر از اینکه ورق را آلت قمار بدانند یا خیر، در کل عقیده دارند که بازی با آلات قمار بدون برد و باخت جایز است.

گروه دوم، فقهای قرار دارند که تلویحاً یا تصریحاً ورق را آلت قمار محسوب نموده و یا اینکه آلت قمار بودن آن را منوط به تشخیص عرف دانسته‌اند؛ ایشان احتیاط را در ترک بازی با آلات قمار بدون برد و باخت دانسته‌اند.

گروه سوم، فقهای دیده می‌شوند که ورق را از آلات قمار دانسته و بازی با آلات قمار را مطلقاً (با برد و باخت یا بدون آن) حرام می‌دانند.

گروه چهارم، فقهای جای دارند که اظهار نظری درباره‌ی ورق (اینکه آلت قمار هست یا خیر) نکرده‌اند و صرفاً، به ارائه ضابطه در این خصوص اقدام نموده و حکم این وسیله را تابع تشخیص عرف دانسته‌اند و معتقدند اگر عرف ورق را آلت قمار نداند بازی با آن بدون برد و باخت جایز است.

۳-۳. بیلارد

فتاوی راجع به بیلارد نیز همانند ورق می‌باشد و فقها این دو وسیله را در حکم موضوع واحد مورد حکم قرار داده‌اند؛ عده‌ای آن را وسیله‌ی قمار دانسته و حکم به حرمت بازی با آن به نحو مطلق داده‌اند و عده‌ای این وسیله را نیز مطابق سایر وسایل معروف و مشکوک به قمار در ضابطه‌ی عرف قرار داده و حکم آن را با تغییر حکم عرف، متغیر می‌دانند.

۳-۴. بلیت بخت آزمایی

بخت آزمایی نوعی قمار دسته جمعی است که اصطلاح انگلیسی آن لاتاری است. در آن بلیت کاغذی با نشان‌ها و علائم و اعداد چند رقمی به بهای خاصی فروخته می‌شود. برنده اصلی در قرعه‌کشی و بخت آزمایی کسی است که عدد صحیح را دارا است و صاحب مجموع پول می‌شود.

اینکه آیا بلیت بخت آزمایی از جهت موضوع و حکم از اقسام قمار است، دو پاسخ، عنوان شده است: همان طور که در تعریف جرم قمار گفته شد، برای تحقق قمار وجود عملیات بازی شرط است؛ بازی که با توافق برنده و بازنده و برد و باخت همراه است؛ اما در بخت آزمایی، درست است که برد و باخت مطرح است و پولی از بازندگان به برندگان منتقل می‌شود، اما بازی نیست؛ در نتیجه، موضوعاً، از اقسام قمار خارج است؛ پس، باید گفت: بخت آزمایی در قوانین فعلی، به صورت خاص، جرم انگاری نشده است؛ اما به لحاظ شرعی بخت آزمایی در حکم قمار است (سیستانی، ۱۳۸۷، ۴۲)؛ چراکه از نمونه‌های اکل مال به باطل می‌باشد که در قرآن کریم از آن پرهیز شده است.

امروزه، نمونه‌های مدرنی از بلیت بخت آزمایی نیز رواج دارد که در حکم، تفاوتی با نمونه‌های گذشته ندارد؛ بنا بر این، بلیت بخت آزمایی را در دو گروه بلیت بخت آزمایی سابق و مدرن می‌توان مورد بررسی قرار داد:

۳-۴-۱. بخت آزمایی سابق

از نمونه‌های بارز بخت آزمایی در سابق، می‌توان به بلیت بخت آزمایی و بلیت اعانه‌ی ملی قبل از انقلاب و اوراق ارمغان بهزیستی در اوایل انقلاب نام برد.

مقام معظم رهبری، در مورد حکم اوراق ارمغان بهزیستی معتقدند: انتشار این اوراق و جمع‌آوری کمک‌ها برای امور خیریه اشکال ندارد مشروط بر اینکه مردم این اوراق را به قصد شرکت در امور خیر، تهیه نمایند (خامنه‌ای، ۱۴۰۰، ۱۴۲).

ایشان، در مورد حکم بخت آزمایی فرموده‌اند: خرید و فروش بلیت‌های بخت آزمایی صحیح نیست و شخصی که جایزه را برده است مالک آن نمی‌شود و حق دریافت آن را ندارد (خامنه‌ای، ۱۴۰۰، ۹۶۲).

آقای مکارم شیرازی، در مورد اوراق ارمغان بهزیستی فرموده‌اند: اوراق ارمغان بهزیستی هم از مصادیق بخت آزمایی سابق است و شرعاً، اشکال دارد؛ مگر آنکه برگه‌ها فقط به نیت امر خیر و کمک، خریداری شود و هم ایشان بخت آزمایی را مطلقاً حرام بر می‌شمارند.

۲-۴-۳. بخت آزمایی مدرن

امروزه، نمونه‌های مدرنی از بخت آزمایی سابق رواج یافته است؛ از قبیل قرعه‌کشی بانک‌ها و برخی مسابقات پیامکی که در حکم، شبیه بخت آزمایی و ارمغان بهزیستی هستند؛ به طور مثال، قرعه‌کشی از حساب‌های سپرده قرض الحسنه نمونه‌ای از ارمغان بهزیستی است؛ زیرا مردم پولی که در حساب می‌گذارند در واقع سودی به آن تعلق می‌گیرد که صاحب حساب از آن سود، چشم‌پوشی می‌کند و در واقع، مبلغی می‌پردازد و جوایزی که بانک‌ها می‌دهند، از بخشی از سود سپرده‌ها می‌باشد؛ پس، فرقی با بخت آزمایی ندارد و به فتوای اتفاق فقهاء، صاحبان حساب اگر به نیت قرض الحسنه و خیر خواهانه سپرده‌گذاری کنند، ایرادی ندارد؛ اما اگر به قصد قرعه‌کشی حساب باز کنند، مصداقی از بخت آزمایی است و حرام است؛ اما باید دانست این موارد موضوعاً از قمار و ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی به دلایلی که ذکر شد خارج هستند.

چنانچه یک سازمان یا باشگاه یا پایگاهی جهت انجام کار فرهنگی از افراد، پولی جهت شرکت در مسابقه بگیرند و جوایزی که به نفرات برتر مسابقه می‌دهند، بخشی از همان پول باشد، این، قمار است؛ زیرا با تعریف و عناصر متشکله‌ی جرم قمار و ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی، کاملاً منطبق است و جایزه نیز از پول خود مسابقه دهندگان تأمین می‌شود.

برخی از فقهای معاصر نیز به حرمت، فتوا داده‌اند (www.makarem.ir)؛ اما اگر چنانچه سازمان برگزار کننده از سرمایه‌ی خود، جایزه تهیه کند و پول اخذ شده از مسابقه دهندگان را صرف هزینه‌ها و افزایش درآمد خود سازمان نماید، قمار نیست.

۳-۵. فعالیت باینری آپشن

کارگزاری و وبگاه‌های باینری آپشن در اصل، ایجاد زمینه و بسترهای تحقق باینری آپشن می‌کنند. به نظر می‌رسد این امر تحت قاعده إعانه بر اثم و عدوان قرار می‌گیرد.

معاونت و إعانت، از ریشه عون، به معنی یاری، دستگیری و پشتیبانی است (ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ۴۸۴/۵). در اصطلاح فقهی مراد از إعانه بر اثم، یاری کردن بر گناه است؛ یعنی: گناهی که از مباشر صادر می‌شود و حال این معاونت با ایجاد همه‌ی مقدمات یا بعضی از مقدمات فعل حرامی است که شخص گناهکار انجام می‌دهد. آیات و روایات دال بر ممنوعیت کمک بر اثم و عدوان است. اثم شامل همه‌ی گناهان و مقدمات آن می‌گردد و عدوان دشمنی و ستمکاری آشکار است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۰۹).

از دیدگاه امام خمینی (ره) تهیه مقدمات و اسباب معصیت برای کسی است که قصد ارتکاب آن را دارد، چه تهیه اسباب برای رسیدن به هدف باشد یا نه، چه اثم در خارج تحقق یابد یا نه، اعانت بر اثم بوده و حرام است.

در فقه امامیه، بیع انگور جهت تهیه شراب إعانه بر اثم است و بنا بر احادیث معتبر فقهی، حرام و معامله آن باطل است. فقیهان نیز در صورتی که استفاده نا مشروع شرط یا مبنای عقد مورد لحاظ طرفین معامله قرار گیرد، حکم به بطلان معامله داده‌اند (انصاری، ۱۳۹۲، ۴۵/۱).

برخی مصادیق آن در بیانات فقیهان در این مورد وجود دارد، مانند: اعلان خرید یا اجاره خانه یا زمین برای فعالیت‌های حرام، مانند: احداث قمارخانه، میخانه و مانند آن (خمینی، ۱۳۶۹، ۵۶۴)؛ معاونت در معاملات حرام از طریق اجاره و اجیر شدن (نجفی، ۱۳۶۷، ۳۰۷/۲۲)؛ اجیر شدن برای حمل چیزهای حرام یا ساخت وسایل حرام یا حفظ و نگهداری آن یا ویرانی مسجد به قصد ضرر بر اسلام و مسلمین (حرانی، ۱۳۸۲، ۹)؛ معاونت بر گناه از طریق تولیداتی که تنها استفاده حرام دارد (انصاری، ۱۳۹۲، ۷/۱). البته، معاونت تنها کمک عملی نبوده و حتی شامل کمک‌های فکری نیز می‌گردد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲، ۴۴۹).

در قانون نیز در مواردی از إعانه بر اثم و ممنوع است؛ مانند: تهیه وسایل ارتکاب جرم بنا به بند ۲ ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی؛ تهیه مکان برای ارتکاب جرم بنا به ماده ۵۸۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات؛ معاونت در جرم از طریق ساختن وسایل طبق ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی؛ معاونت در ارائه طریق ارتکاب جرم طبق ماده ۷۰۸ قانون مجازات اسلامی.

طراحی، ساخت و مدیریت سایت‌های باینری آپشن، از جهات گوناگون مصداق اعانه بر اثم است؛ زیرا اجاره دادن مکان برای فعل حرام است. در اصل بروکرها بستر و فضای مجازی در اختیار فعالیت‌های قماربازی باینری آپشن قرار می‌دهند تا در آن فضا اقدام به قمار و رهان حرام نمایند؛ از این رو، مصداق اعانه بر اثم و حرام می‌باشد.

صنعتی است که فقط استفاده حرام دارد. آنچه فساد محض بوده، حرام است و آموختن، عمل، آموزش و مزد ستاندن بر آن حرام است (حرانی، ۱۳۸۲، ۳۲۵). با توجه به اینکه باینری آپشن قمار یا رهان و حرام است، پس ساخت و مدیریت سایت‌های آن نیز حرام می‌باشد.

ساخت و مدیریت سایت‌های باینری آپشن مصداق تهیه و در اختیار قرار دادن وسایل ارتکاب جرم در اختیار مجرم می‌باشد.

سایت‌های باینری آپشن با طراحی و تبلیغ این فعالیت‌های قماربازی و همچنین ارائه آموزش‌های مختلف برای کاربران، بسترهای لازم را برای قماربازی و قماربازها فراهم می‌کند و در نتیجه از این طریق زمینه‌ی تحقق این جرم فراهم می‌شود.

خلاصه مطلب اینکه فعالیت در باینری آپشن مصداق قمار یا رهان و حرام است، طراحی و مدیریت این سایت‌ها نیز از باب اعانه بر اثم، حرام است. طبق قاعده فقهی: «إذا حرم الله شیئاً، حرم ثمنه»، دریافت هرگونه مبلغی بابت این فعالیت‌ها توسط مدیران سایت‌های باینری آپشن، جایز نمی‌باشد و طبق شرع و قانون حرام و غیرقانونی می‌باشد (صفا و افشار، ۱۴۰۰، ۱۸).

باینری آپشن یک بازار جدید مالی مشتقه و یک روش برای کسب درآمد اینترنتی از طریق پیش‌بینی و ریسک است. اگر پیش‌بینی درست بود، نسبت به سرمایه‌گذاری انجام شده، سود به دست می‌آید، اما اگر پیش‌بینی اشتباه بود، کل سرمایه از دست می‌رود. در واقع، هیچ تبادلی در باینری آپشن انجام نشده و تنها شرط‌بندی روی پیش‌بینی‌هاست؛ یعنی کارگزار پولی را از معامله‌گر دریافت کرده و به او اجازه و امکان پیش‌بینی افزایش و کاهش قیمت کالای پایه از قبیل سهام، طلا، فلزات و ارز را می‌دهد، در صورت تحقق پیش‌بینی، نرخ سود به معامله‌گر پرداخت می‌شود و در صورت عدم تحقق پیش‌بینی‌ها معامله‌گر کل سرمایه خود را یک‌جا می‌بازد. کارگزار واسطه بین انجام معامله است و معامله‌گران از طریق آنان در بازار فعالیت می‌کنند. اعتبار و سطح امنیت این کارگزاری‌ها بسته به مراجع و سازمان‌های بین‌المللی است که آنان را تأیید می‌کنند. انتخاب بروکراهایی که در هیچ سازمان و مراجع نظارتی بین‌المللی تأیید نشده و از هیچ قانون و مقرراتی پیروی نمی‌کنند، ریسک بالایی دارد (صفا و افشار، ۱۴۰۰، ۱۸).

از معیارهای قمار آنچه در فعالیت‌های باینری آپشن مسلم بود، رهان، گرو و برد و باخت می‌باشد؛ زیرا در باینری آپشن فرد برای شروع پیش‌بینی حساب اعتباری را تعیین و در اختیار بروکر می‌گذارد. همچنین در طی یک شرط و تعهد کاربر، یا مالش را از دست داده و یا سودی علاوه بر سرمایه خود به دست می‌آورد؛ از این رو، ماهیت برد و باختی در باینری آپشن وجود دارد؛ اما دو معیار لعب و آلات قمار، جای بررسی داشت.

با توجه به اینکه لعب نیازی به وسیله و آلت خاص نداشته و تنها لازم بود هدف عقلایی بر آن مرتب نباشد، فعالیت باینری آپشن، حتی اگر مبتنی بر پیش‌بینی فنی باشد نیز اگر دارای صفت مذکور، یعنی: غیرعقلایی باشد، مصداق لعب و قمار قرار می‌گیرد؛ همچنین، سایت‌های باینری آپشن که وسیله‌ای برای انجام فعالیت‌های باینری آپشنی هستند، آلت قمار بوده و احکام آن را نیز به دنبال دارد؛ پس فعالیت باینری آپشن یا مصداق قمار حرام بوده و یا مصداق رهان است که طبق فتوای اغلب فقیهان حرام است و طبق نظر برخی از فقیهان تنها حرمت وضعی داشته و اموال به دست آمده به ملکیت فرد در نمی‌آید.

علاوه بر قمار، باینری آپشن مصداق اكل مال به باطل، غرر و ضرر منهی نیز می‌باشد؛ زیرا در باینری آپشن از نظر عقلایی و شرعی نفعی برای هر دو طرف نداشته و سود یک طرف متضمن زیان دیگری است. شخصی که تمام سرمایه خود را از دست داده، در مقابل هیچ چیزی به دست نمی‌آورد. همچنین، روابط طرفین و سرنوشت معامله وابسته به شانس و تصادف است؛ به گونه‌ای که در صورت عدم تحقق پیش‌بینی، کل سرمایه فرد از دست می‌رود؛ از این رو، عرف، چنین خطری را نپذیرفته و محکوم به بطلان است. در اصل، معامله و مبادله‌ای در بین نیست؛ زیرا فردی که مالی را به دست آورده (برنده) در مقابل، چیزی از دست نداده و تعهدی ندارد و به طور طبیعی فرد بازنده، اگر عاقل باشد، نسبت به این تعهد، رضایت ندارد و مصداق اكل مال به باطل بوده و شرعاً و عقلاً حرام می‌باشد (صفا و افشار، ۱۴۰۰، ۱۹).

بنا بر قاعده‌ی لاضرر نیز تنها آن گروه از معاملات عقلایی که اصل معامله یا یکی از اوصاف معامله یا نبود شرطی در معامله منتهی به ضرر دیگری شود، از نظر شرع حرام و ضمان‌آور است. ضررهای باینری آپشن به دسته فردی و اجتماعی تقسیم می‌شود. مصلحت نقش مهمی در تنظیم و هدایت بازارها در جهت منافع اجتماعی و جلوگیری از ضررهای اجتماعی دارد. بر این اساس، خروج ارز به واسطه‌ی معاملات بازار فارکس و باینری آپشن سبب مشکلات اقتصادی می‌شود. این فعالیت هرچند برای افراد معدودی منافع داشته باشد، اما زیان‌های اجتماعی فراوانی به دنبال دارد که به هیچ وجه با مصالح و منافع ملی همراستا نیست؛ همچنین طراحی و مدیریت این وبگاه نیز از باب إعانه بر اثم حرام است.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با هدف بررسی نقش عنصر زمان و مکان در تغییرات موضوعی فقهی شطرنج انجام شد. نتایج نشان داد که احکام فقهی مرتبط با بازی‌ها، به ویژه شطرنج، تحت تأثیر تحولات زمانی و مکانی، دستخوش تغییرات قابل توجهی شده‌اند. این تغییرات به وضوح نشان دهنده ماهیت پویا و انعطاف پذیر فقه اسلامی است که توانایی تطبیق با تحولات اجتماعی، فرهنگی و تکنولوژیکی را دارد. با تغییر در ماهیت و کارکرد بازی‌ها، به ویژه، از ابزار قمار به ابزار تفریح و توسعه مهارت‌های شناختی، فقهاء، ناچار به بازبینی احکام پیشین و استنباط احکام جدیدی متناسب با شرایط جدید شده‌اند. عوامل مؤثر بر این تحولات عبارت هستند از تغییر در ماهیت و کارکرد بازی‌ها، که موجب از بین رفتن دلایل اولیه حکم حرمت، مانند: قمار بودن، شده و زمینه برای بازنگری در احکام را فراهم کرده است؛ نقش زمان و مکان که باعث تغییر در شرایط و محیط انجام بازی‌ها شده و احکام گذشته را ناکافی ساخته است؛ تعدد دیدگاه‌های فقهی که نشان دهنده انعطاف پذیری فقه اسلامی و تغییرات احکام بر اساس شرایط مختلف است؛ و اهمیت اجتهاد که به عنوان ابزاری برای تطبیق احکام فقهی با شرایط جدید، نقش محوری دارد. علاوه بر این، عرف جامعه در تعیین ماهیت بازی‌ها و احکام مرتبط با آن‌ها نیز تأثیرگذار است و با تغییر عرف جامعه، ممکن است احکام فقهی تغییر یابند.

این پژوهش نشان دهنده این است که فقه اسلامی با توجه به ماهیت پویای خود، توانایی تطبیق با تحولات زمانی و مکانی را دارد و احکام آن در طول زمان دستخوش تغییر می‌شوند. این امر خود گواهی بر انعطاف پذیری و پویایی فقه اسلامی است که قادر است با توجه به شرایط جدید، همواره احکام مناسبی را استنباط کند. با این حال، این پژوهش، با محدودیت‌هایی همچون اختلاف نظر بین فقهاء، سرعت تغییرات اجتماعی و تکنولوژیکی و پیچیدگی مسائل نوظهور مواجه است. برای تحقیقات آینده، پیشنهاد می‌شود: به بررسی تطبیقی احکام فقهی در بازی‌های رایانه‌ای و آنلاین، تحلیل نقش هوش مصنوعی و واقعیت مجازی در تغییر احکام فقهی، بررسی نقش عرف و سیره عملی در تعیین احکام فقهی بازی‌ها و مقایسه دیدگاه‌های فقهای مختلف در مورد احکام بازی‌های نوظهور پرداخته شود.

کتابشناسی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۵ق)، لسان العرب، بیروت، دار الصادر، چاپ اول.
۲. ابن فارس، أحمد بن فارس، (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۳۹۲)، کتاب المکاسب المحرمة، قم، انتشارات دار الحکمه، چاپ هشتم.
۵. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، چاپ اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲ق)، وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، تهران، انتشارات اسلامی.
۸. حرانی، ابن شعبه، (۱۳۸۲)، تحف العقول، ترجمه: صادق حسن زاده، قم، انتشارات آل علی (ع)، چاپ اول.
۹. حسینی عاملی، سید جواد، (۱۳۹۱)، مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۱۰. حلی، حسین، (۱۳۹۷)، بحوث فقهية، قم، مؤسسه المنار، چاپ اول.
۱۱. خامنه‌ای، سید علی، (۱۴۰۰)، أجوبة الإستفتاءات، تهران، انتشارات انقلاب اسلامی (فقه روز)، چاپ سیزدهم.
۱۲. خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۹)، استفتائات امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۱۳. خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۷)، صحیفه‌ی نور، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۴. خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۵)، التعادل و التراجع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۱۵. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۶۳)، لغت‌نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول.
۱۶. سیستانی، سید علی، (۱۳۸۷)، توضیح المسائل، قم، انتشارات ولایت، چاپ اول.
۱۷. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، (۱۴۱۴ق)، درر المنثور، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
۱۸. شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۰۰)، لمعه دمشقیه، ترجمه: علی شیروانی، محسن غروریان، قم، انتشارات دارالفکر.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة، قم، انتشارات داوری.
۲۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۳۸۵)، جامع الأحکام، قم، دفتر تنظیم و نشر آثار صافی گلپایگانی، چاپ دوم.
۲۱. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۱۷ق)، علم الاصول، قم، مؤسسه دائرة معارف فقه اسلامی، چاپ اول.
۲۲. صفا، احمد رضا؛ افشار، مهدی، (۱۴۰۰)، بررسی فقهی و حقوقی فعالیت باینری آپشن، فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی، سال بیست و یکم، شماره: ۸۲.
۲۳. طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۳۸۱)، المیزان، قم، انتشارات بنیاد معارف اسلامی.
۲۴. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۹۶)، الكنوز النجاح، قم، انتشارات دارالفقه، چاپ اول.
۲۵. طریحی، فخرالدین بن محمد، (۱۳۷۵)، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، (بی‌تا)، البیان في تفسیر القرآن، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
۲۷. عزیززاده مقدم، محمد مهدی؛ قیوم زاده، محمود؛ فلاح، مهدی، (۱۴۰۲)، ظرفیت‌ها و محدودیت‌های اصول فقهی و شرعی در جرم انگاری جرائم اقتصادی از منظر فقه امامیه، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، لاهیجان، سال دوم شماره: ۱، پیاپی ۵، ص ۹۱-۱۱۴.
۲۸. عیاشی، محمد بن مسعود، (۱۳۸۰)، تفسیر عیاشی، تهران، کتابفروشی اسلامی.

۲۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، (۱۳۹۲)، توضیح المسائل، قم، انتشارات امیر العلم، چاپ اول.
۳۰. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، (۱۴۱۶ق)، الوافی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علی (ع).
۳۱. فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۲۵ق)، المصباح المنیر، قاهره، دار المعارف، چاپ دوم.
۳۲. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۳۳. محمدی، علی، (۱۳۸۴)، شرح کشف المراد، قم، انتشارات دار الفکر، چاپ اول.
۳۴. معصومی نیا، غلامعلی، (۱۳۸۵)، بررسی فقهی ابزارهای مشتقه، نشریه جستارهای اقتصادی ایران، دوره: ۳، شماره: ۶، ص ۱۵۳-۱۸۸.
۳۵. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۷)، جواهرالکلام، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۳۶. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع).



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 23-38

Receive Date: 2024/04/20

Revise Date: 2024/09/03

Accept Date: 2024/09/07

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1195440

The Effect of Emergency Caused by Personality Disorder on Committing a Crime in the Legal System of Iran and Canada

Abbas Bai Lashki¹Mahmoud Habibi Tabar²Mehdi Esmaili³

Abstract

Emergency is one of the factors of criminal removal of liability. The Islamic Penal Code considered the temporary insanity at the moment of committing a crime as one of the factors of removal of criminal responsibility. Reported research in this survey by using analytical-descriptive method has examined the effect of emergency on committing a crime and punishment of crime in two legal systems of Iran and Canada. In the situation of emergency caused by personality disorder, the character of a person is changing that is not able to remember it and therefore commits the crime involuntarily. In the criminal law of Iran, there is no reliable documents of proof for recognition of the situation of emergency caused by personality disorder and usually involuntary claim of occurrence a crime because of personality disorder is rejected. Naturally, the judge cannot give effect to claims without evidence of proof and therefore the principles of criminal justice demand the punishment of an offender. In the criminal legal system of Canada, derived from scientific researches, the scientific evidence proving this situation caused by personality disorder is officially recognized that the offender may be exempted from punishment. The finding of survey showed that it is possible to use this scientific innovation in criminal law of Iran and model can be used in our country with the condition of the approval of judicial trust experts, emergency caused by personality disorder is considered as one of evidence of proof of exemption from punishment. This scientific method determined the prove of emergency as by law in authority of the forensic medicine and according to that forced the precedent.

Key words: emergency, personality disorder, emergency caused by personality disorder, the factors of removal of responsibility.

¹ PhD student in criminal law and criminology, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran. smamjryan@gmail.com

² Assistant Professor, Department of Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. (corresponding author). m.habibitabar@ut.ac.ir

³ Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. dresmaeli@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcl.d.liu.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۳۵۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۱

DOI: 10.71654/jcl.d.2024.1195440

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

اثر اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، بر ارتکاب جرم، در نظام حقوقی ایران و

کانادا

عباس بانی لاشکی^۱

محمود حبیبی تبار^۲

مهدی اسماعیلی^۳

چکیده

اضطراب، یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری است. قانون مجازات اسلامی، زوال موقت عقل را در لحظه ارتکاب جرم نیز جزئی از عوامل رافع مسئولیت کیفری دانسته است. پژوهش گزارش شده در این مقاله، با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی، اثر اضطراب را بر ارتکاب جرم و مجازات مجرم، در دو نظام حقوقی ایران و کانادا مورد بررسی قرار می‌دهد. در وضعیت اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، شخصیت فرد، به گونه‌ای تغییر می‌یابد که قادر به یادآوری نیست و لذا به صورت غیرارادی، به ارتکاب جرم اقدام می‌کند. در حقوق کیفری ایران، ادله‌ی اثبات قابل اعتمادی برای شناخت وضعیت اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، وجود ندارد و معمولاً، ادعای غیر ارادی بودن ارتکاب جرم، بر اثر اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، رد می‌شود؛ چه اینکه بسی طبیعی است: دادرس نمی‌تواند به ادعاهای بدون ادله‌ی مثبت، ترتیب اثر دهد و در نتیجه، اصول عدالت کیفری نیز مجازات مجرم را مطالبه می‌کند. در نظام حقوق کیفری کانادا، به تأثیر از تحقیقات علمی، ادله‌ی علمی مثبت وضعیت اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، به رسمیت شناخته شده است و با اکتفا بر آن، ممکن است: مجرم، از مجازات، معاف گردد. نتیجه بررسی، نشان می‌دهد: می‌توان از این دست‌آورد علمی، در حقوق کیفری ایران استفاده کرد و به شرط تأیید متخصصین معتمد قضائی، اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی را از ادله‌ی اثبات معافیت از مجازات شمرد. این شیوه‌ی علمی اثبات اضطراب را به صورت آیین‌نامه، در اختیار پزشکی قانونی قرار داد و رویه قضائی را به تبعیت از آن، الزام کرد.

واژگان کلیدی: اضطراب، اختلال شخصیت، اضطراب ناشی از اختلال شخصیتی، عوامل رافع مسئولیت.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزاء و جرم‌شناسی، واحد آیت اله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران. smamjryan@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران (نویسنده مسئول). m.habibitabar@ut.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. dresmaeli@yahoo.com

در تمامی نظامات حقوقی جهان، جنون مانع از اجرای مجازات مجرم است. اصل بر این است که فرد عاقل به سبب استفاده نا صحیح از عقل خویش، می‌بایست مجازات شود، تا اولاً، از جهت عذابی که متحمل شده اصلاح گردد، ثانیاً، اصول عدالت اجرایی شود و ثالثاً این عذاب، عاملی بازدارنده برای دیگر افرادی شود که در حال و آینده قصد انجام جرم مشابه را دارند (زراعت، ۱۳۸۶، ۱۱). فردی که فاقد عقل است، در اثر تهذیب، تأدیب نخواهد شد و در عین حال از دیگر مجازات‌ها نیز عبرت نخواهد گرفت؛ بنا بر این فاقد مسئولیت کیفری شناخته می‌شود.

قانون‌گذار کشورمان در قانون مجازات عمومی (قانون پیش از انقلاب اسلامی ایران) و قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، به صورت اکید بیان داشته: جنون در هر لحظه از جنایت موجب رافعیّت از مسئولیت کیفری می‌باشد. بدین معنا که اگر مجنون دائمی مرتکب قتل شود و یا این‌که فردی به هر دلیل به صورت لحظه‌ای زوال عقل پیدا نموده و در آن زمان مرتکب جرمی شود، قابل مجازات نخواهد بود. ایرادی که اکثریت حقوق‌دانان به آن وارد کرده‌اند این است که از نظر علمی و رأی پزشکان معتمد، تنها جنون دائمی به صورت قطع قابل تشخیص است و دیگر جنبه‌های زوال عقل لحظه‌ای، تنها با حدس و گمان و با اطمینان نسبتاً پائین گزارش شده و در عین حال اگر فعل مجرمانه نوعاً مجرمانه باشد، اصل بر ارتکاب عمدی آن است مگر آنکه ادله قابل قبولی بر رد آن وجود داشته باشد؛ بنا بر این، تأسیس رافعیّت مسئولیت کیفری به سبب زوال عقل لحظه‌ای، تنها در حد یک نوشته باقی مانده و فاقد جنبه کاربردی می‌باشد.

از بین عواملی که به صورت لحظه‌ای موجب زوال عقل می‌گردند، اخیراً بحث اضطراب ناشی از وسواس، مطرح است. مبتلایان به این بیماری روحی با وسواس شدید نسبت به نظافت خود واکنش نشان داده و در نهایت با هدف جنگیدن برای زندگی سخت‌گیرانه خود، گاه دچار اختلال شخصیت شده که خود آن زمان را به یاد ندارد. این مشکل روحی ممکن است به ایراد جنایت به دیگری منتهی شود. در حال حاضر کامن‌لای کانادا پیشگام در شناسایی این بیماری بوده و اگر سابقه پرونده‌ای از این افراد در دسترس باشد، تنها مجازات کار اجباری تا زمان افاقه کامل را برای آن‌ها اعمال می‌گردد. تحقیقات علمی در خصوص این نوع بیماری نسبتاً مختصر بوده و به جز کانادا، کشور دیگری این مهم را جزء عوامل رافع مسئولیت کیفری در نظر نگرفته است.

این تحقیق از این جهت ضرورت دارد که در غیاب ادله اثبات علمی مناسب، افراد دارای این بیماری که به صورت غیرارادی نسبت به جنایت اقدام می‌نمایند، با وجود حمایت قانونی، مورد مجازات قرار گرفته و در عین حال برنامه‌ای پیشگیرانه نیز برای اصلاح آنان، وجود ندارد.

۱. اضطراب در اختلال شخصیت وسواسی

اختلال شخصیت در واقع مجموعه‌ای از مشکلات روانشناختی است که با رفتار خشک، غیرقابل انعطاف و نسبتاً نا متعارف فرد در زندگی بروز می‌کند. به زبان ساده، اختلال شخصیت باعث می‌شود که رفتارها و افکار فرد، از حالت طبیعی و نرمالی که افراد در جامعه و در طول زندگی از خودشان بروز می‌دهند، خارج شود.

آنچه درباره اختلالات شخصیت مهم است، تشخیص به موقع و درمان سریع آن است؛ زیرا بروز اختلال شخصیت باعث می‌شود که کارایی و توان فرد برای انجام کارها به شدت کاهش یابد و در برخی موارد باعث آسیب به اطرافیان خود شود. تشخیص سریع و به موقع اضطراب ناشی از اختلالات شخصیتی می‌تواند سرعت پیشرفت مشکل را در فرد کاهش دهد و مسیر درمان را آسان‌تر کند.

برای آنکه مشکلات روانشناختی با عنوان اختلالات شخصیت شناخته شود، به تخصص و مهارت یک درمانگر نیاز است که به طور دقیق و اصولی آن را تشخیص دهد؛ بنا بر این، خودتشخیصی و خوددرمانی‌های بدون تخصص، هیچ‌گونه کاربرد و فایده‌ای ندارند. باید این نکته را به خاطر داشت که هر نوع مشکل روانشناختی یا تغییر رفتار در افراد را نمی‌توان اضطراب ناشی از وسواس در نظر گرفت. برای اینکه یک مسأله یا تغییر روانشناختی، اختلال شخصیت در نظر گرفته شود، باید چند مورد مهم را درباره آن در نظر گرفت. این کار، در حوزه وظایف و تخصص روانشناس و روان‌پزشک و هر کسی صلاحیت و مهارت تشخیص این موضوع را ندارد.

هر اتفاقی درون انسان، چه جسمی و چه روحی و روانی، دارای منشأ خاصی است؛ بنا بر این نمی‌توان گفت: اتفاقاتی که درباره هر موضوعی رخ می‌دهند، بدون دلیل هستند. اختلال شخصیت نیز از این قاعده مستثنی نیست و دلایل گوناگونی باعث بروز و ظهور آن می‌شوند.

برخی از افراد معتقدند: بروز اختلال شخصیت به دلیل شرایط محیطی و تجربیات و الگوهای فکری و رشدی افراد پایه ریزی می‌شوند و به مرور در زندگی فرد بروز می‌کنند.

برخی دیگر معتقدند: عوامل ژنتیکی در بروز انواع اضطراب ناشی از اختلالات شخصیتی نقش دارند و احتمال ابتلای فردی که در خانواده او، کسی به یکی از اختلالات مبتلا بوده، بیش از دیگران است.

به طور کلی، می‌توان گفت دلیل اختلال شخصیت و ابتلای افراد به آن، ترکیبی از عوامل ژنتیکی، بیولوژیکی و عوامل محیطی است. تشخیص این دلایل و پیدا کردن نقطه کانونی آن، تنها بر عهده روانشناس یا روان‌پزشک متخصص است که در زمینه درمان اضطراب ناشی از اختلالات شخصیتی مهارت زیادی دارد. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، آنچه درباره درمان اختلالات شخصیت اهمیت دارد، سرعت تشخیص و شروع درمان آن است؛ بنا بر این، هر چه یک اختلال زودتر و دقیق‌تر تشخیص داده شود، احتمال کنترل و بهبود آن نیز بسیار بیشتر است. برای درمان اختلالات شخصیت می‌بایست به یک درمانگر متخصص و

حرفه‌ای مراجعه شود. روان‌درمانی اولین راه تشخیص و درمان اضطراب ناشی از اختلالات شخصیتی است که تأثیر زیادی در بهبود حال و کنترل مشکلات فرد دارد. روان‌درمانی به فرد کمک می‌کند که به شکل بسیار بهتری بر مشکلات خود واقف شده، آن‌ها را بشناسد، به پذیرش برسد و سپس درمان شود.

تحقیقات زیادی در خصوص اضطراب انجام شده، با این حال از سال ۲۰۰۰ م به بعد، بحثی به نام: اضطراب ناشی از وسواس به میان آمد. خصیصه بارز این نوع اضطراب ناشی از که عمدتاً، بین افراد با طبع آرام جلوه‌گر می‌شود، رؤیاهای بلندپروانه است (گادلکریم^۱ و همکاران، ۲۰۱۹، ۳۰۰).

با هدف رسیدن به این رؤیاهای، زندگی سخت‌گیرانه آغاز شده که وسواس می‌تواند جنبه مهم آن تلقی شود. معمولاً وسواس به نظافت در حدی رشد کرده که گاه این افراد سه ساعت از زمان روزمره را صرف شستن بدن خود می‌کنند. بسیاری از وسایل که از نظر عموم و عرف تمییز می‌باشند؛ از دیدگاه این افراد، کثیف تلقی می‌شود؛ برای مثال: مبل، خودرو و ... کثیف تلقی شده و پس از نشستن بر روی آن می‌بایست سریعاً استحمام کنند (گراندا^۲ و همکاران، ۲۰۱۹، ۲۳).

مشکل، از آنجا آغاز شده که این افراد برای حفظ این زندگی سخت‌گیرانه دست به هر کاری زده و اولویت زندگی خود، حفظ این نظم و انضباط بسیار دقیق است. معمولاً، از آنجایی که این افراد به سبب این رفتار غیرمتعارف خود سرزنش می‌گردند، اعتماد به نفس آن‌ها افت کرده و با هدف جلب توجه به اقدامات خشونت آمیز روی می‌آورند (لی^۳ و همکاران، ۲۰۲۰، ۴۵).

نتایج تحقیقات نشان داده که به علت مذکور، مدتی پس از شروع این وسواس، اعمال خشونت‌بار آغاز شده که موجب ناخرسندی اعضای خانواده می‌گردد. در نهایت، علاقه به جنایت در این افراد رشد داشته و همواره در صدد خرید آلات قتاله بوده و داشتن این ابزار برای آن‌ها جذابیت زیادی دارد (مارینکویز^۴ و همکاران، ۲۰۲۲، ۶۶۵).

مشکل از آنجایی شدیدتر شده که تجربه زندگی این افراد به قدری کم بوده که مصالح لازم در روابط اجتماعی را لحاظ نمی‌دارند. بدون توجه به برخی جوانب، سعی داشته که با دعاوی سخت، خود را قوی نشان دهند. در این هنگام خانواده دارای دو رویکرد می‌باشند: نخست اینکه برای درمان اقدام کرده، ضمن آنکه ارزش این فرد را حفظ نمایند؛ دوم اینکه به مقابله با آن برخیزند که طبیعتاً، واکنش پرخاش‌گرانه به همراه دارد (پوزا^۵ و همکاران، ۲۰۲۱، ۹۹).

۱ Gadelkarim

۲ Gant

۳ Lei

۴ Mincowitz

۵ Rzza

بی احترامی به دیگران، بد غذایی، خواب زیاد، تمایل به ماندن در خانه و عدم تعصب نسبت به خانواده از ویژگی‌های این افراد دانسته شده است (سلمونو^۱ و همکاران، ۲۰۲۰، ۱۱).

اختلال شخصیت این افراد برای حفظ این وضعیت زندگی بوده و درواقع واکنشی به عمل سخت-گیرانه آن‌ها محسوب می‌گردد. نکته بسیار مهم در خصوص این نوع اختلال شخصیت آنکه در طی آزمایش‌هایی که با دستگاه‌های پلی‌گراف و دیگر فن‌های بازجویی انجام شده این افراد پس از وقوع خشونت، آن را به خاطر نمی‌آورند. درواقع شخصیت آن‌ها به نحوی تغییر کرده که دیگر آن را به خاطر نمی‌آورند. پس از طی مدت‌ها تنها کلیاتی از آن را به یاد داشته و حسب نظر اکثر روان‌شناسان اراده‌ای برای ارتکاب این اعمال وجود نداشته و ندارد (ویتن^۲ و وارد^۳، ۲۰۲۰، ۱۵).

آنچه از عواقب این قبیل مشکلات در جریان است، شامل جرائم سنگین و اخراج از محیط‌های اجتماعی می‌باشد. تاکنون درمان قطعی برای این بیماری تجویز نشده، اما روان‌شناسان درصدد بهبود آن هستند.

در نهایت اینکه این بیماری می‌تواند خطرهای زیادی برای خود فرد و خانواده وی داشته و نیاز است که در صورت مشاهده، سریعاً برای درمان اقدام گردد.

۲. تغییر لحظه‌ای شخصیت و عدالت اجتماعی

عدالت اجتماعی یکی از دلالت‌های مفهوم عدالت است که منظور از آن تخصیص منصفانه‌ی منابع در یک جامعه است. به این معنا قانون باید به سطح قابل قبولی از عدالت واقعی و رسمی دست یابد و باید توزیع منصفانه منابع و برابر فرصت‌ها را تضمین کند (جونز^۴، ۲۰۰۲، ۱۴).

امروزه، در جریان اصلی سیاسی، سه نظریه فلسفه سیاسی سه مکتب اصلی عدالت وجود دارد: آثار ارسطو در خصوص عدالت که بسیار تأثیرگذار و مجادله برانگیزند که مبنای نظریه‌های مدرن نو ارسطویی و فردگرایانه برای عدالت هستند، نظیر فلسفه عینیت‌گرای نیچه‌ای آیین رند، مهمترین کار روش شناسانه ارسطو تمایز قرار دادن او بین عدالت اصلاحی و توزیعی بود.

نظریه‌های قرارداد اجتماعی که آموزه‌های لیبرال کلاسیک خود را با فرضیه معروف قرارداد اجتماعی توجیه می‌کند: فرض می‌شود جامعه لیبرال و دموکراتیک مبتنی بر انتخاب آزاد عوامل عاقل و خود مختار است.

۱ Solomonov

۲ Wiaton

۳ Wid

۴ Jones

سودمندگرایی، فلسفه‌ای که هدف آن حداکثر سازی رفاه جامعه است: نفوذ و قدرت سودمندگرایی نیروی اصلی پشتیبان استحکام و قوی کردن فلسفه سیاسی بوده است، خصوصاً پس از پذیرش سودمندگرایی توسط علم اقتصاد نئوکلاسیک اغلب نظریات معاصر با واکنش (معمولاً منتقدانه) نسبت به ایده‌های سودمندگرایان شروع می‌شوند.

جان رالز سعی کرد با ارائه نظریه‌ای جایگزین که بدون این که در خصوص رفاه جامعه سازش کند فردگرایانه باشد، بر قدرت سودمندگرایی فائق آید. این او را به بر ساخته‌ای نظری رهنمون کرد که دهه‌ها مباحثه در خصوص این موضوع را به خود معطوف کرد. در نظر رالز، هر شخص از حقوق اولیه تخطی ناپذیری برخوردار است که بنیان آن عدالت است و حتی رفاه جامعه در کلیت آن نمی‌تواند آن را نقض کند. نا برابری اجتماعی باید از طریق مداخله حکومت، تا حدی کاهش یابد که الف) هسته اصلی حقوق دست نخورده بماند و ب) بازدهی اقتصادی که برای رفاه جامعه لازم است، شدیداً ضربه نخورد؛ بر این اساس، از نظر رالز احترام به آزادی فردی و رعایت حداکثری این آزادی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است (گومس گاسر، ۱۹۹۹، ۱۷).

سند سال ۲۰۰۶ میلادی سازمان ملل با نام عدالت اجتماعی در دنیایی باز، نقش سازمان ملل بیان می‌کند که عدالت اجتماعی می‌تواند به طور وسیع، توزیع منصفانه و مهربانانه یا از روی همدردی ثمره‌های رشد اقتصادی فهمیده شود.

نکته بسیار مهم جنایی در خصوص اختلال شخصیت و سواسی آن است که این افراد به صورت لحظه‌ای فاقد اراده می‌گردند. برخی دیگر از روانشناسان این افراد را فاقد اختیار دانسته‌اند. طبیعتاً، روانشناسان بدون برخورداری از دیدگاه جنایی تفاوتی میان اراده و اختیار قائل نشده و این مهم نیز در ادبیات کامن‌لایی نیز محجور مانده است. با این حال، در ادبیات حقوق کیفری و به نظر حقوق دانان برجسته کشور، بین این دو تأسیس، اختلاف وجود دارد.

در نظریه مسئولیت کیفری، اختیار از شرایط انتساب مسئولیت کیفری بر شمرده شده است. اختیار در لغت، به معنای آزادی در انتخاب است. قانون‌گذار در بحث مسئولیت کیفری، فاعلان مکره را از مسئولیت کیفری معاف دانسته است؛ بدین معنا که افرادی که به دلایل مختلف، در تصمیم‌گیری آزادی ندارند، فاقد اختیار دانسته شده و برای آن‌ها مسئولیت کیفری لحاظ نمی‌شود. طبیعتاً، کسی که از قدرت آزادی انتخاب خود، به طرزی نا صحیح استفاده کرده و با چنین آزادی عمل مجرمانه انجام دهد، نسبت به عمل نا صحیح خود دارای مسئولیت است. پیشتر قانون‌گذار در بحث رفع مسئولیت کیفری مجرمان مست، از عبارت مسلوب الاراده استفاده کرده بود که بعداً، این اصطلاح، با عبارت: مسلوب الاختیار، جایگزین و اصلاح

شد؛ چراکه فرد مست به دلیل زایل شدن موقتی عقل، قدرت انتخاب نداشته و لذا فاقد اختیار است (آقا بجستانی، ۱۳۸۵، ۱۱۵).

اما اراده دستوری از طرف ذهن انسان به انجام فعل بوده که به محض صدور، فعل اجراء می‌گردد. از این جهت است که با وجود اختلاف نظر حقوق‌دانان کیفری، نظریه قرار گرفتن اراده در عناصر مادی تقویت شده است؛ چراکه به محض صدور دستور از طرف ذهن انسان، فعل اجراء شده و با بحث مادی گره خورده است. زمانی که اختیار یک فرد به هر علتی محدود و یا زایل شده است، اراده وی به امر منتسب بوده و در واقع، با اراده امر فعل توسط عامل صورت می‌پذیرد. به عقیده برخی حقوق‌دانان، در صورت فقدان اختیار، صحبت کردن از اراده بی معنا است. عکس این قضیه نیز ممکن است. اگر فردی با اختیار کامل به تصمیم‌گیری اقدام کند، اما به هر دلیل فاقد اراده باشد، هیچ جرمی مرتکب نشده و به سبب نبود عنصر مادی، نمی‌توان جرمی برای وی محقق ساخت. در واقع، شخص با اختیار نسبت به تصمیم‌گیری اقدام کرده، اما اراده انجام آن را نداشته و به همین سبب، قابل سرزنش نیست (کاظمی نجف‌آبادی، ۱۳۹۵، ۳۲۰).

آنچه از کلام روانشناسان برمی‌آید، در لحظه اختلال شخصیت، کنترل بر جسم اصلی زایل شده و اقدامات غیرارادی به نحوی صورت می‌گیرد که بلافاصله پس از بازگشت شخصیت، یادآوری آن بسیار سخت است (وان بروکون؛ ۲۰۱۹، ۴۷۷)؛ بنا بر این، بیمار، در لحظه ارتکاب جرم، فاقد اراده و نه اختیار دانسته می‌شود. در واقع، بیمار بدون هیچ‌گونه اکراه و اجبار به عمل مجرمانه دست زده و از این رو، دارای اختیار است، نیت انجام آن، صادر شده و لیکن فعل آن، غیر ارادی است و نه ارادی که موجب مخدوش شدن عنصر مادی جرم می‌گردد.

ما حاصل بحث این است که این بیماران دچار چرخش شخصیت شده، به نحوی که در شخصیت جدید اراده مفهومی ندارد. پس از ارتکاب جرم، دوباره شخصیت به حالت اول بازگشته و یادآوری وضعیت پیشین، بسیار سخت است.

در سال‌های پیش، به درخواست سازمان قضائی نیروهای مسلح که پرونده‌های کثیری از موارد عدم تعادل روحی و استفاده ناشایست از سلاح، ابزار ناخرسندی می‌کرد، طرح گروه الف و ب، در دوران خدمت سربازی، تعیین شد. مطابق این طرح، سربازان وظیفه، در دوران آموزشی، به دنبال آزمایش‌های روانشناسی، به دو گروه الف و ب تقسیم شده و افراد تعیین شده در گروه ب که افراد دوقطبی می‌باشند، از خدمات نظامی منع شده و در بخش‌های غیرنظامی، مشغول می‌شوند. پس از ابلاغ نوع فعالان این نوع سربازان، مسئولیت هرگونه اقدام غیرعقلانی آنان، بر عهده فرمانده یگان است؛ چراکه پس از ابلاغ به وی، می‌بایست حضور چنین افرادی در مراکز تسلیحاتی، شدیداً محدود شود.

۳. در نظام حقوقی کشور

ماده مهم ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی بیان داشته است: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده، به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد، مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد». به نظر می‌رسد: قانون‌گذار کشور در این ماده، بین اراده و اختیار، تفاوتی قائل نشده است؛ با این حال، ضمن تفسیر موسع بخش شروع به جرم که آغاز آن از ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی می‌باشد، می‌توان فقدان اراده در لحظه وقوع جنایت را عامل رافعی از مسئولیت کیفری دانست.

اختیار، به معنای قدرت انتخاب بین چند راه بوده و انسان می‌بایست از نعمت عقل خود در راه انتخاب گزینه‌ها بهره برد و در صورت استفاده نا صحیح از این قدرت، مسئولیت کیفری دارد. قانون مجازات اسلامی نیز به صراحت اختیار را از شرایط انتساب مسئولیت کیفری دانسته است. در نظریه تحقق جرم، فردی که فاقد اختیار است، نیت مجرمانه‌ای برای ارتکاب فعل مجرمانه نداشته و به همین سبب جرم محقق نمی‌گردد؛ مثلاً، فرد مکره، تنها، با هدف رفع خطر، دست به عمل مجرمانه زده که نیت مجرمانه‌ای برای آن، لحاظ نمی‌گردد. در اینجا، به خوبی وضعیت خلط حدود تحقق جرم و مسئولیت کیفری مشخص است. اراده نیز به معنای صدور دستور ذهنی به ارتکاب فعل مجرمانه است که با توجه به نبود خلأ زمانی بین اراده و ارتکاب فعل، زیر مجموعه عنصر مادی جای داشته و هم در بحث تحقق مسئولیت کیفری و هم در بحث تحقق جرم، جزئی از عناصر آن شمرده شده که این نیز گونه‌ای دیگر از خلط حدود است. بحث مفصل در خصوص اراده خارج از پژوهش کنونی بوده که جهت اطاله کلام از آن، خودداری شده است؛ با این حال، ذکر این نکته قابل توجه است که اگر در وقوع جرم اراده به هر نحو زایل شده باشد، نمی‌توان مجرم را مجازات نمود؛ چراکه مصادیق آن، مانند ارتکاب جرم در حالت بیهوشی و خواب و دیگر موارد مرتبط، فاقد مسئولیت کیفری شناخته شده و البته به نظر اقوی حقوقدانان، در واقع، جرمی به وقوع نپیوسته که نیازمند تحقیقات باشد. هرچند که پیاده سازی این نظریه در عمل ممکن نخواهد بود؛ چراکه اگر به سادگی از کنار برخی جرائم عبور شود، تمایل به تکرار آن، به شدت افزایش خواهد داشت. در خصوص بیماری مذکور، روانشناسان چنین اثبات نموده که در حین تغییر شخصیت، اراده به کلی زایل شده و کنترل جسم شخص از نیروی ناشناخته دیگری ناشی می‌شود. خارج از عرف و رویه قضائی، چنین اقدامی از دیدگاه حقوق کیفری، جرم محسوب شده و لیکن در نهایت، مجازات برای مجرم، اتفاق نخواهد افتاد.

اما مسأله‌ای که اکثریت حقوق‌دانان کیفری به آن، توجه داشته و دارند، این است که شناخت این وضعیت در نظام حقوقی کشور، عملاً، ممکن نیست. فرض شود: قتل توسط فردی دارای اختلال روانی اتفاق می‌افتد. فعل مجرم، نوعاً کشنده است و نمی‌توان به سادگی از کنار این مهم گذشت. معمولاً، آزمایش‌های خاص توسط پلیس آگاهی انجام شده و اگر دستگیری در لحظه جنایت، اتفاق افتاده باشد،

می‌توان از وضعیت سلامت عقلی، اطمینان حاصل نمود. پس از طی مراحل تحقیقات، در نهایت، اگر پزشکی قانونی، وضعیت جنون مجرم را تأیید و علم قاضی نیز به این مسأله اطمینان حاصل نماید، متهم از قصاص، معاف شده و می‌بایست تا زمان افاقه کامل در بیمارستان روانی حبس گردد. باید عاقله، دیه را پرداخت کند (حائری شاه باغ، ۱۳۸۹، ۸۸)؛ اما در خصوص اینکه فرد، به صورت عرفی و عام، سالم بوده و تنها، در لحظه وقوع جنایت، دارای اختلال روانی بوده، هنوز، معیار دقیقی وجود ندارد. به مراتب، مشهود بوده که مجرمین، ضمن استناد به این مهم، عاجزانه بیان می‌دارند: اصلاً، قصدی برای جنایت نداشته و در آن لحظه، عقل به درستی تصمیم نگرفته است؛ با این حال، اماره‌های قوی که عمل قتل را اثبات می‌دارد، مانع از آن شده که قاضی این سخنان را باور نماید. پزشکی قانونی نیز نمی‌تواند به صورت یقین تشخیص دهد که در آن لحظه، عقل وجود داشته یا خیر؛ بنا بر این، این ادله، به سهولت رد شده و مجازات قتل عمدی در خصوص مجرم اجراء می‌گردد (خاطری، ۱۳۹۰، ۹۵).

ما حاصل بحث اینکه در خصوص زوال لحظه‌ای عقل و اراده در لحظه وقوع جرم، به سبب فقدان ادله اثبات موثق و وجود امارات قوی مبنی بر وقوع جرم، بحث رافعیّت از مسئولیت کیفری، عملاً، جز نوشته‌ای بر روی کاغذ اعتباری دیگر نداشته و قابلیت کاربرد ندارد و این مسأله، مورد انتقاد حقوق‌دانان واقع شده است. اگر از دیدگاه جرم‌شناسی نیز به قضیه نگریسته شود، در وضعیتی که به سهولت چنین سخنانی باور شده و بدون وجود استناد قوی ادعای فقدان عقل در لحظه وقوع جنایت پذیرفته شود، ترس از مجازات کاهش داشته و جامعه با خطرات فراوانی مواجه خواهد شد؛ بنا بر این، از این جنبه، ضرورت داشته که چنین ادعاهایی به صورت سخت گیرانه مورد بررسی قرار گیرد.

۴. در نظم حقوقی کانادا

نظام حقوقی کشور کانادا در زمره نظام‌های کامن‌لایی قرار داشته و عرف در تعیین مصادیق حقوقی از جایگاهی ویژه برخوردار است. در خصوص بیماری مذکور که بیش از دو دهه از عمر تحقیقات علمی مرتبط بدان نگذشته و به نسبت دیگر مسائل روانشناسی، تحقیقات نسبتاً اندکی در این مورد انجام شده، نظام قضائی کانادا رویه زود هنگامی در پیش گرفته است. در صورتی که مجرم، ادعای وجود این نوع بیماری را داشته باشد، اقدامات ذیل، صورت خواهد گرفت:

مجرم، در اتاقی نسبتاً کثیف، حبس شده و حالات وی از حیث اختلالات عصبی بررسی می‌گردد. تلفن همراه وی از این حیث که دارای عکس و فیلم‌های جنایی باشد، مورد بررسی قرار می‌گیرد. حیواناتی نظیر: جوجه و موش، به همراه آلات قتاله، به وی اعطاء شده و جنایت بر حیوانات، به صورت نام حسوس رصد می‌گردد. در صورت تشخیص تغییر شخصیت، از وی بازجوئی شده و در لحظه بازگشت شخصیت

نیز مجدد از وی بازجوئی می‌گردد. از دستگاه‌های دروغ‌سنج استفاده می‌شود. مجرای جرم از زبان خود شخص، استماع شده و این اقدام، چند بار تکرار می‌شود (توا^۱، ۲۰۲۱، ۴۱).

در نهایت، در خصوص تغییر شخصیت وی، در لحظه وقوع جرم، تصمیم‌گیری شده و پزشکی قانونی، گزارش مکتوب خود را نزد قاضی می‌فرستد (مکندی^۲ و رسیدری^۳، ۲۰۲۱، ۵۳۰). قاضی نیز از نظر شکلی، این تحقیقات را بررسی نموده و در نهایت، حکم برائت از جرم را صادر می‌نماید؛ اما جهت اصلاح و درمان، متهم، در اختیار پزشکی قانونی قرار خواهد گرفت (ساموئل^۴، ۲۰۲۱، ۱۱۳۹).

آنچه روانشناسان در حال حاضر، برای افاقه این بیماران پیشنهاد داده‌اند، کار سخت در مناطق سردسیر است. معمولاً، این افراد، در معادن مناطق مرکزی و شمالی کانادا به کار مشغول بوده تا در نهایت، افاقه کامل آن‌ها توسط پزشکی قانونی اعلام گردد.

در سال ۲۰۱۹، تعداد ۲۴ فقره جرم با این مضمون به نظام قضائی کانادا واصل شد که تا کنون، تنها ۶ نفر مورد افاقه کامل قرار گرفته‌اند (کوتر^۵، ۲۰۲۱، ۵). در سال ۲۰۲۰، تعداد ۲۷ فقره جرم با این مضمون به نظام قضائی کانادا واصل شد که تا کنون، تنها ۳ نفر مورد افاقه کامل قرار گرفته‌اند (سیوج^۶، ۲۰۲۱، ۳). در سال ۲۰۲۱، تعداد ۱۷ فقره جرم با این مضمون، به نظام قضائی کانادا واصل شد که تا کنون، تنها ۱۴ نفر مورد افاقه کامل قرار گرفته‌اند (اسپانسر^۷ و همکاران، ۲۰۲۳، ۳۵). در سال ۲۰۲۲، تعداد ۱۴ فقره جرم با این مضمون به نظام قضائی کانادا واصل شد که تا کنون هیچیک از آن‌ها مورد افاقه کامل قرار نگرفته‌اند (ملکم^۸، ۲۰۲۳، ۱۴).

رویه‌ای که دولت کانادا در این خصوص در پیش گرفته، از چند جنبه، قابلیت بررسی دارد؛ اولاً، شناسایی یکی از جنبه‌های زوال عقل در لحظه وقوع جنایت با ادله قوی مشخص شده که گامی به سوی عدالت خوانده می‌شود؛ ثانیاً، اقدامات پیشگیرانه مناسبی برای اصلاح این بیماران، اتخاذ شده است؛ با این حال، به رسمیت شناختن این وضعیت، از اضطراب ناشی از وسواس می‌تواند به راه‌گزینی برای فرار از مجازات ارزیابی گردد که در نهایت، امنیت جامعه را به خطر خواهد انداخت.

۱. Twa

۲. McKendy

۳. Ricciardelli

۴. Samuels

۵. Citter

۶. Savage

۷. Spencer

۸. McColm

۵. ادله اثبات

یکی از ویژگی‌های خاص نظام «حقوق نوشته» آن است که نحوه ادله اثبات می‌بایست با ذکر جزئیات مشخص گردد. در ادبیات حقوقی کامن‌لا، علم قاضی، قوی‌ترین درجه اثبات را دارا است و این، در حالی است که در نظام حقوقی نوشته، در غیاب دیگر ادله و تناقض آن‌ها، علم قاضی کارایی لازم را داشته و بر مبنای آن، حکم مقتضی صادر می‌گردد (زراعت، ۱۳۹۳، ۴۳).

چنانکه بیان شد، در خصوص جنون دائمی، نظریه پزشکی قانونی و علم قاضی برای ادله اثبات کفایت دارد؛ اما در خصوص جنون لحظه‌ای، نمی‌توان به این نظریات استناد نمود؛ البته، نکته قابل توجه دیگر اینکه برای درجه اعتبار ادله نیاز است میزان اطمینان به درستی مشخص گردد؛ برای مثال، می‌توان به ذکر این مثال پرداخت که با وجود عمر بیش از چند دهه از دستگاه پلی‌گراف، امروزه، دستگاه دروغ سنج به عنوان ادله اثبات، مورد استفاده قرار نگرفته و در جریان تحقیقات جنایی می‌تواند مبنا فرض شود. این مهم در دکتین حقوق کیفری به رسمیت شناخته شده که نباید برای مبنای تحقیقات، هیچ محدودیتی فرض کرد؛ چراکه قاعده خاصی در این مورد وجود ندارد؛ از این رو، ادله با درجه اعتبار نسبتاً ضعیف، مبنای تحقیقات قرار خواهند گرفت (عبداللهی، ۱۳۹۳، ۹۱).

با توجه به قدمت روش دروغ سنجی کلاسیک و کارهای تحقیقاتی و عملیاتی فراوانی که بر روی آن انجام شده است، امروزه، قواعد و دستور العمل‌های معتبر و دقیقی برای نحوه طراحی آزمون، روش تفسیر علامت‌ها و حتی مشخصات محل آزمون در این روش تدوین شده است. همچنین، امروزه، با بهره‌گیری از قابلیت‌های پردازشی رایانه (پلی‌گرافی رایانه‌ای)، سرعت و کیفیت عملکرد بهتری یافته است؛ با این حال، همواره، تلاش‌هایی برای یافتن روش‌های جایگزین برای آن وجود داشته است. هدف از طراحی این روش‌ها، عموماً، بالا بردن دقت تشخیص روش و رفع بعضی از محدودیت‌های روش دروغ سنجی کلاسیک، از جمله زمان‌گیر بودن آزمون، نیاز به تماس حسگرهایی به بدن شخص و عدم امکان انجام آزمون بدون آگاهی شخص بوده است. در هر یک از این روش‌های جایگزین، از یک یا چند پارامتر حیاتی دیگر برای نشانه‌های دروغ‌گویی استفاده می‌شود که از جمله آن‌ها می‌توان به لرزش صدا، الگوی حرکات پرشی چشم، قطر مردمک چشم، توزیع جریان خون در مغز و پتانسیل‌های الکتریکی مغز اشاره کرد. در مورد اخیر، یعنی: پلی‌گرافی، بر اساس سیگنال‌های برانگیخته مغزی که راهکارهای پیشرفته، ثبت، پردازش و تجزیه و تحلیل سیگنال‌های مغزی را به کار می‌گیرد، کیفیت و کارایی بالاتری را نسبت به پلی‌گرافی کلاسیک و روش‌های دیگر گزارش داده‌اند و همچنان جزء پروژه‌های مفتوح و به روز دنیا هست؛ هرچند به نظر می‌رسد به علت جدید بودن موضوع، هنوز راه درازی را برای به ثمر نشستن نهایی در پیش دارد. دروغ سنج‌های مدرن، الگوهای تنفس، فعالیت قلبی عروقی و واکنش‌های الکتریکی پوست را که توسط سیستم عصبی ناخودآگاه کنترل می‌شود، بررسی و ثبت و ضبط می‌کنند و در حال حاضر، با سخت

افزارهای پیشرفته دیجیتالی شده‌اند؛ با این وجود، حتی اگر چنین فن‌هایی به درستی به کشف دروغ‌ها کمک کند چشم انداز استفاده از آن‌ها باعث ایجاد سؤالات مهمی درباره نفوذ در حریم خصوصی افکار (ذهن) می‌شود.

هرچند که رویه مذکور در خصوص اثبات بیماری اختلال شخصیت و سواسی، به رویه قضائی مبدل شده است، اما در خصوص کیفیت این ادله، اطلاعات چندانی در دسترس نیست. در این خصوص، دو فرض مطرح است:

در حالت اول، ممکن است درجه اثبات این ادله بسیار بالا باشد که نیاز است مورد اعتماد افراد موثق قضائی قرار گیرد. در عین حال، برای این مهم نیاز به آزمایش‌های مکرر محسوس است. از آنجا که کشور ایران، در زمینه سلامت، پیشرفت‌های خوبی داشته و پزشکان کشور، گاه، از شهرتی به مانند هم‌تایان خود در اروپا و آمریکا برخوردارند، قادر خواهند بود که ضمن بررسی این نوع ادله، نقاط قوت و ضعف آن را شناسایی نموده و در صورتی که به این مهم اطمینان حاصل نمایند، زمینه را برای مبدل شد آن به قانون، فراهم دارند. در کشور ایران، پیش از فرآیند قانونگذاری، تحقیقات در کمیسیون‌های تخصصی انجام شده و هدف کلی آن است که پیش از تصویب قانون، زوایای مختلف آن، مورد بررسی قرار گیرد.

در حالت دوم، ممکن است اعتبار این روش به طور کامل زیر سؤال رود. در این صورت، حتی خود نظام حقوقی کانادا که نسبت به رویه‌سازی آن، اقدام کرده، دارای مسئولیت خواهد بود. استناد به ادله اشتباه، به معنای صدور حکم اشتباه بوده که در کشور ایران، مستوجب مسئولیت مدنی جبران خسارت برای قضات خواهد بود (اصل ۱۷۱ قانون اساسی).

ما حاصل بحث اینکه می‌توان توسط افراد معتمد، روش مذکور در خصوص اختلال شخصیت و سواسی را مورد واکاوی قرار داد و در صورتی که این روش دارای اطمینان بالا خوانده شود، رویه مذکور در کانادا را یکی از ادله اثبات بیماری مذکور، در خصوص جرائمی به کار گرفت که نسبت به اختلال عقل خود در لحظه وقوع جرم ادعا دارند.

نتیجه‌گیری

قوانین، با این هدف وضع شده که اصول کلی عدالت را اجرائی نمایند. اگر قانون، بدون ضمانت اجراء باشد، به هیچیک از اهداف عالی دست نخواهد نیافت. شخصی که به صورت لحظه‌ای، عقل خویش را از دست داده و در این میان، مرتکب جرمی نیز شده، فاقد عناصر روانی و مادی جرم است؛ لذا کیفردهی وی عملاً، با اصول عدالت کیفری همخوانی ندارد و تنها می‌بایست وی را ملزم به درمان نمود و در صورت خطرناک بودن وضعیت روانی، در مکانی مناسب نگهداری شود؛ با این حال، یکی از آفات این حمایت قانونی، آن است که مجرمین، به بهانه چنین وضعیت روانی، سعی در فرار از مجازات دارند و اگر در این

امر، موفقیت یابند، اهداف عالی سیاست کیفری محقق نخواهد شد؛ بنا بر این، با هدف دستیابی به اهداف عالی می‌بایست ادله اثبات قابل اعتمادی را یافت.

نظام قضائی کانادا، در خصوص این بیماری نسبتاً تازه شناخته شده، ادله اثباتی به کار بسته که می‌تواند مورد اعتماد باشد. با توجه به اینکه کانادا تنها کشوری در جهان است که در حال حاضر به این ادله استناد نموده، می‌تواند الگویی برای دیگر کشورها قرار گیرد. در این خصوص می‌بایست متخصصین مورد اعتماد نظر دهند و اگر بتوان با این اعتماد نسبت به شناخت دقیق وضعیت مجرم در حین ارتکاب جرم اظهار نظر نمود، به درستی می‌توان مانع از کیفر به فردی شد که در ارتکاب جرم قصوری نداشته است.

نظام حقوقی کشور ایران، به طور کلی، در اجرای ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی، دارای ضعف است؛ چراکه ادله اثبات جرائم بسته به ماهیت آن‌ها تفکیک گردیده و برای اثبات زوال عقل لحظه‌ای در زمان وقوع جرم، ادله قانونی قابل اعتمادی معرفی نشده است. می‌توان الگوی به کار رفته در کشور کانادا را مورد آزمون قرار داد و در صورتی که از نظر علمی معیارهای لازم برای اطمینان بخشی به دغدغه‌های قضائی را داشته باشد، به صورت آئین‌نامه اجرائی به پزشکی قانونی معرفی گردد. در این صورت، حتی بدون نیاز به تغییر قوانین موضوعه، می‌توان موارد مشابه را از پزشکی قانونی استعلام نمود و در صورت صدور گزارش مرتبط، علم قاضی نیز تأیید کننده آن باشد. طبیعتاً، دیدگاه کلی قضائی می‌بایست ناظر شکلی گزارش‌های تخصصی باشد و در این صورت است که می‌توان وضعیت مورد نظر را با کمترین خطا شناسایی نمود.

کتابشناسی

۱. آقایی بجستانی، مریم، (۱۳۸۵)، تجزیه اراده و نقش آن در تنفیذ معاملات اکراهی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ششم، شماره اول، ص ۱۰۷-۱۱۸.
۲. ایمانی، معصومه، (۱۳۹۸)، بررسی تطبیقی شاخصه‌های عنصر روانی جرم در نظام حقوقی ایران و انگلستان، دانشگاه تبریز، کارشناسی ارشد.
۳. بیگلری، پویان، (۱۳۹۶)، بررسی عنصر روانی جرم بین‌المللی نسل زدایی در فقه و حقوق، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره چهارم، شماره اول، ص ۱-۳۰.
۴. حائری شاه باغ، سید علی، (۱۳۸۹)، شرح قانون مجازات عمومی، تهران، مجمع ذخایر اسلامی، اول.
۵. حراج، علیرضا؛ پورمحمد، اباست؛ بشیری، اکبر، (۱۴۰۳)، اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان، آموزه های فقه و حقوق جزاء، دوره اول، شماره سوم، ص ۲۳-۴۲.
۶. خاطری، برهان، (۱۳۹۰)، فرآیند تکوین جرم، تهران، انتشارات خرسندی، اول.
۷. خالقی، علی؛ رجب، محمد علی، (۱۳۹۲)، تحلیل معیار نوعی در عنصر روانی جرم قتل عمدی (مطالعه تطبیقی)، نشریه حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره اول، ص ۱۲۱-۱۴۶.
۸. زراعت، عباس، (۱۳۸۶)، جرائم علیه اشخاص، تهران، انتشارات فکرسازان، اول.
۹. زراعت، عباس، (۱۳۹۳)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران، انتشارات ققنوس، اول.
۱۰. شاه بلخی، رحیم، (۱۳۹۹)، جایگاه عنصر روانی جرائم عمدی در حقوق کیفری افغانستان و ایران، دانشگاه بین المللی مصطفی، کارشناسی ارشد.
۱۱. صالح آبادی، مژگان؛ توده، حسین، (۱۳۹۶)، بررسی نقش اراده در عنصر روانی جرم، سومین همایش ملی پژوهش های نوین در حوزه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی ایران، قم.
۱۲. عبداللهی، اسماعیل، (۱۳۹۳)، مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام های حقوقی ایران و انگلستان، تهران، میزان، اول.
۱۳. کاظمی نجف آبادی، عباس، (۱۳۹۵)، تحولات فقهی و تأثیر آن بر مفهوم قصد و رضایت، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره چهل و نهم، شماره دوم، ص ۳۱۱-۳۲۸.
14. Cotter, A. (2021). Intimate partner violence in Canada, 2018: An overview. Juristat: Canadian Centre for Justice Statistics, 1-23.
15. Gadelkarim, W., Shahper, S., Reid, J., Wikramanayake, M., Kaur, S., Kolli, S., ... & Fineberg, N. A. (2019). Overlap of obsessive-compulsive personality disorder and autism spectrum disorder traits among OCD outpatients: An exploratory study. International Journal of Psychiatry in Clinical Practice, 23(4), 297-306.
16. Gomes-Casseres, B. (1999). Routledge Encyclopedia of International Political Economy.
17. Grant, J. E., Chamberlain, S. R., & Pinto, A. (Eds.). (2019). Obsessive-compulsive personality disorder. American Psychiatric Pub.
18. Jones, R. B. (2002). Routledge encyclopedia of international political economy. Routledge.
19. Lei, H., Huang, L., Li, J., Liu, W., Fan, J., Zhang, X., ... & Rao, H. (2020). Altered spontaneous brain activity in obsessive-compulsive personality disorder. Comprehensive Psychiatry, 96, 152144.
20. Malcolm, C. (2023). Human to Human A Poem Written for Pamela George. Unsettling Colonialism in the Canadian Criminal Justice System.
21. Marincowitz, C., Lochner, C., & Stein, D. J. (2022). The neurobiology of obsessive-compulsive personality disorder: a systematic review. CNS spectrums, 27(6), 664-675.

22. McKendy, L., & Ricciardelli, R. (2021). The pains of imprisonment and contemporary prisoner culture in Canada. *The Prison Journal*, 101(5), 528-552.
23. Pozza, A., Starcevic, V., Ferretti, F., Pedani, C., Crispino, R., Governi, G., ... & Coluccia, A. (2021). Obsessive-compulsive personality disorder co-occurring in individuals with obsessive-compulsive disorder: a systematic review and meta-analysis. *Harvard Review of Psychiatry*, 29(2), 95-107.
24. Samuels-Wortley, K. (2021). To serve and protect whom? Using composite counter-storytelling to explore Black and Indigenous youth experiences and perceptions of the police in Canada. *Crime & delinquency*, 67(8), 1137-1164.
25. Savage, L. (2021). Intimate partner violence: Experiences of women with disabilities in Canada, 2018. *Juristat: Canadian Centre for Justice Statistics*, 1-23.
26. Solomonov, N., Kuprian, N., Zilcha-Mano, S., Muran, J. C., & Barber, J. P. (2020). Comparing the interpersonal profiles of obsessive-compulsive personality disorder and avoidant personality disorder: Are there homogeneous profiles or interpersonal subtypes?. *Personality Disorders: Theory, Research, and Treatment*, 11(5), 348.
27. Spencer, D., Ricciardelli, R., Cassiano, M. S., & Zehtab-Jadid, A. (2023). Occupational Stress, Correctional Officers, and Training for the Job: Probing Sources of Stress During the Correctional Service of Canada's Correctional Training Program. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 65(3), 32-46.
28. Twa, M. (2021). Crazy and Caucasian? The Influence of Race, Gender, and Crime Variables on Perceptions of Criminal Responsibility. *Student Research Proceedings*, 6(1).
29. Van Broekhoven, K. E., Karreman, A., Hartman, E. E., Lodder, P., Endendijk, J. J., Bergink, V., & Pop, V. J. (2019). Obsessive-compulsive personality disorder symptoms as a risk factor for postpartum depressive symptoms. *Archives of women's mental health*, 22, 475-483.
30. Wheaton, M. G., & Ward, H. E. (2020). Intolerance of uncertainty and obsessive-compulsive personality disorder. *Personality Disorders: Theory, Research, and Treatment*, 11(5), 357.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 39-54

Receive Date: 2024/09/08

Revise Date: 2024/10/14

Accept Date: 2024/10/19

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1196021

Examination of Contracts of Assignment of Mines in the Administrative Structure of the Ministry of Industry, Mine and Trade with a look at the Similar Offices in Legal Systems of France and Canada

Hamidreza Rafipour Tehrani¹Bakhtyar Abasloo²Hatem Sadeghi Ziazi³

Abstract

In order to the presence of the private sector in the exploitation of mines, in 1399 the Ministry of Industry, Mine and Trade presented a new mechanism for this matter, the contractor started the with method of "build-operate-assignment" which included Special privileges for contractor in comparison with other cases of assignments and in return the contractor has been engaged to the development of ancillary industries. The recognition of the executive-administrative challenges of the mentioned method is the goal which this research followed. The lack of a contract form, the lack of an economic criterion for determining the duration of exploitation, the non-expert opinion of the legal assistant of president on the base of distortion of the principle of consent in this contract, the customary precedent of wrong privileges to governmental companies and the obstruction of institutions such as the Environmental Protection and Natural Resources Organization is one of the important challenges of the implementation of this mechanism that its resolution requires the frankness of Cabinet about the full authorities of the Ministry of Mines, setting up a contract form, the response of the Legal Assistant of the Cabinet to all ambiguities, setting up a legal document for the fair determination of the period of exploitation and the strict implementation of penal regulations that will be possible with the efforts of the ministry of Industry, Mine and Trade and the presidency.

Keyword: contract of assignment of mine, privileges to governmental companies, challenges of the contract of assignment of mines.

¹ PhD student in private law, Central Tehran branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. tehrani13502003@yahoo.com

² Assistant Professor, Department of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (corresponding author). bak.abasloo@ctb.iau.ir

³ Assistant Professor, Department of Law, Pardis Branch, Payam Noor University, Tehran, Iran. hatamsadeghi@pnu.ac.ir



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۵۴۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۸

DOI:10.71654/jcld.2024.1196021

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی قراردادهای واگذاری معادن در ساختار اداری وزارت صمت، با نگاهی به

ادارات مشابه در نظام‌های حقوقی فرانسه و کانادا

حمید رضا رفیع پور طهرانی^۱

بختیار عباسلو^۲

حاتم صادقی زیازی^۳

چکیده

در راستای حضور بخش خصوصی در بهره برداری از معادن، وزارت صمت در سال ۱۳۹۹، ساز و کار جدیدی برای این مهم ارائه داد. پیمانکار، به روش: ساخت بهره برداری واگذاری، وارد عمل شد که در قیاس با دیگر موارد واگذاری‌ها، امتیازاتی خاص برای پیمانکار لحاظ شد و در عوض، پیمانکار، به توسعه صنایع جانبی، متعهد گردید. شناسایی چالش‌های اجرایی اداری روش مذکور، هدفی است که این نوشتار، مترصد آن است. فقدان فرم قراردادی، فقدان معیار اقتصادی تعیین مدت بهره برداری، اظهار نظر غیر کارشناسی معاونت حقوقی ریاست جمهوری، مبنی بر مخدوش شدن اصل رضایت در این قرارداد، رویه‌ی عرفی اشتباه امتیازات شرکت‌های دولتی و ایجاد مانع نهادهایی همچون: سازمان حفاظت از محیط زیست و منابع طبیعی، از چالش‌های مهم اجرای این ساز و کار است که رفع آن‌ها مستلزم صراحت هیأت دولت، بر اختیارات کامل تولی وزارت صمت بر معادن، تنظیم فرم قراردادی، پاسخ معاونت حقوقی هیأت دولت، به تمامی ابهامات، تنظیم سند حقوقی، برای تعیین عادلانه مدت بهره برداری و اجرای سخت‌گیرانه مقررات تعزیرات حکومتی است که با همت وزارت صمت و ریاست جمهوری امکان پذیر است.

واژگان کلیدی: قرارداد واگذاری معدن، امتیازات شرکت‌های دولتی، چالش‌های قرارداد واگذاری معادن.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران . tehrani13502003@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). bak.abasloo@ctb.iau.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد پردیس، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران . hatamsadeghi@pnu.ac.ir

مقدمه

معادن، ثروت ملی محسوب گردیده و از دیدگاه فقه اسلامی، جزئی از انفال بوده و اداره آن در انحصار حاکم اسلامی می‌باشد. با لحاظ این اصل مهم، قانون معادن در سال ۱۳۷۷ به تصویب رسید و از نظر حقوقی، طرق بهره برداری از آن، رسمیت یافت. به مانند هر پروژه با کارفرمایی دولت، مانند راه سازی، امورات شهری، انتقال برق و ... ساز و کار حضور بخش خصوصی در معادن تعریف شده که عموماً به مقررات اداری باز می‌گردد؛ چراکه قانون معادن به صورت کلی در این خصوص بحث نموده و تفسیر موسع مفاد آن و تنظیم مقررات اجرائی مرتبط بدان، با همت قوه مجریه انجام شده است.

برخی نویسندگان به پیمانکاری مستقیم در معادن انتقاد وارد شده و آن را زمینه ساز فساد دانسته‌اند (جباری، ۱۳۹۲، ۱۲). در تحقیقی دیگر، واگذاری معادن مبهم دانسته شده که زمینه سودهای کلان بادآورده را فراهم می‌دارد (دولت آبادی و همکاران، ۱۴۰۰، ۶۶۲). در کشوری به مانند فرانسه، امکان مشارکت بخش خصوصی و دولتی برای بهره برداری از معادن وجود دارد (بتانکورت، ۲۰۲۳، ۳۴) همچنین در یک تحقیق علمی به ورود مستقیم دولت‌های جهان سوم به فعالیت های معدنی انتقاد وارد شد (دیا و همکاران، ۲۰۰۸، ۱).

در جایی دیگر به لزوم موازنه اقتصادی با اعمال واگذاری معادن تاکید گردید (حق گذار و همکاران، ۱۴۰۳، ۲۰)

در راستای اصلاح ساز و کار واگذاری معادن، مصادف با شیوع بیماری کرونا در اوایل سال ۱۳۹۹ طرحی در وزارت صمت به تصویب رسید که تا کنون به طور کامل اجرا نشده است. به موجب این طرح بدیع، معادن با قرارداد: ساخت، راه اندازی، واگذاری، به بخش خصوصی واگذار شده و توقعاتی که پیشتر، در دیگر پروژه‌ها برای پیمانکاران متصور بود، به صورت رسمی ذکر شده تا بدین صورت ضمن گسترش صنایع جانبی، سرمایه گذاران برای ورود به این گونه پروژه‌ها تشویق گردند. مدل مشابه در فرانسه و کانادا پیاده سازی شده که موفق ارزیابی می‌گردد.

سؤال پژوهش این است که نقاط قوت و ضعف طرح جدید واگذاری معادن چیست و راهکارهای اداری اجرای صحیح آن، به چه صورت است؟

چنین فرض شده که جامعیت این طرح از نقاط قوت آن محسوب شده و لیکن اختلاف در اختیارات وزارت صمت، عدم توجه به حقوق پیمانکاران و در نهایت، عدم ارائه فرم قراردادی استاندارد، از نقاط ضعف اجرائی این طرح بوده که نیاز است با همت مسئولین، مرتفع گردد.

^۱ Betancourt

^۲ Dai

در این پژوهش، ابتداء، واگذاری معادن از دیدگاه اداری مطالعه شده، سپس چالش‌های اداری این حوزه بررسی و ضمن قیاس با الگوی مشابه در کانادا و فرانسه، الگوی پیشنهادی رفع این مشکلات ارائه شده است.

۱. واگذاری معادن

در اکثر کشورها، معادن ثروتی ملی محسوب می‌گردند؛ بدین معنا که تمامی منابع معدنی در سراسر کشور به عموم مردم تعلق دارد. به موجب نص صریح منابع فقهی، استفاده از منابع طبیعی اگر در حد مصرف شخصی باشد، فاقد ایراد بوده و اگر با قصد فعالیت اقتصادی باشد، کسب اجازه از حاکم اسلامی ضرورت دارد (اسلامی پناه، ۱۳۹۲، ۱۳۲). این مهم، امروزه، مبنای قانون‌گذاری قرار گرفته و هرگونه فعالیت اقتصادی در حیطه منابع طبیعی، مستلزم کسب مجوزهای مربوطه می‌باشد. ذیل این قسمت، در خصوص واگذاری معادن از دیدگاه‌های مختلف، صحبت شده است.

۱-۱. دیدگاه حقوقی

در حال حاضر، مهمترین منبع حقوقی در خصوص معادن، قانون معادن است که در سال ۱۳۷۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده و اصول کلی قانون اساسی، به خصوص اصول ۴۴ و ۴۵ را به معادن، تعمیم داده و جزئیات اجرایی آن‌ها را بیان داشته است.

در بخش ابتدایی تعاریف، در خصوص پروانه اکتشاف بیان داشته شده: مجوزی است که برای انجام عملیات اکتشافی مواد معدنی در محدوده مشخص از طرف وزارت معادن و فلزات صادر می‌شود. در این خصوص، دو نکته قابل توجه است؛ نکته اول اینکه امروزه وزارت صنعت، معدن و تجارت و یا به اصطلاح «صمت»، جایگزین وزارت معادن و فلزات آن زمان بوده و لذا تکالیف و اختیاراتی که در این قانون برای این نهاد در نظر گرفته شده، برای وزارت صمت نیز محرز است.

نکته دوم اینکه این تعریف، آغازی بر مسئولیت اداری وزارت صمت در خصوص تولی معادن بوده و جای هرگونه دخالت دیگر نهادها در مورد معادن را محدود می‌نماید. قابل ذکر است که سازمان حفاظت از محیط زیست و همچنین منابع طبیعی، به نوبه خود در مسیر بهره برداری از معادن، سنگ اندازی نموده که با تفاسیر موسع از مفاد این قانون می‌توان راه دخالت آن‌ها را مسدود نمود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۷، ۵۵).

در ادامه این مهم، ماده دوم به صراحت بیان داشته: «در اجرای ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مسئولیت اعمال حاکمیت دولت بر معادن کشور و حفظ ذخایر معدنی و نیز صدور اجازه انجام فعالیت‌های معدنی مقرر در این قانون و نظارت بر امور مزبور و فراهم آوردن موجبات توسعه فعالیت های معدنی، دستیابی به ارزش افزوده مواد خام معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال در این بخش و

نیز افزایش سهم بخش معدن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور به عهده وزارت معادن و فلزات می‌باشد».

همچنین، در ماده هفتم نیز بیان داشته شده: «وزارت معادن و فلزات مکلف است پس از رسیدگی و تأیید عملیات اکتشافی نسبت به صدور گواهی کشف، به نام دارنده پروانه اکتشاف اقدام نماید. در این گواهی، نوع یا انواع ماده معدنی کشف شده، کمیت، کیفیت، حدود، مساحت و هزینه عملیات اکتشافی باید ذکر شود. گواهی مزبور با تأیید وزارت معادن و فلزات، ظرف یک سال از تاریخ صدور، قابل انتقال به اشخاص ثالث خواهد بود».

بر این اساس، می‌توان رسیدگی به امورات شکلی معادن در چهار چوب قانون را از اختیارات وزارت صمت دانست و دیگر ارگان‌ها ملزم به همکاری با این نهاد می‌باشند. رابطه دیگر ارگان‌ها با وزارت صمت، در خصوص معادن، نه از نوع عرضی، بلکه طولی می‌باشد (عبدالله زاده، ۱۳۹۲، ۵۴).

۲-۱. اختیارات اداری

هیأت دولت در سال ۱۳۸۷، آئین نامه اجرائی قانون معادن را به تصویب رساند. به موجب ماده اول این آئین نامه، در راستای اجرای قانون معادن، وزارت صمت متولی و مجری معادن خواهد بود. دیگر ارگان‌ها تنها از حیث استعمال قانونی، ملزم به پاسخ‌گویی به وزارت صمت بوده و مجوزهای بهره‌برداری پس از آن استعلامات صادرشده و وزارت صمت در این خصوص هیچ مسئولیت حقوقی نخواهد داشت (کتابی رودی، ۱۳۹۴، ۳۳).

با این حال، در سال ۱۳۷۹ و در جریان تصمیم‌گیری در خصوص کوچک سازی دولت، ضمن اعطای اختیارات بهره‌برداری نفتی به وزارت نفت، اختیار اجرائی دولت در خصوص معادن به وزارت صمت واگذار شد. در این تک ماده تصویبی، عنوان نماینده مختار دولت برای وزارت صمت تبیین گردیده که در مسیر اجرای مواد دوم و هفتم قانون معادن دانسته شده است (کشتکار زاده، ۱۳۸۲، ۲۱).

همان طور که اختیار واگذاری‌های نفتی به وزارت نفت تفویض گردید، اختیار تولی معادن به طور کامل به وزارت صمت واگذار شد و تا کنون نص صریح حقوقی، خلاف آن تصویب نگردیده است؛ بنا بر این می‌توان بیان داشت: در چهار چوب قانون، وزارت صمت از اختیارات کافی برای واگذاری معادن بهره‌مند است.

۳-۱. آخرین مدل پیشنهادی

در حال حاضر، هیچ مجوز بهره‌برداری برای معادن گران بها، همچون: طلا، نقره و مس، صادر نشده و تمامی اعمال مرتبط بدان، توسط شرکت‌های دولتی انجام شده و تنها به کاشف معدن، مبلغی به جهت حق واگذاری اعطاء گردیده که طرف مقابل، جز پذیرش این مهم، راه دیگری ندارد (موسی زاده، ۱۳۹۸، ۵۴).

چه در قوانین موضوعه و چه در مقررات اداری مکتوب مرتبط با معادن، این مهم به چشم نمی‌خورد؛ اما پرواضح است که با توجه به اختیارات اجرائی در این خصوص، و همچنین، حسب سنت پیشین که واگذاری معادن گران بها، خلاف مصالح ملی دانسته می‌شد؛ هنوز هم این رویه در پیش گرفته شده و در چهار چوب اختیارات اجرائی وزارت صمت قرار دارد.

در برخی موارد، به صورت عادی و به مانند دیگر پروژه‌ها، وزارت صمت مبالغی به پیمانکاران اعطاء کرده و در مقابل، محصولات معدن را دریافت می‌نماید. این قبیل واگذاری در صنایع با ارزش متوسط نظیر سنگ آهک استان خراسان رضوی مشهود بوده است (احمدی، ۱۳۸۹، ۴۵).

در متداول‌ترین نوع واگذاری که در معادن سنگ مشهود بوده، وزارت صمت میزان استخراج تقریبی محصول را تخمین زده و به ازای هر تن، مبلغی برای قیمت، تعیین کرده که پیمانکار موظف به پرداخت آن است. انتقاد وارده به این نوع از واگذاری ها، عدم تناسب مبلغ دریافتی با سود پیمانکاران است. در مقابل نیز وزارت صمت بیان داشته که باتوجه به سرمایه گذاری کلان پیمانکاران در معادن سنگ، این گونه سودها منطقی می‌باشد (جباری، ۱۳۸۹، ۵۵).

قراردادهای: بی او تی^۱ و یا معادل فارسی آن: ساخت، بهره برداری و واگذاری، در برخی صنایع، نظیر: ساخت تصفیه خانه فاضلاب و راه سازی، مشهود بوده است. بحث مفصل در خصوص این قراردادها خارج از پژوهش کنونی می‌باشد، اما در ساده‌ترین تعریف چنین بیان شده که ابتداء، پروژه، به پیمانکار واگذار شده و وی با هزینه شخصی خود آن را راه‌اندازی می‌نماید (موسی زاده، ۱۳۹۸، ۵۴). چندین سال پس از تکمیل پروژه، پیمانکار، از محل مالکیت موقت بر آن، کسب درآمد کرده و سپس آن را به طور کامل به کارفرما واگذار می‌نماید. این مدل واگذاری، تا کنون در صنایعی نظیر: نفت و گاز و یا معادن، مشهود نبوده که وزارت صمت در سال ۱۳۹۹ با انتشار تصویب نامه، جزئیات دقیق این مدل واگذاری را اعلام کرد و تا کنون، به طور کامل اجرائی نشده است. در قیاس با دیگر موارد استفاده از این قراردادها (صنایع راه سازی و آب و فاضلاب) چند نکته مهم به چشم می‌خورد.

پس از دوره بهره برداری، معمولاً، همان پیمانکار برای نگهداری پروژه استفاده شده که جنبه غیرتعهدی و عرفی دارد؛ اما در مدل جدید وزارت صمت، این مهم برای نخستین بار در جهان تعهد شده است.

بازار امن پیمانکار در دوره بهره برداری، هیچ‌گاه ضمانت نشده و برای نخستین بار در جهان، وزارت صمت به این مهم متعهد گردیده است.

تعهدات پیمانکار، همواره به راه اندازی اصل پروژه و تحویل آن، محدود بوده و در این مدل، برای نخستین بار، الزام به گسترش صنایع تولیدی ذکر گردیده است.

۱ BOT (Built- Operation- Transfor)

تعهدات ارزی که اجرای آن بر عهده بانک مرکزی می‌باشد، توسط وزارت صمت تعهد گردیده است. پرواضح است که مدل جدید واگذاری معادن، اولاً، در صنایع معادن و ثانیاً، در مدل خاص خود، دارای نوآوری بوده و به مانند آن، در هیچ جای جهان اجرا نگردیده است؛ بنا بر این، این مهم، مستلزم بررسی‌های حقوقی می‌باشد.

۲. چالش‌های اداری کنونی

متأسفانه، این ساز و کار جدید، به مانند بسیاری از طرح‌ها، لوایح و تصامیم، با چالش‌های اجرایی همراه بوده که پس از گذشت حدود چهار سال از ارائه آن، به طور کامل اجرا نشده است. ذیل این قسمت چالش‌های اداری این مهم بحث گردیده است.

۱-۲. انتقاد به اختیارات وزارت صمت

پس از اعلام رسمی وزارت صمت در خصوص نحوه جدید واگذاری معادن، انتقاداتی مطرح گردید (ناطق پور و عباسی، ۱۴۰۳، ۱۵). در سال ۱۴۰۰، معاون ریاست جمهوری، اجرای این طرح را منوط به تصویب هیأت دولت دانست. این تصمیم در همان سال و با دستور شهید رئیسی، ملغی گردید (عمرانی فر و عباسلو، ۱۴۰۲، ۷۰). در سال ۱۴۰۱، نمایندگان عضو کمیسیون انرژی مجلس شورای اسلامی، وزارت صمت را فاقد صلاحیت کافی برای ارائه چنین طرحی دانستند. در سال ۱۴۰۲، شعبه ششم حقوقی دادگستری مشهد، یکی از قراردادهای جدید بین پیمانکاران و وزارت صمت را دارای بطلان و خواهان ابطال بخشنامه مرتبط از دیوان عدالت اداری گردید.

با این حال، اقدامات متقابل صورت گرفته در این خصوص بدین شرح بوده است (ناطق پور و عباسی، ۱۴۰۳، ۲۰). در سال ۱۴۰۰، ریاست جمهوری وقت به صراحت اعلام کرده که در سال ۱۳۷۹، اختیارات کافی به وزارت صمت تفویض شده است. در سال ۱۴۰۱، وزیر صمت وقت، به صراحت بیان داشت که حسب نظر کارشناسان حقوقی، اجرای این طرح بلامانع است. در سال ۱۴۰۲، ریاست کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی به صراحت بیان داشت: این مدل از واگذاری معادن مسأله‌ای اجرایی و خارج از اختیار قوای قانونگذاری و قضائیه می‌باشد و بدون نیاز به تصویب این قوا، از اعتبار اجرایی بهره‌مند است. به نظر می‌رسد: هنوز پیمانکار توانا و سازگار با این طرح، یافت نشده و مشوق‌های قرار داده شده چندان به جذب سرمایه‌گذار منتهی نگردیده است.

۲-۲. انتقاد به نادیده گرفتن حقوق پیمانکاران

عمده تعهدات پیمانکار در مدل جدید واگذاری معادن، بدین شرح می‌باشد (دولت آبادی و همکاران، ۱۴۰۰، ۶۶۵): عدم خام فروشی محصولات و فروش محصول نهایی مطابق با قرارداد، سرمایه گذاری و راه اندازی هلدینگ مورد توافق با وزارت صمت، به کارگیری ساختمان‌های قابل حمل همچون کانکس و

عدم تأسیس ساختمان‌های با بنای غیرقابل جا به جایی، انتقال فناوری و عدم ادعای حق مالکیت معنوی برای آن، واگذاری کامل طرح پس از پایان مهلت قرارداد؛ رعایت اصول ایمنی محافظت از محیط زیست بسته به نوع طرح که مورد تأیید سازمان حفاظت محیط زیست و وزارت صمت قرار گرفته باشد؛ عدم احتکار محصولات تولیدی؛ رعایت حداقل سقف تولیدات که در قرارداد مشخص شده است؛ تعهد به تسویه تمامی بدهی‌های شرکت تا پایان مدت بهره برداری؛ ساخت پروژه با عمر مشخصی که در قرارداد تعیین شده است؛ تعهد به منع تخریب محیط زیست.

معاونت حقوقی دولت دوازدهم، الزام سرمایه گذار به راه اندازی صنایع جانبی را مخدوش کننده اصل مهم رضایت دانسته و با اجرای این قرارداد مخالفت نمودند (عسگری و همکاران، ۱۴۰۱، ۱۵). به نظر می‌رسد که حسب اثرگذاری‌های سیاسی، وزارت صمت به اجرای این طرح اصرار نورزید؛ چراکه هیأت دولت که خود روزی اختیارات مذکور را به وزارتخانه تفویض نموده، از اختیار لغو آن نیز بهره مند است (کنعانی، ۱۳۸۹، ۲۸۰)؛ با این حال، در دولت سیزدهم این مسأله مسکوت ماند و با وجود تلاش‌های ارزنده این دولت در جهت رفع موانع تولید، این مهم، یکی از چالش‌های مهم اجرای طرح مذکور باقی ماند. باتوجه به اینکه این اختلافات به طور کلی، در داخل قوه مجریه حادث شده، امکان رفع آن در داخل هیأت دولت، به سهولت ممکن بود.

۳-۲. ضعف محاکم حقوق عمومی

یکی از انتقادات وارده به نظام حقوقی کشورمان، ضعف در محاکم حقوق عمومی بوده که جهت اطلاع کلام از ذکر تفصیل آن خودداری شده است. تنها، به ذکر این مهم اکتفاء شده که در اکثر کشورها دادگاه‌های حقوق اساسی و حقوق اداری وجود دارد (هایسو، ۲۰۲۱، ۲۱۱). در کشور ایران، دیوان عدالت اداری، تنها در تهران واقع شده که در صورت بروز چالش‌های فاحش در مسیر اجراء، بخشنامه‌های اداری را ابطال می‌نماید. با این حال، هیچ اقدام پیشگیرانه‌ای در دیوان عدالت اداری وجود ندارد.

اظهار نظر در خصوص مشکلات حقوقی مدل جدید واگذاری معادن، به صورت رسمی مقدور نیست. در حله نخست، نیاز است که خود قوه مجریه، صحت این قراردادها را اعلام دارد؛ چراکه بالاترین مرجع حقوقی در این نهاد، نماینده حقوقی آن‌ها در کل کشور محسوب می‌گردد. در این وضعیت عدم اظهار نظر قوای قانونگذاری و مجریه، باتوجه به اصل مهم ۸۵ قانون اساسی، به معنای تأیید آن‌ها تلقی می‌گردد (محمدی و خردمندی، ۱۳۹۹، ۱۲۰)؛ بنا بر این، در حال حاضر، اظهار نظر غیرکارشناسی معاونت حقوقی ریاست جمهوری در دوره دوازدهم مانع اجرایی مدل جدید واگذاری معادن بوده که متأسفانه در دوره

سیزدهم نیز بدان توجهی نگردید. حسب رویه مهم حقوق اداری، عدم اظهار نظر دولت بعدی در خصوص نظرات دولت‌های پیشین، به معنای تأیید آن‌ها تلقی می‌گردد (لاهنس،^۱ ۲۰۱۹، ۴۵).

با این حال، در ساده‌ترین تفسیر حقوقی می‌توان بیان داشت: حسب ماده دهم قانون مدنی، قراردادها در اشکال غیر معین در صورتی که خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشند، فاقد ایراد حقوقی خواهند بود. الزام به توسعه برخی صنایع توسط پیمانکار، شرط در قرارداد ذکر شده و قبال آن نیز وزارت صمت امتیازاتی به پیمانکار اعطاء کرده که در وضعیت پیش قرارداد، پس از رضایت کامل طرفین منعقد می‌گردد و لذا ایرادی به اصل مهم رضایت وارد نیست.

همچنین، الزام به استعلام نهادهای همعرض، و طولی قرار گرفتن آن‌ها در برخی مسائل خاص که به تأیید هیأت دولت رسیده، تعدی از اختیارات اداری محسوب نمی‌گردد (پاسبان، ۱۳۸۴، ۲۰).

بنا بر این، جایگاه کنونی سازمان‌هایی نظیر: محیط زیست، منابع طبیعی و جهاد کشاورزی که به نوبه خود در استعلامات صدور مجوزهای معدن نقش داشته و به تبع تصویب نامه وزارت صمت و حسب اختیار تفویضی به این وزارتخانه در سال ۱۳۷۹، اجرایی شده، فاقد ایراد قانونی می‌باشد.

۴-۲. نیاز به استانداردسازی قرارداد

بحث استانداردسازی قراردادها، یکی از مسائل مهم در حقوق قراردادها بوده که جهت اطلاع کلام از ذکر جزئیات آن، گذر می‌شود؛ اما به این نکته اشاره گردد که با یک شکل‌سازی قراردادها، به آن، اثر شکلی بخشیده شده و عرف آن نیز تقویت می‌گردد؛ بدین صورت، در مدت زمانی کوتاه، جنبه‌های مبهم قراردادها، از بین رفته و اختلافات محتمل به حداقل خواهد رسید. در عین حال، امورات اداری مرتبط به آن نیز به ساده‌ترین شکل ممکن انجام خواهد پذیرفت (ژائو،^۲ ۲۰۲۰، ۵۰۲).

با وجود ارزنده بودن اقدام وزارت صمت در ارائه این مدل از واگذاری، عدم ارائه فرم قراردادی آن، ضعفی بزرگ محسوب می‌گردد. تا کنون، مسائل حقوقی مرتبط با این قرارداد، به شکل مصوبه باقی مانده و متأسفانه، به سبب ضعف اداری، صورت فرم قراردادی آن، ارائه نگردیده، این، در حالی است که در چهار چوب اختیارات تفویضی سال ۱۳۷۹ به وزارت صمت، بدون کسب تکلیف از نهادی دیگر، می‌توان فرم قراردادی را در چهار چوب تصویب نامه مذکور ارائه نمود.

به نظر می‌رسد: با استانداردسازی قرارداد مرتبط با این حوزه، بتوان تا حد زیادی بر چالش‌های اداری اجرای آن غلبه نمود.

^۱ Lahusen

^۲ Zhou

۳. الگوی اجرایی مشابه در دیگر کشورها

چنانکه بیان شد: برخی از اجزای مدل جدید واگذاری معادن، تا کنون بی‌سابقه بوده است؛ با این حال، واگذاری معادن به طریق: بی او تی، تنها، در فرانسه و کانادا مشهود بوده و نیاز است که به موارد مشابه، نگاهی انداخته شده و ضمن بررسی نقاط قوت و ضعف هر یک، زمینه تهیه الگوی جدید در کشور فراهم گشته و برای رفع چالش‌های موجود، مورد استفاده قرار گیرد.

الف) فرانسه

فرانسه در سال ۲۰۰۶ میلادی، برای نخستین بار در جهان معادن زغال سنگ خود را به روش قرارداد بی او تی، به پیمانکاران بخش خصوصی واگذار نمود. سیاست کاهش دخالت دولت در امورات اقتصادی، و همچنین امکان جذب سرمایه‌های خارجی، دولت‌ها به این اقدام واداشت که تا سال ۲۰۱۵، شانزده معدن مهم خود را عمدتاً، به پیمانکاران آلمانی واگذار نماید که باتوجه به بحران بیکاری در این کشور، اقدامی قابل تحسین محسوب می‌گردد (رزگا، ۲۰۱۲، ۲۱۲).

قرارداد بی او تی مذکور، از نوع عادی بوده و نوآوری خاصی در آن، مشهود نمی‌باشد؛ با این حال، مسأله ارزش‌گذاری قیمت در این قراردادها که همان مدت بهره‌برداری می‌باشد، به وزارت اقتصاد واگذار شده که به عقیده اکثر اقتصاددانان این کشور، معیار تعیین شده عادلانه می‌باشد (ریان^۲ و فوستر^۳، ۲۰۲۳، ۱۱۱).

خلاف دیگر پروژه‌ها که چانه زنی در خصوص مبلغ واگذاری می‌باشد، در این نوع واگذاری‌ها چانه زنی عمدتاً، در خصوص مدت زمان بهره‌برداری بوده که وزارت اقتصاد فرانسه از اختیارات اداری خود بهره‌جسته و برای نخستین بار در جهان، معیار ارزش‌گذاری را ارائه نموده است.

وزارت معادن این کشور نیز فرم قراردادی را تصویب کرده و بدون نیاز به طرح در هیأت دولت، آن را برای اجراء، ابلاغ نموده است (وانلین^۴، ۲۰۲۳، ۲۳۱).

نکته قابل توجه اینکه نظام سیاسی کشور فرانسه به مانند کشور ایران، از نوع نیمه ریاستی نیمه پارلمانی بوده؛ همچنین، هر دو کشور، در الگوبرداری از نظام حقوقی رومی ژرمنی، به صورت یکسان عمل نموده‌اند. با توجه به این شباهت‌ها، می‌توان عملکرد خاص وزارت معادن فرانسه را مورد تأیید قرار داده و آن را الگویی برای نظام اجرائی کشور قرار داد. وزارتخانه‌ای که متولی معادن می‌باشد، نمی‌تواند برای هر مسأله جزئی از هیأت دولت کسب تکلیف نماید؛ چراکه بررسی برخی موضوعات در هیأت دولت، گاه، مستلزم

^۱ Rozga

^۲ Ryan

^۳ Foster

^۴ Vanleeuwen

طی زمان بیش از شش ماه می‌باشد؛ بنا بر این، با کسب اختیارات کلی از هیأت دولت، وزارت صمت می‌تواند فرم قراردادی را تدوین نماید.

مسئله‌ی ارزش‌گذاری اقتصادی نیز مورد توجه است. قابل ذکر است که در کشور ایران، ارزش‌گذاری اقتصادی در خصوص واگذاری پروژه‌های نفت و گاز به روش بی‌اوتی، مورد بحث بوده و خلاف دیگر قراردادهای بی‌اوتی که طول مدت بهره‌برداری، حدوداً بیست سال می‌باشد، این مهم، برای پروژه‌های نفت و گاز، کمتر از پنج سال تعیین شده که به علت بازدهی بالای این صنایع می‌باشد (قربانی، ۱۳۹۰، ۴۲).

ب) کانادا

پس از فرانسه، کانادا برای نخستین بار در سال ۲۰۱۰ میلادی، پروژه‌های معدنی در نواحی سردسیر را به روش بی‌اوتی، به پیمانکاران عمدتاً داخلی واگذار نموده و علت آن، عدم توانایی دولت، به حضور در پروژه‌های این مناطق، عنوان شده است (هانوکا^۱ و پالاپوس^۲، ۲۰۱۲، ۹۴).

نوآوری دولت کانادا در این نوع قرارداد، انحصار در خرید محصولات معدنی توسط دولت می‌باشد، به نحوی که پیمانکاران در طول بهره‌برداری حق فروش محصول به غیر از شرکت‌های دولتی منتخب را ندارند (خانزادی و همکاران، ۲۰۱۲، ۳۷۰). این مدل واگذاری نیز توسط فرم قراردادی استاندارد انجام شد. در مدل جدید مذکور در ایران، دولت خرید محصولات در طول بهره‌برداری را تضمین نموده، اما انحصاری در این خصوص، مشهود نیست. در قیاس با وضعیت مشابه در کشور کانادا، می‌توان چنین بیان داشت که در عمل، تضمین خرید با قیمت عادلانه توسط دولت انجام شده، با این حال، محصولات در دست دولت، باقی مانده که عمل اجرائی، بس سنگین، محسوب می‌گردد؛ با این حال، هدف، این است که با احتکار در این خصوص، مقابله شود. در کشور ایران، تضمین خرید، به معنای انحصار در خرید نیست (شیروی، ۱۳۹۶، ۱۲۳)، با این حال، نیاز است قوانین تعزیراتی ضد احتکار نسبت به پیمانکار اعمال گردد؛ چراکه در هر صورت، پیمانکار نیز یک کاسب محسوب شده و نباید قوانین صنفی را نادیده انگارد (اسلامی پناه، ۱۳۸۲، ۵۰).

بنا بر این، در مدل قراردادهای جدید، اگر مسئله احتکار نیز در چارچوب قوانین تعزیرات حکومتی پیگیری شود، نیاز به ایجاد انحصار در خرید محسوس نمی‌باشد.

۱-۳. تعیین مدل و فرم خاص

جدا از بحث معادن، تجربه نشان داده که فرم قراردادی به خوبی توانسته که ماهیت حقوقی صحیحی برای قرارداد تبیین نموده، به نحوی که تا حد زیادی از تخلفات این حوزه ممانعت نماید. در کشور ایران، این

^۱ Hanaoka

^۲ Palapus

مهم توسط اتحادیه مشاورین املاک، به خوبی پیاده سازی شده است. در دو کشور فرانسه و کانادا، فرم قراردادی مناسبی در نظر گرفته شده که موجب تسهیل در امورات اداری این حوزه گردیده است. از طرف دیگر، ساز و کار اجرائی آن، به درستی مشخص بوده و اختیارات وزارت متولی به صراحت ذکر گردیده است. هر دو کشور، در اعمال قرارداد بی او تی، به نحوی دارای نوآوری بوده‌اند؛ البته، انتقاداتی به آن وارد است، لیکن موفقیت آمیز بودن آن می‌تواند الگویی برای مدل جدید در کشور ایران قرار گیرد.

۲-۳. عدم تفکیک شرکت های دولتی و خصوصی

در کشور ما بسته به اهمیت امنیتی موضوع مناقصات، ممکن است شرکت‌های دولتی به نسبت شرکت‌های خصوصی، دارای امتیازاتی باشند (شافع، ۱۳۸۸، ۲۲). در حال حاضر نیز برای واگذاری معادن گران قیمت، تنها، اجازه حضور به شرکت‌های دولتی داده شده است؛ چنانکه بیان شد: برای این مهم، نص صریحی در منابع حقوقی، مشهود نیست.

در فرم قراردادی مورد بررسی در دو کشور فرانسه و کانادا، شرکت‌های دولتی و خصوصی، به یک چشم نگریسته شده و شرکت‌های دولتی انگشت شمار نیز حق ورود به مناقصات را داشته که معمولاً، موفق عمل نمی‌نمایند (لریو، ۲۰۲۰، ۱۱۶).

نکته قابل توجه اینکه با توجه به آزادی حق انتقال به غیر پروژه‌ها در دو کشور فرانسه و کانادا، پیمانکار دولتی معمولاً، از پیمانکاران ثانوی بخش خصوصی بهره می‌گیرد؛ اما در کشور ایران، این امکان وجود نداشته؛ چراکه در قراردادهای عادی معادن، حق انتقال به غیر ساقط گردیده و انتقال حق بهره برداری نیز منوط به موافقت وزارت صمت می‌باشد؛ با این حال، نیاز است که از ایجاد امتیاز برای شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت خودداری نمود که این مهم، در فرانسه و کانادا مشهود است. با توجه به نظارت وزارت کار این کشورها بر حق و حقوق پیمانکاران و کارگران، حتی به فرض استفاده از پیمانکار ثانوی، منافع چندانی برای پیمانکار نخست متصور نبوده و بدین صورت، روزه‌های فساد محدود می‌گردد (اگرمان، ۲۰۱۹، ۲۵).

۴. الگوی پیشنهادی رفع چالش های اداری

تا اینجا، چنین بیان شد که وزارت صمت با وجود اقدام ارزنده خود برای ارائه مدل جدید حضور بخش خصوصی در معادن، که متناسب با وضعیت تحریمی کشور می‌باشد، دارای قصوراتی بوده که موجب عدم اجرای کامل این ساز و کار جدید شده است. کاستی‌ها بدین شرح می‌باشند: عدم ارائه فرم قراردادی، عدم تعامل سازنده با دولت برای اظهار نظر قطعی در خصوص وضعیت این نوع واگذاری، عدم پیگیری اصلاح

^۱ Liu

^۲ O'Gorman

اظهار نظر غیرکارشناسی معاونت حقوقی ریاست جمهوری دولت دوازدهم، عدم تشریح مناسب ساز و کار و تلاش سازنده برای جذب پیمانکاران، عدم اجرای صحیح قوانین تعزیراتی برای اطمینان از عدم احتکار توسط پیمانکاران، فقدان ساز و کار دقیق تعیین مدت زمان عادلانه بهره برداری.

۱-۴. تعیین معیار اقتصادی

وزارت معادن فرانسه، برای مدت زمان بهره برداری از معادن، معیار تعیین کرده و این اقدام مشابه در وزارت نفت نیز مشهود بوده است؛ با این حال، در مدل جدید، نامی از مدت زمان بهره برداری نشده است. نیاز است که با معیارهای اقتصادی و لحاظ سود معقول برای پیمانکار، مدت زمان بهره برداری را برای هر معدن تعیین نمود و این مهم در اختیارات اجرایی وزارت معادن جای داشته و نیاز به کسب تکلیف از نهادهای دیگر نیست.

در خصوص معادن گران بها، نظیر: طلا، نقره و مس نیز انحصار دولتی بر اداره آن، تنها، با رویکرد اداری وزارت صمت بدین شکل درآمده و هیچ منع حقوقی و اداری برای حضور بخش خصوصی وجود ندارد. تنها، بیم آن می‌رفت که موازنه سود دهی تغییر کرده و سهم دولت و ملت از این منابع، ناچیز باشد؛ اما با وجود معیار اقتصادی مناسب، می‌توان این دغدغه را تأمین کرده و با لحاظ مدت زمان بهره برداری معقول حسب معیارهای اقتصادی، امکان حضور بخش خصوصی در این صنایع را ممکن دانست. همچنین، تضمین اداره پروژه، پس از دوره بهره برداری که تا کنون به صورت رسمی اجرائی نشده، می‌تواند نوعی امتیاز به پیمانکار تلقی شده که قبال آن، مدت زمان بهره برداری را کاهش داد. این موارد، نیاز است وزارت صمت، در قالب بخشنامه اجرائی، تهیه کند.

۲-۴. صراحت در تفویض اختیارات به وزارت صمت

چنانکه بیان شد: در سال ۱۳۷۹ اختیار تولی معادن به وزارت صنایع و معادن و پس از آن، به وزارت صمت، واگذار شده و با توجه به فقدان منبع حقوقی محدود کننده این وضعیت، هیأت دولت می‌تواند این اختیارات را محدودتر نماید، با این وجود، در طول بیش از دو دهه، مصوبه جدید، خلاف آن، تنظیم نشده است؛ با این وجود، انتقاد دیگر مقامات قوای قانونگذاری و قضائیه، به فقدان صلاحیت وزارت صمت، با عدم واکنش هیأت دولت مواجه شده و تنها مسئولان وزارت صمت از خود دفاع نموده‌اند. نیاز است که هیأت دولت، به صراحت تمام، صلاحیت وزارت صمت را در این خصوص، اعلام داشته و در عین حال، به اظهار نظرهای غیر کارشناسی داخل قوه مجریه، پاسخ قاطع دهد؛ امری که با وجود اقدامات والای دولت سیزدهم انجام نشد؛ بدین صورت، موانع اجرائی اداری استفاده از مدل مذکور، مرتفع خواهند شد.

۳-۴. هماهنگی

انتظار می‌رود: با تنظیم فرم قراردادی در مسیر اجرای مدل جدید واگذاری معادن، مشکلات اداری اجرائی این مهم، به حداقل کاهش داده و تقویت کننده عرف حقوقی این قرارداد جدید باشد.

چنانکه بیان شد: حسب نظر اکثریت حقوق‌دانان اداری، پس از تفویض اختیار از طرف هیأت دولت به نهادی خاص، نهادهای استعلام‌کننده در طول قرارگرفته و نه عرض. دیگر سازمان‌های مرتبط با معادن تنها در نقش پاسخ به استعلام را بر عهده داشته و حق دخالت در واگذاری‌ها را ندارند. نیاز است که این مهم، در جلسه هیأت دولت، تصریح یافته، تا بدون اشغال وقت هیأت دولت، وزارت صمت، به صورت مستقیم، به این مسأله رسیدگی نماید.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که نقاط قوت و ضعف طرح جدید واگذاری معادن چیست و راهکارهای اداری اجرای صحیح آن، به چه صورت است؟ چنین فرض شده که جامعیت این طرح از نقاط قوت آن، محسوب شده ولیکن اختلاف در اختیارات وزارت صمت، عدم توجه به حقوق پیمانکاران و در نهایت، عدم ارائه فرم قراردادی استاندارد، از نقاط ضعف اجرایی این طرح بوده که نیاز است با همت مسئولان، مرتفع گردد. فرضیه پژوهش قابل تأیید است. ساز و کار جدید وزارت صمت، کاملاً، نوآورانه بوده و قبال امتیازات خاصی که به پیمانکاران اعطاء کرده، آنان را ملزم به انجام برخی اقدامات نموده که در وضعیت تحریمی کشور موجب ایجاد ارزش افزوده و اشتغال بیشتر می‌گردد؛ اما تا کنون فرم قراردادی آن، تنظیم نشده و به ابهامات در این خصوص، هیچ پاسخی داده نشده است. متأسفانه، با اظهار نظر معاونت حقوقی دولت دوازدهم، عملیات اجرایی این ساز و کار دچار وقفه شد و این، در حالی است که این مدل قرارداد با رضایت کامل پیمانکار اجرایی شده و به هیچ وجه اصل مهم رضایت مخدوش نمی‌گردد؛ با این حال، تلاشی برای رفع این چالش ساده انجام نشد. به موجب مصوبه هیأت دولت در سال ۱۳۷۹، وزارت صمت در تولی معادن، دارای اختیارات کامل می‌باشد و نمی‌توان به بهانه فقدان نظارت هیأت دولت و عدم هماهنگی، به این رویه، انتقاد وارد نمود. پاسخ استعلام دیگر نهادها نیز در چهار چوب قانون، یک ضرورت محسوب می‌گردد؛ با این حال، معیاری اقتصادی برای تعیین دوره بهره‌برداری مشخص نشده که نیاز است ضمن مشورت با کارشناسان اقتصادی، آیین‌نامه‌ای در این خصوص تبیین گردد.

کتابشناسی

۱. احمدی، رضا، (۱۳۸۹)، امکان سنجی خرید و فروش معادن، مجله نور، دوره بیست و چهارم، ص ۴۲-۶۷.
۲. اسلامی پناه، علی، (۱۳۸۲)، تعهدات آگاهانه در قراردادهای واگذاری معادن، مجله پژوهش‌های حقوقی، انتشارات شهر دانش، دوره دوم، ص ۴۵-۷۰.
۳. اسلامی پناه، علی، (۱۳۹۸)، وضعیت حقوقی معادن، تهران، مجد، اول.
۴. پاسبان، محمدرضا، (۱۳۸۴)، قانون تجارت ایران در گردونه تحول بررسی اصلاح مقررات شرکت‌های تجاری، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره هشتم، ص ۱۱-۴۰.
۵. جبباری، احمد، (۱۳۸۹)، حقوق دولت بر معادن، مجله راه حقوق، دوره پنجاه و پنج، ص ۴۷-۷۲.
۶. جبباری، احمد، (۱۳۹۲)، حقوق اشخاص در معادن، تهران، آفتاب، اول.
۷. حق‌گزار، ادهم؛ رستمی فر، علی؛ الماسی، نجاد علی، (۱۳۹۳)، تغییر موازنه اقتصادی قراردادهای نفتی و اعاده‌ی آن در نتیجه‌ی برهم خوردن ثبات قراردادها با تأکید بر تغییرات بنیادین اوضاع و احوال قراردادی، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره سوم، ص ۱۹-۳۸.
۸. دولت آبادی، سمیرا سادات؛ ولایتی، محسن؛ پوراسماعیلی، علیرضا، (۱۴۰۰)، چالش‌ها و خلأهای قانونی مناقصات و مزایده‌های دولتی در نظام حقوقی ایران، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، ص ۶۵۹-۶۷۲.
۹. شافع، میرحسین، (۱۳۸۸)، مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز، مجله شهر دانش، دوره بیست و یکم، ص ۱۸-۵۲.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۶)، حقوق تجارت بین الملل، تهران، سمت، دهم.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۹۷)، حقوق اداری، تهران، سمت، اول.
۱۲. عبدالله زاده، حسن، (۱۳۹۲)، بررسی میزان موفقیت خصوصی سازی معادن و صنایع معدنی منتخب، تهران، دفتر مطالعات انرژی، اول.
۱۳. عسگری، محسن؛ حبیبی تبار، حسین؛ قیوم زاده، محمود؛ (۱۴۰۱)، واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش بنیان و راهکارهای اصلاح آن، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ص ۱۳-۳۹.
۱۴. عمرانی فر، زینب؛ عباسلو، بختیار، (۱۴۰۲)، واکاوی صدور رأی سازشی داور در حقوق ایران در پرتو رویه قضایی، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره اول، شماره دوم، ص ۶۷-۹۰.
۱۵. قربانی، محمد، (۱۳۹۰)، وضعیت حقوقی مالکیت معادن، مجله شهر دانش، دوره دوم، ص ۳۹-۶۰.
۱۶. کتابی رودی، احمد، (۱۳۹۴)، مجموعه قوانین و مقررات معادن، تهران، جنگل، اول.
۱۷. کشتکار زاده، محسن، (۱۳۸۲)، بررسی ابعاد حقوقی مالکیت معدن در حقوق ایران، تهران، آدینه، اول.
۱۸. کنعانی، محمد طاهر، (۱۳۸۹)، حق بهره برداری از معادن، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره چهل، ص ۲۷۷-۲۹۶.
۱۹. محمدی، شیوا؛ خردمندی، سعید، (۱۳۹۹)، واکاوی علل عدم موفقیت طرح کاداستر در کشور از دیدگاه حقوق اداری، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ص ۱۱۱-۱۳۶.
۲۰. موسی زاده، رضا، (۱۳۹۸)، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران، میزان، اول.
۲۱. ناطق پور، محمد متین؛ عباسی، بیژن، (۱۴۰۳)، جایگاه مشارکت کارمندان در قوانین و مقررات اداری ایران، حقوق اداری، دوره یازدهم، ص ۱۳-۳۵.

23. Dai, D, Shi, L, & Huang, W. (2008) **Collusion and Contract Efficiency in BOT p** <https://invest.nww.ir/roject>. In Wireless Communications, Networking and Mobile Computing, WiCOM'08. 4th International Conference on. IEEE. 2008 (pp. 1-5).
24. Hanaoka, S., & Palapus, H. (2012) P. **Reasonable concession period for build-operate-transfer road projects in the Philippines**. International Journal of Project Management, 30(8), 938-949.
25. HSIAO, Allan. (2021) **Coordination and commitment in international climate action: evidence from palm oil**. Unpublished, Department of Economics, MIT, 2021.
26. Khanzadi, M., Nasirzadeh, F., & Alipour, M. (2012) **Integrating system dynamics and fuzzy logic modeling to determine concession period in BOT projects**. Automation in construction, 22, 368-376.
27. Lahusen, T. (2019) **How Life Writes the Book: Real Socialism and Socialist Realism in Stalin's Russia**. Cornell University Press, 2019.
28. Liu, Z. (2020) **Aluminum Corporation of China Limited Chongqing Branch and Aluminum Corporation of China Limited v. Chongqing Fuli Mining Co., Ltd (Dispute over Contract) Determination of Cause of Action and Time of Rescission under Statutory Right of Rescission**. In Selected Cases from the Supreme People's Court of the People's Republic of China, Springer, Singapore, PP 113-121.
29. O'Gorman, D. P. (2019) **Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation**. UNHL Rev. 2019, 18, 63.
30. Rozga, S. (2018) **Practical bot development: Designing and building bots with Node. js and microsoft bot framework**. Apress, 2018.
31. RYAN, Mark; FOSTER, Steve (2023) **Unlocking constitutional and administrative law**. Routledge, 2023.
32. VAN LEEUWEN, Judith. (2023) **Who greens the waves? Changing authority in the environmental governance of shipping and offshore oil and gas production**. BRILL, 2023.
33. Zhou, Y. (2020) **Integrating Corporate Social Responsibility and Sustainability for Deep Seabed Mining. In International Business, Trade and Institutional Sustainability**. Springer, Cham, pp 499-514.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 55-72

Receive Date: 2024/03/01

Revise Date: 2024/09/06

Accept Date: 2024/09/09

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1195970

The Erosion of Retributism in Penalization of Imprisonment and Its Alternatives

shirin shiehzadeh¹Hossein Mirmohammadsadeghi²Abbas Sheikhul-Islami³Hamidreza Mirzajani⁴

Abstract

Philosophers have always sought an acceptable justification for punishment in order to normalization of a social institution of punishment. Whenever these justifications deviate from the human's reactionary instinct, will be changed to the old and rejected theory in criminal policy. For this reason, from the mid-twentieth century, reformist approaches began to decline and retributive thoughts shone again in the sky of criminology assemblies. Meanwhile, imprisonment as one of widely more practical punishments in criminal policy, cannot be far from retributive doctrines. This article shows that penalization in imprisonment and its alternatives, in some cases, conflicts with retributive doctrines. For this purpose and to prevent the erosion of retributism as one of the main goals of punishment, types of imprisonment should be separated into remunerative imprisonment and amendatory imprisonment, and retributive components, including the elimination of mitigating and suspended sentences in remunerative imprisonments, should be fully implemented.

Keywords: penalization of imprisonment, amendatory imprisonment, remunerative imprisonment, retributive doctrines, erosion of retributism.

¹ PhD student of criminal law and Criminology, Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. dr.shirinshiehzadeh@yahoo.com

² professor, Department of criminal law and Criminology, Shahid Beheshti university, Tehran, Iran. (corresponding author). drsadeghi128@yahoo.com

³ Associate professor, Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. dr.sheikhholeslami@gmail.com

⁴ Assistant professor, Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۷۳۵۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۱

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1195970

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

فرسایش سزاگرایی در کیفرگذاری حبس و جایگزین‌های آن

شیرین شیعه زاده^۱

حسین میر محمد صادقی^۲

عباس شیخ الاسلامی^۳

حمید رضا میرزاجانی^۴

چکیده

همواره، فلاسفه، به منظور هنجارمندسازی نهاد اجتماعی مجازات، در جستجوی توجیهی قابل پذیرش، برای آن بوده‌اند. هرگاه، این توجیهات، از غریزه‌ی واکنش طلبانه‌ی انسان، فاصله گیرد، به نظریه‌ای فرسوده و مردود در سیاست کیفری، تبدیل می‌شود؛ به همین جهت، از نیمه‌ی قرن بیستم، رویکردهای اصلاحی، رو به افول گذاشتند و تفکرات سزاگرایانه، دوباره در آسمان محافل جرم‌شناسی درخشیدند. در این میان، حبس، یکی از مجازات‌های پرکاربرد در سیاست کیفری، نمی‌تواند از آموزه‌های سزاگرایانه به دور باشد. مقاله حاضر، نشان می‌دهد: کیفرگذاری در مجازات حبس و جایگزین‌های آن، در مواردی، با آموزه‌های سزاگرایانه، در تعارض است؛ به این منظور و به جهت جلوگیری از فرسایش سزاگرایی، یکی از اهداف اصلی مجازات، باید انواع حبس، به صورت حبس سزاده و حبس اصلاحی از هم تفکیک شوند و مؤلفه‌های سزاگرایانه، از جمله: حذف نهادهای تخفیفی و تعلیقی در حبس‌های سزاده، به طور کامل، إعمال گردد.

واژگان کلیدی: کیفرگذاری حبس، حبس اصلاحی، حبس سزاده، آموزه‌های سزاگرایانه، فرسایش سزاگرایی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. dr.shirinshieh-zadeh@yahoo.com

۲. استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) drsadeghi128@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. sheikhholeslami@gmail.com

۴. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول). mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr

مجازات، تنها، در چهار چوب حقوق کیفری یا جرم‌شناسی نمی‌گنجد، بلکه در یک طرح کلی، یعنی: در چهار چوب سیاست اجتماعی یک دولت معین قرار می‌گیرد (لازرژ، ۱۴۰۱، ۳)؛ به همین دلیل است که افکار عمومی برای پذیرش این جلوه‌ی سخت‌گیرانه از واکنش، در جستجوی علتی متقن برای آن بوده‌اند. سزاگرایی، بارزترین جلوه‌ی این علت است. اساس فلسفه‌ی سزاگرایان این است که ریشه‌ی مجازات را در ویژگی‌های ذاتی فعل مجرمانه می‌دانند و به پیامدهای حاصله از آن، توجهی ندارند. صرف این واقعیت که کسی مرتکب جرمی شده است، برای مجازات کردن وی کافی است و نباید به دنبال یافتن یک اثر اربابی یا اصلاحی و نظایر آن از مجازات بود.

مطالعات تاریخی حقوق کیفری حاکی از آن است که رایج‌ترین مجازات‌ها به علل روان‌شناختی فردی و اجتماعی در قالب تنبیه تمامیت جسمانی بزهکار بوده‌اند (بولک، ۱۴۰۰، ۹). این تفکر به ظاهر بدیهی، دارای اجزاء و اصول پیچیده‌ای است که تنها، با اعمال دقیق آن در مجموعه قوانین کیفری، می‌توان تحقق کامل آن را انتظار داشت. با بررسی مبانی نظری فیلسوفان سزاگرا، ملاحظه می‌شود در سنت این مکتب، چهار مبنای فکری تهذیب معنوی، الزام اخلاقی، ادای دین و الغای جرم وجود دارد؛ لکن چگونه می‌توان این مبانی را در سیاست‌گذاری کیفری اعمال نمود؟

فرض شود: برای جرمی مانند: تعرض و ایجاد مزاحمت برای اطفال یا زنان، موضوع ماده‌ی ۶۱۹ قانون مجازات اسلامی، مجازات حبس دو تا شش ماه و تا ۷۴ ضربه شلاق تعیین شده است. از سویی، بزه دیدگان این جرم، برای حفظ امنیت خود، خواهان برخورد قاطع دادگاه با مجرمین هستند؛ از سوی دیگر، قانون‌گذار، مطابق با ماده: ۴۰ همین قانون، با بهره‌گیری از نهادهای معافیت از مجازات به قاضی اختیار می‌دهد: در صورت وجود شرایطی، صدور حکم را به تعویق بیندازد؛ در این صورت، مجرم چگونه سزای عمل خود را دریافت می‌کند؟ اینجا است که عدالت سزاده با نهادهای تخفیفی و معافیت از مجازات در تعارض قرار می‌گیرد. تضاد این دو معیار، ممکن است پیامدهایی نظیر سردرگمی قضات به هنگام صدور رأی، عدم تمایل شهروندان به اعلام جرم و افزایش رقم سیاه جرائم، احساس نا امنی و انتقام‌گیری شخصی را در برداشته باشد و نه تنها، هدف کاهش جرم را محقق نکند، بلکه زمینه را برای افزایش جرائم جدید فراهم آورد؛ بنا بر این، شناخت این نا همسویی‌ها و رفع آن در بستر کیفرگذاری حائز اهمیت است.

بر این اساس، مقاله، در دو بخش، ابتداء، در بخش نخست، به آشنایی و تبیین آموزه‌های سزاگرایی می‌پردازد و در بخش دوم، این موضوع را بررسی می‌کند که در قوانین کیفری ایران، مجازات‌های سالب آزادی، چرا و در چه مواردی از منطق سزاگرایی فاصله می‌گیرند و عواقب این فاصله‌گیری و راهکار رفع آن در کیفرگذاری، چگونه میسر است.

۱. ابعاد سزاگرایی

حس انتقام، یک غریزه‌ی درونی بشر است. اجرای مجازات در جوامع بدوی، امری غریزی و بدون تأمل بوده است؛ به این معنا که مجازات، محصول احساسات قربانی جرم و خویشتاوندان او بوده و یا در مواردی برآمده از احساس بی‌عدالتی یا خطر جمعی بوده است (کلی، ۱۳۹۸، ۷۴)؛ از این نظر، حق کیفر دادن در درجه‌ی نخست، حقی برخاسته از احساسات جمعی جامعه و مبتنی بر قانون طبیعی است که در نهاد تمامی موجودات، قرار دارد (کلی، ۱۳۹۸، ۳۵۶).

چنین مبنایی، دامنه‌ی مسئولیت کیفری را وسیع دانسته و علاوه بر اینکه محدودیتی در جنس، سن و عقل مجرم، قائل نیست، اقربا و نزدیکان وی و حتی حیوانات و اشیاء را نیز مشمول مجازات می‌داند، تا حدی که در گذشته، اگر به وسیله‌ی سگ وحشی یا یک تبر به کسی جنایتی وارد می‌شد، حیوان، کشته و تبر، آتش زده می‌شد (اردبیلی، ۱۴۰۱، ۶۲/۱).

قرائت‌های نوین سزاگرایی، اگرچه شیوه‌ی انتقام‌خواهی را تعدیل نموده‌اند، اما محتوای منطق آنان این است که صرف قانون شکنی، دلیل کافی و توضیح دهنده‌ای برای مجازات است و همین، برای توجیه آن کافی است (Mabbott, 1939, 152؛ به نقل از صابری، ۱۳۹۳، ۱۵۳).

روانشناسان، بر این باورند که ذهن انسان، از دو سیستم مجزا، اما مرتبط با یکدیگر تشکیل شده است (Haidt, 2006, 37):^۱

الف) سیستم ذهنی مشورتی و مبتنی بر تفکر آگاهانه

این بخش از ذهن، اقدامات ما را برنامه‌ریزی می‌کند و محاسبات پیچیده‌ای را انجام می‌دهد. این سیستم ذهنی، مؤثر بودن مجازات را با تحلیل هزینه فایده، ثابت می‌کند؛ از این رو، مجازات، بر اساس فایده‌ی آن ارزیابی می‌شود (Duff & Garland, 1994, 6)؛ برای مثال، شخصی که برای به دست آوردن نفع بیشتر، از پرداخت مالیات خودداری می‌کند و میزان واقعی درآمد خود را اعلام نمی‌کند (میر محمد صادقی، ۱۴۰۱، ۴۰)، سیستم ذهنی مشورتی با محاسبه‌ی سود و زیان، پیشنهاد می‌کند: با وضع مجازات‌های عبرت‌آموز (مثل جریمه‌های مالیاتی سنگین)، درد و رنج ناشی از مجازات، بیش از منافع آن شود، تا مجرمین بالقوه را از ارتکاب جرم باز دارد.

ب) سیستم شهودی عاطفی

این سیستم، عمدتاً، خارج از منطق آگاهانه عمل می‌کند و خود را در احساسات درونی و نا مشخص، بر اساس دریافت مفهوم خوب یا بد نسبت به محیط پیرامون نشان می‌دهد (Prooijen, 2018, 23). بر اساس این نگرش، رفتارها باید تنها، مبتنی بر ویژگی‌های ذاتی خود و مستقل از پیامدهای حاصل از آن‌ها، مورد قضاوت قرار گیرند. این برداشت به صورتی برجسته، در نگرش سزاگرایانه، تبلور یافته است (جوان

1. They believe that the mind is divided to deliberative mental system and emotional system.

جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴، ۵۱)؛ زیرا در اعمال مجازات به محاسبه‌ی سود و زیان آن، توجه نمی‌نماید (کاتینگهام، ۱۳۸۴، ۱۴۷)؛ به همین خاطر، برخی نویسندگان، تمایل به سزادهی را یک غریزه‌ی ثابت در بشر می‌دانند (محمد غفوری، ۱۳۹۵، ۲۶)؛ از این رو، رویکردهای سزاگرایانه، هیچگاه نمی‌توانند در سیاست کیفری یک کشور نادیده گرفته شوند.

به نظر می‌رسد: قانون‌گذار ایران، در برخی جرم‌انگاری‌ها، به ویژگی‌های ذهن شهودی انسان، توجه داشته است. از جمله، در ماده‌ی ۶۳۰ قانون تعزیرات، مصوب سال ۱۳۷۵ ملاحظه می‌شود: قانون‌گذار، با عنایت به عدم امکان هرگونه تفکر منطقی، قتل مذکور در ماده را موجه می‌داند؛ زیرا غلبه‌ی ذهن شهودی و غریزه‌ی سزاگرایی ایجاب می‌کند: در چنین شرایطی، زوج، متجاوز را به سزای عمل خود برساند^۱ و قانون‌گذار، این سزادهی را از جانب او می‌پذیرد.

در غایت تفکرات مکتب سزادهی، از گذشته تا حال، فیلسوفان، چهار مبنای فکری: تهذیب معنوی، الزام اخلاقی، ادای دین و الغای جرم را بیان داشته‌اند. این مبانی، اگرچه توجیهات سنتی رویکرد سزاگرایی شناخته شده‌اند، اما از آنجا که زیربنای این فلسفه را تشکیل می‌دهند، در زمان حاضر نیز در سیاست کیفری، متجلی بوده و بررسی زوایای آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد.^۲

۱-۱. تهذیب معنوی

منظور از تهذیب معنوی زدودن پلیدی‌ها از روان شخص مجرم است؛ تا جایی که در جوامع قدیم، جسد بزهکار را به دریا می‌افکندند، یا آن را در خاک بیگانه می‌سوزاندند تا از عواقب پلیدی‌ها در امان باشند (اردبیلی، ۱۴۰۱، ۸۴/۱). این رویکرد، دارای اهداف و آثاری به شرح زیر است:

۱. ماده ۶۳۰ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ بیان می‌کند: «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد، فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است».

۲. امروزه، توجیهات ملموس‌تری برای اتخاذ رویکرد سزاگرایی عنوان شده است که به عقیده نگارنده، قابل همپوشانی با همان توجیهات سنتی می‌باشد؛ توجیهاتی از قبیل اینکه مجرم به واسطه ارتکاب جرم، از محدودیت‌هایی که افراد قانون مدار جامعه، خود را مقید به پاسداشت آن دانسته‌اند، بهره مند شده و بدین واسطه، امتیاز نا عادلانه‌ای را تحصیل نموده است و با مجازات، این امتیاز نا عادلانه الغاء می‌شود؛ (نظریه‌ی اصلاح امتیاز نا عادلانه که به نظر می‌رسد با نظریه‌ی ادای دین مجرم قابل تطبیق باشد)؛ و یا اینکه، مجازات، تلاش برای ابلاغ پیام جامعه مبنی بر سرزنش و تقبیح عمل مجرم است؛ (نظریه‌ی ابلاغ پیام جامعه که به نظر می‌رسد: با رویکرد تهذیب معنوی از بعد جمعی و نه فردی آن، قابل تطبیق باشد)؛ و یا اینکه جنبه‌ی سزادهی مجازات، بیانگر احساسات افراد جامعه در قالبی قانون مدار است که نسبت به مجرم، بروز می‌یابد؛ این نظریه را نیز می‌توان با رویکرد سنتی الزام اخلاقی در سزاگرایی مطابقت داد.

برای مطالعه‌ی بیشتر رک: قماش، سعید؛ متقی اردکانی، امید، «اهداف مجازات در پرتو پارادایم رفتارگرا» نشریه پژوهش حقوق کیفری، دوره: ۸، شماره: ۳۰، بهار ۱۳۹۹؛ یزدیان جعفری، ۱۳۹۸، «چرایی و چگونگی مجازات»، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱-۱-۱. غایت گرایی

تهدیب معنوی، رویکردی غایت‌گرا است؛ اما غایت مطلوبش را سعادت خود فرد قلمداد می‌کند، نه بازدارندگی یا سایر اهداف فایده‌گرایانه (اثیمی، ۱۳۹۶، ۱۳۵). اخلاق‌گرایان، بر این باورند که نمی‌توان قواعد حقوق کیفری را با این استدلال که متضمن صدمه به دیگران نیستند، نادیده گرفت؛ زیرا کاربرد صحیح قانون کیفری اجرای ارزش‌های اخلاقی است (هامپتن، ۱۳۸۴، ۱۴۱)؛ مثلاً شخصی که اقدام به خودکشی می‌نماید، هرچند صدمه‌ای به دیگران وارد نمی‌کند، اما به دلیل اینکه روان او ناپاک است، باید مجازات شود.

۱-۱-۲. تهدیب معنوی و عدم امکان سقوط مجازات

در باور سزاگرایان، ترمیم آسیب وارد شده به بزه‌کار، بیشتر از آسیب وارد شده به بزه‌دیده اهمیت دارد (اثیمی، ۱۳۹۶، ۱۳۴). ترمیم نشدن روان مجرم، به هرصورتی که باشد، همانند این است که شخص بیمار را به حال خود رها نموده‌ایم؛ بنا بر این، عفو و گذشت و مرور زمان نسبت به مجرم، در فلسفه‌ی سزاگرایی جایگاهی ندارد.

در مورد سایر مؤلفه‌های سقوط مجازات، مانند: مرور زمان نیز، این ایراد به قوت خود باقی است؛ زیرا مجرمی که مدت‌ها از جرم او گذشته و مجازات عمل خود را ندیده است، بیشتر از سایرین، عدالت و توازن موجود در جامعه را برهم زده است و احتمال ارتکاب مجدد جرم از سوی او بیشتر می‌شود (پرادل، ۱۴۰۲، ۱۷).

۲-۱. الزام اخلاقی

اندیشه‌ی الزام اخلاقی و یا عدالت مطلق در تبیین مفهوم استحقاق مجرمانه را کانت، آفریده است (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴، ۵۶)؛ درحقیقت، این مفهوم، به اصلی اشاره دارد که مبتنی بر آن، بزه‌کار، تنها، برای آنچه دقیقاً مستحق آن است، کیفر خواهد دید (Murphy, 1987, 514). مؤلفه‌های این رویکرد عبارتند از:

۱-۲-۱. مطالبه‌ی جمعی

برخی نظریه‌پردازان، این دیدگاه را با عنوان: بازدارندگی فراگیر ایجابی (Positive general deterrence) پذیرفته‌اند که نمایان‌گر تلاشی برای تضمین حمایت اجتماعی از گذر هنجارهای منع‌کننده‌ی رفتار است. این هدف، به دو شیوه محقق می‌شود: اول، افزایش کشف جرم و دوم، افزایش ضمانت اجراء (Murphy, 1987, 514).

1. The view that it should respond by deterring them from acts of non-compliance by ensuring the benefits to be obtained through non-compliance are lower than those obtained through compliance. It was suggested that this could be achieved in one of two ways: a) by increasing the chances of detecting non-compliers; and b) by increasing sanctions.

این نگاه کیفرگرایانه، در عمق اندیشه‌ی خود تلاش می‌نماید تا نوعی ارتباط عمیق را با وجدان اخلاقی جامعه، برقرار سازد. زیرا اجتماع، همواره در ضمیر خویش، نوعی حسن ذاتی یا اصالت را برای کیفر قائل می‌گردد و همان‌گونه که فطرت یک کودک، بی اندیشه‌ی تحقق هدفی خاص، مجازات را طلب می‌کند، یک سزاگرا نیز بر این اعتقاد است که مجازات، پاسخ طبیعی و بدیهی در برابر تجاوز به اصول اخلاقی است.

بازدارندگی فراگیر ایجابی را می‌توان همان سزادهی با نام دیگر دانست که یکی از راه‌های نظام‌مند الزام اخلاقی کیفر است و برابر بازدارندگی فراگیر سلبی (general negative deterrence) یا همان دفاع اجتماعی بتنام قرار می‌گیرد؛ برای مثال، جرائمی مانند: توهین به مقدسات مذهبی و یا تجاهر به استعمال مشروبات الکلی و ولگردی در معابر عمومی، موضوع ماده‌ی ۷۰۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ با این مبنا، توجیه می‌شوند.

۱-۲-۲. هنجارمند سازی مطالبه‌ی مجازات

در مطالبه‌ی کیفر، هنجار اجتماعی، غالب‌تر از نقش بزه‌دیده است. برخی نظریه پردازان معاصر، از این نیز فراتر رفته و بار توجیه اخلاقی را از سزاگرایی می‌زدایند و آن را یک آموزه‌ی منطقی می‌انگارند (صابری، ۱۳۹۳، ۱۵۴)؛ با این توصیف که اگر تصمیم به مجازات کسی داریم، باید او را به سزای عملش برسانیم؛ بنابراین، سزاگرایی نیازمند ارائه‌ی توجیه نیست، بلکه ذات نهفته در مجازات است.

۱-۳. ادای دین

ریشه‌ی تفکرات ادای دین را شاید بتوان در دوران انتقام‌جویی و جنگ‌های قبیله‌ای یافت؛ آنجا که تعرضی کوچک از ناحیه‌ی یک فرد، آتش منازعه میان دو قبیله را می‌افروخت. اینجا است که ستم‌دیده حق دارد در پناه قدرت قبیله‌ی خود، به دادخواهی از قبیله‌ی مقابل برخیزد (دورانت، ۱۳۷۲، ۳۵).

وجود عینی و ملموس این تفکر، میان افراد و مخصوصاً، جوامع قبیله‌ای عصر حاضر، در قالب سنت‌هایی مانند: خون بس، فصیله و خون کالات، بروز می‌کند که همگی آن‌ها در مفهوم صلح کردن با پرداخت پول است (دهخدا، ۱۳۳۹، ۱۵۲۷/۳۷).

مطابق یک رسم کهن در قبایل کردنشین، هرگاه، در اثر نزاعی که میان دو طایفه درمی‌گیرد، قتلی واقع شود، خانواده‌ی قاتل مجبور می‌شود یکی از دختران خود یا طایفه را به عقد ازدواج فردی از خانواده‌ی مقتول درآورد، تا از خونریزی بیشتر، جلوگیری شود؛ به این رسم، خون بس می‌گویند.^۱

۱. برای مطالعه‌ی بیشتر درباره آیین خون بس و خون کالات، رک: کریم خان، محمد و احسانی، حکیمه، مطالعه‌ی انسان شناختی پدیده‌ی خون بس، نشریه اسلام و مطالعات اجتماعی، سال ششم، شماره: ۱، ۱۳۹۷؛ زندی، روح الله جایگاه دادرسی ترمیمی در حقوق کیفری ایران، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

در فرهنگ لرستان نیز هنگامی که در پی منازعات و مخاصمات، خونی ریخته شود، طایفه‌ی قاتل، ملزم می‌شود پول و یا معادل آن، زمین و دام پرداخت کند که در اکثر موارد، خون کالات، نامیده می‌شود. مبنای مطالبه‌ی این حق را می‌توان در موارد زیر خلاصه نمود.

۱-۳-۱. کسب سود غیرموجه

قرائت معاصر این مؤلفه با عنوان: مزیت غیرمنصفانه، بر این فرض، مبتنی است که افراد با ورود به اجتماع، از مزایای همیاری جمعی بهره می‌برند و مکلفند قبال مزیت کسب شده با تبعیت از قواعد، سهمی در تأمین نظم اجتماعی داشته باشند. درست، مثل یک مسابقه‌ی ورزشی که افراد باید با رعایت قواعد بازی در پی برد باشند (Dugger, 2018, 178)؛ بنا بر این، اگر فردی بدون رعایت قاعده، سودی به دست آورد، یک مزیت غیرمنصفانه به دست آورده و مجازات، باید آن را بزدايد (صابری، ۱۳۹۳، ۱۴۵). پیامدهای این رویکرد عبارتند از:

۱-۳-۲. امکان سزادهی با رویکردهای غیرکیفری

گاهی، حتی پاسخ‌های ملایم و توأم با مهربانی به جرم، در راستای اندیشه‌ی ادای دین قرار می‌گیرند؛ زیرا این پاسخ‌ها، نه با هدف لطف به بزه‌کار، که در راستای تحقیر و شرمسار نمودن او انجام می‌شوند. در برخی نواحی ایران، مطابق یک رسم کهن، بزه‌کار، مقابل بزه‌دیده، به نشانه‌ی شرم و پوزش، دست‌ها را از هم باز نموده و در حالی که زانو زده و سر را به پایین خم کرده، تقاضای بخشش می‌نماید (مظلومان، ۱۳۵۲، ۴۰). شاید بتوان رویکرد ادای دین را در توجیه سزاگرایی، راه نجات این فلسفه از انزوای تاریخی و دلیل ابقای آن در نظام عدالت کیفری قانونی و عرفی فعلی دانست؛ زیرا این پاسخ‌ها، نه تنها، طیف وسیع‌تری از مجازات‌ها را در بر می‌گیرد، بلکه اصولاً، دامنه‌ی آن، گاهی از شخص مجرم، فراتر رفته و پرداخت‌های جایگزین را نیز شامل می‌شود.

۱-۴-۱. الغای جرم

یکی دیگر از تبیین‌های عقلانی در توجیه مجازات، الغای جرم است که نخستین بار هگل آن را بیان نمود. رکن اصلی این فلسفه، در محو کامل آثار جرم است و به کارگیری آن پیامدهای زیر را به دنبال دارد:

۱-۴-۱-۱. ضرورت نفی جرم

از نظر هگل، مجازات به این دلیل موجه است که نفی جرم است؛ زور (جرم) با زور (مجازات)، نفی می‌شود؛ مجازات، نه به خاطر ویژگی‌های جرم است، بلکه به خاطر طبیعت آن است (Hegel, 2008, 97).

۱-۴-۱-۲. ابقای جرم، در صورت سقوط مجازات

به عقیده‌ی هگل، به هر دلیلی که مجازات در حق مجرم اعمال نشود، جرم اولیه، از میان نمی‌رود؛ نفی جرم با سزادهی رخ می‌دهد؛ زیرا اولاً، سزادهی، صدمه‌ای به خاطر صدمه‌ای است و ثانیاً، در سزادهی،

2. The thing which I ought to know is the essential whole, which refers not to special details of an act, but to its real nature.

مقدار جرم و نفی آن از نظر کیفی و کمی مشخص می‌شود؛ به همین دلیل، هرچه نتایج جرم، گسترده‌تر باشد، مجازات باید شدیدتر اعمال شود (Hegel, 2008, 97).

تأکید هگل بر حق مجازات شدن و انکار صریح فایده‌گرایی، رویکرد سزاگرایی او را تقویت می‌کند. مجازات، حق مجرم است؛ چون با مجازات شدن، به مثابه یک موجود ذی عقل تکریم شده است. اگر با او مانند یک حیوان زیان‌بار که باید بی‌زیان شود، رفتار کنند، یا بخواهند او را بازدارند، یا اصلاح کنند، به آن تکریم نمی‌رسد (Hegel 2008, 103).

نظریه‌ی نفی جرم، به نحو بارزی با موارد سقوط مجازات، در تعارض قرار می‌گیرد؛ زیرا به هر دلیلی که جرمی به وقوع بپیوندد، اما مجرم از تمام یا بخشی از مجازات مقرر معاف شود، نفی اولیه، همچنان باقی می‌ماند. این موضوع، به ویژه در مورد حبس‌هایی که با اهداف سزادهی وضع می‌شوند و نیز در موارد تکرار جرم، باید مد نظر قانون‌گذار کیفری قرار گیرد. در ادامه، به بررسی چند نمونه از تعارضاتی می‌پردازیم که میان مجازات‌های سالب آزادی با آموزه‌های سزاگرایانه وجود دارد:

۲. حبس و جایگزین‌های آن بر پایه‌ی توجیهات سزاگرایانه

اگرچه مجازات‌های سالب آزادی، فرصتی را فراهم می‌آورند تا با تغییر در تفکرات مجرمانه، اهداف فایده‌گرایانه‌ی مجازات و کاهش جرم را محقق نمایند؛ ولی بسیاری، این بُعد تربیتی را پس از مرحله‌ی تحمل مجازات دانسته‌اند (مرادی، ۱۳۹۶، ۱۸۶). دادگاه عالی آمریکا این نظر را بیان می‌کند که اصلاح مجرم، تنها هدف و یا حتی مهم‌ترین هدف زندان نیست (دعوی پاول مقابل تگزاس، ۱۹۶۸، ۵۳۰)، بلکه تنها، یک هدف از میان اهداف مختلف، زندان است که قانون آن را معتبر شناخته است (Dagan, 2020, 633)؛ لذا مجازات‌های سالب آزادی، مثل همه‌ی واکنش‌های کیفری، اهداف سزاگرایی را در خود دارند.

۱-۲. حبس

مجازات حبس، این فرصت را به مجرم می‌دهد تا با رنجی که تحمل می‌کند به خطاهای گذشته‌ی خویش بیندیشد و به فطرت پاک انسانی، بازگردد. این نوع واکنش، در هماهنگی کامل با فلسفه‌ی تهذیب نفس قرار می‌گیرد. سزادهی با این مبنا، به رویکردهای سودگرایانه نیز نزدیک می‌شود؛ زیرا در تهذیب معنوی، آنچه هدف اصلی مجازات است، پاک گردانیدن مجرم از پلیدی‌ها و پذیرش دوباره‌ی او در جامعه است که با رویکرد اصلاح رفتار، مشابهت دارد. تنها تفاوتی که در این دو تفکر به چشم می‌خورد، این است که سزاگرایان، این پالایش رفتاری را تنها به نفع مجرم می‌دانند، اما سودگرایان آن را هم برای مجرم و هم برای جامعه، لازم می‌شمارند، لکن مواردی وجود دارد که مجازات حبس مقرر در قانون، با آموزه‌های سزاگرایانه مغایرت پیدا می‌کند؛ برخی از مهمترین این موارد، عبارتند از:

1. When the consequences of crime have fully developed themselves, they add to the severity. of the punishment. When we punish the criminal, in fact we behave him like liable one

۲-۱-۱. جرائم قابل گذشت

مطابق با رویکرد سزاگرایان، قواعد حقوق کیفری را نمی‌توان صرفاً، به اصل ضرر، فرو کاست؛ بنا بر این، حتی در صورت فقدان بزه‌دیده‌ی خاص یا بخشش او نیز ناپاکی و آلودگی که همچون غباری بر روح بزه‌کار نشسته، باید زدوده گردد. مجازات، به دنبال تشفی خاطر بزه‌دیده و بازماندگان نیست، تا با گذشت آنان، ساقط گردد، بلکه با پذیرش اصل مسئولیت اخلاقی و تقصیر بزه‌کار، ضرورتی غیر قابل انکار است (اکبری و دیگران، ۱۳۹۹، ۲۰).

تبعات این تفکر، در عرصه‌ی عملی قانون‌گذاری می‌بایست به کاهش و حذف جرائم قابل گذشت در قوانین کیفری بینجامد؛ حال اینکه، مطابق با مواد: ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گذشت شاکی یا مدعی خصوصی، می‌تواند حبس را به میزان یک تا سه درجه کاهش دهد. به هنگام تعیین کیفر، نوع و میزان آن در تناسب با بزه ارتكابی، اصل برابری را قاعده‌ی تضمین‌کننده‌ی عدالت در سزادهی، مطرح می‌کند (اکبری و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۹) و گذشت شاکی، موازنه میان فعل ارتكابی و شدت مجازات را از میان می‌برد.

۲-۱-۲. تعویق صدور حکم و تعلیق مجازات

بسیاری از اهداف سزادهی، به ویژه الزام اخلاقی و الغای جرم با وجود نهادهایی مانند: تخفیف مجازات، تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات در سیستم کیفری، محقق نمی‌شود؛ به ویژه اینکه قانون‌گذار در ماده‌ی ۳۹ قانون مجازات اسلامی مقرر نموده است: در جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت (یعنی: حبس‌های نود و یک روز تا شش ماه و حبس‌های تا سه ماه)، در صورت احراز جهات تخفیف، چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز، مرتکب، اصلاح می‌شود، در صورت فقدان سابقه‌ی کیفری مؤثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات اجرای آن، می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند.

مثلاً، مطابق ماده‌ی ۵۰۶ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ که بیان می‌کند: چنانچه مأمورین دولتی که مسئول امور حفاظتی و اطلاعاتی طبقه‌بندی شده می‌باشند و به آن‌ها آموزش لازم داده شده است، در اثر بی‌مبالاتی و عدم رعایت اصول حفاظتی، توسط دشمنان تخلیه‌ی اطلاعاتی شوند، به یک تا شش ماه حبس، محکوم می‌شوند، دادگاه می‌تواند مرتکب را از مجازات، معاف نماید؛ حال اینکه، اصول اخلاقی و عدالت مورد نظر فیلسوفان سزاگرا، الزام می‌نماید که مرتکب، پاسخ بی‌مبالاتی و عدم رعایت اصول را با مجازات شدن، دریافت کند.

۲-۱-۳. پذیرش توبه

یکی از اصلی‌ترین اهداف سزادهی آن‌گونه که بیان شد، تهذیب روح و بازگشت به فطرت پاک انسان است؛ حال اگر این بازگشت، به طرق دیگری غیر از مجازات نیز میسر گردد، این هدف، محقق شده

است؛ بنا بر این، هرگاه، فرد خطاکار به واقع از خطای ارتكابی خود احساس ندامت کند، دلیلی برای مجازات، باقی نمی‌ماند. برخی از فلاسفه‌ی معاصر، مانند: آنتونی داف،^۱ ضمن وارد آوردن نقدهای تند به پیامدگرایان، گرایش مبنایی خود را به سزاگرایی، به وضوح نشان می‌دهند. از دیدگاه آنان، هدف نهایی و توجیه‌کننده‌ی مجازات، تحقق توبه، ندامت و پیشیمانی بزه‌کار است. مجازات باید راهی برای انتقال پیام اخلاقی اجتماع به مجرم باشد؛ به گونه‌ای که وی این پیام را درک کرده و به پذیرش خطای خود و پیشیمانی از آن برسد (Duff, 2001, 62).

۴-۱-۲. عوامل رافع مسئولیت کیفری

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، دو مفهوم علل موجهه‌ی جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری، به تفکیک از یکدیگر بیان شده بودند، اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در فصل دوم، با عنوان: موانع مسئولیت کیفری، در مواد ۱۴۶ به بعد این قانون، در تمامی موارد ذکر شده، ماهیت مجرمانه، یا نفی اولیه، کما کان، به قوت خود باقی است؛ بدون اینکه مرتکب، مستحق مجازات، شناخته شود. ماده ۱۵۸ به صراحت اعلام می‌کند: علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون، جرم محسوب می‌شود، در مواد زیر قابل مجازات نیست...

با چنین توصیفی اگر بخواهیم موضوع را از منظر فیلسوفان الغاگرا بررسی نماییم، جرم به عنوان نفی اولیه، محقق شده است، اما مجازات، به عنوان امر سلبی ثانویه برای نفی این نفی، در نظر گرفته نشده است؛ لذا جرم، در عالم واقع، بدون پاسخ باقی می‌ماند که با مبنای فکری این مکتب، سازگاری ندارد؛ در حالی که در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، پذیرش علل موجهه (اسباب اباحه)، وصف مجرمانه را از فعل ارتكابی می‌زدود؛ انگار، در عالم واقع، جرمی به وقوع نپیوسته که احتیاج به مجازات داشته باشد و این امر، به منطق فیلسوفان سزاگرا، نزدیک‌تر بود.

۵-۱-۲. عدم تحقق ادای دین

در سزادهی بر مبنای ادای دین، مرتکب با تحمل مجازات، دین خود را نسبت به جامعه، اداء می‌کند، اما امتیاز ضایع شده‌ی قربانی و منفعت غیرمنصفانه‌ای که از راه جرم، عاید مجرم شده است، با مجازات حبس، محقق نمی‌شود؛ دلایل این ادعا را می‌توان این‌گونه بیان نمود:

اولاً، محاسبه‌ی اینکه مرتکب با چه میزان حبس، با جامعه، بی‌حساب می‌شود، ممکن نیست؛ مثلاً، آیا وضع کیفری با حداقل یک سال حبس، مقرر در ماده‌ی ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، دینی را که بر اثر متزلزل نمودن اعتماد عمومی جامعه، بر عهده‌ی مرتکب قرار می‌گیرد، پاک می‌کند؟ در قوانین موضوعه، زندان در عین حال که مجازات قتل (در ماده: ۶۱۲ قانون تعزیرات) تعیین می‌شود، برای کسی که از دیگران، درخواست کمک کرده و به اصطلاح تکدی نموده نیز به کار می‌رود

(ماده ۷۱۲ قانون تعزیرات)؛ حال آن که، ماهیت این دو جرم و لطمه‌ای که به امنیت جامعه وارد می‌کنند، با یکدیگر متفاوت است.

ثانیاً، آیا در تمامی جرائم مستوجب حبس، مجرم به دنبال کسب منفعت بوده است؟ برای مثال، آیا از بین بردن احساس امنیت در جامعه که وفق ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ و ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ موجب حبس درجه‌ی ۴ می‌شود، منفعتی است که مجرم به دنبال آن بوده است؟

به نظر می‌رسد: در این زمینه، باید میان منافع‌ی که مجرم خودخواسته در صدد دستیابی به آن است و نتایجی که به صورت ناخواسته از عمل وی پدید می‌آید، تفکیک قائل شد. مسلماً، سلب حیات عمدی از شخص دیگر، منفعی برای مجرم به دنبال داشته است، اما از بین بردن احساس امنیت و آسایش، نفع اکتسابی خودخواسته‌ای برای مجرم در بر نداشته تا بتوان او را به این دلیل، مستحق مجازات دانست؛ بنا بر این، هنگامی که اولیای دم مقتول، از حق قصاص می‌گذرند، دیگر نمی‌توان مبنای کیفر حبس ذکر شده در این ماده‌ی قانونی را استحقاق مجرمانه در نظر گرفت؛ در حقیقت، چنانچه بزه‌کاران، بر پایه‌ی عواملی که به واقعیت و ماهیت جرائم آنان ربطی نداشته، یا متناسب با درجه‌ی تقصیر آنان نباشد، مجازات شوند، معنایش، این است که ابزارهایی برای هدفی در نظر گرفته شده‌اند؛ نه عاملان مسئول (تبیت، ۱۳۹۴، ۲۵۵).

۲-۲. مجازات‌های جایگزین حبس

مجازات‌های جایگزین حبس با وجود فوایدی مثل بهره‌گیری از نیروی کار افراد، دوری از آثار سوء زندان، هنجارمند نمودن مجرمین و احترام به شئون فردی، مورد توجه گفتمان‌های جرم‌شناسی هستند (آشوری، ۱۳۹۸، ۲۰)، لکن به شکل موسع، مقبول افکار عمومی نمی‌افتند؛ حتی برخی قصاصات نیز تمایل چندانی به اعمال جایگزین‌های نوین حبس از خود نشان نمی‌دهند (فرح بخش و دیگران، ۱۴۰۱، ۵۲). دلیل این امر را شاید بتوان در ضرورت وصف ناخوشایندی مجازات، بیان نمود؛ زیرا تمایل به انتقام خصوصی زیان دیدگان مستقیم جرم، گزینه‌ای است که وجود آن در نهاد انسان و حتی سایر موجودات به اثبات رسیده است.^۱

از آنجا که حکومت، نماینده‌ی استیفای این حق از سوی جامعه است، باید ساز و کاری را برای تعقیب و مجازات متهمان، پیش‌بینی نماید، تا علاوه بر سودمند بودن، اهداف سزاگرایانه نیز در سیستم کیفری، دچار فرسایش نشود.

۱. در این خصوص، تحقیقی که توسط مؤسسه ماکس پلانک در آلمان انجام گرفته، قابل توجه است. در این تحقیق، دو شامپانزه در دو قفس مجزا در کنار میز غذا قرار گرفتند. میز کاملاً، در دسترس شامپانزه A بود و او می‌توانست غذا را بخورد؛ در عین حال، به شامپانزه B این فرصت داده شده بود تا غذا را از شامپانزه A بدزدد، اما میز به طنابی متصل بود که محکم در دستان شامپانزه A باقی می‌ماند. هنگامی که شامپانزه B غذا را بر می‌داشت، شامپانزه A با شدت، طناب را می‌کشید و این موضوع، نشان می‌داد که شامپانزه A در تلاش بوده تا نهار شامپانزه B را برای تلافی دزدی، خراب کند و به این ترتیب، او را تنبیه نماید (Prooijen, 2018, 18).

قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۹۲ نهاد جایگزین‌های حبس را در قانون مجازات اسلامی، پیش‌بینی و مقرر کرده است: در صورت وجود شرایط خاص، مجازات‌های حبس می‌توانند یا باید به مجازات‌های دیگری تبدیل شوند.^۱

۱-۲-۲. مبنای مجازات‌های جایگزین حبس

این تصمیم قانون‌گذار با هدف کاهش حبس و تعداد افرادی که به زندان می‌روند، مقرر شده است و بیشتر در جهت رفع معایب اجتماعی زندان است.

مجازات‌های جایگزین حبس، طبق ماده‌ی ۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ عبارت است از دوره‌ی مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی. تبدیل حبس به مجازات‌های جایگزین، در پاره‌ای موارد، الزامی و در پاره‌ای موارد اختیاری و در واقع، بسته به نظر قاضی است و این امر، نشان از مردود دانستن نقش بزه‌دیده در روند این کیفرگذاری است.

اگرچه به موجب ماده‌ی ۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تعیین مجازات جایگزین حبس، منوط به گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف مجازات است، اما هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۴۶ مورخ ۲۹ دی سال ۱۳۹۴، این ماده را بدین نحو تفسیر نموده است که در موارد الزامی تبدیل مجازات جایگزین حبس، گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف مجازات، ضرورت ندارد و مجازات حبس، الزاماً، باید به مجازات جایگزین تبدیل شود. عدم تأثیر گذشت شاکی، نشان دهنده‌ی این است که اهداف قانون‌گذار در مجازات‌های این بخش، همان اهداف اجتماعی و اقتصادی در راستای کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها است و مبانی فلسفه‌ی سزاگرایی در آن، نمود چندانی ندارد.

۲-۲-۲. تعارض مجازات‌های جایگزین حبس با اهداف سزادهی

اگرچه بخشایش مجرم، امری پسندیده است، اما نباید از این نکته غافل شد که فرد متضرر از جرم، مختار است که این شیوه را برگزیند و طالب سزادهی مجرم باشد و این واکنش، از حقوق او محسوب می‌شود؛

۱. موارد الزامی حکم به مجازات جایگزین حبس به قرار زیر است:

الف) در مورد مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آنها سه ماه حبس است (ماده ۶۵ قانون مجازات اسلامی).

ب) در مورد مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آنها نود و یک روز تا شش ماه حبس است؛ مشروط بر اینکه مرتکب دارای سابقه‌ی محکومیت کیفری به شرح مذکور در ماده نباشد (ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی).

پ) در مورد مرتکبان جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی جرم ارتكابی آنها بیش از دو سال نباشد (ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی).

ت) مرتکبان جرائمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه، تعیین نشده است (ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی).

موارد اختیاری حکم به مجازات جایگزین حبس نیز از این قرار است:

الف) در مورد مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آنها بیش از شش ماه تا یک سال حبس است؛ مشروط بر اینکه سابقه محکومیت کیفری نداشته باشند (ماده ۶۷ قانون مجازات اسلامی).

ب- در مورد مرتکبان جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی جرم ارتكابی آنها بیش از دو سال حبس باشد (ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی).

از این رو، تنها اختیار قانون‌گذار در این زمینه، ترغیب بزه‌دیده به بخشش است؛ نه حذف کیفر (عوجی، ۱۴۳۱، ۹۵).

نظریه‌های پسا پست مدرنیسم، در انتقاد به راهکارهای اصلاح و درمان، معتقد به مجازات محکومان در جرائم کیفری هستند؛ زیرا آن‌ها سزاوار مجازات هستند. مجازات، یا باید آن‌ها را تهدید کند، یا سایر اعضای جامعه را از ارتکاب اعمال کیفری در آینده، باز دارد، یا باید تمایل جامعه را به انتقام، اقناع نماید (زارعی شریف و پورباقی، ۱۴۰۳، ۴۹)؛ بنا بر این، بی‌تأثیر بودن عدم گذشت شاکی که در رأی وحدت رویه‌ی هیأت عمومی دیوان عالی کشور آمده است، در جرائمی که جنبه‌ی خصوصی دارند، منجر به فرسایش و محو ویژگی سزاده بودن مجازات و عدم اقناع غریزه‌ی واکنش خواه بزه‌دیده می‌شود.

اما این موضوع، در جرائمی با جنبه‌ی عمومی، بیشتر مورد عنایت قانون‌گذار، قرار گرفته است؛ زیرا ملاحظه می‌شود: از ماده‌ی ۷۰ به بعد قانون مجازات اسلامی، حکم به مجازات‌های جایگزین، در مواردی ممنوع شده که یکی از آن موارد، ممنوعیت در مورد جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور است؛^۱ یعنی: در جایی که جرم، علیه امنیت جامعه، به وقوع پیوسته است، اهداف سزاده‌ی، به نحو بارزتری به چشم می‌خورد؛ از این نظر، تطبیق مبانی فلسفی، با هر دو دسته جرائم دارای جنبه‌ی خصوصی و عمومی، ضروری به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

براساس مطالعات فوق، توجه به سزاگرایی، به مثابه احساسات تنبیهی، توجیهی قابل اتکا، برای مجازات، به کار می‌رود. این استعاره، به منزله‌ی توجیه عقلانی بخشیدن به ادراک شهودی اجتماع، در خصوص جرم و واکنش مناسب، برابر آن می‌باشد (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴، ۱۰۰)؛ بدین ترتیب، مجازات، از آن رو قابل توجیه است که بیان‌گر احساس تنفر شهروندان، برابر جرم و تمایل برای انتقام و تحمیل خشونت به بزه‌کار است. همواره، باید ارتباطی منطقی میان توجیه کیفر و درک شهودی اجتماع از جرم و مجازات برقرار ساخت. ذهن‌های سالم و متعارف، پیوسته، منبعی قابل اتکا برای بیان فهم شهروندان از رسالت واکنش‌های کیفری هستند (Duff, 2001, 24) و هیچگاه نمی‌توان درک این اذهان را در سیاست‌گذاری کیفری نادیده گرفت.

بر همین اساس، برخی سزاگرایان، به باز تولید اخلاقی مفهوم سزاگرایی پرداخته‌اند. در این فرآیند، توجیه رنج حاصل از مجازات اهمیت پیدا می‌کند و ویژگی ناخوشایند بودن در آن، همواره لحاظ می‌شود.

۱. منظور از موانع تعیین مجازات جایگزین حبس، داشتن بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس تا ۶ ماه، یا جزای نقدی بیش از ۱۰ میلیون ریال، یا شلاق تعزیری، یا یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس بیش از ۶ ماه، یا حد، یا قصاص، یا پرداخت بیش از یک پنجم دیه، به لحاظ ارتکاب جرم عمدی و سپری نشدن پنج سال از اجرای این مجازات‌ها است (بندهای الف و ب ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی).

به همین دلیل است که انواع مجازات‌ها از جمله مجازات‌های سالب آزادی و حتی جایگزین‌های آن می‌بایست این قابلیت را داشته باشند تا مبانی تهذیب معنوی، الزام اخلاقی، ادای دین و الغای جرم را که شاکله‌ی اصلی سزادهی هستند، در خود، جای دهند؛ لکن در سیاست‌گذاری فعلی، به دلیل نفوذ نظریه پردازی‌های جرم‌شناسی، مجموعه‌ای از اهداف، در یک مجازات واحد، با هم مخلوط شده و آموزه‌های سزاگرایی محض، طی یک روند فرسایشی از اهداف مجازات محو شده‌اند.

برای نمونه، در تفکر سزاگرایانه، آنچه مهم است، میزان صدمه‌ای است که به روان شخص مجرم وارد شده و آن را ناپاک گردانیده است و صدمه به بزه‌دیده از اهمیت چندانی برخوردار نیست. تبعات این تفکر، در عرصه‌ی عملی قانون‌گذاری می‌بایست به کاهش و حذف جرائم قابل گذشت در مجازات‌هایی نظیر حبس بینجامد، حال اینکه، در لا به لای قوانین کیفری ایران، موارد عدیده‌ای از جرائم قابل گذشت به چشم می‌خورد که نمونه‌ی آن را می‌توان در مجازات جرم سرقت موضوع ماده‌ی ۶۶۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ و مجازات جرم تخلیه‌ی اطلاعاتی مأمورین دولت، موضوع ماده‌ی ۵۰۶ همین قانون، ملاحظه نمود. همچنین، جرائم بدون بزه‌دیده‌ی خاص، مانند: جرائم زیست محیطی و یا خودکشی، مطابق منطق این رویکرد، قابل مجازات هستند.

از طرفی، اگر تهذیب روحی مجرم، به طرق دیگری غیر از مجازات، میسر گردد، اهداف سزاگرایانه را محقق ساخته است و هرگاه فرد خطاکار، به واقع از خطای ارتكابی خود احساس ندامت نماید و راه تکامل معنوی را در پیش گیرد، دیگر توجیهی برای مجازات کردن، باقی نمی‌ماند؛ این در حالی است که مطابق با ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه در جرائم تعزیری، فقط تا درجه‌ی شش، هفت و هشت، از موجبات سقوط مجازات است و در جرائم تعزیری درجه‌ی بالاتر، مؤثر نیست.

همچنین، بررسی شد: مطابق آموزه‌های الغای جرم در فلسفه‌ی سزاگرایانه، مجازات برای نفی جرم واقع می‌شود؛ حال اگر مجرم، تحت فشارهای محیطی، مرتکب جرم شده باشد، دیگر نمی‌توان رفتار او را یک نفی اولیه در نظر گرفت؛ بلکه باید آن را عملی فرض نمود که خود، به منظور از بین بردن نفی دیگری، رخ داده است؛ بنا بر این، می‌توان گفت: وضع مجازات، در جرائمی که به دنبال فشارهای ناشی از اعتیاد والدین، بی‌سوادی، فقر و تبعیض اجتماعی و رفتارهای تحریک کننده‌ی بزه‌دیده رخ می‌دهند، قانع کننده نیست.

در مجازات‌های جایگزین حبس نیز آن‌گونه که بحث شد، الزامی بودن تبدیل حبس به جایگزین‌های آن، با ویژگی ناخوشایند بودن و سزاده بودن مجازات، همسویی ندارد. در این مورد، لاقفل، احراز توبه‌ی مجرم و الغای کامل آثار جرم ضروری می‌نماید؛ به ویژه اگر شاکی، تاوان و مجازات را مطالبه نماید، الزام دادگاه به صدور حکم مجازات جایگزین حبس، مغایر با آموزه‌های سزاگرایانه است.

جهت رفع چالش‌های موجود، به نظر می‌رسد: قوه‌ی قانون‌گذاری، باید در متن قانون مجازات، انواع حبس را منطبق با اهداف در نظر گرفته شده برای آن، تفکیک نماید و هر نوع حبس را به جرم ارتكابی متناسب با آن اختصاص دهد؛ مثلاً: در جرائمی که مجرم موظف است نسبت به رفع خسارت از بزه‌دیده اقدام نماید، عنوان مجازات، به حبس ترمیمی، تغییر یابد و یا در مورد مصرف‌کنندگانِ مواد مخدر، یا متکدیان، مجازات حبس اصلاحی، پیش‌بینی شود.

همچنین، در مورد جرائمی که از شدت بالاتری برخوردار هستند، مثل: توزیع مواد مخدر، یا آدم ربایی یا سرقت مسلحانه، مرتکب، به حبس سزاده، محکوم شود؛ زیرا این عنوان، بازگوکننده‌ی اهداف تنبیهی و سزادهی برای مرتکبان است و جامعه را تا حدودی به احساس امنیتی می‌رساند که از مجازات انتظار دارد. علاوه بر این، قانون‌گذار می‌تواند به منظور نیل به اهداف مختلف، از انواع این حبس‌ها در طول هم استفاده نماید؛ برای مثال، در مورد جرمی که مجازات آن، ۵ سال حبس در نظر گرفته شده است، شیوه‌ی نگارش قانون، به ۲ سال حبس سزاده و ۳ سال حبس اصلاحی، تغییر یابد.

بدیهی است شرایط این حبس‌ها به لحاظ معماریِ ساختمان زندان، حق استفاده از فضای باز، الزام به شرکت در کارگاه‌های آموزشی، فهرست غذای زندانیان، میزان و شیوه‌ی ملاقات همراهان، جلسات مذاکره میان بزه‌کار و بزه‌دیده و بهره‌گیری از نهادهای آزادی‌مشروط و ... باید به نحو متفاوتی اجراء گردد.

کتابشناسی

۱. آشوری، محمد، (۱۳۹۸)، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینا بین، تهران، انتشارات جهش، اول.
۲. آقایی، مجید، (۱۳۸۶)، مکاتب کیفری، تهران، انتشارات خرسندی، اول.
۳. اثیمی، حمید رضا، (۱۳۹۶)، ماهیت جرم و توجیه مجازات در فلسفه‌ی افلاطون، تهران، نشر میزان، اول.
۴. اردبیلی، محمدعلی، (۱۴۰۱)، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات میزان، هفتاد و یکم.
۵. اکبری، جهاندار؛ آشوری، محمد؛ اردبیلی، محمد علی؛ صفاری، علی، (۱۳۹۹)، فلسفه‌ی کیفر حبس در نظام تقنینی معاصر ایران، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره: ۴۵، ص ۴۰-۱۱.
۶. امیدی، جلیل، (۱۳۸۳)، مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق، تهران، انتشارات احسان، اول.
۷. بولک، برنار، (۱۴۰۰)، کیفرشناسی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات مجد، هشتم.
۸. تیت، مارک، (۱۳۹۴)، فلسفه‌ی حقوق، ترجمه: حسن رضایی خاوری، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چهارم.
۹. پردال، ژان، (۱۴۰۲)، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات سمت، سیزدهم.
۱۰. جوان جعفری، عبد الرضا؛ ساداتی، سید محمد جواد، (۱۳۹۴)، ماهیت فلسفی و جامعه‌شناختی کیفر، (تأملی در چیستی و کارکردهای کیفر)، تهران، انتشارات میزان، اول.
۱۱. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۹)، لغت‌نامه، تهران، انتشارات سیروس.
۱۲. دورانت، ویل، (۱۳۷۲)، تاریخ تمدن، ترجمه: امیرحسین آریان‌پور و دیگران، تهران، انتشارات انقلاب اسلامی، دوم.
۱۳. زارعی شریف، وحید؛ پوریانی، مریم، (۱۴۰۳)، واکاوی رویکردهای نظریه جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال سوم، شماره: ۱، پیاپی ۹، ص ۶۴-۴۳.
۱۴. صابری، علی، (۱۳۹۳)، قرائت‌های معاصر از سزاگرایی، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، دوره ۱، شماره: ۱، ص ۱۴۵-۱۶۴.
۱۵. عوجی، مصطفی، (۱۴۳۱ ق)، النظرية العامة للمجرمة، بیروت، مؤسسه نوفل، اول.
۱۶. فرح بخش، مجتبی؛ رضانی، احمد؛ توسلی، قاسمعلی، (۱۴۰۱)، واکاوی چالش‌های جایگزینی خدمات عام المنفعه با مجازات حبس با رویکرد بر رویه قضایی، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال اول، شماره: ۳، پیاپی ۳، ص ۵۹-۸۰.
۱۷. فیض، علیرضا، (۱۳۷۹)، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، پنجم.
۱۸. کاتینگهام، جان، (۱۳۸۴)، فلسفه‌ی مجازات، ترجمه: ابراهیم باطنی و محسن برهانی، مجله حقوق اسلامی، شماره: ۴، ص ۱۴۷-۱۷۰.
۱۹. کلی، جان، (۱۳۹۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه: محمد راسخ، تهران، انتشارات نشر نی، دوم.
۲۰. لازرژ، کریستین، (۱۴۰۱)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات میزان، دهم.
۲۱. مرادی، حسن، (۱۳۹۶)، جرائم علیه اشخاص، تهران، انتشارات میزان، اول.
۲۲. میر محمد صادقی، حسین، (۱۴۰۱)، حقوق جزای عمومی ۳ (واکنش اجتماعی در برابر جرم)، تهران، انتشارات دادگستر، اول.

۲۳. محمد غفوری، محمد رضا، (۱۳۹۵)، فلسفه‌ی مجازات در نظم فتاوی ده استاد بزرگ فلسفه و حقوق کیفری، تهران، نشر آوا، اول.

۲۴. مظلومان، رضا، (۱۳۵۲)، جامعه، بزه، کیفر، نشریه دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره: ۱۴، ص ۳۵-۶۴.

۲۵. هامپتن، جین (۱۳۸۴)، نظریه‌ی تعلیم اخلاقی مجازات، ترجمه: حمید محبوبی، فصل‌نامه فقه و حقوق، سال دوم، شماره:

۵.

26. Daggan, Netanel, (2020) **Contrasting judicial conceptions of imprisonment purposes in the supreme court of the US**, Criminology and Criminal Justice Journal, Vol: 25, P: 1-29.

27. Dagger, Richard, (2018), **Playing Fair with punishment**, Oxford university press, Vol: 103, Chapter: 6, P:176-203.

28. Duff, Antony & Garland, David, (1994), **A reader on punishment**, Oxford university press.

29. Duff, Antony, (2001), **Punishment, communication and community**, Oxford university press.

30. Hegel, Georg Friedrich, (2008), **Outlines of the Philosophy of Right**, Oxford university press.

31. Haidt, Jonathan, (2006), **The Happiness hypothesis**, American psychological association.

32. Murphy, Jeffrie, (1987), **Does Kant have a theory of punishment?** Colombia law review, Vol 87, P: 509-533

33. Willem van Prooijen, Jan, (2018), **The Moral punishment instinct Perspectives on justice and morality**, Oxford university pres.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P:73-92

Receive Date: 2024/05/14

Revise Date: 2024/08/17

Accept Date: 2024/08/24

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1196016

Foundations and Effects of mandatory arbitration in Islamic Jurisprudence, Iran's Law and England's Legal System of Common law

Sama Falahti¹Mohammad Babapour²Shokrollah Nikvand³

Abstract

Sometimes Arbitration is compulsory and parties to the dispute in referring to the arbitration are indecisive. This research surveys the foundations and effects of compulsory arbitration in legal systems of Iran and England. In England's law arbitration between workers and employers and between consumers and producers is mandatory and some claims are referred to arbitration with the court's recognition. Even with aim of precedent making of compulsory arbitration, a few numbers of disputes are referred to arbitration. In compulsory arbitration, supervisor court determines and controls all process of arbitration including selection of arbitrator, impeachment, appeal and modification of decisions and arbitrator issued a decision by complying with the formal and substantive conditions and the issued decision has legal and establishment effects of the decision. Some non-judicial institutions have necessary authorities and can partially determine compulsory arbitration in some cases and samples with the cooperation of the judiciary. Mandatory arbitration decisions are considered enforceable after appeal or lack of appeal in determined time. The substantive objection to the arbitrator's decision is rejected, so if the arbitrator's substantive mistake is proved, his civil liability is certain compulsory. Arbitration is possible and enforceable only by agreement of parties, directness of statute laws and administrative rules.

Keywords: arbitration, compulsory arbitration, foundations of compulsory arbitration, effects of compulsory arbitration, compulsory arbitration in Iran's law, compulsory arbitration in common law.

¹ PhD student in private law, Varamin Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran. samaf@gmail.com

² Assistant Professor, Department of Private Law, Varamin Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran. (corresponding author). mohammadbabapour4@yahoo.com

³ Assistant Professor, Department of Private Law, Varamin Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran. dr.nikvand@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۹۲۷۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۵

DOI:10.71654/jcld.2024.1196016

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

مبانی و آثار داوری اجباری در فقه اسلامی، حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لای انگلستان

سما فلاحی^۱

محمد باباپور^۲

شکرالله نیکوند^۳

۱۷. چکیده

گاه، داوری، اجباری است و طرفین اختلاف، در رجوع به داوری، فاقد اراده هستند. مقاله پیش رو، مبانی و آثار داوری اجباری را در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان، می‌کاود. در حقوق انگلستان، داوری، در اختلاف بین کارگر و کارفرما، مصرف کننده و تولید کننده، اجباری است و برخی از دعاوی نیز با تشخیص دادگاه، به داوری ارجاع می‌شود. همچنین، با هدف رویه سازی داوری اجباری، شمار نادری از اختلافات به داوری، ارجاع می‌گردد. در داوری اجباری، دادگاه ناظر تعیین می‌شود که بر تمام روند داوری: از انتخاب داور، جرح، فرجام خواهی و اصلاح آراء، صلاحیت نظارت دارد و داور، با رعایت شرایط شکلی و ماهوی، به صدور رأی، اقدام می‌کند و رأی صادره، دارای آثار حقوقی و تأسیسی حکم است. برخی از نهادهای غیر قضائی دارای اختیارات لازم، می‌توانند به صورت جزئی، با همکاری قوه قضائیه، داوری اجباری را برای برخی موارد و مصادیق، تعیین کنند. آراء داوری اجباری، پس از فرجام خواهی و یا عدم اعتراض در موعد مقرر، لازم الاجراء است. ایراد ماهوی به حکم داور مردود است، لیکن در صورت اثبات اشتباه ماهوی داور، مسئولیت مدنی وی محرز است. داوری اجباری تنها با توافق طرفین، صراحت قوانین موضوعه و یا مقررات اداری، ممکن و قابل اعمال است.

واژگان کلیدی: داوری، داوری اجباری، مبانی داوری اجباری، آثار داوری اجباری، داوری اجباری در حقوق ایران، داوری اجباری در کامن لا.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران. samaf@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران (نویسنده مسئول) mohammadbabapour4@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران. dr.nikvand@yahoo.com

داوری، امروزه، یکی از شیوه‌های رایج حل و فصل اختلافات در دعاوی مختلف به شمار می‌رود. در تعریف داوری می‌توان گفت: داوری عبارت است از حل و فصل اختلافات بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله‌ی شخص یا اشخاصی که طرفین انتخاب کرده باشند. برای داوری ویژگی‌های مختلفی را می‌توان برشمرد؛ مثل خصوصی بودن، غیر قضایی بودن و...؛ اما از مهمترین ویژگی‌های داوری، توافقی بودن آن است؛ زیرا تا زمانی که طرفین برای داوری توافق نداشته باشند، داوری شکل نخواهد گرفت. هنگامی که طرفین با تراضی و توافق هم دعوا را به رسیدگی یک یا چند نفر داور ارجاع می‌دهند، این داوری، داوری ارادی یا اختیاری نام دارد؛ اما نوع دیگری از داوری، داوری اجباری می‌باشد. در این داوری، طرفین در ارجاع یا عدم ارجاع اختلاف به داوران، اختیار و اراده‌ای ندارند و مجبورند از تصمیمات داور اطاعت کنند. در کشور ایران، داوری در قانون آئین دادرسی مدنی به رسمیت شناخته شده و شرایط شکلی و ماهوی داوری ذکر شده است. در برخی دیگر از منابع حقوقی، داوری اجباری مورد تأکید قرار گرفته است.

ابهام دادگاه‌ها و سایر مراجع مربوطه در خصوص تعارض احتمالی حق تظلم خواهی در مراجع قضایی با داوری‌های اجباری، وجود قوانین متعدد با وجود شرط داوری اجباری، اختلاف دادگاه‌ها در تفسیر قوانین راجع به داوری اجباری، از جمله عللی است که ضرورت انجام این پژوهش را اقتضاء نموده است. همچنین با توجه به مزایایی که داوری از حیث سرعت در رسیدگی و صرفه جویی در هزینه‌ها و معمولاً، تسلط داوران، به موضوع اختلاف، دارد، ضرورت ارجاع دعاوی به داوری اجباری را ایجاب می‌نماید؛ لذا ساز و کار داوری اجباری در برخی نهادها از جمله بورس و ... ضرورت داشته و در این راستا نیز باید بیش از پیش بدان پرداخته شود؛ از این رو، محقق بر آن شد که وضعیت حقوقی داوری اجباری در حقوق انگلستان را مورد واکاوی قرار دهد.

مزیت داوری به نسبت روش‌های قضائی کاملاً محرز است. در مواردی که برای حل اختلاف در موضوعی خاص داوری اجباری تعیین می‌گردد، امید است که بتوان اختلافات این حوزه را به ساده‌ترین روش ممکن حل و فصل نمود. در حال حاضر، انتقادات فراوانی به عدم فرهنگ سازی داوری در کشور وارد است. به عقیده حقوقدانان نیاز است که حتی به طرق اجباری، داوری را به عموم مردم شناساند. کشور انگلستان که در مسائل قضائی پیشگام بوده و در بسیاری از موارد الگوی حقوقی دیگر کشورها قرار گرفته، می‌تواند در خصوص داوری اجباری نیز الگوی کشور قرار گیرد، تا بلکه بتوان از نقاط قوت آن در جهت رواج فرهنگ داوری بهره برد.

تاکنون به داوری اجباری در حقوق انگلستان توجهی نشده و با توجه به نقاط ضعف فراوان داوری اجباری در کشور ایران، نیاز است که از دیدگاه حقوق تطبیقی این مهم در کشورهایی که این سیاست

حقوقی را به طرز موفق انجام داده‌اند بررسی شده، تا بلکه الگویی برای اصلاح نظام حقوقی کشور ایران قرار گیرد.

به نظر می‌رسد که در وضعیتی که دادگاه صالح در انگلستان مراجعه به داوری برای حل اختلاف را صلاح بدانند، رجوع به داوری الزامی بوده و این رأی تنها از نظر شکلی در همان دادگاه فرجام خواهی می‌گردد.

طاهری (۱۳۹۶) در کتابی با عنوان: اجرای آرای داوری خارجی در حقوق ایران، بیان داشت که روش‌های خاص حل اختلاف که پیش شرط داوری می‌باشند، در حقوق ایران تصریح نشده و از این جهت بین حقوق‌دانان در شناسایی این آرای اختلاف نظر وجود دارد. رفیعی (۱۳۹۷) در کتابی با عنوان: آثار موافقت‌نامه‌های داوری بین‌المللی در دعاوی حقوقی، بیان می‌کند: موافقت‌نامه داوری بین‌المللی که با اصول حقوقی سازگار باشد، کاملاً نافذ تلقی گردیده و دارای اعتبار قانونی نیز می‌باشد.

مالکی و همکاران (۲۰۱۸) در مقاله‌ای با عنوان: قوانین داوری اجباری در قراردادهای نفتی، مسأله ملیت و دین را پیش کشیده که داور انتخابی توسط دادگاه به شرط عدم وابستگی به دولت می‌تواند اختلافات حادثه را حل و فصل کند. مولانا (۲۰۱۸) در مقاله خود با عنوان: روش‌های حل اختلاف از نظر زمان، از بین ۱۰۰ نمونه مورد بررسی با چهار روش حل اختلاف، به ترتیب داوری، سازش، دادرسی اختصاصی و مذاکره کمترین زمان‌ها را از حیث حل اختلاف داشتند. حراج و همکاران (۱۳۹۳) موانع اجرای حکم داوری را مورد بررسی قرار دادند.

۱. داوری اجباری

به موجب روح مواد حقوقی، مراجعه به داور جنبه اجباری ندارد. هرچند که منابع حقوقی این مهم را صراحتاً بیان ننموده‌اند، اما حسب تفسیر موسع از باب داوری مندرج در آئین دادرسی مدنی می‌توان به صراحت بیان داشت که اصل داوری بر اختیاری بودن انتخاب آن است (سربازیان، ۱۳۹۴، ۱۱۰). به صورت کلی، اراده طرفین شرط اصلی ارجاع موضوع اختلاف به داور است. روح ماده ۶۳۲ آئین دادرسی مدنی نیز به اختیاری بودن داوری اشاره دارد؛ اما برخی دیگر از منابع حقوقی در موارد خاص، ارجاع به داوری را الزامی نموده‌اند و تحت این شرایط، اراده در مراجعه به داور اثری ندارد. منظور از داوری اجباری در حقوق ایران، داوری است که قانون، موضوع اختلاف را الزاماً به داوری ارجاع می‌کند و طرفین دعوا نقشی در انتخاب یا رد روش حل اختلاف داوری نداشته و حل مسأله به وسیله داوری ناشی از اراده آنان نیست (میرشکاری، ۱۳۹۷، ۷۵).

به صورت کلی داوری اداری نمی‌تواند اجباری تلقی شود، اما با برخی اعمال اداری می‌توان این نوع داوری را اجباری نمود. با توجه به اینکه داوری قراردادی نوعی داوری اجباری محسوب می‌شود، یک

ارگان می‌تواند از اختیارات اداری خود جهت الزام طرفین به امضاء قرارداد داورى استفاده کند و بدین صورت داورى اداری اجبارى تلقى شود، در غیر این صورت، اختیارات داورى اداری همانى است که در روح آئین دادرسى مدنى ذکر شده است (جوادی، ۱۳۹۸، ۵۶/۱).

ذکر شرط داورى اجبارى، اختیار انتخاب رویه داورى را از طرفین سلب می‌کند. در حالت عادى، انتخاب داور، حالتى اختیاری دارد که با ذکر عنوان داورى در منبع حقوقى خاص، طرفین در انتخاب رویه داورى برای حل اختلاف، دیگر اختیاری نخواهند داشت. در مورد تعداد داوران، برخى منابع حقوقى همچون قانون پیش فروش ساختمان، آن را مشخص کرده و برخى موارد در این باره سخنى نگفته‌اند. در صورت سکوت قانون، انتخاب تعداد داوران به صورت توافقى بوده و به موجب اصول حقوقى این تعداد می‌بایست حتماً فرد باشد. به موجب ماده ۲۰ قانون پیش فروش آپارتمان، کلیه اختلافات ناشى از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش فروش توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوى خریدار، یک داور از سوى فروشنده و یک داور مرضى الطرفین در صورت عدم توافق بر داور مرضى الطرفین، یک داور با معرفى رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد.

در سطح بین الملل، عرف حقوقى در تعیین داورى اجبارى نقشى مهم دارد. معمولاً، اختلافات تجارى توسط دادگاه‌های محلى به اتاق بازرگانى بین المللى مستقر در پاریس ارجاع شده که داورى نهادى صورت می‌گیرد.

یکی از راه‌های اجبارى شدن داورى، وضع قوانین موضوعه است که تاکنون به موجب قوانین مصوب، اختلافات در خصوص پیش فروش آپارتمان، نکاح و بورس جنبه اجبارى داشته و اختلافات این حوزه اجباراً می‌بایست از طریق داورى حل و فصل گردد. اختلافات تجارى در این حوزه جای نداشته و بنا بر این، اتاق بازرگانى ایران و همچنین اتاق مشترک بازرگانى ایران و عراق، مجاز به اجبارى نمودن داورى نمى‌باشند. حتى داورى‌های تجارى در این سازمان جنبه اجبارى نداشته و طرفین اختلاف به اراده خود این رویه را انتخاب می‌کنند.

روح آئین دادرسى مدنى، به اختیاری بودن انتخاب روش داورى اشاره داشته و بنا بر این اختیارات اداری اتاق بازرگانى اجازه اجبارى نمودن آن را نمى‌دهد، مگر با رویه‌ای که پیشتر در خصوص آن صحبت شد. در خصوص دانشجویان عراقى مقیم ایران نیز طبیعتاً نمى‌توان به نوع خاص اختلاف آنان داورى اجبارى اطلاق نمود. به هر حال، بحث نخست اینکه در توافق جدید منعقد، موضوعاتى که برای آنها داورى اجبارى تعیین شده در قوانین موضوعه جای نداشته و حسب تفسیر این قوانین نمى‌توان داورى را برای آنان اجبارى نمود.

با توجه به اشعار ماده دوم اساسنامه اتاق بازرگانی ایران و عراق که تبعیت اداری از اتاق بازرگانی ایران را برای اتاق بازرگانی ایران و عراق الزامی دانسته، در غیاب تعریف رویه اداری داوری تخصصی، می‌توان به قواعد داوری اتاق بازرگانی ایران توسل جست.

در خصوص ارتباط اتاق بازرگانی ایران و عراق با انجمن دوستی این دو کشور نیز نظرات مختلفی مطرح است. به عقیده اکثریت حقوقدانان، از نظر اداری وابستگی بین دو نهاد مذکور وجود ندارد (پاسبان، ۱۳۹۸، ۵۹/۱)؛ اما در مقابل، برخی با توجه به توافقی بودن قواعد هر دو نهاد و حاکمیت رضایت در انعقاد این اصول، اتاق بازرگانی را تابع تصمیمات انجمن می‌دانند (شریعتی نیا و عابدین، ۱۳۹۳، ۵۴). با توجه به اهداف انجمن دوستی ایران و عراق در خصوص تمامی مسائل بین دو کشور، توافقات آن‌ها در خصوص دانشجویان عراقی و نیروی کار ایرانی را می‌توان صحیح دانست.

بنا بر این، اتاق بازرگانی ایران و عراق را از یک جنبه می‌توان تابع اتاق بازرگانی ایران دانست و از طرفی نیز مستقلاً، در چهار چوب همکاری مشترک تأسیس گردیده است. اساسنامه سازمان نیز به این موضوع تمرکز داشته و چهار چوب حقوقی فعالیت‌های اداری را پیش بینی کرده است. به نظر می‌رسد: انعقاد این قرارداد، با اختیارات اداری سازمان تناقض دارد.

به عقیده اکثریت حقوقدانان، داوری، به صورت کلی اختیاری بوده، مگر به صراحت قانون؛ بنا بر این، داوری در اتاق بازرگانی ایران و عراق نمی‌تواند جنبه اجباری داشته باشد (عاشوری و دیگران، ۱۴۰۰، ۱۶۰).

برخی معتقدند: صلاحیت اداری اجرایی داوری، به اتاق بازرگانی ایران و عراق تفویض شده و بنا بر این، اتاق بازرگانی، حسب مقررات اجرایی حق وضع مقررات داوری اجباری را دارد.

در پاسخ به عقیده دوم، می‌توان چنین بیان داشت که مراجعه به داور نوعی، بیع، محسوب می‌شود. رضایت عنصر اصلی در هر معامله بوده و بنا بر این، اصل، بر داوری اختیاری است. سازمان، بر اساس اختیارات خود می‌تواند طرفین را به داوری اقناع نماید، اما به صورت کلی حق اجبار در داوری را ندارد. بنا بر این، اختیارات اداری سازمان تنها به تشریفات داوری خلاصه شده و نه اصل آن؛ لذا عقیده اول در این خصوص پذیرفته شده است.

سازمان‌های اجرایی حق اجبار مسائل خارج از قانون را ندارند؛ اما به رویه‌ای دیگر می‌توانند نسبت به این مهم اقدام نمایند. از دیدگاه اداری، متولیان هر کسب و کار با توجه به مسئولیت‌های خویش می‌توانند الزام به تبعیت از اساسنامه نمونه را از شرکت‌ها خواهان شوند. گاه متولی یک کسب و کار، سازمان است همچون سازمان صمت که متولی تمامی امورات صنعتی بوده و تولید کنندگان تحت تبعیت از آن قرار دارند؛ اما گاه اتحادیه بر حسب اجماع شکل گرفته همچون اتحادیه صادر کنندگان زعفران که تمامی صادر کنندگان زعفران می‌بایست تحت تبعیت از آن بوده و مفاد قانون صادرات چنین لزومی را به پیش

می‌کشد. در واقع، وظیفه متولیان برقراری عدالت و تناسب در کسب و کار بوده تا علاوه بر حمایت از حقوق کاسبان، حقوق مصرف کنندگان نیز حفظ گردد؛ بنا بر این، تبعیت کاسبان از متولیان ضرورتی حقوقی محسوب می‌شود. حسب چنین اختیار حقوقی، متولیان می‌توانند شرط اعطای مجوز کسب و کار را تبعیت از مقررات اداری دانسته تا بدین صورت وحدت مدیریتی در امور مورد نظر محرز شود.

سازمان صمت، می‌تواند شرط اعطای مجوز فعالیت‌های تجاری بین ایران و عراق را تبعیت شرکت‌ها از اساسنامه نمونه ذکر کرده که در آن الزام مراجعه به داور در صورت لزوم ذکر شده است. این رویه در چهار چوب استانداردسازی و اختیارات متولیان امر قرار دارد. در اقدامی دیگر، شرط ورود دانشجویان عراقی برای ورود به کشور می‌تواند مراجعه به داوری در صورت بروز اختلاف باشد. در واقع، وزارت امور خارجه از اختیار خود برای صدور مجوز ورود استفاده کرده و این شروط که در چهار چوب قانون قرار دارد را وضع می‌نماید. در حال حاضر، اتاق بازرگانی ایران و عراق متولی کسب و کارهای جاری محسوب نشده و تنها، اتاقی غیر انتفاعی با هدف رفع مشکلات محسوب می‌شود. هیچیک از مجوزهای کسب و کارهای تجاری از مسیر اتاق بازرگانی عبور ننموده و اتاق نمی‌تواند متولی و ناظر کسب و کار مطرح شود.

بنا بر این، برای اجبار در داوری می‌بایست متولیان آن صنایع حسب اختیار صدور مجوز خود بهره برند؛ برای مثال، وزارت صمت می‌تواند از اختیارات اداری صدور مجوز خود بهره برده و تجاری که نسبت به اخذ کارت بازرگانی از وزارت صمت اقدام می‌نمایند، ملزم به تعهد به داوری اجباری در صورت بروز اختلاف نماید. همین اختیار را وزارت امور خارجه در خصوص دانشجویان در بدو ورود به کشور داشته و به طریق مشابه نیز وزارت امور خارجه عراق نیز اختیار مشابهی دارد. بدین صورت، داوری به طریق قراردادی، جنبه اجباری پیدا می‌کند.

تنها دو راه برای اجباری شدن داوری وجود دارد، نخست با وضع قانون و دوم با قرارداد. سازمان‌های متولی می‌توانند از اختیارات اداری خود برای فشار به صنوف مختلف برای پذیرش این قرارداد بهره برند که در نتیجه، آن داوری به تبع قرارداد، اجباری تلقی می‌شود. این رویه، حسب قواعد حقوق اداری، عملی صحیح ارزیابی می‌شود، اما در وضعیت اداری اتاق بازرگانی، این اختیار برای سازمان مشهود نیست.

۲. مبانی داوری اجباری در انگلستان

در کامن لای انگلستان، برخی مصادیق حل اختلاف به صورت عرفی و با سابقه طولانی، مصداق داوری اجباری شکل گرفته و موارد نادر نیز حسب نظر دادرس به داوری اجباری ارجاع خواهد یافت (الکساندر و چُنْگ، ۲۰۲۰، ۱۲۱). منبع حقوقی نوشته در این خصوص وجود نداشته و در نهایت، به منابع حقوق بین الملل که انگلستان نیز در آن عضویت دارد ارجاع داده خواهد شد. با وجود کامن لایی بودن نظام حقوقی

انگلستان، دولت این کشور حسب اقتضای سیاسی به برخی معاهدات و کنوانسیون‌ها پیوسته و این موارد جزء معدود منابع حقوق نوشته در نظام حقوقی انگلستان محسوب می‌گردد. ذیلاً، به بحث در این خصوص پرداخته شده است.

۱-۲. مسائل قراردادی

در بررسی پرونده خواسته در خصوص رفع اختلاف بین پژوهشگر و دانشگاه، مرجع قضائی بخش با این تفسیر که مسائل بسیار تخصصی علمی مستلزم بررسی کارشناسانه می‌باشد و رشته تحصیلی مد نظر در انگلستان کم سابقه می‌باشد، ارجاع به کارشناس را تجویز نمود (لیا، ۲۰۱۸، ۱۱۱).

در بررسی پرونده خواسته حل اختلاف بین دو بهایی ایرانی که به اداره فراموشخانه (محل عبادت این دین) می‌پرداختند و در قرارداد آن‌ها داورى پیش بینی شده بود، مسأله به داورى اختیاری تعبیر شد و به حکم دادگاه بخش، ارجاع به داورى با اراده طرفین ممکن است (مونتویا، ۲۰۱۸، ۱۳۲).

از بررسی دو مثال ذکر شده و دیگر مثال‌ها که مجال ذکر آن نیست می‌توان چنین استنباط کرد که شرط داورى در قرارداد، در صورتی نافذ است که دادگاه اطمینان داشته باشد که اولاً، داور متخصص این حوزه وجود داشته، ثانیاً، امکان حل تنازع به وسیله داورى ممکن است؛ در غیر این صورت، یا داورى را از نوع اختیاری تلقی کرده و یا اینکه موضوع را به کارشناس معتمد ارجاع داده و خود رأی مقتضی را صادر می‌نماید.

داورى اجبارى قراردادی در انگلستان با دو شرط: وجود داور متخصص و اطمینان دادگاه از حل مسأله به صورت عادلانه، ممکن است، در غیر این صورت، داورى از نوع اجبارى تلقی نخواهد شد. اقدام مقتضی دادگاه در این حالت نیز می‌تواند شامل: (۱) ارجاع به کارشناس و داورى مستقیم، (۲) اختیاری تلقی کردن داورى و (۳) تعیین مستقیم داور توسط دادگاه می‌باشد. در واقع، نظام حقوقی انگلستان این دغدغه را داشته که اختلافات به بهترین نحو ممکن حل و فصل گردد. این مسأله در رفتار نظام حقوقی این کشور مشهود است.

۲-۲. مصادیق

عرف طولانی مدت انگلستان موجب شده که برخی مصادیق حل اختلاف در این کشور توسط داورى اجبارى حل و فصل گردد. در کشور ایران، این مصادیق تنها با منابع حقوقی ممکن است، اما در انگلستان حسب عرف این مصادیق شکل گرفته و در این خصوص نیز سخت گیری‌های زیادی وجود دارد. نکته جالب اینکه در برخی دیگر از مصادیق تشخیص اجبارى اختیاری بودن داورى بر عهده دادگاه است که در این قسمت در این خصوص بحث گردیده است.

۱-۲-۲. موارد مطلق

منظور از موارد مطلق آن است که با توجه به مصداق اختلاف، امکانی جز مراجعه به داورى وجود ندارد. در بررسی موارد متعدد حل اختلاف، موارد مطلق داورى اجبارى به قرار ذیل می‌باشد:

۱-۲-۲.۱. اختلاف بین کارگر و کارفرما

در انگلستان هرگونه دعاوى کارگر علیه کارفرما و یا بالعکس، به جز مواردی که جنبه جبران خسارت داشته و کارفرما نقش خواهان دارد، ضمن مراجعه به داورى قابل حل بوده و طرفین می‌توانند داور مرضی الطرفین را انتخاب نمایند. در صورت عدم توافق در خصوص انتخاب داور، دادگاه‌های بخش به عنوان مراجع صلح، از بین کارشناسان حوزه کار و کارفرما، داور را انتخاب می‌نماید (شرمین، ۲۰۲۰، ۷۸).

در خصوص مواردی که کارفرما به سبب خطای کارگر از وی مطالبه خسارت می‌نماید، حسب میزان مبلغ ادعایی، دادگاه بخش و یا دادگاه انصاف به داورى خواهد پرداخت و داورى نیز به صورت اختیاری و با اراده طرفین ممکن است (مجبی، ۱۳۹۹، ۱۳۲).

به صورت کلی می‌توان چنین بیان داشت: هرگونه دعاوى کارگر علیه کارفرما با داورى اجبارى حل و فصل خواهد شد. دعاوى کارفرما علیه کارگر که جنبه جبران خسارت ناشی از زیان به سرمایه شرکت نداشته باشد نیز از نوع داورى اجبارى خواهد بود.

در خصوص اینکه دعاوى جبران خسارت از نوع داورى اختیاری می‌باشد، این نظریه بیان شده: محاسبه جبران خسارت مستلزم داشتن تخصص و تجربه لازم در خصوص موضوع بوده و بیم آن وجود داشته که در صورت انحصار داوران در حل این‌گونه دعاوى، برخی جنبه‌های جبران خسارت را لحاظ ننموده و یا به جنبه‌های غیرضروری توجه نمایند؛ از این رو، دادگاه‌ها که بارها با موارد جبران خسارت سر و کار داشته‌اند، به نحوی بهتر قادر به تشخیص میزان خسارت واقعی بوده و از این رو، دادگاه‌ها از اعطای مطلق این حق به داوران خودداری نموده‌اند.

نکته قابل توجه دیگر در این خصوص اینکه حسب اصول استقلال داور، داورى اجبارى در دعاوى بین کارفرما و کارگر توسط افراد ذیل پذیرفته نیست:

اگر داور از کارگران همان شرکت و همکار کارگر باشد.

اگر داور از همصنفان کارفرما باشد.

اگر داور عضو سازمان‌های دولتی کار باشد.

ضمن رعایت اصل استقلال داور، مسأله به داورى ارجاع داده شده و در صورتی که جرح داور درخواست شود، دادگاه، پس از بررسی موضوع، داور صالح را انتخاب خواهد نمود (مجبی، ۱۳۹۹، ۱۳۵).

۲-۱-۲. مصرف‌کننده و تولید و توزیع کننده

مصرف‌کننده، کالای مورد نیاز خود را از تولید و توزیع کننده، خریداری کرده و از این حیث، بین تولید و توزیع‌کننده با مصرف‌کننده، روابط حقوقی وجود دارد. در صورتی که تولیدکننده در داخل کشور باشد، مسئولیت مستقیم متوجه وی بوده و در صورتی که تولیدکننده، خارج از کشور باشد، مسأله جنبه حقوق خصوصی بین المللی پیدا کرده، لیکن وارد کننده آن کالا در انگلستان مسئول مستقیم سلامت کالا خواهد بود (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۵، ۸۲).

شبهات قابل توجهی بین این هفت اصل پایه‌ای و حقوق بنیادین هر مصرف‌کننده وجود دارد که منجر به توسعه حقوق و سیاست مصرف‌کننده در زمینه‌های جداگانه شد. معرفی مصرف‌پایدار، نشان دهنده شناخت سیاست‌های مصرفی از الگوهایی است که خارج از قانون مصرف‌کننده در رابطه با توسعه پایدار و حفاظت از محیط زیست توسعه یافته‌اند. این تحولات اکنون نقشی کلیدی در تکامل سیاست مصرف‌کننده مشترک بازی می‌کند و نشان دهنده رابطه قوی میان حمایت از مصرف‌کننده و محیط زیست است که به خاطر مصرف‌گرایی جامعه جهانی امروز تشدید شده است.

۲-۱-۳. دعای اشخاص حقوقی مقیم

در موردی جالب، اگر شرکت با تابعیت خارجی که در انگلستان مقیم است و یا اینکه افراد خارجی تحت قوانین انگلستان تأسیس شده باشند، نسبت به یکدیگر اختلاف یافته و یا علیه شخص حقوقی دیگر در انگلستان اقامه دعوی نمایند، این اختلافات توسط داور دارای اهلیت مرتفع خواهد شد؛ اما اگر خواهان اشخاص حقیقی و حقوقی مقیم انگلستان باشند، دادگاه، خود را صالح به رسیدگی دانسته و در این حالت، داوری جنبه اختیاری دارد (وانگ، ۲۰۰۹، ۳۲). به نظر می‌رسد: هدف از ایجاد این رویه، آن است که قدرت برتر اتباع انگلیسی به نسبت اتباع خارجی حفظ گردد.

۲-۲-۲. موارد نسبی

در برخی موارد، دادگاه به تشخیص خود داوری را اجباری اعلام می‌نماید. جدا از بررسی مثال‌های حقوقی این حوزه، چنین برداشت شده که اگر دادگاه، تخصصی بودن مسأله را عاملی در جهت کاهش کیفیت دادرسی بداند، در چهار چوب قانون، نسبت به اجباری شدن داوری و یا حداقل میانجی‌گری اقدام خواهد نمود (اولدنستام، ۲۰۱۴، ۳۲). ذیلاً، به سه نمونه مهم در این خصوص پرداخته شده است.

۲-۲-۱. دعای مرتبط با کشتی

انگلستان، پیشگام در حقوق دریایی شناخته شده و سابقه طولانی کشتیرانی در این کشور، موجب شکل‌گیری عرف حقوقی در این خصوص گردیده است. ممکن است دعای دریایی نظیر اختلاف بر سر مالکیت کشتی، اجاره کشتی، خسارت تأخیر در بارگیری (دموراز)، خسارت مشترک و ... به دادگاه این

کشور ارائه شود که معمولاً در صورت تخصصی بودن موضوع، دادگاه دریایی این کشور حق انتخاب داور و الزام در حل اختلاف به وسیله این داور و یا داور مرضی الطرفین دارد. نکته قابل توجه اینکه طی بررسی سه قرنی در این خصوص، موارد داوری اجباری به این موضوعات کاهش یافته و این مهم به علت شکل‌گیری عرف بوده است. در واقع می‌توان بیان داشت: در گذشته، عرف بسیاری از مسائل دریایی مشخص نبود و دادگاه، مسأله را به داوری ارجاع می‌داد و سپس حجم داور را در کتاب قانون ثبت می‌نمود. با تعدد احکام، عرف این مهم شکل گرفته و قضات به موجب آن‌ها توان صدور احکام را دارند؛ با این وجود، در موارد نادر، دادگاه اختیار الزام به داوری را دارد (درویشی و جلیلیان، ۱۳۹۴، ۲۰۰).

۲-۲-۲. خانواده

علت ارجاع دعاوی خانواده به داور، عاطفی بودن ماهیت آن است. دادگاه‌های انگلستان در مواردی که تشخیص دهند که ماهیت دعوی از نوع عاطفی و غیرحقوقی می‌باشد، دستور حل اختلاف توسط داوری با تخصص مشاوره خانواده را خواهد داد. پیش‌تر دادگاه دستور میانجی‌گری را نیز صادر می‌نمود، اما در ده سال اخیر موردی از الزام به میانجی‌گری مشهود نبوده، هرچند که این مهم به معنای لغو اختیار دادگاه در این مورد نمی‌باشد (وارگا، ۲۰۲۱، ۶۰).

۲-۲-۳. ماجر مستاجر

دعاوی بین مستاجر ماجر در خصوص سرقفلی می‌تواند با نظر دادگاه صلح به داوری الزامی ارجاع شود. در انگلستان مسئله سرقفلی بسیار مورد حقوقدانان این کشور قرار گرفته و حمایت از این قانون را عامل رشد و توسعه اقتصادی می‌دانند. در مواردی که دعاوی این حوزه به دادگاه ارجاع شود، دادرس حق تعیین داوری الزامی را دارا می‌باشد (روپا، ۲۰۲۰، ۵).

۳. ماهیت و آثار داوری اجباری

طرفین می‌توانند داور را به صورت مرضی الطرفین انتخاب نمایند. در صورت عدم توافق در خصوص داور، دادگاه نسبت به انتخاب آن اقدام می‌نماید. مطابق عرف کامن لایی انگلستان داور می‌بایست اولاً، نسبت به موضوع دعوا علم و تخصص داشته باشد، ثانیاً بی‌طرف بوده و استقلال کافی داشته باشد، سوم دارای اهلیت بوده که به معنای خوش نامی و عدم ممنوعیت از داوری به واسطه سوء پیشینه می‌باشد (گوتتری^۱ و هیوراس^۲، ۲۰۱۸، ۳۳۱).

تفاوت نوع انتخاب داوری در اثر آن، نسبت به جرح آن می‌باشد؛ لیکن این مهم در دو حالت قابل بررسی می‌باشد.

^۱ Guthrie

^۲ Hioureas

در فرض اول که داوری به صورت مرضی طرفین انتخاب شده، تنها، دادگاه انصاف به مدت پنج روز پس از صدور حکم داوری به خواسته جرح داور رسیدگی کرده و در طول مدت رسیدگی، حکم صادره داور قابلیت اجرائی نداشته و فرجام خواهی رأی نیز منوط به صدور درخواست رد جرح داور می‌باشد. تحت این شرایط داور به دلایل ذیل جرح خواهد شد و حکم وی نیز از اعتبار ساقط می‌گردد:

اثبات وابستگی اداری، نسبی و مالی با یکی از طرفین دعوا.

عدم تخصص فنی نسبت به موضوع.

فقدان اهلیت لازم از حیث تحصیلات، سن، سوء پیشینه و بد نامی.

در صورت جرح داور تحت این شرایط، داوری جدید توسط دادگاه انصاف تعیین خواهد شد (داراب

پور و انیسی، ۱۴۰۰، ۱۱۲).

در فرض دوم که داور توسط یکی از دادگاه‌های چهارگانه حقوقی انتخاب شده، همان دادگاه صلاحیت رسیدگی به خواسته جرح تا ده روز پس از انتصاب وی (صرف نظر از اینکه رأی صادر شده یا خیر) دارد. مصادیق جرح در این خصوص شامل موارد ذیل می‌باشد:

اثبات وابستگی اداری، نسبی و مالی با یکی از طرفین دعوا.

اثبات وضعیت درخواست رشوه از طرفین دعوا؛ در این صورت به مجازات وی در دادگاه‌های کیفری

رسیدگی خواهد شد (دافه و ویلیامز، ۲۰۲۰، ۱۰).

پس از جرح داور، همان دادگاه، داور جدید را انتخاب خواهد نمود. چنانچه مشخص است، در صورت انتخاب داور توسط دادگاه، به اعتراض صلاحیت فنی و تخصصی وی ایرادی وارد نمی‌باشد. نظام قضائی بریتانیا فرض را بر این گذاشته که داور متخصص که از پیش لیست آن‌ها موجود است، از نظر فنی صلاحیت داوری دارند، لذا جرح داور به واسطه عدم صلاحیت فنی، تنها در صورتی ممکن است که داور خارج از سیستم قضائی و به صورت مرضی طرفین انتخاب شده باشد.

۱-۳. شرایط ماهوی داوری اجباری

بین داوری اجباری و اختیاری، از نظر ماهوی تفاوت‌هایی وجود دارد. این مهم در حقوق نوشته مورد توجه قرار نگرفته و در حقوق کامن لا به دقت در این خصوص بحث گردیده و عرف موجود نیز شکل گرفته است. این عقیده مطرح است که داوری که توسط نظام قضائی انتخاب گردیده، از حیث کیفیت داوری نیز مورد حمایت قانون نیز می‌باشد (لویین و وحید، ۲۰۱۸، ۴۴).

جدا از مسائل شکلی که به تشریفات قضائی مسائل داوری اشاره دارد، داوری اجباری که توسط دادگاه انتخاب گردد، معمولاً، از تخصص و اهلیت مناسب برای این مهم برخوردار خواهد بود؛ چراکه قوه قضائیه انگلستان در خانه داوری، به مانند قانون کارشناسان در کشور ایران، نسبت به تربیت داوران اقدام نموده و افراد زیادی برای شغل دوم، علاوه بر اشتغال به حرفه خود، در داوری تخصص یافته و حکم لازم

الاجراء را صادر می‌نمایند (نیکبخت و ادیب، ۱۳۹۶، ۷۰). با سامان‌دهی این مهم، داورى می‌تواند بر مبنای اصول عدالت تخصصی صورت پذیرد.

۱-۱-۳. صلاحیت دادگاه ناظر

منظور از دادگاه ناظر، آن است که نظام قضائی ناظر بر فرآیند داورى باشد که تمامی مسائل در چهار چوب حقوقی وضع گردد؛ از این رو، نیاز است که دادگاه ناظر بر داورى تشکیل شود که مرجع رسیدگی به خواسته‌های انتخاب و جرح داور و همچنین فرجام خواهی رأی باشد (میرباقی، ۱۳۹۶، ۱۳۰).

در داورى‌های اختیاری، الزامی در انتخاب دادگاه ناظر وجود ندارد. در صورت خواسته‌های جرح داور و فرجام‌خواهی، دادگاه صالح بر رسیدگی به اختلاف به فرض فقدان داور انتخاب شده و ناظر بر دعاوی فوق می‌باشد. در این وضعیت دادگاه از انتخاب داور خودداری کرده و طرفین می‌بایست داور مرضی الطرفینی برگزینند. رسیدگی به دعاوی جبران خسارت ناشی از اشتباه رأی نیز بر عهده همین دادگاه خواهد بود (ماسیس و روسلی، ۲۰۱۸، ۱۱۲).

در داورى اجباری طرفین می‌توانند داور مرضی الطرفین را انتخاب کرده و یا ضمن مراجعه به دادگاه خواهان انتخاب داور شوند. در مواردی که داور توسط دادگاه انتخاب می‌شود، جرح به ندرت اتفاق می‌افتد. قاعده تعیین دادگاه ناظر در این وضعیت نیز به مانند داورى اختیاری بوده و از حیث تشریفات رسیدگی به سادگی صورت خواهد گرفت. در جریان انتخاب داور توسط دادگاه، جدول زمانی برای حل اختلاف نیز تعیین می‌گردد (هیکمان و سیلوا، ۲۰۱۸، ۱۱۱).

در صورتی که در داورى اجباری دادگاه ناظر پیش از انتخاب داور انتخاب نشود، در زمان خواسته جرح، فرجام خواهی و درخواست اجرای رأی، جریمه بین ۱۰۰ الی ۳۰۰ پوند برای طرفین لحاظ می‌گردد. این جریمه از حیث ضمانت اجرایی انتخاب دادگاه ناظر در جریان داورى اجباری می‌باشد (طاهری، ۱۳۹۶، ۸۲).

در خصوص تعیین دادگاه ناظر هیچگونه اعتراضی وارد نبوده و دادگاهی که خود را ناظر اعلام کرده، بر جریان داورى تا پایان حل اختلاف نظارت دارد.

۲-۱-۳. اختیارات دادگاه ناظر

دادگاه ناظر بر جریان داورى اختیاری از اختیارات ذیل برخوردار است:

رسیدگی به خواسته جرح داور.

رسیدگی به فرجام خواهی رأی داور.

رسیدگی به دعاوی جبران خسارت علیه داور، بدون امکان تجدیدنظر از سمت طرفین دعوا.

اجرای رأی داور (پاشا بنیاد، ۱۳۹۹، ۱۵۱).

اما در جریان داورى اختیاری از اختیارات ذیل برخوردار است:

انتخاب داور در صورت درخواست حداقل یکی از طرفین دعوا.

تعدیل دستمزد داور در صورت اعتراض حداقل یکی از طرفین دعوا.

رسیدگی به خواسته جرح داور.

رسیدگی به فرجام خواهی رأی داور.

اختیار جریمه طرفین دعوائی که به موقع نسبت به تعیین دادگاه ناظر اقدام ننموده‌اند.

رسیدگی به دعاوی جبران خسارت علیه داور، با امکان تجدید نظر خواهی در دادگاه بالاتر.

جرح داور بدون خواسته طرفین در صورت احراز عدم اهلیت وی از دیگر مجراهای حقوقی.

تشکیل پرونده برای داوران با هدف الزام آن‌ها به رعایت اصول عدالت محوره.

اجرای رأی داور (جنیدی، ۱۳۹۲، ۳۴).

باتوجه به موارد فوق، می‌توان به افزایش اختیارات دادگاه ناظر در جریان داور اجباری توجه داشت. در واقع، دادگاه ناظر، داورانی شایسته انتخاب کرده و بر کار آن‌ها نظارت دارد. در جریان داورهای اختیاری طرفین دعوی می‌توانند ضمن مراجعه به کانون داور، نسبت به انتخاب داور به صورت توافقی اقدام نموده و مشاوره لازم در این خصوص داده خواهد شد. در جریان داور اجباری نیز طرفین از این حق برخوردارند. اما در صورتی که توافق در خصوص انتخاب داور صورت نگیرد، به شرط اجباری بودن داور، دادگاه نسبت به انتخاب آن اقدام خواهد نمود. این مسأله، خود ضمانتی بر اجرای داور بوده که دادگاه ناظر بر اجرای آن نظارت دارد.

دستمزد داور نیز به صورت تعرفه مشخص شده، اگر داور دستمزد بالایی طلب نماید، دادگاه ناظر در این وضعیت حق تعدیل دستمزد را دارد.

با توجه به اینکه داوران در کانون داور دارای پرونده می‌باشند، در صورتی که وضعیتی خاص برای داور ایجاد شود، برای مثال، گزارشی در خصوص رشوه خواری داور دریافت شده باشد، دادگاه بدون نیاز به ارائه خواسته طرفین دعوا، دستور تعلیق فعالیت‌های حقوقی وی را صادر کرده و مسأله به اطلاع تمام کسانی رسیده که اختلاف خود را به داور وی سپرده‌اند و اگر رأی صادر شده و قطعی نشده باشد، باطل و بی‌اثر خواهد بود (جنیدی و منصوری رضی، ۱۴۰۰، ۱۱۰). این امتیاز، تنها، برای داورهای اجباری محرز است.

۳-۱-۳. شرایط صحیح بودن آراء

آرای داور، تنها، از حیث شکلی بررسی شده و به مسائل ماهوی رسیدگی نمی‌شود. برخی از حقوقدانان انگلستان بیان داشته: در مواردی، دادگاه به مسائل ماهوی نیز توجه می‌نماید؛ با این حال، دو نظریه مطرح است.

در صورتی که به مسائل ماهوی رسیدگی شود، امتیازات داورى مخدوش شده؛ چراکه هدف از ارجاع پرونده به داورى، سرعت و کیفیت دادرسی می‌باشد.

در صورتی که تنها، به مسائل شکلی رسیدگی شود، اختیارات داور زیاد بوده که می‌بایست مهار گردد (ملا ابراهیمی و ارفع نیا، ۱۳۹۸، ۴۶۵).

در خصوص رسیدگی به مسائل قطعی شدن رأی داور تفاوتی بین اجباری و اختیاری بودن رأی داور وجود ندارد.

به عقیده اکثر حقوقدانان برجسته، در مواردی مرز بین مسائل شکلی و ماهوی به درستی مشخص نیست و تصمیم‌گیری در این خصوص که فلان مسأله جزء مسائل شکلی تلقی شده یا ماهوی، اظهار نظری بس دشوار می‌باشد (فرج پور، ۱۳۹۶، ۶۵).

فرجام خواهی رأی داور در انگلستان، حسب مسائل شکلی انجام شده و ممکن است در این میان، به مختصر مسائل ماهوی نیز توجه شود و از آنجا که گاه، مرز مشخصی بین مسائل شکلی و ماهوی وجود ندارد، آن مسائل، در حیطه مسائل شکلی قرار گیرد؛ به هر حال، مسائل ماهوی قطعی نمی‌تواند موجب ابطال رأی داور شود، اما با این وجود، مستوجب مسئولیت مدنی وی و اثرگذاری منفی بر موقعیت کاری وی خواهد بود (طجرلو و عبدی، ۱۳۹۷، ۵۰۰).

۳-۱-۴. جرح داورى

یکی از مصادیق جرح داور، عدم صلاحیت وی است. رسیدگی به این مهم، مستلزم بررسی ماهوی می‌باشد. در مواردی از داورى اجبارى که داور به انتخاب دادگاه ناظر انتخاب شده باشد، دسترسی به سوابق و موقعیت وی امری سهل و آسان بوده و معمولاً داورانى صالح انتخاب شده که جرح آن‌ها به سختی ممکن است.

اما در مواردی از داورى اجبارى که داور را دادگاه ناظر انتخاب نکرده و یا در داورى‌های اختیاری، جرح داور مستلزم ارائه مستندات ماهوی از موقعیت وی بوده که در این حین، دادگاه می‌بایست وارد مسائل ماهوی گردد (سربازیان و رضائی، ۱۳۹۴، ۱۱۰).

باتوجه به بررسی ماهوی صلاحیت داور، خواسته‌های جرح داور و فرجام خواهی حکم به صورت توأمان قابل بررسی نبوده و تنها، در صورتی که درخواست جرح مقدم بر خواسته فرجام خواهی باشد، قرار اناطه فرجام خواهی صادر خواهد شد. در صورتی که داور جرح شود، حکم صادره وی از اعتبار ساقط شده و در صورتی که درخواست جرح رد گردد، به فرجام رأی رسیدگی خواهد شد (فونتانی^۱ و تانزی^۲).

^۱ Fontanelli

^۲ Tanzi

۲۰۱۷، ۱۷). پس از صدور رأی فرجام خواهی و یا ده روز پس از انتخاب داور، درخواست جرح پذیرفته شدنی نیست و این مهم، قاعده مرور زمان در نظام حقوقی انگلستان محسوب می‌گردد.

۲-۳. آثار داوری اجباری

اجباری بودن داور از نظر حقوقی دارای آثاری بوده که قابلیت بحث دارد. برخی از این آثار با نوع داوری اختیاری یکسان است و در مواردی تفاوت بین آن‌ها مشهود می‌باشد. ذیل این قسمت، به بحث در این خصوص پرداخته شده است.

۱-۲-۳. حقوق بودن حکم

دادگاه‌های ناظر، احکام داوران را در کتابچه قانون ثبت کرده و این مهم از ماهیت خاص نظام کامن لایی نشأت می‌گیرد. در خصوص ارزش و اعتبار احکام در خصوص رویه‌سازی منبع حقوقی خاصی وجود ندارد، اما حسب عرف می‌توان درجه اعتبار آرای حقوقی را به شرح ذیل دانست:

دادگاه‌های حقوقی حسب میزان درجه و موقعیت.

داوری اجباری.

داوری اختیاری.

بنا بر این، در جریان رویه سازی، رأی داوری‌های اجباری به نسبت داوری‌های اختیاری، مؤثرتر خواهد بود. دادگاه ناظر نیز وضعیت داوری را بر روی حکم قید نموده تا بدین صورت میزان اعتبار آن مشخص باشد (لال و کیسی، ۲۰۲۰، ۱۳۲).

۲-۲-۳. اعتراض به صلاحیت دادگاه ناظر

در جریان داوری‌های اجباری، هیچ اعتراضی به صلاحیت دادگاه ناظر پذیرفته نیست؛ اما در جریان داوری اختیاری می‌توان به این مهم اعتراض نمود و دادگاه با یک رتبه بالاتر به این جریان رسیدگی خواهد کرد (شاکر، ۱۳۹۷، ۱۱۳). این مهم نوعی امتیاز منفی برای داوری اجباری محسوب می‌گردد؛ چراکه امکان اعتراض به صلاحیت دادگاه ناظر از بین خواهد رفت. اما در پاسخ بیان داشته شده که در این وضعیت، چون دادگاه ناظر، خود، بدو، پرونده را از نظر شکلی بررسی کرده، بر جریان یا کیفیت دادرسی داور، نظارت داشته و جهت تسریع در امور، امکان اعتراض به صلاحیت دادگاه ناظر مخدوش گردیده تا بدین صورت بتوان به اهداف عالی حقوقی این مهم دست یافت (رمضانی، ۱۳۹۸، ۶۰).

۳-۲-۳. اختیار نهادهای غیرقضائی

تبعیت کاسبان از متولیان ضرورتی حقوقی محسوب شده که این مهم در نظام حقوقی کامن لا، پر رنگ‌تر است. حسب چنین اختیار حقوقی، متولیان می‌توانند شرط اعطای مجوز کسب و کار را تبعیت از اساسنامه نمونه دانسته، تا بدین صورت وحدت مدیریتی در امور مورد نظر محرز شود.

در این صورت، اتحادیه‌ها به عنوان نهادهای غیرقضائی، از اختیارات اجباری شدن داوری و حتی رویه شکلی آن نیز برخوردارند.

۴-۲-۳. تأسیسی بودن حکم

در کشور ایران، داوری اجباری و آرای صادره آن از نوع اعلامی بوده؛ چراکه داور می‌بایست به مستندات حقوقی و عرفی روی آورده که نوعی اعلام محسوب می‌گردد. در اکثر کشورها داور نقشی در رویه سازی ندارد؛ اما در انگلستان تأسیسی بودن حکم تنها توسط داوری اجباری ممکن است.

داوری‌های اختیاری، معمولاً، حسب توافق در خصوص قانون حاکم و عرف موجود انجام شده و از این رو، رأی آن‌ها اعلامی محسوب می‌گردد؛ هرچند که برخی اعتقاد داشته که آرای داوری اختیاری در انگلستان نیز تأسیسی بوده و این مهم، ماهیت نظام کامن لایی این کشور می‌باشد، اما باتوجه به درجه پایین استناد به این احکام و نسبت اندک ارجاع به این آرای در جریان صدور احکام حقوقی، می‌توان این عقیده را رد نمود.

داوری اجباری معمولاً به عرف جدید اشاره داشته که بعدها مبنای قانون‌گذاری محسوب می‌گردد. چنانچه بیان شد در مصادیق نادری که مسأله در دادگاه مطرح شده و با تشخیص دادگاه به داوری اجباری ارجاع خواهد شد، تعدد این آراء موجب شکل‌گیری رویه حقوقی خواهد شد. در صورتی که آرای داوری اجباری وجود داشته باشند، بر آرای داوری اختیاری برتری داشته و در صورت فقدان آرای داوری اجباری، می‌توان به آرای داوری اختیاری برای رویه سازی اشاره کرد و البته، تمامی این موارد در صورتی بوده که عرف و رویه یک مسأله نامشخص باشد؛ بنا بر این، آرای داوری اجباری در انگلستان را می‌توان از نوع تأسیسی و آرای داوری اختیاری را از نوع اعلامی دانست.

نتیجه‌گیری

با عنایت به مطالب مطروحه، این نتایج، حاصل شده‌اند: در انگلستان داوری اجباری به چهار نوع: قراردادی، مصداق مطلق، مصداق نسبی و موارد نادر تقسیم بندی شده و در موارد نادر، تا زمان شکل‌گیری عرف حقوقی خاص، موارد اختلاف به داوری ارجاع داده خواهد شد. شاخصه مهم داوری اجباری در انگلستان وجود دادگاه ناظر است. اختیار دادگاه ناظر نظارت بر جریان رفع اختلاف تا زمان اجرای احکام می‌باشد. رویه شکلی رسیدگی اجباری به حل اختلاف در انگلستان، میان داوری می‌باشد. در این روش، داور، ابتدا، سعی بر سازش دارد. در صورت عدم سازش با اطلاعات به دست آمده، رأی مقتضی را صادر خواهد نمود. هدف اصلی قوه قضائیه انگلستان از داوری اجباری، رفع اختلاف با بهترین کیفیت است؛ از این رو، تخصصی بودن موضوع اختلاف یکی از شاخصه‌های ارجاع به داوری اجباری می‌باشد. دادگاه ناظر اختیار رسیدگی به فرجام‌خواهی رأی داور را داشته و تنها از نظر شکلی حکم را موردبررسی قرار می‌دهد.

اعتراض ماهوی به رأی داور ممکن است، اما می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی جبران خسارت بوده و در عین حال، امتیاز منفی در سوابق داور لحاظ شده که در صورت تکرر حتی می‌تواند به ممنوعیت فعالیت داور نیز منتهی گردد. نهادهای غیرقضائی از جمله اتحادیه‌ها می‌توانند مقررات داوری اجباری را برای تابعان خود وضع نمایند. اعتراض به صلاحیت دادگاه ناظر تنها برای داوری اختیاری ممکن است. رأی داوری اجباری در انگلستان جنبه تأسیسی و رأی داوری اختیاری جنبه اعلامی دارد. در صورت بروز اشتباه در رأی داور و عدم پذیرش اشتباه از سوی داور، مسئله در جریان فرجام‌خواهی قابل پیگیری خواهد بود. با توجه به عرفی بودن نظام حقوقی انگلستان، بررسی مبنای حقوقی داوری اجباری در این کشور دارای بحث‌های فراوان است، اما دو شرط تخصصی بودن و ضعف رویه در این خصوص می‌تواند از شرایط اصلی اجباری شدن داوری با هدف رفع اختلاف می‌باشد.

داور می‌بایست حسب قواعد شکلی و ماهوی موجود، نسبت به دادرسی اقدام کرده و حکم مقتضی را صادر نماید. از نظر شکلی ارجاع پرونده به داور و حق طرفین در ادعاهای جرح، فرجام خواهی و رسیدگی به اشتباه داور، در جریان حق اختلاف مشهود بوده و از نظر ماهوی نیز می‌بایست با تجزیه و تحلیل عرف موجود و با مهارت در رویه سازی، حکم مقتضی در این خصوص صادر شود. در وضعیتی که دادگاه صالح در انگلستان مراجعه به داوری برای حق اختلاف را صلاح بدانند، رجوع به داوری الزامی بوده و این رأی تنها از نظر شکلی در همان دادگاه فرجام خواهی می‌گردد. آثار داوری اجباری شامل حقوقی بودن حکم، عدم اعتراض به صلاحیت دادگاه ناظر، اختیار نهادهای غیر قضائی در اجباری کردن برخی مصادیق داوری و تأسیسی بودن حکم می‌باشد.

کتابشناسی

۱. پاسبان، محمدرضا، (۱۳۹۸)، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران، میزان، اول.
۲. پاشا بنیاد، موسی، (۱۳۹۹)، شرایط قانونی و محدودیت‌های داوری حل تعارض در داوری‌های تجاری بین المللی، تهران، میزان، اول.
۳. جنیدی، لعیا، (۱۳۹۲)، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، انتشارات شهر دانش، اول.
۴. جنیدی، لعیا؛ منصوری رضی، ایوب، (۱۴۰۰)، ماهیت و اثر شرط حل اختلاف چند مرحله‌ای در قراردادهای پژوهش حقوق خصوصی، دوره اول، شماره نهم، ص ۹۷-۱۲۱.
۵. جوادی، امیر، (۱۳۹۸)، حقوق تجارت بین الملل، تهران، میزان، اول.
۶. حراج، علیرضا؛ پورمحمد، اباست؛ بشیری، اکبر، (۱۴۰۳)، اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره اول، شماره اول، ص ۲۳-۴۲.
۷. داراب پور، مهرباب؛ انیسی، الهام، (۱۴۰۰)، اجرایی شدن آرای هیئت حل اختلاف فیدیک، نقطه عطفی برای کارآمدی اقتصادی پروژه‌ها و عدم توقف آن‌ها (با رویه سازی از رأی دادگاه سنگاپور در پرونده پرسرو)، پژوهشنامه حقوقی، دوره سوم، شماره سی و هشتم، ص ۹۷-۱۲۲.
۸. درویشی، بابک؛ جلیلیان، محمد رضا (۱۳۹۴)، میانجی‌گری کارآمدترین روش جایگزین حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۲۷، ص ۱۷۳-۲۰۵.
۹. رمضانی، محمد، (۱۳۹۸)، حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین المللی در صنعت نفت و گاز ایران با تأکید بر روش‌های جایگزین، دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیک، کارشناسی ارشد.
۱۰. سربازیان، مجید؛ رضائی، علی، (۱۳۹۴)، حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۷، ص ۱۰۹-۱۴۰.
۱۱. شاکر، مهتاب، (۱۳۹۷)، تعدیل قضائی در شروط نا عادلانه و غیر منصفانه با مطالعه تطبیقی در کامن لا، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز.
۱۲. شریعتی نیا، محسن؛ عابدین مقانکی، محمد رضا، (۱۳۹۳)، تحریم‌ها و جهت‌گیری صادرات ایران: اقتصاد سیاسی دوران گذر در روابط بین الملل، مجله روابط خارجی، شماره بیست و دوم، تابستان، ص ۱-۱۵.
۱۳. طاهری، سید رضا، (۱۳۹۶)، اجرای آرای داوری خارجی در حقوق ایران، تهران، میزان.
۱۴. طجریلو، رضا؛ عبدی، صادق، (۱۳۹۷)، مقایسه هیأت‌های حل و فصل اختلافات قراردادی وزارت نفت و نمونه قراردادهای بین المللی فیدیک، مطالعات حقوق انرژی، دوره اول، شماره اول، ص ۴۹۳-۵۱۶.
۱۵. عاشوری، مهدی؛ کاویار، حسین؛ بان، سحر، (۱۴۰۰)، تابعیت گروه شرکت‌ها در حقوق فرانسه، اتحادیه اروپا و ایران، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره سوم، شماره چهارم، ص ۱۵۵-۱۸۴.
۱۶. فرج پور، علی اصغر، (۱۳۹۶)، مدل جدید قراردادهای نفتی، شهر قانون، دوره اول، شماره اول، ص ۶۰-۷۵.
۱۷. محبی، محسن، (۱۳۹۹)، قواعد و آیین داوری و میانجی‌گری، تهران، مرکز اتاق صنایع ایران.
۱۸. محمدی خورشیدی، محمد، (۱۳۹۵)، داوری در حقوق ایران، تهران، نشر بهنامی.

۱۹. ملا ابراهیمی، عماد؛ ارفع نیا، بهشید، (۱۳۹۸)، تحلیل روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) در قراردادهای جدید بالا دستی نفتی ایران IPC، مطالعات حقوق انرژی، دوره اول، شماره اول، ص ۴۷۵-۴۵۹.
۲۰. میربافقی، سید حسین، (۱۳۹۶)، شیوه‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی، تحقیقات حقوقی، دوره اول، شماره اول، ص ۱۶۶-۱۲۱.
۲۱. میرشکاری، عباس؛ سلیمی، محسن، (۱۳۹۷)، درآمدی بر روش‌های آنلاین حل اختلاف، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، دوره سی و نهم، شماره اول، ص ۸۰-۶۵.
۲۲. نیکبخت، حمید رضا؛ ادیب، علی اکبر، (۱۳۹۶)، اصلاحگری و میانجیگری، به عنوان جایگزین روش‌های سستی حل اختلافات مدنی تجاری و امکان به کارگیری آن‌ها در صنعت نفت، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره اول، شماره اول، ص ۸۱-۵۷.
23. ALEXANDER, N., & CHONG, S. Y. (2020). Case note: Enforceability of agreements to mediate in English law.
24. Dafe, F., & Williams, Z. (2020). Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration. *Review of International Political Economy*, 1-23.
25. Fontanelli, F., & Tanzi, A. (2017). Jurisdiction and admissibility in investment arbitration. A view from the bridge at the practice. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 16(1), 3-20.
26. Guthrie, B. K., & Hioureas, C. G. (2018). Sovereignty Disputes and Offshore Development of Oil and Gas.
27. Hickman, C. R., & Silva, M. A. (2018). *Creating excellence: Managing corporate culture, strategy, and change in the new age*. Routledge.
28. Lai, K. (2018). DEAL: first agricultural commodity blockchain transaction. *International Financial Law Review*.
29. Lal, H., & Casey, B. (2020). Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration—The Need for Coherence. *ASA Bulletin*, 38(4).
30. Levine, J., & Wahid, K. (2018). Business and Human Rights: A "New Frontier" for International Arbitration?. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 15(1).
31. Masse, R. A., & Rusli, M. (2018, July). Islamic Banking Dispute Resolution in National Sharia Arbitration Board. In *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science* (Vol. 175, No. 1, p. 012169). IOP Publishing.
32. Montoya, M. F. (Ed.). (2018). Trends and challenges in electricity and oil regulation (Vol. 12). U. Externado de Colombia.
33. Oldenstam, R. (2014). *Mannheimer Swartling's Concise Guide to Arbitration in Sweden*. Mannheimer Swartling Advokatbyrå.
34. Rupa, J. (2020). to FIDIC clauses are references to clauses in the 1999 Red Book. *CONSTRUCTION LAW INTERNATIONAL*, 15(1), 5.
35. Sharmin, T. (2020). Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals: Implications for the Developing Countries. Springer Nature.
36. Varga, N. (2021). Provisions on Arbitration Proceedings Set Down in Cartel Agreements Based on the First Hungarian Cartel Act. *Athens JL*, 7, 53.
37. Wang Faye Fangfel (2009) *Online Dispute Resolution*. Oxford: Chandos Publishing.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 93-116

Receive Date: 2024/05/14

Revise Date: 2024/08/18

Accept Date: 2024/08/24

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1196040

The Comparative Study of Goodwill Principle in Misleading Commercial Advertisements based on Jurisprudence and Criminal Law

maryam Abbasi Avval¹Mansour Amirzadeh Jirkoli²Mohammad Ali Saeidi³

۹۳

Abstract

Goodwill is a moral concept that in recent decades, has entered the field of Iranian science of law in order to expand justice. One of the dimensions of banning misleading commercial advertisements is its conflict with the goodwill principle, which is derived from jurisprudence and legal doctrines. The reported research in this article by using descriptive-analytical method, seeks to answer the question that to what extent is it necessary to observe the goodwill principle in commercial advertising and can providing false information through misleading advertising violate this principle and lead to unfair advertising? In this article, with citing to requirements such as the prohibition of misrepresentation, impurity, obscenity, falsehood and the prohibition of misleading advertisements in the laws, the conclusion is resulted that the lack of transparency in providing some information in commercial advertisements can damage the stability or validity of the future contract. Even with attention to the concept of goodwill, banning misleading commercial advertisements can be one of the results of goodwill principle. In introductory conversations, acceptance of goodwill principle is the most important field of creation of legal obligations. Accomplished research, determines the voids of law in goodwill principle in commercial advertisements draws the attention of researchers to find solutions and formulate rules in this regard.

Keywords: goodwill principle, commercial advertisements, misleading advertisements, misleading commercial advertisements.

¹ PhD student of jurisprudence and private law, Torbat-e Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat-e Heydariyeh, Iran. Maabasi2019@gmail.com

² Assistant professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Torbat-e Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat-e Heydariyeh, Iran. (corresponding author). ma.amirzadehj@iau.ac.ir

³ Assistant Professor of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. saeedi_mha@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۱۶۹۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۵

DOI:10.71654/jcld.2024.1196040

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

مطالعه تطبیقی اصل حسن نیت در تبلیغات تجاری گمراه کننده در پرتو فقه و حقوق

جزاء

مریم عباسی اول^۱

منصور امیرزاده جیرگلی^۲

محمد علی سعیدی^۳

چکیده

حسن نیت، مفهومی اخلاقی است که در دهه‌های اخیر، جهت گسترش عدالت، پا به عرصه‌ی علم حقوق ایران، نهاده است. یکی از ابعاد ممنوعیت تبلیغات تجاری گمراه کننده، تعارض آن با اصل حسن نیت است. این اصل، برآمده از آموزه‌های فقهی حقوقی است. پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش رو، با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی، در پی پاسخ به این سؤال است: تا چه میزانی رعایت اصل حسن نیت، در تبلیغات تجاری، دارای ضرورت است و آیا ارائه‌ی اطلاعات نادرست، از طریق تبلیغات گمراه کننده، می‌تواند این اصل را نقض کند و به ناروایی تبلیغات بیانجامد؟ مقاله‌ی حاضر، با استناد به الزاماتی نظیر: ممنوعیت تدلیس، غش، نجش و کذب و ممنوعیت تبلیغات گمراه کننده در قوانین، به این نتیجه رسیده است: عدم شفافیت در ارائه‌ی برخی اطلاعات، در تبلیغات تجاری می‌تواند پایداری یا اعتبار قرارداد آینده را خدشه دار سازد. همچنین، با توجه به مفهوم حسن نیت، ممنوعیت تبلیغات گمراه کننده می‌تواند یکی از رهیافت‌های اصل حسن نیت باشد. در گفتگوهای مقدماتی، پذیرش اصل حسن نیت، مهمترین بستر ایجاد تعهدات حقوقی است. پژوهش انجام یافته، خلاءهای قانونی اصل حسن نیت را در تبلیغات تجاری، نمایان می‌سازد و توجه محققان را به یافتن راهکارها و تدوین قواعدی در این باب، جلب می‌کند.

واژگان کلیدی: اصل حسن نیت، تبلیغات تجاری، تبلیغات گمراه کننده، تبلیغات تجاری گمراه کننده.

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران. Maabasi2019@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران (نویسنده مسئول).

ma.amirzadehj@iau.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. saeedi_mha@yahoo.com

مقدمه

تبلیغات تجاری، یکی از عوامل تأثیرگذار در معاملات به شمار می‌آید. امروزه، با گسترش رسانه‌ها بازاریابی بسیار سهل و فراگیر شده است؛ به گونه‌ای که با ترفندهای تبلیغاتی، گاهی، با ارائه اطلاعات ناقص و همراه کننده آن چیزی که می‌خواهند، به مردم القاء می‌کنند. تبلیغات تجاری، یکی از نمودهای مذاکرات پیش قراردادی است؛ بنا بر این، درستی و نادرستی تبلیغات، یکی از مقوله‌هایی است که در فقه امامیه و حقوق ایران موضوعیت می‌یابد و ارائه اطلاعات لازم و شفاف، پرهیز از تدلیس و کذب را الزامی می‌داند، فعل یا ترک فعل معاملات منصفانه و عادلانه را طلب می‌کند. حسن نیت، مفهومی سهل و ممتنع است؛ بدین معنی که در بادی امر معنای آن، بدیهی و واضح به نظر می‌رسد، اما در ارائه یک تعریف جامع و معین از آن، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. با این وجود، با جمع‌بندی تعاریف مختلف می‌توان حسن نیت را چنین تعریف کرد: رفتاری صادقانه، عادلانه و معقول که طرفین در رابطه خود از یکدیگر یا حتی از اشخاص ثالث که مشمول رابطه بوده، یا متعاقباً، با آن ارتباط برقرار می‌کنند، انتظار دارند.

در فرهنگ حقوقی بلک،^۱ در تعریف حسن نیت آمده است: و وضعیت ذهنی غالب شخص مبنی بر صداقت در باور یا هدف، ایمان به ایفای تعهدات یا تکالیف توسط طرف دیگر، رعایت استانداردهای تجاری متعارف در رفتار منصفانه نسبت به یک معامله یا تجارت مشخص و فقدان قصد فریب یا اخذ امتیاز غیر متعارف از طرف مقابل (گارنر، ۲۰۰۴، ۷۱۳).

تبلیغات همراه کننده، از جهات گوناگونی قابل سنجش و اندازه‌گیری است. یکی از آن موارد، میزان انطباق داده‌های تبلیغاتی با حسن نیت مبلغان است؛ حال این پرسش‌ها مطرح می‌شود: ضرورت رعایت اصل حسن نیت در تبلیغات تجاری تا چه میزانی است؟ آیا ارائه اطلاعات نادرست از طریق تبلیغات همراه کننده می‌تواند این اصل را نقض کند و به ناروایی تبلیغات بیانجامد؟

در رابطه با دو پرسش فوق، به ترتیب، این فرضیه‌ها مطرح است: مهمترین اصل برای وجود حسن نیت در تبلیغات تجاری، فقدان تقلب، تدلیس و کذب، در ارائه اطلاعات به مصرف کننده می‌باشد که ضرورت وجود حسن نیت را در تمام مراحل معاملات به ویژه مذاکرات پیش قراردادی، اهمیت شناسایی قاعده حقوقی که بتواند پاسخگوی چالش‌های حقوقی این نوع تبلیغات در نقض حسن نیت باشد، دو چندان می‌کند. با توجه به مفهوم حسن نیت، ارائه اطلاعات نادرست از طریق تبلیغات همراه کننده، منجر به نقض و در نتیجه، ناروایی تبلیغات می‌شود.

^۱ Black's Law Dictionary

۱. جایگاه اصل حسن نیت در مذاکرات پیش قراردادی

امروزه، حسن نیت، در اکثر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و در قلمروهای متنوع حقوق نیز کاربردی فراوان یافته است. حسن نیت، عامل پویایی حقوق بوده و مبنای وضع تعهدات و تکالیف بی‌شمار است. اهمیت حسن نیت، به حدی است که شرط خلاف آن پذیرفته نیست (انصاری، ۱۳۹۱، ۱۱۵).

تعهد به انتقال و دادن اطلاعات، قبل از قرارداد، در واقع، نهادینه کردن الزام سنتی وجود حسن نیت در روند تشکیل قرارداد است. در مرحله تشکیل قرارداد بین دو طرفی که هنوز پیوندی قراردادی، بین آنان شکل نگرفته، وجود حسن نیت، امری ضروری است، حسن نیت، اقتضای اطلاع رسانی در دوره پیش قراردادی است (قاسمی حامد، ۱۳۸۶، ۱۱۱).

دوران پیش قراردادی، به هرگونه تبادل نظرات و ارزیابی شرایط قراردادی قبل از انعقاد قرارداد اطلاق می‌شود که هنوز به مرحله ایجاب و قبول نرسیده است. ارائه اطلاعات از سوی هر یک از دو طرف به دیگری در دوره پیش از قرارداد، نسبت به موضوعاتی که برای تصمیم به بستن قرارداد لازم می‌باشد، اطلاع رسانی پیش قراردادی می‌گویند. تعهد به دادن اطلاعات، خود یکی از لوازم حسن نیت در مذاکرات مقدماتی است (اولادی و خسروی، ۱۳۹۴، ۱۶۱۴).

منظور از حسن نیت در مرحله گفتگوهای مقدماتی و مذاکرات قراردادی به اجمال این است که هرگاه طرف مذاکره مانع حصول قرارداد گردد و یا اطلاعات لازم برای تصمیم‌گیری مناسب در اختیار طرف مقابل قرار ندهد و یا از اطلاعات ارائه شده توسط طرف مقابل سوء استفاده نماید و یا همزمان و بدون اطلاع طرف مقابل با رقبای ایشان در همان موضوع مذاکره نماید و قصد ایشان از اول عدم انعقاد قرارداد با ایشان باشد، بر اساس دکترین حسن نیت مسئول خواهد بود (جعفرزاده و سیمائی صراف، ۱۳۸۴، ۲۱۵).

مرکز ثقل مذاکرات پیش قراردادی، حسن نیت است؛ یعنی: طرفین معامله در این گام، باید با نهایت صداقت، سلامت و دقت، رفتار نمایند (انصاری، ۱۳۹۱، ۲۰۰). حسن نیت یک معنای دو وجهی دارد که رعایت جنبه مثبت آن یعنی رفتار درست و منصفانه و پرهیز از جنبه منفی آن، یعنی: رفتار غیرمنصفانه و ناشایست را می‌طلبد. در مرحله انعقاد قرارداد هر یک از طرفین بایستی اطلاعات لازم را در مورد کالا، در اختیار طرف مقابل قرار دهد؛ برای نمونه طریقه استفاده از کالا، بیان ویژگی‌ها و اوصاف غیر اساسی که می‌تواند در اغواء یا انصراف از معامله تأثیرگذار باشد؛ بنا بر این، متعهد له نیز در همه مراحل قرارداد، از جمله انعقاد قرارداد، ملزم به رعایت حسن نیت می‌باشد (مطلبی، ۱۳۹۸، ۴۳).

موضوع اظهارات خلاف واقع، به مرحله مذاکرات پیش قراردادی مربوط می‌شود. در این مرحله، هر یک از دو طرف قرارداد احتمالی، مطالب و اظهاراتی را درباره مورد معامله و غیره مطرح می‌سازند. این اظهارات در صورتی که خلاف حقیقت و واقعیت امر باشند، غالباً، مسئولیت‌هایی را برای اظهارکننده به

دنبال دارند؛ بنابراین اظهار خلاف واقع، با موضوع حسن نیت در مرحله مذاکرات اولیه ارتباط پیدا می‌کند (عباسی، ۱۳۸۶، ۱۸). امروزه، دادگاه‌های آمریکایی، عدم اطلاع رسانی در دوره پیش قراردادی را اظهار خلاف واقع می‌شمارند (قاسمی حامد و طالب احمدی، ۱۳۹۰، ۱۸۰).

از مصادیق اساسی صداقت و درستکاری عدم تزویر و خدعه است. یکی از اقدامات نادرست پیش قراردادی، تدلیس حین انعقاد قرارداد است؛ بدین معنا که یکی از طرفین، با اعمال متقلبانه و شگردهای نادرست، طرف دیگر را راضی به انعقاد قرارداد می‌کند (انصاری، ۱۳۹۱، ۱۹۷).

تبلیغات تجاری قابلیت متقاعد کردن مردم را به انجام معاملات تجاری دارند. با پیشرفت فن آوری و امکان استفاده از شیوه‌های گوناگون تبلیغات احتمال بروز تقلب و سوء استفاده از اعتماد مصرف کننده وجود دارد. تبلیغات مبتنی بر صداقت و پرهیز از فریبکاری اهمیت بسزایی دارد. با توجه به استقلال وجودی اصل حسن نیت در مقررات اکثر کشورها، فایده پذیرش چنین اصلی در حقوق ایران هماهنگ کردن تعهدات قراردادی با مقتضیات عدالت و انصاف است.

۲. بررسی فقهی حقوقی حسن نیت در تبلیغات تجاری گمراه کننده

۲-۱. جایگاه حسن نیت در رویکردهای فقهی

امروزه، تبلیغات بازرگانی، یکی از عوامل تأثیرگذار و غیر قابل کتمان در عرصه معاملات بازرگانی است. هر روز، با شیوه‌های فریبنده با استفاده از ابزارهای تبلیغاتی متفاوت همراه با ادعاهای دروغین در مورد کیفیت و ویژگی خاص محصولات و خدمات، به ویژه کالاها و خدمات حوزه سلامت، موجبات سوء استفاده از قربانیان بالقوه، مخصوصاً، نوجوانان و جوانان را فراهم می‌آورد. اسلام، معتقد به برابری و شفافیت اطلاعات و صداقت بین طرفین می‌باشد و پدیده اطلاعات نا متقارن را نهی می‌کند. شواهد مخالفت اسلام با سوء استفاده از اطلاعات نا متقارن: ممنوعیت غش در معاملات، پرهیز از تبلیغات دروغین در معاملات، عدم صداقت، آرایش کالا، قاعده نفی غرر، نهی از تلقی ال‌رکبان است (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵، ۲۱۰).

به نظر می‌رسد: با توجه به مفهوم تبلیغات تجاری گمراه کننده، که در بردارنده اقداماتی مانند: ارائه اطلاعات نادرست و اظهارات خلاف واقع و یا پنهان کاری اطلاعاتی و رفتارهای غیرمنصفانه است، تبلیغات گمراه کننده، یکی از جلوه‌های پدیده عدم تقارن اطلاعات به ضرر مصرف کننده باشد.

با توجه به بررسی احکام و آموزه‌های فقه و حقوق اسلامی جهت مقابله با پنهان کاری اطلاعات و ارائه اطلاعات نا متقارن و ضرورت رعایت صداقت، که ارتباط روشنی با کاستی‌هایی اطلاعاتی دارد، همچون: خیار تدلیس، خیار کذب، خیار غبن و...، تجلی سوء نیت و مصادیق فریب و نیرنگ، در این گونه

تبلیغات، از منظر فقه و حقوق بررسی می‌شود، تا تقابل معنایی تبلیغات گمراه کننده با حسن نیت، نمایان شود.

۱-۱-۲. تدلیس

از رویکردهای لزوم رعایت حسن نیت، احکام مربوط به تدلیس در معامله است؛ چون عمل تدلیس، در بردارنده سوء نیت است؛ لذا می‌توان جهت شناسایی جایگاه حسن نیت در عقد بیع، از تقابل معنایی حسن نیت با سوء نیت بهره گرفت (نقیبی و دیگران، ۱۳۹۳، ۴۵).

واژه تدلیس، از ماده: دگس و در لغت، به معنای پنهان کردن عیب، ظلمت، نیرنگ و خدعه (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ۸۶/۶؛ ازهری، ۲۰۰۱، ۲۵۲/۱۲ و فراهیدی، ۱۴۱۰، ۲۲۸/۷) آمده است و در اصطلاح فقهی، تدلیس تقریباً نزدیک به معنای لغوی آن است.

در کتاب فقه العقود در این زمینه آمده است: یکی از عیوب اراده تدلیس است؛ دلس، یعنی: غرر و جهلی که عمدی باشد (حائری، ۱۴۳۳، ۵۲۴/۱). صاحب جواهر نیز تدلیس را صحنه سازی برای اظهار صفتی می‌داند که در واقع موجود نیست. ایشان تصریه را تدلیس می‌دانند؛ زیرا مراد از تصریه جمع کردن شیر در پستان حیوان است، تا در هنگام فروش، جاهل گمان کند که حیوان شیردهی فراوانی دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶۲/۲۳). همچنین، در بعضی از کتب فقهی، از آن، به ظلمت و تاریکی تعبیر شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۶۲/۳۰). مکارم شیرازی تدلیس را نوعی خیانت و غش می‌داند و آن را وارونه نشان دادن می‌نامد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۱۰۲/۵). در بعضی از متون فقهی، تدلیس، به کاربردن نیرنگی است که به واسطه آن، کالای مورد معامله یا شخص طرف عقد، بدون عیب یا دارای کمالی غیر موجود جلوه داده می‌شود (مامقانی، ۱۳۱۶، ۹۴/۱).

در حقوق، تدلیس، به معنی فریب دادن و پوشاندن عیب است. طبق این معنی، تدلیس در معامله، نسبت دادن وصفی مجعول و یا پوشاندن عیب کالا توسط فروشنده جهت فریفتن مشتری است. بر این اساس، در هر تدلیس، نوعی تقلب و ریا وجود دارد و فریبنده بدون توجه به شرافت و درستکاری متعارف حرفه‌ای از اعتماد طرف معامله سوء استفاده می‌کند، پس قرابت تدلیس در قرارداد با کلاهبرداری واضح است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۲۷۸/۵). سوء عرضه (تدلیس)، اظهار دروغین واقعیت به وسیله گفتار یا رفتار یا ممانعت از ابراز عیب موجود در مورد معامله قرارداد که به سبب آن، طرف دیگر به انعقاد قرارداد ترغیب شود (بهرام، ۱۳۸۰، ۲۹).

حسب ماده (۴۳۸) قانون مدنی: «تدلیس، عملی است که موجبات فریب مخاطب را فراهم کند».

شیخ انصاری تدلیس را نوعی غش، معرفی می‌کند. اظهار صفت نیکو در مبیع در حالی که فاقد آن است؛ اظهار الصفة الجيدة المفقودة واقعاً، و هو التدلیس، (انصاری، ۱۴۱۱، ۲۸۰/۱). در مورد حکم تدلیس، همه انواع تدلیس حرام است و موجب ثبوت خیار می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸۴/۲۳).

در حقوق فرانسه نیز عدم ارائه اطلاعات در دوره پیش قراردادی تحت عناوین مختلفی چون اشتباه، تدلیس، یا عیوب مخفی موضوع معامله، سبب خدشه بر قرارداد می‌شود (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰، ۷۲). امروزه، اگر یکی از دو طرف، نسبت به ارائه اطلاعاتی سکوت کند که مورد نیاز طرف دیگر است، دادگاه‌های فرانسه آن را از نمونه‌های تدلیس می‌شمارند. چنین رویه‌ای در حقوق برخی از کشورهای اروپایی مانند: هلند، صورت قانونی نیز به خود گرفته است (کوتس^۱، ۲۰۰۰، ۷؛ به نقل از قاسمی حامد و طالب احمدی، ۱۳۹۰، ۱۷۱).

یکی از مختصات تبلیغات بازرگانی بدون در نظر گرفتن اصل حسن نیت که مغایر احکام حقوق اسلامی می‌باشد، تدلیس است. زمینه‌های بسیاری برای تدلیس حرام در قراردادها و معاملات روزانه وجود دارد؛ نظیر: تدلیس در محل ساخت - مثلاً، کشور دیگری را کشور سازنده معرفی کند - تدلیس در علائم تجاری، تدلیس در بیان ترکیبات و مقدار کالا در ساخت ماده غذایی، استفاده از مواد خام نامرغوب یا مواد نگهدارنده مضر، در حالی که فاقد آن، تبلیغ کنند که موجب گمراهی مشتری گردد، تدلیس در تاریخ تولید و انقضاء و یا تغییر آن تاریخ که منجر به گمراه کردن مشتری شود، تدلیس در نوع و درجه بندی کالای تولیدی و عرضه آن، با نام کالای ممتاز، در همه این موارد، فرقی بین این نیست که خود شخص و یا دیگری انجام دهد. فروش و هر نوع دخالت در فروش توسط هر کسی که نسبت به آن تدلیس و غش آگاه است، حرام است (مدرس سی، ۱۳۹۰، ۲۶۵/۱). اگر در تبلیغات، مخاطب، فریب بخورد و در نتیجه این فریب، اقدام به خرید کند، در این صورت می‌توان عمل تدلیس را جاری دانست. به نظر می‌رسد: بتوان براساس کارکرد تکلیفی و حمایتی اصل حسن نیت، ممنوعیت این گونه تبلیغات را از نظر شرع و قانون تحلیل کرد.

۲-۱-۲. غش

یکی از مواردی و عناوین فقهی که به نحوی با حسن نیت ارتباط دارد، بحث غش است. غش، در لغت، به معنای: پوشاندن و مخفی کردن عیب پنهان، مکر و فریب، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است (انصاری، ۱۴۱۱، ۳۳۶/۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ۳۰۱).

در تعریف غش گفته‌اند: غش، عبارت از اظهار غیرحقیقی است. همچنین، به خلط و آمیزش چیزهای کم بهاء با اشیای گران بهاء نیز غش گفته‌اند. به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش، اطلاق می‌شود (انصاری، ۱۴۱۱، ۳۲۹/۱).

غش، از جرائم مربوط به تقلب در کسب است؛ چنانچه به صورت پوشاندن عیب، یا به صورت اظهار صفت کمالی که در موضوع عقد وجود ندارد. مجرم، علاوه بر مسئولیت کیفری، ضامن تصرف در مال طرف می‌باشد. این جرم، با کلاهبرداری فرق دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ۵۱۰).

فقیهان تمامی مذاهب در این باره اتفاق نظر دارند که غش حرام است. بسیاری از فقیهان معتقدند: غش موجب فسق مرتکب آن می‌شود؛ مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا. غش از گناهان کبیره است و حتی فقیهان مرتکب غش را مستحق تعزیر دانسته‌اند. انواع غش عبارتند از: غش با دروغ، غش با کاستن ترازو، غش به غبن، غش به تدلیس، غش به تغیر و غش به خیانت (انصاری، ۱۴۱۱، ۴۳۰/۱).

در حقوق فرانسه، مفهوم عام آن، سوء نیت و نیت خیانت آمیز است؛ البته، در معنای ویژه‌تری نیز از قبیل فعل همراه با سوء نیت خدیعه نیز به کار رفته است.

از مشهورترین احکام معاملات، حرمت غش در معامله با مسلمانان است. در کنار اجماع و عقل، روایات متعددی بر آن، دلالت می‌کند. برخی از این روایات غش در معامله را موجب خروج از دین معرفی کرده است. بر این اساس برخی از فقیهان حرمت غش را از ضروری مذهب و احکام اصیل معاملات می‌دانند که حرمت آن مستقل و به حرمت کذب، خوردن ناحق مال مردم بر نمی‌گردد (خویی، ۱۳۷۴، ۴۷۰/۱).

در مورد بطلان یا صحت این معامله اختلاف نظر است. نظر برخی فقیهان به بطلان معامله در همه صورت‌های آن و برخی مانند: شیخ انصاری، فقط معرفی کالا در غیر جنس آن را باطل و در سایر موارد فقط به سقوط خیار فسخ مشتری نظر داده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۵، ۳۵۵/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۱۱۲/۲۲). حرمت غش نه تنها در معامله حتی در گفتار و عمل فریبده که حقی از مسلمان ضایع شود نیز وجود دارد.

تحقق غش مستلزم جمع دو عنصر است: علم غاش و جهل مغشوش. ضرورت تحقق این دو در غش، دلالت بر این می‌کند که اعمال و سلوک اشخاص در روابط با یکدیگر باید منطبق با اصل حسن نیت باشد (حاجی‌پور، ۱۳۹۴، ۹۷). با توجه به مفهوم غش به نظر می‌رسد: بتوان مطابق اصل حسن نیت هرگونه اقدام و عملی نظیر: غش در کالاهای تبلیغ شده را از نظر شرع و قانون منع کرد و در صورت عدم رعایت، ضمانت اجرایی را بر آن، تحمیل نمود.

۳-۱-۲. نجش

نجش، یکی دیگر از عناوین و مواضع ناروا در تبلیغ جنس مورد معامله است که در آن، جلوه‌هایی از حسن نیت قابل بررسی است. نجش، در لغت، به معنای متفرق کردن و پراکندن (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۲۰۵/۹) و در اصل به معنای تحریض کردن (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳۵۱/۶) و رماندن صید از جایی به جای دیگر است (طریحی، ۱۴۱۶، ۱۵۴/۴) تا شکارچی بتواند آن را به دام بیندازد.

نجش، در اصطلاح فقهاء، عبارت است از اینکه شخصی بدون قصد خرید، قیمت بالاتری برای کالا پیشنهاد می‌دهد تا بدین وسیله میزان قیمت بالا را به گوش فرد دیگر (خریدار حقیقی) برساند تا خریدار به پرداخت قیمت زیاده ترغیب شود؛ هر چند توافقی بین ناچش و بایع نباشد (انصاری، ۱۴۱۱، ۴۱۷/۱).

در فقه، عبارت از افزودن قیمت کالا بدون قصد خرید و تنها برای فریفتن دیگران است. در شریعت اسلامی، نجش، عملی دروغ و از روی حيله و نیرنگ بوده و روا نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ۲۰۴/۳).

در حرمت نجش اختلافی بین شیعه و سنی نیست (خویی، ۱۳۷۴، ۶۵۹/۱). در تفسیر آن، به دو شکل آمده است؛ اول آن است که فرد قیمت کالا را بدون قصد خرید بالا ببرد، به منظور تشویق و تحریک دیگران به قیمت گران‌تر. دوم نیز تمجید و تعریف کالای دیگری به منظور تبلیغ و ترغیب دیگران به خرید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۳۶۹/۱).

در تصریح برخی فقهیان در حرمت نجش تفاوتی بین توافق و همدستی صاحب کالا و تبلیغ کننده و عدم آن نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۳۶۹/۱) و همچنین، اگر چنانچه تبلیغ کننده مزد دریافت کند یا خیر (مشکینی اردبیلی، ۱۴۳۴، ۵۳۳/۱) و برخی دیگر در عدم همدستی بین فروشنده و مبلغ تردید کرده، اما به کراهت آن نظر داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱، ۲۷۸/۴). در مورد حکم وضعی حرمت تبلیغ ملازمه‌ای با بطلان معامله ندارد؛ البته، برخی حکم به بطلان داده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۳۷۰/۱).

اگر نجش به معنی تبانی و مشارکت در بازارگرمی ناروا برای فروش کالا باشد، چه بسیار از این بازارگرمی توسط رسانه‌ها در مورد کالاهای سلامت محور توسط افراد مشهور در قبال گرفتن مزد انجام می‌شود و بدون توجه به اصل حسن نیت، کالای مورد تبلیغات عالی‌ترین، طبیعی‌ترین و بهترین جنس معرفی می‌گردد؛ حتی ممکن است خود فرد تبلیغ کننده، آن را مصرف نکند؛ چنانچه این گونه اعمال، موجب ضرر مصرف کننده شود، بر اساس مبانی اصل حسن نیت و پرهیز از فریبکاری می‌توان حرمت این گونه تبلیغات را از نظر شرع و قانون حرام و ممنوع دانست.

۴-۱-۲. کذب

دروغ، از نظر اسلام ممنوع و بسیاری فقیهان، آن را از ضروریات دین دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱، ۱۵۹/۴). علت ممنوعیت کذب این است که ذاتاً، قبیح و موجبات تحقیر شخصیت و پیامدهای منفی در روابط اجتماعی را فراهم می‌کند که بزرگترین پیامد، سلب اعتماد و اطمینان بین افراد است؛ بنا بر این، عدم صداقت و اظهارات خلاف واقع تبلیغ کنندگان، موجب سوء ظن، تشویش روان می‌شود که رکود معاملات و گردش مالی و حتی اقتصاد ملی را در پی خواهد داشت و به رغم منافع احتمالی، سخت‌ترین آسیب به خود آنان وارد خواهد شد (اسماعیلی، ۱۳۸۵، ۱۵۰).

دروغ، به اظهارات خلاف واقع گفته می‌شود که مقصود از اظهار، تنها، گفتار و الفاظ شفاهی نیست. هرگونه اخبار و اظهارات حتی کتابت، اشاره خلاف واقع در مطبوعات و رسانه را شامل می‌شود. به این ترتیب، تبلیغات دروغ از هر طریق و به هر شکل و اندازه حرام است (اسماعیلی، ۱۳۸۵، ۱۵۰).

همچنین، تبلیغ دروغ بر مبنای ماده: ۱۱۱۶ قانون مدنی فرانسه و رویه دادگاه‌ها از مصادیق نقض تعهد اطلاع‌رسانی می‌باشد (قاسمی حامد، ۱۳۷۵، ۸۵).

تولید کنندگان و فروشندگان، معمولاً، برای فروش کالاها به تبلیغات متوسل می‌شوند تا افراد را از طریق احساس نیاز به خرید ترغیب کنند، اما گاهی تبلیغات با اظهارات خلاف واقع همراه می‌شود که در نهایت مصرف‌کننده چیزی در خور آن همه اظهار نمی‌یابد. تبلیغات اجناس تقلبی و کپی شده از نام و نشان یک محصول معتبر، خصوصاً در شبکه‌های ماهواره‌ای و فضای مجازی از مصادیق این نوع تبلیغ است.

به نظر می‌رسد: سوء استفاده‌های رایج از مخاطب تبلیغات، مخصوصاً در معیارهای تبلیغات فضای مجازی ادعاهایی است که قابل اثبات نیست، اما موجب ترغیب و تصمیم به خرید افراد می‌شود، نظیر: اطلاعات و آگهی‌هایی که از مواد آرایشی بهداشتی با مارک معروف خاصی که آن را طبیعی و فاقد عناصر شیمیایی زیان‌آور برای پوست به مخاطب القاء و معرفی می‌کند و یا بیاناتی نظیر: عالی‌ترین و قوی‌ترین و یا مؤثرترین کرم‌های ضد لک یا ضد چروک و... که این ادعاهای نادرست و غیر قابل اثبات و ارزیابی گمراه‌کننده است که تمام مصداق‌های آن را در برمی‌گیرد؛ پس، با توجه به نگاه تحلیلی موجود در این پژوهش، تبلیغات، از منظر فقه، دارای الزامات و قواعدی است که قابلیت پیگیری حقوق مخاطب و مصرف‌کننده را ایجاد می‌کند.

۲-۲. جایگاه حسن نیت در رویکردهای حقوقی

۲-۲-۱. رویکردهای حقوق داخلی

اطلاع‌رسانی دقیق و سالم در خصوص اوصاف و کیفیت کالای مورد نظر باید در چهار چوب عرف و به گونه‌ای باشد که تمامی ابهامات و زوایای پنهان معامله تجاری را برطرف سازد. این موضوع در مورد کالاهای که سلامت و ایمنی مصرف‌کننده را تهدید می‌کند و گاهی صدمات جبران‌ناپذیری بر جای می‌گذارد، بسیار اهمیت دارد؛ چراکه هدف خریدار به دست آوردن کالای سالم به جهت منتفع شدن از آن است، به همین دلیل، قانون، تبلیغات گمراه‌کننده حاوی اطلاعات ناقص، غلط و یا غیر واقعی را منع کرده است.

در نظام حقوقی ایران، مقررات مختلفی در خصوص ممنوعیت تبلیغات گمراه‌کننده وجود دارد که می‌توان از آن، تعهد به ارائه اطلاعات صحیح و درست در تبلیغات و همچنین، وظیفه اطلاع‌رسانی را به مصرف‌کنندگان، به عنوان اصلی کلی، شناسایی کرد. قانونگذار به طور صریح حکم لزوم حسن نیت را اعلام نکرده، اما در موارد بسیاری با ممنوع دانستن برخی اعمال و نهی از رفتارهایی دیگر، به طور سلبی ضرورت آن را تصریح کرده است؛ بنا بر این، برای یافتن مفهوم حسن نیت در حقوق ایران باید احکام ناظر به مفاهیم مخالف حسن نیت نیز مورد توجه قرار گیرد (انصاری، ۱۳۹۱، ۸۱).

۲-۱-۲-۱. مقررات امور پزشکی، دارویی، مواد خوردنی و آشامیدنی، در منع تبلیغات تجاری گمراه کننده

آگهی‌های مربوط به خواص مواد غذایی، آشامیدنی، بهداشتی و آرایشی طبق مقررات مربوط، مستلزم گرفتن اجازه قبلی از وزارت بهداشتی و بهزیستی است (ماده: ۱۳ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی ۱۳۵۸/۱۲/۲۷). درج هرگونه تبلیغات گمراه کننده ممنوع می‌باشد و مرجع تشخیص آن، هیات مدیره نظام پزشکی محل می‌باشد (ماده: ۱۱ دستور العمل نحوه تبلیغ و آگهی‌های دارویی و مواد خوراکی و آشامیدنی، بهداشتی).

آگهی نباید به هیچ وجه متضمن فریب بوده و کالا را فراتر از واقعیت و با ادعای خلاف واقع معرفی کند. استفاده از صفات مطلق ساز و اغراق آمیز: کاملاً سالم کاملاً بهداشتی و غیره جایز نیست (اصل ۱۱ و ۱۲ مجموعه ضوابط آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی). نمایش تأثیر فوری استفاده از وسایل درمانی مانند: لاغر شدن و یا نشان دادن فرایند تأثیر و روغن‌ها، داروها و مواد شوینده به هر ترفندی، نظیر: آراستگی‌های انیمیشن، مجاز نمی‌باشد (اصل ۳۰ مجموعه ضوابط آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی).

۲-۱-۲-۲. قوانین تجارت الکترونیکی در منع تبلیغات تجاری گمراه کننده

فروش کالا و ارائه خدمات بایستی همراه با اطلاعات مؤثر برای مصرف کنندگان جهت اراده خرید و پذیرش شرایط از زمان مناسبی قبل از عقد باشد که این نشان دهنده الزام به ارائه اطلاعات مؤثر است (ماده: ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲).

تأمین کننده، الزاماً، به طور جداگانه، ضمن تأیید اطلاعات مقدماتی، آدرس محل تجاری و یا کاری تأمین کننده را برای شکایت احتمالی و نیز اطلاعات راجع به ضمانت و پشتیبانی پس از فروش و... را ارسال نماید (ماده: ۳۴ قانون تجارت الکترونیک).

اطلاعات اعلامی و تأییدیه آن به مصرف کننده باید در واسطی بادوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و براساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود (ماده: ۳۵ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲).

عرضه کنندگان در تبلیغ کمیت و کیفیت کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن یا فریب مخاطب را فراهم آورد. مؤسسه‌های تبلیغاتی از رویه‌های گوناگونی برای گمراه ساختن مشتریان بالقوه بهره می‌برند (ماده: ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲). عرضه کنندگان در تبلیغات، نباید سلامتی افراد را به خطر بیندازند (ماده: ۵۱ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲). ارائه تبلیغات باید به گونه‌ای باشد که مصرف کننده اطلاعات مربوط به کالا و خدمات را به طور دقیق و روشن درک کند (ماده: ۵۲ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲).

یکی از بخش‌های مهم تجارت الکترونیک، تبلیغات و بازاریابی است که به دلیل جدید بودن نسبی این رشته از حقوق و توسعه سریع موضوعات آن در اشکال مختلف، وضع قوانین مناسب که بتواند همه ابعاد تبلیغات و بازاریابی و قواعد آن را پوشش دهد، ضروری کرده است (فیض چکاب و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۵۵)؛ بنا بر این، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۸ در ماده ۳۳ و ۳۴ این قانون به حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در جهت ممنوعیت از تبلیغات تجاری گمراه‌کننده قدم برداشته است، از ممنوعیت این تبلیغات می‌توان تعهد به ارائه اطلاعات را استنباط کرد.

۲-۱-۲. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در منع تبلیغات تجاری گمراه‌کننده

برابر قوانین تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست از رسانه‌ها و وسایل ارتباطی ممنوع می‌باشد (ماده: ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده و ماده: ۲ آیین‌نامه اجرایی آن).

استفاده از مطالب و ادعاهای گمراه‌کننده و غیر قابل اثبات و تبلیغ فراتر از واقعیت کالا یا خدمات مورد نظر، استفاده از صفاتی نظیر، کاملاً بهداشتی و ۱۰۰٪ تضمینی، استفاده از صفاتی که مفهوم برتری را به مخاطب القاء کند، به روش‌های مختلف نگارش و قرائت متن و استفاده از اسامی، عناوین و نشان افراد و بنگاه‌هایی که دارای شهرت هستند به نحوی که مصرف‌کننده را فریب دهد. بر اساس این مواد می‌توان دریافت عرضه‌کنندگان هم ملزم به ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده و هم ممنوع از دادن اطلاعات اشتباه یا ناقص هستند و نباید با تبلیغات گمراه‌کننده و اغوای مصرف‌کننده بازار مصرف را از آن خود کنند.

۲-۲-۲. رویکردهای حقوق بین الملل

از آنجایی که تبلیغات، این توان را دارد که مردم را به معاملات تجاری ترغیب کند که در غیر این صورت، ممکن است از آن‌ها اجتناب کنند، بسیاری از دولت‌ها در سراسر جهان از مقررات برای کنترل تبلیغات نادرست، فریبنده یا گمراه‌کننده استفاده می‌کنند.

حقیقت، اساساً، به همان مفهوم اشاره دارد که مشتریان حق دارند بدانند چه چیزی می‌خرند. تبلیغات نادرست، در آشکارترین شرایط، در اکثر کشورها غیرقانونی است. با این حال، تبلیغ‌کنندگان، همچنان راه‌هایی برای فریب مصرف‌کنندگان، به روش‌هایی پیدا می‌کنند که قانونی، یا از نظر فنی غیرقانونی، اما غیر قابل اجراء هستند؛ به همین دلیل، توجه عمیق در اتحادیه اروپا به مقررات قانونی تبلیغات، به منظور حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و آسیب رساندن به منافع اقتصادی آن‌ها معطوف شده است. انجام هر گونه اعمال خلاف رویه‌های تجاری منصفانه و مدیریت خوب امور گمرکی، از جمله: استفاده از تبلیغات، که مطابق با مقررات اتحادیه اروپا و قوانین جمهوری لیتوانی، گمراه‌کننده تلقی می‌شود، برای افراد اقتصادی، ممنوع است.

اتحادیه اروپا سعی می‌کند قوانین کشورهای عضو را در مورد اقدامات تجاری ناعادلانه، از جمله: تبلیغات ناعادلانه، که به طور مستقیم، به منافع اقتصادی مصرف‌کنندگان آسیب می‌زند و در نتیجه، به

طور غیرمستقیم به منافع اقتصادی رقبای قانونی آسیب می‌رساند، نزدیک کند. اتحادیه اروپا سعی می‌کند از مردم، برابر اعمال یا کوتاهی‌هایی که با فریب مصرف کننده مانع از انتخاب آگاهانه و در نتیجه، کارآمد می‌شود، محافظت کند (دوگلینس و لیپنیت، ۲۰۱۲، ۱۹۲).

بازاریابی شرکت در درجه اول به انواع مختلف تبلیغات بستگی دارد تا بخواهد محصولات آن‌ها بهتر یا کافی‌تر از رقبا باشند. اخیراً، تبلیغات بیش از منافع اقتصادی کسب و کار رشد می‌کند در مفاهیم تبلیغاتی مسائل اقتصادی، جامعه شناسی، روانشناسی و زیبایی شناسی در هم تنیده شده است؛ به همین دلیل، تفسیر تبلیغات یک مشکل پیچیده است؛ زیرا هر فردی اطلاعات را به روش خود درک می‌کند و خود اطلاعات هرگز کاملاً عینی نیستند. بسیار مهم است که عامل نا عادلانه تبلیغات، همیشه زیر یک اصل عدالت باشد. تبلیغ کنندگان با ارائه تبلیغات گمراه کننده که بر تصمیم‌گیری‌های مصرف کننده تأثیر می‌گذارد، سعی می‌کنند به طور نا عادلانه مشتریان را متقاعد کنند که به ایده‌های تبلیغ کنندگان باور داشته باشند و در نتیجه، بر توانایی فرد مقابل برای رقابت تأثیر بگذارند.

با تأثیر تبلیغات گمراه کننده، مصرف کنندگان در نهایت، اقلامی را با قیمتی بالاتر یا با کیفیتی کمتر از آنچه در نظر داشتند، خریداری می‌کنند؛ در حالی که منافع کاربر نقض می‌شود، سعی می‌شود نشان دهد که محصول یا خدمات دارای ویژگی‌های منحصر به فرد است. در این مورد، کاربر برای تبلیغ خود برای پذیرش تصمیمات نا مطلوب دستکاری می‌شود. در سناریوهای خاصی، تبلیغات گمراه کننده ممکن است به منظور ارتقای وضعیت یک فرد اتفاق بیفتد، همان‌طور که در مورد تبلیغات سیاسی وجود دارد. تبلیغات گمراه کننده می‌تواند به منظور افزایش عضویت، برای مثال از طریق باشگاه‌های ورزشی یا کمک‌های مالی کلیسا رخ دهد (دوگلینس و لیپنیت، ۲۰۱۲، ۱۹۲).

در حقوق آمریکا تبلیغات گمراه کننده در ضرر و زیان معاملات تأثیر می‌گذارد. شاکی باید ثابت کند که در نتیجه تبلیغات فریبنده، آسیب دیده یا احتمال دارد آسیب ببیند. احتمال آسیب، ممکن است با اثبات انحراف واقعی یا احتمالی فروش یا با کاهش حسن نیت مرتبط با محصول شاکی نشان داده شود.

ادعای تبلیغات دروغین قانون لانهام می‌تواند توسط یک رقیب یا طرف تجاری دیگر ارائه شود که می‌تواند آسیب اقتصادی یا اعتباری ناشی از تبلیغات فریبنده متهم را نشان دهد. اثبات اینکه چنین اظهاراتی به معنای واقعی کلمه نا درست هستند، مستلزم نشان دادن این است که آزمایش‌ها یا مطالعات اساسی یا این گزاره را تایید نمی‌کنند یا به اندازه کافی قابل اعتماد نیستند که به فرد اجازه می‌دهد با اطمینان معقول نتیجه بگیرد که گزاره‌ای را که برای آن استناد شده است، ثابت می‌کند.

بسیاری از ادعاهای تبلیغاتی نا درست در زمینه تبلیغات مقایسه‌ای گمراه کننده ظاهر می‌شوند، جایی که متهم ادعا می‌کند که محصولش معادل یا برتر از محصول رقیبش است یا کیفیتی دارد که محصول رقیبش آن را ندارد.

ادعاهای مربوط به تبلیغات مقایسه‌ای معمولاً تحت همان عناصر و اصول قابل اجراء در سایر انواع ادعاهای تبلیغاتی دروغین تجزیه و تحلیل شده است. دادگاه‌ها عموماً استفاده از نام، علامت تجاری یا لوگوی رقیب را بخشی از تبلیغات مقایسه‌ای برای شناسایی دقیق رقیب و کالاها یا خدماتش مجاز می‌دانند، تا زمانی که حاوی اظهارات نا درست یا ایجاد احتمال منطقی مبنی بر گیج شدن خریداران به منبع، هویت یا حمایت مالی محصول تبلیغ کننده است (آنتونیا و دیگران، ۲۰۱۹، ۴).

در حقوق آمریکا ممنوعیت تبلیغات تجاری گمراه کننده را برای حمایت از حقوق خصوصی افراد مورد حمایت قرار داده‌اند. قوانینی که به طور سنتی به حقوق خصوصی تعلق دارند با چهار ویژگی ساختاری مشخص می‌شوند: وظایف افقی، راه حل‌های انتقال خصوصی، اجرای خصوصی، و منشاء حقوق عمومی. هر کدام در قانون تبلیغات گمراه کننده ایالات متحده آمده است. این واقعیت، به خودی خود مستلزم این نیست که قانون تبلیغات نا درست باید بخشی از حقوق خصوصی به هر معنای نظری جالبی طبقه بندی شود.

اینکه این قانون کارکردهایی را انجام می‌دهد، یا ارزش‌های مشخصه حقوق خصوصی را در بر می‌گیرد؛ اما تدوین ویژگی‌های ساختاری مربوطه یک شروع است. قوانینی که به عنوان حقوق خصوصی طبقه بندی می‌شوند، تکالیف افقی را تعیین می‌کنند: تعهدات نسبت به اشخاص دیگر.

بر اساس قانون تبلیغات نا درست ایالات متحده، به نظر می‌رسد وظیفه قانونی عدم مشارکت در تبلیغات فریبنده، به دو دسته از افراد مربوط می‌شود: مصرف کنندگان و رقبا. دومین ویژگی حقوق خصوصی این است که پاسخ قانونی به تخلف شامل انتقال از متخلف به قربانی است. این انتقال ممکن است به شکل پرداخت پول، حکم قانونی قابل اجراء توسط قربانی یا انتقال یک حق قانونی باشد.

قانون تبلیغات نا درست ایالات متحده شامل راه حل‌های انتقال از این نوع است. قانون لنهام^۱ برای رقبا تسکین اجباری و پولی فراهم می‌کند و اقدامات اصلاحی موجود در قانون اف تی سی (FTC) و قوانین یو دی ای پی (UDAP) ایالتی شامل نقل و انتقالات به قربانیان مصرف کننده، اغلب به شکل خسارت مالی است؛ با این حال، هر دو قانون اف تی سی و قوانین یو دی ای پی شامل راه حل‌هایی می‌شوند که به طور سنتی با قوانین خصوصی مرتبط نیستند، مانند: جریمه‌ها، دستورات اداری، و احکام صادره به نهادهای اجرایی دولتی.

سومین عنصر طراحی، شاید آشنا ترین باشد، قانون خصوصی قربانی را مسئول پیگیری درمان قرار می‌دهد. قانون خصوصی حوزه اجرای خصوصی است. در اینجا نیز قانون تبلیغات نا درست ایالات متحده تا حدی ساختار خصوصی و بخشی عمومی دارد. هم قانون لنهام و هم قوانین یو دی ای پی ایالتی به قربانیان احتمالی تبلیغات دروغین، به ترتیب رقبا و مصرف کنندگان اجازه شکایت می‌دهند؛ با

^۱ The Lanham Act 1946

این حال، قانون اف تی سی و قوانین یو دی ایی پی، اجرای عمومی را نیز فراهم می‌کند (کلس، ۲۰۲۰، ۵).

در کشور پاکستان که خرید و فروش‌ها برخی از طریق پست و تلفن انجام می‌پذیرد، فروشنده، فرصت بیشتری در جهت تبلیغات خلاف واقع دارد. تبلیغات نقش بسیار مهمی در تأثیرگذاری بر رفتار مشتری به منظور خرید محصول یا خدمات دارد.

با گذشت زمان مشتریان به شدت تحت تأثیر فعالیت‌های مختلف بازاریابی و تبلیغات فریبنده قرار می‌گیرند. مدتی است که تبلیغ کنندگان، در مورد مزایای محصول، اغراق می‌کنند و آن‌ها را به شیوه‌ای متفکرانه تبلیغ می‌کنند؛ بنا بر این، مشتریان باید به خوبی از تصمیم خرید خود آگاه باشند. پس از توضیح جزئیات تبلیغات فریبنده، مطالعه تحقیقاتی نشان خواهد داد که مشتریان چگونه می‌توانند پس از دریافت فریب در تبلیغات محصول یا خدماتی که خریداری کرده‌اند، پاسخ دهند (سعیرا و صدیقی، ۲۰۱۹، ۳).

پاکستان، کشوری با بازار انحصاری در بخش مخابرات بوده است، اما از دو دهه گذشته، مشارکت کنندگان بین المللی و ملی، پویایی آن را برای کسب و کار تغییر داده‌اند. از آنجایی که حجم بیشتر جمعیت کشور عامل وسوسه انگیزی برای نفوذ شرکت‌های مخابراتی به بازار بود.

با گذشت زمان، اپراتورهای تلفن همراه در هر منطقه از جهان ظاهر شده‌اند. ظهور بسیاری از اپراتورها در بازار، جای خود را به قیمت‌گذاری رقابتی و رقابت سخت داد. با توجه به رقابت شدید، کسب و کارها برای سوءاستفاده از احساسات، سود بردن از سواد پایین مشتریان و همچنین دستکاری روان مشتری، به تبلیغات فریبنده متوسل شدند.

این محقق، همچنین توضیح داد: انتقال اطلاعات گمراه کننده در رابطه با خدمات و محصولات مخابراتی ممکن است به هر شکلی باشد، ممکن است از طریق تبلیغات تلویزیونی، بروشورها، بیلبوردها و بنرها، رسانه‌های چاپی، تبلیغات در اینترنت، ارائه خدمات پیامک باشد. شرکت‌های مخابراتی در پاکستان، به نوعی درگیر ارائه بیانه‌های اغراق آمیز برای تأثیرگذاری بر مصرف کنندگان هستند که به دلیل آن مشتریان پول خود را از دست داده و دچار بدبختی روحی می‌شوند.

تبلیغات گمراه کننده، بر انتخاب مصرف کنندگان بر آنچه خریداری می‌کنند، تأثیر می‌گذارد. چنین تبلیغاتی باعث ایجاد باوری در مورد کیفیت محصول و خدمات می‌شود که درست نیست و همچنین، تصور نا درستی را در مورد محصول ایجاد می‌کند که در نتیجه، ترجیح مشتری، به آن، منحرف می‌شود. بسته‌های ارائه شده از قبیل: هزینه پیامک، هزینه اتصال، نرخ مکالمه، پست و اتصالات اعتباری، همیشه، صرفاً برای اشتراک، هزینه‌های اضافی را دریافت می‌کنند که مشتریان متوجه نمی‌شوند و آگاهی زیادی از

این اطلاعات شارژی ندارند که در نهایت، باعث عصبانیت مصرف کنندگان و گرایش مصرف کنندگان برای تغییر برند می‌شود (سعیرا و صدیقی، ۲۰۱۹، ۴).

قانون مدنی کشور فرانسه، ماده: ۱۱۳۴، بند ۳، در رابطه با حسن نیت چنین می‌نویسد: «انعقاد قرارداد، ملزم به رعایت حسن نیت است». نویسندگان فرانسوی این جمله را چنین تفسیر می‌کنند که معنی حسن نیت این است که در قرارداد، طرف دیگر را برادر خود بدانند. آن‌ها برای اصطلاح حسن نیت، دو معنی قائل شده‌اند: اولی، به معنای صداقت در قرارداد است و دیگری، به معنای اعتقاد حقیقی به حضور یا عدم حضور یک رخداد یا حق است (گیلین و وین سنت، ۱۹۷۲، ۱۹۴).

با توجه به اینکه تبلیغ کالا مربوط به مرحله پیش از قرارداد می‌باشد و تبلیغ کننده جهت تشویق و ترغیب مخاطب به خرید، ویژگی‌ها و مشخصات کالا و یا استفاده خدمات را هر چه ماهرانه‌تر و جذاب‌تر اعلام می‌کند و متقابلاً، قانون هم هرگونه حيله و خدعه و فعالیت‌های ماهرانه و نا درست را که از روی تقلب صورت بگیرد، ممنوع و رد می‌کند و این، یعنی: رعایت درستی و صداقت و پرهیز از فریبکاری که معنی و مفهوم حسن نیت و کارکرد تکلیفی آن می‌باشد؛ پس، رعایت حسن نیت در تبلیغات، ایجاب می‌کند: مصرف کننده کالای سالم و دارای مشخصات بیان شده، تحویل بگیرد و حقوق مصرف کننده بر نفع اقتصادی ارجح باشد تا طرفین با افشای اطلاعات مهم، زمینه را برای انشای قرارداد با آگاهی کامل و اراده سالم فراهم آورند.

بر اساس ارائه نگاه فقهی به تبلیغات گمراه کننده و قوانین و مقررات حقوقی ایران و سایر کشورها نظیر: آمریکا، پاکستان و... می‌توان دریافت که فقه، ظرفیت ارائه راهکارها و پر کردن خلاءهای قانونی در این زمینه را دارد.

۳. جایگاه حسن نیت در تبلیغات تجاری گمراه کننده از منظر حقوق جزاء

برابر قوانین تبلیغات تجاری تبلیغ کنندگان، تولید کنندگان موظف هستند ضمن تبلیغ ضوابطی رعایت کنند که تخلف از آن، جرم علیه قواعد تبلیغ است. با توجه به اینکه اصطلاح جرم تبلیغاتی در هیچیک از قوانین تبلیغاتی استفاده نشده است، باید آن را بر اساس تعریف جرم در ماده: ۲ قانون مجازات اسلامی ایران این گونه تعریف کرد: به هر گونه فعالیت تبلیغی بازرگانی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است یا هر فعل یا ترک فعلی که در قوانین تبلیغ یا قانون مجازات اسلامی مرتبط با این حوزه برای آن مجازات تعیین شده است، جرم تبلیغاتی نامیده می‌شود.

ایجاد و انجام تبلیغ، مستلزم رعایت اصول و الزامات حقوقی است که یکی از این الزامات، صراحت و صداقت در ماهیت کالا و هویت تأمین کنندگان آن و عدم ایجاد تبلیغات گمراه کننده می‌باشد که از پیامدهای ضرورت حسن نیت در مذاکرات پیش قراردادی است. این الزامات، گاهی با ضمانت اجراء و

گاهی بدون ضمانت اجراء در قوانین مختلف از جمله: قانون تبلیغات تجاری و حمایت از حقوق مصرف کننده آمده است. بحث از حقوق جزا و مسئولیت کیفری در حوزه تبلیغات به ویژه تبلیغات گمراه کننده یا فریبنده، نیازمند بررسی ابعاد کیفری و عناصر آن است.

۱-۳. عناصر مادی جرم تبلیغات گمراه کننده

۱-۳-۱. تبلیغ در مقام فریب مخاطب

قانون تجارت الکترونیکی در ماده: ۵۰، به فعل یا ترک فعلی اشاره دارد که موجبات مشتبه شدن یا فریب مخاطب را به همراه دارد و آن را ممنوع اعلام می‌کند.

عنصر مادی این جرم در قالب فعل یا ترک فعل و به شکل مثبت و منفی محقق می‌شود. در حقوق موضوعه، ترک فعل در صورت داشتن وظیفه قانونی جرم محسوب می‌گردد؛ بنا بر این، چنانچه عرضه کننده کالا در تبلیغ، موجبات ترک فعل را فراهم آورد، بدیهی است که این موضوع جرم انگاری می‌شود. جرم انگاری ماده: ۵۰ قانون مزبور ناظر بر تبلیغ در فضای سایبر و در چهار چوب تجارت الکترونیک و اعمال و رفتار مشتبه و فریبکارانه در خصوص کمیت و کیفیت کالا و خدمات است و در غیر این موارد، عمل ارتكابی جرم محسوب نمی‌شود (خادم رضوی، ۱۳۹۸، ۱۷)؛ لذا رفتار مادی این جرم، تبلیغ فریبنده است که به صورت ایجابی، فعل، یا سلبی، ترک فعل است که در قسمت فقه، در بحث تدلیس به آن اشاره شد.

در قانون حمایت از حقوق مصرف کننده مصوب ۱۹۸۷ انگلستان هم چنانچه شخصی در فرآیند معامله اظهار نا درستی در مورد شاخص قیمت کالا و خدمات ارائه دهد، به موجب قانون مجرم شناخته می‌شود (کری، ۲۰۱۰، ۱۲۱).

۱-۳-۲. تبلیغ موجب ضرر به سلامتی مصرف کننده

بر اساس ماده: ۵۱ قانون تجارت الکترونیکی تبلیغ کنندگان برای فروش کالا و خدمات، نباید سلامتی افراد را به خطر اندازند؛ لذا عنصر مادی جرم، همان فعل یا ترک فعلی است که سلامتی افراد را به خطر می‌اندازد، نظیر: تبلیغ مواد خوراکی، آرایشی بهداشتی، مواد مخدر، داروهای چاقی و لاغری و نیرو افزا که از مواد نا مرغوب تهیه شده است.

۱-۳-۳. تبلیغ با ارائه اطلاعات مبهم و غیر قابل درک

علاوه بر ممنوعیت تبلیغ کننده در قالب فعل یا ترک فعل فریبنده در ماده: ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی در راستای تأمین نظر قانونگذار در ماده: ۵۲ این قانون نیز مقرر می‌دارد: تأمین کننده باید به نحوی تبلیغ کند که اطلاعات حاصل از آن، منجر به درکی روشن، دقیق و صحیح مصرف کننده گردد.

مطابق ماده: ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب: ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نا درست که موجب فریب یا اشتباه مصرف کننده از طرق مختلف ممنوع است. رفتار مادی در این جرم، عدم ارائه دقیق، صحیح و روشن اطلاعات در مورد کالا و خدمات (تدلیس) است.

۳-۱-۴. عدم افشای هویت تأمین کننده کالا و خدمات

در تبلیغ، باید هویت تأمین کننده کالا یا خدمات روشن و صریح باشد. قانونگذار ایرانی، عدم افشای صریح را جرم انگاری کرده است. به نظر می‌رسد: صرفاً، ارائه اطلاعاتی نظیر: نام، نام خانوادگی، نام شرکت یا کارگاه تولیدی و نحوه ارتباط با شخص تاجر یا بنگاه تولیدی، تعهد موضوع ماده یاد شده تبلیغ‌گر را ایفا می‌نماید (خادم رضوی، ۱۳۹۸، ۱۸).

۳-۱-۵. مخفی کردن محل کسب

از دیگر نگرانی‌های قانونگذار کشور در خصوص سوء استفاده تبلیغ کنندگان در فضای سایبری جهت مخفی نمودن محل کسب تأمین کنندگان است که در ماده: ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی نمایان می‌شود و تأمین کنندگان را از سوء استفاده از خصوصیات معاملات الکترونیکی جهت مخفی نمودن محل کسب و هویت ممنوع کرده است.

۳-۱-۶. تبلیغ نا خواسته

طبق ماده: ۵۵ قانون فوق الذکر تأمین کنندگان باید تدابیری برای مصرف کننده در نظر بگیرند تا خودشان تصمیم به دریافت تبلیغ یا عدم آن به نشانی پست الکترونیک یا موبایل بگیرند؛ بر این اساس، ارسال تبلیغ نا خواسته جرم است.

۳-۲. عناصر معنوی جرم تبلیغات تجاری گمراه کننده

عنصر معنوی جرم تبلیغات تجاری گمراه کننده را می‌توان آگاهی از وجود عیب یا عدم صفت کمال در کالا (تدلیس) مطابقت نداشتن کالا و خدمات، از حیث کمیت و کیفیت با آنچه تبلیغ شده (غش) همراه با قصد اراده انجام آن دانست.

مطابق قوانین جزایی، فعل یا ترک فعلی، در خصوص موضوع مواد: ۵۰ تا ۵۵ قانون تجارت الکترونیکی، جرم تلقی می‌شود که مرتکب، علاوه بر سوء نیت عام (قصد انجام و یا ترک فعل)، سوء نیت خاص (قصد حصول نتیجه خاص) را نیز دارا باشد؛ با این وصف، مشتبه شدن یا فریب مخاطب، موضوع ماده: ۵۰ و یا عدم درک اطلاعات ناشی از ارائه اطلاعات مبهم و نا درست موضوع ماده: ۵۲، در صورتی عمل مجرمانه تلقی می‌گردد که ارائه کننده تبلیغات الکترونیکی دارای سوء نیت عام و خاص باشد که تقابل معنایی با حسن نیت دارد (خادم رضوی، ۱۳۹۸، ۲۰)؛ بنا بر این، جرم عدم ارائه اطلاعات کامل به صورت عمدی، مد نظر قانونگذار بوده است و در مورد جرایم غیر عمدی خلأ قانونی وجود دارد و قانونگذار می‌بایست به هر دو فرض اشاره می‌نمود.

حق فسخ، ضمانت اجرای حقوقی معامله‌ای است که در نتیجه، تبلیغات فریبنده انجام یافته و بر اساس ماده: ۴۳۹ قانون مدنی: «اگر بایع یا مشتری نسبت به کالا یا ثمن تدلیس نموده باشد، فریب خورده، حق فسخ خواهد داشت».

ضمانت اجرای کیفری تخلف از مواد قانونی مزبور، در ماده: ۷۰ این قانون تعیین شده است. بر اساس این ماده، تأمین کننده متخلف از مواد: ۵۰ تا ۵۴ این قانون، به مجازات از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال محکوم خواهد شد.

برابر ماده: ۱۹ قانون مجازات اسلامی، مجازات این جرم، تعزیر درجه پنج است و از این روی در مورد آن، معافیت قضایی موضوع ماده: ۳۹ قانون مجازات اسلامی و تعویق صدور حکم موضوع ماده: ۴۰ قانون مجازات اسلامی، امکان ندارد، ولی تخفیف و تبدیل مجازات موضوع مواد: ۳۷ و ۳۸ و ماده: ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی و تعلیق مجازات، در مورد آن، امکانپذیر است. همچنین از آنجا که مجازات جرایم علیه قواعد تبلیغ تنها جزای نقدی است، ساز و کارهایی چون: نظام نیمه آزادی موضوع ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، آزادی مشروط موضوع ماده: ۵۸ قانون مجازات اسلامی و مجازات‌های جایگزین حبس، موضوعاً منتفی است. همچنین، از آنجا که قانون به قابل گذشت بودن این جرایم اشاره نکرده، برابر ماده: ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی، غیر قابل گذشت محسوب می‌شوند. در مورد تعدد یا تکرار این جرایم نیز حکم صریحی وجود ندارد؛ بنا بر این، تعدد و تکرار این جرایم، مشمول مقررات کلی موضوع مواد: ۱۳۱ تا ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی است (حیدری، ۱۳۹۴، ۱۱۸).

۳-۳. عناصر قانونی جرم تبلیغات تجاری گمراه کننده

در حقوق ایران و اکثر کشورها با هدف کنترل و نظارت بر تبلیغات، قوانین مختلفی در حوزه سلامت برای داروها و مواد خوراکی، آرایشی بهداشتی و خدمات (دستورالعمل نحوه تبلیغ و آگهی‌های دارویی مصوب ۱۳۸۵/۰۴/۰۳ و آیین‌نامه تبلیغ محصولات غذایی مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۸) و قانون مطبوعات (ماده: ۱۹، مصوب ۱۳۶۴) در حمایت از حقوق مصرف کننده و تبلیغات تجاری الکترونیکی (مواد: ۵۰ تا ۵۵ و ماده: ۷۰) وضع شده است.

در قانون اعتمادسازی در اقتصاد دیجیتال فرانسه ماده: ۲۰ مصوب ۲۲ ژوئیه ۲۰۰۴ که از قانون نمونه آنسیترا بر گرفته شده است، در خصوص شفافیت و روشن سازی تبلیغات و اطلاعات کالا و خدمات، این گونه آمده است: هر گونه تبلیغات، صرف نظر از شکل آن، چنانچه از طریق خدمات ارتباطی که مخاطب آن عموم مردم بر روی خط است، قابل دسترسی باشد و به همین عنوان، به روشنی شناخته شود. همچنین تبلیغات باید به گونه‌ای باشد که شخص حقیقی یا حقوقی که تبلیغات به نفع و حساب وی انجام می‌شود، به روشنی قابل شناسایی باشد (دبلفون، ۱۳۸۸، ۵۹).

بنا بر قانون مجازات اسلامی و نیز قانون جرایم رایانه‌ای، تهدید، ایجاد هراس برای اخاذی مالی و یا کامجویی‌های غیراخلاقی از طریق گوشی همراه و یا شبکه‌های اجتماعی قابل پیگیری حقوقی است؛ بنا بر این، عرصه‌های نوین، معمولاً، از لحاظ قانون‌مندی با چالش‌ها و نواقص بیشتری رو به رو هستند. حقوق تجارت الکترونیک یکی از این عرصه‌ها است و مضافاً، دارای ابعاد و موضوعات مختلفی است که باید از لحاظ قانونی مد نظر قرار بگیرد. به نظر می‌رسد: تبلیغات گمراه کننده از جرائم عمدی باشد؛ زیرا قصد فریب را دارند و عنصر فریب یکی از بارزترین ویژگی آن است و چون علاوه بر سوء نیت عام، مستلزم سوء نیت خاص نیز هست، از جمله جرائم مقید است.

۴. مبانی مسئولیت کیفری ناشی از تبلیغات گمراه کننده

مسئولیت در لغت، به معنای قابل بازخواست شدن انسان و غالباً، به مفهوم تکلیف و وظیفه تعریف شده است. در حقوق، مسئولیت به تعهد قانونی شخص بر رفع ضرر به وجود آمده گفته می‌شود که در این مبحث مسئولیت، قبال ارتکاب جرم است.

تبلیغات گمراه کننده جزئی از جرائم اقتصادی محسوب می‌شود. در فقه امامیه اصول شرعی و عقلی وجود دارد که ظرفیت‌های مناسبی را در برخورد با جرائم اقتصادی دارا است، اما در مقابل، محدودیت‌هایی نیز برای فقه وجود دارد که یکی از آن‌ها عدم توجه به مسائل مستحدثه است که راه برون رفت از این محدودیت‌ها توجه به پویایی فقه و ظرفیت‌یابی آن در مسائل مستحدثه است (علیزاده مقدم و دیگران، ۱۴۰۲، ۱۱۰).

از مبانی که می‌توان بر اساس حسن نیت در تبلیغات به آن پرداخت: پیشگیری از نقض حقوق مخاطب و مصرف کننده، جلوگیری از ایراد ضرر و زیان (قاعده لاضرر)، منع تدلیس و دروغ (قاعده غرور) هستند؛ بنا بر این می‌توان گفت: مهمترین قواعد ناظر بر تبلیغ صداقت و بیان حقیقت درباره کالا و خدمت مورد نظر در تبلیغ و گمران نکردن مخاطبان با ارائه برخی اطلاعات نادرست و خلاف واقع است که همه این‌ها ضرورت تهیه و تصویب مقررات یکپارچه و به لحاظ شمول، جامع و مانعی در حوزه تبلیغات بر اساس حسن نیت را نشان می‌دهد.

نتیجه‌گیری

حسن نیت مرکز ثقل مذاکرات پیش قراردادی است و موضوع اظهارات خلاف واقع به مرحله مذاکرات پیش قراردادی مربوط می‌شود. یکی از مهمترین مبانی تعهد به دادن اطلاعات، حسن نیت است. پذیرش اصل حسن نیت آثار و پیامدهای مهمی را در گفتگوهای مقدماتی به ویژه تبلیغات تجاری به دنبال خواهد داشت. رعایت این اصل، در دوره پیش قراردادی اقتضاء می‌کند: تولید کنندگان و تبلیغ کنندگان کالا و خدمات برای رسیدن به منافع خود، در نهایت صداقت و شفافیت به ارائه اطلاعات و بیان ویژگی‌ها، کمیت، کیفیت مورد معامله مبادرت ورزند و به دور از هر گونه حيله و تقلب، منافع مخاطب و مصرف کنندگان را محترم بشمرند.

تبلیغات بازرگانی یکی از عوامل تأثیرگذار و غیر قابل کتمان در عرصه معاملات بازرگانی است که با شیوه‌های فریبنده با استفاده از ابزارهای تبلیغاتی متفاوت همراه با ادعاهای دروغین در مورد کیفیت و ویژگی خاص محصولات و خدمات در پی اغوای مشتریان هستند.

می‌توان گفت: تبلیغات فراتر از اطلاع رسانی، یکی از منابع مالی رسانه‌ها است که تأثیرات عمیقی در همه زمینه‌های فرهنگی، اجتماعی، معنوی، اقتصادی، در زندگی بشر گذاشته است. در حقوق ایران، اصل حسن نیت به صورت قاعده‌ای کلی پذیرفته نشده است؛ اما آثار و رد پای حسن نیت در قوانین موضوعه به ویژه حوزه تبلیغات کالا و خدمات مشاهده می‌شود. در فقه امامیه، مباحثی چون: منع تدلیس، غش، نجش، غبن، کذب از شناسایی اصل حسن نیت حکایت دارد.

با توجه به وجود مواردی از غش، تدلیس، نجش و کذب در تبلیغات و تطبیق آن با کارکردهای تکلیفی و حمایتی حسن نیت می‌توان به این نتیجه رسید: ممنوعیت تبلیغات گمراه کننده می‌تواند یکی از رهیافت‌های اصل حسن نیت باشد و پرهیز از دروغ، پرهیز از اغراق و فریب و نیرنگ، دادن اطلاعات کافی درباره محصول، تبلیغ نکردن کالاهای زیان‌آور و مقایسه نکردن کالای خود با کالای رقیبان، پرهیز از نمایش غیر واقعی کالا، القاء نکردن وابستگی آسایش و سلامتی و ایجاد احساس نیاز کاذب در استفاده از یک کالا را از کارکردهای این اصل در تبلیغات دانست.

چنانچه فردی با اظهارات خلاف واقع و کتمان حقیقت، سبب گمراهی کسی شود، بر اساس قابلیت استناد و پیگیری حقوق مخاطب و مصرف کننده کالای تبلیغ، می‌توان برای تبلیغات تجاری، مسئولیت مدنی و کیفری و ضمانت اجرایی طبق پذیرش اصل حسن نیت در گفتگوهای مقدماتی به عنوان مهمترین بستر ایجاد تعهدات حقوقی در نظر گرفت.

کتابشناسی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر - دار صادر.
۲. ازهری، محمد بن احمد، (۲۰۰۱م)، تهذیب اللغة، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳. اسماعیلی، محسن، (۱۳۸۵)، حقوق تبلیغات بازرگانی در ایران و جهان، تهران، نشر شهر.
۴. انصاری، علی، (۱۳۹۱)، تئوری حسن نیت در قراردادهای، تهران، جنگل جاودانه، چاپ دوم.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۱ق)، مکاسب، قم، دار الذخائر.
۶. اولادی، مریم؛ خسروی، مجتبی، (۱۳۹۴)، نقض حسن نیت در مذاکرات پیش قراردادی، انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول.
۷. باریکلو، علیرضا؛ خزایی، سید علی، (۱۳۹۰)، اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قراردادی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، سال ۵۷، شماره ۷۶، ص ۵۳-۸۷.
۸. بهروم، مهد علی، (۱۳۸۰)، سوء عرضه در حقوق انگلیس و تدلیس در حقوق ایران، قم، پژوهشکده فقه و حقوق، قم، بوستان کتاب، چاپ اول.
۹. جعفرزاده، میرقاسم؛ سیمائی صراف، حسین، (۱۳۸۴)، حسن نیت در قراردادهای بین المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنایی، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ سی و یکم.
۱۱. حائری، سید کاظم، (۱۴۳۳ق)، فقه العقود، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۱۲. حسینی زبیدی، سید محمد مرتضی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر.
۱۳. حیدری، علی مراد، (۱۳۹۴)، جرایم علیه قواعد تبلیغ در تجارت الکترونیکی، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره اول، ص ۱۱۱-۱۳۹.
۱۴. خادم رضوی، قاسم، (۱۳۹۸)، الزامات حقوقی حاکم بر تبلیغات تجاری سایبری و ضمانت اجرای کیفری آن با رویکرد تطبیقی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال اول، شماره سوم.
۱۵. خویی، ابوالقاسم، (۱۳۷۴)، مصباح الفقاهة في المعاملات، قم، انتشارات وجدانی.
۱۶. دلفون، زویه لبنان، (۱۳۸۸)، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه و تحقیق: ستار زرکلام، تهران، شهر دانش، چاپ اول.
۱۷. صادقی سقدل، حسین؛ خانزاده، یاور، (۱۳۹۵)، اطلاعات نا متقارن و جایگاه آن در اقتصاد اسلامی، دو فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره دوم (پیاپی ۱۶).
۱۸. طریحی، فخر الدین، (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، تهران، انتشارات مرتضوی.
۱۹. عباسی، اسماعیل، (۱۳۸۶)، معنا و مفهوم حسن نیت در قراردادهای، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، دوره سوم، شماره دوم.
۲۰. علیزاده مقدم، محمد مهدی؛ قیوم زاده، محمود؛ فلاح، مهدی، (۱۴۰۲)، ظرفیت‌ها و محدودیت‌های اصول فقهی و شرعی در جرم انگاری جرائم اقتصادی از منظر فقه امامیه، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال دوم، شماره اول، پیاپی پنجم، ص ۹۱-۱۱۴.
۲۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ق)، العین، قم، نشر هجرت.
۲۲. فیض چکاب، غلام نبی؛ مهاجر پیله داربنی، حامد؛ کشاورز نجفی، حمید، (۱۳۹۲)، قواعد تبلیغ در حقوق تجارت الکترونیک و ضمانت اجرای آن، هفتمین همایش ملی و اولین همایش بین المللی تجارت و اقتصاد الکترونیکی.

۲۳. قاسمی حامد، عباس، (۱۳۷۵)، مروری اجمای بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلا (۱۶۴-۱۶۵).
۲۴. قاسمی حامد، عباس، (۱۳۸۶)، حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی (۴۶).
۲۵. قاسمی حامد، عباس؛ طالب احمدی، حبیب، (۱۳۹۰)، اطلاع رسانی پیش قراردادی، مطالعات حقوقی ۳ (۱)، (پیاپی ۴).
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی؛ ضمان قهری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، (۱۳۱۶)، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
۲۸. مدرسی، سید محمد تقی، (۱۳۹۰)، احکام معاملات، قم، محبان الحسین (ع)، چاپ اول.
۲۹. مشکینی اردبیلی، علی، (۱۴۳۴ق)، مصطلحات الفقه، قم، دار الحدیث.
۳۰. مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ق)، مائة قاعدة فقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. مطلبی، مهدی، (۱۳۹۸)، اصول و مبانی حسن نیت در قراردادها، قانون یار، چاپ اول.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۶ق)، انوار الفقاهة (کتاب التجارة)، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۵ق)، تحریر الوسیلة، (همراه با ترجمه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یک.
۳۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۳۵. نقیعی، سید ابوالقاسم؛ تقی زاده، ابراهیم؛ باقری، عباس، (۱۳۹۳)، جایگاه حسن نیت در فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره اول (پیاپی ۳۹).
36. Antonia K., Scholz, Esq., and Cheng, LLC. (2019), AVOIDING AND LITIGATING CLAIMS IN ADVERTISING FRANCHISED PRODUCTS AND SERVICES, **American Bar Association**, 42nd Annual Forum on Franchising.
37. Carey, peter (2010), **Medialaw**. London: Sweet & Maxwell Publication.
38. Daugeliene, Rasa and Liepinyte, Monika (2012), INTERRELATION OF MISLEADING ADVERTISING AND SOLUTIONS OF CONSUMERS: LEGAL REGULATION AND INSTITUTIONAL BACKGROUND IN LITHUANIA, **European integration studies**, No. 6.
39. Garner, Bryan A., **Black's Law Dictionary**, 8th edition. Thomson Publication, 2004.
40. Guillien, Raymond and Vincent, Jean (1972), *Lexique de termes juridiques*. Paris: Dalloz.
41. Klass, Gregory (2020), **False Advertising Law and New Private Law**. Oxford: Oxford University press.
42. Kotz, Hein (2000), Precontractual Duties os Disclosure: A Comparative and Economic Perspective. **European Journal of Law and Economics**. Vol. 9, No. 1, 5-19.
43. Saira, Iqbal, Danish Ahmed, Siddiqui (2019), The impact of deceptive advertising on Customer loyalty: A case of Telecommunication industry in Karachi Pakistan. **International Journal of Industrial Marketing**, 4 (1).



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 117-130

Receive Date: 2024/07/25

Revise Date: 2024/10/06

Accept Date: 2024/10/19

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1195539

The Role of Victim's Consent in Iran's Criminal Policy: Comparative Meta-Analysis

Hossain Ghezelbash¹Bagher Shamloo²Sayyed Mehdi Ahmadi Mousavi³

Abstract

The reported research in this article with aim to analyze the role of victim's consent in Iran's criminal policy using a comparative qualitative meta-analysis approach. By examining 75 scientific sources and in this way, determines the position and application of victim's consent in Iran's legal system and comparing it with other criminal law systems, such as criminal law of Germany, France, and Canada which is surveyed. Findings indicate that victim's consent is generally not accepted as a justification for a crime but can be considered as a factor for mitigating or waiving punishment, particularly in cases of retribution and blood money. Victim's consent plays a significant role in fields such as medical preliminaries and sports, while in fields such as euthanasia and sexual crimes, deals with legal and ethical challenges. The research shows in Iran's criminal law, the distinction between the initial victim's consent and forgiveness after the commission of a crime. Social, cultural, and religious factors influence the acceptance and application of victim's consent and in some cases, conflicts between individual autonomy and public order. This research emphasis the necessity of making more clear definition of victim's consent and developing legal mechanisms to remove existing ambiguities and conflicts in its application and importance of revising laws and criminal policies related to victim's consent and recommends using comparative approaches and restorative justice to improve Iran's criminal justice system.

Keywords: victim, victim's consent, initial victim's consent, victim's consent in crimes, victim's consent in criminal policy.

¹ PhD student in Criminal Law and Criminology, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

ghezelbashlawoffice@gmail.com

² Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; Visiting Professor, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran. (corresponding author). baghershamloo@gmail.com

³ Assistant Professor, Law Department, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

mousavi.ahmadi@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۳۱۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۴

DOI:10.71654/jcld.2024.1195539

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

جایگاه رضایت بزه دیده در سیاست کیفری ایران؛ فرا تحلیل تطبیقی

حسین قزلباش^۱

باقر شاملو^۲

سید مهدی احمدی موسوی^۳

چکیده

پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش رو، با هدف تحلیل نقش رضایت بزه دیده در سیاست کیفری ایران، با استفاده از روش فرا تحلیل کیفی تطبیقی، انجام شده است، ۷۵ منبع علمی را موضوع بررسی خود قرار می‌دهد و بدین طریق، جایگاه و کاربرد رضایت بزه دیده را در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با سایر نظام‌های حقوق کیفری، از جمله: حقوق کیفری آلمان، فرانسه و کانادا، تحلیل می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد: عموماً، رضایت بزه دیده، برای توجیه جرم، پذیرفته نمی‌شود؛ اما می‌تواند عاملی برای تخفیف یا حذف مجازات، به ویژه، در موارد قصاص و دیه، قرار گیرد. در حوزه‌هایی مانند: اقدامات پزشکی و ورزش، رضایت، نقش مهمی ایفاء می‌کند؛ در حالی که در زمینه‌هایی چون اتانازی و جرایم جنسی، همچنان، با چالش‌های قانونی و اخلاقی مواجه است. پژوهش حاضر، نشان می‌دهد: در حقوق کیفری ایران، تفکیک میان رضایت اولیه بزه دیده و بخشش پس از وقوع جرم، نیازمند تبیین بیشتری است. عوامل اجتماعی، فرهنگی و مذهبی، بر پذیرش و کاربرد رضایت بزه دیده، تأثیرگذار است و در برخی از موارد، تعارض‌هایی میان خود مختاری فردی و نظم عمومی، ایجاد کرده است. این پژوهش، بر ضرورت ایجاد تعاریف روشن‌تر از رضایت بزه دیده و توسعه ساز و کارهای قانونی برای رفع ابهامات و تعارض‌های موجود در کاربرد آن و اهمیت بازنگری در قوانین و سیاست‌های کیفری مرتبط با رضایت قربانی تأکید دارد و پیشنهاد می‌دهد: از رویکردهای تطبیقی و عدالت ترمیمی، برای بهبود نظام عدالت کیفری ایران استفاده شود.

واژگان کلیدی: بزه دیده، رضایت بزه دیده، رضایت اولیه بزه دیده، رضایت بزه دیده در جرایم، رضایت بزه دیده در سیاست کیفری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران. ghezelbashlawoffice@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران؛ استاد مدعو واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران. (نویسنده مسئول) baghershamloo@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران. mousavi.ahmadi@gmail.com

تحقق جنایت و وقوع جرم، غالباً مستلزم وجود بزه‌دیده‌ای است که آسیب دیده از فعل مجرمانه است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، بزه‌دیده فردی است که به طور مستقیم از جرم آسیب می‌بیند و باید در مراحل دادرسی کیفری، شاکی یا نماینده حقوقی در نظر گرفته شود؛ اما در برخی مواقع، شرایط خاصی وجود دارد که بزه‌دیده خود رضایت به وقوع جرم می‌دهد یا حتی در برخی از موارد، خود به صورت محرک جرم عمل می‌کند. این نوع از موارد به وضوح در برخی از جرائم خاص، مانند: قتل از روی ترحم، سقط جنین با رضایت زن یا حتی در جرائم جنسی و سایر جنایات به وضوح قابل مشاهده است؛ برای مثال، فردی که خود را به نزاع دعوت می‌کند یا شخصی که در مراحل پایانی بیماری رضایت به سلب حیات خود از پزشک می‌دهد، در این موارد می‌توان نقش رضایت بزه‌دیده را در تحقق جرم مشاهده کرد (گلدوزیان، ۱۳۸۶، ۱۲۶).

در قوانین جزائی ایران، که قوانین آمره و مربوط به نظم عمومی محسوب می‌شوند، رضایت بزه‌دیده به هیچ عنوان نمی‌تواند باعث تغییر ماهیت جرم یا رفع مسئولیت کیفری مرتکب شود. اصول حقوق جزای اسلامی و قوانین ایران بر این باور استوار است که بزه‌دیده در مواردی که جنایت علیه تمامیت جسمانی یا حیات خود به وقوع می‌پیوندد، نمی‌تواند رضایت خود را دلیل توجیه کننده ارتکاب جرم از سوی مجرم تلقی کند، حتی اگر فردی رضایت دهد علیه او جنایت یا تعرضی صورت گیرد، عمل مجرمانه همچنان جرم شناخته می‌شود و مجرم باید پاسخگو باشد. این رویکرد در فقه اسلامی نیز تبیین شده است؛ چرا که انسان مالک نفس خود نیست و نمی‌تواند آن را از خود سلب کند؛ بنا بر این، حتی اگر فردی از روی اختیار، به قتل یا آسیب به خود رضایت دهد، عمل ارتکاب جرم، همچنان باید مورد پیگیری قانونی قرار گیرد (آقایی نیا، ۱۳۹۱، ۸۷).

یکی از مسائلی که در حقوق جزای ایران مورد توجه قرار گرفته، تأثیر رضایت بزه‌دیده در زوال عنصر قانونی جرم و میزان تأثیر آن بر مسئولیت کیفری مرتکب است. در حقیقت، این مسأله نه تنها در حقوق ایران، بلکه در بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر نیز مطرح بوده است. رضایت بزه‌دیده در برخی از موارد می‌تواند موجب عدم تحقق جرم شود، به خصوص در جرائمی مانند: سرقت، خیانت در امانت یا ورود غیر مجاز به منزل که در این موارد، رضایت بزه‌دیده می‌تواند یکی از ارکان جرم به حساب آید و منجر به عدم تحقق جرم شود. این موضوع نشان می‌دهد که در برخی از جرائم، رضایت می‌تواند موجب زوال مسئولیت کیفری فرد مرتکب گردد؛ از سوی دیگر، در برخی دیگر از جرائم، علیرغم رضایت بزه‌دیده، عمل مجرمانه همچنان جرم محسوب می‌شود و بزه‌دیده نمی‌تواند رضایت خود را دلیلی برای رفع مسئولیت کیفری از مجرم مطرح کند (صادقی، ۱۳۹۴، ۱۰۶).

در این مقاله، به طور خاص، تلاش شده است تا جایگاه رضایت بزه‌دیده در سیاست کیفری ایران بررسی شود. اهمیت این موضوع از آنجا ناشی می‌شود که در بسیاری از موارد، قوانین جزائی به طور مستقیم و غیرمستقیم به بررسی مسأله رضایت بزه‌دیده پرداخته‌اند و آن را یک عامل مؤثر در تحلیل جرم و مسئولیت کیفری در نظر گرفته‌اند؛ این در حالی است که حقوق جزای ایران به طور کلی بیشتر در پی حفظ نظم عمومی و بقای جامعه است و قوانین جزائی، قواعدی آمره شناخته می‌شوند که نمی‌توانند بر اساس توافقات خصوصی افراد تغییر کنند (آقایانی، ۱۳۹۹، ۸۸)؛ به ویژه با توجه به تغییرات عمده و نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی در سال‌های اخیر، نیاز به تحلیل مجدد و بررسی عمیق‌تر تأثیر رضایت بزه‌دیده در حقوق کیفری ایران به وضوح محسوس است.

از نظر تاریخی، در برخی از نظام‌های حقوقی و فقهی، بزه‌دیده می‌تواند رضایت خود را به وقوع جرم اعلام کند و این رضایت می‌تواند اثرات خاصی در پی داشته باشد. این مسائل در زمینه‌هایی مانند: سقط جنین، قتل از روی ترحم یا حتی در برخی از جرائم جنسی بررسی شده‌اند. با این حال، در قوانین ایران، این‌گونه مسائل تحت شرایط خاصی مطرح می‌شود و نظر غالب بر این است که رضایت بزه‌دیده نمی‌تواند دلیل توجیه‌کننده عمل مجرمانه مورد پذیرش قرار گیرد (صانعی، ۱۳۸۳، ۱۵۶/۱). این دیدگاه بیشتر در جهت حفظ حقوق عمومی و استقرار نظم اجتماعی است که بر اساس آن، حتی در صورت رضایت فرد به ارتکاب جرم علیه خود، جرم همچنان باید مجازات شود.

مفهوم رضایت بزه‌دیده یکی از پیچیده‌ترین و چالش برانگیزترین مفاهیم در حقوق کیفری است که در طول تاریخ و در جوامع مختلف، همواره دستخوش تحولات بسیاری شده است. این مفهوم به ویژه در ایران، با توجه به ماهیت تلفیقی نظام حقوقی این کشور که ترکیبی از فقه اسلامی و قوانین مدنی است، جایگاه خاصی دارد. رضایت بزه‌دیده به معنای موافقت آگاهانه و آزادانه فردی است که جرم علیه او صورت گرفته است، با انجام یا عدم انجام اقدامی که در شرایط عادی جرم محسوب می‌شود.

این مفهوم با اصول بنیادین حقوق کیفری نظیر: اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل لزوم اثبات جرم و اصل مسئولیت کیفری فردی در تعامل پیچیده‌ای قرار دارد. در نظام حقوقی ایران، رضایت بزه‌دیده از یک سو با اصل آزادی اراده و حق انتخاب فردی پیوند خورده و از سوی دیگر، با ضرورت حفظ نظم عمومی و حقوق جامعه محدود می‌شود. این تعارض میان حقوق فردی و منافع اجتماعی، یکی از مهمترین چالش‌هایی است که درک و تفسیر مفهوم رضایت بزه‌دیده را در نظام حقوقی ایران دشوار می‌کند.

مفهوم رضایت بزه‌دیده در حقوق کیفری ایران همواره در تعامل میان فقه اسلامی و حقوق مدنی با چالش‌هایی رو به رو بوده است. تحلیل این مفهوم در بستر حقوق کیفری ایران، به ویژه با توجه به ماهیت تلفیقی نظام حقوقی کشور، ضروری به نظر می‌رسد. از یک سو، رضایت بزه‌دیده ابزاری برای تسهیل حل و فصل اختلافات و ارتقای عدالت در برخی جرایم، در چهار چوب رویکردهای نوین عدالت کیفری،

مانند: عدالت ترمیمی و مشارکت قربانیان، مورد تأکید قرار گرفته است (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۰؛ اردبیلی، ۱۳۹۵، ۸۷/۲)؛ از سوی دیگر، تطبیق این مفهوم با قواعد فقهی و مدنی در حقوق ایران، موجب بروز مسائل و مشکلاتی در تفسیر و کاربرد آن در رویه قضایی شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۶، ۱۳۲؛ صناعی، ۱۳۸۳، ۱۵۷).

رضایت بزه‌دیده به معنای تمایل قلبی و موافقت او با انجام تعرضی بر حقوق و آزادی‌های خود است. این مفهوم در بسیاری از نظام‌های حقوقی، به ویژه در نظام‌های اسلامی، در کنار تحلیل عناصر جرم، یکی از ارکان مهم در تشخیص وقوع جرم و تأثیر آن بر مسئولیت کیفری مرتکب محسوب می‌شود (اردبیلی، ۱۳۹۵، ۸۸/۲). در حقوق کیفری ایران، به طور خاص، از آنجا که قوانین جزایی بیشتر برای استقرار نظم عمومی و بقای جامعه تدوین شده‌اند، رضایت بزه‌دیده نمی‌تواند یک علت توجیه کننده جرم تلقی شود (صناعی، ۱۳۸۳، ۱۹۰/۱)؛ حتی اگر بزه‌دیده به ارتکاب جرم علیه خود راضی باشد، این رضایت به هیچ وجه نمی‌تواند از مسئولیت کیفری مرتکب جرم بکاهد (شامبیاتی، ۱۳۸۸، ۹۷).

در این راستا، فقه اسلامی نیز یکی از مبانی اصلی حقوق کیفری ایران، بر مسأله عدم تأثیر رضایت در جرایمی که به حیات یا تمامیت جسمانی انسان آسیب می‌زنند، تأکید دارد. این اصل بر این مبنا استوار است که انسان مالک نفس خود نیست و نمی‌تواند آن را از خود سلب کند (گلدوزیان، ۱۳۸۶، ۱۳۵)؛ برای مثال، در جرم قتل، حتی اگر مقتول از قبل رضایت به قتل خود داده باشد، این امر به هیچ وجه موجب قانونی شدن عمل ارتكابی نمی‌شود (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۰).

از سوی دیگر، رضایت بزه‌دیده در برخی جرایم می‌تواند تأثیر قابل توجهی بر مسئولیت کیفری مرتکب داشته باشد. در برخی از جرایم، مانند: قتل، ضرب و جرح، یا صدمات جسمانی، رضایت بزه‌دیده هیچ تأثیری بر وقوع جرم و مسئولیت کیفری مرتکب ندارد (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۱). این موضوع به ویژه در جرایمی که به طور مستقیم با حیات و تمامیت جسمانی فرد مرتبط هستند، مورد تأکید قرار می‌گیرد. در حقوق ایران، جرم قتل، حتی اگر از روی رضایت فرد قربانی باشد، همچنان یک جرم عمدی شناخته می‌شود و مرتکب آن به مجازات خواهد رسید (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۲/۸؛ شامبیاتی، ۱۳۸۸، ۹۵). با این حال، در برخی دیگر از جرایم، مانند: جرایم علیه اموال و مالکیت، رضایت بزه‌دیده می‌تواند موجب سقوط جرم و عدم تعقیب کیفری شود (شامبیاتی، ۱۳۸۸، ۹۷)؛ برای مثال، در صورتی که شخصی رضایت به سرقت از اموال خود بدهد، جرم سرقت تحقق نمی‌یابد (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۴).

یکی از چالش‌های مهم در حقوق کیفری ایران، تفکیک میان انواع مختلف رضایت است. این مسأله به ویژه در زمینه جرایم جنسی و پزشکی اهمیت دارد (آقای نی، ۱۳۹۱، ۳۵). در جرایم جنسی، جایی که رضایت بزه‌دیده ممکن است در برخی شرایط از نظر قانون مورد پذیرش قرار گیرد، تفکیک میان رضایت پیشین و رضایت حین وقوع جرم و تأثیر آن بر اثبات جرم، پیچیدگی‌هایی را به وجود می‌آورد (آقا بابایی

بنی، ۱۳۹۱، ۱۰۶)؛ برای مثال، در مورد سقط جنین با رضایت مادر، در برخی از کشورهای غربی، رضایت مادر به سقط جنین، یک عمل قانونی و قابل پذیرش شناخته می‌شود، در حالی که در حقوق ایران، این عمل به طور کلی غیرقانونی است و رضایت مادر نمی‌تواند آن را مجاز کند (آقا بابایی بنی، ۱۳۹۱، ۱۱۰). این چالش‌ها در ارتباط با جرایم پزشکی نیز قابل مشاهده است. در مواردی که یک فرد برای انجام عمل جراحی رضایت می‌دهد، حتی اگر در نتیجه این عمل جراحی فرد فوت کند، برخی از نظام‌های حقوقی، مانند حقوق ایران، ممکن است رضایت بیمار را برای رفع مسئولیت پزشک نپذیرند و این امر ممکن است منجر به تقاضای مجازات برای پزشک شود (اردبیلی، ۱۳۹۵، ۸۹/۲).

در بستر رویکردهای جدید عدالت کیفری، به ویژه عدالت ترمیمی، که هدف آن بازسازی روابط آسیب‌دیده و جبران خسارت به بزه‌دیده است، اهمیت رضایت بزه‌دیده، عامل تسهیل‌کننده در حل و فصل اختلافات و ارتقای عدالت اجتماعی، بیشتر نمایان می‌شود. در این رویکردها، رضایت قربانی نه تنها یک ابزار برای بازسازی اجتماعی در نظر گرفته می‌شود، بلکه می‌تواند نقش مهمی در تعیین نوع مجازات یا معافیت از مجازات ایفا کند (شامبیاتی، ۱۳۸۸، ۹۹). در فرآیندهای میانجیگری و توافقی‌های قضائی، رضایت بزه‌دیده ممکن است تأثیرات قابل توجهی بر نوع و شدت مجازات مرتکب جرم داشته باشد، که خود می‌تواند به بهبود فرایند قضایی و ارتقای عدالت در جامعه کمک کند (آقایی نیا، ۱۳۹۱، ۱۴۰).

در نهایت، مفهوم رضایت بزه‌دیده در حقوق کیفری ایران، با توجه به پیوند میان فقه اسلامی و حقوق مدنی، همچنان نیازمند تحلیل و بررسی‌های بیشتری است (صانعی، ۱۳۸۳، ۱۹۲/۱؛ گلدوزیان، ۱۳۸۶، ۱۲۹). در بسیاری از موارد، رضایت بزه‌دیده می‌تواند موجب تغییر در نحوه برخورد با جرم و مجازات آن شود، اما در جرایم خاص، به ویژه آن‌هایی که با حیات و تمامیت جسمانی فرد مرتبط هستند، این رضایت نمی‌تواند موجب زوال جرم یا معافیت از مجازات شود (آقایی نیا، ۱۳۹۱، ۳۶).

در پژوهش حاضر، برای درک بهتر جایگاه و نقش رضایت بزه‌دیده در نظام حقوق کیفری ایران، مجموعه‌ای از مقالات و پایان‌نامه‌های مرتبط با این موضوع مورد بررسی قرار گرفته است که به تحلیل موارد خاص و دیدگاه‌های حقوقی در زمینه‌های گوناگونی مانند: قتل، اتانازی، جرایم جنسی و صدمات بدنی پرداخته‌اند و با ارائه پژوهش‌های جامع و تطبیقی، ابعاد گسترده‌تری از موضوع، به ویژه در زمینه تفاوت‌های فرهنگی، فقهی و قانونی را آشکار کرده‌اند. این پژوهش‌ها نشان می‌دهند: رضایت بزه‌دیده عموماً نمی‌تواند توجیه‌کننده جرم باشد، اما در برخی موارد استثنایی، ممکن است به تخفیف یا رفع مجازات منجر شود.

۱. رضایت بزه دیده برای توجیه ارتکاب جرم

پذیرش محدود رضایت برای توجیه ارتکاب جرم، در حقوق ایران، به طور کلی با احتیاط و محدودیت‌هایی همراه است؛ زیرا در نظام حقوقی ایران، رضایت قربانی، توجیه قانونی برای ارتکاب جرم معمولاً پذیرفته نمی‌شود. این رویکرد به ویژه به دلیل آن است که بسیاری از جرایم در حقوق کیفری ایران علاوه بر جنبه فردی، تهدیداتی علیه نظم عمومی و منافع اجتماعی تلقی می‌شوند. در حقیقت، پذیرش رضایت برای توجیه ارتکاب جرم می‌تواند نظم عمومی را تحت تأثیر قرار داده و موجب ایجاد مشکلاتی در زمینه حفظ حقوق جامعه گردد (الیاسی نیا و عارف نیا، ۱۴۰۱، ۱۲؛ سروری و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۲۳).

با این حال، در برخی موارد خاص، ممکن است رضایت قربانی تحت شرایط خاص برای توجیه جرم پذیرفته شود. این استثنائات، شامل حوزه‌های مختلفی هستند که در آن‌ها رضایت قربانی در چهار چوب قوانین و مقررات خاص، ممکن است تأثیرگذار باشد؛ برای مثال، در اقدامات پزشکی، رضایت قربانی امری ضروری است. در مواردی که یک فرد برای انجام عمل پزشکی نیاز به درمان دارد، پزشکان موظفند: رضایت آگاهانه بیمار را اخذ کنند؛ به ویژه در مواقعی که این درمان‌ها ریسک‌هایی برای بیمار دارند. این پذیرش رضایت در این حوزه، نه تنها در راستای تأمین حقوق فردی بیمار است، بلکه در چهار چوب اصول اخلاقی پزشکی و وظایف قانونی پزشک نیز قرار دارد (اعزازی طرقي، ۱۴۰۱، ۱۰).

در زمینه رویدادهای ورزشی، به ویژه ورزش‌های تماسی، شرکت کنندگان، معمولاً، خطرات ذاتی ورزش را به طور ضمنی پذیرفته و با اطلاع از خطرات احتمالی، در این فعالیت‌ها مشارکت می‌کنند. در چنین شرایطی، اگرچه شرکت کنندگان به طور طبیعی با صدمات جزئی رو به رو می‌شوند، اما صدمات شدید یا خارج از محدوده طبیعی ورزش، همچنان موضوعی است که نیازمند بررسی حقوقی و قضائی است (کریمی گلباغی، ۱۳۸۸، ۱۲). در این موارد، حتی اگر رضایت اولیه ورزشکاران به پذیرش خطرات اعلام شده باشد، صدمات شدیدتر ممکن است، جرم محسوب شده و پاسخ قانونی آن متفاوت باشد.

استثنای دیگری که در حقوق ایران وجود دارد، مربوط به مسائل قصاص و دیه است. در جرایمی که مجازات آن‌ها قصاص یا دیه است، رضایت قربانی پیش از وقوع جرم ممکن است باعث چشم‌پوشی از مجازات یا کاهش آن شود. این نوع رضایت در حقوق ایران در شرایط خاص و تحت ضوابط شرعی و قانونی قابل پذیرش است (رحیمی رکنی، ۱۳۷۸؛ صادقی، ۱۴۰۰، ۹)؛ برای مثال، در مواردی که فردی به طور عمدی آسیبی به دیگری وارد کرده و قربانی از او درخواست گذشت کند، ممکن است با رضایت قربانی، مجازات کاهش یابد یا حتی از آن چشم‌پوشی شود.

اما برخی از حوزه‌های حقوقی، همچنان محل بحث و چالش هستند؛ برای نمونه، اتانازی، که در آن، رضایت بیمار برای پایان دادن به حیات خود مورد توجه قرار می‌گیرد، علیرغم پذیرش احتمالی رضایت بیمار، معمولاً، این عمل، قتل تلقی می‌شود. در بسیاری از کشورها، اتانازی به دلایل اخلاقی و پزشکی، به

طور قانونی پذیرفته نمی‌شود و در حقوق ایران نیز این عمل با محدودیت‌های قانونی همراه است (آقابابایی، ۱۳۹۱، ۳۴؛ موسوی بجنوردی و رضوی نیا، ۱۳۹۳، ۲۳).

در نهایت، یکی از پیچیده‌ترین موضوعات در این زمینه به ویژه در حقوق ایران، جرایم جنسی است. در این حوزه، تعریف دقیق رضایت قربانی از جمله مسائل چالش برانگیز است که باعث ایجاد ناسازگاری در تفسیر و حکم دادگاه‌ها شده است. این عدم وضوح در قوانین می‌تواند منجر به تفسیرهای مختلفی از سوی قضات و در نتیجه ایجاد ناهماهنگی در اجرای عدالت شود؛ به ویژه در مواردی که قربانی رضایت خود را اعلام کرده است؛ اما چگونگی این رضایت و شرایط آن ممکن است همچنان مبهم باشد (محمد صالحی، ۱۴۰۲، ۱۳؛ غفوریان زاده، ۱۳۹۶، ۹).

بنا بر این، با وجود پذیرش محدود رضایت برای توجیه ارتکاب جرم در برخی از حوزه‌ها، مواردی همچون: جرایم جنسی و اتانازی، همچنان در نظام حقوقی ایران، محل بحث و بررسی است و برای رسیدن به یک رویکرد منسجم و یکپارچه نیازمند تحلیل‌های بیشتری است.

۲. رضایت بزه‌دیده در سایر نظام‌های حقوق کیفری

پذیرش رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم در نظام‌های حقوق کیفری کشورهای مختلف، با تفاوت‌ها و شباهت‌هایی همراه است؛ این تفاوت‌ها و شباهت‌ها، معمولاً، به دلیل تفاوت در مبانی قانونی، فرهنگی و فلسفی حقوقی هر کشور ایجاد می‌شود و در نهایت، تأثیر زیادی بر نحوه برخورد با مفهوم رضایت در مسائل کیفری دارد.

در نظام حقوق کیفری آلمان، رضایت قربانی به طور نسبی پذیرفته می‌شود؛ به ویژه در شرایطی که عمل ارتكابی، غیر اخلاقی نباشد؛ به این معنا که اگر عمل انجام شده از نظر اخلاقی پذیرفته شده باشد و با اصول اخلاقی اجتماعی و فردی در تعارض نباشد، رضایت قربانی می‌تواند عامل کاهش دهنده مسئولیت کیفری قرار گیرد. این رویکرد، نشان دهنده تمایل حقوق آلمان به پذیرش رضایت، عاملی در تعدیل مجازات‌ها است؛ به ویژه در جرایم مربوط به اموال یا برخی از جرایم جنسی که توافق‌های طرفین ممکن است اثراتی بر روند قضائی داشته باشد (برزگر، ۱۴۰۱، ۸).

نظام حقوق کیفری فرانسه، خلاف آلمان، مانند ایران، رضایت قربانی را به تنهایی برای توجیه ارتکاب جرم نمی‌پذیرد. در فرانسه، حتی اگر قربانی از وقوع جرم راضی باشد، این رضایت، به هیچ وجه نمی‌تواند عمل ارتكابی را مشروع یا قانونی کند. این رویکرد، مشابه با نظام حقوقی ایران است که در آن، رضایت قربانی در بسیاری از جرایم نمی‌تواند موجب معافیت از مسئولیت کیفری مرتکب شود؛ به ویژه در جرایمی که جنبه‌های اخلاقی و اجتماعی مهمی دارند؛ مانند: قتل یا آسیب‌های جدی به تمامیت جسمانی فرد، رضایت قربانی هیچ‌گونه تأثیری در مجاز بودن عمل ندارد (رزاقی، ۱۳۱۸، ۱۰۶۴).

در نظام‌های حقوقی کانادا و مصر، پذیرش رضایت قربانی بیشتر در زمینه تخفیف مجازات‌ها صورت می‌گیرد. در این کشورها، رضایت قربانی ممکن است عاملی برای کاهش شدت مجازات‌ها و یا اعمال شرایط تخفیفی برای مجرم در نظر گرفته شود، اما به طور کلی نمی‌تواند توجیهی برای ارتکاب جرم مورد پذیرش قرار گیرد؛ به عبارت دیگر، اگرچه رضایت قربانی در برخی موارد می‌تواند تأثیراتی بر مجازات مرتکب داشته باشد، اما همچنان جرم بودن عمل و مسئولیت کیفری مرتکب به طور اصولی محفوظ است. این رویکرد در کانادا و مصر، به ویژه در جرایم علیه اموال یا برخی از جرایم جنسی، کاربرد دارد که در صورت اعلام رضایت از سوی قربانی، می‌توان شدت مجازات را کاهش داد (اکبری خانقاه، ۱۳۹۹، ۱۴؛ بابائی آرباطان، ۱۴۰۱، ۱۲).

اگرچه نظام‌های حقوق کیفری کشورهای مختلف، به طور متفاوتی به پذیرش رضایت قربانی می‌نگرند، اما این مفهوم، در بیشتر کشورها نمی‌تواند توجیهی برای ارتکاب جرم محسوب شود. در بسیاری از موارد، رضایت قربانی تنها، عاملی در تخفیف مجازات یا تعدیل مسئولیت کیفری، مورد توجه قرار می‌گیرد؛ در حالی که در جرایمی که به طور مستقیم با حقوق اساسی انسان‌ها مرتبط هستند، مانند: قتل یا صدمات جسمانی شدید، رضایت قربانی هیچ تأثیری بر ماهیت جرم و مسئولیت مرتکب ندارد.

۳. چالش‌های حقوقی و رویه‌ای در تفسیر رضایت بزه‌دیده

در حقوق کیفری ایران، پذیرش رضایت قربانی، توجیهی برای ارتکاب جرم، معمولاً، مورد قبول نیست؛ اما در برخی موارد خاص می‌تواند تأثیراتی بر نحوه برخورد با جرم و مجازات مرتکب داشته باشد. یکی از حوزه‌های پیچیده در این زمینه، اتانازی یا قتل از روی ترحم است. منابع مختلف نشان می‌دهند که در ایران، حتی اگر بیمار رضایت خود را برای انجام اتانازی اعلام کند، این عمل همچنان قتل عمد محسوب می‌شود و قابل پیگرد قضائی است. این رویکرد در ایران، به طور خاص بر اصل فقهی تقدس زندگی استوار است که زندگی انسان را غیر قابل تسلیم به اراده فردی می‌داند و اجازه نمی‌دهد هیچ‌گونه اقدام مرگ‌آوری حتی با رضایت فرد صورت پذیرد (آقابابایی، ۱۳۹۱، ۵۵؛ موسوی بجنوردی و رضوی نیا، ۱۳۹۳، ۲۲؛ جمعه‌زاده، ۱۳۹۸، ۱۳).

در حوزه جرایم جنسی، یکی از چالش‌های عمده حقوق کیفری ایران، تعریف دقیق رضایت قربانی و حدود آن است. این مسأله، به دلیل عدم وضوح قانونی و ابهام در تفسیر مفاهیم مرتبط با رضایت، موجب بروز تناقض‌هایی در تفسیر و اجرای احکام قضائی شده است. در بسیاری از موارد، فقدان تعریف دقیق و روشن از رضایت قربانی در قانون، به ویژه در جرایم جنسی، منجر به تفسیرهای متفاوت و متناقض در رویه قضائی می‌شود که مشکلاتی را در تطبیق اصول عدالت ایجاد می‌کند (محمد صالحی، ۱۴۰۲، ۱۳؛ غفوریان زاده، ۱۳۹۶، ۹).

علاوه بر این، یکی دیگر از مشکلات اساسی در حقوق کیفری ایران، تمایز دادن میان رضایت پیش از وقوع جرم و بخشش پس از آن است. پژوهش‌ها نشان می‌دهند: این تمایز، در قوانین ایران به طور روشن و مشخص تعریف نشده است؛ به ویژه در جرایمی که قربانی پس از وقوع جرم اقدام به بخشش می‌کند. این مسأله موجب سردرگمی در رویه قضائی و ایجاد تفسیرهای متناقض شده است. در واقع، عدم تفکیک دقیق میان این دو مفهوم، که در برخی موارد می‌تواند تأثیرات اساسی بر روند دادرسی داشته باشد، یکی از چالش‌های مهم در نظام حقوقی ایران است (ربیع، ۱۴۰۰، ۵۲۸).

این یافته‌ها نشان می‌دهند: به طور کلی، رضایت قربانی در حقوق کیفری ایران، توجیهی برای ارتکاب جرم، پذیرفته نمی‌شود، ولی در برخی موارد خاص، مانند: اقدامات پزشکی و ورزش‌های تماسی، می‌تواند تأثیرات مهمی داشته باشد. در حوزه‌های خاصی که در آن‌ها رضایت قربانی یا بیمار برای انجام اقداماتی نظیر: عمل جراحی یا شرکت در ورزش‌های تماسی ضروری است، رضایت نقش کلیدی ایفاء می‌کند؛ با این حال، مشکلاتی مانند: عدم وضوح قوانین مرتبط با جرایم جنسی و اتانازی و نیاز به تعریف دقیق‌تر مفاهیم رضایت و بخشش، همچنان از مشکلات عمده در حقوق کیفری ایران محسوب می‌شود.

۴. استدلال‌های موافقان و مخالفان پذیرش رضایت بزه‌دیده برای توجیه ارتکاب جرم

در بحث پذیرش رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم، استدلال‌های مخالف و موافق بسیاری مطرح شده‌اند که هرکدام بر اساس اصول مختلف حقوقی، اخلاقی و اجتماعی بنا شده‌اند.

۴-۱. استدلال‌های مخالفان پذیرش رضایت بزه‌دیده

استدلال‌های مخالفان پذیرش رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم، بیشتر بر حفاظت از نظم عمومی تأکید دارند. بر اساس این دیدگاه، نظم عمومی و منافع اجتماعی باید بر خواسته‌های فردی اولویت داشته باشند. در این رویکرد، حتی اگر فردی با ارتکاب جرم علیه خود موافق باشد، این عمل به طور مستقیم به نظم عمومی آسیب می‌زند و می‌تواند به تقویت رفتارهای ضد اجتماعی در جامعه منجر شود؛ به ویژه در جرایم علیه سلامت جسمانی و زندگی انسان، پذیرش رضایت قربانی، توجیهی برای ارتکاب جرم، می‌تواند آثار منفی زیادی بر جامعه داشته باشد؛ بنا بر این، در حقوق کیفری ایران، رضایت قربانی نمی‌تواند موجب مشروعیت جرم شود؛ زیرا هدف از قوانین جزایی حفظ نظم عمومی و امنیت اجتماعی است (الیاسی نیا و عارف نیا، ۱۴۰۱، ۱۲).

علاوه بر این، استدلال‌های مخالفان، شامل پیشگیری از سوء استفاده از قربانیان آسیب پذیر می‌شود. در جرایم مالی و جنسی، افراد ممکن است تحت فشارهای مختلف، مانند: فقر یا تهدید، رضایت دهند. پذیرش رضایت در چنین شرایطی، ممکن است منجر به بهره‌کشی از قربانیانی شود که توانایی مقاومت، برابر ارتکاب جرم را ندارند. در این موارد، حتی اگر قربانی رضایت دهد، این امر نمی‌تواند توجیهی برای

ارتکاب جرم پذیرفته شود؛ زیرا به ویژه در جرایم جنسی، رضایت به طور واقعی و آزادانه ممکن است محقق نشود (موسوی بجنوردی و رضوی نیا، ۱۳۹۳، ۲۱).

از دیگر استدلال‌های مخالفان، می‌توان به ناسازگاری با اصول اسلامی اشاره کرد. در فقه اسلامی، زندگی انسان دارای تقدس خاصی است و هیچ فردی نمی‌تواند آن را از خود سلب کند. این اصل در تضاد با پذیرش رضایت قربانی در برخی از جرایم، به ویژه در مورد اتانازی (قتل از روی ترحم) قرار دارد. در حقوق اسلامی، حتی اگر فرد رضایت دهد که زندگی او پایان یابد، این عمل، همچنان، قتل عمد شناخته شده و مجازات خواهد داشت. این دیدگاه، با پذیرش رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم، در برخی نظام‌های حقوقی مغایر است (موسوی بجنوردی و رضوی نیا، ۱۳۹۳، ۲۱).

۲-۴. استدلال‌های موافقان پذیرش رضایت بزه‌دیده

استدلال‌های موافقان پذیرش رضایت قربانی، توجیهی برای ارتکاب جرم، بیشتر بر اصول حقوقی فردی و اجتماعی تأکید دارند. یکی از مهمترین استدلال‌ها در این زمینه، احترام به خود مختاری فردی است. این دیدگاه بر این باور استوار است که هر فرد باید حق داشته باشد که درباره سرنوشت خود، تصمیم‌گیری کند؛ به ویژه در مواردی مانند: درمان پزشکی یا فعالیت‌های توافقی. در این چهار چوب، وقتی فردی با آگاهی و رضایت کامل از پیامدهای اقدام خود، تصمیم به انجام عملی می‌گیرد که ممکن است خطرات یا پیامدهای قانونی داشته باشد، این اقدام نباید به طور خودکار جرم تلقی شود. به طور خاص، در زمینه‌های پزشکی و اجتماعی که افراد می‌توانند آزادانه تصمیم بگیرند، پذیرش رضایت، به صورت اصلی پذیرفته شده، می‌تواند موجب افزایش عدالت و رعایت حقوق بشر شود (ربیع، ۱۴۰۰، ۵۳۶).

استدلال دیگری که در حمایت از پذیرش رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم مطرح می‌شود، تأثیر آن در ترویج عدالت ترمیمی است. عدالت ترمیمی، یک رویکرد نوین در حقوق کیفری بر بازسازی روابط آسیب دیده و جبران خسارت به بزه‌دیده تأکید دارد. در این رویکرد، رضایت قربانی می‌تواند به ویژه در فرآیند میانجیگری و توافقات قضائی نقشی کلیدی در کاهش تنش‌های اجتماعی و تقویت حس مسئولیت‌پذیری بین مرتکبان جرم ایفاء کند. این رویکرد در جرایم غیر خشونت آمیز، مانند: برخی جرایم مالی و یا حتی در برخی موارد خاص از جرایم جنسی، می‌تواند زمینه‌ساز کاهش مجازات یا اصلاح رفتار مجرم باشد. در اینجا، رضایت قربانی می‌تواند موجب آشتی و سازش شود و به تسهیل روند دادرسی کمک کند (اکبری خانقاه، ۱۳۹۹، ۱۴).

در نهایت، یکی دیگر از استدلال‌های موافقان، تأثیر رضایت قربانی در تخفیف مجازات است. در برخی موارد، پذیرش رضایت قربانی می‌تواند موجب کاهش شدت مجازات برای مرتکب جرم شود؛ برای مثال، در جرایم مالی و یا برخی موارد از جرایم جنسی، اگر قربانی رضایت دهد، یا به نحوی به جبران خسارت کمک کند، این امر می‌تواند به کاهش مجازات یا حتی معافیت از مجازات منجر شود. این دیدگاه

در برخی از نظام‌های حقوق کیفری، مانند حقوق کیفری ایران، در مورد جرایم مالی یا اموالی که منافع اجتماعی کمتری دارند، پذیرفته شده است. در مواردی که فرد مرتکب جرم، در فرآیند جبران خسارت همکاری می‌کند، تخفیف مجازات می‌تواند چونان ابزاری قانونی، مورد استفاده قرار گیرد (زاوش، ۱۳۹۶، ۱۱).

در مجموع، استدلال‌های مخالف و موافق در این زمینه به‌طور مستقیم به‌ویژه در جرایم خاص، نیاز به تحلیل دقیق‌تر دارند. در حالی که مخالفان بر حفاظت از نظم عمومی، پیشگیری از سوءاستفاده از قربانیان آسیب‌پذیر و ناسازگاری با اصول اسلامی تأکید دارند، موافقان بر احترام به خودمختاری فردی، ترویج عدالت ترمیمی و تأثیر رضایت در تخفیف مجازات پافشاری می‌کنند. در نتیجه، این تضادها نشان می‌دهند که نیاز به بازنگری دقیق‌تر قوانین و رویکردهای حقوقی در این زمینه ضروری است تا حقوق فردی و منافع اجتماعی به‌طور همزمان رعایت شوند.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش، با بررسی گسترده نقش رضایت قربانی در حقوق کیفری ایران، یافته‌ها نشان داد: رضایت قربانی برای توجیه ارتکاب جرم در نظام حقوق کیفری ایران پذیرفته نیست؛ چراکه جرایم علاوه بر جنبه فردی، دارای ابعاد عمومی و مرتبط با نظم و امنیت اجتماعی هستند. این اصل، به ویژه در جرایمی نظیر قتل که شدیدترین جنبه‌های مجرمانه را دارند، مشهود است؛ زیرا رضایت قربانی هیچ نقشی در رفع مسئولیت کیفری مرتکب ندارد.

با این حال، رضایت قربانی می‌تواند در موارد خاص، عاملی برای کاهش مجازات یا حتی معافیت از آن مورد توجه قرار گیرد. در جرایمی نظیر: قصاص و دیه، قانونگذار ایرانی زمینه‌هایی برای سازش و گذشت فراهم کرده است که نشان دهنده انعطاف‌پذیری نظام کیفری در توجه به خواسته‌های قربانیان و تقویت عدالت ترمیمی است.

این پژوهش همچنین نشان داد: رضایت قربانی در برخی حوزه‌های خاص، نظیر: پزشکی و ورزش، دارای نقش تعیین‌کننده است. در حوزه پزشکی، رضایت آگاهانه بیمار، پیش شرط انجام هرگونه اقدام درمانی است و در ورزش‌های تماسی، رضایت ضمنی شرکت‌کنندگان مبنای قانونی برای پذیرش خطرات معمول این فعالیت‌ها است. این کاربردهای خاص، نشان دهنده جایگاه رضایت در حوزه‌هایی است که به‌طور مستقیم با اختیار و اراده فرد مرتبط هستند؛ در عین حال، ابهامات و چالش‌هایی در برخی زمینه‌ها، مانند: اتانازی و جرایم جنسی، وجود دارد که نیازمند توجه و بررسی بیشتر است؛ به ویژه، مرزبندی دقیق میان رضایت قربانی و بخشش پس از وقوع جرم، یکی از نقاط ضعف حقوق کیفری ایران محسوب می‌شود که می‌تواند به برداشت‌های متناقض در نظام قضایی منجر شود.

در نهایت، می‌توان نتیجه گرفت: نقش رضایت قربانی در حقوق کیفری ایران چند وجهی و پیچیده است؛ در حالی که اصل حاکمیت قانون و حفظ نظم عمومی، محدودیت‌هایی برای پذیرش رضایت برای توجیه ارتکاب جرم ایجاد می‌کند، اما در راستای تحقق عدالت ترمیمی، قانونگذار نقش این عامل را در کاهش مجازات و تسهیل فرآیند سازش به رسمیت شناخته است.

کتابشناسی

۱. آقابابایی، امیر، (۱۳۹۱)، نقش رضایت مجنی علیه در مجازات قتل از روی ترحم (اتانازی)، فصلنامه فقه، ۷۲، ص ۳۳-۶۱.
۲. آقابابایی بنی، اسماعیل، (۱۳۹۱)، مسائل فقهی و حقوقی قتل از روی ترحم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳. آقایی نیا، حسین، (۱۳۹۱)، تأثیر رضایت پیشین مجنی علیه در سقوط قصاص و دیه، نشریه حقوق اسلامی، ۸ (۲۹).
۴. آقایی نیا، حسین، (۱۳۹۹)، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، تهران، انتشارات میزان.
۵. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان.
۶. اعزازی طرقي، محمد، (۱۴۰۱)، ورزش‌های خشن از منظر سیاست کیفری ایران، تهران، دانشکده پیشگیری از جرم و اصلاح و تربیت، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۷. اکبری خانقاه، علی، (۱۳۹۹)، بررسی گذشت مجنی علیه و تأثیر آن در مسئولیت کیفری با مطالعه تطبیقی در حقوق کانادا، اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۸. الیاسی نیا، امیر؛ عارف نیا، طاهره، (۱۴۰۱)، تأثیر اذن بزه دیده بر مسئولیت کیفری بزهکار در فقه اسلامی و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۸ (۲)، ص ۱۱-۳۳.
۹. بابائی آرباطان، مصطفی، (۱۴۰۱)، نقش رضایت بزه‌دیده در منع مسئولیت کیفری بزهکار از منظر فقه، حقوق موضوعه ایران و مصر، تبریز، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۱۰. برزگر، محمد، (۱۴۰۱)، مطالعه تطبیقی رضایت بزه‌دیده بر ایراد صدمه بدنی در حقوق ایران و آلمان، نشریه آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۴، ص ۳-۳۲.
۱۱. جمعه زاده، فریده، (۱۳۹۸)، اتانازی در فقه اسلام، خرم آباد، مرکز پیام نور خرم‌آباد، دانشگاه پیام نور استان لرستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۱۲. ربیع، علی، (۱۴۰۰)، گذشت شاکی و آثار آن در حقوق کیفری ایران، نشریه تحقیقات حقوق قضایی، ۴، ص ۵۲۷-۵۴۶.
۱۳. رحیمی رکنی، امیر، (۱۳۷۸)، نقش رضایت مجنی علیه در تعیین مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۱۴. رزاقی، علی، (۱۳۱۸)، رضایت مجنی علیه در قوانین فرانسه: آیا رضایت مجنی علیه عملی است که کار مجرم را مشروع می‌کند؟ مجموعه حقوقی، ۱۲۶، ۱۰۶۱-۱۰۶۴.
۱۵. زاوش، علی، (۱۳۹۶)، تأثیر رضایت مجنی علیه بر جرائم غیر عمد علیه اشخاص، بندر لنگه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندر لنگه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۱۶. سروری، علی محمد؛ کریمی نیا، محمد مهدی؛ انصاری مقدم، محمد، (۱۴۰۱)، بررسی مسأله رضایت مجنی علیه در قتل عمد از دیدگاه حقوق افغانستان، نشریه مطالعات و تحقیقات در علوم رفتاری، ۱۲، ص ۱۶۳-۱۷۱.

۱۷. شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۸۸)، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، ویستار، چاپ دوم.
۱۸. صادقی، محمد هادی، (۱۳۹۴)، بررسی فقهی و حقوقی اتانازی، مطالعات حقوقی، ۷ (۲)، ص ۹۹-۱۲۲.
۱۹. صادقی، محمد، (۱۴۰۰)، تأثیر رضایت قبل از جنایت در سقوط قصاص و دیات از منظر فقه اسلامی و حقوق موضوعه، قم، مجتمع عالی فقه دانشگاه بین المللی مصطفی (جامعة المصطفی العالمية)، رساله دکتری.
۲۰. صانعی، پرویز، (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.
۲۱. غفوریان زاده، سعید غلامحسین، (۱۳۹۶)، رضایت و تأثیر آن در جرایم منافی عفت، یاسوج، دانشگاه یاسوج، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۲۲. کرمی گلباغی، داوود، (۱۳۸۸)، نقش رضایت مجنی علیه در صدمات بدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۲۳. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۶)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، ماجد، چاپ اول.
۲۴. محمد صالحی، مصطفی، (۱۴۰۲)، بررسی نقش رضایت در جرایم جنسی، کرج، دانشگاه البرز، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۲۵. موسوی بجنوردی، سید محمد؛ رضوی نیا، محمد، (۱۳۹۳)، اتانازی در فقه و حقوق اسلامی با محوریت آرای امام خمینی، پژوهشنامه متین، ۶۳، ص ۳۶۲-۳۶۱.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.4, Issue 12, Winter 2024, P: 131-154

Receive Date: 2024/10/29

Revise Date: 2024/11/30

Accept Date: 2024/12/03

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1195277

Conditions of the Semi-liberty System in Iran's Criminal Law; the Challenges and Solutions

Ali Mashayekhian¹Hassanali Mouzenzadegan²Jan Ahmad Aghaei Siyatil³Sayyed Ali Mirebrahimi⁴

Abstract

The semi-liberty system is an alternative institution to imprisonment that entered the Iran's criminal law system in 1392 with the approval of the Islamic Penal Code. The reported research in the following article, with the aim of determining the challenges and causes of the inefficiency of the conditions of the semi-liberty system, by interviewing 30 person of experienced judges from different cities of the country and analyzing a number of verdicts of criminal courts which are indexed in the judicial decisions' site, that surveys the status of semi-liberty system in criminal law system of Iran. This study shows that: criminal courts, due to the lack of necessary infrastructure and the emergence of challenges in the conditions of implementing the semi-liberty system, rarely issue decisions based on the semi-liberty system. Obtaining the convict's consent, obtaining a obligation from the convict, the necessity of the certainty of the accused's conviction, the absolute pardon of the private plaintiff, the discretion of the court issuing the final verdict, the convict's request from the court, the feasibility of the existence of the convict's right to object and the necessity of supervising of the semi-liberty centers are from main sources of challenges to the implementation of the semi-liberty system. It is possible to consider satisfaction of general consent of the offender, entrusting the determination of the type of job activity to the competent court, validate and appreciate the previous writ, expanding the obligation to perform multiple activities, exclusive of obtaining the plaintiff's pardon for serious crimes, the adequacy of the recognition of expediency by court and needlessness of the plaintiff's request to enjoy the semi-liberty system and providing sufficient funding for them and caring for the convict after freedom are as possible solutions to overcome the challenges facing the implementation of the semi-liberty system.

Keywords: semi-liberty system, alternatives to imprisonment, conditions of the semi-liberty system, challenges of the semi-liberty system.

¹ PhD student of criminal law and Criminology , Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran. a.mashayekhian@gmail.com

² professor, Department of criminal law and Criminology, Allameh Tabatabai university, Tehran, Iran. (corresponding author). moazenadegan@gmail.com

³ Assistant Professor, Department of law, Bandar Anzali Branch, Islamic Azad University, Bandar Anzali, Iran.

Ahmad.aghaei16@gmail.com

⁴ Assistant Professor, Department of Jurisprudence and law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran. mirebali@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۵۴۱۳۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۹/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۸

DOI:10.71654/jcld.2024.1195277

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

شرایط نظام نیمه آزادی در حقوق کیفری ایران؛ چالش‌ها و راهکارها

علی مشایخیان^۱

حسنعلی مؤذن زادگان^۲

جان احمد آقایی سیاتیل^۳

سید علی میر ابراهیمی^۴

۱۳۲

چکیده

نظام نیمه آزادی، از نهادهای جایگزین حبس است که در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی، وارد نظام حقوق کیفری ایران شد. پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش رو، با هدف تبیین چالش‌ها و علل ناکارآمدی شرایط نظام نیمه آزادی، از طریق انجام مصاحبه با ۳۰ نفر از قضات با تجربه شهرهای مختلف کشور و تحلیل شماری از آراء محاکم کیفری، نمایه شده در سامانه آراء قضایی، وضعیت نظام نیمه آزادی را در حقوق کیفری ایران، مورد بررسی قرار می‌دهد. این بررسی، نشان می‌دهد: محاکم کیفری، به جهت فقدان زیر ساخت‌های لازم و بروز چالش در شرایط اجرای نظام نیمه آزادی، به ندرت، به صدور رأی، بر مبنای نظام نیمه آزادی، مبادرت می‌ورزند. اخذ رضایت محکوم، اخذ تعهد از محکوم، لزوم قطعیت حکم محکومیت متهم، گذشت علی الاطلاق شاکی خصوصی، صلاحدید دادگاه صادر کننده حکم قطعی، درخواست محکوم از دادگاه، امکان سنجی وجود حق اعتراض محکوم و ضرورت نظارت مراکز نیمه آزادی، خود، از عمده‌ترین مناشی بروز چالش، جهت اجرای نظام نیمه آزادی است. می‌توان اکتفاء به رضایت کلی بزهکار، واگذاری تعیین نوع فعالیت شغلی به دادگاه صالح، معتبر و مناسب دانستن تأمین قبلی، بسط تعهد به انجام فعالیت‌های متعدد، انحصار اخذ گذشت شاکی به جرایم سنگین، کفایت ترتیب جبران ضرر و زیان شاکی از سوی بزهکار، کفایت تشخیص مصلحت از سوی دادگاه و عدم لزوم درخواست محکوم برای برخورداری از نظام نیمه آزادی، ایجاد مراکز نیمه آزادی و تأمین اعتبار کافی برای آن‌ها و مراقبت بر محکوم را پس از آزادی، از جمله راهکارهای ممکن رفع چالش‌های پیش روی اجرای نظام نیمه آزادی برشمرد.

واژگان کلیدی: نظام نیمه آزادی، جایگزین‌های حبس، شرایط نظام نیمه آزادی، چالش‌های نظام نیمه آزادی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. a.mashayekhian@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول). moazenadegan@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد بندر انزلی، دانشگاه آزاد اسلامی، بندر انزلی، ایران. Ahmad.aghaei16@gmail.com

۴. استادیار گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. mirebali@yahoo.com

مقدمه

امروزه، به گواهی تجارب بین المللی و داخلی، عدم کارآمدی نظریه‌ی اصلاح و درمان و عدم سودمندی زندان (کوتاه مدت و بلند مدت)، واقعیتهای ثابت شده است؛ از این رو، چند دهه‌ای است که در محافل و نوشته‌های علمی، سخن از جایگزین‌های حبس مطرح است. آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات، تعلیق تعقیب و نظام نیمه آزادی، در شمار این جایگزین‌ها قرار دارند.

نظام نیمه آزادی، با اعطای آزادی مقید و محدود به زندانی، مترصد باز اجتماعی و تسهیل بازگشت او به اجتماع و زندگی معمولی، بازپروری و اصلاح وی بدون نیاز به ماندن کامل در طول روز در زندان و جلوگیری از یادگیری جرایم دیگر است. از آثار زیانبار زندان می‌کاهد و در مسیر حفظ ثبات خانواده گام می‌پوید و موجب قضا زدایی و کاهش تورم کیفری است (گسن، ۱۳۷۱، ۲۸۴؛ نوربها، ۱۳۹۰، ۱۲۷؛ دانش، ۱۳۷۶، ۳۹۲).

چه اینکه امروزه، ثابت شده است: حبس، مجازات مناسبی برای بسیاری از جرایم نیست. اعمال مجازات حبس، به معایب و آثار مخربی مبتلا است که ضرورت پرهیز از آن را در بسیاری از موارد، نمایان ساخته است. حبس زدایی، از طریق اعمال نظام نیمه آزادی، به میزان قابل توجهی، موجب کاهش تعداد جمعیت کیفری زندان است. شخص محکوم به زندانی، با اعلام رضایت و پذیرش، برای اعمال نظام نیمه آزادی، در فراهم آمدن زمینه اصلاح و بازپروری خود، مشارکت می‌جوید و بر روند آن و نیل به نتیجه مورد نظر، اثرگذار است و در زمان اجرای حکم حبس، فعالیت‌های آموزشی، حرفه آموزی، درمانی، شغلی و مانند آن‌ها، خارج از زندان انجام می‌گیرد و مشارکت در زندگی خانوادگی، تداوم می‌یابد. گذشت شاکی، حاصل و تأمین مناسب سپرده می‌شود. در وضعیت فعلی، که حذف کیفر زندان از نظام قضایی، نه به مصلحت است و نه ممکن، یافتن جایگزین و راهکاری که به کنترل و مهار بزهکار منجر شود، اجتناب ناپذیر است (خالق، ۱۳۸۶، ۱۱۵).

علاوه بر مواد: ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، تبصره ذیل ماده: ۸ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳، مقررات ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی را در مورد حبس-های تعزیری درجه: ۲، ۳ و ۴، در صورت گذراندن یک چهارم مدت حبس، قابل اعمال می‌داند؛ البته، در خصوص حبس‌های تعزیری درجه: ۵ تا ۷، شرطی برای گذراندن مدتی از حبس محکوم، پیش بینی نشده است.

بی شک، اعمال هر نظام کیفری، با چالش‌هایی ماهوی و شکلی، رو به رو است و از این رو، اعمال نظام نیمه آزادی در سیاست جنایی و کیفری ایران نیز با چنین چالش‌هایی مواجه است. اینکه چالش‌های مذکور، کدام است و راهکارهای رفع آن‌ها چیست، پرسش‌هایی است که نوشتار پیش رو، مترصد نیل به

پاسخ آن‌ها است. ضمناً، اهداف اصلی اجرای جایگزین‌ها مبنی بر اصلاح و درمان مجرمین و جلوگیری از تکرار جرم، در این نوع مجازات، کاملاً مراعات نمی‌گردد (احمدی و همکاران، ۱۴۰۰، ۱۲).

اینکه دادگاه، این اختیار را دارد که در صورت وجود مصلحت و عدم درخواست محکوم، نظام نیمه آزادی را بر او تحمیل کند، عدم امکان اعتراض محکوم، به رد درخواست نظام نیمه آزادی، ماهیت تأمینی که دادگاه از محکوم می‌گیرد، امکان اخذ تأمین از محکوم، به هنگام اعطای نظام نیمه آزادی، به فراتر از موارد و نوع تأمین‌های مذکور در قانون آئین دادرسی کیفری، چگونگی اخذ رضایت از محکوم و شمول رضایت به نوع فعالیت شغلی، إبهام در شمول هدف اصلاح در خصوص فعالیت شغلی مورد نظر دادگاه، محدودیت اعمال نظام نیمه آزادی، در صورت شرط نهادن گذشت علی‌الاطلاق شاکی خصوصی و لزوم همراه کردن آن با سایر روش‌های جبران خسارت شاکی خصوصی، عدم اختصاص گذشت شاکی خصوصی، برای جرائم سنگین و عدم امکان حذف رضایت شاکی خصوصی برای جرائم سبک، با توجه به اینکه موضوع نظام نیمه آزادی در مواد: ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی و مواد: ۵۵۳ و ۵۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری، مذکور است، محرویت تبیین ساختار نظام نیمه آزادی به موادی چند از قانونی در قانون مجازات اسلامی و آئین دادرسی کیفری و نیازمندی مسائل و مصادیق نظام نیمه آزادی، به شرح و بسط و توضیحی فراتر و بیشتر از مواد مذکور، از شمار چالش‌هایی است که نظام نیمه آزادی، با آن، رو به رو است.

از این رو، نوشتار پیش رو، با استعانت از روش توصیفی تحلیلی، برای نیل به راهکارهای حل چالش‌های ماهوی، متغیرهای: نوع و ماهیت جرم ارتكابی، اخذ رضایت محکوم، سپردن تأمین مناسب و اخذ تعهد از محکوم در اشتغال منتهی به اصلاح بزه‌کار یا جبران خسارت بزه دیده را بررسی می‌کند و برای نیل به راهکارهای رفع چالش‌های شکلی، متغیرهای: لزوم قطعیت حکم محکومیت متهم، گذشت علی‌الاطلاق و لزوم همراه کردن آن با سایر روش‌های جبران خسارت شاکی خصوصی، صلاحدید دادگاه صادر کننده حکم قطعی یا درخواست محکوم از دادگاه، امکان سنجی وجود حق اعتراض محکوم به رأی نیمه آزادی و ضرورت نظارت مراکز نیمه آزادی بر فعالیت شغلی محکوم را می‌کاود.

از آنجا که نظام نیمه آزادی، دارای شرایطی است که برخی به جرم، برخی به مجازات، برخی به مرجع صادر کننده حکم و برخی به نحوه تصمیم‌گیری دادگاه، مربوط است، مقاله حاضر، در راستای لحاظ واقعیت‌مانندی موضوع پژوهش، بخشی از داده‌های خود را از طریق مصاحبه با سی نفر از قضات دست‌اندر کار نقاط مختلف کشور و بررسی و تتبع در آراء و دادنامه‌های قابل مشاهده در سامانه آراء قضایی، گرد آورده است.

۱. شرایط ماهوی نظام نیمه آزادی

شرایط ماهوی، عمدتاً، ناظر به شرایط مربوط به جرم، مجازات و مرتکب است؛ همان گونه که شرایط شکلی، شیوهی اجراء را بیان می‌کند. منظور از شرایط ماهوی، آن دسته از شرایطی است که قوام و پایه‌ی نظام نیمه آزادی، به آن‌ها وابسته است و در صورت فقدان آن‌ها امکان اجرای آن، میسر نیست.

۱-۱. نوع و ماهیت جرم ارتكابی

نظام نیمه آزادی، نسبت به جرائم بسیار مهم و دارای مجازات شدید اعمال نمی‌گردد؛ زیرا فرض، این است که مرتکبان این جرایم، مجرمانی خطرناک، خلاف مجرمان اتفاقی هستند که اعمال مجازات بر آنان، فاقد سود دهی کامل است (زراعت، ۱۳۹۳، ۳۱۰/۲).

در سیاست کیفری ایران، وفق قانون مجازات اسلامی، در جرائم حدی، امکان اعمال نظام نیمه آزادی وجود ندارد. در جهت اجرای قانون کاهش مجازات‌های تعزیری، تبصره‌ای به ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی اضافه شد که جرایم تعزیری درجه‌های: ۲ تا ۴، در شمول نظام نیمه آزادی، قرار گرفت، مشروط به اینکه فرد محکوم، یک چهارم از مجازات حبس را گذرانده باشد؛ از این رو، قانونگذار، برای اعمال نظام نیمه آزادی، یک بار معیار تعزیر و بار دیگر معیار محکومیت و درجه جرم ارتكابی را ملاک عمل، در نظر گرفته است؛ بنا بر این، معیار قانونگذار در خصوص نظام نیمه آزادی، مبهم است (پور قهرمانی و کرمانیان، ۱۴۰۰، ۱۳۹).

بر اساس نظریه‌ی مشورتی شماره: ۷/۱۴۰۱/۵۶۶ مورخ: ۱۴۰۱/۰۸/۰۹ اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضائیه، در خصوص نظام نیمه آزادی موضوع مواد: ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی، اینکه ملاک حبس‌های موضوع ماده: ۵۷، مجازات قانونی است یا قضایی؟ اعلام می‌دارد: منظور از عبارت: حبس‌های تعزیری، در صدر ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، مجازات قانونی جرم ارتكابی است، نه مجازات قضایی که در دادنامه قید می‌شود؛ زیرا قانونگذار در این ماده، از عبارت: محکومیت به حبس، استفاده نکرده است و مؤید این نظر، تصریح ماده: ۶۲ قانون مجازات اسلامی است که به جرائم تعزیری اشاره می‌کند.

شرط استفاده از نظام نیمه آزادی، محکومیت به مجازات حبس است؛ خواه، مجازات مذکور، کیفر قانونی جرمی است که محکوم علیه به اتهام آن، محکومیت یافته است و خواه، مجازات دیگری است که طبق ماده: ۳۷ قانون مجازات اسلامی، به حبس، تقلیل یافته است؛ پس، نوع مجازاتی که قاضی، هنگام صدور رأی در حکم قید می‌کند، از اهمیت برخوردار است. منظور از جرم‌های تعزیری درجه‌ی دو تا هفت، جرم‌هایی است که میزان مجازات حبس آن‌ها از نود و یک روز تا بیست و پنج سال است؛ بنا بر این، در سایر جرم‌های تعزیری دارای حبس کمتر از درجه‌ی دو و همچنین، در آن دسته از جرم‌های شرعی، مستوجب حبس حدی، امکان برخورداری از نظام نیمه آزادی وجود ندارد، ولی چنانچه مجازات قصاص،

به حبس تقلیل یابد، برخورداری از این نظام، امکان پذیر است و مرتکبان جرم‌های مهم که مجازاتی بیش از بیست و پنج سال حبس دارند، در شمول این نظام قرار نمی‌گیرند و از ارفاق مذکور، برخوردار نمی‌شوند. قانونگذار، بدین جهت، محکومیت به حبس درجه: ۸ هشت، یعنی: حبس تا ۳ ماه را در نظام نیمه آزادی بیان نکرده است که این گونه حبس‌ها قابلیت اجرایی ندارد؛ علاوه بر این، در چنین فرصت کوتاهی نمی‌توان برای کار در خارج از زندان یا فعالیت‌های مفید دیگر برنامه ریزی کرد (الهام و همکاران، ۱۳۹۲، ۱۴۷)؛ زیرا وفق قانون کاهش مجازات‌های حبس تعزیری، قانون نحوه‌ی وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین و نیز ماده: ۶۵ قانون مجازات اسلامی، مجازات مذکور، به جایگزین حبس، تبدیل می‌شود.

هرچند قانون مجازات اسلامی، در خصوص اعمال نظام نیمه آزادی نسبت به نوجوانان اشاره‌ای ندارد و در فصل دهم، مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال نیز به آن، نپرداخته است، با این وصف، نظام نیمه آزادی شامل نوجوانان نیز می‌شود.

نظام نیمه آزادی، گامی است که قانونگذار در جهت فردی کردن مجازات برداشته است. صدور حکم به استفاده از نظام نیمه آزادی، از اختیارات خاص دادگاه صادر کننده حکم قطعی است و سایر مقامات قضایی، نظیر: مقامات دادرسی، حق صدور حکم به نظام نیمه آزادی را ندارند.

نظام نیمه آزادی، حقی برای محکوم است که می‌تواند آن را از دادگاه، تقاضا کند، اما قاضی، مکلف نیست که حبس وی را تحت این نظام قرار دهد و در صورت عدم موافقت دادگاه با درخواست محکوم علیه، برای وی، حق اعتراض، وجود ندارد؛ اما رد تقاضای نظام نیمه آزادی، مانع از تقاضای مجدد آن نیست.

اینکه محکوم علیه برای برخورداری از نظام نیمه آزادی، به سپری کردن مدتی از حبس خود، نیازمند است، از منطوق ماده: ۵۶ قانون مجازات اسلامی، چنین استنباط می‌شود که شرط استفاده‌ی محکوم علیه از نظام نیمه آزادی، در جرائم پنج تا هفت، خلاف آزادی مشروط، سپری کردن مدتی از حبس نیست (آقایی، ۱۴۰۱، ۱۳۰/۳).

تبصره ذیل ماده: ۴۵ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر در مورد جرائمی که مجازات بیش از ۵ سال حبس دارد، از شمول استفاده از نهادهای ارفاقی منع نموده بود، اما با عنایت به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره: ۸۴۶ مورخ: ۱۴۰۳/۰۱/۲۸ که در آن، تأکید گردید: نظر قانونگذار در ماده: ۴۵ موصوف، صرفاً، ناظر به مرحله‌ی اجرای حکم است و مانع از اعمال نهادهای ارفاقی در مرحله‌ی صدور حکم نیست، لذا به نظر می‌رسد: مانع قانونی مذکور در ماده: ۴۵، با رأی وحدت رویه اخیر، مرتفع گشته است.

۲-۱. اخذ رضایت محکوم

شیوه‌ی نظام نیمه آزادی، در راستای باز اجتماعی کردن بزهکار انجام می‌یابد. در این روش، با اعطای آزادی مقید و محدود به زندانی، این امتیاز و امکان، به وی داده می‌شود که خود را با جامعه تطبیق دهد و به دامن اجتماع بازگردد. در این شیوه، به محکوم، چونان انسانی مجبور به پذیرش اعمال این شیوه دیده نمی‌شود، بلکه او انسان مختاری است که می‌تواند رضایت یا عدم رضایت خویش را نسبت به آن اعلام کند؛ از این رو، نظر وی در این خصوص، مؤثر است (غلامی، ۱۳۸۹، ۷۲۷).

در حقیقت، نظام نیمه آزادی، قراردادی میان قاضی و محکوم است و معامله‌ی اتهام، ابزار مؤثری در دادرسی کیفری است؛ زیرا هزینه‌های اجرایی را هم برای مقامات تعقیب و هم برای طرفین دعوی کاهش می‌دهد و از این رو، برای نظام قانونی با منابع محدود، اهمیت دارد (روشن قنبری، ۱۳۹۰، ۱۰۲). قانون مجازات اسلامی با پذیرش نهاد نیمه آزادی در مواد: ۵۶ و ۵۷ به شکل نوین و در قالب قرارداد، در مسیر شناسایی و وارد کردن شیوه‌ی معامله‌ی اتهام در سیستم قضایی کشور گام برداشته است (نیازپور، ۱۳۹۰، ۱۰۳۴).

محکوم، تعهد می‌دهد: فعالیت‌هایی برای اجتماعی شدن و کاستن از آثار جرم، انجام دهد. محکوم، با ایجاب یا قبول خود، یک عمل ارادی انجام می‌دهد و باید اعمال ارادی، با رضایت، همراه باشد. در قانون، به صراحت، مشخص نشده است: باید محکوم، به اعمال نظام نیمه آزادی، رضایت دهد و یا رضایت به تعهد، مورد نظر است. اگر محکوم، به فعالیت خاصی راضی نباشد، معنای آن، عدم رضایت وی به اعمال نظام نیمه آزادی است. این شرط، نشان می‌دهد: نظام نیمه آزادی، با نهاد میانجیگری و مصالحه، ارتباط نزدیکی دارد و ویژگی خصوصی شدن دادرسی کیفری را بارزتر می‌سازد.

در صورتی نظام نیمه آزادی به شکل مفید و مناسب به اجراء در می‌آید که محکوم، با طیب و رضایت خاطر با مرجع قضایی همکاری کند و نیت او فریب دادگاه نباشد و این امر، محتاج وسایل و لوازمی است که کسب اعتماد محکوم علیه، یکی از آن موارد است؛ چنانچه محکوم، اطمینان یابد: اقدامات مورد نظر، برای اصلاح وی و نه به قصد مجازات او است، اشتیاق بیشتری به برنامه‌های در نظر گرفته شده، نشان می‌دهد و اخذ رضایت او بدون اجبار و اکراه است.

ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: قاضی می‌تواند محکوم را با رضایت وی، تحت نظام نیمه آزادی قرار دهد؛ از این رو، می‌توان چنین استنباط کرد: قاضی بدون رضایت محکوم، حق صدور حکم نیمه آزادی را ندارد؛ زیرا مکلف کردن هر فردی به انجام کاری باید با رضایت او باشد و الا از مصادیق کار اجباری است که با موازین قانونی، مغایرت دارد. قراردادهای و تعهدات بین المللی دولت‌ها و قوانین حقوق بشری نیز به قضات، اجازه‌ی تحمیل کار اجباری را در پوشش کیفر نمی‌دهد؛ لذا مراجع قضایی، مجاز نیستند که بدون اخذ رضایت شخص محکوم، کاری بر او تحمیل کنند.

اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضائیه در نظریه‌ی مشورتی شماره: ۷/۹۷/۲۷۳۱ مورخ: ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ اعلام می‌دارد: ماده: ۵۶ قانون مجازات اسلامی، نظام نیمه آزادی را تعریف می‌کند و توضیح می‌دهد و در مقام بیان چگونگی استفاده از این نهاد نیست. به شرحی که در ماده: ۵۷ قانون مزبور آمده است: در حبس‌های درجه پنج تا هفت، دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی می‌تواند با حصول شرایط مقرر در این ماده، محکوم را با رضایت خود او، تحت نظام نیمه آزادی قرار دهد. اختیار دادگاه، در این زمینه، به مرحله اجراء، محدود نیست، بلکه مقارن صدور حکم قطعی هم می‌تواند اجرای حکم را تحت نظام نیمه آزادی قرار دهد. تبصره: ۲ ماده: ۵۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری نیز با توجه به عبارت: «بجز مواردی که در قانون یا در حکم دادگاه تصریح شده است» مؤید این امر است؛ ضمناً، در قسمت آخر ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، تصریح شده است: «همچنین محکوم می‌تواند در طول دوره تحمل مجازات، در صورت دارا بودن شرایط قانون، صدور حکم نیمه آزادی را تقاضا کند و دادگاه، موظف به رسیدگی است» که خود، بر این نظر، دلالت دارد.

موافقت شفاف و روشن ذی‌نفع، جهت برخورداری از نظام نیمه آزادی ضرورت دارد؛ چه اینکه در این نظام، محکوم علیه، به رعایت قواعد عام و خاصی ملزم است که به وی اعلام می‌گردد. می‌توان نظام نیمه آزادی مشروط به کسب موافقت بزه‌کار را از جلوه‌های توافقی شدن آیین دادرسی کیفری دانست و قانونگذار، شرط مذکور را جهت هماهنگی هرچه بیشتر موازین مربوط به نظام نیمه آزادی با مقررات حقوق بشری، در نظر گرفته است.

رویه قضایی در فرانسه نشان می‌دهد: حضور زندانی در جریان اتخاذ مستقیم تصمیم قضایی، بین قضات، متفاوت است و می‌توان استنباط کرد: حقوق زندانی و اتخاذ تصمیم از طریق رسیدگی مبتنی بر تراضی است (لارگیه، ۱۳۷۸، ۱/۱۶۳).

در موضوع اخذ رضایت از محکوم، قبل از اعطای نظام نیمه آزادی، اینکه اخذ رضایت کلی، مورد نظر است و یا رضایت به نوع فعالیت شغلی هم باید اعلام شود و اینکه در فعالیت شغلی، حرفه آموزی و درمان، تعیین نوع آن‌ها با محکوم است، به نظر می‌رسد: اعلام رضایت کلی محکوم، به اعمال نظام نیمه آزادی، کفایت می‌کند و می‌توان تعیین نوع فعالیت شغلی، حرفه‌ای و درمانی را از اختیارات دادگاه صالح دانست.

در خصوص نوجوانان که سن آنان بین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام است، اخذ رضایت، با رعایت موازین قانون کار، جهت اعطاء نظام نیمه آزادی ضروری است. با توجه به ممنوعیت قانون کار، در ارجاع کار به نوجوانانی که زیر سن ۱۵ سالگی هستند، حتی با رضایت ولی قهری یا قانونی یا قیم طفل نمی‌توان هیچگونه کار و یا تعهد به انجام کار را جهت اعطاء نظام نیمه آزادی، بر عهده نوجوانان زیر ۱۵ سال نهاد.

۳-۱. سپردن تأمین مناسب

شرط دیگر ماهوی برای صدور حکم به نظام نیمه آزادی، اخذ تأمین مناسب، از متهم است. قرار تأمین کیفری، برای دسترسی به متهم و جبران ضرر و زیان ناشی از جرم گرفته می‌شود و چنانچه متهم، در مواقع ضروری، حضور پیدا نکند، تأمین سپرده شده، به دستور دادستان ضبط می‌شود. در نظام نیمه آزادی، اخذ تأمین، به منظور حضور متهم در زندان و عدم فرار از عدالت است. اینکه می‌توان در صورت عدم حضور محکوم، مقررات مربوط به تأمین کیفری را از جمله ضبط به دستور دادستان، درباره‌ی تأمین مذکور در نظام نیمه آزادی، اعمال کرد؛ اینکه در فرض کفایت تأمین مأخوذ قبلی، منظور قانونگذار از ترکیب واژگانی: تأمین متناسب، چیست و نیز ماهیت این تأمین جدید چیست، از جمله چالش‌های پیش روی اجرای نظام نیمه آزادی است.

اگر گفته شود: قرار اخذ تأمین در نظام نیمه آزادی، همان قرار تأمین کیفری است، در این صورت، یکی از قرارهای تأمین کیفری، در شمول مقررات آن، قرار می‌گیرد که ضمانت اجرای آن، موضوع قرار تأمین است (ولیدی، ۱۳۹۳، ۳۱).

عبارت: «سپردن تأمین مناسب» بدون ابهام نیست؛ چه اینکه قانونگذار، سپردن تأمین مناسب را بدون قید کیفری ذکر کرده است که اگر از آن، تأمین کیفری، مقصود است، عبارت مذکور، بیانگر و ظاهر در این قصد نیست و اگر معنای عام تأمین، یعنی: مطلق ضمانت، مقصود است، چگونگی سپردن تأمین، معلوم نیست.

به نظر می‌رسد: منظور قانونگذار، از عبارت: سپردن تأمین مناسب، تأمین کیفری است. قانونگذار، بدین جهت، عبارت مذکور را به صورت مطلق بیان کرده است تا بر معنای خاص و اصطلاحی آن در آیین دادرسی کیفری، حمل شود؛ بنا بر این، دادگاه، یکی از قرارهای تأمین کیفری (به جز بازداشت موقت) را صادر می‌کند و محکوم، بر اساس مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، تأمین مناسبی تودیع می‌کند. در تحقیقات مقدماتی، هنگام تفهیم اتهام، قاضی باید یکی از قرارهای تأمین کیفری را صادر کند. ممکن است گفته شود: با وجود این قرار صادره، دیگر، به اخذ تأمین مناسب، نیازی نیست و یا اینکه در صورتی تأمین مناسب، اخذ می‌شود که در تحقیقات مقدماتی، قرار تأمین کیفری، صادر نشده است.

سخن مذکور، مردود است؛ زیرا به محض اینکه اجرای مجازات حبس، شروع می‌شود، قرار تأمین کیفری، خود به خود، لغو می‌گردد و از این رو، قرار وجود ندارد تا از آن، استفاده شود؛ البته، دادگاه می‌تواند آن تأمین پیشین را ابقاء کند، لکن باید تمامی مراحل قانونی آن، از قبیل: صدور قرار قبولی و قبولی کفیل یا وثیقه‌گذار، طی شود.

اگر واژه‌ی «تأمین»، به قرارهای تأمین کیفری، منصرف نباشد و مطلق ضمانت از محکوم، منظور باشد، تشخیص مناسب بودن تأمین، بر عهده‌ی دادگاه است و تشریفات خاصی هم برای اخذ آن، وجود ندارد.

قاضی، به رعایت اصل تناسب تأمین، ملزم است؛ بدین معنی که باید قرار تأمین، با بزه ارتكابی متهم، متناسب باشد.

قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، نوع، میزان و چگونگی سپردن تأمین را مشخص نکرده است و اینکه مقصود قانونگذار از تأمین، مصادیق تأمین‌های کیفری است و یا نوعی دیگر. شاید بهتر و مطلوب‌تر، این است که قانونگذار به جای اخذ تأمین مناسب، همان تأمین قبلی را تا اجرای کامل حکم، معتبر داند و دادگاه را از اخذ تأمین مجدد، معاف سازد.

قرار تأمین، قیدی است محدود کننده آزادی که مطابق ترتیبات قانونی و برای امکان دسترسی به متهم، درباره‌ی وی اعمال می‌شود. اخذ تأمین، اولین اقدام رسمی مقام قضایی، پس از بازجویی است. پیش بینی توأمان قرارهای تأمین و نظارت قضایی و نیز مقرر داشتن التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی و یا بدون نظارت با این تجهیزات، از ابتکارات آئین دادرسی کیفری است که در مواد: ۲۱۷، ۲۱۸ و ۲۴۷ این قانون، پیش بینی شده است و ضمن تعیین تکلیف وضعیت صدور قرار برای اتهامات متعدد متهم، قرار تأمین واحد صادر می‌شود؛ مگر اینکه رسیدگی به جرائم ارتكابی، در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های مختلف باشد که در این صورت، برای اتهامات موضوع صلاحیت هر دادگاه، قرار تأمین متناسب و مستقل صادر می‌شود؛ بنا بر این، صدور قرارهای تأمین به التزام و عدم خروج از منزل و یا اقامت و قرارهای نظارت قضایی نیز می‌تواند در زمره قرارهای تأمین مناسب تلقی شود.

سپردن تأمین و دادن تعهد در جهت پذیرش نیمه آزادی برای متهم، قائم به شخص متهم است و این فرضیه را تقویت می‌کند که حضوری بودن محاکمه و دادرسی، ضرورت دارد و بعید است که در صورت عدم حضور متهم، دادگاه بتواند چنین امتیازی برای وی قائل شود. قانونگذار ایران، در خصوص تعویق مجازات، به صراحت، صدور قرار تعویق حکم را به صورت غیابی، ممکن نمی‌داند و دلیل آن، سپردن تعهد از سوی محکوم است و می‌توان این وضعیت را شامل نظام نیمه آزادی نیز دانست؛ هر چند در قانون، تصریحی به این مورد، دیده نمی‌شود.

۱-۴. أخذ تعهد از محکوم در اشتغال منتهی به اصلاح او یا جبران خسارت بزه‌دیده

محکوم می‌تواند با تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، حرفه آموزشی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی یا درمان اعتیاد یا بیماری که در فرآیند اصلاح وی یا جبران خسارت وارد بر بزه‌دیده، مؤثر است، از نظام نیمه آزادی برخوردار شود.

ظاهراً، قانونگذار، با تشویق بزه‌کاران به انجام تعهدات، تمرین کارهای خوب و انجام رفتارهای مطابق با هنجارهای اجتماعی و تقویت سلامتی و بهزیستی، بازپروری آنان را دنبال می‌کند.

در انجام تعهدات یا الزامات، نوعی رضایت ضمنی ملاحظه می‌شود که جنبه‌ی توافقی بودن بهره‌مندی از این نوع ارفاق را افزایش می‌دهد. روش نیمه آزادی، بر پایه‌ی اعتماد به زندانی، پی ریزی شده است و با توجه به طرز رفتار و شایستگی اخلاق و شخصیت و میزان محکومیت او اجراء می‌شود. همان گونه که بزهکار، به حمایت و توجه، نیاز دارد تا ضمن اصلاح و درمان، به فعالیت و فرآیند اجتماعی بازگردد، به همان نسبت، حمایت از بزه دیده نیز نیاز است تا وی نیز که قربانی اهداف و اعمال بزهکار است، با ترمیم دردها و آسیب‌های مادی و معنوی و روانی و عاطفی که بر او وارد شده است، مسیر سازگاری خود را با فعالیت‌های اجتماعی تنظیم کند و سبب تشفی خاطر او فراهم گردد (لیر و فیلیرولا، ۱۳۷۹، ۷۴). بدون تردید، روش نیمه آزادی با تأثیر پذیری از دانش جرم‌شناسی به سیاست جنایی و قوانین کشورها وارد شده است. بی شک قوانین جزایی کشور ایران نیز از آموزه‌های جرم‌شناسی تأثیرات قابل توجهی یافته است و نهاد جدید نیمه آزادی با هدف‌های جرم‌شناختی و کیفر شناختی به قانون مجازات اسلامی وارد شده است. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۷۰، ۸۸)

در ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، درباره‌ی موضوع تعهد محکوم علیه، چنین آمده است: «انجام یک فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، حرفه آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی، یا درمان اعتیاد، یا بیماری که در فرآیند اصلاح یا جبران خسارت وارد بر بزه دیده مؤثر است». شاید از ظاهر قانون، حصری بودن موضوع تعهد و عدم اجازه‌ی دادگاه، جهت انتخاب تعهدی غیر از تعهدهای ذکر شده در قانون، استنباط شود، اما عبارات قانون، عام است - مانند ترکیب واژگانی: فعالیت شغلی که شامل فعالیت‌های فراوان است - همین ویژگی، این اختیار را برای دادگاه فراهم می‌سازد که تعهدات دیگری بر عهده محکوم نهد.

قانونگذار، در این ماده، پس از بیان موضوع تعهد، قید: «که در فرآیند اصلاح یا جبران خسارت وارد بر بزه دیده مؤثر است» را آورده است. اینکه قید ذکر شده، به تمامی موضوعات قبل از خود برمی‌گردد و یا فقط به درمان بیماری، مختص است، چالش و ابهام پیش روی ماده فوق است.

وفق قواعد علم اصول، رجوع و شمول قید مذکور نسبت به آخرین موضوع، امری قطعی است؛ اما مقید ساختن دیگر موضوعات قبل از موضوع اخیر، به قید ذکر شده، به وجود قرینه نیازمند است. اندک درنگ در عبارات ماده فوق الذکر از وجود قرائنی حکایت دارد که شمول قید مذکور را نسبت به تمامی موارد و موضوعات بیان شده در این ماده، به اثبات می‌رساند؛ نخست اینکه اصلاح مجرم و جبران خسارات بزه‌دیده، هدف اصلی نظام نیمه آزادی است و از این رو، باید تمامی فعالیت‌ها دارای چنین خصوصیتی باشد؛ دو دیگر اینکه قید: «جبران خسارت بزه دیده» با درمان بیماری محکوم، ارتباطی ندارد و اگر به دیگر موضوعات برنگردد و به مورد اخیر حصر شود، بی شک، استعمال عبارت و قید مذکور، لغو است (زراعت، ۱۳۹۳، ۳۱۴/۲).

مقررات ماده: ۱۲۴ آئین‌نامه‌ی زندان‌ها، از این جهت که به اشتغال به کار و حرفه آموزشی محکوم، در خارج از زندان، با رضایت وی توجه دارد، با نظام نیمه آزادی، دارای وجه اشتراک است. تصمیم به اعزام محکوم، به خارج از زندان برای امور مذکور در ماده: ۱۲۴ آئین‌نامه، بر عهده‌ی سازمان زندان‌ها است، ولی در قانون مجازات اسلامی، اتخاذ چنین تصمیمی بر عهده‌ی دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی است. قانونگذار، در ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، عبارت: «سپردن تأمین مناسب و تعهد» را به کار برده است. این سخن که سپردن تأمین و دادن تعهد، یک اقدام هستند، به ویژه که با حرف «و» به یکدیگر عطف شده‌اند، افزون بر اینکه از نظر ادبی، با قاعده‌ی عدم ترادف، مغایرت است، فلسفه و هدف آن‌ها نیز اقتضاء می‌کند دارای دو موضوع متفاوت باشند؛ موضوع تأمین، حضور محکوم در زندان و جلوگیری از فرار او است، اما موضوع تعهد، انجام فعالیت‌هایی است که قاضی تعیین می‌کند؛ از این رو، نمی‌توان آن‌ها را یکی دانست (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۸، ۱۷۳/۱).

قانونگذار، خلاف نظام تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات، ضمانت اجرایی برای تخلف محکوم از تعهدات خویش تعیین نکرده است. اینکه گفته شود: تأمینی که محکوم می‌سپارد، برای جبران خسارت‌های ناشی از نقض تعهدات است، صرف نظر از اینکه چنین مطلبی از ظاهر قانون به دست نمی‌آید، ضمانت باید متناسب با تعهد باشد، حال اینکه تأمین مالی نمی‌تواند خسارت‌های ناشی از تعهدات غیر مالی، از قبیل درمان اعتیاد را جبران کند.

برخی، ضمانت اجرای ارتکاب جرائم موضوع مواد: ۴۴ و ۵۲ قانون مجازات اسلامی و تخطی از تعهدات را، الغای نظام نیمه آزادی دانسته‌اند (آماده، ۱۳۸۹، ۱۸۷؛ حیدری، ۱۳۹۴، ۳۵۱). بعضی از قائلین به این مبنا، از وحدت ملاک ماده: ۶۱ قانون مجازات اسلامی (شکوری، ۱۳۶۹، ۲۱۵-۲۱۶) و بعضی از مناطق تبصره ماده: ۱۶ قانون مبارزه با مواد مخدر که در مورد معتادان به مواد مخدر و روان گردان متجاهر به اعتیاد، بیان کرده است که ضمن تعلیق تعقیب، در مراکز دولتی و مجاز درمان و کاهش آسیب نگهداری می‌شوند و در صورت عدم کفایت تکالیف قانون به حبس از ۹۱ روز تا شش ماه محکوم استفاده کرده‌اند (آماده، ۱۳۸۹، ۸۷).

۲. شرایط شکلی نظام نیمه آزادی

شرایط شکلی، موازینی قانونی، برای چگونگی اجرای نظام نیمه آزادی هستند که ذیل، بیان می‌شوند:

۲-۱. لزوم قطعیت حکم محکومیت متهم

بر اساس بندهای: الف و ب ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، چنانچه موضوع آراء دادگاه‌های کیفری، جرائم تعزیری درجه هشت باشد و یا جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارش باشد که میزان و یا جمع آن‌ها کمتر از یک دهم دیه کامل است، حکم صادره، قطعی است. قانونگذار، درباره مجازات حبس تعزیری

درجه هشت، نظام نیمه آزادی را پیش بینی نکرده است؛ چون این گونه حبس‌ها قابلیت اجرایی ندارد و بر اساس ماده: ۶۵ قانون مجازات اسلامی، به جایگزین‌های حبس، تبدیل می‌شود.

دادگاه برای نظام نیمه آزادی، به اتخاذ تصمیم از طریق حکم، مبادرت می‌کند، لکن حکم صادره، مشمول تعیین مجازات نیست. در این خصوص که صدور چنین حکمی، قطعی و یا قابل تجدید نظرخواهی است، معیار تجدید نظرخواهی احکام، نوع جرمی است که متهم مورد تعقیب قرار گرفته و به ارتکاب آن، محکوم است. بر اساس ماده: ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، احکام مربوط به حبس تعزیری درجه‌ی چهار تا هفت قابل تجدید نظرخواهی در دادگاه تجدید نظر استان است و بر اساس ماده: ۴۲۸، جرائم تعزیری درجه: ۳ و بالاتر قابل فرجام خواهی در دیوان عالی کشور است و نظام نیمه آزادی نیز در مورد حبس‌های درجات: ۲ تا ۷ است؛ پس، می‌توان گفت: احکام مزبور، قابل تجدید نظرخواهی یا فرجام خواهی است؛ لذا دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی می‌تواند دادگاه بدوی، تجدید نظر یا دیوان عالی کشور باشد.

دادگاه بدوی، ابتدائاً، صلاحیت اظهار نظر را درباره‌ی نظام نیمه آزادی ندارد، مگر اینکه پس از صدور حکم دادگاه بدوی، به آن، اعتراضی نشود و یا اینکه محکوم علیه به حکم صادره، تسلیم گردد. در این حالت، چون حکم دادگاه بدوی قطعی شده است، دادگاه، صالح به اظهار نظر درباره‌ی نظام نیمه آزادی است.

همچنین، بر اساس ماده: ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری، چنانچه محکوم علیه پیش از پایان مهلت تجدید نظرخواهی، حق تجدید نظرخواهی خود را اسقاط یا درخواست تجدید نظر را مسترد کند، همان گونه که دادگاه بدوی، صلاحیت اعمال تخفیف مجازات را دارد، در صورت مذکور، صلاحیت اظهار نظر را نسبت به نظام نیمه آزادی نیز دارد (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۸، ۱/۱۷۴).

حکم به نیمه آزادی، از ناحیه‌ی دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی، صادر می‌شود. حکم قطعی، در صورت قطعیت، موجب می‌شود: تصمیمات راجع به آن، در امور جنبی نیز قطعی باشد؛ علی‌الخصوص، چنانچه بعد از صدور حکم قطعی، اتخاذ گردد. دادگاه تجدید نظر، بیشتر به صورت مساعدت در حق متهم و بنا به تقاضای وی در مرحله‌ی تجدید نظرخواهی، نظام نیمه آزادی را اعمال می‌کند؛ یعنی: شخص محکوم به حبس، از دادگاه تجدید نظر، درخواست می‌کند: مدتی از حبس را خارج از زندان سپری کند و یا محکومی که در حال تحمل حبس است، اعمال نظام نیمه آزادی را درخواست کند و معمولاً، به ندرت پیش می‌آید که دادگاه، خود، رأساً، چنین تصمیمی بگیرد.

برداشت ظاهری از قانون مجازات اسلامی این است که عملاً، صدور حکم به نظام نیمه آزادی، به دو گونه است؛ طریق معمول و متعارف، این است که دادگاه، ضمن صدور حکم به حبس، رأی می‌دهد: محکوم علیه، لازم نیست مدتی از حبس را در زندان بگذراند و به جای حبس، خارج از زندان، فعالیت

خاصی انجام دهد. شکل دیگر، این است که محکوم، حین اجرای تحمل مجازات و حبس، از دادگاه صادر کننده‌ی حکم، صدور حکم نیمه آزادی را درخواست می‌کند.

۲-۲. گذشت علی‌الطلاق و لزوم همراه کردن آن با سایر روش‌های جبران خسارت شاکی خصوصی گذشت شاکی در جرائم غیر قابل گذشت، همان‌گونه سبب می‌شود دادگاه بتواند مجازات را تخفیف دهد، سبب می‌شود دادگاه بتواند از اختیار خود برای اعمال نظام نیمه آزادی استفاده کند. قانون مجازات اسلامی، کسانی را مستحق برخورداری از ارفاق کیفری می‌داند که افزون بر شرایط مذکور در ماده: ۵۷، نسبت به جبران خسارت بزه دیده و زیان‌های وارد شده به او اهتمام لازم را به عمل آورند و رضایت شاکی یا مدعی خصوصی را جلب کنند. قانونگذار، با اتخاذ روش ترمیمی، از طریق نظام نیمه آزادی، به حمایت از بزه دیده و احقاق حق او اقدام و حس مسئولیت‌پذیری بزه‌کار را تقویت می‌کند و روحیه‌ی سازش و آشتی را میان افراد جامعه رواج می‌دهد.

در ادبیات حقوق جزاء، واژه‌ی شاکی، به متضرر از جرم گفته می‌شود که هنوز دعوای ضرر و زیان را طرح نکرده است. زمانی که شاکی، طرح دعوا کند، مدعی خصوصی نامیده می‌شود. در نظام نیمه آزادی، هر دو حالت، مورد نظر است (زراعت، ۱۳۹۳، ۳۴۲/۲).

چنانچه چند شاکی وجود داشته باشد و یک نفر از شاکیان، گذشت کند، اینکه محکوم بتواند از نظام نیمه آزادی بهره‌مند شود، صرف نظر از ظاهر قانونی، قرینه‌هایی وجود دارد که گذشت یک نفر، برای برخورداری از نظام نیمه آزادی، کفایت نمی‌کند؛ زیرا فلسفه‌ی شرط گذشت شاکی، دلجویی از شاکی است و گذشت یک شاکی، موجب دلجویی از کلیه شاکیان نیست و از این رو، هدف قانونگذار، تحقق نمی‌یابد. با این وصف، در فرض مذکور، احتمال بهره‌مندی محکوم، از نظام نیمه آزادی هم بدون توجیه نیست؛ زیرا گذشت شاکی نشان می‌دهد: محکوم، تلاش خود را برای جلب رضایت شاکیان بذل داشته است و اگر دل یک شاکی، نرم نشود، نباید آن را به حساب عدم تلاش محکوم برای جلب رضایت نوشت. اطلاق قانون نیز همین اقتضاء را دارد؛ چه اینکه وفق ظهور واژه‌ی شاکی، به یک نفر نیز شاکی، اطلاق می‌شود. افزون بر این، باید به هنگام تردید، به نفع متهم، داوری کرد. مجموع این قرائن، احتمال دوم را تقویت می‌کند.

البته، برخی از مؤلفان، با ملاک قراردادن ماده: ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی، گذشت تمام شاکیان را برای موقوفی تعقیب لازم می‌دانند و می‌گویند: گذشت یک نفر شاکی، کفایت نمی‌کند (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۷۱/۱).

در جرائم عمومی که بدون شکایت شاکی، جریان می‌یابد، چنانچه شخصی رسماً اعلام جرم کند، تا زمانی که عنوان شاکی، بر وی صدق نکند، گذشت او تأثیری ندارد؛ از این رو، اگر رئیس اداره‌ای، اختلاس

کارمند خود را گزارش دهد، یا سازمان جنگل‌ها، جرم تجاوز به جنگل را به دادستان اعلام کند، شاکی محسوب نیستند تا گذشت آنان مؤثر باشد.

فعالیت محکوم برای جبران خسارت وارد بر بزه دیده، شرط دیگر برخورداری از نظام نیمه آزادی است؛ چه اینکه گذشت شاکی، الزاماً به معنای جبران خسارت مادی نیست. افزون بر این، جبران خسارت، ممکن است به معنای جبران خسارت‌های مادی باشد.

اصولاً، باید گذشت شاکی، در مواردی شرط شود که امکان تحصیل گذشت وجود دارد؛ پس، اگر شاکی، وجود ندارد و یا شاکی، اهلیت گذشت کردن را ندارد، نمی‌توان محکوم را به جهات مذکور، از نظام نیمه آزادی، محروم ساخت و به اطلاق قانون، بسنده کرد (زراعت، ۱۳۹۳، ۳۱۲/۲).

با توجه به ماده: ۶۴ قانون مجازات اسلامی، در جایگزین‌های حبس، گذشت شاکی، مانعی برای محاکم کیفری بود؛ چون نمی‌توانستند به جایگزین حبس، حکم دهند. با توجه به صراحت نظر قانونگذار در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی، این محدودیت، در نظام نیمه آزادی نیز وجود داشت. در بند پ ماده: ۴۰ قانون مجازات اسلامی، در مقام بیان شرایط تعویق صدور حکم، به جبران ضرر و زیان و یا برقراری ترتیبات جبران، تصریح شده بود. هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره: ۷۴۶ مورخ: ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ تأکید کرد: از مجموع مقررات مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس، موضوع فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به ویژه اطلاق مواد: ۶۵، ۶۶، ۶۸ و ۶۹ قانون مذکور، چنین مستفاد است که تعیین و اعمال مجازات جایگزین حبس به شرح مندرج در مواد فوق‌الاشاره، الزامی است و مقید به رعایت شرایط مقرر در ماده: ۶۴ قانون مجازات اسلامی از قبیل: گذشت شاکی و یا وجود جهت تخفیف نیست.

با صدور رأی وحدت رویه‌ی اخیر، به نظر می‌رسد: اخذ گذشت شاکی، جهت اعمال نظام نیمه آزادی، ضرورت ندارد و ترتیب جبران ضرر و زیان شاکی، از سوی محکوم علیه، جهت شمول و صدور حکم نظام نیمه آزادی، کفایت می‌کند.

چنانچه گذشت شاکی خصوصی، مشروط باشد، اینکه محکوم می‌تواند با اخذ گذشت مشروط شاکی، با دارا بودن سایر شرایط مندرج در ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی از امتیاز نظام نیمه آزادی استفاده کند، به نظر نمی‌رسد که به گذشت صریح و منجز شاکی، نیاز باشد؛ چون، قانونگذار، در ماده: ۵۷، قیدی برای گذشت، نیاورده است و معمولاً، شاکی، زمانی در جرائم غیر قابل گذشت، اعلام گذشت می‌کند که خسارات او جبران شده است؛ ولی با توجه به دیگر نهادهای حقوقی مشابه، همچون: آزادی مشروط، تعویق صدور حکم و تعلیق مجازات، که محکوم، با برقراری ترتیب پرداخت ضرر و زیان مورد حکم یا مورد موافقت مدعی خصوصی نیز می‌تواند از امتیازات مذکور استفاده کند؛ لذا می‌توان از وحدت ملاک موارد مشابه مذکور، در نظام نیمه آزادی نیز استفاده کرد و بیان داشت: با برقراری ترتیب جبران خسارت

وارد بر شاکی از سوی محکوم و اعلام گذشت شاکی، مشروط به پرداخت ضرر و زیان و خسارت شاکی و مدعی خصوصی می‌توان محکوم را مشمول استفاده از نظام نیمه آزادی دانست.

در خصوص گذشت شاکی خصوصی، چنانچه بزه‌دیده گذشت کند، می‌توان چنین استنباط کرد: گذشت وی، در نتیجه جبران خسارت بوده است و اگر گذشت نکرده است، باید محکوم با انجام فعلیتی که دادگاه برای او در نظر می‌گیرد، در جهت جبران خسارت بزه‌دیده اقدام کند و در صورت اعلام گذشت شاکی خصوصی، دیگر، جبران خسارت معنا و مصداق ندارد و چنانچه شاکی خصوصی گذشت نکند، می‌توان با توجه به رأی وحدت رویه استنادی، نظام نیمه آزادی را اعمال کرد.

۲-۳. صلاحیت دادگاه صادر کننده حکم قطعی یا درخواست محکوم از دادگاه

از اینکه در ابتدای ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی آمده است: دادگاه صادر کننده حکم قطعی می‌تواند به صدور حکم نیمه آزادی مبادرت کند، می‌توان چنین برداشت کرد که دادگاه صالح، رأساً، دارای چنین اختیاری است. ذیل ماده موصوف آمده است: همچنین محکوم می‌تواند در طول دوره تحمل مجازات و در صورت دارا بودن شرایط قانونی، صدور حکم نیمه آزادی را تقاضا کند. اینکه تقاضای محکوم، جهت اعمال نظام نیمه آزادی، ضرورت دارد یا خیر، بعضی اعتقاد دارند: از قسمت اول ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی که رضایت خود محکوم را شرط می‌داند: اینگونه استنباط می‌شود که چنین رضایتی، برای وقتی است که حکم قطعی حبس، در حال اجراء است.

چنانچه محکوم، اعمال نظام نیمه آزادی را تقاضا کند، دادگاه، حسب تصریح ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی، موظف به رسیدگی است. اینکه درخواست محکوم، شرط لازم جهت صدور حکم به نیمه آزادی است و یا اینکه دادگاه می‌تواند بدون تقاضای زندانی، رأی به نیمه آزادی، صادر کند، منشأ اختلاف در استنباط از قانون است.

همان‌گونه که از ظاهر ماده‌ی فوق‌الذکر بر می‌آید، در متن ماده، گمانه‌ی تعارض وجود دارد. هرچند، با توجه به اصل لزوم تفسیر قواعد کیفری به نفع متهم، می‌توان گفت: دادگاه، چنانچه تشخیص دهد و به مصلحت محکوم بداند، اختیار دارد حتی بدون درخواست وی نیز حکم به نیمه آزادی صادر کند؛ اما بهتر است که قانونگذار با صراحت و دقت بیشتر، موضع مشخص‌تری اتخاذ کند.

وفق ذیل ماده: ۵۶ قانون مجازات اسلامی: «همچنین محکوم می‌تواند در طول دوره تحمل مجازات، در صورت دارا بودن شرایط قانونی، صدور حکم نیمه آزادی را تقاضا نماید و دادگاه موظف به رسیدگی خواهد بود»؛ البته، همان‌گونه که بیان شد، مکلف بودن دادگاه به رسیدگی، به معنای اعطای اجباری نظام نیمه آزادی، تلقی نمی‌شود، بلکه اعطای نظام نیمه آزادی نیز مانند سایر تأسیسات مشابه، از اختیارات دادگاه است. از نظر روانشناختی، جلب رضایت متهم می‌تواند جهت مشارکت و رضایتمندی وی به انجام فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، درمانی و ... باشد (آقای، ۱۴۰۱، ۱۳۵/۳).

إعمال مجازات حبس، ویژه‌ی اشخاص حقیقی است؛ از این رو، می‌توان اذعان کرد: حقیقی بودن شخصیت محکوم نیز شرط اجرای نظام نیمه آزادی است و اشخاص حقوقی مشمول حکم نظام نیمه آزادی، قرار نمی‌گیرند؛ البته، رعایت چنین شرطی، در قانون مجازات اسلامی، مذکور نیست، اما منطقی است که جزو لوازم نظام نیمه آزادی باشد.

اینکه در صورت درخواست إعمال نظام نیمه آزادی از سوی محکوم، دادگاه تکلیف به رسیدگی دارد و اینکه محکوم، در صورت رد تقاضای او، حق تجدید نظرخواهی دارد، با عنایت به ذیل ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت: لازم است دادگاه در این خصوص بررسی و اتخاذ تصمیم کند. چنانچه دادگاه بدوی، صادر کننده حکم قطعی است و درخواست متهم را نپذیرد، نمی‌توان برای محکوم، حق اعتراض و تجدید نظرخواهی قائل شد؛ زیرا إعمال یا عدم إعمال نظام نیمه آزادی، از اختیارات دادگاه بدوی است و دادگاه، این اختیار را دارد و می‌تواند درخواست محکوم را بپذیرد و یا آن را رد کند؛ هرچند که متهم می‌تواند برای بار دیگر درخواست مشابه‌ای به دادگاه بدوی ارائه دهد.

از منطوق ماده: ۵۶ قانون مجازات اسلامی، چنین استنباط می‌شود که ضرورتی ندارد محکوم علیه برای استفاده از نظام نیمه آزادی، مدتی در حبس بماند (آقایی، ۱۴۰۳، ۱۳۰/۳). وفق تبصره ذیل ماده: ۸ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳ مجلس شورای اسلامی، قانونگذار، مقررات ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی را در مورد حبس‌های تعزیری درجات: ۲، ۳ و ۴ در صورت گذراندن یک چهارم مدت حبس، قابل إعمال می‌داند، ولی إعمال مقررات نیمه آزادی را در مورد جرائم درجات: ۵، ۶ و ۷ به گذراندن مدت خاصی از حبس، مقید نکرده است.

اداره‌ی کل حقوقی قوه قضائیه، در نظریه‌ی شماره: ۷/۹۹/۱۲۳۰ مورخ: ۱۳۹۹/۰۸/۲۷ بیان می‌دارد: تبصره‌های الحاقی به مواد: ۵۷ و ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹ موضوع مواد: ۸ و ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، به تجویز استفاده از نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه الکترونیکی در جرایم تعزیری درجه دو، سه و چهار، ناظر است و از آنجا که قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، از زمره قوانین مساعد به حال مرتکبین موضوع صدر ماده: ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است، نسبت به جرایم سابق بر وضع آن قانون، قابل إعمال و مؤثر است.

۴-۲. امکان سنجی وجود حق اعتراض محکوم به رأی نیمه آزادی

مرجع تصمیم‌گیری در مورد نظام نیمه آزادی، دادگاه صادر کننده حکم قطعی است. چنانچه حکم دادگاه، غیر قابل اعتراض باشد و یا به حکم صادره‌ی دادگاه، اعتراضی نشود، تکلیف روشن است؛ چنانچه حکم اولیه‌ی دادگاه، مورد اعتراض قرار گیرد و دادگاه تجدید نظر، حکم دادگاه بدوی را نقض کند و رأی جدیدی صادر کند، سخنی نیست؛ ولی چنانچه دادگاه تجدید نظر، حکم دادگاه بدوی را عیناً تأیید کند، می‌توان گفت: چون دادگاه تجدید نظر، حکم خاص و جدیدی صادر نکرده است، دادگاه صادر کننده‌ی

حکم قطعی، همان دادگاه نخستین است؛ هرچند، رأی اولیه‌ی دادگاه بدوی، غیر قطعی است و ویژگی رأی قطعی، به رأی دادگاه تجدید نظر اطلاق می‌گردد.

اکثر محاکم، بر اساس رأی وحدت رویه‌ی هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره: ۵۸۳ مورخ: ۱۳۷۲/۰۷/۰۶، دادگاه تجدید نظر را دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی برای رسیدگی به درخواست تخفیف مجازات می‌دانند. در رأی مذکور آمده است: حکم قطعی مذکور در ماده: ۲۵ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ که در جرائم تعزیری غیر قابل گذشت صادر می‌شود، اعم از حکمی است که دادگاه نخستین، به صورت غیر قابل تجدید نظر (قطعی) صادر کند و یا قابل تجدید نظر است و پس از رسیدگی در مرحله‌ی تجدید نظر، اعتبار قطعیت پیدا کند.

اینکه دادگاه تجدید نظر می‌تواند تصمیم دادگاه بدوی را درخصوص پذیرش نیمه آزادی برای محکوم علیه لغو کند و یا خود، مستقیماً، در این مورد اتخاذ تصمیم کند، چنانچه رأی دادگاه بدوی، فاقد خطا و نقص و عیبی باشد، طبیعتاً، دادگاه تجدید نظر، آن را عیناً، تأیید می‌کند، ولی چنانچه دادگاه تجدید نظر، ارتکاب اشتباهی را در شرایط و مقررات نظام نیمه آزادی، از سوی دادگاه بدوی مشاهده کند، بدیهی است: آن را تصحیح و یا حکم جدیدی صادر می‌کند؛ مثلاً، شرایط نظام نیمه آزادی، محقق نباشد؛ برای نمونه، شاکی گذشت نکرده است و دادگاه بدوی بدون لحاظ گذشت شاکی، به پذیرش نیمه آزادی مبادرت و حکم کند. همچنین، ممکن است دادگاه تجدید نظر، حکم دادگاه بدوی را که بر براءت متهم صادر شده است، نقض کند و به حبس، حکم دهد. در چنین حالتی، صدور حکم به نیمه آزادی، از سوی دادگاه تجدید نظر، امری اجتناب ناپذیر است و وجود چنین حقی متعارف به نظر می‌رسد.

چون دادگاه تجدید نظر، مراحل گوناگون رسیدگی را طی نمی‌کند - خلاف دادگاه بدوی که وارد جزئیات می‌شود و طبیعتاً، بهتر می‌تواند تشخیص دهد: متهم، شرایط لازم را برای استفاده از نظام نیمه آزادی دارد - عملاً، تشخیص اینکه متهم، دارای شرایط قانونی اعمال نظام نیمه آزادی است، برای دادگاه تجدید نظر، دشوار است؛ از این رو، اگر دادگاه تجدید نظر قصد پذیرش نیمه آزادی برای متهم را دارد، بهتر است جلسه‌ی دادرسی تشکیل دهد، متهم را ملاقات کند و اخذ تعهد از متهم نیز نزد قضات تجدید نظر صورت گیرد؛ هرچند از ظاهر قانون نمی‌توان چنین نتیجه‌ای به دست آورد و راه‌های دیگر قانونی جهت اخذ تعهد از متهم وجود دارد (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۱۲۷/۱).

بعضی دیگر اعتقاد دارند: دادگاه بدوی، فقط، زمانی که حکم دادگاه، قابل تجدید نظرخواهی نیست، حق صدور حکم نیمه آزادی را دارد؛ چه اینکه در سایر موارد، این، دادگاه تجدید نظر است که مقام صادر کننده‌ی حکم قطعی تلقی می‌گردد و در چنین حالتی، کمتر پیش می‌آید دادگاه بدوی، به نیمه آزادی، حکم، صادر کند.

چنین استنباطی، چندان معقول به نظر نمی‌رسد؛ اما گریزی از آن نیست و واقعیت را نمی‌توان انکار کرد. اگر این استدلال، پذیرفته شود، بحث قبلی، مفید فایده‌ای نیست تا بتوان پرسید: دادگاه تجدید نظر حق شکستن تصمیم دادگاه بدوی را دارد یا خیر؟ در اینجا، دادگاه، اطلاق دارد و شامل تمامی محاکمی می‌شود که به مجازات حبس، حکم می‌دهند؛ اعم از محاکم کیفری یک و دو، اطفال، انقلاب، نظامی و روحانیت (زراعت، ۱۳۹۳، ۳۱۸/۲).

رای وحدت رویه‌ی شماره: ۷۳۱ مورخ: ۱۳۹۰/۰۸/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در مورد مقام صالح برای اظهار نظر درباره‌ی آزادی مشروط صادر شده است و در آن، به نظام نیمه آزادی نیز اشاره شده است، مؤید این است که دادگاه صادر کننده‌ی حکم نظام نیمه آزادی، همان دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی است. هرچند، این رای، راجع به موضوع آزادی مشروط است، اما در متن رای مذکور، به نظام نیمه آزادی نیز اشاره گردیده است. این رای، مقرر می‌دارد: مقررات مربوط به پیشنهاد آزادی مشروط، به اجرای احکام قطعی و لازم الاجراء، ناظر است و اظهار نظر قانونی در خصوص مورد هم، علی‌الاصول، با دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی (اعم از بدوی یا تجدید نظر) است. همچنانکه در مقررات نیمه آزادی موضوع ماده: ۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این امر، مورد تصریح قرار گرفته است.

چنانچه دادگاه تجدید نظر، به هر دلیلی، حکم دادگاه بدوی را نقض کند، می‌تواند در خصوص پذیرش نیمه آزادی نیز رأساً، اتخاذ تصمیم کند و چون در این موقعیت، دادگاه تجدید نظر، دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی تلقی می‌شود، لذا صلاحیت اظهار نظر در مورد نیمه آزادی را هم دارد. هنگامی که دادگاه، رأساً، به موضوع، رسیدگی و نظام نیمه آزادی را به محکوم اعطاء می‌کند و انجام فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی و حرفه آموزی خاصی را برای وی در نظر می‌گیرد، چنانچه محکوم، با نوع آن فعالیت موافق نباشد، نمی‌توان برای وی، حق اعتراض قائل شد؛ چه اینکه دادگاه، مصلحت وی را انجام همان نوع فعالیت تشخیص داده است.

۵-۲. ضروت نظارت مراکز نیمه آزادی بر فعالیت شغلی محکوم

در راستای اجرای هرچه دقیق‌تر و بهتر نظام نیمه آزادی، ایجاد و برقراری زیرساخت‌های لازم، ضرورت دارد. این موضوع، در آیین‌نامه نحوه‌ی اجرای نظام نیمه آزادی و سایر جایگزین‌های حبس، بیان شده است. در آیین‌نامه، این مهم، به بنیاد تعاون زندانیان کشور واگذار گردید تا تحت نظارت سازمان زندان‌ها فعالیت کند. به نظر می‌رسد: ایجاد یک سازمان خاص، زیر نظر مستقیم قوه قضائیه، فراتر از بنیاد تعاون زندانیان، لازم است تا با ساز و کار قوی و مناسب‌تر وارد میدان شود و با تأمین اعتبار متناسب و مدیریت متمرکز در ارتباط با اصلاح و بازپروری مجرمان و کاهش بزهکاری و با در نظر گرفتن امکانات بیشتر و با اتخاذ تدابیر خاص، ناظر به مرحله‌ی پیش از آزادی، همچون: ارائه‌ی آموزش‌های عملی و فنی و حرفه‌ای و تأسیس و تقویت نهادهای پس از آزادی، از جمله مراقبت‌های پس از خروج و نظارت، توجه بیشتری بذل

گردد و به طور خاص، با اجرای برنامه‌های مدون و نظارت متمرکز، از رها کردن مجرم مشمول نظام نیمه آزادی در اجتماع خودداری شود.

وفق نتیجه گفتگو با ۳۰ تن از قضات محاکم کیفری و دادستان‌ها و قضات اجرای احکام کیفری بعضی از شهرستان‌ها، مراکز خاص نظام نیمه آزادی، مطابق قانون و آیین‌نامه‌ی نحوه‌ی اجرای نظام نیمه آزادی، مصوب قوه قضائیه، در جهت اجرای نظام نیمه آزادی ایجاد نگشته است و عملاً، مدیریت زندان شهرستان‌ها علاوه بر انجام سایر امور مربوط به زندانیان، موضوع نظام نیمه آزادی را در مواردی که با آن مواجه است وفق روال سابق عمل می‌کند و تشکیلات و یا سازمان و یا مرکز خاصی شکل نگرفته است. همان‌گونه که در مواد: ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی، به صراحت آمده است، اجرای فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، درمانی و نیز نظام دادن این امور در خارج از زندان، برای محکوم، در زمان اجرای حکم حبس، زیر نظر مراکز نیمه آزادی است که در سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی تأسیس می‌شود که متأسفانه، فعلاً، چنین مراکزی در کشور ایجاد نشده است.

باید همواره توجه داشت: پس از پذیرش درخواست محکوم و اعمال نظام نیمه آزادی، ممکن است اهداف مورد نظر تحقق نیابد و یا اعمال نظام نیمه آزادی، در اجراء و عمل، با نواقصی، توأم باشد. این ناکارآمدی، امکان دارد نسبت به بزهکار، اثرات منفی و سوء گذارد و گرایش‌های مجرمانه را در وی تقویت کند (پور قهرمانی و کرمانیان، ۱۴۰۰، ۱۴۲).

جهت رفع مشکل احتمالی، بهتر است: آموزش‌های جرم شناختی و کیفر شناسی تقویت گردد و تدابیر لازم نسبت به فرد محکوم، با عنایت به وضعیت شخصیتی و روحی و روانی او در نظر گرفته شود، تا بتوان به اصلاح او پرداخت. همچنین، می‌توان با استفاده از مددکاران اجتماعی، مراقبت‌های پس از آزادی را نسبت به بزهکار در نظر گرفت.

مسأله‌ی قابل توجه در جهت اجرای نظام نیمه آزادی، تدارک لوازم و وسایل اشتغال به کار محکومان اطفال و نوجوانان است. مردم، کارخانه داران، صاحبان کارگاه‌های خصوصی و حتی دولتی، عموماً و عملاً، اعتمادی به این قشر از جامعه ندارند؛ از این رو، ارجاع و واگذاری کار به آنان، کمتر مشاهده می‌شود. تعداد اندکی هم که با اشتغال قشر مذکور، در روند اصلاح آنان، همکاری می‌کنند، نوعاً، مورد استنطاق سایرین قرار می‌گیرند که چرا به چنین کاری دست زده‌اند؟

مهمترین قسمت از بسترهای اجرایی لازم برای اعمال و اجرای نظام نیمه آزادی، داشتن نیروی کار متخصص و حرفه‌ای مانند: قضات، مأموران تعلیق مراقبتی، مددکاران اجتماعی از طریق برگزاری دوره‌های آموزش تخصصی و فرهنگ سازی برای آنان است (زینالی، ۱۳۸۷، ۳۹). اگر ساز و کارهای اساسی و لازم، همچون سامانه‌های الکترونیکی و مراکز نیمه آزادی، وجود نداشته باشند و یا به میزان لازم، واجد ظرفیت

و قدرت و توان مناسب نباشند، شاید نظام نیمه آزادی، کمتر مورد توجه قضات واقع شود و از خود، کمتر به صدور حکم به نیمه آزادی، تمایل نشان دهند.

نتیجه‌گیری

نظام نیمه آزادی دارای شرایطی است که از جهات گوناگون قابل بررسی است و می‌توان آن‌ها را به شرایط ماهوی و شکلی تقسیم کرد؛ برخی به جرم و برخی به مجازات، برخی به مرجع صادر کننده حکم و برخی به نحوه تصمیم‌گیری دادگاه مربوط است.

شرایط حاکم بر نظام نیمه آزادی مذکور در قانون، ناقص و محدود است و از این رو، نمی‌توان نظام نیمه آزادی را به تنهایی، با آن چیزی اجراء کرد که در قانون ذکر شده است. اجرا کرد؛ اجرای آن، به بیان شرایط و جزئیات بیشتری نیاز دارد.

معیار قانونگذار در خصوص نظام نیمه آزادی مبهم است و لازم است که قانونگذار، آن را به صراحت بیان کند؛ اینکه درجه‌ی جرم، ملاک است یا محکومیت؛ اینکه رضایت کلی شاکی مورد نظر است و یا رضایت به نوع فعالیت شغلی؛ اینکه تعیین نوع فعالیت شغلی با محکوم است یا دادگاه؟

وفق بررسی، می‌توان گفت: اعلام رضایت کلی شاکی، کافی است. تعیین نوع فعالیت شغلی، با دادگاه است. موضوع تعهد، جنبه حصری ندارد و می‌توان آن را شامل فعالیت‌های فراوان دانست. می‌توان با اصلاح قانون و یا صدور رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، گذشت شاکی را حذف کرد و یا حداقل، فقط، نسبت به جرائم سنگین باقی گذاشت و یا به الزام متهم یا محکوم علیه، به ترتیب جبران ضرر و زیان شاکی بسنده کرد.

چنانچه دادگاه تشخیص دهد و به مصلحت محکوم بداند، اختیار دارد بدون درخواست محکوم، نظام نیمه آزادی را بر او اعمال و اجراء کند. چنانچه تقاضا و درخواست محکوم، برای نظام نیمه آزادی، مورد قبول واقع نشود، محکوم، حق اعتراض ندارد. دادگاه تجدید نظر، می‌تواند در صورت نقض حکم دادگاه بدوی، در خصوص پذیرش نیمه آزادی اتخاذ تصمیم کند.

لزوم ایجاد مراکز نیمه آزادی و ایجاد تشکیلات مناسب با تأمین اعتبار کافی و مراقبت پس از آزادی بر محکوم، جهت پیشگیری از ارتکاب جرم مجدد و اتخاذ تدابیر لازم جهت اصلاح وی، از جمله ضروریات است.

در فرض گذشت مشروط شاکی می‌توان گفت: به گذشت صریح و منجز، نیاز نیست؛ چون قانونگذار، در ماده: ۵۷ قیدی برای گذشت، ذکر نکرده است و معمولاً، شاکی، در جرائم غیرقابل گذشت، زمانی اعلام گذشت می‌کند که خسارات وی، جبران شده است. می‌توان با توجه به وحدت میان نظام نیمه آزادی با دیگر نهادهای حقوقی مشابه، همچون: آزادی مشروط، تعویق صدور حکم و تعلیق مجازات که در آن‌ها،

ترتیب برقراری پرداخت ضرر و زیان مورد حکم یا مورد موافقت مدعی خصوصی، برای برخورداری از آن امتیازها، کفایت می‌کند، ترتیب جبران خسارت وارده بر شاکی و اعلام گذشت شاکی، مشروط به پرداخت ضرر و زیان و خسارت شاکی و مدعی خصوصی، برای بهره‌مندی محکوم از نظام نیمه آزادی، کافی دانست.

در خصوص اخذ تأمین از محکوم علیه، قاضی، به رعایت اصل تناسب تأمین، ملزم است؛ بدین معنی که باید قرار تأمین، با بزه ارتكابی متهم، متناسب باشد. قانون، نوع، میزان و چگونگی سپردن تأمین را مشخص نساخته است. اینکه مقصود از تأمین، مصادیق تأمین‌های کیفری است یا نوعی دیگر، منظور قانونگذار است، مناسب و مطلوب، این است که همان تأمین قبلی تا اجرای کامل حکم، معتبر دانسته شود و دادگاه، از اخذ تأمین مجدد معاف گردد.

چنانچه دادگاه تجدید نظر اشتباهی در شرایط و مقررات نظام نیمه آزادی از دادگاه بدوی مشاهده کند، آن را تصحیح و یا حکم جدید، صادر می‌کند. همچنین، دادگاه تجدید نظر، می‌تواند حکم دادگاه بدوی را مبنی بر برائت، نقض کند و حکم حبس را صادر کند. در چنین حالتی، صدور حکم به نیمه آزادی از سوی دادگاه تجدید نظر، امری اجتناب ناپذیر است.

معمولاً، قضات، به دستور العمل‌ها یا بخشنامه‌ها، کمتر توجه می‌کنند و نسبت به اجرای قوانین و مقرراتی که قانونگذار تدوین می‌کند، متابعت بیشتری دارند که مفاد اصلی و مهم آن، در قالب قانون، به تصویب مرجع قانونگذاری رسد. نحوه و حدود همکاری سازمان‌های دولتی، عمومی و سازمان‌های مردم نهاد یا مراکز نیمه آزادی و نوع همکاری‌های کارفرمایان و بخش خصوصی، چنانچه در مفاد قوانین اصلاحی تبیین گردد، با توجه به اینکه قانون الزام آور است، می‌تواند در پیشبرد امور مؤثرتر واقع شود.

با توجه به اثرگذاری شایان توجه روش نیمه آزادی در ارتباط با اصلاح، بازپروری و کاهش بزهکاری، علاوه بر ضرورت اتخاذ برخی از تدابیر خاص ناظر به مرحله‌ی پیش از آزادی، همچون: ارائه‌ی آموزش‌های علمی، فنی و حرفه‌ای لازم است به تأسیس و تقویت نهادهای پس از آزادی از جمله مراقبت‌های پس از خروج و نظارت، توجه بیشتری صورت گیرد و با اجرای برنامه‌های نظارت متمرکز، از رها کردن مجرم مشمول نظام نیمه آزادی در اجتماع خودداری شود.

کتابشناسی

۱. احمدی، علی؛ جانی چور، کرم؛ جانی پور، علی، (۱۴۰۰)، مجازات‌های جایگزین حبس در حقوق ایران و حقوق بین الملل؛ چالش‌ها و راهکارها، فصلنامه راهبرد سیاسی، سال پنجم، شماره: ۴، ص ۱-۲۱.
۲. آقایی، حسین، (۱۴۰۱)، حقوق کیفری عمومی (کیفر شناسی)، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
۳. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ سی و دوم.
۴. الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، (۱۴۰۱)، در آمدی بر حقوق جزای عمومی (واکنش در برابر جرم)، تهران، انتشارات میزان، چاپ هفتم.
۵. آماده، غلامحسین، (۱۳۸۹)، اختیار قضایی در تعیین مجازات (مطالعه‌ی تطبیقی حقوق ایران، انگلیس و مصر)، تهران، انتشارات دادگستری، چاپ اول.
۶. پور قهرمانی، بابک؛ کرمانیان، پریش، (۱۴۰۰)، چالش‌های فرا روی نظام نیمه آزادی در ایران، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره: ۵۱، شماره: ۱.
۷. حیدری، علی مراد، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی، بررسی فقهی حقوق واکنش علمی جرم، تهران، انتشارات سمت.
۸. خالق، ابولفتح، (۱۳۸۶)، کار به جای زندان، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی (تربیت معلم)، تهران، سال دوم، شماره: ۳، ص ۱۱۵-۱۳۶.
۹. دانش، تاج زمان، (۱۳۷۶)، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
۱۰. روشن قنبری، عطاء الله، (۱۳۹۰)، نگاهی به معامله‌ی اتهام در حقوق ایالات متحده‌ی امریکا، ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، شماره: ۱۰۳، ص ۱۰۱-۱۱۰.
۱۱. زراعت، عباس، (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی ۳، مجازات‌ها و اقدامات تأمینی بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم.
۱۲. شکری، رضا، (۱۳۹۶)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، نشر مهاجر، چاپ سوم.
۱۳. شمس ناتری، محمد رضا؛ زارع، ابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا؛ ریاضت، زینب، (۱۳۹۸)، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، تهران، انتشارات میزان، چاپ پنجم.
۱۴. غلامی، حسین، (۱۳۹۷)، عدالت ترمیمی (علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم، ص ۷۱۴-۷۴۰.
۱۵. گسن، ریموند، (۱۳۷۱)، مقدمه‌ای بر جرم شناسی، ترجمه: مهدی کی نیا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۱۶. لارگیه، ژان، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه: حسن کاشفی اسماعیل زاده، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۷. لیر، ژرار؛ فیلیرولا، ژینا، (۱۳۹۲)، بزه دیده شناسی، ترجمه: روح الله کرد علیوند و احمد محمدی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۱۸. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، (۱۳۷۰)، تقریرات درس جرم شناسی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۱۹. نوربها، رضا، (۱۳۹۰)، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و یکم.
۲۰. نیازپور، امیرحسین، (۱۳۹۰)، رویکرد تطبیقی به جایگاه قبول مجرمیت در نظام عدالت کیفری، یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها، مجله تحقیقات حقوقی (ضمیمه)، شماره: ۵۶، ص ۱۰۳۳-۱۰۶۹.

۲۱. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۹۳)، شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور
- آیین‌نامه اجرایی زندان‌ها مصوب ۱۴۰۰
- آیین‌نامه نحوه اجرای نظام نیمه آزادی و سایر جایگزین‌های حبس
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲
- قانون کار
- قانون کاهش مجازات حبس تعزیری