

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی-پژوهشی
دانشگاه آزاد اسلامی
واحد شوشتر

علوم اجتماعی

(علمی- پژوهشی)

سال یازدهم، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق،
زمستان ۱۳۹۶

به استناد مصوبات کمیسیون بررسی و تأیید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی، بر اساس رأی هشتاد و یکمین و هشتاد و دومین جلسه کمیسیون مذکور در تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱۴ فصلنامه تخصصی علوم اجتماعی واحد شوشتر دارای شرایط دریافت درجه علمی - پژوهشی شناخته شد.

متن کامل مجله در پایگاه‌های اطلاع رسانی زیر نمایه می‌شود

<http://jss.iau-shoushtar.ac.ir/>

سایت اینترنتی فصلنامه علوم اجتماعی

<http://www.ISC.gov.ir/>

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)

<http://www.SID.ir/>

سایت اینترنتی جهاد دانشگاهی

<http://www.magiran.com/>

بانک اطلاعات نشریات کشور

<http://www.ensani.ir/>

پرتال جامع علوم انسانی

فصلنامه علوم اجتماعی

(علمی-پژوهشی)

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر

مدیر مسؤول: دکتر نبی‌اله ایدر

Irder62@yahoo.com

سر دبیر: دکتر وحید قاسمی

vaghasemi@yahoo.com

مدیر اجرایی: بهزاد حکیمی‌نیا

hakiminya@gmail.com

اعضای هیأت تحریریه

دکتر یعقوب احمدی - دانشیار دانشگاه پیام نور مرکز کردستان
دکتر ابراهیم انصاری - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دهقان
دکتر حسین بنی‌فاطمه - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه تبریز
دکتر نصراله پورافکاری - دانشیار جامعه‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر
دکتر علی‌حسین حسین‌زاده - دانشیار جامعه‌شناسی دانشگاه شهیدچمران اهواز
دکتر منصور حقیقتیان - دانشیار جامعه‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دهقان
دکتر رحیم فرخ‌نیا - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه بوعلی همدان
دکتر صمد کلانتیری - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه اصفهان
دکتر عبدالعلی لهسایی‌زاده - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه شیراز
دکتر علی‌رضا محسنی - استادیار جامعه‌شناسی دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی: سارا پیروای - بهاره پورافکاری

صفحه‌آرایی و طراحی جلد: بهزاد حکیمی‌نیا

ناشر: معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر

شاپا: ۷۰۳۹ - ۱۷۳۵

مجوز نشر: ۸۷/۶۹۸۴ مورخ: ۸۶/۵/۲۶

آدرس: خوزستان - شوشتر - دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر

فکس: ۰۶۱۲۶۲۳۱۳۰۰

تلفن: ۰۶۱۲۶۲۳۲۴۹۱-۴

کد پستی: ۶۴۵۱۷۴۱۱۱۷

صندوق پستی: ۶۴۵۱۶/۱۴۷

Email: m.olooome_ejtemaei@iau-shoushtar.ac.ir

<http://jss.iau-shoushtar.ac.ir/>

اسامی اعضای محترم هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی کشور که در داوری و ارزیابی مقالات این شماره، با مجله تخصصی علوم اجتماعی، همکاری داشته‌اند.

| | |
|-----------------------------------|---------------------------|
| دانشگاه رازی کرمانشاه | دکتر داریوش غفاری |
| دانشگاه کردستان | دکتر بختیار محمدی |
| دانشگاه پیام‌نور | دکتر یعقوب احمدی |
| دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر | دکتر نبی‌اله ایدر |
| دانشگاه شیراز | دکتر سید سعید زاهدزاهدانی |
| دانشگاه رازی کرمانشاه | دکتر وکیل احمدی |
| دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد | دکتر رضا کارگر |
| دانشگاه پیام‌نور | دکتر مهدی ابراهیمی |
| دانشگاه شهید چمران اهواز | دکتر علی حسین حسین‌زاده |
| دانشگاه کردستان | دکتر حسین دانشمهر |
| دانشگاه اصفهان | دکتر فریدون اله‌یاری |
| دانشگاه شیراز | دکتر منصور طبیعی |
| دانشگاه آزاد اسلامی واحد دهاقان | دکتر فریدون وحیدا |
| دانشگاه آزاد اسلامی واحد دهاقان | دکتر منصور حقیقتیان |
| دانشگاه شیراز | دکتر علی گلی |
| دانشگاه بوعلی همدان | دکتر اسداله نقدی |
| دانشگاه اصفهان | دکتر صمد کلانتری |

راهنمای تنظیم و نگارش مقالات

برای جلوگیری از تأخیر در داوری و انتشار به موقع مقاله در مجله، لطفاً به نکات زیر توجه فرمایید

از همه پژوهشگران گرامی که مقاله‌های خود را برای چاپ در این مجله ارسال می‌نمایند، تقاضا می‌شود به نکات زیر توجه فرمایند:

- ۱- موضوع مقاله در ارتباط با پژوهش در زمینه **علوم اجتماعی و جامعه‌شناسی** باشد.
- ۲- مقاله قبلاً برای هیچ یک از نشریه‌ها (داخلی یا خارجی) ارسال یا در هیچ یک از نشریه‌ها (یا مجموعه مقالات همایش‌ها) چاپ نشده باشد.
- ۳- مقاله با استفاده از نرم‌افزار word 2007 و بالاتر بر روی کاغذ A4 (حاشیه‌ها از بالا و راست ۳ و چپ و پایین ۲/۵) تایپ شود. برای متن فارسی از قلم B Zar با فونت ۱۳ و برای متن یا چکیده انگلیسی از قلم Times New Roman و فونت ۱۱ استفاده شود.
- ۴- چارچوب مقاله به صورت استاندارد زیر است:
 - ۱-۴- صفحه روی جلد مقاله شامل: عنوان کامل مقاله، نام نویسنده یا نویسندگان (نام نویسنده مسؤول با علامت ستاره مشخص شود)، مرتبه علمی و نام دانشگاه یا مؤسسه محل اشتغال، نشانی کامل نویسنده مسؤول شامل: نشانی پستی، شماره تلفن، نمابر و پست الکترونیک.
 - ۲-۴- صفحه اول مقاله شامل عنوان و چکیده مقاله به زبان فارسی مشتمل بر: موضوع مقاله، روش تحقیق، طرح بحث و نتیجه‌گیری (مجموعاً ۱۷۵ کلمه) و واژه‌های کلیدی (حداکثر ۸ واژه).
 - ۳-۴- صفحه دوم تا انتهای مقاله مشتمل بر: مقدمه (شامل: بیان مسأله، اهمیت آن و هدف پژوهش، تاریخچه، مروری بر پیشینه تحقیق و چارچوب نظری، پرسش‌ها و فرضیه‌های پژوهش)؛ روش تحقیق (شامل: روش پژوهش، ابزار گردآوری اطلاعات، فنون تجزیه و تحلیل اطلاعات، تعریف متغیرهای مورد مطالعه و تعریف عملیاتی آنها، جامعه آماری، حجم نمونه و روش نمونه‌گیری)؛ یافته‌های پژوهش (شامل: ارایه یافته‌ها، مقایسه آن با یافته‌های سایر پژوهش‌ها و انطباق یافته‌ها با نظریه‌ها)؛ نتیجه‌گیری (شامل: خلاصه مسأله و هدف پژوهش، ارایه خلاصه نتایج و نتیجه‌گیری کلی و ارایه پیشنهادها)؛ فهرست منابع.

۴-۵- چکیده و واژه‌های کلیدی به زبان انگلیسی بر روی صفحه‌ای جداگانه، شامل: نام نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی و نام دانشگاه یا مؤسسه محل اشتغال، همراه فایل مقاله ارسال شود.

۵- ارجاعات در متن مقاله به صورت (نام خانوادگی نویسنده، سال: صفحه) آورده شود.

۶- در پایان مقاله، منابع مورد استفاده در متن مقاله، به ترتیب حروف الفبایی تنظیم شود (بخش فارسی و لاتین مجزا) و بر اساس منابع ایجاد شده متن مقاله نوشته شود. نمونه منابع باید به سه شکل زیر باشد.

۶-۱- مقاله: نام خانوادگی، نام. (سال انتشار). عنوان مقاله، نام نشریه، دوره (جلد)، شماره صفحه‌ها.

برای مثال: محمدی، علی. (۱۳۹۲). بررسی عوامل مرتبط با سرمایه فرهنگی در میان مردم تهران، پژوهش‌های علوم اجتماعی، دوره ۲۳، شماره ۳، پاییز ۹۲، صص ۴۴-۲۹.

۶-۲- کتاب: نام خانوادگی، نام. (سال انتشار). نام کتاب. محل انتشار: نام ناشر.

۶-۳- کتاب ترجمه شده: نام خانوادگی، نام نویسنده. (سال تألیف). نام کتاب به فارسی. نام و نام خانوادگی مترجم. محل نشر: نام ناشر.

۷- جدول‌ها نزدیک به متن مربوط آورده شود. منحنی‌ها، شکل‌ها و نمودارها سیاه و سفید، دقیق، روشن و اصل باشند. در متن مقاله به شماره‌جدول‌ها و نمودارها اشاره شود.

۸- مقاله‌هایی که براساس این راهنما تنظیم نشده باشد، در هیأت تحریریه مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.

۹- این مجله مسؤول آرا و نظرات مندرج در مقالات نیست.

۱۰- مقالات رسیده بازگشت داده نمی‌شود. نقل مطالب با ذکر نام مجله و نویسنده بلامانع است.

۱۱- مقاله حتماً در سامانه مجله: <http://jss.iau-shoushtar.ac.ir> بارگزاری شود.

۱۲- در مقالات چاپ شده مجله، عنوان نویسنده مسؤول و نفر اول با نوشتن ایمیل و علامت ستاره مشخص می‌شود.

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

- تقابل ضمانت اجراهای کیفری قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ با ویژگی‌های خاص جرم‌انگاری در حوزه خانواده
دکتر احمد حاجی ده آبادی، هادی کرامتی معز
۱۸ - ۱
- تساوی سن بلوغ کیفری میان دختر و پسر و چالش‌های مسئولیت کیفری اطفال با نگرشی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی
سپیده سفیدی، مهدی جوهری، دکتر سعید دهقان
۲۹ - ۱۹
- چالش ضرورت صیانت از حریم خصوصی و صیانت از هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی (با نگاهی به حقوق انگلستان)
دکتر رضا شکری، دکتر مهدی شیداییان، دکتر شهرداد دارابی
۳۹ - ۳۱
- تدابیر پیشگیری وضعی در قلمرو جرائم ثبتی
پهروز ساکی، دکتر سید محمود میر خلیلی
۵۲ - ۴۱
- پیشگیری از جرائم ثبتی، با مشارکت جامعه مدنی
شیرزاد امیری، دکتر سید حسین هاشمی، دکتر محمد مهدی انجم شعاع
۵۳ - ۶۶
- تحلیل حقوقی تبانی علیه امنیت در ایران
سعید غیاثوند، دکتر سید محمود میر خلیلی
۷۶ - ۶۷
- الزامات تساوی سلاح‌ها در رفتار دادستان و متهم؛ با نگاهی به جرائم اقتصادی
عبدالحمید شریفی، دکتر مهدی شیداییان
۹۸ - ۷۷
- تحلیل حقوقی جرم‌شناسی ناکارآمدی کیفری اعدام
در جرائم مواد مخدر و سایر جرائم تعزیری و تعیین مجازات‌های جایگزین
عمران علی محمدی، دکتر محمدرضا شادمان‌فر
۱۱۰ - ۹۹
- واکاوی سیاست جنایی ایران در قبال جرائم بقه سفید
بهنام حبیب زاده مومن، دکتر اکبر وروایی
۱۲۴ - ۱۱۱
- واکاوی تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظام کیفری ایران
حسین پورمند، دکتر احمد رضائی، دکتر محمدجوادجعفری
۱۴۶ - ۱۲۵
- عوامل بی‌تفاوتی نسبت به امر به معروف و نهی از منکر
علی مردانی، دکتر سید محمدرضا آیتی، دکتر سید ابوالقاسم نقیبی
۱۵۸ - ۱۴۷
- بررسی تطبیقی جنگ روانی از دیدگاه فقه امامیه و عامه
سیدحسین چاوشی، دکتر سیدمحمد مهدی احمدی
۱۷۶ - ۱۵۹
- موارد معافیت از مسئولیت غیرمرتبط با اجرای تعهدات؛ در حقوق ایران و کنوانسیون روتردام
مریم بیات، دکتر محمد بهمنی
۱۹۳ - ۱۷۷
- تأثیر رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلق سلاح بر امنیت ملی و توان بازدارندگی (مطالعه موردی ایران)
مریم شهبازی، دکتر فخرالدین سلطانی
۲۰۶ - ۱۹۵

- **واکاوای زمینه قانون خواهی در نظام حقوقی - قضایی ایران در آستانه مشروطیت**
سید حمید رضا موسوی، دکتر علی اکبر گرجی از ندریانی
۲۲۱ - ۲۰۷
- **تأملی بر شرایط اعمال مجازات‌های انحلال و مصادره‌ی اموال نسبت به اشخاص حقوقی**
کیومرث کلانتری درونکلا، محمدصادق چاووشی، محسن قرنی آرانی
۲۲۳ - ۲۳۵
- **گستره مصادیق قاعده لاجرح در فقه پزشکی**
محمود شریفتیان
۲۴۷ - ۲۳۷
- **تأثیر قرابت در میزان مسئولیت کیفری با تأکید بر مجازات قصاص**
مجتبی سرگز ی پور، دکتر محمد خانی
۲۵۸ - ۲۴۹
- **حق مرغوبیت در رویه کنونی**
آسیه نقیب شهر بابکی، رضا امیر تیموری
۲۶۶ - ۲۵۹
- **بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی در پنج کشور آمریکا، آلمان، آلبانی، ایران و فرانسه**
راضیه همراهی، جمیل حسن پور، میرابراهیم صدیق
۲۸۶ - ۲۶۷
- **عوامل رافع مسئولیت مدنی عرضه کنندگان کالا**
مریم بیات، ساحل عالیخانی
۲۹۶ - ۲۸۷
- **اداره اراضی سلب مالکیت شده**
نصیر مشایخ گندس کلایی، دکتر محمد راسخ
۳۱۴ - ۲۹۷
- **تحولات مجازات‌های بدنی در سیاست کیفری ایران بر مبنای اسناد بین‌المللی حقوق بشری**
علی اصغر حق طلب، جلال جعفری، علی یوسف وند، رضوان خسروی، علی مهدی فرد
۳۳۱ - ۳۱۵
- **واکاوای ماهیت دین از منظر حقوق اسلامی و حقوق اروپایی**
الهام ساعدی، صدیقه سرلک
۳۴۴ - ۳۳۳
- **ارتکاب قتل به ادعای مهدورالدم بودن مقتول در سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران**
ایرج خنکدار، دکتر ایرج گلدوزیان
۳۵۶ - ۳۴۵
- **بررسی تطبیقی موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا**
رضا آقاعباسی، محمد سعیدی کیا
۳۶۸ - ۳۵۷
- **تعامل جرم‌شناسی با قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحیه ۱۳۹۴/۳/۲۴**
خیرالله خزایی، دکتر اکبر وروایی
۳۸۹ - ۳۶۹
- **تأثیر مصلحت عمومی در مالکیت خصوصی**
دکتر ابوالفضل جعفرقلیخانی، امین اله صمدی
۳۹۳ - ۳۸۳
- **جلوگیری از بزه‌های اقتصادی از طریق حسابگری کیفری**
علیرضا بهشتی، محمود قیوم زاده
۴۰۲ - ۳۹۳
- **موانع تربیتی ولایت پذیری در فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر تفسیر المیزان**
علی یوسفی، سعید بهشتی، سید کاظم اکرمی
۴۱۴ - ۴۰۳
- **نقش خانواده در تربیت تفکر فلسفی در آموزه‌های اسلامی از منظر امام علی (ع)**
هاجر محمدیان، نجمه و کیلی، علی قائمی امیری
۴۲۴ - ۴۱۵
- **بررسی دعاوی ناشی از تصرفات و تملکات غیر قانونی املاک توسط شهرداری‌ها**
فاطمه یزدان جو، حمید سلیمیان ریزی
۴۴۰ - ۴۲۵
- **شرایط مسئولیت کیفری و ماهیت جنایت ناشی از نقص راه در تصادف رانندگی**
محمد اقبالی، محمود قیوم زاده
۴۴۶ - ۴۴۱
- **بررسی نسبت فساد اقتصادی و توسعه در ایران ۱۳۹۲-۱۳۶۸**

- علی محمدی، دکتر علی اصغر زرگر
۴۵۶ - ۴۴۷
اجرای محکومیت های مالی از رهگذر حقوق کیفری با تاکید بر حبس در قانون مصوب ۱۳۹۴
علی عبدی پور، محمد مهدی ساقیان، رجب گلدوست جویباری
۴۷۲ - ۴۵۷
- واکاوی نقایص و مشکلات مربوط به نظام حل اختلاف حقوق دریاها در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها
مریم شمعونی اهوازی، دکتر منصور عطاشنه، دکتر باسَم موالی زاده
۴۸۳ - ۴۷۳
بررسی احساس امنیت در فضاهای عمومی (مطالعه موردی شهرداری)
- دکتر رضاعلی محسنی، دکتر محمد باقری، علیرضا علی پور، مهتاب قهرمانی
۴۹۸ - ۴۸۵
تفکیک اصطلاحات مشابه خلایق قضایی و ارشاد قضایی از تلقین دلیل و تحصیل دلیل در علم آیین دادرسی مدنی
- سحر لاله خانی، دکتر جواد خالقیان
۵۱۷ - ۴۹۹
بررسی مبانی فقهی امنیت اجتماعی از دیدگاه فقهای شیعی معاصر
- عبدالله چاره جولنگرودی، دکتر محمد جعفری هرندی
۵۳۰ - ۵۱۹
واکاوی ارکان جرم کلاهبرداری سایبری در سیاست کیفری ایران
- صالح اوجاقلو، محمدرضا زندی
۵۴۵ - ۵۳۱
ضمانت قانونی از مددکاری اجتماعی اطفال با محوریت قانون حمایت خانواده
- طاهره پور نعمتی شمس آباد، محمود قیوم زاده، محمدعلی حیدری
۵۵۷ - ۵۴۷
نقش بسترهای اجتماعی در شکل گیری نهاد توبه و تأثیر سقوط کیفر با توبه بر سلامت جامعه
- سید مطلب مطلبی، سید حسین هاشمی، شهرداد دارابی
۵۶۹ - ۵۵۹
اثر بخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دل زدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل
- محمود قاسمی، دکتر حسین داوودی، دکتر حسن حیدری
۵۷۹ - ۵۷۱
بررسی عوامل تهدیدکننده امنیت سیاسی و راه های تأمین آن از دیدگاه فقهای شیعه معاصر
- عبدالله چاره جولنگرودی، دکتر محمد جعفری هرندی
۵۹۶ - ۵۸۱
تحلیل جامعه شناختی مسئولیت مدنی معلمان در حقوق ایران
- اسلام ندایی، ایران سلیمانی
۶۰۶ - ۵۹۷
چالش ها و مشکلات پیشگیری خصوصی از جرم در ایران
- محمد محمدیان، دکتر قباد کاظمی، دکتر محمد جواد جعفری
۶۱۷ - ۶۰۷
تحلیل فقهی، حقوقی و جرم شناسی جرم رانت خواری
- ابراهیم رجیبی تاج امیر، حسین ساجدی
۶۳۰ - ۶۱۹
بررسی تطبیقی امکان فرار در دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران، فرانسه و مصر
- مهدی چگنی، جلال الدین قیاسی، میثم خزایی
۶۴۵ - ۶۳۱
کارکرد تطبیقی عنوان مصلحت در نظام های حقوقی ایران و کامن لا
- محمد مهدی رهبری، دکتر حمیدرضا علی کریمی
۶۶۷ - ۶۴۷
جایگاه عرف در تعیین موضوع و حکم شرعی
- مهراوه درزی، دکتر محمد جعفری هرندی، دکتر محمد صادق موسوی
۶۶۹ - ۶۸۴
تلقی جرم انکارانه از اقدام به خودکشی (ناموفق) و برخی صور مداخله در ارتکاب آن در حقوق جزایی ایران
- پیمان حسین زاده، ایرج گلدوزیان
۶۹۴ - ۶۸۵
ظرفیت ها و چالش های نظام عدالت کیفری ایران در حوزه پیشگیری از جرم زمین خواری

- ۶۹۵-۷۰۶ میثم حسین پور، جعفر کوشا
تحول اهداف آیین دادرسی کیفری در پرتو آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲: کشف حقیقت با فصل خصومت
- ۷۰۷-۷۱۵ علی امیری، غلامحسن کوشکی
پیشگیری کنشی از قاچاق کالا در سیاست جنایی تقنینی ایران
- ۷۱۷-۷۳۱ مسعود بسامی، یوسف الماسی
قانونگذاری در جمهوری فدرال آلمان
- ۷۳۳-۷۴۵ محمدرحیم بهبهانی، احمد ساجدی
مطالعه تطبیقی حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی و مقررات هامبورگ
- ۷۴۷-۷۷۱ مهدیه بازوکی، علی زارع
مطالعه‌ای پیرامون نقش حقوقی متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا
- ۷۷۳-۷۸۴ فرامرز احمدیان فر، مهدی زارع، محمد رمضانی، دکتر بابک خسروی نیا
ارزیابی و تحلیل قوانین حاکم بر احوال شخصیه در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل
- ۷۸۵-۷۹۹ محمدمامین دادفر، بابک وثوقی فرد
بررسی عهدنامه‌های بین‌المللی مبتنی بر آموزه‌های دینی
- ۸۰۱-۸۱۲ محمدعلی راغبی، داود کریمی مرید، تورج روحانی
نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری و مرجع آن
- ۸۱۳-۸۳۰ مصطفی امرایی، محمدرضا کونانی، علی احمدپور
تأثیر تعدد جرایم حدی در تعیین کیفر از منظر قانون مجازات اسلامی و فقه امامیه
- ۸۳۱-۸۴۰ جلال بیگزاده، محسن رهامی، مرتضی ناجی زواره
شیوه‌های متکثر فردی کردن مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران و فرانسه
- ۸۴۱-۸۶۱ امیر سماواتی پیروز، سینا نجفی
مطالعه حقوقی مشروعیت تحریم‌های فرامشوری در پرتو قواعد داخلی و بین‌المللی علیه ایران
- ۸۶۳-۸۷۸ حسین اخوان، ابو محمد عسگرخانی، سیدباقر میرعباسی
نظریه مسئولیت کیفری؛ در قلمرو «یکپارچگی» یا «چند پارچگی»
- ۸۷۹-۸۸۹ حجت قهرمانی فر، دکتر باقر شاملو، دکتر مهدی صبوری پور، دکتر سیدمهدی احمدی موسوی
تبیین مبانی حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیک در حقوق موضوعه ایران
- ۸۹۱-۹۰۸ یونس امرایی، ابراهیم عبدی پور فرد
جهانی شدن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با تأکید بر اسناد منطقه‌ای
- ۹۰۹-۹۲۳ مجید شعبانی، علی نجفی توانا
پاسخ‌های حاکم بر جرائم سایبری و راهبردهای پیاده‌سازی اهداف کیفر
- ۹۲۵-۹۳۷ امین امیریان فارسانی، مریم سلطانی بهلولی، سیف‌الدین بازووند
تحلیل روانشناختی - جنایی نظریه فروید در بزهکاری از منظر قرآن و احادیث
- ۹۳۹-۹۵۳ مجید آقایی، محمدرضا زاده

- **بررسی تطبیقی حمایت از زنان بزه دیده در فرایند عدالت کیفری در پرتو جنایات جنگی و خشونت علیه زنان**
طیبه شاهرخی، فرهاد میرزائی
- **تحلیل جامعه‌شناختی حضانت کودک از منظر فقه امامیه و حقوق ایران**
اکبر احمدی، سودابه طاهری
- **نسبت سنجی تمرکز زدایی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران (با تأکید بر مبهم بودن شخصیت حقوقی سازمان مناطق آزاد)**
محمد باران زهی، علی اکبر گرجی ازندریانی
- **بررسی مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه و حقوق ایران**
احسان کارگران بافقی، محمد رضانی، مهدی زارع، بابک خسروی نیا
- **ادغام شرکتهای سرمایه و آثار آن نسبت به شرکا و اشخاص ثالث**
محمد افراس، بابک خسروی نیا، مهدی زارع، محمد رضانی
- **آثار قاعده استیمان بر قلمرو مسئولیت مدنی امین در حقوق ایران و فرانسه**
راحله نوذری، بابک خسروی نیا، محمد رضانی، مهدی زارع
- **مبانی فقهی و حقوقی جرائم در حکم محاربه**
روح الله آهنگران
- **مفهوم امنیت غذایی و حق دسترسی به غذا در نظام حقوق بین الملل**
سید عقیل ادیانی، ابو محمد عسگرخانی، حاتم صادقی زیازی
- **تمایز توکیل و تفویض وکالت در حقوق ایران**
علی پولادی، جهانبخش غلامی، بهنام قنبرپور
- **ارایه مدل توسعه شایستگی مدیران در سازمان‌های آموزشی**
بنفشه مخزن، رمضان جهانیان پریسا ایران‌نژاد
- **بررسی ضابطه‌های حاکم بر سلب مالکیت اراضی بر حسب نوعیت اراضی**
فاطمه نگهداری، نصیر مشایخ گندس کلایی
- **بررسی حل تعارض قوانین در طلاق زن خارجی از مرد در حقوق ایران و استرالیا**
آذرگشسب معراج
- **بررسی حدود تکالیف و اختیارات قاضی اجرای کیفری**
ناصر قاسمی، کیان سلطانیان

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

صص ۱-۱۸

تقابل ضمانت اجرای کیفری قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ با ویژگی‌های خاص جرم‌انگاری در حوزه خانواده

دکتر احمد حاجی ده آبادی^۱، هادی کرامتی معز^{۲*}

۱- دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

۲- مدرس دانشگاه و پژوهشگر دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

چکیده

در مداخله‌ی حقوق کیفری باید اصول و قواعد قانونگذاری و قانون‌نویسی به طور کامل رعایت شود. اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هر چه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است؛ در جرم‌انگاری رفتارها در روابط خانوادگی برخی موارد باید به طور خاص مورد توجه قرار گیرند؛ رعایت این موارد در سایر حوزه‌ها نیز ضروری است، اما در حوزه خانواده نیازمند توجه جدی است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون-نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی روبه‌رو است.

واژگان کلیدی: خانواده، جرم‌انگاری، قانون حمایت از خانواده، حقوق کیفری.

* نویسنده مسئول keramatihadi@ut.ac.ir

مقدمه

خانواده کوچک‌ترین واحد اجتماع است، اما نقش مهمی در روابط اجتماعی اشخاص، تعلیم و تربیت فرزندان و پیشرفت و آبادانی کشور ایفا می‌کند؛ چرا که کشوری آباد است و مردمانی سعادتمند دارد که مدیران موفق داشته باشد و چنین مدیرانی در خانواده‌های خوب تربیت می‌شوند و خانواده‌های خوب و همسرانی شایسته دارند. به طور کلی زنان یا مردانی که در حوزه اجتماع عهده دار کارهای کوچک یا بزرگ-اند زمانی موفق خواهند بود که خانواده خوبی داشته باشند. گراف نیست اگر بگوییم مردی در خارج از خانواده در شغل و کارش موفق است که پیش از آن خانواده‌ی خوبی دارد و در زندگی خانوادگی‌اش موفق است و بی‌جهت نیست که پیامبر اکرم خدا می‌فرماید: «من سعادة المرء الزوجة الصالحة» (صابری یزدی، ۱۳۶۳: ۲۱۸) بنابراین حفظ جایگاه خاص خانواده از اهمیت بسزایی برخوردار است و انتظار می‌رود قانون حمایت از خانواده این جایگاه خاص را مورد تأکید قرار بدهد و در این مقاله به نقد از منظر بایسته‌های قانونگذاری و قانون‌نگاری در حوزه ضمانت اجرای کیفری در قانون جدید حمایت از خانواده می‌پردازیم. نویسنده در این مقاله در مبحث اول در قالب دو گفتار در به تعریف خانواده و ویژگی‌های خاص جرم-انگاری در حوزه خانواده می‌پردازد و در مبحث دوم به نقد ضمانت اجرای قانون جدید حمایت از خانواده که در تعارض با جایگاه خاص خانواده تدوین شده است؛ بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم و ویژگی‌های خاص جرم انگاری در حوزه حقوق خانواده

در این مبحث در قالب دو گفتار به بررسی تعریف خانواده و ویژگی‌های خاص جرم انگاری در حوزه خانواده پرداخته خواهد شد.

۱-۱. مفهوم حقوقی خانواده

خانواده کوچک‌ترین، بنیادی‌ترین و اساسی‌ترین نهاد اجتماعی است و این همان تعبیری است که مقدمه‌ی قانون اساسی به منظور بیان اهمیت خانواده به کار برده است (خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است). از ازدواج که زیر بنای خانواده است؛ تعاریف متعددی شده است. گیدنز آن را پیوند جنسی می‌داند که از نظر اجتماعی به رسمیت شناخته شده است. وی با آرمانی کردن خانواده مخالف است و می‌گوید زندگی در خانواده، همواره ارضاء‌کننده و لذت بخش نیست، بلکه خانواده‌ها اغلب منبع تنش و خصومت زیاد هستند (گیدنز، ۱۳۷۴: ۳۱۴) در تعریف دیگر، ازدواج فرآیندی از کنش متقابل بین دو فرد، یعنی یک مرد و یک زن است که برخی شرایط قانونی را تحقق می‌بخشد و عمل آنان مورد پذیرش قانون قرار می‌گیرد (ساروخانی، ۱۳۷۰: ۱۳).

این تعاریف، هر یک جای بحث دارد. تعبیر کنش متقابل از روابط زوجین، بدون بیان نقاط تفکیک این کنش، از کنش‌ها در دیگر جوامع، وضع ویژگی «مورد پذیرش قانون قرار گرفتن»، به عنوان اساس تعریف این نهاد، یا منحصر نمودن پیوند زوجین به «پیوند جنسی» در تعاریف، ناشی از نگاهی تک بعدی به خانواده و ازدواج به عنوان زیر بنای آن است. نگاه سیستماتیک به خانواده ایجاب می‌نماید که در تعریف خانواده، کلیه عناصری که در کنار هم این نهاد را ایجاد می‌کنند؛ به خوبی دیده شوند و مورد غفلت قرار نگیرند.

نکاح، در لغت به منزله‌ی ضمّ چیزی به چیز دیگر و به معنای نزدیکی است (حلی، ۱۳۶۴: ۴۲۸)؛ در تعریف حقوقی نکاح گفته‌اند: «عقدی است که تسلط بر اباحه‌ی بضع است بدون ملکیت» (حلی، ۱۳۶۴: ۴۲۸)؛ صاحب جواهر نیز بر عدم انتقال بضع و صرف تسلیط بر آن تأکید نموده است که در این صورت، نکاح نیز مانند بیع و صلح اجاره و غیره آن تلقی می‌شود (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۳۹).

برخی حقوقدانان در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح رابطه‌ی حقوقی - عاطفی است که به وسیله‌ی عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه؛ حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۱).

با توجه به تعریف نکاح، می‌توان گفت خانواده نهاد ناشی از نکاح است که در تداوم همدلی زوجین و اهداف آنان حین نکاح تداوم می‌یابد. ازدواج توافق همدلانه، ارادی و منطبق با قانون و شرع میان زن و مرد است که بر شروع زندگی مشترک، تداوم آن بر اساس عشق، اخلاق و قانون، و تلاش در جهت رفع نیازهای

مادی و معنوی یکدیگر در طول زندگی مشترک صورت می‌گیرد. این تعریف که کمتر به بُعد حقوقی نکاح در خانواده توجه دارد؛ ضمن جدا نمودن نکاح از معامله و ردّ معاوضی بودن آن، به تعهد اخلاقی زوجین و خاصیت طبیعی محبت میان آنان که با هیچ قراردادی قابل ایجاد نیست، تاکید می‌کند.

خانواده را خاندان، دودمان و تبار نیز معنی کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۸۵: ۱۰۷۸) و از آن، تعاریف متعددی صورت گرفته است که دارای عناصر مشترکند. از جمله گفته شده است که یک واحد حقوقی است که لااقل از یک زن و یک مرد که بین آنها رابطه زوجیت وجود پیدا کرده، ناشی می‌شود. وجود زن و مرد در ابتدا شرط حدوث خانواده است، اما شرط بقای آن نیست. مانند خانواده‌ای که از یک مادر و یک فرزند تشکیل شده و پدر خانواده فوت کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۶).

این تعریف از خانواده دارای جنبه حقوقی است؛ زیرا خانواده را یک واحد حقوقی به شمار آورده است. در این تعریف، عناصر خانواده عبارتند از رابطه‌ی قرابت سببی که می‌تواند به دنبال رابطه‌ی قرابت نسبی ایجاد شود. یعنی زوجین که سابقاً دارای رابطه‌ی خویشاوندی نسبی بوده‌اند، حال به سبب ازدواج، رابطه‌ی قرابت سببی نیز پیدا کرده‌اند و یا آن که زوجین که هیچ رابطه‌ی نسبی نداشته‌اند، حال به واسطه‌ی عقد نکاح، قرابت یافته‌اند. به هر حال بین زوجین و فرزندان مشترک، رابطه‌ی نسبی وجود خواهد داشت (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۲).

عنصر مهم در هر یک از این تعاریف، تفاوت جنسیتی اولین اعضای خانواده است. این تعریف در تعیین حدود خانواده موفق نبوده است؛ زیرا قید «لااقل از یک زن و مرد» این ابهام را ایجاد می‌کند که آیا مردی که دارای چند زن است، صرفاً دارای یک خانواده است یا چند خانواده. ابهام دیگر اینکه آیا خانواده می‌تواند از یک زن و چند مرد تشکیل شود که در پاسخ باید گفت نه تنها در مقررات ایران چنین امری ممنوع است، بلکه در بسیاری از کشورها^۱ با ممنوعیت چند همسری،^۲ چنین خانواده‌ای را غیر قانونی اعلام کرده‌اند.

برخی، خانواده را گروهی از اشخاص دانسته‌اند که در اثر قرابت یا نکاح با یکدیگر بستگی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱). این تعریف بسیار عام است و مفهومی گسترده از خانواده ارائه می‌دهد. با این تعریف، عمو و برادرزاده نیز یک خانواده را تشکیل می‌دهند. همچنین پیشنهادی که در تعریف در مورد حدود و ثغور خانواده شده است، مبنی بر این که باید با ملاحظه‌ی حقوق و تکالیفی که قوانین برای اعضای خانواده در برابر هم مقرر داشته است، حدود و قرابتی را که سبب ایجاد رابطه‌ی خانوادگی است، مشخص نمود، نیز نمی‌تواند به تنهایی کارساز باشد؛ زیرا «انفاق» از تکالیفی است که برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۷). آن را «عنصر» خانواده دانسته‌اند، در حالی که مطابق ماده‌ی ۱۱۹۶ قانون مدنی، در روابط بین اقارب، اقارب نسبی در خط عمودی اعم از سعودی یا نزولی، ملزم به انفاق یکدیگرند. با این وصف جد پدری نیز می‌تواند از نوه‌ی خود مطالبه‌ی نفقه کند، اما در این که آیا این دو می‌توانند یک خانواده را تشکیل دهند، جای بحث است.

برخی دیگر خانواده را در دو مفهوم عام و خاص تعریف کرده‌اند و در مفهوم عام، خانواده‌ی گسترده را گروهی مرکب از شخص و خویشان نسبی و همسر او و کسانی دانسته‌اند که از یکدیگر ارث می‌برند. استناد این تعریف به مواد ۸۶۲ و ۱۰۳۲ قانون مدنی است که طبقات اقربای نسبی را بیان کرده است. ضابطه‌ی این تعریف توارث است (صفایی امامی، ۱۳۹۱: ۱۲) و خانواده به معنی خاص یا محدود را شامل زن، شوهر و فرزندان است در برمی‌گیرد. (صفایی امامی، ۱۳۹۱: ۱۲).

این تعاریف نیز جامع و مانع نیستند. بی تردید توارث و قرابت، می‌تواند ضابطه‌ی تشکیل قبیله و عشیره باشد، نه خانواده، از سوی دیگر مقید نمودن خانواده به زن و شوهر و فرزندان، مانع از آن است که زن و

۱. از جمله مطابق ماده‌ی ۹۶ قانون مدنی سویس: «هر شخصی که قصد ازدواج مجدد دارد، باید ثابت نماید که از دواج قبلی وی، باطل یا منحل گردیده است.» همچنین است ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد: «تا زمانی که عقد نکاح اول منحل نشود، نمی‌توان به انعقاد عقد نکاح دوم اقدام نمود.»

شوهر فاقد فرزند مشترک یا زن مطلقه‌ای را که با فرزند خود زندگی می‌کند، خانواده تلقی کنیم. اگر بگوییم این تعریف، حداکثر مرزهای خانواده را معین نموده که فراتر از آن نمی‌توانند داخل شوند، نیز این ایراد جای طرح دارد که فرزند خوانده داخل چنین تعریفی نمی‌شود و این ترتیب، اجتماع زن و مردی که کودکی را به فرزندی قبول کرده اند، صرفاً تا حیات هردو والد، خانواده محسوب می‌شود و با فوت یکی از زوجین سرپرست، دیگر نمی‌توان عنوان خانواده را بر آن بار کرد. همچنین این سوال مطرح است که آیا برادرانی که پس از فوت والدین خود با یکدیگر زندگی می‌کنند، خانواده محسوب می‌شوند؟

به نظر می‌رسد بهتر آن است که تعریف خانواده را به عرف واگذاریم و بیشتر به حمایت از خانواده بپردازیم؛ زیرا خانواده مفهومی متحول در طول زمان است. اصطلاح خانواده گسترده در مقابل خانواده هسته‌ای که این دو نیز نسبی بوده، به گونه‌ای متفاوت تعبیر می‌شوند، ناشی از همین تحول است.

قوانین ایران نیز از خانواده تعریفی ارائه نداده و حدود و ثغور آن را مشخص نکرده‌اند. قانون مدنی در باب اشخاص بدون این که به تعریفی از خانواده بپردازد، به روابط حقوقی بین زوجین، فرزندان و اقارب اختصاص یافته است. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز در تعیین دعاوی خانوادگی، نگاهی به حدود و ثغور خانواده نداشته است.

درمورد تعریف خانواده بیان شد که خانواده نهادی است متشکل از یک سری اعضا و ارزش‌ها که حقوق و تکالیف خاصی را برای هر یک از اعضا ایجاد می‌کند. همانطوری که اعضا یک اجتماع وقتی در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند جامعه را تشکیل می‌دهند، اعضای خانواده هم وقتی در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند، کیان خانواده را تشکیل می‌دهند. به همان نحو که حقوق جامعه ممکن است با حقوق افراد تعارض پیدا کند و به همان صورت که افراد یک جامعه ممکن است موجب اختلال و صدمه به جامعه شوند، اعضا خانواده نیز ممکن است موجب اختلال و صدمه به کیان خانواده شوند و همانطور که جامعه برای اینکه از تعرض اعضای خود مصون بماند احتیاج به وضع مقررات حمایتی دارد لذا کیان خانواده نیز برای اینکه از تعرض در امان باشد، احتیاج به وضع مقررات حمایتی دارد.

مهم‌ترین مقرراتی که از تعرض و آسیب به جامعه حمایت می‌کند مقررات کیفری هستند، اما در مورد کیان خانواده اگرچه در مقایسه با جامعه به راحتی نمی‌توان به قوانین کیفری متمسک شد اما در پاره‌ای از موارد، تمسک به ضمانت اجرای کیفری به عنوان آخرین راه حل مفید فایده به نظر می‌رسد. به همین دلیل است که امروزه مقررات کیفری حاکم بر کیان خانواده در مقایسه با مقررات غیر کیفری حاکم بر خانواده بسیار ناچیز بوده و به طوری که نمود خارجی این مطلب را حتی در کتاب‌های حقوقی نگارش یافته نیز به وضوح می‌توان ملاحظه کرد. در زمینه مقررات غیر کیفری حاکم بر کیان خانواده کتاب‌های بسیاری نگارش یافته و در این کتب به صورت حاشیه‌ای و جزئی به مقررات کیفری ناظر بر کیان خانواده اشاره شده است.

همچنین لازم الذکر است که قانون اساسی ما به عنوان اولین و مهمترین قانون، نهاد خانواده را به عنوان یک نهاد بنیادی مورد توجه قرار داده و قانونگذار عادی را مکلف کرده است که از جهات مختلف حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و کیفری از این تاسیس مبنایی حمایت کند. قانون اساسی، خانواده را به عنوان واحد بنیادی جامعه اسلامی به شمار می‌آورد. علت این امر را می‌توان به دلیل کارکردهای مختلف این نهاد بخصوص از لحاظ جامعه‌شناسی و جرم‌شناسی دانست. همچنین قانون اساسی در زمینه حمایت کیفری از کیان خانواده اصولی را بیان نموده که زمینه‌ساز ضمانت اجرای کیفری شده‌اند. حمایت‌های قانون اساسی ناظر به دو مرحله، یعنی مرحله تشکیل خانواده و مرحله استمرار آن است. البته اصل دهم قانون اساسی مقرر نموده است که تمامی قوانین و مقررات باید در جهت حمایت از تشکیل خانواده و پاسداری از قداست و استواری آن وضع گردد.

۱-۲. ویژگی‌های خاص جرم‌انگاری در حوزه خانواده

در جرم‌انگاری رفتارها در روابط خانوادگی برخی موارد باید به طور خاص مورد توجه قرار گیرند. رعایت این موارد در سایر حوزه‌ها نیز ضروری است، اما در حوزه خانواده نیازمند توجه جدی است، شاید بتوان گفت رعایت ویژگی‌های عام، همان قدر در حوزه خانواده ضروری است که در دیگر حوزه‌ها باید مورد توجه

قرار گیرد، اما عدم رعایت معیارهایی که در این گفتار ذکر می‌شود، موجب ورود آسیب جدی به کانون خانواده خواهد شد، در حالی که کارکرد این معیارها در دیگر کانون‌ها، همانند معیارهای عام است یا حتی کم اهمیت‌تر ارزیابی می‌شود.

۱-۲-۱. شناسایی ارزش‌های نیازمند حمایت در حوزه خانواده

رفتارهایی که باید ممنوع شوند، مرتبط با ارزش‌هایی است که قانونگذار سعی در حفظ آن‌ها دارد. خانواده به عنوان کانون عاطفه، سرشار از ارزش‌های اخلاقی و انسانی است، به گونه‌ای که آمیختگی اخلاق و حقوق در خانواده، بیش از سایر حوزه‌ها نمود دارد، اما پیشروی حقوق کیفری در جرم‌انگاری تمامی ضد ارزش‌ها، تحکیم خانواده را در معرض خطر قرار می‌دهد، زیرا اگرچه برقراری نظم با ابزارهای سرکوب کننده ممکن است، اما ایجاد و تقویت عاطفه با این ابزارها، نه تنها ممکن نیست، بلکه آثار منفی بر جای خواهد گذارد.

در راستای دستیابی به یک جرم‌نگاری مطلوب و شایسته، تعیین الگوی مشخصی با توجه به ساختار و جوانب پدیده‌ی مجرمانه ضروری است. قانونگذار نمی‌تواند در برج عاجی بدون پنجره‌ای رو به جامعه بنشیند و مبادرت به قانونگذاری کند، بلکه باید با حضور در جامعه و نظر سنجی از آحاد آن، آگاهانه قانونگذاری نماید. بنابراین نگاهی مجموعی به حقوق و تکالیف اعضای خانواده و انتظارات عرفی از آن‌ها باید مورد توجه قرار گیرد. همچنین چینش ارکان جرم به ویژه رکن معنوی باید با توجه به ارزش‌هایی باشد که حاکمیت آن بر روابط خانواده ضروری است.

جرم‌انگاری متعادل باید به نحوی صورت پذیرد که همه‌ی افراد بزه‌دیده را در برگیرد. ارتکاب جرم منجر به ایجاد بزه‌دیدگان مستقیم و غیر مستقیم می‌شود و همه‌ی این گروه‌ها نیاز به حمایت و اتخاذ راهکارهای همه جانبه‌ی جبرانی دارند. در نتیجه، توجه به وضعیت تمام افراد آسیب‌دیده از ارتکاب یک جرم و حتی توجه به افرادی که از اعمال مجازات بر فرد مجرم که متکفل یک خانواده است، متضرر می‌شوند، جزو اصول اولیه جرم‌انگاری مطلوب و حمایتی است.

توجه به وضعیت و درجه‌ی آسیب‌پذیری بزه‌دیده نیز ضروری است. بدین ترتیب رفتارهای آسیب‌زا برای کودکان در خانواده، برای ورود به حوزه‌ی رفتارهای ممنوع در حقوق کیفری، باید بیشتر مورد نظر باشد.

۱-۲-۲. توجه به ماهیت روابط اعضای خانواده

استواری کانون خانواده بر عشق، بر ضمانت اجراهای حقوقی حاکم بر آن نیز اثر گذاشته است. به گونه‌ای که مقررات مدنی خانواده، بعضاً فاقد ضمانت اجرا می‌باشند. فقدان ضمانت اجرا برای این مقررات به دو شکل است:

الف. گاه به طور مطلق است، یعنی قانونگذار هیچ ضمانتی در نظر نگرفته است. به عنوان مثال مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۷ قانون مدنی، زوجین را در برابر یکدیگر و کودک را در برابر والدین، مکلف به رعایت احترام کرده است. اما از آنجا که برقراری ارتباط مبتنی بر احترام، نیازمند پذیرش درونی ضرورت آن از سوی احترام کننده است، لذا ضمانت اجرایی برای آن پیش بینی نشده است؛ زیرا از اهداف مجازات‌ها، اصلاح مجرم و برقراری عدل است که همانا ایجاد تعادل و توازن است که مخدوش گردیده است.

ب. همچنین گاه رفتار مخالف قانون، فاقد ضمانت اجرای «مستقیم» است، اما نتایجی بر تخلف فرد از قانون و عدم اصلاح وی در صورت تذکر قاضی در نظر گرفته شده است. الزام زن به تمکین از شوهر، از

۱. در میان اصول حاکم بر خانواده، اصل تقدم اخلاق بر حقوق مهم است. حقوق نباید ناقض و نافی قواعد اخلاقی باشد، بلکه این دو باید یکدیگر را تأیید و تکمیل کنند و در کنار یکدیگر باشند. در بخش خانواده، نه تنها قواعد حقوقی با قواعد اخلاقی هماهنگ است، بلکه حقوق در خدمت اخلاق است و اخلاق مقدم بر حقوق می‌باشد. (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۰۷-۱۱۴)؛ تا جایی که گفته شده است قوانین حاکم بر خانواده، توسط اخلاق و مذهب انشاء می‌شود و دولت کار مهمی جز تعیین ضمانت اجرا برای آن قواعد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۹۱).

اینگونه رفتارهاست. به همین جهت رویه قضایی، حکم الزام به تمکین را حکم انشائی نمی‌داند و بر آن اجراییه صادر نمی‌کند، بلکه معتقد است الزام به تمکین، از احکام اعلامی است که در صورت عدم تسلیم زن به آن، نتایج ناشزه بودن شامل عدم استحقاق زن بر نفقه، حق مرد بر درخواست اذن به ازدواج مجدد از دادگاه یا عدم استحقاق بر اجرت المثل حین طلاق به درخواست مرد، به زن بار می‌شود و به هر حال قاضی، دستور اجبار نمودن زن به حضور در منزل شوهر و تمکین از او را صادر می‌نماید. زیرا لازمه ی تمکین، احترام و رعایت حرمت‌هاست که با زور و اجبار همخوانی ندارد.

حساسیت قانونگذاری در حوزه‌ی خانواده، توجه به برخی بایسته‌ها از جمله ضرورت تحکیم مبانی خانواده با توجه به ماهیت روابط اعضای خانواده را می‌طلبد تا بتوان کارایی و اثر بخشی قانون را تضمین نمود.

بنابراین در تعیین ضمانت اجرای کیفری باید به ماهیت روابط اعضای خانوادگی و محدودیت اثر بخشی تضمین‌های کیفری توجه شود، به ویژه وقتی آثار تخلف از وظایف زناشویی، متوجه زوجین است. به هر حال، در موردی که عدم اجرای تکالیف والدینی نسبت به کودک مطرح است، پیش‌بینی تضمین‌های کیفری از محدودیت‌های کمتری برخوردار است.

۱-۲-۳. اهمیت رفتار از جهت میزان اختلال ناشی از آن

احتیاط در جرم‌انگاری رفتارها در حوزه‌ی خانواده، از آن جهت نیز ضروری است که بزهدار و بزهدیده به عنوان اعضای یک خانواده، پس از اجرای مجازات نیز باید در کنار یکدیگر زندگی کنند. این خصیصه، مانعی برای جرم‌انگاری در سایر حوزه‌ها نمی‌باشد. بنابراین جرم‌انگاری رفتارهای مخل نظم خانواده و ضد ارزش، صرفاً هنگامی می‌تواند به عنوان یک راه حل قانونی انتخاب شود که ادامه‌ی نتایج ناشی از آن رفتار، آثار سوء غیرقابل جبرانی بر خانواده به جای گذارد و همچنین منع مرتکب به طریق دیگری ممکن نباشد. به عنوان مثال، جرم‌انگاری به کارگیری کودک در کارهای خلاف مانند قاچاق مواد مخدر در ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان (۱۳۸۱) از آن جهت که ادامه‌ی این وضعیت، شخصیت و آینده‌ی کودک را در معرض مخاطرات جبران ناپذیری قرار می‌دهد، امری بجا است.

۲. ضرورت ورود حقوق کیفری به حوزه خانواده

با پذیرش خانواده به عنوان یک حریم خصوصی و در نتیجه لزوم احتیاط در ورود حقوق کیفری به آن، ضرورت ورود حقوق کیفری باید مشخص شود. همچنین نحوه‌ی ورود و ویژگی آن‌ها باید تبیین گردد. امروزه حقوق خانواده در حوزه‌ی حقوق خصوصی قرار می‌گیرد؛ زیرا رابطه‌ی میان افراد را مدون می‌سازد، اما ورود حقوق کیفری به عنوان شاخه‌ای از حقوق عمومی در این حوزه نیز ضروری به نظر می‌آید. جرم‌انگاری ازدواج دائم یا طلاق بدون ثبت، ازدواج با دختر زیر سن نکاح، ترک انفاق و غیره، از ظاهر دخالت دولت در این حوزه است. آنچه این ورود را توجیه می‌کند، در دو عنوان برقراری نظم جامعه و حفظ حقوق اعضای خانواده قابل بحث است.

۲-۱. برقراری نظم در جامعه

یکی از اهداف قوانین کیفری، برقراری نظم و انتظام در جامعه است و گاه ارتباط صرفاً خصوصی افراد می‌تواند مخدوش کننده‌ی این نظم باشد. به عنوان مثال طلاق، رخدادی است که رابطه‌ی زناشویی حاصل از نکاح بین زوجین را منحل می‌سازد، اما پیامدهای سوء ناشی از طلاق در جامعه، ایجاب می‌نماید که دولت در کنترل آن دخالت کند و محدودیت‌هایی را بر طرفین تحمیل نماید. الزام زوجین موافق بر طلاق به مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش از دادگاه به منظور ثبت صیغه‌ی طلاق در قانون اصلاح مقررات مصوب ۱۳۷۱ و پس از آن در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و جرم‌انگاری اجرای طلاق بدون ثبت در دفاتر اسناد رسمی، الزام مرد خواهان طلاق به مراجعه به دادگاه و طی تشریفات داور به منظور ایجاد صلح و سازش بین زوجین در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۳۵۸، یا منوط نمودن اجرای صیغه‌ی

طلاق توسط زوج به تادیه‌ی حقوق مالی زوجه در قانون اصلاح مقررات طلاق و قانون حمایت خانواده، نمونه‌ای از دخالت حکومت در حوزه‌ی روابط خصوصی افراد است.

در تعریف نظم عمومی^۱ گفته شده مجموعه‌ی سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره‌ی یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد است؛ به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۱۷). با این وصف، نظم عمومی، مجموعه قوانین الزامی شامل امر و نهی مقنن است که اشخاص نمی‌توانند خلاف آن توافق کنند و چنین توافقی بی‌اثر است.

این تعریف از نظم عمومی، به وسیله‌ی ایجادکننده‌ی آن اشاره دارد و به دولت حق می‌دهد برای حفظ نظم جامعه به قانونگذاری آمره و قرار دادن ضمانت‌های اجرایی بر تخلف از آن متوسل شود، اما برقراری نظم عمومی، یک مطلوب است که استواری و اقتدار هر حکومتی با تأمین آن محقق می‌شود و این تأمین باید در جهت حفظ منافع افراد جامعه باشد.

برقراری نظم عمومی، یکی از اهداف حقوق کیفری است و نظم اجتماعی «مبیین توقعات اساسی زندگی اجتماعی» می‌باشد که با پیشرفت جوامع رو به افزایش است. نظم عمومی با برقراری قواعد آمره از سوی دولت تأمین می‌شود و این قواعد با پیشرفت و توسعه‌ی جوامع رو به فزونی می‌گذارد. گستردگی حوزه‌ی قوانین به موازات پیچیدگی روابط جامعه، به لزوم کنترل روابط افراد در حوزه‌های جدید بر می‌گردد. به عنوان مثال، برقراری ارتباطات اینترنتی، ابزارهای کنترل جدید را می‌طلبد و به این طریق تعدی به حقوق دیگران در جنبه‌های جدید نمودار می‌شود. همچنین نهادهای قدیمی از جمله خانواده، با توسعه‌ی جوامع، پیش‌بینی کنترل‌های جدید را ضرورت می‌دهد و این کنترل نیز نیازمند تدوین مقررات جدید است.

امروزه واکنش‌های اجتماعی در برابر مسائل خانوادگی تحول یافته است، به گونه‌ای که روابط اعضای خانواده را نمی‌توان صرفاً به خود آنان مربوط دانست. گسترش وسایل ارتباطی موجب می‌شود که تمام افراد جامعه از کودک آزاری توسط والدین یا عدم مواظبت از کودک متأثر می‌شوند. تشکیل سازمان‌های مردم‌نهاد با هدف حمایت از حقوق کودکان یا زنان، نمایانگر پیشرفت حساسیت اجتماع در برابر این مورد است. قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحیه بعدی آن در تاریخ ۹۴/۳/۲۴ در ماده ۶۶ مقرر می‌دارد: «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان ... می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.» این ماده همسو با اندیشه‌های نوین بزه‌دیده‌شناسی و سیاست جنایی مشارکتی در حقوق کیفری در جهت حمایت از بزه‌دیده و مشارکت دادن سازمان‌های مردم‌نهاد در این امر وضع شده است (خالقی، ۱۳۹۴: ۸۵).

با توجه به مراتب فوق، ورود خانواده از برخی جنبه‌ها به حوزه‌ی حقوقی عمومی یا به عکس و دخالت حقوق عمومی در خانواده، ناشی از ارتباط یافتن خانواده با نظم عمومی و مسؤولیت دولت در حفظ این نظم است. در توجیه این تفکر، توجه به تعریف حریم خصوصی و تعیین مرزهای آن ضروری است.

حوزه‌ی خانواده، به عنوان یک مکان فیزیکی که افراد خانواده را در بر می‌گیرد، حریم خصوصی محسوب می‌شود و باید مورد احترام باشد. همچنین اراده‌ی زوجین و حق تصمیم‌گیری آنان در کلیه‌ی مراحل حین نکاح، در طول زندگی مشترک و پس از آن در موارد کاملاً مرتبط با آنان، محترم است و حفظ اسرار خانواده نیز از ارزش‌های مورد احترام می‌باشد. از این رو دخالت جامعه و حکومت در هر یک از این برداشتها از حریم خصوصی، آن‌گاه تجاوز است که از ارتباط صرف بین افراد خانواده خارج شده و با منافع و مصالح جامعه مرتبط شود. به عنوان مثال، پرخاشگری والدین به کودک، امری درون خانوادگی است و تا آنجا که با هدف تربیت کودک همراه باشد، به عنوان اسرار خانواده در حوزه‌ی حریم خصوصی می‌گنجد، اما شدت یافتن آن به گونه‌ای که طفل را در معرض خطر جسمی، روانی، عاطفی یا اخلاقی قرار دهد، مورد پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا افزون بر آزرده‌گی وجدان عمومی از چنین رفتاری طفل به عنوان عضوی از جامعه‌ی انسانی که

اثرگذاری قابل توجهی در آینده‌ی جامعه دارد، باید مورد حمایت قرار گیرد. با این وصف باید گفت که حمایت از چنین کودکی، ورود حوزه‌ی عمومی به تصدی دولت و حوزه‌ی عمومی جدای از دولت ضرورت می‌یابد (اسدی، ۱۳۹۲: ۶۸).

۲-۲. حفظ حقوق اعضای جامعه

یکی از وظایف دولت‌ها، حفظ حقوق افراد جامعه در مقابل تجاوز و تعدی دیگران است و ابزار لازم برای وصول به این هدف، جرم‌انگاری و استفاده از ضمانت اجرای کیفری است. با این هدف، ورود دولت‌ها به حریم خصوصی افراد توجیه می‌شود. این ورود معمولاً وقتی صورت می‌گیرد که طرفین رابطه‌ی خصوصی از نظر قدرت یا موقعیت و جایگاه برابر نباشد. در حوزه‌ی خانواده نیز چنین نابرابری از نظر عینی و قانونی وجود دارد. نابرابری زن و مرد از نظر جسمی و فیزیکی در بعد عینی انکارناپذیر است. قضاوت عرف در خصوص جایگاه زن و مرد در خانواده و انتظارات عرف از زن که گاه فراتر از الزام‌های قانونی است، این نابرابری را نمود بیشتری می‌دهد. به عنوان مثال عرف جامعه، تکلیف انجام کارهای خانه، نگهداری فرزندان مشترک و حتی تربیت آنان را به تنهایی متوجه زن میدانند و در بسیاری از مناطق روستایی، انجام کارهای بیرون از منزل مانند کار در مزارع و شالیزارها یا خرید کالاهای مورد نیاز خانواده به عهده‌ی زن است. برخی قوانین ماهوی نیز در ظاهر نابرابری میان زن و مرد را در حوزه‌ی خانواده رقم زده است.

اقدام قانونگذار برای رفع این نوع نابرابری‌های ظاهری و بعضاً ضروری، از طریق ضمانت اجرای کیفر صورت گرفته است. به عنوان مثال، در قانون مدنی، اصطلاح «تمکین» و الزام به آن صرفاً درباره زن به کار می‌رود و نشوز مرد مورد توجه قرار نگرفته است.^۱ حق مرد به منع زن از اشتغال در ماده‌ی ۱۱۱۷ قانون مدنی، حمایت متقابل از زن در برابر بی‌مسئولیتی مرد نسبت به تامین معاش زوجه را ایجاب می‌نماید و این حمایت در ماده‌ی ۵۳ قانون حمایت خانواده منسوب ۱۳۹۱ با مجازات تارک انفاق، تبلور یافته است. چنین نابرابری‌هایی، بی‌عدالتی تلقی نمی‌شود، بلکه برای نظم بخشی به روابط اعضای خانواده ضروری است. مع هذا گاه فرد ذی حق از حق خود سوءاستفاده می‌کند و از این طریق، زمینه‌ی ورود ضرر به طرف مقابل را فراهم می‌سازد. مردی که نه به منظور حفظ مصلحت خانواده، بلکه به منظور اجبار زن به تسلیم در برابر خواسته‌های نابجای خود، درخواست منع اشتغال او را از دادگاه می‌نماید و پس از ممنوعیت زوجه از اشتغال، از انجام تکلیف پرداخت نفقه که به منظور تعدیل حق ریاست زوج توسط شارع و قانونگذار وضع شده است، خودداری می‌ورزد، باید تعزیر شود. مثال دیگر بی‌ارزش بودن ناکارآمدی اراده‌ی زن در روابط طرفینی است. در عمل به ویژه در شهرهای کوچک و روستاها، دختران در تعیین تشریفات انجام نکاح مانند میزان مهریه، مستند نمودن نکاح، در قالب سند رسمی یا عادی و غیره، نقشی ندارند. به همین جهت قانونگذار در برخی موارد ضمانت اجرای کیفری برای عدم رعایت تشریفات نکاح را صرفاً برای مرد پیش بینی نموده است؛ به عنوان مثال به منظور سهولت در اثبات عقد نکاح، ثبت ازدواج دائم ضروری است. قانونگذار با جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج دائم (ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده منسوب ۱۳۹۱)، مسئولیت عدم ثبت واقعه‌ی نکاح را اگر چه زوجه نیز یکی از طرفین آن محسوب می‌شود، صرفاً متوجه مرد کرده است. دخالت حکومت در حفظ هویت طفل در ماده‌ی ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی، آن گاه که پدر و مادر وی در واگذاری طفل به ثالث توافق دارند، به منظور حمایت از طفلی است که در کانون خانواده در جایگاهی ضعیف‌تر از دیگران قرار گرفته است. سلب صلاحیت حضانت طفل در ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی از والدین، از مظاهر ورود حقوق عمومی به حوزه‌ی خانواده است و مثال‌های دیگری نیز قابل ذکر است.

با این وصف باید گفت اگر چه در تعریف ابتدایی از حقوق خصوصی، باید خانواده را نیز به طور کلی در چارچوب این حقوق قرار داد، اما پیچیده شدن روابط میان اعضای خانواده، گستردگی و انسجام جوامع که واکنش‌های اجتماعی را بر عملکرد اعضای خانواده توجیه می‌نماید و همچنین لزوم حمایت از افراد ضعیف

۱. مواد ۱۱۱۴، ۱۱۰۸ و ۱۱۱۷ قانون مدنی مصادیقی از ریاست مرد بر خانواده را مقرر نموده است. به عنوان مثال ماده‌ی ۱۱۰۸ (هرگاه زن

بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود).

در حوزه‌ی خانواده، ایجاب می‌نماید که در مواردی حکومت به این حوزه وارد شده و با وضع قواعد آمره، به تنظیم روابط درون خانواده بپردازد. به عبارت دیگر، قرارگرفتن حقوق خانواده در حوزه‌ی حقوق خصوصی، بدین معنا نیست که تنظیم روابط آنان باید به طور کلی به اعضای این نهاد واگذار شود. به همین جهت است که دخالت آمره‌ی قانونگذار در زمینه‌ی انعقاد نکاح و انحلال آن، بیش از دخالت در سایر عقود است. به عنوان مثال، فسخ در عقود با شرط خیار ممکن است، اما در عقد نکاح، فسخ صرفاً در موارد خاصی که در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی احصا شده است، میسر می‌گردد. مثال دیگر آن که والدین نمی‌توانند با توافق یکدیگر حضانت طفل مشترک را به ثالث واگذار نمایند، توافق زوجین به شروط بسیاری مانند شرط عدم تمکین و شرط واگذاری ریاست خانواده به زن باطل است (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ۱، ۴۹)؛ بدون آن که بطلان آن تأثیری در صحت عقد نکاح داشته باشد.

این روش در قوانین سایر کشورها نیز اتخاذ شده است. به عنوان مثال ماده ۲۸۷ قانون مدنی فرانسه، توافق والدین در حضانت طفل را چنانچه خلاف مصلحت طفل باشد، غیرقابل اثر می‌داند؛ طبق ماده ۲۹۲ همین قانون، در طلاق توافقی دادگاه می‌تواند توافق زوجین در خصوص کودک را مورد بازنگری قرار دهد؛ همین روش در ماده‌ی ۱۳۳ قانون مدنی سوییس نیز اتخاذ شده است و این دادگاه است که اقتدار والدینی را با لحاظ غبطه صغیر، به یکی از والدین اعطا می‌کند و توافق والدین در این خصوص باید به تایید دادگاه برسد (اسدی، ۱۳۹۲: ۷۱).

پس به طور کلی می‌توان گفت که خانواده یک کانون اجتماعی است که منشاء تشکیل آن توافق است. پایداری خانواده نیازمند تنظیم روابط اعضای آن است تا مجادلات پیشگیری شود. در تنظیم این روابط گاه ضمانت اجراهای مدنی کفایت می‌کند که چنین تضمین‌هایی در حوزه‌ی حقوق مدنی که شاخه‌ای از حقوق خصوصی است قرار می‌گیرد و گاه نیاز به ضمانت اجراهای قهرآمیز و تا حدی سرکوبگر است که آنگاه تصویب مقررات کیفری ضرورت می‌یابد.

به هر حال، آنجا که نظم مرتبط با عموم؛ معمولاً با رفتارهایی مختل می‌شود که جلوه‌ی عمومی داشته باشد و آثار آن به جامعه سرایت کند، لذا بیشتر جرم‌انگاری‌ها در حوزه‌ی عمومی صورت می‌گیرد و ورود به حریم خصوصی افراد، استثنایی بر اصل است که به کارگیری آن نیازمند دلیل متقن بر ضرورت است. در واقع چنین ورودی باید جهت دفاع از ارزش‌هایی صورت گیرد که اگرچه در رابطه‌ی خصوصی اعضای خانواده نقض شده است، اما آثار آن بر جامعه نیز بار می‌شود و از سوی دیگر ضمانت اجراهای حقوقی برای جبران آن ناکارآمد بوده یا کفایت نمی‌کند. مسلماً جمع چنین شرایطی به سختی محقق می‌شود و قانونگذار در تشخیص شرایط باید نهایت دقت را مبذول دارد.

۲. تعارض ضمانت اجراهای کیفری با جایگاه خاص خانواده

در این مبحث به بررسی ضمان اجراهایی که در قانون جدید حمایت خانواده با ارزش و جایگاه خانواده در تعارض است، بررسی می‌کنیم:

۳-۱. جرم عدم ثبت نکاح

ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۲، جرم عدم ثبت نکاح را با تغییراتی پیش بینی نمود. مطابق این ماده «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است؛ از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.» از نظر شرعی برای ایجاد علقه‌ی زوجیت صرف انشای عقد کفایت می‌کند و نیازی به ثبت نیست. اما قانونگذار بنا به برخی مصالح که در این ماده به آن اشاره نشده ولی در ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات بدان اشاره کرده است، ثبت را الزامی می‌داند. می‌توان پذیرفت که ثبت نشدن واقعه‌ی ازدواج یا طلاق باعث ضرر به دیگران به خصوص زوجه و فرزندان است و نیز منافع اجتماعی ایجاب می‌کند که جلوی این ضرر گرفته شود اما سؤال این است که آیا برای جلوگیری از ورود ضرر ناشی از

ثبت نشدن واقعه‌ی ازدواج و طلاق، باید از حربه‌ی مجازات‌ها استفاده کرد؟ بدین منظور باید ببینیم ضمانت اجرای تخلف از ثبت ازدواج و طلاق چه می‌تواند باشد و آیا ضمانت اجرای حقوقی کافی نبوده که قانونگذار به ضمانت اجرای کیفری روی آورده است؟ (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۵).

ضمانت اجرای چنین ازدواج یا طلاق مادام که به ثبت نرسیده است می‌تواند منشأ آثار حقوقی نباشد، یعنی نتوان بر اساس آن اقامه‌ی دعوی نفقه، تمکین، ارث و... نمود مگر اینکه به ثبت برسد. به نظر می‌رسد اگر قانونگذار ضمانت اجرای اموری تشریفاتی همچون ثبت واقعه ازدواج یا طلاق و... را مترتب ندانستن آثار حقوقی و الزام به ثبت واقعه می‌دانست، بهتر از این بود که برای آن مجازاتی در نظر بگیرد. البته برای اینکه حق زوجه در این میان از بین نرود، لازم است قانونگذار برای زوجه این حق را پیش‌بینی نماید که بتواند دادخواست الزام زوج به ثبت واقعه‌ی ازدواج یا طلاق به دادگاه بدهد و در نهایت در صورت استنکاف زوج، ترتیبی را پیش‌بینی کند که ازدواج یا طلاق به ثبت رسد. این وضعیت درباره‌ی فرزندان نیز وجود دارد. نتیجه آن که بهترین ضمانت اجرا برای لزوم ثبت طلاق یا ازدواج آن است که علاوه بر الزام مرد به ثبت واقعه، چنانچه مرد از ثبت منتفع می‌شده از آثار ثبت منتفع نیست تا واقعه را به ثبت برساند اما چنانچه زن یا فرزندان از ثبت منتفع می‌شوند، بتوانند با ترتیباتی واقعه را به ثبت رسانده و از آثار آن منتفع شوند (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۵).

این ماده ثبت نکردن ازدواج دائم یا طلاق را در دفاتر رسمی جرم دانسته است و ظاهر ماده حکایت از آن دارد که ثبت، باید فوری صورت پذیرد. این امر اگر نسبت به غیر ازدواج یعنی طلاق و فسخ... صحیح باشد، که آن هم جای تأمل دارد، نسبت به ازدواج دائم صحیح نیست و جا داشت قانونگذار به شیوه‌های بهتر عمل کند. توضیح اینکه آنچه عملاً در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود، این است که گاه عقد ازدواج صورت می‌پذیرد و پس از مدتی در دفاتر رسمی ثبت می‌شود. از نظر شرعی برای تحقق رابطه‌ی زوجیت صرف عقد کافی است و ثبت عقد تشریفاتی است که دولت آن را لازم دانسته است. این در حالی است که همیشه امکان ثبت فوری واقعه‌ی عقد ازدواج نیست. گاه افراد در مکان‌های مقدس یا زمان‌های مقدس که دسترسی به دفاتر رسمی ندارند اقدام به ازدواج می‌کنند حتی گاه در خارج از ایران در اماکن مذهبی همچون مکه یا مدینه یا کربلا یا نجف دختر و پسرشان را به عقد دیگری در می‌آورند، در حالی که دسترسی به دفاتر رسمی ندارند اما اهمیت زمان و مکان ایجاب می‌کند که فوری خطبه‌ی عقد خوانده شود و نمی‌توان توقع داشت تا امکان ثبت در دفاتر رسمی عقد را به تأخیر انداخت. گاه برای راضی کردن دختر و پسر و خانواده‌ی ایشان تلاش‌های مستمر و زیادی صورت گرفته و در آخرین لحظه رضایت تحصیل شده و مصلحت ایجاب می‌کند که عقد فوری خوانده شود، درحالی که دسترسی به دفتر رسمی نیست. این وضعیت در مورد طلاق یا فسخ نکاح نیز وجود دارد، یعنی ما نباید وضعیت شهرهای بزرگ را در نظر بگیریم که امکان دسترسی به دفاتر رسمی به راحتی فراهم است. در روستاها و... چه بسا دسترسی مشکل باشد. حتی در جاهایی ممکن است، دفتر رسمی ازدواج باشد ولی سردفتر مریض بوده، به مسافرت رفته و... و در یک جمله امکان حضور وی در لحظه‌ی عقد نباشد و نتوان صبر کرد. لذا الزام فوری به ثبت ازدواج و طلاق و پیش‌بینی مجازاتی سنگین صحیح نمی‌باشد. بهتر است قانونگذار لزوم ثبت واقعه ازدواج و... را فوری نداند، بلکه زمانی را برای آن در نظر بگیرد که با انقضای آن و عدم ثبت، شخص به مجازات محکوم شود (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۳۲-۳۳).

قانون حمایت خانواده در ماده‌ی ۴۹ برای زوج مستنکف از ثبت، تلفیقی از مجازات تعزیری درجات پنجم و هفت را مقرر کرده است؛ جزای نقدی درجه پنج (هشتاد میلیون تا یکصد و هشتاد میلیون ریال) یا حبس تعزیری درجه هفت (نود و یک روز تا شش ماه)؛ پیش‌بینی دو نوع مجازات تعزیری از درجه‌های متفاوت، مشکلاتی را در اجرای قانون پیش خواهد آورد. این مشکلات ناشی از آن است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعمال برخی نهادهای مرتبط با مجازات‌ها را براساس درجات تعزیر پیش‌بینی کرده است. به عنوان مثال «تعویق صدور حکم» موضوع ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که در جرایم موجب تعزیر درجه‌های شش تا هشت قابل اعمال است و دادگاه پس از احراز مجرمیت با ملاحظه-

ی وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده، در صورت تحقق شرایطی مانند وجود جهات تخفیف، پیش‌بینی اصلاح مرتکب و فقدان سابقه کیفری موثر، صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق می‌اندازد. در اعمال این ماده نسبت به جرم ثبت عدم نکاح، قاضی با سردرگمی مواجه می‌شود؛ زیرا مجازات قانونی این جرم از دو درجه پنج و هفت پیش‌بینی شده است و تعویق صدور حکم نسبت به جرایم تعزیری درجه‌ی شش تا هشت قابل اعمال است. ضمن اینکه اصولاً با توجه به این ماده و دیگر مواد قانون مجازات اسلامی، جرایم تعزیری بر اساس درجه‌ی مجازات طبقه بندی می‌شوند و تعیین مجازات تعزیری در دو درجه برای یک جرم، قرار دادن آن جرم در یکی از درجات را مبنایی برای تشخیص اهمیت جرم است، غیر ممکن می‌سازد. از دیگر سو، قانونگذار در ماده‌ی ۱۹ در تمامی درجات مجازات‌های تعزیری، انواع مجازات‌های شامل حبس، جزای نقدی و غیره را پیش‌بینی کرده است و قرار دادن انواع مجازات‌ها در یک درجه، به این معنا است که از نظر قانونگذار، این مجازات‌ها از نظر شدت و اهمیت نسبتاً مساوی هستند (کرامتی معز، ۱۳۹۴: ۳۸).

رویکرد ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) مبنی بر انتخاب جزای نقدی از یک درجه و حبس از درجه‌ی دیگر مجازات‌های تعزیری، به معنای نفی نظر قانونگذار در دسته بندی مجازات‌ها بر اساس اهمیت است. البته تبصره‌ی ۲ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تا حدی مشکل را رفع کرده است. مطابق این تبصره «مجازات‌ی که حداقل آن منطبق بر یکی از درجات فوق و حداکثر آن منطبق با درجه بالاتر باشد، از درجه بالاتر محسوب می‌شود»، اما توجه به این نکته لازم است که این تبصره در مقام رفع تحجیر از انطباق مجازات‌های تعزیری مندرج در قوانینی است که قبلاً تصویب شده است که از آن جمله قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ می‌باشد و به عنوان مثال در جرم جعل موضوع ماده ۵۲۴ قانون مذکور که مجازات آن سه تا پانزده سال حبس است، چنانچه قاضی در مقام احراز ادعای متهم یا محکوم دائر بر شمول مرور زمان بر جرم خود باشد، و سوال کند که آیا مجازات جرم مذکور در این ماده از درجه پنجم (حبس بیش از دو سال تا پنج سال) است یا در شمول تعزیر درجه‌ی سه (حبس بیش از ده سال تا پانزده سال) می‌باشد، از راه حل مندرج در تبصره‌ی ۲ ماده ۱۹ استفاده می‌کند، اما این امر به آن معنا نیست که به عملکرد قانونگذار در انتخاب دو مجازات تعزیری از دو درجه‌ی متفاوت برای یک جرم صحه بگذارد؛ ضمن اینکه دو قید «حداقل» و «حداکثر» در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) به یک نوع مجازات، مثلاً حبس برمی‌گردد و در شمول آن بر دو نوع مجازات (حبس و جزای نقدی) مندرج در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تردید است.

اصل تعیین قواعد عمومی کیفرها در برابر میزان کیفرها که بر اساس آن درجه بندی کیفرها برای تعیین نوع و میزان مجازات‌های جرایم پیش‌بینی شده در قانون نیست؛ بلکه برای اعمال قواعد عمومی مجازات‌ها است. طبق تبصره ۴ ماده ۱۹، مقررات این ماده و تبصره‌های آن تنها جهت تعیین درجه مجازات است و تاثیری در میزان حداقل و حداکثر مجازات‌های مقرر در قوانین جاری ندارد. پس قرار نیست که مجازات‌های پیش‌بینی شده در قوانین کیفری دگرگون شود بلکه همان مجازات تعیین می‌شود. در واقع دادرس در تعیین کیفر برای بزه‌های تعزیری اصالتاً و ابتدائاً با درجه بندی نظر ندارد بلکه ابتدا میزان کیفر مرتکب را بر اساس ماده اصلی جرم مربوطه تعیین و سپس برای اعمال قواعد عمومی مانند تخفیف یا تشدید کیفر یا تعلیق اجرای مجازات به ماده ۱۹ رجوع می‌کند تا بداند جرم ارتكابی در چه درجه‌ای قرار می‌گیرد تا نسبت به اعمال یا عدم اعمال قواعد عمومی تصمیم بگیرد. البته این قضیه در همه جرایم صدق نمی‌کند. نسبت به جرایم در قانونگذاری‌های آتی با پیش‌بینی خود قانونگذار، درجه بندی ماده ۱۹ برای میزان کیفر نیز به کار می‌آید مانند قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ که هر چند زودتر از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ تصویب شده ولی میزان کیفر را به ماده ۱۹ ارجاع داده است (کرامتی معز، ۱۳۹۴: ۴۵).

۳-۲. جرم ازدواج با دختر زیر سن نکاح

«هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موافقه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه

بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنجم و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود.»

«تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسؤول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.»

سؤال این است که آیا نیازی به وضع این مجازات برای مرد و عاقد و ولی هست؟ آیا چنین عملی باعث ایراد ضرر به دیگری می‌شود و به فرض که چنین باشد، آیا ضمانت اجرای حقوقی کفایت نمی‌کند؟ توضیح اینکه برای ارتکاب جرم ماده‌ی ۴۷ صرف اجرای صیغه‌ی ازدواج یعنی «انکحت و قبلت» کافی است. آیا برای صرف ایجاد صیغه‌ی انکحت و قبلت که منتهی به هیچ واقعه‌ای نشده است، باید مرد و ولی و عاقد را به مجازات محکوم کرد؟ آیا نمی‌توان برای حمایت از ماده‌ی ۱۰۴۱ ضمانت اجرای حقوقی و طبیعی خودش را به کار بست، یعنی چنین ازدواجی را موقوف به تشخیص دادگاه صالح دانست؟ به نظر می‌رسد که معلق بودن صحت چنین نکاحی به تحصیل حکم دادگاه صالح کفایت می‌کند.

از حیث مبانی فقهی نیز صدر این ماده با اشکال مواجه است، زیرا نهایت دلیلی که می‌توان برای وضع مجازات در غیر موارد منصوص بیان کرد، قاعده‌ی «التعزیر لکل حرام» است که به موجب آن هر عمل حرامی که در شرع برای آن مجازات تعیین نشده باشد قابل تعزیر است. درباره‌ی کلیت این قاعده بحث است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۹۰-۳۱۲) و به نظر می‌رسد حق با فقهای است که معتقدند حرام بودن شرط لازم برای جرم بودن است ولی شرط کافی نمی‌باشد و در نتیجه حرام‌هایی که باعث اذیت دیگران و اخلال نظام و هتک حرمت‌ها و فساد امور و تضعیف امنیت و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود جرم و مجازات کردنی است (صافی، ۱۳۶۳: ۱۳۸-۱۳۹).

با وجود این و به فرض پذیرش کلیت این قاعده اشکال این است که صرف انشای عقد ازدواج با صغیره بدون اذن ولی یا با اذن ولی اما بدون تشخیص مصلحت مورد ادعای ولی توسط دادگاه، از نظر شرعی عمل حرام محسوب نمی‌شود که بتواند توجیه‌گر مجازات باشد. در نهایت مانند عقد فضولی است که از نظر حکم تکلیفی متصف به حرمت نیست و از حیث حکم وضعی به شرط اجازه‌ی اصیل صحیح و نافذ و در صورت رد وی باطل است. با توجه به آنچه گفته شد، صرف انشای یک صیغه‌ی نکاح چه اخلاقی در نظم جامعه ایجاد می‌کند که وضع مجازات را ایجاب نماید؟

این ماده از جهت دیگر هم مورد اشکال هست و نمی‌تواند از کیان خانواده حمایت کند اولاً این ماده مقرر می‌دارد: «هر مردی بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج کند» در حالی که در ماده‌ی ۱۰۴۱ هم از دختر صغیری که به سن ۱۳ سال تمام شمسی نرسیده حمایت شده و هم از پسری که به سن ۱۵ سال تمام شمسی نرسیده است، این سؤال مطرح می‌شود که وضعیت زنی که بدون اخذ اجازه‌ی دادگاه صالح با پسری که به سن ۱۵ سال تمام شمسی نرسیده ازدواج می‌کند چیست؟ به خصوص زنی که باکره‌ی رشیده نیست که باید با اجازه‌ی ولی ازدواج کند. آیا چنین زنی مستحق مجازات نیست؟ آیا این ماده زن سالارانه نوشته نشده است؟ آیا بهتر نبود قانونگذار به جای واژه‌ی «مردی» واژه‌ی «شخصی» می‌آورد و چنین مقرر می‌داشت «هر شخصی بر خلاف...»

ثانیاً این مشکل مطرح می‌شود که این ماده اصلاً از قصاص صحبتی نکرده است، در حالی که می‌تواند چنین واقعه‌ای مجازات قصاص را به دنبال داشته باشد. این مجازات در صورتی است که واقعه با دختر بچه نوعاً ایجاد نقص، یا مرض دائم یا مرگ می‌کند و مرد بدان آگاه است یا بی احتیاطی و بی‌پروایی شدیدی کرده است. اگرچه شوهر نوعاً قصد قتل یا صدمه ندارد ولی اگر بداند که عملش منجر به قتل و صدمه می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌شود. به همین جهت است که برخی مراجع معاصر عمل شوهر مبتلا به ایدز را که با علم به مریضی با همسرش مقاربت نموده و باعث ابتلای وی به ایدز و در نهایت فوت وی می‌شود، جنایت عمدی و موجب قصاص می‌دانند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹-۲۰).

به هر حال این که قانون حمایت از خانواده وارد حریم حقوق کیفری در بخش قصاص و دیات شده است و قواعد آن را نادیده گرفته است صحیح نیست؛ چرا که مطابق قواعد باب قصاص در صورتی که کسی عمل منتهی به جنایتی را به قصد ایجاد آن جنایت انجام دهد یا اینکه عملش نوعاً منجر به آن جنایت شود، عمد محسوب و با رعایت شرایط مقرر به قصاص محکوم می‌شود. جا داشت که در این قانون چنین آورده می‌شد: «علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد...»

اشکال سوم این است که در تبصره‌ی این ماده برای ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه، مجازات مقرر می‌دارد، به شرط آنکه اشخاص مزبور «در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشد مقصود ما واژه‌ی «تأثیر مستقیم» است که واژه‌های شناخته شده، به خصوص از منظر حقوق کیفری، نیست. حقوق کیفری تمام اشخاصی را که به نوعی در ارتکاب جرم دخالت دارند با رعایت شرایط و ضوابط مقرر با عناوین شناخته شده‌ای معرفی می‌کند: مباشر، شریک، معاون، فاعل معنوی و... ضمن اینکه تأثیر آن هم به قید مستقیم خود ابهام دارد. آیا مقصود تحریک و تطمیع و... است، آیا صرف پذیرفتن پیشنهاد ازدواج مرد با صغیره تأثیر مستقیم است؟ اگر مقصود قانونگذار معاونت است، جا دارد به این واژه‌ی شناخته شده اشاره و مقرر کند: «هرگاه ولی قهری... در ارتکاب جرم موضوع این ماده معاونت داشته باشد...» و اگر مقصود چیز دیگری است لازم است، آن مقصود را روشن سازد.

۳-۳. جرایم مرتبط با ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی بدون اخذ اذن از دولت

«هر فرد خارجی که بدون اخذ اجازه مذکور در ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی و یا بر خلاف سایر مقررات قانونی با زن ایرانی ازدواج کند به حبس تعزیری درجه پنج محکوم می‌شود.»

با توجه به ویژگی‌هایی که حقوق کیفری خانواده دارد؛ تنوع مجازات‌ها از ضروریات جرم انگاری در این حوزه است که موجب می‌گردد با دادن اختیار وسیع به قاضی در انتخاب نوع مجازات، زمینه‌ی متناسب کردن مجازات با وضعیت مرتکب و خانواده‌ی او فراهم شود. در جرم ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی بدون اخذ مجوز، چنانکه زوجه شکایتی از این باب نداشته باشد و تعقیب مجرم توسط دادستان و از باب آثار عمومی جرم صورت گرفته باشد، بی تردید محبوس کردن زوج به مدت دو تا پنج سال، پایه‌های خانواده را که با چنین ازدواج تا حدی سست نیز هست، فرو خواهد ریخت (اسدی، ۱۳۹۲: ۲۱۳-۲۱۴).

البته از نظر قواعد اولیه‌ی شرعی چنین ازدواجی به شرط رعایت شرایط شرعی صحیح است و نمی‌توان حکم به بطلان یا معلق بودن صحت آن بر تحصیل اجازه دولت دانست. زیرا از نظر شرعی هیچ دلیلی بر لزوم تحصیل اجازه‌ی مخصوص دولت در مورد ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی و بالعکس وجود ندارد. در نتیجه قانونگذار می‌تواند ضمانت اجرای دیگری را پیش‌بینی کند و آن اینکه مترتب شدن آثار قانونی بر چنین ازدواجی را موکول به تحصیل اجازه‌ی دولت بدانند یعنی مقرر دارد که هرگاه مرد تبعه‌ی خارجی بدون اجازه‌ی مخصوص از دولت با زنی ایرانی ازدواج کند، این ازدواج واجد آثار حقوقی نیست تا زمانی که اجازه‌ی مخصوص دولت را تحصیل نماید. یا چنین مقرر دارد که «نمی‌توان بر اساس چنین ازدواجی اقدامات حقوقی به عمل آورد مگر آنکه اجازه‌ی مخصوص دولت تحصیل گردد» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۲۲-۲۳).

نقد دیگر این است که چرا در این ماده نسبت به زنی که حاضر شده بدون صدور مجوز با تبعه‌ی خارجی ازدواج کند مجازاتی پیش‌بینی نشده است؟ وضعیت کیفری او و نیز ولی او، در صورتی که تحصیل اذن ولی لازم بوده، چگونه است؟ شاید بتوان او را با عنوان معاونت در جرم مجازات کرد. بنابراین ضرورت دارد که مقنن وقتی به وضع ماده ۴۸ می‌پردازد، مجازات زن و نیز ولی او را که حاضر به دادن اجازه شده است نیز مشخص نماید.

۳-۴. جرم زوجیت یا ادعای زوجیت

هرکس در دادگاه زوجیت را انکار کند و سپس ثابت شود این انکار بی‌اساس بوده است یا برخلاف واقع با طرح شکایت کیفری یا دعوی حقوقی مدعی زوجیت با دیگری شود به حبس تعزیری درجه شش و یا جزای نقدی درجه شش محکوم می‌شود.

این حکم در مورد قائم مقام قانونی اشخاص مذکور نیز که با وجود علم به زوجیت، آن را در دادگاه انکار کند یا علیرغم علم به عدم زوجیت با طرح شکایت کیفری یا دعوی حقوقی مدعی زوجیت گردد، جاری است. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۴۸).

به رغم تغییرات مثبت قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) در باب جرایم انکار زوجیت موجود و ادعای زوجیت غیر موجود، هنوز چند ایراد به شرح زیر جای توجه دارد:

الف. ماده ۵۲ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) انکار زوجیت را «در دادگاه» قابل تحقق می‌داند. قید مذکور به جهات زیر با ایراد مواجه است:

نخست، آیا انکار زوجیت در دیگر مراجع قضایی مانند دادسرا وصف کیفری ندارد؟ به عنوان مثال، چنانچه زوجه شکایت ترک انفاق نماید و حین انجام تحقیقات در دادسرا، زوج نزد دادیار، رابطه‌ی زوجیت را انکار کند، مشمول ماده‌ی ۵۲ نخواهد شد؛ این نتیجه‌ی غیرمنطقی و ترجیح بلامرجح است، زیرا اهمیت دعوی کیفری ایجاب می‌نماید که انکار زوجیت در این دعوی، وصف مجرمانه‌ی شدیدتری داشته باشد؛ به عنوان مثال، زوجه‌ای که با شکایت ترک انفاق، نفقه‌ی حال خود را مطالبه کرده است، نسبت به زوجه‌ای که برای نفقه‌ی گذشته‌ی خود دادخواست تقدیم نموده، از نظر مالی در تنگنای بیشتری است.

دوم، وجه برتری جرم ادعای زوجیت غیر موجود چیست که موجب شده است قانونگذار تحقق آن را با طرح شکایت و دعوی کیفری نیز ممکن بداند اما انکار زوجیت صرفاً در محضر دادگاه و در جریان رسیدگی به دعوی حقوقی قابل تحقق است.

ب. عبارت «زوجیت را انکار می‌کند» عام است و می‌تواند زوجیت سابق را نیز در برگیرد. لذا بهتر بود عبارت «زوجیت موجود» استعمال می‌شد. در جرم ادعای زوجیت نیز همین سوال مطرح است؛ چنانچه زنی که با طرح دعوی نفقه معوقه، برخلاف واقع مدعی شود که سابقاً در قید زوجیت مردی بوده، آیا مرتکب جرم ادعای زوجیت خلاف واقع شده است؟ شاید بتوان گفت فعل‌ها «کند» و «شود» این ماده، زمان حال را می‌رساند، اما نحوه‌ی گسترش ماده به گونه‌ای است که انکار زوجیت سابق و نیز ادعای زوجیت در زمان گذشته را نیز در پی می‌گیرد.

پ. همچنین این ابهام مطرح است که آیا جرایم موضوع بحث، مخصوص نکاح دائم است یا نکاح موقت را نیز در بر می‌گیرد. صدر ماده‌ی یک قانون راجع به انکار زوجیت، در خصوص دعوی زن راجع به حقوق مالی ناشی از عقد ازدواج، صداق و نفقه را از باب تمثیل آورده و با ذکر واژه‌ی «و غیره»، راه ورود دعوی مالی دیگر را باز گذاشته بود. ممکن است گفته شود که ذکر مثال نفقه، نشان از اختصاص این جرائم به نکاح دائم دارد؛ زیرا مطابق ماده‌ی ۱۱۱۳ قانون مدنی در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد. در تحلیل این نظر باید گفت که اولاً، جمع کلیه‌ی دعوی مالی مندرج در ماده‌ی یک ماده برای تحقق جرم لازم نیست و این در حالی است که در عقد منقطع، صداق موجود است و حتی شرایط صحت عقد نیز می‌باشد.^۱ از سوی دیگر مطابق ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، در عقد منقطع نیز می‌توان شرط نفقه کرد یا عقد را مبنی بر الزام مرد به پرداخت نفقه به زن جاری ساخت. بنا بر این با عنایت به اطلاق اصطلاح «عقد ازدواج» در ماده‌ی یک و «زوجیت» در ماده‌ی ۲ قانون راجع به انکار زوجیت، دائمی بودن نکاح مورد انکار یا غیر مورد ادعا، شرط تحقق جرم نبود. ماده‌ی ۵۲ قانون حمایت خانواده با حذف دعوی مالی، باز هم «زوجیت» را به نحو مطلق آورده است. بنابراین جهتی برای منحصر نمودن موضوع ادعا یا انکار چنین علقه‌ای، مانند نوع دائم آن قابل توجیه است.

۱. ماده‌ی ۱۰۹۵ قانون مدنی: «در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است».

نکته متفاوت و قابل بحث در مواد ۱ و ۲ قانون راجع به انکار زوجیت، آوردن قید «وارث» زوج برای جرم انکار زوجیت و درج قید «قائم مقام قانونی زن» در جرم ادعای زوجیت است. قائم مقام کسی است که به جانشینی از دیگری، حقوق و تکالیفی پیدا می‌کند، خواه برای اجرای هدف او کار کند (مانند نماینده تجارتنی)، یا برای اجرای هدف خود (مانند وارث در ارتباط با ترکه و خریدار در ارتباط با مبیع پس از بیع) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ص ۵۰۹).

پ. برای تحقق جرم صدر ماده‌ی ۵۲ لازم است که انکار زوجیت با علم به زوجیت باشد. قانون در این قسمت هیچ اشاره‌ای به لزوم علم نکرده است اما آنگاه که به ادعای زوجیت می‌رسد، واژه‌ی «برخلاف واقع» را می‌آورد که به نوعی به همان علم موضوعی یعنی «علم به عدم زوجیت» باز می‌گردد و در مورد قائم مقام قانونی که می‌رسد با عبارت «علیرغم علم به زوجیت» و «علیرغم علم به عدم زوجیت» تصریح می‌کند. به هر حال یا باید در همه جا از قید علم موضوعی تصریح کند یا در هیچ جا آورده نشود. حداقل انتظار آن است که در یک ماده مثل ماده‌ی ۵۲ دو گونه عمل نشود و حداقل در صدر ماده‌ی ۵۲ واژه‌ی «علیرغم علم به زوجیت» آورده شود و واژه‌ی «برخلاف واقع» به «علیرغم علم به عدم زوجیت» تغییر یابد.

۳-۵. جرم ترک انفاق به زوجه

ماده ۵۳ مقرر می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.»

«تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.»
 درباره‌ی مردی که نفقه‌ی همسرش را و به طور کلی نفقه نمی‌دهد، روایاتی است که بر حبس مرد تا اداء نفقه دلالت می‌کند. (حرعاملی، ۱۴۲۲، ج ۱۳: ۱۴۸). و برخی فقها همچون شیخ طوسی به مضمون این روایات فتوا داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۶، ۲۲). قانونگذار می‌توانست حبس مردی را که نفقه‌ی زوجه یا اشخاص واجب‌النفقه را نداده است تا زمان ادای آن مقرر کند نه اینکه حبس را به عنوان کیفر چنین مردی پیش‌بینی کند. در وضعیت فعلی ولو اینکه مرد بعداً نفقه را بدهد، مجازات حبس در انتظار وی خواهد بود؛ پیشنهاد می‌شود برای حفظ کیان خانواده در صورتی که مرد بعداً نفقه را ادا کرده باشد، به مجازات حبس محکوم نشود.

۳-۶. جرم عدم انجام تکالیف مربوط به حضانت

ماده ۵۴ مقرر می‌دارد: «هرگاه مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی حق شود، برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.»

در ماده‌ی ۵۱، مشکل نبود تناسب در انتخاب نوع مجازات است؛ سؤال این است، آیا واقعاً جریمه‌ی نقدی می‌تواند چنین حاضنی را به انجام تکالیف مقرر وادارد یا او را مجبور کند تا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذیحق نشود. آیا بهتر نبود برای چنین جرمی مجازات سلب مسئولیت حضانت موقتی یا دائمی پیش‌بینی می‌شد یا حداقل در کنار جریمه‌ی نقدی چنین مجازاتی هم پیش‌بینی می‌شد (کرامتی معز و عبدالهی، ۱۳۹۶: ۶۸).

۳-۷. جرایم مرتبط با عدم ارائه‌ی گواهی سلامت حین ثبت نکاح

ماده ۵۵ مقرر می‌دارد: «هر پزشکی که عامداً برخلاف واقع گواهی موضوع مواد (۲۳) و (۳۱) این قانون را صادر یا با سوء نیت از دادن گواهی مذکور خودداری کند، بار اول به محرومیت درجه شش موضوع قانون مجازات اسلامی از اشتغال به طبابت و بار دوم و بالاتر به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.»
 اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هر چه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به

خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از خانواده من جمله ماده ۵۵ و سایر مواد، نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون‌نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی روبه‌رو است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

خانواده، واژه مقدسی است که به یکی از ارکان بنیادین و تأثیرگذار بر ساختار جامعه اطلاق می‌گردد. این نهاد، نقش بارزی در ارتقاء روابط اجتماعی و جامعه‌پذیری افراد ایفا می‌کند. اما باید در نظر داشت که این نهاد ارزشمند در معرض بلایا و خطرات بنیانی است که چه بسا از درون، موجب اضمحلال و از هم‌پاشیدگی آن گردد، اگر سیاست‌های حمایتی حقوقی و کیفری نباشد، بدون شک به تدریج جامعه مملو از خانواده‌های مضمحل و آسیب‌دیده رو به انحطاط خواهد بود. قانونگذار کشورمان به تأسی از آموزه‌های اسلام، در قالب قوانین و مقررات گوناگون، تدابیری را در این ارتباط مقرر داشته است. تنوع و دامنه تهدیدات خانواده به حدی است که واکنش مؤثر و هوشیاری سیاست‌گذاران جامعه را می‌طلبد. در کنار حقوق داخلی کشورمان در سطح بین‌الملل نیز به این نهاد مقدس پرداخته شده و خانواده، نقطه اتکای جامعه تلقی و دولت‌ها موظف به حمایت از آن شده‌اند. به علاوه، همواره بر عدم تبعیض جنسیتی زن و مرد و حمایت از حقوق کودکان به عنوان عضوی از خانواده تأکید شده است. از این رو در طول مدتی که از تأسیس سازمان ملل متحد می‌گذرد این سازمان اعلامیه‌ها، بیانیه‌ها و کنوانسیون‌های متعددی در موضوعات مختلف حقوق بشری صادر کرده است. جرایمی که ارتکاب آنها تهدیدی برای خانواده است، متنوع‌اند.

برخی از جرائم علیه قداست خانواده رخ می‌دهند، برخی دیگر، علیه تحکیم مبانی و بنیان‌های نهاد خانواده واقع می‌گردند و برخی دیگر نیز مستقیماً اعضای خانواده را هدف می‌گیرند؛ بدیهی است جرم‌انگاری این رفتارها، حمایت کیفری از نهاد خانواده را در قوانین و مقررات داخلی کشورمان رقم خواهد زد؛ زیرا اعتقاد بر این است که حمایت کیفری متناسب بدون آسیب زدن به بنیان خانواده می‌تواند سبب استحکام این نهاد و مجری نظم باشد و صرف نظر از معیارهای مهم جرم‌انگاری و نیز فارغ از اهداف و آثار کیفری، مسلماً توسل به ضمانت‌اجراهای کیفری، فقط در صورت فقدان ابزارهای غیرکیفری یا عدم کارایی آنها، به عنوان آخرین حربه، قابل توجیه است، البته به شرطی که آثار اجرای آن، زیانبارتر از اصل عمل نباشد.

با وجود نظرات فراوان در مورد جرم‌انگاری و یا عدم جرم‌انگاری رفتارهایی که توسط مقنن در حوزه‌ی خانواده صورت گرفته است همواره تأثیرات مطلوب مداخله کیفری در جهت حمایت و تحکیم بنیان خانواده را شاهد بوده‌ایم. این راهکار مناسب نه تنها در حقوق داخلی بلکه در اسناد بین‌المللی نیز متبلور شده است. برای افزایش زمینه‌های حمایتی در این حوزه، همواره باید به نیازها و مقتضیات جامعه توجه نمود. خلاء قانونی در برخی از زمینه‌ها که مداخله کیفری در آنها نقش بسزایی در حفاظت از قداست حمایت از کیان این نهاد و اعضای آن بخصوص زنان و کودکان را دارد از مشکلات اساسی در این حوزه است.

با وجود همه جرم‌انگاری‌ها در قوانین داخلی، جای برخی از حمایت‌های اساسی به ویژه نسبت به زنان و کودکان از جمله حمایت‌های حیثیتی و شخصیتی خالی است؛ چرا که تمام اسناد بین‌المللی مربوط به حمایت از زنان و کودکان به این نوع حمایت‌ها اشاره داشته و اعمال آنان را تکلیفی برای دولت‌های عضو دانسته‌اند. بر اساس یافته‌های این پژوهش، تلاش مقنن حمایت بیش از پیش از کیان خانواده بوده است، به ویژه با تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱ و به خصوص ماده ۲۱ و مواد ۴۹ تا ۵۶ این قانون، این تلاش کاملاً به چشم می‌خورد. لیکن انتظار می‌رود در اصلاحات و تحولات قانونی در آینده، حمایت مفید از کیان خانواده و اعضای آن دامنه‌ی گسترده‌تری بیابد و جهت برطرف شدن خلاءهای موجود گام‌های موثرتری برداشته شود.

به نظر می‌رسد اگر قانونگذار در مورد جرم عدم ثبت نکاح؛ ضمانت اجرای اموری تشریفاتی همچون ثبت واقعه ازدواج یا طلاق و... را مترتب ندانستن آثار حقوقی و الزام به ثبت واقعه می‌دانست، بهتر از این بود که برای آن مجازاتی در نظر بگیرد. در مورد جرم ازدواج با دختر زیر سن نکاح؛ صرف انشای عقد ازدواج با صغیره بدون اذن ولی یا با اذن ولی اما بدون تشخیص مصلحت مورد ادعای ولی توسط دادگاه، از نظر شرعی عمل حرام محسوب نمی‌شود که بتواند توجیه‌گر مجازات باشد. در نهایت مانند عقد فضولی است که از نظر حکم تکلیفی متصف به حرمت نیست و از حیث حکم وضعی به شرط اجازه‌ی اصیل صحیح و نافذ و در صورت رد وی باطل است.

در مورد جرایم مرتبط با ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی بدون اخذ اذن از دولت؛ از نظر قواعد اولیه‌ی شرعی چنین ازدواجی به شرط رعایت شرایط شرعی صحیح است و نمی‌توان حکم به بطلان یا معلق بودن صحت آن بر تحصیل اجازه دولت دانست. زیرا از نظر شرعی هیچ دلیلی بر لزوم تحصیل اجازه مخصوص دولت در مورد ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی و بالعکس وجود ندارد. در نتیجه قانونگذار می‌تواند ضمانت اجرای دیگری را پیش بینی کند و آن اینکه مترتب شدن آثار قانونی بر چنین ازدواجی را موکول به تحصیل اجازه‌ی دولت بداند یعنی مقرر دارد که هرگاه مرد تبعه خارجی بدون اجازه مخصوص از دولت با زنی ایرانی ازدواج کند، این ازدواج واجد آثار حقوقی نیست تا زمانی که اجازه‌ی مخصوص دولت را تحصیل نماید. یا چنین مقرر دارد که «نمی‌توان بر اساس چنین ازدواجی اقدامات حقوقی به عمل آورد مگر آنکه اجازه‌ی مخصوص دولت تحصیل گردد.»

در مورد جرم ترک انفاق به زوجه دربارهی مردی که نفقه‌ی همسرش را و به طور کلی نفقه نمی‌دهد، روایاتی است که بر حبس مرد تا اداء نفقه دلالت می‌کند. و برخی فقها همچون شیخ طوسی به مضمون این روایات فتوا داده‌اند. قانونگذار می‌توانست حبس مردی را که نفقه‌ی زوجه یا اشخاص واجب النفقه را نداده است تا زمان ادای آن مقرر کند نه اینکه حبس را به عنوان کیفر چنین مردی پیش‌بینی کند. در وضعیت فعلی ولو اینکه مرد بعداً نفقه را بدهد، مجازات حبس در انتظار وی خواهد بود؛ پیشنهاد می‌شود برای حفظ کیان خانواده در صورتی که مرد بعداً نفقه را ادا کرده باشد، به مجازات حبس محکوم نشود. اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هرچه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون‌نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی رو به‌رو است.

پیشنهاد دیگر نگارنده لزوم جرم انگاری نشوز زوج است بخاطر اینکه؛ مطابق یافته‌های حقوق کیفری، ضرر دست دوم یا غیرمستقیم می‌تواند به عنوان یکی از مبنای جرم‌انگاری واقع شود، به دیگر سخن معلق گذاشتن زوجه و خودداری از طلاق او از طرفی و معاشرت به معروف نداشتن از سوی دیگر، گذشته از ضررهای فردی بر زوجه، پیامدهای منفی اجتماعی‌ای دارد که می‌تواند به جرائمی چون خیانت جنسی، ضرب و جرح، قتل، خودکشی و امثال آن منجر شود. بر این اساس متولیان سیاست جنایی نمی‌توانند به چنین اضرائی بی‌توجه باشند. اگر گفته شود در صورت تحقق نشوز زوج، با وجود امکان طلاق قضایی چه نیازی به جرم‌انگاری است، پاسخ آن است که جرم‌انگاری نشوز در بادی امر جرم مانع تلقی شده و تلاشی در جهت حراست از این کانون مقدس است و در وهله‌ی بعد واکنشی از سوی جامعه در قبال سوء استفاده‌ی افراد از حقوق شرعی و قانونی محوله است.

در مجموع، به نظر می‌رسد در مواردی که زوج از تأدیه‌ی حقوق شرعی از جمله حسن معاشرت امتناع ورزد و به علاوه حاضر به طلاق زن نیز نشود، ناشز بوده و مرتکب عمل حرامی شده است که هم در تعارض با مقاصد عالی شریعت است و هم ابعاد عمومی و اجتماعی آن بر کسی پوشیده نیست و حکومت نمی‌تواند به یک فرد اجازه و امکان سوء استفاده از حقوقی را بدهد که هم ظلم بودن، هم آثار منفی اجتماعی آن انکارناپذیر است؛ لذا پیشنهاد می‌شود این ماده در قوانین مربوط به خانواده اضافه شود. «هرگاه مردی با

وجود شرایط و امکانات لازم، از حسن معاشرت و تأدیه‌ی حقوق شرعی و قانونی همسرش خودداری کند و حاضر به طلاق او نیز نشود، ناشز بوده و به محکوم می‌گردد.» به علاوه پیشنهاد می‌شود این جرم قابل گذشت باشد و به جای کیفرهای کلاسیک، از محرومیت‌های اجتماعی به عنوان مجازات استفاده شود. همچنین پیشنهاد می‌شود که وجود وزارتخانه‌ای تخصصی و مستقل در زمینه حوزه خانواده امری ضروری و اجتناب ناپذیر می‌باشد و امید است در سال‌های آتی وزارت خانه‌ای به نام وزارت امور خانواده تأسیس و پی ریزی شود.

فهرست منابع

۱. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ بایسته‌های تقنین (با نگاهی به قانون مجازات اسلامی)، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۲. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد «فصلنامه راهبردی زنان، سال دوازدهم، ۴۸، تابستان ۱۳۸۹.
۳. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، برگردان: ابوالقاسم بن احمد یزدی، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
۴. حرعاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه قم، ۱۳۹۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۶. خالقی، علی؛ نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۷. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، جلد نخست، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ نخست، ۱۳۸۵.
۸. ساروخانی، باقر، دایره المعارف علوم اجتماعی، تهران: انتشارات سروش، چاپ نخست، ۱۳۷۰.
۹. صابری یزدی، علیرضا، الحکم الزاهره، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
۱۰. صافی، لطف الله، التعزیر، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
۱۱. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱.
۱۲. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران، المکتبه المرتضویه، ج ۶، ۱۳۸۷ق.
۱۳. کرامتی معز، هادی؛ مبانی و کارکردهای درجه بندی مجازات‌های تعزیری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۱۴. کرامتی معز، هادی و عبدالهی، سامان؛ بایسته‌های جرم‌انگاری در حقوق خانواده با تأکید بر حفظ کیان خانواده، قم: انتشارات نوید حکمت، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده، جلد نخست، تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۱۶. گیدنز، آنتونی، جامعه‌شناسی، برگردان: منوچهر صبوری، تهران: انتشارات نی، چاپ نخست، ۱۳۷۴.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵.
۱۸. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۲)، جلد سی و هشتم، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۸۷.
۱۹. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد دهم (دوره‌ی پانزده جلدی)، بیروت، موسسه المرتضی العالمیه، چاپ نخست، ۱۴۱۲ هجری قمری.

تساوی سن بلوغ کیفری میان دختر و پسر و چالش‌های مسئولیت کیفری اطفال با نگرشی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی

سپیده سفیدی^{۱*}، مهدی جوهری^۲، دکتر سعید دهقان^۳

۱- دانشجوی کارشناسی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

۲- دکتری تخصصی حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه.

۳- استاد مدعو واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

چکیده

حقوق موضوعه ایران با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در جرایم مستوجب تعزیر مطلقاً و در جرایم قصاص و حدود با تفسیری کودک‌مدار و منطبق بر موازین حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان و اسناد بین‌المللی مربوط به افراد مزبور مفهوم بلوغ کیفری و برابری آن را نسبت به دختران و پسران پذیرفته است.

حداقل سن شروع مسئولیت کیفری ۹ سال تمام خورشیدی است. کمتر از این سن قابلیت پاسخگویی به رفتار ناقض قوانین جزایی منتفی است؛ معیار بلوغ کیفری در کلیه جرایم تعزیری، قصاص و حدود، ۱۸ سال تمام خورشیدی است؛ مسئولیت کیفری پلکانی برای افراد ۱۲-۹ و ۱۵-۱۲ و ۱۸-۱۵ سالگی به نحو افتراقی با واکنش‌های متفاوت اجتماعی از قبیل، اقدامات اصلاحی، تربیتی، درمانی، آموزشی، حرفه‌آموزی، نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، جزای نقدی، خدمات عام‌المنفعه، حبس آخر هفته در کانون و الزام به اقامت در منزل در مدت معین برحسب شدت جرم مقرر شده است. طلیعه پذیرش تفسیر کودک‌مدار محور از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی را می‌توان در رأی وحدت رویه ۷۳۷ مورخ ۹۳/۹/۱۱ ملاحظه کرد.

واژگان کلیدی: بلوغ کیفری، اطفال، مسئولیت کیفری، تعزیرات، حدود، قصاص و تعزیرات.

* نویسنده مسئول sepidesefidi@gmail.com

مقدمه

حقوق کیفری ویژه اطفال یکی از شاخه‌های مهم حقوق فنی - تخصصی حقوق جزایی است؛ این حقوق کیفری دارای ابعاد ماهوی شامل شروع مسئولیت کیفری، بلوغ کیفری، اقدامات تأمینی - تربیتی، مجازات‌ها و جایگزین اجتماعی مجازات‌ها و آیین دادرسی متضمن نحوه کشف، تحقیقات مقدماتی، محاکمه و اجرای احکام راجع به افراد کمتر از ۱۸ سال است. هدف نهایی حقوق کیفری ویژه اطفال اصلاح، تربیت، بازسازی شخصیت و انعقاد مسئولیت اجتماعی در این افراد است. حقوق مزبور فاقد جنبه آزاردهندگی و تحقیرکنندگی است و واجد مفهوم کیفر به معنی اخص نیست.

اسناد بین‌المللی حقوق کودکان و نوجوانان به کشورهای جهان به ویژه اعضای ملحق به پیمان‌نامه حقوق کودک مصوب ۱۹۸۶ میلادی توصیه اکید دارند که در تدوین و اجرای حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان تفسیر کودک مدارانه از مقررات و رویه‌های قضایی و اجرایی داشته باشند و در تمامی اقدامات منافع و مصالح عالی آنها را مورد توجه قرار دهند. زیرا کودکان و نوجوانان آینده سازان ترقی و تکامل همه جانبه توسعه کشور در ابعاد مختلف فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی می باشند و بخشی از روند توسعه ملی را تشکیل می‌دهند و اگر در جریان رشد مرتکب خطا شوند با اعمال روش‌های تربیتی مناسب اصلاح می‌شوند. از جمله مباحث بنیادین حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان تبیین شروع مسئولیت و بلوغ کیفری آن - هاست. در این نکته که واکنش اجتماعی علیه افراد مرتکب نقض قوانین کیفری منوط به تحقق متوازن و همزمان بلوغ جنسی، عقلی، عاطفی و یا کمال عقل است؛ تردیدی در حقوق کیفری موضوعه کشورها نیست. اما در خصوص تعیین معیاری معین و ثابت برای تشخیص بلوغ مزبور؛ در غالب نظامهای حقوقی به تبعیت از اسناد بین‌المللی حقوق کودک اماره رشد ۱۸ سالگی پذیرفته شده است.

۱. تساوی سن بلوغ کیفری میان دختر و پسر با نگرشی بر قانون مجازات اسلامی مصوب

۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی

در حقوق موضوعه کیفری پس از استقرار جمهوری اسلامی ایران؛ موضوع مفهوم بلوغ کیفری و برابری آن در دختران و پسران همواره مورد چالش و بحث و نقد حقوقدانان کیفری و رویه ی قضایی بوده است. قوانین جزایی قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به مفهوم بلوغ کیفری و برابری آن در دختران و پسران اذعان ندارد. اما قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در بخش عظیمی از جرایم یعنی جرایم مستوجب تعزیر؛ بلوغ کیفری بدون تبعیض را پذیرفته است.

پرسش این است که امکان اعمال بلوغ کیفری و معیار آن بدون تبعیض بین دختران و پسران در حدود و قصاص فراهم است؟ فرضیه نگارنده این است که با تفسیری کودک مدار از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی؛ می‌توان شروع و بلوغ کیفری را بر معیار مطروحه آن؛ در حقوق ایران پذیرفته و اعمال کرد.

در این مقاله ضمن تبیین شروع و مفهوم بلوغ کیفری و همچنین چالش‌های مسئولیت کیفری اطفال اسناد بین‌المللی حقوق کودک، حقوق کیفری ایران را در دوره قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مورد واکاوی قرار داده و درصدد اثبات فرضیه‌های فوق الذکر خواهیم بود.

۱-۱. مفهوم بلوغ کیفری و عناصر آن در اسناد بین‌المللی حقوق کودک

قبل از تبیین مفهوم بلوغ کیفری، باید به مفهوم مسئولیت کیفری اشاره کرد. زیرا مسئولیت کیفری مقدمه بروز بلوغ کیفری است. مسئولیت کیفری به معنی قابلیت پاسخگویی فرد به عملکرد خود در رابطه با نقض قوانین کیفری است. مسئولیت اجتماعی اعم از مسئولیت کیفری است. زیرا مسئولیت اجتماعی قابلیت پاسخگویی فرد به عملکرد خود در رابطه با رفتارهای اجتماعی است. این رفتارها ممکن است دارای ضمانت اجرای کیفری باشد. آن دسته از رفتارهای اجتماعی دارای ضمانت اجرای کیفری است که نقض آنها در قوانین کیفری جرم‌انگاری شده و برای آن مجازات مناسب تعیین شده باشد. به عنوان مثال صرف دروغ گفتن نقض رفتار اجتماعی است، اما چون فاقد ضمانت اجرای کیفری است، ارتکاب آن از ناحیه فرد، موجب تحقق مسئولیت کیفری نمی‌باشد. البته نقض رفتارهای اجتماعی دارای سرزنش‌های اخلاقی و

گاهی مجازات انتظامی است. نقض هنجار اجتماعی آن گاه دارای ضمانت اجرای انتظامی است که مقررات سازمان یا گروه خاص اجتماعی را موجب شده باشد.

همان گونه که اشاره شد، در حقوق کیفری مسئولیت کیفری، مقدمه بلوغ کیفری است. برحسب عقاید دانشمندان علوم جنایی، (آشوری، ۱۳۸۰، ۷۱-۷۲) که تبلور آن در پیمان‌نامه حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ می‌توان یافت، افراد تا سن معینی که در نظام‌های حقوقی باید مشخص شود، مطلقاً باید فاقد مسئولیت کیفری باشند. یعنی این افراد تا رسیدن به حد سنی معین مزبور قابلیت پاسخگویی به رفتار ناقض قوانین کیفری خود را نداشته باشند. از سن مزبور تا تحقق بلوغ کیفری که معیار آن باید در نظام حقوقی مشخص شود، دارای نوعی مسئولیت کیفری پلکانی یا مرحله‌ای برحسب درجه درک خود از واقعیات اجتماعی می‌باشند. مسئولیت کیفری مزبور در همه افراد و بدون تبعیض جنسیتی به نحو پلکانی مقرر می‌شود و واکنش اجتماعی با ضمانت اجرای کیفری که اعم از مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی است، باید به گونه‌ای نسبت به عملکرد افراد نرسیده به بلوغ کیفری تعیین شود که فاقد اهمیت آزار دهنده‌گی، تحقیرشوندگی و سرزنش‌دهندگی باشد. واکنش مزبور باید دارای ماهیتی قضازدایی، اصلاح دهنده‌گی، آموزشی، درمانی، حرفه آموزش و ایجاد انعقاد مسئولیت اجتماعی از طریق بازپروری اجتماعی باشد. بدین ترتیب ماهیت واکنش اجتماعی علیه این افراد در صورت نقض قوانین کیفری با افراد بزرگسالی که دارای بلوغ کیفری می‌باشند، کاملاً متفاوت و یا افتراقی است.

بلوغ کیفری که مرحله متعاقب مسئولیت کیفری فرد به شرح پیش گفته است، به معنی رسیدن فرد به مرحله‌ای از تکامل جنسی، عقلی و عاطفی است که امکان پاسخی گویا کامل و مناسب را در قبال عملکرد نقض قوانین کیفری دارد. از مرحله تکاملی مزبور در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تحت عنوان «کمال عقل» یاد شده است.

تحقق کمال عقل یا بلوغ کیفری منوط به وجود سه عنصر در فرد است که به نحو اختصار عبارتند از:

الف. بلوغ جنسی: در این مرحله فرد به حد نکاح یا توانایی بر عمل جنسی رسیده است. نشانه بارز این مرحله در پسران خروج منی و در دختران شروع دوره قاعدگی است.

ب. بلوغ عقلی: در این مرحله فرد پس از طی دو مرحله قبلی، در رفتار خود به گونه‌ای عمل می‌کند که احساسات و یا ذوقیات آنی و زودگذر بر عقل او غلبه ندارد و توانایی کنترل احساسات خلاف موازین عقلی را که تشخیص می‌دهد، دارد. اصولاً نواقص و معلولیت‌های جسمی، روانی و اجتماعی که در همه افراد و جوامع به حد وفور یافت می‌شود، موجب عدم کنترل احساسات یا ذوقیات آنها در کشش به رفتار ناقض قوانین کیفری است.

در اسناد بین‌المللی حقوق کودکان، راجع به شروع مسئولیت و بلوغ کیفری به شرحی که توضیح داده شد، چند قاعده وجود دارد. دولت‌های عضو پیمان‌نامه حقوق کودک باید در قوانین داخلی خود این قواعد را که در راستای تلاش جامعه جهانی برای تأمین منافع عالیه کودکان و نوجوانان وضع شده است؛ در قوانین داخلی خود مقرر نمایند:

لحاظ حقوق و مفاهیم مندرج در پیمان‌نامه از جمله برابری بلوغ کیفری و نیز مقدمه آن یعنی تعیین سن شروع مسئولیت کیفری بدون تبعیض جنسیتی و سایر امتیازات دیگر از قبیل نژاد، رنگ، زبان و ... (ماده ۲ پیمان‌نامه حقوق کودک مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹).^۱

۱. پیمان‌نامه حقوق کودک در تاریخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ م به تصویب سازمان ملل متحد رسیده است. جمهوری اسلامی ایران طی ماده واحده‌ای در اسفندماه ۱۳۷۲ با لحاظ شرط کلی پیمان‌نامه مزبور را به این شرح پذیرفته است: «ماده واحده کنوانسیون حقوق کودک مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود، مشروط به آن که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد و یا قرار گیرد از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد».

الف. تعیین حداقل سنی که پایین‌تر از آن نتوان افراد اعم از پسر یا دختر را دارای قابلیت نقض قوانین کیفری دانست. (بند الف ماده ۴۰ پیمان‌نامه)

ب. هرچند معیار بلوغ کیفری یعنی تحقق سه عنصر بلوغ جنسی، عقلی و عاطفی، از نظر بین‌المللی مشخص نیست، لیکن از نظر سنی باید به گونه‌ای تعیین شود که تصور آن برای عرف جهانی قابل قبول باشد. امروزه عرف جهانی برای تعیین حداقل سن بلوغ کیفری به عنوان اماره رشد، ۱۸ سالگی است. (جمع ماده ۴ حداقل مقررات استاندارد سازمان ملل متحد برای دادرسی ویژه جوانان معروف به مقررات پکن (قطعنامه ۴۰/۳۳ مصوب مجمع عمومی ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ و ماده ۱ پیمان‌نامه حقوق کودک).

پ. تعیین واکنش‌های اجتماعی دارای ماهیت قضازدایی، اصلاح و درمان، آموزشی، تربیتی و حرفه آموزی برای فاصله سنی بروز مسئولیت کیفری و بلوغ کیفری به عنوان مثال ۱۸-۹ سالگی بدون تبعیض جنسیتی (بند ب ۳، و ۴ ماده ۴۰ پیمان‌نامه و ماده ۱۸ مقررات پکن).

ت. ممنوعیت اعمال واکنش مجازات اعدام و یا حبس ابد بدون امکان آزادی برای افراد فاقد بلوغ کیفری کمتر از ۱۸ سال (ماده ۳۷ پیمان‌نامه).

ث. ممنوعیت نگهداری در کانون‌های اصلاح و تربیت مگر در جرایم مهم برای آخرین راه چاره و کوتاه‌ترین مدت (ماده ۳۷ پیمان‌نامه).

پس از تبیین و ارائه مفهوم بلوغ کیفری در علوم جنایی و اسناد بین‌المللی حقوق کودک به بررسی این مفهوم و معیار آن در قانونگذاری حقوق کیفری ایران می‌پردازیم.

۱-۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰

ماده ۴۹ این قانون، عیناً مفاد ماده ۲۶ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ را مطرح کرده است. حتی در ماده ۲۶ آمده بود که تنبیه بدنی در جرایم مهم باشد و به حد دیه نرسد، اما در ماده ۴۹، قید تنبیه بدنی در جرایم مهم و رعایت حد دیه نیز حذف شد. در ماده ۴۹ فرض شده است که امکان تربیت اطفال از طریق تنبیه بدنی وجود دارد؛ حال آن که از دیدگاه روان‌شناسی کودک این فرض مطرود است. ماده ۱۱۳ قانون مذکور در خصوص ارتکاب جرم لواط برای نابالغ یعنی دختر کمتر از ۹ سال قمری و پسر کمتر از ۱۵ سال قمری شلاق تا ۷۴ ضربه را مقرر کرده است که با نگاه سطحی به منطق حقوق کیفری ویژه اطفال و متون فقه امامیه کاملاً مطرود و غیر قابل قبول است.

در نظام قضایی ایران براساس مقررات مزبور و قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ حتی تا قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواردی دادگاه‌ها برای افراد دارای سنین ۱۵ تا ۱۸ سالگی اعم از دختر و پسر حکم مجازات قصاص نفس یا اعدام صادر کرده و می‌کنند و تلاش مسئولیت قوه قضاییه برای تشویق به گذشت اولیاء دم مقتولین مثمر واقع نشده و این افراد اعدام شدند. در این رابطه موجی از ناخشنودی در جامعه ایرانی و جهانی اعلام شده و می‌شود.

به طوری که ملاحظه می‌شود، قانون سال ۱۳۷۰ نسبت به قانون سال ۱۳۶۱، تغییر محسوسی در خصوص الزام به رعایت موازین مفهوم مسئولیت و بلوغ کیفری و حقوق ویژه اطفال و اسناد بین‌المللی حقوق کودک، نداشته است.

با این حال رویه قضایی با مساعدت دکترین حقوقدانان کیفری با کناره‌گیری از نص قانون مزبور، به موجب آراء صادره توسط برخی دادگاه‌های تخصصی اطفال، تلاش قابل توجهی در دهه‌های ۷۰ و ۸۰ برای ارتقای سطح حقوق ویژه اطفال مبذول داشته است. ثمره این تلاش‌ها به ویژه در خصوص تحقق مسئولیت و مفهوم بلوغ کیفری در تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حد قابل توجهی ظاهر شده است که در قسمت بعدی به آن می‌پردازیم.

۱-۳. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

این قانون با جهشی قابل توجه در تطبیق به موازین حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان نسبت به قوانین کیفری سال‌های ۶۱ و ۷۱، مفهوم شروع مسئولیت کیفری و بلوغ کیفری را در جرایم مستوجب تعزیری که بخش اعظمی از جرم‌انگاری‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی را به خود اختصاص می‌دهد،

پذیرفته است. پذیرش شروع مسئولیت کیفری و بلوغ کیفری در جرایم مستوجب قصاص و حدود موکول به تفسیری مناسب در راستای حمایت از منافع و مصالح عالیه کودکان و نوجوانان از قانون مزبور است که در این قسمت به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۳-۱. پذیرش شروع مسئولیت کیفری و مفهوم بلوغ کیفری در جرایم مستوجب تعزیر

هر چند هنوز قانون سال ۱۳۹۲ به شرح ماده ۱۴۷ خود، سن بلوغ در دختران و پسران را به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری اعلام کرده است و مفهوم مخالف آن حکایت از بلوغ کیفری دختران بالای نه سال قمری و پسران ۱۵ سال قمری کمتر از ۱۸ سال خورشیدی همچون قوانین کیفری ۷۱ و ۶۱ دارد، اما در مواد ۸۸-۹۰، مفهوم بلوغ کیفری را با معیار ۱۸ سال تمام خورشیدی به بالا در جرایم مستوجب تعزیری یعنی بخش اعظمی از جرایم، مورد پذیرش قرار داده است. مسئولیت کیفری پلکانی را در سنین ۱۸-۹ سالگی تمام خورشیدی، پذیرفته است. از مجموع مواد مزبور در جرایم تعزیری دختران و پسران کمتر از ۱۸ سال تمام خورشیدی چند نکته زیر استنباط می‌شود:

۱. حداقل سن شروع مسئولیت کیفری ۹ سال تمام خورشیدی است و کمتر از این سن مسئولیت کیفری برای پسران و دختران منتفی می‌باشد. به عبارت دیگر فرض غیر قابل رد قانونگذار این است که کمتر از سن مزبور، افراد قابلیت پاسخگویی به عملکرد خود در قبال نقض قوانین کیفری را ندارند.

۲. معیار بلوغ کیفری همچنان که در پیمان‌نامه حقوق کودک و قوانین کیفری بسیاری از کشورها مقرر است، ۱۸ سال تمام خورشیدی بدون تبعیض بین دختران و پسران مقرر شده است.

۳. از مواد ۸۸-۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استنباط می‌شود که مقنن مسئولیت کیفری پلکانی و واکنش اجتماعی متفاوت با اشخاص دارای بلوغ کیفری بدون تبعیض بین پسران و دختران قائل شده است.

۴. از مواد مورد اشاره استنباط می‌شود که در راستای انطباق با موازین بین‌المللی حقوق کودک، مقنن برای افراد ۹-۱۵ سال تمام خورشیدی به جز در ارتکاب جرایم تعزیری درجه یک تا پنج برای نوجوانان دوازده تا پانزده سال، اقدامات تأمینی، تربیتی، آموزشی، درمانی، حرفه آموزی و مراقبتی و برای نوجوانان ۱۸-۱۵ مجازات‌های نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، جزای نقدی و جایگزین‌های اجتماعی مجازات‌ها شامل اجرای خدمات عام المنفعه، اقامت در منزل در مدت معین و نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته مقرر کرده است.

۱-۳-۲. تفسیر مطابق با منافع عالیه کودکان و نوجوانان برای پذیرش بلوغ کیفری در قصاص

و حدود

مقنن در شرح ماده ۹۱، اعمال اقدامات تأمینی - تربیتی، مجازات‌ها و جایگزین‌های اجتماعی مشروح فوق‌الذکر را در ارتکاب به جرایم مستوجب حدود و قصاص برای اشخاص بالغ (یعنی دختران و پسران نه سال و پانزده سال قمری) کمتر از هجده سال را در صورتی قابل اعمال دانسته است، که قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان در یکی از موارد زیر نسبت به ارتکاب آن جرایم توسط اطفال و نوجوانان شبهه داشته باشد:

۱. درک ماهیت جرم

۲. درک حرمت جرم

۳. رشد و کمال عقل

همان‌طور که در مفهوم بلوغ کیفری توضیح داده شد، دستاوردهای دانشمندان علوم جنایی و اسناد بین‌المللی حقوق کودک، تحقق مفهوم بلوغ کیفری یا مفاهیم مزبور را در فرد برای اعمال تبعات مسئولیت کیفری تام، امری ضروری می‌دانند. لازم به یادآوری است که درک ماهیت جرم و حرمت آن و بالاخره تحقق رشد و کمال عقل را از طریق یک پرسش سطحی که مثلاً نوجوان ۱۷ ساله مرتکب قتل می‌دانسته است که ارتکاب این عمل حرام است یا خیر، نمی‌توان احراز کرد. مهم احراز این نکته است که مرتکب نوجوان در لحظه ارتکاب قتل، خشم و احساسات آنی فاقد دیرپای بر روان او مسلط بوده و آثار عمل خود را پیش‌بینی نمی‌کرده است. در ارتکاب جرایم نوجوانان این نکات باید احراز شود.

معیاری که امروزه در نظام های حقوقی دنیا و حقوق بین‌المللی کودکان و نوجوانان برای تحقق مفهوم بلوغ کیفری پذیرفته شده است، اماره سن ۱۸ سالگی به عنوان اماره رشد و کمال عقل یا بلوغ کیفری است. این اماره همانند اماره فقد قابلیت پاسخگویی به نقض قوانین کیفری که در سن معینی مقرر شده است، غیر قابل تغییر است.

فرض غیر قابل تغییر این است که افراد کمتر از ۱۸ سال تمام خورشیدی، فاقد درک ماهیت جرم، حرمت آن و رشد و کمال عقل برای ارتکاب کلیه جرایم به ویژه جرایم مهمی مانند جرایم مستوجب قصاص و حد در حقوق ایران می‌باشند و یا حداقل در کمال عقل آنها شبه وجود دارد و با وجود این شبهه مستند به ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲، امکان اعمال قصاص و یا حد نیست. در صورتی که رویه قضایی اماره مزبور با بپذیرد و در آراء صادره به آن تمکین کند، مفهوم بلوغ کیفری در حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان بدون تبعیض در کلیه جرایم پذیرفته شده است.

هم اکنون لازم است که در صورت عدم تمکین رویه قضایی نسبت به تفسیر مزبور، این رویه اصل را به عدم کمال عقل یا درک ماهیت یا حرمت جرم قرار داده و اثبات خلاف آن را از سوی دادستان ضروری بداند. به نظر می‌رسد که مقنن مسیر پذیرش تفسیر مزبور را برای قضات هموار کرده است. زیرا به موجب تبصره ماده ۹۱، به قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان اختیار کامل داده است که برای تشخیص بلوغ کیفری و یا کمال عقل از نظر پزشکی یا هر طریق دیگری که مقتضی بداند از جمله تشخیص شخص خود با مراجعه به متون حقوقی استفاده کند. بدیهی است که وقتی قاضی مزبور به متون حقوقی ناظر به دادرسی اطفال و نوجوانان مراجعه می‌کند، به روشنی خواهد دید که مرز بلوغ کیفری یا کمال عقل ۱۸ سالگی است و تا قبل از آن فرد مرتکب جرم فاقد بلوغ کیفری می‌باشد. و اعمال مجازات تعزیری، قصاص و حد همانند افراد دارای بلوغ کیفری، خلاف انصاف و عدالت کیفری است.

رویه قضایی با تفسیر صحیح از ماده‌ی ۹۱ در پذیرش اماره بلوغ کیفری و یا کمال عقل از سن ۱۸ سالگی تمام خورشیدی به بالا و پذیرش مسئولیت کیفری پلکانی و اعمال اقدامات تأمینی و مجازات و جایگزین های اجتماعی مواد ۹۰-۸۸ برای کلیه افراد ۱۸-۹ سالگی بدون تبعیض بین دختران و پسران، گامی مهم در ارتقای حقوق انسانی در حقوق ایران خواهد برداشت.

طلیعه پذیرش تفسیر مزبور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۷ مورخ ۹۳/۹/۱۱ است. به موجب این رأی «محکومان به قصاص نفس که سن آنان در زمان ارتکاب جرم کمتر از هجده سال تمام بوده است، چنانچه مدعی شمول شرایط مقرر در ماده ۹۱ این قانون باشند، به لحاظ این که تبدیل و تغییر مجازات به ترتیب مذکور مالا تخفیف و تعیین کیفر مساعدتر به حال متهم به شمار می‌آید، می‌تواند براساس بند ۷ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری درخواست اعاده دادرسی نمایند.

براساس گزارش آراء شعب دیوان کشور که منتهی به رأی وحدت رویه مزبور شده است، دو تفسیر متفاوت از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۹۲ از شعب ۳۴ و ۳۵ دیوان شده است که رأی شعبه ۳۵ تفسیری کودک مدار و منطبق بر مصالح و منافع عالیه کودکان و نوجوانان می‌باشد. هیأت عمومی دیوان کشور رأی شعبه ۳۵ را با استدلال متقن خود پذیرفته است. در مفاد رأی شعبه ۳۵ به این نکته اشاره شده است که با توجه به این که ماده ۹۱ به قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان این اختیار را داده است که با فرض عدم کمال عقل افراد کمتر از ۱۸ سال تمام خورشیدی، مجازات قصاص را تبدیل به یکی از مجازات‌های تعزیری ماده ۸۹، کند و این تفسیر به نفع متهمان مزبور است، مستند به بند «ب» ماده ۱۰ همان قانون، ارفاق‌آمیز محسوب و عطف به ماسبق می‌شود.

در نتیجه امکان اعاده دادرسی از حکم صادره قطعی قصاص مستند به بند ۷ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد. لازم به یادآوری است که با اجرایی شدن قانون دادرسی کیفری ۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ از ۹۴/۴/۱، مستند به مقررات اعاده دادرسی ۴۸۳-۴۷۴ همان قانون و بند ب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲، نیازی به درخواست اعاده دادرسی در خصوص موضوع مزبور نیست و دادگاه صادرکننده حکم

قطعی به درخواست تخفیف مجازات از سوی قاضی اجرای احکام و یا محکوم علیه می‌تواند مجازات قصاص را به تعزیر مقرر در ماده ۸۹ قانون تبدیل کند.

۲. چالش‌های مسئولیت کیفری اطفال در نظام حقوق کیفری ایران

۲-۱. تعارض اطلاق ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با مواد ۱۴۶ تا ۱۴۸ این قانون

تصمیم‌های قضایی پیش‌بینی شده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی به صراحت همین ماده، ناظر به اطفال و نوجوانانی است که سن آنها در زمان ارتکاب، ۹ تا ۱۵ سال تمام شمسی است. از طرف دیگر افراد نابالغ که به تعبیر مقنن در ماده ۱۴۷ شامل دختران زیر ۹ سال و پسران زیر ۱۵ سال قمری است، مطابق ماده ۱۴۶ این قانون، مسئولیت کیفری نداشته و طبق ماده ۱۴۸^۱ در مورد آنها اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد اطلاق ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حاکی از این است که در مورد مرتکبان کمتر از ۹ سال شمسی حتی در صورت احراز حالت خطرناک در ایشان، هیچ اقدام خاصی پیش‌بینی نشده است. این موضوع از دو جهت قابل اشکال است؛ از یک طرف دختران کمتر از ۹ سال شمسی و بیشتر از ۹ سال قمری طبق ماده ۱۴۷ بالغ محسوب و بر اساس مفهوم ماده ۱۴۶ دارای مسئولیت کیفری هستند. از طرف دیگر بر اساس ماده ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی در مورد افراد نابالغ کمتر از ۱۵ سال قمری در پسران و کمتر از ۹ سال قمری در دختران، بر اساس مقررات این قانون اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود. این در حالی است که در فصل دهم قانون مجازات اسلامی هیچگونه اقدامات تأمینی و تربیتی برای اینگونه اطفال پیش‌بینی نشده است. به نظر می‌رسد تنها راه جمع مواد ۱۴۸ و ۸۸ قانون مجازات اسلامی این باشد که بگوییم ماده ۱۴۸ صرفاً شامل پسران کمتر از سن بلوغ تا سن ۹ سال شمسی شده و نسبت به دختران غیربالغ و پسران نابالغ کمتر از ۹ سال شمسی شمولی ندارد (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۰۴).

۲-۲. وضعیت دختران بالغ کمتر از ۹ سال شمسی و بیشتر از ۹ سال قمری

معیاری که برای تدرج مسئولیت کیفری دختران نوجوان از نه تا دوازده سال شمسی در نظر گرفته شده بر اساس سال شمسی است با اینکه شروع مسئولیت در آنها به موجب ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی، بر اساس سال قمری در نظر گرفته شده است. بدین ترتیب ملاحظه می‌گردد که برای دختران بالغ بعد از ۹ سال قمری و قبل از ۹ سال شمسی در صورت ارتکاب جرم تعزیری اقدامی اعم از مجازات و اقدام تأمینی در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی نشده است و این خلاء قانونی به نظر می‌رسد بصورت ناخواسته ایجاد گردیده است.

توضیح اینکه هر سال قمری، تقریباً ۱۰ روز و ۲۱ ساعت از سال شمسی کوتاه‌تر است. بنابراین این وقتی می‌گوییم سن بلوغ در دختران ۹ سال قمری است، بر مبنای سال شمسی، سن دختران در این زمان، تقریباً معادل هشت سال و نه ماه شمسی است.^۱

مقنن در ماده ۸۸ نسبت به دختران تازه بالغ در مقام تعدیل مسئولیت کیفری و اجتناب از اعمال مجازات نسبت به آنها همانند بزرگسالان برآمده و در این راستا جرایم تعزیری آنها را مشمول اقدامات تأمینی قرار داده تا در واقع در این بازه سنی یکسان، تفاوتی میان دختران بالغ و پسران نابالغ وجود نداشته باشد و واکنش در قبال تمام جرایم تعزیری آنها با اقدامات تأمینی مواجه گردد. این اقدام مقنن پسندیده است، معذک بی توجهی به جرایم تعزیری ارتکابی توسط دختران بالغ بین نه سال تمام قمری تا نه سال تمام شمسی، هیچگاه با منطق پذیرفته شده در مواد ۱۴۰ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی سازگار نیست. به

۱. ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «افراد نابالغ مسئولیت کیفری ندارند».

ماده ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در مورد افراد نابالغ، بر اساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود».

۱. همچنین سن پسران بالغ (۱۵ سال از نظر فقه امامیه) بر مبنای سال خورشیدی، تقریباً ۱۴ سال و ۷ ماه می‌باشد.

عبارت دیگر چگونه می‌توان ابتدا پذیرفت که از نظر قانونی، سن نه سال تمام قمری مرز شروع مسئولیت کیفری برای دختران باشد حال آن که از موادی دیگر چنین بر می‌آید که فرد دارای این سن که به موجب قانون بالغ محسوب می‌شود، در صورت ارتکاب هر جرم تعزیری حتی مشمول اقدامات تأمینی نیز نگردد (موذن زادگان و دیگران؛ ۱۳۹۲: ۹).

در این خصوص نظریه مشورتی ۷/۹۲/۱۰۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۶/۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز قابل توجه است (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۰۴)؛ به موجب این نظریه مشورتی، نظر به اینکه طبق ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برای اطفال و نوجوانان از ۹ سال تا ۱۵ سال شمسی مجازات مقرر شده است، لذا با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در جایی که مجازات تعیین نشده باشد نباید مجازاتی تعیین گردد. به ویژه اینکه مجازات مقرر در ماده ۸۸ قانون فوق الذکر بر اساس تاریخ شمسی است نه قمری. لذا برای دخترانی که سن آن‌ها در فاصله ۹ سال قمری تا ۹ سال شمسی است به نظر می‌رسد که آن‌ها را باید فاقد مسئولیت کیفری دانست.

گفتار سوم: عدم وجود ضمانت اجرا در ارتباط با شرایط مندرج در تبصره های ماده ۸۸ قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

یکی از اصول قانون نویسی بویژه در حوزه کیفری این است که مقنن برای باید و نباید هایی که مدنظر قرار می‌دهد، ضمانت اجرایی نیز تعریف کند. به عبارت دیگر در صورتی که ضمانت اجرایی به همراه این باید و نبایدها نباشد، الزامی از مفاد این دستورات برداشت نمی‌شود و درست مانند این است که مقنن صرفاً یک توصیه اخلاقی نموده و یا یک امر ارشادی را تبیین نموده است.

موذن زادگان، حسنعلی و دیگران؛ مسئولیت کیفری نقصان یافته اطفال و نوجوانان در جرایم تعزیری قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، کنفرانس ملی سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان، ۱۳۹۲ توضیح اینکه در موارد متعددی که مقنن دستورهایی را برای افراد محکومیت یافته اعمال می‌کند همزمان ضمانت اجرای آن را نیز بیان می‌دارد. مثلاً در ماده ۵۰ مقرر داشته است که: «محکومی که مجازات او معلق شده است؛ چنانچه در مدت تعلیق بدون عذر موجه از دستورهای دادگاه تبعیت نکند، دادگاه صادرکننده حکم قطعی می‌تواند به درخواست دادستان یا قاضی اجرای احکام برای بار اول یک تا دو سال به مدت تعلیق اضافه یا قرار تعلیق را لغو نماید. تخلف برای بار دوم، موجب الغای قرار تعلیق و اجرای مجازات می‌شود». و یا در ماده ۴۴ قانون مجازات اسلامی، مقنن به قاضی دادگاه اختیار داده است که در صورتی که محکوم علیه در مدت تعویق صدور حکم (تعویق مراقبتی)، از اجرای دستورهای دادگاه سر باز زند، میزان مدت تعویق وی را تا نصف افزوده و یا حکم به محکومیت وی صادر کند.

در آزادی مشروط نیز توجه به این اصل بدیهی از نظر مقنن دور نمانده است. بطوری که در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: «هرگاه محکوم در مدت آزادی مشروط بدون عذر موجه از دستورهای دادگاه تبعیت نکند برای بار اول یک تا دو سال به مدت آزادی مشروط وی افزوده می‌شود...» و در صورت تکرار عدم تبعیت از دستورهای دادگاه، مدت باقیمانده محکومیت به اجرا در می‌آید. همچنین به موجب ماده ۸۱ قانون مجازات اسلامی در موضوع مجازات‌های جایگزین حبس، چنانچه محکوم از رعایت دستورهای دادگاه تخلف کند، به پیشنهاد قاضی اجرای احکام و رای دادگاه برای بار نخست یک چهارم تا یک دوم به مجازات مورد حکم افزوده می‌شود و در صورت تکرار، مجازات حبس اجرا می‌گردد.

اما مقنن در تبصره ذیل بند الف ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی، مواردی چون اخذ تعهد را پیش-بینی کرده است بی آنکه ضمانت اجرایی در صورت نقض تعهد از سوی ایشان مقرر نماید. حسب مفاد بند الف ماده ۸۸ و تبصره ذیل آن، در صورتی که ارتکاب جرایم تعزیری توسط اطفال و نوجوانان ۹ تا ۱۵ سال شمسی، دادگاه می‌تواند این اطفال را به والدین یا اولیاء یا سرپرست قانونی آن‌ها سپرده و از آن‌ها تعهد به تادیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق طفل یا نوجوان مرتکب جرم، اخذ نماید و اگر دادگاه مصلحت

بداند، می‌تواند از اشخاص مذکور تعهد به انجام امور مشخصی چون «معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روانشناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان، یا فرستادن طفل یا نوجوان به یک موسسه آموزشی و فرهنگی به منظور تحصیل یا حرفه آموزی، اقدام لازم جهت درمان یا ترک اعتیاد طفل یا نوجوان تحت نظر پزشک، جلوگیری از معاشرت و ارتباط مضر طفل یا نوجوان با اشخاص به تشخیص دادگاه و جلوگیری از رفت و آمد طفل یا نوجوان به محل‌های معین» و اعلام نتیجه به دادگاه در مهلت مقرر اخذ نماید.

هر چند شاید بتوان گفت که متعهد انجام این امور، بر خلاف مواد فوق‌الاشعار در خصوص تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم، آزادی مشروط و مجازات‌های جایگزین حبس، در اینجا شخصی غیر از مرتکب جرم است و بنابراین پیش‌بینی ضمانت اجرا در مورد ایشان با اصل شخصی بودن، منافات دارد؛ اما می‌توان گفت دقیقاً به همان علت که مقنن در اخذ تعهد از والدین یا اولیاء یا سرپرستان قانونی به خاطر جرم ارتكابی توسط طفل یا نوجوان، تعرض به اصل شخصی بودن را مجاز دانسته است، مناسب بود که ضمانت اجرای تخلف از مفاد این تعهدات را پیش‌بینی کند؛ اگر چه در صورتی هم که بار عواقب نقض تعهد بر دوش اطفال و نوجوانان قرار می‌گرفت، ایرادی از این حیث متوجه مقنن نمی‌توانست باشد.

نتیجه‌گیری

حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان مشتمل بر حقوق کیفری ماهوی و دادرسی افتراقی با هدف تأمین مصالح و منافع عالی‌ه آنها در فرآیند رسیدگی کیفری است.

بلوغ کیفری که متضمن سه عنصر بلوغ جنسی، عقلی و عاطفی است، با معیار حداقل سن ۱۸ سالگی که اماره رشد غیرقابل تغییر در واکنش اجتماعی علیه عملکرد رفتار ناقض قوانین کیفری افراد می‌باشد، در غالب نظام‌های دادرسی و اسناد بین‌المللی حقوق کودک، امری مفروغ عنه یا غیر قابل تردید است. حقوق موضوعه ایران پس از استقرار جمهوری اسلامی، متعاقب تصویب قانون مجازات اسلامی ۹۲ در جرایم مستوجب تعزیر مطلقاً و در جرایم قصاص و حدود با تفسیری کودک مدار و منطبق بر موازین حقوق کیفری ویژه اطفال و نوجوانان و اسناد بین‌المللی مربوط به افراد مزبور مفهوم بلوغ کیفری و برابری آن را نسبت به دختران و پسران پذیرفته است. با پذیرش این تفسیر می‌توان قائل شد که در راستای انطباق حقوق موضوعه ایران با پیمان‌نامه حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ میلادی، سه نکته ذیل مورد توجه و تأیید قرار گرفته است:

الف. حداقل سن شروع مسئولیت کیفری ۹ سال تمام خورشیدی است. کمتر از این سن قابلیت پاسخگویی به رفتار ناقض قوانین جزایی منتفی است.

ب. معیار بلوغ کیفری در کلیه جرایم تعزیری، قصاص و حدود، ۱۸ سال تمام خورشیدی است. پ. مسئولیت کیفری پلکانی برای افراد ۹-۱۲ و ۱۲-۱۵ و ۱۵-۱۸ سالگی به نحو افتراقی با واکنش‌های متفاوت اجتماعی از قبیل، اقدامات اصلاحی، تربیتی، درمانی، آموزشی، حرفه آموزی، نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، جزای نقدی، خدمات عام المنفعه، حبس آخر هفته در کانون و الزام به اقامت در منزل در مدت معین برحسب شدت جرم مقرر شده است. طلیعه پذیرش تفسیر کودک محور از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی را می‌توان در رأی وحدت رویه ۷۳۷ مورخ ۹۳/۹/۱۱ ملاحظه کرد.

تصمیم‌گیری در مورد تعیین حداقل سن مسئولیت کیفری از جمله موضوعات بحث برانگیز در بسیاری از نظام‌های کیفری دنیاست و اختلاف نظرهای فراوانی در مورد آن وجود دارد. از جمله دلایل صحت این ادعا آن است که در هیچ یک از اسناد بین‌المللی، حداقل سن مسئولیت کیفری تعیین نشده است. در واقع کشورهای مختلف به هیچ نقطه مشترکی در این مورد نرسیده‌اند و نتوانسته‌اند در اسناد بین‌المللی مختلفی که در مورد حقوق کودک به تصویب رسیده است، سنی را به عنوان حداقل سن مسئولیت کیفری مشخص کنند. برخی کشورها سن مسئولیت کیفری را تا ۷ سال پایین آورده‌اند و برخی دیگر نیز آن را تا ۱۸ سال بالا برده‌اند. حتی برخی کشورها هستند که عملاً فاقد حداقل سن مسئولیت کیفری هستند. این حد از

اختلاف دیدگاه‌ها و عملکردها، علاوه بر اینکه نشان دهنده دشواری و چه بسا غیرممکن بودن نیل به یک اتفاق جهانی در این مورد است، گواه بر این است که تعیین حداقل سن مسئولیت کیفری، عمیقاً ریشه در باورهای مذهبی، سنت‌های اجتماعی، عرف‌های اجتماعی و ارزش‌های فرهنگی دارد که از کشوری به کشور دیگر بسیار متفاوت است.

این موضوع در کشور ما پیچیدگی‌های بیشتری می‌یابد. زیرا تقسیم بندی جرایم به دو دسته تعزیرات و غیرآنها نیز ملاحظاتی در این زمینه به وجود آورده که مقنن ناگزیر از توجه به آنها در تعیین حداقل سن مسئولیت کیفری بوده است.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تغییرات مطلوبی را در خصوص حقوق کیفری افتراقی و تعدیلی برای اطفال و نوجوانان پیش‌بینی کرده است. از بین بردن تفاوت حداقل سن مسئولیت کیفری بین دختران و پسران در جرایم تعزیری و نیز توسعه اختیارات قضایی برای اسقاط مجازات‌های حد و قصاص در مورد مرتکبین زیر سن هجده سال، از جمله گام‌هایی هستند که این قانون در راستای رسیدن به یک نظام مطلوب مسئولیت کیفری اطفال برداشته است. اما به نظر می‌رسد مقنن در تنظیم سیاست کیفری مطلوب در این زمینه کماکان درگیر تردیدها و نوعی شتاب‌زدگی می‌باشد. از جمله سن بلوغ کیفری، یعنی سنی که فرد مسئولیت کیفری کامل پیدا کند، در حدود و قصاص کمتر از تعزیرات است. زیرا در تعزیرات تا پایان سن ۱۸ سالگی مسئولیت کیفری فرد کامل نشده و از نظر اتخاذ تدابیر قضایی دیگر نمی‌توان مجازات‌های مواد مختلف قوانین جزایی را حسب مورد در مورد آنها اجرا کرد و تنها باید به تصمیمات و مجازات‌های خاص تعدیلی مقرر در ماده ۸۸ تا ۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تمامی جرایم تعزیری ارتكابی توسط ایشان اکتفا کرد. اما در جرایم مستوجب حد و قصاص، دختر بعد از سن ۹ سال قمری و پسر بعد از سن ۱۵ سال قمری، مسئولیت کیفری کامل می‌یابد. این ناهماهنگی محل ایراد است. حتی می‌توان ادعا کرد که فرض مطلوب، عکس این است. یعنی مناسب‌تر آن است که سن بلوغ کیفری در حدود و قصاص، بالاتر از جرایم تعزیری باشد. زیرا اینگونه جرایم در مقایسه با جرایم تعزیری، اصولاً مستلزم مجازات‌های شدیدتر و سختگیرانه‌تری هستند و تبعات شدیدتری برای فرد محکوم به دنبال دارند.

اما قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دقیقاً در جهت عکس این روند حرکت کرده است: در مجازات‌های تعزیری که هم شدت و حدت کمتری دارند و هم امکان تعدیل در آنها با استفاده از سازوکارهایی چون تعویق صدور حکم، تخفیف مجازات و تعلیق اجرای مجازات وجود دارد، سن بلوغ کیفری را تا ۱۸ سال تمام شمسی بالا برده است؛ اما در مجازات‌های حد و قصاصی که از حیث کارکردی، تقریباً خالی از جنبه اصلاحی هستند و از جنبه ماهوی نیز کوبنده‌تر و شدیدتر هستند، سن بلوغ کیفری را برابر با سن بلوغ جنسی، قرار داده و با گذر از سن بلوغ جنسی، مسئولیت کیفری کامل را بر فرد مترتب کرده است.

شاید نامطلوب بودن همین وضعیت باعث شده است که مقنن در پی یافتن تدابیری برای افزایش عملی سن بلوغ کیفری تا ۱۸ سال برآید. برای این منظور، ماده ۹۲ قانون مجازات اسلامی تدوین شده و تقریباً به قاضی آزادی عمل کامل داده است تا با استناد به احراز موارد سه‌گانه مذکور در آن، حد یا قصاص را از مرتکب دارای سن کمتر از ۱۸ سال رفع کند. اگر این مقرره مورد استقبال قضات قرار گیرد و آنها را به سمت عدم صدور حکم به قصاص یا حد در مورد افراد زیر سن ۱۸ سال سوق دهد، در آن صورت می‌توان گفت که میان «سن قانونی» و «سن قضایی» بلوغ کیفری، نوعی دوگانگی بوجود آمده است زیرا از نظر قانونگذار، سن بلوغ کیفری در حدود و قصاص همان سن بلوغ جنسی است اما از نظر رویه قضایی، سن بلوغ کیفری در اینگونه جرایم نیز همچون تعزیرات، هجده سال تمام است.

از حیث همسویی با رهنمودهای بین‌المللی نیز می‌توان ادعا کرد که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در موقعیت ممتازی نسبت به قوانین پیشین قرار دارد؛ زیرا در بخش عمده‌ای از جرایم (تعزیرات) در راستای این رهنمودها عمل کرده است. قرار دادن سن بلوغ کیفری در جرایم تعزیری در سطح ۱۸ سال از یک سو و پیش‌بینی نظام تدریجی مسئولیت کیفری برای اطفال از سوی دیگر، توانسته است بخشی از انتقادات کمیته حقوق کودک سازمان ملل بر ضوابط حقوق کیفری اطفال در ایران را برطرف کند.

فهرست منابع

۱. آشوری، محمد، سیاست قضایی جدید درخصوص نوجوانان، گزارش کارگاه‌های آموزشی «دادرسی ویژه نوجوانان» در سال ۱۳۸۰، با همکاری شورای عالی توسعه قضایی قوه قضاییه، صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف)، چاپ محمد. ۱۳۸۰.
۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم و دیگران، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، جلد اول، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تابستان ۱۳۹۳.
۳. مهدوی، محمود؛ اطفال و نوجوانان در معرض خطر. مطالعه موردی بررسی عوامل خطر بزهکاری در نوجوانان کانون اصلاح و تربیت تهران، رساله دکتری، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۴. مهرا، نسرین؛ ترمیمی شدن عدالت کیفری صغار در انگلستان و ولز؛ در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در بزرگداشت مقام علمی استاد دکتر محمد آشوری)؛ چ ۱، سمت، ۱۳۸۳.
۵. مؤن زادگان، حسنعلی، کودکان و نوجوانان معارض با قانون و واکنش‌های اجتماعی، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در بزرگداشت مقام علمی استاد دکتر محمد آشوری)، چ ۱، سمت، ۱۳۸۳.
۶. مؤن زادگان، حسنعلی و دیگران؛ مسئولیت کیفری نقصان یافته اطفال و نوجوانان در جرایم تعزیری قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، کنفرانس ملی سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان، ۱۳۹۲.
۷. میرمحمد صادقی، حسین؛ سیاست‌های قضایی درخصوص نوجوانان در جمهوری اسلامی ایران، اهداف، چالش‌ها، کارگاه آموزش قضات دادگاه اطفال، یونیسف - شورای عالی توسعه قضایی، ۸۰-۱۳۷۹.
۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، بزه‌دیدگی اطفال، ماهنامه‌ی قضاوت، شماره ۴۵، ۱۳۸۶.
9. Capuzzi, David & Geoss, Cogllass , R. Defining Youth at Risk in Capuzzi and Gross (eds); Youth at Risk American Conseling Association , 2000.
10. Freiberg, kate et al; The Pervasive Impact of Poverty on Children; in : Pathways and crime Prevention, willan pub, 2007.
11. Lamprecht, luke , (compiler); Gauteng Child Protection and Treatment Protection; risk assessment committee, 2000.
12. Mcwhirters, J. Jeffries & Benedict T. Ellen & Hawley , J. Robert; Youth at Risk; Thomson brooks/ cole. 2007.

چالش ضرورت صیانت از حریم خصوصی و صیانت از هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی (با نگاهی به حقوق انگلستان)

دکتر رضا شکری^۱، دکتر مهدی شیداییان^{۲*}، دکتر شهرداد دارابی^۳

۱- دانش‌آموخته دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

۲- استادیار دانشگاه تهران و استاد مدعو دانشکده حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

۳- استادیار دانشکده حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

چکیده

حریم خصوصی به عنوان قلمرو و محدوده‌ی اختصاصی و غیرعلنی انسانی نوعی و متعارف مصون از ورود، نگاه و نظارت و مداخله دیگران است؛ لیکن رعایت هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی نیز مبتنی بر دفاع از ارزش‌های جامعه و صیانت از برقراری نظم عمومی ضرورتی انکارناپذیر است از این رو هر چند اصل بر صیانت از حریم خصوصی می‌باشد، لیکن این اصل مجوز نقض قانون در حوزه خصوصی نیست و هرگاه آثار و تبعات نقض قانون در حوزه خصوصی جلوه بیرونی و خارجی بیابد و امنیت اخلاقی جامعه و حقوق اجتماعی افراد را در معرض مخاطره قرار دهد از باب صیانت از ارزش‌های بالاتری مداخله جایز خواهد بود و در مقام رفع چالش ناگزیر باید اجرای حق مهم‌تر بر حق مهم‌تر ترجیح داد در نتیجه مداخلاتی در نوع پوشش افراد و امور جنسی و جواز امر به معروف و نهی از منکر به عنوان استثنایی غیرقابل اجتناب بر حریم خصوصی به صورت محدود، جزئی و بر مبنای قانون محسوب می‌گردند.

واژگان کلیدی: حریم خصوصی، هنجارهای اخلاقی، امر به معروف و نهی از منکر، پوشش، روابط جنسی.

مقدمه

از ویژگی‌های جوامع مردم سالار شناسایی و به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌های بشری است و از جمله مظاهر و جلوه‌های حقوق بشر حق بر حریم خصوصی است که ضرورت صیانت و پاسداشت از آن بنا به دلایل عدیده و مستفاد از آیات و روایات ضرورتی انکارناپذیر است لیکن صیانت از حریم خصوصی تنها مطلوب یک اجتماع انسانی نیست و همواره در هر اجتماعی حقوق و آزادی‌های دیگری نیز وجود دارد که صیانت از این حقوق را نیز جامعه و تکلیف خود می‌داند. از جمله ضرورت رعایت نظم و امنیت عمومی و ضرورت رعایت ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی. از این رو در مقام صیانت از دو مطلوب گاه در مقام اجرای این دو مطلوب تضاد و تلاقی در اجرای هر دو مطلوب به طور همزمان پیش می‌آید؛ از این رو سؤال اساسی پیش رو آن است که در مقام تلاقی و تضاد ناشی از اجرای همزمان دو مطلوب ضرورت صیانت از حریم خصوصی و صیانت از هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی تکلیف چیست و اولویت با کدام حق است و آیا اساساً بین این دو مطلوب تضادی وجود دارد و صیانت از حریم خصوصی مجوز زیر پا نهادن اخلاق و هنجارها و انگاره‌های شرعی در حوزه خصوصی می‌گردد؟ از این رو برای پاسخ به پرسش در این مقال ضرورت دارد نخست به دو مفهوم حریم خصوصی و ارزش‌های اخلاقی اشاره‌ای مختصر نماییم.

۱- ضرورت حفظ پوشش

از آنجایی که اندام انسان برخلاف سایر موجودات، عاری از پوششی طبیعی بوده که او را از سرما و گرما حفظ کند و انسان به طور فطری از برهنگی رنج می‌برد و به زیبایی اهمیت می‌دهد به نحوی که اولین دغدغه آدم و همسرش حوا پس از خوردن میوه ممنوعه، پوشیدن بدن بود (نک سوره‌ی اعراف آیه ۷ و ۲۲ سوره‌ی طه آیه ۲۰ و ۲۱) از جمله موارد حریم خصوصی برای انسان بیان اصل وجوب پوشش و ذکر جزئیات آن برای مردان و زنان می‌باشد. بنابراین پوشش پاسخی مناسب به نیاز فطری و اجتماعی انسان است و در حقیقت پوشش انسان وسیله‌ای برای حفظ حریم خصوصی وی و مانع افشاء خصوصیات شخصی در جامعه است. نوع پوشش مردم نیز در هر جامعه‌ای برخاسته از هنجارهای حاکم در آن جامعه و متأثر از عقاید برگرفته از آداب و رسوم و دین حاکم بر آن اجتماع است. از این رو به واسطه تکثر فرهنگی در جوامع انسانی نوع پوشش نیز متفاوت و متکثر خواهد بود و از آنجایی که عرف در هر اجتماعی ریشه در عقاید مذهبی نیز دارد هیچگاه پوشش عرفی جامعه عدم رعایت انگاره‌های شرعی و اخلاقی را بر نمی‌تابد؛ چنان که در عمل نیز این چنین شده و جامعه ایرانی عدم رعایت حجاب را در زمان کشف حجاب رضاخان برنتابید.

اما طرح اشکال شده که، نوع پوشش انسان و داشتن یا نداشتن پوشش از جمله امور خصوصی است که انسانی نوعی و متعارف مداخله در آن را بر نمی‌تابد در نتیجه مداخله مقنن در نوع پوشش اشخاص به منظور صیانت از انگاره‌های اخلاقی و شرعی و الزام به حجاب بانوان نقض حریم خصوصی است.

در مقام رفع چالش می‌توان گفت اساساً طرح این اشکال ناشی از عدم تمیز بین مرز عمومی بودن و خصوصی محسوب شدن است و نظر به اصل لزوم احترام به ارزش‌های عمومی حاکم بر اجتماع، گرچه صیانت از حریم خصوصی دلالت بر عدم جواز مداخله در نوع پوشش دارد، لیکن این عدم مداخله محدود است به نداشتن جلوه بیرونی است و آنگاه که اشخاص از محیط خصوصی خارج شده و قصد حضور در عرصه عمومی را دارند با محدودیت جدی رعایت ارزش‌ها مواجه خواهند بود و وارد ساختن محدودیت بر حقوق به نحو متعارف نیز بدیهی است.

در نتیجه نظر به حاکمیت اصل آزادی و اختیار برای انسان نوع، کیفیت و طرز پوشش اشخاص امری کاملاً خصوصی است و انسان‌ها با توجه به علایق، سلیق، گرایش‌ها و طرز تفکر خود، نوع پوشش خویش را انتخاب می‌کنند و پوشش، در درجه اول تابع فرهنگ هر جامعه است و علاوه بر فرهنگ در جوامع مذهبی، عرف مذهبی و نظام ارزش‌های جامعه را هم باید در نظر گرفت. بنابراین آنگاه که شخص در یک مکان خصوصی حاضر می‌گردد، صرفنظر از ملاحظات شرعی به هر نحو که بخواهد می‌تواند حاضر شده و هر نوع پوششی که بخواهد را اختیار نماید و هیچ شخصی حق مداخله در این زمینه را ندارد. حتی اشخاص حاضر

در چنین محلی این حق را ندارند که بعدها فیلم و یا عکس وی را منتشر سازند، زیرا انتشار اینگونه مستندات بدون تردید نمونه بارز اشاعه فحشا و از مصادیق ماده ۱۷ قانون جرائم رایانه‌ای خواهد بود.

فقها نیز به همین دلیل حکم به عدم جواز «تبرج» و حرمت خودنمایی و خودآرایی زنان در عرصه عمومی داده‌اند. (نک زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۹۰-۱۹۲؛ سلمی، ۱۴۰۷، ص ۲۳-۳۰)

در نتیجه می‌توان گفت؛ به‌منظور احترام به مقررات و ارزش‌های حاکم بر اجتماع و بازدارندگی از ارتکاب گناه و منافع عمومی مقنن در نوع پوشش زنان که در عرصه اجتماع حاضر می‌گردند دخالت نموده و با تدوین قانون، ورود زنان بدون حجاب شرعی را برابر تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م. جرم تلقی نموده و مقرر داشته: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به.. محکوم خواهند شد.»

بنابراین چنین مداخله‌ای گرچه به نحوی دخالت در حریم جسمانی یا حریم عقیدتی و فکری اشخاص است لیکن به واسطه حفظ ارزش‌های بالاتری استثنای بر حریم خصوصی محسوب می‌گردد.

از سویی قطع نظر از بازدارنده بودن قوانینی این چنین، اساساً مقنن براساس آموزه‌های دینی و با الزام قانونی پوشش برای زنان به نحوی در مقام حمایت کیفری از ایجاد حریم خصوصی جنسی برای فرد و پیشگیری از هتک حرمت اشخاص و حریم خصوصی بوده است. زیرا در اندیشه اسلامی حتی شخص حق ندارد با نقض حریم خصوصی خود، خود و یا دیگران را در معرض گناه و جرم قرار دهد. بنا به مراتب فوق بدحجابی یا بی‌حجابی افراد، به نوعی، تجاوز به حقوق دیگران محسوب شده و از باب حق الناس است. دفاع از حق الناس نیز مداخله در حریم خصوصی پوشش را تجویز می‌نماید زیرا هرگونه رفتاری که حجاب و حیا و عفاف جامعه را خدشه‌دار نماید، ضربه‌ای است که به آرامش، سلامت و امنیت اجتماعی و موجب می‌شود بسیاری از اشخاص به دام فساد و فحشا افتند و اینگونه زنان نیز ممکن است به دام مردانی بیفتند که به تعبیر قرآن از مصادیق الذی فی قلبه مرض هستند. (احزاب/۳۲)

البته قانون فوق را که مبتنی بر ارزش‌های حاکم بر اجتماع است نمی‌توان با دو قانون مصوب پیش از انقلاب در حوزه پوشش مقایسه نمود. زیرا هر دو قانون فوق به پیروی از کشورهای غربی و بدون در نظر گرفتن انگاره‌های لازم و بدون توجه به نظام ارزش‌های حاکم بر جامعه تدوین شده بودند و به همین دلیل نیز با مقاومت مردم و عدم تمکین به قانون مواجه گردیدند.

۲- ضرورت رعایت هنجارهای شرعی در روابط جنسی

بر مبنای اصل کلی احترام به حریم خصوصی کلیه امور مربوط به روابط جنسی اشخاص مصون از مداخله است؛ زیرا فعالیت‌های جنسی انسان که ناشی از غرایض ذاتی و فطری بشر است قلمرو و محدوده‌ای از اعمال و رفتار شخص است که برای عموم آشکار نبوده و مختص به آن فرد می‌باشد و در این محدوده از آزادی معقولانه‌ای برخوردار بوده و مصون از هرگونه تعرض است. در این رابطه حق حریم خصوصی فضایی را برای شخص تضمین می‌کند که در چهارچوب آن بتواند روابط مختلفی را با دیگران برقرار سازد. لیکن در این رابطه بر مبنای اصل آزادی این ایده مطرح شده که حریم خصوصی اشخاص ایجاب می‌نماید که انسان‌ها در برقراری این ارتباط از حیث اینکه مبنای برقراری رابطه قرارداد (عقد نکاح) یا تراضی و توافق ضمنی طرفین بدون التزام قراردادی و قانونی لیکن مبتنی بر قصد تزویج (ازدواج سفید یا هم‌باشی یا هم‌خانگی) و یا بدون قصد تزویج (رابطه نامشروع زنا) باشد و یا آن که طرفین رابطه هم‌جنس یا غیر هم‌جنس باشد محدودیتی وجود نخواهد داشت و این موضوع امری خصوصی است که قانون به توجیه حمایت از اخلاق حق مداخله در آن را ندارد. در نتیجه، اصل بر آزادی روابط جنسی وعدم مداخله در امور جنسی مبتنی بر رضایت اشخاص، مادام که منتهی به ضرر به غیر نگردیده می‌باشد. به نحوی که فعالیت جنسی افراد مبتنی بر رضایت دو طرف مباح بوده و خارج از محدوده مداخله دولت قرارداد. به همین دلیل مقنن انگلستان برابر ماده ۳ و ۵ قانون جرائم جنسی ۱۹۵۶ (اصلاحی ۲۰۰۰) تنها انجام عمل خلاف عفت با کودکان و حمله خلاف عفت و زنا با محارم و تجاوز به عنف را به‌عنوان جرم جنسی تلقی نموده و هر نوع

رابطه مبتنی بر رضایت، خواه طرف رابطه هم‌جنس باشد خواه غیر هم‌جنس، جرم ندانسته است. به‌نحوی که نظارت بر فعالیت جنسی که در خلوت صورت می‌گیرد به معنای مداخله در حریم خصوصی است و دولت تنها حق مداخله در فعالیت‌های جنسی موجب ضرر برای غیر و در مکان‌های عمومی را دارد تا جایی که کمیته حقوق بشر، صرف وجود قوانینی که فعالیت هم‌جنس‌بازان را جرم‌انگاری نموده، ناقض حریم خصوصی می‌داند.

(Sarah Webb, Russell Jones p 495) در نتیجه این دیدگاه با دیدگاه حقوق کشور ایران مبنی

بر لحاظ نمودن انگاره‌های اخلاقی و شرعی و عدم جواز برقراری چنین روابطی ولو در حریم خصوصی در تضاد قرار دارد.

در مقام پاسخ و متأثر از اندیشه دین‌محور، باید بین دو گزاره تفاوت قائل شد؛ نخست جواز و عدم جواز روابط آزاد ولو در خلوت و دوم مداخله و تجسس در خلوت و میزان و نحوه مداخله دیگران در روابط جنسی اشخاص. در بعد نخست احترام به حریم خصوصی اشخاص لزوماً به معنای صدور جواز نقض قانون در خلوت نمی‌باشد و نمی‌توان پذیرفت که، هر فعالیت جنسی که در پشت درهای بسته صورت می‌گیرد لزوماً داخل در حیطه حمایتی حریم خصوصی قرار دارد و افراد آزادانه در حیطه امور خصوصی هر رفتاری را مجاز و مختار به ارتکاب باشد. زیرا جواز و عدم جواز چنین رفتارهایی تابعی از نظام ارزش‌هاست. در نتیجه سیاست اتخاذی در قبال روابط جنسی سیاستی ترکیبی و در دو جهت ایجابی و سلبی می‌باشد. یعنی ضمن تشریح روش‌های مشروع ارضای غریزه جنسی راه انحراف از آن در راستای صیانت از حریم خصوصی و حقوق عمومی با اتخاذ تدابیری سد نموده و برقراری هرگونه رابطه جنسی خارج از عقد نکاح را ممنوع و به لحاظ جنسیت طرف عقد صرفاً ازدواج دو جنس مخالف به رسمیت شناخته. اما در بعد دوم به رغم آن که اجازه روابط آزاد در حریم خصوصی داده نمی‌شود اجازه تجسس و مداخله در حریم خصوصی به منظور کشف روابط آزاد نیز داده نمی‌شود. در نتیجه از باب پاسداری آبرو و حیثیت افراد و بقای جامعه و حفظ اخلاق ضمن آنکه هر نوع رابطه آزاد فارغ از چهارچوب‌های قانونی جایز نمی‌باشد، هرگونه تعرضی به حریم خصوصی افراد نیز جایز نیست و در حقیقت روابط جنسی خارج از چهارچوب عقد نکاح شرعی غیرقانونی است نه به این توجیه که اینگونه امور در زمره مسائل خصوصی نمی‌باشد، بلکه به رغم آن که ماهیت خصوصی دارند به جهت آن که غیرقانونی بوده و برخلاف قانون است ممنوع می‌باشد. از این رو هر چند نوع رابطه افراد «حرام» و «خلاف شرع» باشد اجازه هرگونه تحقیق در این زمینه ممنوع و هرگونه پی‌جویی و یا افشاگری روابط حرام جنسی اشخاص، نیز جرم و موجب کیفر است. بر مبنای چنین رویکردی مقنن در مرحله تقنین و تعیین کیفر شدت عمل را مبنا قرار داده؛ لیکن در مرحله دادرسی و اجرا به واسطه پیش‌بینی جواز سقوط کیفر در اثر شبهه و قاعده درء و توبه و اختیار عفو و عدم اجرای کیفر از ناحیه امام و ادله اثباتی سخت بر سیاست بزه پوشی، کیفر زدایی و اصلاح مرتکب تأکید نموده است و به عبارتی استانداردهای ادله اثباتی در جرائم جنسی را بالا می‌برد به نحوی که در ماده‌ی ۱۹۹ ق.م.ا. نصاب شهود را برخلاف سایر جرائم چهار شاهد قرار داده است. به عبارتی این که ادله اثباتی جرم شهادت چهار نفر است، تأیید و تأکید بر حمایت از حریم خصوصی است، زیرا چنین شرطی، افراد کنجکاو را از نقض حریم مکانی کسانی که ممکن است در حریم خصوصی خود مرتکب چنین رفتارهای غیرقانونی شوند، باز می‌دارد. زیرا مقنن عدم حصول این نصاب و ادا شهادت را نه تنها اثبات‌کننده جرمی ندانسته بلکه مستوجب کیفر دانسته است. (نک؛ ماده ۲۰۰ ق.م.ا.) در حقیقت وقتی مقنن موازین اثباتی سختی را پیش‌بینی نموده، محدودیت‌هایی را برای محاکمه و بازخواست کسانی که متهم به جرائم مرتبط با حریم خصوصی و نقض قانون در خلوت و مبتنی بر رضایت طرفین واقع، قرار می‌دهد، به صورت غیرمستقیم، از حریم خصوصی حمایت نموده است. علی‌هذا برخلاف کشورهای غربی؛ در حقوق ایران عنصر رضایت در تحقق جرم بلااثر است لیکن اصراری بر اثبات جرم وجود ندارد و بزهمکار به توبه و اظهار ندامت تشویق می‌نماید و به منظور نهی افراد از تجسس و مداخله و سرک کشیدن در حریم خصوصی دیگران، ضمن پیش‌بینی ادله اثباتی سخت شهادت چهار شاهد؛ اشخاص را از ادای شهادت بر وقوع جرم با پیش‌بینی کیفر حد قذف منع می‌نماید و به نحو کلی انجام هرگونه تعقیب و تحقیقی ممنوع خواهد

بود. (نک؛ ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک.) در نتیجه مقنن به منظور حفظ حریم خصوصی اشخاص اصل را ممنوعیت تعقیب قرار داده و تحقیقات مقدماتی را توسط مرجعی بالاتر جایز دانسته و سیاست بزه‌پوشی را مبتنی بر تأکید شارع مبنی بر منع اشاعه فحشاء در پیش گرفته و به واسطه غلبه جنبه حق الهی این جرائم بر جنبه خصوصی آن سیاست پیشگیری از اثبات جرم و اعطای فرصت اصلاح و توبه را منظور نموده است. در حقیقت روح حاکم بر سختگیری در ادله‌ی اثباتی جرائم و گذاردن ضمانت اجرای قوی برای هرگونه اتهام زنی بی‌مورد، بیانگر این است که هیچکس حق ندارد تحت هیچ عنوانی، وارد حریم خصوصی جنسی افراد گردد. لیکن به رسمیت شناختن حریم خصوصی برای اشخاص به معنای نادیده گرفتن حرمت‌ها و قانون در حوزه خصوصی نمی‌باشد و هرگاه گناه پنهان اشخاص به رغم سفارش بر بزه‌پوشی و عدم اقرار و سختگیری ادله اثباتی جرم و منع تجسس در امور خصوصی آشکار شد به این توجیه که چنین رابطه‌ای مبتنی بر رضایت و در حوزه خصوصی اشخاص بوده نمی‌توان آن را نادیده گرفت (برخلاف دیدگاه غربی). در نتیجه از جمله محدودیت‌های وارد بر حریم خصوصی اجرای قانون و هنجارهای مسلم عمومی و از جمله شرعی است و اصل لزوم صیانت از حریم خصوصی نمی‌تواند به عنوان مجوزی جهت نقض قانون محسوب گردد و ضرورت دارد بین دو مطلوب یعنی احترام به قانون و هنجارهای مسلم عمومی و احترام به حریم خصوصی تعادل و توازن برقرار نمود. بر این معنا امام خمینی در بند ششم فرمان هشت ماده‌ای تأکید داشته‌اند و تصریح نموده‌اند؛ «هیچ‌کس حق ندارد ... به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت نماید، و یا ... تجسس از گناهان غیر نماید یا اسراری که از غیر به او رسیده و لو برای یک نفر فاش کند. تمام این‌ها جرم [و] گناه است و بعضی از آن‌ها چون اشاعه فحشا و گناهان از کبایر بسیار بزرگ است، و مرتکبین هر یک از امور فوق مجرم و مستحق تعزیر شرعی هستند و بعضی از آن‌ها موجب حد شرعی می‌باشد.»

۳- سیاست کنترل و نظارت اجتماعی غیررسمی و مشهود (امر به معروف و نهی از منکر)

از جمله سیاست‌های کنترل و نظارت اجتماعی غیررسمی و مشهود سیاست دیگر کنترلی امر به معروف و نهی از منکر؛ از اختصاصات اسلام؛ می‌باشد. در خصوص این سیاست نیز اشکال تعارض با حریم خصوصی مطرح گردیده زیرا بر مبنای آموزه‌های غربی دخالت در راستای چنین تکلیفی خواه از ناحیه شهروندان خواه حکومت و به‌منظور حفظ ارزش‌های اخلاقی دخالت در حریم خصوصی است. در واقع از یک سو اصل بر احترام به حریم خصوصی است و از سوی دیگر شخص با فریضه‌ای از فرایض دینی مواجه است که احساس مسئولیت در برابر ناهنجاری‌های اجتماعی که در مقابل دیدگان وی رخ می‌دهد را واجب می‌داند. در حقیقت چالش از آنجا ناشی می‌گردد که حریم خصوصی قلمرویی است که فرد انتظار دارد دیگران آن را احترام نهاده و در آن حوزه رفتارهای وی مورد نظارت و کنترل قرار نگیرد؛ در مقابل بر مبنای فریضه امر به معروف و نهی از منکر عموم افراد جامعه مکلف‌اند که نسبت به ارتکاب جرائم در همه حال و همه‌جا سکوت ننموده و مرتکب را از انجام آن رفتار یا ترک آن بر حذر دارند.

در مقام رفع چالش ناگزیر می‌بایست مفهوم امر به معروف و نهی از منکر و حدود و ثغور آن تبیین گردد. امر به معنای طلب و خواستن همراه با استعلا و برتری و نهی به معنای دستور به خودداری و عدم اقدام به امری است. (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۲۹۷) معروف در لغت به معنای مشهور و شناخته‌شده و منکر قول یا فعلی نارواست که رضایت الهی بدان تعلق نمی‌گیرد. (معلوف، لوییس، ۱۴۲۲، ص ۵۰۰ و ۸۳۶) در اصطلاح؛ هر کار پسندیده‌ای است که فاعل آن به نیکی و قباحیت آن عمل آگاه باشد یا بدان راهنمایی شده باشد. (نجفی، ج ۲۱، ۱۹۸۱، ص ۲۵۶) در تعریفی دیگر، امر به معروف راهنمایی و ارشاد مردم به راه‌های درست و رستگار کننده و نهی از منکر، بازداشت از کارهایی است که سازگار با شریعت اسلام نباشد (جرجانی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۶) آمده است. بنابراین «معروف به افعال و صفاتی اطلاق می‌شود که عقل و شرع آن را شناخته و مورد تأیید قرار داده است به‌گونه‌ای که هر وجدان پاکی طالب آن است. پس امر به معروف عبارت از تشویق دیگران به انجام افعال و صفاتی که به حکم عقل و از طرف شارع به نیکی وصف شده باشند. منکر به معنای ناشناخته به همه اعمال و صفاتی اطلاق می‌شود که شرع و عقل آن را به

رسمیت نمی‌شناسد. بنابراین نهی از منکر بر حذر داشتن دیگران از انجام افعالی است که از طرف شارع و به حکم عقل به زشتی یاد شده است.» (هاشمی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۳۶)

امر به معروف و نهی از منکر در قرآن کریم نیز صریحاً مورد تأکید قرار گرفته است. خداوند متعال پس از آنکه خود را به عنوان امر کننده به خوبی‌ها و نهی‌کننده از ناشایستی‌ها معرفی می‌کند (نحل/۹۰) تصریح می‌نماید که انسان‌ها از طریق نظارت بر هم دیگر مانع فساد شدن جامعه می‌گردند. (بقره/۲۵۱)^۱ و از وجوه دفع انسان‌ها توسط یکدیگر این است که، «بعضی از مردم جلو فساد بعض دیگر را می‌گیرند» (طبرسی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۶۲۱). و منظور از فساد زمین، فساد جامعه انسانی است. (طباطبائی، ۱۹۷۳، ج ۲، ص ۲۹۳)

بنابراین انسان‌ها با امر به معروف و نهی از منکر می‌توانند جلو فساد در جامعه را گرفته و از این طریق هنجارشکنی‌های اجتماعی را کنترل نمایند.

برابر ماده یک قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر ۱۳۹۳ مقنن در مقام تعریف اشعار داشته:

«در این قانون، معروف و منکر عبارت‌اند از؛ هرگونه فعل، قول و یا ترک فعل و قولی که به عنوان احکام اولی و یا ثانوی در شرع مقدس و یا قوانین، مورد امر قرار گرفته و یا منع شده باشد.»

در مجموع در مقام ارائه تعریف با در نظر گرفتن مباحث و مواد ۲ الی ۶ قانون فوق می‌توان گفت: امر به معروف و نهی از منکر؛ دعوت و واداشتن دیگران به معروف و نهی و بازداشتن از منکر بدون تجسس است در صورتی که علناً اشخاص مرتکب رفتاری گردند که در شرع یا قانون ارتکاب آن رفتار مورد امر یا نهی قرار گرفته باشد. لیکن مراتب زبانی و نوشتاری آن توسط آحاد مردم و دولت صورت گرفته و مرتبه عملی صرفاً وظیفه دولت است و در این مقام نمی‌توان متعرض حیثیت، جان، مال، مسکن، شغل و حریم خصوصی و حقوق اشخاص گردید، مگر در مواردی که قانون تجویز نموده باشد و هیچ شخص یا گروهی حق ندارد به عنوان امر به معروف و نهی از منکر به اعمال مجرمانه مبادرت نماید.

خداوند متعال در آیه ۱۰۴ سوره آل‌عمران سرافرازی و سعادت‌مندی را منوط به اجرای امر به معروف و نهی از منکر می‌داند و خطاب به مسلمانان می‌فرماید:

«وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»

و باید از میان شما گروهی [مردم را] به نیکی دعوت کنند و به کار شایسته وادارند و از زشتی بازدارند و آنان همان رستگاران‌اند.

علامه طباطبایی با استناد به این آیه امر به معروف و نهی از منکر را از لوازم و واجبات اجتماع معتصم به حبل‌الله می‌داند و معتقد است بازخواست و عقاب در تخلف این واجب کفایی متوجه تک‌تک افراد است ولی پاداش و اجر از آن کسی است که بدان پرداخته باشد. (همان، ج ۳، ص ۳۷۳)

بنابراین از ویژگی‌های امر به معروف و نهی از منکر عمومیت داشتن و تکلیفی همگانی بودن، انعطاف در نمود رفتاری و عملی و حاکمیت بر همه‌ی روابط اجتماعی، کارکرد پیشگیرانه و اصلاح‌گرایانه است و مسلماً اجرای آن منوط به تحقق ضوابطی از جمله؛ اطلاع کافی و صحیح در امور دینی و تشخیص حلال از حرام و واجب از غیر واجب، احتمال اثر و عدم ترتب مفسده و رعایت مراحل قلبی، زبانی و عملی، صیانت از جان و مال و آبروی افراد (مطهری، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۸۲۱) و عدم جواز اجرای حدود و تعزیرات توسط افرادی جز نهادهای قضایی (حلی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۱۳) و منع تجسس در امور کتمان و پنهان اشخاص می‌باشد.

بنابراین نظر به اینکه امر به معروف و نهی از منکر منوط به حصول شرایط و مراتبی است می‌توان گفت در صورت رعایت مراتب و شرایط لازم اجرای این فریضه با اصل احترام به حریم خصوصی تضادی حاصل نخواهد شد. زیرا امر به معروف و نهی از منکر دعوت به رعایت ارزش‌های مسلم و قطعی جامعه و حفظ مسلم مصلحت‌های انکارناپذیر در نظام انسانی مبتنی بر عدم تجسس در امور دیگران و احتراز از ایراد ضرر است و

۱. «لَوْ لَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ» یعنی و اگر نبود بازداشتن خداوند برخی مردم را به وسیله برخی دیگر حتماً فساد زمین را فرا می‌گرفت و لکن خداوند دارای فضل بر همه جهانیان است.

هرگاه اعمال و اجرای آن مستلزم ورود ضرر به دیگران باشد جایز نخواهد بود. این اصلی است که به دلالت قاعده لا ضرر مکرر در حقوق اسلامی به آن استناد شده است.

از سوی دیگر نظر به اینکه صیانت از حریم خصوصی به منظور پاسداشت و احترام به کرامت انسانی به تنهایی هدف نیست و از آنجاکه بارزترین و مهم‌ترین خصیصه انسانی آزادی اراده و اختیار و حق انتخاب است و مسلماً این مهم را نیز می‌بایست پاسداشت در نتیجه نباید حق بر حریم خصوصی را به گونه‌ای تفسیر نمود که خود را نفی کند. حیطه حریم خصوصی نباید آنچنان موسع فرض شود که حیات اجتماعی انسان را از تفسیر و توجیه منطقی ساقط نماید و منجر به سقوط یا بی‌اعتباری مسئولیت همگانی افراد در قبال یکدیگر شود. در کنار امتیازاتی که حریم خصوصی داراست، این کاستی را دارد که ممکن است کسانی از آن سو استفاده کنند و آن را مستمسکی برای رواج بی‌بندوباری قرار دهند. لذا باید به شناخت چنین آفت‌هایی پرداخت و از بروز آن پیشگیری کرد. زیرا در هر حال از جمله علل و عوامل خدشه‌دار شدن و تعرض به حریم خصوصی ترویج بی‌بندوباری، فساد و فحشاء و به نحو کلی ارتکاب جرم است و از سوی دیگر پیشگیری از وقوع جرم در مقام حفظ اجتماع و تأمین منافع عمومی ضرورتی انکارناپذیر است. از این رو؛ اولاً- آموزه امر به معروف و نهی از منکر به منظور جلب مشارکت عمومی در جهت پیشگیری از وقوع جرم و سالم‌سازی جامعه و احترام به ارزش‌های انسانی است. در نتیجه سازوکاری است که نه تنها موجب تعدی به حقوق دیگران نمی‌باشد بلکه در جهت پیشگیری از وقوع جرم و احتراز از تعدی به حقوق دیگران است که خود غیرمستقیم به صیانت از حریم خصوصی اشخاص می‌انجامد.

ثانیاً- اعمال این فریضه محدود و منصرف به جرائم ارتكابی در علن و آشکار است و نه جرائمی که در پشت درهای بسته صورت می‌گیرد.

ثالثاً- از جمله محدودیت‌های اعمال و اجرای این فریضه عدم تجسس و خودداری از تجسس و واکاوی در امور پنهان است. زیرا در اندیشه اسلامی همواره بر بزه‌پوشی و خودداری از تجسس در امور پنهان اشخاص و عدم افشای امور پنهان و جرائم و معاصی ارتكابی خواه از ناحیه مرتکب و خواه از ناحیه دیگران سفارش شده است و خصیصه بارز امر به معروف و نهی از منکر آن است که نسبت به امور آشکار و مشخص صورت گیرد و در مقام این فریضه نمی‌توان در امور خصوصی پنهان و ارتكابی و دور از انظار وارد شد. به همین دلیل ماده ۳ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر تصریح داشته: «امر به معروف و نهی از منکر در این قانون ناظر به رفتاری است که علنی بوده و بدون تجسس مشخص باشد.»

از سوی دیگر اعمال و اجرای این فریضه از ناحیه عموم مردم با رعایت شرایط فوق محدود به دخالت، حداکثر در حد تذکر زبانی است و در سایر موارد وظیفه دولت است که به این مهم بپردازد. بر این معنا مقنن در ماده ۴ قانون فوق نیز تأکید نموده است.

بنابراین می‌توان گفت هرگاه اعمال و اجرای فریضه امر به معروف و نهی از منکر فارغ از هرگونه افراط‌گرایی و مشروط به رعایت شرایط آن صورت گیرد، بین این دو مهم رفع چالش صورت می‌گیرد و در هر حال در مقام رفع چالش حق بر حریم خصوصی با ضرورت‌های اجتماعی تا حدودی می‌توان کفه ترازو را به سمت مصالح عمومی سنگین‌تر نمود. در نتیجه اگر بنا باشد که حریم خصوصی افراد دستاویزی برای هتک محرمات الهی شود و دسترسی به گناهان را آسان نماید در حقیقت کرامت انسانی بی‌ارزش شده است و این خود زمینه‌ساز تعرض به حریم خصوصی از ناحیه اغیار می‌گردد. در نتیجه نمی‌توان به بهای اضمحلال حیات معنوی افراد مورد و ترویج بی‌بندوباری و رواج فساد اخلاقی و وقوع جرم خصوصی را حفظ نمود و آنجا که ضرورت دارد از اصل اولیه عدول نمود و در حقیقت ترویج و گسترش فساد و جرم از اموری نیستند که جامعه دینی به بهانه حفظ حریم شخصی اجازه تجویز آن را صادر نماید. لذا حریم شخصی در صورتی که امنیت اخلاقی جامعه و حقوق اجتماعی افراد را در معرض مخاطره قرار دهد با فریضه امر به معروف و نهی از منکر کنترل می‌شود.

نتیجه‌گیری

رعایت هنجارهای اخلاقی و انگاره‌های شرعی مبتنی بر دفاع از ارزش‌های جامعه و صیانت از برقراری نظم عمومی است و چنین الزامی در راستای حصول منافع عالی‌ه نوع بشر در آن اجتماع انسانی است از این رو هر چند اصل بر صیانت از حریم خصوصی و ممنوعیت هرگونه مداخله‌ای در آن می‌باشد لیکن این اصل مجوز نقض قانون در حوزه خصوصی نیست و هرگاه آثار و تبعات نقض قانون در حوزه خصوصی نمود و جلوه‌ی بیرونی و خارجی بیاید از باب صیانت از ارزش‌های بالاتری مداخله جایز خواهد بود. به عبارتی گرچه حکومت به قلمرو اعتقادات درونی اشخاص مستقیماً وارد نمی‌شود و برای حریم شخصی او احترام قائل است ولی چنانچه وی از حریم شخصی خود به ساحت جامعه تجاوز نماید حکومت حق که نه تکلیف دارد احکامی را مدنظر قرار دهد. در حقیقت حق بر حریم خصوصی ناظر است به خلوت انسان، که نباید در میان دیگران افشاء، آشکار و علنی شود. از این رو اگر کسی هر رفتاری را در حوزه حریم خصوصی خود بدون عوارض بیرونی انجام دهد، هیچ‌کسی حتی مأموران دولتی حق ندارند تجسس کرده و آن را افشاء و بعداً مجازات کنند؛ اما هرگاه رفتار وی دارای آثار خارجی گردد، دیگر از حمایت حریم خصوصی بهره‌مند نمی‌شود یعنی اگر خود فرد اقدام به افشای اطلاعات خود کند، مانند آن که تصاویر و فیلم خود که جنبه مغایر با اخلاق دارد، یا آشکارا در خودروی شخصی خود بدون پوشش متعارف حاضر شود یا مبادرت به خوردن و آشامیدن گردد در حالی که ماه رمضان است و رفتار وی از خارج خودرو قابل‌رؤیت است دیگر از حمایت حریم خصوصی بهره‌مند نمی‌شود چون خود موضوع را تغییر داده و حریم را به حریم عمومی و قواعد آن تغییر داده است. در نتیجه؛ حریم شخصی در صورتی که امنیت اخلاقی جامعه و حقوق اجتماعی افراد را در معرض مخاطره قرار دهد با محدودیت مواجه خواهد بود.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. اصلانی، حمیدرضا، ۱۳۸۴، حقوق فناوری اطلاعات، حریم خصوصی در جامعه اطلاعاتی، تهران، چاپ اول، نشر میزان
۲. انصاری، باقر، ۱۳۸۶، حقوق حریم خصوصی، تهران، چاپ اول، انتشارات سمت
۳. استفانی، لواسور، ژرژ، بولوک، برنار، ۱۳۷۷، آئین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، تهران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۴. جرجانی، میرسید شریف، ۱۳۷۰، تعریفات؛ تهران، رناصرخسرو، ج ۱
۵. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن محقق، ۱۴۲۸، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، چاپ دوم مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱
۶. طباطبایی، محمدحسین، ۱۹۷۳، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، الطبعة الثالثة، الجزا اول والثانی مؤسسه الاعلمی للمطبوعات
۷. طبرسی، فضل ابن حسن، ۱۴۲۷، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، چاپ اول، دارالمرتضی، ج ۲
۸. عبیدین عبدالعزیز سلمی، ۱۴۰۷، التبرج والاحتساب علیه، [بی‌جا]
۹. فراهیدی خلیل بن احمد، ۱۴۰۹، العین، قم، موسسه دارالحجره، ج ۸
۱۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، فلسفه حقوق تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم
۱۱. محسنی، مرتضی، ۱۳۷۵، دوره حقوق جزای عمومی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۱
۱۲. مصباح یزدی، محمدتقی، ۱۳۸۸، فلسفه اخلاق، تهران، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول
۱۳. مطهری، مرتضی، ۱۳۷۲، پیرامون انقلاب اسلامی، قم، چاپ اول، صدرا
۱۴. معلوف، لوییس، ۱۴۲۲، المنجد فی اللغة و الاعلام، قم، ذوی القربی.
۱۵. موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۸۹، صحیفه امام، مجموعه آثار امام خمینی (س) تهران، موسسه تنظیم، نشر آثار امام خمینی (ره) چاپ پنجم

۱۶. موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۷۸، ولایت فقیه، حکومت اسلامی، تهران، موسسه تنظیم، نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول
۱۷. النجفی، محمدحسن، ۱۹۸۱، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، چاپ محمود قوچانی
۱۸. وهبه مصطفی زحیلی، ۱۴۱۸، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق، ج ۲
۱۹. هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۴، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ اول
20. Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, (eds) Tony Honore & Joseph Raz, Clarendon Press Oxford, 1992.
21. Sarah Webb, Russell Jones & Walker, A new right of privacy following the House of Lords decision in Naomi Campbell –v- MGN Limited?, Hertfordshire law Journal 2(2), 30-40.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۵

صص ۴۱-۵۲

تدابیر پیشگیری وضعی در قلمرو جرائم ثبتی

بهروز ساکی^۱، دکتر سید محمود میر خلیلی^{۲*}

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد قم

۲- دانشیار و عضو هیات علمی دانشگاه پردیس فارابی تهران

چکیده

بی تردید تدابیر پیشگیرانه از وقوع جرم از اصول سیاست کیفری سیستم‌های حقوقی به شمار می‌آید. فعل یا ترک فعل مجرمانه‌ای که در قلمرو ثبتی، با نقض قوانین و مقررات راجع به ثبت اسناد و املاک ارتکاب می‌یابد، تحت عنوان جرایم ثبتی قرار می‌گیرند. در جرایم ثبتی نیز، همانند هر جرم دیگری، اقدامات پیشگیرانه، موثرتر و کم هزینه‌تر از اقدامات سرکوبگرانه و کیفری است. بنابراین در یک سیستم حقوقی کیفری هدف پیشگیری از وقوع جرائم از اهمیت بالایی برخوردار است و چگونگی پیشگیری از حیث نوع و تناسب آن با جرم ارتكابی و نیز میزان موفقیت آن از جمله مسایلی است که دستیابی به آن همواره مورد توجه دست‌اندرکاران امر بوده است. در این مقاله تلاش شده است با بررسی راهکارهای متعدد پیشگیری از جرایم ثبتی با مبتنی بر راهکارهای وضعی در این حوزه و روند اجرایی آن در ایران آشنا شویم و با بررسی جرایم ثبتی به تبیین نقش راهکارهای پیشگیری وضعی از این جرایم پردازیم.

واژگان کلیدی: جرایم ثبتی، پیشگیری کیفری، پیشگیری وضعی.

* نویسنده مسئول mirkhalili@ut.ac.ir

مقدمه

جرایم ثبتي به عنوان گونه‌ای از جرم‌های اقتصادی، پدیده‌ای نو ظهور در سطح ملی و جهانی به شمار می‌آیند که در واقع مانع رشد و توسعه جوامع انسانی و سلامت روابط اجتماعی و قضایی می‌باشند. در جرایم ثبتي نیز، همانند هر جرم دیگری، توجه به اقدامات پیشگیرانه حائز اهمیت است. در فرهنگ معین، «پیشگیری در لغت به معنای جلوگیری، دفع، منع سرایت مرض از پیش، تقدم بحفظ، صیانت، حفظ صحت، جلوگیری از وقوع مرض گرفتن» آمده است (فرهنگ معین). اما در جرم‌شناسی پیشگیرانه، پیشگیری در معنی نخست آن مورد استفاده قرار می‌گیرد، یعنی با استفاده از فنون مختلف از وقوع بزهکاری جلوگیری کردن است و هدف از آن، به جلوی جرم رفتن و پیشی گرفتن از بزهکاری است. در سال‌های اخیر نگرش‌های تازه‌ای را در حوزه علوم جنایی شاهد هستیم که ماهیت آنها کاملاً مدیریتی و نظارتی است؛ دیدگاه‌های تازه‌ای که با شناسایی زمینه‌های ارتکاب جرم سعی در پیشگیری از آن با توسل به راهکارهای غیر کیفی دارند تا از این طریق خطر ارتکاب جرم را همانند سایر خطرهای حوزه‌های اقتصادی، بیمه و ... رصد و پیشگیری شود.

پیشگیری معنای نوینی یافته است، زیرا به جای تمرکز بر دلایل بزهکاری، بیشتر به تعیین گروه‌ها و وضعیت‌های خطرناک برای تقویت کنترل آنها توجه دارد. بر مبنای این نگرش، رویه‌های تقنینی، عملی و پلیسی بیش از پیش به سمت شیوه جدیدی از پیشگیری مشهور به «پیشگیری وضعی-فنی» معطوف شده است، زیرا هدف اقدام‌های پیشگیرانه وضعی، قبل از هر چیز، تأمین امنیت، بالا بردن کیفیت و جلب رضایت اعضای جامعه در فضاها و مکان‌های عمومی است.

پیشگیری وضعی از اشکال گوناگون پیشگیری می‌باشد و منظور از آن عبارت است از اقدامات پیشگیرانه معطوف به اوضاع و احوالی که جرائم ممکن است در آن وضع به وقوع بپیوندند یا به عبارتی پیشگیری شامل اقدامات غیرکیفری است که هدفشان مانع شدن و جلوگیری از به فعل در آمدن اندیشه مجرمانه یا تغییر دادن اوضاع و احوالی است که یک سلسله جرائم مشابه در آن به وقوع پیوسته و یا ممکن است در آن اوضاع و احوال ارتکاب یابد. در این راستا پیشگیری وضعی و فنی شاخه‌ای از جرم‌شناسی کاربردی است که موضوع آن تعیین موثرترین وسایل و روش‌ها برای تأمین پیشگیری بدون توسل به کیفر است. (میرخلیلی، سید محمود ۱۳۸۸، ۸۹)

بی‌گمان، امروزه فناوری اطلاعات IT دارای چنین ویژگی مهمی است و یکی از راهکارهای مهم در ابزارهای پیشگیری وضعی از جرائم ثبتي است. بی‌شک سیاست جنایی که با استفاده از کلیه ابزارهای هیئت اجتماع در مقام مواجهه با پدیده مجرمانه است از این فناوری بی‌نیاز نیست. پیشگیری نیز به عنوان یکی از ابعاد این سیاست، از این فناوری تأثیر گرفته است. لذا در راستای کاهش یا ریشه کن نمودن این عوامل باید تدابیری اندیشیده شود که طرح جامع استفاده از فناوری اطلاعات از جمله این تدابیر است.

۱- مفهوم شناختی

جهت بررسی موضوع مورد نظر لازم است که ابتدا با مفاهیم مربوط به جرائم ثبتي و نیز فناوری اطلاعات در این حوزه در قالب بیان مفاهیم مربوطه آشنا شویم:

۱-۱- مفهوم ثبت

حقوق ثبت قسمتی از تاریخ عمومی حقوق ایران است و در عداد حقوق خصوصی و زیرگروه حقوق مدنی است. حقوق ثبت، مجموعه مقرراتی است که به موجب آن، حقوق اشخاص در مالکیت اموال و املاک و روابط قراردادی مردم و نقل و انتقال مالکیت‌ها و تعهدات باید در دفاتر (رسمی) ثبت و گواهی شود که در موارد اختلاف رافع باشد. حقوق ثبتی را در دو شاخه می‌توان بررسی کرد؛ ثبت املاک و ثبت اسناد. ثبت املاک مربوط به تثبیت مالکیت افراد اعم از حقیقی و حقوقی در املاک و اراضی است. اما ثبت اسناد، آن قسمت از حقوق ثبتی است که قراردادهای خصوصی اشخاص را اعم از حقیقی و حقوقی در دفاتر اسناد رسمی ثبت می‌نمایند و بیشتر به منظور اثبات، ایجاد و انتقال مالکیت‌ها، تعهدات، قراردادهای و پیمان‌ها به کار می‌رود. (شهری، غلامرضا ۱۳۷۹، ۶۵)

به طور اجمال و اختصار می‌توان گفت: ثبت به معنای لزوم تحقق و ثبوت عمل حقوقی در محضر مقام رسمی است. بنابراین، اصطلاح سند در حقوق ثبت، متفاوت با اصطلاح سند در حقوق مدنی است. چه، در حقوق مدنی، سند عبارت است از: «هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد» (ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی). در این تعریف، سند از جنبه اثباتی آن تعریف شده است. زیرا اگر نوشته حاوی حقی نباشد چگونه می‌توان در مقام دعوی یا دفاع به آن استناد کرد؟ در حالی که «سند ثبتی» که به آن سند رسمی نیز می‌گویند، نوشته‌ای است رسمی که دلالت بر وجود حقی به نفع یک شخص می‌کند (ثبوت حق) و در صورت لزوم خود این نوشته می‌تواند ثبوت حق موضوع آن را بدون اینکه نیاز به دلیل دیگری باشد اثبات کند (اثبات حق). لذا «ثبت سند» یعنی انجام اعمالی که به حق جنبه رسمی می‌دهد. یکی از این اعمال عبارت از نوشتن و تنظیم و دیگری امضا و تأیید یا ثبت آن از ناحیه متعاملین و مسؤولان دفترخانه می‌باشد.

۱-۲- جرائم ثبتی

ثبت، فرایندی استمراریافته در طول زمان و دارای چندین مرحله است. به موازات این تعدد مراحل، جرایم ثبتی نیز در برهه‌های مختلفی از فرایند ثبت، ارتکاب می‌یابند. شناخت جرم ثبتی و نیز گون‌های آن، مستلزم تبیین و تعریف جرم یا جرایم ثبتی است تا بتوان بر اساس آن، ارکان و اجزای تشکیل دهنده اینگونه جرم‌ها را مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. اما همانگونه که قانونگذار ایرانی از جرم ثبتی، تعریفی ارائه نکرده است، در نوشته‌های حقوقی مربوط به حقوق ثبت نیز به تعریف این جرم، اشاره نشده و صرفاً به بیان گونه‌های آن اکتفا شده است. در یک تعریف که از جرایم ثبتی ارائه شده است بیان می‌دارد: "جرایم ثبتی اسناد و املاک، فعل یا ترک فعلی است که در قوانین و مقررات موضوعه کشور پیرامون ثبت اسناد و املاک، به عنوان جرم محسوب و برای آن مجازات تعیین شده است (حاجیان گلبنی، ۱۳۷۵، ۳۲). اگرچه نمی‌توان مدعی نادرستی این تعریف شد، اما باید گفت که تعریف مزبور، بسیار کلی است؛ به طوری که تصویر روشن و دقیقی در ذهن مخاطب نسبت به جرم ثبتی ایجاد نمی‌کند. از این رو، با عنایت و توجه به ویژگی‌ها و نیز گونه‌های جرم ثبتی می‌توان، آن را اینگونه تعریف کرد: "فعل یا ترک فعل مجرمانه‌ای است که در جریان عملیات ثبتی و یا پس از آن، با نقض قوانین و مقررات راجع به ثبت اسناد و املاک ارتکاب می‌یابد".

جرایم ثبتی در اصطلاح به اعمال مجرمانه‌ای که در ارتباط با ثبت اسناد و املاک توسط مستخدمین و اعضای سازمان ثبت اسناد و املاک و صاحبان دفاتر اسناد رسمی و اشخاص دیگر حسب مورد ارتکاب می‌یابد گفته می‌شود. (اباذری فومشی، ۱۳۸۷، ۷۷)

۱-۲- الف - دسته بندی جرایم ثبتی

قانونگذار ایران برای جرایم ثبتی انواع و مصادیق مختلفی را مشخص کرده است دسته‌ای در عنوان عام و دسته‌ای در عنوان خاص قرار می‌گیرند که این دسته‌بندی بدین شرح است:

جرایم ثبتی عام

جرایم ثبتی عام جرایمی هستند که قانونگذار آنها را در حکم جرائم دیگر قرار داده است که عبارتست از جرائم ثبتی در حکم کلاهبرداری، خیانت در امانت و جعل که اینگونه جرائم از لحاظ انسانی و مجازات تابع شرایط عمومی جرائم موصوف بوده که مقنن جهت جلوگیری از تورم قوانین در این مورد صرفاً آن را به مقررات کلی جرائم مذکور ارجاع داده است.

جرایم ثبتی خاص

جرایم ثبتی اسناد و املاک خاص، جرایمی هستند که در حقوق کیفری اختصاصی ایران عنوان منحصر به فرد و ویژه‌ای دارند و با وجود اشتراک و تشابه با جرائم ثبتی در حکم جعل، خیانت در امانت و کلاهبرداری یا در قالب هیچ یک از صور جرائم اخیرالذکر که گفته شد نمی‌گنجد. به تعبیر دیگر این جرائم

عنوان احکام و مجازات خاص خود را دارند. تعداد این جرائم در حقوق کیفری اختصاصی ایران محدود و محدود است. (حاجیانی، علی؛ ۱۳۸۴)

جرائم ثبتی خاص در موارد ۴۵ و ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک و ماده ۲۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و ماده ۶ لایحه قانون راجع به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب ۱۳۳۳ آمده است.

۱- ۲- ب - مصادیق جرائم ثبتی

جرائم مربوط به حوزه ثبت املاک:

جرائم در حکم کلاهبرداری

این اعمال در حکم کلاهبرداری هستند و حکم قانون به دلیل تشابهی است که در عناصر تشکیل دهنده جرم کلاهبرداری با اعمال یادشده وجود دارد. (اسماعیلی، عسگر؛ ۱۳۹۲)

این جرائم عبارتند از:

(الف) - تقاضای ثبت ملک با علم به انتقال قبلی به غیر (ماده ۱۰۵ ق.ث)

(ب) - تقاضای ثبت به عنوان ماترک با علم به سلب مالکیت قبلی از مورث (ماده ۱۰۶ ق.ث)

(ج) - تقاضای ثبت ملک بدون تصرف (ماده ۱۰۹ ق.ث)

(د) - تقاضای ثبت ملک رهنی بدون ذکر حق مرتهن (ماده ۱۱۶ ق.ث)

جرائم دارای مجازات جرم دیگر

این اعمال را قانونگذار جرم خاصی محسوب نکرده ولی برای آن مجازات کلاهبرداری و خیانت درامانت در نظر گرفته است. این جرائم عبارتند از:

(الف) - تقاضای ثبت ملک از طرف امین به عنوان مالک (ماده ۱۰۷ ق.ث)

(ب) - ثبت ملک به نام غیر یا با تبانی امین (ماده ۱۰۸ ق.ث)

(ج) - عدم اعتراض متولی یا نماینده اوقاف بر ثبت (ماده ۲۸ ق.ث)

جرائم مربوط به حوزه ثبت اسناد

جرائم ماده ۱۰۰ قانون ثبت

ماده ۱۰۰ قانون ثبت: «هر یک از مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک و صاحبان دفاتر اسناد رسمی عمداً یکی از جرائم زیر را مرتکب شوند، جاعل در اسناد رسمی محسوب و به مجازاتی که برای جعل و تزویر اسناد رسمی مقرر است، محکوم خواهند شد:

اولاً- اسناد مجعوله یا مزوره را ثبت کند.

ثانیاً- سندی را بدون حضور اشخاصی که مطابق قانون باید حضور داشته باشند، ثبت نماید.

ثالثاً- سندی را به اسم کسانی که آن را معامله نکرده‌اند، ثبت کند.

رابعاً- تاریخ سند یا ثبت سندی را مقدم یا مؤخر، در دفتر ثبت کند.

خامساً- تمام یا قسمتی از دفاتر ثبت را معدوم و یا مکتوم کند یا ورقی از آن را بکشد یا با وسائل متقلبانه دیگر ثبت سندی را از اعتبار و استفاده بپندازد.

سادساً- اسناد انتقالی را با علم به عدم مالکیت انتقال دهنده، ثبت کند.

سابعاً- سندی را که بطور وضوح سندیت نداشته یا از سندیت افتاده، ثبت کند.

۱- ۳- فناوری اطلاعات، ثبت مدرن و نوین

۱- ۳- ۱- فناوری اطلاعات

فناوری اطلاعات (فا) به انگلیسی: Information Technology یا IT، به مطالعه، طراحی، توسعه، پیاده‌سازی، پشتیبانی یا مدیریت سیستم‌های اطلاعاتی مبتنی بر رایانه، خصوصاً برنامه‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزار رایانه می‌پردازد. فناوری اطلاعات مجموعه فنون و ابزارهایی است که امکان تحصیل پردازش بازیافت ذخیره انتشار و انتقال داده‌ها را در کلیه صور از جمله متن تصویر صدا و نمایش چند رسانه‌ای و بصورت رقوم (دیجیتال) فراهم می‌آورد. (فصلنامه تخصصی فاوا ۱۳۸۷) به طور کوتاه، فناوری اطلاعات با مسائلی مانند استفاده از رایانه‌های الکترونیکی و نرم‌افزار سروکار دارد تا تبدیل، ذخیره، حفاظت، پردازش،

انتقال و بازیابی اطلاعات به شکلی مطمئن و امن انجام پذیرد. اخیراً تغییر اندکی در این عبارت داده می‌شود تا این اصطلاح به طور روشن دایره ارتباطات الکترونیک را نیز شامل گردد.

کلمه تکنولوژی یا همان فناوری از دو کلمه یونانی تکنو به معناب هنر و مهارت و آن چیزی است که آفریده دست انسان است و لوژی به معنای دانش و خرد است و انسان خردمند در تعامل با طبیعت به قوانین عام آن دست می‌یابد و با باز آفرینی این قوانین توسط علم و دانش در محیط و شرایط دلخواه کاربردهای مورد نظر خود را ایجاد می‌کند (محمود نژاد، ۱۳۸۰، ۴۷). باتوجه به اینکه بهره‌گیری از فناوری جدید اطلاعات و ارتباطات در ثبت اسناد اجتناب ناپذیر است. لذا لازم است به فناوری‌های کاربردی در این حوزه‌ها توجه نموده و با شیوه‌ای نوین در این عرصه امور را انجام داد.

باتوجه به قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران و قانون ارتقاء سلامت اداری براساس تصمیم وزارت بازرگانی و سازمان ثبت اسناد و املاک و توافق کانون سردفتران و دفتر یاران دفاتر اسناد رسمی که نخستین بخش خصوصی حاکمیتی هستند که سیستم نظارتی کاملی بر آنان حکمفرماست به عنوان مناسب‌ترین پیشخوان جهت ارائه خدمات ثبتی و تنظیم وثبت اسناد رسمی با شیوه نوین از جنس دیجیتال برگزیده شدند و از شهریورماه سال ۱۳۹۲ مکلف به تنظیم و صدور کلیه اسناد رسمی و امور تبعی آن به روش الکترونیکی می‌باشند. این انقلاب ثبتی که فرآیندان در فضای سایبری رخ می‌دهد تغییر و تحولاتی را در پی داشته که منجر به شیوع ابهام و تناقض و مسائل متعددی در روند ثبت اسناد گردیده است. همچنین در مجموعه کلی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیز تحولات چشمگیری در خصوص بستر سازی و کاربردی نمودن انواع فناوری‌های اطلاعات در قلمروها مربوطه صورت گرفته است. البته بی تردید باید با صرف وقت و انرژی ابعاد و زوایای این رویکرد مستلزم بررسی و نقاط ضعف و قوت آن شناسائی و با کارشناسی دقیق و تخصصی مسائل و مشکلات آن تبیین و رفع گردد.

۱-۳-۲ - ثبت مدرن و نوین

منظور از ثبت نوین و یا به اصطلاحی مدرن مربوط به تغییر رویکرد و یا عبارتی ایجاد رویکردی جدید و تحولی در خصوص سیستم ثبتی در فرآیند آن در مجموعه‌های مرتبط می‌باشد. نوآوری‌هایی که هر چند دیر لیکن مفید و مثمرتر بوده‌اند مأموریت و اهداف بنیادین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور براساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سیاست‌های ابلاغی مقام معظم رهبری، چشم‌انداز بیست ساله، برنامه‌های توسعه قوه قضاییه، مصوبات ریاست محترم قوه قضاییه و قوانین و مقررات مجلس شورای اسلامی مبتنی بر توسعه ثبت رسمی در کشور و تثبیت و حمایت از حقوق و مالکیت مشروع و قانونی اشخاص حقیقی و حقوقی به منظور ارتقاء نظم حقوقی و کاهش دعاوی و استفاده حداکثری از فناوری‌های نوین جهت افزایش آرایه خدمات ثبتی به نحو غیرحضور است.

در این راستا سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که متولی انجام امور ثبتی بطور ویژه در کشور است در جهت دستیابی به ثبتی نوین و مدرن مقوله‌ای جدید از جمله موارد ذیل ا ل ذکر تدوین و در حال اجرایی شدن می‌باشد:

اجرای کاداستر جامع کشور (سامانه جامع املاک کشور)

ایجاد بانک‌های اطلاعاتی بخش‌های مختلف به منظور سرعت و دقت در آرایه خدمات

شفاف‌سازی و تثبیت حدود مالکیت‌ها

توسعه ثبت رسمی و آرایه خدمات نقل و انتقالات و معاملات رسمی در محیط مجازی

دسترسی سریع و آسان خدمات ثبتی به ذینفعان و کاهش مراجعات حضوری متقاضیان

بازنگری و اصلاح قوانین، مقررات و استانداردهای رویه‌ها

توسعه کیفی و ارتقاء سطح برخورداری‌های منابع انسانی

اطلاع‌رسانی و ارتقاء سطح آگاهی‌های عمومی نسبت به خدمات ثبتی

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به عنوان یکی از قدیمی‌ترین و گسترده‌ترین دستگاه‌های حاکمیتی، مأموریت تثبیت و حمایت از حقوق مالکیت مشروع و قانونی اشخاص حقیقی و حقوقی جامعه را برعهده داشته و نقش مؤثری در روابط و مناسبات اقتصادی و اجتماعی و استقرار و تثبیت مالکیت ایفاء می‌نماید. کهنه بودن مقررات ثبتی، اتخاذ سیاست‌ها و رویه‌های غیردقیق در این قلمرو، عدم توجه به بهره‌گیری از ابزارها و سازوکارهای علمی در جهت روزآمد کردن خدمات ثبتی و تسریع در امور و مهم‌تر از همه، جلوگیری از اشتباهات و نیز سوءاستفاده برخی افراد، فرصت‌های مساعدی را در اختیار بزهکاران برای ارتکاب جرایم ثبتی قرار می‌دهد.

دانش ثبت رایانه‌ای سریعاً رو به توسعه و در حال جانشینی به جای سیستم سنتی ثبت قدیم است. با گسترش این تکنیک، خیلی از موضوعات ثبتی دچار تغییر و تحول می‌شود و خیلی از عملیات مکانیکی و قدیمی ثبت را حذف خواهد کرد. در نتیجه چنانچه پاره‌ای از اعمال مکانیکی ثبتی حذف شود، جرائم و تخلفات مربوط به آن اعمال نیز کاهش یافته یا بعضاً حذف خواهند شد. چون در اجرای ثبت الکترونیک قرار است متن اسناد تنظیمی در رایانه ذخیره شود یا اسناد تصویر برداری یا به اصطلاح «اسکن» شوند. دیگر نیاز به وارد کردن آنها به دفتر و ثبت نمودن آنها نیست و وقتی ثبت سند حذف شود، جرم ثبت سند مجعول نیز تا حد زیادی کاهش یافته و یا در بعض موارد حذف می‌شود، و بر این اساس تا حد زیادی از حقوق ثبت جرم زدایی می‌شود.

در این حوزه استفاده از فناوری اطلاعات در قسمت‌های مختلف نقش اساسی و ارزشمندی را ایفاء می‌نماید که در تعاقب موضوع به بررسی و ارزیابی این فرآیند می‌پردازیم.

۲ - پیشگیری از جرائم ثبتی

۲-۱ - پیشگیری های غیر کیفری و اجتماعی

در پیشگیری اجتماعی از طریق آموزش، تربیت، ترغیب و تنبیه، درصد هستیم تا معیار شناخت اعمال خوب و بد را به فرد القاء کرده و قدرت ارز یابی و ارزشیابی عملکرد خویش را به او بدهیم. از جمله ابزارهای مورد استفاده در پیشگیری اجتماعی، فرهنگ سازی، آموزش، بهبود شرایط اقتصادی، بکارگیری اقدام‌های رفاهی و ... هستند که جهت اجتماعی کردن فرد، بر محیط پیرامون او تأثیر می‌گذارند.

در ارتباط با پیشگیری از جرایم ثبتی نیز، جنبه‌هایی از پیشگیری اجتماعی مفید و مطلوب است از جمله فرهنگ سازی در این مورد می‌باشد. از طریق ابزارهای متعدد از جمله رسانه‌ها می‌توان در آگاه سازی بیشتر مردم از حقوق خویش (از جمله حقوق راجع به املاک) یاری رسان باشند. - مالکیت که متعاقب ثبت ملک در دفتر املاک به وجود می‌آید - یک حق عینی است که احترام به آن، بر تمام مردم جامعه واجب است. پس می‌توان از طریق فرهنگ سازی، این حساسیت را در افراد جامعه ایجاد کرد که به محض تعرض به این حق (به طور کلی) و مشاهده جرم‌های ثبتی (به طور خاص)، مقامات قضایی و مسئولان مربوطه را در جریان آن قرار بدهند. بدین سان، توجه به کارکرد فرهنگ سازی در پیشگیری از بزهکاری (به طور عام) و پیشگیری از جرم‌های ثبتی (به طور ویژه)، ضروری است.

۲-۲ - تدابیر پیشگیری وضعی در جرائم ثبتی

یکی از راهکارهای پیشگیری وضعی از جرم، دشوار کردن ارتکاب جرم و بالا بردن ریسک نسبت به مجرمان است تا بدینوسیله، افراد از ارتکاب جرم منصرف شوند. در حوزه ثبت نیز، ایجاد سامانه اطلاعات ثبتی و مکانیزه کردن فرآیند ثبت - به هر عنوان یک راهکار وضعی پیشگیری از جرم - در کاهش ارتکاب جرایم ثبتی، نقش اساسی ایفاء می‌کند. از این رو، استفاده از تجهیزات مکانیزه و اصلاح روش‌ها و سیستم انجام کار باید به تدریج جایگزین روش‌های سنتی و قدیمی شود. با استفاده از تجهیزات رایانه‌ای و توسعه نظام آن در ادارات ثبت اسناد و املاک، هم سرعت و دقت در انجام کار بیشتر می‌شود و هم، امکان سوءاستفاده افراد سودجو فراهم نمی‌شود (نجفی، ۱۳۸۴، ۸۴). چرا که از جمله عوامل مهم تحقق جرایم ثبتی، عدم وجود نظارت به هنگام فرآیند ثبت املاک و نیز نقل و انتقالات است. یکی از اقدام

های انجام شده در برخی از کشورها در راستای برطرف کردن این معضل، ایجاد سامانه جامع ثبت املاک کشورهاست. برخط بودن در این خصوص باعث می‌شود امکان نظارت به موقع و مؤثر بر آنها افزایش یابد.

سازمان ثبت اسناد و املاک ایران نیز در راستای بهره‌گیری از فناوری‌های نوین و اهمیت آن در حوزه ثبت، توسعه نظام فناوری اطلاعات (IT) ثبتی و توسعه کاداستر یکپارچه و کارآمد در راستای ثبت نوین را بخشی از سیاست‌های کلی برای تحقق و رسیدن به یک نظام جامع ثبتی قلمداد کرده است. با اجرای طرح کاداستر در وهله نخست، سیستمی مکانیزه در سازمان ثبت به وجود آید تا مشخصات کامل املاک ثبت شده، همراه با تمامی سلسله انتقالات، در رایانه ثبت شود و امکان جستجوی املاک بر اساس مشخصات کامل آخرین مالک فراهم شود تا امکان دسترسی محاکم دادگستری - در صورت ارتکاب جرائم ثبتی - به اطلاعات مکانیزه املاک آسان شود (آیت‌اللهی، ۱۵۳، ۱۳۸۲). برخی از مزایای چنین نظامی عبارتند از: ریشه خواری کمتر، شفافیت و آسایش بیشتر، رشد درآمدها و کاهش هزینه‌ها، رسیدن سریعتر خدمات به شهروندان، بهبود عمومی خدمت رسان، خدمت‌رسانی دقیق‌تر و مناسب‌تر، قابلیت رسیدگی به تقاضای بیشتر، دوباره و موازی کاری کمتر در سازمان‌های مختلف دولتی، مشتری‌مداری با ارائه خدمات، تصویر بهتر از خدمات دولتی و رابطه بهتر و با مساوات بیشتر با شهروندان. این امور به نوبه خود، زمینه تحقق جرائم ثبتی را به شدت کاهش می‌دهند.

بنابراین ایجاد سامانه جامع ثبت اسناد و املاک، تا حد زیادی در پیشگیری از جرائم ثبتی می‌تواند نقش مثبتی ایفا نماید و نیز در افزایش توان نظارتی سازمان ثبت، نقش اساسی خواهد داشت. این نظام همچنین قادر خواهد بود نقش یک نهاد پیشگیرنده از جرائم ثبتی را در سطح وسیعی ایفا کند و میزان رؤیت پذیری اینگونه جرم‌ها را بالا برده و از این طریق، به پیشگیری از آنها کمک کند. از آن به عمل آورند. همچنین بتوانند به عنوان اقدامی از نوع پیشگیری اولیه، مانع به وجود آمدن فرصت‌های مناسب جرم شوند.

یکی از روش‌های نظارت بر این عملکردها در مجموعه‌های ثبتی، قرار دادن آنها در یک سامانه جامع الکترونیکی است. اگر همه دفاتر اسناد رسمی به یک شبکه واحد متصل باشند (این شبکه می‌تواند بخشی از شبکه جهانی اینترنت یا شبکه‌های مستقل باشد)، در آن صورت امکان نظارت مرکزی بر عملکرد آنها نیز افزایش می‌یابد و در عین حال به نیروی انسانی کمتری هم نیاز است. با برقراری چنین سامانه‌ای، بازرسان سازمان قادر خواهند بود به جای صرف وقت خود در رفت و آمد به دفاتر اسناد رسمی، در محل واحد حضور داشته و از همان مکان، اقداماتی را که در دفاتر مختلف در حال انجام است، به صورت همزمان، کنترل کنند.

۳ - پیشگیری وضعی از جرائم ثبتی مبتنی بر فناوری اطلاعات

در قلمرو امور ثبتی با عنایت به حیطة کاری انجام امور در حوزه‌های ثبت اسناد و ثبت املاک تعریف می‌شوند. بنابراین از حیث موقعیت‌های ارتکاب جرائم ثبتی از جهت کلی نیز باید به تبع تقسیم‌بندی مذکور مقوله‌های ثبت اسناد و املاک را مورد بررسی قرار داد.

بنابراین در این مبحث به بررسی موقعیت‌های ارتکاب جرائم ثبتی در حوزه‌های مذکور پرداخته و نیز چگونگی کاربرد فناوری اطلاعات و ارزیابی آن در موضوع مورد توجه و تبیین قرار خواهد گرفت.

۳-۱ - فناوری اطلاعات و قلمرو جرائم در حوزه ثبت اسناد

در این قسمت به بررسی فناوری‌های اطلاعات در حوزه ثبت اسناد و چگونگی و کاربرد آنها در مقام پیشگیری و کاهش جرائم مربوطه می‌پردازیم.

۳-۱-الف - ثبت الکترونیکی اسناد (ثبت آنی)

اسناد الکترونیکی عبارت است از نوشته‌ای که از طریق وسایل الکترونیکی تولید ارسال دریافت و ذخیره شده و در مقام دعوا و دفاع قابل استناد باشد. (السان، مصطفی)

ثبت الکترونیکی مفهومی نسبتاً نوظهور برشمرده شده است که در بکارگیری شیوه‌های نوین ارتباط برای تسهیل ثبت اسناد و مدارک مورد استفاده قرار می‌گیرد. منظور از شیوه‌های نوین ارتباط همان فضای مجازی و درون شبکه‌ای است که با کمک دستگاه کامپیوتر امکان پذیر می‌گردد.

در حال حاضر کشورها انجام اکثریت امور اداری خود را مبتنی بر استقرار دولت الکترونیک می‌دانند. لذا همانطور که قبلاً اشاره شد از جمله اقداماتی که در این زمینه توسط قانونگذار ایران صورت گرفت تصویب قانون برنامه پنجم توسعه کشور و قانون ارتقاء سلامت اداری است. لذا به موجب قوانین فوق الذکر تکالیفی نیز بر عهده سازمان ثبت اسناد و املاک قرار گرفت. بنابراین درصدد برآمدن که با به کارگیری شیوه‌های نوین و استفاده از فضای مجازی و اینترنت سرمایه‌های مادی و معنوی مردم را که با سعی و تلاش به دست آمده به سمت و جهتی هدایت نمایند که امنیت مالکیت در جامعه تضمین گردد. فلذا حرکت به سمت فناوری‌های نوین و افزایش آگاهی عمومی نسبت به ارزش خدمات ثبتی باعث افزایش ثبت رسمی و کاهش مشکلات ناشی از آن می‌شود. (تویسرکانی، ۱۳۹۲)

تسهیل و شفاف سازی خدمات ثبتی، یکنواخت شدن روند ثبت اسناد، شفاف سازی فعالیت دفاتر اسناد رسمی و سرعت در پاسخگویی به نیازهای مردم، ارتقاء سلامت اداری و تکریم ارباب رجوع، تقویت نظارت دقیق و موثر بر عملکرد واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی، شفاف سازی، ارتقاء کمی و کیفی خدمات توأم با امکان‌پذیرسازی روش‌های خدمات‌رسانی از جمله اهداف والای این طرح ملی است. لذا با ارزیابی و آسیب‌شناسی در خصوص جرائم ثبتی راهبردهایی فراهم گردید که هدف آن ایجاد تسهیل و تسریع در خدمات ثبتی و کاهش مراجعات حضوری از طریق توسعه خدمات الکترونیکی است که خود عامل موثری در کاهش و یا پیشگیری از جرائم در این حوزه است.

سازمان ثبت اسناد به عنوان یک سازمان حاکمیتی و دارای نقش تعیین‌کننده در عرصه ثبت مالکیت در جامعه است و به تبع آثار و نتایج بسیار مهمی که در زندگی اجتماعی و اقتصادی مردم دارد باید به سرعت از ثبت سنتی گذر کند. قدمت بسیار زیاد سازمان و سنتی بودن فرآیندها در فضای پیشرفته امروز بدون شک باعث افزایش هزینه‌های ارائه خدمت به مردم و مآلاً نارضایتی آن‌ها خواهد بود. و تنها راهکار اساسی آن گذر از ثبت سنتی و ارائه خدمات در فضای مجازی و با کمک فناوری است. اجرای ثبت آنی معاملات نه تنها یک تکلیف بلکه حرکتی زیربنایی و ملی است که آثار مختلفی به همراه دارد.

۳- ۱- ب - ثبت الکترونیکی و دفاتر اسناد رسمی

دفاتر اسناد رسمی بخش قابل توجهی از عرضه خدمات ثبتی و تنظیم و ثبت اسناد رسمی را بر عهده داشته و ضمن انجام امور مزبور کار مشاوره رایگان و خدمات معاضدت قضائی جامعه را نیز انجام می‌دهند. به طور رسمی در اجرای مواد (۴۶) و (۲۱۱) قانون برنامه پنجم توسعه و همچنین ماده (۱۲) قانون سلامت نظام اداری و بند "ب" ماده (۴۸) قانون برنامه پنجم، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، دفاتر اسناد رسمی کل کشور را از تاریخ ۹۲/۰۶/۲۶، مکلف به تنظیم سند از طریق سامانه سازمان مذکور کرده است و طرح ثبت آنی در دفاتر اسناد رسمی و واحدهای ثبتی عملی گردیده است و اشخاص می‌توانند با مراجعه به دفاتر با تکمیل فرم‌ها و مدارک مورد نیاز برای ثبت معاملات منقول و غیرمنقول خود اقدام نمایند. سامانه ثبت الکترونیک اسناد، شیوه تنظیم سند را با تحولات جدیدی روبرو کرده است بنحوی که اجرای سیستم ثبت آنی مبتنی بر فناوری اطلاعات تا حد بسیار زیادی تونسته است از وقوع جرائم ثبتی پیشگیری نموده و یا وقوع آن‌ها را به حداقل رسانیده و نیز امکان ارتکاب آن‌ها را سخت و دشوار نماید.

۳- ۱- ج - امضاء الکترونیک E.Sign

در عصر فناوری اطلاعات و جایگزینی نوشته‌های کاغذی با الکترونیکی مساله حقوقی که مطرح می‌شود، اثبات اینگونه مبادلات، صحت محتوای ذخیره شده و تعیین هویت طرفین مبادله است. طرفینی که اعلام اراده آن‌ها در محیطی مجازی و بدون حضور فیزیکی صورت می‌گیرد و آنچه رد و بدل می‌شود داده‌هایی است که کامپیوتر آن‌ها را به زبان قابل فهم تبدیل و به مخاطب ارسال می‌کند.

کشورها جهت انطباق راه‌حل‌های حقوقی با مسائل ناشی از فناوری اطلاعات با تصویب قانون تجارت الکترونیکی و یا قانون امضا دیجیتال قدم‌های اساسی در این راه برداشته‌اند. در ایران نیز با تصویب قانون تجارت الکترونیک در تاریخ ۸۲/۱۰/۲۹ زیرساخت‌های امضاء الکترونیکی آغاز شد.

امضاء الکترونیکی به مفهوم عام کلمه عبارت است از یک رمز مستقل و محرمانه که تعیین هویت ارسال‌کننده و الحاق او به سندی که محتوای داده را تشکیل می‌دهد ممکن است. در این نوع رمزنگاری هنگامی که پیغامی از کانالی با امضای الکترونیکی برای شخص گیرنده ارسال می‌شود گیرنده می‌تواند این اطمینان را حاصل کند که همان شخص فرستنده پیغام را امضاء کرده است و محتوای پیام جعلی نیست.

این امضاء غیرقابل انکار نیست به این معنا که شخص امضاءکننده نمی‌تواند ادعا کند که متن مورد نظر را امضا نکرده است. از جمله مزایای این امضا ارتقاء امنیت و انکارناپذیری و امکان اطلاع از دستکاری اطلاعات است و اگر اطلاعات امضا شده کوچکترین تغییری یابد در بررسی صحت امضا مشخص می‌شود که اطلاعات با امضا مطابقت ندارد و با مکانیزم امضاء الکترونیکی سیستم بطور خودکار متوجه می‌شود که اطلاعات تغییر کرده یا تغییر نداشته است.

این امر باعث اطمینان بخشی بیشتر می‌شود. امضاء الکترونیکی مدرک معین دلالت بر به کارگیری کلید خصوصی متعلق به فرد معین برای رمزگذاری آن دارد.

گواهی امضای الکترونیکی در واقع همان گواهی امضا در محیط رایانه‌ای است. مشابه آنچه برای ثبت سندهای رسمی در کشور توسط دفاتر اسناد رسمی زیر نظر قوه قضائیه صورت می‌پذیرد، در محیط الکترونیکی نیز سازوکار رسمی و تعریف شده برای اطمینان بخشی به تعامل‌های الکترونیکی وجود دارد که به آن‌ها مراجع صدور گواهی الکترونیکی می‌گویند.

با استفاده از گواهی امضای الکترونیکی، می‌توان سندیت متون الکترونیکی را بررسی کرد و اسناد قابل پیگیری هستند. به این معنا که اگر تاکنون پیام ارسالی در اینترنت هیچ اعتبار قانونی نداشت، با استفاده از گواهی الکترونیکی شکل قانونی به خود می‌گیرد.

گواهی یک سند الکترونیکی امضاء شده است که توسط مرکز صدور گواهی الکترونیکی که دفاتر اسناد رسمی هستند، برای یک شخص یا سازمان صادر می‌شود و با استفاده از اطلاعات درون آن می‌توان برای شناسایی دارنده گواهی و برقراری ارتباط امن با وی اقدام نمود.

در گذشته استفاده از شیوه اسناد کاغذی در معاملات تجاری، شیوه‌ای مرسوم بوده است. استفاده از این شیوه در اذهان حقوقدانان، پدیده‌ای ضروری محسوب می‌شد و علت آن هم اعتبار دلیل اثباتی آن بوده است، اما تجارت الکترونیک این مبنا را تغییر داده و مبنای کاغذی را به مبنای داده‌های الکترونیک مبدل ساخته است. به عبارت دیگر هر جا سخن از اسناد کتبی می‌شود، در تجارت الکترونیک اسناد الکترونیکی به صورت داده پیام، جایگزین اسناد کاغذی می‌شوند.

همان‌گونه که یک سند کتبی بدون امضای شخص قابلیت استناد ندارد، در تجارت الکترونیک هم اطلاعات باید به امضای شخص برسد. با وجود این در تجارت الکترونیک، امضای متداول عرفی نمی‌تواند مورد استفاده قرار بگیرد، بلکه به عنوان جایگزین آن، امضای الکترونیکی به عنوان یک جریان فنی به عرصه ظهور رسیده است.

از مزایای امضاهای الکترونیک نسبت به امضاهای دستی می‌توان ایمنی بیشتر، استنادپذیری دقیق‌تر، غیر قابل انکار بودن، سرعت و دقت و رازداری را نام برد.

تفاوت‌های قانونی موجود در الزامات امضای مکتوب در سیاست‌های ملی و بین‌المللی با ظهور فناوری اطلاعات و ارتباطات نمود بیشتری پیدا می‌کند. مبادلات افراد در سطح بین‌المللی در محیط مجازی باعث می‌شود که الزامات قانونی امضای الکترونیکی از سطح ملی فراتر رفته و رنگ و بویی جهانی را به خود بگیرد.

۳-۲- فناوری اطلاعات و قلمرو جرائم در حوزه ثبت املاک

در حوزه امور املاک پنج طرح نرم‌افزاری کشوری با همکاری حوزه معاونت امور املاک و دفتر توسعه فناوری و اطلاعات اقدام گردید.

طرح‌های فناوری اطلاعات در حوزه امور ثبت املاک شامل: طراحی، تولید و استقرار "سامانه استقرار استعمال الکترونیکی"، "سامانه ارسال الکترونیکی خلاصه معامله"، سامانه بازداشت و رفع بازداشت"، نرم افزار تحت وب مدیریت املاک و کاداستر" و "نرم افزار تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی" می‌گردد که با استقرار فناوری اطلاعات در مجموعه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور این مهم فراهم گردیده و در حال اجراست.

۲-۲-۱ سامانه استعمال الکترونیکی

براساس این طرح، استعمال وضعیت ملک از دفترخانه به صورت الکترونیکی صادر و به واحد ثبتی ارسال می‌شود و پس از تطبیق اتوماتیک اطلاعات استعمال الکترونیکی با بانک جامع و نیز بررسی مستندات موجود در واحد ثبتی، نتیجه که همان پاسخ استعمال است به صورت الکترونیکی به کارتابل دفتر اسناد رسمی ارسال می‌شود.

اجرای طرح استعمال الکترونیکی در راستای تکالیف مندرج در بند "م" ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه کشور اجرا شده است. براساس این بند سازمان ثبت مکلف شده است تا در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد و املاک و راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های ثبتی، نسبت به الکترونیکی کردن کلیه مراحل ثبت معاملات تا پایان سال دوم برنامه اقدام کند به نحوی که امکان پاسخ آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت آنی معاملات با بکارگیری امضاء الکترونیک مطمئن فراهم شود.

این طرح ضمن ارتقای امنیت اطلاعات، زمینه ارائه خدمات الکترونیکی و انجام سایر طرح‌های نرم افزاری را فراهم می‌نماید و زمینه و بستر وقوع جرائم مرتبطی مانند جعل را از بین می‌برد.

۲-۲-۲ ارسال الکترونیکی خلاصه معامله املاک

امکان استفاده از سامانه ارسال الکترونیکی خلاصه معامله املاک از طرف دفاتر اسناد رسمی به ادارات ثبت اسناد و املاک باعث ثبت به هنگام خلاصه معامله در بانک و دفتر املاک، موجب به روز بودن اطلاعات و در نتیجه تثبیت اطلاعاتی مالکیتی مردم و آخرین مالک می‌گردد. با اجرای کامل طرح الکترونیکی فرآیند داده آمایی و ورود اطلاعات خلاصه معامله به روش اپراتوری کاملاً حذف گردیده است که این امر خود سبب پیشگیری از جرائم و تخلفات ثبتی مربوطه (از قبیل انواع جعل) شده است.

۲-۲-۳ سامانه بازداشت و رفع بازداشت

این سیستم در دفاتر اسناد رسمی حین انجام معاملات و بصورت برخط و با قابلیت هماهنگی با مرکز آمار و فناوری قوه قضائیه امکان بررسی معاملات املاک را از حیث بازداشت بودن را فراهم نموده که عامل بسیار مهمی در جهت حفظ حقوق مرجع بازداشت کننده ملک و جلوگیری از توضیح حقوق ایشان با پیشگیری از جرائم و تخلفات مربوطه می‌گردد.

۲-۲-۴ سامانه مدیریت کشوری املاک (موسوم به کاداستر یا حد نگاری املاک)

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به منظور اشراف بر اطلاعات حاکم بر امور املاک در کشور نیازمند سیستم یا نظامی است که حاوی اطلاعات هندسی جامع از محدوده کلیه املاک کشور همراه با ویژگی‌های ملک، مالک (مالکین) و حقوق مربوطه بوده، بطوری که امکان مدیریت پویای مجموعه اطلاعات مذکور را فراهم سازد تا بتواند وظایف خود را با کیفیت و سرعت و دقت انجام دهد، لذا برای این منظور نیازمند یک سامانه جامع جهت مدیریت کشوری املاک (کاداستر) است.

"کاداستر" به نظامی اطلاق می‌گردد که هدف آن تعیین محدوده مالکیت‌ها به همراه اطلاعات حقوقی آنهاست، به عبارت دیگر سیستم تنظیم شده وضعیت املاک یک منطقه را کاداستر گویند بطوری که تمام اطلاعات اندازه و محدوده و موقعیت در روی نقشه مشخص و نحوه ثبت خصوصیات ملک (اطلاعات حقوقی) معین شده باشد.

ریشه کاداستر کلمه یونانی "کاتاستیکن" katastichon به معنی دفتر یادداشت می‌باشد که در طول زمان در زبان لاتین تبدیل به "کاپتاستروم" "captastrum" شده است که به معنی ثبت استان‌های مناطق مختلف کشور یونان که برای اخذ مالیات قسمت بندی شده بودند به کار رفته است.

در خصوص عبارت جایگزین برای واژه کاداستر در فرهنگستان هم تاکنون هیچ واژه معادلی تعریف نشده است.

عملیات کاداستر بطور خلاصه شامل عکسبرداری هوایی، تبدیل رقمی عکسها و عملیات زمینی نقشه- برداری و ویرایش و تکمیل زمینی، اضافه کردن اطلاعات زمینی، ترسیم نقشه، کنترل نهایی و راه اندازی سیستم بانک اطلاعات سرزمین است.

با توجه به ظرفیت‌های پیش‌بینی شده کاداستر و مکانیزم‌هایی که در این طرح با اتکال بر فناوری اطلاعات موجود است، اجرای کاداستر یکی از مهم‌ترین راهکارها برای مقابله با زمین خواری و مقابله با مفاسد ناشی از آن می‌باشد.

از مزایای سیستم کاداستر، رفع یا به حداقل رساندن دعاوی ملکی، ایجاد امنیت در مالکیت و نظارت بیشتر دولت‌ها بر زمین و نقل و انتقالات آن و تسریع در انجام معاملات و حذف واسطه‌گری در نقل و انتقالات املاک است که کنترل مؤثری بر قیمت و روند افزایش یا کاهش آنها توسط دولت قابل اعمال خواهد بود و همچنین کنترل کاربری اراضی نیز از مزایای کاداستر می‌باشد که تمامی این مزایا به نحو مطلوبی از بروز بسیاری از جرائم در این قلمرو جلوگیری می‌نماید. (شیخ علی شاهی، ۱۳۹۱، ۲۵)

نتیجه‌گیری

پیشگیری از جرائم ثبتی از دوطریق سنتی پیشگیری کیفری و توسل به تدابیر پیشگیری کیفری و نیز اقدامات پیشگیری مبتنی بر پیشگیری وضعی و فنی که مبتنی بر استفاده و کاربرد فناوری اطلاعات می‌باشد در حقوق کیفری ایران مورد توجه سیاست کیفری قرار گرفته است. مورد اخیر پیشگیری از این دسته جرائم چند سالی است که با توجه به رویکرد سیاستگذاران کیفری ایران و متعاقب آن با تصویب و اجرای قوانین مربوطه که عموماً مبتنی بر استفاده و عملیاتی نمودن فناوری اطلاعات است، افق جدید و ثمر بخشی را نسبت به پیشگیری و کاهش وقوع این جرائم گشوده است. فناوری‌هایی که در زمینه‌های مختلف و سطوح مختلف ثبتی اعم از ثبت اسناد و ملاک ضمن مکانیزه نمودن عملیات مربوطه و ایجاد شفافیت در عملیات ثبتی و ارکان نظارت بر متولیان امور ثبتی اعم از مجموعه ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی، سبب شده است فرصت‌های ارتکاب جرائم نیز در این قلمرو تا حد زیادی کاهش یافته و یا حتی در برخی قسمت‌ها امکان ارتکاب جرم از بین برود. سهم بسیار زیادی از این نتایج مطلوب استفاده از تدابیر پیشگیری وضعی ناشی از بکارگیری فناوری اطلاعات در این قلمرو مهم حقوق یعنی حقوق ثبت است. هر چند این امر تازه و نوپا بوده و ممکن است دارای معایبی بوده و با چالش‌هایی بالاخص در اجرا مواجه باشد، لیکن توانسته در همین مدت محدود از زمان تصویب و اجرای مقررات مربوطه توانایی و مفید بودن خود را نمایان سازد و با گذشت زمان و کامل‌تر شدن سیستم‌های مربوطه شاهد ایجاد بسترهای بیشتری در پیشگیری از جرائم ثبتی با استفاده از فناوری‌های اطلاعات خواهیم بود.

منابع

- ۱- ابادری فومشی، منصور، ۱۳۸۷، مبسوط در ترمینولوژی اصطلاحات کیفری، انتشارات اندیشه عصر
- ۲- اسماعیلی، عسگر، ۱۳۹۲، حقوق ثبت جرائم و مجازات‌ها نشریه سند
- ۳- السان، مصطفی، جنبه‌های حقوقی ثبت الکترونیک، پرتال اطلاع رسانی وکالت آنلاین
- ۴- آیت اللهی، محمد صادق، ۱۳۸۲، پیشگیری از تطهیر درآمدها و سرمایه‌های نامشروع تهران سلسبیل
- ۵- توپسرکان، احمد، ۱۳۹۲، ثبت الکترونیکی، نشریه سند سازمان ثبت اسناد و املاک
- ۶- حاجیانی، علی، ۱۳۸۴، جرائم ثبتی انتشارات شروع
- ۷- حاجیانی، علی، ۱۳۷۵، نگاهی به جرائم ثبتی و جایگاه آن در حقوق جزای اسلامی مجله سر دفتران شماره ۲۵
- ۸- شهری، غلامرضا، ۱۳۷۹، حق ثبت اسناد و املاک تهران جهاد دانشگاهی
- ۹- رنجبر، مرتضی، ۱۳۸۴، توسعه ثبت، نشریه ثبت شماره ۳
- ۱۰- شیخ علی شاهی، محمد، ۱۳۹۱ طرح کاداستر نشریه سند شماره ۷۱
- ۱۱- میر خلیلی، سید محمود، ۱۳۸۸، پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، قم انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه
- ۱۲- محمود نژاد، ابراهیم، مدیریت بر آینده فناوری فردا، انیستیتو ایز ایران
- ۱۳- نجفی، ایرج، ۱۳۸۴، راهکارهای پیشگیری از وقوع جرم و مبارزه با مفاسد اقتصادی در حوزه ثبتی، نشریه ثبت، شماره ۴

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۸

صص ۵۳-۶۶

پیشگیری از جرایم ثبتی، با مشارکت جامعه مدنی

شیرزاد امیری^۱، دکترسید حسین هاشمی^{۲*}، دکتر محمد مهدی انجم شعاع^۳

- ۱- دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم و هیات علمی گروه حقوق، واحد اسلام آباد غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلام آباد غرب، ایران
- ۲- دانشیار و عضو هیات علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مفید
- ۳- دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه تهران؛ دادیار دادرسی دیوانعالی کشور معاون امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

چکیده

تحقق آموزه‌های سیاست جنایی مشارکتی در کنترل جرایم، خصوصاً جرایم ثبتی را می‌تواند به نوعی در نوآوریهای مندرج در تبصره ۳ ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جستجو نمود.

هر چند از سال‌ها قبل این سازمانهای مردم‌نهاد در کشور حضور فیزیکی دارند اما متأسفانه مورد توجه واضعان سیاست‌جنایی در کنترل جرایم قرار نگرفته و فاقد نقش‌آفرینی و تأثیرگذاری مکفی در فرآیند نظام عدالت کیفری به دلیل فقد بسترهای حقوقی، فرهنگی و اجتماعی لازم می‌باشند.

خواه آنکه این سازمان‌های مردم‌نهاد عملاً می‌توانند با تبادل اطلاعات سیستماتیک، مانع تحقق و شکل‌گیری جرایم مختلف ثبتی اعم از سند جایگزین و دو قلو، معاملات صوری و... گردند هر چند در فرآیند تصویب این قانون، این سازمان‌ها در مقام عمل در حد یک اعلام‌کننده جرم در روند دادرسی تنزل داده شد.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی، جرایم ثبتی، نهادهای مداخله‌گر، توسعه سازمانی مشارکتی

* نویسنده مسئول Shhashemi@gmail.com

مقدمه

این موضوع همواره ذهن نگارنده را به خود مشغول داشته که چرا علیرغم قدمت و اهمیت مسائل ثبتی در کشور، متأسفانه قانونگذار صرفاً در سال ۱۳۰۶ اقدام به وضع قانون ثبت عمومی در ۹ ماده و در سال ۱۳۲۰ اقدام به وضع قانون ثبت اسناد و املاک در ۱۲۶ ماده به انضمام اصلاحات و ضامنه‌های بعدی نموده است. این در حالی است که وجود یک سیستم قضایی و ثبتی سنتی در جامعه مانع از دسترسی به یک بانک اطلاعاتی واحد و منسجم جهت نقل و انتقالات مالکیت املاک غیر منقول بوده، بنحوی که عرفاً در مشاور املاک، کسب اطلاع از آخرین وضعیت مالکیت و گردش ثبتی و حتی بدهی‌های رهنی، عینی، دینی، غیر ممکن بوده و نظر به وجود قوانین شکلی و ماهوی پیچیده و گستردگی بروکراسی در عملکرد ادارات و دوائر دولتی و عدم وجود همکاری لازم این ادارات با سازمان‌های مردم‌نهاد مداخله‌گر که اخیراً منعکس‌کننده اراده ضعیف واضعان سیاست جنایی مشارکتی در فرآیند رسیدگی کیفری تبلور یافته در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری می‌باشد، با مشکل مواجه شده است. تحولات شگرف که در مورد مالکیت اموال غیر منقول در چندین سال اخیر به وجود آمده، از جمله تغییراتی که در نوع ساختمان‌ها به ویژه آپارتمان‌ها و آسمان‌خراش‌ها و استفاده از ارتفاع و طبقات زیرزمین و انواع کاربری‌ها و افزایش قیمت اراضی و نقش املاک در وضع اقتصادی اشخاص، رویکرد عمومی برای اخذ اسناد و تثبیت مالکیت و تفکیک و تقسیم و افراز املاک مشاع و رفع اشتباهات ثبتی، دلالت بر نیاز جامعه به تدوین سیاست جنایی واحد و منسجم با رویکردی مشارکتی دارد. لذا به نظر می‌رسد؛ می‌بایست سیاستگذاران جنایی را بر لزوم افزایش و تقویت برنامه‌های سیاست جنایی بر پایه مشارکت هرچه بیشتر و فعال‌تر جامعه مدنی در فرآیند رسیدگی کیفری ترغیب نمود. و البته توجه خوانندگان و نقادان را در این مقاله به این نقیسه قانونی جلب می‌نمایم؛ که متأسفانه در قانون ثبت فی مابین ذی نفع و مالک تفکیک خاص و علی‌الحده‌ای وجود دارد. آنچنانکه مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت قانونگذار در قانون مارالذکر صرفاً کسی را مالک می‌شناسد که مالکیت ملک غیر منقول مطابق سند رسمی صرف نظر از نقل و انتقالات لاحق، منطبق با سایر عقود مندرج در قانون مدنی به نام مشارالیه در اداره ثبت اسناد و املاک به ثبت رسیده باشد و این در حالی است که جهت اهمیت بخشیدن به موقعیت مالک، قانونگذار به متفرعات این مالکیت هیچگونه اعتباری نبخشیده. بدین معنا که؛ قانونگذار در مقام بیان به منظور احترام به مالکیت اشخاص، شخصی را مالک می‌داند که سند رسمی به نام ایشان تنظیم شده باشد. اما متأسفانه قانونگذار سایر حقوق مکتسبه که اشخاص می‌توانند در موضع‌های مختلف دارا شوند را نادیده انگاشته، حال آنکه به عنوان مثال دارا شدن مالکیت یک ملک غیرمنقول بر طبق قانون ثبت لاجرم نیازمند تمهید مقدمات لازم بوده، شخصی که قصد انعقاد عقد بیع بر فرض مثال؛ با فروشنده دارد عرفاً با مراجعه به مشاور املاک و بررسی مصلحت و منفعت خویش در اکتیاف ملک مورد معامله، یقیناً در احراز اوضاع و احوال مرتبط با موضوع مورد معامله و کسب اطلاع نزد مراجع قانونی با مشکل مواجه می‌گردد و به ضرس قاطع می‌توان گفت که هیچ یک از مراجع اعم از شهرداری و سازمان ثبت و اسناد و ادارات مالی و اعتباری به منظور کشف و تعیین میزان بدهی‌های احتمالی عینی و دینی و... به متقاضی مالکیت این املاک پاسخگو نخواهند بود و بدو امر این متقاضی در اخذ پاسخ در این مراجع به منظور اعتبار سنجی ملکی که قصد دارد در آینده نزدیک مالکیت آن را تملک نماید با این مشکل بدون همکاری و همراهی فروشنده مواجه خواهد بود که به علت فقدان مالکیت قادر به پاسخگویی به مشارالیه نخواهم بود و احراز ذی نفع احتمالی یقیناً در صلاحیت مقام قضایی وفق بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی در امور مدنی بوده، و برای این ادارات که عمدتاً به تصدی امور اداری دلالت دارند ذینفع بودن احتمالی متقاضی در اخذ اطلاعات ملک ثالث، بی معنا خواهد بود و همراهی شخص مالک معمولاً با معذوراتی همچون مأخوذ به حیا شدن خریدار یا محدودیت و کنترل روند اخذ اطلاعات، مواجه خواهد بود. لذا مقدمتاً می‌توان به ضرورت تشریح مساعی و مشارکت اشخاص حقیقی و حقوقی با یکدیگر و این اشخاص با سازمان‌ها و دوائر دولتی و غیردولتی به منظور تبادل و تقسیم عادلانه اطلاعات موجود در خصوص کمیت و کیفیت املاک به منظور انعقاد معاملاتی صحیح اشاره کرد که آثار انعقاد چنین معاملاتی در کسر آمار پرونده‌های موجود در محاکم و ضررهای

فاحش به متعاملین مؤثر خواهد بود و منطقاً زمانی که طرفین با اطمینانی که برگرفته از اطلاعات موثق بوده اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند معمولاً به دعاوی فسخ، انفساخ، ابطال منتهی نخواهد شد که این موضوع مقدمتاً در مقام بیان این پژوهش نیازمند مشارکت همه جانبه دارا می‌باشد. البته مشارکت نه به معنای الگوی سنتی آن، بلکه منظور مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد می‌باشد. سازمان‌های غیر دولتی و مردم‌نهاد، جمعیت‌ها، گروه‌ها و نهادهای انسانی خودجوش، برآمده از بطن جامعه هستند که با فعالیت‌های غیرانتفاعی و داوطلبانه در جهت رفع معضلات اجتماعی و خدمت‌رسانی عمومی فعالیت می‌کنند و برترین امتیاز خود را استقلال از دولت تدوین کرده‌اند. لایحه قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ همسو با اندیشه‌های نوین سیاست کیفری مشارکتی در کنترل جرایم، مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد را در جهت حمایت و حفاظت از حقوق و منافع همگانی از طریق اعلام جرم و شرکت در مراحل دادرسی به منظور تحقق عدالت کیفری^۱ را پذیرفته بود و جایگاه آنان را از یک اعلام‌کننده به یک تعقیب‌کننده روند دادرسی کیفری فعال تبدیل نمود. اما پس از اصلاحیه مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۴ حق سازمان‌ها در اقامه دلیل و اعتراض به آرای قضایی که در لایحه قانون به آن اشاره شده بود، از متن ماده حذف تا دستاوردی نوین از قانون پر داستان آیین دادرسی کیفری به فراموشی سپرده شود. توسعه مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرآیند کیفری مستلزم فراهم بودن زمینه‌های فعالیت، نظارت و ارزیابی جهت رفع موانع و معایب ناشی از مداخله آنان در فرآیند کیفری است.

۱- سازمان‌های مردم‌نهاد؛ تعریف، پیشینه و اهداف

سازمان‌های مردم‌نهاد از جمله سازمان‌های مدنی، تازه تأسیس و نوپایی هستند که با مشارکت داوطلبانه شهروندان دارای انگیزه، برای فعالیت گروهی در قالب یک ساختار و سازمان منسجم با هدف خدمت برای توسعه و رفاه اجتماعی و توانمندسازی افراد جامعه بدون هرگونه وابستگی به دولت، تأسیس و مشغول فعالیت گردیده‌اند (Varvahi- 2016) اولین سازمان مردم‌نهاد محیط زیستی در ایران گروه روستاییان اشکذر یزد بوده است که در ابتدای دهه ۱۳۵۰ فعالیت خود را با هدف تثبیت شن‌های روان و بیابان‌زدایی آغاز کرد. این روند با رشد چشمگیر ۲۲ سازمان تا سال ۱۳۷۵، ۱۵۶ سازمان تا سال ۱۳۷۸ و ۵۵۰ سازمان مردم‌نهاد فعال در حوزه محیط زیست تا سال ۱۳۸۲ نشان از اهتمام مردم به مشارکت در فعالیت‌های این حوزه دارد (گل محمدی، یوسفی، ۱۳۸۸). رویکرد مشارکتی در فرهنگ کهن ایرانیان چه پیش از اسلام یعنی از روزگاران باستان و چه در تعالیم اسلامی مورد توجه بوده است. در اسناد و پیمان‌نامه‌های بین‌المللی، بویژه در کنفرانس‌های ششم، هفتم و نهم سازمان ملل در زمینه پیشگیری از جرم و اصلاح مجرم، مشارکت شهروندان و نهادهای مدنی در پیشگیری از جرم و اجرای کیفرها مورد تأکید قرار گرفته است. در سیاست جنایی کشورهای توسعه یافته، با بهره‌مندی از مطالعات تطبیقی از دهه شصت به بعد، شاهد توسعه اصلاحات مبتنی بر مشارکت اجتماع در عرصه‌های مختلف عدالت کیفری از جمله پیشگیری جامعه مدار، اصلاح و بازپروری مجرمان در اجتماع، رعایت قاعده متناسب بودن تعقیب در جهت توسعه جامعه مدار و عدالت مدار هستیم. در ایران معاصر نیز رویکرد مشارکتی را می‌توان در ابتدا و قبل از انقلاب در خانه‌های اصناف و شوراهای دآوری و پس از انقلاب اسلامی در برنامه‌های ستاد مبارزه با مواد مخدر به منظور پیشگیری از اعتیاد جستجو نمود. با این همه بحث تدوین برنامه ملی پیشگیری از جرم جامعه مدار، مشارکت مردم در فرآیندهای کیفری، راه‌اندازی شوراهای حل اختلاف، میانجیگری کیفری^۲ در مرحله تحقیقات مقدماتی و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد (موضوع تبصره ۳ ماده ۶۶ آیین دادرسی کیفری که به

1. Wyrekens (A.), Le traitement de la délinquance urbaine dans les maisons de justice, In <Justice et ville>, Dalloz, 1995, p.93 et s.)

1. Non Governmental Organization

۲. در خصوص میانجیگری کیفری رک: عباسی، مصطفی، افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجیگری کیفری، انتشارات دانشور، چاپ

اول، سال ۱۳۸۲؛ غلامی، حسینی، عدالت ترمیمی، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۵، نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از عدالت

کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۹_۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۲

منظور اقامه و پیگیری دعاوی کیفری در محاکم بدون دخالت قوای حاکم تعریف شده‌اند) در حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر مثل کودکان خیابانی و زنان قربانی خشونت خانگی، انجمن‌های حمایت از زندانیان و خانواده‌های آنان و ستادهای دیه و نهادهای ارائه‌کننده خدمات مشورتی و حقوقی رایگان به افراد و زندانیان بی بضاعت اشاره کرد (جمشیدی، ۱۳۹۰). سازمان‌ها با آن که از سال‌ها قبل در کشور فعالیت دارند اما متأسفانه از سوی دولت و نهادهای دولتی چندان جدی تلقی نشده و نقش‌آفرینی تأثیرگذاری در این بخش نداشته‌اند. از این سازمان‌ها با عناوین جایگزین دیگر از جمله انجمن، جمعیت، گروه، خانه و... نیز نام برده می‌شود و شاید بتوان گفت شکل جدید آن‌ها همزمان با تصویب آیین‌نامه تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیر قضایی^۱ در سال ۸۴ و به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی در کشور اجرایی شد. این تشکل‌ها با تأکید بر سه اصل داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی بودن تشکیل می‌شوند و بودجه آن‌ها نیز از کمک‌های مردمی، حق عضویت در سازمان یا کمک‌های مالی سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و گاه دولتی تأمین می‌شود. شاید یکی از دلایل حضور کم‌رنگ این سازمان‌ها، حمایت نشدن از سوی سایر سازمان‌های دولتی و شرکت داده نشدن در موضوع‌های جدی جامعه در طول سال‌های گذشته بوده است (Varvahi- p 110 2016). فعالیت‌های سازمان‌ها را می‌توان در دو بخش تقسیم نمود: فعالیت‌هایی که پس از نقض یک "حق" و در واقع در واکنش به آن صورت می‌گیرد. این فعالیت‌ها "واکنشی" است. بخش دوم فعالیت‌هایی است که با یک برنامه از قبل و متکی بر فعالیت صورت می‌گیرد اما اساس آن از "نقض" آغاز نمی‌شود بلکه از ضرورت وجودی یک "حق" آغاز می‌شود. به اینگونه از فعالیت‌ها "پیش‌کنشی" گفته می‌شود. این فعالیت‌ها پیشگیرانه است و باعث می‌شود سازوکارهایی به وجود آید که به تحقق بهتر و همه‌جانبه حقوق افراد کمک نماید (نوری نشاط، ۱۳۸۵). بدیهی است که سازمان‌های مردم‌نهاد موضوع ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری در واکنش به جرایم ارتكابی در زمینه‌های مورد ذکر، می‌توانند در فرآیند رسیدگی مشارکت داشته باشند که البته دخالت و تأثیر این سازمان‌ها در کنترل جرایم ثبتی در بطن جامعه ضروری و البته فعلاً مفقود می‌باشد و به نظر می‌رسد فعالیت این سازمان‌ها در صنف‌های مختلف خصوصاً صنف مشاور املاک، سازمان نظام مهندسی، تهیه و توزیع مصالح ساختمانی و... در جامعه و همچنین نقل و انتقالات عینی، دینی، رهنی و شرطی در جلوگیری از ارتكاب جرایم ثبتی که عمدتاً به املاک غیر منقول تسری می‌یابد ضروری به نظر می‌رسد.

۲- سیاست جنایی مشارکتی

از نظر تاریخی، اصطلاح سیاست جنایی^۱ ابتدا توسط دانشمند آلمانی، فوئرباخ^۲ در کتاب حقوق کیفری که در سال ۱۸۰۳ میلادی چاپ و منتشر گردید، به کار برده شد. سیاست جنایی، یک رشته مطالعاتی است که بر حسب داده‌ها و یافته‌های فلسفی و علمی، از جمله یافته‌های جرم‌شناختی، و با توجه به اوضاع و احوال تاریخی، سعی در تدوین و ایجاد آموزه‌های سرکوبگر (کیفری) و پیشگیرانه دارد که در عمل نسبت به بزهکاری و بزهکار قابل اعمال باشند. این تعریف که از فون لیست^۳ (یکی از بنیانگذاران آلمانی اتحادیه بین‌المللی حقوق کیفری در ۱۸۸۹ است. با تفاوت‌های ظریفی مورد توجه مارک آنسل (قاضی فرانسوی) در ۱۹۵۴ قرار گرفت. وی معتقد است که سیاست جنایی هم یک علم است و هم یک فن و موضوع آن فراهم ساختن امکان ارائه بهترین شیوه تدوین قواعد و مقررات موضوعه در سایه یافته‌های علوم جرم‌شناسی است (نجفی ابرنآبادی و هاشم بیگی، ص ۹۸-۱۳۹۰). اصطلاح سیاست جنایی که عموماً به کتاب استاد آلمانی فوئر باخ در سال ۱۸۰۳ منتسب می‌شود، مدت‌ها با «جنبه‌های نظری و عملی نظام کیفری» مترادف ماند.

1. Domzelot (J.) wyvekens (A), La politique judiciaire de la ville: de <la prévention> au traitement> . lesjroupes losauxde traitement de la délinquance ,mission de recherche<Droit et Justice>. IHSI -DIV , Dèc, 1998

1. Delmas- Marty (Mireille), Modèles et mouvements de politique criminelle, Ed. Economica, Paris, 1ère, èd. 1983, P. 231.

2. Feuerbach

3. Von Liszt.

در این برداشت مطابق نظر فوئرباخ، سیاست جنایی شامل «مجموعه شیوه‌های سرکوبگری می‌شود که دولت از طریق پیش‌بینی و بکار بستن آن‌ها علیه بزه واکنش نشان می‌دهد». با وجود این، امروزه شاهد آنیم که سیاست جنایی، از حقوق کیفری، جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی جنایی جدا شده و مفهوم مستقلی به خود گرفته است؛ هنگامی که آقای مارک آنسل نشریه «آرشیوهای سیاست جنایی» را در سال ۱۹۷۵ تأسیس نمود، در نخستین اقدام بر ضرورت عدم محدود و خلاصه کردن سیاست جنایی، به حقوق کیفری تأکید کرد و با تلاش برای برجسته کردن ویژگی دوگانه آن، یعنی «دانش مشاهده و مطالعه» و «فن» یا «راهبرد روش‌مند واکنش علیه بزه»، پیشنهاد کرد که سیاست جنایی «واکنش سازمان یافته و مطالعه شده جامعه علیه اقدام‌ها و فعالیت‌های بزهکارانه، منحرفانه یا ضد اجتماعی» تعریف شود (می ری دلماس مارتی ۱۳۹۳ ص ۹۸). این اصطلاح عمدتاً در کشورهای حقوق نوشته رواج یافته و در کشورهای انگلیسی زبان جایی باز نکرده است. مارک آنسل در این خصوص می‌گوید: «اغلب جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان آمریکایی دست کم در ایالات متحده با صرفه‌جویی، حتی در به کار بردن واژه «سیاست جنایی» و با داخل ساختن کنکاش در این زمینه و مطالعات مربوط به آن در قلمرو مطالعات جرم شناختی عدالت کیفری، از کنار مسأله گذشته اند». (Ansel, 1975) اصطلاح سیاست جنایی که اندکی بیش از دو قرن از پیدایش پرفراز و نشیب آن می‌گذرد، امروزه به عنوان یک رشته مطالعاتی مستقل در علوم جنایی شناخته می‌شود. مفهوم سیاست جنایی در سیر پیدایش تحول چشمگیری به خود دیده است، به نحوی که از یک مفهوم مضیق به مفهومی کاملاً موسع تبدیل شده است (حسینی، ص ۲۳ ۱۳۸۳). به نظر دانشمندان و صاحب‌نظران سیاست جنایی، از لحاظ جنبه علمی یا به عبارت دیگر در مرحله دریافت و پذیرش یک سیاست جنایی که در واقع تبلور سیاست جنایی در مرحله عمل و در هر کشور خاصی است سه نوع سیاست جنایی شامل: سیاست جنایی تقنینی، قضایی و مشارکتی قابل مشاهده است (لازرژ، ۱۳۸۲ ص ۹۳) در ایران نخستین بار دکتر متین دفتری، این اصطلاح را به عنوان معادل «Penal p19 policy» به کار برده است (جمشیدی «به نقل از ابرنآبادی»، ۱۳۹۰). سیاست جنایی مشارکتی جدیدترین و مهم‌ترین گرایش سیاست جنایی محسوب می‌گردد که در دوره معاصر در غرب، بنا به علل و عوامل سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و جرم‌شناختی، بویژه بحران ناکارآمدی و ناتوانی نظام عدالت کیفری در استفاده صرف از ابزارهای سنتی زرادخانه حقوق کیفری جهت مقابله با پدیده مجرمانه بروز پیدا کرد و بنابراین از عمر آن بیش از چند دهه نمی‌گذرد (رستمی، ص ۱۴۰ ۱۳۸۶). به طور کلی منظور از سیاست جنایی مشارکتی، بررسی و مطالعه جایگاهی است که در سیاست جنایی یک کشور به جامعه مدنی و از طریق اعطای نقش به بزه‌کار، بزه‌دیده و بویژه کل جامعه یا مردم داده شده است. پاسخهایی که جامعه مدنی از طریق این ارکان سه‌گانه ارائه می‌دهد را اصطلاحاً پاسخ-های جامعه محوری یا اجتماعی می‌گویند (دلماس - مارتی، ص ۸۳ ۱۳۸۱ و لازرژ، ۱۳۸۲ ص ۶۱). به منظور «ایجاد اجماع حول یک سیاست جنایی» علاوه بر اشتراک ارکان حکومتی، مشارکت رسانه‌ها، انجمن‌ها و شهروندان و یا به طور کلی جامعه مدنی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. این ضرورت نه از آن جهت است که نقش دولت کاسته گردد، بلکه بدین جهت که جامعه مدنی به عنوان کنشگران عمده سیاست جنایی مطرح بوده و بایستی طبیعتاً مشارکت فعالی نیز داشته باشند (لازرژ، ۱۳۸۲ ص ۱۳۹). شرکت دادن جامعه مدنی به خصوص مردم در این پروسه صرف نظر از نشان دادن کارایی مردم در این عرصه، خود بدین معنا است که پیشگیری و حتی تامین امنیت به این گروه از جامعه نیز واگذار گردد. به عبارت دیگر برای تحقق یک سیاست جنایی واحد در سطح کلان نه تنها مشارکت طیف گسترده‌ای از کنشگران این عرصه را نیاز دارد. بلکه نوعی هماهنگی و انسجام در بین تمامی ارکان فوق‌الذکر را نیز می‌طلبد. بنابراین سیاست جنایی مشارکتی یعنی «یک سیاست جنایی همرا با مشارکت جامعه‌ی مدنی که در چارچوب آن اهرم‌ها و نهادهای دیگر در کنار پلیس و دستگاه قضایی پاسخ به پدیده مجرمانه را سامان می‌بخشند. این همکاری و مشارکت ضامن اعتبار بخشیدن طرح تنظیم شده قوای مقننه و مجریه در زمینه سیاست جنایی یا همان

شرکت دادن مردم در مقابله با پدیده مجرمانه است» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱ص ۲۶۵). بدین سان می‌توان گفت که سیاست جنایی ذاتاً دولتی، به سوی سیاست جنایی مشارکتی که جلوه‌ای از حضور و مداخله مردم در مراحل مختلف کشف، تعقیب، داوری، اجرای حکم و نیز پیشگیری از بزهکاری است، حرکت می‌کند. به دیگر سخن دولت‌ها نمی‌توانند نقش مؤثر مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد را در اشکال گوناگون کنترل جرم نادیده بگیرند.

(Varvavi- 2016- p 112)

۲- مطالعه تطبیقی مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرآیند رسیدگی کیفری جهت کنترل

جرایم

با توجه به مراحل مختلف سیاست جنایی^{۱۱} مردم در همه مراحل آن می‌توانند مشارکت داشته باشند؛ اما این مشارکت و کیفیت آن از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و بسته به اینکه مدل غالب سیاست جناییچه مدلی است از کشوری به کشور دیگر متفاوت خواهد بود. افزون بر سطح داخلی، امروزه در مقیاس بین‌المللی، دادگاه کیفری بین‌المللی نمونه بارزی مبنی بر مشارکت سازمان‌های غیردولتی در فرآیند دادرسی کیفری است. اطلاعاتی که این سازمان‌ها در اختیار دادگاه قرار می‌دهند می‌تواند در تهیه و تدارک پرونده‌های کیفری مؤثر باشد، به گونه‌ای که با بررسی تاریخی دادگاه کیفری بین‌المللی می‌توان پی برد که ارتباط تنگاتنگی میان تشکیل این دادگاه و سازمان‌های غیردولتی وجود دارد. سازمان‌های غیردولتی در کسب اطلاعات تکمیلی می‌توانند به دادستان کمک کنند. بر اساس بند دوم ماده ۱۵ اساسنامه در مواردی که دادستان رأساً و بر اساس اطلاعات مکتسبه تحقیقات را آغاز می‌کند، اهمیت اطلاعات دریافتی را ارزیابی می‌کند. او در این مرحله می‌تواند از جمله مساعدت و کمک سازمان‌های غیردولتی را تقاضا کند. (بیگزاده ص ۶۰۲، ۱۳۹۲) البته وضعیت رشد سازمان‌های غیردولتی در همه جا به یک اندازه نیست. برای نمونه در مصر بیش از شانزده هزار سازمان غیردولتی به ثبت رسیده است. درحالی که در عربستان، ایجاد سازمان‌های غیردولتی ممنوع اعلام شده است (Elbayer, 2005: 3). اولین جنبه مشارکت مردم در فرآیند کیفری به موضوع کشف جرم و ضرورت تعقیب و تحقیق آن بر می‌گردد که حتی پس از بسته شدن شبکه کیفری، در اثر ظهور دولت و به انحصار گرفتن آن، گروه اجتماعی در تمام نظام‌های دادرسی کیفری از طریق افشاء و اعلام جرم در آن سهیم بوده و مشارکت دارند. فراتر از آن در برخی از کشورها مثل انگلستان، همانند حقوق فرانسه قبل از انقلاب ۱۷۸۹، اختیار شروع تعقیب و ایراد اتهام به افراد عادی واگذار شده است که به موجب آن هرکسی (حتی اگر بزه دیده جرمی نباشد) می‌تواند دعوی عمومی را به جریان بیندازد. در این صورت باید آن را تا انتها از طریق مشاور یا وکیل خود، همچون یک رسیدگی و محاکمه خصوصی دنبال نمایند. اگرچه عملاً اغلب تعقیب‌ها با ابتکار و اقدام پلیس شروع می‌شود و مردم نقش چندانی در این زمینه ندارند. (رستمی به نقل از دلما، ۱۳۸۶. ص ۱۴۲). شبکه کیفری حتی وقتی با ظهور دولت، به روی جامعه بسته می‌شود و به انحصار دولت در می‌آید، گروه اجتماعی یعنی جامعه، ابتدا از طریق اعضای خود، در افشاء و اعلام بزه، اقامه شهود و به ویژه با شرکت در جلسات رسیدگی (به عنوان عضو هیأت منصفه در دادگاه جنایی و به تازگی به عنوان دادرسان مردمی در کنار قضات دادگاه‌های اطفال و نوجوانان) با شبکه کیفری شریک است، با این قید که حضور قضات غیرحرفه‌ای (مردمی) در رسیدگی‌ها، در کشورهای تابع نظام کامن لا نسبت به نظام حقوقی فرانسه، بیشتر توسعه یافته است. (دلما، ۱۳۹۳. ص ۱۴۷). از دیدگاه مطالعات تطبیقی در

۱. دلما مارتی، می‌ری، از حقوق جزا تا سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله نامه مفید قم، شماره ۱۱، سال ۱۳۷۶؛ لواسور، ژرژ، سیاست جنایی ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۱_۱۲، سال ۱۳۷۲.م.

۱. چاپ نخست کتاب دلما مارتی به سال ۱۹۸۳ (برابر با ۱۳۶۲ هجری شمسی) مربوط است. بنگرید به: نظام‌های بزرگ سیاست

فرانسه به موجب اصلاحاتی که در سال ۲۰۰۰ به وجود آمد و نیز بر اساس ماده ۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورت وقوع یکی از جرائمی که امکان همراهی و معاضدت این سازمان‌ها در مورد آن‌ها وجود دارد، دادستان می‌تواند این سازمان‌ها را از وقوع این جرائم آگاه نماید تا بزه‌دیدگان از کمک و همراهی آن‌ها برخوردار شوند.

(Beziz- Ayache, 2003 p16) امروزه، به این شیوه شرکت دادن گروه اجتماعی، چه به طور فردی و چه به طور جمعی در شبکه یا نظام رسیدگی کیفری، اشکال فعال‌تری اضافه شده که مبین مشارکت حقیقی گروه اجتماعی (سازمان‌های مردم نهاد) در فرآیند رسیدگی کیفری است. زیرا، از این پس گروه‌های اجتماعی سازمان‌یافته در قالب انجمن‌های مردمی با مشارکت مستمر در این فرآیند وارد می‌شوند، به گونه‌ای که دیگر به عنوان رکنی از نظام کیفری محسوب می‌شوند. بدین سان از طریق توزیع مجدد نقش‌ها بین دولت و جامعه مدنی، سیاست کیفری مشارکتی ترسیم می‌شود که هدف و موضوع آن «پیشبرد روش آموزش مسؤلیت و مساعد کردن زمینه مردم سالاری محلی است. (دلما، ص ۱۷۴..۱۳۹۳). در زمینه مشارکت مردم در کشف جرم، حق دستگیری پیش‌بینی شده در ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه حائز اهمیت است که به موجب آن در شرایط جرم مشهود، هر شخصی علاوه بر بزه‌دیده می‌تواند مرتکب جرم را دستگیر و به نزدیکترین مقرر پلیس هدایت نماید و وی را به مأمورین قضایی تحویل نماید (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷ ص ۲۷۷) همچنین قانون گزارش اجباری، موارد سوءاستفاده در ایالات متحده شامل: پزشکان و نهادهای مراقبت پزشکی، مشاغل آموزشی، مشاغل حقوقی و مأموران مجری قانون و سرویس‌های معاضدتی و عموم افراد جامعه می‌شود. (قناد، ۱۳۷۷، ص ۵۲) در این راستا مقامات «تعقیب اجتماعی» کشورها از جمله آمریکا به سمت تعقیب، ضمن ارتباط با مقامات محلی به شناسایی و کشف جرایم و مسائل مرتبط با جرم می‌پردازند. (The Annie E. Casey Foundation 2003p 25). در چند دهه اخیر راهبردهای سیاست جنایی مشارکتی در دستور کار سازمان ملل متحد و نهادهای عمده حقوقی اتحادیه اروپا قرار گرفته است. پیشگیری از بزهکاری، تقویت همکاری در مبارزه علیه بزهکاری و مبارزه اختصاصی بر ضد برخی اشکال بزهکاری با استفاده از مشارکت نهادهای مداخله‌گر در سطح بین‌المللی از جمله این اقدامات است. بنابراین به جهت محدود بودن منابع و امکانات نهادهای نظام عدالت کیفری رسمی و لزوم مداخله نهادهای غیردولتی و مردم نهاد در جهت حمایت از موضوعات پیش‌بینی شده برای آنان که اغلب خارج از محدوده رسیدگی دستگاه عدالت کیفری است؛ نقش برجسته‌ای را بپذیرند (Varvairi- 2016 p114).

۴- جایگاه سازمان‌های مردم نهاد در قوانین و مقررات داخلی

اصل ۲۶ قانون اساسی تصریح دارد: «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند مشروط به این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند...». اصل ۲۷ نیز بر آزادی تشکیل اجتماعات و راه پیمایی‌ها بدون حمل سلاح به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد تأکید کرده است. در ارتباط با تفسیر اصول مزبور، دو دیدگاه بایستی مورد توجه قرار گیرد. بنا به تصریح و منطوق قانون اساسی جمعیت‌ها و انجمن‌ها (شمول اصل سازمان‌های غیردولتی را نیز در برخواهد گرفت) در انجام فعالیت خود مشروط به قیود خاص آزادند، نظارت بر رعایت اصول مزبور و تأمین شرایط مقرر نوعی نظارت پسینی است که پس از تأسیس و ایجاد سازمان‌های غیردولتی از سوی دولت اعمال می‌شود و قانون اساسی تصریحی به نظارت پیشینی ندارد. فلذا در خصوص تأسیس و فعالیت این نوع سازمان‌ها نیازی به اخذ مجوز نیست و دولت تنها نظارت می‌کند تا سازمان‌های غیردولتی شرایط مقرر در اصل ۲۶ و ۲۷ را نقض نکنند. اگرچه قانون اساسی تصریحی به نظارت پیشینی ندارد ولی شرط رعایت اصول مزبور مستلزم احراز صلاحیت سازمان غیردولتی و انجمن‌ها می‌باشد. بنابراین لازم است قبل از تأسیس و فعالیت نسبت به اخذ مجوز اقدام شود. در ارتباط با شخصیت حقوقی سازمان‌های غیردولتی باید گفت نظر به اینکه این سازمان‌ها مؤسسات و تشکیلات

غیردولتی محسوب می‌شوند مستنداً به مواد ۵۸۶ و ۵۸۴ قانون تجارت از تاریخ ثبت در دفتر مخصوص واجد شخصیت حقوقی می‌شوند. با این حال در خصوص نظارت بر فعالیت آن‌ها قانون ثبت شرکت‌ها فاقد سازوکار لازم می‌باشد و ابطال مجوز از سوی ثبت شرکت‌ها ممکن نیست بلکه قانون ابطال مجوز را به تصمیم قضایی موکول کرده است (Varvahi- 2016 p115) در سال ۱۳۷۸ شورای عالی اداری مرجع صدور مجوز و نظارت بر فعالیت سازمان‌های غیردولتی را دستگاه ذیربط در موضوع فعالیت آن سازمان غیردولتی دانست که این مصوبه توسط دیوان عدالت اداری ابطال گردید. در سال ۱۳۸۱ آئین‌نامه دیگری تنظیم شد که بمنظور ساماندهی اینگونه تشکلهای مجوز را وزارت کشور تعیین نمود و از تاریخ تدوین این آئین‌نامه چند مرتبه اصلاح شده است. فرآیند تقاضای صدور پروانه بدین صورت است که کمیسیون بررسی تقاضای صدور مجوز و پروانه فعالیت که تحت عنوان «کمیسیون ماده ۲» در سطح شهرستان، استان و کشور تشکیل می‌شود نسبت به صدور پروانه فعالیت اقدام خواهد کرد. دبیرخانه این کمیسیون در سطح ملی، استان و شهرستان به ترتیب در وزارت کشور، استانداری و فرمانداری تشکیل می‌گردد. صدور پروانه فعالیت برای «سازمان‌های فرا استانی، ملی یا بین‌المللی با کمیسیون ماده ۲ ملی» خواهد بود. هر یک از کمیسیون‌های ماده ۲ بمنظور بررسی و نظارت بر حسن اجرای آئین‌نامه و عملکرد و تحقیقات مقدماتی در خصوص سازمان‌هایی که در محدوده مأموریت آن‌ها فعالیت می‌نمایند کمیته نظارت تشکیل می‌دهند. (Varvahi- 2016 p121).

۵- ضرورت تبیین جایگاه سازمان‌های مردم‌نهاد مداخله‌گر در قوانین و مقررات داخلی

سطح فعلی منازعه و نیز شتاب افزایشی تعداد منازعه در سال‌های اخیر هزینه‌های سنگینی را بر دولت و مردم تحمیل نموده. این هزینه‌ها به طور مستقیم و غیر مستقیم تولید شده و بهره‌وری کل را کاهش می‌دهد. هزینه‌های تولید منازعه در سطح خرد بر افراد درگیر منازعه تحمیل می‌شود و در سطح کلان نیز هزینه‌ها بر سیستم اقتصادی دولت و دستگاه قضایی، انتظامی و... بار می‌شود. برآورد دقیق هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم تولید منازعه در سطح خرد و کلان تاکنون صورت نگرفته است. (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷) اما در این خصوص در تبیین اهمیت موضوع کافی است که به موارد ذیل اشاره کنیم: الف؛ در هر منازعه حداقل دو طرف اختلاف، درگیر می‌شوند. ب؛ برای حل منازعه عوامل و سیستم‌های متعدد اجتماعی نظیر شوراهای حل اختلاف، مراجع صنفی، نیروی انتظامی، کارشناسان، مراجع مورد استعلام، وکلا، کارمندان، و غیره... درگیر می‌شوند؛ ب؛ افراد درگیر در منازعه از انجام کار تولیدی و اثربخش بازمانده، متحمل ضررهای ناشی از عدم النفع می‌شوند؛ علاوه بر آن افراد درگیر در منازعه متحمل هزینه‌های مستقیم حل منازعه می‌شوند؛ ج؛ هزینه‌ی زمان و فرصت‌های از دست رفته بر طرفین اختلاف تحمیل می‌شود؛ د؛ منازعات و اقدام‌های تلافی‌جویانه تشدید می‌یابد؛ ه؛ فضای اخلاقی و فرهنگی جامعه تهدید می‌شود و عبور از مرزهای اخلاقی هزینه‌های خودش را بر فرد و اجتماع تحمیل می‌کند؛ بهداشت روانی افراد به خطر می‌افتد و استرس‌های محیطی افزایش می‌یابد و هر یک از این موارد به علاوه بسیاری از موارد دیگر موجب می‌شود که هزینه‌های تولید منازعه در سطح خرد و کلان بر دولت و مردم تحمیل و انرژی موجود را جذب کرده و مانع توسعه و رشد کشور می‌شود. (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷)

نگارنده در این مقاله در جهت شناسایی عوامل موثر بر تولید منازعه و روش‌های کاهش آن اهمیتی خاص قائل است. بهداشت قضایی در پی آن است که عوامل موثر بر تولید منازعه را شناسایی کرده و متناسب با آن راه‌های کاهش منازعه را به کار گیرد. یافتن پاسخ‌های عینی و عملی و منطبق با واقعیت جامعه ایرانی موجب خواهد شد که هزینه‌ی بالای اجتماعی در ارتباط با سطح فعلی منازعه کاهش یافته و یا اینکه حداقل نرخ رشد این هزینه کمتر شود. لذا برای شناسایی عوامل موثر بر تولید منازعه می‌بایست به تاثیر آموزش‌های شاغلان صنفی توجه خاص شود. متناسب با این عوامل راه‌حل‌های متعددی مطرح می‌شوند که شاید مهمترین راه حل، مربوط به افزایش سطح آگاهی و توانایی افراد صنفی نسبت به مسائل حقوقی حرفه‌ای آن‌ها باشد. ارتقای آگاهی افراد صنفی نسبت به ابعاد حقوقی وظایف محوله، موجب می‌شود

که تولید منازعه پیرامون این صنف کاهش یابد. نفع مستقیم این موضوع در ابتدا عاید فرد صنفی می شود. زیرا بار هزینه‌های مستقیم و غیر مستقیم ناشی از هر منازعه از دوش او برداشته خواهد شد. بنابراین انگیزه ی افراد صنفی برای شرکت در برنامه‌های آموزشی راجع به ابعاد حقوقی این حرفه مسلماً با استقبال آن‌ها مواجه خواهد شد. مهمترین مشاغل صنفی که زمینه فراوانی، برای بروز منازعه پیرامون عملکرد حرفه‌ای آن‌ها وجود دارد می‌توان به صنف مشاوران املاک اشاره کرد و هرگونه عدم آگاهی و اطلاع از مبانی حقوقی آنان، می‌تواند بالقوه یک یا چند منازعه را تولید کند. تنظیم و توالی مطلب در بطن آموزش ویژه مشاوران املاک مهم بوده که به نظر می‌رسد آشنایی با مقررات صنفی و حقوقی یک ضرورت انکارناپذیر باشد. (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷) همچنین وجود نظام پیچیده و پرهزینه‌ی تنظیم سند رسمی موجب هدایت عامه‌ی افراد جامعه به تنظیم اسناد انتقال مالکیت به صورت غیر رسمی و تشدید نقش سازمان‌های مردم نهاد مداخله‌گر به شرح فوق گردیده که متأسفانه اعمال سیستم اتوماسیون اداری یا دولت الکترونیک به دلیل عدم وجود بسترهای مناسب و زیر ساخت‌های آن مانند عدم وجود پهنای باند اینترنت و امنیت شبکه‌ای نتوانسته عملکرد این سازمان‌ها را بهبود بخشد. (واعظی و صداقت پور، ۱۳۹۱)

۶- طرق مشارکت سازمان‌های مردم نهاد در فرآیند کیفری

ماده ۶۶ مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ پیش از اصلاحیه ۹۴/۰۳/۲۴ از این قرار بود: «سازمان‌های مردم نهادی که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان ذهنی یا جسمی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی جهت اقامه دلیل شرکت و نسبت به آرای مراجع قضایی اعتراض نمایند». پس از اصلاحیه مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۴ این ماده به این ترتیب اصلاح شد: «سازمان‌های مردم نهادی که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان ذهنی یا جسمی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت نمایند». پس از اصلاحیه، حق اقامه دلیل و اعتراض به آرای مراجع قضایی از متن ماده فوق‌الذکر حذف شد و هم‌اکنون سازمان‌ها صرفاً می‌توانند در زمینه جرایم ارتكابی مربوط به موضوع فعالیت خود به مقام تعقیب اعلام جرم کنند. هر چند که ممکن است اشخاص زیادی از وقوع یک جرم متحمل ضرر و زیان شوند، اما تنها بزه‌دیده مستقیم، یعنی کسی که از وقوع جرم لطمه دیده می‌تواند در فرآیند کیفری به عنوان «شاکی» تقاضای تعقیب متهم را نماید. حال آنکه بزه‌دیده غیرمستقیم چنین اختیاری ندارد (خالقی، ۲۹، ص ۱۳۹۳). البته این خلأ قانونی مسبوق به سابقه بوده و همانطور که در صدر این مقاله توضیح داده شد کسانی که قصد انعقاد قرارداد و تملیک مالکیت املاک غیر منقول به نفع خویش را دارند به دلیل حاکمیت ماده ۲۲ قانون ثبت و ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی در امور مدنی در صورت احراز و کشف احتمالی بزه ثبتی قبل از انعقاد قرارداد اعم از عدم اصالت، جعل، استفاده از سند مجعول، وجود سند جایگزین و دو قلو، امکان اقامه دعوی و تعقیب عملیات اجرایی را به نحو مؤثر نخواهند داشت. خواه آنکه بر فرض عدم آگاهی از بزه واقع شده از سوی متعاملین، مشارالیه‌ها می‌توانستند بزه دیده و مال باخته احتمالی، اینگونه معاملات باشند. در تأیید مطالب فوق می‌توان صرف نظر از جنبه خصوصی جرم، طبق تعریف مندرج در ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری، برخی از جرایم همچون جرایم علیه محیط زیست، میراث فرهنگی، منابع طبیعی و یا بهداشت عمومی که واجد جنبه عمومی هستند بنابراین هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی می‌تواند اعلام کننده جرم، نظر به ذینفع بودن کلیت جامعه نسبت به آن جرایم باشد. لذا ماده ۶۶ با اعطای حق اعلام جرم از طرف سازمان‌ها در واقع اختیار جدیدی به آنها اعطا نکرده است. در فرض عدم تصویب این قانون، طبق اصول و مواد قانونی اشخاص حقوقی غیردولتی نیز نه تنها می‌توانستند اعلام کننده جرم باشند، بلکه رویه قضایی نیز این موضوع را پذیرفته بود. و البته انعکاس مطالب اخیر را می‌توان در اصل ۱۶۵ قانون اساسی جستجو کرد. آنچنان که این اصل مقرر می‌دارد: «محاکمات، علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در

دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد». بنابراین سازمان‌ها برابر آنچه ماده ۶۶ مقرر داشته می‌توانند در جلسات رسیدگی شرکت نمایند (Varvahi- 2010 p115). لذا می‌توان گفت ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری با تصریح بر حق شرکت سازمان‌ها در جلسات رسیدگی در واقع امتیاز یا حق جدیدی به آن‌ها نداده است. در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری برای مشارکت سازمان‌ها در فرآیند کیفری شرایطی مقرر گردیده است از جمله: در اساسنامه تأسیس سازمان‌های مردم‌نهاد با ساختار هیأت‌امناء و یا با ساختار مجمع عمومی اعضاء شرایط و مقرراتی تعیین و مصوب گردیده است که ماده ۲ آن اساسنامه در خصوص نوع فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد است.^۱ بنابراین علاوه بر اینکه فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد مداخله‌گر در فرآیند کیفری باید مشمول موارد مندرج در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری باشد، فعالیت آن‌ها باید غیرسیاسی و غیرانتفاعی غیردولتی باشد. حوزه‌های فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد به شرح مذکور در ماده ۶۶ حصری بوده و شامل سازمان‌هایی می‌شود که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان ذهنی یا جسمی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است و شامل سازمان‌های مردم‌نهاد دیگر (مثلاً فعال در زمینه حمایت از زندانیان، بزه‌دیدگان ناشی از حوادث کار، بزه‌دیدگان بی بضاعت و ...) نمی‌گردد. این امر موجب نارضایتی و اعتراض آن دسته از سازمان‌های مردم‌نهادی می‌گردد که زمینه فعالیت آنان از موارد تصریح شده در ماده قانونی مربوط نیست. در تبصره ۳ ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است: «اسامی سازمان‌های مردم‌نهاد که می‌توانند در اجرای این ماده اقدام کنند در سه ماهه نخست هر سال توسط وزیر دادگستری با همکاری وزیر کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد».

(Varvahi- 2016 p115)

در راستای این محدودیت، قانونگذار حق تشخیص سازمان‌های فعال در حوزه مذکور را هم از مقامات قضایی سلب کرده و هم اسامی آن‌ها را محدود به فهرستی نموده که توسط مقامات قوه مجریه و قضائیه تهیه می‌شود. (خالقی، ۱۳۹۳: ۷۲) گروهی از منتقدان صرفنظر از ضابطه مذکور در تبصره ۳ ماده ۶۶ معتقدند اگر نهادی مردم‌نهادی باشد، تصویب اساسنامه‌اش تحت نظر دولت، استقلال آن نهاد غیردولتی را از بین خواهد برد. گروهی دیگر بر این باورند چنانچه سازمانی که اساسنامه‌اش درباره یکی از موارد صدر ماده ۶۶ تشکیل و از طرف کمیسیون موضوع ماده ۱۰ قانون احزاب پذیرفته شده باشد یا به عنوان مؤسسه غیرتجاری، غیرانتفاعی یا مؤسسه خیریه در دفتر ثبت شرکت‌ها ثبت شده اما نام آن در فهرست موضوع تبصره ۳ نیامده باشد نمی‌توان آن را از اعلام جرم و ورود به مراحل دادرسی به شرحی که در ماده ۶۶ مقرر شده منع و محروم کرد؛ زیرا پس از شناسایی قانونی شخصیت حقوقی، نمی‌توان به اعتبار وجود قانون شکلی آن را از انجام آنچه به خاطر آن ایجاد شده بازداشت. ممکن است یک سازمان مردم‌نهادی که اساساً برابر اصل بیست و ششم قانون اساسی نیازی به اخذ مجوز ندارد، حتی اگر مجوز تأسیس را از وزارت کشور هم گرفته و به اعتبار قانون احزاب، یا آئین نامه اجرایی سازمان‌های مردم‌نهاد، موجودیت قانونی و حقوقی هم داشته باشد، در این لیست تهیه شده توسط وزارت کشور قرار نگیرد؛ یا اگر هم در لیست پیشنهادی وزارت کشور قرار گرفت، اما ممکن است نام و موجودیت او به تصویب قوه قضائیه نرسد و اینگونه از همین حق اعلام جرم هم محروم می‌شود. (عظیمی، ۱۳۹۴: ۲) اما به نظر می‌رسد مفهوم تبصره ۳ ماده ۶۶ انتخاب سلیقه‌ای از میان سازمان‌های مردم‌نهاد نیست بلکه طبق این تبصره تشکلهایی اجازه فعالیت در این ماده را پیدا می‌کنند که وزارت کشور و دادگستری آن‌ها را تأیید کند. این تأیید به معنای داشتن مجوز قانونی برای فعالیت و نداشتن سابقه تخلف یا پرونده در محاکم قضایی و تأیید صلاحیت سازمان‌های مذکور است. طبق

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: درآمدی بر اصول، قوانین و مقررات سازمان‌های مردم‌نهاد، مرکز امور اجتماعی و فرهنگی وزارت

کشور (معاونت امور سازمان‌های مردم‌نهاد) زمستان ۱۳۹۰ (saman.moi.ir)

ماده ۲) نوع فعالیت: کلیه فعالیت‌های غیرسیاسی و غیرانتفاعی دولتی بوده و در موضوع با رعایت کامل قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران و این اساسنامه فعالیت خواهد نمود.

آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد مصوب ۵ آبان ۱۳۸۴ نیز هیأت وزیران ملاک عمل و تنها سند قانونی برای فعالیت سازمان‌های غیردولتی، مجوز وزارت کشور است. طبق ماده ۲ این آیین‌نامه، سازمان پس از گرفتن پروانه فعالیت و ثبت برابر ضوابط این آیین‌نامه و سایر مقررات جاری دارای شخصیت حقوقی می‌شود. اما صرف ثبت کردن سازمان هم نمی‌تواند مجوزی برای ورود به محاکم قضایی جهت اعلام جرم یا شکایت علیه شخص یا نهادی باشد. بلکه باید خود سازمان تخلف یا سابقه کیفری و قضایی نداشته باشد که وزارت کشور با همکاری وزیر دادگستری فهرستی از سازمان‌های تأیید صلاحیت شده را تهیه و در اختیار رئیس قوه قضائیه قرار می‌دهند و این معنای انتخاب سلیقه‌ای نمی‌دهد بلکه انتخاب براساس شایستگی است. این تأیید در واقع به معنای داشتن مجوز قانونی برای فعالیت و نداشتن سابقه تخلف یا پرونده در محاکم قضایی و تأیید صلاحیت سازمان‌های مذکور است. (Varvii- 2016 p115) از آنجا که در جرایم قابل گذشت، خواست و اراده شاکی برای طرح دعوی کیفری لازم است و از طرفی برخی افراد به دلیل ناتوانی‌هایی که دارند، همواره و در هر اجتماعی مورد حمایت خاص قانونگذار هستند، تبصره یک ماده ۶۶ مقرر کرده است: «در صورتی که جرم واقع شده دارای بزه‌دیده خاص باشد، کسب رضایت وی برای اقدام مطابق این ماده ضروری است. چنانچه بزه‌دیده طفل، مجنون یا در جرایم مالی سفیه باشد، رضایت ولی، قیم و یا سرپرست قانونی او اخذ می‌شود. اگر ولی، قیم یا سرپرست قانونی خود مرتکب جرم شده باشد، سازمان‌های مذکور با اخذ رضایت قیم اتفاقی یا تأیید دادستان، اقدامات لازم را انجام می‌دهند».

۷- موانع مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد در فرآیند دادرسی کیفری

سازمان‌های مردم‌نهاد زمانی می‌توانند نقش خود را ایفا کنند و جایگاه خود را در جامعه بیابند که هم زمینه‌های قانونی از سوی حاکمیت فراهم شود و هم بسترهای فرهنگی و اجتماعی رشد پیدا کند. زمینه‌های لازم برای اجرای قوانین مربوط به سازمان‌ها، فقط در حد نظری باقی مانده‌اند و تقریباً تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری نقشی در فرآیند کیفری برای آن‌ها پیش‌بینی نشده بود. در کشورمان بین شکل-گیری نهادها و سازمان‌های مردم‌نهاد و فرآیند فعالیت نظام کیفری تعامل اندکی برقرار است. بسترسازی فرهنگی و اجتماعی یکی از الزامات گسترش این نهادهای مدنی است. (Varvii- 2016 p115) با توجه به نوپا بودن روند مشارکت این سازمان‌ها در فرآیند کیفری و نیز نقش برجسته‌ای که در فرآیند کیفری دارند، ضروری است که نظارتی مستمر و کارآمد قضائی و مشارکتی بر فعالیت سازمان‌های غیردولتی وجود داشته باشد تا اگر این سازمان‌ها در مسیر تعقیب دعوی عمومی از قواعد عمومی و حرفه‌ای سرپیچی کنند، بتوان در قبال آن‌ها برخورد مناسب و مقتضی بعمل آورد. این تفکر که همه سازمان‌های فعال در یک عرصه بتوانند جداگانه در یک موضوع ورود کرده و بخواهند در فرآیند یک دادرسی نقش داشته باشند، قابل تصور نیست. خواه آنکه به نظر می‌رسد این سازمان‌ها برای اعمال حقوق خود یک اتحادیه و مجمع تشکیل دهند تا هم از تبعیض‌های احتمالی جلوگیری کنند و هم با افزایش توانمندی فکری و مالی سازمان‌های غیردولتی، پشتوانه محکمی برای حمایت از خود و اهداف از قبل پیش‌بینی شده داشته باشند.

سازمان‌های مردم‌نهاد قبل از اصلاح نهایی قانون آیین دادرسی کیفری، حق اعلام جرم، حق معرفی نماینده جهت حضور در دادسرا و دادگاه و دریافت اظهارنامه، حق اظهار نظر و ارائه دلیل در مرجع قضایی و اعتراض به رای صادره را داشتند. به نظر می‌رسد محدود نمودن مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد به اعلام جرم و شرکت در مراحل دادرسی بدون پیش‌بینی حق ارائه دلیل و اعتراض به آراء محاکم قضایی انگیزه مداخله آنان را به حداقل برساند؛ زیرا که هدف از وضع ماده مذکور حمایت است و حمایت با صرف اعلام جرم و شرکت در جلسات رسیدگی محقق نمی‌گردد؛ کما اینکه اصل بر علنی بودن جلسات رسیدگی است و از این بابت در بسیاری از موارد ممنوعیتی جهت شرکت اشخاص در جلسات رسیدگی نیست.

نتیجه گیری:

توسعه سیاست جنایی مشارکتی سازمان‌های مردم‌نهاد مداخله‌گر، در فرآیند رسیدگی کیفری مطابق ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، مستلزم فراهم بودن بسترهای قانونی، اجتماعی و فرهنگی مرتبط با آن می‌باشد. بنابراین هر چند تدابیر پیش‌بینی شده، گامی مهم در زمینه تعامل و جلب مشارکت عمومی در

فرآیند این رسیدگی به منظور کنترل جرایم خصوصاً جرایم ثبتی می‌باشد، اما زمانی عملکرد سازمان‌های مردم‌نهاد مداخله‌گر به عنوان نهادی مستقل و غیر انتفاعی و سیستماتیک در انطباق با سیاست جنایی مشارکتی بازدارنده تقنین یافته از سوی قانونگذار، قرار خواهد گرفت، که این فعالیت‌ها همراه با آموزش لازم و نظارت بر عملکرد آنان در پوشش اصناف، سندیکا و کانون‌های مستقل و البته مرتبط با سایر مراجع قضایی و غیر قضایی از طریق سامانه الکترونیکی دسترسی به اطلاعات انفورماتیک کشور، صورت گیرد. که عاملی در جهت جلوگیری از حلول تخلفات احتمالی و نیز تشتت عملکرد این سازمان‌ها در موضوع مشابه، به عنوان نماد حاکمیت مشارکت مدنی در امور کیفری خواهد بود. هر چند به نظر می‌رسد محدود نمودن مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد، به اعلام جرم و شرکت در مراحل دادرسی بدون تمهید مقدمات دفاع به معنای اخص نمی‌تواند اهداف قانونگذار را در حمایت کیفری و صیانت از کارکرد این سازمان‌های مدنی به منظور کنترل جرایم و جلوگیری از ارتکاب آن تحقق بخشد.

فهرست منابع

- ۱- بیگزاده، ۱۳۹۲. علوم جنایی (مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان
- ۲- جمشیدی، ع، ۱۳۹۰. سیاست جنایی مشارکتی، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان
- ۳- حسینی، س، ۱۳۸۳. سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- ۴- خاتون‌خانجانی، ن و دیگران، ۱۳۹۰. درآمدی بر اصول، قوانین و مقررات سازمان‌های مردم‌نهاد، چاپ اول، تهران: معاونت امور سازمان‌های مردم‌نهاد مرکز امور اجتماعی و فرهنگی وزارت کشور
- ۵- خالقی، ع، ۱۳۹۳. نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران: انتشارات شهر دانش
- ۶- رحمدل، م، ۱۳۸۶. سیاست جنایی ایران در قبال جرایم مواد مخدر، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت
- ۷- رستمی، و، ۱۳۸۶. "مشارکت مردم در فرایند کیفری (بررسی سیاست جنایی کشورهای غربی)"، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲
- ۸- صادقی، ۱۳۸۹. "سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای عاملی موثر در پیشگیری از جرایم و مواد مخدر"، ماهنامه عدالت، شماره ۸۶
- ۹- عظیمی، م، ۱۳۹۴. "گوهر مقصود یا موج خون افشان؟ (واکاوی ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری)"، ماهنامه مدرسه حقوق، شماره ۹۵
- ۱۰- قناد، ف، ۱۳۷۷. "حمایت کیفری از صغار در برابر جرایم جنسی در نظام حقوقی انگلستان و ولز، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی تهران
- ۱۱- گل محمدی، س و یوسفی، آ، ۱۳۸۸. "نقش و مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در توسعه حقوق محیط زیست"، فصلنامه محیط کوهستان، شماره ۱۴
- ۱۲- لازرژ، ک، ۱۳۸۲. درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران: نشر میزان
- ۱۳- مارتی، م، ۱۳۸۱. نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه، نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ج اول، تهران: انتشارات میزان
- ۱۴- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷، راهنمای حقوقی مشاوران املاک. (ویژه متصدیان بنگاه‌های معاملات)، تهران جاودانه.
- ۱۵- مرتضوی، س، ۱۳۸۸. قاچاق مواد مخدر و روانگردان (سیاست جنایی ایران و فرانسه با اشاره به اسناد بین‌المللی)، چاپ اول، انتشارات: مجد
- ۱۶- نجفی ابرندآبادی، ع ح، ۱۳۷۷. "بزهکاری، احساس نا امنی و کنترل"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۲

- ۱۷- نجفی ابرندآبادی، ع ح و هاشم بیگی، ح، ۱۳۹۰. دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش
- ۱۸- نجفی ابرندآبادی، ع ح، ۱۳۹۱. مباحثی در علوم جنایی (تقریرات درس جرم شناسی)، ویراست هفتم، با کوشش دکتر شهرام ابراهیمی
- ۱۹- نجفی ابرندآبادی، ع ح، ۱۳۷۲. «سیاست جنایی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۱ و ۱۲.
- ۲۰- نوری نشاط، ۱۳۸۵، حق محوری در توسعه، انتشارات برگ زیتون: تهران
- ۲۱- چاپ نخست کتاب دلماس مارتی به سال ۱۹۸۳ (برابر با ۱۳۶۲ هجری شمسی) مربوط است. بنگرید به: نظام‌های بزرگ سیاست جنایی؛ ص ۱۰. ص ۷۰
- ۲۲- آشوری، محمد؛ قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا در بوته‌ی آزمایش؛ در مجموعه‌ی مقالات عدالت کیفری، چ ۱، انتشارات کتابخانه‌ی گنج دانش، ص ۱۷۳
- ۲۳- دلماس مارتی، می ری، از حقوق جزا تا سیاست جنایی، ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله‌ی نامه‌ی مفید قم، شماره ۱۱، سال ۱۳۷۶
- ۲۴- لواسور، ژرژ، سیاست جنایی ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۱-۱۲، سال ۱۳۷۲
- ۲۵- چاپ نخست کتاب دلماس مارتی به سال ۱۹۸۳ (برابر با ۱۳۶۲ هجری شمسی) مربوط است. بنگرید به: نظام‌های بزرگ سیاست جنایی؛ ص ۱۰.
- ۲۶- گودرزی پروجردی، محمدرضا، سیاست جنایی قضایی، نشر سلسبیل، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- ۲۷- جمشیدی، علیرضا، سیاست جنایی مشارکتی، انتشارات میزان، تهران ۱۳۹۰.
- ۲۸- عباسی، مصطفی، افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجیگری کیفری، انتشارات دانشور، چاپ اول، سال ۱۳۸۲؛ غلامی، حسینی، عدالت ترمیمی، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۵
- ۲۹- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۹-۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۲
- 1- Delmas- Marty (Mireille), Modèles et mouvements de politique criminelle, Ed. Economica, Paris, 1ère, éd. 1983, P. 231.
- 2- Wyrekens (A.), Le traitement de la délinquance urbaine dans les maisons de justice, In <Justice et ville>, Dalloz, 1995, p.93 et s.)
- 3- Annie Beziz-Ayache, Dictionnaire de droit pénal general et procédure pénal, ellipses. 2e éd. 2003.
- 4- Kareem Elbayar, NGO Laws in Selected Arab States International, Journal of Not for-Profit Law, vol. 7, no. 4, September 2005.
- 5- Marc Ancel, "pour une etude systematique des problems de politque criminelle", in Archives de politique criminelle, paris, A. pedon, 1975
- 6- Akbar Varvahi-Non-Governmental Organizations Participation in criminal processes Journal of politics and law 9 2016
- 7- Akbar Varvahi-Non-Governmental Organizations Participation in criminal processes Journal of politics and law 9 2016
- 8- See, shaw, margaret and oliver brachechat; preventing hate crimes : international strategies and practices, international centre for the prevention of crime, 2002, p. 1.
- 9- Domzelot (J.) wyvekens (A), La politique judiciaire de la ville: de <la prévention> au traitement> . les groupes losaux de traitement de la délinquance , mission de recherche <Droit et Justice>. IHSI -DIV, Dèc, 1998.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۹

صص ۶۷ - ۷۶

تحلیل حقوقی تبانی علیه امنیت در ایران

سعید غیاثوند^۱، دکتر سید محمود میرخلیلی^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد، واحد قم، ایران

۲- استاد مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم و دانشیار دانشگاه تهران

چکیده

در حقوق ایران تبانی علیه امنیت به موجب قوانین جزایی و کیفری بمانند ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ جرم می‌باشد. لکن در حقوق ایران مفهوم، ماهیت و مصداق تبانی ابهام دارد و رویه قضایی نیز با توجه به مشکلی که در احراز و اثبات توافق‌های جزایی جمعی و جمع‌آوری دلایل و مدارک متقن علیه تبانی کنندگان وجود دارد، در این مورد تقریباً ساکت است و تحلیل تبانی بویژه در حقوق و رویه قضایی ایران بخوبی صورت نپذیرفته است. بدین امر این مقاله با عنایت به اهمیت تخلفات علیه امنیت ملی و کمبود جدی نظریه‌پردازی و تفسیر علمی در این باب، ابعاد حقوقی جرم تبانی علیه امنیت ملی را بررسی نمود. مطابق بررسی‌ها در خصوص جرم تبانی، عناصر مادی این جرم شامل: ۱- توافق ۲- دو نفر یا بیشتر و ۳- فعل مشهود و رکن معنوی این جرم علاوه بر قصد توافق، قصد عملی کردن آن است.

واژگان کلیدی: تبانی علیه امنیت ملی، ایران، قانون مجازات اسلامی

۱- مقدمه

در ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ به جرم تبانی علیه امنیت داخلی و خارجی پرداخته شده است، تبانی برای ارتکاب جرم علیه امنیت ملی به مفهوم توافق و رضایت دو یا چند نفر برای انجام جرم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور می‌باشد که ممکن است به صورت تعدد مجرمان و در قالب جرایم مختلف یا به نحو شرکت در جرم مورد موافقت واقع شود (حسنی، ۱۳۹۶). در همه کشورها، اقداماتی که امنیت حاکمیت را برهم بزند جرم می‌باشد و سیاست کیفری قانونگذار در کشورهای مختلف برخورد قاطع با همکاری‌های مجرمانه و توافق‌های جزایی جمعی می‌باشد. علت این امر خطرات، تهدیدات و آثار مخربی است که اینگونه همکاری‌های مجرمانه و بعضاً سازمان‌یافته و متشکل، خصوصاً در جرایم علیه امنیت، برای جامعه، حکومت و استقلال آن دارد (عبداللهی، ۱۳۸۴). در ایران نیز جرایم مختلفی در قوانین جزایی بخصوص قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است که هدف آن مقابله با جرایم علیه امنیت کشور است. این مواد متعدد در بخش حدود و تعزیرات قانون مجازات اسلامی، قانون جرایم رایانه‌ای و برخی دیگر از قوانین پیش‌بینی شده است. به اعتقاد برخی حقوقدانان، جرم تبانی علیه امنیت کشور همواره حساسیت بیشتر و برخی موارد شدیدتر نسبت به سایر جرایم را دارد (حبیب زاده و مومنی، ۱۳۸۹). تبانی یکی از جرائم مانع و بازدارنده است بازدارندگی به عنوان یکی از اهداف مجازات، اندیشمندان و قانونگذاران را واداشته است تا از طریق سازوکار شدت و قطعیت کیفر یا ترکیب این دو خصیصه برای کاهش شمار جرایم و وصول به هدف بازدارندگی گام بردارند (محبی و ریاضت، ۱۳۹۵). لیکن عدم ذکر نمود عینی یا فعل مادی برای تحقق جرم تبانی علیه امنیت زمینه ساز برداشت‌های افراطی از مفهوم و مصداق این جرم شده است (حسنی، ۱۳۹۶). از طرف دیگر، در حقوق ایران مفهوم، ماهیت و مصداق تبانی ابهام دارد و رویه قضایی، نیز با توجه به مشکلی که در احراز و اثبات توافق‌های جزایی جمعی و جمع‌آوری دلایل و مدارک متقن علیه تبانی‌کنندگان وجود دارد، در این مورد تقریباً ساکت است. تحلیل تبانی بویژه در حقوق و رویه قضایی ایران بخوبی صورت پذیرفته است. بدین امر این مقاله با عنایت به اهمیت تخلفات علیه امنیت ملی و کمبود جدی نظریه‌پردازی و تفسیر علمی در این باب ابعاد حقوقی جرم تبانی علیه امنیت ملی را بررسی می‌نماید.

۲- تعریف تبانی

در حقوق ایران، قانونگذار نه در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ (مواد ۱۶۸ و ۱۶۹) و نه در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ (ماده ۸۸) و نه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (مواد ۶۱۰، ۶۱۱) تعریفی از تبانی ارائه نداده است. لیکن عرفاً در حقوق ایران جرم تبانی به معنای توافق دو یا چند نفر برای ارتکاب جرم، در دو حوزه جرائم علیه امنیت و سایر جرائم، جرم انگاری شده است (حکیمی‌ها و همکاران، ۱۳۹۶). تبانی برای ارتکاب جرم به دلیل تشابه ارکان مادی و معنوی آن همواره توانسته است ذهن حقوقدانان را به خود مشغول سازد؛ چرا که به زعم برخی تنها جرمی که در آن اندیشه مجرمانه، مجازات می‌گردد، تبانی کیفری است. مطابق مطالعه سمیعی زنو (۱۳۹۰) تبانی عبارت است از توافق دو یا چند نفر برای ارتکاب جرم در اصطلاح حقوقی منظور از تبانی، زمینه سازی توافق دو یا چند نفر برای ارتکاب جرم. یا طبق نظر حبیب زاده و مومنی (۱۳۸۹) تبانی توافق عامدانه و عالمانه میان دو چند نفر برای ارتکاب جرم علیه امنیت، اموال، اعراض و نفوس مردم می‌باشد.

مطابق فرهنگ معین (۱۳۶۲)، تبانی در لغت از ماده «ب، ن، ی» به معنای با یکدیگر قرار دادن نهادن و بیشتر به معنای تبانی علیه ثالث، موضعه‌ی نهانی، پیمان بستن، پنهانی پیمان بستن، مقدمه چینی است. فرهنگ بلک لاو^۱ تبانی را توافق دو یا چند شخص برای ارتکاب عمل غیرقانونی یا اعراض از توافق پایان می‌پذیرد. عدم دستیابی به جرم مورد توافق موجب زوال تبانی نیست. علاوه بر واژه مذکور، اسباب چینی به هر نوع دسیسه و تقلب یا هر نوع مانور و غل و انفعال خصمانه برای دگرگون نشان دادن یک حقیقت، اطلاق می‌-

1. Blak. s law

گردد. دسیسه به معنای زمینه چینی، مکر و خدعه است به نحوی که فرد را به صحنه جرم بکشاند تا مرتکب آن شود.^۲ سیستم حقوقی کانادا توافق فرد با دیگری برای ارتکاب عمل غیرقانونی با انجام عمل قانونی با وسایل غیرقانونی را تبانی کیفری می‌داند. قانون مجازات فرانسه تصمیم قطعی میان چند شخص بمنظور ارتکاب یک سوء قصد هنگامی که این تصمیم بواسطه یک یا چند عمل ماد نمود یابد را دسیسه دانسته است. حقوق آلمان تشکیل سازمان مجرمانه و یا سازمانی که هدف آن ارتکاب جرم است را به عنوان تبانی جرم-انگاری کرده است. حقوق هند مواردی که دو یا چند نفر توافق کنند که یک عمل غیر قانونی را انجام دهند یا عمل قانونی را با وسایل غیرقانونی را سبب انجام شوند، تعریف می‌کند.

۳- مبانی جرم‌انگاری تبانی

باید توجه داشت که نفس اجتماع و تبانی، جرم نیست ولی اگر برای ارتکاب جرایمی علیه امنیت داخلی یا خارجی واقع شود، به جهت مخاطراتی که ممکن است در نتیجه انجام فعل یا افعال مجرمانه مورد توافق برای جامعه به وجود آورد جرم محسوب می‌شود. تبانی علیه امنیت از جمله جرایم مانع و به منظور جلوگیری از ارتکاب جرایم شدیدتر علیه امنیت ملی کشور، جرم‌انگاری شده است (مومنی و حبیب زاده، ۱۳۸۹). انگیزه اساسی دولت‌ها از جرم‌انگاری تبانی علیه امنیت، حفظ امنیت عمومی و پیشگیری از وقوع جرائم علیه امنیت است، لذا جرم است. بی تردید گسترش بی حد و حصر در «جرائم مانع» تبانی علیه امنیت کشور در زمره جرم‌انگاری اعمال و رفتارهای شهروندان به بهانه پیشگیری از وقوع جرم و تمسک به عنوان «جرم مان» هرچند در بدو امر با توجیهاتی همراه است، اما پایه‌های اساسی حقوق و عدالت را دچار خدشه می‌سازد. اگر با این مسأله، ابهام قانون کیفری نیز همراه شود، به طوری که معیار مشخصی برای تشخیص جرم از غیر آن در دست نباشد و به جای «نمود عینی» به تراوشات فکری و تاریک‌خانه ذهن متهم ارجاع داده شود، محلی برای بقای حقوق و آزادی‌های فردی باقی نمی‌ماند. از طرف دیگر، تحمیل مجازات-های چندگانه برای جرم تبانی علیه امنیت که حداقل و حداکثر آن‌ها غیرقابل مقایسه است، قضیه را پیچیده‌تر می‌سازد.

مبنای جرم‌انگاری تبانی هم بر این فرض استوار است که تشریک مساعی چند نفر برای عملی کردن یک قصد و هدف زیانبار آنچنان نیروی جدید و مضاعفی را برای تحقق جرم به وجود می‌آورد که منجر به ارتکاب جرم یا جرائم دیگری خواهد شد.

در حقوق ایران تبانی اولین بار در قانون عمومی ۱۳۰۴ جرم‌انگاری شد. مواد ۱۶۸ و ۱۶۹ قانون مجازات عمومی واژگان اجتماع و مواضعه را در معنای تبانی به کار برده است. بر اساس این ماده، اجتماع و تبانی برای ارتکاب جنحه و جنایت بر ضد نوامیس، نفوس، اموال و همچنین جنایت علیه امنیت داخلی مملکت یا بر ضد اساس حکومت ملی و آزادی و بر ضد امنیت خارجی مملکت جرم محسوب می‌شوند. در قوانین خاص و متفرقه نیز مقررات و احکامی در مورد تبانی وجود دارد: قانون جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ (مواد ۱۷، ۱۹، ۲۱، ۲۳، ۲۴، ۴۳)، قانون مجازات اخلاک‌گران در صنایع مصوب ۱۳۵۳ (ماده ۴)، قانون تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ (ماده واحده)، قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌کنند مصوب ۱۳۰۷ (مواد ۱ و ۵).

قلمرو تبانی در سیستم حقوق عرفی وسیعتر از حقوق نوشته است. در حال حاضر رکن قانونی جرم تبانی علیه امنیت کشور ایران، ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ است. مواد ۱۳ و ۱۵ قانون راجع به مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۳۳۶ و ماده واحده قانون تشدید مجازات سرقت مسلحانه مصوب ۱۳۳۸ و ماده ۳ قانون مجازات اخلاک‌گران در صنایع مصادیقی خاص از جرم تبانی علیه امنیت را بیان نموده‌اند.

۴- مبانی فقهی جرم‌انگاری تبانی

2. <https://thelawdictionary.org/collusion/>

در فقه امامیه و حقوق ایران شرط ضمن عقد از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و اهمیت خاص نهاد شرط ضمن عقد در فقه امامیه، تا حدود زیادی به گرایش غالب فقیهان به بی اعتباری شرط ابتدایی مربوط می‌شود. با وجود اینکه قریب به اتفاق فقیهان شرط مذکور در قرارداد و شرط ضمنی عرفی را الزام آور می‌دانند، ولی راجع به نفوذ شرط تبانی تردیدهایی ابراز شده است (حیدری و شریعت زاده، ۱۳۹۴).

تسری ممنوعیت جرم به مقدمه آن در اصول شیعه به عنوان مقدمه حرام مشهور است. ذریعه یعنی وسیله، در اصطلاح به مقدمات و اسباب کار می‌گویند. به عقیده امامیه مقدمه حرام لزوماً حرام نیست مگر آنکه مقدمه به عنوان شرط آخر و مکمل باشد، بنحوی که لزوماً عمل حرام به وقوع پیوندد (خرم شاهی، ۱۳۷۷). جرم‌انگاری مقدمه ای است که لزوماً به وقوع جرم می‌انجامد، از دیدگاه جرم‌شناسی موجه است. مبنای جرم‌انگاری جرایم مانع نیز همین است. بنابراین اصولاً می‌توان قاعده مقدمه حرام را یکی از مبانی جرم‌انگاری جرم تبانی علیه امنیت محسوب نمود (طباطبایی، ۱۳۶۹).

۵- مبنای قانونی

در حال حاضر، رکن قانونی جرم تبانی علیه امنیت کشور ایران، ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ است. ماده ۱۴ و ۱۵ قانون راجع به مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۳۳۶ و ماده واحده قانون تشدید مجازات سرقت مسلحانه مصوب ۱۳۳۸ و ماده ۴ قانون مجازات اخلاک‌گران در صنایع، مصادیقی خاص از جرم تبانی علیه امنیت را بیان کرده‌اند. درخصوص جرائم علیه امنیت توسط نیروهای مسلح به لحاظ اهمیت موضوع، قانونگذار احکام خاصی در مواد مختلف قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح پیش‌بینی کرده است که در صورت تحقق شرایط مندرج در مقررات مذکور، مطابق آن عمل خواهد شد.

توجیه اولیه برای جرم تبانی این است که تبانی جرمی مانع است که هدف از آن جلوگیری از انجام و بازداشتن مرتکب از ارتکاب جرم اصلی است. مبنای دکترین در این زمینه به طور کلی دو مورد است: ۱- مداخله زودرس؛ و ۲- خطر اجتماعی مرتبط با رفتار مجرمانه گروهی. از نظر طبقه‌بندی جرایم، جرم تبانی علیه امنیت یک جرم آنی است، زیرا همان لحظه که توافق حاصل شود قاعدتاً بعد یک مقطع زمانی کوتاه، جرم تبانی محقق می‌گردد. بنابراین محل حصول توافق بع عنوان محل وقوع جرم است و دادگاه این محل، صالح به رسیدگی می‌باشد. مبدا مرور زمان از لحظه توافق شروع می‌شود. رسیدگی به جرم تبانی علیه امنیت مطابق ماده ۵ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در صلاحیت دادگاه انقلاب می‌باشد. جرم تبانی علیه امنیت یک جرم عمدی است زیر بدون عمل اساساً توافق اولیه فرصت انعقاد پیدا نمی‌کند و جرم تبانی محقق نمی‌شود. تبانی را می‌توان از مصادیق جرائم مانع دانست، جرائم مانع، مشتمل بر رفتارهایی هستند که اگرچه متضمن ضرر فوری و مستقیم نیستند، لیکن به منظور پیشگیری از وقوع جرائم سهمگین-تر توسط قانونگذار جرم‌انگاری شده‌اند. در واقع قانونگذار از طریق توسل به سازوکار قهرآمیز و کیفری درصدد جلوگیری از ارتکاب جرایم شدید برآمده است (براندون، ۱۳۷۹). مواضع و تبانی میان مجرمان، احتمال ارتکاب جرم را افزایش داده و موجب تشدید احساس هراس و ناامنی در جامعه می‌گردد (سمیعی زنوزی، ۱۳۹۰). 6

۶- تبانی علیه امنیت ملی

در ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی جرم تبانی علیه امنیت ملی را اینگونه تعریف می‌کند "توافق عالمانه دو یا چند نفر برای ارتکاب جرم علیه امنیت یا فراهم ساختن وسایل ارتکاب جرم علیه امنیت ایران." اگر بخواهیم جرم امنیتی را در قوانین ایران بررسی کنیم، می‌توان گفت هرگونه اقدام علیه امنیت داخلی و خارجی را در قانون مجازات اسلامی جرم امنیتی تلقی کرده‌اند (مواد ۲۷۹ تا ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲). در ارتباط با تکمیل تعریف جرم امنیتی می‌توان گفت جرم امنیتی جرمی است که تحت یکی از عناوینی که در قانون مجازات اسلامی به عنوان جرائم ضدامنیت داخلی و خارجی کشور معرفی شده است قرار می‌گیرد.

حقوقدانان جرایم علیه امنیت را به دو دسته ی ذیل تقسیم کرده‌اند (مجیدی، ۱۳۸۶):
دسته اول: جرایم علیه امنیت داخلی

دسته دوم: جرایم علیه امنیت خارجی

در تعریف جرایم علیه امنیت داخلی گفته شده که اعمال مجرمانه‌ای است که ارتکاب آن‌ها باعث ایجاد هرج و مرج و اغتشاش در نظم داخلی یک کشور می‌شود. مثل تحریک مردم به درگیری با یکدیگر، تخریب موسسات عمومی، بمب‌گذاری در اماکن عمومی و... جرایم علیه امنیت خارجی هم اعمال مجرمانه‌ای است که ارتکاب آنها باعث اختلال در نظم بین‌المللی یا به تعبیر دیگر باعث خدشه به استقلال و تمامیت ارضی یک کشور می‌شود. مثل جاسوسی به نفع اجانب. از مهمترین جرایم علیه امنیت می‌توان به جرم محاربه و افساد فی‌الارض اشاره کرد ماده مربوط به جرم محاربه، ماده ۲۸۲ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. این ماده مقرر می‌کند: "هر کس برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی‌الارض است" در حقوق ایران، همانگونه که مواد مرتبط تصریح دارند جرم تبانی علیه امنیت شامل توافق برای ارتکاب جرایم علیه امنیت (مثل محاربه و جاسوسی)، می‌گردد. (حسنی، ۱۳۹۶)

۷- ارکان تشکیل‌دهنده جرم تبانی

اصل کلی در حقوق کیفری، بر این مبناست که فکر و اندیشه مجرمانه قابل مجازات نیست. با این وجود بعضی معتقدند تنها جرمی که قصد مجرمانه در آن مجازات میشود تبانی کیفری است. عده‌ای دیگر بر این باورند که تحقق همه جرائم علاوه بر نیاز به رکن معنوی، موکول به بروز اعمال و رکن مادی بیرونی است و تبانی از این امر مستثنی نیست و پی بردن به نیت افراد امری غیرممکن بوده و هرگونه کنکاش در نیت افراد ممکن است با توسل به شکنجه و اجبار انجام گیرد که انجام این امر خودش ممنوع و جرم است (عبداللهی، ۱۳۸۴). لکن با لحاظ این مطلب که معمولاً اثبات و احراز توافق مشکل است؛ سیاست قانونگذار و رویه قضایی به سمت و سویی می‌رود که علاوه بر توافق، یک نمود خارجی از آن، نیز لازم باشد. مثل ماده ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی، که علاوه بر توافق بر تدارک مقدمات اجرایی نیز تکیه دارد (حکیمی ها و همکاران، ۱۳۹۶). لذا تبانی مانند سایر جرائم، نیازمند رکن مادی یعنی فعل و رکن معنوی یعنی ذهن خطاکار دارد؛ رکن مادی در تبانی، توافق است که خودش ساختار اساسی تبانی را تشکیل می‌دهد به لحاظ رکن معنوی، سوء نیت عام در جرم تبانی «قصد توافق»، است و سوء نیت خاص تبانی را باید «قصد عملی کردن توافق» دانست. عدم دستیابی به جرم مورد توافق به معنی عدم تحقق جرم تبانی نخواهد بود. رکن مادی و معنوی جرم تبانی بسیار به هم نزدیک بوده تفکیک آنها دشوار است. زیرا رکن مادی تبانی "توافق" است که خود در واقع یک عملکرد ذهنی است. به نظر می‌رسد که رکن روانی تبانی باید "قصد عملی کردن" باشد.

۷-۱- رکن مادی

دومین رکن جرم، رکن مادی می‌باشد. رکن اصلی رکن مادی، رفتار مجرمانه است که گاه به صورت فعل و گاه در شکل ترک فعل محقق می‌شود. در جرم تبانی رفتار مجرمانه ایجابی است؛ یعنی با انجام فعل مثبت، تبانی محقق می‌شود. در نظام انگلو ساکسون توافق رکن اساسی جرم تبانی شمرده می‌شود. منظور از توافق، تلاقی ذهن‌هاست و نیازی به ملاقات جسمی میان مرتکبین نیست. حصول توافق اساسی برای تحقق جرم کافی است و مذاکره در جزئیات برای تحقق آن شرط نیست. در این سیستم صرف توافق و نقشه‌کشی بدون عمل عینی و بیرونی برای جرم کفایت می‌کند و نیازی به عملی کردن نقشه نیست رکن مادی، دومین رکن تشکیل‌دهنده جرم است. رکن اصلی رکن مادی، رفتار مجرمانه است که گاه به صورت فعل و گاه در شکل ترک فعل محقق می‌شود. در جرم تبانی، رفتار مجرمانه ایجابی است؛ یعنی با انجام فعل مثبت، محقق می‌شود. در نظام انگلوساکسون توافق رکن اساسی جرم تبانی شمرده می‌شود. منظور از توافق، تلاقی ذهن‌هاست و نیازی به ملاقات جسمی میان مرتکبین نیست. البته صرف مذاکره به معنای توافق نیست، بلکه حصول توافق اساسی برای تحقق جرم کافی است و مذاکره در جزئیات برای تحقق آن شرط نیست. در این سیستم، صرف توافق و نقشه‌کشی بدون عمل عینی و بیرونی برای جرم کفایت می‌کند و نیازی به عملی کردن نقشه نیست بدیهی است نحوه و شیوه توافق مهم نیست و توافق از طریق تلفن، ایمیل، فکس و اس.ام.اس. نیز مصداق توافق است. ارکان تبانی عبارت‌اند از: ۱- توافق ۲- وجود دو نفر یا بیشتر و ۳- فعل مشهود. البته ذکر این نکته لازم است که فعل مشهود در حقوق ایران برای تشکیل جرم تبانی لازم نیست.

۷-۱-۱- توافقی

در ایران قانونگذار در مواد مرتبط با تبانی در قوانین مجازات عمومی ۱۳۰۴، قانون تعزیرات ۱۳۶۲، و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ صرف توافقی را برای تحقق تبانی کافی دانسته است در حقوق ایران اگر یک طرف، علیرغم توافقی ظاهری با طرف دیگر، قصد به اجرا گذاشتن توافقی را نداشته باشد، شخص دیگر را نمیتوان به تبانی جزایی محکوم کرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۷۶).

۷-۱-۲- فعل مشهود

در ایران تبانی مستقل از جرم اصلی که مورد قصد مرتکبین است ارزیابی می‌شود. محکوم کردن دو یا چند نفر به تبانی برای ارتکاب جرم منوط به آن است که جرم مورد نظر ارتکاب نیافته باشد والا در صورت ارتکاب جرم توسط آن‌ها، باید آنها را فقط به ارتکاب جرم تام محکوم کرد و محکوم کردن آن‌ها به تبانی محملی نخواهد داشت در حقوق ایران نیازی به فعل مشهود به عنوان یکی از اجزای رکن مادی برای تحقق جرم تبانی نیست. اگرچه از نظر اثباتی، جرم تبانی ممکن است زمانی قابل احراز باشد که تبانی‌کنندگان اقداماتی را در عالم خارج انجام داده باشند که حاکی از توافقی پیشین آن‌ها باشد؛ موضوعی که بدون این اقدامات، احراز آن بسیار دشوار است، اما به عنوان یکی از عناصر جرم تبانی لازم نیست.

۷-۱-۳- وسیله تبانی

تأثیر وسیله در جرایم مختلف متفاوت است. گاه هیچ نقشی از حیث تحقق ماهیت جرم و یا میزان مجازات ندارد و گاه تنها در میزان مجازات موثر است و گاه در تحقق ماهیت جرم نقش دارد. جرم تبانی برای ارتکاب جرم علیه امنیت بخودی خود نیازمند وسیله خاصی نیست. بلکه توافقی می‌تواند کتبی، شفاهی و یا هر نوع عمل مادی باشد. این توافقی می‌تواند با واسطه‌یابی واسطه حاصل گردد.

در ایران جرم تبانی علیه امنیت یک جرم مانع است. زیرا هدف مقنن جلوگیری از ارتکاب اصل جرم علیه امنیت است. همچنین یک جرم مطلق است. زیرا صرفنظر از آنکه نتیجه خاصی از اقدامات تبانی‌کنندگان واقع شود، جرم مزبور بصورت کامل تحقق می‌یابد. در خصوص شق دوم ماده ۶۱۰ فراهم ساختن وسیله ارتکاب جرم، نتیجه مجرمانه نیست، بلکه جز رفتار مجرمانه است. همین که دو نفر بر اثر تبانی وسایل ارتکاب جرم علیه امنیت را فراهم نمایند، مشمول شق دوم ماده ۶۱۰ می‌شوند، خواه دیگری یا دیگران از آن وسایل در تحقق جرایم علیه امنیت استفاده کنند یا استفاده نکنند. بر این اساس رابطه سببیت هم منتفی است.

۷-۱-۴- زمان و شرایط تبانی

در ایران در جرم تبانی علیه امنیت اصولاً زمان موثر در قضیه نیست. با این وجود چنانچه وقوع جرم در زمان جنگ باشد موجب تشدید میزان مجازات مطابق ماده ۳۲ قانون مجازات نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ می‌شود.

در صورتی که وقوه جرم در داخل ایران مطابق ماده ۳ قانون مجازات اسلامی براساس اصل صلاحیت سرزمینی رسیدگی به موضوع در صلاحیت محاکم ایران می‌گیرد و در صورتی که جرم در خارج از قلمرو حاکمیت ایران رخ داده باشد، مستند به بند ۱ ماده ۵ قانون مجازات اسلامی و مطابق اصل صلاحیت واقعی موضوع در صلاحیت قضایی ایراد قرار دارد.

۷-۱-۵- شروع به جرم

شروع به تبانی قابل مجازات نیست زیرا قانونگذار به جرم بودن آن تصریح نکرده است. تبانی در جرم محال در سیستم حقوق ایران غیرقابل مجازات است در حقوق ایران با توجه به ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که شروع به جرم برای جرائم دارای تا حبس تعزیری درجه ۵ در نظر گرفته و باتوجه به ماده ۱۹ این قانون و همچنین مواد ۶۱۰ و ۶۱۱ قانون تعزیرات نیز امکان تحقق شروع به جرم در خصوص تبانی امکانپذیر است؛ با این وجود برخی از حقوقدانان بر این باورند رفتار مجرمانه در تبانی، توافقی است و شروع به توافقی متصور نیست؛ زیرا توافقی حاصل می‌شود یا خیر و حد وسطی برای آن وجود ندارد (میرمحمدصادقی،

۱۳۹۲) اما شروع به تبانی نیز امکانپذیر است. برای مثال اشخاص در یک محل تجمع کرده و در مورد ارتکاب جرم اصلی به بحث و تبادل نظر بپردازند اما به خاطر اختلاف در چگونگی انجام جرم مربوطه به توافق نرسند. به طور قطع این مقدار از اعمال انجام گرفته داخل در عملیات اجرایی جرم تبانی قرار خواهد گرفت (حسینی، ۱۳۹۶).

۷-۱-۶- ارتباط تبانی با دیگر جرائم

در حقوق ایران برای محکوم کردن فرد به جرم تبانی، نیازی به ارتکاب جرمی اصلی که موضوع تبانی بوده است اختلافی است به گونه‌ای که عده‌ای از حقوقدانان بر این باورند تعدد مادی در این حالت مصداق پیدا کرده و تبانی‌کنندگان مشمول مقررات تعدد مادی جرم می‌گردند. اما بعضی دیگر معتقدند در صورت ارتکاب جرم اصلی توسط آن‌ها باید آن‌ها را فقط به ارتکاب جرم تام محکوم کرد و محکوم کردن آن‌ها به تبانی محملی نخواهد داشت. در توجیه این نظر بیان شده که هدف از جرم‌انگاری تبانی، پیشگیری از ارتکاب جرم اصلی باشد. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲). حال که جرم اصلی ارتکاب یافته، هیچ دلیل موجهی برای شمول مقررات تعدد جرم وجود ندارد (الهام، سمیعی زنون، ۱۳۹۲).

۷-۲- رکن معنوی

از آنجا که اصل بر عمدی بودن جرائم است و غیرعمدی بودن آن نیاز به تصریح قانون دارد باید جرم تبانی را نیز از جرائم عمدی محسوب نمود. با این حال از آنجا که رکن مادی و معنوی جرم تبانی ملازم یکدیگر بوده و هر دو رکن یاد شده نسبت به تبانی برای ارتکاب جرم، در یک لحظه اتفاق می‌افتد تفکیک ارکان ذکر شده، چندان آسان به برای تحقق تبانی نظر نمی‌رسد لازم است که تبانی‌کنندگان با اراده خود وارد مذاکره و در نهایت، توافق شده باشند. در حقوق ایران چنانچه جرم مورد نظر تبانی‌کنندگان نیازمند «سوءنیت خاص» مثلاً قصد برهم زدن امنیت کشور باشد، این سوءنیت باید در تبانی‌کنندگان احراز شود تا بتوان آنها را به تبانی برای ارتکاب آن جرم محکوم کرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲).

رکن روانی یا حالت ذهنی مرتکب، اگر چه بعنوان رکن سوم جرم از آن یاد می‌کنند اما از لحاظ شکل‌گیری در مرتبه مقدم بر رکن مادی قرار دارد. در واقع رکن روانی جرم، قصد نقض قاعده کیفری است. وقتی قانون یک عمل یا ترک عمل را نهی و برای آن کیفر مقرر کرد قصد نقض این قانون، رکن روانی جرم را تشکیل می‌دهد. سوءنیت یا قصد جنایی یا قصد مجرمانه رکن روانی جرایم عمدی است و به دو قسمت تقسیم می‌شود: سوءنیت خاص اراده مرتکب به نتیجه مجرمانه و قصد فعل و تعلق اراده به آن است. سوءنیت خاص اراده مرتکب به نتیجه مجرمانه یا منظور بعدی مرتکب از فعل و آگاهی به اوضاع و احوال قضیه می‌باشد. در جرم تبانی علیه امنیت آنچه رکن روانی را شکل می‌دهد توافق برای ارتکاب جرم علیه امنیت کشور است (غلام جمشیدی و همکاران، ۱۳۹۲).

اصولاً چنانچه دو یا چند نفر اجتماع و توافق نمایند که مرتکب جرمی علیه امنیت کشور شوند، رکن روانی جرم تبانی علیه امنیت کشور تحقق یافته است. در جرم تبانی علیه امنیت کشور، قصد توافق، سوء نیت عام و قصد ارتکاب جرم علیه امنیت کشور، سوء نیت خاص می‌باشد. سوءنیت خاص از انگیزه مجزاست. به نظر می‌رسد نکته جالب توجه در باب رکن روانی جرم آن است که مرتکبین از ابتدا نباید قصد صرف تبانی را داشته باشند بلکه لازم است قصد ارتکاب اصل جرم علیه کشور را دارا باشند. در جرم تبانی علیه امنیت کشور انگیزه هم اخلال در امنیت کشور است. اصولاً انگیزه خارج از رکن روانی است یعنی بدون انگیزه می‌توان رکن روانی جرم را تحلیل کرد در حالیکه در جرم تبانی علیه امنیت کشور اگر قصد ارتکاب جرم علیه امنیت را برداریم، نمی‌توانیم رکن روانی جرم را تحلیل کرد. چرا که توافق جرم تبانی علیه امنیت کشور نیست. بنابراین صرف قصد توافق کافی برای تحقق رکن روانی جرم تبانی علیه امنیت کشور نیست بلکه لازم است توافق به قصد ارتکاب جرم علیه امنیت کشور حاصل گردد. اشتباه، شوخی، موافقت ظاهری بدون قصد اجرای توافق از موجبات مخدوش شدن رکن روانی و عدم تحقق جرم تبانی علیه امنیت کشور است.

بنابراین اگر کسی از روی شوخی یا آزمایش اعتقاد سیاسی طرف مقابل یا به تصور آن که عمل مورد توافق جرم نیست با دیگری توافق کند جرم تبانی علیه امنیت رخ نداده است. توافق مشروط، جرم تبانی را محقق

نمی‌سازد، بلکه در تبانی باید به طور منجز بر ارتکاب جرم توافق کنند. مرتکبین باید قصد توافق و تبانی و علم به جرم بودن موضوع توافق داشته باشند.

بنابراین اگر مرتکب جاهل به موضوع باشد، اما بعد متوجه سو نیت مرتکبین مبنی بر اخلال در امنیت کشور شود به علت فقد سو نیت خاص، مرتکب جرم نشده اس، از نظر طبقه بندی جرائم و جایگاه جرم تبانی علیه امنیت، این جرم یک جرم آنی است.

۷-۳- مجازات تبانی کننده

براساس ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی مرتکبین تبانی علیه امنیت کشور در صورتی که مشمول عنوان محاربه نباشند عبات است از ۲ سال تا ۵ سال زندان. چنانچه تبانی به عنوان محاربه قلمداد شود مرتکبین به مجازات محاربه مذکور در قانون مجازات اسلامی محکوم می گردند.

۷-۴- مجازات تبانی‌کنندگان در صورت برائت یکی از طرفین توافق

در ایران، مطابق ماده ۶۱۰ این شرط لازم نیست و صرف تبانی برای ارتکاب جرائم ضد امنیت داخلی یا خارجی جرم و قابل مجازات است. هر چند که ممکن است بر اساس ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مجازات آن‌ها تخفیف داده شود؛ اما در خصوص الزام به اطلاع دادن جرم به مقامات، چنین الزامی وجود ندارد و در صورت اطلاع تنها بر اساس ماده ۳۸ این قانون این امر میت‌اند از موجبات تخفیف مجازات آن‌ها باشد.

۷-۵- مرور زمان

مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت، [شکایت]، تعقیب جرم و یا اجرای حکم قطعی کیفری موقوف می‌شود؛ به عبارت دیگر هرگاه رسیدگی به جرم و یا اجرای حکم قطعی کیفری مدت معینی به عهده تعویق افتد، دیگر به آن جرم رسیدگی نشده و حکم قطعی در آن خصوص به موقع اجرا گذاشته نمی‌شود. در این صورت می‌گویند جرم مشمول مرور زمان شده است (آخوندی، ۱۳۸۹).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران، مواد ۱۰۵ تا ۱۱۳ را به این موضوع اختصاص داده است. بر اساس این مواد، چهار نوع مرور زمان در حقوق کیفری فعلی ایران پیش‌بینی شده است:

۱- مرور زمان شکایت؛ ۲- مرور زمان تعقیب؛ ۳- مرور زمان صدور حکم و ۴- مرور زمان اجرای مجازات. در رابطه با جرم تبانی، مرور زمان شکایت اصولاً قابل طرح نیست؛ زیرا این نوع مرور زمان مختص جرائم قابل گذشت است (ماده ۱۰۶) و ماده ۶۱۰ در ماده ۱۰۴ جزو جرائم قابل گذشت قرار نگرفته است. نکته حائز اهمیت این است که بر اساس ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی جرم. علیه امنیت داخلی و خارجی کشور. مشمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات نمی‌شوند.

۸- نتیجه‌گیری

در ایران تعریفی برای تبانی نداریم و تبانی علیه امنیت در حقوق ایران در ماده ۶۱۰ قانون تعزیرات بیان شده که شامل تبانی برای ارتکاب جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی بوده است. در ماده ۶۱۰ به صرف توافق برای ارتکاب جرم علیه امنیت داخلی و خارجی، افراد مشمول این ماده خواهند شد؛ تبانی‌کنندگان برای جرائم علیه امنیت ممکن است با مجازات محاربه روبه رو شوند؛ این در حالی است که با توجه به تعریف محاربه و کشیدن سلاح و اینکه تبانی‌کنندگان صرفاً توافق بر ارتکاب یک جرم دارند، صدق این عنوان در مورد تبانی‌کنندگان با تردید مواجه خواهد شد. همچنین با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شروع به جرم تبانی و همچنین تبانی برای ارتکاب جرم محال موضوعی قابل تصور است. با تشریح حقوق ایران در خصوص جرم تبانی، عناصر مادی این جرم شامل: ۱- توافق، ۲- دو نفر یا بیشتر و ۳- فعل مشهود و رکن معنوی این جرم علاوه بر قصد توافق، قصد عملی کردن آن است. البته ذکر این نکته لازم است که فعل مشهود در حقوق ایران برای تحقق جرم تبانی لازم نیست. همچنین در صورت انصراف تبانی‌کنندگان از ادامه جرم تبانی در حقوق ایران به قوت خود باقی می‌ماند. از بررسی به عمل آمده درخصوص جرم تبانی علیه امنیت مشخص گردید، ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، با عرف و رویه جاری و استانداردهای

بین‌المللی در این زمینه مطابقت ندارد. تعیین مجازات بدون جام‌نگری و عدم توجه به آثار و تبعات آن در مقایسه با حالت‌های مختلف، در ایران قابل‌تأمل است لذا نکات زیر را به عنوان پیشنهاد برای اصلاح وضعیت تقنینی مطرح می‌کنیم: در حقوق ایران در بسیاری از مواد قانونی در مجازات جرم تبانی هم ابهام وجود دارد و مقنن بدون هیچگونه توضیحی در برخی از موارد مجازات سنگینی محارب را برای تبانی-کنندگان در نظر گرفته است. به نظر می‌رسد که قانونگذار قبل از هر اقدامی، ابهامات مواد قانونی را اصلاح و تبانی را به طور شفاف تعریف کند و مشخص نماید که تبانی برای ارتکاب چه جرائمی، جرم و درجه جرم آن و مجازات آن چیست.

همچنین از دیدگاه سیاست جنایی، معافیت از مجازات برای کسی که ارتکاب جرم علیه امنیت را قبول کرده و به افشای عملیات پرداخته و باعث کشف جرم، قبل از ارتکاب و انصراف افراد می‌شود. تخفیفی قابل‌شود که این موضوع نیز از دیدگاه مقنن پوشیده مانده است. لذا پیشنهاد می‌گردد همکاری مرتکبین با قضات و ضابطین به عنوان تخفیف قانونی در قوانین مربوط مستند شود.

منابع

- ۱- آخوندی، محمود (۱۳۸۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- ۲- الهام، غلامحسین، سمیعی زنوز، حسین، (۱۳۹۲)، جرم تبانی علیه اعراض، اموال و نفوس مردم، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی
- ۳- براندون، استیو، مروری بر حقوق جزای انگلستان، ۱۳۷۵، ترجمه حسین میر صادقی، چ ۱، نشر حقوق
- ۴- حبیب زاده، محمد جعفر، مومنی، مهدی، (۱۳۸۹)، جرم تبانی علیه امنیت کشور در حقوق ایران، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دانشگاه تربیت مدرس، دوزه چهاردهم، شماره دوم
- ۵- حسنی، سارا، (۱۳۹۶)، بررسی تطبیقی جرم تبانی در حقوق ایران و انگلستان، فصلنامه مطالعات حقوق، شماره چهاردهم
- ۶- حکیمی‌ها، سعید، جودکی، بهزاد، غنی، کیوان، (۱۳۹۶)، بررسی جرم تبانی در حقوقی کیفری ایران و آمریکا، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره نهم، شماره دوم
- ۷- حیدری، محمد علی، شریعت‌زاده، میترا، شرط تبانی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، دو فصلنامه علمی- اختصاصی معارف فقه علوی، سال اول، ۵-۲۰
- ۸- خرم شاهی، بهاء‌الدین، دانشنامه قرآن و قرآن پژوهی، جلد ۲، انتشارات ناهید، ۱۳۷۷
- ۹- سمیعی زنوز، حسین. پایان‌نامه بررسی تطبیقی جرم تبانی در حقوق کیفری ایران و انگلیس. گرایش حقوق جزا و جرم‌شناسی. دانشگاه تهران: شهریور. ۱۳۹۰. ص ۱۵۴
- ۱۰- طباطبایی، محمد حسین، (۱۳۶۳)، ترجمه موسوی همدانی، تفسیر المیزان، جلد ۹، انتشارات اسلامی قم
- ۱۱- عبداللهی، حجت، (۱۳۸۴)، بررسی تطبیقی تبانی در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم
- ۱۲- عبداللهی، حجت، (۱۳۸۴)، بررسی تطبیقی تبانی در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم
- ۱۳- غلام جمشیدی، محمدصادق، جمشیدی، سلم، جریانی، حمید، یزدی خواه، مهدی السادات، (۱۳۹۲)، فصلنامه دانش انتظامی، سال شانزدهم، شماره اول
- ۱۴- فلچر، جورج پی. مفاهیم بنیادین حقوق کیفری. مهدی سیدزاده. مشهد: دانشگاه رضوی؛ ۱۳۸۴. ص ۳۲۲
- ۱۵- مجیدی، سید محمود (۱۳۸۶). حقوق کیفری اختصاصی. جرایم علیه امنیت. تهران: نشر میزان؛ ص ۸۰

- ۱۶- معین، محمد، فرهنگ معین، امیر کبیر، تهران، چاپ اول
۱۷- مومنی، مهدی حبیب زاده، جعفر (۱۳۸۹). جرم تبانی علیه امنیت کشور در حقوق ایران. پژوهش-
های حقوق تطبیقی (مدرس علوم انسانی). شماره ۶۷.
۱۷- میرمحمد صادقی، حسین. جرایم علیه امنیت. تهران: نشر میزان؛ چاپ دوازدهم. زمستان ۱۳۸۷.
ص ۲۱۸.

18- Deakin, J, Markesinis M, Deakin's, (۲۰۰۳), Tort Law, Oxford University Press, ۵th edition ,

19- <https://thelawdictionary.org/collusion>

الزامات تساوی سلاح‌ها در رفتار دادستان و متهم؛ با نگاهی به جرایم اقتصادی

عبدالحمید شریفی^۱، دکتر مهدی شیدائیان^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم
۲- استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران و استاد مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم

چکیده

اصل تساوی سلاح‌ها به معنای فراهم نمودن حقوق مساوی برای طرفین دعوا جهت برقراری دادرسی‌ای عادلانه می‌باشد؛ به گونه‌ای که هر یک از طرفین دعوا بتواند ادعا یا دفاع خود را در شرایطی مشابه یا برابر با طرف دیگر دعوا مطرح نماید؛ این اصل، برای اولین بار در کمیسیون اروپایی حقوق بشر به کار گرفته شد و امروزه در عمده نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و بر همه انواع دادرسی؛ اعم از حقوقی، کیفری و اداری حاکمیت پیدا کرده است. در جرایم عادی و خیابانی که اغلب، متهم، فاقد ابزارها و امکانات دفاعی لازم است اقتضای تساوی سلاح‌ها، برقراری امکانات و حقوق دفاعی ضروری برای متهم، به منظور حمایت از وی در مقابل دادستان می‌باشد که از کلیه امکانات لازم جهت تعقیب دعوی علیه متهم برخوردار است؛ لکن در جرایم اقتصادی به لحاظ اینکه متهمان جزو گروه مجرمان یقه سفید، و از صاحبان زر و زور هستند و از اقتدار و نفوذ بالایی برخوردارند دادستان در موضعی انفعالی در مقابل آنان قرار دارد و اصل تساوی سلاح‌ها ایجاب می‌کند بجای حمایت از متهم، حقوق و ابزارهای قانونی دادستان مورد گسترش و تقویت قرار گیرد تا بدین وسیله امکان کشف جرایم اقتصادی و تعقیب متهمان آن برای دادستان یا مقام تعقیب فراهم شود. **واژگان کلیدی:** اصل تساوی سلاح‌ها، دادستان، متهم، جرایم اقتصادی.

* نویسنده مسئول m_sheidaeian@ut.ac.ir

مقدمه و بیان مساله

یکی از مهمترین دغدغه‌های بشریت در تمام جوامع انسانی، اجرای عدالت است و همواره، فهم عموم و متعارف از عدالت، برقراری مساوات بین مردم در مقابل قانون و ایجاد فرصت‌های برابر، بدون لحاظ کردن موقعیت اجتماعی یا سیاسی آنان است؛ در حقوق کیفری، یکی از زمینه‌های اجرای عدالت و به تبع آن، اصل مساوات در برابر قانون، با عنوان «دادرسی عادلانه یا منصفانه» مطرح می‌شود؛ اصل تساوی سلاح‌ها یکی از مصادیق بارز اصل مساوات در فرآیند دادرسی و از ارکان بنیادی دادرسی عادلانه محسوب می‌شود و بدین معناست که هر یک از طرف‌های دعوا باید بتواند ادعا یا دفاع خود را در شرایطی مشابه یا برابر با طرف دیگر مطرح نماید؛ این اصل، جایگاه ویژه‌ای را در حقوق کشورهای مختلف به خود اختصاص داده است و پذیرش آن، در واقع، متأثر از «الگوی جهانی دادرسی عادلانه است» است؛ این الگوی جهانی، بر پایه‌ی توافقی کردن هر چه بیشتر دادرسی به ویژه در مرحله‌ی تحقیقات مقدماتی و دادن امکانات برابر به همه‌ی طرف‌های دعوا و در نتیجه، گرایش به سوی یک نظام اتهامی^۲ شکل گرفته است (ساقیان، ۱۳۸۵، ۸۰). دادرسی ای عادلانه که در آن متهم در وضعیتی برابر با دادستان قرار می‌گیرد تا بتواند در برابر آن از خود دفاع نماید. (بیگی، ۱۳۹۲، ۴۸۷).

با اندکی تأمل در بحث‌های حقوقدانان پیرامون اصل تساوی سلاح‌ها، می‌توان دریافت که تکیه بحث در اصل مذکور بر تقویت حقوق دفاعی متهم به منظور متناسب کردن آن با اختیارات و امکانات دادستان قرار گرفته است؛ زیرا اعتقاد غالب بر این است که متهم، در مقابل دادستان که مجهز به تمامی امکانات گسترده و پیشرفته برای تعقیب متهم می‌باشد فاقد امکانات و حقوق دفاعی ضروری است؛ از این اندیشه غالب می‌توان به «رویکرد سنتی اصل مذکور» یاد کرد که در رفتار میان دادستان و متهمان در جرایم عادی صدق می‌کند؛ اما در جرایم اقتصادی که طرف مقابل دادستان، متهمانی محترم و عمدتاً قدرتمند و دارای موقعیت بالای اجتماعی و اقتصادی قرار دارند و به لحاظ برخورداری از زر و زور، براحتی می‌توانند امکانات و ابزارهای قانونی دادستان را دور زده و خود را از تعقیب و محاکمه خلاص نمایند رویکرد سنتی اصل تساوی سلاح‌ها نمی‌تواند متضمن مساوات و تعادل در رابطه بین طرفین دعوا باشد و مستلزم تغییر و تحول به رویکردی نوین در جهت توسعه و تقویت ابزارهای قانونی و گسترش اختیارات دادستان در تعقیب جرایم اقتصادی و متهمان به ارتکاب آن می‌باشد تا با حمایت از دادستان و کنترل نفوذ و قدرت متهمان به جرایم اقتصادی بتوان امکان تعقیب و اجرای عدالت در مورد آنان را فراهم و موازنه قوا یا تساوی سلاح‌ها میان طرفین را برقرار ساخت؛ حال باید دید تحقق رویکرد نوین اصل تساوی سلاح‌ها و به عبارت روشن‌تر، برقراری موازنه قوا میان دادستان و متهمان در جرایم اقتصادی چه ساز و کارهای حقوقی را لازم دارد؟ این مجموعه تحقیق در پی پاسخ به سوال مذکور و بررسی این ساز و کارهای حقوقی است و آن را تحت عنوان الزامات تساوی سلاح‌ها در رفتار دادستان و متهمان در جرایم اقتصادی مطالعه می‌نماید.

اهمیت و ضرورت تحقیق

جرایم اقتصادی بویژه در سطح کلان آن، واجد آثار مخرب زیادی بر اوضاع اقتصادی و اجتماعی افراد جامعه بوده و موجب توزیع نابرابر ثروت و فساد اقتصادی و بی‌عدالتی در اجتماع می‌شود و قربانیان زیادی را در بر می‌گیرد؛ از این رو کنترل این جرایم و تعقیب متهمان به ارتکاب آن بیش از متهمان دیگر ضروری می‌نماید؛ از طرف دیگر، عمدتاً کسانی مرتکب جرایم اقتصادی در سطح کلان می‌شوند که دارای موقعیت شغلی و احترام در جامعه بوده یا مرتبط با افراد دارای موقعیت بالای اجتماعی و سیاسی است و به تبع این جایگاه، به منابع تولید و ثروت دسترسی دارد و بستر ارتکاب این جرایم برای آنان فراهم است. گستره بیش از حد جرایم اقتصادی از یک طرف و برخورداری مرتکبان این جرایم از پشتوانه اجتماعی و اقتصادی و

1. Fair trial

2. Accusational system

امکانات قدت و نفوذ - هم در جهت ارتکاب جرم و هم در جهت امحای آثار و دلایل جرم و جلوگیری از گزارش وقوع آن - امر کشف جرم و تعقیب مرتکبان آن را بر دادستان دشوار می‌نماید و دادستان هرگز نمی‌تواند با آیین دادرسی و ابزارهای سنتی، تعقیب دعوا علیه متهمان در جرایم اقتصادی را به سرانجام برساند مگر اینکه الزامات قانونی و حقوقی خاصی که متفاوت با تعقیب جرایم عادی باشد در اختیار داشته باشد تا با بکار بستن آن، در موقعیتی متوازن با متهم قرار بگیرد و بتواند دعوی خود علیه متهم را در شرایطی برابر مطرح نماید. از این رو اهمیت شناسایی و کاربرد این الزامات به منظور برقراری تساوی سلاح‌ها جهت تعقیب متهمان در جرایم اقتصادی آشکار می‌شود تا مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

تبیین مفاهیم

مفهوم اصل تساوی سلاح‌ها

بررسی پیشینه تاریخی اصل تساوی سلاح‌ها نشان می‌دهد که اصل مذکور بر پایه بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، وضع شده است؛ طبق بند مذکور: «هر کس حق دارد تا دعوایش به طور منصفانه، علنی و در یک مهلت منطقی به وسیله یک دادگاه قانونی، مستقل و بی طرف که در مورد دعوی نسبت به حقوق و تعهدات دارای خصوصیت مدنی وی و یا به جهت هرگونه اتهام علیه او در حوزه کیفری رسیدگی خواهد کرد، مورد استماع قرار گیرد...». حقوقدانان غربی واژه «انصاف» در ماده ۶ کنوانسیون مذکور را به «تساوی سلاح بین طرفین دعوا» تعبیر کرده‌اند (آشوری، ۱۳۸۳: ۳۲۷)؛ در واقع، مفهوم دادرسی منصفانه یا عادلانه در ماده یاد شده، به اصل تساوی سلاح‌ها تعبیر شده است و همین مفهوم در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر دیگر؛ نظیر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (بند ۱ ماده ۱۴ و ۲۶)، اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۱۰)، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (ماده ۸) و منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها (ماده ۷) به عنوان یکی از حق‌های بنیادین مورد اشاره قرار گرفته است که به تساوی سلاح‌ها تعبیر می‌شود؛ در رویه قضایی هم، اصل تساوی سلاح‌ها از واژه انصاف یا مفهوم دادرسی عادلانه استنباط شده است؛ همان طور که کمیسیون اروپایی حقوق بشر با الهام از بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در پرونده «شو آبوویچ»^۱ علیه سوئد در رأی مورخ ۳۰ ژوئن ۱۹۵۹ ابراز داشته است: «انصاف (حق بهره‌مندی از دادرسی عادلانه) اقتضاء می‌کند که هر یک از طرفین دعوا بتواند از خود - چه در امور کیفری و چه در امور حقوقی - در شرایطی دفاع نماید که او را در روند دادرسی نسبت به طرف مقابل خود به گونه ای اساسی در وضعیت نامساعدتری قرار ندهد». همینطور، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده «نایدراست هوبر» علیه سوئیس در رأی مورخ ۱۸ فوریه ۱۹۹۷ در تشریح اصل تساوی بیان داشته است: «به هر طرف دعوا باید فرصت معقولی جهت طرح دعوی خود - از جمله فرصت ارائه دلیل و مدارک - در شرایطی که وی را نسبت به طرف دیگر دعوا در وضعیت نامساعدتری (نابرابری) قرار ندهد داده شود».

نتیجه آن که، براساس پیشینه تاریخی و رویه قضایی، تساوی سلاح‌ها میان اصحاب دعوا از دادرسی منصفانه یا عادلانه اتخاذ شده و به عبارتی، انصاف و عدالت ایجاب می‌کند که طرفین دعوا از حقوق مساوی برخوردار باشند. در غیر این صورت، مبارزه منصفانه‌ای میان رقبا (طرفین دعوا) وجود نخواهد داشت و ناظران نسبت به نتیجه متقاعد نخواهند شد

(Cassese, 2003: 396). اما باید توجه داشت مساوات یا برابری طرفین دعوا، به معنای برخورداری

آنان از وسایل و منابع مساوی نیست و رفتار برابر، مستلزم آن نیست که چیزی را که فقط یک طرف نیاز دارد دیگری هم دریافت کند (فضائلی، ۱۳۹۴: ۳۳۰). بلکه بنا به قاعده انصاف یا اقتضای عدالت؛ «برابری، متضمن آن است که هر طرف باید فرصت معقول برای ارائه پرونده خود؛ از جمله ادله را بیابد به گونه‌ای که وی را در وضع اساساً نامساعدی در برابر طرفش قرار ندهد». بنابراین، منظور از تساوی سلاح‌ها، برابری طرفین دعوا در استفاده از همه وسایل، منابع و امکانات نیست (آشوری، ۱۳۸۷: ۱۲) و نباید اینگونه تفسیر

1. Swzabowicz

1. Niderost-huber

2. See, ECTHR 18 February 1997, Niderost-Huber v Switzerland, m appl. no. 18990/91, Para. 23.

شود که متهم، مستحق همان ابزار و منابع تحت تصرف دادستان است. بلکه مقصود از این اصل، آن است که طرفین از امکانات کافی برای بیان و عرضه دفاعیات خود برخوردار باشند^۳، و بر این اساس، اصل تساوی سلاح‌ها باید در معنای ایجاد توازن و تعادل بین طرفین دعوا به گونه‌ای که یک طرف دعوا در وضعیت نامناسبی از جهت حقوق و ابزار دفاعی و اثبات ادعا در مقابل طرف دیگر قرار نگیرد تعبیر شود؛ با این اوصاف، بهتر است به جای عبارت «اصل تساوی سلاح‌ها»، «اصل موازنه قوا» را بکار برد تا شائبه لزوم بهره‌مندی طرفین دعوا از وسایل و امکانات مساوی و مثل هم، به استناد اصل مذکور رفع شود.

مفهوم جرم اقتصادی

تبیین مفهوم جرم اقتصادی از این جهت ضروری است که شناخت آن به شناسایی مجرمان اقتصادی و اتخاذ سیاست کیفری هوشمندانه در مقابل آنان کمک می‌نماید. تعریفی در خصوص جرایم اقتصادی در قوانین و اسناد حقوقی ارایه نگردیده و تنها مصادیق آن بیان شده اند^۴ و به دلیل ماهیت پیچیده‌ای که دارند، حقوقدانان نیز از آن تعریف یکسانی بدست نداده اند؛ برخی جرایم اقتصادی را جرایم صاحبان قدرت؛ نظیر نقض قوانین شرکت‌ها، تخریب محیط زیست، کلاهبرداری و مانند آن دانسته‌اند (سلیمی، ۱۳۸۳: ۶۷)؛ عده‌ای جرایم اقتصادی را جرایمی می‌دانند که علیه نظام تولید، توزیع یا مصرف اقتصادی، به وقوع بپیوندد (مهدوی پور، ۱۳۹۵: ۳۷)؛ برخی در تعریف این جرم گفته‌اند جرایم اقتصادی اعمال ممنوعه‌ای هستند که به منافع اقتصادی مورد حمایت جامعه صدمه وارد کرده و آن را به خطر می‌اندازند (همان: ۳۸)؛ بعضی دیگر این جرایم را جرایمی نامیده‌اند که با قوانین و مقررات جنایی و اقتصادی که وجوه مختلف فعالیت‌های اقتصادی را تنظیم می‌نماید در تعارض هستند و در نهایت مصلحت عامه را با خطر مواجه می‌سازد (عشماوی، ۱۳۸۶: ۱۶-۱۸)؛ در تعریفی دیگر جرایم اقتصادی جرایمی تلقی شده‌اند که در قوانین مربوط به حمایت از فعالیت‌های اقتصادی آمده است؛ اعم از اینکه در قانون جرایم اقتصادی پیش‌بینی شده باشد یا در قوانین متفرقه‌ای که فعالیت‌های اقتصادی را تنظیم می‌کند (زرعت، ۱۳۹۱: ۱۲)؛ بدیهی است هیچکدام از این تعاریف، دقیق نبوده و همگی، واجد ایرادات عمده‌ای هستند؛ از جمله اینکه دامنه و محدوده جرایم اقتصادی را مشخص ننموده‌اند. به عنوان جامع‌ترین تعریف می‌توان گفت جرایم {مفاسد} اقتصادی به جرایم علیه تمامیت اموال عمومی و دولتی گفته می‌شود که باعث ایجاد اختلال در نظام اقتصادی کشور در سطح کلان می‌گردد و با خارج ساختن امور اقتصادی از مجرای صحیح و سالم خود، منجر به دارا شدن غیر عادلانه و تحویل ثروت‌های کلان توسط عده قلیلی از اشخاص یا کسانی شده است که به واسطه بهره‌مندی از قدرت سیاسی یا ارتباط با مقامات سیاسی و نیز با سوءاستفاده از منابع اطلاعاتی و سیاسی و اقتصادی و طرق مختلف دیگر دارای امکان و موقعیت تحصیل ثروت نامشروع از اموال عمومی یا دولتی یا از فرصت‌های غیر قانونی و تبعیض‌آمیز می‌باشند (اعظمی مقدم، ۱۳۹۰: ۶۲).

3. See Prosecutor v. Clement Kayishema and obed Ruzindana, ICTR .ch.II.21May 1999, paras. 55-64

۱. قانونگذار ایرانی از تعریف جرایم اقتصادی اجتناب نموده و تنها به ذکر مصادیق آن پرداخته است؛ بند ب ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تعیین مصادیق جرایم اقتصادی مقرر می‌دارد: «جرایم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرایم موضوع تبصره ماده (۳۶) این قانون با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده». ماده ۳۶ آن قانون نیز در خصوص انتشار حکم محکومیت قطعی برخی از جرایم است که در تبصره آن، انتشار حکم قطعی سیزده دسته از جرایم را که میزان مال موضوع جرم، یک میلیارد یا بیشتر از آن باشد، به صورت الزامی مورد حکم قرار داده است که وفق بند «ب» ماده ۱۰۹ قانون مذکور این سیزده جرم به همراه کلاهبرداری، ذیل عنوان «جرایم اقتصادی» قرار گرفته‌اند که عبارتند از: «الف- رشا و ارتشا، ب- اختلاس، پ- اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری، ت- مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، ث- تبانی در معاملات دولتی، ج- اخذ پورسانت در معاملات خارجی، چ- تعدیات مأموران دولتی نسبت به دولت، ح- جرایم گمرکی، خ- قاچاق کالا و ارز، د- جرایم مالیاتی، ذ- پولشویی، ر- اختلال در نظام اقتصادی کشور، ز- تصرف غیر قانونی در اموال عمومی و دولتی».

یکی از مزایای این تعریف این است که جرایم اقتصادی در سطح کلان و موجب اختلال در نظام اقتصادی کشور را مورد توجه قرار می‌دهد و از این جهت، جرایم اقتصادی و مالی؛ نظیر کلاهبرداری ساده ارتكابی را از محدوده تعریف خارج می‌نماید؛ مزیت دیگر این تعریف، اینکه تبیین می‌کند که این جرایم عمدتاً از سوی صاحبان موقعیت و قدرت سیاسی یا اطلاعاتی یا اقتصادی ارتكاب می‌شود نه مجرمان خیابانی؛ به عبارت دیگر، جرم اقتصادی به وسیله نوع خاصی از اشخاص ارتكاب می‌یابد که دارای موقعیت اجتماعی برتر هستند و از این جهت این تعریف از جرایم اقتصادی، ما را در شناخت مجرمان اقتصادی و مبنی بر این که دارای جایگاه اجتماعی و اقتصادی والا هستند و تحلیل ساز و کارها یا الزامات اصل تساوی سلاح‌ها در قبال آنان و دادستان یاری می‌نماید.

تبیین الزامات

منظور از طرح این بحث، ساز و کارهای حقوقی است که بتوان با بکار بستن آن، تعقیب مجرمان اقتصادی را فراهم و اصل تساوی سلاح‌ها را در جرایم اقتصادی - یعنی میان دادستان و متهمان به ارتكاب این جرایم - برقرار ساخت که ذیلاً به بعضی از این ساز و کارها یا الزامات اشاره می‌نماییم.

عدول از اصل برائت (معکوس شدن بار اثبات)

یکی از دشوارترین موضوعاتی که دادستان و مقامات تعقیب در پرونده‌های مشتمل بر جرایم اقتصادی با آن مواجه هستند بار اثبات است؛ از یک طرف، مطابق اصل برائت یا فرض بی‌گناهی، دادستان ملزم به تحصیل و ارائه دلیل و اثبات بزه انتسابی به متهم است؛ در نتیجه متهم مکلف به ارائه دلیل بر بی‌گناهی خود نیست.

(شمس ناتری، ۱۳۹۱: ۲۸۹) از طرف دیگر، جرایم اقتصادی عمدتاً جرایمی با دامنه وسیع و پیچیده بوده و اغلب مرتکبان آن در موقعیتی قرار دارند که سد راه تحقیقات شده و ادله را تخریب یا پنهان می‌کنند. فساد شایع ناشی از جرایم اقتصادی، نهادهای تحقیق و تعقیب را در زمینه گردآوری ادله و اثبات اعتبار آن، تضعیف می‌کند (مهدوی پور، همان: ۲۹۵). بدیهی است در چنین جرایمی، اصل برائت به حمایت از متهمانی که در موقعیتی برتر در مقابل دادستان قرار داشته و نیاز به حمایت ندارند می‌پردازد و کفه ترازوی عدالت را به نفع متهمان به جرایم اقتصادی بالا برده و به عبارت روشن‌تر اصل تساوی سلاح‌ها را به ضرر دادستان نقض می‌نماید. از این رو، در چنین مواردی، یکی از الزامات و تمهیدات برای برقراری اصل تساوی سلاح‌ها میان دادستان و متهمان به جرایم اقتصادی، عدول از اصل برائت است؛ عدول از اصل برائت، به طور عمده، در جاهایی بیشتر مطرح می‌شود که نخست ارتكاب جرم موجب صدمه‌ای شدید به جامعه شده یا تهدیدی جدی علیه آن تلقی گردد و دوم، اثبات جرم از سوی دادستان و مقام تعقیب به سبب پیچیدگی‌های خاص جرم ارتكابی امکانپذیر نباشد (شمس ناتری، همان: ۲۹۳) که این ویژگی‌ها در جرایم اقتصادی به نحو بارزی وجود دارد؛ به عبارت دیگر، عدول از اصل برائت به پیچیدگی ارتكاب برخی جرایم در دنیای کنونی [نظیر جرایم اقتصادی و مصادیق متعدد آن] برمی‌گردد. پیشرفت تکنولوژی، ضمن آنکه رفاه مادی را برای انسان به ارمغان آورده است مشکلاتی را نیز برای پلیس و تشکیلات کیفری از جهت کشف جرم ایجاد نموده است. بموازات ترقی و پیشرفت پلیس در بهبود شیوه‌های کشف جرم، متخلفان نیز برای پیچیده ساختن کشف آن تلاش می‌کنند و حتی می‌توان گفت تبهکاران پیشروتر از پلیس عمل می‌کنند (رحمدل، ۱۳۸۶: ۱۱۵-۱۱۴). به همین جهت می‌بینیم که قوانین کشورهای مختلف، با اتخاذ سیاست جنایی امنیت مدار، اصل برائت در پاره‌ای از جرایم مهم و سازمان یافته؛ نظیر قاچاق مواد مخدر و پول شویی عدول کرده‌اند؛ نظیر قوانین جزایی فرانسه و آلمان که درباره اموال مشکوک و پولشویی فرض مجرمیت بر اصل برائت مقدم شمرده شده است به گونه‌ای که اگر متهم نتواند منشأ مشروع اموال مشکوک خود را اثبات کند، این اموال مصادره خواهد شد و بر متهم است که بی‌گناهی خویش را در دادگاه به اثبات برساند. قانون قاچاق مواد مخدر آمریکا مصوب ۲۰۰۶^۱، نیز برخلاف اصلاحیه چهارم و پنجم قانون اساسی آمریکا، فرض

اماره مجرمیت را پذیرفته و بار اثبات را در مورد عدم صحت اتهامات بر دوش متهم قرار داده است (قپانچی و دانش ناری، ۱۳۹۱: ۱۷۷).

همینطور، اسناد بین‌المللی؛ نظیر کنوانسیون مریدا و پالمو؛ به کشورهای عضو پیشنهاد نموده‌اند که در پاره‌ای جرایم خاص؛ مانند پولشویی و قاچاق مواد مخدر - بخصوص در شکل سازمان یافته آن - که وجود قوانین و شواهد، ظن ارتکاب جرم توسط متهم را تقویت می‌نماید و نیز در مواردی که حفظ مصالح عالیه ایجاب می‌نماید اقدام به محدود سازی قلمرو اعمال اصل برائت یا تقدم فرض مجرمیت بر این اصل نمایند (شاملو و مرادی، ۱۳۹۲: ۱۱۹).

البته در حقوق کیفری ایران، قانونگذار، در خصوص تطهیر پول و سرمایه‌های نامشروع، توجهی به فرض مجرمیت ننموده و در مورد اموال و سرمایه‌های مشکوک موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی، اصل برائت را به طور مطلق جاری کرده است در حالی که تقدم فرض مجرمیت بر اصل برائت در مورد اینگونه اموال منطقی‌تر و به عدالت حقوقی نزدیک‌تر می‌باشد (شمس ناتری، همان: ۲۹۷). همین طور، در قانون مبارزه با پولشویی نیز، به لحاظ عدم تصریح به اماره مجرمیت در خصوص جرم پولشویی، در واقع اصل برائت را به طور ضمنی مورد پذیرش قرار داده است.

بهر حال، عدول از اصل برائت موجد اثر مهمی بنام «معکوس شدن بار اثبات» است؛ بدین معنا که عدول از اصل برائت، بار اثبات دلیل را از عهده مقام تعقیب بر می‌دارد و بر عهده متهم قرار می‌دهد و بدین وسیله، موجب تحدید در حقوق دفاعی متهمان شده و آنان را در موضع ضعف قرار می‌دهد. که این امر در تعقیب جرایم اقتصادی موجب تحقق تساوی سلاح‌ها در قبال متهمان می‌شود؛ به عبارت دیگر، عدول از اصل برائت که اثر آن «معکوس شدن بار اثبات» می‌باشد با کاستن از ضعف مقام تعقیب و قدرت متهمان به جرایم اقتصادی، زمینه را برای تحقق تساوی سلاح‌ها میان طرف‌های دعوای کیفری فراهم می‌نماید.

اما نکته قابل توجه، اینکه «معکوس کردن بار اثبات» - همان طور که دادگاه اروپایی حقوق بشر معتقد است - باید تابع اصل قانونمندی باشد و بدون تصریح قانون نمی‌توان براساس عرف قضایی یا پلیسی نسبت به معکوس کردن بار اثبات اقدام نموده و ضوابط مربوط به آن باید محدود به موارد خاص باشد و امری استثنایی تلقی شود و نباید به عنوان یک اصل محسوب می‌شود؛ بلکه باید به عنوان یک اماره نسبی تلقی گردد که در هر حال، متهم بتواند خلاف آن را ثابت نماید. به علاوه، عبارات قانونی دال بر فرض مجرمیت یا معکوس کردن بار اثبات، باید عاری از هرگونه ابهام باشد و موارد مجاز نیز باید با قیود و شرایطی منطقی محدود گردد (قربانی، ۱۳۸۶: ۲۲۵).

در واقع تا هنگامی که متهم در دژ محکم برائت پنهان باشد هزینه کشف و اثبات جرم بر عهده کنشگران عدالت کیفری [از جمله دادستان] است و این امر موجب ایجاد هزینه‌های مازاد می‌گردد؛ از این رو با جابجایی بار اثبات، هزینه عدم اثبات جرم بر عهده متهم قرار داده می‌شود (جعفریان سوته، ۱۳۹۴: ۴۵) و بدین وسیله با معافیت دادستان از اثبات عناصر تشکیل دهنده جرم در قبال متهمان به جرایم اقتصادی امکان تحقق تساوی سلاح‌ها بین طرف‌های دعوای کیفری میسر می‌شود.

تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در مقام دادستان

تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در مقام دادستان، عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق است و بدین معناست که باید با حذف بازپرس که مقام تحقیق است اختیار امر تحقیق را به دادستان که مسؤول تعقیب و اقامه دعوای عمومی است سپرد تا به تبع آن در قبال متهمان به جرایم اقتصادی بتواند

۲. طبق بند ۷ ماده ۵ کنوانسیون پالمو: «هر یک از اعضاء می‌تواند ترتیباتی فراهم نماید که بار اثبات دلیل در رابطه با منشا قانونی عواید و یا سایر اموال ادعایی در معرض ضبط، به میزانی که چنین اقداماتی با اصول حقوق داخلی و طبع تشریفات قضایی و غیره آن در انطباق می‌باشد معکوس گردد». و طبق بند ۷ ماده ۱۲ این کنوانسیون: «دولت‌های عضو می‌توانند الزام شخص به ادای توضیح درباره مشروعیت منشا درآمدهای مورد اتهام جرم یا دیگر اموال در معرض مصادره را مورد توجه قرار دهند» نظیر همین مضمون در بند ۸ ماده ۳۱ کنوانسیون مریدا بیان شده است.

رسالت خود را در کشف جرم اقتصادی و تعقیب مرتکبان آن به نحو موثر انجام دهد؛ به عبارت روشنتر، باید به دادستان یا مقام تعقیب که در قبال بزهکاران اقتصادی در موضعی انفعالی و موقعیتی ضعیف قرار دارد اجازه دخالت در امر تحقیق داد تا به تبع نتایج و آثار ناشی از این اختیار، بتواند اقتدار و نفوذ بالای این دسته از بزهکاران و آثار منفی ناشی از آن را کنترل و تعادل و توازن بین خود و طرف دعوای خود را برقرار نماید. تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در شخص دادستان موجب دو اثر مهم است که به او در مقابل بزهکاران اقتصادی اقتدار می‌بخشد و برقراری تساوی سلاح‌ها میان دادستان و این دسته از بزهکاران را موجب می‌شود.

اثر اول تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در مقام دادستان، ایجاد انسجام و یکپارچگی در مرحله تحقیقات مقدماتی و تسریع در آن می‌باشد (باقری نژاد، ۱۳۹۴: ۲۶۳). تسریع در انجام تحقیقات مقدماتی، از جهت سلب فرصت زمانی از مجرمان اقتصادی در از بین بردن آثار و دلایل جرم، یکی از عوامل تقویت تساوی سلاح‌ها میان دادستان و متهمان است هر چند جرایم اقتصادی بلحاظ پیچیده بودن و دارا بودن مرتکبان با ویژگی‌های خاص، نیاز به دقت و تیزبینی دارد و اقتضای دادرسی عادلانه و دقیق، طولانی بودن رسیدگی به این جرایم است لکن عدم تسریع در رسیدگی به این جرایم، خود فرصتی برای اعمال نفوذ از ناحیه مجرمان اقتصادی را فراهم می‌نماید؛ توضیح آنکه عدم سرعت و انسجام در رسیدگی به دعوای کیفری، به طور معمول، موجب از بین رفتن آثار و دلایل جرم شده و یا آن را از قابلیت استناد برای اثبات بزهکاری متهم خارج می‌نماید؛ بویژه در مواردی که مجرم اقتصادی از مصادیق اشخاص حقوقی، نظیر شرکت یا سازمان بوده و دلایل و مدارک و آثار جرم نزد آنان باشد. اگر تسریع در جمع آوری مدارک و دلایل و بررسی بموقع آن صورت نگیرد براحتمی می‌توانند از فرصت ناروای پیش آمده، در جهت امحاء و یا جایجایی آثار و دلایل جرم استفاده نمایند و بدین وسیله دادستان و یا هر مقام قضایی رسیدگی کننده را در کشف حقیقت و اجرای عدالت ناکام سازند.

اثر دوم تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در مقام دادستان، امکان صدور قرار بازداشت موقت متهمان یا مجرمان یقه سفید از ناحیه دادستان در مرحله تحقیقات مقدماتی است که صدور این قرار؛ از این جهت به دادستان در قبال این دسته از بزهکاران قدرت می‌بخشد که می‌تواند آنان را کنترل نماید تا نتوانند با آزادی بیشتری در مرحله تحقیقات، از طریق اعمال نفوذ ناروا و به طریقی؛ مانند تهدید یا تطمیع شهود و یا سایر آثار و دلایل جرم ارتكابی را از بین ببرند؛ زیرا بزهکاران اقتصادی؛ بواسطه موقعیت بالای اجتماعی یا اقتصادی یا سیاسی و یا ارتباط با افراد دارای این موقعیت‌ها و دارا بودن قدرت و نفوذ، براحتمی می‌توانند آثار و دلایل جرم را مخفی و یا محو و نابود سازند و یا از طریق تبانی با شهود و یا کارشناسان و نظیر آن، جریان تعقیب و تحقیق را از مسیر عادلانه خود منحرف نمایند. بنابراین بازداشت موقت، می‌تواند تا حدودی جلوی این فرصت طلبی متهمان به جرایم اقتصادی را بگیرد تا دادستان بتواند با فراغ بال بیشتر و بدون هیچگونه دغدغه‌ای، امر تعقیب و تحقیق را انجام نماید.

لکن باید توجه داشت که اختیار دادستان به عنوان یک طرف دعوای کیفری در سلب آزادی طرف دعوای خود (متهم) باید محدود به ضوابط و شرایطی خاص و مصرح در قانون باشد و مورد نظارت و کنترل از ناحیه مقامی بی طرف قرار گیرد تا بدین وسیله هرگونه سوءاستفاده از این اختیار بر روی دارنده آن (دادستان) مسدود گردد؛ به همین جهت می‌بینیم که در مقررات کیفری غالب کشورها صدور قرار بازداشت موقت محدود به شرایطی خاص گردیده است و در کشورهایی که نظام حذف بازپرس و سپردن وظیفه تحقیق به دادستان را پذیرفته‌اند- مانند ایتالیا و آلمان- نظارت برقرارهای محدودکننده آزادی و قرارهای نهایی دادستان را بر عهده قاضی بی طرف سپرده‌اند که در ایتالیا «قاضی تحقیقات ابتدایی» و در آلمان

«قاضی دادگاه منطقه‌ای»^۲ نامیده می‌شود. در آمریکا این نقش نظارتی در مرحله تأیید کیفرخواست و جرایم مهم بر عهده «هیأت منصفه عالی»^۳ می‌باشد (یوسفی، ۱۳۹۰: ۲۱۶).

در نظام کیفری ایران، تجمیع اختیار تعقیب و تحقیق در مقام دادستان به عنوان استثنایی بر اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق پذیرفته شده است و این مطلب به صراحت از ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری استنباط می‌شود؛ زیرا طبق این ماده هر چند، تحقیقات مقدماتی تمام جرایم بر عهده بازپرس است لکن در صورت کمبود بازپرس، جز در یک دسته از جرایم مهم، دادستان می‌تواند وظایف بازپرس مبنی بر تحقیق را انجام دهد. لکن برخلاف کشورهای پیش گفته، در ایران نهادی که از نزدیک و به طور مستقیم بر عملیات تحقیق بوسیله دادستان و آثار ناشی از آن؛ مانند بازداشت موقت، نظارت نماید وجود ندارد و تنها در صورت اعتراض متهم به قرار بازداشت موقت یا قرار تأمین منتهی به بازداشت موقت در ظرف مهلت‌های مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه صالح دخالت نموده و به این اعتراض رسیدگی می‌نماید.^۴

محدودیت دخالت وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی

شرکت وکیل در مرحله تحقیقات و بازجویی‌های مقدماتی از جهت تضمین حقوق دفاعی متهم، واجد ارزش تعیین کننده‌ای است و از این رو، هم در قوانین کیفری کشورها و هم در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر مورد توجه بسیار قرار گرفته است؛ حق برخورداری از وکیل، مبتنی بر اراده ایجاد تعادل و توازن میان نهاد تعقیب و دادگاه به عنوان نیروهای صاحب قدرت و متخصص از یک سو، با افراد عادی و غیر متخصص و ناتوان از سوی دیگر است؛ به نحوی که با حضور وکیل مدافع، سعی می‌شود تعادل مربوط تا حد زیادی برقرار شود (نصر اصفهانی، ۱۳۸۶: ۳) لکن در برخی از جرایم مهم؛ نظیر جرایم اقتصادی، حضور بدون محدودیت و آزادانه وکیل در همان مراحل اولیه بازجویی و تحقیق می‌تواند امر کشف این جرایم و تعقیب مرتکبان آن را برای دادستان دشوار نموده و موازنه سلاح‌ها میان طرفین دعوا را بر هم بزند. لازمه برقراری تساوی سلاح‌ها و امکان کشف و تعقیب موثر جرم در چنین مواردی، محدودیت در حضور و مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی است؛ آنچه که این الزام را در جرایم اقتصادی توجیه می‌کند پیچیدگی فرایند ارتکاب این جرایم و حرفه‌ای بودن مرتکبان آن، از جهت عدم اقرار و همکاری و اغلب سازمان یافته بودن جرایم مذکور است که تحصیل دلیل برای مقامات تعقیب در جهت کشف جرایم اقتصادی را دشوار می‌نماید که حضور وکیل در همان مراحل اولیه بازجویی می‌تواند صعوبت و دشواری‌های مقام تعقیب در تحصیل دلیل را دو چندان نماید؛ زیرا وکلا به طور غالب، با استفاده از خلأهای قانونی و سوءاستفاده از ضعف تخصص و عدم آموزش نیروهای پلیس در تعقیب و تحقیق پیرامون جرایم اقتصادی، مانع دستیابی مأموران تعقیب به دلایل کافی برای مستندسازی ادعاهای خود می‌شوند.

از طرف دیگر با توجه به گرایش سیاست جنایی جهانی به حذف بازپرس و تجمیع وظیفه تعقیب و تحقیق در یک مقام، دادستان، دیگر فقط طرف دعوای کیفری متهم نیست که در صدد تحصیل و دلایل علیه متهم باشد بلکه همزمان با آن، برای دستیابی به دلایل له متهم تلاش می‌نماید. بنابراین نباید تصور شود که ایجاد محدودیت در حضور و مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی، به معنای مجال دادن به دادستان به عنوان یک طرف دعوای کیفری برای پیروزی بر طرف دعوای خود که متهم است می‌باشد بلکه این محدودیت، همانند معکوس شدن بار اثبات دلیل، در راستای تسهیل تحصیل دلیل برای کشف جرایم اقتصادی و تعقیب متهمان به ارتکاب آن به کار می‌رود و به عبارت دیگر، در پی آن است که کشف حقیقت صورت گیرد نه این که با سوء استفاده از نبود وکیل، در صدد تحصیل دلایل غیرواقعی علیه متهم باشد.

2. Ermittlungsrichter
3. Grand Jury

۴. مواد ۲۴۲، ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

محدودیت در حضور و مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در حقوق کیفری داخلی برخی کشورها پیش‌بینی شده است که البته محدود به جرایم خاصی است؛ نظیر حقوق کیفری فرانسه که طبق ماده ۴-۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری، اگر شخص به علت یکی از جرایم مذکور در بندهای شماره ۴، ۶، ۷، ۸ و ۱۵ ماده ۷۳-۷۰۶ تحت نظر قرار گرفته باشد در پایان چهل و هشت ساعت بعد از تحت نظر، وکیل می‌تواند با شخص مورد نظر ارتباط برقرار کند. در صورتی که شخص به خاطر یکی از جرایم مذکور در بندهای شماره ۳ و ۱۱ همین ماده تحت نظر قرار گرفته باشد در پایان هفتاد و دو ساعت بعد از تحت نظر، امکان گفتگو و ملاقات وکیل با وی وجود دارد. در ماده ۵۸ قانون پلیس و دلایل کیفری سال مصوب ۱۹۸۴ این امکان برای پلیس پیش‌بینی شده است که در برخی از موارد از پذیرش وکیل متهم خودداری نماید. از جمله در جرایمی از قبیل تروریسم و یا در مواردی که حضور وکیل یا خطر تخریب دلایل همراه باشد (حیدری و فتحی، ۱۳۹۳: ۲۰-۱۹).

در نظام کیفری ایران، به موجب ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، به طور تقریبی، در تمام جرایم، حق متهم به همراه داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی به اختیار قاضی واگذار شده است؛ زیرا در تبصره این ماده آمده است: «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور، حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود» لکن با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، در ماده ۴۸ این قانون مقرر شد: «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می‌تواند تقاضای حضور وکیل نماید وکیل باید با رعایت و توجه به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات، با شخص تحت نظر ملاقات نماید و وکیل می‌تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد ملاقات کتبی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد- تبصره- اگر شخص به علت ارتکاب یکی از جرایم سازمان‌یافته و یا جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور و یا جرایم مربوط به مواد مخدر و روانگردان و یا جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب) و (پ) ماده ۳۰۲ این قانون، تحت نظر قرار گیرد، تا یک هفته پس از شروع تحت نظر قرار گرفتن امکان ملاقات با وکیل را دارد». لکن تبصره مذکور در اصلاحیه بعدی قانون آیین دادرسی کیفری در مورخه ۱۳۹۴/۳/۲۴ به این شرح اصلاح گردید: «تبصره- در جرایم امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرایم سازمان‌یافته که مجازات آنها مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی، طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رییس قوه قضاییه باشد انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رییس قوه قضاییه اعلام می‌گردد». بدیهی است الزام متهم به انتخاب وکیل خود از لیست وکلای مورد تأیید رییس قوه قضاییه نوعی محدودیت در حق متهم در انتخاب آزادانه وکیل تلقی می‌شود.

محدودیت در حضور و مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی، در اسناد و رویه دیوان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی نیز، در شرایط استثنایی پیش‌بینی شده است؛ طبق اصل پانزدهم مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت یا حبس (قطعنامه ۴۳/۱۷۳ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب ۹ دسامبر ۱۹۸۸)؛ «به جز موارد استثنایی قید شده در بند چهارم اصل ۱۶ و بند سوم اصل ۱۸، تماس فرد بازداشتی یا محبوس با جهان خارج و به خصوص با خانواده و مشاور حقوقی‌اش نباید بیش از چند روز منع شود». بند ۴ اصل ۱۶ مجموعه اصول مذکور که مربوط به آگاه‌سازی متهم از حقوق دفاعی خویش و خانواده و نزدیکان وی از موضوع بازداشت او می‌باشد مقرر نموده: «هرگونه آگاه‌سازی که در این اصل بدان اشاره شده است باید بی‌درنگ انجام گرفته یا اجازه داده شود که انجام گیرد. اما مقامات دارای صلاحیت می‌توانند در صورتی که ضرورت فوق‌العاده در انجام تحقیقات چنین ایجاب می‌نماید این آگاه‌سازی را به مدت معقولی به تأخیر بیندازند». برابر بند ۳ اصل ۱۸: «حق فرد در بازداشت با زندان برای داشتن ملاقات و

1. Police and criminal evidence Act, 1984

1. Body of Principles for the protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, General Assembly Resolution 43/173-9 December 1988.

تماس و مشاوره بدون تأخیر و سانسور و بصورت کاملاً محرمانه با وکیل قانونی خود نباید تعلیق یا محدود شود، مگر در شرایط استثنایی که در قانون یا مقررات قانونی مشخص شده باشد و نیز از نظر یک مقام قضایی یا مقام مسئول دیگر این کار بخاطر حفظ امنیت و نظم اکیداً ضروری تشخیص داده شود. سند اصول بنیادین نقش وکلا^۱، ضمن اصل هفتم، قید ۴۸ ساعتی را به رسمیت شناخته که حکومت‌ها می‌توانند از زمان دستگیری یا بازداشت فرد متهم اقدامی جهت دسترسی متهم به وکیل نکنند و به موجب این اصل اقدام آن توجیه شود (ضیائی فر، ۱۳۸۶: ۴۲۸). همچنین در موازین بین‌المللی حقوق بشر و از جمله در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، شرایط اضطراری^۲ به عنوان وضعیتی معرفی شده که دولت‌ها می‌توانند از اجرای تعهدات بین‌المللی خود عدول و یا آن را معلق نمایند که حق بهره‌مندی از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌توانند در زمره این تعهدات باشد. کمیسیون اروپایی حقوق بشر نیز معتقد است که بعضی از محدودیت‌ها در حق مشورت با وکیل انتخابی جهت حذف خطر تبانی در شرایط استثنایی مجاز خواهد بود (هاشمی، ۱۳۹۲: ۷۱).

تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حق آزادی و حریم خصوصی متهمان

یکی دیگر از الزامات غلبه بر صعوبت و دشواری کشف جرایم اقتصادی و تحقق تساوی سلاح‌ها میان دادستان و متهمان به ارتکاب این جرایم که در قوانین جزایی کشورها و برخی اسناد بین‌المللی پیش‌بینی شده است تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حق آزادی یا حق حریم خصوصی متهمان یا مجرمان اقتصادی است؛ حقوقی که در اغلب جرایم، در پرتو آن، از متهم حمایت می‌شود و دادرسی عادلانه تضمین می‌گردد لکن به واسطه وجود پاره‌ای تفاوت‌ها در جرایم اقتصادی و مرتکبان آن، لازم است که در دامنه این حقوق تغییر، تعدیل یا محدودیت ایجاد شود تا در پی آن، از اقتدار متهم که از موقعیت برتر در مقابل دادستان برخوردار است کاسته شود و بدین وسیله، امکان تحقق تساوی سلاح‌ها میان دو طرف دعوای کیفری وجود داشته باشد. این حقوق که باید محدود و قلمرو تعرض به آن در قانون تسهیل و توسعه پیدا نماید در دو قسمت قابل مطالعه است؛ تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حق آزادی متهمان و تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حریم خصوصی متهمان.

تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حق آزادی متهمان

منظور از تعرض قانونی به حق آزادی؛ سلب یا تهدید آزادی شهروندان در جامعه است که در اغلب نظام‌های دادرسی کیفری، به یکی از این سه شکل محقق می‌شود؛ جلب یا دستگیری، تحت نظر قرار دادن و بازداشت موقت. منظور از تسهیل تعرض قانونی به آزادی تردد مظنون یا متهمان در جرایم اقتصادی، حذف تشریفات و ضوابط لازم الرعایه مقرر در قانون و یا عدم الزام مقام قضایی به رعایت چنین تشریفات و ضوابطی در قبایل سلب آزادی این دسته از مظنونان و متهمان می‌باشد و منظور از توسعه قلمرو تعرض قانونی به آزادی تردد، افزایش مدت تحت نظر یا بازداشت مظنونان یا متهمان است.

جلب و دستگیری، در مرحله تحقیقات مقدماتی، اقدامی است که به موجب آن، مظنون به طور موقت و به عنف برای تحقیق در اختیار ضابطان و سپس مقام قضایی قرار می‌گیرد (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۵۵) و به عبارت دیگر، جلب، نوعی دستگیری شخص احضار شونده به دستور مقام قضایی است که از طریق مأمور ضابط اجرا می‌شود (جویباری، ۱۳۸۶: ۶۶). یکی از اقتضانات دادرسی منصفانه در جهت جلوگیری از سلب غیرقانونی آزادی افراد و اخلاص به حق دفاع متهمان که مورد تأکید در نظام‌های دادرسی کیفری است این که جلب، باید به دستور مقام قضایی، بوسیله ضابطین دادگستری و مسبوق به احضار متهم و عدم حضور غیر موجه وی در وقت مقرر و مقرون به دلایل و قراین و امارات کافی صورت گیرد (پرویزی فرد، ۱۳۹۱: ۷۸)؛ همان طور که در نظام کیفری ایران، ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد؛ «بازپرس نباید

1. Basic Principles on the Role of Lawyers; Adopted by the Eighth United Nations Congress on the prevention of Crime and the Treatment of offenders, Havana, Cuba; 27 August to 7 September 1990.

2. States of emergency

بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار یا جلب کند» و طبق ماده ۱۷۹ قانون مذکور؛ «متهمی که بدون عذر موجه حضور نباید یا عذر موجه خود را اعلام نکند به دستور بازپرس جلب می‌شود». در حقوق انگلیس نیز به منظور صدور حکم جلب^۱، علاوه بر ضرورت وجود دلایل کافی، سوگند کتبی متقاضی دایر به صحت ادعای توجه به اتهام نیز لازم است (موذن زادگان، ۱۳۸۹: ۳۰۷). با اینحال، در موارد استثنایی که بزه انتسابی از درجه اهمیت والا برخوردار است و بیم تبانی یا فرار یا اخفای متهم وجود دارد به منظور تضمین حضور متهم در تمامی مراحل دادرسی کیفری از یک سو و تضمین اجرای عدالت از سوی دیگر، ضرورت دارد که در امر جلب متهمان تسهیل صورت گیرد تا بدین وسیله موازنه قوا بین طرف-های دعوای کیفری برقرار شود.

یکی از موارد تسهیل جلب متهمان، جلب بدون نیاز به احضار آنان است که طبق معمول، در جرایم مهم که جرایم یقه سفیدی از مصداق آن می‌تواند باشد رعایت می‌گردد؛ مانند جرایم تعزیری درجه پنج و بالاتر و یا جرایم سازمان یافته^۲ در نظام دادرسی کیفری ایران که بازپرس در خصوص متهمان به ارتکاب این جرایم می‌تواند بدون آن که ابتدا احضاریه فرستاده باشد دستور جلب متهم را صادر نماید (بند پ و ت ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری)؛ همینطور در نظام کیفری انگلستان، به موجب ماده ۲۴ قانون عدالت کیفری مصوب^۳ ۱۹۶۷، مقام قضایی می‌تواند در جرایم قابل کیفر خواست^۴ یا جرایمی که کیفر آن حبس است از ابتدا و بدون نیاز به احضار، دستور جلب متهم را صادر نماید. یکی دیگر از موارد تسهیل جلب متهمان، امکان جلب آنان با دستور قاضی و توسط ضابطان از سراسر کشور است بدون آن که نیاز به اعطای نیابت به مقام قضایی حوزه دیگر باشد؛ مانند آنچه که در نظام کیفری ایران مطرح است که ضابطان دادگستری تنها در حوزه قضایی محل مأموریت خویش می‌توانند اقدام به انجام وظیفه نمایند و قضات هم با اعطای نیابت وظیفه دستور جلب را محول می‌کند که این امر مخالف با اصل سرعت در رسیدگی کیفری به جرایم اقتصادی است در حالی که در حقوق بعضی از کشورها، نظیر انگلستان، قلمرو مکانی وظیفه نیروی پلیس منطقه ای^۱ که رسالت جلب متهمان را به موجب ماده ۳۰ قانون پلیس^۲ مصوب ۱۹۹۶ برعهده دارد سراسر انگلستان است (شاکری و بابایی، ۱۳۹۵: ۲۱۰).

تسهیل و افزایش مدت تحت نظر یا بازداشت از این جهت به عنوان یکی از لوازم تحقق تساوی سلاح‌ها در جرایم اقتصادی محسوب می‌شود که در این جرایم، متهمان، بواسطه دارا بودن موقعیت بالای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی و به عبارتی تعلق به قدرت یا ثروت، براحتی می‌توانند جهت تضمین حضور خود، وجه الضمان یا وثیقه بپردازند و یا با اعمال نفوذ ناروا، موجب لغو تحت نظر بودن خود یا تغییر قرار تأمین صادر شده و بدین وسیله از بازداشت خود در مرحله تحقیقات مقدماتی که می‌تواند نقش سازنده‌ای در حصول براءت و فرار از چنگال عدالت داشته باشد جلوگیری نمایند. بنابراین برای جلوگیری از اعمال نفوذ متهمان در جهت تبانی یا تطمیع یا تهدید شهود و مداخله در شواهد و دلایل و یا انجام اقدامات دیگر برای ممانعت از اجرای عدالت که به نوبه خود سلاح دادستان را در امر تعقیب و تحقیق در جرایم اقتصادی باچالش مواجه می‌کند تسهیل و افزایش مدت تحت نظر یا بازداشت و یا لزوم صدور قرار بازداشت موقت ضرورت دارد؛ زیرا، از یک طرف، از جمله اقداماتی که برای پیشرفت بازرجویی، اساسی و مهم تلقی می‌شود تحت نظر قرار دادن فردی است که احتمال وقوع بزه توسط وی وجود دارد (مجیدی، ۱۳: ۱۵۸) از این جهت که در مدت تحت نظر قرار دادن متهم است که اغلب، اولین علائم و مشخصه‌های انتساب ارتکاب جرم به متهم بدست می‌آید؛

1. The warrant of arrest

۲. اغلب مصادیق جرایم اقتصادی؛ نظیر ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، از جرایم تعزیری درجه پنج و بالاتر به شمار می‌روند که معمولاً به صورت سازمان یافته واقع می‌شوند.

3. Criminal Justice Act 1967

4. Indictable Offence

1. Territorial Police Forces

2. Police Act 1996

در جرایم اقتصادی به دلیل پیچیدگی و گستردگی فرایند ارتکاب جرم و ویژگی‌های خاص مرتکبان آن؛ بویژه از جهت توسل به حیله و نیرنگ و عملیات مخفی‌کاری در انجام جرم و بخصوص در مواردی که جرایم اقتصادی در نتیجه فعالیت گروهی و در چهارچوب اهداف تجاری شرکت‌ها واقع می‌شوند و یا آثار و نتایج جرم، فراتر از مرز یک کشور باشد؛ تحت نظر قرار دادن یا بازداشت متهم به مدت محدود؛ به مانند سایر جرایم، نمی‌تواند در احراز انتساب جرم به متهم و شناسایی شرکا و معاونین جرم و جلوگیری از آثار سوء ناشی از آزادی متهم در محو آثار و دلایل جرم و تبانی با شهود و سایر اقدامات منتهی به عدم اجرای عدالت موثر باشد.

البته قاعده عمومی در مورد مدت تحت نظر در حقوق کیفری اغلب کشورها؛ از جمله ایران و فرانسه، ۲۴ ساعت است که قانونگذاران بعضی از کشورها، این مدت را در جرایم مهم؛ نظیر جرایم اقتصادی قابل تمدید داشته‌اند؛ از جمله قانونگذاران فرانسوی که در ماده ۸۸-۷۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی ۹ مارس ۲۰۰۴ میلادی بیان کرده است که مدت تحت نظر بودن برای جرایمی که در ماده ۲۳-۷۰۶ قانون مذکور ذکر شده است، می‌تواند در دو نوبت ۲۴ ساعته دیگر تمدید شود (همان: ۱۶۰). برخی از این جرایم؛ نظیر جنحه‌های قاچاق مواد مخدر و جنحه‌های پولشویی از مصادیق جرایم اقتصادی تلقی می‌شود. در حالی که متأسفانه در نظام دادرسی ایران، تمدید مدت تحت نظر به بیش از ۲۴ ساعت پیش‌بینی نشده و از این حیث فرقی بین جرایم مهم و عادی قابل نشده است و در هر صورت و در همه جرایم، تحت نظر قرار دادن متهم بیش از ۲۴ ساعت، ممنوع و بازداشت غیرقانونی محسوب می‌شود.^۱

همینطور، بازداشت موقت متهمان نیز در نظام کیفری کشورهای جهان مقید به زمان معینی است که در پرونده‌های مربوط به تحقیق پیرامون جرایم مهم قابل تمدید است. در نظام کیفری آلبانی، امکان تمدید دوره بازداشت قبل از محاکمه تا دو سال و در برخی از پرونده‌های خاص تا سه سال پیش‌بینی شده است (جوانمرد، ۱۳۹۳: ۲۹۰). در حقوق کیفری فرانسه، به موجب ماده ۱۴۵-۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه اصلاحی ۲۰۰۷ که در رابطه با امور جنحه می‌باشد «مدت کل بازداشت نباید بیش از یکسال باشد اما این محدوده زمانی در صورتی که یکی از اجزای تشکیل دهنده جرم در خارج از منطقه سرزمینی ملی صورت گرفته باشد و یا شخص برای قاچاق مواد، تروریسم، دسیسه چینی جنایی، زندگی کردن از راه درآمد‌های غیراخلاقی، اخاذی پول، و یا یک جنایت ارتکاب یافته توسط یک گروه سازمان یافته تحت پیگرد باشد و حکم آن حبس به مدت ده سال باشد، این محدوده زمانی به دو سال گسترش می‌یابد». در ادامه ماده ۱۴۵-۲ همین قانون شرایط سخت‌تری را برای متهم به یک جنایت در نظر گرفته است؛ «برای اتهام جنایت^۱، شخص تحت بازجویی قضایی را نباید به مدت بیشتر از یک سال در بازداشت نگه داشت اما مطابق با مفاد ماده ۱۴۵-۳، قاضی آزادی و تحقیق می‌تواند در زمان انقضای این محدوده زمانی، بازداشت را به مدت حداکثر شش ماه تمدید نماید... شخص تحت بازجویی قضایی را نمی‌توان به مدت بیش

۱. طبق ماده ۱۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «ضابطان دادگستری مکلفند متهم جلب شده را بلافاصله نزد بازپرس بیاورند و در صورت عدم دسترسی به بازپرس یا مقام قضایی جانشین، در اولین وقت اداری، متهم را نزد او حاضر کنند. در صورت تأخیر از تحویل فوری متهم، باید علت آن و مدت زمان نگهداری در پرونده درج شود. به هر حال مدت نگهداری متهم تا تحویل وی به بازپرس یا قاضی کشیک نباید بیش از بیست و چهار ساعت باشد. تبصره- رعایت مقررات مواد (۴۹) تا (۵۳) این قانون در خصوص متهمان موضوع این ماده الزامی است». و مطابق با ماده ۱۸۹ قانون مذکور؛ «بازپرس مکلف است بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم، تحقیقات را شروع کند و در صورت عدم امکان، حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت از زمان تحت نظر قرار گرفتن او توسط ضابطان دادگستری، با رعایت ماده (۹۸) این قانون، مبادرت به تحقیق نماید. در صورت غیبت یا عذر موجه بازپرس یا امتناع وی از شروع تحقیقات به دلایل قانونی، دادستان انجام تحقیقات را به بازپرس دیگر یا در صورت اقتضا به دادرسی دادگاه محول می‌کند. تبصره- تحت نظر قرار دادن متهم بیش از بیست و چهار ساعت، بدون آنکه تحقیق از او شروع یا تعیین تکلیف شود، بازداشت غیر قانونی محسوب و مرتکب به مجازات قانونی محکوم می‌شود».

از دو سال در بازداشت نگهداشت. در صورتی که مجازات قانونی کمتر از بیست سال زندان باشد و برای مدت بیش از سه سال در سایر موارد؛ محدوده زمانی در صورتی که یکی از عناصر تشکیل‌دهنده جرم در خارج از خاک فرانسه اتفاق افتاده باشد به ترتیب به سه و چهار سال افزایش می‌یابد. محدودیت زمانی در صورتی که شخص برای قاچاق مواد، تروریسم، زندگی کردن با درآمد غیراخلاقی، اخاذی، پول، و یا جرم ارتکاب یافته توسط یک گروه مجرمانه سازمان‌یافته تحت پیگرد باشد چهار سال خواهد بود» (همان: ۲۹۱).

در خصوص تمدید بازداشت در مقررات جزایی ایران، طبق ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲؛ «هر گاه در جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ این قانون تا دو ماه و در سایر جرایم تا یک ماه به علت صدور قرار تأمین، متهم در بازداشت بماند و پرونده اتهامی او منتهی به تصمیم نهایی در دادسرا نشود، بازپرس مکلف به فک یا تخفیف قرار تأمین است. اگر علل موجهی برای بقای قرار وجود داشته باشد، با ذکر علل مزبور، قرار، ابقاء و مراتب به متهم ابلاغ می‌شود... هر گاه بازداشت متهم ادامه یابد مقررات این ماده، حسب مورد، هر دو ماه یا هر یک ماه اعمال می‌شود. به هر حال مدت بازداشت متهم نباید از حداقل مجازات حبس مقرر در قانون برای آن جرم تجاوز کند و در هر صورت در جرایم موجب مجازات سلب حیات مدت بازداشت موقت از دو سال و در سایر جرایم از یکسال تجاوز نمی‌کند». همچنین طبق ماده ۳۷ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ «طول مدت بازداشت موقت به هر حال بیش از ۴ ماه نخواهد بود، چنانچه در مدت مذکور پرونده اتهامی منتهی به صدور حکم نشده باشد مرجع صادر کننده قرار، مکلف به فک و تخفیف قرار تأمین فوق می‌باشد مگر آنکه جهات قانونی یا علل موجهی برای ابقاء قرار بازداشت وجود داشته باشد که در این صورت با ذکر علل و جهات مزبور قرار ابقاء می‌شود».

در اسناد بین‌المللی؛ نظیر کنوانسیون پالرمو و کنوانسیون مریدا، مقررات صریحی راجع به پیشنهاد افزایش مدت بازداشت و تحت نظر به کشورهای عضو وجود ندارد؛ با این حال، طبق بند ۳ ماده ۱۱ کنوانسیون پالرمو؛ «در خصوص جرایم این کنوانسیون، تمامی کشورهای عضو، طبق قوانین داخلی خود و با توجه به حق دفاع، تضمین خواهند کرد شرایط مقرر در رابطه با تصمیمات مربوط به آزادی تا زمان محاکمه یا تا زمان تجدیدنظرخواهی، ضرورت حضور متهم در مراحل بعدی دادرسی را در نظر بگیرند» و نیز برابر بند ۴ ماده ۳۰ کنوانسیون مریدا؛ «در ارتباط با جرایم این کنوانسیون، هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود و با عنایت به حق دفاع متهم، تدابیر شایسته را به منظور اطمینان از این که در شرایط مقرر در حکم آزادی متهم تا برگزاری محاکمه و یا پژوهش، ضرورت حضور متهم در رسیدگی‌های کیفری بعدی پیش‌بینی شده است اتخاذ خواهد کرد». در واقع این مقررات بر الزام کشورهای عضو به تدوین مقررات و انجام اقداماتی براساس آن در رابطه با تضمین حضور متهم در تمامی مراحل مختلف رسیدگی کیفری و جلوگیری از فرار وی تصریح دارند که بدیهی است مصداق بارز این مقررات و اقدامات مبتنی بر آن، ضوابط و مقررات مرتبط با بازداشت و تحت نظر قرار دادن متهمان و تمدید مدت آن در جرایم مهم می‌باشد که شاید لازم است که به توانایی متهم برای تبانی یا تطمیع یا تهدید شهود و مداخله در شواهد و دلایل و یا انجام اقدامات دیگر برای ممانعت از اجرای عدالت توجه شود (همان: ۲۸۹).

تسهیل و توسعه قلمرو تعرض به حریم خصوصی متهمان

امروزه، حق اشخاص در حمایت و مصون بودن از تعرض به حریم خصوصی یکی از حقوق و آزادی‌های بنیادین محسوب می‌شود که از مفاهیم نظام‌های حقوقی توسعه یافته است و با کرامت انسان‌ها نیز ارتباطی نزدیک دارد (موذن زادگان و جهانی، ۱۳۹۴: ۱۷۴)؛ مصونیت از تعرض به مسکن، اقامتگاه، اسناد، مدارک، مراسلات، مکاتبات و مکالمات افراد، در حقوق داخلی کشورها و اسناد بین‌المللی، به عنوان یکی از حقوق مسلم افراد شناخته شده است که در نظام حقوقی ایران، در اصول ۲۲، ۲۵ و ۳۳ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر احترام به حریم خصوصی اشخاص و حفظ کرامت و حیثیت آنان تأکید شده است.

در حقوق کیفری، مساله احترام به حریم خصوصی، اغلب در مرحله تحقیقات مقدماتی و در بحث تحصیل دلایل اثبات دعوی کیفری علیه متهم مطرح می‌شود و منظور، اینکه مجریان عدالت کیفری در تحصیل این دلایل، حریم خصوصی اشخاص را بطور کلی محترم بشمارند و از تعرض به آن خودداری نمایند. با این حال، عدم تعرض به حریم خصوصی افراد به عنوان یک قاعده مطلق و اصل غیر قابل عدول شناخته نمی‌شود و برای تامین نظم و امنیت در جامعه و پیشگیری از جرایم و حفظ حقوق دیگران، ضرورت دارد دولت‌ها محدودیت‌هایی را بر حریم خصوصی افراد تحمیل نمایند^۱ تا در پی آن، مجریان عدالت کیفری بتوانند در جهت تعقیب و تحصیل دلایل ارتکاب جرم، حریم خصوصی متهمان را مورد تعرض قرار دهند که نمونه‌های آن؛ نظیر تفتیش و بازرسی منازل، اماکن، اشیاء و رهگیری مکاتبات و ارتباطات مخابراتی افراد در آیین دادرسی کشورها پیش بینی شده است لکن باید توجه داشت اعمال این محدودیت‌ها و تعرض‌ها باید منطبق بر قانون بوده و به صورت استثنایی و در موارد ضروری انجام شود و حدود و ثغور آنها مشخص باشد^۲ تا بدین وسیله حقوق فردی و کرامت انسانی متهمان حفظ شود و زمینه تحقق دادرسی عادلانه فراهم گردد.

با این وجود، با توجه به پیچیدگی جرایم اقتصادی و کاربرد فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی پیشرفته در ارتکاب اغلب این جرایم و ویژگی‌های خاص مرتکبان آن، دیگر استفاده از شیوه‌های متعارف و سنتی در کشف و تعقیب این جرایم کارساز نبوده و لازم می‌آید وسایل و تدابیر نوینی مورد استفاده قرار گیرد؛ یکی از این تدابیر موثر و سازنده، تسهیل و توسعه تعرض قانونی به حریم خصوصی متهمان یقه سفید در جهت تحصیل دلایل اثبات جرم ارتكابی آنان می‌باشد تا بدین وسیله بتوان موازنه قوا بین طرف‌های دعوی کیفری را برقرار نمود و الا، اگر تعرض به حریم خصوصی متهمان در جرایم اقتصادی با همان تشریفات و ضوابط لازم الرعایه مقرر در قانون نسبت به متهمان عادی، انجام گردد به طور قطع، مقام قضایی و بویژه دادستان، به عنوان مقام تعقیب و یک طرف دعوا، موفقیت چندانی در تحصیل دلایل حاکی از کشف جرایم اقتصادی و تعقیب و شناسایی مرتکبان آن نخواهد داشت.

اهمیت احترام به حریم خصوصی، به عنوان یکی از حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد بشر، نظام‌های کیفری را بر آن داشته است تا در این خصوص کمال احتیاط نموده و در تعرض به حریم خصوصی افراد، تشریفات و باید و نبایدهای ویژه‌ای را در قوانین داخلی کشورها مقرر نمایند^۳؛ از جمله این که تعرض به حریم خصوصی باید در موارد ضروری انجام شود، مستند به دلایل اساسی باشد، یا دستور مقام قضایی انجام شود، مراتب انجام آن محدود باشد، دفعات تعرض و زمان و مکان آن مشخص باشد^۴، از حدود و ثغوری که مشخص شده است نباید تجاوز کند، در برخی زمان‌ها و مکان‌ها نباید صورت گیرد^۵، نباید به صورت پنهان و

۱. بند ۲ ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند (۲) ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند (۲) ماده ۳۲ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، از جمله اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر هستند که بر اعمال محدودیت نسبت به حق حریم خصوصی در آن‌ها تصریح شده است.

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: کوچ نژاد، عباس، (۱۳۸۳)، محدودیت‌های حقوق بشر در اسناد بین‌المللی، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳، صص ۱۶۹-۱۷۸.

۲. بدیهی است هدف از وضع این تشریفات و محدودیت‌ها، پیشگیری از سوء استفاده از حقوق و آزادی‌های عمومی و نیز حفظ نظم عمومی می‌باشد.

۳. طبق ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲؛ «دستور مقام قضایی برای ورود به منازل، اماکن بسته و تعطیل، تحت هر عنوان باید موردی باشد و موضوعی که تفتیش برای آن صورت می‌گیرد، زمان، دفعات ورود، اموال، اماکن و نشانی آنها به صراحت مشخص شود. ضابطان مکلفند ضمن رعایت دستورهای مقام قضایی، کیفیت تفتیش و بازرسی و نتیجه را در صورت مجلس تنظیم کرده، آن را به امضاء یا اثر انگشت متصرف برسانند و مراتب را حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت به مقام قضایی اعلام کنند».

۱. به عنوان مثال، طبق ماده ۹۶-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه؛ در جرایمی که به صورت سازمان یافته ارتکاب می‌شود نصب دستگاه ضبط و پخش تصاویر و صدای اشخاص متهم در محل کار یا اقامتگاه پزشک، سردفتر، مأمور اجرای دادگستری مؤسسه مطبوعاتی یا ارتباطات سمعی و بصری و وسیله نقلیه، دفتر یا اقامتگاه نمایندگان، سناتور، وکیل یا قاضی امکان پذیر نیست. همچنین

در غیاب متهم انجام شود و نظایر آن. بدیهی است وجود این تشریفات پر پیچ و خم مقررات در آیین دادرسی کشورها، تحصیل ادله وقوع جرم از طریق تعرض قانونی به حریم خصوصی افراد را برای مقام قضایی دشوار می‌نماید؛ منظور از تسهیل تعرض قانونی به حریم خصوصی، حذف برخی از این تشریفات و بایدها و نبایدها و یا عدم الزام مقام قضایی به رعایت آنها در تعرض به حریم خصوصی متهمان یا مجرمان اقتصادی است تا بدین وسیله، کشف جرایم اقتصادی یا تحصیل ادله وقوع این جرایم برای مقام قضایی هموار و موازنه قوا بین طرف‌های دعوای کیفری برقرار شود؛ به عنوان مثال، در نظام دادرسی ایران، طبق ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری؛ «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد ممنوع است، مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ این قانون لازم تشخیص داده شود در این صورت با موافقت رییس کل دادگستری استان و با تعیین مدت و دفعات کنترل، اقدام می‌شود. کنترل مکالمات تلفنی اشخاص و مقامات موضوع ماده (۳۰۷) این قانون منوط به تأیید رییس قوه قضاییه است و این اختیار قابل تعویض به سایرین نمی‌باشد» و یا طبق ماده ۱۵۱ قانون مذکور؛ «بازرسی می‌تواند در موارد ضروری، برای کشف جرم و دستیابی به ادله وقوع جرم، حساب‌های بانکی اشخاص را با تأیید رییس حوزه قضایی کنترل کند». بدیهی است لزوم موافقت رییس کل دادگستری استان و یا رییس قوه قضاییه در کنترل ارتباطات مخابراتی و لزوم تأیید رییس حوزه قضایی در کنترل حساب‌های بانکی اشخاص از تشریفات است که موجب اطاله رسیدگی و تأخیر در اجرای عدالت نسبت به متهمان، بویژه در جرایم اقتصادی است که می‌توانند با بهره‌برداری از این فرصت، به راحتی حساب‌های بانکی خود را خالی و یا متوجه دستور مقام قضایی در کنترل ارتباطات مخابراتی خود شوند و با قطع آن، آثار و دلایل جرم را امحاء و کشف جرم از این طریق را بر مقام قضایی غیر ممکن یا دشوار نمایند.

در نظام دادرسی کشورهای مختلف نمونه‌هایی از مقررات آیین دادرسی کیفری مشاهده می‌شود که تعرض مقام تعقیب یا تحقیق به حریم خصوصی متهمان را تسهیل می‌نماید؛ به عنوان مثال در نظام جزایی فرانسه طبق ماده ۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری؛ «در هر مکانی که می‌توان اشیاء یا داده‌های حاوی اطلاعات رایانه‌ای که کشف آنها برای ظهور حقیقت مفید است را پیدا کرد، بازرسی‌ها انجام می‌شود» که در واقع حکم این ماده، محدودیت مکانی در بازرسی را رفع و تعرض به حریم خصوصی را تسهیل نموده است؛ همینطور، در نظام دادرسی ایران طبق ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری؛ «تفتیش و بازرسی منزل در روز بعمل می‌آید و در صورتی هنگام شب بعمل می‌آید که ضرورت اقتضاء کند ...» محدودیت زمانی در بازرسی را به شرط رعایت ضرورت، رفع نموده و بدین وسیله تعرض به حریم خصوصی را در روز و شب ممکن ساخته و به عبارتی تسهیل نموده است.

منظور از توسعه تعرض قانونی به حریم خصوصی که می‌تواند الزامی مفید برای تحقق تساوی سلاح‌ها در جرایم اقتصادی باشد افزایش مصادیق و تدابیر تعرض به حریم خصوصی متهمان در مقررات آیین دادرسی کیفری و رویه قضایی، نسبت به پاره‌ای از جرایم مهم؛ نظیر جرایم اقتصادی است که در واقع، برای کشف یا تحصیل ادله وقوع این جرایم-به جهت پیچیدگی جرایم مذکور و ویژگی‌های خاص مرتکبان آن در مقایسه با جرایم عادی- دیگر مصادیق و تدابیر سنتی تعرض به حریم خصوصی که در قانون پیش‌بینی شده‌اند؛ نظیر تفتیش و بازرسی منازل و وسایل نقلیه، کافی نبوده و توسعه این مصادیق و تدابیر، بویژه از طریق پیش‌بینی مصادیق نوین با استفاده از علوم جدید ضروری است تا بدین وسیله کشف جرایم اقتصادی که اغلب در فضای مجازی واقع می‌شود برای مقام قضایی هموار گردد.^۱

طبق ماده ۵۹ قانون مذکور؛ جز در موارد استثنایی پیش‌بینی شده در قانون، تفتیش و بازرسی از محل اقامت اشخاص قبل از ساعت ۶ صبح و بعد از ساعت ۲۱ شب امکان پذیر نیست.

۱. مواد ۱۳۷ تا ۱۴۷، ۱۵۰ و ۱۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مصادیق تعرض به حریم خصوصی اشخاص، از قبیل تفتیش و بازرسی منازل، اماکن بسته و تعطیل، اشیاء، کنترل در ارتباطات مخابراتی و کنترل های بانکی اشخاص و احکام مربوط به آن را بیان نموده است که از تفتیش و بازرسی منازل و اماکن و اشیاء می‌توان به عنوان مصادیق سنتی تعرض به حریم خصوصی یاد

یکی از مصادیق نوین تعرض به حریم خصوصی که در کشف یا تحصیل ادله وقوع جرایم اقتصادی موثر است و در بعضی از نظام‌های کیفری با استفاده از علوم جدید به کار گرفته می‌شود ضبط محاورات و تصاویر اشخاص از طریق نصب مخفیانه میکروفن یا دوربین کوچک در مکان‌های بسته، محل‌های خصوصی یا عمومی و وسایل نقلیه است، همان طور که در نظام جزایی فرانسه این امر پذیرفته شده و مواد ۹۶-۷۰۶ تا ۱۰۲-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری به موضوع ضبط صدا و تصاویر اشخاص اختصاص یافته است؛ البته قانونگذار فرانسوی صدا برداری و ضبط تصاویر را فقط در جرایم سازمان یافته مذکور در ماده ۷۳-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری پذیرفته است که بعضی از این جرایم، نظیر قاچاق مواد مخدر و پولشویی از مصادیق جرایم اقتصادی تلقی می‌شوند. در مقررات جزایی ایران، هیچ نص قانونی دال بر مجوز مجریان عدالت کیفری در مورد تحصیل دلیل از طریق ضبط مخفیانه صدا یا تصویر وجود ندارد و قدر متقین این است که اقدام مقام تعقیب و تحقیق به تحصیل دلیل از این طریق، ممنوع بوده و نقض حریم خصوصی محسوب می‌شود؛ با این حال، گاهی ضابطین دادگستری برای کشف جرم اقدام به ضبط صدا یا تصویر نموده و رویه قضایی محاکم ایران نه تنها متعرض این امر نشده بلکه به این اسناد و مدارک به عنوان دلیل در کنار سایر ادله استناد می‌کند هر چند که اعتبار آن از لحاظ قانونی در حد یک قرینه و اماره قضایی است.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز به طور استثنایی برای کشف عملکرد نامشروع متهم که از طریق شیوه‌های عادی اثبات نشده‌اند به مقامات قضایی اجازه بررسی نامه‌های زندان و حتی شنود و ضبط مکالمات شخص متهم با سایر اشخاص را تحت نظارت مقام قضایی داده، ولی بیان داشته است که دخالت مقامات دولتی نباید فراسوی اهداف مشروع تعقیب پیش برود (باقری نژاد، همان: ۲۸۴).

یکی دیگر از مصادیق نوین تعرض به حریم خصوصی موثر در کشف یا تحصیل ادله وقوع جرایم اقتصادی، رهگیری ارتباطات اینترنتی است؛ نظیر ارتباط از طریق پست الکترونیکی یا ایمیل، واتساپ، تلگرام، اینستاگرام، مکالمه تلفنی اینترنتی و سایر ارتباطات اینترنتی. تحولات سریع و روز افزون فناوری اطلاعات و ارتباطات موجب ظهور شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای جهانی و بوجود آمدن یک فضای مجازی یا سایبری شده است که این فضا از یک طرف، موجب تسهیل ارتکاب بسیاری از جرایم برای بزه‌کاران شده، به طوری که بدون هیچگونه محدودیت زمانی و مکانی می‌توانند مرتکب جرم شوند؛ بویژه اینکه فضای مجازی بستری مهم برای اغلب جرایم اقتصادی است؛ نظیر داد و ستدهای محصولات ممنوع و بازاریابی برای آن و شکل‌گیری سایر بازارهای غیر قانونی در سطح داخلی و بین‌المللی و انواع کلاهبرداری‌های اینترنتی. از طرف دیگر، فضای مجازی، کشف، تعقیب و تحصیل ادله وقوع جرایم را برای مقام قضایی دشوار نموده است که البته به لحاظ شیوع به کارگیری انواع ارتباطات الکترونیکی، ضرورت اقتضا می‌کند تا در این راستا، یک سری امور و وقایع مفروض انگاشته شود و بار اثبات بر عهده طرف مقابل قرار گیرد (تدین، ۱۳۹۵: ۳۸۵-۳۸۴).

بنابراین به لحاظ وقوع اغلب جرایم یقه اقتصادی در فضای مجازی و ماهیت پیچیده این جرایم و عدم امکان بکارگیری شیوه‌های سنتی تعرض به حریم خصوصی در این فضا، تعرض به حریم خصوصی متهمان یا مجرمان اقتصادی در فضای مجازی از طریق رهگیری ارتباطات اینترنتی آنان ضروری است تا بدین وسیله امکان کشف یا تحصیل ادله وقوع جرایم ارتكابی شان برای مقام قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی امکانپذیر شود و موازنه قوا بین طرف‌های دعوای کیفری برقرار گردد.

کرد؛ از این جهت که برای تحصیل ادله جرایم ارتكابی در اشیای الکترونیکی امروز، کاربرد آنچنانی ندارند لکن، کنترل ارتباطات مخابراتی و حساب‌های بانکی اشخاص که از طریق اینترنت صورت می‌گیرد به عنوان مصادیق نوین تعرض به حریم خصوصی تلقی می‌شود که برای کشف جرایم امروزی کاربرد وسیع دارند.

۲. در لایحه حمایت از حریم خصوصی، تنها ضبط صدا و آن هم با مجوز کتبی مقام صلاحیت‌دار قضایی و در جرایمی که مجازات آن‌ها قصاص نفس یا عضو یا اعدام یا حبس ابد یا حبس بالای ده سال است اجازه داده شده است و در خصوص ضبط تصاویر نصی مقرر نشده است (مواد ۵۷ و ۶۱ لایحه)؛ شایان ذکر است که این لایحه در آخرین روزهای فعالیت دولت محمد خاتمی به مجلس هفتم ارائه شد که نهایتاً در مجلس رد گردید.

در نظام کیفری ایران^۱، رهگیری ارتباطات خصوصی اینترنتی شامل ارتباطات خصوصی یا غیر عمومی در سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی می‌شود که طبق ماده ۶۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری؛ «کنترل محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مطابق مقررات راجع به کنترل ارتباطات مخابراتی مقرر در آیین دادرسی کیفری است. تبصره- دسترسی به محتوای ارتباطات غیر عمومی ذخیره شده، نظیر پیام نگار (ایمیل) یا پیامک در حکم کنترل و مستلزم رعایت مقررات مربوط است». بنابراین رهگیری ارتباطات اینترنتی تابع مقررات کنترل ارتباطات مخابراتی افراد است که طبق ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری فقط در جرایم مربوط به امنیت ملی و خارجی یا کشف جرایم مستوجب مجازات سلب حیات، حبس ابد، قطع عضو و مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر صورت می‌گیرد و آن هم حسب مورد با موافقت رییس کل دادگستری استان یا رییس قوه قضاییه می‌باشد. البته طبق تبصره ۱ ماده ۱۵۰، شرایط و کیفیات کنترل ارتباطات مخابراتی به موجب مصوبه شورای عالی امنیت ملی تعیین می‌شود که تاکنون این شرایط و کیفیات از سوی شورای مذکور تصویب نشده است و بنابراین شرایط و کیفیات رهگیری ارتباطات خصوصی اینترنتی نیز که تابع کنترل ارتباطات مخابراتی است در حال حاضر تعیین نشده است. در قوانین آیین دادرسی فرانسه و لهستان نیز رهگیری ارتباطات خصوصی اینترنتی اشخاص متهم به منظور به دست آوردن ادله در تحقیقات جاری مربوط به جرایم مهم؛ نظیر جرایم اقتصادی پیش‌بینی شده است.^۲

اسناد بین‌المللی؛ همچون کنوانسیون‌های پالرمو و مریدا دولت‌های عضو را ملزم نموده‌اند که در قوانین داخلی خود، روش‌های ویژه تحقیق جهت کشف جرایم سازمان‌یافته و متضمن فساد مالی که مصداق بارز آن جرایم اقتصادی است؛ از قبیل نظارت الکترونیکی یا سایر اشکال مراقبت و عملیات مخفی را پیش‌بینی نمایند که بدیهی است رهگیری ارتباطات خصوصی اینترنتی اشخاص می‌تواند یکی از مصادیق نظارت یا کنترل الکترونیکی باشد.

استفاده از ابزار تکنولوژیک و روش‌های علمی نوین در کشف جرایم اقتصادی

یکی دیگر از الزامات تحقق تساوی سلاح‌ها در جرایم اقتصادی، استفاده از امکانات و روش‌های علمی نوین در کشف و تعقیب این جرایم و مرتکبان آن است؛ زیرا توسل مقامات تعقیب و تحقیق به ابزار و روش‌های سنتی برای اثبات جرایم پیچیده و نوظهور اقتصادی، خیلی مؤثر در کشف جرم و شناسایی مجرمین نبوده و به منزله چالش در برقراری توازن قوا و تساوی سلاح میان طرفین دعواست. همان‌طور که جرایم اقتصادی، اغلب با بکارگیری وسایل و امکانات فناوری روز ارتکاب می‌شوند کشف و تعقیب این جرایم نیز مستلزم استفاده از ابزارهای تکنولوژیک و پیشرفته روز می‌باشد. این ابزار؛ شامل رایانه، دستگاه‌های ضبط محاورات و تصاویر، اینترنت و سایر وسایل مخابراتی و رایانه‌ای، وسایل سخت افزار و نرم افزار برای تشخیص جرایم در فضای مادی و مجازی، آزمایشگاه‌های تحقیقات جنایی و دستگاه‌های بررسی صحنه جرم؛ همچون دستگاه‌های میکروسکوپی الکترونیکی در تشخیص اسناد مشکوک و معقول و نیز سایر تجهیزات فنی و تخصصی که در اختیار پلیس و کارشناسان قرار می‌گیرند تا به دستور مقامات قضایی تعقیب و تحقیق از این امکانات در جهت کشف و تعقیب جرایم استفاده نمایند. امروزه به لحاظ ظهور و توسعه تکنولوژی در همه زمینه‌ها و بکارگیری آن در عرصه ارتکاب جرایم، دیگر، ابزار سنتی برای اثبات جرایم اتهامی؛ نظیر قسامه، شهادت شهود و... جز در جرایم سنتی؛ همچون تهدید، توهین، ترک انفاق و... کارایی چندانی ندارد و ضرورت استفاده از ابزارهای الکترونیک در کشف و تعقیب اغلب جرایم، لازم است و لکن در جرایم اقتصادی از چند جهت، استفاده از این ابزارها اهمیت بیشتری دارد به طوری که بدون بکارگیری آن، کشف و تعقیب

۱. طبق ماده ۶۵ لایحه حمایت از حریم خصوصی با لحاظ مواد ۵۷ و ۶۱ آن لایحه، شنود، ضبط، ذخیره یا دیگر انواع رهگیری ارتباطات خصوصی اینترنتی اشخاص بدون رضایت آن‌ها مجاز نیست مگر با مجوز قاضی ویژه منصوب رییس قوه قضاییه، در مواردی که برای صیانت از امنیت ملی لازم است یا در جرایمی که مجازات آن‌ها قصاص نفس یا عضو یا اعدام یا حبس ابد یا حبس بالای ده سال می‌باشد.

۲. ماده ۹۵-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه و مواد ۲۳۷ و ۲۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری لهستان.

این جرایم، دشوار و چه بسا ناممکن است؛ نخست اینکه، جرایم کلان اقتصادی، از نظر ساختاری، جرایمی پیچیده بوده و با استفاده از فناوری پیشرفته روز؛ نظیر اینترنت و توأم با حيله و تقلب و مخفیکاری و با برنامه‌ریزی خاص ارتکاب می‌شوند. این ویژگی‌ها در میان دامنه موضوعی گسترده جرایم اقتصادی؛ نظیر کلاهبرداری از بیمه، کلاهبرداری در بانکداری، اختلاس، تقلب در بورس، تقلب در مواد مصرفی غذایی، دارویی، آرایشی، تقلب در مواد نیروزای ورزشی، کلاهبرداری اینترنتی و سایر جرایم رایانه‌ای مشاهده می‌شود؛ به علاوه، جرایم اقتصادی به صورت مستمر در حال تغییر و تحول است و از این رو، وسایل کنترل و تعقیب آن همواره باید متناسب با آن متحول شود؛ دوم اینکه، مرتکبان این جرایم، گاهی به شکل شخص حقوقی دارای هویت صوری و اغلب در فضای مجازی^۱ ظاهر می‌شوند و گاهی شخص حقیقی هستند اما نه انسان‌های ساده و معمولی، بلکه دارای نبوغ و استعدادی خاص یا ارتباطاتی قوی با مسؤولان حکومتی^۲ یا امکانات پیشرفته و نیروی متخصص و روشنفکر بوده، به طوری که هم در ارتکاب جرم و هم در امحاء و اخفای آثار و ادله جرم ارتكابی از نعمت خدادادی نبوغ یا امکاناتی که جامعه به اعتبار موقعیت آنان در اختیارشان قرار داده است استفاده می‌نمایند به طوری که مقامات تعقیب یا تحقیق را متقاعد می‌سازند جرمی محقق نشده یا آثاری از جرم بر جای نمی‌گذارند تا مستمسکی برای تعقیب آنان باشد. قطعاً در کشف و تعقیب جرایم اقتصادی بلحاظ ویژگی‌های خاص این جرایم و مرتکبان آن، عدم استفاده از امکانات و ابزارهای پیشرفته روز، به منزله خلع سلاح دادستان و مقام تعقیب و تحقیق در رویارویی با متهمان مسلح اقتصادی و یقه سفیدی است؛ یقه سفیدهایی که از امکانات پیشرفته و گسترده بهره‌برداری می‌کنند و گاهی امکانات و نیروی دست‌اندرکار اجرای عدالت را خود قرار است تأمین نمایند.

استفاده از روش‌های تحقیقاتی خاص و علمی در تعقیب مجرمان یقه سفید

علاوه بر ضرورت بکارگیری ابزارهای تکنولوژیک و پیشرفته در فرآیند رسیدگی به جرایم اقتصادی، توسل به روش‌های تحقیقاتی خاص و علمی؛ جهت کشف و تعقیب جرایم اقتصادی و اجرای تساوی سلاح‌ها میان طرفین دعوا در این جرایم لازم است؛ زیرا بزهکاران اقتصادی اغلب، آدم‌های نبوغ دار و باهوش و نیرنگ باز بوده و بیش از آنکه مقام تعقیب یا تحقیق بتواند در امر بازجویی اقرار به ارتکاب جرم را از زیر زبان آنان بکشد خود، امر بازجویی را با ارایه پاسخ‌های به ظاهر موجه ولی بی اساس، از مسیر عادلانه، به انحراف کشیده و یا با استفاده از حق سکوتی که قانون به آنان داده است دچار چالش می‌نمایند. بنابراین، با روش

۱. نظیر شرکت‌های کاغذی در فضای اینترنتی که فعالانشان، فروش کدهای اقتصادی و فاکتورهای جعلی است و با هدف کتمان درآمد واقعی فعالان اقتصادی و ارایه اطلاعات و اسناد و مدارک خلاف واقع به منظور فرار مالیاتی صورت می‌گیرد. به نقل از پایگاه خبری تحلیلی پایگاه پول نیوز در خبر شماره ۱۷۹۵۷۸ مورخه ۱۳۹۵/۲/۷، حدود ۱۵۰۰ شرکت کاغذی با پیگیری واحدهای نظارتی سازمان امور مالیاتی و همکاری ادارات کل امور مالیاتی سراسر کشور شناسایی و اسامی آنها از سوی وزارت امور اقتصادی و دارایی، برای تشکیل پرونده به قوه قضاییه اعلام شد و برخی نهادها از جمله وزارت کشور، وزارت اطلاعات و موسسات بانکی و ... در جریان قرار گرفتند.

۲. نظیر شهرام جزایری عرب، تاجر و فعال اقتصادی ایرانی که در سال ۱۳۸۱ در جریان بزرگترین و حنجالی‌ترین پرونده اقتصادی ایران بعد از انقلاب، دستگیر و بلزداشت شد، بررسی بیوگرافی این تاجر یقه سفید نشان می‌دهد که او در بسیاری از زمینه‌ها نبوغی خاص داشت به طوری که شغل خود را از دستفروشی در اهواز شروع کرده تا به صادرات سیر در کویت رسیده بود و با تاسیس شرکت پدیده تجارت نوین و ارتقای آن به ۴۸ شرکت زیر مجموعه، به ثروت هنگفتی دست یافت و با ورود در دنیای سیاست و برقراری ارتباط با مقامات مملکتی و نمایندگان مجلس، توانست بسیاری از جرایم مهم؛ نظیر تبانی در معاملات دولتی، اغوای مسئولان بانکی به پرداخت تسهیلات کلان، جعل اسناد دولتی، تصرف غیر مجاز در اموال عمومی و دولتی، صادرات غیر قانونی و اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و ... را با همدستگی فرزندان مقامات نظام انجام و برای مدت زیادی از تیغ شمشیر عدالت مصون بماند.

سنتی و غیر علمی؛ نظیر تنبیه و شکنجه، دیگر نمی‌توان باند‌های مجرمانه و مفسدان اقتصادی را شناسایی کرد و به عبارت دیگر، این روش، دیگر نمی‌تواند در کشف حقایق در فرآیند رسیدگی به جرایم نوظهور اقتصادی خیلی مؤثر و مثمر ثمر باشد و باید متوسل به روش‌های علمی شد؛ نظیر اعتمادسازی و مصاحبه آزاد با متهم و تحقیق کتبی از او و مقایسه آن با اظهارات شفاهی، روانشناسی خط؛ به معنای استفاده از روش سؤال و جواب توسط یک روانشناس یا روانکاو، روش تداعی در کشف و شناسایی مجرمان^۱ و دام گستری^۲ و نظایر آن. البته استفاده از این روش‌ها مستلزم وجود نیروی پلیسی و قضایی متخصص و آموزش- دیده در زمینه بازجویی و تحقیق از متهمان است که کمبود یا عدم وجود این نیرو، خود نیز چالشی جدی در امر تعقیب و تحقیق پیرامون جرایم کشف پیچیده اقتصادی و برقراری تساوی سلاح‌ها در این جرایم است.

متأسفانه در نظام قضایی ایران، عدم کفایت نیروهای پلیسی و قضایی متخصص و آموزش دیده در بکارگیری شیوه‌های علمی بازجویی از متهمان و یا نداشتن وقت کافی برای استفاده از این شیوه‌ها به علت کثرت شدید پرونده‌ها و یا ممنوعیت استفاده از برخی شیوه‌های نوین از این جهت که متضمن اغفال و فریب متهم در امر بازجویی می‌باشد^۳ شیوه‌های علمی، چندان مورد استفاده در تعقیب و کشف جرایم قرار نمی‌گیرد و به عبارتی، هنوز هم اغلب، شیوه‌های سنتی در امر بازجویی حاکم بوده و در این خصوص، تحقیقات پلیسی و بازجویی‌ها در کشف جرایم مهم، نظیر انواع جرایم اقتصادی دچار نارسایی و ناکارآمدی است. عدم استفاده از روش‌های علمی نوین در امر بازجویی متهمان در جرایم اقتصادی به معنای خلع سلاح مقام تعقیب و تحقیق در مقابل اسلحه حیله و عملیات پنهانکاری و برنامه ریزی خاص بزهکاران اقتصادی می‌باشد اسلحه‌ای که این دسته از بزهکاران هم در ارتکاب جرم از آن استفاده می‌کنند تا بر قربانی جرم ضرر وارد کنند و هم بعد از کشف جرم و در عملیات رسیدگی به آن، این سلاح را بکار می‌گیرند تا با فریب مقام تعقیب و تحقیق و نقض تساوی سلاح‌ها به نفع خود اسباب منع تعقیب یا براءت خویش را فراهم نمایند.

نتیجه گیری

تعادل یا توازن قوا میان طرفین دعوا در جرایم اقتصادی؛ با رویکرد سنتی اصل تساوی سلاح‌ها که مبتنی بر حمایت از متهم در مقابل دادستان است محقق نمی‌شود؛ از این جهت که در این جرایم، در مقابل دادستان، متهمان یا بزهکارانی قرار دارند که غالباً از موقعیت برتر اجتماعی و ثروت و قدرت فراوان برخوردارند و براحتی می‌توانند با استفاده از نفوذ و قدرتی که دارند ابزارهای قانونی دادستان را دور زده و موجبات منع تعقیب یا براءت خود را فراهم نمایند؛ از این رو باید الزامات یا ساز و کارهایی متفاوت با ساز

۱. در این روش، افسر تحقیق با ارایه مطالب و تصاویر و اشیا و وسایل مربوط به جرم از متهم سوالاتی می‌پرسد. نوع پاسخ‌ها در باره اشیا مرتبط با جرم قطعاً با اشیا و تصاویر نامرتبط متفاوت خواهد بود و فرد محقق می‌تواند با استفاده از این شیوه متوجه شود تا کجا به حقیقت نزدیک شده است؛

<http://www.magiran.com/npview.asp?ID=2511245>

۲. دام گستری در لغت، به معنای گستردن دام و تله برای شکار چیزی است و منظور از روش دام گستری در کشف جرم، پهن کردن دام و تله توسط مقامات قضایی برای ارتکاب جرم علیه اشخاص مورد نظر آنان یا تحصیل دلیل علیه افراد مظنون به ارتکاب جرم است؛ در رابطه با بکارگیری این روش در کشف جرم، همواره بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل مأمورین پلیس به این روش مطرح است که برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک: ابراهیمی، شهرام و ملک زاده، محمود، (۱۳۹۲)، دام گستری: ممنوعیت مطلق یا قانونمند سازی آن، نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره هشتم.

۳. به موجب قسمت اخیر ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «... پرسش تلقینی یا همراه با اغفال، اکراه و اجبار متهم ممنوع است». همچنین به موجب بند ۱۱ ماده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی (مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۶): «... پرسش‌ها باید مفید و روشن و مرتبط با اتهام یا اتهامات انتسابی باشد و از کنجکاوی در اسرار شخصی و خانوادگی و سؤال از گناهان گذشته افراد و پرداختن به موضوعات غیر مؤثر در پرونده مورد بررسی اجتناب گردد».

وکارهای تعقیب جرایم عادی، با رویکردی نوین و مبتنی بر حمایت از دادستان در فرایند رسیدگی به جرایم اقتصادی مورد رعایت و استفاده قرار گیرد تا با تقویت ابزارهای تعقیب و تحقیق و گسترش اختیارات دادستان، بتوان کشف جرایم اقتصادی و تعقیب مرتکبان آن را میسر و بدین وسیله موازنه قوا میان طرفین دعوا را فراهم ساخت؛ این مجموعه تحقیق برخی از این الزامات و ساز و کارها را بررسی نمود که بعضی از این الزامات یا ساز و کارها؛ نظیر عدول از اصل برائت یا محدودیت حضور و مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی، مبتنی بر تحدید حقوق دفاعی متهمان در جرایم اقتصادی است و برخی دیگر، نظیر استفاده از ابزار تکنولوژیک و روش‌های علمی نوین در کشف و تعقیب جرایم اقتصادی، مبتنی بر تقویت ابزارهای تعقیب و تحقیق در فرایند رسیدگی به این جرایم است؛ با این حال، برای فراهم شدن زمینه اجرایی اصل تساوی سلاح‌ها در جرایم اقتصادی پیشنهاد می‌شود این اقدامات توسط دولت (به معنای عام) انجام گردد:

- تعریف قانونی جرایم اقتصادی و بیان مصادیق آن
- تصویب قانون جامع مبارزه با جرایم اقتصادی
- تشکیل پلیس قضایی متخصص در امر کشف و تحقیقات مقدماتی جرایم اقتصادی
- تشکیل مرکز اطلاعاتی به منظور جمع‌آوری و تحلیل سوابق و اطلاعات مربوط مجرمان اقتصادی و بهره برداری از آن در اتخاذ سیاست جنایی موثر در مبارزه با جرایم اقتصادی
- نهادینه و قانونمند نمودن تعامل و همکاری دستگاه‌ها و نهادهای موثر در بروز جرایم اقتصادی با نیروی قضایی و پلیسی
- تصویب قوانین مرتبط با الحاق ایران به کنوانسیون‌های بین‌المللی مبارزه با فساد مالی و جرایم سازمان‌یافته
- اختصاص بودجه کافی به نیروی قضایی و پلیسی جهت بروز نمودن تجهیزات و ارتقای آموزش و آگاهی‌های نیروی خود در امر مبارزه با جرایم اقتصادی
- بدیهی است با اجرای شدن این پیشنهادها می‌توان تا حدود زیادی، تعقیب مجرمان اقتصادی و کشف جرایم آنان را برای دادستان و پلیس تسهیل نمود و طرف‌های دعوا را در طرح دفاع یا ادعا در موقعیتی برابر در مقابل هم قرارداد تا بدین وسیله، تساوی سلاح‌ها و در یک مقیاس کلی، دادرسی عادلانه در رسیدگی برقرار شود.

منابع

- ۱- آشوری، محمد، (۱۳۸۸)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، انتشارات سمت.
- ۲- آشوری، محمد و بهمنی قاجار، محمدعلی، (۱۳۸۷)، رویه کمیته حقوق بشر در حمایت از حق آزادی و امنیت شخصی، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳.
- ۳- آشوری، محمد، (۱۳۸۳)، "مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر" حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، نشر گرایش.
- ۴- ابراهیمی، شهرام و ملک زاده، محمود، (۱۳۹۲)، دام گستری: ممنوعیت مطلق یا قانونمند سازی آن، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره هشتم.
- ۵- اعظمی مقدم، مجید، (۱۳۹۰)، مفهوم شناسی جرم اقتصادی یا فساد اقتصادی، مجله کار آگاه، دوره دوم، سال چهارم، شماره ۱۶
- ۶- باقری نژاد، زینب، (۱۳۹۴)، اصول آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات خرسندی.
- ۷- بیگی، علی و بیگی، حسین، (۱۳۹۲)، جایگاه اصل تساوی سلاح‌ها و جلوه‌های آن در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، همایش ملی قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ در بوته نظر.
- ۸- پرویزی فرد، آیت الله، (۱۳۹۱)، دستگیری متهم بودن دستور قضایی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۲.

- ۹- تدین، عباس، (۱۳۹۵)، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری (مطالعه تطبیقی در حقوق کیفری ایران و فرانسه)، تهران، نشر میزان.
- ۱۰- جعفریان سوتنه، سید حسن، (۱۳۹۴)، از عدالت کیفری امنیت مدار تا عدالت کیفری کرامت‌مدار (علل، راهکارها)، نشریه اندیشه‌های حقوق کیفری، سال اول، شماره ۱.
- ۱۱- جوانمرد، بهروز، (۱۳۹۳)، آیین دادرسی کیفری اختصاصی (افتراقی) در جرایم سازمان‌یافته فراملی، تهران، انتشارات جاودانه
- ۱۲- حیدری، الهام و فتحی، محمدجواد، (۱۳۹۳)، گستره اصل آزادی تحصیل دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلستان، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره دوم
- ۱۳- رحمدل، منصور، (۱۳۸۶)، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره هشتم
- ۱۴- زراعت، عباس، (۱۳۹۱) حقوق کیفری اقتصادی، تهران، انتشارات جنگل، نشر جاودانه
- ۱۵- ساقیان، محمدمهدی؛ (۱۳۸۵)؛ اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷ و ۷۶.
- ۱۶- سلیمی، علی، (۱۳۸۳)، جرم و جرم‌شناسی، نشر پژوهشی حوزه و دانشگاه.
- ۱۷- شاکری، ابوالحسن و بابایی شاهان دشتی، سید بهامین، (۱۳۹۵) اجرای دستور جلب در حقوق ایران با نگاهی به حقوق انگلستان، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۱.
- ۱۸- شاملو، باقر و مرادی، مجید، (۱۳۹۲)؛ تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم‌پولشویی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۱.
- ۱۹- شمس‌ناتری، محمد ابراهیم، (۱۳۹۱)، اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری؛ در: مجموعه مقالات علوم جنایی در تجلیل از اسناد دکتر آشوری، تهران، انتشارات سمت.
- ۲۰- ضیائی فر، محمدحسن، (۱۳۸۶)، نگاهی به موازین بین‌المللی مربوط به حق بر وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی با تأکید بر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، مجله حقوق اساسی، شماره هشتم
- ۲۱- عسماوی، سعدالدین محمد، (۱۳۸۶)، مروری بر جرایم اقتصادی کشورهای عربی، ترجمه محمد رضا نصر الهی و سید عیسی حسینی، تهران، نشر کارآگاه
- ۲۲- فضائلی، مصطفی، (۱۳۹۴)، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، تهران، انتشارات شهر دانش.
- ۲۳- قپانچی، حسام و دانش‌ناری، حمیدرضا، (۱۳۹۱)، الگوهای دو گانه فرایند کیفری «کنترل جرم» و «دادرسی منصفانه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم رضوی، شماره ۴
- ۲۴- قربانی، علی، (۱۳۸۶)، بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ۲۵- کوچ‌نژاد، عباس، (۱۳۸۳)، محدودیت‌های حقوق بشر در اسناد بین‌المللی، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳.
- ۲۶- گلدوست جویباری، رجب، (۱۳۸۶)، کلیات آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات جنگل.
- ۲۷- مجیدی، سید محمود، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی افتراقی ناظر بر جرایم علیه امنیت در سیاست کیفری ایران و فرانسه، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۸.
- ۲۸- مؤذن زادگان، حسنعلی، (۱۳۸۹)، تضمینات حقوق دفاعی متهمان در همان امر بازجویی در مرحله تحقیقات مقدماتی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸.
- ۲۹- مؤذن زادگان، حسنعلی و جهانی، بهزاد، (۱۳۹۴)، مطالعه تطبیقی حقوق خانواده، متهم در فرایند تحقیقات مقدماتی در ایران و فرانسه، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۹.
- ۳۰- مهدی پور، اعظم، (۱۳۹۵)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، تهران، نشر میزان

۳۱- نصر اصفهانی، احمد، (۱۳۸۶)، حق برخورداری از وکیل دعاوی به عنوان یک حق بشری؛ ارائه شده در خبرنامه کانون وکلای دادگستری در اسفند ماه ۱۳۸۶ در اصفهان؛ قابل دسترسی در:
http://www.niknameh.ir/post/2009/09/17/right_to_attorney_as_a_human_right.a.aspx

۳۲- هاشمی، سیدحسن، (۱۳۹۲)، دادرسی منصفانه در شرایط اضطراری (در اسناد بین‌المللی و ایران)، تهران، انتشارات مجد.

۳۳- یوسفی، ایمان، (۱۳۹۰)، بررسی تمایل جهانی به حذف بازپرس، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره دوم.

34- Antonio Cassese; (2003); International Criminal Law; Oxford University Press

تحلیل حقوقی جرم‌شناسی ناکارآمدی کیفری اعدام در جرایم مواد مخدر و سایر جرایم تعزیری و تعیین مجازات‌های جایگزین

عمران علی محمدی^۱، دکتر محمدرضا شادمان‌فر^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری تخصصی رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد خوراسگان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

۲- استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد خوراسگان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

چکیده

قانونگذار در جرائم مربوط به مواد مخدر و سایر جرایم تعزیری سیاست سرکوبگری و تشدید مجازات را پیاده کرده است. بدون تردید انگیزه مقنن از اتخاذ چنین تدابیری، قباحت و سنگینی این جرائم و نیز خطرناک بودن آن‌ها به حال جامعه است در حالی که به نظر می‌رسد این سیاست کیفری بنا به دلایل متعددی راهگشا نیست و قانونگذار را به هدف خویش که پیشگیری از وقوع و یا تکرار جرم و اصلاح مجرمین است نمی‌رساند؛ به این دلیل که نفس وضع مجازات‌های سنگین بدون در نظر گرفتن علل و عوامل جرم و نیز اوضاع و احوالی که طی آن فردی مرتکب جرم شده است، کار معقول و صحیحی نیست و آنچه باعث ارباب بزهکاران و سایرین از ارتکاب و یا تکرار جرم می‌گردد، سرعت و قطعیت اجرای مجازات هاست نه سنگین بودن آن‌ها؛ از لحاظ علمی و تجربی ثابت شده است که سنگین بودن مجازات‌ها و عدم اجازه اعمال نهادهای تعدیل‌کننده مجازات‌ها در مورد جرایم مواد مخدر و سایر جرایم تعزیری چندان کارساز نبوده و مرتکبین این جرائم رو به افزایش‌اند.

واژگان کلیدی: تعزیر، اعدام، مواد مخدر، جایگزین‌های اعدام، سیاست کیفری

* نویسنده مسئول shademanfarmohamadreza@gmail.com

مقدمه

مجازات اعدام از جمله مجازات‌هایی است که در سال‌های اخیر، با چالش‌هایی در حوزه نظر و عمل مواجه بوده است. قانونگذار ایران در قانون مبارزه با مواد مخدر و اصلاحیه سال ۱۳۸۹ آن، همواره با تعیین مجازات‌های نامتناسب و سنگین بالاحص اعدام و حبس ابد، سیاست جنایی مبتنی بر سرکوب و کیفر را محور خود قرار داده است اما این سیاست جنایی چندان مورد اقبال سیاست جنایی قضایی (رویکرد دستگاه قضا) قرار نگرفته است. سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر اساساً بر محور پاسخ‌های دولتی اعم از کیفری و غیرکیفری می‌چرخد ولی در قسمت پاسخ‌های غیرکیفری ناظر بر پیشگیری و درمان، نقش ارگان‌ها و سازمان‌های مردم‌نهاد محسوس است؛ به هنگام بحث از مجازات‌های جایگزین باید دو گروه را از هم متمایز نمود. گروهی به سرکردگی بکاربا آن‌هایی هستند که طرفدار اصالت بشر نبوده، بلکه فایده‌گرایی هستند که در جستجوی مؤثرترین راه حل‌ها برای تهدید بزهکاری می‌باشند. اینان در عین حالی که با مجازات اعدام به مخالفت می‌پردازند، خصوصیات ارضایی مجازات‌ها را قبول داشته و سعی می‌نمایند مجازاتی را به جای اعدام پیشنهاد نمایند که نظیر ایجاد رعب و وحشت در مجرمین بالقوه همانند اعدام عمل نماید و واجد نفع و فایده‌ای برای جامعه باشد، در همین زمینه بکاربا می‌نویسد: «آنچه مردمان را از ارتکاب جرم باز می‌دارد، نمایش موحش ولی زودگذر مرگ یک تبهکار نیست، بلکه نمونه ممتد و مستمر انسانی است محروم از آزادی که همچون حیوانی بارکش زبان جامعه را با تحمل بار گران جبران می‌کند». ولتر نیز در همین خصوص می‌نویسد: «به جای اعدام و نابودی افراد بهتر آن است که آنان را بصورت دائم محبوس نموده و به کار گیریم. زیرا انسانی که به دار آویخته شده بدرد هیچ چیزی نمی‌خورد». لذا می‌بینیم مجازات‌هایی که این گروه به جای اعدام پیشنهاد می‌نمایند عبارتند از: حبس دائم با اعمال شاقه، حبس دائم، تبعید و غیره (وارسته، ۱۳۹۱: ۸۷-۸۸).

در حقوق کیفری ایران مجازات اعدام در قوانینی نظیر؛ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران؛ قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور، قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء، کلاهبرداری، قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس و وارد کنندگان، توزیع کنندگان و مصرف‌کنندگان اسکناس مجعول و... آمده است که در این تحقیق نگارندگان با روش تحلیلی - توصیفی به صورت کتابخانه‌ای از طریق فیش برداری به تحلیل حقوقی - جرم‌شناسی ناکارآمدی کیفری اعدام در جرایم مواد مخدر و سایر جرایم تعزیری و تعیین مجازات‌های جایگزین خواهیم پرداخت.

گفتار اول: عدم شمول مجازات اعدام مواد مخدر در درجات مجازات‌های تعزیری

برجسته‌ترین و محوری‌ترین ویژگی تعزیر، درجه‌بندی هشتگانه است. طبق ماده ۱۹، مجازات‌های تعزیری به هشت درجه تقسیم می‌شود:

۱. درجه اول

- حبس بیش از بیست و پنج سال
- جزای نقدی بیش از یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال
- مصادره کل اموال
- انحلال شخص حقوقی

حبس بیش از بیست و پنج سال در قوانین کیفری ایران به سختی یافت می‌شود و حبس ابد چون یک کیفر جداگانه با میزانی مشخص به اندازه عمر محکوم است، حبس بیش از ۲۵ سال دانسته نمی‌شود؛ پیش-بینی نکردن حبس ابد و اعدام در درجه یک موجب شده صلاحدید قضایی در هاله‌ای از ابهام قرار بگیرد در واقع مقنن نوعی محافظه کاری قانونی کرده است. که این شیوه تقنین مخالف اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و رویه معمول کشورها در درجه بندی مجازات‌ها می‌باشد؛ اصل قانونی بودن مجازات‌ها و لزوم تعیین سطح اعلی کیفر در درجه اول ایجاب می‌کند که مقنن همانند درجات هفت گانه، حداکثر کیفر حبس و جزای نقدی در ماده ۱۹ صریحاً معلوم و بیان کند.

در ماده‌های گوناگون کتاب نخست قانون، از کیفر اعدام و حبس ابد سخن به میان آمده و نشان از حضور قوی این دو کیفر در نظام کیفری ایران است. از یک سو حبس ابد و اعدام کیفرهایی برابر کیفر حدی‌اند و از سوی دیگر در زیر تعزیر بیان نشده‌اند؛ نگارنده با دو تحلیل اثبات می‌کند که مجازات‌های اعدام و حبس ابد مشمول درجه ۱ ماده ۱۹ قرار نمی‌گیرند.

بند اول: تقسیم‌بندی جرایم به مهم و غیر مهم و تطبیق آن با ضمانت اجرای معین و نامعین

پیش‌بینی دو نوع عمده‌ی کیفر "حدود" و "تعزیرات" (مجازات‌های معین یا قطعی و مجازات‌های نامعین یا غیر قطعی) از جمله مفاهیم بسیار معنادار در سیاست جزایی اسلام است. اینگونه تنوع به روشنی از یک سیاست کیفری واقع بین، انسانی حکایت می‌کند. اما در این میان، واقعیت مورد غفلت این است که حد و تعزیر درست و دقیق فهم نشده‌اند و از این رو اهداف و مقاصد را که در پس تشریح این دو دسته مجازات قرار دارند، آنچنان که باید و شاید تامین نمی‌کنند. در این مقال و مجال مقصود اصلی نشان دادن فاصله‌ای است که از نظر ما بین تعاریف و برداشت‌های فقهی و حقوقی رایج از حدود و تعزیرات از سویی و مقاصد حکیمانه تشریح آن‌ها، از سوی دیگر وجود دارد.

لکن، «با توجه به توافق اجمالی راجع به تعریف مجازات حد و عدم اختلاف بین فقها درباره‌ی این که مجازات حد مجازاتی است که برای جرایم مشخص توسط شارع تعیین و تصریح شده، ملاحظه می‌شود که، حتی بنابر بارزترین دیدگاه راجع به تعزیر، راه بر استفاده بهینه از تنوع مجازات‌ها، حد و تعزیر بسته است. زیرا به این ترتیب فهرست جرایم مهم و مستوجب مجازات‌های معین و قطعی شارع نهایی و بسته شده و دیگر، در هیچ زمان و مکانی، جرم مهم دیگری که مجازات قطعی و معین در پی داشته باشد، خارج از سیاهه‌ی حدود در شرع، قابل تصور و تصویب نیست و هر جرمی که مصداق هیچ یک از جرائم حدی منصوص در شرع نباشد، جرم تعزیری است و قابل مجازات "دون الحد" و "بمیراه الحاکم" می‌باشد.» (حسینی، ۱۳۸۸: ۱۴) زیرا مراد از قاعده التعزیر دون الحد این است که «هیچکس را نمی‌توان از طریق تعزیر، اعدام یا حبس ابد یا حکم به شلاق حدی یا قطع اعضا نمود زیرا این مجازات‌ها در اعمال حدی الزام‌آور است.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۳۶)

این در حالی است که بی‌گمان در روزگار ما اعمال مجرمانه‌ی وجود دارند که، از سویی، به اندازه‌ی خطیر و مهم شمرده می‌شوند که برای آن‌ها مجازات‌های معین و قطعی پیش‌بینی شده است و از سوی دیگر، با هیچ یک از عناوین مجرمانه‌ی مستوجب حد انطباق ندارند. بی‌شک جرایمی از قبیل جاسوسی و قاچاق مواد مخدر بسیار بیشتر از جرایم حدی مانند تفخیز و شرب مسکر و خیم و غیر قابل اغماضند و مجازات‌هایی ثابت و قطعی را ایجاب می‌کنند؛ در حالی که در چارچوب هیچ یک از تعاریف جرایم مستوجب حد نمی‌گنجد.

از خاستگاه قول فقها به حصر "حدود"، در موارد تعیین شده در شرع، راجع به اینگونه جرایم و مجازات‌ها ناچار باید به یکی از دو توجیه دست یازید:

توجیه اول: اندراج این دست جرایم تحت یکی از عناوین جرایم حدی؛ در این باره باید گفت تنها عنوان جرم حدی که ممکن است پنداشته شود ظرفیت مصادیق مختلف را دارد، "افساد فی الارض" است که فقط مواردی از جرایم می‌توانند مشمول عنوان افساد فی الارض دانسته شود که از مصادیق محاربه به شمار آیند و به اندازه‌ی وخیم باشند که محکومیت به مجازات محاربه را ایجاب کنند، لذا بر فرض صحت، بسیاری از جرایم نوپا ذیل عنوان افساد فی الارض نمی‌گنجد.

توجیه دوم: محسوب نمودن این دست جرایم جزء جرایم تعزیری؛ اشکال این راه حل نیز در این است که «کیفر معین و قطعی نمی‌تواند تعزیر "بمیراه الحاکم" و قابل تطبیق با شخصیت مجرم و احوال ارتکاب جرم شمرده شود به علاوه، "دون الحد" بودن تعزیر با تعزیر شمردن مجازات‌های معین سنگین، از جمله اعدام که به حیات محکوم پایان می‌دهد جور در نمی‌آید.» (حسینی، ۱۳۸۸: ۱۵)

حکمت شرع و جامعیت و خاتمیت شریعت مستلزم پاسخگو بودن به نیازهای بشر در همه اعصار و امصار است و حکومت او به معنای این است که شارع در کنار بیان احکام عمومی و فراگیر، پاره‌ای احکام مرتبط با

وقایع و اوضاع و احوال خاص زمان و مکان خود صادر کرده است که نباید به عنوان احکام ذاتی و کلی تلقی شوند. به زبان دیگر «استباط و فهم ما از ادله شرعی این است که شارع، در بیان و عمل خود، اولاً در مقام احصاء حصری موارد حد و تعزیر نبوده است؛ و ثانیاً، در همه‌ی موارد درصدد بیان حکم کلی نبوده است؛ بلکه اقوال و افعال شارع مقدس مبین این فراز مهم سیاست کیفری در نظام اسلامی بوده که جرایم بر دو دسته‌اند: مهم و غیر مهم (یا پراهمیت و کم اهمیت). به جرایم دارای اهمیت بیشتر با ضمانت اجرای کیفری معین و قطعی پاسخ داده می‌شود و جرایم دارای اهمیت کمتر می‌توانند با واکنش کیفری نامعین و غیر قطعی پاسخ داده شوند.» (حسینی، ۱۳۸۸: ۱۶)

نتیجه این استدلال این می‌شود که: اختلاف راجع به تعداد حدود از بین می‌رود؛ زیرا دیگر حدود توصیفی و فهرست و احصاء‌شده‌ی نهایی توسط شارع دانسته نمی‌شود تا اختلاف بکنیم که شمار آن چند است و فلان جرم حدی است یا تعزیری، بلکه بسته به مقتضیات مدیریت امور جامعه و ملزومات اعمال حاکمیت، توسط حاکم اسلامی، فهرست جرایم حدی که کیفر معین و قطعی را ایجاب می‌کنند، نوسان پیدا می‌کند. همچنین اختلافات راجع به این که مقصود از "دون الحد" بودن تعزیر چیست از میان می‌رود. بنابراین، ناگزیر نخواهیم بود مجازات‌های معین و احیاناً شدیدترین نوع کیفر نظیر اعدام و حبس ابد را تعزیر محسوب کنیم در حالی که تعزیر کیفر "دون الحد" و "بمابراه الحاکم" است و غیر قابل صدق بر مجازات معین و شدید است. پس با تحلیل فوق مجازات‌هایی نظیر اعدام و حبس ابد در زمره مجازات‌های تعزیری درجه اول قرار نمی‌گیرند.

بند دوم: تصریح مواد قانونی به عدم انطباق مجازات اعدام با درجه یک

در شروع به جرم به موجب ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۰ در بند الف مقرر شده است که: «در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار» همچنین در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ در ماده ۳۰۲ مقرر شده است: «به جرایم زیر در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود:

الف- جرایم موجب مجازات سلب حیات

ب- جرایم موجب حبس ابد...

ت- جرایم موجب مجازات تعزیری درجه چهار و بالاتر»

مقتن سلب حیات و حبس دائم را به طور جداگانه و مستقل از تعزیر درجه یک شناخته است. پس با توجه با تحلیل‌های موفق مناسبترین پاسخ این است که اعدام و حبس ابد در محدوده‌ی مجازات‌های تعزیری هشتگانه شناخته نمی‌شود.

گفتار دوم: علت کارآمد نبودن کیفر اعدام در جرایم مواد مخدر

ارزیابی‌های دقیق، علمی و منطقی‌ای که نشان دهد مجازات اعدام بازدارنده بوده و توانسته یا می‌تواند در کاهش جرم در حوزه مواد مخدر کمک کند، وجود ندارد؛ گاهی بعضی از پژوهش‌ها نشان می‌دهد زمانی که ریسک قاچاق مواد مخدر تغییر می‌کند در میزان توزیع آن نه تنها تغییری ایجاد نمی‌کند بلکه بیشتر هم می‌شود؛ (ذبحی، ۱۳۹۲: ۶۷) چون وقتی ریسک بالاتر می‌رود تفاوت قیمت در مقصد که تولید کننده است افزایش پیدا کرده و این افزایش قیمت، سودآوری بیشتری را در حوزه مواد مخدر ایجاد می‌کند از این رو افراد با تمایل زیادی وارد بازار غیرقانونی مواد مخدر می‌شوند؛ اگر قرار باشد طبق قوانینی که در حال حاضر به صورت رسمی در کشور وجود دارد و قاچاقچیان براساس میزان موادی که حمل می‌کنند محکوم به اعدام شوند، عمل کنیم تعداد اعدامی‌ها زیاد خواهد شد در حالی که ما می‌دانیم بر اساس آمار رسمی که در کشور وجود دارد مجازات اعدام به آن میزانی که قاچاقچیان مشمول اعدام می‌شوند، اتفاق نمی‌افتد و تعداد اعدامی‌ها به نسبت قاچاقچیان مشمول مجازات کمتر است. این نشان می‌دهد در حال حاضر قوانینی را در کشور داریم که کارآمدی خود را از دست داده‌اند و باید قوانین را بر اساس واقعیات تنظیم کنیم.

بند اول: عدم تناسب جرایم تعزیری و مواد مخدر با مجازات اعدام

بدیهی است که هیچکس مخالف تنبیه و مجازات مجرمین نیست، اما به اعتقاد حقوقدانان تناسبی میان نوع جرم و مجازات آن در جرایم تعزیری و مواد مخدر وجود ندارد و در همین راستا مجازات اعدام در مورد تعزیرات و مواد مخدر در یکی دو سال گذشته مورد نقد و بررسی بسیاری قرار گرفته است؛ از حیث دخالت دادن میزان مواد در میزان مجازات نظام کیفری بیشتر ما از سیستم آمریکایی الگو گرفته در حالی که نظم حقوقی جدید حاکم بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مخالف به خرج دادن چنین شدتی در خصوص مجازات اعدام در مورد مواد مخدر (توسط قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی ۱۳۸۹) است؛ از این رو لازم است برای رعایت تناسب میان جرم و مجازات در خصوص اعدام مواد مخدر که ماهیتاً هم بیشتر تعزیری محسوب می‌گردد، بازنگری به عمل آید؛ قانون مبارزه با مواد مخدر یک سیاست کیفری شدید دارد و متأسفانه بحث جرم‌شناسی جدی درباره علل و عوامل پدیده قاچاق مواد مخدر صورت نگرفته است؛ بعد حقوق دفاعی در آیین دادرسی کیفری، در سیاست کیفری قانون مبارزه با مواد مخدر وجود نداشته است و لازم است که این سیاست تعریف شود.

تاکنون از تعدد قضات در جرایم مهم مواد مخدر استفاده نکرده‌ایم؛ هم چنین عدم لحاظ تجدید نظرخواهی برای محکومان و وکلای آن موضوعی است که باید به آن توجه کرد؛ رسیدگی به جرایم مربوط به مواد مخدر غیرعلنی است و علمای آیین دادرسی کیفری از جمله مرحوم دکتر آخوندی در هر زمانی به این شیوه رسیدگی انتقاد داشتند. امروز بعد از سه دهه به این نتیجه رسیدیم که راجع به مجازات اعدام فکر کنیم.

طرح حذف و تغییر مجازات اعدام در قانون مبارزه با مواد مخدر با هدف کاهش مجازات اعدام و تاثیرگذاری و بازدارندگی مورد توجه کارشناسان و حقوقدانان مجلس قرار گرفت اما علیرغم برگزاری جلسات متعدد با متولیان مبارزه با مواد مخدر و حتی کارشناسان و متخصصان مجمع تشخیص مصلحت نظام به دلیل اختلاف نظرهای بسیار نهایت امر بدین صورت تصویب شد:

براساس ماده واحده این طرح، یک ماده به شرح زیر به عنوان ماده ۴۵ به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۳ آبان ۶۷ و اصلاحات بعدی آن الحاق و شماره ماده ۴۵ قانون به ماده ۴۶ اصلاح می‌گردد.

«ماده ۴۵- مرتکبین جرائمی که در این قانون دارای مجازات اعدام یا حبس ابد هستند در صورت احراز یکی از شرایط ذیل در حکم مفسد فی الارض می‌باشند و به مجازات اعدام و ضبط اموال ناشی از مواد مخدر یا روانگردان محکوم و در غیر این صورت حسب مورد «مشمولین به اعدام» به «حبس درجه یک تا سی سال» و جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن و «مشمولین به حبس ابد» به حبس و جزای نقدی درجه ۲ و در هر دو مورد به ضبط اموال ناشی از جرایم مواد مخدر و روانگردان محکوم می‌شوند.»

الف- «مواردی که مباشر جرم و یا حداقل یکی از شرکاء، حین ارتکاب جرم سلاح کشیده یا به قصد مقابله با مأمورین سلاح گرم و یا شکاری به همراه داشته باشند. (منظور از سلاح در این بند سلاح سرد و سلاح و مهمات موضوع قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۶/۷ می‌باشد)

ب- «در صورتی که مرتکب نقش سردستگی (موضوع ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) یا پشتیبان مالی و یا سرمایه‌گذار را داشته یا از اطفال و نوجوانان کمتر از ۱۸ سال یا مجانین برای ارتکاب جرم استفاده کرده باشد.»

پ- مواردی که مرتکب به علت ارتکاب جرایم موضوع این قانون سابقه محکومیت قطعی اعدام یا حبس ابد یا حبس بیش از پانزده سال داشته باشد.»

ت- کلیه جرایم موضوع ماده ۴ قانون مشروط بر اینکه بیش از ۵۰ کیلوگرم باشد و مواد موضوع ماده ۸ قانون مشروط بر اینکه بیش از دو کیلوگرم باشد و درخصوص سایر جرایم موضوع ماده ۸ در صورتی که بیش از ۳ کیلوگرم باشد. اجرای این بند نسبت به مرتکبان، متهمان و مجرمان قبل از لازم الاجرا شدن این ماده منوط به داشتن یکی از شرایط بندهای الف، ب یا پ است.

تبصره - در مورد جرائم موضوع این قانون که مجازات حبس بیش از ۵ سال دارد، در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود، جز در مورد مصادیق تبصره ماده ۳۸، مرتکب از تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی به استثنای عفو مقام معظم رهبری مذکور در بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بهره‌مند نخواهد شد. در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شود، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت ۵ تا ۱۰ سال تعلیق کند.

مصادیق محاربه و مفسد فی الارض همانست که شارع مقدس در آیه ۳۳ سوره مائده بدان اشاره کرده است، بنابراین اینکه در مصوبه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس در باب اصلاح مجازات اعدام مواد مخدر آمده افراد ذیل محارب و مفسد فی الارض هستند و در آن به سقف اوزان مواد مخدر اشاره کرده که فرضاً از این مقدار بیشتر کسی بفروشد یا نگهداری کند، اعدام می‌شود، این تعیین مقدار محل اشکال است؛ به عبارتی کسی که سه کیلو و ده گرم مواد موضوع ماده ۸ قانون م،م،م را نگهداری کرد؛ اعدام شود و کسی که سه کیلو نگهداری کرد به حبس درجه یک محکوم شود یعنی اینجا این ده گرم است که تعیین کننده مرگ و زندگی است و این به دور از انصاف و عدالت بوده و اساساً منشا شرعی هم ندارد لذا بهتراست بحث میزان و اوزان کیلویی معیار و مرزبندی برای اعدام نباشد و آن را در میزان حبس و جزای نقدی، تسری دهند.

بند دوم: اعدام خرده پاها و عناصر غیر اصلی

مدها است که اثر بخشی مجازات اعدام به عنوان خشن‌ترین مجازات در زمینه جرایم در دنیا محل سؤال است. از این منظر کشورها را به سه دسته تقسیم می‌کنند: کشورهایی که مطلقاً مخالف مجازات اعدام هستند، کشورهایی که به شدت از مجازات اعدام طرفداری می‌کنند و کشورهایی که طرفدار مجازات اعدام کیفی شدن هستند.

ایران در گروه کشورهایی است که از مجازات‌های اعدامی که کیفی باشد و به جرایم خشن محدود شود، حمایت می‌کند؛ با توجه به اینکه کشور ما در مجاورت بزرگترین تولید کننده مواد مخدر دنیا قرار دارد، در این نقطه از مرز ایران تعدادی از قاچاقچیان با جرایم سازمان یافته‌ای از قبیل راه اندازی کاروان‌های مسلحانه و آدم ربایی اقدام به قاچاق مواد مخدر می‌کنند که گاهی منجر به درگیری با نیروی انتظامی و شهادت مأموران نیروی انتظامی می‌شود.

با توجه به اینکه امروزه بحث بازنگری در قانون فعلی مطرح است، می‌توان گفت مجازات‌های فعلی کمی است مثلاً افراد بر اساس میزان موادی که حمل می‌کنند محکوم به اعدام می‌شوند در حالی که کسانی که به دام قانون می‌افتند عمدتاً حاملان و باربرانی هستند که بار قاچاقچیان بزرگ را حمل می‌کنند؛ بخش عمده این افراد مستوجب و مستحق اعدام نیستند و مجازات اعدام نباید متوجه این افراد شود. اعدام باید متوجه قاچاقچیان شود که در کنار قاچاق مواد مخدر جرایم سازمان یافته دیگری را مانند خشونت، درگیری مسلحانه و راه اندازی کاروان‌های مسلحانه مرتکب می‌شوند و مبادرت به پولشویی کرده و با جریان‌های مالی به سمت تروریسم و گروه‌های سازمان یافته پیش می‌روند.

بحث مجازات اعدام در مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز مطرح شده و البته دانشکده‌های حقوق دانشگاه‌ها نیز به این موضوع ورود کرده‌اند تا بازنگری قانون به سمت کیفی سازی مجازات اعدام و محدود کردن جرایم خشن سوق داده شود.

بند سوم: عدم کارایی موثر مجازات اعدام تعزیری

رابطه‌ای میان کاهش میزان قاچاق مواد مخدر و اعدام قاچاقچیان وجود ندارد، دو گروه همیشه در صحنه اعدام قاچاقچیان حضور دارند؛ گروه اول افراد عادی هستند که تماشای این صحنه‌ها باعث ترسوتر شدن آنها خواهد شد. گروه دوم قاچاقچیان و مجرمان هستند.

تماشای صحنه اعدام اغلب باعث کاهش انگیزه آنها برای بروز جرم نخواهد شد بلکه راه و روش قاچاق را تغییر می‌دهد؛ امروزه در ایران علیه قاچاقچیان مجازات‌های بسیاری صورت می‌گیرد اما آمارها از افزایش روز به روز قاچاق مواد مخدر در کشور خبر می‌دهند بنابراین اعدام منجر به کاهش بروز جرم نخواهد شد؛

بهترین راه جلوگیری از قاچاق مواد مخدر کاهش انگیزه‌های مجرمانه است، مهمترین عاملی که باعث بروز جرم و جنایت می‌شود بیکاری است؛ متأسفانه در جامعه ما فرصت‌های برابر و اشتغال به اندازه کافی وجود ندارد؛ اهداف مهم برای انسان‌ها هر روز مشخص می‌شوند اما راه‌های رسیدن به آنها برای همه وجود ندارد؛ نبودن راه‌های کافی برای رسیدن به اهداف افراد در زندگی باعث بروز کجروی در جامعه خواهد شد؛ متأسفانه در جامعه فاصله طبقاتی در حال افزایش است که این مسأله توانسته باعث افزایش جرم و جنایت، خودکشی و فرار از خانه شود. فاصله طبقاتی در تحریک طبقه محروم برای انجام کج رویه‌ای اجتماعی بسیار مؤثر است.

گفتار سوم: تعیین مجازات‌های جایگزین اعدام

موضوع مواد مخدر ابعاد فراوانی دارد، از ابعاد اقتصادی و اجتماعی و حقوقی گرفته تا مسئله پول‌های کثیف؛ ولی جنبه‌ی انسانی آن از همه مهمتر است؛ باین همه با وجود اینکه همه ساله آمار زندانیان و محکومان به اعدام در حوزه مواد مخدر اعلام می‌شود؛ اما به تراژدی انسانی نهفته در پس آن کم‌توجهی می‌شود؛ در نظام حقوقی ایران و برخی کشورها، مجازات اعدام، شدیدترین پاسخ کیفری به قاچاق مواد قانون منع کشت خشخاش و استعمال تریاک مصوب وارد حقوق مواد مخدر ایران شد و سپس در قوانین بعدی مربوط به مواد مخدر از جمله قانون تشدید مرتکبان اصلی مواد مخدر، این مجازات حفظ شده است. هرکس بیش از ۳۰ گرم هرویین، مرفین، کوکابین، متادون و دیگر مشتقات شیمیایی مرفین و کوکابین و نیز عصاره شیمیایی حشیش و روغن حشیش را وارد کشور کند نیز به اعدام محکوم می‌شود. پیش از سال ۱۳۹۰؛ نگهداری و خرید و فروش برخی از مواد مخدر مانند حشیش و مواد مخدر صنعتی مجازات اعدام نداشت که در این سال با اصلاحیه‌هایی همراه شد.

مجمع تشخیص مصلحت نظام با مصوبه‌ای اعلام کرد که هر فردی که بیش از ۳۰ گرم مواد مخدر از نوع حشیش یا مواد صنعتی حمل، خرید، فروش و نگهداری کند مجازاتش در حکم مجازات مواد مخدر از نوع هروئین است؛ در ماه‌های پایانی سال ۱۳۹۴ مجلس شورای اسلامی طرح اصلاح مجازات اعدام در قانون مبارزه با مواد مخدر را اعلام وصول کرد؛ با وجود این، از زمان شروع نخستین بحث‌ها در مورد مجازات اعدام برای جرائم مواد مخدر و روانگردان، مخالفت‌ها و موافقت‌ها در این خصوص وجود داشت. افزایش انتقادات از بازدارنده نبودن مجازات قاچاق مواد مخدر منتج به ارائه طرحی در مجلس نهم شد که براساس آن مجازات اعدام قاچاقچیان مواد مخدر دستخوش تغییراتی بنیادین خواهد شد بعد از اینکه قانون مصوب سال ۶۷ مبارزه با مواد مخدر دوبر در سال‌های ۷۶ و ۸۹ مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفت، انتظار می‌رفت سیستم مبارزه با مواد مخدر و قاچاقچیان، به بازدارندگی لازم برسد و تاحدودی از آسیب‌های مستقیم و غیرمستقیم این معضل اجتماعی بکاهد اما بعد از گذشت حدود ۶ سال از انجام آخرین اصلاحات، بازهم کارشناسان و مسئولان مختلف به این نتیجه رسیدند که این قانون همچنان دارای ایراداتی است که نه تنها در بازدارندگی مبارزه با مواد مخدر تأثیر لازم را نداشته بلکه باعث تشدید آسیب‌های اجتماعی در برخی حوزه‌ها نیز شده است.

از آنجا که عمده مجازات‌های تعیین شده در قوانین کشور، محدود به اقدامات سلبی است و همچنان شاهد هستیم که درباره برخی تخلفات و نه جرایم، مجازات حبس در نظر گرفته می‌شود و قانونگذاران سعی دارند عطش خود در نشان دادن قاطعیت مبارزه با جرایم و تخلفات را به جای اینکه در بستن منافذ وقوع جرم و تخلف نشان دهند، در تعیین مجازات‌هایی چون حبس و اعدام به رخ بکشند و همین رویکرد درباره مبارزه با جرایم تعزیری و جرایم مواد مخدر نیز صورت گرفته است؛ بنابراین، در شرایط کنونی، به نظر می‌رسد بررسی این موضوع چه از لحاظ سیاست جنایی جرایم تعزیری و جرایم مواد مخدر و روانگردان و چه از لحاظ اصول حقوق جزا، ضرورت دارد تا بتوان به نتیجه‌ای علمی و روشن در این مورد رسید که آیا مجازات اعدام در جرائم یاد شده می‌تواند نیازهای جامعه کنونی از یکسو و مقتضیات نظام حقوقی معاصر ایران را تأمین کند یا خیر؟

بند اول: مجازات‌های جایگزین حکم اعدام در نظام‌های کیفری بین‌المللی الف. حبس ابد

اصطلاح حبس ابد اغلب بسیار گیج‌کننده بوده و از یک کشور به کشور دیگر متغیر می‌باشد و شامل موارد زیر است:

حکم به مجازات حبس ابد یا حبس‌های طولانی‌مدت به صورت قطعی برای چند سال که بعد از آزاد شدن زندانی و سپری شدن میزان محکومیت هیچگونه محدودیت کیفری بر او تحمیل نمی‌شود حکم به حبس برای حداقل چند سال که بعد از آن در شرایطی خاص زندانی ممکن است آزاد شود و در حالت طبیعی محبوس شدن تا هنگام مرگ و پایان زندگی بدون هیچگونه امکان آزاد شدن و یا اینکه گاهی اوقات مورد عفو قرار می‌گیرد محکومیت به حبس‌های طولانی‌مدت و قطعی عموماً این‌گونه فرض می‌شود که مجازات‌های جایگزین حکم اعدام بعد از آنکه این مجازات از قوانین کیفری کشورها حذف شد مورد پذیرش قرار گرفت. گرچه تمامی کشورها حکم به مجازات حبس ابد را به جای حکم اعدام را نپذیرفته‌اند. اما به جای آن مجازات‌های دیگری را نیز بکار گرفته‌اند. برای مثال در اسپانیا حبس‌های بلندمدتی را در قوانین خود تصویب کرده‌اند که می‌توان گفت از مجازات حبس ابد قطعی‌تر است. اما حبس ابد حداکثر به مدت سی سال می‌باشد. همچنین کشورهای برزیل، کلمبیا، ال سالوادور، نیکاراگوئه، نروژ، پرتغال و ونزوئلا محکومیت به حبس ابد را نپذیرفته‌اند شاید تعجب‌آور باشد که زندانیان در این کشورها مدت زیادی را در زندان به سر می‌برند و این ممکن است بسیار بیشتر از حداقل مجازاتی باشد که گاهی اوقات برای محکومیت به مجازات حبس ابد صادر شده است. برای مثال در کشور کروتیا حداکثر مجازاتی که ممکن است به مجرم تحمیل شود چهل سال باشد و در کشور جورجیا حداکثر مدت حبس برای محکومان به حبس از ۲۵ تا ۳۰ سال متغیر می‌باشد. (Her Majesty's, 2009, 75)

مهمترین دلایلی که در پشت پرده‌ی این‌گونه افکار و نظام‌های حقوقی در کشورها وجود دارد این است که صدور حکم به مجازات حبس ابد این امکان را به مجرم نمی‌دهد که دوباره دست به اصلاح خود بزند و بایستی این امکان برای آنها فراهم شود که دوباره به جامعه برگشته و اصلاح شوند. همچنین برای مثال در کشور اسپانیا این هنجار مورد پذیرش قرار گرفته است که دولت نمی‌تواند به صورت نامحدود آزادی شهروندان را سلب کند.

ب. محکومیت به حبس‌های غیرقطعی و تقلیل‌پذیر

بسیاری از کشورها مجازات حبس ابد را پذیرفته و آنها را در قوانین خود گنجانده‌اند ویژگی اصلی و ذاتی این مجازات این است که غیرقطعی بوده اما گاهی اوقات این امکان وجود دارد که زندانی آزاد شود (از لحاظ نظری یا واقعی). اغلب این کشورها اقدام به تصویب حداقل مقررات و قوانینی می‌کنند که بایستی قبل از آنکه محکومیت زندانی مورد بازبینی مجدد قرار گیرد از طرف وی رعایت شود و آنها را اجرا کند. اینگونه بازبینی‌ها همیشه منجر به آزادی زندانی نمی‌شود. این امر به معنای آن است که زندانی در زندان ننگه داشته می‌شود تا آن هنگام که آزاد شدن وی از زندان دال بر اصلاح و بی‌خطر شدن او باشد. برای مثال در کشور انگلستان کسی می‌تواند برای تمام عمر خود در زندان ننگه داشته شود که قاضی تشخیص دهد که آزاد شدن زندانی هنوز هم برای جامعه خطرناک بوده و نیاز به اصلاح بیشتر در زندان دارد. هنگامی که زندانی از زندان آزاد شود ممکن است در تمام طول عمر مورد نظارت قرار گرفته به این صورت که حکم محکومیت او معلق شده و در دوران گذراندن حکم مورد تعلیق بایستی خود را به نهادهای خاص معرفی کند ولی گاهی اوقات نیز زندانی بایستی تا پایان عمر طبیعی خود در زندان بسر ببرد. محکومیت‌های غیرقطعی می‌توانند به عنوان یک فرصت جایگزین و اساسی در مجازات افراد محکومین شناخته شود. و حتی گاهی اوقات عدم تعیین میزان حبس به صورت قطعی می‌تواند از لحاظ روانی به سلامت زندانیان ضربه بزند. (Susan, Hidden, 2005, 253)

عدم قطعیت در آزاد شدن زندانی این فرصت را از زندانیان می‌گیرد که دست به اصلاح مجدد خود و آمادگی برای ورود دوباره‌ی خود به جامعه بزند. یک فرد محکوم به حبس ابد ممکن است بداند که هیچگاه

بر روی آزادی مجدد او نباید اعتماد کند. این گونه محکومیت‌های غیرقطعی صدمات بسیار شدیدی را بر روی زندگی آنها به جای می‌گذارد. در برخی از موارد زندگی آن‌ها لحظه به لحظه در معرض نابودی قرار می‌گیرد. آنها هرگز نمی‌دانند که خودشان را در معرض محکومیت قرار داده‌اند که مجازات آن حبس ابد است چرا که فعل آنها در نتیجه یک لحظه غفلت بوده است مثال‌هایی برای محکومیت به حبس ابد‌های غیرقطعی تفاوت این نوع مجازات در انگلستان و ولز مابین محکومیت‌های به حبس ابد اجباری و تعزیری می‌باشد به این صورت که تا هنگامی که محکوم بیش از ۱۵ سال از دوران محکومیت خود را سپری نکرده باشد این امکان وجود ندارد که در محکومیت وی تجدیدنظر شود. در آلمان محکومان به حبس ابد پس از آنکه حداقل ۱۰ سال از دوران محکومیت خود را سپری کردند ممکن است حکم محکومیت آنها مورد تجدیدنظر قرار گیرد. در دادگاه جزایی بین‌المللی افراد محکوم به حبس ابد تا هنگامی که ۲۵ سال از محکومیت خود را نگذرانده باشند حکم محکومیت آنها مورد تجدیدنظر قرار نخواهد گرفت. در کانادا برای اینکه حکم محکومیت زندانی مورد تجدیدنظر قرار گیرد و یا اینکه مورد عفو قرار گیرد بایستی ۲۵ سال از محکومیت خود را سپری کرده باشد در ایالات متحده آمریکا حداقل دوره‌ای که محکوم به حبس ابد باید سپری کند تا اینکه در محکومیت او تجدیدنظر شود و یا به صورت مشروط آزاد شود در ایالت‌های مختلف فرق می‌کند. این مقدار در ایالت کارولینای شمالی ۲۰ سال و در ویرجینا ۲۱ سال و در آریزونا ۲۵ سال و در ایالت‌های فلوریدا جورجیا کنتاکی نیویورک و تینیسی ۲۱ سال و در ایالت ایندیانا ۳۰ سال و در مینه سوتا نیوجرسی نیومکزیکو داکوتای شمالی و کارولینای جنوبی ۳۳ سال و در آلاسکا ۳۵ سال و در مکزیک ۳۰ سال و همچنین در کانزاس ۴۰ سال می‌باشد. در کشور روسیه که در سال ۱۹۹۹ مهلت‌های قانونی از اجرای مجازات را مورد تجدیدنظر قرار داد به محکومان به حبس ابد این امکان و فرصت را داد که بعد از گذشت ۲۵ سال از دوران محکومیت خود بتوانند از این حق استفاده کنند.

(Rachel & Norgard, 1999, 126) ولی در عمل شانس بازگشت آن‌ها به زندگی اجتماعی بسیار

پایین بوده و تنها تعداد کمی از زندانیان این امکان را داشتند که از زندان آزاد شوند.

پ. محکومیت‌های اجباری و تعزیری

هر جا که حکم حبس ابد به کار برده می‌شود محاکم قضایی معمولاً میان محکومیت‌های تعزیری و اجباری فرق قائل می‌شوند جراثمی که به ذات خود دربردارنده‌ی حکم به حبس ابد هستند و آن‌هایی که مورد تعزیر قرار می‌گیرند بسته به شخصیت مرتکبان اینگونه جرائم و شدت جرائم ارتكابی ممکن است مورد عفو و بخشودگی واقع شوند. در واقع احکام اجباری در مواردی به کار می‌روند که صلاحیت و اختیارات قضات توسط قانون محدود شده باشد. در بعضی از کشورهای اروپایی و آمریکایی احکام حبس ابد اجباری اغلب در مورد جرائمی مانند قتل به کار می‌رود آنگونه که در مورد نیوزیلند و انگلستان اجرا می‌شود. در کانادا سایر جرائم خشن مانند قتل عمد تجاوزات جنسی مشدده و آدم‌ربائی مرتکبان آنها محکوم به حبس ابد می‌شوند اما تنها به عنوان یک حکم تعزیری به کار برده می‌شوند. حبس ابد در کشور کنیا اخیراً در خصوص جرائم تجاوز جنسی و اعمال غیراخلاقی براساس قانون جرایم جنسی مصوب سال ۲۰۰۶ به کار برده می‌شود گرچه در تمامی جرائم مستوجب مجازات قضات محاکم بایستی اقدام به صدور احکام تعزیری نمایند. استدلالی که برای صدور احکام اجباری وجود دارد این است که جراثمی که بسیار شنیع و زشت بوده دارای اثرات بیشتری بر عموم افراد جامعه داشته و از این طریق بایستی از ارتکاب مجدد آن‌ها توسط مجرمان و سایر افراد جامعه جلوگیری شود. (siegel, Larryj, 2012, p159)

با این وجود این فرصت به مجرمان داده شده است که در صورت ارتکاب جرم دادگاه را از عمل خود مطلع کرده به نحوی که دادگاه این اقدام او را مورد توجه قرار می‌دهد. این موضوع می‌تواند دربرگیرنده‌ی عوامل طبیعی و محیطی احاطه‌کننده‌ی جرم بوده و نیز گذشته‌ی مجرم را نیز می‌تواند در این امر دخالت دهند همچنین مشکلات و مسائل اجتماعی و ذهنی و قابلیت اصلاح مجدد مرتکب نیز می‌تواند مؤثر واقع شود. در این که یک دادگاه تنها بایستی برای ارتکاب جرائم مهم اقدام به صدور حکم حبس ابد نماید. شکی نیست که هیچگونه شرایط و اوضاع و احوال مخففه‌ای برای مرتکب وجود نداشته باشد.

ت. احکام حبس ابد بالفعل

مجرمان با توجه به سن آنها در هنگام ارتکاب جرم حالت روحی و جسمی و شرایط ارتکاب جرم طول آن سابقه محکومیت قطعی کیفری و تعداد محکومیت‌های وی ممکن است محکوم به برخی از احکام محکومیت بالفعل و عملی گردد این مورد در آفریقای جنوبی اتفاق افتاده است. آنجا که صدور محکومیت‌های قطعی متعدد می‌تواند حبس‌هایی طولانی‌تر از حبس ابد را در پی داشته باشند. در اوگاندا قانونگذار مجموعه‌ای از قوانین را تصویب نموده که مدت زمان حبس ابد ۲۰ سال است. گرچه حذف مجازات اعدام قضات را مجبور به صدور احکام حبس ابد و مجازات‌های جایگزین آن نموده است از این‌رو همانگونه که در ۲۲ سپتامبر ۲۰۱۰ پنج زندانی محکوم به حبس ابد شدند اما یکی از آنان محکوم به ۶۵ سال حبس و سایرین محکوم به تحمل ۲۲ تا ۶۰ سال حبس شدند. جرائمی که منجر به اینگونه حبس‌های طولانی‌مدت می‌شدند شامل قتل، سرقت مقرون به آزار تجاوز، تجاوز جنسی مشدد و آدم‌ربائی با قصد قتل بودند. در برخی از ایالات آمریکا که از محکومیت‌های حبس ابد استفاده نمی‌کردند قضات مجبور بودند که از مجازات‌های تکمیلی برای صدور حکم به مجازات حبس ابد استفاده کنند. برای مثال در سال ۲۰۰۵ در ایالت کانزاس یک قاتل زنجیره‌ای محکوم به ده مجازات حبس ابد شد که یکی از احکام به خاطر یکی از قربانیان حادثه بود. بدین معنا که زندانی هیچگاه مورد عفو قرار نخواهد گرفت مگر اینکه حداقل ۱۷۵ سال را در زندان بسر برد. (GARLAND, 2010, 31).

اینگونه محکومیت‌ها شانس مورد عفو قرار گرفتن زندانی را بدون توجه به شدت جرائم ارتكابی توسط وی کاهش می‌دهد. در ایالت ویسکانسین قضات صادرکننده حکم این توانایی و صلاحیت را دارند که تاریخ مورد عفو قرار گرفتن محکوم را معین کنند که در واقع بسیار بیشتر از زندگی طبیعی یک شخص می‌باشد. در مجموع قوانین کشورهای مختلف راه حل‌های مختلفی برای جایگزین مجازاتی مناسب به جای اعدام در نظر گرفته شده است. بعضی از کشورها که طبق بندی مجازات‌های آنها بر اساس شدت و ضعف می‌باشد، بلافاصله مجازات بعد از اعدام را به جای آن اعمال می‌نمایند که در برخی از کشورها حبس دائم یا حبس با اعمال شاقه می‌باشد. بعضی دیگر از کشورها پس از لغو اعدام به جای آن مجازات دیگری که شدیدتر از حبس دائم می‌باشد، اعمال می‌نمایند؛ اما آنچه عملاً در حقوق کیفری کشورها جانشین اعدام می‌گردد، مجازات حبس می‌باشد که غالباً در مورد جنایات مهم، طولانی‌ترین مدت آن را مورد حکم قرار می‌دهند.

بند دوم: مجازات‌های جایگزین حکم اعدام در نظام کیفری ایران

با توجه به اینکه وضعیت اعدام در ایران اصلاً مطلوب نیست و اگر قرار بود تمام پرونده‌هایی که مطابق قانون حکم دارند، منجر به اجرای حکم می‌شد، سالانه ده‌ها هزار مورد اعدام داشتیم و اگر جرائمی که مطابق قانون مجازات آن‌ها اعدام است، تماماً کشف و رسیدگی شود، این رقم شاید به ارقام بسیار وحشتناکی بالغ می‌شد و در واقع بخش اعظم این جرائم کشف نمی‌شود و آن‌ها هم که کشف می‌شود به ویژه در موارد مخدر با تخفیف مواجه می‌شود، با وجود این هنوز هم تعداد اعداها در ایران بسیار بالاست. گرچه دلایل متعددی برای اعدام ارائه می‌شود، اما مهمترین آن، که معمولاً و مکرراً بیان می‌شود، نقش بازدارندگی آن است. به عبارت دیگر قانونگذار یا جامعه فکر می‌کند که با افزایش هزینه ارتکاب جرم، مانع از انجام آن خواهد شد، اما واقعیت چیز دیگری است. مجازات شرط لازم و نه کافی برای شرط جرم است. ضمن اینکه اگر از حد معینی بیشتر شود، ممکن است در برخی موارد نقش بازدارندگی خود را از دست بدهد، به علاوه با افزایش مجازات، در برخی جرائم، منافع ارتکاب جرم هم بیشتر و در نتیجه رغبت به آن افزونتر می‌شود و از همه این‌ها گذشته مطالعات تجربی نشان داده است که مجازات اعدام چندان هم مانع از افزایش ارتکاب جرم نیست و مجازات‌های اجرا شده در زمینه مواد مخدر نمونه روشن آن است.

شاید تحریک به افزایش مجازات برای از میان بردن نابسامانی‌ها در برخی جوامع، راه مناسبی برای ایجاد آرامش خاطر و کسب نظر موافق مردم به سوی خود باشد، اما در واقعیت امر چنین روشی کارآمد نیست. اگر گرانی را نمی‌توان با مجازات یا کشتن گران‌فروش از میان برد. قطعاً مواد مخدر و زنا و سایر جرایم مستوجب این مجازات را هم نمی‌توان صرفاً با اعدام از میان برد. به نظر می‌رسد که بازنگری در سیاست

جنایی و کیفری موجود نه تنها، امکان پذیر ضروری است و اتفاقاً این کار را می‌توان با رعایت جوانب شرعی و استفاده از اختیارات حکومت به نحو شایسته‌ای انجام داد و برخی از فتاوی متاخر و گذشته نیز راهگشای آن است. و از طرفی در عین حالی که در اسلام مجازات اعدام و بطور کلی قصاص را ضامن بقاء و حیات اجتماع دانسته مع الوصف باوضع قانون اخلاقی (عفو) و صرفنظر کردن از حق قصاص در صورت لزوم و اقتضاء مصلحت عالی‌تری دست اجتماع را در اخذ تصمیمات مقتضی، باز گذارده تا اگر احیاناً شرائط ایجاب کرد مثلاً حال مجرمی طوری بود که صرف نظر نمودن از اعدام وی او را منتبیه و اصلاح و بیماری او را معالجه خواهد کرد او را تبریته و عفو و باصطلاح، در مجازات وی تخفیف قائل شوند و از اینجا معلوم می‌شود که دائره مجازات اعدام در اسلام چون ضمیمه عفو را نیز در بردارد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی با توجه به تقسیم‌بندی جرائم بر اساس موازین شرعی به قصاص، حدود، دیات و تعزیرات اولاً: در سه نوع اول به هیچ عنوان تخفیف وجود ندارد یا باید مجازات کلاً اجرا گردد یا کلاً ساقط گردد، فقط به طور استثنا در قصاص، دیه جایگزین اعدام می‌شود که آنهم اختیاری و از حقوق اولیاء دم می‌باشد، ثانیاً: در تعزیرات که اصول کلی حاکم بر کیفیات مخففه و غیره اجرا می‌گردد. چون وجود اعدام به عنوان مجازات تعزیری محل تردید بوده و قابل بحث می‌باشد، به طریق اولی بحث از مجازات جایگزین پیش نمی‌آید؛ بنابراین با توجه به دستورات اسلام و ادله مخالفان اعدام می‌توان از جایگزین همچون تبعید و حبس به جای اعدام استفاده کرد.

نتیجه‌گیری

با توجه به این که بسیاری از کشورها، اعدام را از قوانین خود به صورت عملی یا قانونی حذف نموده‌اند و در این راستا به اسناد بین‌المللی و علی‌الخصوص اسناد منطقه‌ای نیز پیوسته‌اند، وجود سند بین‌المللی که به الغا مجازات اعدام در همه‌ی زمان‌ها بدون هیچگونه شرطی بپردازد و در ضمن دارای مجازات جایگزین باشد، ضروری به نظر می‌رسد. هر چند که اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای در جهت محدودیت و الغا مجازات اعدام به پیشرفت‌های قابل ملاحظه‌ای دست یافته‌اند، ولی در اسناد جهانی مجازات جایگزینی برای اعدام در نظر گرفته نشده است. علت این امر شاید وجود نظام‌های قضایی متفاوت در کشورهای جهان می‌باشد. در راستای حل این مشکل بهتر می‌بود که حداقل اسناد منطقه‌ای با توجه به نظام‌های حقوقی موجود در هر منطقه‌ای، مجازات‌های جایگزینی در نظر بگیرند و کشورهای عضو نیز یکی از آن‌ها را بنابر نظام قضایی خود انتخاب نمایند.

بلافاصله پس از پذیرش الغاء مجازات اعدام در کشورها، مسأله دستیابی به مجازات جایگزین مناسبی به جای آن مورد توجه حقوقدانان و قانونگذاران کشورهای مختلف قرار گرفت؛ مجازاتی که در عین حال که آثار اعدام را تأمین می‌نماید؛ با اهداف جدید حقوق کیفری نیز مطابقت نماید. البته این مسأله اشاره نموده و در مورد مجرمین غیر قابل اصلاح که معمولاً اعدام را برای آن‌ها تجویز می‌کردند؛ معتقد بود که باید برای این گروه از مجرمین نیز زندانی ساخته شود، منتهی زندان آن‌ها باید در محل دور افتاده برپا شده و به نحوی ساخته شود که از اسم آن دریافت که مکان عذاب و مشقت است.

بنابراین، به نظر می‌رسد، از یکسو، مجازات اعدام با شیوه اجرای کنونی آن، در خصوص جرائم مرتبط با مواد مخدر و روانگردان از بازدارندگی لازم برخوردار نیست. بدین ترتیب، از آنجا که محقق، خود نیز مخالف حذف مجازات اعدام در جرائم مواد مخدر و روانگردان به طور کلی است، از یکسو، در جهت بازدارنده کردن مجازات اعدام در این جرائم (از طریق روش‌هایی که بازدارندگی را افزایش می‌دهد) کوشید و از سوی دیگر، تا حدی که نظام حقوقی کشور و شرع مقدس اجازه می‌دهد، مجازات‌های دیگری را به عنوان جایگزین (از جمله حبس‌های سنگین مندرج در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، منع اقامت در یک محل معین یا اجبار به اقامت در یک محل معین و منع اشتغال به برخی مشاغل و...) و همچنین حذف این مجازات از خرده پاهای و اعمال آن بر روی مرتکبان عمده و گسترده را در نظر گرفته است. از سوی دیگر، با نگاهی به قانون مبارزه با جرائم مواد مخدر و روانگردان، معلوم می‌شود که این قانون، بیش از توجه به

اقدامات پیشگیرانه، به اقدامات سرکوبگرانه توجه داشته است؛ بدین ترتیب، به نظر می‌رسد که در اصلاحات بعدی این قانون باید به اقدامات پیشگیرانه، توجه بیشتری مبذول شود.

فهرست منابع

- ۱- اسعدی، سید حسن ۱۳۹۱، مواد مخدر و روانگردان در حقوق جنایی ملی و بین‌المللی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- ۲- حسینی، سید محمد ۱۳۹۳، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم.
- ۳- ۱۳۸۹، مجازات‌های بازدارنده: اشکالات نظری و عملی؛ فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲.
- ۴- ۱۳۸۸، حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، فصلنامه حقوق، شماره ۱، تهران.
- ۵- ذبحی، حسین ۱۳۹۶، شرح جامع قانون مبارزه با مواد مخدر: مصوب ۱۳۶۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی در نظم حقوقی جدید، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات قوه قضاییه.
- ۶- کرامتی معز، هادی ۱۳۹۴، مبانی و کارکردهای درجه بندی مجازات‌های تعزیری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران.
- ۷- مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۲۵، تعزیر و گستره آن، جلد اول؛ انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۲۵.
- ۸- وارسته، پیام ۱۳۹۱، سیاست جنایی ایران در قبال مجازات‌های سالب حیات، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی.

9- General Assembly third committee, 2011, topic: Abolishing the Death Penalty. 28 septambr .

10- King , Rachel & Norgard , Ketherine , 1999, What About Our Families ? Using The Impact On Death Row Defendants Families Members As a Mitigating Factor In Death Penalty.

11- Schabas William A , 2014, Public opinion and the death penalty , capital punishment , trategies for abolition , forth edition , New York ,Cambridge university press.

12- Sharp , Susan , Hidden Victim , 2005, : The Effect Of Death Penalty On Families Of The Accused .

13- siegel, Larryj, 2012, criminology, westwadsworth, publishing, Eleventh edition.

14- Mahling, Randi, David J. Triggle 2008. "Methamphetamine" (The Straight Facts). ISBN

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۳

صص ۱۱۱ - ۱۲۴

واکاوی سیاست جنایی ایران در قبال جرایم یقه سفید*

بهنام حبیب زاده مومن^۱، دکتر اکبر وروایی^۲

۱- دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران و دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

۲- استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، عضو هیأت علمی دانشگاه علوم انتظامی امین، استاد واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

چکیده

جرایم یقه سفید از جمله جرایمی است که اثرات مخرب آن عملکرد دستگاه کیفری و نهاد قانونگذاری و اجرایی را تحت الشعاع قرار داده است. افزایش فزاینده ارتکاب جرایم یقه سفیدی در کشور با لحاظ اوصاف و ویژگی‌های آن و حجم هزینه‌ی احتمالی به ارکان جامعه اعمال یک سیاست جنایی کارا و کارآمد را در قبال اینگونه جرایم امری قطعی و مسلم نموده است. حساسیت جامعه به جرایمی چون اختلاس، ارتشا، رانت-خواری، سوءاستفاده‌های مالی و کلاهبرداری‌های کلان و عمده امروز بسیار قوی و تیز گردیده است و در این راستا حوزه سیاستگذاری کیفری نسبت به جرایم یقه سفید به حوزه سیاستگذاری عمومی نیز کشیده شده است. مطالعه دقیق دلایل افزایش اینگونه از جرایم علیرغم متنوع بودن زراد خانه کیفری از انواع جرم‌انگاری، حتی از نوع مجازات‌های شدید و اینکه این جرایم از کنترل مناسب و کارآمد برخوردار نبوده است ما را به مطالعه دقیق خصایص اینگونه جرایم و اینکه چه نوع سیاست جنایی و با چه رویکردی که موجبات کنترل، بازپروری، بازدارندگی و ناتوان سازی مجرمین یقه سفید و پرنفوذ در کشور گردد موضوع توجه قرار گرفته است.

در برخورد با جرایم یقه سفید ضمن توجه به ارکان سیاسی و اجتماعی جامعه و جرم‌انگاری هدفمند و غیر جزیره‌ای و مرتبط و انسداد موقعیت و فرصت‌های ارتکاب جرایم یقه سفید در حوزه‌ی قانونی و اجرایی، سیاست جنایی عملگرا، چابک و خودداری از برخورد عوام‌گرایانه و تقویت نظام مدیریتی سالم و اعمال نظارت شفاف با استفاده از مشارکت آحاد جامعه می‌تواند به شکل‌دهی برنامه ملی بعنوان الگوی مناسب برای کنترل و کاهش جرایم یقه سفید منجر گردد.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی، جرم یقه سفیدی، جرم‌انگاری، برنامه ملی پیشگیری.

* این مقاله مستخرج از رساله دکتری تخصصی با عنوان «بررسی عوامل موثر در کارایی سیاست جنایی ایران در قبال جرایم یقه سفید و ارائه الگوی مناسب» در پردیس علوم تحقیقات واحد کرمانشاه دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه بوده است.

** نویسنده مسئول dr.akbarvarvaei@yahoo.com

مقدمه

جرایم یقه سفید از جمله جرایمی است که اثرات مخرب آن عملکرد دستگاه عدالت کیفری را تحت الشعاع قرار می‌دهد. در نگاهی کلی و بنیادین جرم یقه سفید به عنوان جرم ارتكابی توسط شخصی قابل احترام و دارای موقعیت اجتماعی بالا با استفاده از وضعیت شغلی خود تعریف می‌گردد؛ (بنسون، سیمپسون، ۲۰۰۹، ص ۳۶) به نحوی که افراد موضوع جرم یقه سفید با سوء استفاده از موقعیت شغلی قانونی خود، با ارتكاب اعمال غیرخشن به ظاهر قانونی، منافع غیرقانونی به دست می‌آورند. این جرایم به خاطر پیچیدگی خاص خود و صاحب نفوذ بودن مرتکبان، در بیشتر موارد کشف و تعقیب نمی‌شوند یا به خاطر انحراف روند اجرای عدالت، به سرانجامی نمی‌رسند. لذا تردیدی نیست که در ایران نیز، مجرمین یقه سفید بطور گسترده به فعالیت‌های مجرمانه اشتغال دارند. داستان مهیج جرایمی چون اختلاس، ارتشاء، فساد اقتصادی، رانت‌خواری که از مقولات جرایم یقه سفیدی می‌باشند، از نظر افکار عمومی بسیار قابل توجه و جذاب است و امروزه مخاطبان بسیاری اخبار مربوط به این جرایم را رصد و دنبال می‌کنند و به نوعی شامه مردم برای پیگیری اخبار این جرایم بسیار قوی و تیز گردیده و حساسیت بسیار زیادی را به وجود آورده است. این امر باعث شده است سیاستمداران با درک اهمیت جرایم یقه سفید و حساسیت عمومی به آن در جهت پیشبرد اهداف خود آن را به عنوان مستمسکی در راستای جلب حمایت عمومی و رسیدن به پیروزی‌های انتخابی استفاده نمایند و رنگ و لعاب مصرف سیاسی بحث برخورد با جرایم یقه سفید در شعارهای تبلیغاتی سیاستمداران و جایجایی توجه به جرایم یقه سفید از حوزه سیاستگذاری کیفری به حوزه سیاستگذاری عمومی نمود عینی به خود گرفته است. با این حال، ابهامات و اختلافات نظرهای زیادی در خصوص مفهوم و دایره شمول «مجرمین یقه سفید» و اینکه نشانگر نوع یا طبقه خاصی از رفتارهایی باشد که دارای اهمیت جرم‌شناختی هستند یا خیر. نه تنها در میان مراجع قضایی و دانشگاهی ملی، بلکه در سطح جهانی وجود دارد.

در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران قوانین و مقررات متنوعی در بحث جرایم یقه سفیدان قابل ذکر است. از این بین می‌توان به قوانینی نظیر قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی، قانون راجع به قاچاق کالا و ارز، قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور، قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی، قانون برگزاری مناقصات، قانون دسترسی آزاد به اطلاعات دولتی، قانون ارتقا سلامت اداری و مقابله با فساد، قانون مجازات اسلامی، قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه‌های آن، قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد و قانون برنامه پنجم توسعه و قانون خدمات کشوری و مواردی از این قبیل اشاره کرد. اما سوال اساسی آن است که با وجود قوانین متعدد داخلی وضعیت ارتكاب جرایم یقه سفیدان در کشور به چه شکل است؟ آیا تحقق این دسته جرایم سیر نزولی به خود گرفته است؟ و اینکه آیا سیاست جنایی در قبال جرایم یقه سفید که از کارایی و کارآمدی لازم برخوردار باشد مورد نظر قرار گرفته است؟ با توجه به رخدادهای سیاسی - اقتصادی سال‌های اخیر پاسخ به این سوال نمی‌تواند مثبت باشد. قوانین جاری در مبارزه با جرایم یقه سفیدی از تشمت و ابهام زیاد رنج می‌برند. لذا در این خصوص به نظر می‌رسد با نوعی تشمت و پراکندگی قوانین رو به رو گشته‌ایم به طوریکه علاوه بر خطر تورم کیفری در خصوص جرایم یقه سفیدان، وضعیت حاضر ممکن است منجر به تحلیل رفتن میزان کارآمدی سیاست جنایی کشور در قبال این گونه جرایم نیز شده باشد. البته نباید فراموش کرد که برخی قوانین با توجه به شرایط کنونی قابلیت اجرایی ندارند و با تحولات روز منطبق نیستند. که از جمله این موارد، قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸/۳/۱۹ می‌باشد که براساس مفاد ماده واحده آن، اشخاصی که در معاملات یا مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت یا مأمور به خدمات عمومی یا شهرداری‌ها با یکدیگر تبانی کنند و در نتیجه تبانی ضرری متوجه دولت و یا شرکت‌ها و مؤسسات مذکور شود به حبس

تادیبی از یک تا سه سال و جزای نقدی به میزان آنچه من غیر حق تحصیل کرده‌اند محکوم می‌شوند! و یا قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی که از زمان تصویب آن تاکنون بیش از هشتاد سال گذشته و علاوه بر عدم تناسب بین جرم و مجازات قانون مزبور اشکال جدید از اعمال نفوذ را که در بخش‌های خصوصی همانند بانک‌ها و یا مؤسسات اعتباری خصوصی ارتکاب می‌یابد را جرم انگاری نموده است. در این خصوص تردیدی نیست که قوانین مرتبط با جرایم یقه سفید باید از کارایی و تاثیر لازم و بازدارندگی برخوردار باشند و با قوانین و اصول بین‌المللی نیز تعارض نداشته باشند.

در کنار سیاست جنایی تقنینی باید به نوع عملکرد قضات و عوامل موثر در کارایی برخورد با جرایم یقه سفید توجه نمود. در مرحله اجرا عملکرد دستگاه‌های دولتی و نهادهای شبه قضایی نظیر دیوان محاسبات، سازمان بازرسی کشور و سازمان تعزیرات حکومتی به مراتب در کارکرد نهایی سیاست جنایی کشور در قبال جرایم یقه سفید تاثیرگذار خواهد بود. در این خصوص مسأله‌ای که همچون سایر کشورها در ایران نیز بسیار اهمیت دارد بحث چالش‌های تعقیب کیفری مجرمان یقه سفید است که در کنار ضعف دولت‌ها در تقابل با مجرمین یقه سفید موسوم به آقازاده و دانه درشت‌ها، صاحب منصبان، دشواریها و ضعف در اطلاع‌رسانی نیز بر پیچیدگی‌های مسأله می‌افزاید. از این حیث می‌توان در برخی جهات پذیرفت که جرایم یقه سفید ارتباط خواسته یا ناخواسته با سیاست‌های دولت‌ها دارند و چه بسا خط مشی‌های سیاسی و اقتصادی یک دولت در کاهش یا افزایش جرایم یقه سفید تاثیرگذار باشد. در سال‌های اخیر، نمونه‌هایی از جرایم یقه سفیدان نظیر پرونده فاضل خداداد، شهرام جزایری، شهردار وقت تهران، مه آفرید خسروی، بدهکار بزرگ نفتی بنام بانک زنجانی، پرونده بیمه ایران و معاون اول رئیس‌جمهور دولت دهم فساد بانک ملی و ملت و بانک صادرات و بنیاد شهید، صندوق فرهنگیان و موارد بسیار دیگر قابل ذکر است. در هرکدام ردپای دولت یا دولت مردان نیز به چشم می‌خورد و در عین حال به رقم سیاه بالادر این حوزه نیز باید اشاره نمود. این بدان معناست که به واسطه ضعف‌های ساختاری بنیان‌های دولت، و عدم کارایی پیشگیری از این نوع جرایم فضا برای ارتکاب اینگونه جرایم میسر گردیده است. البته در این خصوص نمی‌توان جایگاه استراتژیک رسانه‌ها را نادیده گرفت که در حوزه سیاست جنایی مشارکتی نقش مهمی را ایفا می‌کند. در برخی شرایط رسانه‌ها با بزرگ نمایی واکنش نسبت به مجرمین اینگونه جرایم، سعی در عوام‌گرایی کیفری دارند که البته در برخی موارد با اقتناع وجدان جمعی نیز رو به رو بوده‌اند؛ اما رویکرد رسانه نباید اساسا به پوپولیسم کیفری بینجامد. روشن است رسانه‌ها می‌توانند نقش کلیدی در پیشگیری از جرایم یقه سفید ایفا کنند. نباید فراموش کنیم که عمده سرمایه دولت‌ها اعتماد عامه مردم است و با توجه به خسارت‌های سنگین بر پیکره اقتصادی کشور در صورت عدم برخورد شایسته با این نوع جرایم حکومت‌ها بیشترین ضربه را خواهند خورد. حساسیت مردم نسبت به خبرهای سوءاستفاده‌های مالی مدیران دولتی و اختلاس‌های میلیاردری و فسادهای اقتصادی گسترده و رانت‌جویی و دور زدن قانون و شعارهای پوپولیستی همچون قطع دستان افراد بانفوذ از رانت‌های موجود زمانی که از یک سیاست جنایی عملگرا و پیش‌بینی شده سرچشمه نگرفته باشد به سمت ناامیدی و یاس از عدم وجود برنامه‌ای جهت برخورد با جرایم یقه سفید سوق داده شده و به نوعی مردم در زمانی که از رسیدگی و پیشگیری از این جرایم ناامید و مایوس شوند نه تنها از شنیدن این اتفاقات شوکه نمی‌شوند بلکه به نوعی به آن عادت نیز می‌نمایند.

وضعیت موجود حاکی از این واقعیت است که مبارزه با مجرمین یقه سفید صرفا از طریق سیاست سرکوبگرانه کافی نیست؛ بلکه ضرورت دارد ضمن اعمال نظام مدیریتی و نظارتی شفاف و پیشگیری و کنترل جرایم یقه سفید، از بزه‌دیدگان جرایم یقه سفیدی حمایت کافی از جهات مختلف به عمل آید و رویکرد سابق اصلاح گردد. از این رو درصدد خواهیم بود با توجه به مبانی حقوقی - جرم‌شناختی و روش توصیفی به شناخت عوامل موثر بر کارایی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران در قبال جرایم یقه سفید در حوزه تقنینی، قضایی، اجرایی، و مشارکتی پرداخته شود.

۱. مفهوم حقوقی جرایم یقه سفید و ویژگی‌های مجرمین یقه سفید

نگارندگان در این قسمت در دو قالب دو بند به تبیین مفهوم حقوقی جرایم یقه سفید ویژگی‌های مجرمین یقه سفید خواهند پرداخت.

۱-۱. مفهوم حقوقی جرایم یقه سفید

جرم یقه سفید در اشارات حقوقی و قانونی دلالت بر سوءاستفاده افراد بلندپایه از موقعیت و مقام خود است که بیشتر با جرایم مالی همراه است. بر اساس تفکرات ساترلند جرم‌های یقه سفید بیانگر فعالیت‌های غیرقانونی است که از اشخاص سرشناس و درخور احترام صوری و طبقه بالاتر جامعه سر می‌زند. شغل و موقعیت اجتماعی و اشرافی این دسته از جنایتکاران ایجاب می‌کند که مانند طبقه ممتاز جامعه بهترین و گرانبهارترین لباس با یقه سفید بر تن پوشند و صورت ظاهرشان موجب شود تا مردم به آن‌ها گمان بد نبرند و چپاول و غارتگری را دون شان انگارند.

دیدگاه ساترلند بر اساس رویکرد مجرم مدارانه از جرم یقه سفیدها بنا شده بود و تعریف ساترلند از جرم یقه سفیدی معروف‌ترین و مؤثرترین نمونه از رویکرد جرم مدار نسبت به جرم یقه سفیدی است. تعریف‌های مجرم‌مدار به موقعیت عالی اجتماعی، قدرت و قابلیت احترام شخص مرتکب به عنوان یک ویژگی مهم و اساسی جرم یقه سفیدی تأکید می‌کنند. رویکرد بزهدکار محور آقای ساترلند علیرغم ایرادهایی که دارد به عنوان یک رویکرد پرتطرفدار باقی مانده است. آلبرت جی ریس و بایدرمن معتقدند «جرایم یقه سفیدی به آن نوع قانون شکنی‌های دارای ضمانت اجرای کیفری گفته می‌شود که متضمن سوء استفاده مرتکب از موقعیت مهم قدرت، نفوذ یا اعتماد در یک نظام سازمانی سیاسی یا اقتصادی مشروع به منظور کسب درآمدهای نامشروع یا ارتکاب رفتاری غیرقانونی برای منافع شخصی یا سازمانی است. (بنسون، ۱۳۹۱، ص ۴۱) در مقابل رویکرد مجرم مدارانه در تعرف جرم یقه سفیدها، رویکرد دیگری وجود دارد که دوربین خود را از شخص مجرم و موقعیت و وضعیت اجتماعی به ماهیت رفتار غیرقانونی چرخانده و رویکرد جرم‌مدارانه در تعریف جرم یقه سفیدها ارائه می‌دهد. در سال ۱۹۷۰ هربرت ادل هرتز که یک مقام عالی‌رتبه در وزارت دادگستری اریک بود یک تعریف جرم‌مدار بسیار مؤثری را از بزهدکاری یقه سفیدی ارائه داد «یک رفتار غیرقانونی یا مجموعه‌ای از رفتارهای غیرقانونی است که با استفاده از وسایل غیرفیزیکی و از طریق کتمان کردن یا حیل و تزویر و با هدف تحصیل پول یا مال یا عدم پرداخت وجه یا خسارت پول یا مال یا تحصیل امتیاز شغلی یا شخصی ارتکاب می‌یابد». این تعریف بزهدکاری یقه سفیدی را بر اساس وسایلی که جرم با استفاده از آن‌ها انجام می‌شود به ویژه وسایل غیرفیزیکی که شامل اخفا و کتمان و حیل و تزویر می‌شود تعریف می‌کند. ادل هرتز چهار نوع اساسی از بزهدکاری یقه سفیدی را که شامل جرایم شخصی به منظور کسب منافع شخصی، سوء استفاده از تراست شامل اختلاس و رشوه‌های تجارتهای، جرایم تجاری که وابسته به فعالیت‌های تجاری بود و بازی‌های فریبکارانه را ذکر نمود. (ادل هرتز، ۱۹۷۰، ص ۲۰-۱۹) خانم سوزان شاپیرو یکی دیگر از طرفداران رویکرد جرم مدارانه در تعریف جرم یقه سفیدهاست. وی پیشنهاد کرد که مفهوم جرم یقه سفیدی از طریق «تفکیک شناسایی مرتکبین از رفتارهای خلاف آنان» آزاد شود. به اعتقاد شاپیرو تعاریف مجرم‌مدار از جرم یقه سفیدی یک چارچوب محصور کننده‌ای را ایجاد می‌کند. (بنسون، ۱۳۹۱، ص ۴۳) در واقع این چارچوب سازی باعث می‌گردد که یک نوع گرایش طبقاتی در برخورد با گونه‌های جرایم یقه سفیدی به وجود آید حال آنکه برخی از گونه‌های جرم یقه سفیدی فاقد خصوصیت پایگاه اجتماعی و قدرت در سطح بالا می‌باشد. و در واقع تعریف جرم‌مدار از جرم یقه سفیدی به موقعیت یا قابلیت احترام مرتکب جرم صرفاً اشاره نمی‌کند و قلمرو جرم یقه سفیدی را توسعه می‌دهد تا شامل فعالیت‌های غیرشغلی اما مالی و به ظاهر مشروع و قانونی گردد که در آن خصوصیت حیل و تقلب و غیر خشونت آمیز بودن ملموس و عینی‌تر باشد.

یکی از حقوقدانان کشور در تعریف جرایم یقه سفیدی معتقد است که «جرم‌هایی هستند که نوعاً علیه اموال ارتکاب می‌یابد و توأم با حیل و نیرنگ و پنهانکاری است و معمولاً مرتکب اصلی و کسی که از نتیجه این جرم‌ها منتفع می‌شود در پشت پرده است.» به دلیل اینکه مرتکبین اینگونه جرایم، افراد صاحب نفوذ و موجه نما و ظاهرسازی هستند که با یک سلسله عملیات پیچیده، سعی در مخفی کردن فعالیت‌های مجرمانه

خود می‌کنند، لذا تعقیب این جرایم در بیشتر موارد، به راحتی میسر نمی‌شود یا به نتیجه مورد انتظار نمی‌رسد.

(Green, 2004, p12) ژرژپیکا جرم‌شناس فرانسوی معتقد است که بزهکاران یقه سفید افرادی از صاحبان ثروت و قدرت به شمار می‌روند و مرتکب جرایمی می‌شوند که نتایجی وخیم‌تر و فراگیرتر از جرایم توده‌های فقیر دارد. (ژرژپیکا، ۱۳۷، ص ۷۵).

مجرمین یقه سفید به خاطر نیازهای روزمره مرتکب جرم نمی‌گردند بلکه آنان به دنبال زیاده خواهی و افسون طلبی مرتکب جرم می‌شوند. به خاطر ظاهر موجه و فریبنده مجرمین یقه سفید مجازات آنان نیز با تضاد مواجه می‌شود زیرا با جرایم شدید و وخیم از حیث آثار اقتصادی و اجتماعی و مجرمین خوب و موجه نما روبرو هستیم (friberg, 2000, p7) در فرهنگ حقوقی بلک نیز در تعریف جرایم یقه سفید آمده «این اصطلاح معمولاً بیانگر قانون شکنی‌هایی است که به اعتبار سوء استفاده از اعتماد و اطمینان و حرفه شخص بزهکار انجام می‌شوند. این جرایم عموماً فاقد وصف خشونت بار هستند. (سیمپسون، ۱۳۹۲، ص ۷) این دیدگاه وجود دارد که جرایم یقه سفید بر خلاف جرایم خیابانی و جرایم سنتی بدون استفاده از خشونت یا نیروی عضلانی صورت می‌پذیرد و لذا اینگونه جرایم را جرایم سفری نام نهاده‌اند که به اعتبار بهره‌گیری از توان فکری و ذهنی است. (nelken, 2000, p853)

در تعریفی دیگر آمده است: مجرم یقه سفید به فردی اطلاق می‌شود که با سوء استفاده از موقعیت شغلی قانونی خود، با ارتکاب اعمال غیرخشن به ظاهر قانونی، منافع غیرقانونی به دست می‌آورد. این افراد از پست‌های عمومی خود سوءاستفاده کرده و به نفع خود، از اموال و امکانات عمومی بهره‌برداری می‌کنند. (Wright2000, p44) آنچه که روشن است در حقوق کیفری ایران تعریفی از جرم یقه سفید یا مجرمین یقه سفیدی ارائه نگردیده است اما مصادیق و گونه‌هایی از جرایم یقه سفیدی با رویکرد جرم‌مدارانه از جرایم یقه سفید در قوانین کیفری در ادبیات حقوقی کشورمان ملموس و عینی می‌باشد.

۱-۲. واکاوی ویژگی‌های مجرمین یقه سفید

بسیاری معتقدند در بررسی ویژگی جرایم یقه سفید، وجه تمایز اصلی، ویژگی «مرتکبان» این جرایم است نه خود «جرایم»، یعنی موقعیت بالای اجتماعی و اقتصادی، آن‌ها را از سایر مجرمین متمایز می‌کند. برخلاف بسیاری از جرایم به اصطلاح سنتی و یا یقه آبی نظیر سرقت توأم با آزار و ضرب و جرح و قتل که آثار آشکار فیزیکی در جامعه دارند مجرمین یقه سفید اغلب آثار قابل رویتی از خود باقی نمی‌گذارند و حتی قربانیان جرم نیز ممکن است متوجه جرم ارتكابی علیه خود نباشند. فریب یکی از خصوصیات برجسته در انجام جرایم یقه سفیدی است و خصوصیتی است که کنترل جرم یقه سفیدی را بسیار مشکل می‌نماید. بنابراین مجرمین یقه سفید با استفاده از نیرنگ و فریب با ظاهرسازی به رفتار مجرمانه خود ظاهری قانونی می‌دهند و بنابراین تلاش برای کنترل جرم یقه سفیدی باید با مساله کشف و شناسایی جرم شروع شود. خصوصیت مهم دیگر مجرمین یقه سفیدی عبارتند از دسترسی قانونی و مشروع بزهکار به هدف یا قربانی یا سبیل جرم است. بنابراین بزهکاران در مورد دسترسی به سبیل‌های جرایم ارتكابی به دلایل مختلف همچون بی‌نظمی و یا اعتماد بیش از اندازه و فرصت پیش‌رو و عدم کنترل یا کنترل ناقص نگرانی ندارند. برخی تلاش کرده‌اند با ارائه تعریفی متفاوت، ویژگی‌های این جرایم را صرف‌نظر از مرتکبین مشخص نمایند:

یک عمل یا پاره‌ای از اعمال غیرقانونی که با توسل به حيله و مخفی کاری و بدون استفاده از زور فیزیکی برای تحصیل پول یا مال یا مزایای شغلی ارتکاب می‌یابند. رشد علاقه عمومی به جرایم یقه سفیدان با لحاظ ویژگی‌های خاص آنان در دهه ۱۹۷۰ به دلیل انتقادات وارد بر نظام عدالت کیفری در آمریکا با گزارش کمیسیون ریاست جمهوری در مورد اجرای قانون و اجرای عدالت در سال ۱۹۶۵ آغاز شد که معتقد بود نظام عدالت کیفری آمریکا پرجمعیت، پرکار، فاقد نیروی انسانی کافی و اغلب پراشتباه است. سامانه کیفری نیازمند اطلاعات و تخصص بیش‌تر است. افزون بر این نظام عدالت کیفری نیازمند توجه به روش‌های نوین جهت کسب تجربه و تقویت، همکاری میان نهادی است.

پلیس آمریکا با لحاظ ویژگی‌های اختصاصی مجرمین یقه سفید خصوصیات مشابه به دست داده است: «آن دسته از اعمال غیرقانونی که با فریب، مخفی‌کاری یا سوءاستفاده از اعتماد از سایر جرایم متمایز می‌گردند و به استفاده از زور فیزیکی یا خشونت یا تهدید به آن، متکی نیستند. افراد و سازمان‌ها به منظور تحصیل پول، مال یا خدمات یا برای اجتناب از پرداخت پول یا از دست دادن پول یا خدمات یا برای تضمین نفع شخصی یا شغلی مرتکب آن می‌شوند. در بسیاری از موارد قبول این فرض که انگیزه زیربنایی جرایم یقه سفید مالی است درست است. در واقع انگیزه بزهکاران یقه سفید غالباً بر اساس یک یا چند تا از اهداف چهارگانه شکل می‌گیرد. ۱- تامین منفعت مالی خودشان، ۲- تامین منافع مالی یا موقعیت رقابتی شرکت یا کارفرما، ۳- ماندن در تجارت و شغل یا اجتناب از آن، ۴- از دست دادن دارایی‌های مالی و مادی (ال بنسون، ۱۳۹۴، ص ۱۵).

تردیدی نیست که مخفی‌کاری یکی از ویژگی‌های مهم جرایم یقه سفیدی است؛ بدین معنی که مرتکبین، فعالیت‌های غیرقانونی خود را علنی نمی‌کنند، بلکه سعی می‌کنند ظاهر قانونی و موجه به فعالیت‌های خود بدهند. برخلاف فعالیت‌های تروریستی که در صدد جلب توجه و ایجاد وحشت در جامعه هستند، مجرمین یقه سفید با ناشناخته ماندن فعالیت‌های غیرقانونی خود، بهتر می‌توانند رشد کنند.

لازمه مخفیانه بودن عملیات، حداقل توسل به زور فیزیکی است؛ از این رو این اشخاص به جز در موارد خیلی استثنایی و ضروری، متوسل به خشونت نمی‌شوند. فریب و حيله و همچنین تزویر و ظاهرسازی نیز در بطن رفتار آنان نهفته است و جزئی از مخفی‌کاری تلقی می‌شود. نهایتاً جرایم یقه سفیدی با هدف نهایی کسب ثروت یا مزایای شغلی بیشتر به طرق غیرقانونی ارتکاب می‌یابند. (Freiberg, 2000, p24) قوه تخیل بزهکاران یقه سفید تا اندازه‌ای نامحدود است و ترفندهای متقلبانه‌ای طرح‌ریزی می‌کنند و آنان با سرعتی زیاد جذب نهادهایی جدید می‌شوند که توسط قانونگذار در حوزه‌های اقتصادی و مالی به وجود می‌آیند و با استفاده از تسهیلاتی که در این نهادها برای تجارت مشروع ارائه می‌دهند این تسهیلات را به نفع خود می‌ریایند. به عنوان نمونه دولت با قانونگذاری در حوزه‌های حمایتی از سرمایه‌گذاری و اشتغال‌زایی مبادرت به اعطای وام‌های با بهره و کارمزد بسیار پایینی می‌نمایند و افراد مطلع و فرصت‌طلب این موقعیت ایجاد شده و این صندوق‌ها را راهی برای دریافت وام‌های کلان قرار داده و مبالغ فوق‌را ضمن تضمین مدیران نظام بانکی و پولی از طریق رشوه و یا امتیازهای دیگر اخذ و برای فعالیت‌هایی غیر از آنچه مدنظر قانونگذار بوده استفاده می‌نمایند و ضمن کسب سودهای بادآورده اثر منفی نیز در اقتصاد ایجاد می‌نمایند. کما اینکه نمونه‌های متعددی از دریافت تسهیلات از صندوق‌های ذخیره ارزی و یا صندوق حمایت از تولیدکنندگان و بانک‌های دولتی که با سود و کارمزدهای بسیار پایین که خود رانت ویژه‌ای را ایجاد می‌کند در کشور ما ملاحظه می‌شود که افراد با ویژگی‌های یقه سفیدی و گاهاً با ارائه اسناد غیرواقعی و مانورهای متقلبانه آن وجوه و تسهیلات را دریافت و بسیاری از آن‌ها در محل‌هایی غیر از تولید و سرمایه‌گذاری هزینه شده و کشور را با حجم وسیعی از تسهیلات ارائه شده و وصول نشده مواجه نموده است. در حقیقت اشخاص یقه سفید همواره به دنبال ارتباطگیری و جلب منفعت از طریق رانت‌های قدرت و ثروت و کارگزاران دولتی هستند و به انحاء مختلف این اشخاص سعی در نزدیک شدن به این مراکز جهت تحقق اندیشه مجرمانه و فعلیت بخشیدن به تفکر مجرمانه خویش هستند. آنان با ایجاد دوستی با اشخاص مختلف همچون نمایندگان مجلس و یا مدیران دولتی و قضایی ارائه سیمایی موجه از خود و از طریق وسایل متعدد و حتی با ظاهرسازی دینی و با کمک به مراکزی چون خیریه‌ها و مساجد از آنان برای رسیدن به اهداف خویش استفاده می‌نمایند و گاه آنان را نیز با خود همراه و با وعده و وعیده‌های مختلف و تضمین آنان شبکه‌ای گسترده از اشخاص و افراد حامی برای خود ایجاد می‌نمایند.

رئیس سازمان بازرسی کشور در خصوص ویژگی‌های مجرمین یقه سفیدی می‌گوید «جرم یقه سفیدی حاکی از درک عمیق بزهکاران این گونه جرایم و نیز جهات ضعف علمی و عملی بزه‌دیدگان است. او می‌افزاید جرم یقه سفیدی ابتدا در فعالیت‌های شغلی مشروع در سطحی گسترده ریشه دارد و پس از مدتی ضمن اعتمادسازی‌های دروغین، رشد می‌یابد و پیشرفت‌های اقتصادی و تحولات اجتماعی نیز به این نوع

جرایم دامن می‌زند. بزهدار یقه سفید با استفاده از اقتدار و وجاهت اجتماعی و سیاسی بالا و در ظاهر فریبنده و استعداد فکری خود به ارتکاب جرایمی همچون اختلاس، پولشویی، جعل، بزه‌های کلان مالی و جاهت بخشی صوری به درآمدهای نامشروع خود دست می‌زند». (سراج، ۱۳۹۴: ۱۹) یکی از اساتید حقوق کیفری در خصوص ویژگی‌های مجرمین یقه سفید معتقد است «این افراد از امتیازات ویژه‌ای برخوردار هستند و جرایم خود را به گونه‌ای انجام می‌دهند که هیچ اثر و ردپایی از خود باقی نمی‌گذارند و ظاهرش را طوری تنظیم می‌کنند که نشود منبع مجرمانه را در این خصوص پیدا کرد. وی معتقد است اقدامات مجرمین یقه سفید توأم با ظرافت و احیاناً تیزهوشی است». (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۴: ۶۳) رئیس وقت کانون وکلای دادگستری مرکز آقای دکتر نجفی توانا در خصوص ویژگی‌های مجرمین یقه سفید ضمن اینکه معتقد است یقه سفیدها را به دو گروه یقه سفیدها و یقه طلایی تقسیم باید نمود معتقد است «معمولاً در کشور ما مصداق بارز (جرایم یقه سفید) جرایم مواد مخدر، قاچاق، ارتشا، اختلاس، رانت‌خواری و کلاهبرداری‌های کلان و جعل‌های مربوط به جرایم‌های سنگین را معمولاً منتسب، افرادی می‌کنند که در موقعیت اجتماعی و اعتقادی بالایی هستند و یقه طلایی‌ها از لحاظ اداری و مالی یا از لحاظ روابط رانته در سطح بسیار بالایی قرار دارند و خود کمتر درگیر جرایم هستند معمولاً واسطه‌هایی دارند که این واسطه‌ها ظاهراً به نام خود دست به ارتکاب جرم می‌زنند، پشت پرده یقه طلایی قرار دارند که یا در موقعیت‌های اداری یا در ارتباط با مقامات اداری بالای کشور قرار داشته و با سوءاستفاده از ارتباطاتی که دارند درآمدهای سنگین را از طریق واسطه‌ها یا افراد واسطه که نماینده آنان هستند مرتکب می‌شوند البته در میان این‌ها افرادی هم هستند که تحت عنوان تجارت در صنعت نفت یا در سایر روابط اقتصادی مثل و ادارات و صادرات و با سوءاستفاده از اطلاعات و ارتباط موفق به کسب درآمدهای غیرمشروع فراوان می‌شوند.» (نجفی توانا، ۱۳۹۴: ۱۳) دادستان عمومی و انقلاب تهران به عنوان یک مقام قضایی که مواجهه عملی با مجرمین یقه سفید داشته در خصوص ویژگی‌های مجرمین یقه سفید در کشور معتقد است «مجرمان یقه سفید کسانی هستند که ظاهری موجه و باطنی فاسد دارند، افراد فرصت طلبی هستند که از طریق وابستگی به مقامات و مسئولان حکومتی یا با خوش خدمتی به آنان در ارکان قدرت نفوذ کرده و از این طریق موجبات برقراری ارتباط با مراجع قدرت شامل مقامات دولتی، انتظامی و قضایی را فراهم می‌آورد.» (جعفری دولت آبادی، ۱۳۹۰: ۵) این ایده که مجرمان یقه سفید مجرمان پرنفوذ هستند مورد تأیید این مقام قضایی بوده و اذعان می‌نماید که ورود و نفوذ مجرمان یقه سفید به لایه‌های درونی حکومت‌ها هر گونه تحرک و اعلام جرم علیه آنان با واکنش جدی برخی مسئولان مواجه خواهد شد. نکته مورد اشتراک در نظریات ارائه شده در خصوص ویژگی‌های مجرمین یقه سفید را می‌توان خصوصیات فریب کاری و ظاهرسازی و سوءاستفاده از اعتماد و وجود استعداد فکری بالا و ارتباط با مقاماتی مربوط به حاکمیت و به طبع درک و کشف سریع نقاط آسیب-پذیر قانونی و نفوذ در ارکان قدرت و مدیریت منابع مالی بیان نمود.

۲. سیاست جنایی در قبال جرایم یقه سفید از نظر مراجع سیاست‌گذاری

سیاست جنایی از نظر مراجع سیاست‌گذاری به چهار نوع تقسیم می‌شود: سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی قضایی، اجرایی و سیاست جنایی مشارکتی.

۲-۱. سیاست جنایی تقنینی

سیاست جنایی تقنینی نوع خاص سیاست جنایی می‌باشد که از کل شبکه‌های ضمانت اجراها برخوردار است، استراتژی و راهبرد افتراقی محسوب می‌شود که هسته اصلی آن قانون جزا است (لازرژی، ۱۳۷۵، ص ۷۳)

منظور از سیاست جنایی تقنینی اعمال سیاست جنایی در فرآیند تقنین است و به معنای دقیق کلمه، تدابیر و اقداماتی که در هنگام قانونگذاری به منظور سرکوبی بزهداران و پیشگیری از جرم به عمل می‌آید سیاست جنایی تقنینی نامیده می‌شود. (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۸، ص ۱۴)

فرایند قانونگذاری جرایم یقه سفیدی در ایران تحت تاثیر تفکرات سیاسی و اجتماعی و اقتصادی مختلف و وجود بحران‌هایی تحمیلی چون جنگ و تحریم سیاسی و اقتصادی و حتی وقوع انقلاب اسلامی، مسیرهای

متفاوت و گاهی متضاد را طی می‌نماید. قانونگذار ایران در سال‌های اخیر گرایش به افزایش متون قانونی و به ویژه متون کیفری داشته است. بررسی عملکرد قانونگذار ایران در گذشته حاکی از این است که تصویب قوانین کیفری همیشه به عنوان بهترین و ساده‌ترین راه‌حل مبارزه با بزهکاری و کجروی‌های اجتماعی شناخته شده است. (آزمایش، ۱۳۸۰، ص ۳۱) هر چند که از نظر قانونگذار این روند مقابله با بزهکاری را سامان می‌دهد. اما در حقیقت حجم زیاد زرادخانه کیفری و مخصوصاً متون کیفری که دارای انسجام لازم نیز نمی‌باشد خود می‌تواند جرم‌زا باشد. چرا که بزهکاران یقه سفید که از قدرت انطباق‌پذیری بالا و پختگی مجرمانه برخوردارند می‌توانند بدلیل تنوع، تناقض و اجمال قوانین از مجازات فرار کرده و ضمانت اجرای قوانین کم‌رنگ جلوه داده می‌شود. جرم‌انگاری جرایم یقه سفید در دیدگاه مقنن با ایده سرکوبگری و امنیتی و با هدف تشدید مجازات و تدابیر قهرآمیز صورت پذیرفته و توسعه کیفیات مشدده، سلب اختیارات قضات در اعمال کیفیات محفیه و افزایش موارد و مدت بازداشت موقت و تعیین صلاحیت ویژه برای محاکم تغییر ماهیت جرم ساده به جرایم شرعی و تحت عنوان محاربه و افساد فی الارض و فاصله گرفتن از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها گفتمان مقنن را یک نوع گفتمان امنیت مدار و صرفاً دولتی نموده و تأمین امنیت جامعه برخورد شدید و اعمال مجازات‌هایی همچون اعدام و حبس‌های طولی‌المدت را با بزهکار توجیه نموده است. همچنین عدم جرم‌انگاری صحیح و یا عدم جرم‌انگاری اشکالی از جرایم یقه سفید از جمله اختلاس در بخش‌های خصوصی یا اعمال نفوذ افراد پرنفوذ و فاسد در مؤسسات مالی و بانکی در خصوص خود موجب بی‌کیفری و ناکارآمدی سیاست جنایی کشور می‌تواند باشد، کما اینکه یکی از اساتید حقوق کیفری در خصوص این دیدگاه که مجرمان یقه سفید ۱۰ قدم از قانونگذاران جلوتر هستند و در این‌گونه جرایم خلأ قانونی بارز است! معتقد است «من با این نظر خیلی موافق نیستم و معتقدم از لحاظ قوانین کمبودی نداریم و قوانین تقریباً در حدی که لازم بوده قانونگذار پیش‌بینی کرده است نمی‌خواهم بگویم خلأ نداریم قطعاً خلأهایی داریم خیلی از قوانین مربوط به ارتشا و اختلاس نیازمند اصلاح است. و مفاد قوانین داخلی ما با مفاد کنوانسیون (برید ۱) خیلی هماهنگ نیست. (میرصادقی، ایران، ۹۴) همچنین تشتت و پراکندگی در قانونگذاری و به روز نبودن قوانین با لحاظ ویژگی‌های خاص جرایم یقه سفیدی می‌تواند عواملی مؤثر در عدم کارایی سیاست جنایی تقنینی حاکم باشد.

هر چند که در ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقنن اصل را بر رسیدگی علنی در دادگاه‌ها قرار داده است لکن تعیین استثناهایی توسط قانونگذار گاهی خود اصل علنی بودن را محدود و از اعتبار آن می‌کاهد، اینکه دادگاه می‌تواند قرار غیرعلنی بودن رسیدگی را به دلیل اختلال در امنیت عمومی یا احساسات مذهبی یا قومی صادر نماید خود می‌تواند عاملی قانونی در عدم اطلاع رسانه‌ها و مردم از ماهیت، موضوع و دلایل ارتکاب جرایم آن هم جرایم یقه سفیدی که پیامدهای اجتماعی و اقتصادی بسیار گسترده‌ای دارد باشد و به نوعی موجب محرومیت جامعه و آگاهی آنان از روند رسیدگی قضایی و عدم مشارکت‌پذیری آنان گردد. معاون اول قوه قضائیه نیز ضمن انتقاد به خلل قانونی در انتشار مشخصات متهمین جرایم یقه سفیدی و اقتصادی معتقد است «یکی از عواملی که باعث کاهش جرم می‌شود معرفی مجرم به جامعه است فردی بیش از هزار میلیارد تومان را که با دوز و کلک برده حالا می‌خواهیم معرفی کنیم می‌گوییم «ج. م» خب این یعنی چه؟ مردم مسخره می‌کنند. اگر قانون اجازه می‌داد که معرفی شوند هم به نفع مردم و پلیس و قوه قضائیه بود هم به ضرر مجرم؛ دادگاه علنی است اما نه خبرنگار می‌تواند چیزی منتشر کند، نه رسانه ملی اجازه دارد چیزی پخش کند این اشکال قانون است. (محسنی اژه‌ای، تابناک، ۱۳۹۵)

۲-۲. سیاست جنایی قضایی

سیاست جنایی قضایی به معنای مضیق آن یعنی سیاست جنایی که در تصمیم‌ها و عملکردهای دادگاه‌های دادگستری منعکس و مندرج است (لازرژ، ص ۱۰۵). این سیاست جنایی می‌تواند متأثر از رویه قضایی، بخشنامه‌ها دستورالعمل‌ها، آرای دیوان عالی کشور و موارد مشابه باشد. تفسیر قوانین و مقررات جزایی در زمان و مکان، متغیر و متفاوت است. درک متفاوت از

قوانین و پیام‌های سیاست جنایی تقنینی و قضایی، عملکرد متفاوت دادگاه‌ها، اجرای متفاوت قوانین بوسیله قضات و ضعف امکانات ساختاری و ماهوی، مجموعاً می‌توانند در بررسی و تاثیر بر یک سیاست جنایی قضایی مدرن و قانون‌مدار، حایز اهمیت فراوان باشند.

نکته قابل تأمل در نحوه عملکرد مقامات قضایی در مواجهه با جرایم یقه سفید فاصله گرفتن قضات در برخی مواقع از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تغییر عنصر مادی و قانونی جرم ارتكابی به جهت وجود ابهام در متون قانونی است و به عنوان مثال برای تشخیص اینکه عمل مرتکب مصداق اخلال در نظام منجر به افساد فی الارض بوده یا خیر به اخذ فتوای شرعی از فقها کشیده شده است کما اینکه در پرونده یکی از مجرمین یقه سفید بنام مه‌آفرید امیرخسروی در دادنامه صادره دادگاه برای دگرگون کردن عنصر مادی جرم پرداخت رشوه و منطبق ساختن با عنوان افساد فی الارض ناگزیر به فتاوی مراجع تقلید استناد کرده است. در صفحه ۱۳۹۴ دادنامه صادره از سوی دادگاه انقلاب سؤالی از مراجع پرسیده شده که «آیا شخص یا اشخاصی که با تبانی و مشارکت، مرتکب کلاهبرداری و یا اختلاس و ارتشاء چند صد میلیونی و یا میلیاردی می‌شوند را می‌توان مفسد فی الارض دانست؟» و اینکه آیا تلقی عنوان افساد فی الارض در جرایم مالی سنگین و عمده منوط به وجود قصد صریح و منجز برای اقرار به نظام اسلامی یا مقابله با حکومت اسلامی است؟ یا اینکه صرف علم و آگاهی ضمنی نسبت به نقض قوانین و نظامات دولتی و تضییع حقوق عام کفایت می‌کند» (کاشانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱) حال موضوع قابل توجه این است که جایگاه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در سیاست جنایی تقنینی و در نزد مقامات قضایی کجاست؟! آیا قضات ما مجاز هستند با وجود قوانین صریح به دنبال منابع فقهی یا فتاوی فقیهان بروند. برخی از فقها بدون آنکه امکان مطالعه و بررسی اسناد و مدارک پرونده را پیدا نمایند در مقام پاسخ مطالبی را عنوان داشته‌اند از جمله آیت الله مکارم شیرازی اظهار نمودند «در صورتی که این کار تولید مفسده گسترده و مهمی در سطح جامعه کرده باشد و به نظام اسلامی لطمه بزند مفسد فی الارض است. قصد افساد فی الارض شرط نیست بلکه قصد مصداق آن کافی است» همچنین آیت الله نوری همدانی در پاسخ ذکر نمودند «در مواردی که ذکر نموده‌اید چنانچه موجب فساد وسیع در جامعه و تضعیف حکومت اسلامی گردد از مصادیق مفسد فی الارض به حساب می‌آید و قصد هم لازم نیست. نکته قابل تأمل در پاسخ فقها توجه به ایراد لطمه به نظام اسلامی و تضعیف حکومت اسلامی است» که در حقیقت تلقی حفظ حکومت و امنیت‌گرایی را در سیاست جنایی حتی در دیدگاه فقها نیز دیده می‌شود و در واقع قضات در برخی از مواقع با وجود تصریح قانون به دنبال منابع فقهی و یا فتاوی فقیهان رفته و به دنبال توجیه شرعی آراء صادره خود می‌نمایند که حتی مورد اعتراض متهم نیز قرار گرفته و در قسمتی از دفاعیات خود می‌گویند «مرا اعدام کنید این کار را انجام دهید ولی از مراجع بزرگواری چون آقایان مکارم شیرازی، علوی گرگانی و نوری همدانی هزینه نکنید. اگر بنده طبق قانون مجرم هستم و این حکم قانوناً قابل اجرا می‌باشد چرا از مراجع هزینه کرده‌اید». (کاشانی، ۱۳۹۱، ص ۱۲) بدین ترتیب می‌توان گفت سیاست جنایی قضایی نیز بر سیاست جنایی تقنینی تاثیر می‌گذارد و گاه فرآیند قانونگذاری را به حرکت در می‌آورد. در عین حال این نکته نیز باید اشاره نمود یک سیاست جنایی کارآمد و مؤثر نیازمند هماهنگی و انسجام قوه قضائیه و قوه مجریه و مقننه است که گاه این انسجام و هماهنگی علاوه بر اینکه دیده نمی‌شود بعضاً به تقابل قوا نیز کشیده می‌شود که به نوعی به مشکل ساختار تفکیک قوا در قانون اساسی نیز مرتبط است. رئیس قوه قضائیه خود را در قبال مجلس پاسخگو نمی‌داند و خود را جز در مقابل مقام رهبر مسئول قلمداد نمی‌کند این عدم پاسخ‌گویی آن هم در نحوه عملکرد و مدیریت قضایی که ارتباطی به استقلال در رسیدگی قضایی هم ندارد خلعی ساختاری است که می‌تواند به اصلاح قانون اساسی و پیشنهاد امکان استیضاح رئیس قوه قضائیه و تأیید مقام رهبری به کارایی سیاست جنایی کمک نماید. نکته قابل توجه این است که نوع عملکرد قضات در رسیدگی به پرونده‌ها از عوامل متعددی متأثر می‌گردد. چه بسا استقلال یا عدم استقلال قضات آن هم در رسیدگی به جرایم ویژه همچون جرایم یقه سفید که همواره با اعمال نفوذ و فشار مراجع رسمی و غیررسمی همراه است در یک دادرسی عادلانه نقش مؤثر ایفا نماید. اصل بی طرفی و استقلال کامل مقام قضایی در اصل ۱۵۶ قانون اساسی و مواد

۳۹ - ۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و در ماده ۳ و ماده ۹۳ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد تاکید قرار گرفته است. در ماده ۳ از قانون مذکور ضمن اشاره به بی طرفی و استقلال کامل مقام قضایی در رسیدگی به جرم به شاخصه‌هایی چون رسیدگی در کوتاه‌ترین مدت، پیشگیری از اختلال در رسیدگی و اعمال اقدامات و تدابیر و سیاست‌های قضایی مناسب برای جلوگیری از طولانی‌تر شدن فرآیند دادرسی تاکید شده است. همچنین یکی از ابزارهای لازم برای اجرای سیاست جنایی قضایی کارآمد وجود در حوزه جرایم یقه سفیدی پاکدستی و سلامت در قضات رسیدگی کننده است، در توصیه به قوه قضائیه همچنانکه مقام رهبری معتقد است «کار مبارزه با فساد را چه در دولت و چه در قوه قضائیه به افراد مطمئن برخوردار از سلامت و امانت بسپارید و دستی که می‌خواهد با ناپاکی بیفتد باید پاک باشد. یکی از اساتید حقوق کیفری معتقد است «مشکلی که در مواجهه با جرایم یقه سفید وجود دارد وجود ملاحظات و مصلحت اندیشی‌های بیگانه و بی مورد است - این نوع مصلحت اندیشی‌ها باعث ایجاد مشکلاتی می‌شود علی‌الخصوص که افرادی که می‌خواهند به این امور رسیدگی کنند پاکدستی لازم را نداشته باشند و در نتیجه ترس و واهمه داشته باشند که اگر بخواهند به این موارد رسیدگی کنند احتمالاً طرف مقابل با توجه به برگ برنده‌هایی که از او دارد می‌تواند نکاتی را رو کند و باعث آبروریزی این افراد شود. (میرصادقی، ایران، ۱۳۹۵) تاثیر اعمال اختیارات قانونی و نیز رویه عملی و نحوه مدیریت رئیس قوه قضائیه بویژه از طریق صدور بخشنامه‌ها خطاب به دادسراها، دادگاه‌ها و سازمان زندان‌ها) با تاکید بر حسب‌زدایی، کیفرزدایی و قضا‌زدایی و اعطای مرخصی به محکومان و یا رسیدگی با شدت و قاطعیت و یا تعیین شعب ویژه و یا قضات ویژه که بیشتر در زمینه جرایم یقه سفید نمود عینی دارد می‌تواند به عنوان عملکرد اثرگذار در سیاست جنایی قضایی محسوب گردد.

۲-۳. سیاست جنایی اجرایی

در بسیاری از منابع علمی سیاست جنایی اجرایی ناظر به تدابیر و اعمال (پیشگیرانه و سرکوبگرانه) قوه مجریه در پاسخ به پدیده مجرمانه قید شده است. آنچه در مورد جایگاه قوه مجریه در تلقی اندیشمندان غربی مورد اشاره قرار گرفته، تفوق این قوه بر قوای مقننه و قضائیه می‌باشد (غلامی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۵). سیاست جنایی اجرایی در حقیقت در ادامه سیاست جنایی تقنینی و قضایی در راستای یک سیاست جنایی ملی قرار دارد. به عبارت دیگر سیاست جنایی اجرایی نوعی سیاست است که از سوی دولت و قوه مجریه به عنوان رکن اجرایی کشور جهت تطبیق و اجرای سیاست‌های اتخاذ شده توسط سیاست جنایی تقنینی، در پیش گرفته می‌شود. در مفهوم مضیق سیاست دولت یا قوه مجریه در زمینه کنترل جرم که ناظر بر چگونگی اجرای قوانین و رویه‌ی قضایی موجود است، سیاست جنایی اجرایی را تشکیل می‌دهد. در سطح بین‌الملل، با توجه به ساختار نظام‌های حاکم بر کشورها این مفهوم اجرایی و قابل درک می‌شود. بر این باور است که سیاست جنایی اجرایی ایران فراتر از دولت و قوه مجریه مورد استفاده در مفهوم مضیق می‌باشد. در نتیجه سازمان‌ها و نهادهای وابسته به سایر قوا نیز در این بخش فعالیت دارند. نحوه اجرای تدابیر سرکوبگرانه یا پیشگیرانه علیه پدیده مجرمانه جایگاه خاصی در بین انواع سیاست جنایی دارد.

تشکیل ستادهای مختلف از جمله ستاد مبارزه با مفاسد اقتصادی که در راستای فرمان هشت ماده‌ای رهبر انقلاب در مورخ ۸۰/۲/۱۰ برای مبارزه با مفاسد اقتصادی که با حضور روسا و معاونین سه قوه و با ریاست رئیس جمهور یا معاون اول وی ایجاد شده جلوه‌ای از سیاست جنایی اجرایی است هر چند که در مورد نحوه و میزان اثرگذاری این ستاد و جایگاه قانونی آن در برخورد با جرایم یقه سفیدی که با مفاهیمی چون مفاسد اقتصادی هم پوشانی دارد و بحث‌های چالش برانگیزی وجود دارد. که کارایی چنین تشکیلاتی را با ابهام بزرگ مواجه نموده است. همچنین یک سیاست جنایی اجرایی کارا و مؤثر آن هم در برخورد با جرایم یقه سفید که دارای ویژگی‌های خاص هستند نیازمند ابزارهای سخت افزاری و نرم افزاری ویژه‌ای است علاوه بر تقویت تقنین و انتخاب افراد سالم، شایسته در بدنه مدیریت اجرایی کشور این واقعیت را باید پذیرفت که بسیاری از برنامه‌های دانش مراجع نظارتی همچون دیوان محاسبات و سازمان بازرسی و همچنین مراجع

انتظامی چون پلیس، فاقد بنیان علمی کافی و نیروهای مشخص و بیشتر در خدمت پاسخ‌گویی به جرایم با ویژگی‌هایی چون ناامنی و امنیت و اخلاق عمومی است. بودجه عمده پلیس بیشتر در جهت کنترل مجرمین یقه آبی و امنیت عمومی کشور است. کسانی که با قهر و زور و غلبه به دنبال برهم زدن امنیت و نظم عمومی هستند و نگاه پلیس هم بالطبع با این سیاست جنایی امنیت‌گرا کوک گردیده است و سیاست عمومی پلیس بیشتر مبارزه با مظاهر جرایم علیه اشخاص و جرایم علیه امنیت عمومی است حال آنکه بحران موجود در خصوص جرایم یقه سفید در کشور این واقعیت را ملموس نموده که نهادهای تعقیب و کشف این‌گونه جرایم باید تقویت گردد.

۳-۴. سیاست جنایی مشارکتی

سیاست جنایی مشارکتی به عنوان یک سیاست جنایی همراه با مشارکت جامعه مدنی تعریف شده است یعنی در نظر گرفتن آثار ضرورت حیاتی ایجاد عوامل تقویتی دیگری به غیر از پلیس یا قوه قضاییه به منظور اعتبار بخشیدن بیشتر به یک طرح سیاست جنایی است که به وسیله قوه مجریه و قوه مقننه تهیه و تدوین می‌گردد. مشارکت عامه مردم در سیاست جنایی به کارایی آن می‌افزاید. شرکت دادن عموم مردم در سیاست جنایی افزون بر رفع دل‌نگرانی مشوع در جهت بالا بردن کارایی آن، به معنای این است که امروزه پیشگیری و سرکوبی بزهکاری از جمله اموری هستند که به همه افراد جامعه مربوط می‌شوند. (لازرژ، ۱۳۷۵، ص ۱۲۴-۱۲۳).

در کنار قانون و ابزارهای انتظامی و کیفری می‌توان از وسایل و ابزارهایی نام برد که نقش مهمی در اعمال سیاست جنایی داشته باشند. ابزارهای مهمی چون وسایل ارتباط جمعی (روزنامه، مجلات، صدا و سیما، شبکه‌های اجتماعی و...) سازمان‌های مردم‌نهاد و مساجد و انجمن‌ها و شورای شهر و شهرداری و مؤسسات عمومی غیردولتی. به عنوان ابزارهای اعمال سیاست جنایی کشور است که قابلیت استمداد و تاثیر گذاری مثبت را در روند سیاست جنایی هر جامعه دارد و در واقع می‌توان گفت جامعه مدنی در این سیاست گذاری به عنوان شریک فرآیند کیفری به رسمیت شناخته می‌شود.

با رشد فزاینده و روزافزون جرایم و ناهنجاری‌های اجتماعی به ویژه در حوزه جرایم یقه سفیدی که همواره مجرمین بدنبال راهکارهای جدید و بدیع برای تحقق اهداف و اعمال مجرمانه خویش هستند و عدم کارایی و کارآمدی روش‌های سنتی مبارزه با جرم در جامعه مشارکت شهروندان به عنوان تدبیری پیشگیرانه در کنار ساز و کارهای نظام عدالت قضایی از جمله مداخله در فرآیند فعلیت یافتن جرم و وضعیت پیش جنایی، اقداماتی چون کیفرزدایی، جرم‌زدایی و قضازدایی، مجازات‌های جایگزینی حبس و حتی نظریه تحدید مداخله نظام کیفری، در واقع متضمن توزیع و تفویض بعضی از صلاحیت و وظایف‌های نظام عدالت کیفری به نظام‌های حقوقی غیر کیفری و توسعه تشکلهای مردمی به صورت سازمان یافته یا خودجوش است. شرکت دادن مردم در نظام عدالت کیفری و پیشگیری از بزهکاری، در واقع بر اساس همبستگی جامعه رسمی - دولت - و جامعه غیر رسمی - مردم و انجمن‌های مردمی - شکل می‌گیرد. این همبستگی سبب تراکم‌زدایی از سیستم قضایی و همزمان، افزایش کارایی و سرعت بخشی به عملکرد این سیستم از طریق واگذار کردن برخی از وظایف نظام عدالت کیفری به مردم می‌شود که ضمن چابکی در توسعه محور بودن دستگاه عدالت کیفری به کاهش هزینه‌های تحمیلی به نهادهای وابسته از جمله پلیس، زندان‌ها و نهادهایی چون سازمان بازرسی و دیوان محاسبات منجر می‌گردد. کما اینکه یکی از جلوه‌های تحقق آموزه‌های سیاست جنایی مشارکتی را برای اولین بار در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌توان ملاحظه نمود که قانونگذار به مشارکت سازمان‌های غیردولتی و مردم نهاد در تعقیب مجرمان اذعان نموده است. همچنین می‌توان به منشور حقوق شهروندی مصوب اعلامی رئیس جمهور در سال ۱۳۹۵ اشاره نمود که در ماده ۱۵ آن به حق مشارکت مردم در تعیین سرنوشت خویش از جمله سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اشاره نموده و به حق اداره شایسته امور کشور بر پایه قانون مداری، کارآمدی، پاسخگویی، شفافیت، عدالت و انصاف و تاکید بر رعایت این حق توسط همه مسئولین و کارکنان دولتی تاکید گردیده و همچنین به حق شهروندان در شکایت از تصمیمات نهادهای اداری صحنه گذارده و تصریح نموده است که حق

شهروندان است که از دولتی برخوردار باشند که متعهد به رعایت اخلاق حسنه، راستگویی، درستکاری، امانتداری، مشورت، حفظ بیت‌المال رعایت حق الناس، توجه به وجدان و افکار عمومی، اقتدال و تدبیر و پرهیز از تندروی شتاب‌زدگی، خودسری، فریب کاری، مخفیکاری و دستکاری در اطلاعات و پذیرفتن مسئولیت تصمیمات و اقدامات که خود بسیاری از مؤلفه‌های اثرگذار در جرم یقه سفیدی هستند اشاره و در ماده ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ به مشارکت مردم در نقد ابراز نارضایتی، دعوت به خیر، نصیحت در مورد عملکرد حکومت و نهادهای عمومی و حق دسترسی به اطلاعات اذعان گردیده است. هر چند در ماده ۴۵ منشور مزبور به این موضوع که فعالیت‌های مدنی در حوزه حقوق شهروندی حق هر شهروند ایرانی است و سازمان‌های مردم نهاد نیز باید حق دسترسی به اطلاعات و دادگاه صالح را برای دادخواهی در مورد نقض حقوق شهروندی داشته باشند اما باید تاکید گردد ضمانت اجرای قانونی لازم برای عملی شدن مشارکت مردم در موضوعاتی که بالطبع در پیشگیری جرایم یقه سفیدی و کنترل آن در جامعه پیش‌بینی نگردیده و چه بسا مشکلات اجرایی و عملی بسیاری در راستای تحقق آن پیش رو باشد لکن همین اقدام را نیز باید گامی برای تحقق جلوه‌های جدید از مدل پیشگیری مشارکتی در کشور تلقی نمود.

نتیجه‌گیری

افزایش فزاینده ارتکاب جرایم یقه سفیدی در کشور بالحاظ اوصاف و ویژگی‌های خاص مجرمین و پیچیدگی جرایم حکایت فوق از عدم موفقیت و کارایی سیاست جنایی در ایران در ابعاد مختلف اعم از تقنینی، قضایی و اجرایی و مشارکتی می‌باشد. تردیدی نیست که کاهش و کنترل تعداد جرایم در هر جامعه در گرو شناخت عوامل موثر در بروز آن و دست یافتن به راه حل‌های صحیح و عملگرا جهت ریشه‌کن کردن و یا به حداقل رساندن آن پدیده است.

این تفکر که کیفر منهای زدودن عوامل جرم یقه سفید می‌تواند موجبات کنترل و پیشگیری از جرم باشد حتی خود ممکن است وسیله‌ای برای ازدیاد آن تبدیل شود.

جامعه به عوض اینکه هزینه دستگاه عدالت کیفری را برای تعقیب، دادرسی و نگهداری مجرمین یقه سفید در زندان‌ها را بپردازد باید تلاش نماید عوامل موثر زایش اینگونه جرایم را شناسایی و آن‌ها را به نوعی منهدم نماید. این امر نیاز به انجام اصلاحات اجتماعی، اقتصادی از یک سو واز بین بردن ضعف‌های سیستم کنترل درونی و بیرونی می‌باشد. مداخله بیش از اندازه دولت در مسائل اقتصادی، بزرگ شدن دولت، نظام اداری نامناسب و پیچیده، وجود رانت‌های مختلف در اثر تدوین قوانین جرم‌زاد، فقدان نظام کنترل مناسب و پایدار در دولت و عدم تناسب تخصص‌های رایج ضابطین قضایی و ناکارآمد بودن و به روز نبودن برخی قوانین موجود و عدم تسری به گونه‌های خاص و نو از جرایم یقه سفیدی از جمله جرایم ارتكابی در بخش غیردولتی و خصوصی و همچنین کثرت مراجع قانونگذاری و تاثیر پذیری سیاست جنایی تقنینی از تفکرات سیاسی و اجتماعی در مقابله با بزهکاری یقه سفیدی و اجمال و ابهام مفهومی در جرم‌انگاری با ایده سرکوبگری و امنیت محوری و گاه تغییر ماهیت جرم به جرایم شرعی موید فاصله گرفتن از اصل قانون بودن جرایم و مجازات‌ها در رسیدگی به جرایم یقه سفید می‌باشد. در حقیقت دیدگاه امنیت‌مدارانه و مدل سیاست جنایی دولتی اقتداگرا که مبتنی بر مجازات‌هایی چون اعدام و حبس‌های طولی‌المدت است علاوه بر اینکه به کارایی سیاست جنایی کشور در قبال جرایم یقه سفید منتهی نشده است بلکه این حقیقت را اثبات نموده که صرف اعمال مجازات سرکوبگرانه نمی‌تواند ضامن موفقیت یک نظام عدالت کیفری گردد. در حقیقت در کنار رهیافت پاسخ کیفری باید به موثرترین و پایدارترین و کم هزینه‌ترین راه حل‌ها که راهکارهایی ساختاری، بنیادی و پیشگیرانه غیر کیفری است نیز باید توجه نمود. بنابراین برای پیشرفت اساسی و مطمئن در کارایی سیاست جنایی در کنترل جرایم یقه سفیدی باید تلاش برای درونی کردن شیوه‌های کنترلی در دولت و سازمان‌ها و شرکت‌ها و اعمال برنامه‌های کنشی به جای افزایش تعقیب و پیگرد و آن هم قبل از وقوع جرم و ورود آسیب و خسارت به بزه‌دیدگان و جامعه دانست که این امر نیازمند انسجام و هماهنگی قوه مقننه، قوه قضائیه و مجریه از یک سو و مشارکت دادن نهادهای مردمی و همچنین رسانه‌ها در نظارت و شفاف سازی جریان تعقیب، محاکمه و مجازات مطلوب و کارآمد مرتکبین از سو ی دیگر و بالا بردن هزینه

ارتکاب جرم از طریق رسواسازی کسانی که تفکر ارتکاب جرم دارند را امری ضروری می‌نماید. این سیاست عمومی می‌تواند به نزدیکتر شدن سیاست جنایی پیشرو به سیاست جنایی مشارکتی در قبال جرایم یقه سفید منجر گردد. چنین وضعیتی می‌تواند ضمن تقویت اعتماد عمومی به دستگاه عدالت کیفری به انسجام و هماهنگی و بوجود آمدن یک برنامه ملی برای پیشگیری از جرایم یقه سفیدی که برخاسته از مطالعات و تحقیقات جرم شناختی، بزه‌دیده، شناختی، کارکرد سیاست کیفری و ارزیابی دوره‌ای برنامه‌های پیشگیری در چارچوب یک رویکرد میان قوه‌ای منسجم، هماهنگ و مشارکتی که همه ارکان حکومت و سازمان‌های مردم نهاد را درگیر مقوله پیشگیری نماید را ضروری می‌نماید و برخورد جزیره‌ای، ناهمگون و متعارض در تمام ابعاد سیاست جنایی باید جای خود را به یک سیاست ملی هماهنگ، عملگرا، چابک، روزآمد و فارغ از برخوردهای پوپولیستی و عوام‌گرایانه دهد تا این دیدگاه که یک برنامه موثر ملی در پیشگیری و کنترل و برخورد با جرایم یقه سفید در کشور وجود دارد تقویت و پایدار گردد.

منابع

- ۱- آقازاده، علیرضا (۱۳۸۱) سیاست جنایی ایران در قلمرو قاچاق گمرکی، تهران، پیک صبا.
- ۲- ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۳)، تحلیل جرم شناختی جرایم اقتصادی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره پنجم.
- ۳- بنسون، مایکل، سیمپسون، سالی (۱۳۹۱)، جرایم یقه سفید رویکرد فرصت مدار، ترجمه اسماعیل رحیمی، تهران نشر میزان
- ۴- پیکا، ژرژ (۱۳۷۰) جرم‌شناسی، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
- ۵- حسینی، سید محمد (۱۳۸۳)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، دانشگاه تهران
- ۶- جعفری، عباس (۱۳۹۰)؛ تعقیب مجرمان یقه سفید و چالش‌های آن، مجله تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱۳-۱۴.
- ۷- دلمارس، مارتی (۱۳۹۱)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، انتشارات میزان..
- ۸- سیمپسون، سالی، دیزبرد، دیوید (۱۳۹۲) جرم‌شناسی جرایم یقه سفیدان، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
- ۹- غلامی، محمد (۱۳۸۸)، تأثیر سیاست جنایی سرکوب‌گرانه بر نرخ ارتکاب جرم، مجله پژوهش‌های حقوق اسلامی، شماره ۳۰.
- ۱۰- فرایبرگ، آریه (۱۳۹۱)؛ تعیین مجازات بزهکاران یقه سفید، ترجمه اعظم مهدوی پور، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۲۵.
- ۱۱- کاشانی، سید محمود (۱۳۹۱)، بررسی رای پرونده فساد بزرگ بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۵۰.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۳- لازرژ، کریستین (۱۳۷۵) سیاست جنایی، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشریلدا
- ۱۴- مارتینز، رنه (۱۳۸۲)؛ تاریخ حقوق کیفری در اروپا، ترجمه محمدرضا گودرزی، انتشارات مجد، چاپ اول.
- ۱۵- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۱) جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان.
- ۱۶- نجفی ابرند آبادی، علی حسین (۱۳۹۵)، جرم‌شناسی حقوقی، تهران، نشر میزان.
- ۱۷- (۱۳۸۷) تقریرات حقوق کیفری اقتصادی، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.

- ۱۸- وایت، راب، فیونا هینز (۱۳۹۰)؛ جرم و جرم‌شناسی، ترجمه علی سلیمی، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ چهارم.
- 19- Benson, m, l, simpson, s (2009), white collar crime: an opportunity perspective, routledge press
- 20- Braithwaite J, (1985), "white collar crime" pp. 1-25 r. h. tumer and J. F, short, Jr, (Eds), annual review of sociology, palo alto, CA: annual reviews.
- 21- freibery, Arie, (2001) sentencing white collar criminals, melborne, university of melborne.
- 22- helken, David, (2000), white collar and corporate crime, London, oxford press.
- 23- simpson, sally s, (2002), corporate crime, law and social control, New York: Cambridge university press.
- 24- weisburd, d, waring, E, with chayet, E. (2001), white collar crime and criminal careers, Cambridge, UK: Cambridge university press.

سایت خبرگزاری:

- ۱- توکلی، احمد، سایت خبرگزاری تسنیم:
www.tasnimnews.com
- ۲- جعفری دولت آبادی، عباس، تعقیب مجرمان یقه سفید و چالش آن
www.alef.ir
- ۳- سراج، ناصر، موانع برخورد با یقه سفیدها، خبرگزاری ایلنا
www.ilna.ir
- ۴- محسنی اژه‌ای، غلامحسین، سایت خبرگزاری تابناک
www.Tabnak.ir
- ۵- نجفی توانا، علی، مجرمین یقه آبی، مجرمین یقه سفید، مجرمین یقه طلایی
www.vista.ir

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۳

صص ۱۲۵-۱۴۶

واکاوی تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظام کیفری ایران*

حسین پورمند^۱، دکتر احمد رضانی^{۲*}، دکتر محمدجواد جعفری^۳

۱- دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران و دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

۲- استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران.

۳- عضو هیأت علمی گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

چکیده

تورم جمعیت زندان‌ها ناشی از بکارگیری گسترده کیفر حبس برای مقابله با مجرمان، چالش اساسی نظام‌های کیفری در دهه‌های اخیر بوده است. از این جهت کشورهای زیادی ضمن نادیده گرفتن اهداف ذکر شده برای مجازات حبس به دنبال مجازات‌های جایگزین زندان و تقلیل بهره‌گیری از کیفر حبس و نهایتاً کاستن از جمعیت زندان‌ها می‌باشند. زندان‌های کشور ما نیز سال‌هاست با معضل پیش‌گفته مواجه است. هر چند تصور می‌شد فقدان قوانین متناسب با جایگزین‌های مجازات حبس دلیل اصلی استفاده بیش از حد از مجازات حبس می‌باشد لکن علیرغم اصلاح قوانین در سالهای اخیر و بهره‌گیری از نهادهایی نظیر جایگزین‌های حبس، نظام نیمه آزادی و... مشکل تراکم زندان‌ها همچنان به قوت خود باقی است. این مقاله به دنبال بررسی اقدامات قانونی صورت گرفته در نظام کیفری ایران در جهت تقلیل کیفر حبس و نیز واکاوی سیاست کیفری ایران در این رابطه و دلایل عدم موفقیت ناشی از اقدامات مذکور می‌باشد.

واژگان کلیدی: تقلیل حبس، نظام کیفری، ظرفیت قانونی، جایگزین حبس

* این مقاله مستخرج از رساله دکتری تخصصی در پردیس علوم تحقیقات واحد کرمانشاه دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه بوده است.

** نویسنده مسئول ramezani.ahmad@gmail.com

مقدمه

اعمال مجازات زندان به عنوان یکی از واکنش‌های جامعه در قبال هنجارشکنی مجرمین در قرون مختلف در دنیا با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده است. گسترش استفاده از مجازات سالب آزادی مجرم در طول تاریخ براساس اهداف مختلفی بوده است. عبرت‌انگیزی مجرمین و سایر افراد اجتماع، ندامت مجرم و ایجاد انگیزه شرافتمندانه، فراهم نمودن مکان بازپروری اجتماعی و مهیا شدن وی برای ورود مجدد به اجتماع، از مهمترین اهداف گسترش زندان‌ها در جوامع مختلف بوده است.

در دهه‌های اخیر تورم سرسام‌آور جمعیت زندان‌ها ناشی از بکارگیری گسترده کیفر حبس برای مقابله با مجرمین از سوی قانونگذار و نیز مجریان قانون، چالش اساسی نظام‌های کیفری بوده است. از این رو کشورهای زیادی امروزه ضمن نادیده گرفتن اهداف ذکر شده برای حبس نسبت به سایر مجازات‌ها، به دنبال مجازات‌های جایگزین حبس و نهایتاً کاستن از جمعیت زندان‌ها بوده‌اند. توفیقات بدست آمده در این کشورها و رضایت جامعه و همراهی حقوقدانان در تائید و اثر بخشی این تغییر نگرش را می‌توان به عنوان موفقیت تاریخی برای این کشورها قلمداد نمود.

زندان‌های کشور ما نیز سال‌هاست با معضل پیش گفته مواجه هست. به طوری که آمارها نشان می‌دهد در سال ۱۳۹۰ طی کمتر از دو سال جمعیت زندان‌های کشور به بیش از ۵۵ هزار نفر افزایش یافته است، در حالی که ظرفیت زندان‌های ما در این سال حدود ۸۵ هزار نفر اعلام شده بود، جمعیت زندان‌های کشور به رقم ۲۲۰ هزار نفر رسید. به عبارت دیگر در حالی که متوسط تعداد زندانیان دنیا به ازای هر یکصد هزار نفر جمعیت ۱۴۸ زندانی را نشان می‌دهد و این رقم در آسیا ۸۸ نفر بوده در ایران این شاخص رقم ۲۷۱ یعنی دو برابر نرخ جهانی و بیش از سه بر ابر نرخ آسیا بوده است (یورگ آلبرشت، ص ۲۷ و ۲۸). در همین حال اقدامات صورت گرفته در نظام کیفری ایران در جهت چاره‌اندیشی برای برون رفت از این چالش منطبق بر یک سیاست مقبول کیفری نبوده است.

واکاوی تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظام کیفری ایران از آن جهت حائز اهمیت است که تلاش‌های متولیان امر در سال‌های اخیر با هدف تقلیل کیفر حبس قابل توجه بوده است، به طوری که مباحث مرتبط با هدف مذکور به طور گسترده در محافل حقوقی مطرح شده و در تعاقب این گفت‌وگو بسیاری از راهکارهای اساسی رفع مشکل پیش گفته در قوانین ما ظهور پیدا کرده است.

ورود نهادهایی نظیر جایگزین‌های حبس، نظام نیمه آزادی، آزادی تحت سامانه‌های الکترونیکی، تعویق صدور حکم و ... در قوانین کیفری این امید را ایجاد نمود که هر یک از این تأسیسات سهم قابل توجهی در حل مشکل تراکم جمعیت زندان‌ها ایفا خواهند نمود، لکن علیرغم گذشت زمان قابل توجه از ظهور قوانین مذکور، در عمل نتایج قابل قبولی را شاهد نبوده‌ایم، در حالی که نتیجه بخش بودن این نوع تدابیر در نظام کیفری برخی کشورهای دنیا به اثبات رسیده است. بر این اساس ضروری است تدابیر مقنن و نیز اقدامات مجریان قانون در بکارگیری راهکارهای مذکور تجزیه و تحلیل شود تا چنانچه ایرادهایی در نحوه بکارگیری تدابیر مذکور وجود دارد شناسایی شده و نیز ظرفیت‌های موجود و مؤثر در کاهش کیفر حبس مورد توجه قرار گیرد.

۱- ظرفیت‌های تقلیل حبس در مرحله تعقیب

مرحله تعقیب مجرم توسط دادسرا از اصلی‌ترین مراحل دادرسی کیفری بوده و به گفته برخی نویسندگان مهمترین وظیفه دادسرا می‌باشد (خالقی، ۱۳۹۵، ۵۱) تا پس از تشکیل و تکمیل پرونده مقدماتی، زمینه محاکمه متهم را فراهم نماید.

تحت تعقیب قراردادن متهم بر اساس قانون از وظایف دادستان می باشد، لکن برای اقدام به تحت تعقیب قرار دادن متهم، دادستان شهرستان دو رکن اساسی را باید بررسی نماید. نخست قانونی بودن تعقیب و دوم به مصلحت بودن تعقیب (استفانی، ۱۳۷۷، ۷۱۹). این دو رکن مرحله تعقیب به عنوان اصل قانونی بودن و اصل موقعیت داشتن (متناسب بودن) تعقیب شهرت یافته است.

مهمترین ویژگی مرحله تعقیب در رابطه با موضوع این پژوهش همانا اصل موقعیت داشتن تعقیب است.

اصل موقعیت داشتن تعقیب یا مناسب بودن تعقیب بدین معناست که دادستان باید مجاز باشد در مواردی که تعقیب کیفری متهم به مصلحت جامعه نیست تحت شرایط پیش‌بینی شده در قانون از تعقیب صرف‌نظر کرده و از ارسال پرونده به دادگاه جهت محاکمه خودداری نماید (خالقی، ۱۳۹۵، ۵۲). این ویژگی به دادستان اجازه می‌دهد به جای تعقیب کیفری متهم و درخواست مجازات از دادگاه برای وی تدابیر دیگری به عنوان جایگزین تعقیب بیندیشد، این اختیار برای مقامات دادسرا و یا سایر مقامات قضایی ظرفیت قابل توجهی در تقلیل کیفر حبس و نیز سایر مجازات‌ها را در برمی‌گیرد. تصمیمات دادسرا دارای اشکال مختلفی است.

۱-۱-۱-۱-۱ قرارهای نهایی منتهی به تقلیل حبس

۱-۱-۱-۱-۱-۱ قرار بایگانی پرونده

بر اساس ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مقام قضایی می‌تواند در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت در صورت وجود شرایط مقرر در متن ماده، از تعقیب متهم خودداری نموده و قرار بایگانی پرونده را صادر کند.

صدور این قرار اصولاً در راستای بهره‌گیری از اصل موقعیت داشتن تعقیب و اقدامی قانونی است، که به جایگزینی تعقیب تجویز شده است. در نظام‌های شناخته شده کیفری دنیا که از این نهاد به عنوان یک جایگزین کارآمد برای تعقیب کیفری استفاده می‌شود، اساساً اعمال این اختیار برای مقامات دادسرا و یا شخص دادستان در نظر گرفته شده است.

(آشوری، ۱۳۸۲، ۲۳۰-۲۳۱ و استفانی، ۱۳۷۷، ۷۱۴) با این وجود استثنائاً در صورتی که طرح دعوی به صورت مستقیم در دادگاه کیفری انجام شود و دادسرا مداخله‌ای در آن نداشته باشد ممکن است این اختیار به سایر مقامات قضایی محول گردد در حالی که تدبیر قانونگذار ایران در این خصوص کاملاً برعکس بوده است. زیرا رسیدگی به جرایمی که امکان صدور قرار بایگانی پرونده در خصوص آنها وجود دارد (جرایم درجه هفت و هشت) به دادگاه واگذار شده و عملاً مقامات دادسرا و یا شخص دادستان از بهره‌گیری این نهاد کارآمد برای تقلیل مجازات، محروم شده‌اند (آشوری، ۱۳۸۲، ۲۲۹-۲۳۶ و آخوندی، ۱۳۷۷، ۱۶۶ البته نویسندگان لایحه قانون مذکور در متن لایحه، صدور این قرار را از اختیارات دادستان لحاظ کرده بودند (خالقی، ۱۳۹۵، ۲۸۶) و به دلیل اینکه اعمال این قرار صرفاً برای جرایم کم‌اهمیتی در نظر گرفته شده بود که رسیدگی به آن‌ها مستقیماً در دادگاه پیش‌بینی شده بود، لذا با اصلاح در ماده ۸۰ از کلمه مقام قضایی به جای دادستان استفاده کردند و با این اصلاح نهادی که اصولاً شأنیت بکارگیری آن برای مقامات دادسرا است در نظام کیفری ایران به شکلی تاسیس گردید که سایر مقامات قضایی امکان بهره‌گیری آن را دارند و دادسرا از این ظرفیت مفید بی‌بهره است.

به نظر می‌رسد اگر اصلاح انجام شده در لایحه قانون با احتیاط همراه نبود و چنانچه نویسندگان و یا سیاستگذاران تدوین لایحه بر صدور قرار بایگانی پرونده در جرایم درجه هفت و هشت پافشاری نمی‌کردند و دایره شمول این قرار به درجه‌های بالاتری از جرایم توسعه می‌یافت، ضمن آنکه ظرفیت بکارگیری مجازات‌ها و علی‌الخصوص حبس کاهش می‌یافت، سایر اهداف و نتایج ذکر شده برای این قرار نیز به نحو شایسته‌ای تحقق پیدا می‌نمود.

۱-۱-۲-۱-۱ قرار تعلیق تعقیب

در راستای اصل موقعیت داشتن تعقیب و یا مناسب بودن آن، صدور قرار تعلیق تعقیب ظرفیت دیگری است برای تقلیل حبس که در اختیار دادستان قرار گرفته است. قانونگذار در ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲/۱۲/۴ به دادستان اجازه داده در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت و با وجود جمیع شرایط، تعقیب متهم را بین شش ماه تا دو سال معلق نماید. شرایط صدور قرار تعلیق تعقیب عبارتند از:

۱- جرم ارتكابی از جرایم درجه شش، هفت و یا هشت باشد.

۲- اصل مجازات جرم، قابلیت تعلیق داشته باشد (مشمول ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نباشد).

۳- شاکی نداشته باشد و اگر شاکی داشته باشد اعلام گذشت نموده باشد، چنانچه گذشت نکرده باشد خسارت وارده جبران و یا ترتیب پرداخت آن در مدت مشخص داده شده باشد.

۴- متهم فاقد سابقه محکومیت موثر کیفری باشد.

۵- متهم جهت صدور قرار تعلیق تعقیب موافقت خود را اعلام نموده باشد.

۶- در صورت ضرورت و تشخیص به لزوم تودیع تامين کیفری، تامين سپرده شده باشد.

شرایط مقرر برای صدور قرار تعلیق تعقیب، دایره شمول جرایم و یا افراد تحت این نهاد را تحت تاثیر قرار داده است. بدیهی است هر چه قدر این شرایط محدودتر باشد این قاعده تعداد زیادی از افراد و نیز جرایم بیشتری را تحت شمول قرار خواهد داد. لکن باید توجه داشته باشیم که نمی‌توان به شکل افسار گسیخته، قاعده‌ی مذکور را گسترش داد. زیرا صدور این قرار در راستای اصل موقعیت داشتن تحقیق ایجاد شده و تنها تا اندازه‌ای که قواعد حاکم بر اصل مذکور و نیز سایر اصول حقوق جزا از جمله اصل قانونی بودن تعقیب را نقض نکند، می‌توان از آن بهره برد.

در خصوص شرایط مقرر برای بهره‌مندی مجرمین از قرار تعلیق تعقیب و امکان گسترش این ظرفیت مهم تقلیل حبس، جا داشت قانونگذار شرط فقدان سابقه کیفری را به عنوان مانعی برای برخورداری مجرمین سابقه‌دار حذف نماید و به جای آن شرط کند که متهم پیش از این از تعلیق تعقیب بهره‌مند نشده باشد. زیرا معلق بودن تعقیب متهم، خود موجب بازدارندگی و مانع گرایش به سمت تکرار جرم خواهد بود و حتی در خصوص متهمین سابقه‌دار که اعمال مجازات جرایم سابقشان مانع از ارتکاب مجدد جرم آن‌ها نشده است، می‌توان از خصوصیت بازدارندگی تعلیق تعقیب برای دور نگه داشتن آنها از گرایش به سمت جرایم استفاده نمود.

لزوم توسعه ظرفیت مجازات‌ها تعلیقی و اساساً گسترش نهاد تعلیق در نظام کیفری، از طریق مطالعه برخی پژوهش‌های انجام شده در حوزه تعلیق آشکارتر می‌شود. تحقیقات انجام شده در خصوص محکومین به مجازات‌های حبس و جزای نقدی در مقایسه با محکومین تعلیقی همین نوع مجازات‌ها در یکی از استان‌های کشور نشان می‌دهد که تعداد مرتکبین جرم مجدد در بین محکومین به حبس و جزای نقدی در مقایسه با محکومین مجازات‌های تعلیقی، بیشتر بوده است.

جدول توزیع فراوانی تکرار جرم بر حسب نوع مجازات (محدث، ۱۳۸۸، ۷۳)

| عنوان | جریمه نقدی | جریمه تعلیقی | حبس تعلیقی | حبس |
|---------------|------------|--------------|------------|-----|
| تکرار جرم | ٪۸۵ | ٪۷۷ | ٪۴۷ | ٪۸۹ |
| عدم تکرار جرم | ٪۱۵ | ٪۲۳ | ٪۵۳ | ٪۱۱ |
| جمع | ۱۰۰ | ۱۰۰ | ۱۰۰ | ۱۰۰ |

جدول فوق نشان می‌دهد که ۸۹ درصد از کسانی که به حبس محکوم شده‌اند به تکرار جرم پرداخته‌اند و تنها ۱۱ درصد از آنان مرتکب جرم بعدی نشده‌اند در حالی که میزان تکرار جرم در حبس تعلیقی ۴۷ درصد بوده است.

همچنین آمار مذکور نشان می‌دهد ۸۵ درصد محکومین به جرایم نقدی مجدداً به تکرار جرم روی آورده‌اند و ۱۵ درصد از این محکومین جرم جدید مرتکب نشده‌اند در حالی که در میان افرادی که به جریمه تعلیقی محکوم شده‌اند ۷۷ درصد تکرار جرم نموده‌اند و ۲۳ درصد آنان جرمی مرتکب نشده‌اند. نتیجه حاصله از این آمار گویای کارآمدی نهاد تعلیق در برابر سایر مجازات‌هاست.

۳-۱-۱ قرار ترک تعقیب

ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با پیش‌بینی قرار ترک تعقیب زمینهای را فراهم نموده تا شاکی بتواند در جرایم قابل گذشت ضمن رها کردن ادامه تعقیب کیفری از طریق فرصت دادن به متهم، حقوق تضییع شده خود را بدست آورد.

گفته شده این قرار از نتایج جنبش «عدالت ترمیمی» است (شاکری، ۱۳۸۹، ۱۸۷). «عدالت ترمیمی، نوعی از عدالت (راجع به امور کیفری) مبتنی بر جبران است؛ به این معنا که در اجرای آن باید تلاش شود آثار وخامت بار جرم و ضرر و زیان‌های ناشی از آن خواه به صورت کامل یا به گونه‌ای نمادین ترمیم شود (هوارد، ۱۳۸۳، ۴۲) لذا مقام تعقیب کننده جرم با ترجیح دادن منافع و خواسته شاکی بر جهات عمومی جرم، تعقیب متهم را رها می‌نماید. محدود کردن این قرار در چارچوب جرایم قابل گذشت نشان‌دهنده آن است که قانونگذار این نهاد را صرفاً در خصوص جرایم کم اهمیت موثر دانسته و توسعه بیشتر آن را منطبق بر سیاست‌های کیفری جاری کشور ندانسته است. این رویه در قوانین کشورهای زیادی به چشم می‌خورد به طور مثال در کشور نروژ پرونده متهمان بسیار جوان به وسیله یک هیئت حل اختلاف رسیدگی می‌شود و نه در غالب قواعد آیین دادرسی کیفری هیئت مذکور مرکب از اعضای جامعه محلی است که طرفین را به توافق در مورد غرامت دعوت می‌نماید. چنین تدابیری در کشور فنلاند نیز به اجرا در آمده است. در خصوص آمار مربوط به ترک تعقیب به وسیله قضات تعقیب کشوراماره متحدی عربی در سال ۱۹۷۳، از مجموع ۵۶۰۹ پرونده کیفری طرح شده نزد قضات تحقیق ابوظبی به خاطر رعایت منافع متهم و جامعه تعقیب ۴۴۶ مورد (۷/۹ درصد) ترک شده است. در کشور ژاپن نیز ۲۵/۴ درصد پرونده‌های غیر مربوط به جرایم ترافیکی و ۲/۴ درصد پرونده‌های مربوط به نقض مقررات ترافیکی در سال ۱۹۸۳ منجر به ترک تعقیب شده است.

از جمله امتیازات چنین روشی (ترک تعقیب کیفری) این است که متهم به عنوان یک مجرم بد نام نمی‌شود و موسسات و یا افراد میانجی می‌توانند مسئله را حل نموده و پیامدهای ناشی از تکرار جرم را به متهم و یا والدین او متذکر شوند.

در قوانین داخلی، قرار ترک تعقیب برای اولین بار در تبصره ۱ ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ وارد نظام کیفری ایران شد و پیش از آن سابقه‌ای از این نهاد حقوقی در قوانین جزایی ما به چشم نمی‌خورد و پس از آن با احیای دادرسی مطابق قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ وظایف و اختیارات دادرسی به قانون آیین دادرسی کیفری ارجاع شده بود. لذا می‌توان نتیجه گرفت که در زمان حاکمیت قانون سابق صدور قرار ترک تعقیب توسط مقام تحقیق (بازپرس) و مقام تعقیب (دادستان و دادیار) ممکن بود. لذا می‌توان گفت دایره ترک تعقیب به عنوان یک ظرفیت موثر در تقلیل حبس از حیث مقامات مجاز صادر کننده این قرار محدودتر شده است.

دومین محدودیت قرار ترک تعقیب در قانون جدید به نسبت قانون سابق که موجب کاهش ظرفیت این قرار در تقلیل حبس شده عبارت است از محدودیت در جرایم مورد شمول این حکم، چرا که بند ب ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری دلالت بر این نکته دارد که قرار ترک تعقیب در موارد «حقوق الناس» قابلیت صدور داشته و حال آنکه قانون جدید این عنوان را به «جرایم قابل گذشت» تغییر داد. به لحاظ اینکه دایره شمول جرایم قابل گذشت، محدودتر از «حقوق الناس» می‌باشد (سلیمی، ۱۳۹۳، ۷۳) لذا می‌توان گفت مقنن دایره شمول ترک تعقیب را از این حیث نیز کاهش داده است.

سومین محدودیت اعمال شده در قرار ترک تعقیب در مقایسه با قانون پیش از آن، این است که مقنن پیش از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ صدور قرار را تا قبل از مرحله رسیدگی و صدور رای مجاز دانسته بود اما در حال حاضر صرفاً تا قبل از صدور کیفرخواست امکان صدور قرار ترک تعقیب وجود دارد.

منحصر نمودن درخواست تعقیب مجدد متهم تنها برای یکبار در قانون جدید نیز می‌تواند به عنوان چهارمین محدودیت شمرده شود زیرا در قانون سابق عنوان شده بود «درخواست ترک تعقیب مانع از طرح شکایت مجدد نمی‌باشد» و در واقع شاکی به دفعات می‌توانست از این نهاد بهره برده و درخواست ترک تعقیب نماید.

۲- میانجیگری

توسعه «میانجیگری» در سال‌های اخیر اگر چه به عنوان یکی از تدابیر «قضازدایی» در بیشتر کشورهای اروپایی و آمریکای شمالی نمایان شده و به نتایج موفقیت‌آمیزی نیز منتهی شده است (آشوری، ۱۳۸۲، ۲۴۹). لکن باید توجه داشت که این نهاد، با اشکال مختلف روشی قدیمی محسوب می‌گردد که قضات به وسیله آن دعاوی را فیصله داده و یا بین طرفین آشتی برقرار می‌نمودند.

نگاهی گذرا به تاریخچه «میانجیگری» نشان می‌دهد توسعه امروزی آن در غرب ناشی از تفکرات مذهبی و پشتیبانی کلیسا بوده زیرا در مسیحیت این باور وجود دارد که خداوند، خود، ما را به ایجاد صلح در جهان توصیه می‌کند (نوذر پور، ۱۳۷۰، ۴۴). در عقاید مسیحی و نیز یهودی اشاراتی به مفاهیم نزدیک به آشتی شده است. در یهودیت واژه شالوم (shaloom) که کلمه‌ای عبری معادل «صلح» است باید در تمام ابعاد زندگی معتقدان به شریعت موسی (ع) وجود داشته باشد (عطاشنه، ۱۳۷۰-۹۶).

در میان اعراب دوره جاهلیت نیز این آیین وجود داشته است. چنانچه یعقوبی در کتاب خود می‌نویسد: «عرب را داورانی بود که در کارهای خویش به آنان رجوع می‌کرد و در محاکمات و مواریث و آب‌ها و خون-های خویش آنان را داور می‌شناخت. چه عرب را دینی نبود که به احکام آن رجوع کند، پس اصل شرف و راستی و امامت و سروری و سالخوردگی و بزرگواری را حکم قرار می‌دادند (قاسمی ساغند، ۱۳۸۸، ۶۵).

این سنت عرب جاهلی با ظهور اسلام رشد نمود از این رو کتاب مقدس مسلمانان یعنی قرآن کریم فرموده است در انتقام بدی مردم، بمانند آن بد رواست (نه زیادت) و باز اگر کسی عفو کرده و بین خود و خصم اصلاح، اجر او بر خداست و خدا هیچ ستمکاران را دوست نمی‌دارد.

برخی نویسندگان عقیده دارند ایرانیان از عهد ساسانیان و یا قبل تر از آن، میانجیگری را به عنوان جایگزین مرافعه می‌شناخته‌اند به طوری که حکمیت را معمولاً اشراف و بزرگ زادگان انجام می‌دادند (احمدی، ۱۳۸۰، ۳۳).

مقررات مربوط به میانجیگری به سال ۱۳۱۲ باز می‌گردد، زمانی که به موجب ماده واحد قانون راجع به امور قضایی و اداری لرستان و نظامنامه آن به دولت اجازه داد امور قضایی استان لرستان را ساماندهی نماید و نیز بیست سال پس از آن در سال ۱۳۳۲ لایحه قانونی هیات حل اختلاف محلی در ۳۰ ماده به تصویب رسید. در سال ۱۳۳۷ نیز برای رسیدگی به دعاوی مناطقی که از حوزه‌های قضایی دور بودند، ماده واحده قانون تشکیل دادگاه‌های سیار به تصویب رسید که اساس این دادگاه‌ها به سازش کشیدن دعاوی بوده است.

(قاسمی، ساغند، ۱۳۸۸، ۷۴) در سال ۱۳۴۴ قانون تشکیل خانه‌های انصاف برای رسیدگی به دعاوی روستاییان به تصویب رسید و گسترش خوبی یافت به طوری که در سال ۱۳۵۴ تعداد ۷۶۷ خانه انصاف در سراسر کشور مشغول به کار بودند که عمده رسیدگی آن‌ها دور از تشریفات، و به روش‌های کدخدامنشی بود. پس از انقلاب نیز با توجه به اینکه کلیه قوانین می‌بایست بر مبنای شرع انور وضع شود و با توجه به دیدگاه دین مبین اسلام به موضوع میانجیگری که پیش‌تر به آن اشاره شد. قضات محاکم در رسیدگی به اختلافات بیش از پیش به سمت و سوی صلح و سازش و میانجیگری دلالت شدند. بر این اساس قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز میانجیگری را بخشی از تعریف این قانون دانسته و همچنین در مواد ۸۲ الی ۸۴ و ماده ۱۹۲ مقرراتی را در خصوص ارجاع امر کیفری به میانجیگر وضع نموده است. قواعد حاکم بر میانجیگری در مواد مذکور حاکی است:

اولاً: تدابیر مذکور صرفاً در جرایم تعزیری درجه شش و هفت و هشت کاربرد دارد و درباره جرایم درجه بالاتر حتی با توافق طرفین امکان ارجاع به میانجیگری وجود ندارد.

ثانیاً: هر یک از مقامات دادسرا که پرونده به وی ارجاع شده باشد می‌تواند در صورت وجود شرایط، قرار ارجاع به میانجیگر را صادر نماید. زیرا مقنن در ماده ۸۲ صلاحیت صدور این قرار را برای «مقام قضایی» در نظر گرفته و این عنوان عام، هر یک از مقامات دادسرا و یا دادگاه را شامل می‌شود. لکن نظر به اینکه در زمان اصلاح لایحه قانون مذکور ابتدائاً این صلاحیت برای دادستان لحاظ شده بود و به دلیل اینکه رسیدگی به جرایم درجه هفت و هشت در صلاحیت دادگاه بوده، لذا عنوان دادستان به «مقام قضایی» که عنوان

عامی است، تغییر یافته و این تغییر بدون توجه به تبصره ماده ۸۲ انجام شده است (سلیمی، ۱۳۹۳، ۸۲) که در تبصره ماده مذکور آمده «بازپرس می‌تواند تعلیق تعقیب یا ارجاع به میانجیگری را از دادستان تقاضا می‌نماید» لذا بعضاً تصور شده که مقام قضایی ذکر شده در متن ماده فقط منحصر در دادستان می‌گردد، بر همین مبنا اداره حقوقی قوه قضاییه در بخشی از نظریه خود به شماره ۷/۹۴/۵۴۹ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲ آورده است:

«ارجاع امر میانجیگری آن‌ها از سوی مقام قضایی (دادستان) امکانپذیر است و سایر مقامات در این خصوص حق ارجاع را ندارد»

ثالثاً: جرایم مشمول میانجیگری اعم از قابل گذشت و غیرقابل گذشت می‌باشد. که در صورت حصول توافق در خصوص دسته اول قرار موقوفی تعقیب و در خصوص دسته دوم قرار تعلیق تعقیب صادر می‌شود. **رابعاً:** مدت سه ماه ارجاع به میانجیگری در صورت اقتضا تنها برای یک بار دیگر قابل تمدید است. نکته حائز اهمیت در خصوص محاسبه مدت مذکور و نیز تمدید آن این است که، مبدا این زمان چگونه لحاظ می‌گردد و شروع این مهلت از چه موقعی محاسبه می‌شود.

به طور مثال اگر مقام قضایی با وجود همه شرایط پرونده را جهت میانجیگری به شورای حل اختلاف ارجاع دهد و قرار مذکور را به طرفین ابلاغ نماید، اینکه آیا مبدأ محاسبه از زمان ابلاغ قرار باشد و یا اینکه فرجه سه ماهه ارجاع به میانجیگری از زمان ارسال پرونده به شورای حل اختلاف و یا از زمان ارجاع پرونده به واحد رسیدگی کننده در شورا باشد و یا اینکه این زمان از اولین جلسه میانجیگری بین طرفین باشد روشن نیست.

در خانمه مبحث «میانجیگری» به عنوان یکی از ظرفیت‌های قانونی تقلیل حبس می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که به سه دلیل لازم است در قوانین ما علی‌الخصوص قانون آیین دادرسی کیفری، دایره مشمول جرایم قابل ارجاع به میانجیگری، گسترش یافته و یا اساساً در تمامی جرایمی که شاکی خصوصی دارد از این ظرفیت بهره‌برداری شود.

اول: انطباق نهاد میانجیگری با فرهنگ ملی ایرانیان و ریشه‌دار بودن آن در میان اقوام مختلف ایرانی چنانکه توضیح داده شد و حتی پیش از دوره ساسانیان این امر در میان اقوام ایرانی رواج داشته است.

دوم: تجربه برخی کشورهای دنیا و تلاش آنان در جهت گسترش جرایم قابل ارجاع به میانجیگری از جرم کم اهمیت به همه جرایم و موفقیت‌های بدست آمده از این طریق.

سوم: تجربه اقدامات شوراهای حل اختلاف که در سال ۱۳۸۱ به شکل قانونمند وارد نظام قضایی ما شد نشان می‌دهد علیرغم همه مشکلات و برخی انتقادات مطرح شده، موضوع میانجیگری و صلح و سازش نه تنها در اختلافات و جرایم کم اهمیت بلکه در جرایم مهمی مثل قتل عمد نیز کارایی و اثر بخشی قابل توجهی داشته است.

۲- ظرفیت‌های تقلیل حبس در مرحله تحقیق

مرحله تحقیق و یا تحقیقات مقدماتی (در کنار مراحل تعقیب و صدور حکم) یکی از سه وظیفه اساسی سیستم عدالت کیفری است و اهمیت این مرحله از رسیدگی دعوی کیفری به حدی است که گفته شده: هیچ محاکمه‌ای بدون تحقیقات، ممکن نیست مورد قضاوت واقع شود. لاقلاً با تحقیقات مختصر (استفانی، ۱۳۷۷، ۷۷۷) تحقیقات مقدماتی توسط مقام تحقیق (بازپرس) شامل اقدامات مهم و اساسی است که سرنوشت متهم و پرونده کیفری نقش اساسی دارد.

تحقیقات مقدماتی عبارت است از جستجو و جمع آوری عناصری که به منظور امکان اتخاذ تصمیم، برای قاضی صادرکننده رای تهیه می‌شود. این تحقیقات به این معنی در هر دعوی، هر قدر هم که ساده باشد وجود دارد. لذا گفته شده: موضوع در جلسه دادرسی طرح نمی‌شود مگر به صورت یک پرونده که حداقل محتوی یک صورت جلسه تأیید وقوع جرم، سبب کیفری متهم، عموماً توضیحاتی که به پلیس داده است، اغلب اوقات اظهارات شهود و یک برگ اطلاعات کوتاه درباره شخصیت مجرم است.

ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تحقیقات مقدماتی را چنین تعریف نموده است:

"تحقیقات مقدماتی، مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضائی، برای حفظ آثار و جرائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می‌شود" فرآیندهای حساس از دادرسی کیفری مثل احضار و جلب متهم، تفهیم اتهام، صدور قرار تامین کیفری، صدور قرارهای نهایی و غیره جزء مراحل تحقیقات مقدماتی هستند و تبعاً هر یک از فرایندهای مذکور، می‌توانند نقش قابل توجهی بر تقلیل کیفر حبس نیز داشته باشند که در این قسمت، مهمترین تدابیر نظام کیفری ایران را برای تقلیل حبس در مرحله تعقیب بررسی خواهیم نمود.

۲-۱-۱ قرارهای تامین و نظارت قضایی

متهمی که وارد فرایند کیفری می‌شود، تا زمانی که مسئولیت کیفری و مجرمیت او طی یک دادرسی عادلانه و منصفانه اثبات نشود، بیگناه فرض می‌شود و اصل بر برائت متهم است مگر آن که خلاف آن ثابت شود. این اصل مهم در اسناد بین‌المللی متعدد مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوقی مدنی و سیاسی و هم در اسناد منطقه‌ای مهم مانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و هم در قوانین داخلی کشورها از جمله اصل ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با صراحت بیان شده است.

با وجود حاکمیت اصل برائت، با ورود متهم به فرایند دادرسی کیفری و پس از تفهیم اتهام با شرایط مقرر در قانون، توسط بازپرس، با هدف دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، مقام مذکور در صورت وجود دلایل کافی، موظف است یکی از قرارهای تامین کیفری را صادر نمایند.

۲-۱-۱-۱ بازداشت موقت

بازداشت موقت عبارت است از «سلب آزادی از متهم و زندانی کردن او در طول تمام یا بخشی از تحقیقات مقدماتی به وسیله مقام صالح قضایی» (آشوری، ۱۳۸۳، ۱۳۴). این سلب آزادی ممکن است در طول جلسات رسیدگی دادگاه و تا صدور حکم قطعی نیز ادامه یابد. در بسیاری از کشورها کسانی که در انتظار محاکمه خود به سر می‌برند، در صد بالایی از جمعیت زندانیان را تشکیل می‌دهند. نسخه‌ی سوم از فهرست حبس پیش از محاکمه/ بازداشت در جهان، تعداد زندانیان بازداشتی که در مرحله‌ی پیش از محاکمه قرار دارند را در بیش از ۲۱۶ کشور مستقل جهان نشان می‌دهد در این گزارش درصد زندانیان بازداشتی و منتظر محاکمه هر کشور و تعداد این زندانیان به ازای هر ۱۰۰/۰۰۰ نفر جمعیت عادی ذکر شده است. اطلاعات مندرج در این گزارش مربوط به پایان ماه نوامبر سال ۲۰۱۶ میلادی است. براساس این گزارش، بیش از ۲/۵ میلیون نفر در جهان به عنوان زندانی بازداشتی و منتظر محاکمه به سر می‌برند. ۲۰۰/۰۰۰ نفر از این زندانیان بازداشتی در زندان‌های کشور چین می‌باشند. با در نظر گرفتن ۹ کشور دیگر که اطلاعات رسمی‌شان در دسترس نیست، و کشورهایی که این زندانیان در بازداشتگاه‌های پلیس نگهداری می‌شوند نزدیک به ۳ میلیون نفر به صورت بازداشتی در سراسر جهان نگهداری می‌شوند. قانونگذار کشور ما نیز تحت تأثیر تلاش‌های بین‌المللی انجام شده در جهت هر چه محدود کردن قرار بازداشت موقت به تدابیری روی آورده که به طور مستقیم تأثیر مثبتی بر تقلیل حبس و کاهش جمعیت زندانیان خواهد داشت.

۲-۱-۱-۱ لغو بازداشت موقت الزامی

بند ۳ از ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مقرر نموده؛ بازداشت اشخاصی که در انتظار دادرسی‌اند، نباید قاعده کلی باشد. ولی آزادی موقت، ممکن است. موکول به گرفتن تضمین‌هایی شود که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مرحله‌های رسیدگی قضایی و حسب مورد برای اجرای حکم فراهم کند. پیش از تصویب قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲. در قوانین کشور ما نیز قواعد کلی وجود داشت که در برخی موارد قضات را به صدور قرار بازداشت موقت الزام می‌نمود.

مهمترین قانون در این رابطه قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ بود که ماده ۳۵ آن مقرر نموده بود: در موارد زیر با رعایت قیود ماده (۳۲) این قانون و تبصره‌های آن هرگاه قرائن و امارات موجود دلالت بر

توجه اتهام به متهم نماید صدور قرار بازداشت موقت الزامی است و تا صدور حکم بدوی ادامه خواهد یافت مشروط بر این که مدت آن از حداقل مدت مجازات مقرر قانونی جرم ارتكابی تجاوز ننماید. در حالی که در ماده ۳۲ مواردی احصاء شده بود که قضات اجازه صدور قرار بازداشت موقت را داشتند در خصوص جرائم ذکر شده در ماده ۳۵ در صورت وجود شرایط مقرر قاضی ملزم به صدور قرار بازداشت موقت بود و حتی اگر به نظر مقام قضایی تأمین کمتری نیز برای متهم کافی دانسته می‌شد، نمی‌توانست قرار بازداشت موقت صادر نکند. از این رو می‌توان گفت قانون مذکور برخلاف بند ۳ ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی که کل کشورهای عضو را از وضع قوانین مبتنی بر بازداشت اشخاص منتظر محاکمه به عنوان یک قاعده کلی منع نموده بود قاعده‌ای را وضع نموده بود که متهمین به جرائم ذکر شده در ماده ۳۵ آن صرف نظر از شخصیت و یا قابلیت دسترسی به آنان و شرایط اوضاع و احوال پرونده باید تا زمان محاکمه بازداشت می‌شدند. لذا می‌بینیم که در قانون آئین دادرسی کیفری بیان مقنن در خصوص بازداشت موقت متحول شده نه تنها بازداشت موقت را الزام نکرده، بلکه در مورد جرائم معدود در ماده ۲۳۷ صدور قرار بازداشت موقت جایز دانسته شده است و معنای عبارت مقنن این است که در این دسته جرائم، ممنوعیت بازداشت متهم که یک اصل است برداشته شده و در صورت وجود شرایط لازم ماده ۲۳۸ بازداشت او مجاز است.

۲-۱-۳ محدود نمودن جرایم مشمول صدور قرار بازداشت موقت

ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، صدور قرار بازداشت موقت را در مورد جرایم زیر که دلایل، قرائن و امارات کافی بر توجه اتهام به متهم دلالت کند، جایز شمرده است. (الف) جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس ابد یا قطع عضو و جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنی علیه یا بیش از آن است. (ب) جرایم تعزیری که درجه چهار و بالاتر است.

(پ) جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور که مجازات قانونی آن هادرجه پنج و بالاتر است. (ت) ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر، قدرت نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاصی که به وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه انجام شود. (ث) سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل یا استفاده از سند مجعول در صورتیکه مشمول بند (ب) این ماده نباشد و متهم دارای یک فقره سابقه محکومیت قطعی به علت ارتكاب هر یک از جرایم مذکور باشد.

با مقایسه جرایم فوق با موارد مذکور در مواد ۳۲ و ۳۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، ملاحظه می‌کنیم که در قانون جدید دایره شمول جرایم موضوع قرار بازداشت موقت، محدودتر شده است که این تغییر و تحول در جهت مثبت و صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی متهم و موضوع تقلیل حبس نیز اثر گذار است.

هر چند که مقررات قانون جدید در باب محدودیت صدور قرار بازداشت موقت نسبت به قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸، گامی مثبت و در جهت مطلوب ارزیابی می‌شود، لیکن به نظر می‌رسد برخی از مصادیق یادشده در ماده ۲۳۷ مانند قسمت دوم بند (الف) و بند (ب) و بند (پ) باید محدودتر شود تا با اصل «صدور قرار بازداشت موقت در موارد خاص و استثنایی» سازگاری بیشتری داشته باشد. ایراد دیگری که به ماده ۲۳۷ وارد می‌باشد این است که؛ مقررات بندهای (ب و پ) به صورت مطلق آمده و جرایم غیرعمدی را نیز در برمی‌گیرد. گرچه با توجه به میزان مجازات‌های مذکور در بندهای یاد شده، جرایم غیرعمدی کمتر در شمول بندهای (ب و پ) قرار می‌گیرد، لیکن با توجه به اهمیت بازداشت موقت که شدیدترین قرار تأمین کیفری محسوب می‌شود.

۲-۱-۴ ایجاد محدودیت در شرایط صدور قرار بازداشت موقت

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، شرایط خاصی برای صدور قرار بازداشت موقت پیش‌بینی نشده بود. محدود کردن صدور قرار بازداشت به موارد خاص با شرایط خاص از نقاط مثبت قانون جدید تلقی می‌شود. البته لازم به ذکر است که مفاد بندهای (الف و ب) ماده ۲۳۸ در بند «د» ماده ۳۲ قانون آیین

دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، به عنوان یکی از موارد صدور قرار بازداشت موقت ذکر شده بود، لیکن به عنوان شرط صدور قرار موصوف قید نگردیده بود.

۵-۱-۲ مدت بازداشت متهم

یکی از قواعد خاص حاکم بر بازداشت موقت که در اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته است، محدود بودن مدت بازداشت موقت است محدود کردن مدت بازداشت یکی از ابزارهای مهم نظارت و کنترل قضایی بازداشت موقت می‌باشد.

در ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه تصریح شده است که مدت بازداشت موقت نمیتواند از یک مدت معقول تجاوز نماید. همچنین ماده ۱۴۱ قانون موصوف، مدت مجموع بازداشت‌ها راهنمایی که به دنبال ابطال نظارت قضایی، قرار بازداشت موقت صادر می‌شود، حداکثر تا چهار ماه تجویز نموده است. در انگلیس مدت بازداشت موقت به طور عادی هشت روز و در آمریکا در سطح دادگاه‌های فدرال، مدت بازداشت حداکثر صد روز می‌باشد (موذن زادگان، ۲۰۱۳۷۳).

ماده ۲۴۲ قانون جدید طول مدت بازداشت راکاهش داده است. برابر ماده یاد شده: «هرگاه در جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ این قانون تا دو ماه و در سایر جرایم تا یک ماه به علت صدور قرار تأمین، متهم در بازداشت بماند و پرونده اتهامی او منتهی به تصمیم نهایی در دادسرا نشود، بازپرس مکلف به فک یا تخفیف قرار تأمین است. اگر علل موجهی برای بقاء قرار وجود داشته باشد، با ذکر علل مزبور، قرار، ابقاء و مراتب به متهم ابلاغ می‌شود. متهم می‌تواند از این تصمیم ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ به دادگاه صالح اعتراض کند.»

۶-۱-۲ جبران خسارت ناشی از بازداشت غیر ضروری

با تمام تمهیدات و تدابیری که جهت کنترل بازداشت موقت در بعد بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها پیش‌بینی شده است، موارد زیادی اتفاق می‌افتد که متهم استحقاق بازداشت را نداشته و من غیر حق و بدون رعایت شرایط و ضوابط قانونی توقیف شده است. در چنین مواردی جبران خسارت فرد بازداشت شده بی‌گناه، ضرورت دارد.

موضوع قابل توجهی که در زمره تحولات آیین دادرسی در دهه‌های اخیر مطرح گردیده است، حق جبران خسارت متهمانی است که به موجب قرار به ظاهر قانونی، مدتی از عمر خود را در بازداشت به سر برده و با فرض عدم احراز سوءنیت قاضی صادرکننده قرار، پس از طی مراحل دادرسی، بیگناهی آنان به اثبات رسیده و قرار منع پیگرد یا حکم برائت قطعی دریافت می‌نمایند (موذن زادگان، ۲۰۱۳۸۰، ۴).

بند «۵» ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در این مورد تصریح نموده که: «هرکس به طور غیرقانونی دستگیر یا بازداشت شود، حق جبران خسارت خواهد داشت.»

در حقوق ایران قبل از تصویب قانون جدید آیین دادرسی کیفری، جبران خسارت ناشی از بازداشت در قوانین دادرسی کیفری پیش‌بینی نشده بود. فقط در اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، جبران خسارت مادی یا معنوی ناشی از تقصیر یا اشتباه قاضی مقرر شده بود. به هر حال بر اساس قواعد «لاضرر، ضمان و حق جبران خسارت متهم» و اصل «انصاف» و تکلیف اصل ۱۷۱ قانون اساسی، متهم بیگناه که بازداشت شده است، باید حق مراجعه به قاضی یا دولت را در خصوص جبران خسارت خود داشته باشد (ناصر زاده، ۲۵، ۱۳۷۳).

خوشبختانه قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، خسارت ناشی از بازداشت غیر ضروری را پیش‌بینی کرده است که این موضوع از نوآوری‌ها و دستاوردهای مثبت و مهم قانون جدید در جهت حمایت از حقوق آزادی‌های فردی متهم محسوب می‌شود.

۲-۲ سایر قرارهای تأمین کیفری

قرار تأمین کیفری حد وسط و قاعده جمع بین اصل آزادی متهم و لزوم رسیدگی و تعقیب اوست از طرفی اصل برائت و اصل آزادی متهم اقتضا دارد تا قطعی شدن محکومیت و تعیین مجازات قطعی از سلب

آزادی وی خودداری شود. از سوی دیگر اصل لزوم تعقیب با هدف حمایت از بزه‌دیده و تامین حقوق او ایجاب می‌نماید که متهم در دسترس مقام قضایی قرار داشته باشد.

بدین منظور قانونگذار در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته:

به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین را صادر می‌کند:

اهمیت و نقش قرارهای تأمین کیفری بر تقلیل حبس از دو جهت قابل بررسی و توجه است:

نخست آنکه، در اغلب کشورهای جهان بین ۱۰٪ تا ۴۰٪ از کل زندانیان بیشتر کشورهای دنیا را افراد منتظر محاکمه تشکیل می‌دهند.

جهت دوم: اهمیت قرارهای تأمین و نقش این قرارها بر تقلیل حبس به بعد روانی و ذهنی این موضوع مربوط است، زیرا فردی که بازداشت شده و یا تحت تاثیر یک قرار تأمین سنگین و ناتوان در تودیع آن در زندان به سر می‌برد، تاثیر منفی بر ذهن قاضی صادر کننده حکم گذاشته و صدور حکم محکومیت متهم تسهیل می‌شود. در عمل، گاه برخی قضات در هنگام بررسی کفایت امارات و قرائن ارتکاب جرم توسط متهم، نسبت به صدور قرار تأمین منجر به بازداشت در خصوص این فرد در مرحله تحقیقات مقدماتی، بی‌تفاوت نیستند و این امر را در ارزیابی دلایل و قرائن مجرمیت و بیگناهی متهم دخالت داده و چنین فردی را نسبت به متهمی که با تودیع تأمین خود آزاد است و همانند سایر افراد عادی جامعه و یا افراد متشخص و وکلا به دادگاه تردد می‌نماید، راحت‌تر مجرم می‌پندارند، تدابیر قانونگذار در خصوص نوآوری‌هایی که در بخش قرارهای تأمین بر تقلیل حبس موثر است از دو جهت قابل بررسی است. اول: تنوع بخشی به قرارهای تأمین و توسعه کمی آنها و دوم: کیفیت بکارگیری قرارها و ایجاد محدودیت‌هایی که متهم بیش از حد مقرر در زندان نماند.

۱-۲-۲ تنوع قرارهای تأمین کیفری

قبل از اجرایی شدن قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و در زمان حاکمیت قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و به موجب ماده ۱۳۲ آن قانون، تعداد قرارهای تأمین کیفری محدود به پنج قرار بود که علاوه بر این قرارها که به صورت مستقل درباره متهم صادر می‌شد یک نوع قرار عدم خروج از کشور نیز در ماده ۱۳۳ همان قانون پیش‌بینی شده بود که قرار اخیر به همراه هر یک از قرارهای مذکور صادر می‌شد. بکارگیری نظارت قضایی به جای قرار تأمین کیفری و یا بازداشت موقت را در حقوق کشورهایی مثل فرانسه موافق با اصل آزادی متهم و موافق اصل برائت دانسته بودند که خوشبختانه در تدابیر نوین نظام کیفری ایران، نظارت‌های قضایی نیز وارد آیین دادرسی ما شد.

نکته حائز اهمیت آن است که در نظام‌های پیشرفته کیفری از جمله آنچه در قانون آیین دادرسی کشور فرانسه مشاهده می‌شود بکارگیری نظارت قضایی به جای هر نوع قرار تأمین کیفری دیگر یک قاعده استثنایی نیست بلکه بازپرس زمانی که قرارهای نظارت قضایی را برای جلوگیری از فرار متهم یا تبانی با شهود و معاونان جرم و سایر اشخاص کافی نداند به قرار تأمین دیگری متوسل می‌شود. اما در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بکارگیری نظارت قضایی به طور مستقل، امری استثنایی است و بر اساس تبصره ۱ ماده ۲۴۷ قانون مذکور تنها در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت و آن هم در صورت ارایه تضمین لازم برای جبران خسارت وارده، مقام قضایی می‌تواند صرفاً به صدور قرار نظارت قضایی اکتفا نماید. مشروط نمودن صدور قرار نظارت قضایی مستقل، به ارایه تضمین توسط متهم قدری مبهم است و اساساً روشن نیست که تضمین مورد نظر مقنن چه چیزی است.

در هر صورت ارزش و اهمیت قرارهای نظارت قضایی و نقش این قرارها بر تقلیل حبس را می‌توان با دو هدف مورد نظر مقنن از وارد نمودن این نهاد به قانون آیین دادرسی کیفری منطبق دانست:

نخست آنکه: صدور قرار نظارت قضایی موجب تکمیل اثربخشی قرارهای تأمین شده و متهم را از ارتکاب جرم مجدد منع می‌کند دوم: اقناع مقام قضایی در بکارگیری قرارهای تأمین خفیف‌تر درباره متهم، چنانچه

اگر مقام قضایی در صدور قرار کفالت یا وثیقه دچار تردید شد در حالی که قرار وثیقه به لحاظ ناتوانی متهم در تودیع آن موجب بازداشت وی می‌گردد، بازپرس قانع می‌شود که قرار کفالت را به همراه یک قرار نظارت قضایی صادر کند تا هم هدف صدور قرار تامین محقق شود و هم امکان آزادی تحت قرار متهم فراهم باشد.

۲-۲ کیفر خواست شفاهی

۱-۳-۲ نقش کیفر خواست شفاهی در تقلیل حبس

حفظ حقوق متهم و بزه‌دیده از مهمترین هدف‌هایی است که مورد نظر مقنن بوده و سعی شده بین حقوق بزه‌دیده و نیز حقوق متهم چنان تعادلی برقرار شود که اصول مسلم دادرسی‌ها از جمله اصل آزادی افراد مخدوش نگردد. با وجود این همه دقت و نکته سنجی در تعیین تشریفات دادرسی کیفری، ملاحظه می‌گردد بعضاً به دلیل طولانی شدن فرایند تشریفات مذکور نه تنها حقوق متهم مثل آزادی وی حاصل نمی‌شود، بلکه زیان دیده نیز در کوتاه‌ترین زمان ممکن به حق خود نمی‌رسد. از این رو قانونگذار در ماده ۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری با پیش‌بینی روشی تحت عنوان «کیفر خواست شفاهی» سعی در برطرف کردن بخشی از اشکالات فوق داشته است.

کیفر خواست شفاهی ظرفیت قابل توجهی در تقلیل حبس دارد و می‌تواند در کاهش بازداشت متهمان تحت قرار تامین کیفری نقش موثری ایفا نماید.

قانونگذار این امکان را فراهم نموده تا در تمامی جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری دو از این امکان در جهت تسریع در دادرسی کیفری بهره برد. البته کاهش اطلاع دادرسی و تقلیل حبس تنها برخی مزایای این تاسیس حقوقی است، زیرا کیفر خواست شفاهی وسیله‌ای است برای رسیدگی خارج از نوبت به پرونده‌هایی که به دلایلی (مثلاً جریحه‌دار شدن احساسات عمومی)، واکنش سریع جامعه در برابر جرم را ایجاب می‌کند.

۲-۳-۲ شرایط کیفر خواست شفاهی

طرح پرونده اتهامی با کیفرخواست شفاهی تابع شرایط معینی است. اول آنکه چنین روشی در مورد جرایم مهم امکانپذیر نبوده، تنها در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان از آن استفاده نمود. دوم آنکه لازم است شاکی و متهم حاضر بوده یا متهم حاضر و شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد. سوم آنکه تحقیقات مقدماتی هم در دادسرا کامل شده باشد. در اینصورت دادستان می‌تواند راساً یا به درخواست بازپرس، با اعزام متهم به دادگاه و در صورت حضور شاکی به همراه او، دعوای کیفری را بلافاصله بدون صدور کیفرخواست به صورت شفاهی مطرح کند.

۳- ظرفیت‌های تقلیل حبس در مرحله دادرسی و صدور حکم

با توجه به اختیارات و وظایف قضات دادگاه‌ها، تصمیم‌گیری آنان در خصوص شیوه مجازات متهمان، نقش غیرقابل انکاری بر تقلیل حبس خواهد داشت که در این بخش مهم ترین تدابیر نظام کیفری ایران با رویکرد تقلیل حبس در مرحله دادرسی و صدور حکم بررسی می‌شود.

۱-۳-۱ توبه

هر چند توبه از بنیادهای حقوق کیفری اسلام است که برای اصلاح مجرم و خطاکار در نظر گرفته شده است و در نظام کیفری اسلام بعضاً موجب سقوط مجازات می‌شود، و علیرغم آنکه در قوانین کیفری بعد از انقلاب همواره مورد نظر مقنن قرار داشته لکن در عمل، نظام قضایی ایران توجه چندانی به آن نداشته است. شاید عمده دلیل محجور ماندن این نهاد چنانکه برخی صاحب نظران به آن تصریح داشته‌اند (موزن زادگان، ۱۳۹۱، ۵)، متذکر نشدن شرایط تحقق توبه از سوی مقنن است زیرا چنانکه گفته خواهد شد آیات متعدد قرآن کریم به عنوان منبع اصلی حقوق کیفری اسلام یکی از آثار توبه را اصلاح رفتار و عمل صالح مجرم بیان داشته، لکن مقنن در خصوص نحوه احراز توبه بیانی نداشته‌اند. در حالی که رویکرد جدید مقنن و توجه خاص به نهاد توبه موجب بهره‌مندی مجرمان از امتیازات آن و کاهش تعداد زندانیان خواهد شد (داوریار، ۱۳۸۴، ۴). تلاش مقنن در گنجاندن احکام توبه در قالب قاعده‌ای عام و ارایه آن در قسمت کلیات به عنوان یکی از علل سقوط مجازات‌ها، تدبیری جدید و قابل توجه می‌باشد، اختصاص مبحث پنجم از فصل یازدهم از

بخش دوم کتاب اول قانون مجازات اسلامی شامل پنج ماده و چهار تبصره به نهاد توبه حکایت از عزم جدی نظام کیفری ایران بر بهره‌برداری هر چه بهتر از این نهاد بنیادین حقوق اسلامی دارد. گستردگی توبه و شمول احکام آن بر جرایم تعزیری و حدود ظرفیت قابل توجهی است که می‌تواند بر تقلیل حبس و تنبه خطاکاران و بازگشت آنان به جامعه اثرگذار باشد.

۱-۳ نقش توبه در جرایم حدی

مطابق احکام نورانی اسلام، در جرایم حدی، توبه نه تنها حد را ساقط می‌کند بلکه امکان اعمال هرگونه تعزیر را نیز به طریق اولی منتفی می‌سازد (توجهی، ۱۳۹۴، ۱۶۴) این حکم از آیات متعدد قرآن کریم در باب توبه قابل درک است.

۱- سوره مائده آیات ۳۳ و ۳۴

آیه ۳۳ کیفر آنها که با خدا و پیامبرش به جنگ بر می‌خیزند، و اقدام به فساد در روی زمین می‌کنند، (و به جان و مال و ناموس مردم حمله می‌برند)، فقط این است که اعدام شوند یا به دار آویخته گردند یا (چهار انگشت از) دست (راست) و پای (چپ) آنها، به عکس یکدیگر، بریده شود و یا از سرزمین خود تبعید گردند. این رسوائی آنها در دنیاست و در آخرت، مجازات عظیمی دارند.

- مگر آنها که پیش از دست یافتن شما بر آنان، توبه کنند پس بدانید (خدا توبه آنها را می‌پذیرد) خداوند آمرزنده و مهربان است.

۲- سوره نساء آیات ۱۶ و ۱۷

بر اساس صراحت کلام الهی مجازات سنگین مقرر برای جرم محاربه در صورت تحقق توبه قبل از دستگیری مجرم ساقط می‌گردد.

آیه ۱۶- و از میان شما آن دو تن را که مرتکب زشتکاری می‌شوند آزارشان دهید پس اگر توبه کردند و درستکار شدند از آنان صرفنظر کنید زیرا خداوند توبه‌پذیر مهربان است

آیه ۱۷- توبه نزد خداوند تنها برای کسانی است که از روی نادانی مرتکب گناه می‌شوند سپس به زودی توبه می‌کنند اینانند که خدا توبه‌شان را می‌پذیرد و خداوند دانای حکیم است.

نکته حائز اهمیت در این آیات و نیز آیات پیش گفته آن است که خداوند منان به وسیله توبه مجازات را تقلیل نداده و مجازات حدی شدید را به یک مجازات خفیف‌تر مبدل نساخته بلکه به طور کامل مجازات را برداشته است.

۳- سوره نور آیات ۴-۵ و ۳۱

آیه ۴- و کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می‌دهند سپس چهار گواه نمی‌آورند هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچگاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینانند که خود فاسقند.

آیه ۵- مگر کسانی که بعد از آن [بِهَتان] توبه کرده و به صلاح آمده باشند که خدا البته آمرزنده مهربان است.

آیات چهارم و پنجم سوره مبارکه نور مبین این معناست که چون در آیات گذشته خداوند منان مجازات شدید برای افراد زنا کار مقرر داشته، ممکن است این موضوع دستاویزی برای افراد مغرض و بی تقوا شود که از این طریق، افراد پاک و گناه ناکرده را مورد اتهام قرار دهند، لذا بلافاصله پس از مجازات زناکاران مجازات شدید تهمت زندگان را که در صدد سوءاستفاده از این حکم هستند را بیان می‌کند تا حیثیت و حرمت خانواده‌های پاکدامن، مصون بماند لذا اقرار این اشخاص را به هشتاد تازیانه، پذیرفته نشدن شهادتشان و شناخته شدن به فسق محکوم می‌کند. با این همه سختگیری اگر کسی که تهمت ناموسی زده بعد از اجرای حکم توبه کند از کسی که بر او تهمت زده اعاده حیثیت کند، با توبه شهادتش در آینده مقبول است و حکم فسق در تمام زمینه‌ها از او برداشته می‌شود در کلام معصومان علیهم السلام نیز صراحتاً توبه موجب سقوط مجازات دانسته شده است.

روایت جمیل از امام باقر یا صادق (ع) در مورد مردی که سرقت کرده یا شراب نوشیده و یا زنا کرده است از حضرت سوال شد که اگر کسی بر او آگاهی نیابد و او دستگیر هم نشود و توبه کند. آیا اصلاح می-

شود؟ امام فرمودند: «اذا صلح و عرف منه امر جمیل لم یقم علیه الحد...» (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۱۶) با توجه به این آیات و روایات فرض بر این است که توبه کننده اصلاً گناهی مرتکب نشده است. چنانکه ملاحظه شد، توبه در قرآن کریم و روایات ائمه اطهار علیهم السلام موجب سقوط مجازات حدی است با وجود این مقنن در تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم زنا و لواط در صورتی که با عنف و اکراه و یا با اغفال بزه‌دیده انجام شده باشد در صورت تحقق توبه مرتکب و سقوط مجازات، حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردوی آن را به عنوان مجازات تعزیری مقرر نموده است.

این حکم مقنن ناشی از در نظر داشتن مصالح مهم اجتماعی و نیز بر طبق رویکرد واقع بینانه و سختگیرانه‌ای است که در قبال مرتکبان جرایم عفا فی و زنا و لواط به عنف اتخاذ نموده است (توجهی، ۱۳۹۴، ۲۴). هر چند به نظر می‌رسد مجازات درجه ۶ در قبال اعمال غیر انسانی و شنیع مزبور آن هم از طریق عنف، چندان متناسب نمی‌باشد.

ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرم‌های قذف و محاربه را به عنوان دو جرم حدی و در برخی مواد از قاعده و حکم کلی مقرر در این ماده جدا نموده است زیرا قذف جنبه حق الناسی داشته و با صرف توبه مجرم حد قذف ساقط نمی‌شود و در واقع به دلیل غلبه داشتن جنبه حق الناسی بر جنبه حق الهی موضوع، تا زمان اعلام گذشت شاکی، صرف توبه مجرم موجب سقوط مجازات نخواهد بود. بر همین مبناست که توبه در دیات و قصاص نیز اثر مسقطی ندارد (موذن زادگان، ۱۳۹۱، ۶).

اما حکم جداگانه‌ای که مقنن در ماده مذکور برای جرم محاربه در نظر داشته این است که: شرط موثر بودن توبه در سایر حدود، تحقق توبه قبل از اثبات جرم است و لکن در خصوص محاربه قبل از تسلط بر مجرم، می‌بایست توبه کرده باشد. دلیل ذکر این حکم برای محارب، مبانی فقهی ماست زیرا این حکم خاص، برای محارب توسط فقهای عظام نیز صادر شده است.

۲-۱-۳ نقش توبه در جرایم تعزیری

نظام کیفری ایران به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ توبه را به شکل محدودی در جرایم تعزیری پذیرفته بود و صرفاً در مواد ۵۱۲ و ۵۲۱ قانون مذکور، نحوه رفتار با مجرمی که توبه نموده است پیش‌بینی شده بود. اما در ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نهاد توبه به شکل قاعده‌مندی در جرایم تعزیری وارد شده است. به موجب ماده مذکور چنانچه مرتکب جرایم درجه شش، هفت و هشت توبه نماید، مجازات ساقط می‌شود و در سایر جرایم موجب تعزیر دادگاه اجازه اعمال مقررات تخفیف را دارد. محدودیت دیگری که قانونگذار برای نهاد توبه در تعزیرات در نظر گرفته است آن است که تعزیرات منصوص شرعی را از قاعده مذکور خارج نموده است. اعمال محدودیت‌های ذکر شده تا حد زیادی موجب شده بهره‌گیری از این ظرفیت مهم تقلیل حبس کاهش یابد.

در خصوص بیان ایجاد محدودیت برای نهاد توبه صرفاً در جرایم درجه شش، هفت و هشت ضرورت این امر و نیز خروج تعزیرات منصوص شرعی نکات ذیل قابل ذکر می‌باشد:

۱- از آنجایی که مقنن اصطلاح "تعزیر منصوص شرعی" را برای نخستین بار در قانون استعمال کرده است، ضرورت دارد که در یک ماده مستقل، تعزیرات منصوص شرعی را تعریف کرده، و مصادیق آن را احصاء کند. در غیر این صورت فضات در تشخیص مصادیق آن، با همان سردرگمی و رنجی مواجه خواهند شد که سال‌ها در تعیین مصادیق مجازات‌های بازدارنده، مبتلا بوده‌اند.

۲- در نتیجه احتیاطی که مقنن در تفسیر توبه به جرایم تعزیری داشته است، در تبصره ۱ ماده ۱۱۵، یکبار تکرار جرم را مانع بهره‌مندی فرد از آثار توبه در سقوط یا تخفیف مجازات دانسته است. این در حالی است که ندامت مطابق ماده ۳۸، یکی از جهات مخففه می‌باشد و بر اساس تبصره ماده ۱۳۹، در تکرار جرم، چنانچه مرتکب دارای سه فقره محکومیت قطعی مشمول تکرار جرم باشد، مقررات تخفیف مجازات، اعمال نمی‌شود. چگونه ممکن است، نهادی چون توبه که به مراتب از ندامت صرف بالاتر است تنها در صورت یک بار تکرار جرم، غیر موثر گردد لیکن تاثیر ندامت تا سه بار تکرار جرم، پابرجا باشد؟

تسری تاثیر توبه به جرایم تعزیری، همواره با تردیدهایی مواجه بوده است. از یک سو پذیرش توبه در تعزیرات، می‌تواند حتمیت و تاثیرگذاری اجتماعی آن را تضعیف و اداره جامعه را دشوار سازد، از سوی دیگر با توجه به این مطلب که یکی از مهمترین اهداف اعمال کیفر اصلاح مرتکب و برگشت او به جامعه می‌باشد، اگر در جرایم تعزیری بدون تحمل مجازات، مرتکب توبه کند و زمینه اصلاح در وی نمایان گردد، دلیل موجه و معتبری بر عدم پذیرش توبه وی وجود ندارد. به علاوه زمانی که شارع مقدس در حدود، توبه را مقرر فرموده است، پذیرش آن در تعزیرات که قاعدتاً اهمیت کمتری دارد، منطقی و معقول می‌باشد.

فارغ از تردید مزبور، مقنن با احتیاط فراوان نهاد توبه را در جرایم تعزیری به رسمیت شناخته است. در پایان ذکر این نکته لازم است که مقامات دادسرا در خصوص اعمال مقررات توبه اختیاری ندارند و قواعد ذکر شده برای توبه در اختیار مقامات محاکم مختلف اعم از بدوی، تجدیدنظر و دیوانعالی کشور می‌باشد. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی خود به این موضوع تاکید داشته است:

۱- نظریه شماره ۷/۹۲/۱۳۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱:

در جرائم موجب حد به استثنای محاربه و قذف، چنانچه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و اصلاح وی برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌شود، بنابراین احراز توبه مرتکب جرم با قاضی محکمه است و بازپرس حق مداخله ندارد. لکن در صورت احراز توبه، بازپرس باید پرونده را با صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست به دادگاه ارسال تا اقدام مقتضی معمول گردد.

۲-۳ اعمال قاعده در آ در قانون مجازات اسلامی

مفهوم قاعده‌ی در آ آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد؛ به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست. این قاعده از نظر حقوقدانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده‌ی «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزایی عرفی، از جهاتی هم‌تایی دارد.

موضوع حائز اهمیت در خصوص قاعده در آ، عملکرد مقنن در بکارگیری این قاعده برای نخستین بار، به عنوان یکی از جهات سقوط مجازات است و می‌توان از آن به عنوان یکی از تدابیر مقنن ناظر بر تقلیل کیفر حبس نام برد.

برخی نویسندگان رسالتی فراتر از اصله العدم یا اصل برائت برای این قاعده تصور کرده اند به طوری که گفته شده کارایی این قاعده مربوط به مواردی است که از اصول یاد شده کاری ساخته نیست.

به عنوان نمونه مرتکب اقرار کرده است ولی قاضی در صحت آن تردید دارد. شاهد ه، شهادت داده‌اند، لیکن عدالت شهود برای قاضی محل شبهه است. فرد تازه بالغی، مرتکب قتل عمد گردیده و صریحاً به آن اقرار کرده، لیکن دادگاه در ادراک و رشد جزایی مرتکب، تردید دارد.

به نظر می‌رسد تنها در صورت دوم است که قاعده در آ، می‌تواند به عنوان یکی از جهات سقوط مجازات، ایفای نقش کند.

اندکی تأمل در سیاق دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ گویای آن است که از نگاه مقنن، مجرای قاعده فوق مربوط به موردی است که در اصل وقوع جرم یا برخی از شرایط آن تردید یا شبهه باشد، شکی نیست که در اینجا جرمی ثابت نمی‌شود تا نوبت به سقوط مجازات برسد و این موارد مشمول منع تعقیب خواهد شد. کما اینکه زمانی که در شرایط مسئولیت کیفری شبهه یا تردید باشد، موضوع مطروحه از مصادیق عوامل رافع مسئولیت خواهد بود.

همان گونه که ملاحظه می‌شود در ماده ۱۲۰، تردید در اصل وقوع جرم، برخی از شرایط جرم یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری، مطرح گردیده است که حسب مورد، وصف مجرمانه عمل یا عنوان جرم را زایل می‌کند نه آنکه مجازاتی تعلق گرفته باشد و آنگاه به خاطر در آ ساقط گردد. البته می‌توان عام و کلی بودن شمول قاعده را به تمام شبهات مذکور، تسری داد ولی عنوان سقوط مجازات به معنی خاص کلمه صادق نخواهد بود. با این توضیح شایسته بود قانونگذار، مبحث ششم را از ذیل فصل یازدهم خارج کرده و قاعده مزبور را نه به عنوان یکی از جهات سقوط مجازات، بلکه در قالب یک حکم شرعی که قادر است تکلیف

قاضی را در زمان وجود تردید در اصل وقوع جرم، شبهه در ارکان جرم، تردید در شرایط اهلیت جنایی مرتکب و نیز انتساب جرم به وی، شبهه در بقای کیفر و احکام مربوط به آن و نظایر آن را مشخص سازد، ذیل فصل موانع مسئولیت کیفری مقرر دارد (توجهی، ۱۳۹۴، ۱۷۴-۱۷۵).

۲-۴ جایگزین‌های حبس

بسیاری از کشورها برای اجتناب از اعمال حبس‌های کوتاه مدت، که نتایج قابل قبولی نداشته است، قوانین جزایی خود را به شکلی اصلاح نموده‌اند که روش‌هایی جدید برای اعمال مجازات‌ها و حبس‌های کوتاه مدت را ممکن سازند.

۲-۴-۱ نظام نیمه آزادی

نظام قضایی ایران بر اساس آنچه در فصل هفتم از بخش دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به آن تصریح شده، نهاد «نظام نیمه آزادی» را وارد قوانین جزایی نمود، که می‌توان از آن به عنوان یکی از نوآوری‌های مقنن و تدابیر مهم برای تقلیل حبس نام برد.

قانونگذار ما نیز با توجه به تجربیات کشورهای مختلف در این راستا اجازه داده فرد محکوم به حبس فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، درمانی و امثال آن را در خارج از زندان دنبال کند. لذا ماده ۵۶ قانون مذکور مقرر داشته:

«نظام نیمه آزادی، شیوه‌ای است که بر اساس آن محکوم می‌تواند در زمان اجرای حکم حبس، فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، درمانی و نظایر اینها را در خارج از زندان انجام دهد. اجرای این فعالیت‌ها زیر نظر مراکز نیمه آزادی است که در سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی تأسیس می‌شود.»

شرایط بهره‌مندی محکومین به حبس از نظام نیمه آزادی براساس ماده ۵۷ قانون عبارت است از:

- ۱- محکومیت از نوع حبس تعزیری باشد.
- ۲- درجه محکومیت حبس بین ۵ تا ۷ باشد.
- ۳- شاکی نداشته و یا گذشت کرده باشد.
- ۴- تأمین مورد نظر دادگاه تودیع شود.
- ۵- محکوم به نظام نیمه آزادی راضی باشد.
- ۶- محکوم متعهد شود به انجام فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی یا درمان اعتیاد و بیماری.
- ۷- تعهد محکوم به فرآیند اصلاح یا جبران میزان خسارت وارده بر بزه‌دیده توسط دادگاه موثر دانسته شود.

قانونگذار ما نهاد نیمه آزادی را با ظرفیت قابل قبولی در اختیار مقامات قضایی قرار داده است، لکن فقدان ساز و کار لازم و برخی ابهامات می‌تواند استفاده بهینه از این ظرفیت مهم را تحت الشعاع قرار دهد. اکتفا به ارایه «نظام نیمه آزادی» در دو ماده قانونی موجب شده ضمانت اجرای عدم پایبندی محکوم به تعهدات و یا ارتکاب جرم جدید در حین اجرای حکم نیمه آزادی با ابهام همراه باشد و این موضوع می‌تواند بر ذهنیت قضات به عدم استفاده از این ظرفیت اثرگذار باشد.

در حال حاضر قاضی صادر کننده حکم قطعی نمی‌داند اگر محکوم در حین اجرای حکم به تعهدات خود عمل نکند، چه تصمیمی بگیرد؟

برای شیوه اجرای «نظام نیمه آزادی» آیین‌نامه‌ای مشترک با آزادی مشروط در ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است و شاید به دلیل تعدد بیش از حد آیین‌نامه‌های قانون مجازات و قانون آیین دادرسی کیفری، قانونگذار به شرح ماده ۵۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آیین‌نامه اجرایی مشترکی با سایر نهادها پیش‌بینی نموده تا شاید به این ترتیب از پراکندگی و تعدد آیین‌نامه‌ها کاسته شود.

هر چند محول کردن موضوع مذکور (ضمانت اجرای عدم انجام تعهد از سوی محکوم) که از شئون قانونگذاری می‌باشد به آیین‌نامه اجرایی نیز رفتاری دقیق و حقوقی به نظر نمی‌رسد، با وجود چنین نقاط ضعفی، می‌توان بکارگیری نظام نیمه آزادی را یک گام اساسی در جهت تحقق هدف تقلیل حبس دانست.

۲-۴-۲ مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی

یکی از تدابیر نوین نظام کیفری ایران در راستای تقلیل حبس، وارد نمودن مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. مقنن در فصل نهم از بخش دوم قانون مذکور مواد ۶۴ الی ۸۷ حدود و ثغور مشمولین مجازات‌های جایگزین حبس را تعیین و به اجرا گذارده است. براساس مفاد مواد ۶۵-۶۹ قانون مجازات که بیانگر مشمولین جایگزین‌های حبس می‌باشد می‌توان گفت افراد ذیل به مجازات‌های جایگزین محکوم می‌شوند:

- ۱- مرتکبان جرایم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها سه ماه حبس است.
- ۲- مرتکبان جرایم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها نود و یک روز تا شش ماه حبس است به شرط آنکه سابقه محکومیت ارتکاب جرم عمدی (الف- بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس تا شش ماه یا جزای نقدی بیش از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا شلاق تعزیری ب- یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس بیش از شش ماه یا حد یا قصاص یا پرداخت بیش از یک پنجم دیه) نداشته و یا از اجرای حکم محکومیتشان پنج سال گذشته باشد.
- ۳- مرتکبان جرایم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها بیش از شش ماه تا یکسال است با وجود شرایط مذکور در بند ۲

۴- مرتکبان جرایم غیر عمدی که مجازات قانونی آن کمتر از دو سال باشد.

- ۵- مرتکبان جرایم غیر عمدی که مجازات قانونی آن‌ها بیشتر از دو سال باشد طبق نظر دادگاه. صرف نظر از شرایط مقرر، مشمولین بندهای ۱، ۲ و ۴ الزاماً و مشمولین بندهای ۳ و ۵، در صورت تشخیص دادگاه به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شوند.

یکی از اهداف مجازات‌های جایگزین حبس، ممانعت از حبس‌های کوتاه مدت است که امروزه در بی‌فایده بودن و مضرات آن جای تردیدی وجود ندارد. پیش از این و در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و با توجه به مفاد ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳، اعمال حبس‌های کمتر از ۹۱ روز بدون قید و شرط ممنوع بود لکن در حال حاضر و علیرغم ورود موضوع جایگزین‌های حبس به قانون مجازات، اعمال حبس کوتاه مدت از دو جهت متصور می‌باشد. اول آنکه، مجازات‌های کمتر از ۹۱ روز که مطابق ماده ۶۵ باید به جای حبس، مجازات جایگزین اعمال شود، دارای شرایطی است که در صورت فقدان آن‌ها، همان حبس کوتاه مدت اعمال می‌شود. و دوم مجازات‌های حبس که به موجب ماده ۳۷ قانون به کمتر از ۹۱ روز تقلیل یابند قابل اعمال خواهند بود و تبدیل آن‌ها به جزای نقدی جایز نیست. اداره حقوقی قوه قضاییه ضمن تأکید بر این نظر در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۲۰۱ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۰ اظهار داشته:

"وقتی مجازات حبس با اعمال کیفیات مخفیه تقلیل می‌یابد، حبس تقلیل یافته مورد حکم قرار می‌گیرد و تبدیل آن به مجازات جزای نقدی جایز نیست."

علاوه بر معضله نحوه تعامل جایگزین‌های حبس، با حبس‌های کوتاه مدت که شرح آن گذشت، برخی ایرادات در سایر مواد مرتبط با جایگزین‌ها به چشم می‌خورد که لازم است برای بهره‌برداری بهتر از این نهاد و اثربخشی آن بر تقلیل حبس در مراحل اصلاح قانون به آن‌ها توجه گردد:

- ۱- عدم تعیین میزان و نحوه اعمال «محرومیت از حقوق اجتماعی».

برخلاف چهار مجازات جایگزین (جزای نقدی، جزای نقدی روزانه، دوره مراقبت و خدمات عمومی رایگان) که احکام آن‌ها در قانون مشخص شده‌اند، در هیچ یک از مواد فصل هفتم، مقنن به تبیین محرومیت‌ها نپرداخته است.

هر چند در ماده ۲۶ ذیل کیفرهای تبعی، حقوق اجتماعی معرفی شده، لکن اینکه دادگاه به عنوان کیفر جایگزین برای چه مدت و چگونه، محکوم به حبس را از حقوق اجتماعی محروم می‌کند، در هیچ ماده-ای مورد توجه مقنن، قرار نگرفته است.

۲- عدم تعیین مجازات قابل اجرا در صورت تعذر اعمال مجازات جایگزین:

مقنن به شرح مواد ۸۳-۸۶ قانون، میزان جایگزین‌های حبس، برای جرم ارتكابی راتعیین نموده و در ماده ۸۱ نیز آثار عدم تبعیت و تخلف محکوم را تعیین کرده است. سوالی که پاسخ آن روشن نیست آن است که در صورت تخلف و عدم تبعیت محکوم که مطابق ماده ۶۹ به مجازات جایگزین محکوم شده است تکلیف چیست و یا در صورتی که اجرای مجازات جایگزین متعذر گردد چه اقدامی باید نمود؟

۳- محدود کردن ظرفیت جایگزین‌های حبس، با شرط‌های غیر ضروری:

مقنن در ماده ۷۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعدد جرایم عمدی که مجازات قانونی حداقل یکی از آنها بیش از شش ماه حبس باشد را مانع صدور حکم به مجازات جایگزین حبس دانسته است. در حالی که در سایر تدابیر ارفاقی که در جرایم بسیار سنگین‌تر قابل اعمال می‌باشند، عدم تعدد را شرط ندانسته است. به عنوان نمونه در تعلیق اجرای کیفر که در جرایم درجه ۳ تا ۸ اعمال می‌شود، مانع بودن تعدد برخلاف قانون مجازات قبل، برداشته شده است. ابهام در شیوه محاسبه میزان حبس در صورت تخلف محکوم یا تعذر اجرای باقیمانده حکم جایگزین حبس:

مقنن در ماده ۷۰ و ۸۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی کرده که در صورت تعذر اجرای جایگزین حبس و نیز در صورت تخلف محکوم از دستورهای دادگاه، مجازات حبس به اجرا در آید. اجرایی شدن کیفر حبس، ممکن است بعد از تحمل قسمتی از جایگزین‌های آن باشد. عدالت و انصاف حکم می‌کند که مقنن نسبت به لزوم محاسبه جایگزین اعمال شده و شیوه آن، چاره‌جویی کند و در قبال آن، تدابیری مقرر نماید (توجهی، ۱۳۹۴، ۱۱۵-۱۳۵).

۳-۴-۲ نظارت، تحت سامانه‌های الکترونیکی (اعمال نظام آزادی تحت سامانه‌های

الکترونیکی)

نظام کیفری ایران با رویکرد تقلیل حبس و کاهش جمعیت زندان‌ها و به موجب ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، زمینه نگهداری و مراقبت از برخی محکومین به حبس را در خارج از محیط زندان پیش‌بینی نمود. براین اساس دادگاه‌ها می‌توانند محکوم به حبس را در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه الکترونیکی قرار داده و نظارت نمایند. شرایط لازم جهت صدور حکم به نظارت، تحت سامانه الکترونیکی بدین شرح است:

۱- محکومیت حبس مشمول جرایم تعزیری درجه ۵ تا ۸ باشد.

۲- محکوم، به نظارت تحت سامانه الکترونیکی اعلام رضایت نماید.

۳- شرایط مقرر در تعویق مراقبتی نیز موجود باشد.

چگونگی احراز شرط سوم از شرایط مذکور که خود می‌تواند حاوی چند شرط باشد همراه با ابهاماتی است، زیرا سوالی که خوانندگان و مجریان قانون با آن مواجه می‌شوند این است که مراد مقنن از شرایط یاد شده (در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی) چیست؟

اگر منظور مقنن تدابیر لازم الرعایه مذکور در ماده ۴۲ یا دستورات مندرج در ماده ۴۳ است، چرا این موارد در تبصره همین ماده، در قالب اختیارات دادگاه مجدداً ذکر شده است. بعلاوه این تدابیر و دستورات به بعد از قرارداد محکوم، در تحت نظارت سامانه فوق مربوط می‌شود و اگر مراد، تعهد محکوم به رعایت آن-هاست، این تعهد در تعویق ساده نیز متصور است. مضافاً آنکه چنین تعهدی، در مفاد تبصره نیز قابل گنجاندن است.

به نظر می‌رسد مشروط کردن حبس در غیر زندان (نظارت تحت سامانه الکترونیکی) به شرایط تعویق مراقبتی، اساساً صحیح نیست و این احتمال خالی از قوت نیست که مراد مقنن، وجود همان شرایط تعویق

مقرر در ماده ۴۰ قانون بوده است. در هر صورت ضروری است مقنن نسبت به رفع ابهام تلاش کند (توجهی، ۱۳۹۴، ۱۱۳).

لازم به ذکر است شرایط مورد نظر قانون مجازات اسلامی برای اینکه محکوم به حبس، بتواند محکومیت خود را خارج از محیط زندان تحمل کند کافی نیست، زیرا سایر قوانین هم برای نظارت الکترونیکی شرایطی را مقرر نموده‌اند.

بند (و) تبصره ۱۷ قانون بودجه سال ۱۳۹۳ کل کشور مصوب ۳۹۲/۱۲/۶ نیز علاوه بر تودیع تامین توسط محکوم، سپردن ودیعه بابت خسارت احتمالی به تجهیزات مراقبت الکترونیکی را نیز شرط نموده است. همچنین برای استفاده‌کنندگان از تجهیزات مذکور، پرداخت روزانه معادل سی هزار ریال تعرفه تعیین شده است که به نظر می‌رسد اضافه شدن شرایط اخیر به شرایط مقرر در ماده ۶۲ قانون مجازات، اجرایی شدن نظارت، تحت مراقبت الکترونیکی را با ابهاماتی مواجه نموده است.

۳- ظرفیت‌های تقلیل حبس در مرحله اجرای حکم

اجرای احکام، نهایی‌ترین و آخرین مرحله دادرسی‌های کیفری به حساب می‌آید. تحقق اهداف مجازات در اثنای اجرای حکم امکان تجدید نظر و کاستن از میزان محکومیت محکوم علیه را ضروری می‌سازد. زندانی چنانچه پس از محکومیت متنبه گردد و متوجه اشتباهات خود شود و نیز با مشارکت در برنامه‌های آموزشی زندان، انگیزه باز اجتماعی شدن و مسئولیت‌پذیری خود را نشان دهد ممکن است برای مسئولین امر این نتیجه حاصل گردد که ادامه محکومیت وی بی فایده و یا عبث می‌باشد. از این رو مقنن ظرفیت‌هایی را ایجاد نموده تا تصمیم‌گیرندگان بتوانند در مرحله اجرای حکم میزان مجازات وی را تغییر داده و اقداماتی را بعمل آورند که طبعاً نتیجه آن تقلیل حبس خواهد بود.

۳-۱ گسترش ظرفیت آزادی مشروط در قانون مجازات اسلامی:

آزادی مشروط یکی از ظرفیت‌های مهم جهت کاهش جمعیت کیفری زندان و تقلیل حبس است. با توجه به بند الف ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اهداف این نهاد علاوه بر اصلاح و بازگشت مجرم به زندگی عادی به دنبال ایجاد نظم در زندان و پیروی او از قوانین زندان در دوران محکومیت خود نیز می‌باشد.

ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت:

«هرکس برای بار اول به علت ارتکابی جرمی به مجازات حبس محکوم شده باشد و نصف مجازات را بگذراند، دادگاه صادرکننده دادنامه محکومیت قطعی می‌تواند در صورت وجود شرایطی حکم به آزادی مشروط صادر کند.»

قانونگذار در سال ۱۳۹۲ در ماده ۵۸ اشعار می‌دارد:

«در مورد محکومیت به حبس تعزیری دادگاه صادر کننده حکم می‌تواند در مورد محکومان به حبس بیش از ده سال پس از تحمل نصف و در سایر موارد پس از تحمل یک سوم مدت مجازات به پیشنهاد دادستان یا قاضی اجرای احکام با رعایت شرایط زیر حکم به آزادی مشروط را صادر کند:

الف- محکوم در مدت اجرای مجازات همواره از خودحسین اخلاق و رفتار نشان دهد

ب- به تشخیص دادگاه محکوم تا آنجا که استطاعت دارد ضرر و زیان مورد حکم یا مورد موافقت مدعی خصوصی را بپردازد یا قراری برای پرداخت آن ترتیب دهد

ت- محکوم پیش از آن از آزادی مشروط استفاده نکرده باشد.

محدودیتی که با توجه به ماده ۳۸ قانون ۱۳۷۰ وجود داشت این بود که آیا شمول این ماده فقط در مورد کسانی است که اولین بار مرتکب بزه شده و مجازات آن حبس است یا منظور ماده کسانی است که قبلاً به مجازات‌های دیگری غیر از حبس محکوم شده و این اولین بار است که به مجازات حبس محکوم شده‌اند؟ در قانون جدید شرط محکومیت به مجازات حبس برای بار اول برداشته شده و در عوض در بند ۴ ماده ۵۸ مقرر گشته که: محکوم پیش از آن از آزادی مشروط استفاده نکرده باشد؛ یعنی دیگر محکومیت به مجازات حبس برای بار اول ملاک نیست.

شرط مهم دیگری که در ماده ۳۸ ق.م.ا. ۱۳۷۰ وجود داشت: محکوم علیه برای این که بتواند از آزادی مشروط استفاده کند می‌بایست نصف مجازات حبس خود را سپری می‌کرد؛ اما در قانون جدید در ماده ۵۸ مقرر شده که محکومان به حبس بیش از ۱۰ سال پس از تحمل نصف مدت مجازات و در سایر موارد (یعنی در حبس تا ۱۰ سال) پس از تحمل یک سوم از مدت مجازات می‌توانند در خواست آزادی مشروط دهند و این بیانگر تسهیل استفاده از آزادی مشروط برای حبس‌های زیر ده سال می‌باشد این حکم قانونگذار در مقایسه با قانون قبلی به حال محکومین مناسب‌تر است.

ب) شرایط مربوط به محکوم علیه

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ برای محکوم علیه متقاضی آزادی مشروط سه شرط ذکر شده بود:

- ۱- هرگاه در مدت اجرای مجازات مستمرا حسن اخلاق نشان داده باشد ۲- هرگاه از اوضاع و احوال محکوم پیش‌بینی شود که پس از آزادی دیگر مرتکب جرمی نخواهد شد
- ۳- هرگاه تا آنجا که استطاعت دارد، ضرر و زیانی که مورد حکم دادگاه یا مورد موافقت مدعی خصوصی واقع شده بپردازد مجازات توأم با جزای نقدی مبلغ را بپردازد یا قرار پرداخت آن را این بند در ماده ۵۸ قانون جدید تغییراتی کرده و این مسئله به تشخیص و تایید دادگاه واگذار شده است و قسمت آخر این بند (و در مجازات حبس توأم با جزای نقدی مبلغ مزبور را بپردازد یا با موافقت رییس حوزه قضایی ترتیبی برای پرداخت داده باشد) در قانون جدید حذف شده است و با این کار باز هم ظرفیت کاهش حبس از طریق آزادی مشروط نسبت به قانون ۱۳۷۰ بیشتر شده است.

۲-۲ تبدیل کیفر حبس بیماران

ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد: هرگاه محکوم علیه به بیماری جسمی یا روانی مبتلا باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی وی شود، قاضی اجرای احکام کیفری با کسب نظر پزشکی قانونی تا زمان بهبودی، اجرای مجازات را به تعویق می‌اندازد. چنانچه در جرائم تعزیری امیدی به بهبودی بیمار نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری، پس از احراز بیماری محکوم علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات، با ذکر دلیل، پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات به مرجع صادرکننده رأی قطعی ارسال می‌کند.

پیش از این و به موجب ماده ۲۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ شرایط مقرر در قانون فعلی (تأخیر در بهبودی- شدت بیماری) تنها موجب توقف موقت اجرای حکم می‌شد و امر تبدیل مجازات در موارد بیماری، پیش‌بینی نشده بود.

ذکر این نکته ضروری است که موضوع تبدیل مجازات مقرر در ماده ۵۰۲ ارتباطی با نهادهای ارفاقی نظیر تخفیف مجازات مقرر در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی و یا تعلیق اجرای مجازات ندارد و حتی در صورت عدم وجود معیارهای اخلاقی مقرر در موارد مذکور نیز چنانچه محکوم علیه شرایط ماده ۵۰۲ را داشته باشد محاکم ملزم به اجرای آن هستند.

این تأسیس قانونی، امکان تبدیل مجازات محکومین به حبس به سایر مجازات‌های متناسب را پیش‌بینی کرده و ظرفیت خوبی برای تقلیل کیفر حبس علی‌الخصوص راجع به بیماران ایجاد نموده است که می‌تواند بر کاهش جمعیت زندان اثر بخش باشد و همچنین از نظر بهداشتی و درمانی و جلوگیری از گسترش بیماری‌های واگیر دار نیز حائز اهمیت است.

نتیجه گیری:

تورم جمعیت زندان‌ها در نتیجه بهره‌گیری بیش از حد کیفر حبس، معضل مشترک نظام‌های مختلف کیفری و بیشتر کشورهای جهان در دهه‌های اخیر بوده است. در این میان چاره‌اندیشی برخی کشورها در جهت غلبه بر چالش مذکور و بکارگیری قواعدی تحت عنوان جایگزین مجازات‌های حبس نتایج قابل قبولی در این عرصه پدید آورده و کشورهای زیادی با بومی‌سازی و بهره‌گیری از این تجربیات مشکلات ناشی از افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها را کاهش داده‌اند. نظام کیفری ایران نیز با متابعت از این روش‌ها در سال ۱۳۹۲ با ایجاد اصلاحات گسترده در قوانین جزایی خود علی‌الخصوص قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری ایجاد نمود و نهادهای متعددی را به عنوان جایگزین حبس در این قوانین وارد نمود. نهادهای مذکور هرچند ظرفیت‌های قانونی قابل توجهی برای کاهش از حبس مجرمان محسوب می‌شوند لکن برغم گذشت زمان قابل توجهی از تصویب قوانین مذکور و بکارگیری نهادهای جایگزین حبس، اثربخشی قابل توجهی نداشته و معضل تراکم جمعیت زندان‌ها همچنان به قوت خود باقی است. فقدان سازوکار لازم از جمله آیین‌نامه‌های اجرایی و نیز نبود الزامات قانونی مکفی برای نهادهای پذیرنده و همچنین محدودیت‌های فراوان و برخی شرایط غیر ضروری در برخورد‌های مجرمان از نهادهای مذکور به عنوان دلایل اصل عدم موفقیت جایگزین‌های حبس در کاهش جمعیت زندان‌های کشورمان ارزیابی می‌گردد که لازم است در اصلاح قوانین مورد نظر چاره‌اندیشی‌ها و راهکارهای ارائه شده مورد توجه قرار گیرند.

منابع:

- ۱- آخوندی، محمود (۱۳۷۷). آیین دادرسی کیفری ج ۲. تهران: انتشارات سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲- آشوری، محمد (۱۳۸۲). جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین. تهران: انتشارات سمت.
- ۳- استفانی، گاستون و لواسور، ژورژ و بولوک، برنار (۱۳۷۷). ترجمه دکتر حسن دادبان جلد ۲. تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
- ۴- توجیهی، عبدالعلی (۱۳۹۴). آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی. تهران: مرکز مطبوعات قوه قضائیه.
- ۵- حر عاملی، وسایل الشیعه (۱۳۹۱). جلد ۸. باب توبه. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- ۶- خالقی، علی (۱۳۹۵). آیین دادرسی کیفری. جلد ۲. تهران: نشر دانش.
- ۷- داوریار، محمد علی (۱۳۹۲). توبه و سقوط مجازات‌ها، مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مشهد، شماره ۶۷.
- ۸- سلیمی، صادق و بخشی‌زاده اهری، امین (۱۳۹۳). تحلیل ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در مقایسه با قوانین سابق. تهران: انتشارات جنگل.
- ۹- شاکری، ابوالحسن و خدابخشی پالندی، حسن (۱۳۸۸). قرار ترک تعقیب و بحث‌های پیرامون آن. مجله فصلنامه حقوق. دوره ۴، ص ۱۸۷.
- ۱۰- عطاشنه، منصور (۱۳۷۰). فصل در بین عشایر عرب خوزستان. پایان‌نامه کارشناس ارشد، دانشگاه تهران.
- ۱۱- قاسمی ساغند، علیرضا و سایر نویسندگان (۱۳۸۷). عدالت و توسعه قضایی در دهه سوم. جلد ۲ تهران: انتشارات اداره کل اجتماعی و فرهنگی حوزه ریاست قوه قضائیه.
- ۱۲- محدث، محسن (۱۳۸۸). مقایسه تطبیقی تاثیر مجازات زندان با مجازات‌های جایگزین در پیشگیری از تکرار جرم. تهران: موسسه فرهنگی نگاه بینه.
- ۱۳- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴). قواعد فقه، ج ۴. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۱۴- موذن زادگان، حسنعلی (۱۳۷۳). حق دفاع متهم در آیین دادرسی کیفری و مطالعه تطبیقی آن». رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس.
- ۱۵- موذن زادگان، حسنعلی (۱۳۹۱). نقش توبه در سقوط مجازات از دیدگاه قرآن کریم و حقوق کیفری، سایت راسخون، www.rasekhoon.com
- ۱۶- موذن زادگان، حسنعلی (۱۳۸۰). نقد و بررسی قرار بازداشت موقت در قانون دادرسی ۱۳۷۸. مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۴.
- ۱۷- ناصر زاده، هوشنگ (۱۳۷۳). آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات آگاه.
- ۱۸- نوذر پور، علی (۱۳۷۰). آیین فصل در جامعه عشیره‌ای عرب ساکن خوزستان. مجله رشد علوم اجتماعی، شماره ۸، ص ۴۴.
- ۱۹- هوارد، زهر (۱۳۸۳). عدالت ترمیمی. ترجمه حسین غلامی. تهران: انتشارات مجد.
- ۲۰- یورگ آلبرشت، هانس (۱۳۹۵). تورم جمعیت زندان‌ها در جستجوی کارآمدترین راه حل‌ها ترجمه و تحقیق دکتر محمد علی اردبیلی و سایر محققین. تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴

صص ۱۷۶-۱۵۹

بررسی تطبیقی جنگ روانی از دیدگاه فقه امامیه و عامه

سیدحسین چاوشی^۱، دکترسیدمحمد مهدی احمدی^{۲*}

۱- دانشجوی دکترای فقه ومبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم

۲- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم

چکیده

جنگ روانی با توجه به پیشرفت چشمگیرکه درحوزه تکنولوژی بخصوص در عرصه فناوری ارتباطات بوجوامده است، امروزه به مهمترین ابزاری در خدمت منافع و مصالح نظام های استکباری تبدیل شده است. جنگ روانی گرچه به قدمت تاریخ جنگ‌های بشردارد، در عصرحاضر از جهت ابعاد، ماهیت و پیچیدگی، تفاوت پیدا کرده است. گفتنی است که بالاترین هنر در زمان جنگ، پیروزی در نبرد رودررو نیست، بلکه وادار به تسلیم نمودن دشمن بدون خشونت و خونریزی است و جنگ روانی می‌تواند در فاصله زمانی کوتاه، موجب برهم خوردن نظم اجتماعی در یک کشور و از بین رفتن استقلال آن ودر نتیجه تسلیم در برابر دشمن شود. امروزه بیش از گذشته، جنگ روانی از اهمیت بالای برخوردارگردیده و در قالب‌های مختلف صورت می‌گیرد. و با توجه به اهمیت این موضوع در شرایط فعلی، در این نوشتار به جنگ روانی پرداخته شده و ابعاد آن از منظر فقه امامیه و عامه مورد کنکاش و بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: جنگ روانی، فقه، خدعه، شایعه، ادله جنگ روانی، اختلال نظام.

* نویسنده مسئول ahmadi@gmail.com

مقدمه

پس از پیشرفت روز افزون فناوری ارتباطات و گسترش چشم گیر علم و تکنولوژی، حوزه عملکرد ارتباطات جامعه‌ی جهانی متنوع شد و به تبع آن دگرگونی که حول محور فناوری ارتباطات بوقوع پیوسته است، زمینه ساز تغییر فناوری، از فناوری صنعتی به فناوری اطلاعاتی و جنگی گردید. از این رو، امروزه فناوری‌های ارتباطی و اطلاعاتی جهت تأثیرگذاری بر روح و افکار ملت‌ها به عنوان مهمترین ابزار قدرت ملی کشورها، مطرح شده است. امروزه با توجه به پیشرفت فناوری‌های ارتباطی و نوآوری‌های در حوزه استراتژی‌های تهاجمی و دفاعی، دگرگونی‌های چشمگیری در نحوه جنگیدن حاصل و نیز متنوع و پیچیده شده و استفاده از جنگ افزارها و تسلیحات نظامی نیز تغییر ماهیت پیدا کرده و به تقابل در عرصه روح و روان ملت‌ها کشیده شده است که امروزه به چنین تقابلی جنگ روانی گفته می‌شود.

جنگ روانی قوی‌تر از هر نوع بمب و جنگ سخت‌افزاری و نظامی است. چه بسیار نبردهایی که به وسیله حربه‌های روانی به پیروزی رسیده‌اند و چه بسیار نیروهای توانمند نظامی و سیاسی که به وسیله جنگ روانی شکست خورده‌اند. با بیان اهمیت این موضوع در شرایط حاضر، لازم است این مسئله نوپیدا را از ابعاد مختلف موردکنکاش قراردسیم متأسفانه این بحث در بین منابعی که پیرامون جهاد و جنگ در اسلام نوشته شده غریب است و کسی بدان نپرداخته است. و با توجه به غنای این بحث در قرآن، روایات اسلامی و بعضا منابع فقهی، منزلتی که در ترسیم استراتژی جنگ با دشمنان دارد، بحث مستقلاً را می‌طلبد. این نوشتار صرفاً در پی آن است که به تبیین جواز یا عدم جواز جنگ روانی به عنوان پدیده مبتلا به روز از منظر فقه امامیه و عامه بپردازد. بررسی این موضوع باعث می‌شود تا انعطاف و قابلیت فقه اسلامی در قبال مسائل و موضوعات مستحدثه‌ی فقهی، بیش از پیش بر همگان آشکار گردد. باشد که با این گونه مباحثات کاربردی، گامی اولیه برای نمایان ساختن توان و ظرفیت عظیم فقه اسلامی در پاسخگویی به مسائل پیچیده و مبتلا به فقهی، برداشته شود.

مفهوم شناسی

الف: لغت

جنگ در لغت به معنای جدال و قتال، کار و زار و نبرد، پیکار، و رزم آمده است (خدا پرستی، ۱۳۸۵ ش ۲۵۳) در اصطلاح آزمون نیرو با استفاده از اسلحه، بین ملت‌ها (جنگ با نیروهای خارجی) یا گروه‌های رقیب در داخل کشور (جنگ داخلی) (آلن بیرون، ۱۳۸۰ ص ۴۴۹). مبارزه مسلحانه بین کشورها یا مردم یک کشور برای رسیدن به اهداف سیاسی و اقتصادی (آقا بخشی، ۱۳۸۹ ش ۲۴۶). گاستون بوتول جامعه-شناس معاصر فرانسوی در باب تعریف جنگ گفته است: مبارزه مسلحانه و خونین بین گروه‌های سازمان یافته. (متفکر، ۱۳۸، ۱۷) استفاده طراحی شده از تبلیغات و ابزارهای مربوط به آن برای نفوذ در خصوصیات فکری دشمن، با توسل به شیوه‌هایی که موجب پیشرفت مقاصد امنیت ملی شود. (جان ام کالینز، ۱۳۷۰، ص ۴۷۸) استفاده برنامه‌ریزی شده از تبلیغات به وسیله عوامل آشکاری همچون رادیو، تلویزیون، مطبوعات و ... عوامل پنهانی مانند، شایعه به منظور تحریف عقاید، تضعیف روحیه و بی‌اعتبار کردن انگیزه‌ها و کاستن از اقتدار حکومت مخالف می‌باشد. (متفکر، ۱۳۸۶، ص ۱۸)

واژگانی چون: کید، غدر، مکر و خدعه معانی متفاوتی دارند. کید سعی در ضرر رساندن به دیگری به صورت حيله کردن معنا شده است (طریحی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۹) غدر به هر نوع عملیات ناجوانمردانه گفته می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ ذیل واژه غدر) مکر به معنای تدبیر برای ضرر رساندن (مصطفوی، ۱۳۶۰، ص ۱۴۳) و یا حيله‌گری در نهان آمده است (ابن منظور ۱۴۱۴ ق، ص ۱۸۳) منصرف کردن غیر، از تصمیم خودش به وسیله نیرنگ (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۷۷۲). معادل مکر در فارسی به معنای فریب و نیرنگ است. (دهخدا، ۱۳۷۳ ص ۱۸۸۹۱) مکر در اصطلاح به معنای جستن راه‌های پنهان برای آزار رساندن به مردمان است (نراقی، ۱۳۷۰، ص ۲۴۶) مکر در قرآن درباره خداوند مطرح شده است (آل عمران ۵۴/ انفال ۳۰/ اعراف ۹۹) و از این رو برخی مکر را درقرآن به معنای تدبیر و تقدیر دانسته‌اند (قرشی، ۲۶۵: ۱۳۷۱) رونالد پروس، واژه معادل برای جنگ روانی ذکر کرده که گروه‌ها و افراد مختلف بکار

می‌برند. برخی از آن‌ها عبارتند از: جنگ افکار، جنگ اعصاب، جنگ سیاسی، جنگ تبلیغاتی، جنگ کلامی، مبارزه اطلاعاتی، جنگ کلمه، عقیده (نصر، ۱۳۸۱، ص ۸۹ و ایلخانی‌پور؛ ۱۳۸۳، ص ۸). برخی جنگ سرد را نیز مرادف با این اصطلاح می‌دانند؛ اما گروهی این دو را متفاوت با همدیگر دانسته و قائلند که اگر تبلیغات برای پیشبرد عملیات نظامی باشد، جنگ روانی است و اگر برای پیشبرد اهداف سیاسی متکی به قدرت نظامی باشد، جنگ سرد است (متفکر، ۱۳۸۶، ص ۱۹) واژه حیل، جمع حیل، از ریشه عربی حول به معانی مختلف از جمله قدرت بر تصرف، توانایی، جودت نظر و زیرکی است (زبیدی، ۱۴۱۴/۱۹۹۴، ص ۳۶۶)

فقه از نگاه لغت دارای معانی ذیل است: «العلم فی الدین (فراهدی، ۱۴۱۰، ص ۳۷۰). علم در باره دین است: «هو التوصل الی علم غایب بعلم شاهد، فهو اخص من العلم. (راغب، ۱۴۱۲، ص ۶۴۲ طریحی، ۱۳۷۵، ص ۳۵۵) به معنای درک و فهم: «العلم بالشیء والفهم له. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۵۲۲) دانستن چیزی و فهم آن، مهارت و هوشیاری (مهیار، بی تا و بیجا ص ۱۰۸). در کتاب قاموس به معنای فهمیدن آمده است. (قرشی، ۱۳۷۱، ص ۱۹۷)

روان در لغت عبارت است از روح انسانی (بطور اخص) که مقابل جان، روح مطلقا آمده است (معین ۱۳۶۳، ص ۷۵۷). در اصطلاح روانشناسی یعنی شناختن روان یا ذهن، چون نمی‌توانیم از فرایند ذهنی دیگران یعنی از آنچه در درون مغز دیگران اتفاق می‌افتد شناخت مستقیم داشته باشیم به اجبار باید عملکرد آن‌ها یا به سخن دیگر، رفتار آن‌ها را در نظر بگیریم. (گنجی، ۱۳۸۸، ص ۴) روانشناسی اجتماعی: «حوزه‌ای علمی که در جستجوی درک ماهیت و علل رفتار و افکار فرد در موقعیت‌های اجتماعی است. (رابرت بارون و دیگران، ۱۳۸۹، ص ۷)

جنگ روانی در اصطلاح همان جنگ کلمه و عقیده است، خواه به صورت مخفی باشد یا آشکار، شفاهی باشد یا کتبی؛ اساسا سلاحی است که به انسان و عقل او توجه دارد و هرگاه امکان برقراری ارتباط عاطفی با مخاطب را داشته باشد، می‌توان به اعماق وجود او نفوذ کرد. (نصر، ۱۳۸۱، ص ۹۵-۹۶) تلاش و کوششی است نظامدار و برنامه‌ریزی شده برای تخریب یا تضعیف روحیه حریف یا دشمن. (کریمی، ۱۳۷۲، ص ۱۸۳) کلاوزویتس در این باره گفته است: «جنگ عمل خشونت‌آمیزی است به قصد اینکه دشمن را واداریم به اراده ما گردن نهد (جمالی و دیگران، ۱۳۸۶، ص ۱۳۹). از تعاریف بالا بدست می‌آید که جنگ اقدام مسلحانه، استفاده از اسلحه همراه با خشونت بوده است و اما جنگ روانی رفتاری است بدون خشونت و بطور غیر آشکار. جنگ روانی از جمله مفاهیمی است که در چند دهه اخیر، وارد ادبیات سیاسی و ارتباطی شده است در باب تعریف جنگ روانی دایره المعارف بریتانیا چنین می‌نویسد: «فرایند بهره بر داری صحیح و طراحی شده از تبلیغات که هدف اصلی آن نفوذ در عقاید، احساسات، عواطف، تمایلات و رفتار مخاطبان و تأثیرگذار بر آنان، به منظور پیروزی در جنگ و تسلیم کامل نیروهای دشمن و تضعیف روحیه آنان است. (سایت بریتانیکا، افتخاری، ۱۳۹۳: ۴۳-۴۰). در تعریف مشابه در این باره آمده است: جنگ روانی استفاده دقیق از تبلیغات و دیگر اعمالی است که هدف اصلی آن تأثیرگذاری بر عقاید، احساسات، انگیزه‌ها و رفتار دشمن، افراد بی طرف یا دوست، به نحوی که عامل پشتیبانی برای برآوردن مقاصد و اهداف ملی باشد (ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۲۵)

در تعریف دیگر آمده است: «استفاده طراحی شده از تبلیغات و ابزارهای مربوط به آن، برای نفوذ در خصوصیات فکری دشمن، با توسل به شیوه‌هایی که موجب پیشرفت مقاصد امنیت ملی شود» (کالینز، جان، ام، استراتژی بزرگ، ترجمه کورش بابندر، تهران، دفتر مطالعات وزارت خارجه، ۱۳۷۰، ص ۴۷۸)

امروزه جنگ روانی واژگان هم خانواده‌ای دارد و یکی از آن‌ها عملیات روانی بوده است. عملیات روانی عبارت است از: فرایند ارتباطی که در آن دو طرف شرکت نمایند یکی از آن‌ها و یا هر دو می‌کوشند تا با تأثیر گذاشتن بر افکار، عواطف و تمایلات طرف دیگر، او را به انجام رفتاری مطابق خواست خود وادار کنند. (افتخاری، ۱۳۹۳، ص ۶۸۳).

دو نوع جنگ

الف_ جنگ سخت

نوعی اعمال قدرت سخت است و قدرت سخت عبارت است از فشارهای نظامی و اقتصادی ملموس برای وادار کردن دیگران به تغییر موضع. (اسکندری، ۱۳۸۹: ۵۷). در تعریف جنگ روانی، آمده است: «استفاده طراحی شده از تبلیغات و ابزارهای مربوط به آن برای نفوذ در خصوصیات فکری دشمن، با توسل به شیوه‌هایی که موجب پیشرفت مقاصد امنیت ملی شود» (کالینز، ۱۳۷۰، ص ۴۷۸)

ب_ جنگ نرم

جنگ نرم شامل هرگونه اقدام روانی و تبلیغات رسانه‌ای می‌شود که جامعه یا گروه هدف را نشانه می‌گیرد و بدون درگیری نظامی و گشوده شدن آتش، رقیب را به انفعال یا شکست وامی‌دارد (کالینز، ۱۳۷۰، ص ۵۹). جنگ نرم، اصطلاحی که در سال‌های اخیر مطرح گردیده و برای اولین بار توسط جوزف نای نظریه‌پرداز آمریکایی در اواخر دهه ۱۹۸۰م مطرح شد (جوزف نای، ۱۳۸۸، شماره ۲۱، ص ۱۲۸) تفاوت جنگ نرم و جنگ سخت (لطیفی، ۱۳۸۹ ص ۹۴)

جنگ نرم فرامنطقه‌ای است. جنگ سخت محدود به جغرافیای خاصی است.

جنگ نرم بی‌سر و صدا عمل می‌کند، جنگ سخت پر سر و صدا و همراه با غرش لاج‌های رزمی است.

جنگ نرم دامنه‌ای گسترده دارد و همه اقشار جامعه را هدف می‌گیرد، جنگ سخت دامنه اش نوعاً محدود به نظامیان و نیروهای رزمی است.

جنگ نرم شیوه‌ها و ابزارهای آن گوناگون، گسترده، ظریف و کم هزینه است، در جنگ سخت شیوه‌های آن، محدود و پرهزینه است.

جنگ نرم تلفاتش تدریجی و نامحسوس است و احساس برانگیز نیست، در جنگ سخت تلفاتش یکباره، محسوس و احساس بر انگیز است (آخوندی، ۱۳۹۲ ص ۱۹)

ویژگی‌های جنگ نرم

ماهیت جنگ بسیار پیچیده است از این رو از ویژگی‌های خاصی برخوردار است مانند:

جنگ نرم در پی تغییر قالب‌های ماهوی باور، ارزش‌ها و رفتارهای جامعه‌ی هدف و ساختار سیاسی آن است. مرموز، آرام، تدریجی، خزنده زیرسطحی، نامحسوس و رمز آلود است. جذاب و استخدماگر. دشمن در جنگ نرم با ایجاد جاذبه کاذب، چنان عمل می‌کند که نیروهای درون جامعه هدف، خواسته یا ناخواسته، در استخدام کارگزاران اصلی جنگ نرم در آمده و به آن شدت بیشتری می‌بخشد. محرک افکار و عواطف. مهندسان جنگ نرم می‌کوشند با نماد سازی، اسطوره آفرینی و خلق ارزش‌های نوپدید، در افکار و باورهای کشور هدف نفوذ کنند و با تحریک عواطف و احساسات، بسترهایی را برای خلق بحران فراهم آورند (آخوندی، ۱۳۹۲ ص ۲۱).

فرق جنگ روانی با عملیات روانی

میان جنگ روانی با عملیات اختلاف وجود دارد و تقریباً کار برد و تأثیر متفاوتی دارند که در این فرصت از نوشتار به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد:

۱- جنگ روانی عبارت است از تبلیغات طرح‌ریزی شده و سایر اقدامات روانی که بقیه منظور نفوذ در عقاید، احساسات، و حالات و رفتار گروه‌های مورد نظر از آن استفاده می‌شود و اصولاً جنگ‌های روانی، هدف‌های ملی را در زمان جنگ پشتیبانی می‌کند.

اما عملیات عبارت است از جنگ‌های روانی و دیگر فعالیت‌های روانی و اعمال سیاسی، نظامی، اقتصادی و ایدئولوژیکی که به منظور ایجاد زمینه مساعد در احساسات، حالات و رفتار گروه‌های مورد هدف (دوست، بیطرف، دشمن) به منظور نیل به هدف‌های ملی طرح‌ریزی و اجراء می‌گردد. (متفکر، ۱۳۸۵ ص ۲۰ نبرد مخصوص، ۱۳۶۵، ص ۳۲)

تفاوت جنگ روانی با جنگ سرد.

اصطلاح جنگ سرد را برای اولین بار والتر لیپمن مفسر آمریکایی در سال ۱۹۴۹م در روزنامه هرالدتربون در پاسخ مقاله جرج کنان، سفیر وقت آمریکا در مسکو، درباره جلوگیری از نفوذ شوروی به کاربرد (سعادت‌مند، ۱۳۴۶، ص ۱۴) و نیز در تعریف جنگ سرد گفته‌اند: «حالت تضاد سیاسی و اقتصادی یا ایدئولوژیکی دو دولت که با جنگ شدید تبلیغاتی توأم است (آشوری، ۱۳۵۴ش، ص ۷۵). در جنگ سرد دولت‌ها از به کار بردن نیروهای نظامی و دست زدن به نبرد مسلحانه علیه یکدیگر خودداری می‌کنند در حالی که جنگ روانی شامل تبلیغاتی می‌شود که هدف آن دشمن است. افزون بر این، در جنگ روانی از قوای ارتش نیز استفاده می‌شود تا بیشترین تأثیر را بر اراده دشمن بگذارد (صفوی، ۱۳۴۱ش، ص ۴۰).

فرق جنگ سخت با جنگ نرم.

جنگ نرم به کارگیری ابزارهای فرهنگی است برای نفوذ به دشمن: «جنگ نرم یعنی جنگ به وسیله ابزارهای فرهنگی، به وسیله نفوذ، به وسیله دروغ، به وسیله شایعه پراکنی جنگ نرم یعنی ایجاد تردید در دل‌ها و ذهن‌های مردم (سخنان مقام معظم رهبری ۱۳۸۸/۹/۴). جنگ نرم با اندیشه و دل انسان‌ها کار دارد. نبرد نرم‌افزاری است که هر کس در آن پیروز شد، به فتح الفتوح دست یافته است (آخوندی، ۱۳۹۲ص ۳۵).

اهداف جنگ روانی

در اسلام استفاده از هر ابزاری برای تحقق اهداف، مشروعیت نداشته و به تعبیر دیگر، هدف وسیله را توجیه و مشروع نمی‌کند به عنوان نمونه شیخون زدن گرچه در نگاه نخست، تا کتک رمزی است به نظر می‌رسد جنبه روانی آن، گسترده‌تر و غالب‌تر باشد. نیز همینگونه است وضعیت تهیه سلاح‌های کشتار جمعی و مسموم کننده. اما تأمین، نگهداری و استفاده از این ابزارها در نگاه فقه اسلامی بخصوص فقه امامیه محل اشکال است. صلاح نصر به نقل از کتاب «جنگ سیاسی راهنمای همزیستی رقابت‌آمیز اثر جان اسکات؛ هدف اساسی جنگ سیاسی را ضعیف کردن دشمن و در صورت امکان، نابود کردن وی بوسیله مانورهای دیپلماتیک، فشار اقتصادی، ارباب، خرابکاری، دادن اطلاعات درست یا نادرست و محروم ساختن دشمن از دوستان و حامیان، می‌داند (نصر، ۱۳۸۱: ۸۹).

تهدید و ارباب

امروزه در دنیا بخصوص غرب، بمباران هوایی مناطق مسکونی جهت ایجاد رعب و وحشت و استفاده از انواع تبلیغات صوتی و تصویری برای به زانو درآوردن طرف مقابل، امری بدیهی و پیش‌پافتاده است، و خود پایه یکی از استراتژی‌های استکبار را در قرن حاضر تشکیل می‌دهد. در واقع همانطور که در جنگ‌ها، مسلمین از جهت مقصد و انگیزه با مخالفین خود تفاوت دارند از جهت استخدام وسائل در راستای وصول به پیروزی و هدف نیز، متفاوتند. چرا که کاربرد وسایل ناجوانمردانه با هدف آن‌ها که نشر فضیلت است، منافات دارد. برخلاف آنکه بنی امیه و در راس آن‌ها معاویه نمونه عینی مکتب ماکیاولیسم می‌باشد ولی مسلم بن عقیل به عنوان رزمنده‌ای مسلمان و نایب حضرت امام حسین (ع) حاضر نیست با وجود آنکه شرایط کاملاً فراهم است، عبیدالله ابن زیاد را در خانه هانی ابن عروه، غافلگیرانه بکشد و می‌گوید: «انا اهل بیت نکرالغدر» (مطهری، ۱۳۶۶، ص ۱۱۸) از دیرباز حربه‌ی تهدید در برابر انبیاء و صالحان تاریخ به شیوه‌های گوناگون مورد استفاده قرار می‌گرفته است. و امروزه بیش از گذشته از حربه‌ی تهدید استفاده می‌شود که ذیلاً به چند نمونه آن اشاره می‌گردد:

الف) تهدید به تبعید و آوارگی

از جمله شیوه‌های که ستمگران از آن علیه مستضعفان به عنوان ضربه روحی استفاده کرده و می‌کنند، تهدید به تبعید و آوارگی است. قرآن کریم در این مورد می‌فرماید: «وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِرُسُلِهِمْ لَنُخْرِجَنَّكُمْ مِنْ أَرْضِنَا أَوْ لَتَعُوذُنَّ فِي مِلَّتِنَا. (ابراهیم / ۱۳) کافران به رسولانشان گفتند: دست از این دعوی بردارید و گرنه شما را از شهر خود بیرون می‌کنیم، مگر اینکه به آیین ما برگردید. نیز قرآن درآیه دیگری می‌فرماید: «اگر به مدینه مراجعت کردیم باید [اربابان] عزت و ثروت، خوارشدگان را از شهر بیرون کنند». (منافقون: ۸)

ب) تهدید به قتل و مثله شدن

از دیگر شیوه‌های نظام سلطه، تهدید به کشتن مخالفین خود بوده است. فرعون ساحران را بعد از ایمان آوردنشان به حضرت موسی(ع)، تهدید به قتل و مثله شدن نمود تا از طریق این تهدید آنان را مطیع خود سازد و از ایمانشان برگرداند؛ چنان که قرآن کریم از زبان او می‌فرماید: «لَأَقْطَعَنَّ أَيْدِيَكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ مِنْ خِلَافِ ثُمَّ لَأَصْلَبَنَّكُمْ أَجْمَعِينَ». (اعراف: ۱۲۴) حتماً دست‌هایتان و پاهایتان را خلاف یکدیگر قطع خواهم کرد. سپس همه شما را به دار خواهم کشید. در این آیه تهدید به قتل از سوی دشمنان به بدترین شکل ممکن؛ یعنی تکه تکه کردن و سپس کشتن آمده است. این جمله تنها خبر دادن از آینده نبود؛ بلکه عملیات جنگ روانی به واسطه تهدید به عذاب و مثله کردن بود تا برگردند و تسلیم شوند. (فضل الله، ۱۴۱۹: ۲۱۱)

جنگ روانی در آئینه نگاه فقه امامیه و عامه

ابزارها و شیوه‌های که بیانگراستفاده از جنگ روانی در عرصه‌ی نبرد با دشمن باشد، در برخی از متون روایی و فقهی امامیه و عامه به چشم می‌خورد که هرکدام قابل توجه بوده است و ذیلاً این موضوع از منظر فقه امامیه و عامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف: از منظر امامیه

از منظر فقه امامیه، جنگ بطور کلی و جنگ روانی بطور خاص، مقوله‌ای است غالباً حکومتی که بر عهده حاکم شرع می‌باشد و اما در دنیای غیراسلامی برعهده و مسئولیت دولت های رسمی و قانونی می‌باشد. مفهوم جنگ آنچه که در ذهن یک مسلمان تداعی می‌کند با آنچه که در ذهن غیرمسلمان و ساکن در غرب می‌آید، تفاوت فاحشی وجود دارد و از این رو نمی‌توان برای این موضوع، چارچوب و شاخص که در جهان غرب مطرح می‌سازند، پیدا کرد و مانند دستورات عملی و دینی در حوزه معارف اسلام چون روزه و نماز... یک نوع حکمی ثابت و تغییرناپذیر صادر نمود که ادله آن در منابع فقهی وجود دارد و با استنباط و استخراج آن توسط فقها، بدست می‌آید.

گرچه بطور مشخص در متون فقهی و کلام فقها، تعبیر جنگ روانی به کار نرفته است، با توجه به جنگ روانی و اهداف و ضرورت آن در شرایط فعلی، می‌توان این مسئله مهم را مورد بررسی و کنکاش فقهی قرار داد. گفتنی است که عناصر تشکیل‌دهنده جنگ روانی از جمله مقولاتی هستند که فقهای امامیه در متون فقهی بدان توجه داشته‌اند و آن را از ابعاد و زوایای مختلف بررسی فقهی نموده و جایز دانسته‌اند. (سبزواری، ۱۴۱۳ ق ص ۱۲۷) یکی از مستندات جواز جنگ روانی استفاده از نیرگ در عرصه جنگ روانی است که به این مضمون از امام باقر (ع) نقل شده است که امیر مومنان (ع) فرمود: «است. شنیدم پیامبر در روز قندق فرمود: جنگ خدعه است و اینکه هر چه می‌خواهید بگوئید (طوسی، ۱۴۰۷ ص ۱۶۲ و ۱۶۳) علامه حلی، صاحب جواهر، محقق سبزواری با توجه به این روایت به جواز جنگ روانی فتوا داده‌اند. (حلی، بی تا ص ۶۰ و سبزواری ۱۴۱۳ ق ص ۱۶۲)

خدعه نیز از واژگانی است که با جنگ روانی مرتبط است و معنای شبیه مکر دارد (لسان العرب ... ص ۶۳) و این واژه پنج بار در قرآن بکار رفته است (بقره/۹، نساء/۱۴۲، انفال/۶۲). در لغت به معنای «مایخدع به» آمده است. یعنی آنچه به وسیله آن خدعه ورزیده می‌شود که عبارت از «مکر و حیله و فریب» است. (قاموس المنجد، ماده خدع) به معنای مخفی کردن موارد که شأن آن ظاهر کردن است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۷۰) در روایات در سه مورد دروغ جایز شمرده شده است. به عنوان نمونه این روایت می‌گوید: «ثلاثة يحسن فيهن الكذب المكيدة في الحرب و عدتك زوجتك والاصلاح بين الناس برخی از فقهای امامیه به این روایت در جواز جنگ روانی استناد کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲۱ و امام خمینی ۱۴۱۵: ۱۱۶) در فقه اسلامی، خدعه در جنگ جایز است. علامه حلی در کتاب‌های تذکره و منتهی بر این مطلب، ادعای اجماع نموده است. (نجفی، ۱۳۶۲: ۸۰)

علامه حلی در تذکره الفقها می‌نویسد: خدعه در جنگ جایز است و مبارز می‌تواند رقیب خویش را با توسل به خدعه فریب دهد و به قتل برساند و این مسئله اجماعی است. شیخ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر) پس از اشاره به عدم جواز غدر، خدعه در جنگ را جایز می‌داند و معتقد است: در «تذکره» و

«منتهی» بر این امر اجماع شده است (نجفی، ۱۳۶۲ ص ۷۹). حضرت علی (ع) حدیث پیامبر اکرم (ص) را که به یاران خویش فرموده بود: «غَيِّرُوا الشَّيْبَ وَ لَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» (ابن ابی الحدید، ج ۱، ۱۸، ۱۹۶۷ ص ۱۲۲) خضاب کنید و مانند یهودیان نشوید، مخصوص زمان پیغمبر می‌دانست و معتقد بود این دستور، تاکتیک جنگی بود که دشمن نگوید اینها یک عده پیر و سالخورده هستند؛ یک حيله جنگی بود که رسول اکرم (ص) به کار می‌برد. ولی امروزه هر که بخواهد خضاب کند و هر که نخواست خضاب نکند (مطهری، ۱۳۹۰ ص ۳۰ - ۲۹).

اما برخی از فقهای امامیه بر این باورند که غدر در جنگ جایز نیست و به این روایت استناد کرده‌اند: «صاحب جواهر روایت دیگری را از امام صادق (ع) نقل می‌کند. در این روایت، سائل از امام (ع) می‌پرسد: اگر دو گروه از اهل حرب که هر کدام حاکم جداگانه‌ای دارند، به جنگ بپردازند سپس صلح کنند بعد یکی از حاکمان نسبت به دیگری غدر کند، یعنی مثلاً نزد مسلمانان بیاید و بخواهد با آنها پیمان ببندد که با رقیبش به جنگ بپردازند، حکم این مسئله چیست؟ حضرت فرمودند: لا ینبغی للمسلمین ان یغدرُوا و لا یامروا بالغدر و لا یقاتلوا مع الذین غدروا. (نجفی، ۱۳۶۲، ص ۷۹). برای مسلمانان غدر و امر به غدر، همچنین همکاری با کسانی که غدر کرده‌اند، جایز نیست. بنابراین با توجه به اینکه غدر در واقع خیانت و نیرنگ است و عملی قبیح و غیر انسانی شمرده می‌شود، در دین منع شده است. حضرت علی یکی از علائم انسان‌های صادق را اجتناب از غدر دانسته است. (مجلسی، ۱۴۰۳ ص ۱۲۰)

ب: از منظر عامه

در حوزه نگاه فقهی اهل سنت استفاده از حيله و نیرنگ در عرصه‌ی رویارویی با دشمن جایز شمرده شده است زیرا از منظر اهل سنت این روش به خاطر پیشگیری از شکست و چاره‌جویی برای نیل به هدف بوده است. در این نگاه حيله به معنای نخست (معنای عام)، برخلاف معنای خاص آن، هم چاره‌جویی‌های مثبت را در برمی‌گیرد و هم چاره‌جویی‌های منفی و آمیخته با مکر و فریب را. در متون دینی (قرآن و احادیث)، کاربرد واژه حيله یا حیل به معنای عام و حتی در معنای چاره‌جویی مثبت و مجاز کم شمار نیست؛ مثلاً مفسران اهل سنت مفهوم عبارت «لا یستطیعون حیلَهُ» را، در تنها آیه قرآن که این واژه در آن به کار رفته است، (ابن قیم ۱۹۷۳ ص ۲۴۰) اِیسار و ناتوانی از رهایی دانسته‌اند (قرطبی، ۱۹۸۵/۱۴۰۵، ص ۸۹). در احادیث اهل سنت هم موارد متعددی از این نوع کاربرد را می‌توان یافت که فرائز از حوزه جنگ با دشمنان بوده است که برای حل مسائل دشوار دینی و شرعی به حيله تعبیر شده است (بحیری، صابری، مشهد ۱۳۷۶ ش. ص ۱۲۲ بخاری ۱۹۸۱/۱۴۰۱، ص ۵۹، بوسیش، ۲۰۰۵/۱۴۲۶، ص ۸۳-۸۴).

هر چند واژه حیل در متون فقهی به وفور به کار رفته و اصطلاح شده است، معنای اصطلاحی آن در مذاهب و منابع فقهی همسان نیست. بسیاری از فقها، به ویژه حنبلیان که حیل شرعی را نپذیرفته‌اند، مراد از حیل را مفهوم منفی آن یعنی «کاربرد وسایل و شیوه‌های پنهان به قصد حلال کردن حرام الهی یا ساقط کردن واجبات» شمرده‌اند. (ابن قدامه، ۱۹۸۳/۱۴۰۳، ص ۵۱۳، ۱۹۸۳. ابن تیمیه، ج ۱، ۱۹۹۸/۱۴۱۸ ص ۲۴۷-۲۴۸) در مقابل، بسیاری از حنفیان حیل را به گونه‌ای مثبت یعنی «چاره‌جویی برای رهایی از تنگناهای شرعی» یا «روش‌های رهایی از حرام و دستیابی به حلال» تعریف کرده‌اند. (سرخسی، ۱۴۰۶/۱۹۸۶ ص ۲۱۰. ابن عابدین (محمد بن محمد امین)، حاشیه قره عیون الاخیار، ج ۸، ص ۴۵۷، چاپ افسر بیروت ۱۳۹۹) به نظر برخی مؤلفان، سبب بسیاری از اختلاف دیدگاه‌ها درباره موضوع حیل، مطرح نشدن تعریفی جامع و فراگیر از آن در منابع فقهی مذاهب مختلف است.

در متون فقهی عامه، مراد از حيله در معنای عام، چاره‌جویی و به کار بردن شیوه‌های پنهانی است که برای رسیدن به هدف استفاده می‌شود، و شناخت آن به نوعی زیرکی و تیزبینی نیاز دارد. معنای خاص حيله، که در میان عامه مردم هم شهرت دارد، روش‌هایی مخفی است که برای اغراض ناپسند و نکوهش شده در شرع یا عرف استفاده می‌شود که به نظر برخی، این کاربرد در متون دینی هم رایج است.

از تبیین واژه حيله و کار برد و قلمرو آن و نیز تحلیل اهل سنت از گستره مفهوم حيله، بدست می‌آید که ایشان جنگ روانی را در بسیاری از موارد جایز می‌دانند و در مباحث فقهی خود با استفاده از بعضی از کلمات و اصطلاحات که مفهوم جنگ روانی را می‌رساند، به این مهم اشاره کرده‌اند.

عدم جواز غدر از منظر اهل سنت

اما برخی از بزرگان عامه، استفاده از روش حيله را در جنگ جایز نمی‌دانند و بر این باورند که: «در سیره پیامبر اکرم (ص) غدر، خیانت و نیرنگ وجود نداشت. از آن حضرت روایت شده که فرد خیانتکار و «غادر» در روز قیامت با پرچمی که دارد شناخته می‌شود. (ابن حنبل، ج ۲، ۱۴۱۷ ص ۶) در سیره آن حضرت موارد متعددی وجود دارد که یاران خویش را از غدر منع کرده است (یعقوبی، ج ۲، ۱۳۳۴ ش ص ۷۷ واقدی، ج ۲، ۱۴۰۹ ص ۷۵۷ ابن‌هشام ج ۲، ۱۳۵۵ ق ص ۶۳۲) پس از صلح حدیبیه پیامبر اکرم (ص) با توجه به پیمانی که با قریش در حدیبیه بسته بود، به ابوبصیر که از مکه فرار کرده و به مدینه آمده بود، فرمود: «در دین ما غدر درست نیست تو باید به مکه باز گردی. (واقدی، ج ۲، ۱۴۰۹ ص ۶۲۵؛ ابن‌هشام، ج ۲، ۱۳۵۵ ق ص ۳۲۳. ابن‌سعد، ج ۴، ۱۹۶۸ م ص ۲۱۵)؛ نیز، پیامبر اکرم (ص) حاضر نشد اموالی را که مغیره بن شعبه با کشتن خائنانه عده‌ای از مشرکان به دست آورده بود، بگیرد، و معتقد بود کار مغیره غدر است و در غدر و خیانت، خیری نیست. (ابن‌سعد، ج ۴، ۱۹۶۸ ص ۲۱۵). آن حضرت پس از صلح حدیبیه و اعتراض عمر بن خطاب که صلح با قریش را مذلت و خواری می‌دانست، شکستن آن پیمان را مصداق غدر معرفی کرد. (واقدی، ج ۲، ۱۴۰۹ ص ۶۲۵؛ ابن‌هشام، ج ۲، ۱۳۵۵ ق ص ۳۲۳).

حيله و کار برد آن در فقه عامه

پیشینه مبحث حيله در احکام فقهی به عصر پیامبر اکرم صلی الله علیه وآله و سلم و حضرت علی علیه السلام بازمی‌گردد، مثلاً می‌توان این حدیث نبوی که جنگ، فریب و خدعه است (الحربُ خُدْعَةٌ) و نیز توره پیامبر و صحابیان را از ادله تجویز حیل از نوع منفی در شرایط خاص به شمار آورد. (بخاری، چاپ محمد ذهنی افندی، ۱۹۸۱/۱۴۰۱ ص ۲۴، سرخسی، ج ۳۰، ۱۹۸۶/۱۴۰۶ ص ۲۱۳).

کهن‌ترین اثر موجود درباره حیل در فقه اسلامی کتاب المخارج فی الحیل محمد بن حسن شیبانی (متوفی ۱۸۹)، فقیه مشهور حنفی، است. (محمد بن ابراهیم، ج ۱، ۹۸۳ ص ۳۵) البته گاه ابو حنیفه (متوفی ۱۵۰) صاحب کتابی درباره حیل معرفی شده و کتاب شیبانی به او منسوب گردیده و گفته شده که او به این سبب امام اهل حیل خوانده شده است. (غیب غلامی هرساوی، ۱۴۲۰/۲۰۰۰ ص ۵۵) همچنین برخی، ادعا کرده‌اند که این کتاب اثر شیبانی نیست و شاید گردآورده برخی وراقان بغداد باشد.

حتی نقل شده که شیبانی خود، این کتاب را اثر خویش ندانسته است (سرخسی، ج ۳۰، ص ۲۰۹، بیروت ۱۴۰۶/۱۹۸۶ ص ۲۰۹، تهانوی. ۲۰۰۱/۱۴۲۱ ص ۸۸۱۹-۸۸۲۰) ولی محتوای کتاب مذکور و به ویژه نقل عمده روایات آن از قاضی ابویوسف (متوفی ۱۸۲)، که استاد شیبانی بوده (شیبانی، بی تا. ص ۸۶) مؤید این دو ادعا نیست. (سرخسی، ج ۳۰، بیروت ۱۹۸۶/۱۴۰۶ ص ۲۰۹ بوبسیش، ریاض ۲۰۰۵/۱۴۲۶ ص ۳۷-۳۵) با این همه، شواهد و قراینی مانند نقل احادیثی در باب حیل از ابوحنیفه و نیز ماجراهایی که درباره او گزارش شده، نشان می‌دهد که ابوحنیفه بر کاربرد حیل اصرار داشته است. احادیث مذکور غالباً در دو باب سوگندها (ایمان) و طلاق ذکر شده‌اند. قاضی ابویوسف، شاگرد ابوحنیفه، کاربرد حیل را توسعه داد و از آن پس، حنفیان به کاربرد حیل شرعی مشهور شدند. عبیدالله بن محمد ابن بطّه (فقیه حنبلی، متوفی ۳۸۷) در کتاب خود ابطال الحیل، به رد ادله حیل به ویژه حیل طلاق پرداخته است.

همچنین احمد بن عبدالحلیم ابن تیمیه (فقیه حنبلی، متوفی ۷۲۸) در آثار خود، از جمله بیان الدلیل علی بطلان التحلیل (که موضوع اصلی آن بحث طلاق و محلل گرفتن است)، و شاگردش ابن قیم جوزیه در اغاثه الله فان و اعلام الموقعین، در ادله تجویز حیل، به طور مبسوط و با لحنی تند مناقشه کرده‌اند. با این همه، تأمل در آرای این دو فقیه حنبلی نشان می‌دهد که در موارد متعددی قائل به حیل شده‌اند (محمد بن ابراهیم، ۱۹۸۳ ص ۴۰-۴۳).

اهل سنت و دو نگاه در مورد خدعه در جنگ

۱- عدم جواز خدعه در جنگ

اهل سنت در برخی موارد نیرنگ را از افعال مذموم دانسته و در این رابطه گفته‌اند: «اکثر ما تستعمل هذه الألفاظ (المکر والخدیعة والکید) فی الفعل المذموم و هو الأشهر عند الناس و ذلك بأن يقصد فاعله إنزال مکروه بمن لا يستحقه ومنه قول النبی صلی الله علیه وسلم "الخدیعة فی النار" (بخاری، ۱۴۲۰ هـ ص ۷۵). آی تودی بفاعلهای اهل النار. اغلب مورد استعمال این واژه‌ها یعنی مکر، خدعه و کید، در فعل مذموم بوده است این در نزد اکثر مردم مشهور است زیرا کاری انجام می‌شود که طرف مستحق آن نیست. و از این رو پیامبر اکرم (ص) فرموده است که خدعه در آتش است.

۲- جواز خدعه

در برخی شرایط خدعه را برای مصالح جایز می‌دانند و در این باره گفته‌اند: «و قد تستعمل تلك الألفاظ فی الفعل المحمود وذلك بأن يقصد فاعله إلى استدراج غيره لما فيه مصلحته كما يفعل بالصبي أو المريض إذا امتنع من فعل ما فيه مصلحته كشرب الدواء ومنه قول النبی صلی الله علیه وسلم: "الحرب خدعة" (بخاری ج ۴، ۱۴۲۰ هـ ص ۶۶، نیشابوری، ۱۴۱۲ ق ص ۱۴۳) گاهی این واژه در افعال پسندیده استعمال می‌گردد و هدف انجام دهنده آن روی مصالح بوده است مانند رفتار با کودک و مریض زمانی که از خوردن دواء که به مصلحت وی است امتناع می‌ورزد. رسول خدا فرموده است خود جنگ خدعه است.

و قد أجمل الشاطبي في كتابه الفريد في بابه ما ذكرناه فقال: "لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة، وإنما يبطل منها ما كان مضاداً لقصد الشارع خاصة و هو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، و يقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة (الشاطبي الغرناطي، ۲۰۰۸ م ص ۳۳۷) شاطبي در کتاب فرید خود در توضیح این مطلب گفته است ممکن نیست در شریعت دلیلی در مورد ابطال حيله اقامه گردد چنانچه که نیز دلیلی نمی‌توان اقامه کرد که همه حيله‌ها صحیح بوده است مگر حيله‌های که با مقاصد شریعت در تضاد باشد که در این باب همه مسلمانان اتفاق نظر دارند.

ادله جنگ روانی

۱- عقل:

اسلام دین تعقل و خردورزی است. در تمام بسترهای زمانی و مکانی می‌خواهد پیروان خود و مخالفین را در برابر منطق و عقلانیت خود با این ابزار تسلیم نماید. از همین جهت است که در اسلام، بلوغ و تکلیف با تعقل و تقلید با معرفت عجین شده است طوری که در اسلام، تکلیف و تقلید بدون تعقل و خردورزی پذیرفتنی نیست.

اگر جنگ روانی با اراده و روحیه طرف مقابل سروکار دارد، با توجه به عنایتی که اسلام به برخورد مسالمت‌آمیز و حاکمیت صلح و صفا بر جوامع انسانی دارد، می‌توان کشف کرد که کاربرد جنگ روانی برای پایان جنگ و جلوگیری از ادامه خونریزی، از ابزار مهم جنگ بشمار می‌رود. در وضع فعلی که رسانه‌های گروهی و امواج تبلیغاتی، تهاجم فرهنگی وسیعی را بر علیه مسلمانان جهان نموده‌اند، عقل حکم می‌کند که علاوه بر تلاش برای حفظ روحیه خود و کسب شخصیت بایسته اسلامی، باید مقابله به مثل گردد و از وسایل تبلیغاتی مناسب برای شکست تبلیغاتی دشمن بهره گرفت و این کار از نگاه هر انسان خردمند و دلسوز، ضرورتی انکار ناپذیر است.

بدون تردید عقل با شناخت موضوع (نفوذ اجانب و بیگانگان بر مسلمانان به وسیله جنگ روانی و ایجاد اختلال گسترده) و مفاسده‌ای که بر آن مترتب است، در ناروایی و قبح این عمل تردید نمی‌کند، زیرا این عمل از مصادیق بین ظلم است و ظلم به حکم عقل قبیح است، همانطور که دفاع از جان و مال، حکمی است عقلی و عقل حکم می‌کند که انسان در برابر تجاوزی که جان، مال و ناموس انسان را تهدید می‌کند از خود دفاع کند و از هر روش و سلاح و حربه‌ای (مشروع، عقل پسند و همگون با شأن انسانی) که موثر باشد، بهره برد. یکی از این سلاح‌ها که بی شک تاثیر فراوانی دارد انواع عملیات روانی است. از آنجا که دین اسلام دین

فطرت است و در تمام بسترهای زمانی و مکانی حضور دارد و راهکار ارائه می‌دهد، عصر حاضر که عصر جنگ رسانه‌ها خوانده می‌شود، شایسته است با حفظ شئون انسان دوستانه در مقابله با جنگ روانی و استعمار فرهنگی رسانه‌ی امروز، خود را با ابزار مدرن تبلیغاتی مجهز کند تا جامعه‌ی مسلمان از آسیب استعمار فرهنگی و تبلیغی در امان بماند.

۲- اجماع

اجماع علما و فقهای امامیه و نیز علمای عامه دلیل دیگری است که در باب جواز جنگ روانی به آن مستند گردیده است. در این باره محقق سبزواری در کتاب مذهب الاحکام، قائل به جواز استفاده از روش‌ها و تاکتیک‌های جنگ روانی در مقابله با دشمن شده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵_۱۲۷). همچنین مرحوم نجفی در این باره می‌نویسد: «نعم تجوز الخدعه فی الحرب کما صرح به الفاضل فی جمله من کتبه، بل فی التذکره و المنتهی دعوی الاجماع، قال: تجوز المخادعه فی الحرب و أن یخدع المبارز قرینه لیتوصل بذلک الی قتله اجماعاً (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۹)؛ خدعه و نیرنگ در جنگ چنان که علامه حلی در تذکره و المنتهی نیز ادعای اجماع نموده است و در این باره نوشته است: نیرنگ و خدعه در جنگ جایز است و جایز است که مبارزه‌کننده برای رسیدن به هدف و مقصودش که کشتن دشمن است به خدعه و نیرنگ متوسل گردد و این حکم اجماعی است.

بخاری از علمای درجه اول اهل سنت در کتاب صحیح خود به کذب به عنوان راه حيله در جنگ اشاره و آن را در شرایط بحرانی و جنگی جایز می‌داند و در این راستا داستان کعب اشرف را نقل می‌کند که در نقل قولی از پیامبر اکرم، مأمور قتل کعب، مجاز می‌شود که برای انجام ماموریتش هر آنچه خواست بگوید (بخاری، ۱۴۲۰ق ص ۹۰۳) در این کتاب در باب ۱۵۹ به حيله و غافلگیر کردن دشمن در میدان جنگ به خاطر پیشگیری از آسیب و آزار دشمن اشاره و آن را جایز شمرده است. (بخاری، ۱۴۲۰ ق ص ۱۲۱۱) ابن ماجه از دیگر علمای اهل سنت است که در این باب اظهار نظر کرده و احادیث را در موضوع جنگ روانی در کتاب سنن خود آورده است و در این کتاب دو باب از همه روشن‌تر به این موضوع اشاره دارند یکی باب الخدعه فی الحرب (نیرنگ در جنگ) و دیگری باب التحریق بأرض عدو (ابن ماجه، بی تا ص ۹۴۵/۹۴۸) آتش زدن زمین‌های دشمن در جنگ. این نگاه بیانگر دید روشن اهل سنت در مورد ایجاد وحشت و رعب در دل دشمن و جنگ روانی بوده است.

از این رو، در اجماع بر جواز جنگ روانی نزد فقیهان تردیدی نیست؛ البته در صورتی که خدعه را مساوی با جنگ روانی بدانیم.

۳- کتاب

قرآن کریم که سرچشمه معرفت‌شناسی دینی و فقهی برای مسلمانان بوده است و در همه شرایط زمانی راهکارهای عملی و رفتاری ارائه می‌دهد، با عنایت به رعایت انصاف و شئون انسانی به جنگ روانی اشاره فرموده است. آیات که به جنگ روانی اشاره دارد، آیاتی هستند که خداوند به مسلمانان دستور می‌دهد تا خود را با ابزارهای روز مجهز کنند و سعی کنند کلیه امکانات و نیروهای را که می‌توان در راه جنگ و دفاع و رسیدن به قدرتی بازدارنده به خدمت در آورد، فراهم کنند که از این جمله قدرت یافتن و مجهز شدن نیروها به ابزارها و تاکتیک‌های جنگ روانی است.

تظاهر به قوی بودن از منظر قرآن

در اخلاق فردی خودنمایی و تظاهر از صفات نکوهیده است، اما همین امر در میدان کارزار و در برابر دشمن از صفات نیک به شمار می‌رود. چنانچه پیامبر رفتار تحقیرآمیز «ابودجانه» را در جنگ احد می‌ستاید. تظاهر به قوی بودن از دیدگاه روانشناسی، بازدارندگی طرف مقابل را در پی دارد. اسلام بر این باور است که باید توانایی‌های رزمندگان از هر جهت در میدان نبرد به نمایش گذاشته شود در قرآن اینگونه به موضوع اشاره شده است: «و اعدولهم ما استطعتم من قوه ومن رباط الخیل ترهبون به عدولهم وعدوکم. (انفال ۶/۶) شما در مقابله با آن‌ها، هر چه در توان دارید، از آلات جنگی و اسبان تازه نفس و آماده، برای تهدید و ترساندن دشمنان خدا و دشمنان خودتان فراهم آورید. در این آیه واژه قوه اصطلاحاً به هرگونه سلاح و ابزار

نظامی گفته می‌شود که باعث تقویت روحیه رزمندگان در مقابل تجاوز دشمن در میدان جنگ باشد (فاضل کاظمی، بی تا ص ۹۸) قرآن کریم در آیات فراوانی بطور مستقیم یا غیر مستقیم به مسئله به کارگیری ابزارهای جنگ روانی اشاره کرده است و تلاش دارد روحیه رزمندگان اسلام را در صحنه نبرد بالا ببرد. قال تعالی: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْأَدْبَارَ وَمَنْ يُؤَلِّمِهِمْ يَوْمَئِذٍ دَبْرَهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ تَحْيِيرًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ (الأنفال، ۱۵-۱۶). ای کسانی که ایمان آورده‌اید هنگامی که با انبوه کافران در میدان نبرد روبرو شوید به آن‌ها پشت نکنید (فرار نکنید) و هر کس در آن هنگام به آن‌ها پشت کند مگر آنکه هدفش کناره‌گیری از میدان برای حمله مجدد و یا به قصد پیوستن به گروهی از مجاهدان بوده باشد (چنین کسی) به غضب خدا گرفتار خواهد شد و جایگاه او جهنم است.

ابن ادریس در تفسیر این آیه می‌گوید: «قلت: فی الآیة الکریمة دلیل علی تحریم الفرار من الزحف علی غیر المتحرف أو المتحیز، وأنه من کبائر الذنوب كما جاء فی الحدیث، قال العلماء: هذا إذا لم یکن العدو أكثر من الضعف، لقوله تعالی: {الآن خفف الله عنکم} ۲، أما إذا كانوا أكثر فالثبات مستحب والفرار جائز فلیست الآیة باقیة علی عمومها، قال الشافعی رحمه الله " إذا غزا المسلمون فلقوا ضعفهم من العدو حرم علیهم أن یولوا إلا متحرفین لقتال أو متحیزین إلى فتنة، وإن کان المشرکون أكثر من ضعفهم لم أحب لهم أن یولوا ولا یستوجیبون السخط عندی من الله لو ولوا عنهم علی غیر التحرف للقتال أو التحیز إلى فتنة (ابن ادریس شافعی، ۴۲۲ق ص ۹۲). ابن ادریس آیه را اینگونه تفسیر می‌کند در این آیه فرار از میدان جنگ از روی ناتوانی و ضعف توانایی نظامی و جنگی حرام است و این از گناهان بزرگ بوده است و براساس حدیث این حرمت در صورت است که نیروهای اسلام در حالت قدرت دفاعی باشد توان جنگ را داشته باشد در این صورت فرار از میدان جنگ جایز نیست و اگر در حالت ضعف نیروهای اسلام و زیادی و قدرت نیروهای دشمن باشد در این صورت فرار و تغییر موضع برای آمادگی جنگی جایز است پس آیه بر عمومیت خود باقی نمی‌ماند.

۴- سنت

جنگ روانی در سیره عملی رسول خدا (ص) مشاهده است که به عنوان الگو و اسوه عملی برای همه مسلمانان در همه اعصار و شرایط مطرح می‌گردد. پیامبر اسلام (ص) پس از سه سال دعوت مخفی، دعوت خود را علنی کرد مخالفت‌های مشرکان مکه نیز به شکل‌های مختلف شروع شد. و تطمیع، استفاده از زور و شکنجه و جنگ روانی از آن جمله بود. به عنوان نمونه پیامبر اکرم (ص) در ایام حج و غیر آن مردم را به آیین خود دعوت می‌کرد ولی از آن سوی، ابولهب پشت سر پیامبر (ص) با همان افراد تماس برقرار می‌کرد و اثر تبلیغ پیامبر (ص) را با این بیان که وی پسر برادر من و دیوانه است، خنثی می‌کرد. شکنجه بلال حبشی، یاسر، سمیه، عمار و... نمونه‌هایی از جنگ روانی دشمن علیه اسلام بود. پس از هجرت پیامبر اسلام (ص) به مدینه و نزول آیات جهاد، نبرد سربازان اسلام به فرماندهی پیامبر اسلام (ص) بر علیه کفار و مشرکین وارد مرحله جدیدی می‌شود. در کمتر جنگ و نبردی است که در آن طرفین جنگ، از جنگ روانی استفاده نکرده باشند. ابزارهای جنگ روانی متناسب با امکانات و وسائل متعارف آن روز بوده است. و بدیهی است که اهداف متعددی را تعقیب می‌کرده که در نهایت تسلیم طرف مقابل، مدنظر بوده است.

پیامبر اکرم (ص) با نقشی همه جانبه، که در جنگ‌ها به کار گرفته بود، دگرگونی بزرگی در آیین نبردهای جدید به وجود آورد. وی جنگ را به تمام جبهه‌ها کشاند و از هر سلاخی که می‌توانست بهره گرفت، همچنان که نبرد همه جانبه در تمام جبهه‌ها جریان داشت، «جنگ روانی» نیز با شدت مورد استفاده قرار می‌گرفت. جنگ‌های مسلحانه نتیجه عوامل نظامی، اقتصادی و روانی است و به همین دلیل به «نبرد همه جانبه» تعبیر می‌شود. (طلاسی، بی تا، ص ۵۱۵ و ۵۱۶)

جنگ نرم در سیره پیامبر (ص)

رسول خدا (ص) در برخی از موارد برای تقویت روحیه سپاه اسلام و تضعیف روحیه دشمنان اسلام اقدامات داشتند که می‌توان آن را از نمونه‌های بارز جنگ روانی علیه دشمنان دانست.

ایجاد وحشت در دل دشمن

یکی از تاکتیک‌های مهم نظامی ایجاد وحشت و رعب در دل دشمن است و این موضوع در شکست دادن دشمن سهم به سزایی دارد. پیامبر اعظم در رویارویی با دشمن از این امر مهم استفاده می‌کرد. چنانکه فتح مکه نتیجه‌ی ایجاد وحشت در دل دشمنان است. پیامبر برای فتح مکه و گشودن محکم‌ترین دژهای بت-پرستی و برانداختن حکومت ظالمانه قریش (که بزرگترین سد در راه پیشرفت آئین توحید بود) بسیج عمومی اعلام کرد و همراه ده هزار نفر سپاهیان اسلام به منطقه «مرّالظهران» (چند کیلومتری مکه) رسیدند و برای ایجاد رعب و هراس در دل مردم مکه، دستور داد که سربازان اسلام در نقاط مرتفع آتش افروزند و هر کسی بطور مستقل آتش افروخته تا نواری از شعله‌های آتش، کلیه کوه‌ها و نقاط مرتفع را فراگیرد. مردم مکه یکباره متوجه شدند که در محاصره کامل قرار گرفته‌اند و آتش همچون دایره‌ای، شهر مکه را احاطه نموده است. در این لحظه سران قریش مانند ابوسفیان بن حرب و حکیم بن حزام برای تحقیق از مکه بیرون آمده و به جستجو پرداختند. در آن وقت عباس عموی پیامبر از مکه بسوی مدینه هجرت کرده بود به آن منطقه رسید و سران قریش را مطلع ساخت که این آتش و شعله‌ها مربوط به سربازان محمد است و محمد با قدرتی بزرگ آمده که قریش تاب مقاومت آن را ندارند. ابوسفیان ترسید و چاره پرسید، عباس گفت بیا تو را به ملاقات پیامبر می‌برم تا از او پناه بجویی و گرنه جان قریش در خطر است. ابوسفیان خدمت پیامبر رسید و پس از گفتگو اعتراف به یگانگی خداوند و رسالت پیامبر نمود. با این حال پیامبر اعظم دستور آزادی ابوسفیان را صادر نکرد بلکه به عباس دستور داد او را در تنگنای دره‌ای نگاه دارد تا واحدهای ارتش نوبنیاد اسلام، با تجهیزات و ساز و برگ خود در برابر او رژه روند و او در روز روشن از قدرت نظامی اسلام آگاه گردد و پس از بازگشت به مکه، مردم را از قدرت اسلام بترساند و آن‌ها را از فکر مقاومت بازدارد (واقعی، ۱۴۰۹ق ص ۸۱۸).

پیامبر اکرم (ص) در محاصره طائف در کنار استفاده از نیروهای رزمی مجهز به لاج‌های آن روز، از شیوه‌های جنگ روانی نیز بهره برمی‌داشت، از جمله بریدن و سوزاندن تعداد از درخت‌های نخل و انگور که مورد علاقه مردم طائف بود و نیز وعده آزادی هرکس از بردگان دژ طائف که به مسلمانان پناهنده شود. (ابن سعد، ص ۱۵۲) برخی یاران پیامبر (ص) در جنگ‌ها لباس‌های ویژه ای بر تن می‌کردند که بر تضعیف روحیه دشمن اثر گذار بود. پوشیدن پوست برخی از حیوانات، بستن دستار بر سر و گذاشتن کلاه خود که پرهای طاووس بر آن نصب می‌شد، نمونه‌های از این روش‌ها بود. ابو دجانة دستار سرخ بر سر داشت و مسلمانان می‌دانستند که هر گاه او دستار ببندد، شجاعانه خواهد جنگید. زبیر دستار زرد و حمزه با پر شتر مرغی که به سینه می‌زد، شناخته می‌شد (ابن اثیر، بی تا، ص ۱۲۷)

پیامبر اکرم (ص) و خدعه در جنگ

اهل سنت در متون فقهی خود یکی از ابزارهای مورد استفاده در عرصه‌ی جنگ با دشمن را خدعه و نیرنگ دانسته و آن را برای نیل به هدف مشروع دانسته‌اند. و بر این باورند که از نظر رسول خدا (ص) جنگ خدعه است و روایت مشهور «الحرب خدعة» که از ایشان نقل شده، در بسیاری از منابع تاریخی و حدیثی ذکر شده است (نیشابوری، ۱۳۳۴ش ص ۱۴۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳ ص ۳۳۲؛ ابن کثیر، ۱۳۹۸ق ص ۱۱۳). در روایتی دیگر، رسول خدا (ص) دروغ در جنگ را، از مصادیق «دروغ» نمی‌داند و علت آن را جنبه خدعه بودن جنگ ذکر می‌کند. (متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام بیروت دارالصحابه، ۱۴۱۲ ج ۳، ص ۶۳۴؛ سیوطی، اسباب ورود الحدیث، ص ۹۵)

مسعودی در مروج الذهب پس از بیان حدیث رسول خدا (ص) (الحرب خدعة) آورده است: ... از کلام بسیار کوتاه و گویای رسول خدا (ص) مشخص است که قتال با شمشیر در مراحل آخر جنگ است و در مراحل ابتدایی باید از خدعه بهره برد. این مطلب را هر انسان با بصیرت، دارای سیاست و مدیریت، خوب می‌فهمد. (مسعودی، ۱۳۷۴ ص ۲۹۳).

شکی نیست که رسول خدا (ص) در نبردهای خویش بر علیه دشمنان از تاکتیک خدعه بهره برده است. برای نمونه در جنگ خندق وقتی نعیم بن مسعود از پیامبر درخواست کرد که با خدعه بین دشمنان

(احزاب) اختلاف اندازد، پیامبر اکرم (ص) به او اجازه داد و علت این امر را جواز خدعه و فریب در جنگ دانست: فخذل عنا إن استطعت، فإن الحرب خدعة.. (ابن هشام، ۱۳۵۵ق ص ۲۲۹) در سرب سلسله (ذات سلاسل) عمرو عاص از رسول خدا (ص) در خواست کرد با خدعه، به جنگ با دشمن برود و رسول خدا (ص) موافقت کرد و او را فرستاد. (ابن کثیر، ۱۳۹۸ق ص ۱۱۳). رسول خدا (ص) در برخی از جنگ‌ها دستور می‌داد برای فریب دشمن در بسیاری از نقاط آتش بیفرزید تا دشمن تصور کند سپاه اسلام از نظر نیروی نظامی برتر است. (واقعی، المغازی، ج ۱، ۱۴۰۹ق ص ۳۳۸؛ ابن سعد، ۱۹۶۸م ص ۳۸)

حضرت علی (ع) حدیث پیامبر اکرم (ص) را که به یاران خویش فرموده بود: «غَيِّرُوا الشَّيْبَ وَ لَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» (ابن ابی‌الحدید، ۱۹۶۷ م، ص ۱۲۲) خضاب کنید و مانند یهودیان نشوید، مخصوص زمان پیغمبر می‌دانست و معتقد بود این دستور، تاکتیک جنگی بود که دشمن نگوید این‌ها یک عده پیر و سالخورده هستند؛ یک حیلۀ جنگی بود که رسول اکرم (ص) به کار می‌برد. ولی امروزه هر که بخواهد خضاب کند و هر که نخواست خضاب نکند (مطهری، ۱۳۹۰ ص ۳۰ - ۲۹). ابن ابی‌الحدید نیز به این مطلب اشاره کرده که پیامبر (ص) صحابه را امر به خضاب کرد تا در دید دشمن جوان به نظر برسند و مشرکان در جنگ از آن‌ها بترسند؛ چراکه پیر بودن نشان ضعف است (ابن ابی‌الحدید، ۱۹۶۷ م، ص ۱۲۲). همه این موارد نشان می‌دهد رسول گرامی اسلام (ص) معتقد بود باید در جنگ‌ها از تاکتیک خدعه برای غلبه بر دشمن و یا تضعیف روحیه آن‌ها بهره برد.

امیرمؤمنان علی (ع) براساس سیره رسول خدا (ص) جنگ را خدعه و فریب دشمن می‌دانست. آن حضرت در حدیثی می‌فرماید: در نبرد، بر هیلهات بیشتر از نیرو و توانت اعتماد کن. (ابن ابی‌الحدید، ۱۹۶۷ م، ص ۱۲۲، ابن کثیر، ۱۳۹۸ق، ص ۳۰۲) در حدیث دیگری حضرت فرمود: «الْحَرْبُ خُدْعَةٌ ... جنگ خدعه است. سپس فرمود: به رسول خدا (ص) خبر رسید که بنی‌قریظه به ابوسفیان گفته‌اند: ما شما را در جنگ با محمد (ص) یاری می‌کنیم. پیامبر در جمع مسلمانان برخاست و فرمود: بنی‌قریظه فردی را نزد ما فرستاده‌اند و گفته‌اند: در جنگ ما و ابوسفیان، به یاری ما خواهند آمد. این خبر به ابوسفیان رسید. ابوسفیان گفت: یهودیان نیرنگ زدند (مجلسی، ۱۴۰۳، ص ۱۳۳).

ابن قدامه در کتاب المغنی، فصلی دارد تحت عنوان «و تجوز الخدعة فی الحرب للمبارز و غیره لان النبی (ص) قال: الحرب خدعة و هو حدیث حسن صحیح. (ابن قدامه، ج ۱۰، ۱۳۸۸هـ ص ۳۹۶) ایشان سپس به خدعه علی (ع) در هنگام جنگ با عمرو بن عبدود اشاره کرده است (ابن قدامه، ج ۱۰، ۱۳۸۸هـ ص ۳۹۶). به همین جهت دروغ گفتن در جنگ از نظر شرعی مجاز شمرده شده است. (خمینی، ۱۳۷۸ ص ۴۴، ۷۷، ۷۹؛ نووی، ۱۳۹۲ ص ۴۵ و ۱۴۴) صاحب کشف القناع نیز خدعه در جنگ را جایز می‌داند و دلیل بر این امر را حدیث «الحرب خدعة» ذکر می‌کند. (بهوتی، ج ۳، ص ۷۹)

دلیل موافقان حیلۀ در فقه عامه

موافقان کاربرد وسیع حیلۀ فقهی، از جمله حنفیان و برخی فقهای امامی و شافعی، به ادله گوناگون استناد کرده‌اند. مثلاً طبق آیه ۴۴ سوره ص (وَ خُذْ بِیَدِكَ ضِعْفًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ) که درباره حضرت ایوب علیهاالسلام است، وی سوگند یاد کرد یکی از کسان خود (احتمالاً همسر) را یکصد تازیانه زند. خداوند به او رخصت داد که با دست‌های مرکب از چند رشته به شمار تازیانه‌های مورد سوگند بر بدن وی بنوازد تا هم ایوب به سوگند خود وفا کند و هم آن شخص آزار کمتری ببیند.

برخی قائلان به حیلۀ به این آیه استناد جسته‌اند (سرخسی، ج ۳۰، ۱۴۰۶/۱۹۸۶. ص ۲۰۹ طوسی، ج ۵، ص ۹۵، ۱۳۸۸). سرخسی، ج ۳۰، ۱۴۰۶/۱۹۸۶. ص ۲۰۹ سمرقندی، ج ۱، ۲۰۰۵/۱۴۲۶، ص ۲۱). مخالفان حیلۀ پاسخ‌هایی داده‌اند، از جمله اینکه این رخصت در شریعت اسلام منسوخ شده است (بحیری، ج ۱، ۳۷۶ش، ص ۴۶۹-۴۷۱). دلیل دیگر موافقان، آیات مربوط به جواز توریه و معاریض است، مانند آیه ۷۰ سوره یوسف (درباره حیلۀ یوسف برای نگهداشتن برادرش) و آیه ۶۲ و ۶۳ سوره انبیاء (درباره گفتگوی حضرت ابراهیم با بت پرستان. (جصاص، ج ۴، ص ۳۹۲، ۱۴۰۵. طوسی، ج ۴، ص ۴۹۰، ۱۴۰۷-۱۴۱۷. سرخسی، ج ۳۰، ۱۴۰۶/۱۹۸۶ ص ۲۰۹. بحیری، ج ۱، ۱۳۷۶ش. ص ۴۰۵-۴۷۲)

مقابله پیامبر با جنگ روانی دشمن

در تاریخ اسلام نیز آنجا که ابهام و اهمیت رخدادی قطعی بود، شایعات رواج و قوت می‌گرفت. چون جنگ بدر با پیروزی مسلمانان خاتمه یافت، پیامبر اکرم (ص)، زید بن حارثه و عبدالله بن رواحه را از ائیل به مدینه فرستاد تا این خبر را به مردم برسانند. آن‌ها روز یکشنبه و در نیمروز به مدینه رسیدند و در دره عمیق از هم جدا شدند. عبدالله در محله بالای مدینه و زید در محله پایین به خانه انصار سر می‌زدند و می‌گفتند: ای گروه انصار شما را مژده باد به سلامت رسول خدا و کشته و اسیر شدن مشرکان! عتبه و شیبه و پسران ربیع و دو پسر حجاج، ابوجهل، ابوالبحتری، زمعه بن اسود و امیه بن خلف کشته شدند و سهیل بن عمرو و گروه زیادی به اسارت درآمدند! بچه‌ها از پی عبدالله بن رواحه حرکت می‌کردند و فریاد می‌کشیدند: ابوجهل بدکار کشته شد.

اسامه پسر زید می‌گوید: «نزد پدر آمده پرسیدم: این که می‌گویی راست است؟ زید گفت: آری، به خدا راست است، پسرکم! از این‌رو، اسامه نزد آن منافق برگشت و گفت: تو از کسانی هستی که نسبت به پیامبر (ص) و مسلمانان شایعه‌پراکنی می‌کنند. چون رسول خدا بیاید، گردنت را خواهد زد. منافق گفت: این چیزی بود که من از مردم شنیده بودم. (واقعی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۱۴-۱۱۵)

در ماجرای مذاکرات صلح حدیبیه، پیامبر (ص) نیز متقابلاً نمایندگان به سوی قریش فرستاد تا هدف آن حضرت را که زیارت خانه خدا بود، بی‌پرده به سران شرک ابلاغ کنند. نخست‌خراش بن امیه خزاعی مامور ابلاغ پیام گردید، اما آنان شتر او را پی کردند و نزدیک بود او را بکشند که با وساطت خویشان او، نجات یافت. بدین روی، پیامبر (ص)، که جدا می‌خواستند مشکل را از راه مذاکره و دگرگون ساختن افکار سران قریش حل کنند، برای بار دوم تصمیم گرفتند کسی را به نمایندگی اعزام کنند که دست او به خون قریش آلوده نباشد. این ماموریت متوجه عمر بن خطاب شد، اما او به دلایل و بهانه‌هایی از این کار امتناع ورزید و پیشنهاد کرد که عثمان بن عفان این کار را بر عهده گیرد. از این‌رو، عثمان راهی مکه شد و در پناه ابان بن سعید بن عاص وارد شهر گردید. قریش به عثمان اجازه طواف کعبه دادند. اما از بازگشت عثمان جلوگیری کردند تا شاید در این مدت، راه‌حلی پیدا کنند. بر اثر تأخیر نماینده پیامبر، هیجان و اضطراب عجیبی در میان مسلمانان پدید آمد و شایعه قتل عثمان به شدت در میان طرفین در منطقه پخش و منجر به موضع‌گیری نظامی پیامبر گردید. از این‌رو، شرایط مساعدی پدید آمد و شایعه مزبور قوت گرفت. ابهام و اهمیت موضوع، دو عامل اساسی رواج و انتشار شایعه گردید. (واقعی، ۱۴۰۹ق، ص ۶۰۰-۶۰۳) برای تکمیل فرایند شایعه و انتشار آن در سطحی مطلوب، باید انگیزه‌های روانی به ایجاد و استمرار آن کمک نماید (نصر، ۱۹۶۷، ص ۳۱۹-۳۲۰)

پیامبر اسلام از شگرد جنگ روانی و راه‌های مشروع در نبرد با دشمنان اسلام استفاده می‌فرمود. ایشان تا جای که ممکن بود برای درهم شکستن دشمن از سلاح استفاده نمی‌کرد. یکی از مصادیق جنگ روانی در صدر اسلام علیه دشمنان بزرگمایی و کوچک‌نمایی در جنگ بوده است و چندین نوبت اعمال شده است که می‌توان حکم به جواز آن داد. در جریان غزوه حمراء الاسد رزمندگان اسلام شب‌ها در پانصد محل آتش بر می‌افروختند، تا شما نیروهای مسلمانان دشمنان خیلی بیش از آنچه واقعیت دارد، نشان داده شود (ابن سعد، ۱۹۶۸م ص ۴۷)

در جریان فتح مکه نیروهای اسلام به مکه نزدیک شده و در مرالظهران فرود آمدند. قوای اسلام پس از آنکه به طور ناگهانی مکه را محاصره نمود، پیامبر اکرم (ص) دستور فرمود: شبانگاه برای درهم شکستن روحیه دشمن دور تا دور در نقاط مرتفع ده هزار آتش افروزند. مردم مکه ناگهان متوجه شدند که در محاصره کامل قرار گرفته‌اند و آتش همچون دایره‌ای شهر مکه را احاطه نموده است و این امر باعث شد تسلیم شوند و سرانجام مکه، پایگاه عظیم شرک و بت‌پرستی، بدون خونریزی با استفاده از اصل غافلگیری و شیوه جنگ روانی تسلیم شد. (واقعی، ۱۴۰۹ ص ۸۱۷/۸۱۴) در ماجرای فتح مکه، رسول خدا برای اینکه دشمن را تحت تأثیر قرار دهد و هرگونه مقاومت را از ذهن آنان بیرون کند، به عباس عموی خود، فرمود: ابوسفیان را در تنگای دره نگهدار تا سپاهیان خدا بر وی بگذرند و او ایشان را ببیند. ابوسفیان پس از دیدن

انبوه سپاهیان، با شتاب به سوی مکه رفت و دستور امان را ابلاغ کرد و مردم را از مخالفت و ایستادگی و سرسختی بر حذر داشت (ابن هشام، ۱۳۵۵: ص ۴۶)

ایراد خطبه بخصوص در شروع جنگ ایراد خطبه و سخنرانی در ابتدای جنگ یکی از اقدامات مثبت جهت تقویت روحیه رزمندگان و تحت تأثیر قرار دادن طرف مقابل بوده است. ایراد سخنرانی بخصوص سخنان حماسی و منطقی در واقع یک اتمام حجت برای طرف مقابل است، که این امر در جنگ‌هایی که یک طرف جبهه واقعی اسلام بوده ولی طرف مقابل داعیه اسلام را داشته مثل جنگ‌های امام علی (ع) و امام حسن (ع) و امام حسین (ع) تأثیر زیادی در روحیه طرف مقابل داشته و چه بسا افرادی را یا از میدان کارزار دور ساخته و یا علاوه بر دور کردن، داخل در جبهه خودی (اسلام) کرده است. چنانچه در جنگ جمل و جنگ صفین این امر وجود دارد. (سبحانی ۱۳۸۵: ۴۰۴)

ایجاد وحشت در دل دشمن

یکی از تاکتیک‌های مهم نظامی ایجاد وحشت و رعب در دل دشمن است و این موضوع در شکست دادن دشمن سهم به‌سزایی دارد. پیامبر اعظم در رویارویی با دشمن از این امر مهم استفاده می‌کرد. چنانکه فتح مکه نتیجه‌ی ایجاد وحشت در دل دشمنان است. پیامبر برای فتح مکه و گشودن محکم‌ترین دژهای بت-پرستی و برانداختن حکومت ظالمانه قریش (که بزرگترین سد در راه پیشرفت آئین توحید بود) بسیج عمومی اعلام کرد و همراه ده هزار نفر سپاهیان اسلام به منطقه «مرالظهران» (چند کیلومتری مکه) رسیدند و برای ایجاد رعب و هراس در دل مردم مکه، دستور داد که سربازان اسلام در نقاط مرتفع آتش افروزند و هر کسی بطور مستقل آتش افروخته تا نواری از شعله‌های آتش، کلیه کوه‌ها و نقاط مرتفع را فراگیرد. مردم مکه یکباره متوجه شدند که در محاصره کامل قرار گرفته‌اند و آتش همچون دایره‌ای، شهر مکه را احاطه نموده است. در این لحظه سران قریش مانند ابوسفیان بن حرب و حکیم بن حزام برای تحقیق از مکه بیرون آمده و به جستجو پرداختند. در آن وقت عباس عموی پیامبر از مکه بسوی مدینه هجرت کرده بود به آن منطقه رسید و سران قریش را مطلع ساخت که این آتش و شعله‌ها مربوط به سربازان محمد است و محمد با قدرتی بزرگ آمده که قریش تاب مقاومت آن را ندارند. ابوسفیان ترسید و چاره پرسید، عباس گفت بیا تو را به ملاقات پیامبر می‌برم تا از او پناه بجویی و گرنه جان قریش در خطر است. ابوسفیان خدمت پیامبر رسید و پس از گفتگو اعتراف به یگانگی خداوند و رسالت پیامبر نمود. با این حال پیامبر اعظم دستور آزادی ابوسفیان را صادر نکرد بلکه به عباس دستور داد او را در تنگنای دره‌ای نگاه دارد تا واحدهای ارتش نوبنیاد اسلام، با تجهیزات و ساز و برگ خود در برابر او رژه روند و او در روز روشن از قدرت نظامی اسلام آگاه گردد و پس از بازگشت به مکه، مردم را از قدرت اسلام بترساند و آن‌ها را از فکر مقاومت بازدارد (واقعی، ۱۴۰۹ق ص ۸۱۸).

پیامبر اکرم (ص) در محاصره طائف در کنار استفاده از نیروهای رزمی مجهز به لاج‌های آن روز، از شیوه‌های جنگ روانی نیز بهره برمی‌داشت، از جمله بریدن و سوزاندن تعداد از درخت‌های نخل و انگور که مورد علاقه مردم طائف بود و نیز وعده آزادی هر کس از بردگان دژ طائف که به مسلمانان پناهنده شود (ابن سعد، ۱۹۶۸م ص ۱۵۲). برخی یاران پیامبر (ص) در جنگ‌ها لباس‌های ویژه‌ای بر تن می‌کردند که بر تضعیف روحیه دشمن اثرگذار بود. پوشیدن پوست برخی از حیوانات، بستن دستار بر سر و گذاشتن کلاه خود که پره‌های طلاووس بر آن نصب می‌شد، نمونه‌های از این روش‌ها بود. ابو دجانة دستار سرخ بر سر داشت و مسلمانان می‌دانستند که هر گاه او دستار ببندد، شجاعانه خواهد جنگید. زبیر دستار زرد و حمزه با پر شتر مرغی که به سینه می‌زد، شناخته می‌شد (ابن اثیر، بی تا ص ۱۲۷)

استفاده از شعارهای رزمی رجزخوانی و انتخاب اسامی رمز و شعارهای رزمی از عوامل عمده تقویت روحیه خودی و تضعیف روحیه دشمن می‌باشد. شعار از دید اسلامی سخنی است که به وسیله آن افراد جبهه خودی شناخته شده و علامت و رمزی در آن نهفته است. چنانکه حضرت امام صادق - ع - طی حدیثی می‌فرماید: شعارنا «یا محمد یا محمد» و شعارنا یوم بدر «یا نصرالله اقرب» و شعارالمسلمین یوم احد «یا نصرالله اقرب» و یوم بنی‌نضیر «یا روح القدوس ارح» و یوم بنی‌قینقاع «یاربنا لا یغلبنک» و یوم الطائف

«یارضوان» و شعار یوم حنین «یابنی عبدالله یابنی عبدالله» و یوم الاحزاب «حم لاینصرون» و یوم بنی قریظه «یاسلام اسلمهم» و یوم المرسیع و هو یوم بنی المصطلق «الالی الله الامر» و یوم الحدیبیه «لا لعنة الله علی الظالمین» و یوم خیبر و هو یوم القموص «یاعلی آتهم من عل» و یوم الفتح «نحن عبادالله حقا حقا» و یوم تبوک «یا احد یا صمد» و یوم بنی الملوخ «امت امت» و یوم صفین «یانصرالله» و شعارالحسین «یامحمد» و شعارنا «یامحمد» (نجفی، ۱۳۶۲: ۵۵)

قاعده فقهی حرمت اختلال نظام

امروزه از عوامل اغتشاش و اختلال در نظام اسلامی، به کارگیری سلاحها و تهدیدهای روانی برای تسلط و سیطره بر جامعه مسلمانان است. وجوب حفظ اسلام، کشورهای اسلامی و جان و مال و ناموس مسلمانان از خطر انواع تعرضها به خصوص تعرضهای روحی و روانی دشمنان اسلام و بیگانگان، یکی از مسائل مسلم و مورد اتفاق فقهای شیعه، بلکه همه مسلمانان است و فقیهان امامیه، بر این اساس در مقابل بیگانگان را بدون هیچ قید و شرطی بر همگان واجب می‌دانند. در این باره امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید: «اگردشمن به شهرهای مسلمانان با مرزهای آنان هجوم آورد و کیان اسلام یا جامعه مسلمانان در خطر باشد، بر مسلمانان واجب است به هر وسیله ممکن از مال و جان دفاع کنند» (خمینی، ۱۳۶۸ش ص ۴۸۵).

حفظ نظام و لزوم دفاع در برابر انواع تجاوزها به اندازه‌ای حائز اهمیت است که مقدم بر فرائض دیگر است. در این باره امام خمینی(ره) می‌فرماید: افزون بر اینکه حفظ نظام اسلامی واجب است، از آنجا که مهمترین فریضه اسلام است، هرگاه در مقابل عمل تراحمی میان آن و دیگر احکام شرعی قرار بگیرد باید دیگر فرایض در آستانه آن قربانی شوند (خمینی، ۱۳۶۸: ص ۱۷۰).

البته باید اشاره کرد فقهای شیعه به طور مستقل درباره اختلال نظام بحث نکرده‌اند. ولی از سخنان آنان در موارد گوناگون به دست می‌آید که وجوب حفظ نظام جامعه از مسلمات فقه شیعه است. به عنوان نمونه، در علم اصول در بحث از دلیل انسداد، برای اثبات عدم وجوب احتیاط می‌گویند: احتیاط مستلزم اختلال نظام زندگی مردم است، پس جائز نیست بلکه حرام است، زیرا حفظ نظام واجب و اختلال نظام حرام است و چون احتیاط سبب اختلال نظام می‌شود، حرام است.

حضرت امام خمینی (ره) بر بطلان احتیاط در همه وقایع، به دو دلیل استدلال کرده است: اول: اجماع بر عدم وجوب آن، دوم اینکه احتیاط مستلزم عسر و حرج، بلکه اختلال نظام است. اگر اختلال نظام لازم آید سخنی در آن نیست؛ چرا که اختلال نظام از مواردی است که عقل حکم به قبح آن می‌نماید (خمینی، ۱۳۶۸ ص ۳۶۴) از این رو، می‌توان چنین استنباط کرد که براساس دیدگاه فقها_ البته فقهای امامیه_ اختلال نظام مسلمانان در امور معیشت، سیاست، امنیت اجتماعی حرام است و دفاع در برابر تهاجمات که به جامعه آسیب می‌رساند و از نگاه سیاسی، فرهنگی و امنیتی تهدید می‌کند واجب است و به موجب مسلمات فقهی باید با هرگونه اختلال که باعث می‌شود جامعه مسلمانان به مخاطره افتد، دفاع و مقابله کرد و برای جلوگیری از اختلال به نظام و امنیت اجتماعی و حفظ آن استفاده از انواع سلاح که دارای مشروعیت و عقل پسند است و از آن جمله، جنگ روانی لازم است.

نتیجه‌گیری

در این تحقیق به جنگ روانی از منظر فقه امامیه عامه پرداخته شده و برای تبیین این موضوع نخست به تعریف واژگان جنگ، روان، فقه، خدعه و برخی دیگر از واژگان که از لحاظ مفهومی به جنگ روانی می‌خورند، و ما را در تبیین این موضوع کمک می‌کند. پرداخته شده است.

با استفاده از برخی منابع در این نوشتار اشاره است که جنگ روانی به معنای تسخیر سرزمین رقیب و دشمن بدون درگیری فیزیکی و خونریزی است. در جنگ روانی بالاترین هنر رزمنده، پیروزی در نبرد نیست، بلکه بدست آوردن پیروزی و تسلیم دشمن بدون درگیری مستقیم و خونریزی است. گفتنی است که جنگ

روانی به پیشینه قدمت انسان می‌رسد و چیزی نوظهور نیست و امروزه از نگاه سرعت، پیچیدگی و تنوع با گذشته متفاوت بوده است.

اینگونه جنگ با استفاده از شرایط مکانی و زمانی اهداف خاص خود را دنبال می‌کند که از مهمترین آن‌ها تضعیف اعتماد به نفس، ایجاد ترس، دلهره گی و ایجاد دودستگی در بین افراد جامعه هدف است تا با سست کردن باورهای فرهنگی و روانی کشور هدف، در نظام سیاسی و اجتماعی آن بی ثباتی ایجاد کند که در این راستا بدون توجه به معیارهای انسان دوستانه و شئون اخلاقی، با ابزارها و شیوه‌های مختلف انجام می‌پذیرد و اما در حوزه معارف اسلام، جنگ و مقابله با دشمن در چارچوب و حدود شرع باید باشد و علاوه بر آن، ملاک‌ها و ارزش‌های الهی و انسانی مورد توجه قرار بگیرد. این مسئله در فقه و کلام فقهای امامیه و عامه مدنظر بوده و فقها با استناد به ادله اربعه فقه یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل و همچنین قاعده فقهی وجوب حفظ نظام، با رعایت معیارهای اخلاقی و شئون انسانی، به جواز چنین جنگی علیه دشمن فتوا داده‌اند و با استفاده از برخی واژگان مانند حيله، خدعه، مکر... که در فرآیند مباحث فقهی بخصوص فقه عامه مورد استفاده قرار گرفته‌اند، و نیز برخی از آیات و روایات به جواز جنگ روانی استناد جسته شده است.

منابع

- ۱- قرآن
- ۲- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب ج ۵ بیروت دار صادر، چاپ سوم ۱۴۱۴ق
- ۳- ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، ج ۱۶ تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربیه، ۱۹۶۷
- ۴- ابن حنبل، احمد، مسند، ج چاپ اسلامی ۲، چاپ ششم، ۱۴۱۷ ص ۶
- ۵- ابن عابدین (محمد بن محمد امین)، حاشیه قره عیون الاخیار، ج ۸، چاپ افست بیروت ۱۳۹۹
- ۶- ابن قیم جوزیه، اعلام الموقعین عن رب العالمین، چاپ طه عبدالرؤف سعد، بیروت ۱۹۷۳
- ۷- ابن قدامه، موفق الدین المغنی، ج ۱۰، مکتبه القاهره ۱۳۸۸هـ
- ۸- ابن تیمیه، کتاب بیان الدلیل علی بطلان التحلیل، ج ۱، چاپ حمدی عبدالمجید سلفی، بیروت ۱۹۹۸/۱۴۱۸. ص ۲۴۸-۲۴۷
- ۹- ابن هشام، عبدالملک بن هشام الحمیری، سیره ابن هشام، با تحقیق: مصطفی السقا، ابراهیم الایباری و عبد الحفظ شلی، مصر، مطبعه البانی، ۱۳۵۵ق
- ۱۰- ابن کثیر، اسماعیل بن عمر البدایه و النهایه، ج ۴، بیروت دارالفکر ۱۳۹۸ق ص ۱۱۳.
- ۱۱- ابن اثیر، معزالدین علی، الکامل فی التاریخ ج ۱، لبنان بیروت
- ۱۲- ابن حجر عسقلانی، فتح الباری: شرح صحیح البخاری، ج ۱۲، بولاق ۱۳۰۰-۱۳۰۱، چاپ افست بیروت.
- ۱۳- ابن سعد، طبقات الکبری، بیروت، چاپ اول، ۱۹۶۸م
- ۱۴- ایلخانی‌پور، علی و عبداللهی، امید: درآمدی بر جنگ رسانه‌ای، ۱۳۸۳، چاپ اول، ۱۳۸۳ش
- ۱۵- افتخاری، اصغر، دانشنامه قدرت نرم، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع) چاپ اول ۱۳۹۳
- ۱۶- آلن بیرون، فرهنگ علوم اجتماعی، ترجمه باقر ساروخان، تهران، ناشر: کیهان، ۱۳۸۰
- ۱۷- آقا بخشی، علی اکبر، فرهنگ علمی سیاسی، نشر چاپار، ۱۳۸۹
- ۱۸- آشوری، داریوش، فرهنگ سیاسی تهران، چاپ هشتم، انتشارات مروارید ۱۳۵۴ش
- ۱۹- آخوندی، مصطفی، جنگ نرم در قرآن و سنت پژوهشکده علوم اسلامی امام صادق (ع) قم انتشارات زمزم، ۱۳۹۲
- ۲۰- _____ جنگ نرم در عصر رسول خدا و راه‌های مقابله با آن، پژوهشکده تحقیقات اسلامی، قم انتشارات زمزم هدایت ۱۳۹۲
- ۲۱- بهوتی حنبلی، منصور بن یونس کشف القناع، ج ۳، دارالکتب العلمیه بی تا و بی جا ص ۷۹.
- ۲۲- بحیری محمد عبدالوهاب، حیل‌های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه، ج ۱، ترجمه حسین صابری، مشهد ۱۳۷۶ش.
- ۲۳- بوبسیش، صالح، الحیل الفقهیه: ضوابطها و تطبیقاتها علی الاحوال الشخصیه، ریاض ۲۰۰۵/۱۴۲۶. ج ۱، ص ۸۳-۸۴
- ۲۴- بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، (چاپ محمد ذهنی افندی)، استانبول ۱۹۸۱/۱۴۰۱.
- ۲۵- تهنائی، زفر احمد عثمانی تهنائی، إعلاء السنن، ج ۱۷، بیروت ۲۰۰۱/۱۴۲۱.
- ۲۶- جبلی عاملی، زین الدین، الروضه المهیمة فی شرح لمعه الدمشقیه ج ۲، بیر وت، دارمعالم الاسلامی
- ۲۷- جمعی از نویسندگان، موسوعه السیاسه، جلد ۲: مؤسسه العربیه للدراسات و النشر، بیروت چاپ سوم، ۱۹۹۰م
- ۲۸- جمالی و دیگران، درآمدی در باب جنگ، تهران، نشر آجا (انتشارات عقیدتی سیای ارتش) ۱۳۸۶
- ۲۹- جان ام کالینز، استراتژی بزرگ، کوروش بابندی، تهران، دفتر مطالعات وزارت خارجه، ۱۳۷۰
- ۳۰- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء قم موسسه آل البیت چاپ اول بی تا
- ۳۱- خمینی، سید روح الله، انوار الهدایه، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا
- ۳۲- خمینی، سید روح الله المکاسب المحرمه، ج ۲، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸

- ۳۳- بهوتی، کشف القناع، ج ۳، ص ۷۹.
- ۳۴- خدا پرستی، فرج الله، فرهنگ معارف تهران فرهنگ معاصر ۱۳۸۵
- ۳۵- دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا ج ۱۳، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول ۱۳۷۳
- ۳۶- ذوالفقاری، مهدی، اصول و مبانی عملیات روانی، تهران انتشارات دانشگاه امام صادق (ع) چاپ اول ۱۳۹۱
- ۳۷- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، بیروت، دارالعلم الشامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ق
- ۳۸- رابرت بارون و دیگران، روانشناسی اجتماعی، ترجمه دکتر یوسف کریمی، تهران، روان، ۱۳۸۹
- ۳۹- سمرقندی سعیدبن علی، جَنَّةُ الاحکام و جَنَّةُ الخِصام فی الحیل و المخارج، ج ۱، ص ۲۱، چاپ صفوة کوسه و الیاس قبلان، بیروت ۲۰۰۵/۱۴۲۶
- ۴۰- زبیدی محمدبن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، ذیل «حول»، چاپ علی شیری، بیروت ۱۴۱۴/۱۹۹۴.
- ۴۱- سرخسی محمدبن احمد شمس الائمہ، کتاب المبسوط، ج ۳۰، بیروت ۱۴۰۶/۱۹۸۶.
- ۴۲- سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام، قم موسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق
- ۴۳- سبحانی، جعفر فروغ ابدیت، قم، بوستان کتاب ۱۳۸۵ش
- ۴۴- سخنان مقام معظم رهبری ۱۳۸۸/۹/۴
- ۴۵- سعادت‌مند ابوالفضل جنگ سرد، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶
- ۴۶- سون تزو، هنر رزم، ترجمه نادر سعیدی، تهران کاروان ۱۳۸۷
- ۴۷- شیبانی محمدبن حسن، المخارج فی الحیل، ج ۱، قاهره: مکتبة الثقافة الدینیة. بی تا ص ۸۶
- ۴۸- صفوی، حسن، افکار عمومی تهران، انتشارات دانشکده علوم ارتباطات اجتماعی، چاپ اول، ۱۳۴۱ش
- ۴۹- طریخی، فخرالدین، مجمع البحرين، ج ۶، تحقیق: سید احمد حسینی، تهران کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۳۷۵
- ۵۰- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامایه، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه ۱۳۸۷
- ۵۱- طبرسی، فضل بن حسن جوامع الجامع، تهران، دانشگاه تهران. ۱۳۷۷
- ۵۲- طلاس مصطفی، پیامبر وائین نبرد، ترجمه حسن اکبری مرزناک، مؤسسه انتشارات بعثت، بی تا
- ۵۳- طباطبایی، علامه سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن ج ۱۵ ص ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، قم دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چاپ پنجم ۱۴۱۷ق
- ۵۴- عاملی، زین الدین، فائد القواعد، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۹
- ۵۵- عاملی، حسن بن زین العابدین، معالم الدین وملاذ المجتهدین، انتشارات معارف اسلامی
- ۵۶- عمید زنجانی، عباسعلی، دانشنامه فقه سیاسی، تدوین و تنظیم: ابراهیم موسی زاده، تهران دانشگاه تهران، موسسه انتشارات ۱۳۸۹
- ۵۷- عالم، عبد الرحمن، بنیادهای علم سیاست، تهران نشر نی ۱۳۷۳ش
- ۵۸- غیب غلامی هرساوی حسین، الامام البخاری و فقه اهل العراق: دراسة فی موقف البخاری من ابی حنیفة، بیروت ۱۴۲۰/۲۰۰۰.
- ۵۹- فاضل کاظمی، جواد، مسالک الافهام الی آیات الاحکام بی تا و بی جا
- ۶۰- فضل الله، سید محمدحسین، تفسیر من وحی القرآن، بیروت، دار الملا ۱۴۱۹ق
- ۶۱- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۲، قم، انتشارات هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰
- ۶۲- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۵، تهران دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۱
- ۶۳- قرطبی، محمدبن احمد، الجامع لاحکام القرآن، ذیل آیه، بیروت ۱۹۸۵/۱۴۰۵.
- ۶۴- کریمی، یوسف، جنگ روان غرب علیه ایران، مجله سیاست دفاعی دانشگاه امام حین (ع) سال اول شماره ۲/ ۱۳۷۲
- ۶۵- گنجی، حمزه، روانشناسی عمومی، تهران، ساوالان ۱۳۸۸
- ۶۶- لطیفی، لطفعلی ناتوی فرهنگی و براندازی نرم (مجموعه مقالات) پژوهشکده تحقیقات اسلامی قم نشر زمزم هدایت ۱۳۸۹
- ۶۷- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، موسسه الوفاء بیروت، ۱۴۰۳
- ۶۸- متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام بیروت دارالصحابه، ۱۴۱۲ ج ۳
- ۶۹- متفکر، حسین؛ جنگ روانی، قم، پژوهشکده تحقیقات اسلامی سپاه، ۱۳۸۶
- ۷۰- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، صدا، ۱۳۹۰
- ۷۱- مطهری مرتضی، حماسه حسینی، جلد ۳، چاپ چهارم، (انتشارات صدا، قم، ۱۳۶۶
- ۷۲- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلبیات القرآن الکریم، تهران بنگاه نشر و ترجمه کتاب ۱۳۶۰ش
- ۷۳- مراغی، احمد مصطفی، تفسیر المراغی، بیروت، دار احیاء التراث العربی بی تا
- ۷۴- مسعودی، ابوالحسن علی بن حسین مروج الذهب، ج ۲، مترجم: ابوالقاسم پاینده، انتشارات علمی و فکری چاپ پنجم تهران ۱۳۷۴

موارد معافیت از مسئولیت غیرمرتبط با اجرای تعهدات؛ در حقوق ایران و کنوانسیون روتردام

مریم بیات^۱، دکتر محمد بهمنی^{۲*}

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲- استادیار واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

حمل و نقل یکی از ارکان عمده تجارت است و بدون پیشرفت‌هایی که در امر حمل و نقل پیدا شده، توسعه تجارت غیرممکن بوده است. در این میان، بررسی مسئولیت متصدی حمل و نقل به عنوان یکی از ارکان اصلی قرارداد حمل و نقل ضروری به نظر می‌رسد. طبق اصول و قواعد کلی حقوق دریایی و تجارت ایران، متصدی حمل و نقل کالا مسئول جبران خسارات وارده بر محموله، یا تأخیر در تحویل و یا معیوب شدن آن می‌باشد. به عبارتی در حالت کلی و به طور غالب، متصدی حمل و نقل مسئول خسارات وارده بر کالا است، یعنی دیگر زیان دیده ملزم به اثبات تقصیر متصدی حمل و نقل نیست و صرف اینکه خسارتی به محموله وارد آید، متصدی مسئول می‌باشد. اگرچه قاعده کلی در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل فرض تقصیر است و او را مسئول می‌داند، ولی در برخی موارد با وجود خسارت بر محموله، استثنائاً متصدی حمل و نقل مسئول خسارت نیست. با این اوصاف این مسأله قابل طرح است که، موارد معافیت از مسئولیت غیرمرتبط با اجرای تعهدات کدام است و در چه صورت متصدی حمل و نقل از مسئولیت مبری است؟ به موجب این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی و نیز با رویکرد تطبیقی به کنوانسیون روتردام انجام گرفته این نتیجه قابل بیان است که؛ مستثنیات مسئولیت متصدی حمل و نقل شامل موارد مربوط به تعهدات و موارد غیر مرتبط با تعهدات می‌باشد. تقصیر فرستنده کالا و نیز حوادث طبیعی (فورس ماژور)، متصدی حمل و نقل را از مسئولیت مبرا می‌کند.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، متصدی حمل و نقل دریایی، تقصیر، کنوانسیون روتردام.

مقدمه

حمل‌ونقل یکی از ارکان عمده تجارت است و بدون پیشرفت‌هایی که در امر حمل‌ونقل پیدا شده، توسعه تجارت غیرممکن بوده است. در این میان، بررسی مسئولیت متصدی حمل‌ونقل به عنوان یکی از ارکان اصلی قرارداد حمل‌ونقل ضروری به نظر می‌رسد.

طبق اصول و قواعد کلی حقوق دریایی و تجارت ایران، متصدی حمل‌ونقل کالا مسئول جبران خسارات وارده بر محموله، یا تأخیر در تحویل و یا معیوب شدن آن می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۳۲) به عبارتی در حالت کلی و به طور غالب، متصدی حمل‌ونقل مسئول خسارات وارده بر کالا است، یعنی دیگر زیان‌دیده ملزم به اثبات تقصیر متصدی حمل‌ونقل نیست و صرف اینکه خسارتی به محموله وارد آید، متصدی مسئول می‌باشد (مواد ۳۸۶ و ۳۸۷ قانون تجارت ایران و مواد ۵۴ و ۵۵ قانون دریایی ایران).

اگرچه قاعده کلی در مورد مسئولیت متصدی حمل‌ونقل فرض تقصیر است و او را مسئول می‌داند (عرفانی، ۱۳۸۵: ۲۱۲)، ولی در برخی موارد با وجود خسارت بر محموله، استثنائاً متصدی حمل‌ونقل مسئول خسارت نیست. این موارد را اصطلاحاً «مستثنیات مسئولیت متصدی حل و نقل» گویند (صمدی اهری، ۱۳۷۳: ۷۶)

نگارندگان در پی پاسخگویی به سوالات ذیل هستند: موارد معاف‌کننده مسئولیت متصدی غیر مرتبط با تعهدات او کدام است، مفهوم و ماهیت هرکدام چیست و چه شرایطی باید برای هرکدام در نظر گرفت تا متصدی حمل‌ونقل از مسئولیت مبری باشد؟ در این حیطه فورس‌ماژور چه نقشی دارد و تا چه حدی از مسئولیت متصدی می‌کاهد یا او را از مسئولیت مبری می‌کند؟

۱. تقصیر فرستنده و عیب مربوط به کالا

فرستنده شخصی است که قرارداد حمل را با متصدی حمل امضاء می‌کند یا به عبارت دیگر شخصی که به حساب او یا به نام او یک قرارداد حمل‌ونقل با متصدی حمل‌ونقل منعقد شده یا به نام او و حساب او، کالای موضوع قرارداد حمل‌ونقل، عملاً تحویل متصدی حمل‌ونقل شده است.

۱-۱. تقصیر فرستنده

در صورت مسئول بودن فرستنده بار، خود باید خسارت ناشی از اعمال خویش را تقبل کند و موجبی نیست که متصدی باربری مسئولیت فعلی را که از دیگر سر زده است، تحمل نماید. بخشی از مصادیق این بند در بندهای (م) و (ن) و (س) که ذیلاً با رعایت ترتیب مقرر در ماده ۵۵ قانون دریایی ایران توضیح آن داده خواهد شد آمده است. نکته عمده‌ای که عملاً از این بند استفاده می‌شود و بندهای (م) و (ن) و (س) به آن تصریح ندارد مربوط به مواردی است که صاحب کالا یا نماینده وی و یا فرستنده بار با اعلام توصیفی غلط از وضع کالا سبب می‌شود که متصدی باربری در چیدن کالا مرتکب اشتباه شده و از این حیث خسارتی به کالا وارد شود که در این صورت متصدی باربری با اثبات این نکته می‌تواند از معافیت برای پرداخت خسارت استفاده نماید.

از مصادیق این بند موردی است که در ذیل بند ۵ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران به تصریح آمده است؛ «چنانچه فرستنده بار نوع یا ارزش جنس را عالمماً و عامداً برخلاف واقع در بارنامه دریایی قید کند متصدی باربری و کشتی در مورد فقدان یا خسارت وارد به بار مسئول نخواهد بود».

همچنین است بند ۶ همین ماده «هرگاه متصدی باربری، فرمانده یا عامل متصدی باربری اجناس قابل اشتعال و انفجار و یا خطرناک را بدون علم و اطلاع از کیفیت و نوع آن بارگیری نماید و بعداً از نوع و کیفیت آن‌ها به عللی آگاه شوند می‌توانند در هر موقع و قبل از تخلیه در مقصد در هر محلی که صلاح بدانند، بدون پرداخت غرامت و یا هزینه‌ای که ممکن است بطور مستقیم و یا غیر مستقیم از محل چنین مواردی ایجاد می‌شود آن‌ها را تخلیه و یا نابود و یا بلا اثر کنند». تکرار این احکام و موارد به لحاظ توضیحی آن است و این سبکی است که در قانون نویسی آنگلساکسن دیده می‌شود.

به موجب کنوانسیون روتردام، مسئولیت متصدی حمل در قبال فقدان، ایراد خسارت، و تاخیر در تحویل کالاها می‌باشد؛ در حالی که مسئولیت فرستنده صرفاً در قبال فقدان کالاها یا ورود خسارت بر آنها مطرح می‌گردد و فرستنده مسئولیتی در قبال تاخیر در تحویل کالاها ندارد.

۱-۱-۱. نقایص بسته‌بندی

بسته‌بندی کالا از وظایف مالک کالا می‌باشد. این مالک کالا است که با توجه به ماهیت کالای خود روش و نوع بسته‌بندی را مشخص می‌کند. چنانچه خسارت وارده بر کالا ناشی از بسته‌بندی آن باشد، متصدی حمل و نقل مسئولیتی در قبال خسارت ندارد مگر آنکه بسته‌بندی نیز به موجب قرارداد به عهده متصدی حمل و نقل گذاشته شده باشد (اعلایی‌فرد، ۱۳۸۷: ۱۷۵).

معافیت ناشی از نقائص بسته‌بندی کالا و نیز بند (س) که مربوط است به نقائص یا کامل نبودن علائم و مشخصاتی که بر روی بسته‌بندی کالا گذارده می‌شود، از متفرعات مربوط به قصور یا تقصیر فرستنده بار یعنی فعل یا ترک فعل فرستنده بار یا صاحب بار است که در بند (ط) آمده و قانونگذار ایران به تبع از قرارداد لاهه این تکرار را جایز دانسته و عیناً به همان ترتیب آورده است.

پرسشی که در اینجا می‌توان مطرح نمود اینکه؛ هرگاه متصدی باربری بارنامه پاک^۱ صادر نموده باشد آیا بعداً در صورت وقوع خسارت می‌تواند ادعا کند که وقوع خسارت مستند به عمل صاحب بار و ناشی از نقائص بسته‌بندی کالا بوده است؟ در این مورد سابقه یکنواختی در کشورهایی که به قرارداد لاهه پیوسته‌اند، وجود ندارد تا بتوان پاسخ قطعی داد. در کشورهایی که حقوق آنگلو ساکسن مجری است چنانچه متصدی باربری بارنامه پاک صادر کرده باشد، در صورت وقوع خسارت مسئول پرداخت خسارت دانسته شده و صدور این نوع بارنامه را در حکم اقرار به شرایط خوب بسته‌بندی می‌دانند و اثبات خلاف آن را معقول تلقی نمی‌کنند مگر در شرایط بسیار استثنائی. لکن در کشورهایی که حقوق لاتین مجری است صدور بارنامه پاک را مانع از آن نمی‌دانند که متصدی باربری بتواند ثابت نماید صدور این نوع بارنامه برای تسریع در امر بارگیری و یا به جهت دیگر بوده و در حقیقت خسارت از نقص بسته‌بندی ناشی شده است (صمدی اهری، ۱۳۷۳: ۱۰۵).

با توجه به اینکه سابقه‌ای در این خصوص در آراء دادگاه‌های ما وجود ندارد، می‌توان گفت آنچه در حقوق کشورهای آنگلو ساکسن وجود دارد ناشی از سوابق آن ملت‌هاست. لکن در حقوق ما که این سوابق وجود ندارد بلکه اصول قضائی دیگری حکم فرما است. صدور بارنامه پاک نمی‌تواند مانع از آن باشد که حق دفاع را از متصدی باربری سلب کند، چه اگر او بتواند با دلائل متقن به دادگاه ثابت نماید خسارت وارده ناشی از نقائص بسته‌بندی کالا بوده است عدالت ایجاب می‌کند که او را صرفاً به لحاظ صدور یک بارنامه پاک مقید و مسئول ندانسته و به پرداخت خسارت محکوم ساخت. هر چند صدور بارنامه پاک، کار اثبات دعوی را بر متصدی باربری مشکل می‌کند لکن بر عهده خود اوست که ثابت نماید خسارت وارده ناشی از قصور یا تقصیر او نبوده است و همین که توانست چنین دلایلی را به دادگاه ارائه کند، دیگر نباید عواقب تقصیری را که دیگری مرتکب شده بر دوش او گذاشت.

اما اگر دارنده بارنامه، شخص ثالث باشد، این معافیت متصدی حمل موجب اضرار او می‌شود. می‌توان در این خصوص گفت؛ به هر حال متصدی حمل در برابر دارنده بارنامه مسئول است و اگر از این مسئولیت ضرری متوجه متصدی حمل شد، می‌تواند با اثبات تقصیر فرستنده کالا برای جبران خسارت به او رجوع نماید. البته این معافیت ناظر به کالاهایی است که طبق هرف تجاری نیاز به بسته‌بندی دارد و اگر این نوع کالا اصولاً بسته‌بندی نشود با توجه به اینکه قانون از نقائص بسته‌بندی صحبت می‌کند، به این معنی نیست که چون بسته‌بندی وجود نداشته از مصادیق این بند محسوب نخواهد شد. بلکه برعکس مصداق بارز آن تلقی می‌شود چه حتی بسته‌بندی ناقص را هم فاقد بسته‌بندی است و بدین ترتیب بی تردید مصداق بارز این

معافیت خواهد بود اما در عین حال کالاهایی است که اصولاً به موجب عرف تجاری بسته‌بندی نمی‌شود. تردید نیست که در این مورد بند حاضر قابلیت اجرا نخواهد داشت.

از طرفی دیگر، عده‌ای از نویسندگان حقوقی بر این عقیده‌اند که متصدی حمل و نقل حق دارد در زمان صدور بارنامه نقایص بسته‌بندی را ذکر نماید و چنانچه امکان بررسی نداشته باشد، مراتب تردید خود را در صحت بسته‌بندی و کالا را قید نماید. چنانچه متصدی حمل و نقل علیرغم این امر مبادرت به صدور بارنامه تمیز نمود، دیگر هیچ ادعایی مبنی بر نقص در بسته‌بندی از وی پذیرفته نخواهد شد (فرمانفرمائی، ۱۳۵۰: ۱۳۹).

به نظر این عقیده بر خلاف اصل عدالت و قواعد حاکم بر اقرار است. اگر بپذیریم که صدور بارنامه سفید و تمیز نوعی اقرار کتبی بر علیه متصدی حمل و نقل می‌باشد، برابر مواد ۱۲۷۶ و ۱۲۷۷ قانون مدنی اگر کذب اقرار ثابت گردد و اگر مقر ادعا کند اقرار او فاسد و مبنی بر اشتباه یا غلط بوده است، آن اقرار اثری ندارد و انکار او قابل استماع نیست.

در مجموع می‌توان ادعان نمود؛ فرستنده‌ای که بار را بدون بسته‌بندی و یا با بسته‌بندی ناقص و یا با علائم و مشخصات ناکافی تحویل متصدی داده باید عواقب آن را تحمل کند. اشتباه در بسته‌بندی که امری شایع می‌باشد حسب عرف شغلی و طبیعت کالا باید ارزیابی شود. سرزندی که غالباً به فرستنده می‌شود این است که کانتینر را بد پر کرده یا بد چیده است یا فضای لازم را برای تهویه در نظر نگرفته است. اشتباه بازچینی غالباً موجب برائت متصدی از مسئولیت است (محمدزاده، ۱۳۷۳: ۲۵۳).

۱-۲. نقایص علایم و مشخصات

علایم و مشخصات کالا شامل کیفیت کالا، ماهیت آن و مشخصات ارسال کننده و گیرنده است. بنابراین چنانچه کالا از نوع شکستنی بوده و ارسال کننده بدون نصب علامت شکستنی و یا بدون قید کیفیت، آن را تحویل متصدی حمل و نقل دهد و در اثر حمل و نقل آسیبی وارد شود، متصدی مسئولیتی ندارد. همچنین چنانچه در اثر نشانی و آدرس غلط ارسال کننده کالا مفقود گردد، متصدی حمل و نقل مسئولیتی نخواهد داشت (اعلایی فرد، ۱۳۸۷: ۱۷۷).

حکم این بند همان طور که از متن آن مستفاد می‌شود معطوف به نقص یا کامل نبودن علائم است و شامل مواردی که کالا فاقد علائم و مشخصات بوده یا دارای علائم و مشخصات باشد، لکن این علائم و مشخصات غلط باشند، نمی‌گردد. بنابراین قابلیت استناد به آن توسط متصدی باربری برای معافیت از مسئولیت محدود به مواردی خاص می‌باشد. نظیر آنکه به علت نقص علائم بندر مقصد به درستی شناخته نشود و یا هویت کسی که باید بار به او تحویل گردد، کاملاً معلوم نشود و بدین ترتیب تحویل کالا با تأخیر صورت گیرد و از این بابت شکایت مطرح گردد.

در این موارد متصدی باربری می‌تواند در صورتی که عدم ایفای تعهد ناشی از نقص یا کامل نبودن علائم و مشخصات باشد با اثبات این امر از معافیت به استناد حکم مندرج در این بند استفاده کند.

۱-۲. عیب مربوط به کالا

یکی دیگر از موارد استثنا، عیب مخفی کشتی است که از یک بررسی دقیق توسط شخص ماهر پوشیده ماند این مورد با توجه به پیچیدگی‌ها و تحولی که در زمینه ساخت و ساز صورت گرفته قابل توجیه است. عیوب مخفی به عیوبی اطلاق می‌گردد که در زمان بازدید و بررسی فنی کشتی به طور معمول و متعارف قابل تشخیص نبوده و یا حداقل کشف آن بسیار دشوار بوده است. از آنجا که ساختار و ساختمان کشتی فنی و پیچیده می‌باشد، تشخیص عیب پنهان بر عهده کارشناسان و متخصصین فنی می‌باشد (اعلایی فرد، ۱۳۸۷: ۱۷۴).

جهت اثبات عیب مخفی لازم است که متصدی ثابت کند که اولاً عیب وجود دارد و ثانیاً از یک بازرسی دقیق مخفی شده است و این امر تأییدی بر مخفی بودن عیب محسوب می‌شود.

گواهینامه فنی طبقه‌بندی کشتی فی نفسه نمی‌تواند دلیل بر سلامت کشتی و اعمال معافیت ناشی از عیب پنهان باشد، بلکه این مدرک فقط قرینه‌ای بر قابلیت دریانوردی است. از این رو متخصصین باید تشخیص دهند که عیب مزبور از جمله عیوب مخفی است یا خیر؟

این بند از قانون دریایی ایران در خصوص عیب مربوط به کالا، عیناً از ماده ۴ قانون لاهه اقتباس شده و در ماده ۵۵ قانون دریایی ایران مقرر گردیده است. عده‌ای از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که مفاد ماده ۴ قواعد لاهه ناظر به معافیت متصدی باربری از خسارات و فقدان کالا می‌باشد. بنابراین عیب مخفی، عیوبی است که در محموله وجود داشته و در هنگام بارگیری قابل رؤیت نباشد ولی پس از مدتی آشکار گردد (Gandhin, 1973. 169.)

از طرفی دیگر، برخی بر این عقیده‌اند که بند ۱ ماده ۴ قواعد لاهه - که ماده ۵۵ قانون دریایی ایران از آن اقتباس شده - ناظر به قابلیت دریانوردی کشتی می‌باشد. از این رو عیب مخفی نیز به عیوبی است که در هنگام شروع دریانوردی و تجهیز کشتی پنهان بوده و بعد از شروع سفر دریایی باعث عدم قابلیت دریانوردی کشتی شده است.

خسارت مورد بحث در این مبحث متضمن دو قسمت است یکی کسر و کمبود وزن و حجم کالا و دیگری خسارتی که از معایب ذاتی کالا ناشی می‌شود، بنابراین لازم است به تفکیک مورد بررسی قرار گیرد. یکی از موارد معرفی شده عیب ذاتی کسر و کمبود وزن و حجم کالا است که عادی است. در این حالت به کیفیت کالا لطمه‌ای وارد نمی‌شود، اما وزن یا حجم آن کاهش می‌یابد. برنجی که در قطب در آب و هوای مرطوب حمل شده، و بنابراین سنگین می‌باشد، در مقصد به واسطه بخار شدن نم آن کاهش وزن پیدا می‌کند. مطابق عرف دریایی در حد معینی که حسب مسیر، زمان حمل و نوع کالا تعیین می‌شود، این کاهش وزن و حجم مجاز تلقی گردیده است. بنابراین صاحب کالا حق مراجعه به متصدی را از بابت کاهش حجم و وزن که به لحاظ موانع مسیر می‌باشد، ندارد.

برابر بند ۲ ماده ۵۵ قانون دریایی، کشتی و مالک آن مسئول جبران خسارات وارده به کالا که ناشی از کسر و کمبود وزن و حجم کالا و هر نوع خسارت دیگر، که از معایب مخفی، ماهیت و نقایص ذاتی کالا ناشی می‌گردد، نمی‌باشد.

کاهش وزن و حجم به به لحاظ مشکلات مسیر امری عادی است. بنابراین متصدی تکلیف به هیچ‌گونه اثباتی ندارد اما سؤالی که می‌تواند مطرح شود این است که اگر خسارت وارده بیش از مقدار تعیین شده جهت موانع مسیر باشد، آیا بخش مربوط به موانع مسیر از کل خسارت قابل کسر است؟ به عقیده پروفیسور رودیر سنگینی خسارت اماره وجود زیان ناشی از موانع مسیر را از بین می‌برد و موانع مسیر فاقد اثر می‌شود، درحالی که به نظر پروفیسور رمون گویو اگر متصدی از امتیازی در وضعیت عادی بهره‌مند است، دلیلی بر عدم بهره‌مندی او در حالتی که بار دچار مشکل شده است نیست (Remond Gouilloud, 1988, 336).

برخی از کالاها نظیر مایعات یا غلات که به صورت بار در کشتی حمل می‌شود، به لحاظ اهمیت جنس آن در طول سفر و تحت تأثیر وضع جوی از لحاظ حجم یا وزن آن به طور طبیعی کاسته می‌شود و هر چه فاصله بندر مبدأ و مقصد بیشتر باشد این کسری زیادتر خواهد بود. در عرف باربری دریایی این نوع کالاها فهرست شده و میزان کسری آن با توجه به طول سفر و وضع مسیر و فصول مختلف سال به صورت ضریبی تعیین شده و این میزان کسری را قابل قبول تلقی می‌کنند و متصدی باربری را مسئول آن نمی‌دانند مگر آنکه میزان کسری وزن یا حجم بیش از این میزان قابل قبول باشد که در این صورت هرگاه ثابت بشود ناشی از فعل فرستنده بار یا سایر جهات معافیت باربری نبوده است وی مسئول خسارت وارده می‌باشد. اما در خصوص معایب مخفی و یا نقایص ذاتی کالا، منظور از نقایص و عیوب ذاتی کالا همان است که در ماده ۳۸۶ قانون تجارت به «جنس خود مال التجاره» تعبیر شده و مقرر گردیده است چنانچه متصدی حمل و نقل ثابت کند که تلف و یا کم شده مربوط به «جنس خود مال التجاره» باشد متصدی باربری مسئول نخواهد بود. عیب ذاتی کالا اشکالاتی است طبیعت و ساختمان خود کالا باعث آن است مثلاً میوه‌ای که در کمال سلامت در کشتی بار شده است پس از مدتی در اثر وضع جوی یا گذشت زمان خود به خود فاسد می‌شود.

اما عیب مخفی آن عیوبی است که هنوز ظاهر نشده و ذاتاً کالا سلامت نیستف مانند آنکه بار غله‌ای که ظاهری سالم داشته باطناً در آن باکتری فاسد کننده‌ای باشد و در طول سفر رشد کرده، آن را فاسد نماید. برای آنکه متصدی باربری بتواند از معافیت ناشی از کسر و کمبود وزن و حجم کالا و معایب ذاتی کالا استفاده نماید باید ثابت کند کشتی قابلیت دریانوردی و پذیرش بار را داشته و در طول سفر عملی که موجب بروز خسارت بوده است مرتکب نگردند و این اشکالات ناشی از ماهیت و طبیعت کالا بوده است.

به این نکات در دعوی F.C.Brandley and son ltd. V.Federal. Sleam Navigation Co. Ltd. مطروحه در انگلستان به طور خلاصه اشاره شده است. محموله کشتی مقداری سیب بود که هنگام تخلیه ملاحظه شد فاسد گردیده است. مرجع فرجامی (مجلس اعیان) در این مورد اظهار نظر کرد: «با توجه به اینکه از طرف فرستنده کالا ثابت گردیده که سیب‌ها در بندر بارگیری و موقع تحویل آن به فرمانده کشتی برای حمل سالم بوده اند و اینکه در موقع تخلیه کالا در بندر مقصد ضایع شده اند، اینک بر عهده متصدی باربری است که کشتی قبل از سفر و در شروع آن دارای قابلیت دریانوردی بوده است و دیگر آنکه وقوع خسارت ناشی از غفلت، تقصیر و یا سوء عمل فرمانده یا کارکنان در موقع حمل و طی سفر یا تخلیه نبوده است».

رای مذکور به خوبی طریق رسیدگی به این دعوی را ارائه می‌دهد و نه تنها طریق دفاع متصدی باربری را بیان می‌کند بلکه متذکر می‌گردد خواهان چگونه باید ادعای خود را به اثبات برسانند تا دعوی قابلیت طرح داشته باشد. بدیهی است از جمله جهاتی که متصدی باربری در مقام دفاع می‌تواند به آن متمسک شود این است که ضایعات ناشی از عیوب ذاتی کالا بوده و به علت ارائه اطلاعات صحیح از طرف فرستنده بار وی نتوانسته است با بکار بردن اقدامات احتیاطی از بروز یا شدت فساد کالا جلوگیری کند.

عیب ذاتی در رابطه با طبیعت کالا و از مختصات آن است که سفر دریایی موجب خرابی آن می‌شود و عیب مخفی عیبی است که قبل از حمل مخفی بوده ولی پس از حمل هویدا می‌شود. چنانچه خسارت ناشی از ویژگی کالا باشد که متصدی قادر به پیش‌بینی آن نیست، مطابق قانون دریایی (و معاهده لاهه) متصدی از مسئولیت مبری است.

غالباً عیب ذاتی با علت دیگری همراه است، در این صورت چنانچه اشتباه همراه مثلاً اشتباه دربسته‌بندی باشد؛ برائت متصدی سهل‌تر و چنانچه اشتباه همراه اشتباهی از طرف متصدی باشد، برائت او سخت‌تر خواهد بود.

(Remond Gouilloud, 1988, p. 336.)

ماده ۱۷ کنوانسیون روتردام اصلی‌ترین مقرره‌ای است که به مبنای مسئولیت در کنوانسیون روتردام پرداخته است. بند ۱ بیان می‌کند که اگر خواهان اثبات کند فقدان، خسارت، تأخیر (در تحویل کالا) یا حادثه و اوضاع و احوالی که منجر به بروز هر کدام از موارد بالا شده یا در بروز آن‌ها نقشی داشته، در طول دوره مسئولیت متصدی حمل حادث شده، متصدی حمل در قبال فقدان، خسارت و تأخیر در تحویل دادن کالاها مسئول می‌باشد. بر اساس بند ۳ این ماده متصدی حمل از تمام یا بخشی از مسئولیت موضوع بند ۱ این ماده معاف می‌گردد، چنانچه به جای اثبات عدم قصوری که در بند ۲ این ماده قید شده، ثابت کند حوادث یا اوضاع و احوال زیر منجر به فقدان، خسارت یا تأخیر شده و یا در بروز آنها نقش داشته است. شماری از این حوادث کاهش حجم یا وزن یا هر گونه فقدان یا خسارتی که ناشی از نقص ذاتی، نقص در کیفیت یا فساد در کالا باشد، نارسایی یا شرایط ناقص در عدلبندی یا علامتگذاری کالاها که توسط متصدی حمل یا به نمایندگی از وی انجام نشده باشد می‌باشد.

۲. موارد غیر مرتبط به فرستنده کالا و متصدی حمل و نقل

مطابق قانون دریایی ایران؛ این موارد عبارتند از خطرات و حوادث خطرناک و یا سوانح دریا و آب‌های قابل کشتیرانی، بلیات طبیعی، عملیات دشمنانه جامعه، جنگ و نتایج آن، بازداشت یا متوقف شدن کشتی در نتیجه اقدامات قهریه یا به سبب امر عمل حکام با مردم یا مقامات قضایی محدودیت‌های قرنطینه، اعتصاب و یا بستن کارگاه‌ها و با خودداری و یا جلوگیری از کار به طور کلی و جزئی به هر علتی که باشد و

شورش و یا اعتشاش (بندهای (ج)، (د)، (و)، (ه)، (ز)، (ح)، (ی) و (ک) از بخش ۲ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران (بندهای ج، د، ه، ز، ح، ی، ک از بخش ۲ ماده ۴ قواعد لاهه).

مطابق قانون دریایی و قواعد لاهه، وقتی که خسارت ناشی از موارد اخیرالذکر است متصدی معاف از مسئولیت است. این موارد در حقوق فرانسه تحت عنوان کلی قوه قاهره مطرح می‌باشند به عبارتی دیگر، موارد مذکور مثال‌هایی از قوه قاهره می‌باشند اما قانون دریایی به تبعیت از قواعد لاهه به سبک انگلیسی به ذکر هریک از موارد پرداخته است. متصدی می‌تواند با اثبات هریک از موارد مذکور از مسئولیت بری شود، اگرچه در حقوق فرانسه قائل به این هستند که متصدی علاوه بر اثبات هریک از موارد باید ثابت کند که مورد غیر قابل پیش‌بینی، غیر قابل دفع و نسبت به متصدی جنبه خارجی داشته است (Rodiere, 1968.p403)

با این بینش است که رویه قضایی فرانسه وجود طوفان با شدت هشت درجه در ماه نوامبر و در سواحل آفریقای جنوبی را قابل پیش‌بینی تلقی کرده و یا غارت کشتی در خلیج لائوس را به عنوان عملیات دشمنان جامعه محسوب نکرده، زیرا در آن منطقه انجام چنین اعمالی نادر نیست (Remond, 1988, p 334)

متصدی حمل و نقل دریایی در تمسک به این موارد استثنایی باید دارا بودن قابلیت دریا نوردی کشتی در ابتدای سفر و رعایت احتیاطات لازم را ثابت کند. قابل ذکر است که خطرات و سوانح دریایی صرفاً به دریا محدود نمی‌شود بلکه آب‌های قابل کشتیرانی و کانال‌ها را نیز در بر می‌گیرد.

۲-۱. خطرات و حوادث خطرناک

قابلیت دریانوردی و مخاطرات دریایی ارتباط مستقیم با یکدیگر دارند. مالک کشتی قبل از شروع سفر باید با توجه به مکان جغرافیایی، زمان و محموله کشتی، کشتی را تجهیز نماید.

خطرات و سوانح دریا متعارف‌ترین و معمولی‌ترین دفاعی است که متصدی باربری به آن استناد می‌کند ولی در عین حال حدود و مرز آن چندان روشن نمی‌باشد. خطرات و سوانح دریا در قانون دریایی ایران تعریف نشده و در قرارداد لاهه نیز تعریفی از آن نیامده است.

برای آنکه معلوم شود خطرات و سوانح دریایی به چه اتفاقاتی اطلاق می‌گردد باید به سوابق قضایی مراجعه کرد. مشهورترین تعریفی که از خطرات دریایی شده در پرونده The Rosalia بوده است که مورد قبول و استناد سایرین قرار گرفته است و به آن استناد جسته‌اند.

به موجب این تعریف سوانح دریا به حوادث و اتفاقاتی اطلاق می‌شود که مانع می‌گردد یک ملوان ماهر که عموماً می‌توانسته خود را از خطر نجات داده و به سلامت به بندر برسد، نتواند از محل خطر بگریزد. به عبارت دیگر خطرات دریا سوانح و اتفاقاتی است که موجب می‌شود یک کشتی کاملاً مقاوم و با کارکنان شایسته نتواند خطر را تحمل کند.

با توجه به اینکه برای تشخیص این موضوع از مصادیق سوانح دریایی محسوب می‌شود یا خیر، باید شرایط و واوضاع و احوال را هم از حیث محل واقعه و تاریخ آن و نوع وقوع و ساختمان کشتی و امثال ذلک در نظر گرفت اثبات این نکته مسئله‌ای است که کاملاً نظری، مع هذا رعایت اصولی چند به تشخیص آن کمک خواهد کرد. در این مورد متصدی باربری که خواننده دعوی است و می‌خواهد به معافیت از مسئولیت استناد کند، باید ثابت کند زیان وارده به کالا مثلاً بر اثر ورودی قهری آب صورت گرفته در حالی که دریچه‌ها کاملاً سالم بوده است، بر اثر طوفان و آب دریا و فشار آب به آن صدمه وارد شده و نفوذ کرده است. متصدی باربری علاوه بر این باید اثبات کند که کشتی قابلیت دریانوردی داشته و دریچه‌ها در بدو شروع سفر کاملاً سلامت بوده‌اند. پس از آن متصدی باربری باید ثابت نماید که طوفان دریا موجب شده است که آنچه به طور متعارف سلامت و مقاوم بوده تاب مقاومت نیاورده و دریچه‌ها صدمه دیده و آب به بار سرایت کرده است، در حالی که او اقدامات احتیاطی را برای حفظ کالا از هر حیث بکار برده است. اثبات وقوع سوانح دریا بیش از هر چیز با قابلیت دریانوردی کشتی ارتباط دارد. یک کشتی می‌تواند در دریایی آرامی قابلیت دریانوردی داشته باشد در یک دریای متلاطم فاقد قابلیت دریانوردی خواهد بود. در دعوی The Shickshimmy دادگاه اظهار نظر کرد: «اگر بادهای سخت را بتوان واقعه‌ای غیر متعارف و غیرقابل

انتظار خواند تا بدان حد که این حوادث مانع از آن بوده است کی یک ملوان ماهر که اصولاً می‌توانسته خود را نجات دهد نتواند از آن بگریزد، باز هم متصدی باربری به لحاظ آنکه مراقبت لازم را معمول نداشته مسئله است.»

(David Jackson , 1987, 198)

نظری بودن این مسئله که ایجاب می‌کند تمام اوضاع و احوال از قابلیت دریانوردی کشتی گرفته تا وضع هوا، فشار طوفان، قابلیت مقابله کارکنان کشتی با خطرات، اندازه کشتی، قابلیت پیش بینی طوفان، میزان خسارت به بدنه کشتی و غیره مورد بررسی قرار گیرد و نشان می‌دهد که تشخیص آن ارتباط دارد به استنباط قاضی از اوضاع و احوال قضیه و با یکی دو ضابطه که از طرف حقوقدانان برای تشخیص خطرات و سوانح دریا عنوان می‌شود مسئله قابل حل نیست.

در دعوای دیگری خطرات دریا توسط دادگاه‌های استیناف ایالات متحده آمریکا چنین توصیف شد: سوانح دریا چنانکه از آن استنباط می‌شود خطراتی است که به دریا اختصاص دارد و دارای آنچنان ماهیت غیر طبیعی و نیروئی است که مقاومت در مقابل آن امکان پذیر نمی‌باشد و همه چیز را از پا در می‌آورد و امکان ندارد در مقابل آن با نیروی متعارف انسانی و مهارت و احتیاط بشری از خود محافظت نمود. محل وقوع حادثه، زمان و فصلی که اتفاق رخ داده است در اینکه آن اتفاق سانحه دریایی محسوب شود یا نه مؤثر می‌باشد. بادهای موسمی و حرکت ابرها که منتهی به طوفان یا باران‌های شدید می‌شود در بعضی مناطق و برخی از فصول اتفاق می‌افتد. یکی از دادگاه‌های استیناف ایالات متحده نظر داد: «بارش و گردباد کارلا^۱ - گردبادی که در خلیج مکزیک اتفاق می‌افتد - حادثه‌ای با آنچنان قدرت بود که می‌توانست نیروی مقاومت بهترین کشتی را که کلیه احتیاط‌های متعارف در آن به کار رفته بود، از بین ببرد. بنابراین سانحه دریایی محسوب می‌شود» (David Jackson , 1987, 199)

میزان و نحوه خسارتی که به کشتی وارد آمده است خود نشانه مهمی از قدرت سانحه می‌باشد. در این مورد دادگاه‌ها با جلب نظر کارشناس می‌توانند بیابند اگر کشتی دارای ساختمان فنی مطابق پیشرفت صنعت روز می‌باشد تا چه حدود نیروی طوفان در ایجاد سانحه دریایی مؤثر بوده است. در دعوای The Ulven دادگاه چنین استدلال کرد: «قسمتی از پائین تا شده است، یک نردبان از جا کنده شده است و نیز خسارتی به قسمت جلوی عرشه وارد آمده یکی دو در صدمه دیده و از جا در آمده است. این البته چیزی است که در هوای بد اتفاق می‌افتد... نتیجه‌ای که می‌گیریم این است که این‌ها چیزی بیش از یک حادثه متعارف نیست که در ماه نوامبر در دریای شمال اتفاق می‌افتد» (David Jackson , 1987, 205)

عموماً در کتاب‌های مربوط به حقوق دریایی از طوفان و گردبادهای دریایی که توأم با بارش بسیار شدید است صحبت می‌شود. زیرا عموماً این اتفاقات است که برای کشتی رخ می‌دهد. لکن باید توجه داشت که سوانح دریایی منحصر به این نوع اتفاقات نیست بلکه برخورد کشتی با بقایای شکسته کشتی دیگر که هیچ نشانی از آن وجود نداشته و یا سایر اشیائی که قابل پیش‌بینی بوده، ممکن است برای کشتی سانحه آفرین شود و موجبات خسارت را به بار فراهم آورد، از نظر قضائی خطرات و سوانح دریا شناخته می‌شود.

لازم به ذکر است که هرچند عنوان معافیت خطرات و سوانح دریا است لکن همان طور که در بند (ج) ماده ۵۵ قانون دریایی ایران قید شده این معافیت به «آب‌های قابل کشتیرانی دیگر» نیز تسری دارد. بنابراین اگر این سوانح در رودخانه‌های قابل کشتیرانی و یا کانال‌هایی که قابلیت کشتیرانی دارند اتفاق افتد و شرایط سوانح دریا در آن جمع باشد، متصدی باربری می‌تواند از معافیت این حکم برخوردار شود.

۲-۲. بلایای طبیعی

فارس ماژور و بلبات طبیعی به حوادثی اطلاق می‌گردد که خارج از اراده متصدی حمل و نقل و خدمه وی بوده و وقوع آنها اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. این اعمال باید غیر قابل کنترل و غیر قابل پیش‌بینی باشد. برابر

1. Carla.

ماده ۲۲۷ قانون مدنی؛ «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارج بوده است که نمی‌توان مروط به او نمود.» و مطابق ماده ۲۲۹ قانون فوق‌الذکر؛ «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که رفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.»

فورس ماژور که در فارسی به قوه قاهره یا قوه قهریه ترجمه شده اصطلاحی در حقوق فرانسه است که ظاهراً نخست در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) بکار رفته و سپس در کشورهای دیگر، همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده و در حقوق بین‌الملل نیز همین اصطلاح حتی در حقوق و کتاب‌های انگلیسی مورد استفاده و رایج است (صفایی، ۱۳۸۸ : ۲۸).

در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنی عام^۱ و معنی خاص^۲ است. فورس ماژور به معنی عام عبارت است از هر حادثه خارجی (خارج از حیطه قدرت متعهد) فورس ماژور بدین معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله که واجد دو صفت مذکور باشند، نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنی خاص، حادثه‌ای است بی نام^۱ (یعنی غیر منتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی)، غیرقابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس ماژور و حادثه غیر مترقبه^۲ فرق گذاشته و گفته‌اند که حادثه غیرمترقبه حادثه‌ای درونی یعنی وابسته به فعالیت متعهد یا بنگاه او است مانند آتش سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن راه‌آهن و اعتصاب در پاره‌ای موارد؛ در حالیکه فورس ماژور حادثه‌ای بیرونی است مانند سیل، توفان و غیره.

Weill (A.), 1980, 412.

در برخی فرهنگ اصطلاحات حقوقی در تعریف فورس ماژور چنین آمده است: «... به معنی عام، هر حادثه غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور موجب براءت است. فورس ماژور به معنی خاص در مقابل حادثه غیر مترقبه قرار می‌گیرد و عبارت از حادثه‌ای بیرونی است، بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد. نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث.»

(J. Guillien, 1979, 39)

معنی عام مذکور در این تعریف با معنای عامی که قبلاً با استفاده از کتاب معروف «ماژور» ذکر شده، تفاوتی ندارد؛ ولی معنی خاص آن متفاوت است و هر دو معنی خاص در نوشته‌های حقوقی فرانسه دیده می‌شود. به عبارت روشن‌تر فورس ماژور در معنی خاص گاهی برای حادثه غیر منتسب به شخص معین، غیر قابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب کار می‌رود و گاهی در مقابل «حادثه غیر مترقبه» برای حادثه بیرونی و بیگانه با شخص متعهد.

به هر حال فورس ماژور به معنی عام حادثه‌ای است که نمی‌توان آن را به متعهد مربوط نمود (ماده ۲۲۷ قانون مدنی)، اعم از اینکه ارتباطی با قلمرو فعالیت متعهد داشته و «حادثه غیرمترقبه» تلقی شود یا صرفاً ناشی از عوامل بیرونی و جدا از متعهد باشد. چنانکه خواهیم دید در صورتی که عدم اجرای تعهد، ناشی از تقصیر متعهد باشد، فورس ماژور تحقق نخواهد یافت.

در حقوق امروز فرانسه بین فورس ماژور و حادثه غیر مترقبه معمولاً فرق نمی‌گذارند و در رویه قضائی فرانسه هر دو به طور مترادف بکار می‌روند.

(CARBONNIER, 1972, p. 245) هر چند که بعضی از حقوقدانان فرانسوی و غیر فرانسوی

هنوز بین این دو مفهوم تفاوت قائلند.

1. Lato sensus
2. Stricto sensus
1. Anonym
2. Cas Fortuit Fortuitous event

در حقوق بین‌الملل معمولاً کلمه فورس ماژور به معنی عام به کار می‌رود که هم فورس ماژور به معنی خاص و هم حادثه غیر مترقبه را در بر می‌گیرد.

فورس ماژور به معنی عام با اصطلاح «کارخدا»^۱ متفاوت است. اصطلاح دوم فقط شامل حوادث غیرعادی است که دارای علل طبیعی هستند و بدون دخالت بشر روی می‌دهند؛ در حالیکه فورس ماژور دارای معنی گسترده‌ای است و پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را نیز در بر می‌گیرد. (CHRISTOU Review, 1982 vol. 3, pp. 68.)

در «کامن لو» اصطلاح فورس ماژور معمولاً به کار نمی‌رود؛ ولی مسائل و موارد فورس ماژور تحت عنوان انتفای قرارداد^۲ یا عدم امکان^۳ مطرح می‌گردد. این نهادهای حقوقی از لحاظ نظری با نهاد فورس ماژور متفاوتند و به ویژه قلمروی وسیع‌تر از فورس ماژور دارند؛ معهداً در کشورهای کامن لو با استفاده از این نظریات به نتایجی می‌رسند که کم و بیش مشابه نتایج حاصل از فورس ماژور است. (CHRISTOU Review, 1982 vol. 3, pp. 75.)

وانگهی فورس ماژور در قراردادهای اقتصادی بین‌المللی که کشورهای مذکور معتقد می‌نمایند نیز بکار می‌رود و حتی در فرهنگ‌های اصطلاحات حقوق انگلیسی آن را ذکر می‌کنند. بلیات طبیعی که ترجمه Act of God می‌باشد، در فرهنگ حقوق بلاک چنین تعریف شده: «واقعه‌ای است که منحصرأ به وسیله نیروی طبیعت و بدون مداخله انسان به وجود می‌آید. یک ضرورت طبیعی است که تنها به علل طبیعی بدون دخالت انسان واقع می‌شود. حادثه‌ای که نمی‌تواند دست بشر در آن مؤثر باشد و تنها جریان طبیعی آن را ایجاد می‌کند».

بدین ترتیب بلیات طبیعی عام بوده و شامل خطرات و سوانح دریا می‌گردد. به همین سبب برخی مؤلفین حقوق دریایی این عناوین را به لحاظ مشابهت تام در یک مبحث مورد بررسی قرار می‌دهند. زیرا که احکام ناظر بر آنها یکی است.

اما علت آنکه در قرارداد لاهه و به تبع آن در قانون ایران این عناوین تفکیک شده مربوط به خصوصیات آنها است. خطرات و سوانح دریایی آن حوادث و اتفاقاتی است که منحصرأ در دریا رخ می‌دهد و خاص منطقه آبی است، لکن بلیات طبیعی منحصر به دریا نبوده و در خشکی نیز اتفاق می‌افتد و دامنه آن وسیع‌تر است.

آنچه بیشتر در فرهنگ دریایی از بلیات طبیعی مراد می‌شود تأخیرهایی است که بر اثر حوادث طبیعی در رسیدن کشتی به مقصد به وجود می‌آید، هرچند مانع از آن نخواهد بود که عوامل طبیعی دیگر نیز در وقوع خسارت مؤثر باشد از قبیل گرما و سرمای ناگهانی و غیر قابل پیش‌بینی، لذا متصدیان باربری از این حیث می‌توانند به این عامل استثنائی عدم مسئولیت استناد کنند.

در این قبیل موارد نیز برای آنکه متصدی باربری بتواند معاف از مسئولیت خسارت وارده باشد اولاً ثابت کند کشتی قابلیت دریانوردی داشته و کلیه احتیاط‌های لازمه رعایت شده است. ثانیاً حادثه مستقیماً و منحصرأ ناشی از عوامل طبیعی و بدون دخالت بشر به وجود آمده ثالثاً حادثه به صورتی اتفاق افتاده که برای متصدی باربری پیش‌بینی وقوع آن میسر نبوده و یا برای جلوگیری از وقوع یا مقابله مؤثر با آن، تهیه وسایل فنی که اکنون در دسترس می‌باشد مقدور نبوده است.

۲-۳. جنگ

اگر جنگ و نبرد مسلحانه به طور طبیعی به خط سیر کشتی سرایت نکرده باشد ولی متصدی خودسرانه کشتی را به منطقه جنگی هدایت کند و در نتیجه به کشتی خسارت‌هایی وارد شود در این حالت جمع تقصیر متصدی با فورس ماژور ناممکن بوده است. هرگاه تقصیر متعهد سبب بروز حادثه‌ای غیرمترقبه و غیرقابل دفع شود، متعهد مسئول است و نمی‌تواند به قوه قاهره استناد جوید، از مسئولیت برائت حاصل کند.

1. Act of God
2. Frustration
3. Impossibility

از نظر حقوق بین‌المللی عمومی جنگ به انواع اعمال قهریه‌ای اطلاق می‌شود که دولتی نسبت به دولت دیگر به کار می‌برد تا آن دولت را به تمکین اراده خویش وادار کند. به این ترتیب جنگ دو شرط عمده دارد. یکی آنکه بین دو دولت اتفاق می‌افتد و دوم اینکه طرفین به انواع اعمال خصمانه با توسل به سلاح مبادرت می‌کنند.

از نظر حقوق دریایی منظور از جنگ مندرج در این ماده تنها جنگ به معنی حقوق بین‌الملل عمومی نیست بلکه جنگ داخلی را نیز در بر می‌گیرد زیرا از نظر موانعی که این جنگ‌ها در حمل و نقل دریایی به وجود می‌آورند دارای آثار مشابه هستند، و در واقع منشاء آن قوه قهریه‌ایست که کنترل آن از حدود قدرت متصدی باربری خارج است و لذا نمی‌توان وی را در چنین شرایطی مسئول دانست (J.G. Starke, 1989, P. 527).

در حقوق فرانسه این موارد تحت عنوان فورس ماژور قرار می‌گیرد لکن اصطلاح جنگ و آثار آن که در قرارداد لاهه منعکس شده و از آنجا به حقوق ایران راه یافته است از تأسیسات حقوقی کاملاً می‌باشد. جنگ نه تنها آزادی حرکت کشتی‌ها را دریاهای آزاد برای دولت‌های خصم محدود می‌کند بلکه در صورت اعلان محاصره دریایی برای دول بی‌طرف نیز محدودیت‌هایی به وجود می‌آورد. این محدودیت‌ها سبب می‌شود که متصدی باربری نتواند تعهدات خود را به درستی انجام دهد و لذا نباید به لحاظ حدوث وقایعی که از قدرت وی خارج است مسئول دانسته شود. یکی از آثار جنگ برای دول متخاصم آمبارگو است بدین معنی که از قدیم الایام دول متخاصم خود را محق می‌دانستند که پس از اعلان جنگ به آمبارگو یعنی ضبط کشتی‌های دولت دیگر که در بنادر آنها حضور داشتند مبادرت نماید.

البته مدت‌هاست این ترتیب متروک شده و فعلاً رویه این است که مهلتی برای کشتی‌های دولت خصم که در موقع اعلام جنگ در بندر دولت طرف متوقف هستند تعیین می‌نماید تا بتوانند از آن محل خارج گردند. بدیهی است این مضمیفه‌ای که برای کشتی تجارتي از طرف دولتی ایجاد می‌شود در تعهدات متصدی باربری تأثیر دارد و چون این حوادث خارج از حدود اختیارات اوست نمی‌توان وی را مسئول خسارت وارده دانست. از آن گذشته رویه آن است که دولت‌های متخاصم می‌توانند کشتی‌های تجاری یکدیگر را توقیف و آن را تصرف و به عنوان غنیمت مالک شوند.

بعلاوه هنگامی که یکی از دول خصم اعلان محاصره دریایی می‌نماید این محدودیت تجاری شامل دول بی‌طرف نیز می‌گردد، زیرا اصولاً کالاهائی که برای یکی از دولت‌های متخاصم از طرف دولت بی‌طرف حمل می‌گردد بنیه جنگی او را تقویت می‌نماید و این کالاها به عنوان کالای جنگی محسوب شده و بر اساس رویه فعلی ممکن است آن‌ها را مصادره و تصرف کرد.

در جنگ داخلی نیز هرچند دامنه مزاحمت برای تجارت آزاد دریایی به حدود جنگ بین دولت‌ها نیست لکن برخی از همین محدودیت‌ها به لحاظ وضع جنگی به وجود می‌آید زیرا هر دو متخاصم می‌کوشند از این طریق مضایقی برای طرف دیگر به وجود آورند و از رسیدن کالاها که موجبات تقویت دیگری را فراهم می‌آورد جلوگیری کنند. در نتیجه محدودیت‌هایی که برای متصدی باربری برای ایفاء تعهدات او به وجود می‌آید از این حیث که خارج از حدود اختیار وی بوده نمی‌تواند برای او ایجاد مسئولیت نماید. متصدی باربری برای استفاده از این معافیت باید ثابت کند که اولاً حالت جنگی وجود داشته و ثانیاً خسارت وارده به کالا مستقیماً ناشی از عملیات جنگی بوده است (صمدی اهری، ۱۳۶۳: ۱۱۲).

۲-۴. عملیات دشمنان

در بیشتر کشورها اختلافات سیاسی به عنوان یک واقعیت اجتناب ناپذیر پذیرفته شده است. گاهی درگیری‌های ناشی از این اختلافات به قلمرو آبی و دریایی و سواحل آن کشور سرایت می‌کند و نا امنی دریایی را در منطقه ایجاد می‌کند. اگر متصدی باربری دریایی به عمد یا از روی غفلت در ایجاد این وضعیت (ایجاد درگیری) شریک و سهیم باشد توسل به مسئولیت نداشتن از ناحیه متصدی باربری یا کشتی بی‌معنی است و محمل قانونی نخواهد داشت.

عنوان عملیات دشمنان که از قرارداد لاهه عیناً به قانون دریایی ایران راه یافته، سابقه آن در حقوق انگلستان و تحت عنوان دشمنان پادشاه بوده است. از این حیث که پادشاه مظهر نظام کشوری محسوب می‌شد کسانی که مرتکی اعمال خلافی می‌گردیدند یا به قصد تغییر حکومت دست به اقداماتی می‌زدند در کامن‌لا دشمنان پادشاه تلقی می‌شدند.

این اصطلاح برای آنکه بتواند در کشورهای جمهوری معنی و مفهوم داشته باشد در قرارداد لاهه به عملیات دشمنان جامعه تغییر داده شده و منظور از آن دشمنان کشوری است که متصدی باربری تابع آن دولت است، و نیز به دزدان دریایی و غارتگران اطلاق می‌شود. بدیهی است هرگاه این افراد کشتی تجاری را هدف قرار داده و قصد آن کنند و از این بابت خساراتی به محموله کشتی وارد شود به نحوی که متصدی باربری قادر به فرار یا جلوگیری از وقوع آن نباشد مسئول خسارت وارده نخواهد بود (صمدی اهری، ۱۳۷۳: ۱۱۴).

۲-۵. بازداشت یا متوقف شدن وسیله حمل و نقل

آنچه موجب بازداشت کشتی یا متوقف شدن آن می‌شود اقداماتی است با ماهیت قهری که کاملاً از حالات عادی و شرایط طبیعی خارج است.

لازم است چند عمل در کشتیرانی از هم تفکیک شود این اعمال عبارتند از:

۱- متوقف کردن کشتی برای بازرسی و تفتیش: این عمل نیازی به حکم قضایی ندارد و به دست مأموران ذی صلاح امکان اجرا پیدا می‌کند.

۲- بازرسی: این عمل به منظور تفتیش پرچم، مانفیسست و سایر اسناد کشتی و انطباق آنها با واقعیت موجود در کشتی است.

۳- توقیف کشتی: مناط اعتبار رأی صادره از دادگاه ذی صلاح است.

۴- توقیف و تصاحب بار کشتی

منظور بازداشت یا متوقف شدن کشتی در نتیجه اقدامات قهریه یا به سبب امر یا عمل حکام، کلیه اقدامات الزام‌آور است که از طرف یک دولت صورت می‌گیرد. خواه این دولت به عنوان یک دولت خصم نسبت به کشور متبوع متصدی باربری عمل نماید یا خیر؟

چنانچه دولتی به منظور اجرای مقررات ایمنی یا بهداشتی یا نوعی از اعمال حاکمیت ضوابطی را مقرر کند که نتیجه آن مصادره مال التجاره شود خواه از نوع مقررات قرنطینه باشد و یا از آثار محاصره دریایی. خواه این مقررات مستقیماً راجع به کشتی خاصی وضع شده باشد و یا به طور غیر مستقیم کشتی‌های دیگری را نیز شامل گردد. لازم نیست که حتماً کشتی در حوزه مالکیت دولتی قرار گرفته باشد بلکه همینکه عملاً دولتی بتواند اقتدار خود را نسبت به یک کشتی بکار برد و کشتی قادر نباشد از سیطره آن دولت خود را خلاص نماید مشمول این معافیت خواهد بود.

خسارت ناشی از بازداشت یا متوقف شدن کشتی در نتیجه اقدامات قهریه یا به سبب عمد یا عمل حکام یا مردم یا مقامات قضایی مسئولیتی را بر متصدی باربری دریایی به همراه نخواهد داشت.

در دعوی Ciampa V. British india S.N Company کشتی از بنادر مومباسا واقع در آفریقا که در آنجا بیماری طاعون دیده شده بود عازم ناپل گردید و از آنجا مقداری لیموترش بار زده به مقصد لندن حرکت می‌نماید. ولی چون در بنادر مارسی توقیفی داشته، مأمورین بهداشت فرانسوی در اجرای مقررات بهداشتی کشتی و انبارهای آن را گند زدائی می‌نمایند و در اثر به کار بردن گوگرد خسارتی به محموله کشتی وارد می‌شود. متصدی باربری به استناد این بند خود را مسئول خسارت وارده نمی‌داند ولی دادگاه ادعای وی را مردود دانسته عمل مقامات بندری را اجرای کلی مقررات بهداشتی برای کلیه کشتی‌هایی که از مناطق آلوده عبور می‌کنند، تلقی می‌نماید و چون هر متصدی باربری به این مقررات آشنا می‌باشد و می‌داند در این صورت در کشتی وی گزندائی خواهد شد، پس می‌بایست احتیاط کرده از حمل باری که ممکن است بر اثر گزندائی صدمه ببیند خودداری کند، لذا مسئول خسارت وارده تشخیص داده شد.

بر اساس همین قاعده است که معافیت متصدی باربری از مسئولیت حسب دستور مقامات قضائی منوط به آنست که دستور مقام قضائی برای بازداشت یا توقف کشتی برای متصدی باربری غیر منتظره باشد. بنابراین هرگاه صاحب کشتی دیونی داشته که از پرداخت آن خودداری کرده است، باید انتظار داشته باشد که در مسیر خود زمانی توسط دستور مقامات قضائی توقیف خواهد شد و لذا اگر با این وصف اقدام به حمل بار نماید مسئول پرداخت خسارتی خواهد بود که از این حیث به صاحب کالا وارد می‌شود.

بدین ترتیب منظور قانون از دستور مقامات قضائی که موجب معافیت متصدی باربری می‌شود مطلق دستور مقامات قضائی نیست بلکه دستوری است برای متصدی باربری غیر منتظره بوده و نظیر قوه قهریه و فرس ماژور باشد. برای اینکه متصدی باربری بتواند از معافیت این شرط استفاده کند باید بازداشت جنبه فعلیت داشته باشد و احتمال وقوع آن کافی برای این نیست که متصدی باربری بتواند به استناد آن از انجام وظیفه‌ای که بر عهده گرفته خودداری کند. مثل آنکه باری را که می‌بایست به بندر تحویل دهد از انجام آن خودداری نموده و به عذر آنکه احتمال بازداشت کشتی می‌رفت از ورود به بندر خودداری کرده و مراجعت نماید. اما ممکن است خطر توقیف به اندازه‌ای جدی و قریب الوقوع باشد که هیچ متصدی باربری عاقلی حاضر به مخاطره انداختن کشتی و ورود به بندر نباشد (صمدی اهری، ۱۳۷۳: ۱۳۰).

در دعوی "Nobel's Explosives Company V. Jenkins" کالایی که ممنوع بود به مقصد ژاپن حمل می‌گردید. در میان راه متصدی باربری اطلاع یافت که بین ژاپن و چین جنگ آغاز شده است. فرمانده کشتی کالای ممنوعه را در هنگ کنگ تخلیه و برای تحویل بقیه بارها به راه خود ادامه داد. دادگاه دعوی مالک بار را علیه متصدی باربری به این دلیل مردود دانست که با وضع جنگ هرگاه کشتی به طرف ژاپن می‌رفت به اغلب احتمال توقیف شده و اموال کشتی مصادره می‌گردید. این معافیت استثنائی همین طور که گفته شد به ترس از توقیف تسری ندارد و همچنین است عکس آن یعنی متصدی باربری نباید خود را در معرض توقیف قرار دهد و از انجام اعمال احتیاطی برای فرار از این خطر امتناع کند. بنابراین اگر قبلاً در منطقه ای محاصره دریایی اعلام شده و دولت اعلام کننده محاصره دریایی نظارت را با قوت و شدت به اجرا گذاشته است بطوری که هرگاه یک کشتی تابع دولت بیطرف یا محموله ای از سلاح جنگی از آن عبور کند به احتمال قوی توقیف و اموال آن مصادره خواهد شد، اگر یک متصدی باربری با بی احتیاطی به این منطقه وارد شود و کشتی او توقیف گردد نمی‌تواند به استناد این بند ادعای معافیت کند.

۲-۶. محدودیت‌های قرنطینه

گاهی ممکن است در برخی از بنادر ورود کشتی‌های آلوده به امراض مسری، سرنشینان و مال التجاره ناقل میکروب بیماری یا خود بیماری وجود داشته باشد. به همین دلیل ممکن است تصمیم به انجام محدودیت‌های قرنطینه گرفته شود. به طور طبیعی ممکن است در این شرایط کالای کشتی خسارت ببیند یا بار با تأخیر وارد بندر شود، بنابراین در این حالت نیز باید ثابت شود که این حوادث ناشی از فعل یا تقصیر متصدی حمل نبوده، بلکه به صورت یک عامل خارجی غیر منتظره عمومی رخ داده شود.

محدودیت‌های قرنطینه که طبق دستور مقامات بهداشتی برقرار می‌شود ممکن است مانع بارگیری و یا تخلیه کالا از کشتی گردد در واقع بخشی از امر مقامات دولتی محسوب می‌شود. در حقیقت محدودیت‌های قرنطینه با توجه به بند (ه) حکم جدیدی از معافیت متصدی باربری محسوب نمی‌شود و تنها جنبه توضیحی دارد.

۲-۷. اعتصاب و بستن کارگاهها

اگر اعتصاب در بندر و در میان کارکنان مأمور تخلیه کالا یا بار به عمل آید، محدودیت‌های فراوانی را به وجود خواهد آورد و در نتیجه بار کشتی با تأخیر یا حتی خسارت تخلیه خواهد شد. به لحاظ حقوقی برای آنکه این اعتصاب از مصادیق فورس ماژور شناخته شود سه شرط زیر ضروری است:

- ۱- اعتصاب به طور محسوس عمومیت داشته باشد.
- ۲- پیش‌بینی نشده و ناگهانی باشد.
- ۳- ناشی از تقصیر یا عمل کارفرمای کارگاه یا موسسه تخلیه بار نباشد.

از عبارت قانون به خوبی مستفاد می‌شود که منظور از اعتصاب و تعطیل کار هم به کارگران و کارمندان بندر و هم به کارکنان متصدی باربری تسری دارد. بعلاوه قید «به طور کلی و جزئی به هر علتی که باشد» شامل هر نوع تعطیلی خواهد شد، خواه به منظور سیاسی و خواه به مقصد مسائل صنفی. اما بدیهی است در صورتی می‌تواند موجب معافیت متصدی باربری از مسئولیت شود که علت اعتصاب، تخلف متصدی باربری در ایفای وظایف قانونی خود نباشد، چه در این صورت اعتصاب ناشی از فعل متصدی باربری خواهد بود و اشخاص غیر نباید بخاطر خطای وی متضرر شوند.

اعتصاب زمانی می‌تواند موجب معافیت متصدی باربری باشد که متصدی باربری طبق مقررات جاری تعهدات خود را انجام داده لکن کارمندان زائد بر آنچه طبق ضوابط مقرر بوده درخواست‌های اضافی داشته و یا به منظور سیاسی به تعطیل کار اقدام نموده باشند. عدم امکان انجام تعهدات برای متصدی باربری در این موارد در واقع موردی از موارد فرس مازور محسوب می‌شود که قهراً سبب می‌گردد وی از انجام تعهدات خود باز ماند. از آنجا که اعتصاب و تعطیل کارگاه‌ها بر اینکه موجب ضرر مالک کالا است به متصدی باربری نیز خسارت وارد می‌کند، زیرا تأخیر در تخلیه کالا معطلی وی را در بندر فراهم می‌سازد و علاوه بر هزینه زائد موجب می‌شود از تحصیل درآمدی که مقدور بوده محروم بماند.

امروزه معمول است که ضمن قرارداد باربری ماده ای بنام «کاسپینا» درج می‌کنند که به موجب آن متصدی باربری اجازه می‌یابد در صورتی که کارگران و کارکنان بندر مقصد هنگام ورود کشتی در اعتصاب باشند وی بتواند در محل دیگری که اعتصابی نیست بار را تخلیه نماید.

وجه تسمیه «ماده کاسپینا» مربوط به دعوائی بوده است علیه کشتی کاسپینا مطرح گردید. بدین توضیح که مقرر بود این کشتی کالائی را در بندرگاه لندن تحویل دهد. لکن هنگام ورود کشتی کارکنان و کارگران بندر در حال اعتصاب بودند لذا فرمانده کشتی را به بندر دیگری در اروپا هدایت و بار را در آنجا تخلیه نمود. صاحب بار علیه متصدی باربری دعوائی در یکی از دادگاه‌های انگلستان مطرح ساخت که چون طبق قرارداد متصدی باربری متعهد به تخلیه بار در بندرگاه لندن بوده است، تخلیه آن در محل دیگر ایفاء تعهد محسوب نشده و باید خسارت وارده را جبران نماید. دادگاه بدوی مالک را مستحق دریافت خسارت دانست و استدلال کرد که متصدی باربری تکلیف داشته کالا را با دقت بارگیری جایجا، حمل، نگهداری و تخلیه نماید. لکن دادگاه پژوهش این رأی را گسیخت و استدلال کرد موضوع منطبق با تکلیف باربری به اینکه کالا را با دقت بارگیری، جایجا و حمل و نگهداری و تخلیه نماید نیست، زیرا این تعهد مربوط به طرز بارگیری است و آن هم انجام گردیده است، در این مورد موضوع مربوط می‌شود به محل تخلیه و از آنجا که متصدی باربری تا حدی برای او میسر بوده آن را به انجام رسانیده و مسئول خسارت وارده نخواهد بود. این رأی در مرحله فرجامی تأیید شد و از آن پس جواز تخلیه کالا در بندر دیگری که اعتصاب در آنجا جریان ندارد، تحت این نام شهرت یافت. البته این مورد محدوده به اعتصاب در بندر مقصد نیست، بلکه به جهات دیگری از قبیل وقوع جنگ یا ممنوعیت‌های دیگر که تخلیه را غیر ممکن می‌سازد نیز تسری دارد (صمدی اهری، ۱۳۷۳: ۱۱۵).

۲-۸. شورش یا اغتشاش

بی تردید آثار ناشی از هم گسیختگی قادر است به طور همه جانبه امور کشور را فلج کند. کشتیرانی، مدیریت بندر، گمرک و تمامی دستگاه‌های مرتبط با حمل و نقل دریایی متأثر از این واقعه خواهند بود. در این اوضاع و احوال اگر یک کشتی در بندر پهلو بگیرد و به دلیل عملیات شورشیان قادر به تخلیه بار خود نباشد و در نتیجه خساراتی وارد شود، متصدی مسئول نخواهد بود.

شورش ترجمه Riots (به صورت جمع) و اغتشاش ترجمه Civil Commotions (به صورت جمع) می‌باشد. شورش به معنای به هیجان آمدن، آشفتن و پریشان کردن است و در اصطلاح اقدام همراه با خشونت دسته‌ای از افراد که در مقابله با نظام حاکم بر هر مجموعه‌ای اتفاق می‌افتد و همواره بی‌نظمی و ناامنی با خود به همراه دارد. عمل مقابل شورش، سرکوب است. گاه به عبارت‌هایی نظیر اغتشاش، عصیان و یا انقلاب نیز اطلاق می‌گردد.

در قوانین ایران تعریفی از شورش یا اغتشاش صورت نگرفته و تنها قانون دادرسی نیروهای مسلح تعریفی از شورش به دست داده است که خاص نیروهای مسلح بوده و ربطی به این مسائل ندارد. در حقوق خارج و سوابق مربوط به حقوق دریایی نیز تعریف جامعی که مورد قبول همه باشد، عنوان نشده هر چند در اطراف این دو اصطلاح بحث و تحقیق شده است.

نظر غالب این است که شورش ناظر به ایجاد بی نظمی‌هایی است که عنواناً در حقوق جزا مصداق می‌یابد و مرتکبین آن را مستلزم تعقیب کیفری تلقی می‌کنند. لکن گفته اند منظور از آن قیام گروهی از مردم برای رسیدن به هدف‌های عموم است تا بدان حد که منتهی به انقلاب عمومی نشود و گاهی آن را تا حد مرحله جنگ پیش برده اند و یا گفته‌اند مرحله‌ای است بین شورش و جنگ داخلی.

به این ترتیب معلوم است تعریفی که در آن حد و رسم معین و مشخص باشد به دست داده نشده بلکه موضوعی است کاملاً نظری و بر عهده دادگاه است که از مجموع وقایع و اتفاقات با توجه به عرف و مفهوم عرفی شورش یا اغتشاش دعوی را منطبق به این مورد دانسته یا خارج از آن تلقی کنند.

با توجه به اینکه در سوابق قرارداد لاهه که قانون دریایی ایران مأخوذ از آن است ضابطه‌ای وجود ندارد که تفاوت این دو اصطلاح و معانی مورد نظر را توجیه کند و بتواند زمینه‌ای برای تفسیر قانون دریایی ایران بدست دهد، ناگزیر برای تعیین مصادیق «شورش یا اغتشاش» معنی و مفهوم عرفی آن را باید در نظر گرفت. به طور کلی شورش و اغتشاش به انواع اقدامات قاهرانه دسته جمعی که منجر به برهم خوردن نظم می‌گردد، النهایه اثبات این امر به عهده متصدی باربری است که لازم است ثابت نماید قوت و قدرت عامل به حدی بوده است که به طور معمول یک متصدی باربری دقیق و وظیفه‌شناس در آن شرایط قادر به انجام تعهدات خود نخواهد بود.

مفاد ماده ۱۵ مقررات روتردام، با اندک تفاوتی در ماده ۴ بند ۶ مقررات لاهه وجود دارد. همچنین مفاد ماده ۱۶ مقررات روتردام به طور ضمنی در مقررات لاهه -ویزی پذیرفته شده است. ماده ۱۵ این مقررات تحت عنوان «کالاهایی که ممکن است در جریان سفر خطرناک گردند» بیان می‌دارد: «با وجود تصریح مواد ۱۱ تا ۱۳، در صورتی که کالاها ذاتاً برای اشخاص، اموال و محیط زیست خطرناک باشند و یا احتمال برود در طول دوره مسئولیت متصدی حمل، برای اشخاص، اموال و محیط زیست خطرناک شوند، متصدی حمل و یا عامل می‌تواند از پذیرش یا بارگیری آنها خودداری نموده یا اقدامات معقولی را برای تخلیه، معدوم یا بی‌خطرسازی آنها به عمل آورد.» (سیمایی صراف و یاری، ۱۳۹۰: ۱۳۰).

این ماده که مطابق ماده ۳(۱۷) (ش)، از جمله شروط عدم مسئولیت می‌باشد، به حقوق متصدی حمل در عدم پذیرش یا تخلیه کالاهایی می‌پردازد که یا ذاتاً برای اشخاص، اموال و محیط زیست خطرناک‌اند یا احتمال دارد در طول دوره مسئولیت متصدی حمل برای اشخاص، اموال و محیط زیست خطرناک شوند. اعمال این حق هم به متصدی حمل داده شده و هم به عامل دریایی، که البته بار اثبات خطرناک بودن یا احتمال خطرناک شدنشان نیز با خودشان می‌باشد. لذا متصدی حمل در این خصوص، اگر خسارتی به کالاها وارد کند مسئول نیست.

ماده ۱۶ مقررات روتردام نیز مقرر می‌دارد: «با وجود مواد ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴ متصدی حمل یا عامل می‌تواند کالاها را به دریا تفدیه نماید، به شرطی که به طور معقولی مشخص شود تفدیه برای ایمنی مشترک یا به منظور جلوگیری از به مخاطره افتادن جان انسانها یا سایر اموالی صورت گرفته که در آن حادثه مخاطره آمیز مشترک درگیرند». این ماده نیز که مانند ماده ۱۵ مطابق با ماده ۳(۱۷) (ش) از جمله شروط عدم مسئولیت می‌باشد، به نوعی متصدی حمل یا عامل را قادر می‌سازد در صورت وارد کردن خسارت به کالاها، حق استناد به خسارت مشترک را داشته باشند. در این صورت متصدی حمل مسئول خسارات وارد شده به کالاها نخواهد بود. اینجا نیز بار اثبات تحقق شروط این ماده با متصدی یا عامل می‌باشد (سیمایی صراف و یاری، ۱۳۹۰: ۱۳۱).

بر اساس ماده ۱۷ (۱) کنوانسیون روتردام چنانچه متصدی حمل ثابت کند علت یا یکی از علل فقدان، خسارت یا تخریب در تحویل کالاها ناشی از قصور او یا هر یک از اشخاصی که در ماده ۱۸ به آن‌ها اشاره شده،

نبوده است، از تمام یا بخشی از مسئولیت موضوع بند ۱ این ماده معاف می‌شود. تصدی حمل همچنین از تمام یا بخشی از مسئولیت موضوع بند ۱ این ماده معاف می‌گردد، چنانچه به جای اثبات عدم قصوری که در بند ۲ این ماده قید شده، ثابت کند که یک یا چند مورد از حوادث یا اوضاع و احوال زیر منجر به فقدان، خسارت یا تاخیر شده و یا در بروز آن‌ها نقش داشته است:

الف) بلایای طبیعی (قوه قهریه)

ب) مخاطرات جدی، خطرناک و یا تصادفات در دریا یا در سایر آب‌های قابل دریانوردی؛

پ) جنگ‌ها، خصومت‌ها، درگیری‌های مسلحانه، دزدی دریایی، تروریسم، شورش‌ها و آشوب‌های داخلی؛

ت) محدودیت‌های قرنطینه‌ای، دخالت یا مانع تراشی‌های دولت‌ها، مقامات عمومی، حکمرانان و مردم شامل توقیف، دستگیری و ضبط که هیچکدامشان قابل انتساب به متصدی حمل یا هیچکدام از اشخاص مورد اشاره در ماده ۱۸ نباشد؛

ث) اعتصابات، تحریم‌ها، توقف کار یا نیروی کار؛

ج) آتش‌سوزی در کشتی؛

چ) نقص (فنی) پنهان به نحوی که با اقدامات متعارف قابل تشخیص نباشد؛

ح) فعل یا ترک فعل فرستنده، فرستنده اسنادی، کنترل‌کننده یا هر شخص دیگری که فرستنده یا فرستنده اسنادی مطابق مواد ۳۳ یا ۳۴ در قبال اعمال او مسئول می‌باشند؛

خ) بارگیری، جابجایی، صفافی یا تخلیه به موجب قراردادی که طبق ماده ۲(۱۳) منعقد شده، انجام شده باشد، مگر این که متصدی حمل یا عامل به نمایندگی از طرف فرستنده یا فرستنده اسنادی یا گیرنده کالا عملیات مذکور را انجام داده باشند؛

د) کاهش حجم یا وزن یا هرگونه فقدان یا خسارتی که ناشی از نقص ذاتی، نقص در کیفیت یا فساد در کالا باشد؛

ذ) نارسایی یا شرایط ناقص در عدل‌بندی یا علامتگذاری کالاها که توسط متصدی حمل یا به نمایندگی از وی انجام نشده باشد؛

ر) نجات یا تلاش برای نجات جان انسان‌ها در دریا؛

ز) اقدامات معقول به منظور حفظ یا تلاش برای حفظ اموال در دریا؛

س) اقدامات معقول به منظور اجتناب یا تلاش برای جلوگیری از ورود خسارت به محیط زیست؛

ش) اقدامات متصدی حمل مطابق با اختیاراتی که مواد ۱۵ و ۱۶ به او اعطا می‌کند (سیمایی صراف و یاری، ۱۳۹۰: ۱۲۵-۱۲۶).

نتیجه‌گیری و پیشنهادها:

مسئولیت متصدی حمل و نقل با در نظر گرفتن قرارداد حمل و نقل، شاید در بادی امر و به ظاهر نوعی مسئولیت قراردادی جلوه کند اما با آن عقیده که تعهد متصدی حمل و نقل نوعی تعهد به وسیله است، در صورتی که بدون تقصیر تعهد خود مبنی بر سالم رساندن کالا به مقصد را انجام ندهد، مسئولیت قراردادی ندارد در حالی که چنانچه در رساندن کالا تقصیری داشته باشد و کالا به مقصد نرسد یا معیوب گردد، مسئولیت مدنی از نوع قهری برای وی قابل تصور است. اما چنانچه تعهد وی را نوعی تعهد به نتیجه تصور کنیم، در صورت عدم انجام تعهد مسئولیت مدنی قراردادی دارد.

معافیت از مسئولیت در مورد متصدیان حمل و نقل دریایی که از مباحث اصلی این پژوهش می‌باشد در دو قالب مورد بررسی قرار گرفته است؛ یکی موارد معافیت از مسئولیت مرتبط با اجرای تعهدات و دیگری موارد معافیت از مسئولیت غیرمرتبط با اجرای تعهدات؛ موارد معافیت از مسئولیت مرتبط با اجرای تعهدات شامل قابلیت دریانوردی، عیب مخفی وسیله حمل و نقل، موارد معافیت خارج از موارد پیش‌بینی شده در قانون و نجات کشتی و کمک به کشتی سانحه‌دیده می‌باشد.

باتوجه به اینکه حمل و نقل دریایی و دعاوی ناشی از آن دارای ظرایف و پیچیدگی‌های خاص و دربردارنده عواقب اقتصادی فراوان است، پس به لحاظ دارا بودن اهمیت ویژه نیازمند رسیدگی سریع و دقیق

هم می‌باشد که آن هم ممکن نمی‌شود. مگر در سایه قوانینی متناسب با وضعیت موجود و به همت دادگاهی خاص در این زمینه. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ با توجه به قواعد و حقوق دریایی از جمله قواعد معاهده هامبورگ مصوب ۱۹۷۸، مورد بازنگری قرار گیرد و دادگاهی اختصاصی ویژه دعوی دریایی همان طوری که در اغلب کشورها دایر است و ماده ۱۸۸ فصل سیزدهم قانون دریایی نیز بر ضرورت تشکیل آن تصریح کرده است، تأسیس شود تا با رسیدگی به مسائل حقوق دریایی براساس قوانین کارآمدی که آن در این زمینه تصویب می‌شود، نقشی مؤثر در جهت تحول و ارتقاء این رشته به جایگاهی که شایسته آن است ایفا نماید.

همچنین پیشنهاد می‌شود آراء دادگاه‌های مربوط به دعاوی مرتبط با مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی، همان طوری که در بسیاری از کشورها معمول است، به طریقی مناسب انتشار یابد و مورد نقد و بررسی صاحب‌نظران قرار گیرد.

فهرست منابع

- ۱- اعلامی فرد، محمدعلی، حقوق دریایی، نشر نخل دانش، تهران، ۱۳۸۷.
- ۲- سیمایی صراف، حسین و یاری، میثم؛ قلمرو اجرای کنوانسیون روتردام؛ احتمال تعارض با دیگر کنوانسیون‌ها و عدم پذیرش حق شرط، دوفصلنامه حقوق بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۹۰.
- ۳- صفایی، سید حسین، قوه قاهره یا فورس مازور - بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، معارف- خرداد ۱۳۸۸ - شماره ۶۶.
- ۴- صمدی اهری، محمد هاشم، مسئولیت مدنی متصدی حمل‌ونقل دریایی، انتشارات روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۷۳.
- ۵- عرفانی، توفیق، مسئولیت مدنی حمل‌ونقل زمینی، انتشارات آثار اندیشه، تهران، ۱۳۸۵.
- ۶- فرمانفرمائیان، ابوالشیر، حقوق دریایی، چاپ خرم، ۱۳۵۰.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (الزام‌های خارج از قرارداد)، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷.
- ۸- محمدزاده، علیرضا، مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۲، ۱۳۷۳.
- 9- A.B.Gandhin, Carriage of Good by sea and Bill of Lading, Milan Law Publishers, 1973. P. 169.
- 10- CARBONNIER (J), Droit Civil, T. 4, Obligations, 7e ed. Pais 1972, no 74, p. 245; WEILL, op. Cit., no 412.
- 11- CHRISTOU (R.), A compaison between the doctrines of force majeure and Frustration, Law and Finance Review, 1982 vol. 3.
- 12- David Jackson civil jurisdiction and Judgements maritime nclaims.london. 1987.
- 13- J. Guillien - J. Vincent, Lexique de Termes Juridiques, Revue internationale de droit comparé, 1979.
- 14- J.G. Starke, Introduction to international law, international Agency, 1989 - 2nd. P. 527.
- 15- Remond Gouilloud (Martine), Droit maritime, ed. Pedone, 1988.
- 16- Rodiere (R), Traite general de droit maritime, T. II, dalloz 1968, p.403.
- 17- Weill (A.), Terre (F.), Droit Civil, Les Obligations, Paris, 1980, no 412.

تأثیر رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلع سلاح بر امنیت ملی و توان بازدارندگی (مطالعه موردی ایران)

مریم شهبازی^۱، دکتر فخرالدین سلطانی^{۲*}

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته روابط بین‌الملل، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

۲- استادیار دانشکده علوم سیاسی و روابط بین‌الملل واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

چکیده

با پیدایش و کشف انرژی هسته‌ای، مناسبات بین‌المللی که از قرون گذشته در چارچوب سنتی جنگ و صلح تعریف می‌گردید، وارد عرصه جدیدی شد و بالطبع با توجه به اینکه مناسبات بین‌المللی، با نظر به رشد روز افزون تکنولوژی، ارتباطات، وابستگی متقابل و اخیراً با توجه به غالب شدن گفتمان جهانی شدن بر عرصه نظام بین‌الملل، ضرورت قانون‌مندی، نظام مندی و نهادینگی تعاملات بین‌الملل و در واقع ایجاد اصول، هنجارها، قواعد و رویه‌های تلافی دهنده علایق بازیگران، که به نوعی اساس و شالوده رژیم‌های بین‌المللی می‌باشند را آشکار ساخته است، لذا نهادینه شدن و قانون‌مندی در مهمترین عرصه و بعد نظام بین‌الملل که همانا بعد امنیتی آن بوده و بارزترین وجه آن امنیت هسته‌ای می‌باشد را آشکار ساخته است. در مقاله پیشرو به طور کلی با طرح این پرسش که «رژیم‌های کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلع سلاح چگونه بر امنیت جمهوری اسلامی ایران تأثیر می‌گذارد؟» به معرفی و بررسی رژیم‌های کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلع سلاح از ابتدای شکل‌گیری آن می‌پردازیم و در ارتباط با آن الزامات امنیتی ایران را بررسی می‌کنیم. هدف از نوشتار فرارو آن است که چگونگی تأثیر رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای را بر امنیت ملی ایران و نیز چالش‌های ایران در ارتباط با رژیم یاد شده آشکار نماییم. روش این نگاشته توصیفی - تحلیلی می‌باشد و نتایج پژوهش حاکی از آن است که رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای با ماهیتی سیاسی در پی تأثیرگذاری جهانی است. این رژیم امنیتی بر امنیت جمهوری اسلامی ایران تأثیر گذاشته و بازدارندگی (حتی بازدارندگی موشکی) ایران را، که تکیه‌گاه اصلی امنیت ملی کشور است، را می‌تواند با مشکل مواجه سازد.

واژگان کلیدی: رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای، امنیت ملی، فناوری، بازدارندگی

مقدمه

تحول تکنولوژی به کار برده شده در عرصه نظامی تغییرات گسترده‌ای در عرصه جنگ و امنیت کشورها داشته است و پیوسته به عنوان عامل مؤثری برای تحمیل دیدگاه‌های کشورهای قدرتمند و ابرقدرت‌ها به دیگر کشورها عمل کرده است. با گسترش تکنولوژی و قدرت نظامی، تسلیحات بسیار مخرب شد و افزایش جنگ‌ها، با قدرت انهدام کشتار گسترده، بنیان‌های اجتماعی و تمدن بشر را تهدید کرد. با ورود تکنولوژی‌های جدید جنگ‌ها بسیار پرهزینه و غیرعقلانی گردید. از سوی دیگر، کنترل و انحصار قدرت و تکنولوژی نظامی از دست قدرت‌های برتر خارج شد و دیگر کنشگران نیز توان به کارگیری ابزار پیشرفته را برای تقویت قدرت نظامی خود و ایجاد بازدارندگی به کار بردند. در طول دهه‌های اخیر تلاش‌های گسترده‌ای شده است تا با وضع قوانین و توافقنامه‌ها در عرصه‌های مختلف، نوعی اصول و قواعد رفتاری لازم الاجرا در صحنه بین‌المللی غالب گردد تا استخدام و به کارگیری تکنولوژی و تسلیحات را کنترل کند. تلاش قدرت‌ها آن بود تا رژیم‌هایی لازم الاجرا برای کشورها ایجاد شود و تخلف از آن‌ها با تبعات گسترده‌ای روبه رو گردد. کشورهای قدرتمند از این راه کوشیدند انحصار و برتری خود را تضمین کنند. رژیم حاکم بر فناوری و تسلیحات هسته‌ای نمونه مشخصی از نهادینه شدن این تبعیض به شمار می‌رود. امروزه، برای جبران نابرابری‌ها و تضمین بازدارندگی و توان ایفای نقش مؤثر و مستقل، موشک‌ها به ابزار مؤثری برای کشورهای همانند ایران تبدیل شده است. به موازات این پیشرفت، قانون یا رژیم قدرتمندی در این عرصه مستقر نشده است؛ به همین دلیل، تلاش‌های گسترده‌ای از طرف قدرت‌های بین‌المللی برای کنترل و گسترش توان هسته‌ای و حتی موشکی و به کارگیری آن در جریان است. آن‌ها می‌کوشند با تصویب قوانین الزام‌آور تلاش‌ها در این عرصه را تحت کنترل خود قرار دهند. در این نوشتار در تلاشیم تا ابعاد یکی از مهمترین این تلاش‌ها را بررسی کنیم.

کشورها با توسل به شیوه‌های گوناگون، از جمله افزایش مکانیسم‌های همکاری در قالب نهادهای بین‌المللی، گسترش مناسبات سیاسی، اقتصادی، تکنولوژیک یا ورود به پیمان‌های امنیتی، از یک سو، و تقویت توان دفاعی و اقتصادی، از سوی دیگر، می‌کوشند به ارتقای امنیت خود در نظام بین‌الملل مبادرت ورزند. دستیابی کشورها به تکنولوژی پیشرفته غالباً مورد توجه جامعه بین‌الملل بوده؛ به طوری که، در باب کشورهای توسعه‌یافته دستیابی به سطح بالای تکنولوژی، به ویژه تکنولوژی نظامی، باعث نگرانی کشورهای رقیب و رقابتی شدن عرصه امنیت و در باب کشورهای در حال توسعه باعث ایجاد مسابقه تسلیحاتی و نگرانی کشورهای توسعه یافته شده است.

در دهه‌های پایانی قرن بیستم، جهان شاهد شکل‌گیری شمار زیادی از توافقات درباره سازوکارها و موافقت‌نامه‌های ملی دوجانبه و گروهی در زمینه اشاعه ندادن و کنترل صادرات برای جلوگیری از انتقال مواد، تجهیزات و تکنولوژی شیمیایی - میکروبی و هسته‌ای، سلاح‌های متعارف و اقلام موشکی بود که رژیم کنترل تکنولوژی موشکی هم یکی از این رژیم‌هاست. تعیین ساز و کار مناسب برای جلوگیری از اشاعه موشک‌هایی با قابلیت حمل کلاهک‌های شیمیایی، میکروبی و هسته‌ای به دلیل اهمیت آن‌ها پیوسته مورد توجه بوده است؛ به طوری که، اگر این مهم را در نظر بگیریم که سلاح‌های هسته‌ای متشکل از دو عنصر مواد انفجاری هسته‌ای و تجهیزات پرتابی آن می‌باشند، می‌توانیم به اهمیت کنترل موشکی برای جلوگیری از اشاعه سلاح‌های هسته‌ای و جایگاه آن در خلع سلاح و کنترل تسلیحات و در حفظ امنیت پی ببریم (بعیدی نژاد، ۱۳۸۴:۶۵).

جمهوری اسلامی ایران با توجه به تجربه‌های گرانبها در هشت سال دفاع مقدس تلاش خود را بر استقرار نظام دفاعی - امنیتی مستقل و اتکاپذیر قرار داده است. بر این اساس، جمهوری اسلامی ایران به عنوان یک کشور مستقل و در حال پیشرفت و صنعتی شدن یکی از اهداف اصلی خود را ارتقای امنیت کشور با توجه به مؤلفه تکنولوژی در نظام بین‌الملل تعیین کرده است؛ به طوری که، ارتقای دستاوردهای جمهوری اسلامی ایران در زمینه تکنولوژی، از اهداف راهبردی کشور برای بازدارندگی و حفظ امنیت آن است و ایران نیز به عنوان یکی از اعضای جامعه بین‌المللی، همانند دیگر کشورها، برای رشد و ارتقای سطح تکنولوژی و دانش هسته‌ای و موشکی و برای حفظ موجودیت و امنیت خود در مقابل تهدیدات نیاز به ارتباط با دیگر کشورها

دارد. این امر به ناچار ایران را در مقابل رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و همین‌طور تکنولوژی موشکی یا ام‌تی‌سی آر قرار می‌دهد. رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و کنترل تکنولوژی موشکی به عنوان یکی از مهمترین ترتیبات سیاسی بین‌المللی موجود در زمینه موشکی و با هدف کنترل انتقالات بین‌المللی در این زمینه به امنیت کشورهای جهان، به ویژه ایران، ارتباط پیدا می‌کند. حال این پرسش مطرح می‌شود که این رژیم‌ها چگونه بر امنیت جمهوری اسلامی ایران تأثیر می‌گذارد؟

چارچوب نظری: نظریه رژیم‌های بین‌المللی

نظریه رژیم‌های بین‌المللی از نیمه دهه ۱۹۷۰ از سمت دانشکده‌های شرق آمریکا و کانادا سر برافراشت. در واقع، رژیم‌های بین‌المللی ادامه بحث نهادگرایی لیبرال و نولیبرال می‌باشند. ریشه این تحلیل‌ها در همگرایی، وابستگی متقابل و کارکردگرایی است. نظریه رژیم‌ها نظریه‌ای در روابط بین‌الملل است که از سنت لیبرالی در روابط بین‌الملل مشتق شده و استدلال می‌کند که نهادهای بین‌المللی یا رژیم‌ها بر رفتار دولت‌ها تأثیرگذارند. نهادهای بین‌المللی بیشتر برای ایجاد ثبات و نظم در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی به وجود می‌آیند. این نهادها اولاً، به دست صاحبان قدرت ایجاد می‌شوند، ولی به مرور زمان، برای خود ایجاد رویه کرده و خود نیز در کنار دولت‌ها به عنوان بازیگر مطرح می‌شوند؛ ثانیاً، به عنوان مکانیسم‌های همکاری بین دولت‌ها ایجاد اعتماد و امنیت کرده و به ثبات نظام بین‌الملل کمک می‌کنند؛ ثالثاً، رژیم‌ها با عوامل مختلف، که مهمترین آن‌ها قدرت است، تغییر می‌کنند (عسگرخانی، ۱۳۸۱: ۱۷۱). در واقع، ثبات نظام بین‌المللی و تغییراتی که در آن اتفاق می‌افتد مرکز اصلی نظریه رژیم‌ها را تشکیل می‌دهد.

براساس تعریف کراسنر رژیم‌های بین‌المللی مجموعه‌ای از اصول، قواعد صریح یا تلویحی، هنجارها و رویه‌های تصمیم‌گیری است که به واسطه آن‌ها توقعات بازیگران درباره حوزه مفروضی از روابط بین‌الملل به هم می‌گرید و خواست‌های بازیگران برآورده می‌شود (کیوان حسینی، ۱۳۸۹: ۲۳۱). در همین زمینه، درباره حوزه مفروض در روابط بین‌المللی رژیم‌های بین‌المللی از نظر موضوع، حیطه و قلمروی که به آن می‌پردازند به انواع مختلف رژیم‌های محیط زیست، رژیم‌های ارتباطی، اقتصادی و امنیتی تقسیم می‌شوند که با اهمیت‌ترین نوع آن‌ها رژیم‌های امنیتی است. یک رژیم امنیتی زمانی محقق می‌شود که عده‌ای از دولت‌ها برای کاهش زمینه‌های بروز جنگ به سازوکارهایی برای از بین بردن دفع بحران روی آورند. رژیم بین‌المللی امنیتی مجموعه‌ای از اصول قواعد و هنجارهایی است که اجازه می‌دهد کشورها در رفتار با بازیگران خویشتن دار باشند. (قربانی و صالحیان، ۱۳۹۲: ۴۰).

از یک سو، در باب رژیم‌های امنیتی می‌توان گفت که رژیم‌ها الگوی اصلی تأمین و توسعه امنیت می‌باشند و به صورت متغیر مستقل و با نقش همکاری ظاهر خواهند شد. این رژیم‌ها در الگوهای سه‌گانه موازنه قوا، اجتماع امنیتی یا هژمونی می‌توانند وجود داشته باشند که درباره رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای می‌توان به نقش هژمونیک آمریکا در ایجاد و شکل‌گیری آن اشاره داشت. رژیم‌های امنیتی مختصات و کارکردهایی دارند، از این قبیل که می‌پذیرند بر نظام بین‌الملل هرج و مرج حاکم است و دولت‌ها ظرفیت اقدام در چارچوب سود مطلق را دارند؛ فریب و اغوا بزرگترین عامل ناامنی می‌باشد؛ آن‌ها هزینه رویگردانی را افزایش می‌دهند؛ سطح اجتماعی کردن بین دولت‌ها را بالا می‌برند؛ اصولی برای ایجاد مسئولیت به شمار می‌روند؛ بازی با حاصل جمع متغیر را تقویت می‌کنند و در نهایت، با هژمونی آرام توسعه می‌یابند (عبداله خانی، ۱۳۸۹: ۴۲۰). رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای به عنوان رژیمی امنیتی سعی در ایجاد نرم‌ها و هنجارهایی در سطح جهانی دارد و از ابتدای شکل‌گیری مسئولیت، انتقال تکنولوژی هسته‌ای را بر عهده کشورهای عضو قرار داده و فشارهای سیاسی را نسبت به کشورهای خاطی اعمال می‌کند. این رژیم با مقررات داخلی، دستورالعمل‌ها و اعلامیه‌ها هزینه انتقال تکنولوژی به کشورهای غیر عضو را افزایش داده و سعی در ایجاد رویه بین‌المللی در زمینه انحصار آن را دارد.

از سوی دیگر، رژیم‌های امنیتی وقتی شکل می‌گیرند که گروهی از کشورها برای حل اختلاف‌ها و جلوگیری از جنگ با یکدیگر همکاری می‌کنند تا تنگنای امنیتی ناشی از اقدامات آن‌ها و درباره رفتارهای دیگران برطرف شود. از مهمترین رژیم‌های امنیتی می‌توان به معاهده منع جامع آزمایش‌های هسته‌ای،

معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، کنوانسیون منع سلاح‌های بیولوژیکی و شیمیایی اشاره کرد. در این بین، رژیم کنترل تکنولوژی موشکی که برای کنترل تکثیر موشکی سلاح‌های کشتار جمعی، هواپیماهای بدون سرنشین و تجهیزات و فناوری‌های همراه آن، که وزن بالاتر از پانصد کیلوگرم و برد بیش از سیصد کیلومتر دارد، فعالیت می‌کند نیز وجود دارد. این رژیم در سال ۱۹۸۷ به صورت غیررسمی و داوطلبانه نوعی از موافقت‌نامه‌های چند جانبه کنترل صادرات را نشان می‌دهد که طی نگرانی‌های امنیتی امریکا و دیگر کشورهای دارای تکنولوژی پیشرفته موشکی برای مقابله با انتقال تکنولوژی موشک به کشورهای جهان سوم تشکیل شده است و می‌کوشد با ایجاد اعتماد و همکاری در زمینه تکنولوژی موشکی و انتقالات بین‌المللی موشک به ثبات بین‌المللی در این زمینه کمک کند و می‌توان گفت عامل اصلی در اعمال و تغییر آن تصمیمات کشورهایی مانند امریکاست (Ramachandra, 2016:27).

در کل می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که نظریه رژیم‌ها به دلیل تصریح بر ماهیت رژیم‌های بین‌المللی می‌تواند بهترین نظریه برای بررسی رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای باشد. این نظریه می‌تواند در شناخت ابعاد مختلف این رژیم و ماهیت آن، راه گشا باشد. به طور تقریبی، تمام عوامل مؤثر در تشکیل رژیم‌ها را می‌توان در رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای که عواملی مانند نفع شخصی کشورهای دارای این تکنولوژی که با قدرت سیاسی و دانش تکنولوژی خود ترتیبات و اصول آن را به وجود آوردند مشاهده کرد. در این پژوهش سعی بر این است که تأثیر اینگونه رژیم‌ها را بر امنیت جمهوری اسلامی ایران به نمایش گذاشته شود. یکی از مهمترین مفروضات نظریه رژیم این است که ثابت کند رژیم‌های بین‌المللی بر رفتار کشورها تأثیر می‌گذارند و قرابت بسیاری با فرضیه مقاله پیشرو دارد.

رژیم کنترل تسلیحات (هسته‌ای) و خلع سلاح

تاکنون بیشتر تلاش‌های انجام شده در باره کنترل تسلیحات هسته‌ای تنها به تعداد محدود دولت‌های دارای توانایی هسته‌ای نظامی، معطوف شده است. دو کنوانسیون جهان شمول این هدف را دنبال کرده‌اند:

الف: معاهده مسکو (۱۹۶۳) که برای دولت‌های متعاهد، آزمایش‌های هسته‌ای را در فضای فراسوی جو و زیرآب یا در هر مکان دیگر، اگر باعث ریزش ضایعات رادیو اکتیو در خارج و درون سرزمین‌های تحت صلاحیت قضایی و یا سرزمین‌های تحت کنترل آن‌ها شده باشد، ممنوع می‌کند. امضاکنندگان این معاهده، انعقاد یک موافقت‌نامه چند جانبه درباره ممنوعیت کامل آزمایش‌های هسته‌ای و از جمله زیرزمینی را به عنوان یک هدف اضطراری اعلام کردند.

ب: معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای، معروف به (NPT, 1968)؛ مطابق این معاهده، دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای متعهد می‌شوند سلاح و دیگر امکانات هسته‌ای را به دولت‌های فاقد آن انتقال ندهند و در جهت کسب آن نیز، به آنان کمک ننمایند. دولت‌های فاقد این سلاح هم، به نوبه خود از دستیابی به آن خودداری کرده و نظام نظارتی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را بپذیرند. در مقابل، دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای تعهد می‌کنند تجهیزات لازم و داده‌های علمی و فنی را، به منظور استفاده مسالمت‌آمیز انرژی اتمی، برای دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای فراهم آورند. اما این تعهدات نتایج مورد انتظار را نداشته و دولت‌های فاقد این سلاح در نخستین کنفرانس بررسی معاهده مذکور (۱۹۷۵)، علیه عمل کردن دولت‌های هسته‌ای در انجام تعهدهای خود در این زمینه، اعتراض نموده‌اند. شاید نگرانی دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای از خطرات انتقال تکنولوژی اتمی، یکی از دلایل این کندی بوده است. از جانب دیگر، دولت‌های فاقد این سلاح در جهت دستیابی به نتایج موافقت‌نامه‌های مؤثر بین‌المللی که تضمین کننده استفاده از سلاح هسته‌ای است، تلاش زیادی می‌ورزند. این موضوع به تضمین‌های منفی معروف است که از سال ۱۹۷۹ و از کنفرانس خلع سلاح، در قلب مذاکرات جای داشته، ولی با وجود قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی در این مورد، نتیجه مثبتی از آن گرفته نشده است. یکی از ضعف‌های N.P.T آن است که نسبت به الزام دولتی که آن را تصویب نمی‌کنند، اقدام نمی‌کند. چندین دولت دارنده سلاح هسته‌ای (فرانسه، چین و احتمالاً هند) و نیز دولت‌های متعددی که دانش لازم جهت دستیابی سریع به این سلاح را

دارند، مثل آفریقای جنوبی، آرژانتین، برزیل، کره، مصر، اسپانیا، اسرائیل و پاکستان، مدت طولانی از پیوستن به معاهده N.P.T خودداری کردند و برخی همچنان خودداری می‌کنند، اگر چه گاهی عنوان کرده‌اند که مفاد آن معاهده را قبول دارند (بلوچی، ۱۳۸۹: ۱۴۷).

اما در مورد مهمترین اقدام‌های خلع سلاح در گستره جهانی باید از کنوانسیون ممنوعیت سلاح‌های شیمیایی نام برد که پس از مدت‌ها، در سال ۱۹۹۲ در کنفرانس خلع سلاح در ژنو تصویب شد، و در اجلاس پاریس (۱۹۹۳) به امضای کشورهای مختلف رسید. از ویژگی‌های این کنوانسیون که در زمینه خلع سلاح، کنوانسیون نمونه قلمداد می‌شود، بازرسی اتهامی است که هر دولت متعهد می‌تواند به آن متوسل شود. به عبارت دیگر، صرف اتهام دولتی به دولت متعهد دیگر، مبنی بر اقدام به ساخت سلاح شیمیایی، موجب بازرسی فوری در محل خواهد شد. همچنین، در این زمینه باید از معاهده منع جامع آزمایش‌های هسته‌ای (C.T.B.T 1996) که برای الحاق همه دولت‌ها تأسیس شده است، نام برد (شبهان، ۱۳۸۷: ۲۶۱).

اما اساساً از نظر سیاسی و فنی، گام قاطع در زمینه کنترل خلع سلاح، با موافقتنامه ۱۹۷۶ واشنگتن برداشته شد که در مورد موشک‌های هسته‌ای زمین به زمین مستقر در اروپا (Euromissiles) سخن می‌گوید. البته مهمترین موافقتنامه‌ها، در مورد محدودیت سلاح‌های راهبردی (سالت) منعقد شده است. موافقتنامه‌های سالت ۱ منعقد شده در ۲۶ می ۱۹۷۲ و تکمیل شده در ۱۹۷۴ امروز لازم الاجرا نیست، اما همچنان رعایت می‌شود. موافقتنامه‌های سالت ۲ در ۱۸ ژوئن ۱۹۷۹ امضا شده است، اما سنای آمریکا آن‌ها را تصویب نکرده است، در حالی که موافقتنامه‌های سالت ۱ محدود ساختن دقیق سلاح‌های تهاجمی راهبردی را مدنظر داشته، و موافقتنامه‌های سالت ۲، سقف نسبتاً بالایی را برای تسلیحات و هواپیماهای تهاجمی مخصوص حمل مواد هسته‌ای پذیرفته بود. موضوع این موافقتنامه بیشتر در زمینه حفظ و نگهداری پیشرفت‌ها و نوگرایی تسلیحات بوده است تا در زمینه کاهش تسلیحات موجود. مذاکرات مربوط به کاهش سلاح‌های هسته‌ای میان برد و کوتاه برد (F.N.I) سبب کند شدن واقعی مسابقه تسلیحات هسته‌ای در اروپا (کنوانسیون ۱۹۸۷) و نیز کاهش واقعی سقف تسلیحات تهاجمی راهبردی و سلاح‌های شیمیایی شده است. موافقتنامه‌های جکسون هال در سال ۱۹۸۹ و موافقتنامه S.T.A.R. در سال ۱۹۹۱، کاهش میانگین ۳۰ درصد تسلیحات هسته‌ای تهاجمی با برد بلند دو قدرت بزرگ را تا سال ۲۰۰۰ تثبیت می‌کند.

مفهوم بازدارندگی^۱ و جایگاه آن در امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران

جمهوری اسلامی ایران موقعیت راهبردی و امنیتی ویژه‌ای دارد. مجموعه‌ای از عوامل در کنار یکدیگر این وضعیت منحصر به فرد را ایجاد کرده است. جهان‌بینی، فرهنگ، نوع نظام سیاسی، موقعیت جغرافیایی سیاسی، شعارهای انقلاب مبنی بر استقلال و تاریخ، به ویژه تجربه هشت سال دفاع مقدس، نداشتن متحد استراتژیک، تنوع دشمنان و رقبای محلی، منطقه‌ای و بین‌المللی و ... هر کدام در شکل‌گیری فرهنگ دفاعی و امنیتی ویژه ایران تأثیر گذاشته‌اند. اندیشیدن درباره نگرانی‌های امنیتی منطقه‌ای از اولویت‌های اصلی سیاست‌گذاری امنیتی و دفاعی ایران است، اما تهدیدهای متوجه ایران افزون بر بعد منطقه‌ای، ابعادی فراتر از منطقه نیز دارد که به سیاست‌گذاران ایرانی آموخته است که در رهنامه (دکترین) دفاعی خود، هم منطقه‌ای و هم جهانی ببیندیشند.

در این محیط راهبرد ویژه بازدارندگی عنصر کلیدی امنیتی و دفاعی ایران بوده است و موفقیت و کارآمدی این رویکرد در طول ۳۹ سال گذشته توانسته امنیت ایران را در فضای غبارآلود و پرتنش منطقه حفظ کند. تهدیدات مدام دشمنان متنوع و بسیج توانمندی‌های آن‌ها و تلاش برای به کارگیری گزینه نظامی علیه ایران و نابودی و تغییر رژیم در ایران با تأثیر بر تغییر رفتار ایران به دلیل منطق، قدرت، تأثیرگذاری و موفقیت راهبردهای بازدارندگی به نتیجه نرسیده است. راهبردهای الگوی بازدارندگی با توجه به هدف

بازدارندگی، که منصرف کردن دشمن از حمله احتمالی است، به انواع مختلفی تقسیم می‌شود که مهمترین آن‌ها عبارت‌اند از: راهبرد تهاجمی و تدافعی. در راهبرد تهاجمی بازی‌های راهبردی مبتنی بر تهدید متقابل شکل خواهند گرفت اما در راهبرد تدافعی، هدف حفاظت از سیستم سیاسی یا منطقه‌ای است به گونه‌ای که، در برابر حملات دشمن، بقای آن تضمین گردد و دشمن را به این نتیجه رهنمون نماید که حتی در صورت حمله به آن کشور یا منطقه قادر به تسلیم کردن آن نیست و در نهایت، حمله هزینه بیشتری نسبت به دستاوردها دارد (قاسمی، ۱۳۹۰: ۳۲۰). تجربه ایران در جنگ تحمیلی نیز عامل مهمی در تاکید بر بازدارندگی بوده است. سیاستمداران ایران معتقد بودند که عراق وقتی به ایران حمله کرد که هرج و مرج حاکم بر کشور پس از انقلاب، پاکسازی نیروهای مسلح و از دست رفتن حمایت سیاسی - نظامی قدرت‌های بزرگ از ایران این توهم را در ذهن رهبران عراق ایجاد کرد که توان بازدارندگی نیروهای مسلح ایران به شدت کاهش یافته است. بنابراین، غلبه به ایران را حتمی می‌دانستند. در طول جنگ و پس از آن یکی از اقداماتی که برای افزایش توان بازدارندگی نیروهای مسلح اتخاذ شده، تجهیز مجدد به جنگ افزارهایی نوین بود که یکی از مهمترین این جنگ افزارها موشک‌ها می‌باشند (طارمی، ۱۳۸۲: ۱۸۰). بنابراین، در طول دهه‌های اخیر راهبرد امنیتی ایران بر مبنای بازدارندگی شکل گرفت و موشک‌ها نقش تعیین کننده‌ای در این رهیافت و در نتیجه، تامین امنیت ایران برعهده گرفتند.

در واقع، اتخاذ الگوی بازدارندگی در مقابل تهدیدات منطقه‌ای و بین‌المللی، ظرفیت‌های نظامی ایران را در مسیر اتخاذ راهبرد تدافعی و همچنین، تامین امنیت ملی ایران برجسته می‌کند. در واقع، توانایی ایران در زمینه‌های هسته‌ای، نظامی و همین‌طور موشکی، توانایی بازدارندگی بیشتری را به آن خواهد داد و می‌تواند تامین کننده منافع و امنیت ملی کشور در این حوزه شود و موشک عامل مهمی در تامین این هدف امنیت ملی ایران به شمار می‌رود و هم اکنون نیز جدال مهمی بر سر نابودی آن در بین کشورهای غربی آغاز شده است (عباسی و دیگران، ۱۳۹۵: ۷۴).

جنگ عراق علیه ایران و جنگ اول خلیج فارس نشان داد که محدودیت‌های موجود در معاهدات بین‌المللی در زمینه استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی و منع استفاده از ابزارهای نظامی علیه شهروندان غیرنظامی مانع از استفاده عراق از این سلاح‌ها نشده و جامعه بین‌المللی نیز اقدامی جدی در این زمینه انجام نداده است. افزون بر این، جنگ‌ها نقش بسیار بالای موشک‌ها را در نبردهای آینده نشان دادند. (پوراخوندی، ۱۳۹۲: ۱۷۰).

شرایط منطقه‌ای ایران بعد از فروپاشی شوروی و حضور گسترده آمریکا در خلیج فارس و کشورهای همسایه ایران و تهدیدات رژیم صهیونیستی اتخاذ رویکرد خوداتکایی دفاعی را در مقابل تهدیدات خارجی برای کشور گزینه اجتناب‌ناپذیر کرد. این امر با بومی‌سازی تکنولوژی از جمله هسته‌ای و موشکی تحقق یافت و با توجه به انتخاب بازدارندگی به عنوان راهبرد دفاعی اصلی ایران در فرآیند نوسازی و مدرن‌سازی صنایع نظامی، بر کسب و ارتقای تکنولوژی موشکی نیز بسیار تأکید شد (Biswas, 2016: 23).

جمهوری اسلامی ایران و رژیم کنترل تسلیحات و خلع سلاح

پس از کشمکش‌های فراوان و فشار کشورهای غربی، از جمله ایالات متحده آمریکا، انگلیس، فرانسه و آلمان، قطعنامه شورای امنیت علیه فعالیت‌های صلح‌آمیز هسته‌ای جمهوری اسلامی ایران در ۲۳ دسامبر ۲۰۰۶ در شورای امنیت و به اتفاق آرا پانزده کشور عضو به تصویب رسید.

در بندهای سه و چهار این قطعنامه، تمام کشورها از عرضه و فروش تمام اقلام، مواد، تجهیزات، کالاها و فناوری‌های سیستم‌های پرتاب سلاح هسته‌ای به جمهوری اسلامی ایران منع شده‌اند. همچنین، براساس بند هفت قطعنامه، جمهوری اسلامی ایران از صادرات این موارد به دیگر کشورها منع شده است. و به ضمیمه S/2006/815 اشاره شده است. این ضمیمه شامل معیارهای کنترل صادرات اقلام، مواد، تجهیزات و فناوری مرتبط با موشک می‌باشد که عیناً ضمیمه رژیم کنترل فناوری موشکی بوده است. این ضمیمه شامل بیست رده بوده که هر یک از رده‌ها به سیستم‌های کامل یا مجموعه‌های مختلف موشک، از جمله مجموعه‌های سوخت و پیش‌رانش، تجهیزات پرتاب و پشتیبانی زمینی، دیگر مجموعه‌های مختلف مرتبط با موشک و

فناوری مرتبط با آن‌ها اختصاص داشته است که ایران خواه ناخواه، براساس قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد، موضوع رژیم کنترل تکنولوژی موشکی هم نیز بوده است؛ بنابراین، به وضوح تأثیر این رژیم امنیتی بر امنیت ملی ایران را می‌توان ابراز داشت. عنوان پژوهش پیشرو نیز دلالت بر این امر دارد و در نتیجه، رویکردی که جمهوری اسلامی ایران نسبت به رژیم یاد شده داشته و دارد، یکی از مهمترین تصمیمات امنیتی آن است. به عنوان مثال، ایران به عنوان کشوری که جزو ترتیبات رژیم کنترل تکنولوژی موشکی نیست، تا به حال از پذیرش آن ممانعت داشته و تلاش‌های بسیاری برای خنثی سازی کارکرد آن در نظام بین‌الملل انجام داده است؛ به طوری که، به طور چشمگیری از اهمیت این رژیم کاسته شده و توانسته است جدا از این رژیم به پیشرفت‌های قابل ملاحظه در زمینه تکنولوژی موشکی، موشک‌های بالستیک، موشک‌های کروز و پهبادها دست یابد. این امر با توجه به موقعیت ژئواستراتژیکی ایران، برای امنیت ملی آن اهمیت بسیاری دارد. این رویکرد ایران، با توجه به خواست ایالات متحده برای استفاده ابزاری از رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای، در مسیر ایجاد محدودیت‌هایی برای توسعه دفاعی و عدم پیشرفت تکنولوژیکی جمهوری اسلامی ایران در صنعت موشکی، به ویژه در حوزه صنایع هوا- فضا، و اعمال تحریم‌های دو جانبه و چند جانبه خارج از این رژیم در راستای منافع و امنیت ملی ایران ارزیابی می‌شود. بنابراین، ایران بارها در مجامع بین‌المللی به مخالفت صریح با این رژیم برخاسته و کوشیده است ترتیبات بین‌المللی عادلانه‌تری را در این زمینه ارائه دهد. (Christie, 2016:9)

ابعاد تأثیرگذاری رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلع سلاح بر امنیت جمهوری اسلامی

ایران

باتوجه به ارزیابی‌های پیش‌شگفته در ارتباط با رژیم کنترل تکنولوژی موشکی و بررسی‌های صورت گرفته در ارتباط با امنیت جمهوری اسلامی ایران، می‌توان برخی از ابعاد مهم تأثیر رژیم کنترل تسلیحات هسته‌ای و خلع سلاح را بر امنیت جمهوری اسلامی ایران در موارد زیر خلاصه کرد:

ابعاد تکنولوژیک

باتوجه به پیشرفت فناوری و کاربرد آن در تأمین امنیت ملی برای کشورهایی که می‌خواهند در صحنه رقابت جهانی حضور داشته باشند، نمی‌توان تأثیر عدم دسترسی به فناوری را بر امنیت نادیده گرفت. تلاش برای افزایش توانمندی نظامی و دفاعی کشور، بی‌شک یکی از مهمترین محورهای راهبرد نظامی هر کشور مستقلی از جمله جمهوری اسلامی ایران برای مقابله با تهدیدات است که به طور کامل، پیشتر بررسی شد. بدین منظور، پس از انقلاب اسلامی تاکنون، تلاش‌های مهمی، از جمله تلاش برای افزایش توان دفاعی و آمادگی نیروها، طراحی برنامه‌های کلان برای ساخت تسلیحات در داخل با توجه به اعمال تحریم‌های گسترده و کسب آموزش‌های حرفه‌ای و پیشرفته انجام شد که در این زمینه، برنامه‌ریزی برای دستیابی به فناوری موشک‌های پیشرفته مهمترین محور تلاش‌های ایران در زمینه افزایش ضریب امنیت دفاعی بوده است. (momtazznews.com, 1395)

از طرف دیگر، مثلا رژیم کنترل تکنولوژی موشکی به عنوان ترتیباتی که هدفش جلوگیری از دستیابی دیگر کشورها به تکنولوژی حمل سلاح‌های کشتار جمعی با موشک است، سازوکارهایی برای کنترل صادرات موشک ایجاد کرده است تا کشورهایی در حال پیشرفت نتوانند به تکنولوژی پیشرفته موشک‌های بالستیک، هواپیماهای بدون سرنشین، موشک‌های کروز و وسایل حمل آن‌ها دست پیدا کنند. کشورهای عضو این رژیم با تکیه بر کنترل بعد تکنولوژیک موشک‌ها، که از عنوان آن هم به خوبی برداشت می‌شود، می‌کوشند تکنولوژی پیشرفته موشکی را به دلایل نظامی-امنیتی در دست خود نگه دارند و با نظارت بر کنترل صادرات آن به کشورهای هدف بتوانند امنیت فناوری کشورهای یادشده را به خطر بیندازند؛ به طوری که، از عملکرد تبعیض آمیز رژیم هم می‌توان استنباط کرد که جمهوری اسلامی ایران تاکنون هدف اصلی رژیم برای منع دستیابی به تکنولوژی موشکی و هسته‌ای بوده است و این رژیم امنیتی نتوانسته مانع فعالیت‌های موشکی ایران بشود، ولی هزینه‌های دستیابی کشور را به این نوع تکنولوژی بسیار بالا برده است (م، خ، ۱۳۹۵).

دوباره نیز تاکید می‌کنم که با توجه به اهدافی که در اصول اینگونه رژیم‌های امنیتی می‌باشد (از جمله جلوگیری و عدم دستیابی کشورها به تکنولوژی‌های پیشرفته به خصوص در بعد نظامی) و با توجه به اینکه تکنولوژی موشکی جایگاه ویژه‌ای در امنیت ملی ایران دارد؛ به طوری که، نقطه اتکای مهمی از توانایی ایران در مقابله با تهدیدهای منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای را تشکیل می‌دهد. در کل، رژیم کنترل تسلیحات با ماهیتی که در کنترل تکنولوژی و جلوگیری از دستیابی کشورهای جهان سوم به فناوری‌های پیشرفته دارد، می‌تواند بر امنیت جمهوری تأثیر منفی بگذارد و ایران هرچه بیشتر موضوع اینگونه رژیم قرار بگیرد، برای دستیابی و ارتقای تکنولوژی خود باید هزینه بیشتری بپردازد و امنیت آن بیشتر در مخاطره قرار می‌گیرد.

ابعاد دفاعی

جمهوری اسلامی ایران از جمله کشورهایی است که در پی حفظ امنیت داخلی و منطقه ای، برنامه موشک بالستیک خود را از دوران دفاع مقدس و جنگ هشت ساله میان ایران و عراق، زمانیکه برتری هوایی عراق، ایران را در حملاتی با برد بیش از ۱۵۰ کیلومتر محدود کرده بود، آغاز کرده است. در اواخر دهه ۱۹۸۰ میلادی تهران به توسعه برنامه موشکی بومی پرداخت و طی دو دهه این ظرفیت را به خوبی افزایش داد. البته، ایران، هم موضوع رژیم کنترل تکنولوژی موشکی است و هم در معرض تلاش‌های بین‌المللی برای محدود کردن گسترش تکنولوژی موشکی با کاربرد دوگانه قرار گرفته است.

در واقع، حرکت به سوی خودکفایی در زمینه دفاعی حرکتی است که با انگیزه حفظ استقلال سیاسی در برخی کشورها من جمله جمهوری اسلامی ایران دنبال شده که علیرغم برخی هزینه‌ها آثار فوق‌العاده مثبتی در حفظ امنیت و استقلال را نیز در پی داشته است. هر چند که تحمیل تحریم‌ها و رژیم‌های کنترل صادرات امنیت ملی برخی کشورها را با مشکلاتی در مسیر حرکت دفاعی روبرو کرده است، اما برای تامین امنیت و تحقق هدف خودکفایی و استقلال سیاسی، امری اجتناب ناپذیر است.

ابعاد سیاسی

مشکل کشورهای در حال پیشرفت تنها موانع و محدودیت‌های مالی، فنی و صنعتی بر سر راه تولید سلاح‌های دفاعی نیست، بلکه موانع سیاسی هم در این زمینه نقش عمده‌ای دارند. در واقع، برخلاف کشورهای پیشرفت، کشورهای در حال توسعه حق ندارند هر سلاحی را که می‌خواهند به دست آورند و هر تکنولوژی را که مناسب و دلخواه تشخیص دهند، منتقل سازند، چرا که ممکن است امنیت و ثبات بین‌المللی یا منافع جهان پیشرفته را تهدید کنند.

در واقع، در حالی که از نظر بسیاری از کشورهای در حال پیشرفت مشکل این است که بسیاری از تکنولوژی دور از دسترس و صعب الوصول هستند، از نظر غربی‌ها مشکل این است که این تکنولوژی‌ها، بیش از اندازه برای جهان سومی‌ها سهل‌الوصول شده است. به همین دلیل، مقررات ملی و رژیم‌های کنترلی بین‌المللی مختلفی برای محدود کردن دسترسی کشورهای در حال توسعه به تسلیحات و تکنولوژی پیشرفته ایجاد می‌شود، مانند رژیم، معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، رژیم کنترل تکنولوژی موشکی و کمیته هماهنگ کننده کنترل‌های صادراتی چند جانبه اقلام ممنوع در اینگونه رژیم‌ها گاه اقلامی هستند که سلاح‌های اساسی و بازدارنده به شمار می‌روند. مانند مین، موشک: یعنی سلاح‌های که چه به لحاظ تأثیرات نظامی در مجموعه صحنه درگیری بین جهان سومی و کشور پیشرفته، چه از نظر سطح تکنولوژی و چه از نظر دسترسی‌پذیری به آن، بیشترین صرفه را دارند. این ممنوعیت از دو جنبه بر سیاست تکنولوژی دفاعی کشورها تأثیر می‌گذارد: جنبه نخست، محدود کردن دسترسی این کشورها به تسلیحات و تکنولوژی مورد نظر و جنبه دوم، پرهزینه کردن دستیابی به این اقلام پس از دستیابی به آن‌هاست. سیاست‌گذاران جهان سومی نیز باید همزمان درباره دو موضوع متناقض تصمیم‌گیری کنند: نخست اینکه ممکن است با این فکر که چون دسترسی به برخی اقلام تکنولوژی و تسلیحات حیاتی ممکن است، با مقررات کنترل حال یا آینده از بین برود، کسب توانایی تولید آن را در اولویت قرار دهند، مانند تکنولوژی موشک زمین به زمین، دوم، اینکه سرمایه‌گذاری روی این سلاح‌ها ممکن است با چنان واکنش بین‌المللی رو به رو شود که هزینه سیاسی بعدی از فایده دستیابی به آن سلاح و تکنولوژی تولید آن اهمیت بیشتری پیدا کند. می‌توان گفت

که انتخاب بین این دو تصمیم، یکی از مشکل‌ترین تصمیم‌گیری‌ها در سیاست تکنولوژی دفاعی جهان سومی‌هاست. (حسنی، ۱۳۷۶: ۴۲).

برای جمهوری اسلامی ایران، به عنوان کشوری در حال پیشرفت، سیاست دستیابی به تکنولوژی دفاعی برای حفظ و تأمین امنیت ملی ضروری بوده و لذا آن را مدنظر قرار داده است. بنابراین، رژیم‌هایی مانند رژیم کنترل تکنولوژی موشکی که از اجزای رژیم کنترل تسلیحات و خلع سلاح می‌باشد، هزینه دستیابی و ارتقای تکنولوژی موشکی را برای ایران مشکل می‌کند. هر چند به لحاظ هزینه - فایده با دستیابی ایران به تکنولوژی موشکی در ابعاد مختلف باعث افزایش ضریب امنیت ملی ایران شده است. اما دستیابی ایران به موشک‌های پیشرفته با واکنش بین‌المللی همراه بود که در ضمیمه قطعنامه‌های شورای امنیت علیه ایران، ضمیمه رژیم کنترل تکنولوژی موشکی به کار رفته بود. پس از توافق در برنامه هسته‌ای جمهوری اسلامی ایران و اجرایی شدن برجام نیز شورای امنیت به الحاق قطعنامه‌ای، سعی در کنترل و از بین بردن فعالیت‌های موشکی ایران دارد.

ابعاد استراتژیک

با ظهور سلاح‌های هسته‌ای به عنوان سلاح راهبردی در عرصه رقابت‌های نظامی، تلاش برای ساخت وسایل حمل‌کننده آن جایگاه مهمی در صنایع نظامی یافت. اگرچه بمب افکن‌های سنگین نیروی هوایی آمریکا نخستین وسایل پرنده‌ای بودند که بمب‌های اتمی را بر شهرهای ژاپن فروریخت، ولی این وسایل برای رسیدن به اهداف خود با موانع زیادی، از جمله شرایط جوی و بعد مسافت پدافند ضد هوایی کشور هدف روبه‌رو بوده و هستند. از این رو، از همان نخستین دهه ۱۹۵۰، دو ابرقدرت برآمده از جنگ جهانی دوم موشک را به عنوان بهترین وسیله حمل سلاح هسته‌ای برگزیدند و تلاش خویش را معطوف توسعه آن کردند. ظهور موشک، به ویژه موشک‌های بالستیک دوربرد، به عنوان سلاحی مهارناشدنی آمریکا و شوروی و سپس، دیگر کشورهای دارنده سلاح هسته‌ای را وادار به اندیشیدن به دفاع در برابر این پدیده کرد که حاصل آن توسعه سامانه‌های دفاع موشکی بود. این فرایند این موضوع را در پی داشته است که می‌توان به این نتیجه رسید، تا زمانی که سلاح هسته‌ای و موشک وجود دارد، مسئله دفاع موشکی نیز مطرح خواهد بود (بشری، ۱۳۹۴: ۸۹). شایان ذکر است که باتوجه به موقعیت سرزمینی ایران، داشتن موشک شاید تنها ابزار راهبردی در جنگ‌های منطقه‌ای باشد که کارکرد خود را در جنگ‌های دهه‌های اخیر منطقه غرب آسیا به وضوح نشان داده است؛ چنانکه در جنگ ایران و عراق، در مرحله‌ای که از آن به عنوان جنگ شهرها یاد می‌کنند، از موشک‌های بالستیک نوع اسکاد بسیار استفاده شد و در نهایت، به دنبال تخریب و ویرانی بسیاری که در این مرحله به بار آمد، جنگ پایان یافت و این امر اثر تعیین‌کننده موشک‌ها در جنگ را نشان داد. بنابراین، جمهوری اسلامی دفاع موشکی را به عنوان گزینه‌ای گریزناپذیر در مقابل تهدیدات منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای خود می‌داند.

نتیجه‌گیری

ایران در منطقه‌ای بسیار خطرناک واقع شده است. دشمنان و رقبای مختلفی در این منطقه به توسعه اغراض خود مشغول هستند و پیوسته ایران را تهدید می‌کنند. این کشورها در عرصه نظامی میلیاردها دلار سرمایه‌گذاری کرده‌اند و از پیشرفته‌ترین تکنولوژی‌های موجود بهره‌برداری می‌کنند. تنها بودجه نظامی یکی از این کشورها بیش از پانزده برابر ایران است. بیشترین میزان صادرات تجهیزات نظامی به منطقه غرب آسیا صورت می‌گیرد و ایران تنها یک درصد واردات نظامی منطقه را به خود اختصاص داده است. همچنین، تجربه هشت سال دفاع مقدس، به عنوان یک تجربه اتکاپذیر، برای ایران این درس سرنوشت‌ساز را داشته است که برای دفاع و امنیت خود نمی‌تواند به هیچ قدرت، قاعده و اصل یا نهادی خارج از توانایی خود اتکا کند و این خوداتکایی امنیتی بخش تعیین‌کننده فرهنگ دفاعی ایران شده است. ایران در این محیط خطرناک و با توجه به فرهنگ دفاعی، امنیت خود را بر مبنای بازدارندگی قرار داده است. ویژگی‌های تکنولوژیک موشک‌ها نیز نقش اصلی را در رویکرد بازدارنده ایران بر عهده دارند. هرگونه تلاش و اقدام بالفعل و بالقوه برای صدمه به توان موشکی یا کنترل آن در قالب رژیم‌های امنیتی یاد شده به معنای خلع سلاح کردن ایران و در نتیجه،

تسلیم در مقابل تهدیدات متنوع به شمار می‌رود. که اثرات غیر قابل جبرانی به همراه دارد. که می‌بایست مد نظر مسئولین سیاسی - دفاعی قرار گیرد.

ایران با دغدغه‌های ویژه امنیتی، بارها موضوع ترتیبات رژیم‌های یاد شده قرار گرفته است. ایران از جمله کشورهایی است که برای مقابله با تهدیدات ملموس و دشمنان خود، راهبرد بازدارندگی و ارتقای فناوری نظامی را اتخاذ کرده و تاکنون توانسته است با کمک این دکترین، امنیت خود را در منطقه آشوب‌زده غرب آسیا حفظ و ارتقا دهد.

جمهوری اسلامی ایران تاکنون از اعضای اصلی تمام رژیم‌های عدم اشاعه می‌باشد و این مقررات جهان شمول را با عضویت در ترتیبات بین‌المللی مانند ان پی تی، سی دبیلو سی، بی دبلیو سی و ... ثابت کرده است. حال این کشور خود را در صحنه بین‌المللی با ترتیبات کنترل صادراتی رویه رو می‌بیند که به بهانه تکمیل رژیم‌های عدم اشاعه، انجمن‌هایی را تشکیل داده اند تا جریان صدور کالاهای اساسی و تکنولوژی‌های حساس را به کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه یافته کنترل کرده یا از بین ببرند.

این در حالی است که ایران دستیابی به بسیاری از موارد تحت کنترل رژیم‌های کنترل صادرات را حق خود و برای حفظ امنیت منطقه‌ای و بین‌المللی خود لازم می‌داند. ایران از جمله کشورهایی است که دستیابی به تکنولوژی‌های حساس را بومی کرده و با اتکا به نیروی داخلی خود در پی ارتقای فناوری در کشور می‌باشد و موفقیت‌های چشمگیری در این زمینه به دست آورده است. ایران اکنون به قدرتی موشکی در منطقه غرب آسیا تبدیل شده است و حال با توجه به موقعیت راهبردی خود در منطقه و خلیج فارس، می‌تواند اسباب تغییر رویکرد خود را، همگام با منافع ملی خود فراهم کند.

فهرست منابع

منابع فارسی:

- ۱- احمدی، محمد و سیدمحمد شریفی (۱۳۸۳)، رژیم کنترل تکنولوژی موشکی، فصلنامه صنایع هوافضا، ش ۶.
- ۲- ولسوسکی، رایزرد (۱۳۸۳)، بازدارندگی در امنیت ملی کشورهایی با اندازه متوسط، ترجمه عبدالمجید حیدری، فصلنامه مطالعات جنگ ایران و عراق، ش ۱۰.
- ۳- بشری، اسماعیل، (۱۳۹۴)، مسئله تحریم‌های موشکی و تسلیحاتی در برجام و قطعنامه ۲۲۳۱ «همشهری دیپلماتیک»، ش ۸۸.
- ۴- حجت زاده، عبدالحسین، (۱۳۷۸)، تحول جایگاه امنیت نظامی و ابزارهای آن در تأمین امنیت، فصلنامه امنیت ملی، ش ۱.
- ۵- حسینی، حسین، (۱۳۷۶)، مسائل اساسی سیاست تکنولوژی دفاعی در جهان سوم، مجله سیاست دفاعی، ش ۲۰.
- ۶- دهقانی غلامحسین، (۱۳۸۸)، رژیم‌های چند جانبه کنترل صادرات و امنیت ملی کشورهای در حال توسعه (تأملی بر وضعیت جمهوری اسلامی ایران)، پایان‌نامه دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۷- روشندل، جلیل، (۱۳۷۴)، مفهوم امنیت جدید جمهوری اسلامی، تهران: انتشارات سمت.
- ۸- ساعد، نادر، (۱۳۸۶)، تحلیل هنجارین رژیم کنترل فناوری موشکی و الزامات دفاعی جمهوری اسلامی ایران، مجله سیاست دفاعی، ش ۵۹.
- ۹- طارمی، کامران، (۱۳۸۲)، تحلیلی بر نقش موشک‌های بالستیک در دکترین دفاعی ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۹.
- ۱۰- ظریف، محمدجواد و مصطفی زهرانی، (۱۳۸۴)، روندهای جدید بین‌الملل، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه.
- ۱۱- عباسی، ابراهیم و دیگران، (۱۳۹۵)، الگوی امنیتی بازدارندگی در تنگه هرمز و امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه پژوهش‌های راهبردی سیاست، ش ۱۷.
- ۱۲- عبدالخانی، علی، (۱۳۸۹)، نظریه‌های امنیت، تهران: مؤسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر
- ۱۳- عسگرخانی، ابومحمد و محمدرضا حق‌شناس، (۱۳۹۰)، تهدیدهای منطقه‌ای و راهبرد تسلیحاتی- امنیتی ج.ا.ایران، فصلنامه راهبرد دفاعی، س ۹، ش ۳۳.

- ۱۴- عسگرخانی، ابومحمد، (۱۳۸۱)، نظریه رژیم‌های بین‌المللی، «فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۷، ۱۵- علا، عیسی و عبدالحسین حجت زاده، (۱۳۸۲)، انگیزه‌های پنهان گسترش موشکی، گزارش‌ها و تحلیل‌های نظامی- راهبردی، ش ۲۱.
- ۱۶- غریب آبادی، کاظم، (۱۳۸۱)، آشنایی با معاهدات خلع سلاح و کنترل تسلیحات، تهران: معاونت همکاری‌های دفاعی و امور بین‌الملل وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح.
- ۱۷- قربانی، ارسلان و تاجالدین صالحیان، (۱۳۹۲)، تأثیر سیاست بین‌الملل بر رژیم‌های بین‌المللی: بررسی انتقادی، N.P.T، فصلنامه علمی- پژوهشی سیاست جهانی، ش ۱.
- ۱۸- قوام ملکی، حمیدرضا، (۱۳۹۰)، موشک‌ها در راهبرد بازدارندگی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه رهنامه سیاستگذاری، ش ۳.
- ۱۹- کدام کشورها بیشترین توان موشکی دنیا را دارند؟ (۱۳۹۵)، قابل دسترسی در: www.bartarinha.ir
- ۲۰- کریمی پور، یدالله، (۱۳۸۵)، مقدمه‌ای بر ایران و همسایگان، فصلنامه سیاست خارجی، ش ۴.
- ۲۱- کریمی کشه، سعید، (۱۳۷۸)، مقایسه دیدگاه‌های امنیتی آمریکا و روسیه (از پایان جنگ سرد تا زمان حال)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- ۲۲- کیوان حسینی، سیداصغر، (۱۳۸۹)، جایگاه رژیم امنیتی منع اشاعه در سیاست خارجی آمریکا (۲۰۰۷-۱۹۴۹)، فصلنامه سیاست، دوره ۴۰، ش ۲.
- ۲۳- لیتل، ریچارد، (۱۳۷۹)، رژیم‌های بین‌المللی، ترجمه حسین محمدی نجم، دوره عالی جنگ دانشکده فرماندهی و ستاد.
- ۲۴- مالمریان، حمید، (۱۳۸۸)، فناوری فضایی و نقش آن در امنیت جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد دفاعی، س ۷، ش ۲۶.
- ۲۵- محمد، عباسی، (۱۳۹۱)، اقدامات مقابله‌ای جمهوری اسلامی ایران در قبال تهدیدات امنیتی ایالات متحده آمریکا (۲۰۱۰-۲۰۰۱)، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه علامه طباطبایی.
- ۲۶- مشیرزاده، حمیرا، (۱۳۹۲)، تحول در نظریه‌های روابط بین‌الملل، «تهران: انتشارات سمت.
- ۲۷- نصیری، موسی، (۱۳۹۳)، الزامات بازدارندگی دفاعی جمهوری اسلامی ایران از رهیافت توان موشکی، قابل دسترسی در: <http://www.farsnews.com/newstext.php>
- ۲۸- یوسفی قهی، حسین، (۱۳۷۶)، رژیم‌های بین‌المللی و رژیم‌های امنیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده روابط بین‌الملل وزارت امور خارجه.

منابع انگلیسی:

- 29- Cordesman, Anthony H, (2002), Strategic threats and national missile defenses, Westport, Connecticut, Praeger Publishers.
- 30- Henshaw, John H, (1993), the Origins of Cocom: Lessons for Contemporary Proliferation Control Regimes, the Henry L. Stimson Center.
- 31- Krasner, Stephen D, (1982), Structural causes and regime consequences: regime as intervening variables, International Organization, available at: www.rochelleterman.com.
- 32- Lambakis, Steven, (2007), Missile Defense from Space, Policy Review, <http://www.nipp.org/wpcontent/uploads/2014/11/141LambakisOffprint1>.
- 33- MARTA, Lucia, (2010), The Hague Code of Conduct Against Ballistic Missile Proliferation: Lessons Learned for the European Union Draft Code of Conduct for Outer Space Activities, European Space Policy Institute, (ESPI), available at: <https://www.frstrategie.org>
- 34- Ozga, Deborah A, (1994), A Chronology of the Missile Technology Control Regime, the Nonproliferation Review, www.nonproliferation.org
- 35- Oznobishev, Sergey, MISSILE PROLIFERATION AND MISSILE TECHNOLOGIES, International Commission on Nuclear Non-proliferation and Disarmament, available at: <http://www.icnnd.org>
- 36- United States Government, (2015), Missile Technology Control Regime Annex and Handbook, [HTTP://MTCR.INFO](http://MTCR.INFO)

- 37- United States Government, (2009), Missile Technology Control Regime Annex and Handbook, [HTTP://MTCR.INFO](http://MTCR.INFO)
- 38- Walker, Kirk D. (2016), Missile Technology Control Regime Guidelines and Control List, International Nonproliferation Export Control Program (INECP), National Nuclear Security Administration.
- 39- B. Ramachandra, R. Nageswara Rao, (2016), "RPLC determination of three antiretroviral drugs: atazanavir, efavirenz and saquinavir in bulk drug substances, Proceedings of National Seminar on Modern Trends in Chemistry Research.
- 40- Arka Biswas (2016), Locating India within the Global Non-Proliferation Architecture: Prospects, Challenges and Opportunities, arkabiswas@orfonline.org.
- 41- Christie, Alisa, (2016), How to launch small payloads", University of Strathclyde, strathprints@strath.ac.uk
- 42- Kumar, Rajeev, (2016), MTCR, NSG and India-China Procrastination Matrix", CENTRE FOR LAND WARFARE STUDIES (CLAWS), www.claws.in
- 43- Singhal, Ankur, (2016), what are MTCR and NSG, and why does India want to be their part, 10/6/2016, <http://indianexpress.com/article/explained/narendra-modi-us-visit-mtcr-nsg-obama-us-congress-2844186/>
- 44- McIntyre, Stuart, West, Michael, (2016-17), A commercially driven design approach to UK future small payload launch systems", British Interplanetary Society with permission.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴

صص ۲۰۷ - ۲۲۱

واکاوی زمینه قانون خواهی در نظام حقوقی - قضایی ایران در آستانه مشروطیت

سید حمید رضا موسوی^{۱*}، دکتر علی‌اکبر گرچی ازندریانی^۲

۱- دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

۲- دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

ظلم و بیداد عصر ناصری در کنار بی‌قانونی‌ها و هرج و مرج‌های ناشی از آن، در نهایت منجر به نهضت مشروطه‌خواهی و وقوع انقلاب مشروطه و به تبع آن تصویب قانون اساسی و تشکیل نخستین مجلس قانونگذاری در ایران گردید. اگر چه ظهور قوانین و ایجاد نظام حقوقی جدید در ایران مولود انقلاب مشروطه و تشکیل مجلس قانونگذاری است؛ اما این میل به «قانون» و «قانون خواهی» قاعداً بدون یک پشتوانه ذهنی از نیاز به قانون که ریشه در تاریخی هر چند کوتاه مدت داشته است، امکانپذیر نبوده است. با بررسی تاریخی دوره پیش از تصویب نخستین قانون اساسی که عمدتاً در قالب زمامداری ناصرالدین شاه قرار می‌گیرد با این مساله مواجه می‌شویم که پیش از انقلاب مشروطه شاهد یک سری مکتوباتی هستیم که نام قانون را یدک می‌کشند و حاوی دستورات و مقرراتی هستند که امور مملکت می‌بایستی طبق آن رتق و فتق می‌گشته است. با این حال اصلی‌ترین پرسشی که در این میان مطرح می‌شود این است که چرا در آستانه مشروطه، ملت همچنان «قانون» را اصلی‌ترین خواسته خود می‌خوانند؟ قاعداً ساده‌ترین پاسخ و البته کامل‌ترین آن، این است که «بی‌قانونی» و استبداد حاکمان، ملت را به ستوه آورد، لذا دشمن اصلی خود را «بی‌قانونی» و ملجاء و گریز را در «قانون» و «قانون خواهی» دیدند. در حقیقت ارتباط بین بی‌ترتیبی امور دولتی و عدم رفاه و آسایش ملت به قدری وضوح داشت که مردم جز از طریق تنظیم امور دولت، خود را رها از بند ظلم و مستقر در رفاه و آسایش نمی‌دیدند. لذا تحدید حکومت از طریق تعیین وظایف و اختیارات آن و همچنین «تعیین ضوابط حاکم بر شهروندان» از طریق مشخص نمودن حوزه آزادی‌ها و حقوق آن‌ها همگی انتظاراتی بود که از یک قانون اساسی می‌رفت که مردم در پی آن بودند.

واژگان کلیدی: قانون، هرج و مرج، مشروطیت، استبداد، قانون اساسی، بی‌قانونی

* نویسنده مسئول Mousavi_hamidreza@yahoo.com

مقدمه

هر نظام حقوقی یا سیاسی واجد ویژگی‌ها متفاوت و گاهی متعارض با نظام‌های حقوقی و سیاسی دیگر کشورهاست. هر الگو، نظریه یا مفهوم، در بستر شرایط تاریخی و فرهنگی هر کشور یا نظام متناسب با دستگاه فکری آن، ویژگی‌ها و خصیصه‌های متفاوت به خود می‌گیرد. شناخت آن نظریه‌ها و مفاهیم بنیادین به عنوان مفروضات اساسی در تحلیل و تبیین مسایل بسیار اهمیت دارد. آگاهی نسبت به تاریخ اندیشه سیاسی و حقوقی به مفاهیم پایه‌ای و تحول معنایی آن‌ها در بستر تاریخ حقوق به درک صحیح‌تر ما نسبت به نظام حقوقی نوین، کمک شایانی می‌کند.

از منظر تاریخ اندیشه، دگرگونی‌هایی که در دو سده‌ی پس از جنگ‌های ایران و روس تا جنبش مشروطه رخ داد، بی‌شک یکی از مهمترین دوره‌های تاریخی ایران است که در تکوین آگاهی جدید ایرانیان نقش اساسی دارد. جنبش مشروطه خواهی مردم ایران حادثه‌ای بی‌سابقه در تاریخ ایران بود. از این رو کوشش برای تبیین مشروطیت ایران صرف توضیح واقعه‌ای تاریخی نیست؛ بلکه مشروطیت جایگاه بیداری ایرانیان بود و تبیین منطق این بیداری نه تنها پرتوی بر دگرگونی‌های سده‌ای که به استقرار حکومت قانون منجر شد، می‌افکند، بلکه فهم معنای تحولات پس از آن نیز به نوعی وابسته به تلقی ما از مشروطیت است. سرشت ویژه‌ی مشروطیت به عنوان حکومت قانون و مقدمات فکری مشروطه خواهی در ایران - که به طور عمده مبتنی بر اندیشه خودکامه ستیزی و قانون خواهی بود - موجب شد که مشروطیت ایران نتواند نظامی از اندیشه سیاسی بسط دهد. در حالی که با پیروزی جنبش و قرار گرفتن قانون خواهی در کانون مطالبات مشروطه‌خواهان، تدوین نظام حقوقی مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفت.

پرداختن به مساله قانون خواهی در آستانه انقلاب مشروطه به مانند بررسی سایر رویدادهای تاریخی نیازمند تحقیق و تفحص در ابعاد مختلف آن دوره تاریخی است. ابعادی که یقیناً قابل بررسی و ارائه در قالب یک پژوهش نبوده و تلاشی گسترده‌تر را می‌طلبد. لیکن تا حدودی می‌توان با بررسی وضعیت سیاسی و اجتماعی آن دوره تاریخی و اقداماتی که از سوی بازیگران عرصه سیاست صورت گرفته است، به واکاوی چرایی ظهور قانون خواهی در آن عصر همت گمارد. جای شگفتی است که این نهضت فکری و روح قانون اساسی خواهی آنچنان سیطره خود را در وجدان ایرانیان گسترده بود که عامی‌ترین طبقات اجتماعی ایرانیان در تلاش برای به ثمر رسیدن آن از طبقه روشنفکر ایران پیشی گرفته بودند. تقی زاده که خود از نمایندگان مجلس اول مشروطه بود، نقل می‌کند: مشدی باقر بقال که سواد خواندن و نوشتن نداشت تمام بندهای قانون اساسی را حفظ بود و آن را به مانند دعای کمیل عزیز می‌داشت و از صمیم جان به قانون اساسی عشق می‌ورزید (تقی زاده، ۱۳۳۸، ص ۵۵). چه بسا اگر امثال مشدی باقر بقال و دیگر افراد عامی در جریان نهضت قانون اساسی خواهی، جانفشانی نمی‌کردند، هرگز این نهضت به سرانجام نمی‌رسید.

اما در این میان نکته اصلی این است که اگر چه ظهور قوانین و تدوین نظام نوین حقوقی در ایران مولود انقلاب مشروطه و تشکیل مجلس قانونگذاری است؛ اما این میل به «قانون» و «قانون خواهی» قاعدتاً بدون یک پشتوانه ذهنی از نیاز به قانون - که ریشه در تاریخی هرچند کوتاه مدت داشته است - امکانپذیر نبوده است. با بررسی تاریخی دوره پیش از تصویب نخستین قانون اساسی که عمدتاً در قالب زمامداری ناصرالدین شاه قرار می‌گیرد با این مساله مواجه می‌شویم که پیش از انقلاب مشروطه شاهد یک سری مکتوباتی هستیم که نام قانون را یدک می‌کشند و حاوی دستورات و مقرراتی هستند که امور مملکت می‌بایستی طبق آن رتق و فتق می‌گشته است. نکته قابل توجه در آن جایی است که این مقررات به یکی دو مورد ختم نمی‌شود. هر چند این مقررات یک سیستم جامع که بایستی تمام امور مملکت در آن گرد آمده باشد، نبوده است؛ با این حال اصلی‌ترین پرسشی که در این میان مطرح می‌شود این است که "چرا در آستانه مشروطه، ملت همچنان «قانون» را اصلی‌ترین خواسته خود می‌خوانند؟" قاعدتاً ساده‌ترین پاسخ و البته کامل‌ترین آن، این است که «بی قانونی» ملت را به ستوه آورد، لذا دشمن اصلی خود را «بی قانونی» و ملجاء و گریز را در «قانون» و «قانون خواهی» دیدند. از این رو در این مقاله به بررسی عواملی که تحت عنوان کلی بی قانونی، منجر به تمسک ملت به قانون گشت، خواهیم پرداخت.

از این رو در گفتار اول، به موضوع استبداد و قانون خواهی مردم به منظور فرار از این استبداد می پردازیم. در مبحث نخست این فصل، هرج و مرج و عدم اداره صحیح امور عمومی مورد بررسی قرار می گیرد و در مبحث دوم، به بررسی روابط ایرانیان با سایر کشورها خواهیم پرداخت. در گفتار دوم تشکیلات و نظام قضائی ایران در آستانه انقلاب مشروطه را مورد مطالعه قرار می دهیم که بدون شک در ایجاد قانون خواهی ملت ایران نقش به سزائی داشته است.

۱. استبداد و قانون خواهی

۱-۱. هرج و مرج زمینه ساز قانون خواهی ملت ایران

حکومت پیش از مشروطه در غالب حکومتی استبدادی چهره می نمود. حکومت استبدادی در اساس به معنای حکومت بی قانونی است، نمی توان در آن از حاکمیت قانون دم زد. نه اینکه در این ساختار هیچ نوع مقرراتی به عنوان قانون وجود نداشته باشد اما به اصطلاح ساختار قانونی در این حکومت یکسره وابسته و تابع اراده خودکامانه فرمانروا بوده و حکم سرور مستبد به معنای قانون است. در عین حال او می تواند از اجرای هر قانونی نیز جلوگیری کند. اصولا انقلاباتی که در تاریخ ایران صورت گرفته است، بر ضد فرد حاکم و دربار حکومتی بوده است. حکامی که به غیر از امیالی و اراده خود پایبند هیچ قانونی نبودند. باید توجه داشت که در ایران برخلاف جاهای دیگر، دولت که در راس آن حاکم مستبد قرار داشت، نماینده هیچ طبقه اجتماعی نبود، بلکه دولت با قدرت بی نهایت خود توانسته بود، مافوق تمامی طبقات اجتماعی، بر آن ها تسلط یافته و آن ها را تابع قدرت خود گرداند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۸) از سوی دیگر مشروعیت دولت به میزان قدرت آن وابسته بود. بنابراین سیستمی که بتوان از طریق آن تصمیمات دولت و شخص حاکم مستبد را مورد بررسی و پیش بینی قرار داد، وجود نداشت. چرا که همه چیز وابسته به امر ملوکانه و خواست او بود. در حکومت استبدادی «قانون عبارت از رای دولت [حاکم مستبد] است که می تواند هر لحظه تغییر کند. معنای دقیقی استبداد هممین است. استبداد، نه متکی به طبقات است و نه محدود به قانون» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۸) «استبداد یعنی خودرایی و متضمن نظامی است که در آن - در تحلیل نهایی، فردی که در راس آن قرار دارد - در مقابل ملت هیچگونه تعهد و مسئولیتی ندارد یعنی حکومتی که اساس حکومت بر بی قانونی است» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۸) و این نشان دهنده ماهیت نظام سیاسی در ایران بوده است. از آنجا که قدرت در انحصار دولت بود، دولت خود را صاحب تمامی حقوق می دانسته، از این رو ملت چون هیچگاه حقی برای خود متصور نبود، وظیفه ای نیز در برابر دولت برای خود قائل نبود. بنابراین ملت همواره خود را بیگانه از دولت می دانست و از هر فرصتی برای ضربه زدن به دستگاه حکومتی استفاده می کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۸) شخص حاکم نیز به عنوان عامل تمامی بدبختی ها همواره در ذهن مردم، مسئول تمامی ناکارآمدی ها بود. بنابراین با ایجاد انقلاب، تمامی جامعه ایران بر علیه فرد حاکم و دربار او قد علام کرده، در جهت سرنگونی او می کوشیدند. اما با وجود نفی حاکم مستبد، اساس نظام استبدادی در ایران همواره باقی می ماند و به حیات خود ادامه می داد. چون اصولا با نفی شخص حاکم مستبد، تنها شخصی اول تغییر می کرد اما نه نظام بدیلی برای این نظام استبدادی قابل تصور بود و نه نهادی برای تحقق خواسته های مردم. این امر خود نشان دهنده اهمیت نهضت قانون خواهی در جریان مشروطیت است. بدین معنا که مردم دریافته بودند که علاج کار، براندازی حاکم مستبد نیست بلکه نفی نظام استبدادی است. در جریان نهضت قانون خواهی برای نخستین بار این حرکت اعتراضی نه تنها بر ضد یک رژیم خودکامه مشخص، بلکه مشخصا بر علیه اندیشه حامی استبداد بود. (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۱) برای اولین بار، شعاع دید رهبران نهضت فراتر از تغییر حاکم مستبد رفت. برای اولین بار در طول تاریخ ایران، این اصل که چگونه باید حکومت کرد؟ جانشین این امر شد که چه کسی باید حکومت کند؟ (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۱) سید محمد طباطبائی، مدت ها قبل از انقلاب مشروطه، در برابر خواست شاگردان خود که خواهان آن بودند که صدر اعظم مستبد تغییر کند، می گوید: «عزل صدراعظم چه فایده دارد؟! تا دولت ایران مشروطه نشود قانون اساسی حاکم نگردد و این استبداد برداشته نشود، هرگز متوقع اصلاح و منتظر انتظام نباید بود» (کرمانی ناظم الاسلام، ۱۳۶۲، ص ۲۴۴) علاوه بر مساله استبداد، آن چه زمینه ساز بروز اعتراضات منتهی به نهضت قانون خواهی شد همانا بحران

اقتصادی، هرج و مرج داخلی بود در این دوران، شکست برنامه‌های اقتصادی حکومت و بحران مالی عامل تسریع کننده اعتراضات بود، دولت به خاطر خالی بودن خزانه حکومتی، ناچار دست به استقراض از دول خارجی می‌زد اما همین امر خود به آتش مخالفت‌ها افزود به نظر آدمیت استقراض‌های دولت، دو تاثیر مختلف در ایران بجا گذاشت: «یکی اینکه چون این وام‌ها صرف کار اقتصادی مفیدی نگردید، به حدت بجران مالی افزود. همچنین قرض‌های خارجی به عنوان یکی از مظاهر سیاست استعماری، افکار عام را تکان داد.» (آدمیت، ۱۳۵۵، ص ۱۴۳) در زمان مشروطیت، دولت ایران سه میلیون لیره به دولت روسیه و هشتصد هزار لیره به دولت انگلیس و یک میلیون لیره به توانگران داخلی بدهکار بود. و نه تنها اقساط بدهی به دول بیگانه عقب افتاده بود بلکه پرداخت هزینه‌های روزمره حکومتی به سختی صورت می‌گرفت. این عاملی بود که فشار مضاعفی بر روی زندگی روزمره مردم ایجاد می‌نمود. «نان همیشه کمیاب و جلوی نانوائی‌ها پر از انبوه زن و مردی بود که فریاد و هیاهوی آنان از دور شنیده می‌شد» (کسروی، ۱۳۶۹، ص ۱۴۳) این مشکلات اقتصادی همراه بود با سوء تدبیر و فساد گسترده ناشی از استبداد نظام سیاسی در ایران «درکدامین شهر از شهرهای این مملکت وسیع، بیمارخانه بنا نهاده‌اید؟ و یا مسکن ایتام ساخته؟ و برای تربیت اطفال بی کس ملت دارالصنایعی پرداخته‌اید؟ و در کدامین قضبه از قضبات وطن برای تسهیل نقلیات، راه‌های شوسته درست کرده‌اید؟ سالیانه چندین هزار رعیت ایران، ترک دار و دیار خود گفته، به خاک عثمانی و روس رفته و در آن ممالک غریب به ذلت و خواری روزگار به سر می‌برند. در کدامین مملکت دیده می‌شود که داروغه، شهر را به اجاره بدهد؟ وانگهی به اراذل ... قسمت قلیلی از ممالک ایران را دیدم، دل خون شد. همه‌جا پریشان، ملت پریشان، تجارت پریشان، عقاید پریشان. خدا را، این چه پریشانی است؟!» (مراغه‌ای، ۱۳۶۴، ص ۶۶) پریشانی اوضاع در ایران در آن حدی بود، که با یک بیماری هزاران نفر در کوتاه‌ترین زمان جان می‌باختند «در هر صد فرسنگ و برای پانصد هزار تن به سختی یک پزشک پیدا می‌شود. در سال کسان بسیاری بخاطر خالی نشدن به وقت روده، بیمار می‌شوند و می‌میرند» (طالبوف، ۱۳۲۴ق، ص ۶۶) علاوه بر این، ظلم حکام ایالات که خود را در ایالت تحت فرمانروایی حاکم مطلق می‌دانستند، مردم را بیش از پیش به ستوه آورده بود. چنان‌که ناظم السلام در باب شدت ظلم آصف الدوله در زمان حکمرانی در کرمان نقل می‌کند: «در چند سال قبل در کرمان یک نفر رفت نزد آصف الدوله و عرض کرد: آقای حاکم هیچ‌وقت در کرمان قیمت ماست از یک من پنج شاهی بیشتر نبوده. در حکومت شما قیمت یلک چارک که ربع یک من است به پنج شاهی رسیده. آصف الدوله فوراً میرغضب خواست و حکم داد سر بیچاره عارض را بریدند که چرا فضولی کرده است و در امر تسعیر که شان حاکم است چون و چرا کرده است.» (کرمانی ناظم السلام، ۱۳۶۲، ص ۲۶۱) «طفل چهارده‌ساله‌ای به نانوائی مراجعه می‌کند و در میان جمعیت مردم، به نانوا می‌گوید: دیشب نان به ما نرسید، من و مادرم بی‌شام خوابیدیم، یک عدد نان زودتر به من بده، مامور حاکم که شاهد این واقعه بود، او را به جرم توهین به حکومت به دارالحکومه می‌برد، شاهزاده حکمران با خشم بسیار دستور می‌دهد سر طفلی را بریده و نعش آن نوجوان را در میدان شهر برای درس عبارت مردم، بیاندازند» (کرمانی ناظم السلام، ۱۳۶۲، ص ۲۶۲) در حالی که برای یک قطعه نان سر طفلی بریده می‌شود، شعاع‌السلطنه که حاکم فارس بود، عادت داشت هر روز یک رنگ لباس بپوشد و متناسب با رنگ لباس حضرت والا می‌بایست یک کالسکه شش اسبه همرنگ لباس ایشان آماده می‌شد. روزی که رنگ لباس حضرت والا سفید بود، کالسکه با شش اسب آن می‌بایست سفید رنگ می‌بود. . . . (کرمانی ناظم السلام، ۱۳۶۲، ص ۳۰۵) با وجود سوءتدبیر حکومت استبدادی در ایران، از نیمه دوم سلطنت ناصرالدین شاه به بعد ارتش ایران به آنچنان وضعی دچار شده بود که «یگانه نشانه وجود ارتش در ایران، صدای طبل و شیپور بود و یگانه مشق سربازان بی جیره و مواجب، در یوزگی از خانه‌ها» (مجدالملک میرزا محمد خان، ۱۳۵۸، ص ۵۱) به گواهی مجد الملک، سربازان ارتش ایران از فرط بی‌چیزی دست به در یوزگی به سوی مردم در از می‌کردند و اگر شفقت مردم شامل حال آنان نمی‌شد، بیم آن می‌رفت که از گرسنگی از پا درآیند. (مجدالملک میرزا محمد خان، ۱۳۵۸، ص ۵۱) سوءمدیریت به حدی بود که کارگزاران حکومتی به گفته مجدالملک همچون

«مریض‌های بی بضاعت، که مرگ را برای راحتی روح خود از وسایل حسنه می‌دانند، دست به دعا برداشته و مرگ خود را طلب می‌کنند» (مجدالملک میرزا محمد خان، ۱۳۵۸، ص ۵۱)

بخاطر استبداد حاکم، همراه با ترویج جهل و خرافات، برای سالیان دراز ایرانیان برای تولید محصولات بسیار کوچک همچنان به دول خارجه محتاج بودند. حتی تلاش‌های امین الدوله و افرادی همچون صنایع‌الدوله برای احداث صنایع در ایران به جایی نرسید (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۵). میزان سوءاستفاده از قدرت به آن حد رسیده بود که عملاً صدراعظم وقت، امتیاز آب مصرفی مردم را با گرفتن مبلغی به عنوان رشوه به اشراف دربار واگذار می‌کرد ناظم الاسلام در این باب حکایت می‌کند: «امتیاز آب را داده است به یک نفر او هم جمعی از اراذل و اوباش را با خود هم دست کرده... در هر فصل و هر روزی به یک اسم مطالبه مالیات از مردم می‌کند... اگر کسی بخواهد دو کلمه حرفی بزند، می‌گویند: حضرت والا نایب‌السلطنه، حضرت والا شعاع‌السلطنه، حضرت والا عین‌الدوله، حضرت والا، حضرت بالا، حضرت اشرف، حضرت اقدس، در این امر دخالت دارند» (کرمانی ناظم الاسلام، ۱۳۶۲، ص ۲۵۴). با وجود ظلم و ستم حکام و سوءمدیریت حکومت، نظام سیاسی حاضر نبود کوچک‌ترین اعتراضی را تحمل کند و با قدرت در برابر هرگونه انتقاد به شدت مقابله می‌کرد (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۶). مثلاً هنگامی که ناصرالدین شاه، باخبر شد که جمعی در محله سنگلج در یک خانه‌ای اجتماع کرده و برای اصلاح امر مذاکره می‌کنند دستور به بازداشت آن‌ها داد. به دستور او، چاهی در اندورن حفر کردند، افراد را در آن چاه انداختند و خود ناصرالدین شاه، شخصاً با تفنگ خود آن‌ها را به - قتل رساند (کرمانی ناظم الاسلام، ۱۳۶۲، ص ۲۵۲). حکومت برای جلوگیری از هرگونه تحریک سیاسی علیه خود، اقدامات سختگیرانه‌ای را مورد اجرا گذاشت؛ از جمله آنکه به دستور حکومت - در زمان ناصرالدین شاه - تمامی قهوه خانه‌های شهر که از کانونهای تجمع مردم بودند یکسره بسته شدند. بر تعداد ماموران مخفی بیش از پیش افزودند (آدمیت، ۱۳۵۵، ص ۲۲). با این وجود اعتراضات مردمی در حال گسترش در سطح جامعه بود. چنان‌که بقال ساده‌ای نزدیک حرم خانه شاه، دل به دریا زد و هجونا‌نامه‌ای علیه پادشاه در دکان خود چسباند. مردی مسگر در مجلس فواید عامه بی‌باکانه علیه دولت سخن می‌راند (آدمیت، ۱۳۵۵، ص ۲۲). با گسترش اعتراضات در بستر جامعه، شبنامه‌ها در مخالفت با حکومت بیش از گذشته منتشر می‌شد. شدت اعتراضات در سطح جامعه به شکلی بود که اعتراض مردم به حکومت استبدادی در نحوه رفتار آن‌ها هم تجلی پیدا کرده بود؛ به شکلی که به پیش نماز دولتی که در مدرسه سپهسالار نماز برپا می‌کرد، حتی بقدر سی تن هم به وی اقتدا نمی‌کردند (آدمیت، ۱۳۵۵، ص ۲۲).

در حقیقت دوره ناصری، خصوصاً یکی دو دهه نخست آن را باید روزگار پرسش از علل نابسامانی و عقب‌ماندگی کشور قلمداد کرد. اگرچه این پرسش قدمتی دورتر دارد و به زمان جنگ‌های ایران و روس و شاید پیش‌تر باز می‌گردد، ولی مساله مورد اشاره در آن زمان در مرحله جنینی بود و هنوز چندان که باید سر و شکل روشنی پیدا نکرده بود. دوره ناصرالدین شاه قاجار بود که پرسش از اوضاع زمانه در سطح نسبتاً وسیعی از مردم گسترش یافت. این پرسش در حوزه سیاست به پرسش از حکومت موجود در ایران و راه‌های اصلاح آن مبدل شد (اکبری، ۱۳۸۴، ص ۱۵۸) تا جایی‌که به گواهی تاریخ امیرکبیر، «خیال کنستیتوسیون را در ذهن خود می‌پروراند» (نورائی، ۱۳۵۲، ص ۷) و ناصرالدین شاه که از اوضاع نابسامان داخلی آگاه بود و سفرهای خارجی وی نیز این آگاهی را فزونی بخشیده بود در میانه حکومت طولانی خود و به تقلید از ممالک فرنگ، مجلسی به نام «مجلس دربار اعظم» یا «دارالشورای کبرای دولتی» با عضویت صدراعظم و وزیران و شاهزادگان بزرگ و چند تن از رجال و اعیان تشکیل داد تا در باب اجرای اموری که دستور آن از طرف شخص شاه صادر می‌شد مشورت کنند (شمیم، ۱۳۷۴، ص ۱۹۰). با این حال این «مجلس دارالشورای کبری یا مجلس شورای وزرا و یا مجلس دربار اعظم یک مجلس دولتی و تشریفاتی بود. اسم داشت ولیکن به هیچ‌وجه معنی نداشت. فقط ولات و وزرای معزول برای این که از حکم نیفتند و فراموش نشوند حتی گاهی هم با تشبثات و پول دادن به شاه به عضویت این مجلس انتخاب می‌شدند. در حقیقت مجلس ملاقاتی و کارگذاری برای یکدیگر بوده، اعضای آن هفته‌ای دو بار به این مجلس آمده پس از خوردن نهار و نوشیدن چای و کشیدن قلیان به خانه‌های خود برمی‌گشتند و برای وقت‌گذرانی رجال بی‌مصرف ایران

مجلس خوبی بود» (امداد، مهدی؛ ۱۳۴۷؛ ص ۲۳۵). ملک آرا، یکی از همراهان ناصرالدین شاه در سفر به اروپا، درباره مجلس دربار اعظم از زبان شاه چنین بیان کرده: «در این سفر ملاحظه کردیم که تمام نظم و ترقی اروپا به جهت این است که قانون دارند ما هم عزم خود را جزم نموده‌ایم که در ایران قانونی ایجاد نموده و از روی قانون رفتار نماییم... شما بنشینید و قانون بنویسید و در این خصوص آن قدر تاکید و اصرار کردند و مبالغه نمودند که از حد حصر گذشت. هیچ‌یک از ما که چیزی می‌فهمیدیم نتوانستیم عرض کنیم که بند اول قانون سلب امتیاز و خودسری از شخص همایون است و شما هرگز تمکین نخواهید فرمود. لاعلاج همه بلی بلی گفتیم و حکم شد در مجلس دربار مجمع شده مذاکره نماییم» (امداد، ۱۳۴۷؛ ص ۱۷۵). با این حال در اداره امور مملکت به هیچ وجه از حاکمیت قانون خبری نبود؛ هیچ قائده و قانون مستحکمی وجود نداشت که از آن فائده‌ای حاصل گردد «و به همین جهت استقراری که مثل سایر دول موجب تأمین عامه در داخل و اطمینان خارجه گردد، در احکام و اقوال اولیای دولت» یافت نمی‌شد (زرگری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۲۵۵). عدم قطعیت و عدم استمرار قواعد از جمله دلایلی بودند که بی‌نظمی و پیش‌بینی ناپذیری عملکرد شاه و درباریان را سبب می‌شدند؛ چرا که از یک سو به جهت عدم استقرار قواعد و نیز به سبب استبداد اقوال دولت، احکام ناسخ و منسوخ صادر می‌شد (زرگری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۳۲۵) و امور هیچگاه انتظام نمی‌یافت. برای مثال تعداد وزرا مدام در حال تغییر بود، چنان‌که در سال ۱۲۸۳ هفت وزیر و در سال ۱۲۸۹ نه وزیر در دربار اعظم عضویت داشتند و امور کشوری و لشکری را بدون داشتن مسئولیت در برابر صدراعظم، به دستور شاه حل و فصل می‌کردند که البته هیچگاه مصوبات این مجلس به مرحله اجرا در نمی‌آمد. شاه نیز به دلخواه در ساختار دارالشورا و تکالیف آن تغییراتی ایجاد می‌کرد (زرگری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷). به طوری که تا سال ۱۲۸۹ ق/ ۱۸۷۲ در زمان صدارت میرزا حسین خان قزوینی مشیرالدوله تعداد وزارتخانه‌ها به ۹ رسید که عبارت بودند از: داخله، خارجه، عدلیه، مالیه، جنگ، علوم، فواید عامه، تجارت و زراعت و وزارت دربار (امداد، ۱۳۴۷؛ ص ۹۱) اما دوباره در سال ۱۲۹۱ تعداد وزارتخانه‌ها به ۶ وزارتخانه تنزل یافت. این هرج و مرج گسترده عرصه را نه تنها بر مردم تنگ نموده بلکه اداره امور را نیز از کف اختیار دولتمردان خارج می‌ساخت لذا سه سال پس از آن تاریخ یعنی در سال ۱۲۹۴ حاجی میرزا حسین خان سپهسالار اعظم به اشاره ناصرالدین شاه مقرراتی مربوط به صدور تکالیف و وظایف و اختیارات وزیران و عمال عالی‌رتبه دولت و سران سپاه و فرماندهان واحدهای ارتش در پایتخت و شهرستان تدوین نمود و شاه آن را امضا و دستور اجرای آن مقررات را تحت عنوان «قانون» صادر کرد. در این طرح تا حدی از تمرکز امور در پایتخت و حوزه صدارت اعظمی کاسته شده و اختیارات بیشتر به وزرا اعطا گردید (شمیم، ۱۳۷۴؛ ص ۱۹۱). ناصرالدین شاه نیز پس از بازگشت از سفر دوم فرنگ و به منظور تنظیم امور «... در سال ۱۲۹۸ ق، دست‌خطی^۱ صادر کرد و بخشی از اختیارات خود را به هیات دولت داد و در ترکیب شورای دولتی نیز تغییراتی ایجاد کرد. در همین دست خط

۱. دست خط و فرمان شاه که در سال ۱۲۹۸ هجری صادر شده از این قرار است:

«چون اعظم و مهم امور دولت نظم مملکت و سرحد و آسودگی رعایا و رفع ظلم و ستم شریکی در میان آن‌ها و انتظام مهم قشون و قورخانه و مهمات عسکریه و سایر شعب و ادارات است و ایجاد انتظام این مهم در خارج و تشکیل قوانین و تدابیرات لازمه آن منوط به اجرای سریع نافذ احکام مفیده و تشبثات صحیحه دولت است و آن اجرای احکام و استحکام مبانی افکار صایبه هم منوط به وجود وزراء و نوکرهای صاحب تجربه دولتخواه عاقل کامل با غیرت است لهذا به موجب این دست خط که خودمان می‌نویسیم اختیار و اقتدار کامل می‌دهیم به وزرای منتخبین حالیه دولت که در مجلس دربار اعظم حکم به جلوس فرموده ایم که از این تاریخ به بعد در هر قسم از امور دولت از جزئی و کلی مختار و مجاز و قادر خواهند بود که قرارهاییکه متضمن خیر و صلاح دولت و ملت باشد بگذارند و آنچه را که آن‌ها صلاح دانسته و به عرض برسانند قبول فرموده و رد نخواهیم کرد و نفاذ امر و قدرت سلطنت را به هیئت این مجلس اعطا می‌فرماییم که انشاءالله تعالی آن چه منظورات و مقصودات دولت در ترقی امور ملک و ملت متصور است و در اجرای احکام به عرصه ظهور و بروز آورده خاطر ما را از حسن خدمات و خیر اندیشی‌های خودشان خرسند و سرور نمایند و حسن ظن و التفات ما را نسبت به خودشان روز به روز زیادتیر کرده اعمال نیک خود را بر همه ظاهر نمایند تحریرا «۹۸».

به نقل از منتظم ناصری، جلد سوم، تاریخ قاجاریه در کتاب ایران در دوره سلطنت قاجار، ص ۱۹۱.

شاه خود را «محور» همه امور و «مهم» کشور دانسته و با آن که مجلس دربار اعظم را مرجع همه کارها معرفی می‌کند و مصوبات آن را قبول کرده است، اما یک سال بعد، تعداد وزارتخانه‌ها را به سیزده و اعضای شورا را به بیست و سه نفر که اکثراً شاهزادگان قاجار بودند، تغییر داد» (زرگری نژاد، ۱۳۹۰؛ ص ۱۱۷).

با این اوصاف می‌توان پی برد که نبود استقرار و استمرار قانون از ویژگی‌هایی بود که نبود آن مردم را به ستوه آورده بود. لذا در پی آن رفتند که شرایطی به وجود آورند تا احکام دولتی مطلقاً بعد از امضاء پادشاه از جرح و تعدیل و تغییر و تبدیل مصون مانده و به هیچ وجه تغییر نیابد، و همه این‌ها را در آئینه قانون می‌دیدند. لذا مردم دریافتند که «نظم ایران را از هیچ جا نمی‌توان ابتدا کرد مگر از نظم دستگاه دیوان» (ملکم خان، ۱۳۸۱، ص ۱۵۵).

در حقیقت ارتباط بین بی‌ترتیبی امور دولتی و عدم رفاه و آسایش ملت به قدری وضوح داشت که مردم جز از طریق تنظیم امور دولت، خود را رها از بند ظلم و مستقر در رفاه و آسایش نمی‌دیدند. لذا تحدید حکومت از طریق تعیین وظایف و اختیارات آن و همچنین «تعیین ضوابط حاکم بر شهروندان» از طریق مشخص نمودن حوزه آزادی‌ها و حقوق آن‌ها همگی انتظاراتی بود که از یک قانون اساسی می‌رفت. طالبوف تبریزی در این خصوص می‌آورد: «قانون اساسی عبارت از آن قانون است که در او حق پادشاه و تبعه واضح و معین شده باشد. وضع قوانین و اجرای او به حکم قانون اساسی در یک دستگاه است که در آنجا پادشاه و تبعه مشترکاً و متحداً کار می‌کنند و اسم آن دستگاه را به اسامی مختلفه ولی عموماً پارلمنت گذاشته‌اند» (طالبوف، ۱۳۲۴ ق، ص ۳۹). میرزایوسف خان مستشارالدوله نیز در «یک کلمه» خود مدعی مدت‌ها تلاش برای یافتن «علت آسایش ملل کشورهایی چون فرانسه و انگلیس» بود، در نهایت «انتظامی را که موجب این آسایش و راحت» شده بود، در یک کلمه قانون یافت. قانون از نظر او منشأ تمام ترقی‌ها و خوبی‌های فرنگستان بود (مستشارالدوله، ۱۳۸۶، ص ۲۰). ملکم نیز هنگامی که در دفتر قانون خود در ادامه توضیح ایده سلطنت مطلقه منظمه‌اش قلم می‌زد، یکی از نتایج حاصل از ترتیب دو دستگاه جعل و وضع قانون را «آسایش عامه رعیت ایران» (ملکم خان، ۱۳۸۹، ص ۱۲۷) دانست. او همچنین در «کلمات متخیله» خود هنگامی که چند سطری راجع به ظلم و ظالم و مظلوم نگاشت، آن هم در روزگاری که مردم از بیم ظلم پادشاه وقت، راه غربت می‌گرفتند؛ بیان نمود که «مردم برای آسایش و حسن احوال و اوضاع خود» (ملکم خان، ۱۳۸۹، ص ۱۸۰) به وضع قانون می‌پردازند.

با وجود چنین شرایط متصلبی در آن دوران، بسیاری از متفکرین قوم و خود مردم به قانون به منزله یک قاعده اجتماعی می‌نگریستند که باید به تصویب مرجعی قانونگذار برسد. (بخشی زاده، ۱۳۹۳، ص ۸) از این منظر قانون محصول تصمیم تمام ملت درباره تمام ملت می‌گشت. این قانون برآمده از تصمیم و اتفاق جامعه بود که همه را متعهد و در عین حال منتفع می‌ساخت. پس اراده عمومی، به مبنای توجیه کننده و اعتبار بخش قانون تبدیل می‌شد (روسو، ژان ژاک، ۱۳۸۰، ص ۱۴۰). در همین مرتبه بود که اراده عمومی پیوند با مفهوم بنیادین دیگری به نام «نمایندگی» می‌یافت. متفکران متقدم هر دو مفهوم اراده عمومی مردم و وجود نمایندگان ایشان را برای وضع یک قانون ضروری می‌دیدند و به بیانی دیگر آنان دموکراسی، یعنی نه تنها قانونی بودن حکومت بلکه حکومت از طریق نمایندگان مردم را خواستار بودند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۹۶ بخشی زاده، ۱۳۹۳، ص ۷)

۱-۲. ارتباط با کشورهای دیگر، سرآغاز قانون خواهی

تحولات ایران را در این دوره تاریخی، باید در سطح تحولات مربوط به آسیا و جهان بررسی کنیم. باید توجه داشت که همزمان با حرکت قانون خواهی در ایران، در روسیه تزاری در سال ۱۹۰۵ م، اولین انقلاب ضد استبدادی در آسیا رخ داد. اندکی قبل از آن ارتش ژاپن در سال ۱۹۰۴ توانست روسیه را شکست دهد و این امر از سویی هیجان حماسی ایرانیان را سبب شد و از سوی دیگر، حس آن وهن بزرگ ناشی از شکست حقارت آمیز از روسیه را در میان ایرانیان زنده کرد (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۸). همزمان مردم ایران از تحولات چشمگیری که در ژاپن در حال انجام بود، آگاه بودند. مردم می‌دانستند که اصلاحات در ژاپن و انقلاب میجی همزمان بود با دوران اصلاحات امیرکبیر. حال ایران در مانده‌تر از سابق و ژاپن سربلند از زورآزمایی با

روسیه. ملت ژاپن توانستند آرمان‌های قانون‌خواهی خود را با کم‌ترین هزینه و در فضای کاملاً آرام بدست آورند. اصولاً این نهضت در ژاپن، نوعی اصلاح‌طلبی از بطن خود حکومت بود. دولتمردان آن دیار به ضرورت یک تغییر بنیادین، در اساس سیستم حکومت خود پی برده بودند و با تفکیک قوا، اصول حکومت قانون را اجرا کردند. قابل توجه است که در ژاپن، از زمان شروع نهضت قانون‌خواهی توسط حکومت، تا تصویب قانون اساسی، یازده سال بیشتر طول نکشید و نهایتاً در سال ۱۸۸۹ امپراتور اطلاع طلب ژاپن، قانون اساسی این کشور را تصویب کرد (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۸). در این زمان کتاب‌های مختلفی در ایران منتشر می‌شد که در آن‌ها موفقیت ژاپنی‌ها در راه نوسازی و نحوه صنعتی شدن ژاپن مورد بررسی قرار می‌گرفت (حایری، ۱۳۶۴، ص ۲۴). روشنفکران نیز به اهمیت تحولات در ژاپن علاقه‌مند بودند. در این میان طالبوف، سخت تحت تاثیر روند صنعتی شدن ژاپن قرار گرفت؛ او نه تنها در کتاب‌های خود اقدامات دولتمردان ژاپنی را مورد ستایش قرار داد، بلکه بر خود فرض داشت که با ترجمه قانون اساسی ژاپن آن را در آخر کتاب معروف خود، به نام مسائل الحیات بیاورد؛ تا ایرانیان را با روح قانون‌خواهی، و عوامل توسعه در ژاپن آشنا کند (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۹). همچنین قبل از ایران، در مصر جنبش‌های مشروطه‌خواهی در حال فعالیت بودند. در این دوران، ایرانیان زیادی در مصر زندگی می‌کردند و از نزدیک شاهد این تحولات خصوصاً در باب تدوین قانون اساسی در مصر بودند. تنی چند از روشنفکرانی که در قاهره اقامت داشتند به چاپ روزنامه‌های فارسی مانند حکمت، ثریا، و پرورش پرداختند. این نشریات به شدت مورد توجه اهل خرد در ایران واقع شد و آنان را با تحولات مربوط به قانون‌گرایی آشنا کرد، تاثیر این نشریات تا آن حد بود که حکومت استبدادی قاجار از ورود و توزیع آن‌ها جلوگیری می‌کرد (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۸). در آن سوی ایران، در هندوستان در سال ۱۸۶۱م، قانون شورای هندوستان تدوین شد و و نیز در سال ۱۸۸۵ کنگره ملی هند بنیان نهاد شد (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۸) ایرانیان با توجه به فضای سیاسی در هند خصوصاً در کلکته، ارتباط زیادی با هندوستان داشتند و با تحولات سیاسی در آنجا کاملاً آشنا بودند. در این دوران یکی از روزنامه‌های موثر در جریان مشروطه به نام حبل‌المتین در کلکته منتشر و به ایران ارسال می‌گردید (مهدوی، ۱۳۸۶، ص ۵۷). در حقیقت مواجهه با تمدن غرب و ارتباط با سایر کشورها مخصوصاً کشورهای همسایه در قرن نوزدهم که در نتیجه عواملی چون چالش‌های سیاسی و نزاع‌های نظامی، به مانند جنگ‌های نسبتاً طولانی با روسیه و کشمکش دراز دامن سیاسی، نظامی بین ایران و انگلستان بر سر مساله هرات، اعزام محصلین برای تحصیل در علوم و فنون به خارج از کشور، اطلاع یافتن از تحولات دولت عثمانی و ... صورت گرفت، در مراحل پس از احساس نیاز به اصلاحات نظامی، منجر به آشنایی با نظام‌های سیاسی جوامع غربی گردید. آشنایی با نظام‌های حکومتی آن‌ها بود که توجه متفکران را برای پاسخ راز برتری تمدن غرب، از مسائلی همچون اختراعات صنایع فرنگ، ایجاد راه‌آهن و ... به یک کلمه قانون رساند که به تعبیر میرزا یوسف خان مستشارالدوله «بنیان و اصول نظم فرنگستان» و «دلیل تمام خوبی‌ها و ترقی‌های آنجا» بود (بخشی زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۱). در حقیقت، دریافت آنچه که نظام حکومتی موجود در غرب را مستعد پذیرش و رشد تحولات مثبت می‌کرد، یعنی وجود و استقرار قانون، معایب و نارسایی‌های ساخت نظام حاکم را آشکار کرد و گونه‌ای خودفهمی را سبب گردید و تصویری اعجاب برانگیز از مدنیت غربی که آمیزه‌ای از حیثیت و حسرت را منعکس می‌نمود، تبدیل به «یک تکاپو برای دریافت علل و عوامل مدنیت غرب» (اکبری، محمدعلی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۸ بنقل از بخشی زاده، ۱۳۹۱) گردید. تولد مفهوم قانون در ایران را باید حاصل چنین تعاملاتی دانست؛ تعاملاتی که همه تحولات را سربسته به رشته قانون معرفی می‌نمود. از سال‌ها پیش از صدور فرمان مشروطه، «قانون» تبدیل به چنان مفهوم بااهمیتی گشته بود که از یک سو متفکری آن را با مهمترین سند انقلاب فرانسه پیوند می‌داد و متفکری دیگر آن را نام روزنامه‌ای می‌نهاد که در آن به توضیح و تشریح اصول مهمی چون انسان‌گرایی (آدمیت)، آزادی‌خواهی، مساوات و قانون‌طلبی یعنی مهمترین آرمان‌های انقلاب فرانسه می‌پرداخت. شاید بتوان چنین اظهار داشت که آشنایی با انقلاب فرانسه در زمره مهمترین دلایلی بود که در کنار آشنایی با تحولات کشور عثمانی مفاهیم جدیدی چون قانون را وارد زبان فارسی و اندیشه سیاسی ایران آن زمان گردانید (بخشی زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۵). علاوه بر متفکران و

روشنفکران، شخص شاه نیز در مواجهه و تمدن غرب عنان از دست می‌داد و هوای تمدن و مدنیت غربی در سر می‌پروراند. در مبحث قبل به سفرهای ناصرالدین شاه به فرنگ و دستاوردهای وی در عرصه قانون خواهی اشاره داشتیم، در حقیقت وی بعد از قتل امیرکبیر و صدارت اعتمادالدوله برای این‌که مبادا زمام کلیه امور مانند دوران امیرکبیر به دست اعتمادالدوله بیافتد، طریق استبداد پیش گرفت و نفوذ خود را بر دربار و درباریان افزود تا بدانجا که حکومت ایران به یک سلطنت استبدادی مطلق تبدیل گشت که در آن همه چیز و همه‌کس از شاه فرمان می‌بردند. با این‌وجود ناصرالدین شاه چون بدست میرزاتقی‌خان امیرکبیر تربیت گشته بود خود را بی‌تمایل به اصلاحات نشان نمی‌داد و در واقع اصلاحات دوران امیرکبیر و آشنایی ایرانیان با تمدن غرب در روحیه شاه نیز موثر واقع شده بود. علاوه بر همه این‌ها «سفرهای ناصرالدین شاه به اروپا و مطالعات در وضع حکومت کشورهای اروپا او را به ادامه اصلاحاتی که قبل از سفر به اروپا آغاز نموده بود ترغیب کرد. شاه ایران میل داشت دست به یک سلسله اصلاحات در امور اداری کشور بزند. اما مشاهده وضع کشورهای اروپا و ملاقات ناصرالدین شاه با امپراتوران روسیه و آلمان و اتریش، که در آن عصر، مظهر استبداد کامل و از مقتدرترین سلاطین عصر خود بودند این اندیشه را در شاه ایران به وجود آورد که چگونه و از چه راه می‌تواند قدرت سلطنت را هرچه بیشتر در سراسر کشور خود بسط دهد. ناصرالدین شاه که خود یک بار مورد توطئه و سوء قصد چند تن از طرفداران «باب» قرار گرفته و در سفر دوم خود به اروپا در برلین با سوء قصد نسبت به جان «گیوم اول» امپراتور آلمان مواجه شده بود به خیال خود، برای آنکه دریچه اطمینانی برای رژیم استبداد مطلقه خود به وجود آورد، ظاهراً از استبداد خویش کاست ...» (اکبری، محمدعلی، ص ۱۹۰، بخشی زاده، ۱۳۹۱) در حقیقت در آن زمان کشورهایی مانند روسیه، آلمان، اتریش و عثمانی به عنوان ممالکی با حکومت سلطنت مطلقه اما منتظم به قانون شناخته شده بودند که عدم تجاوز از تکالیف و دایره امور اختصاصی سلطان و تبعیت ایشان از قانون را به عنوان قدم اول در شیوه سلطنت داری منظم معرفی می‌نمودند. (اکبری، ۱۳۸۴ ص ۶۰). در این میان دولت عثمانی یکی از نمونه نظام‌های حکومتی بود که به عنوان کشوری با سلطنت مطلقه که «به واسطه استعمال و ترتیب قانون به ترتیبات عظیمه» نائل گشته بود، در همسایگی ایرانیان جلوه می‌نمود و بسیار مورد توجه ایرانیان قرار داشت. به گونه‌ای که برای مثال رساله تنظیمات ملکم خان به عنوان نخستین منبع استفاده از واژه قانون در معنای جدید، از لحاظ زمانی به گونه‌ای آشکار ملهم از جنبش تنظیمات معاصر در امپراطوری عثمانی بوده است (الگار، ۱۳۶۹، ص ۳۰). همچنین رویدادهایی که در آن کشور می‌گذشت حتی بر واژگان جاری در زبان فارسی نیز تاثیر می‌گذاشت، به حدی که در حقیقت «قاموس سیاسی فارسی در آن زمان از ترکی عثمانی» (الگار، ۱۳۶۹، ص ۲۸) گرفته می‌شد.

۲. تحلیل نظام قضایی ایران در آستانه مشروطه

بی شک یکی از مهمترین خواسته مشروطه‌خواهان تاسیس عدالتخانه بود. یعنی سازمان مستقل قضایی که همه مردم به طور مساوی در برابر آن قرار گیرند و از ظلمی که به آن‌ها وارد می‌شود دادخواهی کنند. مردم از یک سو شاهد نقض عدالت توسط محاکم شرعی و عرفی بودند و از سوی دیگر یا خود شخصاً و یا توسط کتب و روزنامه‌ها با دنیای غرب و سایر کشورها و نظام قضایی آن‌ها آشنا می‌شدند. این تضاد این نظر را تقویت می‌کرد که «دغدغه پیشگامان نظری مشروطه "عدم کفایت احکام شرعی موجود" در رفع مشکلات ناشی از بی قانونی جامعه بود. همچنان که این عدم کفایت در مورد احکام عرفی آن زمان نیز جلوه می‌نمود؛ چرا که هیچ کدام از این قواعد و احکام، نظام حاکم موجود را حکومتی مبتنی بر قانون ننموده بودند» تا پیش از آشنایی با کشورهای غربی و سایر کشورهای مجاور، تنها امید برای تغییر وضعیت شورش علیه یک شاه و به روی آمدن یک پادشاه دیگر بود. اما با گشوده شدن چشم‌ها به مناظر جدید راه قبلی کنار گذاشته شد. اکنون دیگر حرف مردم یک کلام بود، قانون. به همین دلیل اولین و مهمترین خواسته مشروطه خواهان تاسیس عدالتخانه و عدلیه بود و بس. شاهد این مدعا متن اولین قانون اساسی ایران است. اکثر اصول این قانون اختصاص به مجلس، نمایندگان آن، چگونگی برگزاری انتخابات و ... دارد. به نظر مشروطه خواهان،

نبود قانون مشخص و همینطور عدلیه به معنای حقیقی آن، موجب عقب‌ماندگی مملکت بود و نه شخص شاه لذا راه رهایی خود را در قانون و قانونگذاری جستجو کردند.

در آستانه مشروطه وضع رسیدگی به دعاوی و مسائل حقوقی تفاوتی با دوران پیش نداشت، هر چند در این دوره وزارتی به نام وزارت عدلیه تاسیس گشته بود، اما این نیز، مانند دارالشوری تنها اسم و ظاهری از دنیای جدید را یدک می‌کشید. دادخواهی به معنای واقعی آن آرزویی بود که تا زمان انقلاب مشروطه هیچگاه برآورده نشد. آنچه که بر اختلافات و اعمال حقوقی مردم حاکم بود عرف و احکام شرعی بود. اما از آنجا که «طبقه روحانی از رخنه فساد مصون نمانده و کم و بیش در این صنف و طبقه نیز، مانند طبقات دیگر حاکمه، افراد و عناصر ناصالح و احياناً خائن به دین و ملت راه یافته و با پشت هم اندازی و سازش با مقامات دولتی بر مسند قضا تکیه زده بودند» (الگار، ۱۳۶۹، ص ۳۶۱) قضاوت به درستی انجام نمی‌شد.

مهمترین اصول کیفری از جمله، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل مساوات در برابر قانون و ... به دلیل فقدان مقررات قانونی از پیش وضع شده، نقض می‌گشت. چنانکه «در یک ایالت یا شهرستان والی یا حکمران محل دزد قهار یا قاتل بی رحمی را با چند ضربه شلاق کیفر می‌داد و در شهرستان دیگر حاکم محل، کسی را که برای اولین بار بر اثر استیصال دست به دزدی زده بود دست و پا گوش و یا بینی می‌برد و گاهی یک سخن درشت و یا صراحت لهجه ی محکوم به شلاق منجر به اعدام وی می‌شد ...» (الگار، ۱۳۶۹، ص ۳۶۱). این دوگانگی و عدم رعایت اصل برابری همگان در برابر قانون و اصل قانونی بودن جرم و مجازات نه فقط از سوی حکومت بلکه در تصمیمات حاکمان شرعی نیز وجود داشت، چراکه تعقیب و مجازات اموری چون دزدی و قتل و ... تحت لوای احکام شرعی بود و این احکام شرعی بنا به سلیقه شخصی مجتهدان مجرا می‌گشت. «دعاوی حقوقی در محاکم شرع و نزد حاکم شرع، که با صلاحدید مقامات دولتی برگزیده می‌شدند، حل و فصل می‌شد و در مواردیکه سند کتبی با قرائن و امارات و شواهدی برای اثبات حقایق هیچیک از طرفین دعوی وجود نداشت حاکم شرع به قسم متوسل می‌شد و سوگند شرعی با تشریفات خاص در محضر حاکم شرع انجام می‌گرفت». (الگار، ۱۳۶۹، ص ۳۶۱) آخوندزاده در خصوص وضعیت محاکم در ایالات چنین می‌آورد: «نه قانونی هست و نه نظامی و نه اختیار معینی. اگر کسی به کسی سیلی بزند مظلوم نمی‌داند که به کدام اختیار رجوع نماید. یکی نزد مجتهد می‌دود و دیگری به خدمت شیخ الاسلام می‌رود، یکی به امام جمعه شکایت می‌برد، دیگری به داروغه رجوع می‌کند، یکی به بیگلربیگی عارض می‌شود دیگری به در خانه شاهزاده تظلم می‌نماید. یک قانون معین و دستاویز هر کس موجود نیست تا بداند وقتی که به کسی سیلی زده شده به کدام اختیار رجوع باید کرد. مقصر را بعضی جریمه می‌کنند، بعضی به چوبکاری مستحق می‌داند، برخی عفو می‌نمایند» (آخوندزاده، ۱۳۶۴، ص ۴۱). قسمت اعظم دعاوی و اختلافاتی که در این دوران نزد شاه مطرح می‌شد، مربوط به همان شاهزادگان و اعیان و ملاکین بزرگ بود. اختلافات و دعاوی مربوط به حقوق افراد عادی غالباً به مجتهدان ارجاع می‌شد و یا خود افراد راساً به آن‌ها مراجعه می‌کردند. معمولاً مجتهد، هنگام رسیدگی مدعی علیه را برای رسیدگی دعوت می‌کرد و با حضور طرفین و براساس قواعد و دلایل شناخته شده در شریعت اسلام (اقرار، شهادت و سوگند) و بررسی مستندات طرفین، حل اختلاف می‌کرد. لیکن اگر مدعی علیه در محضر شرع حاضر نمی‌شد، حکم غیابی صادر می‌شد و این حکم غیابی سرآغاز فعالیت محکوم علیه برای لغو آن بود.

به طور کلی باید گفت در این دوران از یک سو، آیین دادرسی و تشریفات رسیدگی از قبل پیش‌بینی نشده بود و مقررات، تکلیف اصحاب دعوی را معین نمی‌کرد. قاعده فراغ دادرسی و امر محکوم بها و مرور زمان وجود نداشت، «از دیگر سو، درباره قوانین شرعی نیز، "اختلاف آراء علما ملت اسلامیة" که "مروج قانون شریعت بودند" و رشته احکام شرع را در دست داشتند، به حدی بود که "مطلقاً برای انتظام امور دولت و ملت، موثر و کافی و مفید فایده" نبود.» (زرگری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۲۵۰)

مشکل بعدی نحوه اجرای حکم صادره بود. هر چند تعداد زیادی از اختلافات و دعاوی با سازش برای همیشه ختم می‌شد. اما در صورت عدم سازش امکان عملی شدن حکم تقریباً وجود نداشت. چراکه اجرای حکم کاملاً بستگی به حسن‌نیت فرد داشت و در صورتی که فرد به هر دلیلی مفاد حکم صادره را خلاف

عدالت می‌انگاشت از اجرای آن امتناع می‌کرد. مشکل تنها به اصحاب دعوا ختم نمی‌شد. در واقع همان احکام نیم بند شرعی هم حتی به فرض پذیرش از سوی اصحاب دعوا گاهی نمی‌توانست درست به اجرا در آید. «چرا که "آن مقررات تنها مادامی قابل اجرا بودند که با خواست شاه، درباریان و حکام در تعارض" قرار نمی‌گرفتند. به همین دلیل ایشان می‌توانستند به میل خود اموال هر کسی را چپاول کنند، یا بر اشخاص، خانواده‌ها یا کل شهرها "مجازات‌هایی روا دارند که در قانون شریعت مجاز شناخته نشده بود» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵).

به دلیل عدم تفکیک قوای مجریه و قضاییه از یکدیگر حکام ولایت و رؤسای قبایل شخصاً به حل و فصل دعوا می‌پرداختند و مواردی را هم که جزء دعاوی کوچک محسوب می‌شد به روحانیون مجتهد می‌سپردند، البته باتوجه به ضرر و نفع شخصی این وضعیت در مورد پادشاهان هم صدق می‌کرد. مثلاً پادشاه می‌توانست شخصاً کسی را که دیگری را کشته محکوم به مرگ کند و یا وی را ببخشد. علاوه بر پادشاه سایر نزدیکان شاه اعم از صاحب منصبان و مراجع هریک در محدوده خود در باب امور قضایی اعمال قدرت می‌کردند. فلذا در مواردی که پادشاه اظهار نظر و دخالتی نداشت آن‌ها اعمال نفوذ می‌نمودند و باز هم آملیدی به احقاق حق مردم نبود. قضاوت مجتهدان و قضات شرع یا با مراجعه اختیاری طرفین دعوا و به طور خصوصی نزد آنها صورت می‌گرفت که این شکل از رسیدگی به داوری نزدیک است تا قضاوت در معنای متداول آن و گاه نیز شاه، به خواهش آنان مسوولیت قضایی حوزه‌ای یا شهری را به ایشان واگذار می‌کرد. در مواردی نیز شاه و یا حکام، برخی پرونده‌ها را به آنها ارجاع داده و یا درباره بعضی پرونده‌ها و دعاوی استفتاء نموده و یا به عنوان مستشار کمک و همیاری می‌طلبیدند. (ویلسن، چارلز، ۱۳۶۶، ص ۱۸ - ۱۷) دستورالعمل حاکم در ایران، ضمیر منیر درباریان است که هر چه به مقتضای اراده و میل ایشان باشد، صحیح است و الا اجوف» (کرمانی ناظم الاسلام، ۱۳۶۲، ص ۱۷۲) و از سوی دیگر هر چند قرآن و متون فقهی معیار قضاوت محاکم شرع بودند لیکن از آن‌جا که تشخیص احکام و ادله اثبات در هر حال به عهده قاضی بود، احکام ناسخ و منسوخ زیادی صادر می‌شد. گاهی فرد محکوم، دعاوی خود را نزد محکمه شرعی دیگر می‌برد و با گرفتن رای به نفع خود وضعیت پیچیده‌ای را ایجاد می‌کرد. همین موضوع بعدها موجبات ستیز و مشکلاتی میان طرفین دعوی و عدم پیشرفت و اجرای احکام شرعی و در نهایت عدم احقاق حق، اجرای عدالت شد. این موضوع تنها به محاکم شرعی اختصاص نداشت. تا آن‌جا که مردم نه دیگر خواهان محاکم عرفی بودند و نه محاکم شرعی.

علاوه بر این «دو گانگی قواعد حاکم بر جامعه که یکی حوزه عرف و دیگری حوزه شرع را پوشش می‌داد، جدای از آنکه ویژگی مهم معین بودن قواعد را خدشه‌دار می‌ساخت، ویژگی‌های پیش‌بینی‌پذیری و قطعیت نوع رفتار حاکم و استمرار آن را نیز از بین می‌برد؛ چرا که هم خود قواعد عرف و شرع به صورتی منضبط و یک دست وجود نداشتند و هم به جهت "عدم استقرار قانون و استبداد اقوال دولت، تغییر و تبدیل و انحراف آراء اولیای دولت در احکام" دیده می‌شد.» (زرگری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۴۶) عدم امکان استیناف به دلیل یک درجه‌ای بودن محاکم یکی دیگر از مشکلات مراجع بود. در مراجع یاد شده به دلایل زیر استیناف و شکایت از حکم و قراری که در مرحله رسیدگی نخستین صادر شده بود امکان نداشت:

الف- همه قضات، محاکم شرع خود را عالی و احکام صادره خویش را اعلا تصور می‌کردند. لذا ارجاع شکایت به محاکم و مقامات بالاتر جهت تجدیدنظر موضوعی کاملاً سالب انتفاع موضوع بود.
ب- نگارش و ثبت چگونگی رویداد مرافعه از بدو تا ختم محاکمه مرسوم نبود؛ تا بر مبنای آن -چنانکه محکمه بالاتری هم می‌بود - پرونده به آن ارجاع داده شود.

شیخ هادی نجم‌آبادی در اثر خود از کیفیت عمل مقامات قضایی اعم از شرع و عرف، ناخرسندی و عدم رضایت خود را اعلام می‌دارد. در بخشی از این انتقادات چنین آمده است: "حال در این زمان ولأه و قضاء همی جز هم نفوس خود دیده نمی‌شود. لذا می‌بینی در نزد حکام دو نفر آسوده نمی‌شوند و در نزد قضاء می‌روند، عاقبت مأیوس شده، بعد از خسارت کشیدن مراجعت می‌نمایند؛ یا از آنجا به جای دیگر می‌روند و

باز مایوس می‌شوند و خسارت ایشان زیاد، گاه می‌شود که سلطان در نصب حکام ملحوظ نظرش نفع رساندن به حاکم است نه آسودگی خلق" (نجم آبادی، ۱۳۱۲، ص ۱۳۸).

به طور کل می‌توان با توجه به حوادث بعدی نتیجه گرفت که نه محاکم شرعی و نه محاکم عرفی هیچ یک دادی از مردم نستانند. «چراکه هیچ یک از آن‌ها نمی‌توانستند اعمال قدرت دولت را محدود و آن را به طور کلی پیش‌بینی پذیر سازند؛ چرا که تغییر آن‌ها، بدون اطلاع قبلی بسته به هوس فرمان روا یا والی بود. و بدین ترتیب، "در صفحه روزگار، هیچ قانون شرعی و هیچ قرار عرفی نبود که در اقلیم ایران لگد کوب استبداد نشده باشد"» (ملکم خان، ۲۵۳۵ شماره ۱۲). بعلاوه «دوگانگی نظام حقوقی و قضایی (یعنی همان دادگاه‌های شرعی و عرفی) برای مدت‌های طولانی دوام آورده بود، به طوری که دیگر جزو ساخت سنتی درآمده بود و امید و امکان اینکه سلسله جنبان تحول شود نداشت» (عنایت، حمید، ۱۳۹۲، ص ۲۸۷). فلذا امیدی به اصلاح وضع موجود نبود و بطن جامعه خبر از اتفاقی بزرگتر از اصلاح می‌داد. و آن بی شک ایجاد نظام حقوقی جدید بود.

عدم وجود یک نظام حقوقی مدون، فسادهای اقتصادی و سیاسی را بشدت در دستگاه دیوانی گسترش داده بود. با وجود این اوضاع و عدم وجود یک نظام حقوقی مدون، سخن از عدالت و نهادی بر ای رفع مظالم سخن‌گرافی بود. باید توجه داشت که پیش از تحقق نهضت قانون‌خواهی، یگانه نهاد اجرایی عدالت در میان مردم منحصر "در اختیار علما دینی بود و در نظام شرعی نیز هر مجتهدی احکام شرعی را انچنان تفسیر می‌کرد که مطابق میلش بود. همچنین اگرچه دادگاه‌های عرفی نیز در دوران قاجاریه تاسیس شدند، اما انچنان پیوندی با ساختار ناسالم حکومت خودکامه داشتند که اجرای قانون را غیرممکن نموده بود. مشروطه طلبان به درستی دریافته بودند که اجرای درست عدالت منوط است، به نظام حقوقی و نهاد مستقل از دولت و هیات دادرسانی که مستقل از منبع قدرت باشند. از این بابت مشروطه خواهان علاج درد را در آن دیدند که یک نظام حقوقی جدید را در عرصه عمل به بوجود آورند بنابراین «نمایندگان نخستین مجلس قانونگذاری، با تدوین مجموعه‌های حقوقی، حقوقی شرع را به حقوقی جدید تبدیل کردند.» (طباطبایی، سید جواد، ۱۳۸۶، ص ۶۵۷).

نتیجه‌گیری

از منظر تاریخ اندیشه دگرگونی‌هایی که در دو سده پس از جنگ‌های ایران و روس تا جنبش مشروطه رخ داد بی شک کی از مهمترین دوره‌های تاریخی ایران در تکوین آگاهی جدید ایرانیان نقش اساسی دارد. جنبش مشروطه‌خواهی مردم ایران حادثه‌ای بی‌سابقه در تاریخ ایران بود از این رو کوشش برای تبیین مشروطیت ایران صرف توضیح واقعه‌ای تاریخی نیست - بلکه مشروطیت جایگاه بیداری ایرانیان بود - و تبیین منطقی این بیداری نه تنها پرتوی بر دگرگونی‌های سده‌ای که به استقرار حکومت قانون منجر شد، می‌افکند، بلکه فهم معنای تحولات پس از آن نیز به نوعی وابسته به تلقی ما از مشروطیت است. بی گمان یکی از مهمترین مقاطع تاریخی ایران معاصر، عصر مشروطه است که در تکوین نظام حقوقی معاصر نقش عمده داشته است. قانون به عنوان مهمترین مفهوم دوران مشروطه در کنار سایر مفاهیم نوظهور همچون آزادی و برابری پازل تجدیدناسی ایران آن زمان را تکمیل می‌کند. پرداختن به مساله قانون‌خواهی در آستانه انقلاب مشروطه به مانند بررسی سایر رویدادهای تاریخی نیازمند تحقیق و تفحص در ابعاد مختلف آن دوره تاریخیست.

اصلی‌ترین پرسشی که در این میان مطرح می‌شود این است که چرا در آستانه مشروطه، ملت «قانون» را اصلی‌ترین خواسته خود می‌خوانند؟ و قاعدتاً ساده‌ترین پاسخ و البته کامل‌ترین آن، این است که «بی قانونی» ملت را به ستوه آورد، لذا دشمن اصلی خود را «بی قانونی» و ملجاء و گریز را در «قانون» و «قانون‌خواهی» دیدند ظلم و ستم گسترده حاکمان قاجار و گسترش بی حد و حصر بی قانونی و هرج و مرج، همچنین، تلاش‌های گسترده در عرصه فکر و اندیشه که با ارتباط ایرانیان با سایر کشورها آغاز شد و در نهایت اذهان را آماده یک دگرگونی عمیق اجتماعی ساخت. با بررسی تاریخ این دوره می‌توان میل به «قانون» و قانون‌خواهی را در دو عامل به وضوح مشاهده نمود. از یک طرف عدم وجود قانون و استبداد

حاکمان که آثار این بی قانونی از جمله عدم احقاق حقشان در محاکم مردم را به ستوه آورده بود و آن‌ها از هر طرف در پی قانون بودند و از طرف دیگر اندیشه ورزان ایرانی در آثار خود توجه زیادی را به قانون و قانون خواهی اختصاص داده بودند؛ به نحوی که حجم عظیمی از رسائل متفکران آن دوره به قانون و مفاهیم مرتبط با آن می‌پرداخت. در حقیقت ارتباط بین بی ترتیبی امور دولتی و عدم رفاه و آسایش ملت به قدری وضوح داشت که مردم جز از طریق تنظیم امور دولت، خود را از بند ظلم و مستقر در رفاه و آسایش نمی‌دیدند. لذا تحدید حکومت از طریق تعیین وظایف و اختیارات آن و همچنین «تعیین ضوابط حاکم بر شهروندان» از طریق مشخص نمودن حوزه آزادی‌ها و حقوق آن‌ها همگی انتظاراتی بود که از یک قانون اساسی می‌رفت که مردم در پی آن بودند.

فهرست منابع

- ۱- آبادیان، حسین، مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه، تهران، نشر نی، ۱۳۷۴.
- ۲- آبادیان، حسین، بحران آگاهی و تکوین روشنفکری در ایران، تهران، انتشارات کویر، چ اول
- ۳- آبراهامیان، یرواند، ایران بین دو انقلاب، ترجمه‌ی احمد گل محمدی، محمد ابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.
- ۴- آجودانی، ماشاءالله، مشروطه ایرانی، تهران، نشر اختران، چ نهم، ۱۳۸۷.
- ۵- آخوندزاده، میرزافتحعلی، مکتوبات، مقدمه و تصحیح و تجدیدنظر م. صبحدل، بی جا، انتشارات مرد امروز، چ اول، ۱۳۶۴.
- ۶- آخوندزاده، میرزافتحعلی، مکتوبات و الفبای جدید، زیر نظر حمید محمدزاده، تبریز، نشر احیاء، ۱۳۶۴.
- ۷- آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، ج اول، تهران، نشر پیام، چ اول، ۲۵۳۵.
- ۸- آدمیت، فریدون، فکر آزادی و مقدمه‌ی نهضت مشروطیت، تهران: سخن، ۱۳۴۰.
- ۹- آدمیت، فریدون، امیرکبیر ایران، تهران، خوارزمی، چ پنجم، ۱۳۵۵.
- ۱۰- اصیل، حجت الله، زندگی و اندیشه‌ی میرزا ملکم خان ناظم الدوله، تهران، نی، ۱۳۷۶.
- ۱۱- اصیل، حجت الله؛ میرزاملکم خان ناظم الدوله و نظریه پردازی مدرنیته‌ی ایرانی، تهران، کویر، ۱۳۸۴.
- ۱۲- اکبری، محمدعلی، تبارشناسی هویت جدید ایرانی (عصر قاجار و پهلوی اول)، تهران، انتشارات روزنه ایران، چ اول، ۱۳۸۴.
- ۱۳- اکبری، محمدعلی، غرب در چشم و دل روشنفکر ایران، چالش‌های عصر مدرن در ایران عهد قاجار (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات روزنامه ایران، چ اول، ۱۳۸۴.
- ۱۴- اکبری، محمدعلی، چالش‌های عصر مدرن در ایران عهد قاجار، تهران، انتشارات روزنامه ایران، ۱۳۸۴.
- ۱۵- الگار، حامد، میرزاملکم خان، ترجمه جهانگیر عظاما، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری انتشارات مدرس، چ اول، ۱۳۶۹.
- ۱۶- الگار، حامد، میرزا ملکم خان، ترجمه‌ی مرتضی عظیمیا، بی‌جا، انتشارات مدرس، بی تا.
- ۱۷- بامداد، مهدی؛ تاریخ رجال ایران؛ جلد ۲؛ تهران؛ انتشارات زوار؛ ۱۳۴۷.
- ۱۸- بخشی زاده، فاطمه، ۱۳۹۱، مفهوم قانون نزد متفکرین عصر مشروطه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ۱۹- بخشی زاده، فاطمه، ۱۳۹۳، مفهوم قانون در عصر مشروطه، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳
- ۲۰- حائری، عبد الهادی، تشیع و مشروطیت در ایران، تهران، امیر کبیر، ۱۳۶۴.
- ۲۱- راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۴.
- ۲۲- روسو، ژان ژاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، نشر آگه، ۱۳۸۰.
- ۲۳- زرگری نژاد، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، ج اول، تهران، انتشارات موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، چ دوم، ۱۳۹۰.
- ۲۴- شمیم، علی اصغر، ایران در دوره سلطنت قاجار، تهران، انتشارات مدیر، چ ششم، ۱۳۷۴.
- ۲۵- طالبوف، عبد الرحیم بن ابوطالب، مسالک المحسنین، به کوشش باقر مومنی، تهران، ۱۳۴۷.
- ۲۶- طالبوف، عبد الرحیم بن ابوطالب، آزادی و سیاست، به کوشش ایرج افشار، تهران، انتشارات سحر، ۱۳۵۷.
- ۲۷- طباطبائی، سیدجواد، تاملی درباره ایران، جلد دوم، نظریه حکومت قانون در ایران، تبریز، ستوده، چ اول، ۱۳۸۶.

- ۲۸- طباطبائی، سیدجواد، تاملی درباره ایران، جلد اول، مکتب تبریز ومبانی تجدد خواهی، تبریز، ستوده، چ اول، ۱۳۸۶.
- ۲۹- عنایت، حمید، اندیشه سیاسی در اسلام معاصر، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران، نشر خوارزمی، ۱۳۹۲.
- ۳۰- فراستخواه، مقصود، سنت قانون اساسی در ایران، (گفت و گو)، مجله بازتاب اندیشه ۲۲، ۱۳۸۰.
- ۳۱- قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، نشر میزان، چ سیزدهم، ۱۳۸۹.
- ۳۲- قاضی مرادی، حسن، ملکم خان نظریه‌پرداز نوسازی سیاسی در عصر مشروطه، تهران، کتاب آمه، ۱۳۸۹.
- ۳۳- قاضی مرادی، حسن، استبداد در ایران، تهران، نشر اختران، چ اول، ۱۳۸۰.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۳، منابع حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم ۱۳۹۰.
- ۳۵- کاتوزیان، محمدعلی (همایون)، تضاد دولت و ملت (نظریه تاریخ و سیاست در ایران)، ترجمه علیرضا طیب، تهران، نشر نی، چ هشتم، ۱۳۹۰.
- ۳۶- کاتوزیان، همایون، «انقلاب برای قانون»، ایران، جامعه کوتاه مدت، تهران، نشر نی، ۱۳۹۱.
- ۳۷- کاتوزیان، محمد علی، استبداد و دموکراسی و نهضت ملی، تهران، انتشارات مرکزی، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- ۳۸- کاشانی، میرزا سید حسن، مکالمه سیاح ایرانی با شخص هندی، انتشارات کویر، ۱۳۸۰.
- ۳۹- کرمانی، ناظم الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۹.
- ۴۰- کرمانی، ناظم الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان، بخش دوم، به کوشش علی اکبر سعیدی سیرجانی، تهران، انتشارات آگاه، چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
- ۴۱- کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، تهران، امیرکبیر، چاپ پانزدهم، ۱۳۶۹.
- ۴۲- مستشارالدوله، میرزایوسف خان تبریزی، رساله موسوم به یک کلمه، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، تهران، نشر بال، ۱۳۸۶.
- ۴۳- مشروح مذاکرات مجلس اول شورای ملی، به کوشش غلامحسین میرزا صالح، تهران، انتشارات مازیار ۱۳۸۴.
- ۴۴- مرادخانی، فردین (۱۳۹۵)، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران، میزان.
- ۴۵- مراغه‌ای، زین العابدین، سیاحت‌نامه‌ی ابراهیم بیگ، به کوشش محمد علی سپان لو، تهران، نشر اسفار، ۱۳۶۴.
- ۴۶- ملکم خان، مجموعه آثار میرزاملکم خان، گردآوری و مقدمه محمد محیط طباطبائی، برلین، نشر گردون، چ اول، ۱۳۸۹.
- ۴۷- ملکم خان، رساله‌های میرزا ملکم خان ناظم ادوله، گردآوری و مقدمه حجت اله اصیل، تهران، نشر نی، ۱۳۸۱.
- ۴۸- ملکم خان، روزنامه قانون، تهران، موسسه انتشارات کویر، چاپ اول، ۲۵۳۵.
- ۴۹- مهدوی، محمد علی، ۱۳۸۶، چگونگی تکوین اندیشه‌ی حکومت قانون در ایران، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ۵۰- نایینی، محمد حسین، تنبیه الامه و تنزیه المله؛ در اساس و اصول مشروطیت، با مقدمه و پاورقی سید محمود طالقانی، تهران، چاپخانه فرودسی، ۱۳۳۴.
- ۵۱- نجم آبادی، محمد هادی، تحریر العقلا، مطبعه ارمغان، ۱۳۱۲.
- ۵۲- نورائی، فرشته، تحقیق در افکار میرزا ملکم خان ناظم الدوله، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چ اول، ۱۳۵۲.
- ۵۳- ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- ۵۴- ویلسن، چارلز، تاریخ اجتماعی ایران در عهد قاجاریه، نشر طلوع، ۱۳۶۶.
- ۵۵- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، ۱۳۸۹.
- ۵۶- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی، جلد دوم، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- ۵۷- ...، خاطرات احتشام السلطنه، به کوشش محمد مهدی موسوی، تهران: نشر زوار، ۱۳۶۷.
- ۵۸- ...، رساله شیخ و شوخ، به کوشش احمد مجاهد، تهران، انتشارات روزنه، ۱۳۷۳.
- ب. مقالات**
- ۵۹- سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۰)، مفهوم نمایندگی در مجلس اول، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۹.
- ۶۰- سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۱)، مفهوم برابری در مقابل قانون در متمم قانون اساسی مشروطیت، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۲.

- ۶۱- سلطانی، سید ناصر (۱۳۸۹)، مشروطیت و جدال فقیهان در مفهوم نمایندگی، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز.
- ۶۲- سلطانی، سید ناصر (۱۳۸۹)، سوگندهای سیاسی در دوران مشروطیت خواهی، اطلاعات سیاسی اقتصادی موسسه اطلاعات، شماره ۲۷۵ و ۲۷۶.
- ۶۳- سلطانی، سید ناصر (۱۳۸۸)، نقدی در مورد روش تدوین مذاکرات مجلس اول، نامه تاریخ پژوهان، انجمن تاریخ پژوهان، شماره ۱۹.
- ۶۴- راسخ، بخشی زاده، محمد، فاطمه (۱۳۹۲)، پیش زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از ملک الرقابی تا تنظیمات، حقوقی دادگستری، قوه قضاییه، شماره ۸۳.
- ۶۵- راسخ، بخشی زاده، محمد، فاطمه (۱۳۹۳)، مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم، تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۸.
- ۶۶- راسخ، مرکز مالمیری، محمد، احمد (۱۳۹۱)، تبیین اصول تشریفاتی قانون گذاری، تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۹.
- ۶۷- مرادخانی، فردین (۱۳۹۴)، پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران، حقوقی دادگستری، قوه قضاییه، شماره ۹۲.
- ۶۸- مرادخانی، گرجی، فردین، علی اکبر (۱۳۹۲)، تکوین مفهوم قانون اساسی در انقلاب مشروطیت ایران، مطالعات حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، شماره ۴.
- ۶۹- مرادخانی، زارعی، فردین، محمدحسین (۱۳۹۲)، آشنایی ایرانیان با مفهوم پارلمان در انقلاب مشروطه و مجلس اول، تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۲.

70- Amir Arjomand, Said "Political Ethic and Public Law in the Early Qajar Period", in Religion and Society in Qajar Iran, Gleave, Robert (ed.), Routledge Curzon, 2005.

71- Brown, E. G., The Press and Poetry of Modern Persia, Cambridge, 1914.

72- Moshtaghi, Ramin, "Rule of Law in Iran", in Koetter/Schuppert Understandngs of the Rule of Law in various Legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series Nr. 11, Berlin, 2010, [http://wikis.fuberlin.de/display/SB projectrol/Home](http://wikis.fuberlin.de/display/SB+projectrol/Home).

73- Sheikholeslami, Reza A. The Structure of Central Authority in Qajar Iran (1871-1896), USA: Scholars Press, 1997.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۸

صص ۲۲۳ - ۲۳۵

تأملی بر شرایط اعمال مجازات‌های انحلال و مصادره‌ی اموال نسبت به اشخاص حقوقی

کیومرث کلانتری درونکلا^۱، محمدصادق چاووشی^۲، محسن قرنی آرانی^۳

۱- دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

۲- پژوهشگر دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه عدالت و مدرس دانشگاه

۳- کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،

مازندران، ایران.

چکیده

این مقاله درصدد آن است تا ضمن بررسی نحوه‌ی ایجاد شخصیت اشخاص حقوقی و رابطه‌ی آن با مسئولیت کیفری اشخاص مزبور و تحدید مفاهیم "انحلال" و "مصادره‌ی اموال"، به واکاوی شرایط لازم برای اعمال مجازات‌های انحلال و مصادره‌ی اموال نسبت به اشخاص حقوقی بپردازد. شرایط فوق به دو دسته‌ی عام و خاص تقسیم می‌شود که شرایط عام برای اعمال تمامی مجازات‌ها بر اشخاص حقوقی لازم است که شامل: ارتکاب جرم، اثبات مسئولیت کیفری و خصوصی بودن یا اشتغال اشخاص حقوقی دولتی و عمومی به تصدی‌گری می‌شود و شرط خاص اعمال مجازات‌های انحلال و مصادره‌ی اموال بر اشخاص حقوقی، تشکیل برای ارتکاب جرم و یا انحراف از هدف مشروع اولیه است.

با عنایت به ابقای شخصیت اشخاص حقوقی پس از انحلال تا پایان امر تصفیه، در صورتی که در این مدت جرمی با رعایت شرایط مقرر در قانون مجازات اسلامی توسط شخص حقوقی ارتکاب یافته شود، شخص حقوقی مسولیت کیفری خواهد داشت. شرکت‌های دولتی که اعمال تصدی انجام می‌دهند از شمول معافیت تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی خارج هستند. پس از صدور حکم مجازات انحلال، موسسان شخص حقوقی منحل شده اجازه‌ی دایرکردن شخص حقوقی مشابه شخص حقوقی منحل شده را نخواهند داشت. مقررات مستثنیات دین در مورد مجازات مصادره‌ی کل اموال اشخاص حقوقی هم مجرا است.

واژگان کلیدی: اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری، انحلال، مصادره‌ی اموال

مقدمه

تا قبل از انقلاب صنعتی به دلیل فعالیت محدود شرکت‌ها و موسسات عمومی در جوامع و عدم ایفای نقش کلیدی و اساسی توسط آن‌ها در امور اقتصادی و مدنی، مسئولیت در قبال ارتکاب جرم تنها برای اشخاص طبیعی (حقیقی) معتبر شناخته می‌شد، اما بعد از انقلاب مذکور و رنسانسی که در بخش‌های اقتصادی، سیاسی و فرهنگی، ابتدا در اروپا و سپس در سرتاسر گیتی به وقوع پیوست، نقش اشخاص حقوقی در فعالیت‌های اجتماعی به نحو چشمگیری افزایش یافت بگونه‌ای که شرکت‌های تجاری و غیر تجاری و موسسات عمومی و دولتی به بخش لاینفک زندگی اجتماعی انسان تبدیل شدند. از همین زمان بود که ضرورت پذیرش مسئولیت جزایی اشخاص حقوقی توسط حقوقدان‌ها مطرح شد. هر چند در ابتدا به علت سيطره‌ی تفکری که شخصیت و آزادی را منحصر به اشخاص حقیقی می‌دانست، این دیدگاه چندان طرفداری پیدا نکرد و فی‌المثل در قانون جزای فرانسه (۱۸۱۰) مسئولیت فقط برای اشخاص حقیقی شناسایی شد اما گذشت زمان ضرورت به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را بیش از پیش هویدا کرد به نحوی که امروزه در بیشتر نظام‌های جزایی، مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی در کنار اشخاص حقیقی مورد توجه قرار گرفته است.

در حقوق کیفری ایران تا قبل از سال ۱۳۹۲ صحبتی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به میان نیامده بود و یا اگر در بعضی قوانین خاص از آن نامی برده می‌شد عمدتاً مجازات بر اشخاص حقیقی بار می‌شد. بر اساس مقررات قوانین سابق عده‌ای معتقد بودند که در موارد سکوت مقررات قانونی می‌توان گفت که تنها اشخاص طبیعی که «نماینده» اشخاص حقوقی بوده و به نام آن فعالیت می‌کنند، (رئیس، مدیر، مدیرعامل، نماینده، مامور و مستخدم) ممکن است مرتکب جرم شده و مسئولیت جزایی شخص آنان مطرح شود ولی خود شخص حقوقی نه می‌تواند مجرم شناخته شود و نه قابلیت تحمل کیفر دارد (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۱۹۳). اما در قانون اخیر التصویب مجازات اسلامی که متأثر از قانون جزای فرانسه (۱۹۹۱) نگارش شده است، سرانجام به مسئولیت جزایی اشخاص حقوقی عنایت و برای آن مجازات مستقل از اشخاص حقیقی در نظر گرفته شده است. ماده‌ی ۱۴۳ این قانون اشعار می‌دارد: «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.» به نظر می‌رسد قانونگذار در پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از نظریه مسئولیت فرعی نیابتی^۱ تبعیت نموده است. بدین صورت شرکت مسئول افعال

۱. علی‌ای حال، در راستای پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نظریات و اقوال متعددی ابراز شده است. اساساً اشخاص حقوقی بر مبنای دو اصل مسئول شناخته می‌شوند:

الف) اصل انتساب فرعی (غیرمستقیم)

ب) اصل انتساب مستقیم (مستقل)

الف) اصل انتساب فرعی مقبول‌ترین اصل در زمینه جرم انگاری اعمال اشخاص حقوقی است و تقریباً اکثر سیستم‌های حقوقی دنیا قائل به این نظریه‌اند این اصل حاوی دو پیش شرط مهم است:

۱. ارتباط شخص مرتکب جرم با شرکت (مدیر عامل، پیمانکار شرکت و ...)

۲. قابلیت تعقیب شرکت به واسطه‌ی عمل مجرمانه‌ی عضو شرکت

به علاوه اعضای شرکت می‌بایست در حدود مقررات شرکت عمل نموده و از عمل مجرمانه‌ی آنان منفعتی هر چند احتمالی عاید شرکت گردد در نتیجه، اصل انتساب فرعی، مسئولیت شرکت را بدون مسئولیت شخص حقیقی نمی‌پذیرد.

غیرقانونی نماینده خویش است. هر چند عده‌ای از حقوقدانان این نوع مسئولیت را، مسئولیت عاریه‌ای، نیز می‌نامند (به عاریت گرفته شده از دخالت یک شخص فیزیکی (Letarmy, 2008, p:53) به هر حال قانونگذار برای پذیرش این مسئولیت پیش شرط‌هایی در نظر گرفته است.

مصادره‌ی کل اموال و انحلال اشخاص حقوقی از جمله مجازات‌هایی است که در ماده‌ی ۲۰ قانون صدر الذکر به عنوان بخشی از مجازات‌های مشخص شده بر اشخاص حقوقی، اعمال می‌شود و در ماده ۲۲ همان قانون شرایط تحمیل آن بر اشخاص حقوقی این گونه مقرر شده است: «انحلال شخص حقوقی و مصادره‌ی اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم، به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصرآ در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد.»

در این مقاله کوشیده شده تا ضمن بررسی اجمالی مفاهیم اشخاص حقوقی، مصادره‌ی اموال و انحلال، به کنکاش شرایط اعمال مجازات‌های مصادره‌ی اموال و انحلال بر اشخاص حقوقی پرداخته شود و به سوالات زیر پاسخ داده شود:

۱. اگر پس از انحلال شخص حقوقی و در طی امر تصفیه، توسط نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی، جرمی به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی ارتکاب یافته شود، آیا شخص حقوقی واجد مسئولیت کیفری است؟

۲. آیا شرکت‌های دولتی که اعمال حاکمیت انجام نمی‌دهند مشمول معافیت تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی می‌شوند؟

۳. آیا پس از اجرای مجازات انحلال، اشخاص حقیقی موسس شخص حقوقی منحل شده، اجازه‌ی تاسیس شخص حقوقی مشابه (از نظر حوزه‌ی فعالیت و کارکرد) با شخص حقوقی منحل شده را دارند؟

۴. آیا مقررات مستثنیان دین در مورد مجازات اشخاص حقوقی هم قابل اعمال است؟

۱- بررسی مفاهیم مندرج در ماده‌ی ۲۲ قانون مجازات اسلامی

از مفاهیم عمده و اساسی در ماده‌ی مذکور اشخاص حقوقی، انحلال و مصادره‌ی اموال است که باید به دقت تعریف و تحدید شوند تا از عناوین مشابه متمایز گردند.

۱-۱- اشخاص حقوقی

اشخاص جمع مکسر شخص است و شخص در علم لغت به معنای کالبد مردم، آدمی و انسان است (عمید، ۱۳۸۹: ۶۹۶)، شخص در اصطلاح حقوقی کسی است که موضوع حق قرار گیرد، حقوقی یعنی منسوب به حقوق و حقوق جمع حق است در معنای راست و درست، یقین و ملک و مال است (همان: ۴۵۸).

در مقابل اشخاص حقیقی که افرادی دارای قوه‌ی عقل و اختیار و رگ و پوست و خون هستند، اشخاص حقوقی فاقد اوصاف فوق می‌باشند اما به موجب قانون طرف حق و تکلیف قرار می‌گیرند. مقصود از اشخاص حقوقی گروه‌ها، جمعیت‌ها و انجمن‌هایی است با حقوق و تکالیف مشترک و متمایز از حقوق و تکالیف افرادی که آن‌ها را تشکیل داده‌اند (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۰). بنابراین اشخاص حقوقی گروهی از افراد انسان یا

بدین صورت که بر اساس یک طرح و پلان مشخص عمل می‌کند:

الف) یک شخص حقیقی است ب) یک شرکت است. الف برای ب کار می‌کند الف) مرتکب جرم می‌شود در راستای منافع ب و در نهایت ب مسئول اعمال الف است. شایان ذکر است، مسئولیت نیابتی نیز یکی از اقسام مسئولیت بر مبنای این اصل است. قائلین به این نظریه به مقام توجیه مدافعات خود، رابطه‌ی اعضای شرکت با شرکت را به رابطه‌ی اعضای بدن انسان با کل بدن تشبیه می‌کنند. بنابراین تئوری «اگر دست عمل اشتباهی انجام داد، تمام بدن مسئول است.» و مجازات عضو بدن بدون مجازات بدن قابل تصور نیست.

ب) اصل انتساب مستقیم که به آن مسئولیت مستقل نیز اطلاق می‌شود در بر دارنده این معناست که کارکنان یک شرکت مسئول نبوده و تمام مسئولیت متوجه شخص شرکت است. در نتیجه مجازات نیز منحصرآ به شرکت بار می‌شود. بر مبنای این اصل مقام تعقیب ملزم به اثبات ارتباط بین شرکت و شخص حقیقی در ارتکاب یک عمل مجرمانه نیست (حاج محمدی، ۱۳۸۴: ۳۹-۳۸)

منفعتی از منافع عمومی که قوانین موضوعه آن را در حکم شخص طبیعی و موضوع حقوق و تکلیف قرار داده می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۳۷۸).

در خصوص ماهیت اشخاص حقوقی نظریات مختلفی مطرح شده است من جمله: نظریه‌ی مجازی، نظریه‌ی وجود فرضی،^۱ نظریه امتیاز، نظریه مالکیت اعتباری، نظریه‌ی مالکیت به تبع شخص طبیعی و نظریه واقعی^۲ یا ارگانیک (شکری و سیروس، ۱۳۸۹: ۵۶۵) که در این میان نظریه‌ی واقعی بودن اشخاص حقوقی که ماهیت وجودی اشخاص حقوقی را مستقل از افراد مؤسس و شناسایی دولت‌ها می‌داند با واقعیت‌های جوامع کنونی سازگارتر بوده و قانون مجازات اسلامی بر اساس نظریه‌ی اخیر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را مورد شناسایی قرار داده است. با این حال به عقیده عده‌ای، هیچکدام از تئوری‌ها به خودی خود و به تنهایی قابل پذیرش نیستند و در اهمیت آن‌ها برای حل مشکل مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تا حد زیادی مبالغه شده است. (Radovic, 2010, p:13) بدین معنا که شخصیت حقوقی یک اصلاح و تاسیس حقوقی است که بر پایه حقیقت بنا شده است این اصطلاح از دو جزء تشکیل شده است: ۱. ذهنی (فرضی) واقعی. ۲. واقعی. به گونه‌ای که جزء اول نشأت گرفته از جزء دوم است. شخصیت حقوقی به تنهایی واقعیت ندارد در ضمن فرضی هم نیست (Ibid). هر چند تا مدت‌های سیستم حقوقی اکثر کشورهای قائل به اصل *societas delinquere non potest* بودند.^۳

موضوعی که در رابطه با اشخاص حقوقی بسیار حائز اهمیت است تعیین تاریخ ایجاد این اشخاص است، زیرا که اشخاص حقوقی، از تاریخی که به وجود می‌آیند دارای شخصیت می‌شوند، به دیگر سخن از زمانی طرف حق و تکلیف قرار می‌گیرند که قانون آن‌ها را به رسمیت بشناسد. تاریخ فوق در مورد اشخاص حقوقی به تناسب ماهیت مختلف آن‌ها متفاوت است، اشخاص حقوقی از منظر اقتصادی به شرکت‌های تجاری و شرکت‌ها و موسسات غیر تجاری تقسیم می‌شوند، همچنین اشخاص حقوقی با توجه به نحوه‌ی تشکیل، اداره و قواعد حاکم بر عملیات آن‌ها در قالب اشخاص حقوقی در حقوق عمومی و اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی طبقه‌بندی می‌شوند. در قانون تجارت قانونگذار در ماده‌ی ۵۸۴^۱ برای تشکیلات غیر تجاری، تاریخ دقیق ایجاد شخصیت حقوقی را معین کرده است که از تاریخ ثبت در دفتر مخصوص دادگستری است (اسکینی، ۱۳۸۵: ۴۰). منظور از تشکیلات غیر تجاری، موسساتی می‌باشند که جهت مقاصد غیر تجاری از قبیل امور علمی و ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شوند و تشکیل‌دهندگان آن ممکن است قصد انتفاع داشته یا نداشته باشند (عرفانی، ۱۳۸۶: ۲۴۳).

ماده‌ی ۵۸۷ قانون صدرالذکر شرطی برای برقراری شخصیت حقوقی اشخاص حقوقی عمومی (اعم از دولتی و غیر دولتی)، قائل نشده است و آن‌ها را به محض ایجاد دارای شخصیت حقوقی می‌داند.^۲ اما در مورد اشخاص حقوقی تجاری (شرکت‌های تجاری)، تاریخ دقیق ایجاد شخصیت حقوقی به صراحت پیش‌بینی

۱. قائلین به فرضی بودن شخص حقوقی معتقدند که دارنده‌ی حقیقی حقوق و تکالیف تنها اشخاص حقیقی هستند. زیرا حق و تکلیف فرع بر وجود اراده است و شخص حقوقی مجازاً دارای حقوق و تکالیف است و این مجاز برای ساده کردن امور است. (نمامیان، ۱۳۸۶: ۳۳)

لذا طرفداران این نظریه بر این باورند که شخص حقوقی وجود واقعی ندارد. بلکه وجود فرضی و مجازی دارد. زیرا شخصیت واقعی فقط متعلق به انسان است و استعمال کلمه‌ی شخص در مورد موجودات دیگر امری مجازی است. (گلدوزیان و قربانی، ۱۳۹۱: ۱۰)

۲. بر حسب این نظریه شخصیت حقوقی وجودی فرضی و قانونی و یا به عبارت دیگر اعتباری نیست که قانون آن را به رسمیت شناخته و اعتبار بخشد باشد، بلکه وجودی مستقل و مجزای از افراد تشکیل‌دهنده خود دارد. (صفا، ۱۳۷۳: ۹۸) طرفداران این نظریه، برای شخص حقوقی اراده و خواست جداگانه و مستقل از اعضا قائل هستند که تابع اراده‌ی جمع و اعضاست.

۳. این اصل قدیمی در حقوق روم بدین معناست که «شرکت نمی‌تواند مرتکب جرم شود.» (Ivan Savic, 2010, p:2)

۱. این ماده اشعار می‌دارد: «تشکیلات و موسساتی که برای مقاصد غیر تجاری تاسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر مخصوصی که وزرات عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند.»

۲. ماده‌ی مذکور مقرر می‌دارد: «موسسات و تشکیلات دولتی و بلدی بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند.»

نشده و فقط در ماده‌ی ۵۸۳ قانون تجارت مقرر شده است که: «کلیه شرکت‌های تجارتي مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند». با این وجود مسلم این است که تاریخ ثبت شرکت‌های تجاری به هیچ وجه تاریخ تشکیل آن‌ها به حساب نمی‌آید. (صفا ۱۳۷۳:۱۳۴).

شرکت‌های فوق از تاریخی که تشکیل می‌شوند واجد شخصیت حقوقی هستند اما اینکه شرکت‌های تجاری از چه تاریخی تشکیل می‌شوند، بستگی به نوع هر شرکت (اعم از شرکت نسبی، با مسئولیت محدود، سهامی و...) دارد و در رابطه با هر یک از آن‌ها تابع مقررات خاص تشکیل آن شرکت است که در قانون تجارت آمده است و حتی در صورتی که مقررات تشکیل شرکت‌های تجاری توسط موسسین آن رعایت نشود باز هم شرکت مذکور تشکیل شده تلقی و به تبع آن دارای شخصیت حقوقی خواهد بود زیرا که ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت شرکت‌هایی با اوصاف فوق را شرکت تضامنی محسوب می‌کند.^۱

۱-۲- انحلال

انحلال در لغت به معنای برچیدگی و نیز به معنی از میان رفتن و برچیده شدن یک اداره یا بنگاه است (عمید، ۱۳۸۹:۱۷۶)، انحلال در حقوق به معنی پایان کار اشخاص حقوقی است یعنی به موجب آن وجود قانونی و اعتباری شخص حقوقی از بین می‌رود (زراعت، ۱۳۹۲:۸۷).

انحلال اشخاص حقوقی از دو جهت قابل کنکاش است؛ نخست انحلالی که به صورت ارادی توسط نمایندگان شخص حقوقی محقق می‌شود و یا به موجب حکم دادگاه انجام می‌پذیرد و یا به صورت فهری (ورشکستگی شرکت‌های تجاری) شخص حقوقی منحل می‌شود و دیگر آن انحلالی است که به عنوان مجازات بر اشخاص حقوقی تحمیل می‌شود.

از منظر نخست انحلال قابل مقایسه با مرگ اشخاص طبیعی است؛ اگر انحلال اشخاص حقوقی با فوت اشخاص حقیقی از جهت بقای شخصیت قیاس شود، میان آن‌ها تفاوت مهمی وجود دارد و آن اینکه اشخاص حقوقی، بر خلاف اشخاص حقیقی که بعد از فوت شخصیت خود را از دست می‌دهند، به صرف انحلال فاقد شخصیت نمی‌شوند بلکه شخصیت آن‌ها تا پایان امر تصفیه پابرجاست. مستند قانونی بحث فوق در قانون تجارت در مورد شرکت‌های تجاری آمده است هر چند در قانون مزبور به طور صریح به این امر اشاره نشده است اما از مجموع مواد راجع به تصفیه امور شرکت‌ها (۲۰۲-۲۱۸) و بالاخص ماده ۲۰۸، می‌توان آن را استنباط کرد^۱ (اسکینی، ۱۳۸۵:۴۷). این موضوع همچنین در مورد اشخاص حقوقی غیر تجاری و آن دسته از شرکت‌های دولتی که قسمتی از سرمایه‌ی آن‌ها متعلق به بخش خصوصی است به دلیل مطرح بودن بحث تصفیه‌ی اموال، صادق است.

وجه دیگر، انحلال به عنوان مجازات است که بر اشخاص حقوقی، تحت شرایطی که در مبحث آینده ذکر خواهد شد، بار می‌شود. از این حیث انحلال شبیه با مجازات اعدام در اشخاص حقیقی است. (گلدوزیان، پیشین، ص ۱۹۳) یعنی همان گونه که قانونگذار در مجازات اعدام نظر به از بین بردن وجود واقعی افراد دارد، در مجازات انحلال قصد دارد که وجود قانونی اشخاص حقوقی را که زمانی به رسمیت شناخته بود،

۱. ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هر شرکت ایرانی که فعلا وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود وبا اشتغال به امور تجارتي خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. هر شرکت تجارتي ایرانی مذکور در این قانون و هر شرکت خارجی که بر طبق قانون ثبت شرکت‌ها مصوب خرداد ماه ۱۳۱۰ مکلف به ثبت است باید در کلیه اسناد و صورت حساب‌ها و اعانات و نشریات خطی و چاپی خود در ایران تصریح نماید که تحت چه نمره‌ای در ایران به ثبت رسیده والا محکوم به جزای نقدی از دویست تا دو هزار ریال خواهد شد این مجازات علاوه بر مجازاتی است که در قانون ثبت شرکت‌ها برای عدم ثبت مقرر شد».

۱. فی المثل ماده‌ی ۲۰۸ قانون تجارت در این باره اشعار می‌دارد: «اگر برای اجرای تعهدات شرکت معاملات جدیدی لازم شود متصدیان تصفیه انجام خواهند داد».

معدوم کند. پس از صدور حکم انحلال اشخاص حقوقی، دادگاه با تعیین نماینده، ترتیبی برای انجام مراحل تصفیه‌ی شخص حقوقی منحل شده مقرر خواهد داشت.

۱-۳- مصادره‌ی اموال

مصادره در لغت در معنای جریمه، تاوان گرفتن و مال کسی را به زور ضبط کردن است (عمید، ۱۳۸۹: ۹۴۸) و مال به معنی دارایی و آنچه در ملک شخص می‌باشد، است (همان، ۹۰۱).

مصادره اموال در علم حقوق عبارت است از: ضبط و تملک تمام و یا قسمتی از اموال و دارایی متهم اعم از منقول و غیر منقول و سلب مالکیت از اموال مزبور بصورت دائمی که در اثر ارتکاب جرم و یا بواسطه آن تحصیل گردیده بموجب حکم دادگاه ذیصلاح به عنوان مجازات یا اعاده حقوق بیت المال و یا اشخاص حقیقی (مسلمی پطرودی، ۱۳۸۴: ۲۲). ماهیت مصادره‌ی اموال از جمله‌ی مجازات‌های مالی است که اغلب به عنوان مجازات تکمیلی در متون قانونی آمده و گاهی نیز به عنوان مجازات اصلی پیش‌بینی گردیده است (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳۴).

ضبط اموال مفهومی است که بیشترین قرابت را با مصادره‌ی اموال دارد، از منظر حقوقی ضبط اموال را توقیف اموال حاصل از جرم کسی به طور موقت و بدون حق برداشت تعریف کرده‌اند (محمدی، ۱۳۷۵: ۷۹) که با دستور، قرار و یا حکم مقام صالح انجام می‌پذیرد. اگر چه بین مفهوم لغوی و حقوقی مصادره و ضبط تفاوت وجود دارد، اما شماری از حقوقدانان آن‌ها را در یک ردیف و به یک معنا آورده‌اند (شکری و سیروس، ۱۳۸۹: ۳۹). مقنن ایران در این زمینه رویه‌ای واحد را دنبال نکرده و در برخی از موارد مانند ماده‌ی ۹ قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره این دو عنوان را معطوف هم و به یک معنا به کار برده، اما در مواردی نیز میان آن‌ها تفاوت قائل شده است. النهایه به نظر می‌رسد ضبط اموال از این جهت که گاهی امید اعاده به وضع سابق در آن وجود دارد (ضبط موقت اموال) خفیف‌تر از مجازات مصادره‌ی اموال، که توقیف دائمی اموال شخص است، می‌باشد و همچنین از این حیث که مجازات مصادره‌ی اموال الزاماً باید در قالب حکم دادگاه صادر گردد در حالی که ضبط می‌تواند در قالب تصمیم قضایی نیز مورد اقدام قرار گیرد، میان این دو مفهوم تفاوت وجود دارد (جعفری دولت‌آبادی، ۱۳۸۴: ۹).

مجازات مصادره اموال به مصادره خاص و عام تقسیم می‌شود، مصادره‌ی عام توقیف تمام اموال موجود محکوم علیه اعم از نقدی و غیر نقدی، منقول و غیر منقول است (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۱۷۱) و مصادره‌ی خاص تنها ناظر به اموال مرتبط با جرم است. ایرادی که به مجازات مصادره‌ی کل اموال (عام) وارد است مغایرت آن با اصل شخصی بودن مجازات‌ها است، اصل فوق به محدود شدن آثار زیان‌بار مجازات نسبت به مرتکب جرم تاکید دارد. بدیهی است که مصادره‌ی کل اموال و دارایی‌های شخص (اعم از حقیقی و حقوقی)، برای نزدیکان و وابستگان آن شخص مشکلاتی را به وجود می‌آورد. برای پرهیز از این نتیجه‌ی نامطلوب قانون گذار در تبصره‌ی ۵ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی هزینه‌های متعارف زندگی محکوم و افراد تحت تکفل او را از شمول مجازات مصادره‌ی اموال معاف کرده است که در مبحث آتی به تحلیل امکان یا عدم امکان بسط آن به اشخاص حقوقی پرداخته خواهد شد.

۲- شرایط اعمال مجازات‌های مصادره‌ی کل اموال و انحلال نسبت به اشخاص حقوقی

برای اینکه بتوان مجازات‌های مذکور در ماده‌ی ۲۲ را بر اشخاص حقوقی تحمیل کرد، علاوه بر شرایط عام اعمال مجازات بر اشخاص حقوقی، رعایت شرایط اختصاصی اعمال مجازات‌های مصادره‌ی اموال و انحلال نسبت به این اشخاص نیز ضروری است. این شرایط از قرار زیر می‌باشند:

۲-۱- شرایط عام اعمال مجازات بر اشخاص حقوقی

این شرایط عبارت است از: ارتکاب جرم، اثبات مسئولیت کیفری و خصوصی بودن شخص حقوقی یا عدم انجام امور حاکمیتی توسط اشخاص حقوقی دولتی و عمومی که در ذیل به بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱. این ماده اشعار می‌دارد: «استفاده‌کنندگان از تجهیزات دریافت ماهواره علاوه بر ضبط و مصادره‌ی اموال مکشوفه، توسط دادگاه‌ها به مجازات ده تا یکصد میلیون ریال محکوم می‌شوند».

۲-۱-۱- ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی

بدیهی‌ترین شرط برای اعمال مجازات بر اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، انجام جرم توسط شخص است. برای تخطی از ممنوعیتی که قانون مقرر داشته، نیاز به وجود توأمان رکن مادی و رکن معنوی است. مستفاد از ماده‌ی ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، رکن مادی در ارتکاب بزه توسط اشخاص حقوقی انجام هر فعل یا ترک فعل مجرمانه توسط نماینده‌ی قانونی آن‌ها است، بنابراین اگر جرم توسط شخصی که سمت نمایندگی شخص حقوقی را نداشته باشد یا سمت مزبور را جعل کرده باشد، تحقق یابد شخص حقوقی مسئولیت کیفری ندارد.

نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی علاوه بر اینکه شامل نماینده‌ی منتخب توسط اشخاص حقیقی موسس شخص حقوقی می‌شود، نماینده‌ای را که دادگاه به موجب قانون برای اشخاص حقوقی تعیین می‌کند را هم در بر می‌گیرد (مثلاً مدیر تصفیه‌ای که دادگاه تعیین می‌کند). شایان ذکر است نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی، می‌تواند خود نیز شخص حقوقی باشد فی‌المثل شرکتی به شرکت دیگری برای انجام پاره‌ای از امور وکالت بدهد و شرکت نماینده با رعایت شرایط مقرر در ماده‌ی ۱۴۳ مرتکب جرم شود، بدیهی است در فرض فوق در مورد جرم ارتكابی هر دو شخص حقوقی اصیل و نماینده، شریک در ارتکاب جرم هستند و شخص حقیقی که نماینده‌ی شخص حقوقی ثانوی بوده است مطابق با قسمت اخیر مقررهای قانون مذکور به طور مجزا مسئولیت کیفری دارد.

یکی از موارد اختلاف‌آمیز در مورد پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، تحقق رکن معنوی در ارتکاب جرایم توسط آن‌ها است؛ گروهی معتقداند مسئولیت جزایی ناشی از تقصیر است و کسی می‌تواند مرتکب تقصیر جزایی گردد که دارای اراده باشد و شخص حقوقی فاقد قصد و اراده‌ی مستقل است (افراسیابی، ۱۳۷۷:۳۵)، در نتیجه تقصیر جزایی قابل انتساب به اشخاص حقوقی نیست. موافقان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در پاسخ اظهار می‌دارند که شخص حقوقی دارای اراده مشترک خاصی است (آقایی جنت مکان، ۱۴:۱۳۹۱) زیرا وقتی افراد برای رسیدن به اهدافی کنار یکدیگر قرار می‌گیرند، اراده‌ی مشترکی ورای اراده‌ی هر یک از آن‌ها برای تحقق آمال مشترک آن افراد شکل می‌گیرد بنابراین وقتی خواست این اراده‌ی مشترک ارتکاب جرم است، باید عواقب آن که قبول مسئولیت کیفری و متعاقب آن تحمیل مجازات است را بپذیرد؛ از این جهت شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تضمین کننده این امر است که نه افراد بتواند خودشان را در پس فعالیت‌های شرکت پنهان کنند و نه شرکت به عنوان یک کل در پشت مسئولیت کیفری اعضای تشکیل دهنده‌اش پنهان بشود (Gotzmann, 2008, p:43) همچنین از این حیث مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی قابل مقایسه با مسئولیت مدنی آن‌ها است و اگر مسئولیت کیفری پذیرفته نشود ناچار باید مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی هم مورد انکار قرار گیرد، زیرا که پذیرش همین اراده‌ی مشترک مبنای قبول مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی است. حال این‌که در وجود مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی هیچ تردید و اختلافی نیست. همچنین قابل ذکر است که لطمات حاصل از فعالیت‌های غیرقانونی یک شخص حقوقی به مراتب بسیار فراتر از لطمات حاصل از رفتار مجرمانه یک شخص حقیقی است. به ویژه‌ای که اشخاص حقوقی نقش عمده‌ای نیز در جرایم سازمان یافته ایفاء می‌کند (shkira, 2013, p: 8).

نکته‌ی دیگری که رابطه با بحث ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی حائز اهمیت است این است که هر چند ماده‌ی ۱۴۳ علی‌الاطلاق ارتکاب هر جرمی را توسط نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی که به نام و یا در راستای منافع آن باشد را موجب تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌داند، اما این با ماهیت اشخاص حقوقی سازگاری ندارد و باید اشخاص حقوقی را در رابطه با جرایمی که ذاتاً قابل انتساب به آن‌ها است مسئول دانست. به عنوان مثال، اگر مدیر یک شخص حقوقی در راستای منافع شخص حقوقی و برای ترغیب طرف مقابل به انعقاد قرارداد مرتکب زنا شود، در جرم ارتكابی نباید مسئولیتی متوجه شخص

حقوقی باشد، زیرا این جرم با طبیعت اشخاص حقوقی سازگاری ندارد، اما اگر مدیر شخص حقوقی در مکان اسقرار شخص حقوقی و به نام آن اقدام به تولید مشروبات الکلی و فروش آن کند، بزه مزبور قابل انتساب به شخص حقوقی است؛ بنابراین ارتکاب جرایم توسط اشخاص حقوقی باید محدود به موارد مجرمانه‌ای شود که با ماهیت تشکیل شخص حقوقی سنخیت دارد (نبی‌پور، ۱۳۸۹: ۱۳۵).

۲-۱-۲- اثبات مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

روح فردگرایی حقوق جزا اساساً به نحوی است که انتساب رفتار مجرمانه و اعمال مجازات نسبت به فرد انسانی را ممکن می‌سازد (شامبیاتی، ۱۴۴۱: ۳۷۶). بر همین اساس ماده‌ی ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اصل را بر مسئولیت کیفری شخص حقیقی دانسته است بنابراین مسئولیت جزایی اشخاص حقوقی امری استثنایی است و هر جا که شک و تردید در مسئولیت این اشخاص حادث شد باید حکم به عدم مسئولیت آن‌ها داد. برای اثبات مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، باید بخشی از شرایط عام مسئولیت کیفری که برای اشخاص حقوقی قابل تصورات، وجود داشته باشد (مانند علم، اراده و اختیار)، زیرا می‌توان تصور کرد که شخص حقوقی بر اثر عدم آگاهی، اجبار یا اکراه به امر خلاف قانون پرداخته یا تکلیف قانونی خود را ترک کرده که در این صورت میرا از مسئولیت کیفری است (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۶). علاوه بر شرایط فوق، برای تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دو شرط دیگر نیز باید مهیا باشد: اول آنکه جرم باید توسط نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی انجام شود، شرط دیگر این‌که بزه مذکور به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی تحقق یابد.

مقصود از ارتکاب جرم به نام شخص حقوقی این است که نماینده‌ی شخص به اعتبار سمت نمایندگی خود مرتکب جرم شود و بزه‌دیدگان آن شخص را به عنوان نماینده‌ی شخص حقوقی بشناسند، پس اگر مدیر عامل یک شخص حقوقی بدون معرفی خود به عنوان مدیر شرکت مذکور اقدام به کلاهبرداری کند، شخص حقوقی که مرتکب جرم کلاهبرداری، مدیریت آن را بر عهده دارد، فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود. منظور از منافع شخص حقوقی با توجه به اطلاق ماده مذکور، اعم از منافع مادی و معنوی است، بنابراین نظر اگر توسط نماینده‌ی شخص حقوقی جرمی انجام شود که موجب ارتقای اعتبار شخص حقوقی شود، شخص حقوقی نیز باید عواقب آن جرم را بپذیرد هر چند که منفعت مادی مستقیمی حاصل نشده باشد.

نکته‌ای که در این میان باید به رعایت آن اهتمام ورزید این است که، اشخاص حقوقی در محدوده‌ای که قانون برای آن‌ها شخصیت حقوقی قائل شده دارای مسئولیت کیفری هستند و همان‌گونه که در مبحث قبل آورده شد از حیث تاریخ آغاز، شخصیت، اشخاص حقوقی به تناسب ماهیت متفاوتشان از یکدیگر مجزا هستند بنابراین اگر افراد در پوشش موسسات غیر تجاری که قانوناً به ثبت نرسیده است مرتکب جرم شوند، موسسه‌ی فوق به دلیل دارا نبودن شخصیت حقوقی، فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود اما در مورد شرکت‌های تجاری از آن جایی که برای دارا شدن شخصیت حقوقی نیازی به ثبت در مراجع قانونی ندارند و همان‌گونه که در مبحث قبل گفته شد مطابق ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت با آن‌ها به عنوان شرکت تضامنی برخورد می‌شود، در صورت حدوث جرم توسط آن‌ها، قبل از ثبت رسمی و به صرف تشکیل، دارای مسئولیت کیفری خواهند بود. اشخاص حقوقی دولتی نیز از آن جایی که از بدو ایجاد و بدون نیاز به ثبت، واجد شخصیت حقوقی هستند، در صورت ارتکاب جرم دارای مسئولیت کیفری خواهند بود، هر چند برخی از آن‌ها که اعمال حاکمیت می‌کنند، به گواهی تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی از مجازات معاف هستند.

از جهت تاریخ حیات، شخصیت اشخاص حقوقی (اعم از دولتی و خصوصی و تجاری و غیر تجاری) به صرف انحلال آن‌ها از بین نمی‌رود، زیرا که پس از انحلال و در طی امر تصفیه توسط نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی یعنی مدیر تصفیه جرمی واقع شود، با امعان نظر به ماده‌ی ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی در صورتی که جرم ارتکابی به نام شخص حقوقی باشد و یا اگر به نام شخص حقوقی نبوده در راستای منافع آن باشد، شخص حقوقی علیرغم انحلال واجد مسئولیت کیفری خواهد بود.

۲-۱-۳- خصوصی بودن شخص حقوقی و یا عدم انجام اعمال حاکمیتی توسط اشخاص حقوقی دولتی و عمومی

همان گونه که گفته شد، اشخاص حقوقی از حیث نحوی تشکیل و اداره و قواعد حاکم بر عملکرد آنها، به اشخاص حقوقی خصوصی و اشخاص حقوقی عمومی تقسیم می‌شوند. مطابق تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی در صورتی که اشخاص حقوقی متخلف، جزء آن دسته از اشخاص حقوقی دولتی و اشخاص حقوقی عمومی غیر دولتی باشند که اعمال حاکمیتی انجام می‌دهند، از مجازات‌های آن ماده معاف هستند،^۱ در توجیه این تبصره مبنی بر عدم مسئولیت کیفری دولت در مقام اعمال حاکمیت استدلال‌هایی بیان شده است از جمله این که دولت خود منحصراً تعقیب و کیفر بزهکاران را به عهده دارد پس نمی‌تواند خود را کیفر دهد (Stefani, 2007, p: 277)؛ به علاوه، بر مجازات کردن دولت عملاً فایده‌ای مترتب نیست بدین معنا که مسئولیت کیفری دولت با کیفرهای پیش‌بینی شده نمی‌تواند سازگار باشد (روح الامینی، ۱۳۸۷: ۱۳۹). فی المثل کیفر مصادره‌ی اموال تنها دارایی دولت را از یک بخش خزانه به بخش دیگر منتقل می‌کند و یا کیفر انحلال فقط جامعه را از خدمات دولت در زمینه‌ای که شخص دولتی منحل شده، محروم می‌کند. همچنین کیفر دولت با اصل تفکیک قوا در تعارض است. البته توجیهات فوق در مواردی که اشخاص حقوقی دولتی اعمال حاکمیت می‌کنند، قابل قبول است و گرنه در امور تصدی این اشخاص با اشخاص حقوقی خصوصی تفاوتی ندارند. بنابراین مستفاد از تبصره‌ی مذکور شرط دیگر اعمال مجازات بر اشخاص حقوقی، خصوصی بودن و یا انجام اعمال تصدی توسط اشخاص حقوقی دولتی و عمومی است.^۲ نتیجه‌ی منطقی تبصره‌ی فوق‌الذکر این است که شرکت‌های دولتی و عمومی که اعمال تصدی انجام می‌دهند در صورت ارتکاب جرم، مانند سایر اشخاص حقوقی مجازات خواهند شد و فرقی میان شرکت‌های دولتی که به موجب قانون به وجود آمده‌اند و یا شرکت‌هایی که به حکم دادگاه ملی شده‌اند یا به نفع دولت مصادره شده‌اند و همچنین شرکت‌هایی که اوصاف فوق را دارا نمی‌باشند اما بیش از ۵۰ درصد سرمایه‌ی آنها متعلق به دولت است وجود ندارد و صرف اشتغال آنها به تصدی‌گری برای اعمال مجازات کافی است.

۲-۲- شرایط اختصاصی اعمال مجازات‌های مصادره‌ی اموال و انحلال بر اشخاص حقوقی

شرایطی که تا به اکنون گفته شد، شرایط لازم برای اعمال تمام مجازات‌های مقرر بر اشخاص حقوقی مندرج در ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی بود، اما برای مجازات‌های مصادره‌ی اموال و انحلال، کافی و وافی نیست و برای اینکه بتوان مجازات‌های مذکور را بر اشخاص حقوقی تحمیل کرد، باید موارد مندرج در ماده‌ی ۲۲ مهیا باشد این موارد بدین شرح است:

شخص حقوقی برای ارتکاب جرم به وجود آمده باشد یا آن که با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد.

پرسشی که در بادی امر خودنمایی می‌کند این است که آیا اساساً امکان تشکیل اشخاص حقوقی برای ارتکاب جرم وجود دارد یا خیر؟ پاسخ کلی به این پرسش میسر نیست و با توجه به ماهیت متفاوت اشخاص حقوقی، باید هر مورد را به طور جداگانه مورد بررسی قرار داد؛ در میان اشخاص حقوقی خصوصی، در رابطه با اشخاص حقوقی غیر تجاری، پاسخ پرسش فوق منفی است زیرا که اشخاص فوق، همان طور که پیش‌تر گفته شد، برای آنکه واجد شخصیت حقوقی شوند باید به ثبت برسند و مسلماً مراجع ثبت این اشخاص اگر در مرامنامه و اساسنامه‌ی آنها به موارد نامشروع و خلاف قانونی برخورد کنند از ثبت آنها

۱. تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارد: «مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی

و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند اعمال نمی‌شود».

۲. اعمال تصدی به اعمالی گفته می‌شود که سه قوه مانند دیگر کسان عمل می‌کنند مانند اعمال بازرگانی، ولی اعمال حاکمیت فقط در انحصار

قدرت عمومی است مانند اعمال قضایی، برقرای روابط سیاسی با دیگر کشورها و داشتن نیروی مسلح (ابوالحمد، ۱۳۸۲: ۵۱).

خودداری خواهند کرد، در نتیجه امکان تشکیل آن‌ها برای ارتکاب جرم منتفی است اما در مورد اشخاص حقوقی تجاری همان طور که پیش‌تر گفته شد برای تشکیل به ثبت در مراجع قانونی نیاز ندارند (و به صرف رعایت مقررات مندرج در قانون تجارت برای هر شرکت، ایجاد شده تلقی می‌شوند و حتی در صورت عدم رعایت آن مقررات، مطابق ماده‌ی ۲۲۰ قانون فوق شرکت تضامنی محسوب می‌شوند)، امکان اینکه برای ارتکاب جرم تشکیل شوند قابل تصور است. اشخاص حقوقی دولتی و عمومی اگر چه نیازی به ثبت ندارند و به محض اینکه تشکیل شوند شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند، اما امکان تشکیل شدن آن‌ها برای اهداف نامشروع وجود ندارد (زراعت، ۱۳۹۲: ۸۸).

دیگر آن‌که با توجه به قید منحصراً که در ماده‌ی صدرالذکر آمده است، مجازات‌های مصادره‌ی کل اموال و انحلال در حالتی بر اشخاص حقوقی تحمیل می‌شود که اشخاص مذکور به جزء ارتکاب جرم هیچ فعالیت دیگری انجام ندهند بنابراین اگر در کنار ارتکاب جرم به فعالیت‌های مشروع و قانونی هم بپردازند، از شمول ماده‌ی ۲۲ خارج خواهند شد و حسب مورد به مصادره‌ی بخشی از اموال و یا ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی و اجتماعی محکوم خواهند شد.

چالشی که در این مورد ممکن ذهن را مشغول به خود کند این است که آیا پس از صدور حکم انحلال اشخاص حقوقی به عنوان مجازات، نمایندگان شخص حقوقی منحل شده اجازه دارند شخص حقوقی شبیه به شخص حقوقی منحل شده (از نظر اهداف و حوزه‌ی کارکرد)، تاسیس کنند؟ اگر چه در قانون ممنوعیتی در این باره وجود ندارد اما بهتر این بود که مرتکبان حقیقی جرم از ایجاد شخص حقوقی مشابه برای مدتی منع شوند و این ممنوعیت در حکم دادگاه ضمن صدور حکم به انحلال قید شود، زیرا که اگر این افراد اجازه داشته باشند اقدام فوق را عملی کنند، به گونه‌ای نقض غرض است و فایده‌ای بر مجازات انحلال مترتب نخواهد بود (زراعت، ۱۳۹۲: ۸۷)، و به کسانی که یک بار توانسته بودند در قالب شخص حقوقی خاصی مرتکب جرم شوند و نظم جامعه را دچار اختلال سازند، بار دیگر فرصت این کار داده خواهد شد؛ همسو با این دیدگاه در تبصره‌ی ماده‌ی ۷۴۸ قانون مجازات اسلامی در مورد ارتکاب جرایم رایانه‌ای توسط اشخاص حقوقی در موردی که حکم به انحلال شخص حقوقی داده شود، مدیر شخص حقوقی برای مدت سه سال از تاسیس شخص حقوقی دیگر منع خواهد شد.^۱

بحث مهمی که در مورد مجازات مصادره‌ی اموال اشخاص حقوقی مطرح است، امکان شمول تبصره‌ی ۵ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی، که هزینه‌های متعارف زندگی محکوم و افراد تحت تکفل او را از مجازات مصادره‌ی اموال استثناء می‌کند،^۲ نسبت به آن‌ها است، ممکن است در بدو امر اینگونه استدلال شود که با توجه به اینکه در تبصره‌ی فوق به هزینه‌های زندگی و افراد تحت تکفل محکوم اشاره شده است، هزینه‌ای باشد بر اینکه استثنای مصادره‌ی اموال فقط در مورد اشخاص حقیقی مجرا است، اما این دیدگاه به دلایل زیر منطقی نیست: اولاً تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹ قانون مزبور اطلاق دارد، زیرا در تبصره‌ی فوق اشاره شده «در هر مورد که» پس آنچه از نظر قانونگذار شایان اهمیت بوده توجه به مستثنیات دین در مصادره‌ی اموال است و حقیقی یا حقوقی بودن شخص محکوم موضوعیت ندارد. ثانیاً صرف نظر از اطلاق ماده به دلیل دیگری هم مستثنیات دین شامل اشخاص حقوقی می‌شود، زیرا اشخاص حقوقی به موجب ماده‌ی ۵۵۸ قانون تجارت از تمام حقوق و وظایف اشخاص حقیقی برخوردار هستند مگر آن‌هایی که مخصوص اشخاص

۱. تبصره‌ی مزبور مقرر می‌دارد: «مدیر شخص حقوقی که طبق بند ب این ماده منحل می‌شود، تا سه سال حق تاسیس یا نمایندگی یا تصمیم‌گیری یا نظارت بر شخص حقوقی دیگری را نخواهد داشت».

۲. تبصره‌ی ۵ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی «ضبط اشیاء و امولی که در ارتکاب جرم به کار رفته یا مقصود از آن به کارگیری در ارتکاب جرم بوده است از شمول این ماده و بند (ب) ماده‌ی (۲۰) خارج و در مورد آن‌ها برابر ماده‌ی (۲۱۵) این قانون عمل خواهد شد. در هر مورد که حکم به مصادره‌ی اموال صادر می‌شود باید هزینه‌های متعارف زندگی محکوم و افراد تحت تکفل او مستثنی شود».

طبیعی است^۱ و مستثنیات دین جزء مواردی که بذات متعلق به اشخاص طبیعی قلمداد می‌شود، نیست. ثالثاً واژه‌های مانند زندگی محکوم و افراد تحت تکفل را نباید فقط نسبت به افراد طبیعی تفسیر کرد، زیرا که اشخاص حقوقی هم برای ادامه‌ی حیات و پیش برد اهدافشان دارای مخارجی هستند و کارکنان و افرادی را که به هرنحو به واسطه‌ی اشخاص حقوقی ارتزاق می‌کنند را می‌توان مصداق افراد تحت تکفل دانست. پس مستثنا شدن هزینه‌های متعارف از مجازات مصادره‌ی اموال، شامل اشخاص حقوقی نیز می‌شود. مقوله‌ی دیگری که در رابطه با تبصره‌ی فوق دارای ابهام است، این است که معیار متعارف بودن هزینه‌ی ادامه‌ی حیات شخص حقوقی و افراد تحت تکفل او چیست؟ برای روشن شدن این ابهام ابتدا باید این نکته را خاطرنشان کرد که، اولاً مصادره‌ی اموال در مورد اشخاص حقوقی در مواردی مورد حکم دادگاه قرار می‌گیرد که شخص فوق اقدام به جمع آوری اموال از طریق نامشروع کرده باشد، ثانیاً پایان حیات (انحلال) اشخاص حقوقی (ورای بحث انحلال به عنوان مجازات)، یا به موجب حکم دادگاه و قانون (صدور حکم ورشکستگی) صورت می‌گیرد یا به تصمیم اعضای حقیقی شخص حقوقی انجام می‌پذیرد، پس هزینه‌ی متعارف باید به قدری باشد که مانع ورشکسته شدن شخص حقوقی شود و همچنین جوابگوی هزینه‌ی کارکنان شخص حقوقی هم باشد تا امکان ادامه‌ی حیات شخص حقوقی فراهم باشد.

وجه دیگری که در مورد مصادره‌ی اموال اشخاص حقوقی مطرح است این است که علیرغم اینکه ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی فقط مصادره‌ی کل اموال را در زمره‌ی مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی قرار داده، اما با توجه به فلسفه‌ی ابداع مجازات مصادره‌ی اموال، که خلع ید محکوم از اموالی است که به صورت نامشروع تحصیل کرده، اگر دادگاه در مواردی بخشی از اموال و نه تمام آن را نامشروع تشخیص دهد حکم به مصادره‌ی خاص خواهد داد (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۱۷۲).

نتیجه‌گیری

اعمال مجازات فرع بر وقوع جرم و داشتن مسئولیت کیفری است، ارکان مقوم مسئولیت کیفری شامل؛ بلوغ، عقل، علم، اراده و اختیار می‌باشد و در صورت فقدان هر یک از آن‌ها فرض مسئولیت کیفری منتفی است. از دیر باز مسئولیت فوق‌الذکر فقط متوجه اشخاص طبیعی بود زیرا که اعتقاد بر این بوده که امکان وجود عناصر تشکیل‌دهنده‌ی آن در غیر اشخاص طبیعی وجود ندارد، اما با گذشت زمان و توسعه‌ی فعالیت‌های انسانی و گسترش تعاون و همکاری میان ابنای بشر و تشکیل موسسات و گروه‌هایی توسط افراد که دنبال کننده‌ی اهداف مشترک آن‌ها بود، به تبع مطرح شدن و پذیرش مسئولیت مدنی تشکلات فوق، که با نام اشخاص حقوقی شناخته می‌شوند، بحث مسئولیت کیفری آن‌ها به میان آمد و علیرغم مخالفت‌های اولیه سرانجام با تثبیت نظریه‌ی واقعی بودن اشخاص حقوقی، این موضوع به رسمیت شناخته شد و وارد قوانین کیفری کشورها گردید.

در حقوق ایران علیرغم احتیاط و مصمم نبودن قانونگذار در تحمیل مسئولیت کیفری بر اشخاص حقوقی، سرانجام در آخرین اصلاح قانون مجازات اسلامی، بر امر صدرالذکر تاکید شد. برای اعمال مجازات‌های مصادره‌ی کل اموال و انحلال در رابطه با اشخاص حقوقی رعایت دو دسته شرایط لازم است اول شرایطی که به طور کلی برای اعمال مجازات بر اشخاص حقوقی لازم است شامل: ارتکاب جرم، انتساب مسئولیت کیفری و خصوصی بودن شخص حقوقی یا عدم اشتغال به اعمال حاکمیتی توسط اشخاص حقوقی دولتی و عمومی است و دوم رعایت شروط مندرج در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی است یعنی تشکیل برای ارتکاب جرم یا انحراف از هدف مشروع نخستین و فعالیت انحصاری در جهت ارتکاب جرم. لازمه‌ی تحمیل مسئولیت کیفری بر اشخاص حقوقی دارا بودن شخصیت حقوقی توسط آن‌ها و تعیین حدود و ثغور آن است. اشخاص مذکور قبل از تشکیل فاقد شخصیت حقوقی هستند و تبع آن از لحاظ کیفری در قبال جرایمی که به نام و یا در راستای منافع آن‌ها صورت می‌پذیرد مسئولیتی ندارد، زمان تشکیل اشخاص

۱. ماده‌ی ۵۸۸ قانون تجارت: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت بنوت و امثال ذالک.»

حقوقی با توجه با مختلف بودن ماهیت آن‌ها متفاوت است؛ موسسات غیر تجارتي برای تشکیل نیاز به ثبت در مراجع قانون دارند، شرکت‌های تجاری بدون نیاز به ثبت در مراجع صلاحیت‌دار، با رعایت مقررات مندرج در قانون تجارت در مورد هر شرکت، ایجاد می‌شوند و اشخاص حقوقی دولتی و عمومی به محض به وجود آمدن دارای شخصیت حقوقی هستند. شخصیت اشخاص حقوقی بر خلاف اشخاص طبیعی که با مرگ پایان می‌پذیرد، با انحلال از بین نمی‌رود و تا پایان امر تصفیه باقی می‌ماند بنابراین اشخاص حقوقی نسبت به جرایمی که در این دوره توسط مدیر تصفیه، با شرایط مقرر در ماده‌ی ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، انجام می‌پذیرد دارای مسئولیت کیفری هستند. اشخاص حقوقی دولتی و عمومی که اعمال تصدی انجام می‌دهند (مانند شرکت‌های دولتی) از معافیت مذکور در تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی برخوردار نیستند. پس از صدور حکم مجازات انحلال اشخاص حقوقی، اشخاص حقیقی موسس شخص حقوقی محکوم، باید از تاسیس شخص حقوقی مشابه با شخص حقوقی قبلی (از حیث حوزه‌ی فعالیت) منع شوند، زیرا که اگر امکان این کار را داشته باشند فایده‌ای بر اجرای مجازات فوق مترتب نخواهد بود. تبصره‌ی ۵ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی که اشعار می‌دارد در صورت اعمال مجازات مصادره‌ی اموال هزینه‌های متعارف زندگی شخص و افراد تحت تکفل او از شمول مجازات مستثنا است را باید ناظر به اشخاص حقوقی هم دانست زیرا اشخاص حقوقی دارای تمامی حقوق و تکالیف، به جزء آن‌هایی که مختص اشخاص طبیعی است، می‌باشند. هر چند برای اشخاص حقوقی مجازات مصادره‌ی کل اموال مقرر گردیده است اما در صورتی که بخشی از اموال توسط دادگاه نامشروع تشخیص داده شود، حکم به مصادره‌ی خاص داده خواهد شد.

منابع

الف) فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۳). حقوق اداری، تهران: انتشارات طوس.
۲. اردبیلی، محمد (۱۳۸۵). حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران: نشر میزان.
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵). حقوق تجارت، جلد اول، چاپ دهم، قم: چاپ مهر.
۴. افراسیابی، محمد اسماعیل (۱۳۷۷). حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: نشر سپیدرود.
۵. آقایی جنت مکان، حسین (۱۳۹۱). حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۶. جعفری دولت آبادی عباس (۱۳۸۴). «ضبط اموال و شرایط آن در قرارهای تامین کیفری»، ماهنامه‌ی دادرسی، سال نهم، شماره‌ی ۵۲.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۸. حاج محمدی، زهرا (۱۳۸۴). «مبانی نظری پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مدرسه حقوق، شماره ۸۴، ۳۹-۳۵.
۹. زراعت، عباس (۱۳۹۲). شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، تهران، نشر ققنوس.
۱۰. روح الامینی، محمود (۱۳۸۷). دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه، فصلنامه فقه و حقوق، ۱۴۷۷، شماره ۱۶.
۱۱. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۷۶). حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان.
۱۲. شکری، رضا / قادر، سیروس (۱۳۸۹). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، چاپ هشتم، تهران، انتشارات طیف نگار.
۱۳. صفار، محمد جواد (۱۳۷۳). شخصیت حقوقی، تهران، انتشارات دانا.
۱۴. عرفانی، محمد (۱۳۸۶). حقوق تجارت، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
۱۵. عمید، حسن (۱۳۸۹). فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات راه رشد.
۱۶. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶). بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ پانزدهم، تهران: نشر میزان.
۱۷. گلدوزیان، ایرج و قربانی، ابراهیم (۱۳۹۱). مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در کنوانسیون‌های بین‌المللی، ماهنامه دادرسی، سال ۱۶، شماره ۹۳.

۱۸. محمدی، حمید (۱۳۷۵). ضبط، مصادره و استرداد اموال، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۹. مسلمی پطرودی، نبی‌الله (۱۳۸۴). ضبط و مصادره‌ی اموال در جرایم قاچاق و مواد مخدر، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، پایان‌نامه مقطع ارشد.
۲۰. نبی‌پور، محمد (۱۳۸۹). «شرایط مسئولیت کیفری در لایحه‌ی قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه‌ی تعالی حقوق، سال دوم، شماره‌ی ۷.
۲۱. نامیان، پیمان (۱۳۸۶). «سیاست تقنینی ایران در قبال مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، ماهنامه دادرسی، سال ۱۱، شماره ۶۳.

ب) لاتین

22. Gotzman, Nora; (2008). legal personality of corporations and international criminal law: Globalization, corporate human rights abuses and the Rome statute; Queensland law student review, the university of Queensland.
23. Ivan Savic, Venja; (2010). how can the corporation become a criminal? Analyzing the paths towards corporate criminal liability ; LL.M.M.Sc.
24. Leturmy, Laurence; (2008). Kolb. Patrik: lessentiel Du Droit penal General, ed, Gualino editeur.
25. Radovic, Stojanka; (2010). liability of legal persons for criminal offences, Asset Recovery.
26. Shkira, Elidiana; (2013). criminal liability of corporations. (A comparative approach to corporate criminal liability in common law and civil law countries) SSRN.
27. Stefani, Gaston and Levasseur, Georges and Bouloc, Bernard: (2007). Droit penal General, Dallaz,.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۵

صص ۲۳۷ - ۲۴۷

گستره مصادیق قاعده لاجرح در فقه پزشکی

محمود شربتیان^۱

۱- فارغ التحصیل مقطع دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران

چکیده

طبابت از ضروریات زندگی اجتماعی است و امر سلامت و جان انسان‌ها پیوسته یکی از دغدغه‌های مهم جوامع بشری است. انقلابی که تحقیقات علمی و اکتشافات جدید پزشکی در زمینه علم پزشکی به وجود آورده سوالات بیشماری را مطرح ساخته که فقهای اسلام نمی‌توانند درباره آن‌ها سکوت اختیار کنند از آن جهت که فقه پیوند عمیقی با زندگی انسان دارد، نتایج بحث و تحقیقات درباره این سوالات، در زندگی انسان‌ها موثر است. بنابراین بر علما و فقهای اسلام است که احکام این مسائل نو ظهور را که در زندگی انسان‌ها تأثیر گذارند از لایه لایه نصوص و قواعد شرعی بیرون کشیده و حکم الهی را در خصوص آن‌ها بیان کنند. در مقاله حاضر با بررسی گستره مصادیق قاعده لاجرح در حکم شرعی پیوند اعضا، سقط جنین، اهدای جنین و تغییر جنسیت، نقش موثر قاعده لاجرح در حل مسائل نو پدید در علم پزشکی تبیین شده است. بر این اساس با تکیه بر قواعد فقه می‌توان بسیاری از معضلات موجود در علم پزشکی را حل و فصل نمود و راه حل معتبر قابل قبول شرعی را پیش روی پزشکان متخصص متعهد قرار داد.

واژگان کلیدی: لاجرح، پیوند اعضا، سقط جنین، تغییر جنسیت، اهدای جنین

* نویسنده مسئول mahmood.sharbatian2@yahoo.com

مقدمه

فقه دانشی است که دینی بودن رفتار انسان، جامعه و حکومت را تبیین و مشخص می‌کند؛ به نیازهای نوین بشر پاسخ گوید و برای پدیده‌های نوظهور، احکام دینی را پیش‌بینی می‌کند. فقه باید در برابر بحران‌های انسان امروز و رفتار حکومت اسلامی نسبت به آن راه‌حل مناسبی ارائه کند و به اقامه دین در جامعه بپردازد. انقلابی که تحقیقات علمی و اکتشافات جدید پزشکی در قرن حاضر در زمینه علم پزشکی به وجود آورده سوالات بیشماری را مطرح ساخته که فقهای اسلام نمی‌توانند درباره آن‌ها سکوت اختیار نمایند، پیشرفت‌های اخیر پزشکی فرصت‌های تازه‌ای را پیش روی بشریت قرار داده است، مسائل مختلفی چون رحم جایگزین، لقاح مصنوعی یا شیوه‌های باروری خارجی و شیوه‌های درمانی شیمیایی و دارویی ناباروری یا اهدای اسپرم و تخمک، سقط جنین، تغییر جنسیت... هر یک آثار تبعات حقوقی بسیاری بهمراه دارند. از آن جهت که فقه پیوند عمیقی با زندگی انسان دارد نتایج بحث و تحقیق درباره این سوال‌ها، در زندگی انسان موثر است. بنابراین بر علما و فقهای اسلام است که احکام این مسائل نو ظهور را که در زندگی انسان‌ها تأثیرگذارند، از لایه لای نصوص و قواعد شرعی بیرون کشیده و حکم الهی را در خصوص آن‌ها بیان کنند. یکی از قواعد فقهی که در زندگی بسیار کاربرد دارد و آگاهی و اطلاع از آن می‌تواند در بهبود زندگی اجتماعی و جریان عدالت بسیار تأثیرگذار باشد قاعده نفی عسر و حرج است. این قاعده از قواعد کاربردی و اساسی فقه به شمار می‌آید و تأثیر و کارایی آن در جای جای فقه به چشم می‌خورد. به ویژه در حل مشکلات و معضلات مسائل نو پیدا در علم پزشکی نقش اساسی دارد. در مقاله حاضر برآنیم که نقش و تأثیر قاعده نفی عسر و حرج بر حل مسائل نو پیدا در علم پزشکی و کار آمدی آن را تبیین نماییم. روش تحقیق روش مروری - تحلیلی است و سعی شده اطلاعات و داده‌ها نیز بر مبنای روش کتابخانه‌ای از آیات، منابع روایی، فقهی، حقوقی و پزشکی و فتوای مراجع گردآوری شده پس از توضیح مفاهیم به صورت نظری و مبنایی پردازش و تحلیل شود.

الف - قاعده لا حرج (نفی عسر و حرج)

«عسر» در لغت به معنای سختی و دشواری و در برابر «یسر» به معنای آسانی و راحتی است. (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴) در مفردات راغب آمده است: اصل حرج و حراج، انبوه چیز را گویند و از آن تنگی میان دو چیز تصویر شده است. آن گاه به تنگی «حرج» گفته شده به گناه نیز «حرج» گفته شده است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۲۶). ابن اثیر در نمایه می‌نویسد: حرج در اصل به معنای تنگی است و بر گناه و حرام واقع می‌شود و گفته شده حرج تنگ‌ترین تنگی‌هاست (ابن اثیر، بی تا، ج ۱، ص ۳۶۱). در مجمع البحرین نیز چنین آمده است: «خداوند در دین بر شما حرجی قرار نداد» (حج / ۷۸) یعنی تنگی‌ای که شما را مکلف کند تا به آنچه طاقتش را ندارد و از آن عاجز هستید قرار نداد. گفته می‌شود: (حَرَجٌ یَحْرَجُ) یعنی تنگ شد و کلام علی بن ابراهیم آمده: حرج به جایی گفته می‌شود که هیچ راه ورودی نداشته باشد و ضیق به جایی گفته می‌شود که راه ورود تنگ باشد. (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۸۸) در فقه و حقوق منظور از این قاعده آن است که هرگاه تکلیفی دشوار و مشقت بار شد ساقط می‌شود. (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴).

حجیت قاعده نفی عسر و حرج

۱. آیات

خداوند در قرآن می‌فرماید: «و در دین اسلام کار سنگین و سختی بر شما قرار نداد» (حج/۷۸) و نیز می‌فرماید: «خداوند برای شما آسانی می‌خواهد، و برایتان دشواری نمی‌خواهد» (بقره / ۱۸۵) و نیز «خداوند نمی‌خواهد شما را در تنگنا قرار دهد...» (مائده/۶)

۲. روایات

روایات متعددی از ائمه معصومین (علیهم السلام) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است. این روایات را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: در دسته نخست، نفی حرج، به عنوان حکومت حکم ذکر شده و در دسته دوم، علت حکم دانسته شده است.
دسته نخست:

در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان حکمت حکم ذکر شده است که به چند نمونه اشاره می‌کنیم:

۱- روایت ابوبصیر: ابوبصیر از امام (ع) سوال می‌کند: در سفرها چه بسا به برکه‌هایی بر می‌خوریم که در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود، حضرت می‌فرماید: آب را با دست به هم بزن و سپس وضو بگیر، زیرا در دین، ضیق و تنگنا نیست و خداوند می‌فرماید: «بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده». (حرّ عاملی، ۱۴۰۳ ج ۱ ص ۱۲۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۲؛ همو، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۱۷)

از این روایت برداشت می‌شود که خداوند در جعل احکام به سهولت و آسان بودن آنها توجه داشته است. درباره آب کر، اگر حکم می‌شد که به مجرد ملاقات با نجاست، نجس می‌شود، برای اغلب مردم موجب حرج و زحمت می‌شد، لذا این حکم نفی شده است.

۲- روایت محمد بن مسیر: راوی درباره مردی سوال کرده که جنب است و در مسیر خود به آب خیلی برخورد کرده است و می‌خواهد با آن غسل کند، در حالی که هم فاقد ظرف است و هم دست‌های وی آلوده است. حضرت در پاسخ می‌فرماید: این فرد، ابتدا باید دستش را در آب فرو برده، وضو بگیرد و سپس غسل نماید این مورد از مواردی است که خداوند می‌فرماید: «بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است». (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۱۳؛ کلینی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴)

در این روایت به نفی حرج به عنوان حکمت استفاده شده است؛ چون حکم شستن برای همه حرجی نیست.

۳- روایت احمد بن محمد ابن ابی نصر: راوی می‌گوید: از امام پرسیدم، شخصی لباس را که از پوست حیوانات ساخته شده، از بازار می‌خرد و نمی‌داند که این لباس پاک است یا خیر.

آیا می‌تواند با آن نماز بخواند؟ حضرت فرمودند: بله، اشکالی ندارد، و بعد از امام باقر (ع) نقل می‌کنند که ایشان فرمودند: «خوارح چون نادان بودند، بر خودشان سخت می‌گرفتند و دین آسانتر از این است». (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۷۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۶۸)

از این روایت استفاده می‌شود که حکمت حلیت و طهارت چیزهایی که از بازار مسلمانان خریده می‌شود توسعه بر امت و رفع ضیق از آنها می‌باشد. عبارت «انّ الدین اوسع من ذلك» یک مطلب کلی را بیان می‌کند که این حکمت در همه نواحی دین، مورد نظر بوده است و تمام نواحی دین، سهل و آسان است. در این روایت نیز به نفی حرج به عنوان حکمت حکم استفاده شده است. از این دسته روایات، که در آنها به نفی حرج به عنوان حکمت حکم استفاده شده است، نمی‌توان یک قاعده کلی را استفاده کرد که در تمام ابواب فقه جاری شود.

دسته دوم: در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان علت حکم ذکر شده است، از آنجمله:

۱- پیامبر (ص) فرمودند: "از چیزهایی که خداوند به امت من تفضل کرده و آنها را بر دیگر امت‌ها برتری داده، این است که سه ویژگی به آنها اعطا کرده که این خصلت‌ها را فقط به پیامبران داده است. یکی از آنها این است که وقتی پیامبری مبعوث می‌شد، خداوند به وی می‌فرمود: در راه دین خود تلاش کن و هیچگونه زحمت و مشقتی بر تو در این مسیر نیست. خداوند این ویژگی را به امت من هم داده است، هنگامی که می‌فرماید: "بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است" و حرج به معنای ضیق و سختی است. (حمیری ۱۴۱۳، ص ۸۴، مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۳۰۰). از این روایت استفاده می‌شود که نفی حرج، علت است؛ یعنی مکلف باید در راه امتثال احکام الهی تلاش کند، ولی این تلاش مقید است به این که موجب زحمت و مشقت وی نشود و هر جا که امتثال حکم، سخت و مشکل بود، آن حکم نفی می‌شود.

۲- روایت هشام بن سالم: امام صادق (ع) می‌فرماید: خداوند به مقدار وسیع و طاقت بندگان به آنها تکلیف کرده است. در شبانه روز پنج نماز بر آنها واجب کرد تا آنجا که می‌فرماید: و یک حج بر آنها واجب کرده است. حال آن که مردم بیشتر از این مقدار را می‌توانن انجام دهند، اما خداوند کمتر از آن مقداری که در توانشان است به آنها امر کرده است. (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۴۱؛ برقی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۹۶). از این

روایت می‌توان دریافت که نفی حرج، علت است و هرگاه امتثال تکلیفی برای مکلف موجب زحمت و مشقت شدید شود، آن تکلیف نفی می‌شود.

۳- روایت عبد‌الاعلی: راوی به امام صادق (ع) می‌گوید: به زمین افتادم و ناخنم جدا شد انگشت خود را با پارچه‌ای بستم، حال چگونه باید وضو بگیرم؟ امام می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود. خداوند فرموده است: "در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است" پس بر آن مسح کن. (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۳۷۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۶۳). از پاسخ امام (ع) استفاده می‌شود که نفی حرج یک قاعده کلی است که می‌توان از آن برای رفع احکامی که سخت و مشکل است، استفاده کرد.

۳. اجماع

در بحث قاعده نفی عسر و حرج نمی‌توان به اجماع - به عنوان یکی از ادله - استناد جست. زیرا این اجماع مدرکی است و اجمال مدرکی هم به اتفاق فقها حجت نیست. یعنی؛ اجماع یک دلیل مستقل نیست بلکه مدرک اجماع، یعنی آیات و روایات را مورد بررسی قرار داد. اگر بعضی بر اثر اجتهاد و استنباط شخصی خود از آیات و روایات، نفی تکلیف عسر و حرجی را برداشت کرده‌اند، فهم و برداشت آنان برای دیگران حجت نیست.

۴. عقل و بنای عقلا

گفته شده که قاعده نفی عسر و حرج یک قاعده عقلی است و بنای عقلا نیز موبد آن است چرا که تکلیف به هر چیزی که موجب مشقت باشد عقلاً محال است چون انگیزه تکالیف، اطاعت و انقیاد است و این هدف با تکلیف به "امر غیر قابل تحمل" نقض می‌شود. بنابراین نفی عسر و حرج یک قاعده کلی است که فقها در موارد فراوانی به آن استناد کرده‌اند و به موجب آن، به نفی تکالیفی که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است، حکم داده‌اند. هرگاه امتثال حکمی برای مکلف، سخت و با مشقت زیاد همراه باشد، آن حکم مرتفع می‌شود و امتثالش لازم نیست این قاعده اطلاقات ادله احکام را محدود می‌کند. اگر حکمی صعب، حرجی و از دیدگاه عرف نشدنی بود آن حکم یا اساساً در شریعت جعل نشده یا اگر جعل شده مربوط به زمان و مکانی بوده که عمل به آن برای افراد مشقت نداشته. هرگاه احتیاط موجب حرج و مشقت شود، فقیهان از آن دست برمی‌دارند. همانگونه که هر حکم و قانون غیر عادلانه اسلامی نیست، هرگونه حکم و قانون سختگیرانه نیز از اسلام خارج است. در چند دهه گذشته پیشرفت‌های عظیم در علم پزشکی و فنون جراحی سوالات بی شماری را مطرح کرده که با محوریت قاعده نفی عسر و حرج می‌توان پاسخگوی این مسائل نو پیدا در علم پزشکی بود.

در این راستا به بیان حدود

ب - مصادیق کاربردی قاعده لاجرج در علم پزشکی

۱- پیوند اعضای حیوان به انسان

پیوند اعضا از مسائل نوین پزشکی و از دستاوردهای مهم آن است و نشانه ارتقا و توانمندی مراکز پزشکی است. در پیوند اعضای حیوان به انسان، عضو یا از حیوان نجس العین است یا از غیر نجس العین. در صورتی که این پیوند از حیوان غیر نجس العین باشد، ظاهراً هیچ مشکلی ایجاد نمی‌شود، این پدیده پاک و حلال است به شرطی که ذبح به صورت شرعی انجام گیرد تا میت نباشد. و لیکن مشکل آنجاست که عضو پیوندی از حیوان العین باشد مثل سگ و خوک، با تحقیقات دانشمندان ثابت شده که قلب خوک نزدیک‌ترین مشابهت را نسبت به دریچه قلب انسان دارد و در معالجات از آن استفاده می‌شود. (حیدری، ۱۳۷۸، ص ۱۷۸) بنابراین اگر عضو پیوندی از اعضای حیوان نجس العینی مثل خوک برداشته شود و به بدن بیمار پیوند گردد، تنها اشکال شرعی‌ای که ممکن است به نظر آید این است که عضو برداشته شده، نجس و حمل آن موجب بطلان نماز است. در پاسخ باید گفته شود که عضو پیوند شده از حیوان نجس العین، بعد از پیوند، حیات پیدا می‌کند و از عضویت بدن حیوان خارج و به عضویت بدن انسان در می‌آید و طهارت پیدا می‌کند. (الموسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۶۲۵). اگر فرض را بر این بگیریم که نجاست عضو پیوندی هم

باقی باشد، چون زائل ساختن آن موجب حصول ضرر، حرج و مشقت برای گیرنده عضو خواهد بود؛ با استناد به قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج شرط طهارت آن عضو برای نماز ساقط می‌شود.

۲- سقط جنین

حمایت از جنین موضوعی است که از قدیم در جوامع بشری مطرح بوده و در نظام‌های حقوقی بسیاری از کشورهای جهان مورد توجه واقع شده است. در حقوق کیفری ایران تعرض به حق حیات جنین منبع قانونی داشته و جرم محسوب می‌شود. از نظر پزشکی، به اخراج عمدی یا مصنوعی یا خروج خود بخود حمل قبل از موعد طبیعی، سقط جنین گفته می‌شود. (زارع، ۱۳۸۱، ص ۱۷). از نظر حقوقدانان سقط جنین اقدام به خروج غیر طبیعی حمل، قبل از موعد طبیعی وضع حمل، به وسیله مادر یا غیر او، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر، زنده نبوده و یا فاقد قابلیت زیستن باشد. (نوری، ۱۳۷۹، ص ۱۷) از آن جهت که تحقق این جرم با سبب حیات جنین زنده همراه است، بحث آن در متون فقهی در احکام قتل نفس مطرح می‌شود. در سقط جنین دو موضوع مطرح می‌شود. یکی اینکه ادامه بارداری به دلیل بیماری‌های مادر، خطر جانی برای او دارد، مثل بیماری‌های قلبی و فشار خون، مورد دوم بیماری‌هایی که مربوط به خود جنین است مانند ناقص الخلقه‌ها. حرمت سقط جنین از احکام اولیه و مسلمی است که عمومات کتاب و سنت به طور صریح بر آن دلالت دارد. اما همانند هر حکم اولیه دیگر، در صورت عروض عناوین ثانویه‌ای مانند عسر و حرج موجب تغییر عنوان موضوع حکم حرمت می‌شود. این موارد خاص جایی است که ادامه بارداری موجب مرگ مادر شده و یا سلامتی او را به خطر می‌اندازد و نیز مواردی که تولد فرزند با ناهنجاری‌های جنینی حاد، مستلزم عسر و حرج و الدین یا خود طفل گردد. (حاجیعلی، ۱۳۸۳، ص ۵۵). بعضی از فقها با وجود عسر و حرج سقط جنین را جایز می‌دانند؛ مانند مرحوم فاضل لنکرانی (www.lankarani.net) آیت سیستانی نیز سقط جنین قبل از دمیدن روح را با عذر و ضرر غیر قابل تحمل جایز دانسته است (سیستانی، ۱۴۲۰، ص ۲۵۰). حکم حرمت مطلق، تنها یک حکم اولیه است اما با عروض عناوین ثانویه و در شرایط خاص قابل تغییر بوده و با پیدا کردن عنوان جدیدی برای موضوع سقط می‌توان در مواردی قائل به حلیت آن شد. این موارد عبارتند از: حفظ جان مادر، حفظ سلامت جسمی و روحی مادر، ناهنجاری‌های جنینی. اما اثبات حلیت بر اساس مبانی مختلف و با استدلال‌های متفاوتی صورت پذیرفته از جمله قاعده نفی عسر و حرج. در صورتی که بقای جنین، مستلزم نقص عضو یا بیماری غیر قابل تحمل برای مادر باشد و زنده نگه داشتن جنین در خارج رحم میسر نباشد، با استناد به این عنوان ثانویه می‌توان سقط جنین را فقط در مرحله قبل از حلول روح مجاز دانست. (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۶۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۴) بدین ترتیب جواز سقط جنین، حکم ثانویه‌ای است که از باب حکومت ادله آن بر حکم اولیه و مطلق حرمت سقط، تقدم یافته و شرعاً تحقق پیدا می‌کند. معنای در خطر بودن سلامتی جسمی و روانی مادر، دایره‌ای وسیع و بلکه مبهم دارد. زیرا شدت و ضعف این مسأله در مصادیق مختلف متفاوت است مثلاً ابتلای مادر به بیماری صعب‌العلاج یا بدون‌علاجی که نیاز به درمان مستمر دارد و تأخیر در درمان در حین بارداری موجب ابتلای مادر به نقص عضو دائمی شود یا بیماری‌هایی که خطر جانی در پی ندارد اما ادامه زندگی را برای مادر مشقت بار نموده و بیماری را در وجود مادر شدت بخشیده و مانع معالجه او شده و یا طول مدت بیماری را افزایش می‌دهد. بنابراین در مرحله قبل از دمیده شدن روح با استفاده از قاعده نفی عسر و حرج، در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا مشقت غیر قابل تحمل برای مادر باشد و یا موجب کاهش عمر او گردد، سقط جنین مجاز می‌باشد.

از فقهای معاصر شیعه که به طور صریح در این زمینه فتوا داده‌اند، حضرت آیت اعلیٰ خامنه‌ای، آیت اعلیٰ سیستانی و مرحوم فاضل لنکرانی هستند که سقط را قبل از دمیدن روح جایز دانسته‌اند. آرای این بزرگواران چنین است: "سقط جنین شرعاً حرام است و در هیچ حالتی جایز نیست مگر آن که استمرار حاملگی برای حیات مادر خطر ناک باشد، که در این صورت سقط جنین قبل از ولوج روح، اشکال ندارد، ولی بعد از دمیدن روح جایز نیست. حتی اگر ادامه حاملگی برای حیات مادر خطرناک باشد، مگر آنکه استمرار بارداری حیات مادر و جنین هر دو را تهدید کند و نجات زندگی طفل به هیچ وجه ممکن نباشد."

سازمان پزشکی قانونی تنها مرجع قانونی در ایران است که بر اساس فتوای برخی از فقها مانند مقام معظم رهبری در موارد عسر و حرج قبل از حلول روح در جنین، مجوز سقط جنین را صادر می‌کند. در ماده واحده قانون سقط درمانی آمده است: «سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تایید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری‌های جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است، یا بیماری با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیت متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. (www.hoqouq.com)

از دیگر مواردی که با استناد به قاعده لاجرح، مجوز سقط جنین قبل از ولوج روح است، مربوط به ناهنجاری‌های جنینی می‌باشد، در حالتی که سلامتی یا جان مادر در معرض تهدید قرار نمی‌گیرد. در زمان‌های گذشته قبل از تولد طفل، امکان پی بردن به ناهنجاری‌ها وجود نداشت و معمولاً نوزادان ناقص‌الخلقه به دلیل فقدان امکانات بهداشتی درمانی، می‌مردند. ولی امروزه بسیاری از اختلالات و نواقص جنین قابل تشخیص است و اقسامی دارد. گاهی بعد از تولد، قابلیت حیات وجود ندارد و بالاخره یا پس از مدتی طفل می‌میرد، مثلاً جنین دو سر، ناهنجاری‌های قلبی و کلیوی حاد، فقدان دیافراگم و مشکلات تنفسی، جنینی که مغز وی در خارج از مجامه تشکیل شده و در داخل کاسه سر قرار ندارد، جنینی که استخوان مجامه ندارد و مغز خیلی کوچک است یا فاقد مغز است و جنینی که تا موقعی که در رحم مادر قرار دارد، زنده است و بعد تولد خواهد مرد. زمان تشخیص این بیماری، سه ماهه دوم دوران حاملگی است (اشتیاقی ۱۳۸۰، ص ۱۲۵؛ جهانیان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۱) پزشکان معتقدند به محض تشخیص قطعی بیماری، ضرورتی ندارد که مادر، حامل جنینی باشد که قبل از تولد یا بعد از تولد، قطعاً خواهد مرد و چه بسا موجب مشکلات روانی و عاطفی شدید برای مادر شود. گاهی بعد از تولد، قابلیت حیات وجود دارد. مثل اینکه جنین، اختلال در شنوایی یا بینایی داشته و یا فلج باشد و یا مبتلا به بیماری تالاسمی و سایر انواع اختلالات ژنتیکی باشد. ولی در هر حال، انسان سالم و کاملی نبوده و گاهی فقط از حیات نباتی و حیوانی برخوردار گردیده و فاقد هرگونه درک و شعور انسانی می‌باشد. هزینه درمان و نگهداری چنین افرادی بسیار سنگین است و موجب آلام روحی و روانی برای خود و خانواده می‌گردد (اشرفی، ۱۳۶۷، ص ۱۴۶). در هر دو حالت، چه تعیین به مرگ طفل بعد از تولد وجود داشته باشد یا احتمال ادامه حیات وجود داشته باشد یا احتمال ادامه حیات داده شود، زندگی مشقت بار چنین اطفالی که نوعاً برای والدین نیز مستلزم تحمل هزینه‌ها و نگهداری بسیار طاقت فرسا و دشوار است، ثمری نداشته و از نظر پزشکان در بسیاری از کشورهای دنیا جواز سقط منعی ندارد به جهت رفع مشقت و حرج از والدین. مقام معظم رهبری فرموده‌اند: "ناقص‌الخلقه بودن جنین، مجوز شرعی برای سقط جنین حتی از ولوج روح در آن محسوب نمی‌شود. (خامنه‌ای، ۱۳۸۵، ص ۲۷۹) آیت سیستمی هم معتقد است این مسأله که جنین ناقص‌الخلقه است یا پس از تولد، فقط مدت کوتاهی زنده خواهد ماند، به تنهایی مجوز سقط جنین نمی‌شود. (حکیم، ۱۳۷۹، صص ۲۸۴-۲۸۳).

در مورد حکم سقط جنین در صورتی که زوجین دچار بیماری‌های ارثی و واگیر سخت باشند، سوال‌هایی مطرح شده از جمله از مقام معظم رهبری سوال شده که بعضی از زوجها، مبتلا به بیماری‌های خونی بوده، دارای ژن معیوب می‌باشند و در نتیجه ناقل بیماری به فرزندان خود هستند و احتمال اینکه این فرزندان مبتلا به بیماری‌های شدید شوند بسیار زیاد است. چنین کودکانی از بدو تولد تا پایان عمر، در وضع مشقت باری به سر خواهند برد. مثلاً بیماران هموفیلی همواره ممکن است با کوچک‌ترین ضربه‌ای دچار خونریزی شدید منجر به فوت و فلج شوند. حال با توجه به اینکه تشخیص این بیماری در هفته‌های اول بارداری ممکن است، آیا سقط جنین در چنین مواردی جایز است؟ مقام معظم رهبری در پاسخ به این سوال فرمودند: اگر تشخیص بیماری در جنین قطعی است و نگهداشتن چنین فرزندی موجب حرج باشد، در این صورت جایز است قبل از دمیده شدن روح، جنین را سقط کنند، ولی بنابر احتیاط، دیه آن باید پرداخت شود. (خامنه‌ای، ۱۳۸۵، صص ۲۸۰-۲۸۱). بنابر آنچه که بیان شد، مجرد ناقص‌الخلقه بودن یا ابتلا به بیماری هموفیلی و غیر مجوز سقط جنین نمی‌شود، بلکه سقط تنها در صورتی جایز است که موجب عسر و حرج شود، به همین دلیل، مقام معظم رهبری و دیگر مراجع، آن را به عسر و حرج مقید کردند.

۲- تغییر جنسیت

یکی از موضوعاتی که با پیشرفت علم پزشکی نمود پیدا کرده و در گذشته سابقه چندانی نداشته و امروزه دارای مسائل گوناگون می‌باشد، "تغییر جنسیت" است. مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند. امروزه پزشکان می‌توانند جنسیت اشخاص را تغییر دهند و علائم و ممیزی جنسیتی را از شخصی بردارند و علائم و نشانه‌های جنس مخالف را در او قرار دهند. در علم پزشکی دو گروه از افراد در معرض تغییر جنسیت هستند: گروه اول کسانی که در فقه و حقوق به عنوان خنثی معروف شده و در علم پزشکی "هرمافرودیسیم" یا دوجنسی مشهورند. بیماری دوجنسی یا هرمافرودیسیم یک نوع ناهنجاری است که در دوران تکامل جنین در رحم مادر به وجود می‌آید که ممکن است تحت تاثیر هورمون‌های مادر و یا بعضی از داروها و مواد شیمیایی مورد استفاده مادر در دوران بارداری ایجاد شود. تغییرات هورمونی جنسی و همچنین گاهی تغییرات ژنتیک و کروموزومی در این نوع بیماران وجود دارد که شدت تغییرات متفاوت است (عباسی، آیت‌اللهی و عمرانی، ۱۳۸۲، صص ۶۰-۵۹). گروه دوم کسانی هستند که علائم جنسی و جسمی آن‌ها با گرایشات و تمایلات جنسی آن‌ها همسو نیست و باهم تعارض دارند. این گروه به خنثای روانی مشهور شده‌اند و در علم پزشکی به "اختلال هویت جنسی" معروفند. "اختلال هویت جنسی" یک اختلال روانپزشکی است که آناتومی، فیزیولوژی هورمونی و فرمول کروموزومی جنسی فرد هماهنگی دارد و ظاهرش هم در همان جنسی است که فرمول ژنتیکی وی ایجاب می‌کند، اما از نظر روانی از آن نقش جنسی که در آن است، در عذاب شدید به سر می‌برد (www.pezeshkonline.ir).

به عبارت دیگر در بیماری مذکور جنس روانی شخص متضد با جنس فیزیکی وی است و فرد از جنسیت خود راضی نیست و تمایل شدید به تغییر در جنسیت خود دارد. در این بیماران وضعیت ظاهری جسمی و جنسی، ارگان‌های داخلی جنسی و سیستم هورمونی و کروموزومی کاملاً در سلامت به سر می‌برد اما فرد از نظر ذهنی و روحی منکر صحت نوع جنسیت خود است و به عبارتی، معتقد به وجود اشتباه در جنسیت خود است و به حدی از آن ناراضی است که باعث آزار شدید روحی و در نهایت تصمیم قطعی به تغییر در جنسیت خود خواهد شد. این اختلال شدیدترین درجه اختلال جنسی قلمداد می‌شود زیرا از نظر جنسی بین جسم و فکر تناقض و مغایرت وجود دارد. (طیرانی، ۱۳۸۵، ص ۹) تفاوت این بیماری با بیماری دوجنسی در این است که بیماران دوجنسی دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی، اندام‌های داخلی و سیستم‌های هورمونی خود هستند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دوجنسی را دارند، در حالی که بیماران اختلال هویت جنسی از نظر جسمی کاملاً سالمند و تنها از نظر روحی با مشکل فراوان مواجه هستند (www.pezeshkonline.ir). اگر شخص طبق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت دهد از حالت اضطراب و افسردگی خارج می‌شود و به حالت نشاط و آرامش طبیعی برمی‌گردد. اما در صورتی که به حرف تمایل خود و بر خلاف مقررات پزشکی تغییر جنسیت دهد مشکلات جسمانی و روانی او مضاعف می‌شود. در مورد مشروع و نامشروع بودن تغییر جنسیت، نظرات متعددی مطرح شده که می‌توان آن‌ها را به سه گروه تقسیم نمود:

نظریه مشروعیت مطلق، نظریه ممنوعیت مطلق و نظریه مشروعیت مشروط، که نظریه مشروعیت مشروط با واقعیت‌های علم پزشکی منطبق تر است. حضرت امام خمینی (ره) در کتاب تحریر الوسیله به عنوان اولین مسأله در باب تغییر جنسیت چنین فرمودند: "ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل بر عکس آن، حرام نیست" (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۶۶۳). در حقوق اسلام سابقه تغییر جنسیت به زمان حکومت حضرت علی (ع) برمی‌گردد. در آن زمان حضرت (ع) کسی را که با پسر عمویش ازدواج کرده بود، از او جدا و به مردان ملحق کردند. (حر عاملی، ۱۴۱۲، ص ۲۸۶) فتوای آیت الله فاضل لنکرانی نیز چنین است: "افرادی که دو جنسی و به اصطلاح خنثی هستند تغییر و یا اصلاح جنسیت در آنان اشکالی ندارد و در برخی از موارد واجب است. در خنثی مشکل چنانچه ابقاء آن موجب عسر و حرج و یا اختلالات روانی باشد و تنها با معالجه و عمل جراحی درمان یابد با وجود امکانات مالی این عمل واجب است و در چنین فرضی حرمت نظر و لمس به جهت وجود ضرورت و اضطراب برطرف می‌شود و خلاصه آنکه در

مورد خنثی مشکل به جهت لزوم معالجه و رفع عسر و حرج می‌توان فتوا به جواز و با وجود برخی از قیود فتوا به وجوب داد. در خنثی غیر مشکل از طریق ادله جواز معالجه و درمان می‌توان جواز آن را استفاده کرد. اما در غیر این دو مورد، یعنی جایی که کسی کاملاً مرد است و بخواهد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود یا بلعکس می‌توان به فرض امکان آن گفت گرچه دلیل واضحی بر منع نیست اما با استفاده به مذاق شرع می‌توان آن را ممنوع دانست. برای فقیه روشن است که شارع عملی را که موجب بروز مشکلات شود و اختلال در نکاح و نسب و از این قبیل را به دنبال داشته باشد راضی به آن نیست و به علاوه ادله معالجه و ضرورت به هیچ وجه جریان ندارد (www.khabaronline.ir). مشروعیت هر عملی، همانگونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است. بنابراین تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد متقاضی، دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید، تشخیص دهد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۹). طبق نظر فقها، تغییر جنسیت در صورتی که از لحاظ پزشکی ضروری تشخیص داده شود مجاز می‌باشد. موضوع‌شناسی در تغییر جنسیت بر عهده پزشک است و به دنبال آن فقیه، حکم موضوع مربوطه را صادر می‌کند. از قاعده عسر و حرج می‌توان مشروعیت تغییر جنسیت را استنباط کرد. بر اساس آیات الهی (حج/۷۸، مائده/۶ و بقره/۲۸۵) در دین اسلام حکم حرجی تشریح نشده است و چنانچه از ناحیه هر حکمی حرج و مشقت لازم آید، به استناد آیات شریفه فوق این حکم منتفی و از صفحه تشریح مرفوع است (روشن، ۱۳۸۶، ص ۱۶۲).

شخصی که بقا در جنسیت فعلی موجب عسر و حرج برای اوست، به استناد قاعده عسر و حرج باید بتواند تغییر جنسیت دهد. استناد به قاعده مزبور تنها با وجود عسر و حرج جایز می‌شود که این امر باید به تایید پزشک متخصص برسد. چون تغییر جنسیت از موضوعات عرفی فقهی است و این موضوع در حوزه علم پزشکی و روانشناسی مطرح می‌شود و لذا این موضوع در فقه، در دسته موضوعات عرفی خاص وارد شده و لذا به تبع این تقسیم‌بندی، حکم مربوط در فقه برای آن صادر می‌شود. با تدقیق در احکام و قواعد فقهی می‌توان گفت: حق تغییر جنسیت در صورتی برای فرد ایجاد می‌شود که به منظور معالجه باشد و یا در تغییر دادن، مصلحت مهمتر دیگر وجود داشته باشد.

انسان نیازهای فطری ثابتی دارد که احکام ثابت شریعت پاسخگوی این جنب پایدار در زندگی فرد و اجتماع است. گستره احکام اولیه، گستره‌ای است که قابلیت تبدیل و تغییر را ندارد. در عین حال به مرور زمان شکل زندگی انسان‌ها و نحوه استفاده آن‌ها از طبیعت و شیوه تسخیر آن و نیز نحوه ارتباطات اجتماعی و نهادهای جامعه دستخوش تغییر و تحول گردیده و انسان پیوسته روابط جدید و پیچیده‌تری با محیط و هم نوع خود پیدا می‌کند، لذا شریعت اسلام در اینگونه مسائل نو ظهور و مستعد نیز راه‌حلهایی را تعبیه کرده است و در جهت تغییر تعلق احکام مواردی را تجویز نموده و راه‌هایی را گشوده که از این راه‌ها به عنوان احکام ثانویه یاد می‌شود.

جعل احکام ثانویه به خار تسهیل امر دنیا و آخرت بندگان است. مبنای قوانین و احکام ثانویه رفع اضطرار است و آن نیز از آن جهت است که پایه این قواعد تسهیل در امر بندگان است، لذا در سیستم قانونگذاری شریعت راهکارهایی با شرایط ویژه برای افراد ویژه تعبیر شده است. تغییر احکام تنها بر طبق ساز و کاری است که در خود این دین در قالب قاعده‌ها و قوانین خاص تعبیه شده است. احکام ثانویه به عنوان راهبردهای ثانوی در پیش روی مکلفین قرار می‌دهد، اما در بحث تغییر جنسیت، چنانچه این تغییر در جهت حفظ مصلحت لزوم‌آور دیگر و در جهت سلامتی روحی و روانی باشد، به سبب مفاد این قواعد و تقدیم مصلحت اهم بر مهم و حکومت این قواعد بر احکام اولیه، این تغییر ضرورت می‌یابد. چرا که سلامت نفس که یکی از مقاصد شریعت است، مقدم می‌شود. شریعت اسلام، شریعت سمحه و سهله است و حرج را از پیش روی مکلف خود بر می‌دارد و ضرری را که برای او حاصل می‌شود، دفع می‌کند و این قواعد ثانویه، بر قواعد اولیه مقدم شده و تا آنجا که در قاعده لاجرح، لاضرر، عمل شود، جواز تغییر جنسیت صادر می‌شود.

حال چنانچه تغییر جنسیت ضرورت نداشته باشد و تأمین مصلحتی ضروری تر را ایجاب نکند، خروج از قواعد اولیه میسر نمی‌باشد و آنجا دیگر امکان دستبرد در قواعد ثابت و تغییر ناپذیر وجود ندارد، حفظ نفس و حفظ نسل مقدم بر مصالح دیگر شده و حکم به جواز تغییر جنسیت داده نمی‌شود آنجا دیگر حرجی که مکلف را به سختی می‌اندازد، حرج قاعده لاجرح جنسیت تا به حکم این قاعده، حرج برداشته شود، لذا دیگر از مصادیق و موضوعات احکام ثانویه نمی‌شوند و دیگر مصداق حرج نمی‌باشد. (میر خانی، ۱۳۹۰، ص ۸۸) در برخی موارد فردی به دلایل فیزیکی با تشخیص پزشک و یا سایر متخصصین از جمله متخصصین علوم روانشناسی به این نتیجه رسیده که باید اقدام به تغییر جنسیت نماید. این تغییر عوارض مختلفی از قبیل روانی، اجتماعی، حقوقی را به دنبال خواهد داشت. در منابع منصوص فقهی دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت نیست ولی اصله الاباحه، اصله الصحه و قاعده عسر و حرج مشعر بر جواز است. براساس اصل برائت و سایر اصول حاکم بر دادرسی‌ها از قبیل اصول قانونی بودن جرم و مجازات، تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق در رسیدگی‌های کیفری نمی‌توان حکم به مجرمیت داد. از منظر رعایت حقوق اولیه انسانی و حقوق بشر نمی‌توان فردی را برای تمامی عمر محبوس در خود نمود، لذا حقوق بشر اقتضا دارد با تجویز تغییر جنسیت رای به خلاصی و آزادی او داد. با تغییر جنسیت نکاح منحل خواهد شد و مرد باید در صورت دخول کل مهر و در غیر این صورت نیمی از آن را تادیه نماید. لیکن در صورتی که تغییر جنسیت پس از تولد باشد حضانت و نفقه مطابق حقوق سابق برقرار و ولایت به علت تبدل موضوع، ساقط می‌گردد. در توارث نیز کشف از واقع ملاک خواهد بود.

۴- اهدای جنین و درمان ناباروری

مسأله فرزندآوری و بقای نسل به اندازه‌ای مهم است که در آیات متعدد زن و مرد مسلمان با وعده‌های مختلف به داشتن فرزند تشویق شده‌اند، به عنوان مثال در آیه قرآن آمده است: "خداوند برای شما از جنس خودتان همسرانی قرار داد؛ و از همسرانتان برای شما فرزندان و نوه‌هایی به وجود آورد" (نحل/ ۷۲). بدون فرزند زندگی کردن باعث ایجاد مشکلات روحی، عاطفی و اجتماعی می‌گردد. تلاش‌های گسترده پزشکان و متخصصین علم جنین‌شناسی جهت درمان ناباروری، شیوه‌های نوینی را برای رفع این معضل به ارمغان آورده است. یکی از روش‌های متداول جهت درمان ناباروری، تلقیح مصنوعی است. اهدای جنین یکی از تکنیک‌های نوین باروری لقاح خارج رحم است و از دیدگاه علم پزشکی اصطلاحاً به فرایندی اطلاق می‌شود که به دلیل نازا بودن زوجین، به میزان لازم از زوجین بیگانه اسپرم و تخمک گرفته می‌شود و سپس به واسطه لقاحی که در محیط آزمایشگاه بین آن‌ها صورت می‌گیرد، تخمک‌ها بارور می‌شوند. سپس با کنترل نظارت متخصصین، تخمک‌های بارور شده (زیگوت) در مدت زمان حدود ۷۲ ساعت، شروع به تکثیر سلولی می‌کنند و در نهایت وقتی که تخمک‌های بارور شده تبدیل به حدود ۶ تا ۸ سلول شدند، (با توجه به اینکه در این نوع ناباروری رحم قابلیت بارداری دارد) جنین حاصله در مرحله ۸ سلولی یا حداکثر ۴ روز پس از زمان لقاح، جهت رشد طبیعی خود به رحم مادر منتقل می‌شود. این فرآیند به باروری در لوله آزمایشگاه یا (IVF) نیز معروف است. (قربانی، ۱۳۹۱، ص ۲۶)

در ارتباط با حکم فقهی اهدای جنین چهار دیدگاه وجود دارد، ۱- مشروعیت مطلق، ۲- مشروعیت مشروط، ۳- حرمت مطلق، ۴- توقف.

طرفداران دیدگاه مشروعیت مطلق تمام انواع باروری‌های پزشکی را که به دلیل ضرورت از ناحیه پزشک تجویز می‌شوند را مشروع می‌دانند و بر این عقیده‌اند که در مورد این روش‌ها دلیل محکمی که موجب حرمت مسأله شود وجود ندارد و در تأیید ادعای خود به قاعده نفی عسر و حرج استناد می‌کنند. فقها با استناد به قاعده مذکور بر این عقیده‌اند که هر گاه بر انسان مشکل غیرقابل تحملی گردد حکم اولیه موضوعات برداشته شده و بر شان عنوان ثانویه حاکم می‌گردد، لذا اگر حکم اولیه‌ای، مسأله حرمت باشد. با پدید آمدن اضطرار حلال و حداقل مباح می‌شود. (مصطفوی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۸) آیات و روایات متعددی عسر و حرج را نفی کرده‌اند "و ما جعل علیکم فی الدین من حرج؛ بر شما در دین، سختی قرار داده نشده است" (حج/ ۷۸) "یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر، خداوند برای شما آسانی خواسته و برایتان سختی نخواسته است"

(بقره / ۱۸۵) با عنایت به آیات شریفه قرآن می‌توان گفت در دین اسلام احکام حرجی برداشته شده و لذا اینگونه احکام در دین اسلام تشریح نشده است. در این زمینه در فقه اهل سنت آمده است، کلید بقای بشر در تولید مثل و فرزندآوری است. با این توضیح، بی‌فرزند می‌تواند عسر و حرج و سختی شدیدی برای خانواده به وجود آورد، لذا وجود فرزند برای دوام هر زندگی، احتیاج مبرم به شمار می‌رود. اکثر فقهای معاصر شیعه جهت مشروع بودن فرایند مزبور شروطی را لازم دانسته‌اند از جمله:

۱- جنین‌اهدایی محصول ترکیب گامت‌های زوجین قانونی و شرعی باشد، ۲- جهت مبادرت به این عمل، عسر و حرج وجود داشته باشد یعنی زوجین فاقد گامت سالم باشند. ۳- زن دارای رحم سالم جهت انتقال جنین باشد و جنین نیز از روش تلقیح خارج رحمی به وجود آید. ۴- در فرایند مزبور مقدمه حرام همچین لمس و نظر حرامی رخ ندهد در غیر این صورت باید قائل به حرمت مطلق شد اما عده‌ای بر این عقیده‌اند اگر ضرورتی پیش آید، لمس و نظر هم بی‌اشکال است. ۶- نحوه گرفتن اسپرم و تخمک غیر شرعی نباشد یعنی حاصل از عمل زناشویی باشد. ۷- در انجام عمل مذکور هیچگونه حرام و ممنوعیت شرعی نادیده گرفته نشود و به این ترتیب قائل به دیدگاه مشروعیت مشروط شدند. (قربانی، ۱۳۹۱، ص ۲۹)

نتیجه گیری

در اسلام احکام اولیه ثابت ولایت‌تغییر هستند از آن جا که فقه اسلامی قابلیت به روز شدن و پاسخگویی به مسائل جدید را دارد، با تمسک به قواعد فقه از جمله قاعده لاجرح می‌توان راه حل مسائل جدید در علم پزشکی را ارائه داد. موضوعاتی مانند پیوند اعضا، سقط جنین، تغییر جنسیت و اهدای جنین و درمان ناباروری با محوریت قاعده نفی عسر و حرج در علم پزشکی قابل پاسخگویی است. مثلاً شرط طهارت در نماز برای گیرنده عضو پیوندی ساقط می‌شود چنانچه که زائل ساختن عضو نجس برای گیرنده عضو حرج و مشقت داشته باشد یا سقط جنین در صورت ناقص‌الخلقه بودن جنین قبل از ولوج روح در شرایطی که بتوان به ادله لاجرح استناد کرد جایز است و سقط جنین در صورتی که بقای جنین مستلزم مشقت غیر قابل تحمل برای مادر باشد مجاز می‌باشد. شخصی که بقا در جنسیت فعلی موجب عسر و حرج برای اوست، به استناد قاعده لاجرح می‌تواند تغییر جنسیت دهد که این امر باید به تأیید پزشک متخصص برسد و با استناد به قاعده لاجرح می‌توان گفت که فرایند اهدای جنین به طور مطلق حرام نیست زیرا عامل روی آوردن زوجین به این روش عسر و حرج است که می‌تواند حکم اولی را بردارد و به جای آن یک حکم ثانوی ایجاد کند. بنابر این با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، هرگاه ادامه زندگی فردی یا اجتماعی زن و شوهر نابارور، به واسطه نداشتن فرزند دچار مشکل (عسر) شده و به سختی بیفتد، می‌توان برای از بین بردن جنین وضعیتی آنان را با اهدای جنین بارور کرد زیرا مفاد قاعده لاجرح، از بین بردن حرج و سختی و مشقت است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- اصغری آق مشهدی، فخر الدین، عبدی، یاسر، "وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت"، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۲،
- ۳- اشرفی، منصور، اخلاق پزشکی، تبریز، دانشگاه آزد اسلامی، ۱۳۶۷.
- ۴- برقی، احمدبن محمدبن خالد، محاسن، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۰.
- ۵- جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا، چاپ اول.
- ۶- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳، چاپ پنجم.
- ۷- حمیری، عبدالله بن جعفر، قرب الاسناد، قم، موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۳.
- ۸- حیدری، امان‌الله، چکیده جراحی قلب، تهران، انتشارات آذر مهر، ۱۳۷۸.
- ۹- حاجیعلی فریبا، "سقط جنین حرمت یا جاز"، مقالات و بررسی‌ها، دوره ۳۷، ش ۴، تهران ۱۳۸۳.

- ۱۰- حکیم، عبدالهادی محمد تقی، فقر برای غرب نشینان مطابق با فتوای آیت العظمی علی سیستانی، ترجمه سید ابراهیم سید علوی، قم، انتشارات دفتر ایت ا... سیستانی، ۱۳۷۹.
- ۱۱- خامنه‌ای، سید علی، رساله اجوبه الاستفتاعات، تهران، شرکت چاپ و نشر بین‌الملل وابسته به موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۵، چاپ سی و یکم.
- ۱۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، لبنان، دارالعلم، ۱۴۱۲، چاپ اول.
- ۱۳- روشن، محمد، بررسی فقهی حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲، ۱۳۸۶.
- ۱۴- زارع، غلامعلی، جزوه پزشکی قانونی و مقررات پزشکی، تهران، پزشکی قانونی، ۱۳۸۱.
- ۱۵- سیستانی، سید علی حسینی، منتخب توضیح المسائل، قم، انتشارات دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۰، چاپ دوم.
- ۱۶- شیخ طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۷، چاپ چهارم.
- ۱۷- شیخ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب، الاسلامیه، ۱۳۹۰.
- ۱۸- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶، چاپ سوم.
- ۱۹- طیرانی، اعظم، "وقتی روح با جسم هم خوانی ندارد" روزنامه قدس، ۱۳۸۵/۹/۲۰.
- ۲۰- عباسی، فریبا، آیت الهی، هاله و عمرانی، میر داود، "گزارش یک مورد بیمار مبتلا به دو جنسی واقعی، مجله پزشکی ارومیه، سال چهاردهم، شماره اول، ۱۳۸۲.
- ۲۱- قربانی، فتح الله، اخویان، محمد علی، رضایی، الهام، "حکم اهدای جنین از منظر فقه مذاهب اسلامی"، مجله زنان امامی و نازایی ایران، دوره پانزدهم، شماره ۲۹، آذر ۱۳۹۱.
- ۲۲- کلینی محمدبن یعقوب، کافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸، چاپ سوم.
- ۲۳- محمدی، ابوالحسین، قواعد فقه، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷، چاپ دهم.
- ۲۴- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۳، چاپ سوم.
- ۲۵- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵.
- ۲۶- محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل طبیه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- ۲۷- مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه مهمه، قم، علمیه، ۱۳۷۸.
- ۲۸- موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه‌های حقوقی (۱)، حقوق خانواده، تهران، مجد، ۱۳۸۶، چاپ اول.
- ۲۹- میر خانی، عزت اسادات، محمد تقی زاده، مهدیه، "مبانی فقهی و حقوق جواز تغییر جنسیت"، فصلنامه فقه پزشکی، سال سوم و چهارم، شماره ۹ و ۱۰، زمستان ۱۳۹۰ و بهار ۱۳۹۱.
- ۳۰- نوری، رضا، "جرم سقط جنین" مجله حقوق قضایی دادگستری، تهران، ۱۳۷۹.

31- www.lankarani.net

32- www.hoqouq.com

33- www.pezeshkonline.ir

34- www.khabaronline.ir

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰

صص ۲۴۹ - ۲۵۸

تأثیر قرابت در میزان مسئولیت کیفری با تأکید بر مجازات قصاص

مجتبی سرگزی پور^{۱*}، دکتر محمد خانی^۲

۱- کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

۲- استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران

چکیده

۲۱۶ ماده نخست قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و در مواد عمومی این قانون، که به کلیات پرداخته شده است، شارعین و واضعین قانون هیچگاه وجود رابطه خویشاوندی بین طرفین درگیر در امر جزایی را به عنوان سرفصلی علی حده و دارای آثار و تبعات خاص، از سایر فصول و مباحث جدا ننموده‌اند. شاهد مثال ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی است که قانونگذار در این ماده و در ۸ بند، مقام قضایی را مخیر به اعمال تخفیف‌هایی (با دامنه و وسعت محدود و معلوم) نموده است لیکن در هیچ یک از ۸ بند و ۲ تبصره ماده مذکور، عامل مخففه‌ای به نام خویشاوندی را نگنجانیده است. همچنین در فصول پنجم و ششم بخش دوم از مواد عمومی قانون مجازات اسلامی، که شاید با اندکی اغماض بتوان آن را فصول تشدید مجازات در این قانون دانست، هیچگونه اشاره‌ای به رابطه خویشاوندی به عنوان عامل مشدده مجازات ننموده است، لیکن در تشریح بیشتر مجازات‌ها که به نحوی قرابت در آن موثر می‌باشد شاهد انحصار آن در قرابت نسبی و سببی هستیم. اگر به جرایم احصاء شده در قانون مجازات نگریسته شود، از قبیل جرایم قصاص، قانونگذار در تقنین میزان کیفر به قرابت بزه‌کار با بزه‌دیده توجه داشته است. تشدید یا تخفیف جرایم از حیث میزان درجه قرابت میان بزه‌کار و بزه‌دیده متفاوت می‌باشد. چنانچه بزه‌کار پدر و جد پدری بزه‌دیده باشد از عوامل مخففه جرم محسوب می‌گردد، لیکن این شمولیت نسبت به سایر اقرباء مشاهده نمی‌گردد و به قواعد عمومی مجازات‌ها واگذار گردیده است. نگارندگان در این نوشتار با روش تحلیلی - توصیفی به واکاوی تأثیر قرابت در میزان مسئولیت کیفری با تأکید بر مجازات قصاص پرداخته‌اند.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری، قرابت، قصاص، عوامل مخففه جرم.

* نویسنده مسئول Mojtaba_sargazi@yahoo.com

مقدمه

قرابت یکی از عناصر مهم و مؤثر در فقه جزایی و حقوق کیفری اسلام است. قرابت به سه صورت تقسیم شده است: قرابت نسبی، قرابت مضاهره یا سببی و قرابت رضاعی. در باب جنایات تأثیر قرابت در دو حالت آشکار می‌شود: حالت اول، تأثیر قرابت بر وصف جنایت و حالت دوم، تأثیر قرابت بر مجازات قصاص. تأثیر خویشاوندی در مجازات مرتکب استثناء بر اصل و خلاف قاعده است. با این وجود، تأثیر قرابت بر جنایت صورت‌های متعددی دارد، رابطه خویشاوندی گاهی سبب زوال وصف جنایت می‌شود، بدین معنا که قرابت، سببی برای از بین بردن وصف تجاوز واقع شده بر نفس و مادون نفس است، و آن زمانی است که اجرای حق تأدیب یا دفاع مشروع باشد. تأدیب اختصاص به قرابت نسب از اصول، و همچنین زوج دارد. گاهی نیز سبب تخفیف وصف جنایت می‌شود؛ تحقق پیدا کردن این امر زمانی خواهد بود که اصول عمداً مرتکب جنایت بر فروع شده باشند؛ که عمل جنایی عمد را به شبه عمد و خطا تبدیل می‌کند. تأثیر قرابت بر مجازات قصاص، به حسب میزان پیوند و رابطه بین خویشان از لحاظ دوری و نزدیکی تفاوت دارد. با توجه به متکامل بودن کیفر قصاص، تأثیر قرابت در این مورد بر منع مجازات خواهد بود. قرابت مؤثر در اسقاط مجازات قصاص، همان قرابت اصول یعنی ابوت و امومت، جدودت و بالاتر است. قانون مجازات اسلامی با اقتباس از فقه امامیه در جنایات عمدی، ابوت را مانع ثبوت قصاص اعلام کرده است. بر اساس این قانون در صورت قتل فرزند به دست پدر یا جدپدری، قصاص منتفی ولی اخذ دیه و اعمال تعزیر محتمل است. در این پژوهش مصادیق متأثر از قرابت از حیث فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و مبانی و ماهیت تأثیر خویشاوندی تحلیل شده است، همچنین مواد و تغییرات مقررات قانونی قرابت مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است. چنانچه به بیان فقهاء و حقوق موضوعه در این باب توجه شود، در میان جرایم تنها زنا با محارم است که از تشدید مجازات برخوردار می‌باشد، لکن سایر جرایم از عوامل مخففه می‌باشند؛ آنچه که به صورت محسوس از آیات قرآن کریم در خصوص حکم قصاص در جنایات عمدی استفاده می‌شود؛ مشروعیت اصل قصاص و برخی از احکام کلی آن است، اما در خصوص شرط انتفاء ابوت در اجرای قصاص در قرآن کریم بدان تصریح نشده است. فقهاء امامیه صرف رابطه ابوت را مانع ثبوت قصاص می‌دانند و هیچ چیز را مانع در اجرای قصاص پدر در صورت قتل فرزند نمی‌دانند در این مقاله به واکاوی فقهی و حقوقی عدم قصاص پدر در قتل فرزند خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم قتل

قتل از نظر لغوی به معنای ازاله روح از بدن و از بین رفتن زندگی است.^۱ در اصطلاح فقهی به عملی گفته می‌شود که ادامه زندگی و حیات را از انسان گرفته و به مرگ شخص منجر شود؛^۲ در اصطلاح حقوقی قتل اینگونه تعریف شده است: لطمه به حیات دیگری وارد ساختن، خواه بواسطه‌ی عمل مادی و فیزیکی باشد، خواه بواسطه‌ی ترک فعل.^۳

در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارد که دلالت بر حرمت قتل نفس دارد. از جمله آیه ۳۳ سوره اسراء در این زمینه بیان می‌دارد:

«وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا»

و کسی را که خدا کشتنش را حرام کرده (و به جانش حرمت نهاده) جز به حق نکشید، و هر کس مظلوم (و به ناحق) کشته شود، برای وارثش تسلطی بر قاتل (جهت خونخواهی، دیه و عفو) قرار داده‌ایم، پس وارث مقتول نباید در کشتن زیاده‌روی کند؛ زیرا او (با قوانین صحیح و درستی چون دیه و قصاص) مورد حمایت قرار گرفته است.»

۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ المفردات فی غریب القرآن، بیروت، دارالعلم الدارالشامیه، ۱۴۱۲ق، چاپ اول، ص ۶۵۵.

۲. مصطفوی، حسن؛ التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰ش، ج ۹، ص ۱۹۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۵۲۸.

۲. تبیین عدم قصاص پدر در صورت قتل فرزند

آنچه که از آیات قرآن کریم در خصوص حکم قصاص در جنایات عمدی استفاده می‌شود مشروعیت اصل قصاص و برخی از احکام کلی آن است، اما در خصوص شرط انتفاء ابوت در اجرای قصاص در قرآن کریم بدان تصریح نشده است. فقهاء امامیه صرف رابطه ابوت را مانع ثبوت قصاص می‌دانند و هیچ چیز را مانع در اجرای قصاص پدر در صورت قتل فرزند نمی‌دانند؛ بنابراین چنانچه پدر، کافر باشد و فرزند مسلمان خود را به قتل برساند باز هم قصاص کردن پدر منتفی است؛ دلیل این امر آن است که در اینجا مقتضی منع قصاص، یعنی رابطه ابوت موجود بوده و علاوه بر آن، اصل، عدم اشتراط امری دیگر مانند مسلمان بودن قاتل است. دختر هم به اجماع فقهاء یا به طریق اولی حکم پسر را دارد.^۱

برای نمونه می‌توان به کلام علامه حلی در تحریر الاحکام اشاره کرد: «لا یقتل الأب بولده بل یجب علی الأب الدیة لورثة الولد غیره، و یعزر، و یجب علیه کفارة الجمع، و کذا لا یقتل الجد للأب و إن علا بالابن و إن نزل...» کشته نمی‌شود پدر در قتل فرزندش بلکه واجب است بر پدر دیه فرزند برای ورثه فرزند و تعزیر می‌شود، و واجب است بر او کفاره جمع و همچنین است جد پدری و هرچه بالاتر برود و از طریق پسر هر چه پایین برود.^۲

محقق حلی علاوه بر انتفاء ابوت به عنوان شرط سوم از شرایط اجرای قصاص به این مطلب نیز اشاره دارد که «...و علیه الکفاره و الدیه و التعزیر...»^۳ بنابراین، پدر باید دیه کامل فرزند را به ورثه او بپردازد و دیه در مال وی می‌باشد و پدر به عنوان وارث سهمی از این دیه نمی‌برد. و در صورتی که وارثی نداشته باشد، وارث او امام است.

لیکن صاحب مهذب قائل بر آن است، در صورتی که فرزند، وارثی جزء پدر نداشته باشد، دیه باید به بیت‌المال پرداخت شود و چنانچه قتل خطایی باشد هیچ دیه‌ای بر عهده عاقله نمی‌باشد.^۴ ماده ۸۸۰ قانون مدنی نیز در زمینه ارث پدر از فرزند صراحت دارد: «قتل از موانع ارث است بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می‌شود اعم از این که قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری».

با توجه به کلام فقهاء در این باب، عدم قصاص پدر در صورت قتل فرزند، حکم اجماعی در میان آنان می‌باشد؛ چنانکه صاحب جواهر ادعای بر این مطلب را دارد: «فلو قتل والد ولده لم یقتل به بلا خلاف أجده فیه، بل الاجماع بقسمیه علیه، مضافاً إلى النصوص من الطرفين؛ یکی از شرایط قصاص این است که قاتل پدر نباشد، بنابراین اگر پدر فرزندش را بکشد به خاطر این قتل کشته نمی‌شود و بر این حکم مخالفی را نیافتیم، بلکه علاوه بر وجود نصوص اجماع فقهاء از هر دو قسم (منقول و محصل) بر اثبات این حکم دلالت دارد»^۵

۳. مستندات فقهی حکم عدم قصاص پدر در صورت قتل فرزند

با بررسی مستندات که فقهاء بدان اشاره کرده‌اند موارد زیر استخراج می‌شود:

۱. الموسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، الطبعة الثانیة، مطبعة الآداب - النجف الاشرف، دار الکتب العلمیة، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان - قم - ایران، ۱۳۹۰، ص ۵۲۱؛ الموسوی الخوئی، أبوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، جلد دوم، الطبعة الثانیة، العلمیة - قم المقدسة، ۱۳۹۶هـ، ص ۷۲.
۱. علامه حلی، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، جلد پنجم، التحقیق: الشیخ إبراهیم البهادری / إشراف: جعفر السبحانی، الطبعة الأولى، اعتماد - قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ۱۴۲۱ص. ۴۶۰.
۲. الحلی (المحقق الحلی)، أبو القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد چهارم، مع تعلیقات: السید صادق الشیرازی، طبعة الثانیة، أمير - قم، انتشارات استقلال - طهران، أفست من الطبعة الثالثة ۱۴۰۳ هـ - ۱۹۸۳ م، طبع بموافقة مؤسسة الوفاء - بیروت - لبنان، ۱۴۰۹، صص ۹۸۸ - ۹۸۹.
۳. عبد العزیز بن البراج الطرابلسی، المهذب، جلد دوم، العلمیة - قم، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة، ۱۴۰۶صص ۴۵۹ - ۴۶۰.
۱. النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد چهل و دوم، تصحیح و تحقیق و تعلیق: محمود القوجانی، الطبعة الثانیة، حیدری، دار الکتب الإسلامیة - طهران، طبعة أفست عن الطبعة السادسة ۱۴۰، ۱۳۶۳ ش، ص ۱۶۹.

الف. صحیحۃ حمران از أحدهما (ع): «قال: لا یقاد والد بولده؛ پدر به واسطه کشتن فرزندش قصاص نم شود ولی فرزند در صورت قتل عمدی قصاص می‌شود»^۲.

ب. صحیحۃ حلبی از ابي عبد الله (ع): «قال: سألته عن الرجل یقتل ابنه أیقتل به؟ قال: لا؛ راوی حلبی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از آن حضرت درباره‌ی مردی که فرزندش را کشته است سؤال کردم مبنی بر اینکه آیا به واسطه کشتن فرزندش کشته می‌شود؟ حضرت فرمودند: خیر»^۳.

پ. صحیحۃ ظریف از امیر المؤمنین (ع): «قال: و قضي أنه لا قود لرجل أصابه والده فی أمر یعیب علیه فیه، فأصابه عیب من قطع و غیره و یكون له الدیة و لا یقاد؛ امام علی (ع) فرمودند: برای مردی که از جانب پدرش بر او عیبی رسیده باشد، اعم از آنکه قطع عضو باشد یا غیر آن، آن مرد حق دریافت دیه را دارد و(قاتل) قصاص نمی‌شود»^۴.

ت. معتبرۃ إسحاق بن عمار از جعفر از پدرش: «أن علیا (ع) كان یقول: لا یقتل والد بولده إذا قتله؛ از امام صادق (ع) نقل شده است که ایشان از پدر بزرگوارشان نقل کرده‌اند: امام علی (ع) فرمودند: پدر به واسطه کشتن فرزند قصاص نمی‌شود»^۵.

ث. اجماع: برخی از فقهای امامیه در بیان مستندات حکم انتفاء ابوت در اجرای حکم قصاص از اجماع به عنوان یکی از آن‌ها نام برده‌اند، همان طور که در فتوی صاحب کتاب جواهر الکلام اشاره شد، ایشان ضمن آنکه تعبیر «بلا خلاف اجده فیه» را داشته‌اند در ادامه آورده‌اند «بل الاجماع بقسمیه علیه» یعنی اجماع فقها اعم از منقول و محصل بر آن دلالت دارد.^۱

شیخ طوسی در کتاب خلاف ضمن بیان دیدگاه‌های مختلف در خصوص این موضوع در بیان ادله اصحاب و فقهای امامیه می‌فرمایند: «دلینا اجماع الفرقة و اخبارهم» یعنی دلیل ما شیعیان در این مسأله اجماع فرقه و روایات آن است.^۲

۴. ادله ممنوعیت قصاص پدر در صورت قتل فرزند

- ۱- پدر سبب وجود فرزند است و شایسته نیست که فرزند سبب عدم او گردد.
- ۲- کیفر پدر شایسته احترام پدری نمی‌باشد چنانکه در قذف هم پدر حد نمی‌خورد.
- ۳- پدر و جد پدری سعادت فرزند را می‌خواهند و پدر فرزندش را پاره تن خود می‌داند و محبت پدر به فرزند تا آخرین لحظات ادامه دارد ولی محبت فرزند نسبت به پدر چنین نیست.
- ۴- مسئولیت اقتصادی خانواده با پدر است و با فقدان او همه خانواده در تنگنا قرار می‌گیرند (تحکیم خانواده) و قصاص پدر جبران خسارت نیست؛ بلکه وارد کردن خسارت است.
- ۵- پدر و جد پدری قیم و سرپرست همه اعضای خانواده هستند.
- ۶- در اینجا چون قاتل خود ولی دم است، لذا شخص نمی‌تواند تقاضای قصاص خود را نماید.^۳

بنابراین، در توجیه عدم قصاص پدر، در قبال قتل فرزند دو مطلب قابل طرح است: اولاً: رابطه ابوت از آن‌چنان ارزش و احترامی برخوردار است که علی‌رغم تحقق مسئولیت کیفری، مانع از اجرای مجازات قصاص می‌شود و در واقع از عوامل رافع مسئولیت نسبت به قصاص است.

ثانیاً: وجود رابطه ابوت، مانع از تحقق مسئولیت کیفری در حد قصاص است و در واقع از عوامل موجهه جرم است و موجب می‌شود که عمل فاقد وصف مجرمانه در حدی که موجب قصاص بشود باشد ولی آنچه

۲. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی، دارالکتب الاسلامی - آخوندی چاپ سوم، جلد هفتم، ص ۲۹۷.

۳. همان، ص ۲۹۸.

۴. حر عاملی، وسائل الشیعه، موسسه آل البيت، قم، ج ۲۹، ص ۷۹.

۵. همان ص ۷۷.

۱. النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد چهارم و دوم، پیشین، ص ۱۶۹.

۲. الطوسی (شیخ الطائفة)، ابي جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد پنجم، تصحیح و تعلیق: محمد الباقر البهبودی، حیدری، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ۱۳۵۱ ش، ص ۱۵۲.

۳. شامبانی، هوشنگ؛ حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص ۲۳۶.

صحیح به نظر می‌رسد این است که رابطه ابوت صرفاً مانع اعمال مجازات است و هیچ تأثیری در مجرمانه بودن عمل پدر ندارد.

ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی در بیان معاذیر معاف کننده‌ی از قصاص که عدم قصاص پدر و جد پدری در قبال قتل فرزند یکی از آنهاست، اشعار می‌دارد: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد».

۵. بررسی حکم شرکت پدر با فرد دیگر در قتل فرزند

فقه‌اء امامیه بر این اعتقادند هرگاه پدری به اتفاق شخص دیگر مرتکب قتل فرزندش شود، اولیاء دم مقتول تنها حق دارند نسبت به شخص اجنبی غیر از پدر، تقاضای قصاص نمایند. پدر مقتول نیز در این موارد باید سهم دیه خود را در خصوص شرکت در قتل به اولیاء دم کسی که قصاص می‌شود بپردازد. علت این امر آن است از یک سو پدر در مقابل قتل فرزند قصاص نمی‌گردد و از سویی دیگر خون مسلمان نبایستی هدر رود، علامه حلی در تحریر الاحکام در این زمینه می‌نویسد: «لو اشترک الأب و الأجنبي فی قتل الولد، وجب القصاص علی الأجنبي دون الأب، و لا یسقط القود عن الأجنبي لمشاركة الأب، ثم یرد الأب علی الأجنبي نصف الدیة؛ در صورت مشارکت پدر در قتل فرزندش با یک فرد ثالث، واجب است فرد ثالث قصاص شود اما پدر قصاص نمی‌شود، و حکم قصاص از فرد ثالث ساقط نمی‌شود بلکه پدر نصف دیه را باید بپردازد»^۱.

ج. شمول حکم نسبت به جد پدری

فقه‌اء امامیه معتقدند که جد پدری در حکم قصاص نشدن در صورتی که نوه‌ی خویش را به قتل برساند به پدر ملحق می‌شود به این معنی که انتفاء ابوت در اجرای حکم قصاص فقط به پدر اختصاص ندارد، بلکه شامل جد پدری و هر چه بالاتر رود نیز می‌شود.^۲

صاحب جواهر بعد از الحاق جد به اب، در عدم قصاص وی می‌نویسد: «وکذا لو قتله أب الأب و إن علا کما صرح به غیر واحد، بل عن ظاهر الخلاف أو صریحه الاجماع علیه، بل لم أجد فيه خلافا؛ اگر جد (پدر پدر) و هر چه بالاتر رود نوه‌ی خویش را به قتل برساند قصاص نمی‌شود و کلام شیخ در خلاف یا صراحت وی بر وجود اجماع در این مسأله، بر این نکته دلالت دارد و در این مسأله اختلافی نیافتیم و ادعای اجماع در این مسأله دارند».

اگرچه برخی از فقه‌اء در شمول این حکم، نسبت به جد پدری اظهار تردید نموده‌اند.^۳

سید علی طباطبایی در بیان علت تردید حکم، منشاء آن را در صدق ترتب اب بر جد، به صورت حقیقت و مجاز می‌داند.

وی در ریاض المسائل در این زمینه می‌نویسد: «و فی قتل الجد للأب بولد الولد تردد، ینشأ من أنه هل هو أب حقیقه أو مجازاً؟ فإن قلنا بالأول لم یقتل به، و إلا قتل به. و المشهور الأول، و منه الفاضلان فی الشرائع و الإرشاد و القواعد و التحریر و الشهیدان فی اللمعتین و غیرهم من متأخری الأصحاب؛ در قتل نوه توسط جد پدری تردید وجود دارد و این تردید ناشی از این است که آیا جد پدری حقیقتاً پدر است یا مجازاً؟ پس اگر بگوییم حقیقتاً پدر است که در صورت قتل نوه‌اش کشته نمی‌شود و الا اگر مجازاً باشد به خاطر قتل نوه کشته خواهد شد و مشهور نظر اول را قائل‌اند».

بر اساس آرای فقهی، شخصی که فرزند خود را کشته است، علاوه بر دیه و تعزیر باید کفاره گناه قتل نفس خود را بپردازد. لیکن از آنجایی که کفاره در حقوق اسلامی، جنبه عبادی دارد و قانون مجازات اسلامی

۱. الشهید الثاني، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، ج ۱۰، پیشین، ص ۹۷ و أبو القاسم الموسوی الخوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، پیشین، ص ۲۸-۲۹.

۲. الحلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، پیشین، ص ۹۸۸؛ سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ج ۲، ص ۵۲۱ و أبو القاسم الموسوی الخوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، پیشین، ص ۷۳.

۳. الحلی (المحقق الحلی)، أبو القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، الطبعة الثانية - الثالثة، قسم الدراسات الإسلامیة فی مؤسسه البعثة - طهران، ۱۴۰۲ - ۱۴۱۰، ص ۲۸۹.

چنین چیزی را تصریح نکرده، علیرغم تصریح آمرانه آرای فقهی، مجرم قانوناً اجباری به پرداخت کفاره نخواهد داشت.

۶. قتل همسر توسط شوهر و عدم ثبوت قصاص پدر توسط فرزند

مشهور فقهاء امامیه بر این اعتقادند در صورتی که مردی همسر خویش را به قتل برساند، فرزند نمی‌تواند پدر خود را به خاطر قتل مادرش قصاص نماید.^۱ در بیان علت آن بیان داشته‌اند: همانطور که فرزند بالاصاله حق قصاص بر پدر را ندارد، تبعاً و از طریق ارث هم این حق را ندارد. ولی چنانچه فرزند شریکی در استیفای قصاص داشته باشد که جزئی از حق قصاص را به ارث ببرد، مانند اینکه زن مقتول بجز فرزند جانی (شوهرش) از فرزندی از همسر قبلی خود داشته باشد که در این صورت صاحبان حق قصاص هر دو آن‌ها می‌باشند، شریک، حق استیفای قصاص را با دادن تفاوت دیه به ورثه پدر به طور کامل و مستقل خواهد داشت.

فقهاء در استناد به حکم خویش به ادله زیر تمسک نموده‌اند:

اولاً: در روایات آمده است:

- از احدهما (ع): «قال: لا یقاد والد بولده و یقتل الولد اذا قتل والده عمدا؛ از یکی از دو امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) نقل شده است که فرمودند: پدر به خاطر قتل فرزند قصاص نمی‌شود، ولی فرزند در صورت قتل عمدی پدر کشته می‌شود».^۲

- از ابی عبدالله (ع): «قال: لا یقتل الرجل بولده اذا قتله، و یقتل الولد بولده اذا قتل والده؛ قصاص نمی‌شود پدر در قتل فرزندش، ولی فرزند در صورت قتل پدرش قصاص می‌شود».^۱

مقتضای ظهور روایات مذکور این است که پدر به خاطر فرزند قصاص نمی‌شود خواه پدر قاتل فرزند خویش باشد و یا این که حق قصاص به فرزند منتقل شده باشد؛ زیرا استیفای قصاص بر مطالبه مستحق قصاص متوقف است، و زمانی که فرزند مستحق مطالبه قصاص باشد در واقع فرزند سبب قصاص است؛ بنابراین شامل عموم مذکور در روایات می‌باشد.^۲

ثانیاً: مقتضای اولویت، عدم قصاص است، بدین معنا هرگاه فرزند به وسیله پدر عمداً به قتل برسد پدر قصاص نمی‌شود، به طریق اولی وقتی که مقتول غیر فرزند (مثلاً مادر وی) باشد و حق قصاص به فرزند منتقل شده باشد، وی نسبت به پدر حق قصاص نخواهد داشت؛ زیرا قتل نسبت به فرزند تحقق نیافته است.^۳

ثالثاً: تعلیل مذکور در روایت محمد بن مسلم شامل عدم حق قصاص هم می‌شود.

صحیح محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: لو قتله ما قتل به، و إن قذفه لم یجلد له... - إلی أن قال - و إن کان قال لإینه : یابن الزانیة، و أمه میتة و لم یکن لها من یأخذ بحقها منه إلاً ولدها منه فإنه لا یقام علیه الحدّ، لأنّ حق الحدّ قد صار لولده منها...؛ از امام باقر (ع) در مورد مردی پرسیده شد که فرزند خودش را به زنا قذف کند؟ فرمودند: اگر فرزندش را بکشد، پدر به خاطر فرزندش کشته نمی‌شود، و اگر پدر فرزندش را قذف کند، پدر به خاطر آن شلاق زده نمی‌شود... و اگر مادر جز این فرزند که از این مرد است، فرزند دیگری نداشته باشد که حق این مادر را بگیرد، در این صورت حد بر مرد اجرا نمی‌شود، ولی اگر فرزند دیگری غیر این مرد داشته باشد همان فرزند ولی این زن است».^۴

صدر این روایت ظهور در ملازمه بین عدم قصاص و حد قذف نسبت به پدر دارد و ذیل حدیث، کبرای کلی (عدم اقامه حد به پدر در صورت قذف فرزند) به موردی که حق قذف به فرزند منتقل شده، تطبیق داده شده است؛ لذا انتقال این حق به فرزند نیز مانع ثبوت حکم نسبت به پدر می‌باشد.

۱. محمد حسن النجفی، پیشین، ج ۴۲، صص ۱۷۵-۱۷۶ و أبو القاسم الموسوی الخوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، پیشین، ص ۷۴.

۲. شیخ حر عاملی، وسایل الشیعه، موسسه آل البيت، قم، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۷۷.

۱. همان، ج ۳

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، پیشین، ج ۱۵، ص ۱۵۹

۳. محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، القصاص، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، ۱۵۹.

۴. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۲۸، ص ۱۹۵.

تعلیل مذکور در این حدیث عام بوده و شامل انتقال حق به فرزند نیز می‌باشد.^۱ بنابراین، این دسته از فقهاء با توسعه احادیث معصومین (ع) آن را صرفاً ناظر به زمانی که پدر فرزند خود را بکشد ندانسته و ناظر به صورتی که فرزندی حق قصاص خود نسبت به پدرش را بخواهد اعمال کند، نیز می‌دانند.

لکن در مقابل قول فقهاء امامیه، امام خمینی (ره) قائل بر آنند هرگاه پدر همسر خویش را به قتل برساند فرزند وی می‌تواند پدر را قصاص نماید.

امام خمینی در تحریرالوسیله در این زمینه می‌فرماید: «بنابر قول صحیح‌تر فرزندان زن مقتول و حتی فرزندی که از آن زن برای مرد هستند، می‌توانند پدر خود را قصاص کنند. بعضی گفته‌اند فرزندان مشترک مالک چنین حقی نمی‌باشند، لیکن این قول وجه نیست».^۲

فرض مورد بحث در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی نشده است. اساتید حقوق برخلاف مشهور فقهای امامیه معتقدند، با توجه به عدم اشاره قانونگذار به مسئله مذکور، بر خلاف حد قذف، حق قصاص برای فرزند باقی است. با توجه به اینکه مقتضای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نه تنها این است که مقنن باید جرایم و مجازات‌ها را دقیقاً مشخص نماید بلکه باید استثنائات وارد بر آن را نیز ذکر کند؛ در این مسئله نیز قانونگذار اصل را بر این قرار داده که قتل عمد مستوجب قصاص است و تنها قتل فرزند توسط پدر و جد پدری را مشمول این اصل ندانسته است؛ لذا در این مورد باید به قدر متیقن اکتفاء کرده و استثناء مذکور را تفسیر مضیق نماییم. به عبارت دیگر در قوانین کیفری ایران نیز با توجه به اینکه ماده ۳۰۱ ق.م.ا. صرفاً در خصوص قتل فرزند توسط پدر یا جد پدری بوده و در این خصوص تفاوتی میان مطالبه کنندگان در قانون پیش‌بینی نشده است و در نتیجه با توجه به اطلاق و عموم مواد مذکور در ما نحن فیه پدر در صورت مطالبه قصاص از سوی فرزند محکوم به این مجازات خواهد شد.^۳

این فرض در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی اینگونه تنسیق یافته است: «منظور از شرط چهارم از شروط قصاص، پدر و جد پدری نبودن، نسبت به مجنی علیه است نه نسبت به ولی دم یا وارث مجنی علیه، مثلاً چنانچه پدری مادر فرزند خودش را عمداً بکشد یا دستش را قطع کند و مادر فوت کند، فرزند حق قصاص پدر را دارد».

۷. تبیین فقهی - حقوقی قتل فرزند توسط مادر

فقهاء امامیه، در صورت قتل فرزند توسط مادر، قائل بر قصاص مادر هستند.^۴ شیخ الطائفه در مبسوط در این زمینه می‌نویسد: «إذا قتل الرجل ولده لم یقتل به بحال سواء قتله حدفا بالسیف، أو ذبحاً و علی‌ای وجه قتله عندنا و عند اکثرهم، و قال بعضهم یقتل به علی تفصیل له، فإذا ثبت أنه لا یقاد به فعلیه التعزیر و الکفارة، و إذا قتله جده فلا قود أيضاً و كذلك کل جد و إن علا فأما الأم و أمهاتها و أمهات الأب، یقطن عندنا بالولد، و عندهم لا یقطن کالأباء» در میان فقهای امامیه قول مخالف در این زمینه را صاحب جواهر به نقل از ابن جنید اسکافی می‌آورد و می‌نویسد: وی معتقد است مادر همانند پدر در صورتی که فرزندش را به قتل رساند قصاص نمی‌شود و همچنین مقام معظم رهبری در تقریرات در خارج در مبحث قصاص قائل به عدم قصاص مادر است و به این صورت استدلال می‌کنند که کلمه «والد» که در روایات و قاعده مشهور «لایقاد والد بولده» بکار رفته شامل مادر نیز می‌شود و همچنین موارد متعددی کلمه «والدان» که از آن پدر و مادر اراده شده است و یا در آیه شریفه: «ووالد و ما ولد»، مراد از «والد» بدون هیچگونه تردیدی پدر و مادر است.^۵

۱. ابوالقاسم موسوی خویی، پیشین، ص ۱۵۲.

۲. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ج ۲، ص ۵۲۲.

۳. میرمحمد صادقی، حسین؛ حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، تهران: انتشارات میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲ و نیز ر.ک به ایرج گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، بر مبنای قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵.

۴. النجفی، محمد حسن؛ پیشین، ج ۴۲، ص ۱۷۰.

۵. النجفی، محمد حسن؛ پیشین، ج ۴۲، صص ۱۷۰-۱۷۱.

۷-۱. ادله قصاص مادر در صورت قتل فرزند:

مهمترین دلایل‌هایی که برای عدم معافیت مادر در صورت قتل فرزند بر شمرده شده است به شرح زیر می‌باشد:

مجازات قتل عمد، قصاص است (کتب علیکم القصاص - النفس بالنفس و ...) و موارد معافیت در منابع شرعی و قانونی تصریح شده است، پس اگر دلیل خاصی برای استثناء کردن شخصی وجود نداشته باشد باید به حکم عام قصاص عمل کرد که در مورد مادر هم دلیل خاصی وجود ندارد و مشمول مقررات عمومی قصاص می‌باشد.

ب. روایات شرعی که پدر را استثناء کرده اند قابل تسری به مادر نمی‌باشد؛ زیرا پاره‌ای از آن‌ها واژه «والد» را به کار برده‌اند و این واژه ظهور در پدر دارد مانند روایت امام صادق (ع) که فرمود: «لا یقتل الاب بینه اذا قتله و یقتل الابن بابیه اذا قتل اباه - پدر در صورتی که فرزندش را بکشد قصاص نمی‌شود اما فرزند اگر پدرش را بکشد قصاص می‌شود»

به فرض آن که روایات مزبور ظهور در پدر نداشته باشد پاره‌ای روایات کلمه «رجل» را به کار برده‌اند که در ظهور آن در پدر، تردیدی نیست مانند روایت امام صادق (ع) که فرمود: «لا یقتل الرجل بولده اذا قتله - مردی اگر فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود»؛ البته استناد به کلمه «رجل» برای تخصیص روایت به پدر چندان موجه نیست؛ زیرا معمولاً در روایات، این واژه به کار می‌رود بدون اینکه نظر به جنس مذکر داشته باشد مانند اینکه می‌گوید: مرد باید نماز خود را شکسته بخواند اما معنایش آن نیست که زن نباید نماز خود را شکسته بخواند بلکه از باب تغلیب واژه مرد را به کار می‌برد.

پ. مرحوم شیخ طوسی، علاوه بر دو دلیل فوق، اجماع فقهای شیعه را نیز به عنوان مستند رأی ایشان بیان می‌کند.

۷-۲. ادله ممنوعیت قصاص مادر در صورت قتل فرزند

مهمترین دلایلی که برای ممنوعیت قصاص مادری که فرزند خود را به قتل رسانده است می‌توان برشمرد، به شرح زیر می‌باشد:

۱- روایتی که پدر را از مجازات قصاص به خاطر قتل فرزند معاف می‌کند، شامل قتل فرزند توسط مادر هم می‌شود؛ زیرا در این روایت کلمه «اب» به کار رفته است و این کلمه هم در مورد مادر و هم در مورد پدر به کار می‌رود.

۲- آنچه که عامل به وجود آوردن چیزی است نمی‌تواند به واسطه معلول خود از بین برود و در اینجا پدر عامل به وجود آمدن فرزند است؛ بنابراین فرزند نمی‌تواند عامل به وجود آوردن خود، یعنی پدر را از بین ببرد و قصاص به خاطر قتل فرزند توسط پدر یکی از مصادیق از بین رفتن علت توسط معلول می‌باشد. این علت در مورد مادر هم کاملاً صدق می‌کند؛ زیرا مادر نیز عامل به وجود آمدن فرزند است. شهید ثانی که اعتقاد دارد مادر در صورت قتل فرزند، معاف از مجازات نیست متوجه این اشکال شده و دلیل مزبور را مخدوش اعلام کرده است؛ زیرا اگر آن را بپذیریم لازمه‌اش آن است که مادر هم از قصاص معاف باشد، حال آنکه فقهای شیعه چنین نتیجه‌ای را قبول ندارند.

۳- یکی از توجیهاتی که در مورد عدم قصاص پدر، در صورت قتل فرزند مطرح گردیده آن است که هر پدری فرزندش را پاره تن و جزئی از خود می‌داند، بنابراین چنین کسی ممکن نیست در حالت عادی مرتکب قتل فرزند و از بین بردن پاره تن خود شود و ارتکاب چنین عملی اماره بر بی‌ارادگی و عدم تعادل روانی پدر در هنگام قتل است. اگر این استدلال را بپذیریم، عیناً در مورد مادر نیز صادق خواهد بود؛ زیرا رابطه عاطفی میان مادر و فرزند نه تنها کمتر از رابطه عاطفی میان پدر و فرزند نیست، بلکه شدیدتر از آن هم می‌باشد پس به همان دلیلی که پدر معاف از قصاص است مادر نیز باید معاف از قصاص باشد.

۴- تفسیر مضیق قانون به نفع متهم اقتضاء می‌کند که مادر نیز از مجازات معاف شود؛ زیرا فقهای شیعه و سنی، پدر را از مجازات قصاص، معاف می‌دانند و در مورد مادر اختلاف نظر وجود دارد و حتی برخی از

فقهای شیعه نیز با عدم قصاص مادر همراه هستند؛ بنابراین حداقل باید قصاص مادر به خاطر قتل فرزند را به عنوان یکی از مصادیق شبهه دانست که به حکم قاعده درء، چنین مجازاتی را نمی توان اعمال کرد.^۱

۸. قتل پدر و مادر توسط فرزند و حکم سایر اقارب

فقهاء امامیه بر این اعتقادند اگر فرزندی پدر یا مادر خود را یا هر یک از اقارب یکدیگر را به قتل برساند، مشمول روایات نبوده و قواعد عمومی حاکم خواهد بود؛ بنابراین در صورت احراز عمد قاتل، به مجازات قصاص محکوم خواهد شد. و در صورت احراز قتل خطایی، دیه بر عهده عاقله می باشد و خودشان از دیه بهره ای نمی برند.

شهید ثانی در شرح لمعه در این زمینه می نویسد: «و یقتل باقی الأقارب بعضهم ببعض كالولد بوالده، و الأم بابنها و الأجداد من قبلها، و إن كانت لأب، و الجدات مطلقا، و الأخوة و الأعمام، و الأخوال و غیرهم. و لا فرق فی الوالد بین المساوی لولده فی الدین و الحریة» بقیه خویشاوندان به خاطر قتل یکدیگر قصاص می شوند مثلا فرزند به واسطه کشتن پدر یا مادر و یا مادر به خاطر کشتن پسر یا دختر خود قصاص می شوند و نیز اجداد از طرف مادر به واسطه قتل نوه قصاص می شود اگر چه مادر مادر پدر باشد و جدها مطلقا خواه پدری یا مادری و برادران خواهران عموها دایه ها و خاله ها و سایر خویشاوندان هر کدام دیگری را بکشد قصاص می شود».

نتیجه گیری

خانواده و نظم حاکم بر آن خود لایق سیستمی خاص از قواعد و قوانین است تا با مطالعه و بررسی های لازم، و اعمال نظرات موشکافانه، و به خرج دادن وسواس لازم، قواعد محکم و معتبر و مطابق با نیازهای آن، تنظیم و به مرحله اجرا گذارده شود. روابط میان افراد یک خانواده به طور عام و اقارب به طور خاص، کاملا با روابط میان افراد یک اجتماع، که به هیچ نحو با یکدیگر ارتباطی نداشته و از حمایت های مادی و معنوی یکدیگر برخوردار نمی باشند، صد البته تفاوت داشته و دارد. عدم ثبوت قصاص بر پدر و جد پدری در فرزندان و احفاد از جهات مخفقه جرم می باشد؛ و موجب می شود که عمل فاقد وصف مجرمانه گردد؛ همچنان که از مفهوم کلام فقهاء و مواد موضوعی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص پدر و جد پدری استنباط می گردد. حکم سایر اقارب، به قواعد عمومی، که همان ثبوت حد و قصاص است و گذار شده است. فقهاء امامیه این حکم را در مورد حق قصاص فرزندان از پدر خویش نیز قائل بر تعمیم حکم و عدم ثبوت قصاص برای فرزندان دانستند؛ با توجه به اینکه قتل از جرایم علیه تمامیت جسمانی می باشد، با توجه به آمار قتل - های فرزندکشی به نظر می رسد ماده ۳۰۱ ق.م.ا به دلیل سقوط قصاص پدر و جد پدری از مجازات، باعث بیم تجری این افراد و مغری از اعمال مجازات باشد. لکن حکم ماده ۳۰۱ ق.م.ا با توجه با مقتضیات زمانی و مکانی تغییر نمی کند و می توان بر تعزیر مضاعف این افراد افزود.

۱. زراعت، عباس؛ قتل فرزند توسط مادر در فقه شیعه، مجله بازتاب اندیشه، شماره ۵۰، خرداد ۱۳۸۳، صص ۲۶-۲۷.

۲. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، پیشین، صص ۹۸۸-۹۸۹ - الشهد الثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱۰، پیشین، صص ۶۴-۶۵.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- الأسدی(العلامة الحلبي)، أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، مجلد ۳ و ۵، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۱۹.
- ۳- الجبعي العاملي(الشهيد الثاني)، زين الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مجلد ۵-۶-۹ و ۱۰، الطبعة الأولى، (نسخة أفسست)، جامعة النجف الدينية، منشورات مكتبة الداوري - قم، مطبعة أمير - قم، ۱۴۱۰.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۵- الحلبي(المحقق الحلبي)، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، مجلد ۲-۳ و ۴، مع تعليقات: السيد صادق الشيرازي، طبعة الثانية، أمير - قم، انتشارات استقلال - طهران، أفسست من الطبعة الثالثة ۱۴۰۳ هـ - ۱۹۸۳ م، طبع بموافقة مؤسسة الوفاء - بيروت - لبنان، ۱۴۰۹.
- ۶- الطوسي(ابن حمزة)، أبي جعفر، المبسوط في فقه الإمامية، مجلد ۵-۷ و ۸، تصحيح و تعليق: محمد الباقر البهبودي، حيدري، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ۱۳۵۱ ش.
- ۷- زراعت، عباس، قتل فرزند توسط مادر در فقه شيعه، مجله بازتاب اندیشه، شماره ۵۰، خرداد ۱۳۸۳
- ۸- شامبياتي، هوشنگ، حقوق كيفري اختصاصي، جلد اول، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
- ۹- فتحی، حجت الله، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامي، قم: موسسه دايره المعارف فقه اسلامي، چاپ اول، ۱۳۹۳.
- ۱۰- گلدوزيان، ايرج، محشای قانون مجازات اسلامي، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- ۱۱- الموسوی الخمينی، سيد روح الله، تحرير الوسيلة، مجلد ۱ و ۲، الطبعة الثانية، مطبعة الآداب- النجف الاشرف، دار الكتب العلمية، موسسه مطبوعاتي اسماعيليان- قم- ايران، ۱۳۹۰.
- ۱۲- ميرمحمدصادقي، حسين، حقوق كيفري اختصاصي، جرايم عليه اشخاص، تهران: نشر ميزان، چاپ يازدهم، ۱۳۹۲.
- ۱۳- الموسوی الخوئي، أبو القاسم، مباني تكملة المنهاج، مجلد ۱ و ۲، الطبعة الثانية، العلمية - قم المقدسة، ۱۳۹۶ هـ.ق
- ۱۴- النجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، مجلد ۳۱-۴۱-۴۲ و ۴۳، تصحيح و تحقيق و تعليق: محمود القوجانی، الطبعة الثانية، حيدري، دار الكتب الإسلامية - طهران، طبعة أفسست عن الطبعة السادسة ۱۴۰۰، ۱۳۶۳ ش.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۵

صص ۲۵۹ - ۲۶۶

حق مرغوبیت در روبه کنونی

آسیه نقیب شهربابکی^{۱*}، رضا امیر تیموری^۲

۱- کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران

۲- کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم تحقیقات واحد کرمان، کرمان، ایران

چکیده

توسعه روزافزون شهرها و به دنبال آن، لزوم اجرای طرح‌های عمرانی توسط شهرداری‌ها به منظور احداث خیابان‌ها، میادین و بزرگراه‌ها، اصلاح و توسعه معابر، ساماندهی و احیای بافت‌های فرسوده شهری و ...، تداخل اجتناب‌ناپذیر برخی از مباحث حقوق خصوصی با حقوق عمومی را دامن زده و نهایتاً موارد قابل طرحی را حادث گردیده است. از جمله مسائل یاد شده می‌توان به موضوع حق مرغوبیت یا مشرفیت اشاره نمود. حقی که برای اولین بار در سال ۱۳۱۲ و با تصویب قانون احداث و توسعه معابر به صورت رسمی مطرح و مورد توجه قرار گرفت و سرانجام در سال ۱۳۶۰ و با تصویب قانون راجع به لغو حق مرغوبیت به کلی منتفی و ملغی اعلام گردید. پس از آنکه قانونگذار با تصویب قانون اخیرالذکر به حیات حق مرغوبیت و امکان اخذ آن خاتمه داد، ابتدائاً، وزارت کشور و سپس شوراهای اسلامی شهرها با استناد به تفاسیر متعدد حقوقی در صدد احیاء مجدد حق معدوم مذکور برآمده و بدین ترتیب شکل‌گیری اختلاف نظرهای متعدد در خصوص موضوع را موجب گردیدند. اختلاف نظری که در گذر زمان و با مداخله هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و اظهار نظر فقهای محترم شورای نگهبان، ظاهراً مرتفع و منتفی گردید، لیکن در واقع همچنان به قوت خود باقیست.

واژگان کلیدی: حق مرغوبیت، حق مشرفیت، عوارض، شهرداری، طراحی‌های شهری

* نویسنده مسئول Asiye_naghib@yahoo.com

مقدمه

اجرای طرح‌های شهری و عمرانی توسط شهرداری‌ها گاه‌آگاهاً ایجاد ارزش افزوده در قیمت املاک مجاور را موجب گردیده و شهرداری‌ها نیز در مقابل ارزش افزوده حاصله، مالکین املاک یاد شده را موظف به پرداخت حق مشرفیت یا به عبارت بهتر پرداخت عوارض بر حق مذکور می‌دانند و بدیهی است که با بررسی دقیق موضوع سؤالات متعددی به ذهن متبادر می‌گردد که پاسخگویی به هر یک از آن‌ها، لزوم انجام پژوهشی همه‌جانبه را گوشزد می‌نماید. از جمله سؤالات یاد شده می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- آیا وصول حق مشرفیت یا عوارض بر حق مذکور واجد مبنای شرعی و توجیه قانونی می‌باشد یا خیر؟
 ۲- بر فرض پذیرش قانونی و شرعی بودن حق مذکور آیا وصول وجه بابت عناوین یاد شده تمامی املاک واقع در مجاورت طرح‌های مصوب شهری را شامل می‌گردد یا اینکه می‌توان حدود و ثغور مشخصی را برای آن متصور بود؟

لازم به ذکر است که در مقاله حاضر نگارنده با هدف پاسخگویی به سؤالات مذکور به بررسی سوابق تقنینی موجود پرداخته و ضمن تحلیل نظریات مختلف در خصوص موضوع، مبنای قانونی حق مشرفیت یا مرغوبیت و نهایتاً رویه اداری و قضائی حاکم بر قضیه را به بحث گذارده است.

حال با عنایت به این مهم که سوابق پژوهشی موجود در باب حق مشرفیت عدم وجود تحقیق مبسوط و مفصل در خصوص موضوع را حکایت نموده و از طرف دیگر لزوم رفع نکات مبهم و ایضاح جوانب امر اهمیت و ضرورت انجام پژوهش حاضر را دو چندان می‌نماید امید است تا نگارنده با تحریر مقاله حاضر بتواند پاسخگوی لاقل برخی از سؤالات اساسی در خصوص موضوع باشد.

تجزیه و تحلیل مفهومی حق مرغوبیت

مرغوبیت، مصدر جعلی از مرغوب و در لغت به معنای مورد پسند واقع شدن و مقبول گشتن می‌باشد (معین، ۱۳۸۶: ۹۵۸) و اما حق مرغوبیت اصطلاحی است که در تعریف آن می‌توان به ماده ۸ قانون اصلاح قانون توسعه معابر (مصوب ۱۳۲۰/۴/۱) اشاره نمود. برابر با ماده مذکور هرگاه بر اثر عملیات شهرداری، ملکی مشرف به خیابان و گذر شود یا ملکی که مشرف به خیابان و گذر بوده و بر اثر توسعه مرغوب گردد و در نتیجه بیش از صدی ده افزایش بها حاصل کند، مالک مکلف است، یک سوم افزایش حاصله را به شهرداری بپردازد که به آن حق مرغوبیت گویند.

در کنار حق مرغوبیت همواره اصطلاح دیگری تحت عنوان مشرفیت یا حق تشرف مد نظر قانونگذار بوده بطوری که در برخی از متون قانونی دو اصطلاح مذکور در یک ردیف و مترادف یکدیگر به کار رفته‌اند، اما بدیهی است که حق مرغوبیت و حق مشرفیت همانطور که دارای معنای لغوی مستقل از هم می‌باشند می‌توانند در اصطلاح نیز مفید مفاهیم متفاوت باشند. با این توضیح که حتماً و همیشه مشرفیت املاک به خیابان، گذر و امثالهم موجب مرغوبیت و ارزش افزوده در املاک نمی‌گردد و در مقابل مرغوبیت حاصل در یک ملک همواره ناشی از تشرف آن ملک به خیابان و گذر نمی‌باشد، علی‌ایحال صرف نظر از تفاوت مذکور و با عنایت به رویکرد قانونگذار به نظر می‌رسد که اصطلاحات مذکور، دست کم در حیطه قوانین و مقررات شهرداری و شهرسازی واجد مفهوم واحد تلقی شده و نمی‌توان تفاوت معنایی خاصی بین آن دو متصور بود. هر چند که برخی برابر با آنچه در ادامه خواهد آمد با تمسک به تفاوت معنایی مذکور بین حق مرغوبیت و حق شرفیت قائل به تفکیک شده و بر همین اساس یکی را ملغی و دیگری را باقی می‌دانند. در نهایت به نظر می‌رسد که موضوع، مبنی و ارکان دو حق مذکور یکی بوده و در عمل حقی را که شهرداری نسبت به ارزش افزوده حاصل از طرح‌های احداث، اصلاح و توسعه معابر از صاحبان املاک واقع در بر گذرهای احداثی و اصلاحی دریافت می‌کند حق مرغوبیت یا مشرفیت می‌نامند (کامیار، ۱۳۷۸: ۵۹ تا ۷۸)

برای اولین بار در سال ۱۳۱۲ مجلس شورای ملی با تصویب قانون راجع به احداث و توسعه معابر و خیابان‌ها موضوع ارزش افزوده ناشی از اجرای طرح‌های شهری را مد نظر قرار داد، بطوری که ماده ۴ از قانون مذکور بیان می‌داشت: «هرگاه ملک عقبی که بواسطه از بین رفتن ملک جلو مشرف به معبر می‌شود بیش از صدی ده ازدیاد قیمت حاصل کند، زیادتی مزبور به وسیله خبره، مطابق ماده سوم تقویم خواهد شد

و مالک ملک عقبی مکلف است، ثلث اضافه حاصله را به بلدیّه، نقداً یا به موعداً یا به ترتیب اقساط بپردازد ...»

هشت سال بعد یعنی در سال ۱۳۲۰ با تصویب قانون اصلاح قانون توسعه معابر، قانونگذار ضمن نسخ صریح قانون راجع به توسعه معابر و خیابانها (مصوب ۱۳۱۲) و به منظور تبیین و تشریح حق مرغوبیت و نحوه وصول آن ماده ۸ قانون اصلاح قانون توسعه معابر را جایگزین ماده ۵ قانون اخیرالذکر نمود. برابر با ماده مذکور حتی در مواردی که ملک از قبل مشرف به خیابان و گذر باشد، اما در اثر توسعه معبر مرغوب گردد، مالک مکلف است تا یک سوم افزایش قیمت حاصله در خصوص ملک را نقداً یا به ترتیب اقساط به شهرداری بپردازد.

در سال ۱۳۳۹ قانونگذار با تصویب قانون مربوط به تملک زمین برای اجرای برنامه‌های شهرسازی، ماده ۷ از قانون مذکور را به موضوع ارزش افزوده ناشی از اجرای طرح‌های دولتی و نحوه‌ی محاسبه و وصول آن از مالکین اختصاص داد. برابر با ماده مذکور «اگر اضافه ارزشی که در نتیجه اجرای برنامه‌های شهرسازی و خانه‌سازی در املاک خصوصی مجاور نسبت به ارزش آن املاک در تاریخ یک سال قبل از آغاز برنامه‌های مزبور حاصل گردد، بیش از ۲۰ درصد باشد، نصف مازاد به دولت تعلق خواهد گرفت ...»

همانطور که ملاحظه می‌گردد، قانون یاد شده، ناظر بر برنامه‌های شهرسازی و خانه‌سازی اعمال شده از سوی دولت بوده و منصرف از عملیات شهرداری‌ها به عنوان احد از مؤسسات عمومی غیردولتی می‌باشد. در تاریخ ۱۳۴۲/۷/۱۰ لایحه قانونی نیازمندی‌های شهر و توسعه معابر به تصویب هیئت وزیران وقت رسید، برابر با ماده ۶ از لایحه قانونی مذکور «املاک و اراضی که در عمق ۵۰ متر در اطراف منطقه عملیات موضوع ماده ۱ واقع شده، چنانچه در اثر عملیات شهرداری نسبت به قیمت قبل از انتشار آگهی ماده ۲ و بیش از ده درصد اضافه بها حاصل کنند، مالکین موظفند، نصف اضافه بهای حاصله را به عنوان حق مرغوبیت یا تشرف به شهرداری بپردازند». همانطور که ملاحظه می‌گردد، هیئت وزیران با تصویب لایحه قانونی یاد شده، ضمن افزایش سهم شهرداری از اضافه بهای حاصله از اجرای طرح‌های شهری، برای اولین بار اصطلاحات حق مرغوبیت و حق تشرف را در کنار هم و به عنوان دو اصطلاح مترادف و هم معنی بکار برده است. البته لازم به توضیح می‌باشد که لایحه قانونی نیازمندی‌های شهر و توسعه معابر به جهت نسخ صریح در مورخه ۱۳۴۲/۹/۲۰ مجال چندانی جهت اجرا نیافت.

قانونگذار در سال ۱۳۴۷ و بعد از تصویب قانون نوسازی و عمران شهری با اختصاص ماده ۱۸ قانون مذکور به موضوع حق مرغوبیت، مأخذ و نحوه‌ی وصول آنرا به تصویب آئین‌نامه اجرائی مربوطه موکول نمود و آئین‌نامه مذکور نیز تحت عنوان آئین‌نامه حق مرغوبیت موضوع ماده ۱۸ قانون نوسازی و عمران شهری در مورخه ۱۳۴۸/۷/۲۲ به تصویب رسیده و در آن به نحو مشخص به بیان موضوع پرداخته شده است. در نهایت لازم به توضیح است هر چند جهت فهم بهتر موضوع تحلیل و نقد مواد قانونی پیش گفته خالی از فایده نخواهد بود، لیکن به دلیل منسوخه یا متروکه گشتن قوانین مذکور و محدودیت‌های موجود در تحریر مقاله از پرداختن به تحلیل و بررسی بیشتر پیرامون موضوع پرهیز می‌گردد.

سیر قانونگذاری بعد از انقلاب اسلامی

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران مقررات راجع به حق مرغوبیت به مانند بسیاری از قوانین دیگر دچار تحولات گسترده‌ای گردید، بطوری که در اسفند ماه سال ۱۳۵۸ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران با تصویب لایحه قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت و به موجب تبصره ۴ از ماده ۱۰ قانون مذکور اخذ هرگونه وجه بابت حق مرغوبیت، حق تشرف و مشابه آن را از مالکین اراضی مشمول طرح‌های این قانون ممنوع اعلام نمود. برابر با تبصره مذکور که اشعار می‌دارد: «طرح‌های موضوع این قانون از تاریخ شروع به اجرا از پرداخت هر نوع عوارض مستقیم به شهرداری‌ها، مثل عوارض متعلق به زمین و ساختمان و سایر اموال منقول و غیرمنقول و حق تشرف و حق مرغوبیت و مشابه آن، معاف هستند». (باختر، ۱۳۹۳: ۱۶)

به نظر می‌رسد که ممنوعیت یاد شده صرفاً مربوط به املاکی می‌باشند که قسمتی از آن‌ها در محدوده طرح‌های شهری قرار گرفته و باقیمانده ملک بواسطه اجرای طرح از ارزش افزوده برخوردار می‌گردد اما با گذر زمان و سرانجام در مورخه ۶۰/۸/۲۸ قانونگذار با تصویب قانون راجع به لغو حق مرغوبیت اخذ هرگونه وجه تحت عنوان حق مرغوبیت را به کلی ممنوع و ملغی اعلام نمود.

حال شهرداری‌ها که با وصف موجود یکی از منابع اصلی جذب درآمد خود را از دست داده بودند، در صدد برآمدند تا به نوعی با احیاء حق معدوم مذکور راهی به وصول مجدد وجوه ممنوعه یاد شده بگشایند. سرانجام پیرو تلاش‌های مذکور وزارت کشور در مقام احیاء حق مرغوبیت طی نامه شماره ۱۰۸۵/۱/۳/۲۴ مورخ ۶۹/۱/۱۹ در خصوص ارزش افزوده ناشی از اجرای طرح‌های شهری از محضر رهبر معظم انقلاب کسب تکلیف نموده و طی مرقومه مذکور سؤال می‌نماید:

چنانچه احداث یا تعریض یک معبر یا شارع عام با توجه به آنکه هزینه‌های خرید و تملک املاک واقع در مسیر احداث یا تعریض و همچنین هزینه‌های احداث آن را عموم مردم شهر به طرق مختلف و یا به صورت عوارض به شهرداری می‌پردازند و مالکیت نیز، مالکیت عمومی (جزء اموال عمومی شهر) است باعث شود ملک شخصی برخوردار گردد از دور امکان بالفعل و بالقوه ... آیا تفاوت ارزش ایجاد شده بالفعل به صورت دارائی (ثروت) و بالقوه به صورت اجاره بها، سرقفلی و غیره متعلق است به وی (مالک) یا عموم مردم شهر (شهرداری به نائب منابی مردم شهر) که پرداخت کننده تمام هزینه‌ها بوده‌اند (با این عنوان که بتوانند قسمتی از هزینه‌های مصروفه را جبران و بالمآل عمران بیشتری را در نقاط دیگر شهر انجام دهند) مستدعی است، اوامر حضرتعالی را در این خصوص امر به ابلاغ فرمائید. بدیهی است چنانچه نظر حضرتعالی مشعر بر تأیید عدم تعلق ارزش افزوده ایجاد شده به مالک باشد نسبتی از ارزش افزوده فوق به هنگام فروش یا تبدیل به احسن از مالکین این قبیل املاک وصول خواهد شد.

دفتر مقام معظم رهبری نیز در پاسخ به سؤال مطروحه اعلام می‌دارد: «وزیر محترم کشور، نامه شماره ۱۰۵۸/۱/۳/۲۴ مورخه ۶۹/۱/۱۹ جنابعالی موضوع استفتاء در خصوص حق مرغوبیت به استحضار مقام محترم رهبری رسید، فرمودند در اینکه ارزش افزوده ناشی از عبور خیابان از نزدیکی یک ملک متعلق به صاحب آن ملک است، نباید هیچ شک داشت. دولت یا شهرداری می‌تواند در صورت تصویب مجلس یا هر مقام قانونی مالیات ببندد، هم بر ارزش افزوده و هم برای ملکی که خیابان جدیدی از کنار آن عبور می‌کند.» (کامیار، ۱۳۷۸: ۷۵).

وزارت کشور نیز با تعلق این پاسخ به عنوان مجوزی شرعی و قانونی مستنداً به بند (الف) از ماده ۲۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین (مصوب ۱۳۶۹) تعرفه عوارضی حق مشرفیت را تهیه، که تعرفه مذکور پس از طی تشریفات قانونی و البته با اندکی اصلاحات به تأیید و امضاء ریاست جمهوری وقت رسیده و سپس جهت اجرا به شهرداری‌های سراسر کشور ابلاغ و ارسال گردید. تعرفه عوارضی حق مشرفیت که شامل ماده واحد و ۴ تبصره می‌باشد، بیان می‌دارد: «به کلیه اراضی و املاکی که بر اثر اجرای طرح‌های احداث، تعریض، توسعه و اصلاح معابر و میادین در بر گذر احداثی یا اصلاحی یا تعریضی و توسعه‌ای واقع می‌شوند، عوارض حق تشریف برای یکبار تعلق می‌گیرد که هنگام فروش (نسبت به سهم فروش رفته) از صاحبان این قبیل املاک، برابر مفاد تبصره‌های ذیل این ماده واحد، توسط شهرداری وصول خواهد شد.

تبصره ۱: عوارض تشریف هر قطعه زمینی که در معرض اجرای طرح‌های مذکور در متن ماده واحد قرار می‌گیرد عبارت است از: ۳ برابر مابه‌التفاوت ارزش قطعه زمین قبل از اجرای طرح با ارزش بعد از اجرای طرح‌های مذکور به قیمت منطقه‌ای روز دریافت عوارض مشروط بر آن که از ۲۰ درصد قیمت روز دریافت عوارض به تشخیص کارشناس مرضی‌الطرفین از کارشناسان رسمی دادگستری تجاوز نکند.

تبصره ۲: قیمت منطقه‌ای عبارت است از آخرین ارزش معاملاتی زمین که ملاک عمل اداره امور اقتصادی و دارائی هر شهر بوده و در اجرای ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم تعیین و ابلاغ می‌شود.

تبصره ۳: در صورت موافقت و تقاضای مالک نسبت به اراضی و املاکی که قسمتی از آن در اجرای یکی از طرح‌های مذکور در ماده واحده در معرض اجرای طرح واقع می‌شود، شهرداری در قالب مفاد قانون زمین شهری و لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت بر حسب مورد ارزش عرصه و اعیان آن قسمت از ملک را که در معرض طرح قرار می‌گیرد ارزیابی و همراه با میزان حق تشرف و بقیه ملک در لیست واحدها منظور خواهد نمود تا به هنگام اجرای طرح، ملاک عمل در تعیین مطالبات یا بدهی شهرداری قرار گیرد.

تبصره ۴: چنانچه در اجرای متن تبصره ۳ مطالبات شهرداری از مقدار غرامت آن قست از اراضی و املاکی که در معرض طرح قرار می‌گیرد بیشتر باشد، در صورت تقاضا و موافقت مالک عوارض مربوط به میزان مازاد به هنگام فرش ملک وصول خواهد شد.

تحلیل و نقد تعرفه عوارضی حق تشرف

تصویب تبصره ۴ از ماده ۱۰ لایحه قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت از یکسو و تصویب قانون راجع به لغو حق مرغوبیت از سوی دیگر پذیرش تعرفه عوارضی حق تشرف را با مشکلاتی مواجه می‌سازد. در همین راستا، قائلین به قانونی بودن مصوبه مذکور به منظور دفاع از آن با استناد به تفاسیر عدیده، تعرفه عوارض حق تشرف را منطبق با شرع و قانون قلمداد نموده و اجرای مفاد آنرا ضروری می‌دانند. از میان اهم استدلال‌ها بعمل آمده در این خصوص می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود.

اولاً: اینکه در دفاع از مصوبه موضوع بحث به این نکته اشاره می‌گردد که آنچه به موجب قانون راجع به لغو حق مرغوبیت (مصوب ۱۳۶۰) ممنوع و ملغی اعلام شده، دریافت وجه تحت عنوان حق مرغوبیت است و در مقابل آنچه به موجب تعرفه عوارضی حق مشرفیت موضوعیت یافته حق تشرف می‌باشد و این در حالی است که اساساً مرغوبیت و مشرفیت دو مفهوم مستقل و متفاوت از یکدیگر بوده و ممنوعیت اخذ یکی را نمی‌توان دلیلی بر عدم جواز اخذ دیگری قلمداد نمود.

در مقابل برخی با صرف‌نظر از استدلال فوق و با تأکید بر این مهم که از نقطه نظر لغوی و همچنین از حیث مفهوم اصطلاحی بین حق مشرفیت و عوارض بر حق مشرفیت تفاوت‌های اساسی وجود دارد، چنین اظهار نظر می‌نمایند که آنچه اخذ آن به موجب تعرفه عوارضی حق مشرفیت تجویز شده است نوعی عوارض بر حق مشرفیت می‌باشد نه حق مشرفیت و با این استدلال ضمن پذیرش ممنوعیت اخذ وجه تحت عنوان حق مشرفیت، وضع عوارض بر این حق و وصول آنرا قانونی و شرعی می‌دانند.

حال در مقابل استدلال اول و در مقام رد آن بایستی متذکر شد هر چند مرغوبیت و مشرفیت در لغت هر کدام مفید معنای متفاوتی بوده و از نظر مفهومی نیز در انطباق کامل قرار ندارند، اما بررسی عملکرد قانونگذار در برخورد با واژگان مذکور و همچنین مطالعه رویه حاکم بر قضیه، مبین این مهم است که نه قانونگذار تفصیل منطقی و مفهومی مذکور را پذیرفته و نه اینکه در عمل تفاوتی بین این دو احساس می‌گردد، چرا که قانونگذار در بسیاری از موارد، دو اصطلاح حق مشرفیت و حق مرغوبیت را در کنار هم و بصورت مترادف بکار برده و از طرف دیگر در عمل نیز آنچه به عنوان حق مشرفیت وصول می‌گردد، دقیقاً همان چیزی است که تحت عنوان حق مرغوبیت اخذ می‌شده است، بطوری که چنانچه با لحاظ رویه حاکم بر قضیه درصدد ارائه تعریف از دو اصطلاح مذکور باشیم نهایتاً به دو تعریف واحد خواهیم رسید.

و اما در رد استدلال دوم که موافقان آن با استناد به تفاوت معنایی و مفهومی بین حق مشرفیت و عوارض بر این حق، ضمن تأیید ممنوعیت اخذ حق مشرفیت، جعل عوارض بر حق مذکور را مجاز و شرعی دانسته‌اند بایستی متذکر شد هر چند تعرفه عوارض حق مشرفیت ظاهراً ناظر بر اخذ عوارض متعلق به حق مذکور بوده و مستقیماً بر اخذ حق مشرفیت دلالت ندارد، لیکن به نظر می‌رسد تعیین عنوان عوارض بر حق مشرفیت به نوعی بازی با واژگان بوده و آنچه به موجب تعرفه یاد شده و تحت عنوان عوارض قابل وصول است دقیقاً همان حق مشرفیت یا مرغوبیت می‌باشد که وصول آن قانوناً ممنوع و ملغی گردیده است. مضافاً اینکه با مذاقه در جوابیه دفتر مقام معظم رهبری به استفتاء وزیر محترم کشور عیناً آمده است: «در اینکه

ارزش افزوده ناشی از عبور خیابان از نزدیکی یک ملک، متعلق به صاحب آن ملک است نباید هیچ شک داشت. دولت یا شهرداری می‌تواند در صورت تصویب مجلس یا هر مقام قانونی مالیات بندد هم بر ارزش افزوده و هم برای ملکی که خیابان جدیدی از کنار آن عبور می‌کند».

همانطور که ملاحظه می‌گردد در جوابیه فوق تعیین مالیات بر ارزش افزوده و املاک موضوع استفتاء، آن هم توسط مجلس قانونگذاری یا مقامی که قانون مجوز تعیین مالیات مربوطه را به وی تفویض نموده است مد نظر مقام معظم رهبری بوده نه عوارض بر ارزش افزوده و همانطور که می‌دانیم بین مالیات و عوارض هم از حیث معنای لغوی و هم مفهوم اصلاحی تفاوت‌های اساسی و غیرقابل اغمازی وجود دارد بطوری که بنا بر تعریف ارائه شده، مالیات سهمی است که به موجب اصل تعاون ملی و بر وفق مقررات هر یک از سکنه کشور موظف است که از ثروت و درآمد خود به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منافع اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی کشور به قدر قدرت و توانایی خود به دولت پرداخت نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۶۰۱)

اما این در حالی است که در مقابل عوارض به صیغه جمع به معنی نوعی باج است که فرق عمده آن (در غالب مصادیق) با مالیات در این است که به عنوان جبران هزینه‌هایی که یک مؤسسه عمومی (اداری یا شهرداری) می‌کند در مقابل انجام کار یا خدمت دریافت می‌شود ... (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۷۸)

البته لازم به ذکر است که در طول مدت اجرای مفاد تعرفه عوارضی حق مشرفیت شکایات متعددی نسبت به مصوبه مذکور طرح و در شعب مختلف دیوان عدالت اداری به آن رسیدگی شده است به طوری که برخی از شعب با وارد دانستن شکایت و با وجود صراحت قانون راجع به لغو حق مشرفیت معتقد بودند که مصوبه وزارت کشور نمی‌تواند جانشین قانون مصوب مجلس گردد و در مقابل نیز برخی از شعب با پذیرش مصوبه تعرفه عوارضی مذکور آنرا مطابق قانون و لازم اجرا دانسته‌اند تا اینکه سرانجام در مورخه ۱۳۸۶/۱۱/۱۷ و با طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و به منظور پایان دادن به اختلافات موجود به شرح ذیل اتخاذ تصمیم می‌گردد.

رای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع: «با توجه به اینکه نظریه شماره ۱۳۰۰ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۲ فقهای محترم شورای نگهبان به صراحت مغایرت بخشنامه مورد اعتراض با احکام شرع را اعلام ننموده است و از طرفی عوارض موضوع مصوبه فوق‌الذکر در اجرای بند (الف) ماده ۳۴۰ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و تعیین موارد مصرف آن (مصوب ۱۳۶۹) به تصویب مقام ریاست جمهوری رسیده است، لذا مصوبه مورد شکایت مخالف قانون نیز شناخته نمی‌شود.»

البته لازم به ذکر است که بسیاری از شهرداری‌های سراسر کشور در ارتباط با موضوع به تعرفه عوارضی حق مشرفیت اکتفا نموده و با تنظیم تعرفه‌های مستقل و مختص به خود تصویب دستورالعمل‌های مربوط به نحوه تعیین و اخذ حق مشرفیت را به شوراهای اسلامی شهر پیشنهاد داده‌اند که در بسیاری از موارد دستورالعمل پیشنهادی شهرداری در شوراها تصویب و پس از طی مراحل قانونی جهت اجرا ابلاغ شده است.

نقد و بررسی رویه حاکم

همانطور که اشاره شد در سال‌های اخیر بسیاری از شهرداری‌های سراسر کشور به تعرفه عوارضی حق مشرفیت اکتفا نموده و رأساً تعرفه‌های تنظیمی خود را جهت تصویب به شوراهای اسلامی مربوطه پیشنهاد داده‌اند، بطوری که پیشنهادات مذکور نیز در اکثر موارد مصوب و جهت اجرا به شهرداری‌ها ابلاغ شده است و بدین ترتیب با نادیده گرفته شدن سابقه قانونگذاری در خصوص موضوع و از نظر دور داشتن محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های موجود، شهرداری‌ها با احیاء مجدد حق مشرفیت یا مرغوبیت نسبت به وصول آن اقدام می‌نمایند بطوری که اقدامات و تصمیمات مذکور در اکثر موارد موجبات نارضایتی شهروندان و مراجعین به شهرداری‌ها را فراهم ساخته و نتیجتاً طرح شکایات متعدد از اقدامات اینگونه را منجر گردیده است. نهایتاً اینکه طرح شکایات مذکور در خصوص موضوع موجب گردید تا رسیدگی به پرونده‌های متشکله در ارتباط با فقره یاد شده در دستور کار هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گیرد. در همین ارتباط در مورخه ۱۳۹۴/۳/۱۲ ریاست وقت دیوان عدالت اداری در راستای اجرای حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۸۴ و همچنین ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) طی مرقومه‌ای نظر فقهای

شورای نگهبان را در خصوص موضوع جویا گردید و در استعلام مذکور ضمن پرداختن به سابقه قانونگذاری و با مد نظر قرار دادن جوابیه دفتر مقام معظم رهبری به آراء معارض فقهای شورای نگهبان در خصوص موضوع اشاره نموده و نهایتاً اعلام نظر صریح و قطعی ایشان را خواستار می‌گردد، بطوری که فقهای معظم شورای نگهبان نیز در جلسه مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۳ به بحث و بررسی در خصوص موضوع پرداخته و نهایتاً به شرح ذیل اعلام نظر می‌نمایند:

«اخذ حق مشرفیت که همان حق مرغوبیت است شرعاً حرام می‌باشد ولی جعل عوارض بر این حق در فرض وجود حق جعل عوارض توسط مقنن شرعاً مانعی ندارد توضیح اینکه حق اشراف و حق مرغوبیت که همان ارزش افزوده مذکور در جوابیه دفتر مقام معظم رهبری مد ظله العالی موجود در پرونده است ملک مالک زمین و ساختمان است و اخذ آن از مالک براساس ماده واحده قانون راجع به لغو حق مرغوبیت (مصوب ۱۳۶۰/۸/۲۸) مجلس شورای اسلامی ممنوع است در نتیجه شرعاً اخذ آن اکل المال بالباطل بوده و حرام می‌باشد و این حق یکی از اموال شخصی می‌باشد و در نتیجه جعل عوارض بر آن در صورت وجود مجوز قانونی محذوری ندارد» (کامیار، ۱۳۷۸: ۷۱).

علی‌الاحوال صرف نظر از مراتب پیش گفته و در شرح رویه اداری حاکم بر قضیه لازم به ذکر است که اکثر شهرداری‌های سراسر کشور به نحو مقتضی نسبت به تعیین و اخذ حق مشرفیت ناشی از اجرای طرح‌های شهری برابر با مصوبات شورای اسلامی مربوطه اقدام نموده و گاهاً نیز ملاحظه می‌گردد که در مصوبات یاد شده عبارت عوارض بر حق مشرفیت جایگزین عنوان حق مشرفیت گردیده تا تبعیت از نظر فقهای محترم شورای نگهبان به ذهن متبادر گردد و اما در مقابل به نظر می‌رسد که محاکم در برخورد با موضوع رویه دیگری را حاکم ساخته و در ارتباط با مراجعینی که تمام یا قسمتی از ملک ایشان بدون طی تشریفات قانونی و در راستای اجرای طرح‌های مصوب شهری توسط شهرداری‌ها تصرف گردیده و اینک ایشان با استناد به تصرفات بعمل آمده، بهای اراضی واقع در طرح را مطالبه می‌نمایند. چیزی به عنوان حق مشرفیت یا عوارض بر حق مشرفیت را در محاسبات خود دخیل ن ساخته و اکثراً بدون در نظر داشتن حق مذکور، شهرداری‌ها را به پرداخت بهای روز اراضی واقع در محدوده اجرای طرح، برابر با قیمت کارشناسی محکوم می‌نمایند.

نتیجه‌گیری

با عنایت به تبصره ۴ ماده ۱۰ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت و همچنین با توجه به حکم صریح ماده واحده قانون راجع به لغو حق مرغوبیت و نهایتاً با در نظر داشتن آخرین نظر فقهای معظم شورای نگهبان در خصوص موضوع به نظر می‌رسد اخذ هرگونه وجه بابت حق مشرفیت یا مرغوبیت و امثالهم فاقد توجیه شرعی و قانونی بوده و امکان وصول آن منتفی می‌باشد. لیکن از آنجا که فقهای محترم شورای نگهبان با لحاظ تفاوت معنایی و مفهومی بین حق مشرفیت و عوارض بر حق مشرفیت، جعل عوارض بر حق مذکور را تجویز نموده‌اند. شاید بتوان با در نظر داشتن بند ۱۶ از ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵، تصویب تعرفه‌های عوارضی حق مشرفیت توسط شوراهای اسلامی را موجه و قانونی قلمداد نمود، اما نایبستی از نظر دور داشت که بر فرض فراهم بودن امکان جعل عوارض بر حق مشرفیت، این عوارض صرفاً به املاکی تعلق خواهد گرفت که در اثر اجرای طرح‌های شهری دارای ارزش افزوده گردیده، بی‌آنکه تمام یا قسمتی از این املاک در محدوده طرح‌های مذکور واقع گردد، چرا که با عنایت به قسمت اخیر تبصره ۴ ماده ۱۰ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت نه تنها اراضی واقع در محدوده طرح‌های موضوع لایحه قانونی مذکور از پرداخت حق تشرف، حق مرغوبیت و مشابه آن معاف می‌باشند، بلکه براساس صدر تبصره یاد شده، اخذ هرگونه عوارض مستقیم توسط شهرداری‌ها مثل انواع عوارض متعلق به زمین، ساختمان و ... نیز ممنوع اعلام گردیده است. لذا به نظر می‌رسد املاکی که قسمتی از آنها در اثر اجرای طرح‌های مصوب شهری به تصرف و

نهایتاً تملک شهرداری‌ها درخواهد آمد، علاوه بر معافیت از پرداخت حق مشرفیت از پرداخت عوارض بر حق مشرفیت نیز معاف می‌باشند.

فهرست منابع

- ۱- باختر، سید محمد رسول، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ اول ۱۳۹۳
- ۲- بشیری، عباس، حقوق واگذاری، تبیین مالکیت، انتقال، انتفاع، ارتفاق، تخصیص، بهره برداری و تملک انواع اراضی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۲
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶
- ۴- جوادی آملی، عبد الله، حق و تکلیف در اسلام، تهران، انتشارات اسراء، چاپ ششم، ۱۳۹۲.
- ۵- حجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه کامل قوانین و مقررات محشای اراضی، جنگل‌ها، آب و کشاورزی، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۹
- ۶- شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه طباطبائی، چاپ بیستم، ۱۳۸۶
- ۷- کامیار، غلامرضا، حق مرغوبیت، مجله کانون، سال چهل و سوم، اردیبهشت و خرداد ۱۳۷۸، شماره ۱۲.
- ۸- معین، محمد، فرهنگ فارسی یک جلدی، تهران، نشر سرایش، چاپ نهم، ۱۳۸۶

بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی در پنج کشور امریکا، آلمان، آلبانی، ایران و فرانسه

راضیه همراهی^{۱*}، جمیل حسن پور^۲، میرابراهیم صدیق^۳

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی

۲- استادیار گروه حقوق، واحد شهریار، دانشگاه آزاد اسلامی، شهریار، ایران

۳- استادیار گروه علوم سیاسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

چکیده

جرایم علیه عدالت قضایی رفتارهایی هستند که به حقوق افراد در دسترسی برابر به دستگاه قضایی و یا حق جامعه در تعقیب و مجازات بزهکاران خلل وارد می‌آورند. به عبارت دیگر جرایم علیه عدالت قضایی را می‌توان گونه‌ای از جرایم دانست که زمینه را برای عدم تحقق عدالت فراهم می‌کند. وقتی جرمی به وقوع می‌پیوندد دستگاه عدالت قضایی با طی چند مرحله سعی در ایجاد زمینه تحقق عدالت قضایی دارد. در مرحله کشف جرم، تعقیب مجرم، دادرسی عادلانه و اجرای حکم ممکن است اقداماتی صورت گیرد که به نحوی موجبات عدم تحقق عدالت قضایی را فراهم کند. به همین دلیل کشورها در قوانین جزایی خود اقدامات علیه عدالت قضایی را جرم‌انگاری می‌کنند. در این مقاله با نگاهی به قوانین جزایی پنج کشور سعی در مقایسه تطبیقی مصادیق جرایم علیه عدالت قضایی داریم. در قوانین جزایی ایران نیز اگرچه مصادیقی از مفهوم کلی جرایم علیه عدالت قضایی به طور پراکنده جرم‌انگاری شده، اما شاهد وجود فصلی مختص جرایم علیه عدالت قضایی نیستیم. بدین ترتیب در این نوشتار به بررسی جرایم علیه عدالت قضایی در کشور آلمان، آلبانی و امریکا با نگاهی به حقوق ایران و فرانسه و بیان خلاهای قوانین ایران خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: جرایم علیه عدالت قضایی، قانون جزا، امریکا، فرانسه، ایران.

* نویسنده مسئول raziehamrahi@gmail.com

مقدمه

عدالت قضایی از بزرگترین اهداف هر نظام قضایی است تا در سایه آن عدالت کیفری به خوبی اجرا شده، دادگستری صورت پذیرد. برای رسیدن به عدالت قضایی قانونگذاران کشورها اقدام به جرم‌انگاری اعمالی نموده‌اند که در روند اجرای عدالت خلل ایجاد نمایند. عدالت و به تعبیر قرآنی آن، «عدل»، به لحاظ مفهومی با واژه قسط و مساوات نزدیکی بسیار دارد. اما به تعبیر حضرت امیر المومنین (ع) عدالت عبارتست از «قرار دادن هر چیزی به جای خود» در حالی که مساوات به معنای برابری و اعم از مفهوم عدالت بوده، شامل قرارگیری هر چیزی به جای خود نیز می‌شود. گرچه عدالت گاه همان مساوات است؛ اما در مواردی نیز ممکن است که عدالت اقتضای نابرابری نیز نماید. در حقیقت عدالت دادن حق هر کسی به اوست. اما مفهوم واژه قسط، در بردارنده نوعی توسعه عدالت در سطح جهان است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۴۹).

عدالت مفهومی است که عقل و فطرت هر فردی بدان دستور می‌دهند. اما برای عدم ایجاد هرج و مرج با تشخیص فردی عدالت، نیازمند قانون هستیم. در درجه اول بهترین قانونگذاران کسی است که آگاه‌تر و بی‌خطاترین آن‌ها باشد. بدین سبب در فرهنگ اسلامی قانونگذار حقیقی خداوند بوده و دستورات او در قالب شرع و فقه اسلامی لازم‌الاتباع است (تسخیری؛ ۱۳۸۳، ۶۸).

عدالت به صورت مضاف، جهت خاصی از مفهوم گسترده عدالت را در بر می‌گیرد. لذا عدالت اقتصادی در بر دارنده عدالت در جهت اقتصاد جامعه است، و عدالت سیاسی شامل اجرای عدالت در جهت سیاسی است. عدالت قضایی نیز در بردارنده اجرای عدالت در جهت قضایی است.

باید توجه داشت که «عدالت قضایی» متفاوت از «عدالت کیفری» است. در حقیقت عدالت کیفری این هدف را پی می‌گیرد که کیفر و مجازات بر اساس عدالت باشد، اما عدالت قضایی به دنبال اجرای عادلانه مجازات و در صدد پی گیری عدالت در مرحله قضاوت و پس از آن است. (همان، ۶۹).

از «برنارد بورک» در تعریف عدالت کیفری نقل شده است که «عدالت کیفری مقایسه‌ی زبان‌های وارد بر جامعه با خطای اخلاقی یا قابلیت سرزنش مرتکب و تعیین میزان کیفر و اجرای آن است.» در حقیقت، عدالت کیفری، با مقایسه زبان‌های وارد بر جامعه از سوی بزهکار؛ و خطای اخلاقی یا قابلیت سرزنش مرتکب، سعی دارد نوعی موازنه و مساوات را برقرار سازد تا کیفر عادلانه گردد. گرچه جامعه از جرم آسیب‌دیده است، اما این امر سبب نخواهد شد که حق داشته باشد که به هر میزان مرتکب را مجازات کند. بلکه بایست بین کیفر و جرم ارتكابی موازنه باشد تا، کیفر عادلانه دانسته شود (تجارزادگان و مسعودیان، ۱۳۸۹، ۳۹).

خداوند در آیه ۹۰ سوره نحل می‌فرماید: «ان الله یامر بالعدل» حضرت امیرالمومنین (ع) در تفسیر این آیه، مقصود از عدل را، انصاف می‌داند. راغب اصفهانی نیز در تبیین این آیه می‌گوید: «هو مساواة فی المکافئة» انصاف اقتضای رعایت موازنه و مساوات میان کیفر و مجازات می‌کند و این آن چیزی است که خداوند بدان امر نموده است (تسخیری، پیشین، ۶۹).

بنابراین کیفر عادلانه زمانی وضع خواهد شد که شخصیت مجرم و آسیب‌های وارده بر جامعه شناخته شود. بدین منظور لازم است که شخص قانونگذار یا دستگاه قضایی، به نیابت از او؛ قابلیت مرتکب و تناسب مجازات با آن قابلیت را تشخیص و مجازات لازم را اعمال کند. در برخی مجازات‌ها، مانند حدود، قصاص و دیات؛ شارع مقدس شخصا کیفر عادلانه را براساس شناخت کامل خود از آسیب‌های وارده بر جامعه و مرتکبین این قبیل جرایم وضع کرده است. اما در دیگر جرایم، این امر به حکومت اسلامی و در راس آن ولی فقیه سپرده شده است (اسدی، ۱۳۸۴، ۳۸).

این در حالی است که عدالت قضایی بدین معناست: «پس از ارتکاب جرم یا تضییع حق، مجریان عدالت، عدالت را درباره‌ی اصحاب دعوا اعمال کنند. هر عملی که مانع پیاده‌سازی عدالت در حوزه قضایی باشد، اعم از مرحله تعقیب تا اجرای حکم، جرم علیه عدالت قضایی نامیده می‌شود.» بنابراین، جرائمی که پس از ارتکاب جرم یا پس از تضییع حق، مانع از اجرای عدالت درباره طرفین دعوا یا مرتکبین جرم شود؛ جرایم علیه عدالت قضایی نامیده می‌شود. مانند اعمال نفوذ در اجرای حکم دادگاه.

در حقیقت عدالت قضایی، برخلاف عدالت کیفری که بیشتر به قانون برمی‌گردد؛ ارتباط مستقیمی با اجرای قانون دارد. از این روست که دکتر آخوندی، عدالت قضایی را به اجرای قانون تعریف کرده است. دکتر بهمن کشاورز در تعریف عدالت قضایی گفته است: "عدالت قضایی عبارت از آن است که کلیه افراد و اشخاص جامعه به طور یکسان و بدون تبعیضات ناشی از وضعیت طبقاتی یا موقعیت اجتماعی یا وضعیت عقیدتی و سیاسی به طور یکسان از خدمات قضایی دادسراها و دادگاهها استفاده کنند. این معنا از اصول ۱۹، ۲۰، ۳۴، ۳۵، ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی استنباط می‌شود (همان، ۴۱).

اخیراً نظام‌های کیفری در کشورهای گوناگون، در جهت یکپارچه‌سازی و ایجاد انسجام در خصوص جرایمی تلاش می‌کنند که وجوه مشترکی دارند، و ارزش مورد تجاوز در آن جرایم یکسان و مشابه است. دسته‌ای از این جرایم که امروزه بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است، جرایمی هستند که علیه اجرای عدالت کیفری ارتکاب می‌یابد. عدالت کیفری همانند سایر ارزش‌های مهم در جامعه چون حمایت از مال، جان و امنیت شایسته حمایت است. حمایت واقعی از ارزش‌های جامعه از طریق جرم‌انگاری زمانی میسر می‌شود که عدالت کیفری در مسیری امن و شایسته جریان یابد، و چنانچه مانعی در مسیر آن وجود دارد، با ضمانت اجراهای کیفری و غیر کیفری همراه باشد. جرایم علیه اجرای عدالت کیفری، تضمیناتی هستند که قانونگذاران با وضع آن‌ها تلاش می‌کنند تا امنیت فرآیند رسیدگی را فراهم کنند و به افراد دخیل در این فرآیند اطمینان دهند که این فرآیند تضمینات حقوقی لازم را دارد. در این مقاله به بررسی جرایمی پرداخته می‌شود که در فرآیند اجرای عدالت کیفری اختلال ایجاد می‌کنند یا مانع جریان عادلانه و منصفانه آن می‌شوند. این دسته از جرایم شامل اقدامات گوناگونی می‌شود و مرتکبان آن نیز افراد گوناگونی را در بر می‌گیرد (عابد، ۱۳۸۸، ۵).

عدالت قضایی از بزرگترین اهداف هر نظام قضایی است تا در سایه آن عدالت کیفری به خوبی اجرا شده و نظام دادگستری به شکل کارآمدی فعالیت کند. برای رسیدن به عدالت قضایی قانونگذاران کشورها اقدام به جرم‌انگاری اعمالی نموده‌اند که در روند اجرای عدالت خلل ایجاد می‌نمایند (تجار زادگان و مسعودیان، پیشین، ۳۴). جرایمی که در روند عدالت قضایی، روند کشف جرم، تعقیب مرتکب، تحقیق پیرامون جرم، دادرسی و اجرای حکم خدشه ایجاد می‌کنند و آن را کند نموده یا مانعی در کشف حقیقت و اجرای عدالت ایجاد کند، نیز همواره مورد توجه متولیان سیستم عدالت کیفری و مقنن بوده است؛ به گونه‌ای که برخی کشورها فصلی را در قانون جزای خود به این جرایم اختصاص داده‌اند. در واقع در این موارد ارزشی تحت عنوان «عدالت قضایی» مورد حمایت قرار گرفته و انجام اعمال مغایر با آن با واکنش اجتماعی تحت عنوان کیفر رو به رو خواهد شد (یکرنگی، ۱۳۸۷، ۳۳). بدیهی است هر عملی که به قصد اختلال در روند اجرای عدالت قضایی صورت گیرد و این قابلیت را داشته باشد که تحقق عدالت قضایی را ناممکن سازد و یا موجب انحراف دادرسی گردد، جرم علیه عدالت قضایی محسوب می‌شود.

در عالم حقوق از دیر باز جرایم را به سه دسته علیه اشخاص، علیه اموال و علیه امنیت و آسایش عمومی تقسیم نموده‌اند. این تقسیم‌بندی در کتب جزای اختصاصی استقرار یافته است. جرایمی که در سیر عدالت قضایی خدشه ایجاد می‌کند در سال‌های اخیر مورد توجه قانونگذاران قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که برخی کشورها فصلی را در قانون جزا به این جرایم اختصاص داده‌اند. در این نوشتار در ابتدا مفهوم جرایم علیه عدالت قضایی سپس انواع این جرایم و در نهایت به بررسی تطبیقی هر یک از این جرایم در قوانین پنج کشور مذکور می‌پردازیم.

۱- تعریف جرایم علیه قضایی

هر آنچه در مسیر اجرای قوانین شکلی و تشریفات دادرسی و اجرای حکم خلل وارد نماید، به عنوان جرایم علیه عدالت قضایی قابل طرح است. در واقع نیاز جدی به رفتار عادلانه دستگاه قضایی در روند اجرای قانون، قانونگذاران را بر آن داشته است که در جهت برخورد با انحرافات و تخلفات پیشروی اجرای قانون، به جرم‌انگاری انحرافات مزبور بپردازد. از این رو هر عملی که مانع اجرای عدالت باشد، جرم علیه عدالت قضایی خواهد بود و تفاوتی نمی‌کند که این جرم در مرحله قبل از تعقیب اتفاق افتد یا پس از آن و یا در حین

محاکمه و یا اجرای حکم. به عبارت دیگر جرایم علیه عدالت قضایی، اختصاص به فعل یا ترک فعلی دارد که به گونه‌ای مانع تحقق عدالت قضایی در جامعه می‌شوند (کوشا، ۱۳۸۱، ۱۴).
همواره این احتمال وجود دارد که برای تحقق عدالت افراد جامعه با ارتکاب اقداماتی در مسیر اجرای عدالت کیفری اخلاص ایجاد نمایند. از همین رو لازم است مقنن برای تضمین اجرای عدالت کیفری در مسیری مطمئن و عادلانه در قبال افراد واکنش نشان دهد (عابد، پیشین، ۶).
جلوگیری از اجرای عدالت، هر فعل یا ترک فعلی است که مأموران انتظامی را از کشف جرم یا تعقیب متهم و دادگاه‌ها را در محاکمه و صدور حکم یا قرار و اجرای آن‌ها بازدارد (کوشا، پیشین، ۱۳).
در امور بین‌المللی و در اسناد و دادگاه‌های بین‌المللی جرایم علیه عدالت قضایی قابل بررسی هستند. برای حاکمیت عدالت قضایی در جامعه لازم است اعمالی که مانع تحقق عدالت قضایی هستند جرم تلقی شده می‌باشند و معاونان این اعمال مجازات می‌شوند.

در خصوص دادگاه و اسناد بین‌المللی باید بیان کرد با تصمیم جامعه جهانی بر مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی، موضوع رسیدگی به جرائم علیه اجرای عدالت کیفری در حوزه حقوق بین‌المللی مورد توجه قرار گرفت و به دلیل نوپایی، از پشتیبانی مقررات و رویه‌های قانونی بی بهره بود. قضات دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، اختیار رسیدگی به این جرائم را در صلاحیت ذاتی خود می‌دانستند با این استدلال که اگر چنین اختیاری نداشته باشند، نمی‌توانند به درستی به محاکمه جنایات بین‌المللی بپردازند. چنین رویه‌ها و دیدگاه‌هایی بود که توجه شرکت‌کنندگان در کنفرانس رم را به این موضوع جلب کرد تا موادی از اساسنامه و آیین‌نامه دادرسی و ادله را به آن اختصاص دهند. در همین راستا، مواد ۷۰ و ۷۱ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، رفتارهایی را با عنوان «جرائم علیه اجرای عدالت» و «سوء رفتار در محضر دادگاه» جرم‌انگاری نموده است و چگونگی رسیدگی به آن در قواعد ۱۶۲ تا ۱۷۲ آ.د.ا به تفصیل بیان شده است (عابد، ۱۳۹۱، ۱۱۶). هرچند که با تصویب مواد ۷۰ و ۷۱ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، گام مهمی در راستای حل قانونمند این حوزه حقوقی برداشته شده است، اما حقوق کیفری بین‌المللی هنوز راه زیادی دارد تا به نحو شایسته‌ای در این حوزه قانونگذاری نماید؛ زیرا هیچ یک از مقررات اساسنامه، برای نمونه، جرائم ارتكابی در مرحله اجرای مجازات را تحت پوشش قرار نمی‌دهند. همچنین، ابهاماتی درباره صلاحیت رسیدگی وجود دارد. برای نمونه، اگر محکوم به حبس اقدام به فرار از زندان دادگاه کیفری بین‌المللی یا زندان یک دولت عضو نماید، کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی خواهد داشت؟ از یک سو، اساسنامه مقرر صریحی ندارد و از سوی دیگر، چون مرتکب به موجب حکم یک مرجع بین‌المللی در زندان - ملی یا بین‌المللی - در بند است، پذیرش صلاحیت دادگاه‌های ملی برای رسیدگی به چنین جرمی دشوار است. اینها، تنها نمونه‌ای از مشکلاتی است که دادگاه کیفری بین‌المللی و دادگاه‌های ملی را در آینده با چالش روبرو خواهد نمود (همان، ۱۱۵).

۲: گونه‌های جرایم علیه عدالت قضایی

۲-۱: عدم اعلام جرم

مراجع انتظامی و قضایی از طرق مختلفی ممکن است از وقوع جرم مطلع شوند و یکی از این راه‌های اعلام جرم از سوی افراد می‌باشد. در بند (ب) ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری، اعلام جرم از سوی اشخاص عادی یکی از جهات شروع به تعقیب دانسته شده است. عوامل مختلفی از جمله نوع جرم، مکان وقوع جرم بر تصمیم افراد به اعلام جرم تأثیر دارد. با توجه به محدود بودن امکانات پلیس در کشف جرم، چنانچه ارتکاب جرم از سوی افراد عادی جامعه اعلام نگردد، بسیاری از جرایم کشف نمی‌شود و به تبع آن عدالت قضایی به طور کامل تحقق پیدا نمی‌کند. بر همین اساس امروزه سیاستگذاران بسیاری از کشورها تحت تأثیر آموزه‌های سیاست جنایی مشارکتی، درصدد تشویق مردم به اعلام هستند تا از این رهگذر عدالت قضایی بهتر تحقق پیدا کند. به علت تأثیری که اعلام جرم در تحقق عدالت قضایی دارد، قانونگذاران بسیاری از کشورها افراد عادی جامعه را با وجود شرایطی مکلف می‌کنند که وقوع جرم را به مقامات ذیصلاح اعلام کنند و عدم اعلام جرم را جرم تلقی کرده و برای آن مجازات تعیین می‌کنند.

بزه عدم اعلام جرم در ماده ۱-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه و ماده ۴ قانون فدرال ایالت متحده آمریکا پیش‌بینی شده است. ماده ۴ قانون فدرال ایالت متحده آمریکا مقرر می‌دارد: "هر کس با علم به ارتکاب واقعی یک جنایت در حوزه صالحیت دادگاه ایالت متحده، آن را پنهان کند و به محض امکان به قضات یا اشخاص دیگر نظامی و غیر نظامی ایالت متحده اطلاع ندهد به حبس تا سه سال یا جزای نقدی تحت این عنوان یا هر دو محکوم خواهد شد. دادگاه تجدید نظر فدرال آمریکا حکم داد عناصر این جرم عبارتند از: از این که شخص علم کامل داشته باشد که متهم جرم را به صورت کامل مرتکب شده است و این که شخص به مقامات اعلام نکند و گام‌هایی برای مخفی کردن جرم بردارد. در ادامه به بررسی عناصر جرم مزبور خواهیم پرداخت.

بسیاری از کشورها در قوانین کیفری خود فصلی با عنوان جرایم علیه عدالت قضایی دارند که این جرم در آن فصل غالباً پیش‌بینی شده است. علت این امر هم آن است که این جرم همواره پیش از شروع پرونده رخ می‌دهد و باعث متوقف شدن عدالت می‌شود.

برای مثال این امر در مواد ۱-۴۳۴ و ۲-۴۳۴ قانون جزای فرانسه پیش‌بینی شده است. طبق این ماده از قانون جزای فرانسه هر کس نسبت به جنایتی که امکان پیشگیری یا محدود کردن آثار آن وجود دارد یا نسبت به کسانی که از قابلیت ارتکاب جنایات جدیدی برخوردار بوده و امکان جلوگیری از ارتکاب آن‌ها نیز وجود دارد آگاهی داشته و مقامات قضایی و اداری را از این امور مطلع نسازد به مجازات سه سال حبس و چهل و پنج هزار یورو و جزای نقدی محکوم خواهد شد. به استثنای مواردی که جنایات علیه اطفال زیر ۱۵ سال ارتکاب می‌یابد افراد ذیل از مقررات فوق مستثنی هستند:

- ۱- والدین در خط مستقیم و زن و شوهر و خواهر و برادر مرتکب یا معاون جنایت و همسران آنان
- ۲- همسر مرتکب یا معاون جنایت یا شخصی که آشکارا در موقعیت زناشویی با وی زندگی می‌کند (یک‌رنگی، ۱۳۸۷، ۲۵۱).

ماده دیگری از قانون جزای فرانسه در ارتباط با عدم اعلام جرم ارتكابی علیه بزه‌دیدگان خاص است. در ماده ۳-۴۳۴ بیان داشته است: هر کس نسبت به بدرفتاری، محرومیت‌ها یا تعرضات جنسی که به طفل زیر ۱۵ سال یا شخصی که به لحاظ سن، بیماری، معلولیت، ناتوانی جنسی یا روانی یا حالت حاملگی قادر به دفاع از خود نباشد علم و آگاهی داشته باشد و مقامات قضایی یا اداری را مطلع نسازد به سه سال حبس و ۴۵ هزار یورو جزای نقدی محکوم می‌شود. به غیر از مواردی که قانون به طریق دیگری مقرر داشته است اشخاصی که بر اساس شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۱۳-۲۲۶ موظف به رازداری هستند از مقررات فوق مستثنی هستند.

در قانون جزای آلمان فصل مستقلی تحت عنوان جرایم علیه عدالت قضایی وجود ندارد ولی در متن قانون جزای این کشور قوانینی که عدالت را از مسیر اصلی خودش منحرف می‌کند اشاره شده است. در قانون جزای آلمان ماده‌ای که عدم اعلام جرم یا کتمان جرم را به صورت عام جرم‌انگاری کرده باشد وجود ندارد.

در قانون کشور آلبانی در ماده ۳۰۰ این جرم اعلام شده است (یک‌رنگی، پیشین، ۵۵). قصور در اعلام گزارش جرمی که در حال ارتکاب است و یا پیشتر ارتکاب یافته است به نهادهای تعقیب کیفری، دادگاه، به نهادهای متولی نظم عمومی، مقامات و دستگاه‌های اجرایی ذی‌صلاح با جزای نقدی یا سه سال حبس قابل مجازات می‌باشد. فرزندان، خوهان و برادران، همسران و پدرخوانده و مادرخوانده و فرزندخوانده مانند فردی که به علت وظیفه ملزم به رازداری می‌باشد از الزام به اعلام جرم مستثنی هستند.

در قوانین کیفری ایران از آغاز قانونگذاری تاکنون مقرره‌ای به صورت کلی برای مجازات عدم گزارش‌دهندگان یا اعلام‌کنندگان جرم بوده است. لیکن در مواد مختلف برای اشخاص خاص به واسطه سمتشان و برای جرایم خاص جرم‌انگاری انجام شده است که در ذیل به آن‌ها اشاره شده است. در ماده ۶۰۶ ق.م.ا جرم عدم اعلام گزارش بزه را برای روسا، مدیران و مسولین سازمان‌ها و موسسات مذکور در ماده ۵۹۸ پیش‌بینی نموده است. از سوی دیگر عدم اعلام در تمامی جرایم برای این افراد پیش‌بینی نشده است و فقط

در شش جرم ارتشا، اختلاس، تصرف غیر قانونی، کلاهبرداری، جرایم موضوع ماده ۵۹۹ و جرایم موضوع ماده ۶۰۳ ق.م.ا و آن هم در سازمان یا موسسه تحت نظرشان جرم تلقی شده است. ماده بعدی ماده ۷۱۱ ق.م.ا است که در متن ماده آمده است: هرگاه یکی از ضابطین دادگستری و سایر مأمورین صلاحیتدار از وجود اماکن مذکور در مواد ۷۰۴ و ۷۰۵ و ۷۰۶ یا اشخاص مذکور در ماده ۷۱۰ مطلع بوده و مراتب را به مقامات ذیصلاح اطلاع ندهند یا برخلاف واقع گزارش نمایند در صورتی که به موجب قانونی دیگر مجازات شدیدتری نداشته باشند به سه تا شش ماه حبس و یا تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شوند. این ماده در واقع تعیین ضمانت اجرای کیفری برای ضابطان دادگستری است که ملزم می‌باشند در صورت مواجهه با جرم آن را به مقامات صلاحیتدار گزارش نمایند (تجارزادگان و مسعودیان، پیشین، ۳۳). این ماده برای عدم گزارش جرم تنها در چهار مورد در رابطه با دایر کردن محلی برای شرب خمر، قمارخانه و قماربازی و افرادی که خدمت در قمارخانه یا محل شرب خمر را قبول می‌نماید، ضمانت اجرا تعیین نموده است. ماده بعدی عدم گزارش ایجاد اخلال در نظام اقتصادی کشور است. در ماده ۲ قانون اخلالگران در نظام اقتصادی کشور: در مواردی که اقدامات مذکور در بندهای ماده ۱ این قانون از طرف شخص یا اشخاص حقوقی اعم از خصوصی یا دولتی یا نهادها و یا تعاونی‌ها و غیر آن‌ها انجام گیرد فرد یا افرادی که در انجام این اقدامات عالماً و عمدتاً مباشرت و یا شرکت و یا به گونه‌ای دخالت داشته‌اند بر حسب این که اقدام آن‌ها با قسمت اول یا دوم ماده ۲ این قانون منطبق باشد به مجازات مقرر در این ماده محکوم خواهند شد و در این موارد مدیر یا مدیران و بازرسان یا بازرسان و به طور کلی مسئول یا مسئولین ذیربط که به گونه‌ای از انجام تمام یا قسمتی از اقدامات مزبور مطلع شوند مکلفند در زمینه جلوگیری از آن یا آگاه ساختن افراد یا مقاماتی که قادر به جلوگیری از این اقدامات هستند اقدام فوری و موثری انجام دهند و کسانی که از انجام تکلیف مقرر در این تبصره خودداری کرده یا با سکوت خود به تحقق جرم کمک کنند معاون جرم محسوب و حسب مورد به مجازات مقرر برای معاون جرم محکوم می‌شوند. این ماده ناظر به افراد خاص و جرایم خاص است این ماده تنها مدیران، بازرسان و مسئولین را مکلف به اعلام جرم نموده است. در ارتباط با عدم اعلام جرم علیه بزه‌دیدگان خاص در حقوق ایران باید به قانون حمایت از کودکان و نوجوانان اشاره کرد. در ماده ۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان^۱ مصوب ۱۳۸۱ در این خصوص بیان می‌دارد: کلیه افراد و موسسات و مراکزی که به نحوی مسئولیت نگاهداری و سرپرستی کودکان را بر عهده دارند مکلفند به محض مشاهده کودک آزاری مراتب را جهت پیگرد قانونی مرتکب و اتخاذ تصمیم مقتضی به مقامات صالح قضایی اعلام نمایند. تخلف از تکلیف موجب حبس تا شش ماه یا جزای نقدی تا پنج میلیون ریال خواهد بود. این ماده قدمی موثر در الزام اعلام جرایمی هست که علیه کودکان و نوجوانان ارتکاب می‌یابد.

الف: رکن مادی

همانطور که برخی از حقوقدانان آمریکا بیان کرده‌اند جرم فوق با صرف عدم اعلام تحقق پیدا نمی‌کند بلکه مرتکب باید گام‌هایی برای مخفی کردن جرم بردارد. علیهذا به نظر می‌رسد در حقوق آمریکا رفتار فیزیکی این جرم، فعل می‌باشد و مرتکب باید اقداماتی جهت مخفی کردن جرم انجام دهد و با صرف عدم اعلام، تحقق پیدا نمی‌کند. آنچه که از ماده ۱-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه بر می‌آید این است که جرم عدم

۱. ماده ۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان «هر نوع اذیت و آزار کودکان و نوجوانان که موجب شود به آنان صدمه جسمانی یا روانی و اخلاقی وارد شود و سلامت جسم و روان آنان را به مخاطره اندازد ممنوع است...»

ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان «هرگونه خرید، فروش، بهره‌کشی و به کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف از قبیل قاچاق، ممنوع و مرتکب، حسب مورد علاوه بر جبران خسارت وارده به شش ماه تا یک سال زندان و یا به جزای نقدی از ده میلیون ریال تا بیست میلیون ریال محکوم خواهد شد.»

ماده ۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان «هرگونه صدمه و اذیت و آزار و شکنجه جسمی و روحی کودکان و ناپدید کردن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی و ممانعت از تحصیل آنان ممنوع و مرتکب به سه ماه و یک روز تا شش ماه حبس و یا تا ده میلیون ریال جریمه نقدی محکوم می‌گردد.»

اعلام جنایت بر خلاف قانون فدرال ایالت متحده با صرف عدم اعلام جنایت تحقق می‌یابد و نیازی به انجام اقداماتی جهت مخفی کردن جرم وجود ندارد. بنابراین رفتار فیزیکی جرم عدم اعلام جنایت در فرانسه، ترک فعل می‌باشد. سوالی که در خصوص جرم عدم اعلام جنایت وجود دارد این است که جرم مزبور چه زمانی به صورت تام تحقق پیدا می‌کند؟ در پاسخ باید گفت که بر اساس ماده ۴ قانون فدرال ایالت متحده پس از این که شخص از وقوع جرم مطلع گردید و در اولین فرصت و به محض امکان آن را اعلام ننمود فرد مرتکب این جرم شده است. سوال دیگری که در خصوص جرم فوق وجود دارد این است که بعد از اطلاع فرد از وقوع جنایت، وی آن را باید به چه مقاماتی اعلام نماید؟ در پاسخ باید گفت که بر اساس ماده ۴ قانون فدرال ایالت متحده شخص باید وقوع جرم را به قضات و مقامات نظامی و غیرنظامی صالح اعلام نماید. بر اساس ماده ۱-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه فرد باید مراتب را به مقامات قضایی و اداری صالح اعلام نماید.

رکن مادی دارای سه بخش رفتار فیزیکی، شرایط و اوضاع و احوال و نتیجه است. نگاه رفتار فیزیکی این جرم تنها ترک فعل است بدین معنا که این جرم تنها با ترک وظیفه‌ای که قانونگذار بر افراد تحمیل کرده است محقق می‌شود و به هیچ صورت با فعل قابل تحقق نیست. لازم به ذکر است در برخی موارد که فرد با انجام فعلی مانع کشف جرم می‌گردد، به صورت جداگانه‌ای جرم‌انگاری شده است و از تحت شمول این ماده خارج است. به همین جهت قانون آلبانی ماده ۳۰۰ خود را با عبارت "قصور در..." شروع نموده است. قانون جزای فرانسه عبارت مطلع نسازد را به کار برده است (بکرنگی، پیشین، ۶۳).

برای تحقق این جرم علاوه بر ترک فعل یک سری شرایط نیز نیاز می‌باشد. با مطالعه تطبیقی دانسته می‌شود در قوانین بسیاری از کشورها این جرم منحصر به عدم گزارش جرایم مهم شده است. برای مثال فرانسه که تقسیم‌بندی جرایم را به جنحه، جنایت و خلاف را در قانون خود پذیرفته است این جرم را تنها به جنایت منحصر نموده است. لیکن برخی کشورها نیز به طور مطلق این جرم را نسبت به تمامی جرایم پذیرفته‌اند از جمله این کشورها آلبانی است که در ماده ۳۰۰ خود لفظ قصور در گزارش را به صورت مطلق به کار برده است. شرط دیگر تحقق این جرم آن است که فرد این جرم را به نهادهای ذی صلاح اعلام ننماید. بدین معنا که در مواد قانونی مربوط به جرم‌انگاری این جرم یک سری نهادها برای گزارش جرم پیش‌بینی شده‌اند برای مثال در فرانسه مقامات قضایی یا اداری و در آلبانی نهادهای تعقیب کیفری دادگاه، نهادهای متولی نظم عمومی، مقامات یا دستگاه‌های اجرایی ذی‌صلاح را ذکر نموده است. لذا در صورت گزارش جرم به غیر از مقامات مذکور در این مواد فرد از مسئولیت کیفری مبرا نخواهد شد. شرط سوم که در برخی کشورهایی چون فرانسه برای این جرم پیش‌بینی شده است این است که اگرچه جرم باید از درجه جنایی باشد لیکن عدم گزارش تنها در صورتی جرم است که امکان پیشگیری یا محدود کردن آثار جرم یا پیشگیری از جرایم دیگر که ممکن است مجدداً مرتکب شود وجود داشته باشد. در نتیجه طبق قانون این کشور حتی اگر جرم از درجه جنایی باشد لیکن گزارش یا عدم گزارش جرم تأثیری در پیشگیری یا محدود کردن آثار جرم نداشته باشد و شخص علیرغم وقوع جرم جنایی آن را گزارش نکند از نظر این ماده مسئولیت کیفری نخواهد داشت. آلبانی این جرم را به صورت مطلق پیش‌بینی کرده است. در قسمت نتیجه باید عنوان داشت این جرم نیازمند هیچ نتیجه‌ای نمی‌باشد (همان، ۷۶).

ب: رکن روانی

از حیث عنصر روانی جرم عدم اعلام جنایت باید گفت که مرتکب باید سوء نیت عام و علم داشته باشد. در حقوق آمریکا مرتکب باید عمد در عدم اعلام و اقدام به مخفی کردن جنایت داشته باشد و در حقوق فرانسه مرتکب باید عمداً جنایت را اعلام نکند. در حقوق آمریکا باید از وقوع کامل جنایت مطلع باشد و در حقوق فرانسه باید مرتکب از این امر که اعلام جرم موثر در پیشگیری یا کاهش آثار جرم یا جلوگیری از وقوع جنایت جدید است مطلع باشد. مرتکب بزه عدم اعلام جرم می‌بایست اراده و آگاهی معتبر جزایی برای این ترک فعل داشته باشد. این جرم نیازمند سوء نیت خاص نیست و تنها سوء نیت عام کافی است.

ج: موارد معافیت از مجازات

کشورهایی که این جرم را در قوانین خود پیش‌بینی کرده‌اند همواره برخی از افراد که دارای قرابت نسبی یا سببی یا مجرم اصلی یا معاون می‌باشند را از حکم ماده مستثنی نموده‌اند. برای مثال طبق ماده ۱-۳۴۳ قانون جزای فرانسه به استثنای مواردی که جنایات علیه اطفال زیر ۱۵ سال ارتکاب می‌یابد افراد ذیل از مقررات فوق مستثنی می‌باشند:

۱- والدین در خط مستقیم و زن و شوهر و خواهر و برادر مرتکب یا معاون جنایت و همسران آن‌ها
 ۲- همسر مرتکب یا معاون جنایات یا شخصی که آشکارا در موقعیت زناشویی با وی زندگی می‌کند. همچنین کسانی که براساس شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۱۳-۲۲۶ موظف به راز داری می‌باشند نیز از شمول مقررات پاراگراف اول مستثنی می‌باشند. نهایت ماده ۳۰۰ قانون جزای آلبانی به صراحت اعلام داشته است: فرزندان، خواهران، برادران، همسران، پدر و مادرخوانده و فرزندخوانده مانند فردی که به علت وظیفه ملزم به راز داری می‌باشند از الزام به اعلام جرم مستثنی می‌باشند (همان، ۷۷). دلیل این امر مشخص است. علقه‌های اصلی خانوادگی در افراد را نمی‌توان توسط الزامات قانون از هم پاشید. لذا هر چند نظم عمومی جامعه حایز اهمیت است لیکن از هم پاشیدن خانواده به عنوان عنصر اساسی جامعه خطرانی به مراتب بیش از مزایای اعلام جرم به دستگاه اجرایی و قضایی دارد. از سوی دیگر این استثنا به افرادی که به مناسب شغل خود امین هستند نیز سرایت داده شده است؛ زیرا در صورت عدم مستثنی کردن این افراد، هیچ یک از شهروندان به این افراد مراجعه نخواهند کرد و عدم مستثنی نمودن این افراد، هیچ یک از شهروندان به این افراد مراجعه نخواهند کرد و معایب آن به مراتب بیشتر از مزایای آن خواهد بود.

۲-۲: اعلام کذب وقوع جرم

بسیاری از دول برای جلوگیری از بکارگیری نیروی بیهوده پلیس و قضایی جرمی را تحت عنوان اعلام کذب وقوع جرم در زرادخانه کیفری خود جای دادند. علت این جرم‌انگاری آن است که پلیس با بودجه کم نمی‌تواند به طور کامل همه جرایم را کشف کند؛ لذا از شهروندان خواسته است که در این زمینه به پلیس یاری رسانند. حال اگر شهروندی جرمی را به کذب اعلام نماید نه تنها به پلیس یاری نرسانده بلکه بودجه آن نیز صرف امری بیهوده نموده است. در ماده ۲-۴۳۴ قانون جزای فرانسه در این زمینه مقرر داشته است: اعلام کذب مربوط به جنایت یا جنحه به مقام قضایی یا اجرایی که منجر به آن گردد که مقامات قضایی تحقیقات بی‌فایده‌ای را انجام دهند مستوجب شش ماه حبس و هفت هزار و پانصد یورو جزای نقدی است. همچنین ماده ۳۰۲ قانون جزای آلبانی بیان داشته است: گزارش جرمی که ارتکاب نیافته است یا معرفی دروغین کسی که می‌داند مرتکب جرم نشده است همچنین ایجاد دلایل کذب به قصد شروع تعقیب جزایی مستوجب جزای نقدی و تا پنج سال حبس می‌باشد. اگر بخواهیم به سابقه تقنینی بزه اعلام کذب وقوع جرم در ایران اشاره کنیم باید اذعان کرد که هیچ سابقه تقنینی در این خصوص وجود ندارد. لذا سیاست جنایی ایران در این زمینه فاقد مقرر قانونی است اما مواردی که فردی ارتکاب جرمی را به دیگری نسبت می‌دهد در حقوق ایران تحت عنوان افترا قابل تعقیب است (همان، ۸۷). در قانون جزای ایران در مواد ۶۹۷ و ۶۹۹ قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ آمده است که: "هرکس به وسیله اوراق چاپی یا خطی یا به وسیله درج در روزنامه و جراید یا نطق در مجامع یا به هر وسیله دیگری به کسی امری را صریحاً نسبت دهد یا آن‌ها را منتشر نماید که مطابق قانون، آن امر جرم محسوب شود و نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید، جز در مواردی که مستوجب حد است به یک ماه تا یک سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق یا یکی از آن‌ها محکوم خواهد شد...".

قانون جزای آلمان در ماده ۵۱۴۵ - آمده است که:

(۱) هر کس از روی عمد و آگاهانه یک مقام دولتی یا مرجع ذی‌صلاحی را که اختیار دریافت اطلاعات در

زمینه مسائل کیفری را حائز است گمراه کند:

الف) که عمل غیر قانونی ارتکاب یافته است یا

ب) ارتکاب یکی از اعمال غیر قانونی مندرج در بند (۱) ماده ۱۲۶ قریب الوقوع است،

به مجازات حبسی که بیشتر از سه سال نخواهد بود یا جریمه مالی محکوم خواهد شد، مگر اینکه جرم وی بر طبق مواد ۲۵۸، ۱۶۴ یا ماده ۲۵۸ الف قابل مجازات باشد.

۲- هر کس از روی عمد یا آگاهانه اقدام به گمراه نمودن یکی از مقامات مندرج در بند یک فوق الذکر در موارد شرکای جرم در یکی از موارد ذیل نماید:

الف) در ارتکاب یک عمل غیر قانونی یا

ب) در ارتکاب عمل غیر قانونی قریب الوقوع بر طبق مفاد مندرج در بند یک ماده ۱۲۶ به مجازات مشابهی محکوم خواهد شد.

الف: رکن مادی

رفتار فیزیکی این جرم فعل است. زیرا که فرد باید اعلام کذبی بنماید. لذا اعلام کذب وقوع جرم یا معرفی دیگری به عنوان مجرم به طور کذب رکن مادی این جرم می‌باشد. از شرایط دیگر برای تحقق این جرم این است که موضوع اعلامی جرم باشد. در قانون جزای آلبانی این جرم مطلق پیش‌بینی شده است اما در قانون جزای فرانسه این جرم مقید است. یعنی علاوه بر اعلام کذب جرم باید اعلام کذب منجر به آن گردد که مقامات قضایی تحقیقات بی‌فایده انجام دهند.

ب: رکن روانی

رکن روانی این جرم در قسمت علم و آگاهی آن است که فرد باید علم به عدم وقوع جرم و یا عدم ارتکاب جرم توسط شخص خاص داشته باشد. بنابراین اگر شخص به اشتباه یا به گمان آنکه فرد به واقع مرتکب جرم شده وی را مجرم اعلام نماید از شمول این ماده خارج می‌باشد. در قانون جزای آلبانی این جرم مطلق و با سونیت خاص قانونگذاری شده است. در قانون جزای فرانسه این جرم مقید و به سونیت خاص آن تصریح شده است.

۳-۲: تهدید بزه‌دیدگان، شهود، مقامات قضایی

در ابتدا به قانون جزای فرانسه اشاره خواهیم کرد. ماده ۴۳۴-۵ قانون جزای فرانسه بیان داشته است: هرگونه تهدید یا هر عمل ارباب‌انگیز دیگری دیگری علیه هر شخصی به منظور مجبور ساختن بزه‌دیده یک جنایت یا جنحه مبنی بر عدم طرح شکایت یا استرداد شکایت مستوجب سه سال حبس و چهل و پنج هزار یورو جزای نقدی است (اسدی، پیشین، ۴۰).

در قانون جزای آلمان در ماده ۱۰۵ آمده است: "هر کس با توسل به زور و یا تهدید به کاربرد زور، به طور غیر قانونی

الف) یکی از نهادهای قانونگذار دولت فدرال یا یکی از کمیته‌های وابسته به آن‌ها را

ب) یا مجلس فدرال یا یکی از کمیته‌های وابسته به آن را

ج) هیات دولت یا دادگاه قانون اساسی دولت فدرال یا یکی از روسای آن را مجبور به عدم اجرای وظایف خود یا اجرای وظایف به شیوه خاصی نماید به مجازات حبس از سه ماه تا پنج سال محکوم خواهد شد."

قانون جزای آلبانی ماده ۳۱۱ در این رابطه اشاره کرده است: تهدید علیه بزه‌دیده یک عمل کیفری، جهت عدم گزارش یا شکایت یا تهدید به صرف نظر کردن از شکایت یا گزارش جرم کیفری محسوب شده و مستوجب جزای نقدی تا دو سال حبس خواهد بود. تهدید در قوانین کیفری ایران دارای آثار متفاوتی می‌باشد. گاه تهدید شرط تحقق جرم است (ماده ۶۹۴ ق.م.ا). گاه یک کیفیت مشدده محسوب می‌گردد (ماده ۶۵۱ ق.م.ا). و گاه برای سلب مسئولیت از شخص مرتکب رفتار مادی می‌شود و گاه تهدید به طور مستقل جرم‌انگاری شده است. در ماده ۶۶۸ تهدید دیگری به الزام دادن سند بیان شده است. در این ماده آمده است: هرکس با جبر و قهر و یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته و یا سند یا امضا و یا مهر نماید و یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او یا سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد. در ماده ۶۶۹ تهدید به قتل یا ضررهای شرافتی مالی و ... به صورت مطلق پیش‌بینی شده است. لذا قانونگذار در قانون مجازات اسلامی تفاوتی میان تهدید مقامات قضایی یا دست‌اندرکاران عدالت قضایی و شهود و مطلعین و کارشناسان و دیگر افراد قائل نشده است و تهدید این

اشخاص در حال حاضر ذیل عنوان کلی تهدید می‌باشد. چنان که بیان شد قوانین ایران اغلب بدون توجه به شخصیت تهدید شده، تهدید را جرم‌انگاری نموده است یا درصد پیشگیری از اجرای تهدید برآمده‌اند. لیکن در برخی موارد قانونگذار ایران به شخصیت طرف تهدید توجه نموده است. ماده ۵۰ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح ۱۳۸۲ در این خصوص بیان می‌دارد: هر نظامی که حین خدمت یا در ارتباط با آن، مافوق خود یا مراقب یا نگهبانی را در در ارتباط با انجام وظیفه آنان تهدید نماید به حبس از دو ماه تا یک سال محکوم می‌شود. لذا چنان که مشخص است این تهدید با عنایت به شخصیت طرف جرم‌انگاری شده است و از تهدید عام خارج است. مورد دیگری که قانونگذار ایران به شخصیت طرف تهدید توجه نموده است نشان دادن اسلحه به قصد تهدید در هنگام ترمز است (یک‌رنگی، پیشین، ۹۰). طبق ماده ۶۰۷ ق.م.ا. هرگونه حمله یا مقاومتی که با علم و آگاهی نسبت به مأمورین دولت در حین انجام وظیفه آنان به عمل آید ترمز محسوب می‌شود و مجازات آن به شرح ذیل است:

- ۱- هرگاه متمدن به قصد تهدید اسلحه خود را نشان دهد حبس از شش ماه تا دو سال.
- ۲ - هرگاه متمدن در حین اقدام دست به اسلحه برد، حبس از یک تا سه سال.
- ۳- در سایر موارد حبس از سه ماه تا یک سال.

لذا با عنایت به تمامی مطالب بیان شده می‌توان اظهار داشت در حال حاضر ماده‌ای مستقل برای حمایت کیفری از بزه‌دیده، شهود، مقامات و دست‌اندرکاران عدالت قضایی به طور مجزا در قوانین ایران وجود ندارد.

الف: رکن مادی

رفتار فیزیکی این جرم تهدید علیه بزه‌دیده به عدم گزارش یا شکایت یا استرداد شکایت می‌باشد. این جرم از طریق فعل محقق می‌شود. و شرط دیگر این است این جرم علیه بزه‌دیده مستقیم یا غیر مستقیم صورت گیرد. این جرم از جمله جرایم مطلق بوده است و نیازی به حصول نتیجه ندارد.

ب: رکن روانی

سوءنیت عام در این جرم اراده آزاد فرد در تهدید دیگری می‌باشد، در خصوص نیاز به سوءنیت خاص نیز باید گفت غالباً این جرم نیاز به سوءنیت خاص ندارد. ولی در ماده ۵-۴۳۵ و ماده ۳۱۱ قانون جزای آلبانی به صراحت به سوءنیت خاص اشاره کرده‌اند. علاوه بر سوءنیت عام به سوءنیت خاص در قالب قصد اجبار بزه‌دیده به عدم گزارش یا شکایت یا استرداد آن اشاره شده است (همان، ۹۷).

۴-۲: شهادت کذب

عدالت قضایی اقتضا می‌کند ادله‌ای که در جریان رسیدگی به یک جرم یا دعوا استفاده می‌شود صحیح باشند و ادله مزور استفاده نشود. یکی از ادله اثبات، شهادت شهود می‌باشد. ممکن است شاهد بر خلاف حقیقت شهادت بدهد و از این طریق روند عدالت را با اختلال مواجه نماید. ماده ۱۶۲۱ قانون فدرال ایالت متحده به جرم شهادت کذب اختصاص پیدا کرده است. که در ادامه به بررسی عناصر این جرم می‌پردازیم. در سیستم‌های حقوقی مختلف شهادت به عنوان یکی از دلایل اثباتی عمده، در دعاوی حقوقی و کیفری استفاده می‌شود. اگر فردی که شهادت متوجه اوست تعمداً شهادت کذبی مطرح کند به نحوی زمینه برای خروج عدالت قضایی از مسیر خود فراهم کرده است و این شهادت کذب در کشورهای مختلف جرم‌انگاری شده است. برای مثال در قانون ۱۲-۴۳۴ قانون جزای فرانسه در این زمینه بیان می‌دارد: شهادت دروغ با اتیان سوگند نزد دادگاه یا مامور پلیس قضایی که مامور اجرای یک نیابت قضایی است مستوجب پنج سال حبس و هفتاد و پنج هزار یورو جزای نقدی است. با این حال شاهد زور در صورتی که با اراده خود شهادتش را پیش از تصمیمی که پایان دهنده آیین دادرسی‌ای است که به وسیله مقام تحقیق کننده قضایی یا دادگاه رعایت می‌شود باز پس گیرد از مجازات معاف می‌شود. همچنین ماده ۱۷-۴۳۴ قانون جزای فرانسه در خصوص شهادت کذب در امور حقوقی مقرر داشته است: شهادت کذب در موضوعات حقوقی مستوجب سه سال حبس و چهل و پنج هزار یورو جزای نقدی است.

در قانون جزای آلمان در ماده ۱۵۳ آمده است: "هر کس در برابر دادگاه یا مرجع ذیصلاح در زمینه بازجویی شاهدان و کارشناسان قسم خورده، به عنوان شاهد یا کارشناس در نقص سوگند خود به راستگویی، شهادت کذبی دهد به مجازات حبس از سه ماه تا پنج سال محکوم خواهد شد. در ماده ۱۵۶ قانون جزای آلمان به جرم اقرارنامه کذب با قید سوگند اشاره کرده است.

همچنین در قانون جزای آلبانی در ماده ۳۱۲ در خصوص شهادت کذب آمده است: کسی که در مقابل قاضی یا فرد یا نهادی که صلاحیت استماع شهود را دارد شهادت کذب ارایه بدهد به حبس تا سه سال محکوم خواهد شد. در قوانین جزایی ایران ماده ۶۵۰ ق.م.ا. بیان می‌دارد: هرکس در دادگاه نزد مقامات رسمی شهادت دروغ بدهد به سه ماه و یک روز تا دو سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد. تبصره - مجازات مذکور در این ماده علاوه بر مجازاتی است که در باب حدود و قصاص و دیات برای شهادت دروغ ذکر گردیده است (اسدی، پیشین، ۴۵).

الف: رکن مادی

رفتار فیزیکی جرم شهادت دروغ ممکن است با فعل و ترک فعل تحقق پیدا کند به این معنا زمانی که شاهد تمام حقیقت را بیان نمی‌کند با ترک فعل جرم مزبور تحقق پیدا کرده و زمانی که اظهارات دروغ بیان می‌کند با فعل مرتکب جرم شهادت دروغ شده است. در حقوق ایالت متحده آمریکا لازم است شهادت دروغ مهم و اساسی باشد به این معنا که شهادتی که به وسیله متهم داده می‌شود در دادگاه و موضوعات نزد آن موثر واقع شود. از لحاظ تاریخی دادگاه‌ها در بسیاری از ایالت آمریکا در خصوص این موضوع که آیا شهادت دروغ اساسی است یا نه حکم می‌دادند که این موضوعی است باید توسط قاضی دادگاه تصمیم گرفته شود. در دهه ۱۹۹۰ محاکم رویه خود را تغییر دادند و اعلام کردند که اساسی بودن یا نبودن شهادت دروغ موضوعی مربوط به جرم است و هیات منصفه باید در این خصوص تصمیم بگیرد. برای اینکه شهادت دروغ جرم علیه عدالت قضایی باشد باید در دعوای حقوقی یا کیفری صورت گرفته باشد و به همین دلیل در حقوق فرانسه شرط است که شهادت نزد دادگاه یا پلیس قضایی صورت بگیرد یا در دعوای حقوقی فرد شهادت دروغ بدهد. با توجه به اطلاق ماده ۱۶۲۱ قانون فدرال ایالت متحده، به نظر می‌رسد در حقوق آمریکا تفاوتی بین پرونده‌های حقوقی و کیفری از این حیث وجود ندارد و شهادت دروغ در هر دو مشمول مجازات مندرج در ماده مزبور می‌شود. همچنین شهادت دروغ در ایالت متحده به نظر می‌رسد باید مسبوق به سوگند خوردن نزد دادگاه صالح یا افسر یا شخصی باشد که قوانین ایالت متحده اجرا سوگند را اجازه بدهد. شهادت ممکن است شفاهی باشد یا کتبی باشد. یکی از موضوعاتی که در حقوق آمریکا در خصوص آن بحث شده این است که در صورتی که شاهد اظهارات متعارضی داشته باشد در چه صورتی می‌توان وی را به جرم شهادت دروغ محکوم نمود. در گذشته محاکم بیان می‌داشتند که در این فرض باید دادستان مشخص کند که کدام یک از اظهارات متعارض دروغ است. اما قوانین جدیدی که در این خصوص تصویب شده است مقرر داشته‌اند که نیازی نیست دادستان اثبات کند که کدام یک دروغ می‌باشد.

رکن مادی این جرم در قسمت رفتار فیزیکی فعل و ترک فعل است. آنجا که فرد اظهارات دروغی را بیان می‌دارد جرم با فعل و در آنجا که حقیقت را به طور کامل بیان نمی‌دارد جرم با ترک فعل تحقق می‌یابد. برای آنکه شهادت در یک دعوی حقوقی و یا کیفری ادا شود. بنابراین شهادت‌هایی که در خارج از دعوای می‌باشند مانند شهادت کذب بر تاریخ تولد در مرجع ثبت احوال، اگرچه ممکن است خاطی را با کیفر مواجه نماید اما از زمره جرایم علیه عدالت قضایی خارج است. به همین دلیل است که ماده ۱۳-۴۳۴ قانون جزای فرانسه به شهادت نزد دادگاه یا مامور پلیس قضایی و در قانون جزای آلبانی و قانون ایران به شهادت در امور حقوقی و کیفری اشاره کرده‌اند. این جرم در قوانین این سه جرم جرمی مطلق است چرا که صرف شهادت دادن کافی است و اینکه پذیرفته بشود یا خیر یا موثر واقع شود یا خیر نیازی نیست.

ب: رکن روانی

جرم شهادت دروغ عبارت است از عمد در شهادت دادن می‌باشد و فرد باید علم به دروغ بودن آنچه بیان می‌دارد داشته باشد. در برخی از ایالت آمریکا سوءنیت خاص قصد فریب لازم است و این امر برای جلوگیری

از احتمال محکومیت به شهادت دروغ از روی بی‌دقتی است. معافیت از مجازات ماده ۱۶۲۳ قانون فدرال ایالت متحده به این امر اشاره کرده است که چنانچه شخصی که شهادت دروغ داده است اعتراف کند که اظهاراتش دروغ بوده است از مجازات معاف می‌شود. شروطی که برای این دفاع وجود دارد این است که اول اقرار به دروغ بودن شهادت در همان جلسهای که شهادت دروغ اظهار شده است اتفاق بیافتد ثانیاً شهادت دروغ به صورت اساسی رسیدگی را تحت تأثیر قرار ندهد و ثالثاً دروغ بودن شهادت قبل از اقرار بر ملا نشود. این معافیت در ماده ۱۳-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه نیز پیش‌بینی شده است (همان، ۱۵۰).

۵-۲: فرار از زندان

مواد ۷۵۱ تا ۷۵۵ قانون فدرال ایالت متحده به جرم فرار از زندان اختصاص پیدا کرده که در ادامه به بررسی این مواد خواهیم پرداخت.

در مورد جرم فرار بر اساس مواد ۷۵۱ تا ۷۵۵ قانون فدرال آمریکا به مسئولیت سه دسته از افراد پرداخته است اول فرار متهم یا محکوم توسط دیگری دوم کمک به فرار خود شخص متهم یا محکوم و نهایتاً ماموری که عمداً یا از روی بی‌مبالاتی موجبات فرار شخص را فراهم می‌کند. ماده ۷۵۱ قانون فدرال آمریکا به جرم فرار خود محکوم یا متهم اختصاص دارد. رفتار فیزیکی مندرج در این ماده فرار کردن یا شروع به فرار می‌باشد. در قانون فدرال آمریکا اصول مجازات شروع به هر جرم با مجازات جرم تام آن برابر می‌باشد بر همین اساس مجازات در ماده ۷۵۱ نیز مجازات شروع به فرار و فرار یکسان می‌باشد. فرار باید از زندان یا بازداشتگاه باشد و یا از دست ماموری که مسئول مراقبت از او می‌باشد بنابراین اگر فرد حین اعزام به دادگاه از دست مامور فرار کند باز جرم فرار تحقق پیدا کرده است. در این ماده بر حسب این که فرد فرار کننده محکوم باشد یا متهم، مجازات وی متفاوت است. بر همین اساس در موردی که فرد فراری محکوم است فرق نمی‌کند که محکوم به جنایت باشد یا جنحه در هر حال مجازات وی جزای نقدی یا حبس تا پنج سال و یا هر دو خواهد بود. در موردی که فرد هنوز متهم است و محکومیت حاصل ننموده است اگر متهم به جنایت باشد به همان مجازات مذکور در بالا محکوم می‌شود و اگر متهم به جنحه باشد به جزای نقدی و تحمل حبس تا یک سال یا هر دو محکوم می‌شود. همان طور که ملاحظه می‌گردد قانونگذار فدرال در اینجا بر حسب اینکه فرد متهم باشد یا محکوم برخورد متفاوتی را اتخاذ کرده و در حالت دوم برخورد شدیدتری دارد، این امر به این دلیل است که شخصی که محکوم شده است ارتکاب جرم توسط او محرز شده و قانونگذار فدرال برخورد سختگیرانه‌تری دارد و فرار کردن هر محکومی صرف نظر از این که مرتکب چه جرمی شده است جرم تلقی شده و دارای مجازات به شرح پیش گفته می‌باشد در حالی که در وضعیتی که شخص هنوز محکوم نشده و صرفاً متهم است چون احتمال دارد براءت حاصل نماید قانونگذار برخورد خفیف‌تری داشته است. شخصی که پس از مرخصی به زندان بر نمی‌گردد در حقوق آمریکا تحت قوانین مربوط به فرار مجازات می‌شود. یکی دیگر از شروطی که وجود دارد این است که حبس و بازداشت شخص قانونی باشد به این معنا که فرد با مجوز قانونی محبوس یا دستگیر شده باشد بنابراین اگر حبس شخص قانونی نباشد و او از زندان یا از دست مامور دستگیر کننده فرار کند این جرم تحقق پیدا نخواهد کرد. البته منظور از غیر قانونی بودن بازداشت، مکان آن است یعنی از مکان‌های مجاز برای بازداشت نباشد و الا چنانچه شخص بر اساس قانون بازداشت شود و از زندان فرار کند و بعداً از جرم اصلی براءت حاصل کند این امر مانع محکومیت وی به جرم فرار نخواهد بود.

عنصر روانی جرم فرار ایالت متحده سوء نیت عام شامل عمد در فرار می‌باشد بنابراین اگر فرد بخواهد و مامور بدرقه سهواً فرد را در دادسرا جا بگذارد این جرم تحقق پیدا نمی‌کند. محاکم اکثر ایالت آمریکا سوءنیت خاص ترک زندان قانونی یا غیبت از زندان را شرط می‌دانند. در فراری دادن زندانی بر اساس ماده ۷۵۵ قانون فدرال آمریکا حالت غیر عمدی جرم نیز پیش‌بینی شده است و مجازات آن نسبت به حالت عمدی، کمتر می‌باشد بنابراین اگر مامور مراقب زندانی در اثر بی‌مبالتی باعث فرار زندانی گردد به مجازات مندرج در ماده مزبور محکوم می‌شود.

در ماده ۲۷-۴۳۴ و ماده ۳۰-۴۳۴ قانون جزای فرانسه و ماده ۳۲۳ قانون جزای آلبانی به جرم فرار از زندان اشاره نموده است. در ماده ۳۲۳ قانون جزای آلبانی آمده است: فرار شخصی که تحت بازداشت می-باشد یا در بازداشتگاه است یا فرار شخصی که محکوم به حبس است از حبس اجباری یا در ضمن انتقال از محلی به محل دیگر مستوجب تا پنج سال حبس می-باشد. از سوی دیگر ماده ۲۷-۴۳۴ قانون جزای فرانسه در این زمینه بیان می-دارد: فرار قابل مجازات زمانی رخ می-دهد که تحت اختیار او بوده فراری دهد. از جمله زمانی که چنین اعمالی به وسیله شخص ثالث که با فراری تبانی کرده است رخ دهد. فرار مستوجب تا سه سال حبس و چهل و پنج هزار یورو جزای نقدی می-باشد. با عنایت به این مواد می-توان مواردی را به عنوان ارکان اصلی جرم فرار بیان داشت. از لحاظ رفتار فیزیکی فرار تنها از طریق فعل قابل تحقق است بدین معنا که فرد باید اقدامی بکند. فرار با ترک فعل قابل تحقق نیست. از لحاظ شرایط تحقق جرم در مرحله اول فرد باید تحت بازداشت باشد. در ماده ۳۲۳ قانون جزای آلبانی به صراحت اشاره نموده که فرد تحت بازداشت باشد یا ضمن نقل و انتقال فرار نماید و ماده ۲۷-۴۳۴ قانون جزای فرانسه نیز اشاره به فرار از دست مأمور مراقب می-نماید. همچنین اگر فردی در جایی حبس یا بازداشت باشد و فرار نماید نیز مشمول فرار کیفری می-باشد. به همین جهت ماده ۳۲۳ قانون جزای آلبانی بیان می-دارد فرد از بازداشتگاهها فرار نماید یا فردی که به زندان محکوم شده است از محل بازداشت اجباری فرار نماید. این جرم از جرایم مقید می-باشد بدین معنا که فرد بایستی موفق به فرار شود. در غیر این صورت جرم تام محقق نشده است و فرد تنها با وجود شرایط دیگر ممکن است به شروع به جرم محکوم شود. در مورد رکن روانی این جرم باید گفت: رکن روانی این جرم قصد فرار است. سو نیت عام که با اراده آزاد فرار کند برای تحقق جرم کافی نیست و نیازی به سونیت خاص نیست (یکرنگی، پیشین، ۲۰۱).

در قوانین ایران ماده ۵۴۷ ق.م.ا.مده است: هر زندانی که از زندان یا بازداشتگاه فرار نماید به شلاق تا (۷۴) ضربه یا سه تا شش ماه حبس محکوم می-شود و اگر برای فرار درب زندان را شکسته یا آن را خراب کرده باشد، علاوه بر تامین خسارت وارده به هر دو مجازات محکوم خواهد شد. تبصره - زندانیانی که مطابق آیین-نامه زندانها به مرخصی رفته و خود را در موعد مقرر بدون عذر موجه معرفی ننمایند فراری محسوب و به مجازات فوق محکوم می-گردند (اسدی، پیشین، ۵۵).

نتیجه‌گیری

جهت ایجاد استقرار عدالت قضایی در جامعه جرم‌انگاری اعمالی که مانع تحقق عدالت قضایی می-شوند لازم و ضروری است. گرچه عدالت معنایی نسبی دارد اما اجرای عدالت قضایی از دغدغه تمامی سیستم‌های عدالت کیفری در کشورهای مختلف است. اجرای عدالت در این حوزه، همانند سایر حوزه‌ها، از جمله ارزش-های موجود در جوامع است که جهت حفظ آن تمهیداتی اندیشیده می-شود و اعمالی به فراخور جرم‌انگاری می-شود. قضایی یکی از شاخصه‌های مهم عدالت اجتماعی به شمار می-رود. به موجب آن لازم است اقداماتی که باعث اختلال در روند اجرای عدالت می-شوند جرم‌انگاری شوند. در قانون جزای فرانسه قانونگذار فصلی را به "جرایم علیه قضایی" اختصاص داده است. اما قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ بدون اینکه فصلی را به این عنوان اختصاص دهد به طور پراکنده و به مناسبت‌های مختلف اعمالی که مخل روند عدالت و احقاق حقوق اشخاص است را جرم‌انگاری کرده است. با توجه به اهمیت جرایم علیه عدالت قضایی و نقش موثر آن در تحقق عدالت لازم است قانونگذار در حقوق جزای اسلامی اقدامات لازم را جهت رفع نقص "جرایم علیه عدالت قضایی" به عمل آورد.

در قانون مجازات آمریکا جرایم علیه عدالت قضایی فصل جداگانه‌ای را به خود اختصاص داده است. در حقوق ایران جرایم علیه عدالت قضایی در فصل مستقلی ذکر نشده‌اند و باید این جرایم را در قوانین متفرقه یافت. شایسته است مقنن ایرانی نیز همانند قانونگذار آمریکا و فرانسه جرایم علیه عدالت قضایی را در ذیل فصل مستقلی ذکر کند و خلا موجود را بر طرف نماید. به عنوان مثال در خصوص جرم فرار از زندان باید گفت شایسته است قانونگذار آن را اصلاح نماید تا شامل مواردی مثل فرار از دست مأمورین در دادگاه یا فرار زندانی از بیمارستان نیز گردد. کیفیات مشدده جرم فرار به صورت جامع‌تر و کامل‌تر ذکر گردد تا شامل

مواردی مثل تخریب دیوار زندان و نقب زدن برای فرار از زندان و همچنین استفاده از سلاح برای فرار نیز گردد. در ارتباط با جرم شهادت کذب با توجه به این که اقرار مرتکب به این که شهادت وی دروغ است به عنوان معافیت پیش‌بینی نشده است بهتر است این معافیت پیش‌بینی شود. با توجه به این که جرم ارتشا شامل امتیاز و خدمت نمی‌شود و صرفاً وجه یا مال را در بردارد شایسته است به نحوی اصلاح شود که شامل موارد مذکور نیز شود، همچنین پیشنهاد میشود قانونگذار درخواست رشوه را نیز به عنوان عنصر مادی رشوه پیش‌بینی نماید.

در قانون کیفری کشور آلبانی فصلی به جرایم علیه عدالت قضایی اختصاص یافته است. این جرایم با توجه به مراحل عدالت کیفری و افراد درگیر در عدالت کیفری تنظیم شده‌اند. در این مقاله با اشاره به قانون فرانسه و آلبانی که فصلی مجزا برای جرایم علیه عدالت کیفری تدوین کرده بودند اختصاص فصلی به این دسته جرایم برای قانون کیفری ایران که این دسته از جرایم جز موانع استقرار عدالت هستند پیشنهاد می‌شود.

البته از سویی ممکن است به تدوین و تنظیم جرایم علیه عدالت قضایی ایراداتی گرفته شود. به عنوان مثال گفته شود این جرایم نوعی دخالت در حریم خصوصی یا حتی در بحث الزام به شهادت، نوعی اجبار قانونگذار به امر فاعلی است در حالی که وظیفه قانونگذار بیشتر در حوزه اموری است که نباید شهروندان آن را انجام دهند.

در پاسخ ایراداتی چون تورم کیفری، دخالت در حوزه حریم خصوصی و ... که به جرایم علیه عدالت قضایی وارد می‌شود می‌توان اذعان کرد که امروزه در کنار مفهوم آزادی، مفهوم امنیت هم همان قدر ارزشمند است.

به عبارتی باید گفت شهروندان دو مفهوم آزادی - امنیت را با یک دیگر خواستار هستند. که جرم‌انگاری جرایم علیه عدالت قضایی نوعی تامین کننده امنیت شهروندان و عدالتی است که خود به دنبال آن هستند.

منابع

الف: قوانین

۱- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

۲- قانون جزای فرانسه مصوب ۱۹۹۲

۳- قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۴- قانون جزای آلبانی ۱۹۹۴

۵- قانون جزای آلمان

۶- قانونی جزای آمریکا

ب: مقالات و کتب

۱- اسدی، لیلا. (۱۳۸۴). "بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی در حقوق ایران و اردن، فقه و حقوق خانواده" مجله تعالی حقوق، شماره ۳۷ و ۳۸.

۲- بولک، برنار. کیفرشناسی. ترجمه: علی حسین نجفی ابرند آبادی. (۱۳۸۴). چاپ چهارم. تهران، مجد.

۳- بوشهری، جعفر، (۱۳۷۹). حقوق جزا: اصول و مسائل، چاپ اول، ناشر شرکت سهامی انتشار.

۴- بیگی، جمال. (۱۳۹۴). "جرایم علیه عدالت کیفری در ایران" مجله دانش انتظامی، چاپ اول شماره سوم.

۵- تجار زادگان، فتح الله و مسعودیان، مصطفی. (۱۳۸۹). "بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی از دیدگاه قرآن و حقوق کیفری ایران" فصلنامه تخصصی پژوهش‌های میان رشته‌ای قرآن کریم، سال اول شماره سوم.

۶- تسخیری محمد علی. (۱۳۸۳). "عدالت و احسان در قرآن" مجله گلستان قرآن، شماره یازدهم.

- ۷- عابد، رسول، میر محمدصادقی، حسین. (۱۳۹۱). "جرایم علیه اجرای عدالت کیفری در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی" فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره اول.
- ۸- قربان‌نیا، ناصر. (۱۳۸۱). عدالت حقوقی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
- ۹- کوشا، جعفر. (۱۳۸۱). جرایم علیه عدالت قضایی، نشر میزان، چاپ اول.
- ۱۰- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۳). نظام کیفری کشورهای اسلامی، نشر علوم اسلامی، چاپ دوم.
- ۱۱- یکرنگی، محمد. (۱۳۸۷). "جرایم علیه عدالت قضایی در تاریخ حقوق مشرق زمین"، فصلنامه ادبیات و علوم انسانی، شماره ده و یازده.
- ۱۲- یکرنگی، محمد. (۱۳۹۱). جرایم علیه اجرای عدالت قضایی، معاونت حقوقی قوه قضاییه، چاپ دوم، نشر خرسندی.

13- Doyle C. ATTEMPT: AN OVERVIEW OF FEDERAL CRIMINAL LAW. Journal of Current Issues in Crime, Law & Law Enforcement. 2013 Aug 1;6(3).

14- John M. Scheb, John M. Scheb II, Criminal Law and Procedure, Wadsworth, Seventh Edition, 2011.

پ: پایان‌نامه

- ۱۵- عابد، رسول. (۱۳۸۸). جرایم علیه عدالت کیفری در حقوق کیفری ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- ۱۶- جمشیدی، علیرضا. (۱۳۹۰). جرایم علیه عدالت قضایی در مرحله دادرسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری.

ج: مقالات کنفرانسی

جرایم علیه عدالت قضایی در پرتو اسناد بین‌المللی، کنفرانس بین‌المللی علوم انسانی و مطالعات رفتاری، تهران،

https://www.civilica.com/PaperICHCONF01ICHCONF01_021.html

عوامل رافع مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالا

مریم بیات^۱، ساحل عالیخانی^{۲*}

۱- دانش آموخته دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲- دانش آموخته دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

امروزه با تولید کالاهای فنی و پیچیده در مقیاس وسیع به جهت عیوب ناشناخته موجود در کالا، عدم ارائه اطلاعات کافی در نحوه صحیح استفاده و هشدار از خطرات که همگی به نوعی عیب در کالا تلقی می‌شود، صرف اتکاء به رابطه قراردادی برای جبران خسارت زیان دیده کافی نیست و این عیوب مذکور باعث بروز حوادث ناگوار و خسارات فراوانی نه تنها بر مصرف‌کننده بلکه بر افرادی که هیچ استفاده‌ای از کالا نداشتند می‌شود و آنچه از قانون حمایت از مصرف‌کننده آمده حمایت مطلوبی از مصرف‌کننده نمی‌باشد. در کنار علل خارجی که بر رابطه سببیت تأثیر دارند، برخی عوامل نیز وجود دارند که فعل زیانبار را تحت تأثیر خود، قرار می‌دهند؛ این عوامل که معمولاً تحت عنوان علل موجهه از آن‌ها یاد می‌شود فعل زیانبار را توجیه می‌کنند؛ تأثیر چنین توجیهی، آن است که فعل زیانبار، مباح می‌شود. البته علل موجهه از تنوع زیادی برخوردارند و همگی آن‌ها تأثیرات یکسانی ندارند؛ برخی از آن‌ها باعث از بین رفتن مسئولیت می‌شوند و بعضی دیگر، تنها مسئولیت را بر عهده دیگری قرار می‌دهند بدون اینکه اصل مسئولیت را منتفی کنند؛ با این اوصاف نگارندگان در این مقاله به واکاوی عوامل رافع مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالا با روش تحلیلی - توصیفی پرداخته است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، عیب، کالا، عوامل رافع، عوامل موجهه.

مقدمه

* نویسنده مسئول sahel.aalikhani@ut.ac.ir

حقوق از جمله اندیشه‌های اعتباری است، یکی از خصوصیات بارز اندیشه‌های اعتباری این است که نیاز پرورده‌اند، یعنی؛ به وجود آمدن این اندیشه‌ها بدلیل داشتن نیاز است، نیازهای اجتماعی، فرهنگی، روانی، اقتصادی، بنابراین یکی از وظایف مهم حقوق کشف نیازهای اشخاص در عرصه زندگی اجتماعی می‌باشد. از این رو محققین دانش حقوق باید با آگاهی کامل نسبت به احتیاجات اشخاص، قواعد و مقرراتی را جهت تأمین این نیازها تهیه و تنظیم نمایند.

تا قبل از انقلاب صنعتی بخش عظیمی از مردم، مصرف کننده تولیدات خود بودند، به گونه ای که مصرف کننده به مفهوم امروزی وجود نداشت، تولید برای ارائه به بازار و مصرف دیگران بخش کوچکی از فعالیت‌های اقتصادی را تشکیل می‌داد، لیکن انقلاب صنعتی این وضعیت را درهم شکست و بخش عظیمی از مردم مصرف کننده کالاهایی هستند که دیگران تولید می‌کنند.

با این وضع خریداران برای استفاده و بکارگیری صحیح اموال و کالاهای خریداری شده به کسب اطلاعات لازم و ضروری نیاز دارند، اطلاعاتی که آن‌ها را در استفاده بهینه از بیع راهنمایی نموده و خطرها و آثار جانبی زیان بار آن را گوشزد نماید. لذا حقوق برای تأمین این نیاز، قواعد و احکامی را تهیه نموده که مجموع این قواعد نهاد حقوقی «تعهد دادن اطلاعات» را تشکیل می‌دهد.

در قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی به مبحث مسئولیت ناشی از عدم ارائه اطلاعات لازم در قرارداد اشاره‌ای نشده است. از روح حاکم بر قوانین و عرف جامعه نیز به وجه مشترکی در این خصوص نمی‌توان رسید. در صورتی که تامل به مسئولیت شخص ناشی از عدم ارائه اطلاعات باشیم این مسئولیت در دو حوزه قراردادی و غیر قراردادی قابل بررسی دارد. به طور مثال در موضوع تسلیم مبیع در عقد بیع لازم می‌نماید، علاوه بر تسلیم مادی اطلاعات مورد نیاز جهت بهره‌برداری از مبیع نیز در اختیار مشتری قرار گیرد تا تسلیم کامل صورت گرفته باشد. از طرفی میزان اطلاعات که باید در اختیار طرف قرارداد داده شود مبهم و نامشخص است پس بایستی این مساله نیز مورد بررسی دقیق قرار گیرد. از سوی دیگر بسیار پیش می‌آید که عدم ارائه اطلاعات از سوی طرف قرارداد موصات جهان را فراهم می‌کند به عنوان مثال مسئولیت سازنده یا توزیع کننده دارو ناشی از عدم ارائه کامل اطلاعات مربوط به صرف دارو را می‌توان ذکر نمود؛ با این اوصاف نگارندگان در پی پاسخگویی به این سوال اصلی هستند که علل رافع ایجاد این مسئولیت چیست؟

۱. مفاهیم مقدماتی

در این قسمت نگارندگان به تبیین مفاهیم مقدماتی و کلیدی پایان‌نامه خواهند پرداخت.

۱-۱. مفهوم مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی، در معنای وسیع، مسئولیت‌های ناشی از نقض قرارداد و مسئولیت‌های غیرقراردادی، یعنی مسئولیت ناشی از رفتار زیان بار را در بر می‌گیرد. زیرا صرفنظر از مبانی مشابه و مشترک در هر دو نوع مسئولیت، ماهیت آن‌ها را نیز می‌توان یکسان تلقی کرد. اما در معنای خاص، مسئولیت مدنی به مسئولیت غیر قراردادی اطلاق می‌شود. (ره پیک، ۱۳۹۳: ۲۷) مسئولیت مدنی در مفهوم کلی و عمومی خود، عبارت است از «مسئولیت جبران خسارات ناشی از رفتارهای زیان بار»

نکته دیگر اینکه، تعبیر «مسئولیت مدنی» که اکنون در حقوق ما، تعبیری شایع و متداول می‌باشد در اصل، به خانواده حقوق رومی - ژرمنی تعلق دارد (ره پیک، ۱۳۹۳: ۲۹) و پس از تصویب قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)، کاربرد بیشتری پیدا کرده است.

در فقه اسلامی، تعبیری مانند «ضمان قهری» یا «ضمانات» مورد استفاده قرار می‌گیرد. حتی قانون مدنی نیز از ترکیب «مسئولیت مدنی» استفاده نکرده و عنوان الزامات خارج از قرارداد را به تبع برخی عناوین قانون فرانسه (صدر ماده ۱۳۷۰ ق. مدنی فرانسه) برگزیده است. در حقوق کامن‌لا نیز بیشتر از عنوان «شبه جرم» یا «جبران‌ها»^۱ استفاده می‌شود.

۱-۲. مفهوم عیب

قانون مدنی ما عیب را تعریف نکرده و تشخیص آنرا به نظر عرف واگذار نموده است. ولیکن فقها و حقوقدانان از عیب تعاریف مختلفی را بیان داشته‌اند. به طور کلی با استقراء در نظر حقوقدانان و فقها می‌توان سه معیار را برای تعریف عیب در نظر گرفت. مشهورترین معیاری که فقها معرفی نموده‌اند، معیار زیادتی یا نقصان مبیع نسبت به نوع خود می‌باشد. مطابق با این معیار، عیب هر شیء عبارت است از زیادتی یا نقصان جزء آن شیء، نسبت به اصل خلقت (امامی، ۱۳۹۵: ج ۱، ۵۰۰).

این تعریف در خور اموالی است که ضابطه معینی در طبیعت و ساختشان داشته باشند مثل عیب موجود در حیوانات، ولیکن در حال حاضر با تحول صنعت و عصر ماشینیسم و تولید و ساخت کالاهای پیچیده صنعتی و تکنولوژیکی، از این معیار نمی‌توان استفاده نمود.

معیار دوم، نقص در مرتبه متوسط می‌باشد. این معیار از تعریف عیب از دیدگاه شیخ انصاری گرفته شده است. به نظر ایشان، عیب عبارت است از نقص در صحت و سلامت که متوسط بین عیب و کمال می‌باشد، صحت و سلامت حالتی است که مشترک بین افراد مبیع می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۰ هـ.ق: ج ۲، ۳۴۵).

برای مثال در بخاری‌های گازی تعدادی اوصاف مشترک وجود دارد که عرف آن‌ها را به عنوان حد متوسط کالای مزبور به حساب می‌آورد، بخاری‌های گازی مجهز به شمعیک، فندک جرقه زن و دستگاه کنترل گاز هستند، این اوصاف بالفرض حد متوسط مشخصات بخاری‌های گازی می‌باشد، لذا اگر بخاری گازی موضوع قرارداد دارای چنین اوصافی باشد، آن کالا سالم و بدون عیب تلقی می‌شود. ولیکن اگر بعضی از این اوصاف را نداشته باشد، نقص در صحت و سلامت کالا ایجاد شده و در نتیجه کالا معیوب تلقی می‌شود.

۲. عوامل از بین برنده مسئولیت مدنی عرضه کنندگان

مسئولیت مدنی تکلیف به جبران خسارت وارد به اشخاص است که منشأ آن عدم اجرای قرارداد، زیان ناشی از جرم یا شبه جرم می‌باشد. اگر نقض تکلیف و ضرر ناشی از آن به زیان زنده قابل استناد باشد مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود ولی اگر تقصیر و اقدام متعهدله یا زیان دیده در میان باشد و یا هشدار کافی و مؤثر به زیان دیده داده شده باشد و یا اگر عامل زیان با حسن نیت بوده و قصد احسان داشته باشد و یا عدم مسئولیت شرط شده باشد، تعهد از مسئولیت معاف خواهد بود.

۲-۱. شرط عدم مسئولیت

با توجه به اینکه در کشور ما درباره ی شرط عدم مسئولیت و حقوق مصرف‌کننده مقررات مدون وجود ندارد، مطالعه در مورد آن اهمیت مضاعفی می‌یابد. با توجه به این که تحقیقات انجام شده علیرغم زحمات بسیار نویسندگان آن‌ها تمامی سؤالات را پاسخ نمی‌دهد سعی شده مختصر درباره شرط عدم مسئولیت توضیحاتی داده شود.

در پاسخ به سؤالات بدو می‌بایست شرط عدم مسئولیت را مختصر تعریف کنیم. شرط عدم مسئولیت شرطی است که به موجب آن مسئولیت ناشی از عدم اجرا قرارداد یا تأخیر آن پیش از اینکه تخلف از قرارداد رخ دهد و خسارت پیدا شود اسقاط و سلب می‌گردد. باید توجه داشت که اذن فی نفسه موجب سقوط ضمان نیست مگر به قرینه یا تصریح ضمان نفی شده باشد ولی هرگونه شرط عدم مسئولیت و عدم ضمان ملازم با اذن است لذا رابطه بین این دو عموم و خصوص من وجه است یعنی، شرط عدم مسئولیت مستلزم وجود اذن است اما وجود اذن دلالت بر عدم مسئولیت ندارد.

اینک به بررسی انواع شروط معافیت از مسئولیت و محدودکننده آن می‌پردازیم.

الف. شرط توسعه و تضییق قوه قاهره، اینگونه شروط به جای اینکه قوه قاهره را با حذف یکی از ویژگی‌های آن توسعه دهد حوادث معین را در حتم قوه قاهره قرار می‌دهد.

ب. شرط تحدید نوع مسئولیت عرضه‌کننده و میزان یا مبلغ آن ممکن است شرط شود مدیون فقط مسئول خسارت مادی باشد و خسارت عدم النفع یا زیان معنوی به عهده او نباشد و یا مبلغ معینی به عنوان سقف خسارت پیش‌بینی شود.

پ. شرط کاهش مدت اقامه‌ی دعوا معید عرضه کننده (تحدید مرور زمان) محدود کردن مدت اقامه دعوا گامی است در جهت تحکیم قراردادها و کاستن نزاع‌ها و دعاوی حقوقی و افزایش امنیت حقوقی از این رو این شرط نه تنها مخالفتی با قانون و نظم عمومی ندارد بلکه باید آن را تأمین کننده نظم عمومی دانست.

ت. شرط عدم مسئولیت عرضه کننده نسبت به اعمال خیارها که ممکن است بتوان شرط اسقاط خیارها موضوع ماده ۴۴۸ را یکی از مصادیق شرط عدم مسئولیت برشمرد. این شرط امروزه در بسیاری از قولنامه‌ها درج می‌شود.

شرط عدم مسئولیت آثاری دارد که هم می‌توان اثر شرط را نسبت به طرفین و هم اشخاص ثالث و هم وارثان بررسی نمود.

بنابراین به موجب شرط عدم مسئولیت، مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر آن پیش از اینکه تخلف از قرارداد رخ دهد و خسارت پیدا شود اسقاط و سلب می‌گردد.

بطلان شرط عدم مسئولیت به دلایلی همچون مخالفت با نظم عمومی و ... موجب بطلان عقد نمی‌گردد.

۲-۲. عوامل رافع مسئولیت مدنی و تأثیر آن بر مسئولیت عرضه کننده

در کنار علل خارجی که بر رابطه سببیت تأثیر دارند، برخی عوامل نیز وجود دارند که فعل زیانبار را تحت تأثیر خود، قرار می‌دهند. این عوامل که معمولاً تحت عنوان علل موجهه از آن‌ها یاد می‌شود فعل زیانبار را توجیه می‌کنند (پاتریس ژوردن، ۱۳۸۵: ۹۴)؛ تأثیر چنین توجیهی، آن است که فعل زیانبار، مباح می‌شود. البته علل موجهه از تنوع زیادی برخوردارند و همگی آنها تأثیرات یکسانی ندارند.

برخی از آن‌ها باعث از بین رفتن مسئولیت می‌شوند و بعضی دیگر، تنها مسئولیت را برعهده دیگری قرار می‌دهند بدون اینکه اصل مسئولیت را منتفی کنند.

۲-۲-۱. اضطرار^۱

اضطرار، حالتی است که در آن به دلیل دخالت حوادث قهری، مضطر ناچار می‌شود برای دفع ضرر ناشی از آن حوادث، ضرر دیگری را وارد کند.

شرایط اضطراری با شرایط قوه قاهره شباهت دارد، لذا برای استناد به اضطرار، لازم است غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب بودن اضطرار، اثبات گردد.

در حالت اضطرار، مسئولیت جبران خسارت، منتفی نمی‌شود بلکه ممکن است در مواردی فاعل زیان، مسئول نباشد و مسئولیت برعهده شخص دیگری که از اقدام فاعل سود برده است قرار گیرد و این مسأله و نکته برای عرضه کننده نیز اجرا خواهد شد یعنی عرضه کننده‌ی مضطر با جمع شرایط مصرحه در بالا امکان دارد که از مسئولیت مدنی معاف شود.

مطابق برخی مقررات، اگر کسی در حده نیاز و متعارف، اقدامی انجام دهد و به دیگری خسارت وارد کند ضامن نمی‌باشد. بعضی از حقوقدانان، این حالت را با اضطرار مقایسه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۷)؛ در حالی که بین این دو حالت، تفاوت وجود دارد. در اضطرار، وجود ضرر محرز است اما مضطر با اقدامات خود آن را به سوی دیگری دفع می‌کند و از این طریق، در واقع، سودی (عدم ضرر) را بدست می‌آورد، لذا مسئولیت جبران، منطقی می‌باشد اما در حالتی که شخص، عمل مباحی را در حده نیاز و متعارف انجام می‌دهد و اتفاقاً خسارتی وارد می‌شود عدم ضمان، قابل توجیه می‌باشد. مباح شدن عمل مضطر بدین معناست که مضطر می‌تواند بین دو ضرر، ضرر کمتر را انتخاب و ضرر بیشتر را دفع کند، اما این اباحه، نافی جبران ضرر نمی‌باشد.

در هر حال، می‌توان برای اضطرار و محل قرارگرفتن ضررها، حالات مختلفی را تصور کرد:

الف) شخص برای دفع ضرر خود به دیگری خسارت وارد کند که عرضه کننده مشمول این مورد نمی‌شود و مسئولیت مدنی‌اش از بین نمی‌رود. به طور مثال، برای جلوگیری از ورود سیل به خانه خود، مسیر آن را به

طرف زمین همسایه، منحرف کند. در چنین حالتی، باید شخص اول را ضامن خسارت وارد بر غیر بدانیم و به طور کلی، نمی‌توان اضطراب شخص را مجوزی برای ضرر غیر، تلقی کرد (انصاری، ۱۳۸۳: ج ۴، ۳۳۴). نهایتاً ممکن است در صورتی که شدت ضرر مضطر، نسبت به ضرر غیر، بیشتر باشد صرفاً حکم تکلیفی، رافع شود ولی حکم وضعی جبران خسارت، باقی می‌ماند و ادله قاعده اتلاف، حاکم می‌باشد.

ب) شخص برای رفع ضرر از غیر به اموال او خسارت وارد کند در این مورد نیز عرضه کننده معاف از مسئولیت مدنی نیست. به طور مثال، برای جلوگیری از گسترش آتش در مغازه غیر، بخشی از دیوارها را خراب کند. در این حالت، به نظر می‌رسد که قاعده احسان جریان داشته باشد و از این جهت، بر قاعده اتلاف، حاکم باشد. بنابراین، نباید شخص را ضامن دانست، زیرا ضمان او در واقع از مصادیق «سبیل» است که در قاعده احسان، نفی شده است (بجنوردی، ج ۴، ۱۳).

ج) شخص برای دفع ضرر از کسی به شخص ثالث ضرر وارد کند. در این مورد مثل دو مورد قبل عرضه‌کننده معاف از مسئولیت مدنی نیست. به طور مثال، برای جلوگیری از غرق شدن فرزند یا اموال کسی، از قایق و بنزین شخص ثالث (بدون اجازه) استفاده کند. در چنین حالتی نیز دلیلی بر رفع ضمان به طور مطلق وجود ندارد، اما تردید در آن است که ضمان، به دلیل قاعده اتلاف، بر عهده متلف است یا به دلیل استفاده بلاجهت صاحب مال یا فرزند، ضمان، بر عهده او قرار می‌گیرد. شاید بتوان به دلیل محسن بودن شخص اول نسبت به صاحب مال یا فرزند، ضمان را از او نفی نمود و مسئولیت را برعهده صاحب مال یا فرزند، یعنی کسی که از این امر سود برده است قرار داد. ملاک ماده ۳۰۶ ق.م نیز می‌تواند مؤیدی بر این نظر باشد (من له الغنم فعلیه الغرم).

د) شخص برای دفع ضرر از جامعه به اموال خصوصی افراد ضرر وارد کند. این نوع اضطراب به اضطراب عمومی، موسوم می‌باشد. به طور مثال، عرضه‌کننده در جامعه‌ای که در تحریم اقتصادی می‌باشد به جای استفاده از کالاهای درجه اول خارجی برای تولید از کالاهای درجه پائین داخلی در تولید استفاده کند. در این حالت، یقیناً عرضه‌کننده نسبت به منافع جامعه، محسن است، اما سؤال این است که در این وضع، ضمان به طور کلی منتفی است یا مسئولیت برعهده دولت و غیره است؟ به نظر می‌رسد در این مورد، ضمان، منتفی باشد.

۲-۲-۲. ابرای قبلی مصرف کننده‌ی زیان دیده

در صورتی که زیان دیده، پس از ورود خسارت، فاعل زیان را ابراء کند، قطعاً و بدون هیچ اشکالی، تعهد وی ساقط می‌گردد. اما آیا می‌توان قبل از ورود ضرر احتمالی، فاعل زیان را از مسئولیت، بری نمود یا خیر؟ در صورتی که چنین عملی، امکانپذیر باشد، در واقع فاعل، مسؤول جبران خسارت بعدی نخواهد بود. ممکن است برخی به دلیل عدم وجود دین، اسقاط آن را صحیح ندانند (اسقاط مالیم یجب) اما یکی از مصادیق شایع در چنین ابرایی، یعنی «برائت پزشک» در مواد ۴۹۵ و ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی، مورد تأیید قرار گرفته است.

۱. قاعده استفاده بلاجهت، در حقوق اسلام نیز دارای دلایل نقلی می‌باشد. ۱. به این روایت توجه شود: «محمد بن علی بن الحسین باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی باسناده قال رفع الی المأمون رجل دفع رجلاً فی بثر فمات فامر به ان یقتل فقال الرجل انی كنت فی منزلی فسمعت الغوث فخرجت مسرعاً و معی سیفی فمررت علی هذا و هو علی سفیر بئر فدفعته فوق فی البئر فسأل المأمون الفقهاء فی ذلک فقال بعضهم یقاد به و قال بعضهم یفعل به کذا و کذا قال فسأل ابوالحسن (ع) عن ذلک و کتب الیه فقال دیته علی اصحاب الغوث الذین صاحبوا الغوث قال فاستعظم ذلک الفقهاء فقالوا للمأمون سله من این قلت هذا فسأله فقال (ع) ان امراه استعدت الی سلیمان بن داود (ع) علی ریح فقال کنت علی فوق بیته فدفعتنی ریح فوقت الی الدار فانکسرت یدی فدعا سلیمان (ع) بالریح فقال لها ما حملک علی ما صنعت بهذه فقالت الریح یا نبی الله ان سفینه بنی فلان کانت فی البحر قد اشرف اهلها علی الغرق فمررت بهذه المرأة و انا مستعجلة فانکسرت یدها فقضى سلیمان (ع) بارش یدها علی اصحاب السفینه» (وسایل الشیعه، ج ۱۹، باب ۲۸ حدیث ۲)؛ قیاس عمل شخصی با باد قابل توجه است؛ در روایت دیگر (حدیث اول همان باب) که مشابه با روایت فوق است در صورتی که کمک کننده در مقابل اجرت اقدام به کمک کرده باشد دیه برعهده کمک کننده و عاقله او قرار داده شده است.

دلیل این حکم، آن است که همانگونه که برای ضمانت یا توثیق از یک دین، لزومی نیست تا دین فعلیت داشته باشد بلکه وجود سبب دین نیز کفایت می‌کند (طباطبایی، ۱۳۷۷: ۶۴۹) در اسقاط دین هم تحقق سبب و مقدمات نزدیک دین، کافی می‌باشد.

۲-۲-۳. سبب اقوی

در مواردی مانند اکراه، امر آمر یا فریب، عمل مکروه، مأمور و فریب خورده (مغرور)، عملی قابل توجیه می‌باشد.

از سوی دیگر، اکراه‌کننده، آمر و فریب دهنده نسبت به فاعل همانند علت خارجی، عمل می‌کنند. در برخی از مصادیق اکراه مانند اکراه به قتل، مکروه از مسئولیت معاف نمی‌شود، زیرا در چنین موردی، نه عمل، قابل توجیه است و نه رابطه اکراه‌کننده یا قتل، رابطه قوی‌تری می‌باشد لذا طبق قاعده، مباشر، ضامن خواهد بود.

البته اگر آمر مانند اکراه‌کننده، عمل کند، به دلیل اقوی بودن، آمر، مسئولیت جبران را بر عهده می‌گیرد.

ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی جدید (۱۳۹۲) نیز مأموری را که به علت اشتباه قابل قبول و به تصور قانونی بودن عمل خود، اقدام کرده از مجازات معاف نموده و در مورد دیه و ضمان، مسأله را تابع مقررات مربوطه دانسته است.

در هر حال، به نظر می‌رسد در موادی که رابطه سببیت با مباشر قطع می‌شود شرایط مذکور به مثابه علت خارجی می‌باشند و نه علت موخره.

برای عرضه‌کننده سبب اقوی بطور مثال تصویب قوانین از ناحیه‌ی دولت و سایر ارگان‌ها در ایجاد مسئولیت برای عرضه‌کننده است که در این صورت عرضه‌کننده مسئولیت مدنی ندارد.

۲-۲-۴. قوه قاهره

قوه در لغت به معنی نیرو است و در مقابل ناتوانی و ضعف بکار می‌رود. در اصطلاحات اسلامی در مقابل فعلیت بکار می‌رود چنانکه گویند هر شاگردی استاد است بالقوه قوه قاهره^۱ آنچه قابل پیش‌بینی نبوده و قابل اجتناب نیز نباشد.

اوصاف قانونی قوه قاهره آن است که خارجی باشد و نتوان به متعهد یا مقصر مربوط کرد. غیرقابل پیش‌بینی باشد و شخص برحسب معتادی انتظار وقوع آن را نداشته باشد. احترازناپذیر باشد و شخص نتواند آن را دفع کند وگرنه مسئول است؛ قوه قاهره باعث ایجاد عدم مسئولیت مدنی عرضه‌کننده است.

۲. مواردی که نیاز به ارائه اطلاعات از ناحیه عرضه‌کننده نیست

علیرغم مواردی که فروشنده موظف به افشای اطلاعات لازم و ضروری می‌باشد، مواردی وجود دارند که فروشنده تعهد به افشای اطلاعات ضروری در خصوص آن‌ها ندارد. در مواردی که مبیع از عیوب خطرهای آشکار و بدیهی برخوردار است و همچنین در موردی که استفاده غلط از مبیع قابلیت پیش‌بینی را نداشته، فروشنده تعهد به افشای اطلاعات ندارد. علاوه بر این اموری که خریدار به طور واقعی با مفروض از آن مطلع است و همچنین اموری که با بازرسی و کاوش متعارف قابل کشف می‌باشد و همین طور در خصوص احتمال کلی از وقوع خطر، فروشنده موظف به افشای اطلاعات نمی‌باشد.

۳-۱. عیوب و خطرهای آشکار و بدیهی^۲

یکی از مواردی که قلمرو دادن اطلاعات را محدود می‌کند، دادن اطلاعات در خصوص خطرهای عیوبی است که نسبت به گیرنده آشکار هستند یا بدیهی م باشند. در تبیین مفهوم خطر و عیب بدیهی و آشکار، معمولاً وضعیتی در نظر گرفته می‌شود که در آن خطر و عیب به طور معمول و عادی توسط آن‌هایی که

1. Force majeure.

2. Patent or open Defect and Obvious or Known Dangers.

انتظار می‌رود کالا را مورد استفاده قرار می‌دهند قابل مشاهده و احساس باشد. از این رو تشخیص خطر و عیب آشکار و بدیهی در موضوع قرارداد یک امر عرفی می‌باشد.

بنابراین عرضه‌کننده چاقو یا تبر الزامی به ارائه اطلاعات در خصوص اینکه چاقو یا تبر برنده است ندارد، یا نسبت به گیرنده دینامیت ضرورتی در اینکه اعلام شود دینامیت از خصوصیات انفجاری برخوردار است، وجود ندارد یا در خصوص ماشین‌های نقلیه، در هیچ کتاب راهنمایی گفته نشده که سرعت غیرمجاز ممکن است موجب ورود صدمه به راننده و سرنشینان بشود، همچنین خطرهای خوردن سوسیس به طور خام، آتش‌زا بودن بنزین، آتش‌زا بودن تینر، و... همه این موارد از جمله اموری هستند که فهم و درک آن‌ها برای استفاده‌کنندگان بدیهی و معلوم می‌باشد و بواسطهٔ چنین اوضاع و احوالی، عرضه‌کننده الزامی به افشای اطلاعات ندارد.

و لیکن وضعیت‌های استثنائی وجود دارند که هر چند خطرهای موجود در آن‌ها بدیهی و آشکار می‌باشد، و لیکن بدهت و آشکاری خطر مانع از افشای اطلاعات ضروری در خصوص آن‌ها نمی‌شود، برای مثال در موردی که خطر و عیب تنها با یک بررسی دقیق که گیرنده احتمالاً انجام نمی‌دهد قابل مشاهده است یا خطر به گونه‌ای است که احتمالاً احساس نمی‌شود و یا جزئی و ناچیز محسوب می‌شود، در این موارد خصوصیات بدیهی این خطرها نمی‌تواند عرضه‌کننده را از ارائه اطلاعات ضروری و شایسته معاف نماید.

۲-۳. خطر ناشی از استفاده غلط غیرقابل پیش‌بینی^۱

عرضه‌کننده هیچ تعهدی به افشای اطلاعات در خصوص استفادهٔ غلط غیرقابل پیش‌بینی نسبت به گیرنده ندارد. این بدان معنی است که استفادهٔ غلط غیرقابل پیش‌بینی از کالا ممکن است آنقدر نادر و غیرمعمول باشد که به عنوان یک امر حکمی، عدم افشای اطلاعات در خصوص آن موجب نقض تعهد دادن اطلاعات نمی‌شود. بطور مثال: هنگامی که عرضه‌کننده مبادرت به ساخت کالای غیرخوراکی نموده است که هر عقل سلیمی آن کالا را غیر خوراکی می‌داند و شخصی با وجود واضح بودن این امر آن را می‌خورد مسئولیتی متوجه عرضه‌کننده نیست.

۳-۳. اموری قابل کشف با بازرسی متعارف

چنانچه گیرنده کالا بتواند با یک کاوش عرفی و بررسی متعارف خطرها و عیوب موجود در کالا و چگونگی بهره‌برداری صحیح از آن را کشف نماید عرضه‌کننده الزامی به افشای اطلاعات در این خصوص ندارد. مگر اینکه خصوصیات کالا به گونه‌ای باشد، که با یک بازرسی متعارف و معمول قابل کشف نباشند. برای مثال، در خصوص استفاده از دستگاه زیراکس، با یک کاوش عرفی می‌توان طرز کار آن را دریافت. معدلک، گاه اتفاق می‌افتد که یک وضعیت خطرناک در کالا، گرچه، به سهولت قابل مشاهده می‌باشد و لیکن به گونه‌ای است که فقط اشخاص مجرب متوجه آن می‌شوند، در چنین موردی اگر عرضه‌کننده دارای تجربهٔ خاصی باشد و آگاه باشد که استفاده‌کننده به طور متعارف از این وضعیت مطلع نخواهد شد، وی مکلف است که اطلاعات لازم و ضروری را در این خصوص، در اختیار استفاده‌کننده قرار بدهد.

۴-۳. امور مورد اطلاع واقعی یا مفروض گیرنده

همانطوری که گفته شد، نسبت به اموری که گیرنده به طور واقعی از آن مطلع است یا اینکه آن امور نزد عموم به اندازه‌ای آشکار هستند که می‌توان بطور متعارف فرض نمود که گیرنده با آن‌ها آشنا خواهد بود، عرضه‌کننده الزامی به افشای اطلاعات در آن خصوص ندارد از این رو برای مثال در خصوص خرید کالای آتش‌زایی مثل بنزین، اگر خریدار به طور واقعی مطلع نباشد که کالای مزبور قابلیت انفجاری قوی دارد، فرض می‌شود که وی با این خصیصه آشنا است.

۵-۳. احتمال کلی از وقوع خطر

همچنین گفته شده است که فروشنده در خصوص احتمال کلی از وقوع خطر تعهد به افشای اطلاعات ندارد به عبارت دیگر در خصوص حادثه‌ای که تا حدودی امکان دارد در رابطه با مبيع اتفاق افتد، قصور از

1. Danger From Unforeseeable Misuse.

افشای اطلاعات موجب مسئولیت فروشنده نمی‌باشد. به طور مثال تولید کالایی که با حرارت آتش می‌گیرد و هر عقل سلیمی می‌داند که نباید کنار آتش گذاشته شود و انجام آن توسط مصرف‌کننده و آتش گرفتن کالا و ایجاد خسارت جانی و مالی مسئولیتی را متوجه عرضه‌کننده نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

فروشنده متعهد است، علاوه بر تسلیم مبیع به خریدار، کلیه اطلاعات ضروری راجع به مبیع، از قبیل عیبا و کمبودهای مبیع، خطرهای موجود در آن، طرق اجتناب از خطر و گریز از خطرهای احتمالی، چگونگی استفاده بهینه و بهره‌برداری صحیح از مبیع، زبان‌های احتمالی ناشی از استفاده مبیع، چگونگی نگهداری مبیع، تاریخ تولید و مصرف در خصوص کالاهایی که تا تاریخ معین قابل استفاده هستند، و اطلاعات ضروری دیگر را برحسب مورد در اختیار خریدار قرار بدهد. مفهوم ضرورت در افشای اطلاعات، اساساً به اوضاع و احوال خاص هر قرارداد بستگی دارد، لذا تعهد دادن اطلاعات از جنبه موضوعی برخوردار است نه حکمی. در خصوص اینکه افشای کدام موضوع ضروری و افشای کدام موضوع ضروری نیست، قاعده ثابتی وجود ندارد ولیکن از معیارهایی چون عرف، وجود عیب و خطر در مبیع و عوامل مؤثر در کاهش ارزش مبیع می‌توان ضرورت افشای اطلاعات را احراز نمود. تعهد فروشنده به افشای اطلاعات محدود به زمان انتقال مبیع نیست، بلکه پس از انتقال، چنانچه فروشنده اطلاعاتی راجع به مبیع بدست آورد که ضرورت داشته باشد خریدار از آن‌ها مطلع گردد، موظف است اطلاعات مزبور را به آگاهی خریدار برساند. اطلاعات ضروری راجع به مبیع غالباً از طریق برچسب، بروشور و کاتالوگ، دفترچه راهنما، نوشتن بروی بسته‌بندی یا ظرف محتوی کالا، اظهارات شخصی فروشنده یا نمایندگان وی و درج آگهی و اعلامیه در رسانه‌های خبری، به آگاهی خریدار رسانده می‌شود.

هر چند که تعهد دادن اطلاعات در ابتدا با دکتترین سنتی «آگاه باش خریدارم مواجه بود ولیکن دکتترین مزبور پس از انقلاب صنعتی با پیچیدگی طرح و ساخت کالاها و اموال و توجه به سلامتی و ایمنی بشر، در سیر اندیشه آگاهانه حقوقدانان مورد تعدیل قرار گرفت و از این رو سکوت فروشنده در مقابل خریدار نسبت به افشای اطلاعات ضروری، فاقد محمل حقوقی شناخته شد.

تعهد دادن اطلاعات مبتنی بر شرط ضمنی در عقد و از تعهدات تبعی فروشنده می‌باشد، بدین معنی که در عقد بیع فروشنده به طور تبعی و ضمنی متعهد می‌شود که کلیه اطلاعات ضروری راجع به مبیع را به اطلاع خریدار برساند. تعهد مزبور بر مبنای تسلیم مبیع نیز قابل توجیه می‌باشد، تسلیم علاوه بر مفهوم مادی از مفهوم عرفی و معنوی نیز برخوردار است بدین معنی که فروشنده باید مبیع را به گونه‌ای در اختیار خریدار قرار بدهد که عرف او را مسلط بر آن بداند به نحوی که به طور متعارف و معقول از آن بتواند استفاده نماید، لذا برای اینکه امکان استفاده متعارف برای خریدار فراهم گردد فروشنده باید اطلاعات ضروری در خصوص چگونگی استفاده بهینه از مبیع را در اختیار خریدار قرار بدهد. از طرف دیگر دادن اطلاعات از لوازم عقلی و عرفی مبیع بوده و جزء و تابعی از آن شناخته می‌شود از این رو فروشنده باید ضمن تسلیم مبیع، اطلاعات لازم را نیز به خریدار تسلیم نماید. اصل حسن نیت و انصاف نیز نه تنها می‌تواند حدود و قلمرو تعهدات ناشی از قرارداد را مشخص نماید بلکه ممکن است نسبت به طرفین قرارداد تعهداتی را تحمیل نماید. از این رو رعایت انصاف و حسن نیت در قرارداد فروشنده را به افشای اطلاعات ضروری ملزم می‌نماید. علاوه بر این چنانچه در قرارداد تعهد فروشنده به افشای اطلاعات تصریح شده باشد یا اینکه خریدار از فروشنده در خصوص مبیع سؤال و تحقیق نماید یا اینکه رابطه فروشنده و خریدار به عنوان یک امر موضوعی، مبتنی بر اعتماد و اطمینان تشخیص داده شود، فروشنده متعهد است کلیه اطلاعات ضروری و لازم را در اختیار خریدار قرار بدهد.

فروشنده تا حدی متعهد به افشای اطلاعات ضروری راجع به مبیع می‌باشد که به طور واقعی از موضوعاتی که باید افشاء شود، اطلاع داشته باشد. همچنین اموری که فرض می‌شود از آن مطلع است را نیز لازم است به اطلاع خریدار برساند. از این رو الزام فروشنده به افشای اطلاعات نسبت به اموری که وی

نمی‌تواند به طور متعارف از آن مطلع گردد، از نظر منطقی امر عبث و بیهوده‌ای است. البته در مواردی که خریدار به طور واقعی یا مفروض از خصوصیات مبیع مطلع است فروشنده تعهد به افشای اطلاعات ندارد. فروشنده متعهد است فقط اطلاعات ضروری راجع به مبیع را در اختیار خریدار قرار بدهد. لذا نسبت به امور غیر ضروری متعهد به افشای اطلاعات نیست. اطلاعات راجع به عیب‌ها و خطرهای موجود در مبیع از شایع‌ترین موارد ضرورت افشای اطلاعات می‌باشند. البته خطر نیز خود چهره‌ای از عیب در مبیع شناخته شده است. عیب و خطر موجود در مبیع ممکن است مادی باشد مثل: انفجاری و اشتعال پذیر بودن کالا، زهردار، سمی و بیماریزا بودن کالا، عیوب و امراض در (بیع) حیوان، سستی و پوکی در بیع زمین، چکه کردن سقف در بیع خانه. همچنین عیب موجود در مبیع ممکن است حقوقی باشد، مثل حقوق و ادعاهای اشخاص ثالث در مبیع. معذک تعهد فروشنده به افشای اطلاعات ضروری محدود به اموال معیوب و خطرناک نمی‌باشد بلکه مواردی از قبیل چگونگی استفاده و بهره‌برداری صحیح از مبیع، ارائه اطلاعات در خصوص استفاده غلط قابل پیش‌بینی، ارائه اطلاعات مربوط به کشف نادرستی اطلاعات داده شده، از جمله اطلاعات ضروری راجع به مبیع محسوب می‌شوند. ارائه اطلاعات راجع به عیب‌ها و خطرهای آشکار و بدیهی مبیع، ارائه اطلاعات در خصوص احتراز از استفاده غلط غیرقابل پیش‌بینی از مبیع و همچنین ارائه اطلاعات نسبت به اموری که با بازرسی و کاوش متعارف خریدار قابل کشف می‌باشد، ضروری محسوب نشده و اصولاً فروشنده الزامی به افشای اطلاعات مزبور ندارد.

اطلاعاتی که فروشنده در اختیار خریدار قرار می‌دهد باید از شایستگی لازم برخوردار باشد، اطلاعات ارائه شده ممکن است به جهات مختلف شایسته محسوب نشود، بعضی از این جهات عبارتند از: ۱. عدم درک و فهم اطلاعات (مثل: ارائه اطلاعات به زبان بیگانه یا ارائه اطلاعات به وسیله فرمول‌های تخصصی). ۲. ارائه اطلاعات به نحو مختصر و کوتاه (مثلاً: استفاده از عبارت «در جای خنک نگهدارید» بیان‌کننده انفجاری بودن کالا در مقابل گرما نیست). ۳. عدم برجستگی اطلاعات (مثل نوشتن کلمه «خطر» با حروف کوچک به صورت کم رنگ روی کالای خطرناک). ۴. عدم تعبیه مناسب اطلاعات (مثل: درج اطلاعات روی بسته‌بندی کالا به جای نصب آن روی کالا). ۵. عدم بکارگیری روش مناسب در ارائه اطلاعات (مثل: استفاده از آگهی به جای نصب اتیکت بر روی کالای خطرناک).

در صورتی که فروشنده در افشای اطلاعات ضروری و لازم سکوت نموده و یا اطلاعاتی که افشاء می‌نماید، ناقص و نادرست باشد، تعهد دادن اطلاعات را نقض نموده و خریدار حق استفاده از طرق جبران خسارت را دارد. با عنایت به اینکه تعهد دادن اطلاعات، تعهد تبعی در قرارداد و لازمه تحقق تسلیم می‌باشد، از ریشه قراردادی برخوردار بوده و لذا نقض آن موجب مسئولیت قراردادی فروشنده اعم از فروشنده سازنده، فروشنده دسته دوم و خرده فروش، می‌شود. برای تحقق مسئولیت فروشنده، اولاً: نقض تعهد دادن اطلاعات، ثانیاً: تقصیر فروشنده در نقض تعهد مزبور، ثالثاً: رابطه سببیت بین نقض تعهد و ورود خسارت، باید احراز گردد. خریدار لزومی ندارد که تقصیر فروشنده را بر نقض تعهد دادن اطلاعات به اثبات برساند، بلکه نقض تعهد مزبور خود اماره بر تقصیر می‌باشد، لذا خریدار با اثبات نقض تعهد دادن اطلاعات و رابطه سببیت بین نقض تعهد و ورود خسارت، می‌تواند از طرق جبران خسارت استفاده نماید. در مقابل فروشنده، با اثبات عدم تقصیر خود می‌تواند از مسئولیت معاف شود. در سیستم مسئولیت مطلق برخلاف سیستم مسئولیت قراردادی، تقصیر شرط تحقق مسئولیت نیست، لذا، خریدار لزومی ندارد که عملکرد و رفتار فروشنده را مورد اعتراض قرار بدهد بلکه لازم است فقط کالا را مورد اعتراض خود قرار بدهد، بدین ترتیب حتی اثبات رعایت کلیه مراقبت‌ها و احتیاط‌های لازم برای جلوگیری از ورود خسارت، نمی‌تواند مانع از مسئولیت فروشنده گردد. هر چند که در حقوق ما مسئولیت مطلق به واسطه نقض تعهدات قراردادی پذیرفته نشده است، و لیکن پذیرش مسئولیت مطلق در این خصوص، در حقوق بعضی از کشورها، از مزایا و معایبی برخوردار می‌باشد، از یک طرف پذیرش مسئولیت مطلق با توسعه افشای اطلاعات در اموال، تسریع در رسیدگی به دعاوی ناشی از نقض تعهد دادن اطلاعات و افزایش امکان مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهد مزبور همراه

است، از طرف دیگر، توسعه فزاینده تسلیم اطلاعات با کاهش درجه تأثیر اطلاعات و امکان عدم تأثیر آن بر شناخت عیب‌ها و خطرهای مبیع همراه خواهد بود.

در اثر نقض تعهد دادن اطلاعات، خریدار از حقوق و اختیاراتی برخوردار می‌باشد، که عبارتند از: ۱. حق الزام فروشنده به افشای اطلاعات ۲. حق حبس ثمن ۳. حق فسخ قرارداد ۴. حق مطالبه ضرر و زیان.

مسلماً اطلاعات در زمانی که امکان ساخت و طرح سالمتری از کالا وجود ندارد، باید به کار گرفته شود، اگر سازندگان و فروشندگان کالاهای خطرناک بجای بازسازی مجدد طرح کالا (برای تأمین سلامت آن)، از اطلاعات استفاده نمایند، در آن صورت استفاده زیاد از اطلاعات اثر آگاهی‌دهنده آنرا کاهش خواهد داد و در نتیجه خریدار از ایمنی کمتری برخوردار بوده و اطلاعات ارائه شده قدرت انتقال پیام خود را از دست می‌دهند. همچنین، هدف از افشای اطلاعات، مطلع کردن خریدار از خصوصیات مبیع می‌باشد، اگر توانایی خریدار نسبت به فهم اطلاعات ارائه شده محدود باشد (مثل، افشای اطلاعات به زبان بیگانه) یا اصلاً، این امکان و توانایی برای خریدار موجود نباشد، (مثل بیسوادان) هدف مزبور تأمین نمی‌شود، از این رو به جای تأکید بر افشای اطلاعات باید به اصلاح طرح و ساخت کالا توجه کرد، از طرف دیگر، چنانچه عیب یا خطر موجود در مبیع، بدیهی باشد یا خریدار به طور واقعی یا مفروض از آن مطلع باشد، مبیع داخل در مفهوم اموال معیوب و خطرناک قرار نمی‌گیرد، در نتیجه فروشنده مدعی خواهد شد که کالا معیوب و خطرناک نیست. لذا وقتی که این بحث مطرح است که آیا طرح و ساخت کالا موجب معیوب و خطرناک بودن آن می‌شود یا نه؟ توجه دادگاه به وجود یا فقدان ارائه اطلاعات منحرف می‌شود، در مقابل، فروشنده نتایج زیانبار طرح و ساخت معیوب و خطرناک کالا را با ارائه اطلاعات ضروری در خصوص آن و با هزینه بسیار کمتر از هزینه بازسازی مجدد طرح توجیه می‌نماید. لذا افشای اطلاعات باید در اوضاع و احوالی که در آن، رفع خطرهای کالا عملی نیست محدود شود.

فهرست منابع

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۵.
- ۲- انصاری، مرتضی، المکاسب (سه جلدی)، جلد دوم، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ هـ ق و ناشر دارالفکر، قم، جلد دوم، چاپ سوم، سال ۱۳۸۳.
- ۳- پاتریس ژوردن، اصول مسؤلیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، سال ۱۳۸۵.
- ۴- جعفری تبار، حسن، مسؤلیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
- ۵- طباطبایی، سید محمد کاظم، عروۃ الوثقی، قم: مکتبه الوجدانی، ۱۴۰۰ ق و مؤسسه نشر اسلامی قم، ۱۳۷۷.
- ۶- ره پیک، حسن، حقوق مسؤلیت مدنی و جبران‌ها، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ سوم، سال ۱۳۹۳.
- ۷- ره پیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.
- ۸- ره پیک، حسن، الزامات بدون قرارداد، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ سوم، سال ۱۳۹۰.
- ۹- فتاح زاده، زهرا، امینی، علیرضا، قلمرو ضمان تولید کننده ناشی از عیب کالا و نقض اطلاع‌رسانی در نحوه صحیح مصرف، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، مسؤلیت ناشی از عیب تولید، تهران: انتشارات میزان، سال ۱۳۹۰.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، مسؤلیت ناشی از عیب تولید، مطالعه انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولیدکننده و مصرف‌کننده، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۸۴.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۳

صص ۲۹۷ - ۳۱۴

اداره اراضی سلب مالکیت شده

نصیر مشایخ گندس کلایی^۱، دکتر محمد راسخ^{۲*}

۱- دانش آموخته دوره دکترای تخصصی حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات

دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲- استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

اموالی که مورد سلب مالکیت از طرف دولت و یا نهادهای عمومی قرار می‌گیرند، نیاز به حفظ، نگهداری، اداره و بهره‌برداری دارند؛ با این اوصاف در کلیه جوامع، نهادهایی بدین منظور پیش‌بینی نموده‌اند و قوانین مختلف بر حسب مورد به مصادیق سلب مالکیت پرداخته و نهادهای اداره‌کننده‌ای برای آن‌ها تأسیس نموده است. اینگونه نهادها یکی از شاخصه‌های مهم و اصلی در خصوص این موضوع محسوب می‌گردند و هرچه قدر اختیارات و وظایف مقامات و سازمان‌های تعبیه شده به طور شفاف و دقیق در قوانین و مقررات مشخص باشد حفاظت و احترام به اموال عمومی بیشتر تضمین و رعایت می‌گردد؛ به هر تقدیر، حفظ، نگهداری، اداره، بهره‌برداری و بر حسب مورد فروش این اموال نیاز به وجود نهادهایی دارد و کار ویژه چنین نهادهایی ضروری و پر اهمیت است چرا که بدون وجود آن‌ها متعاقباً، شاهد تلف، تخریب، سوءاستفاده و از بین رفتن اموال سلب مالکیت شده خواهیم بود. و بدین ترتیب نهادهای اداره‌کننده به یکی از مهمترین ارکان در این خصوص بدل می‌گردد که تأثیرات آن را در ابعاد مختلف باید ملحوظ نظر داشت. شایان ذکر است در این بخش صرفاً اداره آن اموالی که آثار سلب مالکیت از آن‌ها به طور مستمر به حال نیز تسری نموده بررسی شده است و بر این اساس نهادهایی که در حال حاضر به عنوان نهاد اداره‌کننده فعالیت می‌کنند مورد بحث قرار گرفته‌اند؛ از سوی دیگر در این پژوهش تکیه اصلی بحث نگارندگان بر مسئله اراضی و املاک می‌باشد؛ لذا در ای مقاله به نهادهای اداره‌کننده از منظر اراضی و املاک خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: سلب مالکیت، اراضی، نهادهای اداره‌کننده، مالکیت خصوصی.

مقدمه

* نویسنده مسئول m-rasekh@sbu.ac.ir

مالکیت از جمله مهمترین حقوقی است که مورد حمایت اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و عادی کشورها قرار گرفته است. صرف نظر از برخی از دیدگاه‌ها و نظریات حاکمی که در پاره‌ای از کشورها مالکیت خصوصی را به رسمیت نشناخته و اعتبار نمی‌دهد، یکی از دغدغه‌های اصلی دولت‌ها و چگونگی تثبیت مالکیت افراد بر اراضی و اموال غیر منقول و نحوه حمایت از آن‌ها بطرق مختلف مدنی و کیفری بوده است. بنابراین لزوم احترام به مالکیت یکی از اصول اولیه حقوقی می‌باشد. نقض حقوق مالکانه اشخاص مستلزم اعمال ضمانت اجرای مدنی نظیر الزام به جبران خسارت و در برخی از موارد ضمانت اجرای کیفری مانند حبس است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مالکیت مشروع مورد حمایت قرار گرفته شده است و حمایت از این نوع مالکیت از حقوق شهروند محسوب می‌شود. در این میان مالکیت اموال غیرمنقول به عنوان اموالی که تکثیر ناپذیر و محدود هستند و همواره موضوع دیدگاه‌های گوناگون فلسفی و حکومتی بوده است. و به همین دلیل بیشتر مورد توجه و البته تعرض دولت و یا سایر اشخاص می‌باشد.

اما در بسیاری از موارد دولت و نهادهای عمومی به دلایل متفاوتی اقدام به سلب مالکیت خصوصی از اموال نموده است. این اقدام اگرچه مغایر لزوم اصل حمایت از مالکیت خصوصی است همواره توسط دولت‌ها توجیه شده است. مسئله اینست که با وجود این همه تأکید و پیش بینی سازوکارهای مختلف جهت حمایت از مالکیت خصوصی آیا این حق ممتاز توسط دولت قابل سلب است و یا خیر. و چنانچه دولت چنین حقی را دارا است، این حق بر پایه‌های چه اصول و موازینی بنا شده است؟ و اداره اراضی سلب مالکیت شده به عهده چه شخصی یا اشخاصی است؟

۱. نهادهای دولتی

بخش عمده مراجع صلاحیتدار برای سلب مالکیت از اراضی خصوصی، دولت و ارگان‌های دولتی هستند که در برخی موارد به عنوان نهادهای اداره‌کننده این قسم از اراضی نیز محسوب می‌شوند و در بعضی موارد دیگر نیز پس از سلب مالکیت در اختیار نهاد دولتی صالح اداره کننده که در قوانین پیش‌بینی می‌گردد قرار داده می‌شوند.

۱-۱. سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی

برای شروع بحث مورد نظر در خصوص سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی نخست لازم است به موادی چند از این قانون اشاره‌ای داشته باشیم:

مطابق ماده یک قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و اساسنامه آن مصوب ۱۳۷۰/۱۰/۲۴: به منظور جمع‌آوری و نگهداری، اداره و فروش کالاهای متروکه دولتی و غیر دولتی و ضبطی و قاچاق قطعیت یافته و کالاهای قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری و همچنین اموال منقول و غیر منقول (املاک و مستغلات) و حقوق مالی که بر اثر احکام و قرارهای قطعی مراجع ذیصلاح قضایی و یا تصمیمات مراجع صلاحیتدار اداری و صنفی به انحاء مختلف از قبیل ضبط، مصادره، استرداد، تملیک، جریمه و تعزیر مالی، صلح، هبه، و نیز سایر اموالی که در اجرای اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سایر قوانین تملک و یا تصرف دولت درآمده و یا درمی‌آید سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی که در این قانون سازمان نامیده می‌شود به صورت شرکت دولتی تشکیل و طبق این قانون و آیین‌نامه‌های آن ومقررات مربوط به شرکت‌های دولتی اداره می‌شود.

در ادامه ماده ۲ این قانون مرقوم می‌دارد: کلیه اموال و حقوق مالی که تحت توقیف یا سرپرستی و یا مدیریت دولتی درآمده و یا به هر نحو به تصرف دولت درمی‌آید طبق این قانون در اختیار سازمان قرار می‌گیرد تا در جمع‌آوری و نگهداری و اداره آن اقدام نماید و فروش این قبیل اموال منوط به حکم قضایی یا قانون است. در ماده ۳ این قانون آمده است: اموال مجهول‌المالک، بلاصاحب (به استثناء اموال قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری)، ارث بلاوارث و اموالی که از باب تخمیس، خروج از ذمه و اجرای اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه (حاکم) است با اذن کلی ایشان در اختیار سازمان قرار می‌گیرد تا به طور جداگانه حسب دستور معظم‌له در جهت نگهداری، اداره و فروش

آن‌ها اقدام نماید. پرداخت هر نوع وجهی از محل عواید حاصل از فروش و نیز هرگونه تصرف در این اموال موکول به اذن ولی فقیه یا نماینده خاص ایشان در تصرف این اموال خواهد بود.

در خصوص این ماده شایان ذکر است که رییس قوه قضاییه (صادق آملی لاریجانی) طی بخشنامه‌ای (مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۷ به شماره ۱۰۰ / ۱۵۶۵۸ / ۹۰۰۰) به مراجع قضایی سراسر کشور اعلام کرد که ستاد اجرایی فرمان امام (ره) تنها نهاد مأذون در مورد اموال مربوط به ولی فقیه است. در ادامه فصل حاضر، راجع به این ستاد و وظایف آن سخن خواهیم گفت و در اینجا به متن این بخشنامه می‌پردازیم:

متن بخشنامه به شرح زیر است:

با توجه به حکم مورخ ۶۸ / ۲ / ۶ / حضرت امام (ره) و حکم مورخ ۱۳۶۸ / ۶ / ۱۶ مقام معظم رهبری و سایر احکام معظم‌له راجع به اموال در اختیار ولی فقیه، بدینوسیله مراتب ذیل جهت اقدام مقتضی به دادگاه‌ها و دادسراها اعلام می‌گردد:

۱- نظر به اینکه تاکنون اذنی از سوی مقام معظم رهبری مدظله العالی برای سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی مذکور در ماده ۳ قانون تاسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و اساسنامه آن مصوب ۱۳۷۰ داده نشده است، ستاد اجرایی فرمان امام (ره) به عنوان تنها نهاد مأذون در مورد اموال مربوط به ولی فقیه می‌باشد.

۲- اموال در اختیار ولی فقیه عبارتند از اموال مجهول‌المالک، بلاصاحب، ارث بلاوارث، کالاهای قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری و اموال رسوب شده در مناطق آزاد و ویژه اقتصادی، اموال اراضی، رها شده، اموال و املاک غائبین مفقودالاثار، اموالی که بابت تخمیس و خروج از ذمه و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه است.

۳- دادگاه‌ها مکلفند در مورد اموال به جای مانده از محکومین پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی که حکم آن به نفع سایر نهادها صادر شده و لکن تاکنون نسبت به شناسایی، اعمال سرپرستی و تملک آن اقدام نموده‌اند، رسیدگی و نسبت به صدور حکم تکمیلی به نفع ستاد اجرایی فرمان امام (ره) اقدام نمایند. نظارت بر حسن اجرای این بخشنامه بر عهده روسای کل دادگستری استان‌ها می‌باشد. (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲)

طبق آنچه در قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی آمده است، سازمان دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی بوده و وابسته به وزارت امور اقتصادی و دارایی می‌باشد. (ماده ۴). سازمان مکلف است وجوه حاصل از فروش اموال موضوع ماده (۱) این قانون را پس از احتساب ۱۰٪ در مورد اموال منقول و ۵٪ در مورد اموال غیر منقول بابت کارمزد فروش، حسب مورد به حساب‌های درآمد عمومی کشور واریز نماید، ۱۰٪ و ۵٪ مذکور به حساب تمرکز درآمد سازمان درخزانه منظور خواهد شد. (ماده ۹)

سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی وظیفه تعیین تکلیف اموالی را که به انحاء مختلف به تملک دولت در آمده که در بخش اموال منقول، کالاهای قاچاق، متروکه^۱ و ضبطی و در بخش اموال غیرمنقول اموال وثیقه‌ای و قضایی هستند را به عهده دارد و این اموال را در فرایند مزایده و با اخذ حکم از مراجع قضایی و ذی‌صلاح تعیین تکلیف می‌کند. البته وظایف سازمان تنها محدود به فروش اجناس قاچاق و اموال غیرمنقول نیست بلکه در زمینه‌های گوناگون مالی نیز می‌تواند نقش آفرین باشد.

سازمان اموال تملیکی، کالاهای غیراستاندارد و غیربهداشتی که عموماً به صورت قاچاق وارد کشور می‌شود و توسط نیروی انتظامی کشف و جهت تعیین تکلیف به این سازمان تحویل می‌شود را با رعایت ضوابط

۱. منظور از کالای متروکه این است که گاهی شرکت‌های تجاری تولیدی و یا بازرگانان، کالاهایی را وارد کشور می‌کنند ولی به دلایل مختلف نمی‌توانند آن کالا را ترخیص کنند. این کالا در انبار گمرک می‌ماند و بعد از گذشت حدود ۴ ماه به کالای متروکه تبدیل می‌شود. یعنی اگر ظرف زمان مشخصی، وارد کننده نتواند کالای خود را ترخیص کند، کالا متروکه می‌شود و به انبار سازمان می‌آید و بعد از آن فرآیند فروش کالای متروکه آغاز می‌شود تا در نهایت به فروش برسد.

و اصول بهداشتی و زیست‌محیطی منهدم می‌کند. طبیعتاً نهادهای مربوطه کالاهای غیرقانونی و قاچاق را ضبط می‌کنند و در اختیار سازمان قرار می‌دهند. (سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، ۱۳۹۲: ۱۹)

اموال غیرمنقول که در اختیار سازمان اموال تملیکی قرار می‌گیرد پس از طی مراحل قضایی و دادگاه و یا امولی که از طریق مصادره به تملک دولت درمی‌آید توسط سازمان اموال تملیکی به فروش می‌رسد. در خصوص اموال وثیقه‌ای باید گفت، موضوع ضبط وثیقه به انضمام دستور دادستان (مطابق ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲) دایر بر ضبط وثیقه باید به سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی (ماده ۱ و ۲ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی) - که دارای نمایندگی در مراکز استان‌ها می‌باشد - ارسال شود تا برابر مواد قانون یاد شده نسبت به انتقال سند به نام دولت و فروش از طریق مزایده و تحصیل مبلغ اقدام گردد. البته راهکاری نیز توسط سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی در این خصوص ارائه شده است؛ بدین نحو که مورد وثیقه طی اقساط چندین ماهه به خود وثیقه‌گذار واگذار شود تا موجبات تضرر بیش از حد وی فراهم نگردد. چنانچه قرار بر این باشد که طبق ضوابط این قانون، مورد وثیقه ضبط نشود، باز هم باید به مواد ۱۳۷ تا ۱۴۵ قانون اجرای احکام مدنی در خصوص فروش اموال غیرمنقول مراجعه گردد.

در مقام اجرای مفاد قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص ضبط وثیقه به نفع دولت، اگر متهمی که وثیقه داده، در موقعی که حضور او لازم بوده بدون عذر مجوه حاضر نشود به دستور دادستان وثیقه ضبط می‌شود. همچنین در صورت اباغ واقعی اخطاریه به وثیقه‌گذار و عدم تسلیم متهم ظرف مهلت قانونی از ناحیه او، وثیقه ضبط خواهد شد که پس از فروش مال مورد وثیقه، به میزان تأمین مأخوذه از وجه حاصل، ضرر و زیان مدعی خصوصی را پرداخت و زاید بر آن را به نفع دولت ضبط نماید.

در بادی امر ممکن است به ظاهر میان وظایف تعریف شده بین سازمان اموال تملیکی و ستاد اجرایی فرمان امام که در قسمت بعدی در خصوص آن توضیح خواهیم داد، تشابه دیده می‌شود. ولی با اندکی تأمل مسأله تشابه حل می‌گردد؛ در حقیقت میان این دو سازمان از نظر ماهیتی تفاوت وجود دارد. بعضی از اموال مثل اموال مجهول المالک و بلاصاحب و بدون وارث و یا اموالی که بابت خمس باید پرداخت شود و یا اموالی که مطابق اصل ۴۹ قانون اساسی مصادره می‌شود. از نظر شرعی در اختیار ولی فقیه است، و ستاد اجرایی متولی اداره این اموال است بنابراین متولی اموال در اختیار ولی فقیه ستاد اجرایی است. در بخشنامه رئیس قوه قضائیه فوق‌الاشعار این نکته ذکر شده است. لیکن بقیه اموال که در بالا ذکر شد (من جمله، در بخش اموال منقول، کالاهای قاچاق، متروکه و ضبطی و در بخش اموال غیرمنقول اموال وثیقه‌ای و قضایی) همه به سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی منتقل می‌شود و براساس مقررات اقدام لازم درمورد این کالاهای صورت می‌گیرد.

موضوع بحث ما در اینجا مربوط به اراضی و املاک و به طور کلی اموال غیرمنقول است؛ لذا صلاحیت سازمان در بخش اموال غیرمنقول مربوط به اموال وثیقه‌ای و قضایی می‌باشد. اموال موضوع قرارهای تأمین پس از قطعیت دستور دادستان مبنی بر ضبط به نفع دولت باید در اختیار سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی قرار گیرد.

شایان ذکر است هرچند در قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، نگهداری، اداره و فروش اموال توقیفی جزء وظایف سازمان مذکور برشمرده شده است، اما متأسفانه در عمل موضوع اداره اموال چندان مورد توجه قرار نگرفته و به فراموشی سپرده شده است و فعالیت سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی عمدتاً ناظر بر فروش اموال است. (دلیر، ۱۳۹۰: ۲۲۹)

۱-۲. نهاد دولتی مربوطه در تملک قهر

سلب مالکیت خصوصی از افراد تحت عنوان طرح‌های عمرانی و منفعت عام با مجری طرح و ارائه‌دهنده منفعت عام است. طبیعی است هیچ شخصی حقیقی و حقوقی قدرت سلب مالکیت افراد را نداشته و بایستی قدرت فائده‌ای بر قدرت خود با داشتن حق حاکمیت و نمایندگی از طرف مردم باشد تا بتواند اصل مالکیت خصوصی را تغییر داده و مالک زمین را از حق تصرف و اعمال حق مالکیت محروم کند. در کشور ایران،

نهادهای دولتی و عمومی در اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی خود با برخورداری و استفاده از اعمال حاکمیت تحت رعایت ضوابطی، به صورت یک‌جانبه و بدون در نظر گرفتن قصد و رضای مالکین، مبادرت به تصرف و تملک اراضی و املاک خصوصی می‌کنند.

در متون قوانین خاص مثل قانون زمین شهری و لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ مراجع صلاحیت‌دار دولتی در تملک مشخص گردیده است.

به موجب ماده ۱ لایحه قانونی اخیرالذکر، هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت و همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد و از این پس دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً به وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد دستگاه اجرایی می‌تواند اراضی مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.

در موضوع تملک قهری اراضی، مراجع صالح به تملک اراضی خصوصی، بالطبع نهاد اداره‌کننده این اراضی نیز می‌باشند. به عبارت دیگر وقتی نهاد دولتی یا عمومی اقدام به سلب مالکیت در جهت منفعت عام و اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی می‌نماید پس از انجام تشریفات مربوط به تملک قهری، خود این نهاد به عنوان نهاد اداره‌کننده اینگونه اراضی، دخل و تصرف در آن زمین را برعهده داشته تا در جهت اجرای برنامه‌ها و سیاست‌های دولتی و عمومی مورد نظر، گام بردارد.

مراجع دولتی صالح به تملک اراضی خصوصی، و اساساً نهادهای دولتی اداره‌کننده در خصوص اراضی موضوع تملک قهری با توجه به جمیع قوانینی که در این زمینه به تصویب رسیده، عبارت‌اند از: وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی.

۱-۲-۱. وزارتخانه‌ها

وزارتخانه واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون به این عنوان شناخته شده و یا بشود.^۱ دولت به معنی خاص یعنی قوه مجریه توسط ریاست جمهوری و هیأت وزیران اداره می‌شود. از نظر تشکیلات وزارتخانه و دستگاه‌های اداری و یا سازمان‌های مستقل تحت نظارت رئیس جمهور تشکیل می‌شود. وزیر در رأس وزارتخانه‌ها و به عنوان بالاترین مقام اجرایی و اداری است و گرچه هر وزارتخانه ادارات کل تابعه خود در استان‌ها دارد و در رأس ادارات کل رئیس کل بالاترین مقام اداری است منتهی مقام صالح برای تصویب طرح برای تملک اراضی خصوصی وزیر است و این اختیار و وظیفه قابل تفویض به معاونین و غیره نیست.

۱-۲-۲. مؤسسات دولتی

مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره می‌شود و عنوان وزارتخانه را ندارد.^۲ بنابراین هر مؤسسه‌ای که به موجب قانون ایجاد و تحت نظارت یکی از قوای سه‌گانه باشد، دولتی اطلاق می‌گردد و داخل در مراجع صالح برای تملک اراضی شده که در ماده یک لایحه قانونی فوق‌الاشعار به آن اشاره شده است.

مؤسسه دولتی ممکن است وابسته به یکی از وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی دیگر باشد مانند سازمان میراث فرهنگی کشور که وابسته به وزارت فرهنگ و آموزش عالی کشور است^۳ یا سازمان حسابرسی که وابسته به وزارت امور اقتصادی و دارایی می‌باشد^۴ و البته ممکن است به وزارتخانه‌ها یا مؤسسات دولتی دیگر

۱. ماده ۲ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ با اصلاحات بعد.

۲. ماده ۳ قانون محاسبات عمومی کشور.

۳. ماده واحده قانونی تشکیل سازمان میراث فرهنگی کشور مصوب ۱۳۶۴/۱۱/۱۰.

۴. ماده ۲ اساسنامه سازمان حسابرسی مصوب ۱۳۶۶/۶/۱۷.

وابسته نباشد مثل سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران.^۵ در هر حال مؤسسه دولتی اعم از اینکه وابسته به وزارتخانه یا مؤسسه دولتی دیگر باشد یا نباشد دارای استقلال مالی و شخصیت حقوقی مستقل است و اداره آن طبق اساسنامه مصوب مجلس صورت می‌گیرد.

مؤسسات دولتی در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی برای منفعت عام ذکر شده‌اند.

مؤسسات عمومی را می‌توان به اعتبار انتفاعی و غیر انتفاعی بودن آن‌ها تقسیم نمود:

مؤسسات عمومی انتفاعی اصولاً هدف خاصی را تعقیب می‌نمایند و هدف آن‌ها سودبری است. هدف اصلی و بنیادین و ذاتی هر مؤسسه انتفاعی، اصل انتفاع است و هرچند مؤسسات عمومی طالب سود و منفعت هستند اما این سود و نفع در نهایت عاید عموم مردم می‌گردد. از میان آن‌ها می‌توان به چندین مورد اشاره نمود: سازمان بنادر و کشتیرانی، شرکت سهامی ترابری زمینی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی و شرکت ملی نفت، گاز و ذوب آهن ایران، صنایع پتروشیمی و کود شیمیایی ایران، روزنامه رسمی کشور، شرکت‌های سهامی برق منطقه‌ای ایران.

اما مؤسسات عمومی غیرانتفاعی که به اسامی مختلفی چون بنگاه، سازمان، مؤسسه، انجمن، انستیتو، صندوق و بنیاد خوانده می‌شود از این قبیل هستند: سازمان حفاظت محیط زیست، سازمان نوسازی و توسعه و تجهیز مدارس کشور، مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، انستیتو پاستور ایران، انجمن توانبخشی ایران، و... (انصاری، ۱۳۸۶: ۲۱۸ - ۲۱۹)

قسم دیگر مؤسسات عمومی می‌تواند به اعتبار نوع خدمت و تخصص باشد که از این منظر به این قبیل مؤسسات قابل تقسیم‌بندی هستند: مؤسسات عمومی آموزشی (همچون دانشگاه‌های دولتی)، مؤسسات عمومی بانکی و بیمه‌ای (همچون بانک مرکزی ایران، بانک ملی ایران، و بیمه مرکزی ایران و...) مؤسسات عمومی ارتباطی و خدماتی (همچون سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران)، مؤسسات عمومی تولید کننده و انتقال دهنده نیرو (همچون شرکت ملی گاز ایران) و... (انصاری، ۱۳۸۶: ۲۲۱)

در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی، از دانشگاه‌ها و بانک‌های دولتی نیز نام برده شده است، در خصوص دانشگاه‌های دولتی گفتنی است، دانشگاه‌های دولتی واحد آموزشی رایگان هستند که تحت نظارت وزارت علوم و آموزش عالی به ارائه خدمات عمومی آموزشی و تحقیقی می‌پردازند و اعتبار آنان از دولت است.

۱-۲-۳. شرکت‌های دولتی

شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد می‌شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است شرکت دولتی تلقی می‌شود. ممکن است شرکت‌های دولتی نام دیگری غیر از شرکت بر خود داشته باشند. مثل سازمان زمین شهری یا سازمان غله و سازمان چای اما این سازمان‌ها از اعداد شرکت‌های دولتی خارج نمی‌شوند. چون شرکت دولتی بودن یک نهاد بنا به صراحت قانون محاسبات عمومی آن است که قانون آن را با این عنوان خوانده باشد. (بهرام حسن زاده، ۱۳۸۹: ۴۷۰)

از جمله قوانینی که به تملک قهری توسط دولت چه پیش از انقلاب و چه پس از آن اشاره داشته‌اند از این قبیل‌اند: لایحه قانونی تملک اراضی برای اجرای برنامه شهرسازی مصوب ۱۳۳۹، قانون سازمان برق ایران (راجع به خریداری و تصرف اراضی) مصوب ۱۳۴۶، قانون اصلاح قانون دعوی اشخاص علیه دولت راجع به املاک مصوب ۱۳۴۷/۹/۱۶، که به موجب آن خرید املاک اشخاص توسط وزارت جنگ به منظور ایجاد تأسیسات نظامی مجاز شناخته شده است. قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی مصوب ۱۳۶۴، قانون خرید

۵. اساسنامه قانون سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۲/۷/۲۷.

۱. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور ۱۳۶۶/۶/۱ و اصلاحات بعدی.

اراضی، ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۱۳۴۷؛ طبق قانون اخیرالذکر وزارت فرهنگ و هنر (ارشاد) چنانچه احتیاج به خرید اراضی، ابنیه و تأسیسات متعلق به اشخاص و یا مؤسسات حقوقی داشته باشد، می‌تواند بر اساس این قانون اقدام به تملک و تصرف املاک و اراضی مزبور نماید. قانون پیشگیری و مبارزه با خطرات سیل مصوب ۱۳۴۳ قانون دیگری است که به منظور حفظ جان و مال مردم از خطرات سیل و تأمین بهداشت عمومی در مناطقی که به تشخیص وزارت کشور اعلام می‌شود و در جهت تملک آن اراضی تصویب شده است. قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ قانون دیگری برای مجوز تملک قهری توسط نهادهای دولتی محسوب می‌شود. اساسنامه شرکت‌های نفت مصوب ۱۳۵۳ نیز به تملک اراضی در صورت احتیاج شرکت به اراضی و مستحدثات اشخاص سخن به میان آورده است. قانون تأسیس شرکت راه‌آهن شهری تهران و حومه مصوب ۱۳۵۴، مورد دیگری از مجوز نهادهای دولتی برای اخذ اراضی اشخاص می‌باشد. لایحه قانونی نحوه خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۸/۹/۳، به موجب ماده یک این قانون: در مواردی که وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا شهرداری‌ها برای ایجاد یا توسعه مرافق عامه از قبیل توسعه یا احداث جاده، راه‌آهن یا خیابان، توسعه معابر، لوله‌کشی آب و نفت و گاز، حفر نهر و غیره برای مصارف عمومی احتیاج به خرید اراضی و املاک اشخاص داشته باشد می‌توانند به ترتیب مقرر در این قانون با پرداخت قیمت عادلانه آن را تملک نمایند. قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ که در نهایت قسمت اعظم این قانون به وسیله قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ منتفی گردید.

در قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲۷، اراضی شهری به سه دسته موات، بایر و دایر تقسیم شد که بر اساس آن اراضی موات در مالکیت دولت (وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان زمین شهری به عنوان عامل اجرایی) در می‌آید و در مورد زمین‌های بایر حق مالکیت به یک هزار متر مربع محدود شده و بقیه آن می‌بایست در اختیار دولت یا شهرداری‌ها قرار می‌گرفت. و بدین ترتیب برای اولین بار دخالت مستقیم دولت برای تصرف زمین شهری (آن هم برای تأمین مسکن) از پیرامون شهرها (اراضی موات) به داخل آن‌ها کشانده شد.

بنابراین اولین قانون در خصوص زمین موات و بایر پس از انقلاب، لایحه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ بوده که پس از اصلاحیه مورخه ۱۳۵۸/۶/۵ منجر به تصویب قانون جامع اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ می‌شود. این قانون به صورت موقت و برای مدت ۵ سال وضع گردید و با انقضای آن مهلت، قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ به جای آن وضع شده است. صرف‌نظر از تعاریف فقهی زمین‌های موات، و تقسیم‌بندی اراضی موات به موات شهری و خارج از شهر، می‌توان زمین موات را به «زمینی که به هیچ وجه سابقه احیاء و عمران نداشته است و به صورت طبیعی و دست نخورده باقی مانده» تعریف نموده که تعاریف قانونی مندرج در قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی و حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۷/۴ و قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۵ نیز منطبق به تعریف فوق است.

زمینی که سابقه احیاء و عمران داشته لیکن به علت قصور مالک و رها و معطل ماندن آن تبدیل به موات شده را اصطلاحاً زمین بایر یا موات عرضی می‌گویند که تحت شرایط خاصی مانند زمین موات ذاتی، در حقوق ایران از موارد سلب مالکیت محسوب می‌شود و طی آن مالکیت مالک سلب و به مالکیت دولت (عمومی) تبدیل می‌شود.

طبق قانون اراضی شهری مالکان اراضی بایر، حداکثر تا ۶۵۹ متر از اراضی خود را می‌توانند عمران نمایند و مازاد آن را می‌بایست طبق قیمت منطقه‌ای به سازمان زمین شهری بفروشند (تبصره ۲ ماده ۶ آن قانون) همچنین در قانون زمین شهری نیز صرف نظر از آنکه اراضی موات را متعلق به دولت دانسته و برای مالکین خصوصی حقی قائل نشده، نسبت به تملک اراضی دایر و بایر مورد نیاز شهرداری و دولت، پرداخت قیمت منطقه‌ای اراضی را ملاک عمل می‌داند (تبصره ۹ ماده ۹ آن قانون). به عبارت دیگر، در خصوص اراضی موات شهری و غیرشهری اصلاً قیمت و خسارتی به مالکیت خصوصی سلب شده پرداخت نمی‌شود و

در مورد اراضی بایر و دایر چیزی جز ثمن بخش و قیمت منطقه‌ای (که قیمت دولتی املاک است) پرداخت نمی‌شود. در ادامه لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ نیز به تملک اراضی اشخاص خصوصی توسط دولت و نهادهای دولتی اشاره داشته است که در حاضر ملاک عمل است و در خصوص آن به طور مختصر سخن گفتیم.

نهایتاً قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ در زمینه تملک اراضی و املاک محدودیت مهمی را در اختیارات مالک و به نفع دولت حاصل کرده است؛ به موجب ماده ۹ این قانون وزارت مسکن و شهرسازی مکلف شد زمین‌های مورد نیاز برای امر مسکن و خدمات عمومی را به ترتیب از اراضی موات و دولتی و در صورت عدم تکافو از زمین‌های بایر و دایر شهری تأمین نماید و مالکان اراضی بایر و دایر شهری نیز موظف گردید که اراضی مورد نیاز دولت یا شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آن‌ها بفروشد.

مقایسه قانون زمین شهری و لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت در بخش دوم این کتاب صورت پذیرفته است؛ فلذا از توضیح اضافی در این خصوص خودداری می‌کنیم.

قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹، تبصره ۸۴ قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (تملك توسط وزارت مسکن و شهرسازی) کمیسیون هماهنگی تأمین فضاهاى عمومى استان در جهت رعایت تبصره ۸۴ قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از دیگر قوانین و مقرراتی است که به تملک قهری توسط دولت اشاره داشته‌اند.

به هر تقدیر می‌توان گفت، اهداف دولت در خصوص سلب مالیکت به طور کلی در جهت منافع عمومی است و از این جهت ممکن است متنوع و گوناگون باشد. مثلاً ممکن است در جهت حفظ میراث فرهنگی و آثار باستانی باشد چنانچه در قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۴۷/۹/۲۶ و همچنین ماده ۹ قانون زمین شهری و قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی مصوب ۶۴/۱۱/۱۰ اجازه تملک اراضی را در این گونه موارد قانونگذار به دولت داده است. همچنین ممکن است هدف‌هایی چون رفع مشکل مسکن، عمران و مسائل سیاسی و اقتصادی نیز داشته باشد چنانچه در قوانین مربوط به زمین شهری، قانون نوسازی و عمران شهری، مشاهده می‌کنیم و یا ممکن است در جهت سلامتی و بهداشت افراد جامعه باشد چنانچه در قانون پیشگیری و مبارزه با خطرات سیل و تأمین بهداشت عمومی ملاحظه می‌شود. (لعلی سراب، ۱۳۸۰: ۲۰ - ۲۱) سازمانی که قصد تملک زمینی را دارد ملزم به اجرای تشریفات است که عدم اجرای هر یک از آن تشریفات ممکن است بنابه شکایت ذینفع موجب ابطال کلیه عملیات خریداری و تملک گردد. بنابراین در صورت رعایت تمامی تشریفات مقرر در قانون و پس از انجام معامله بین مالک و دستگاه اجرایی (و در فرض عدم توافق با مالک توسط اداره ثبت محل و براساس سند انتقال امضاء شده به وسیله دادستان یا نماینده وی) سند مالکیت جدیدی به میزان و مساحت اراضی، ابنیه و تأسیسات مورد تملک به نام دستگاه اجرایی صادر می‌شود.

دستگاه اجرایی تملک کننده، برحسب مورد، پس از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق ملک (به استثنای مورد تملک فوری مذکور در ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید و ...) حق تصرف در اراضی و ابنیه و ملک مورد تملک و خلع ید از مالک را داشته و به عنوان نهاد اداره کننده موضوع تملک شناخته می‌شود که باید اراضی سلب مالکیت شده را در راه منافع عمومی که هدف اصلی از سلب مالکیت بوده مورد بهره‌برداری قرار دهد.

۳-۱. سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور

به موجب ماده یک قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷: « عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو اینکه قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند.»

طبق ماده ۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶: «حفظ و احیاء و اصلاح و توسعه و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی ملی شده متعلق به دولت، به

عهده سازمان جنگلبانی ایران نهاده شده است.» که سازمان جنگلبانی ایران (رئیس سازمان) نمایندگی دولت در مورد حقوق مالکیت مربوط به عرصه و اعیانی جنگل‌ها و مراتع و بی‌شبه‌های طبیعی و اراضی جنگلی که ملک دولت بوده یا قانوناً به تملک دولت درآمده است را دارا بوده و همچنین نمایندگی دولت در مورد کلیه دعاوی مربوط به سازمان جنگلبانی و مراتع در مراجع اداری و قضایی و مؤسسات خصوصی را عهده‌دار می‌باشد. بند (سه ماده ۲۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع)

بنابراین، قبل از انقلاب اسلامی، اراضی جنگلی و مرتعی به موجب ماده یک قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱ ملی اعلام و در زمره اموال عمومی قرار گرفتند یعنی اموالی که برای استفاده مستقیم تمام مردم آماده‌اند یا به منظور حفظ مصالح و منافع عمومی اختصاص داده شده‌اند. ماهیت نقش دولت در اداره اینگونه اموال به نوعی مدیریت یا مالکی تاداری تعبیر شده است و دولت در واقع مدیر مال است که باید آن را به نفع عموم اداره کند. این اداره شامل نگهداری، مراقبت و انتفاع مناسب از مال می‌گردد که همیشه براساس حکم قانون معین می‌شود. ماده ۲۳ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد مطابق قوانین مربوط به آن‌ها خواهد بود.» با توجه به این حکم کلی، ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، حفظ و احیاء و توسعه اراضی ملی و بهره‌برداری از آن‌ها را بر عهده سازمان جنگلبانی (در حال حاضر سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور) نهاده و چگونگی و جزئیات نحوه آن را نیز قانون حفاظت و بهره‌برداری تعیین کرده است.

یکی از اصول اولیه اداره اموال عمومی، عدم تملیک و تملک خصوصی آن‌هاست که به موجب این اصل اختیار دولت به عنوان مدیر اموال عمومی محدود به آنگونه تصرفات مادی و حقوقی می‌گردد که منتهی به خروج مال از مالکیت عمومی نشود. لذا می‌توان گفت به طور عمده هدف از اداره اراضی ملی، محافظت، احیاء و توسعه آن‌هاست.

لیکن پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران و تحول نظام حقوقی و در پی تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی در طرز تلقی از اراضی ملی شده تغییری پدید آمد و منابع طبیعی مذکور در ماده یک قانون ملی شدن جنگل‌ها در زمره انفال یاد شدند. در اصل ۴۵ قانون اساسی به طور کلی از اموالی نام برده شده است که مالک خاص نداشته و از این حیث منطبق با تقسیم‌بندی قانون مدنی می‌باشد. مطابق قسمت انتهایی اصل مزبور، منابع طبیعی به معنای اعم و اراضی ملی شده به طور اخص در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. این عملکرد بر طبق مصلحت، ممکن است شامل فروش و واگذاری کامل و قطعی اینگونه اموال یعنی تملک خصوصی آن‌ها نیز باشد و این تغییری در خور ملاحظه و تحولی جدید در مفهوم اموال عمومی است. البته به نظر می‌رسد که عدم قابلیت تملک خصوصی اموال عمومی تا پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی هم مطلق نبوده است. زیرا اموال عمومی، اموالی هستند که آماده استفاده عموم بوده و یا برای مصالح عمومی اختصاص داده شده‌اند. بنابراین هرگاه دیگر نتوان از آن‌ها برای استفاده همگان بهره جست، قانونگذار می‌تواند این وصف را از آن‌ها سلب کند و پس از این سلب صفت است که قابل تملک خصوصی می‌شوند. به عنوان مثال به موجب ماده ۸ قانون راجع به اراضی کویری و باتلاقی، وزارت کشاورزی مجاز شده است به افراد و شرکت‌های ایرانی که بخواهند زمین‌های باتلاقی و کویری را که مالک خاص نداشته باشند دائر نمایند، با توجه به ممکنات مالی و فنی و مساحتی که حداکثر از هزار هکتار تجاوز ننماید مجاناً و بر طبق شرایطی که در آئین نامه معین می‌شود واگذار نماید در این ماده صریحاً از امکان واگذاری رایگان اموالی که مالک خاص ندارند یعنی اموال عمومی، سخن به میان آمده است. واضح قانون اساسی نیز هنگامی که سخن از مصالح عامه به میان می‌آورد بر این معنا نظر دارد که تا وقتی انفال قابل استفاده عموم هستند و حوائج جمعی را برآورده می‌کنند، با توجه به ماده ۲۶ قانون مدنی نمی‌توان آن‌ها را به اشخاص خصوصی واگذار کرد. ولی هرگاه از حیث اینگونه انتفاع خارج شوند قانونگذار می‌تواند آن‌ها را از عداد اموال عمومی خارج ساخته و به افراد دیگر واگذار کند. (شمس، ۱۳۷۵: ۱۹۳ - ۱۹۵).

در این قسمت به طور خلاصه تاریخچه موجود در زمینه حفظ، اداره و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع را نقل می‌نماییم:

گفته شد سازمان جنگلبانی ایران، طبق قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، وظیفه حفظ و احیا و اصلاح و توسعه و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و... را برعهده داشت.

هدف و وظایف کلی سازمان جنگلبانی ایران به شرح زیر بود:

- ۱- اجرای قانون، مله، شدن جنگل‌ها و مراتع مصوب سال ۱۳۴۱
- ۲- حفظ و حراست و اداره و بهره‌برداری صحیح از جنگل‌ها و مراتع
- ۳- ایجاد جنگل‌های مصنوعی و توسعه جنگل‌های موجود
- ۴- انجام بررسی‌های مربوط به فرسایش خاک و سایر وسایل مربوط به جنگل
- ۵- تعلیم و تربیت کادر لازم برای انجام وظایف محوله

قوانینی که از سال ۱۳۴۱ به تصویب رسید از جمله قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مصوب دیماه ۱۳۴۱، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل و مراتع کشور مصوب مرداد ماه ۱۳۴۶، قانون اراضی مستحدثه و ساحلی مصوب مرداد ۱۳۴۶، قانون تشکیل شرکت‌های سهامی زراعی، قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر، قانون بیمه‌های اجتماعی روستائیان و سایر قوانینی که از قبل به تصویب رسیده و مجری کلیه آن‌ها وزارت کشاورزی بود در سال ۱۳۴۶ حجم کاری زیادی را در وزارت کشاورزی ایجاد نمود که منجر به تشکیل چهار وزارتخانه گردید و بدلیل اهمیتی که برای بخش‌های مختلف منابع طبیعی ذکر می‌گردید یکی از این وزارتخانه‌ها وزارت منابع طبیعی بود.

پس از تصویب قانون تأسیس وزارت منابع طبیعی در سال ۱۳۴۶، تشکیلات وزارت مزبور در اردیبهشت ماه ۱۳۴۷ به تصویب رسید. به موجب ماده دو قانون تشکیل وزارت منابع طبیعی، سازمان جنگلبانی و موسسات تابعه آن با دارائی و بودجه و کارکنان مربوط به وزارت منابع طبیعی منتقل گردید که یکی از وظایف وزارت مرقوم، حفظ و حراست و اداره و بهره‌برداری صحیح از جنگل‌ها و مراتع بود. وزارت منابع طبیعی در اجرای قانون جدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان‌های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۱۲ منحل گردید. برابر موادی از قوانین مزبور که به شرح زیر ذکر می‌گردد سازمان ۱۸۳

جنگل‌ها و مراتع کشور به صورت یک سازمان مستقل که رئیس آن تحت معاونت وزارت کشاورزی و منابع طبیعی قرار داشت تشکیل گردید. پس بمنظور انجام وظایف و مقررات مربوط به حفظ، حمایت و احیاء و توسعه و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و اراضی جنگلی و بیشه‌های طبیعی و اراضی مستحدثه ساحلی و حفاظت آبخیزها، سازمانی بنام «سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور» تشکیل شد. بر اساس ماده واحده قانون تفکیک وظایف وزارتخانه‌های کشاورزی و جهاد سازندگی، مصوب ۶۹/۶/۱۱ کلیه امور مربوط به حفظ، احیاء، گسترش و بهره‌برداری از منابع طبیعی (جنگل، مرتع و شیلات، آبخیزداری)، کلیه امور دام و طیور و عمران روستایی، بهسازی، صنایع روستائی و آبرسانی روستاها بر عهده جهاد سازندگی قرار گرفته و بر اساس تبصره ۱ ماده واحده مذکور، موسسات و شرکت‌های تابعه و وابسته نیز بر اساس تفکیک وظایف فوق وابسته و تابع وزارتخانه‌های مزبور شدند. بدین ترتیب سازمان جنگل‌ها و مراتع در زیر مجموعه وزارت جهاد سازندگی قرار گرفت. این سازمان دارای شخصیت حقوقی و ذی‌حسابی مستقل و رئیس سازمان سمت معاونت وزارت جهاد سازندگی را دارا بود. در سال ۱۳۷۹ وزارتخانه‌های جهاد سازندگی و کشاورزی ادغام و وزارت جهاد کشاورزی را تشکیل دادند. بدین ترتیب رییس سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور سمت معاون وزیر جهاد کشاورزی را عهده‌دار شد. همچنین طی مصوبه شورایی عالی اداری در ۳ تیر ۱۳۸۱ وظایف مربوط به آبخیزداری از وزارت جهاد کشاورزی منفک و به سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور واگذار شد و عنوان این سازمان به سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری تغییر یافت. سازمان در سال ۱۳۸۴ شاهد شروع بکار دو واحد مهم در ساختار خود بود. یکی آغاز فعالیت یگان حفاظت (یگان ویژه حفاظت از منابع طبیعی ایران) که

مجوز تأسیس، آن در سال ۱۳۸۲ صادر شده بود و دیگری تأسیس «حوزه نمایندگی ولی فقیه» که تحت نظر دفتر نمایندگی ولی فقیه در وزارت جهاد کشاورزی فعالیت خود را شروع کرد.

بر این اساس، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور در حال حاضر عهده‌دار وظایف سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور است که تحت نظر وزارت جهاد کشاورزی قرار داشته و و یکم، از سازمانهای زیر مجموعه وزارت جهاد کشاورزی به شمار می‌رود، و دارای شخصیت حقوقی است. بنابراین اداره و بهره‌برداری از اراضی ملی شده بر عهده سازمان مرقوم می‌باشد.

شایان ذکر است، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور می‌تواند عملیات بهره‌برداری از اراضی ملی شده را به بخش‌های خصوصی و یا دولتی واگذار نماید؛ در خصوص بخش خصوصی، بهره‌برداری اساساً جهت تعلیف دام و یا اجرای طرح‌های گوناگون مطمح نظر است. و در مورد بخش‌های دولتی، اصولاً طرح‌های عمومی و عمرانی دولت منجر به بهره‌برداری از اراضی ملی می‌گردد.

در تعلیف دام می‌دانیم که، دامپروری به عنوان یکی از منابع اقتصادی کشور، در انحصار دولت نبوده و غالباً دامداران در بخش خصوصی فعالیت داشته و چراگاه‌های عمده دامپروران، مراتع طبیعی (اراضی ملی شده) می‌باشد. لیکن قوانین مربوطه سعی دارند جهت حفظ و بهره‌برداری صحیح از این مراتع، نظارت هرچه بیشتر دولت را بر این نحوه بهره‌برداری تأمین کنند (شمس، ۱۳۷۵: ۲۱۰).

نوع دیگر بهره‌برداری در بخش خصوصی اجرای طرح‌های گوناگون می‌باشد. با این توضیح که به موجب ماده ۲ آئین‌نامه اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور مجاز است اجرای طرح‌های جنگل‌داری را از طریق مزایده به اشخاص واجد صلاحیت واگذار نماید؛ بنابراین اشخاص متقاضی بهره‌برداری از جنگل باید طرح خود را به سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور ارائه داده و در صورت تصویب آن و توفیق در مزایده قرارداد لازم با آن‌ها منعقد خواهد شد. طرح‌هایی که برای بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع قابل قبول می‌باشد بسیار متنوع هستند. به طور مثال موضوع آن‌ها می‌تواند احداث مزرعه، باغ، جنگل و مرتع مصنوعی، مؤسسات دامپروری، ایجاد مراکز و تأسیسات تولید و پرورش ماهی و سایر آبزیان، بهره‌برداری از معادن مذکور در قانون معادن که در اراضی ملی واقع می‌باشند، ایجاد شهرک و واحدهای مسکونی، تأسیس مجتمع‌های آموزشی و فرهنگی و مراکز بهداشتی و درمانی و اماکن ورزشی و تفریحی، سیاحتی و جهانگردی و ... باشد.^۱

واگذاری حق بهره‌برداری از اراضی ملی شده عموماً از طریق عقد اجاره صورت می‌پذیرد که این قرارداد با اشخاص حقیقی و حقوقی بخش خصوصی در دفترخانه اسناد رسمی تنظیم می‌شود و با سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت با امضاء مجاز طرفین معامله منعقد می‌گردد.

بهره‌برداران از اراضی ملی شده باید در هر مورد ضوابط و شرایطی که سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور، با توجه به نوع طرح تعیین می‌کند، رعایت نموده و طرح مربوطه را وفق برنامه زمانبندی و در مواعد تعیین شده اجرا نمایند. در غیر اینصورت نسبت به فسخ قرارداد و خلع ید از اراضی و تأسیسات طرح اقدام شده و از مجری سلب حق بهره‌برداری می‌گردد. (شمس، ۱۳۷۵: ص ۲۱۲)

طرح‌های عمومی و عمرانی دولت قسم دیگری از نوع بهره‌برداری از اراضی ملی شده می‌باشد؛ با این توضیح که دولت نیز برای اجرای طرح‌های عمومی که در جهت رفع نیازهای همگانی ضرورت دارد، ممکن است محتاج استفاده از اراضی ملی شود. صرف‌نظر از آنکه سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور نیز به تجویز ماده ۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری می‌تواند رأساً یا با تأسیس شرکت و یا با مشارکت اشخاص حقیقی و یا حقوقی نسبت به بهره‌برداری از اراضی ملی شده اقدام کند. ماده ۳۱ قانون مزبور، اجازه واگذاری اراضی ملی شده را برای مصارف عامی که به مباشرت دولت انجام می‌شود با رعایت ضوابط واگذاری اینگونه اراضی

۱. رجوع کنید به: مواد ۳۱ و ۳۴ و ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری، مواد ۳۱ و ۳۲ آئین‌نامه اجرایی قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی، ماده ۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری و تبصره ۴ آن و همچنین آئین‌نامه اجرایی آن، ماده ۲۹ دستورالعمل ضوابط و شرایط واگذاری حق بهره‌برداری از اراضی ملی و دولتی.

صادر کرده است. به علاوه ماده ۳۷ این قانون، نیز به وزارتخانه متصدی اراضی ملی، اجازه داده است که زمین مورد احتیاج وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شهرداری‌ها، دانشگاه‌ها و مؤسسات عام‌المنفعه و ... برای رفع نیازمندی‌های مربوط به وظایف اصلی آن‌ها، از اراضی جنگلی جلگه‌ای و مراتع غیر مشجر به صورت رایگان یا اجاره تأمین کند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، دستگاه‌های دولتی اراضی مورد نیاز خود را به تجویز لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۷، تحصیل می‌نمایند.

به موجب ماده یک قانون یاد شده، هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و ... به اراضی، ابنیه و مستحقات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و ... دستگاه اجرایی می‌تواند اراضی مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.

تبصره یک ماده ۲ همین قانون در ادامه می‌افزاید: «دستگاه اجرایی موظف است برای اجرای طرح حتی - المقذور از اراضی ملی شده یا دولتی استفاده نماید.....»

بدیهی است که نحوه استفاده دستگاه اجرایی از اراضی ملی شده در چارچوب ضوابط و مقررات مربوط به بهره‌برداری از اینگونه اراضی امکانپذیر است و پس از طی مراحل قانونی و با رعایت تشریفات راجع به واگذاری زمین مورد نیاز و متناسب با طرح در اختیار دستگاه اجرایی قرار داده می‌شود.

این نوع بهره‌برداری از اراضی ملی شده هم با توجه به جمیع مقررات مربوط، خصوصاً بند ج ماده ۹ آئین‌نامه اجرایی مواد ۳۱ و ۳۴ و ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۵/۳/۳۱ که تعیین اجاره بهاء اراضی ملی موضوع طرح‌های سازمان‌های دولتی را به عهده وزارت کشاورزی و منابع طبیعی گذارده است، در قالب قرارداد اجاره صورت می‌پذیرد. (شمس، ۱۳۷۵: ۲۱۵)

۲. نهادهای عمومی

منظور از نهادهای عمومی در اینجا مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی هستند. که اداره برخی اراضی سلب مالکیت شده را بر عهده دارند و بر حسب مورد در کشور ایران و انگلیس سازمان‌های مختلفی را شامل می‌گردد و در خصوص کشور انگلیس به عنوان نهادهای غیر دولتی شناخته می‌شوند. که شرح آن در ذیل خواهد آمد:

در کشور ایران نهادهای عمومی غیر دولتی جهت اداره اراضی سلب مالکیت شده، دو قسم را شامل می‌گردد: ستاد اجرایی فرمان امام (ره) و شهرداری‌ها که در ادامه با این دو نهاد آشنا خواهیم گشت:

۲-۱. ستاد اجرایی فرمان امام (ره)

تشکیل دادگاه انقلاب به دستور امام خمینی (ره)، جهت مبارزه با ضد انقلاب‌ها و مجازات عاملان تعدی و سرکوب و تجاوز به مردم و مصادره اموال خاندان پهلوی و مرتبطین به آن‌ها بوده است. مینا و فلسفه وجودی دادگاه ویژه اصل ۴۹ (شعب ویژه دادگاه انقلاب) سلب مالکیت عرفی از متصرف مال نامشروع و استرداد آن به مالک واقعی و در صورت عدم شناسایی او، استرداد به حاکم حکومت اسلامی (مقام رهبری) بوده است. احیای تفکرات اسلامی در خصوص اموال در اختیار ولی فقیه، موجب شد که رسیدگی در چارچوب صلاحیت ذاتی و قانونی دادگاه ویژه اصل ۴۹، تبدیل به اجرای فرامین و احکام حکومتی مقام رهبری در خصوص اموال در اختیار ایشان شود که این احکام به علت صدور از ناحیه ایشان، طبق نظر قضات آن محاکم، بر قانون رسمی کشور ارجحیت داشته و مطاع می‌باشد.

لذا دادگاه ویژه اصل ۴۹، علاوه بر صلاحیت اصلی خود، مبادرت به سلب مالکیت از اشخاص بنابر احکام حکومتی صادره از طریق: احراز اعراض از مالکیت، خروج از ذمه و استیمنان حکومت اسلامی برای اقلیت‌های مذهبی رسمی و غیر رسمی، مطالبه خمس، حق سرپرستی عملی و غیر عملی و تملیک اموال به نفع نهادهای انقلابی از جمله ستاد اجرایی فرمان امام می‌نماید.

اجرای احکام قطعییت یافته در دادگاه ویژه اصل ۴۹، با دستور دادگاه صادر کننده رأی، سابقاً برعهده دادسرا بود که با دستور دادستان اجرا می‌شد. بعد از حذف سیستم دادسرا از نظام قضایی در سال ۱۳۷۳، اجرای احکام در دادگاه انقلاب تشکیل گردید و تحت نظر قاضی اجرای احکام، احکام صادره اجرا می‌شد و در زمان کنونی نیز مطابق ماده ۲۶ آئین‌نامه نحوه اجرای پرونده‌های اصل ۴۹، حسب موضوع حکم صادره، که کیفری یا حقوقی است، مطابق قوانین آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و مدنی، به دستور دادگاه صادر کننده حکم یا دادگاه جانشین آن، احکام کیفری توسط دادسرای عمومی و انقلاب مستقر در ساختمان دادگاه انقلاب تهران (دادسرای ناحیه ۲۰) و در شهرستان‌ها توسط دادسرای عمومی و انقلاب مربوطه و احکام حقوقی نیز در دایره اجرای احکام مدنی که عملاً همان دادیاری‌های اجرای احکام کیفری است، ارجاع و در آن‌ها اجرا می‌شود.

عملیات اجرایی احکام صادره مربوطه به اموال در اختیار ولی فقیه، توسط ستاد اجرایی فرمان امام تحت نظارت قاضی اجرای احکام صورت پذیرفته و چنانچه اجرای حکم مستلزم دخالت ضابطین دادگستری باشد یا دستور قضایی خاصی نیاز داشته باشد، حسب مقررات از سوی مرجع قضایی اقدام مقتضی به عمل می‌آید.^۱

احکام غیابی راجع به اموالی که در صلاحیت دادگاه ویژه اصل ۴۹ است، برخلاف قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، (تبصره ۲ ماده ۳۰۶) بدون معرفی ضامن یا اخذ تأمین از ستاد اجرایی به موقع اجرا گذاشته می‌شود و در صورت مراجعه محکوم علیه و ثبوت استحقاق وی در مرجع قضایی، حقوق متعلقه از سوی ستاد اجرایی تأمین و تدارک می‌شود.

در مواردی که حکم به مصادره یا تملیک به نفع ستاد اجرایی می‌شود و یا اینکه حکم به تحویل اموال به مالک صادر می‌شود، با درخواست ذینفع یا قائم مقام قانونی یا وکیل آنان، اجرای احکام ملزم است حداکثر ظرف دو ماه حسب مورد دستور تخلیه، رفع تصرف، خلع ید و ... صادر نماید. به نظر می‌رسد عبارت صادر کند اشتباه است و اجرای احکام باید ظرف دو ماه دستور دادگاه را مبنی بر تخلیه و ... اجرا نماید. (کهرم، ۱۳۸۹: ۱۵۳-۱۵۴)

در خصوص چگونگی تشکیل ستاد اجرایی فرمان امام (ره) گفتنی است، در مورخ ۱۳۶۸/۲/۶ حضرت امام (ره) طی نامه‌ای خطاب به آقایان عسگر اولادی، مهدی کروبی و حسن صانعی را به عنوان نمایندگان خود راجع به وجوه و اموال مجهول‌المالک، بلاصاحب، ارث بلاوارث و اموالی که بابت تخمیس و خروج از ذمه و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه است نصب کردند و مقرر گردید نامبردگان از طرف ولی فقیه هرگونه صلاح می‌دانند در تمام ابعاد فروش، نگهداری و اداره اموال اختیار داشته باشند و نیز تاکید شد که کلیه درآمدهای حاصله در موارد مقرر شرعیه مصرف شود و در حد توان به بنیاد شهید، بنیاد ۱۵ خرداد، بنیاد مسکن، کمیته امداد، سازمان بهزیستی، طرح شهید رجایی و بنیاد جانبازان و موارد دیگر مورد نظر کمک و مساعدت شود.

با این دستور عملاً ستاد اجرائی فرمان حضرت امام (ره) تشکیل گردید و در واقع ستاد مرقوم به عنوان نهاد اجرایی اداره کننده اموال موضوع احکام شعب ویژه اصل ۴۹ در تمامی ابعاد فروش و نگهداری تعیین شد. نکته مهم که در فرمان حضرت امام (ره) آمده بود مصادیق احصاء شده صلاحیت رسیدگی شعب ویژه بود که علاوه بر موارد مقرر در اصل ۴۹، در خصوص اموال بلاصاحب، ارث بلاوارث، مجهول‌المالک، تخمیس و خروج از ذمه نیز می‌بایستی تعیین تکلیف گردیده و حکم لازم صادر می‌شد. (بهنام رودسری، ۱۳۸۷: ۷۳)

۱. (تبصره ۱ ماده ۲۶ آئین‌نامه نحوه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی مورخ ۱۳۷۹/۳/۱۰)

۲. (تبصره ۲ ماده ۲۶ آئین‌نامه فوق‌الذکر.

۱. ماده ۲۷ آیین‌نامه فوق‌الذکر.

نقش فرامین و احکام حکومتی، در دادگاه ویژه پرننگ‌تر از قانون ظاهر می‌شود و بر این اساس دادگاه ویژه در خصوص اموال در اختیار ولی فقیه طبق فرمان امام به نفع ستاد اجرایی حکم به مصادره یا تملیک صادر می‌نماید. و بخشنامه رئیس قوه قضائیه^۱ در خصوص صلاحیت ستاد مرقوم که در قسمت سازمان اموال تملیکی ذکر شد حاکی از صلاحیت ستاد اجرایی در خصوص اموال مربوط به ولی فقیه بوده و تنها نهاد مأذون در این زمینه شناخته می‌شود. ستاد اجرایی فرمان امام (ره)، نهادی حکومتی و نه دولتی در ایران است که مطابق قوانین مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و به طور مستقیم زیر نظر مقام رهبری اداره می‌شود. و همچنان که گفته شد آغاز به کار این ستاد در سال ۱۳۶۸ طبق حکم حکومتی بوده است. این ستاد که به ویژه برای اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی، و مصادره اموال وابستگان به رژیم سابق و به طور کلی نسبت به اموال در اختیار ولی فقیه تشکیل و مهلتی یکساله برای اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی معین شد، امروز پس از گذشت بیش از هفده سال، به فعالیت خود ادامه می‌دهد.

اصل ۴۹ قانون اساسی دربرگیرنده تکلیف قوای اجرائی کشور در قبال اموال و املاک رها شده و تشریح آن بخش از آن اموال که بایستی به نفع دولت جمهوری اسلامی ایران مصادره شوند، می‌باشد. به نحوی که به موجب آن اصل از قانون، دولت مکلف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از پیمان‌کاری‌ها و معاملات دولتی، دایر کردن اماکن غیرمشروع و سایر موارد را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او، به بیت‌المال واگذار کند. این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به وسیله دولت اجرا شود.

در سال ۷۰ با صدور فرمان رهبری برای مصادره اموال وابستگان طاغوت، یهودیان و دیگر اقلیت‌های مهاجر و مسلمانان مهاجر، بدون وکیل یا نماینده برای سرپرستی اموال عملکرد ستاد شرایط ویژه‌ای پیدا کرد. البته گفتنی است، اصولاً ستاد اجرایی صرفاً به منظور اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی تأسیس نشده بلکه برای تحقق بخشیدن به اصل ۴۵ قانون اساسی نیز به فرمان حضرت امام (ره) که اموال در اختیار ولی فقیه را تبیین و تحدید فرموده‌اند ایجاد شده است. اموال در اختیار ولی فقیه در اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۲ قانون سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و ماده ۸ قانون زمین‌شهری و فراز اخیر اصل ۴۹ قانون اساسی و ماده ۸ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و مواد ۸۶۶ و ۱۷۱ و ۲۸ قانون مدنی و تبصره ۱ ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی و مواد قانون امور حسبی در مورد غیب (غائبین) و قصر احصا شده است. ستاد اجرایی در مورد اموال موضوع اصل ۴۵ قانون اساسی، من جمله اموال رها شده در زمان انقلاب و جنگ تحمیلی و اموالی که صاحبان آنها از اموال اعراض نموده و یا پس از خروج از کشور وکیل یا ولی قهری یا ورثه یا نماینده‌ای در ایران نداشته و اداره اموال خود را به کسی محول نکرده‌اند را سرپرستی و اداره می‌کند. به هر تقدیر نهاد اداره کننده در خصوص اموال مشروع همچون اموال بلاوارث و نامشروع همچون اموال حاصل از جرایم مذکور در اصل ۴۹، که در اختیار ولی فقیه قرار دارد، ستاد اجرایی فرمان امام می‌باشد که مسئولیت نگهداری، اداره و فروش آنها را برعهده دارد.

بر اساس ماده ۶ آیین‌نامه نحوه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی مورخ ۱۳۷۹/۳/۱۰:

بخش ۲ از مصادیق اموال مربوط به ولی فقیه عبارتند از:

اموال موضوع حکم حکومتی مورخ ۱۳۵۷/۱۲/۹ حضرت امام (ره).

اموالی که در اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه قرار می‌گیرد.

۱. بخشنامه مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۷ به شماره ۱۵۶۵۸/۱۰۰/۹۰۰۰.

۱. طبق بخشنامه ۱۳۹۲/۳/۲۷ رئیس قوه قضائیه اموال در اختیار ولی فقیه عبارتند از اموال مجهول‌المالک، بلاصاحب، ارث بلاوارث، کالاهای قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری و اموال رسوب‌شده در مناطق آزاد و ویژه اقتصادی، اموال اعراضی، رها شده، اموال و املاک غائبین مفقودالثر، اموالی که بابت تخمیس و خروج از ذمه یا استیمنان و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه است.

کلیه وجوه و اموال مجهول المالک بلاصاحب و ارث بلاوارث اموالی که بابت تخمیس و خروج از ذمه در اختیار ولی فقیه قرار می‌گیرد اموال افرادی که از کشور خارج و با گروه‌های محارب (گروه‌های یاعی، صهیونیست‌ها و جواسیس سازمان سیا و مانند آن‌ها) ارتباط دارند.

بصره - کالای قاچاق صاحب متواری و بلاصاحب در حکم اموال مجهول‌المالک می‌باشد. در خصوص حکم حکومتی مورخ ۱۳۵۷/۱۲/۹ حضرت امام (ره) که در ماده ۶ آیین‌نامه فوق ذکر گردید لازم به ذکر است، چندین روز پس از پیروزی انقلاب اسلامی، بنیانگذار جمهوری اسلامی طی فرمان مورخ ۱۳۵۷/۱۲/۹ دستور مصادره تمام اموال منقول و غیر منقول خاندان پهلوی، شاخه‌ها و عمل و مربوطین به آن‌ها را به علت اختلاس از بیت‌المال، صادر نمودند تا به نفع مستمندان و کارگران و کارمندان ضعیف در ایجاد مسکن و کار و غیره صرف گردد؛ بر این اساس جزو اموال در اختیار ولی فقیه شناخته می‌شود.

۲-۲. شهرداری‌ها

شهرداری‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقلی هستند، یعنی دارای وجود اعتباری و صلاحیت‌های ویژه، جدا و مستقل از اعضاء و مدیران و از این رو قطعاً دارای حقوق و تکالیف می‌باشند. یکی از نتایج این اصل آن است که شهرداری می‌تواند عنوان مالک داشته و از حق مالکیت برخوردار باشد. شهرداری‌ها با اهداف متعدد خدماتی و در جهت رفع نیازهای عمومی شهر با حفظ موجودیت خود به ویژه برای تأمین و حفظ فضای فیزیکی و فرهنگی زیست جمعی به تملک املاک مورد نیاز خویش اقدام می‌کند. (شکری، ۱۳۹۰: ۳)

تملکات عمومی شهرداری‌ها، مستقیم یا به طور غیرمستقیم به منظور استفاده عمومی صورت می‌گیرد. نمونه بارز تملکات عمومی شهرداری‌ها به هنگامی است که شهرداری به املاک اشخاص به ویژه اشخاص خصوصی جهت اجرای طرح‌های مصوب عمومی شهری نیاز داشته و لذا طبق قوانین به تملک آن‌ها می‌پردازد. که تصرف، تخریب و بهره‌برداری از آن‌ها و به طور کلی اداره آن‌ها بر عهده همین نهاد شهرداری است که در جهت منافع عام و اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی موردنظر، آن‌ها را مورد استفاده قرار می‌دهد.

طبق بند ۳ ماده ۷۱ قانون نظارت بر حسن اجرای طرح‌های مصوب در امور شهرداری با شورای شهر است. در بند ۲۳ همین ماده نیز، نظارت بر اجرای طرح‌های مربوط به ایجاد و توسعه معابر، خیابان‌ها، میادین، و فضاهای سبز و تأسیسات عمومی شهر بر طبق مقررات موضوعه با شورای اسلامی شهر است. از عمده وظایف شهرداری‌ها در راستای عمران و آبادانی شهر، مطابق بند یک ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، ایجاد خیابان‌ها، کوچه‌ها، میدان‌ها و باغ‌های عمومی است. شهرداری‌ها با تصویب طرح‌های عمرانی در این راستا اقدام می‌نمایند. بنابراین از جمله طرح‌های شهرداری در جهت سلب حقوق مالکانه اشخاص مبتنی بر امور شهرسازی و عمرانی است که در جهت تحقق یکی از مهمترین وظایف شهرداری‌ها، یعنی نوسازی و عمران شهر (بند یک ماده ۵۵ ق شهرداری و ماده یک قانون نوسازی و عمران شهری) و ساخت و توسعه شهر بر اساس اصول و ضوابط منطقی، تهیه و اجرا می‌گردد. اجرای این قبیل طرح‌ها توسط شهرداری در بسیاری از موارد با حقوق مالکانه اشخاص برخورد دارد. (شکری، ۱۳۹۰: ۱۸).

تأمین حقوق مالکانه اشخاص توسط شهرداری در طرح‌های عمومی و عمرانی، چه از طریق توافق با دارنده حق و چه از طریق غیر توافقی و به طور کلی انجام تشریفات قانونی مربوط به موضوع، نتایجی برای شهرداری در پی داشته و حقوقی را برای او ایجاد می‌نماید. از جمله این حقوق این است که حقوق مالکانه به شهرداری به عنوان دستگاه مجری طرح منتقل می‌شود و اراضی مورد نظر باید به شهرداری تحویل گردد. از ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، می‌توان استنباط نمود که در موارد انتقال حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی به

شهرداری، قانونگذار علاوه بر اینکه تحویل را از آثار و لوازم تأمین حقوق مالکانه دانسته است، دارنده حق را مکلف به تنظیم سند رسمی انتقال نیز می‌داند. چنانچه صاحب حقوق مالکانه با شهرداری در خصوص انتقال حقوق خود به توافق برسد علی‌القاعده به خواست و اراده خود نیز مبادرت به تنظیم سند رسمی به نفع شهرداری می‌کند و ضرورتی به اجبار ناقل برای تنظیم سند نیست، اما چنانچه ناقل از تنظیم سند و ایفای تعهد خود خودداری کند، شهرداری می‌تواند او را مجبور به تنظیم سند رسمی کند. چنین فرضی در چند حالت متصور است. یکی اینکه دارنده حق علی‌رغم انتقال حق خود به شهرداری به موجب قرارداد عادی، از تنظیم سند رسمی انتقال و رسمی نمودن انتقال خودداری نماید. دیگر اینکه دارنده حق، اساساً حاضر به واگذاری حقوق خود به شهرداری نباشد و طبعاً از تنظیم سند رسمی انتقال نیز خودداری کند و بالاخره اینکه دارنده حق به دلایلی همچون اختلاف در مالکیت و ... قادر به تنظیم سند رسمی انتقال به نفع شهرداری نباشد.

در ماده ۸ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی، نحوه تنظیم سند رسمی به صورت اجباری در موارد استنکاف دارنده حق به واگذاری و نیز در موارد ناشی از اختلافات در مالکیت، رهن یا بازداشت بودن و غیره پیش‌بینی شده است، به این نحو که در چنین مواردی، دادستان یا نماینده او، اقدام به امضاء سند رسمی انتقال می‌نماید. بدیهی است که در این مورد، یعنی تنظیم سند رسمی توسط دادستان یا نماینده او، شهرداری باید مدارک لازم جهت تنظیم سند رسمی را مهیا و هزینه‌های لازم جهت تنظیم سند مثل حق-الثبت و حق‌التحریر را نیز پرداخت کند.

اما در خصوص موردی که دارنده حق، مبادرت به امضاء قرارداد عادی نموده ولی از امضاء سند رسمی خودداری می‌کند باید گفت به دلیل اینکه راه‌حل ذکر شده در ماده ۸، راه‌حلی استثنایی و برخلاف قاعده است و لذا نمی‌توان به موارد دیگری که ذکر نگشته تعمیم داد. اصل و قاعده این است که در چنین مواردی، محکمه صالح باید به موضوع رسیدگی و با بررسی ماهیت ادعا، در صورتی که شهرداری را مستحق تنظیم سند رسمی دانست، حکم بر تنظیم سند رسمی صادر کند. (شکری، ۱۳۹۰: ۱۴۱ و ۱۴۲)

اما در خصوص تحویل اراضی مورد تملک که یکی از پیش‌شرط‌های امکان اداره و بهره‌برداری از آن توسط شهرداری در راستای اجرای طرح‌های مورد نظر، می‌باشد گفتنی است، در قراردادهای فی مابین شهرداری و دارندگان حقوق مالکانه، به صورت معمول، تحویل و تسلیم مورد معامله قبل از تنظیم سند رسمی یا همزمان با تنظیم سند صورت می‌گیرد اما اگر با وصف انتقال حقوق مالکانه به شهرداری، از تحویل مورد معامله خودداری شود و در موعد مقرر برای تحویل، تعهد به انجام نرسد شهرداری حق خواهد داشت که به محکمه صالحه رجوع و الزام مستنکف به ایفای تعهد را خواستار شود. اما چنانچه دارنده حق حاضر به همکاری با شهرداری در خصوص انتقال و تحویل حقوق خود نگردد، و به طور کلی انتقال حقوق مالکانه بر اساس ماده ۸ لایحه قانونی و به صورت غیر توافقی صورت پذیرد، بر حس آنچه در این ماده مقرر شده، دادستان یا نماینده او، ظرف مدت یک ماه نسبت به تخلیه و خلع ید از مورد معامله اقدام خواهد نمود. (شکری، ۱۳۹۰: ۱۴۵)

از جمله قوانینی که به تملک قهری توسط شهرداری‌ها چه پیش از انقلاب و چه پس از آن اشاره داشته‌اند از این قبیل‌اند: قانون راجع به احداث و توسعه معابر و خیابان‌ها مصوب ۱۳۱۲ که در سال ۱۳۲۰ این قانون تحت عنوان قانون توسعه معابر اصلاح گردیده و به تصویب رسید. قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴، قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷، ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، لایحه قانونی نحوه خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۸/۹/۳، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷، قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷، قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲، قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹، قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸.

با ملاحظه سیر قانونگذاری در ایران در می‌یابیم که قانونگذار ما به کرات، اقدام به وضع قوانین جدید و جایگزینی آن‌ها با مقررات سابق و یا الحاق مواد یا حذف و اصلاح آن‌ها در خصوص تأمین حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی نموده است.

مهمترین قوانینی که نظم موجود را در ارتباط با تأمین حقوق مالکانه در زمان اجرای طرح توسط شهرداری رقم می‌زنند، یکی لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۱۷ و دیگری قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸ می‌باشد.

قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها صرفاً در مورد شهرداری‌ها است و دیگر سازمان‌های دولتی در امر تملک کماکان از لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی استفاده می‌کنند. به هر تقدیر بر طبق این قوانین، شهرداری‌ها در اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی خود با برخورداری و استفاده از اعمال حاکمیت تحت رعایت ضوابطی، مبادرت به تملک املاک خصوصی اشخاص می‌کنند؛ که همین نهاد شهرداری نیز به عنوان نهاد اداره‌کننده اراضی تملک شده در راستای اجرای طرح‌های عمومی مورد نظر، به حساب آمده و به عنوان دستگاه مجری طرح‌های عمومی و عمرانی در اراضی تملک شده دخل و تصرف نموده و از آن‌ها بهره‌برداری می‌نماید.

در ایران می‌توان شهرداری‌ها و اعضای شورای شهر را به عنوان نهادهای عمومی غیردولتی، به عنوان سطحی از حکومت محلی تفسیر کرد. شهرداری‌ها مستقل از دولت هستند و به عنوان نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی شناخته می‌شوند لیکن به دلیل انجام وظایف خدمات عمومی و ایجاد منفعت عام، قانون این نهاد را جزء نهادهای عمومی دانسته و اختیار تملک اراضی و اداره آن‌ها برای اجرای طرح‌های مصوب خود را به وی داده است.

نتیجه‌گیری

مالکیت از جمله مهمترین حقوقی است که مورد حمایت اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و عادی کشورها قرار گرفته است. صرف نظر از برخی از دیدگاه‌ها و نظریات حاکمی که در پاره‌ای از کشورها مالکیت خصوصی را به رسمیت نشناخته و اعتبار نمی‌دهد، یکی از دغدغه‌های اصلی دولت‌ها و چگونگی تثبیت مالکیت افراد بر اراضی و اموال غیر منقول و نحوه حمایت از آن‌ها بطرق مختلف مدنی و کیفری بوده است. بنابراین لزوم احترام به مالکیت یکی از اصول اولیه حقوقی می‌باشد؛ نقض حقوق مالکانه اشخاص مستلزم اعمال ضمانت اجراهای مدنی نظیر الزام به جبران خسارت و در برخی از موارد ضمانت اجراهای کیفری مانند حبس است.

اموالی که مورد سلب مالکیت از طرف دولت و یا نهادهای عمومی قرار می‌گیرند، نیاز به حفظ، نگهداری، اداره و بهره‌برداری دارند؛ با این اوصاف در کلیه جوامع، نهادهایی بدین منظور پیش‌بینی نموده‌اند و قوانین مختلف بر حسب مورد به مصادیق سلب مالکیت پرداخته و نهادهای اداره‌کننده‌ای برای آن‌ها تأسیس نموده است. این‌گونه نهادها یکی از شاخصه‌های مهم و اصلی در خصوص این موضوع محسوب می‌گردند و هرچه قدر اختیارات و وظایف مقامات و سازمان‌های تعبیه شده به طور شفاف و دقیق در قوانین و مقررات مشخص باشد حفاظت و احترام به اموال عمومی بیشتر تضمین و رعایت می‌گردد؛ به هر تقدیر، حفظ، نگهداری، اداره، بهره‌برداری و بر حسب مورد فروش این اموال نیاز به وجود نهادهایی دارد و کار ویژه چنین نهادهایی ضروری و پر اهمیت است چرا که بدون وجود آن‌ها متعاقباً، شاهد تلف، تخریب، سوءاستفاده و از بین رفتن اموال سلب مالکیت شده خواهیم بود. و بدین ترتیب نهادهای اداره‌کننده به یکی از مهمترین ارکان در این خصوص بدل می‌گردد که تأثیرات آن را در ابعاد مختلف باید ملحوظ نظر داشت.

فهرست منابع

- ۱- بهشتیان، سید محسن، روش تملک اراضی و تامین حقوق مالکانه اشخاص نسبت به املاک واقع در طرح‌های عمومی شهرداری، نشریه حقوقی عدالت آراء، شماره ۶ و ۷، زمستان ۸۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
- ۲- بهنام رودسری، حسین، چگونگی رسیدگی به پرونده‌های موضوعی اصل ۴۹ قانون اساسی در دادگاه‌های انقلاب، نشریه حقوق «کانون وکلا»، شماره ۲۰۰ و ۲۰۱، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- ۳- پیلووار، رحیم، ضرورت دفاع از اموال خصوصی در برابر اخذ آن‌ها از سوی دولت برای نفع عمومی، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
- ۴- پیلووار، رحیم، فلسفه حق مالکیت، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، سال ۱۳۹۱.
- ۵- پیلووار، رحیم، فلسفه حق مالکیت، پایان‌نامه دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهمن ۱۳۹۰.
- ۶- حسن زاده، بهرام، حقوق تحلیلی اراضی و املاک: اثبات، ثبت، تملک اراضی و املاک، تهران: نشر جنگل، خرداد ۱۳۸۹.
- ۷- دلیر، حمید، حقوق مصادره (بررسی تطبیقی مصادره، ضبط و استرداد اموال مرتبط با جرم در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی)، تهران: نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۹۰.
- ۸- شکری، نادر، نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها، تهران: نشر سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور (راه‌دان)، تابستان ۱۳۹۰.
- ۹- شمس، احمد، بررسی نظام حقوقی اراضی ملی شده، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۵.
- ۱۰- شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- ۱۱- کهرم، کامران، سلب مالکیت در دادگاه ویژه اصل ۴۹، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، مهر ۱۳۸۹.
- ۱۲- موسی زاده، ابراهیم، مصطفی زاده، فهیم، نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی، نشریه بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱.

تحولات مجازات‌های بدنی در سیاست کیفری ایران بر مبنای اسناد بین‌المللی حقوق بشری

علی اصغر حق طلب^{۱*}، جلال جعفری^۵، علی یوسف وند^۲، رضوان خسروی^۳، علی مهدی فرد^۴

۱- کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

۲- هیأت علمی گروه حقوق واحد ملارد، دانشگاه آزاد اسلامی، ملارد، ایران

۳- کارشناسی ارشد اطلاعات و علوم امنیتی، دانشگاه علوم انتظامی

۴- کارشناسی ارشد علوم تربیتی

۵- هیأت علمی واحد دهقان، دانشگاه آزاد اسلامی، دهقان، ایران

چکیده

قانون مجازات اسلامی برای بسیاری از جرایم، مجازات‌های بدنی مثل شلاق، قطع دست، رجم و قطع اعضای بدن به عنوان قصاص پیش‌بینی کرده است. به عنوان مثال برابر ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی حد زنا یا مردی که واجد شرایط احصان نباشند، صد تازیانه است و براساس ماده ۲۹۲، قطع دست راست و پای چپ یکی از مجازات‌های چهارگانه‌ای است که قانونگذار برای محاربه مقرر کرده است. همچنین برابر ماده ۲۷۸ حد سرقت در مرتبه اول قطع چهار انگشت دست راست و در مرتبه دوم قطع پای چپ است. در ماده ۳۸۶ قانونگذار چنین مقرر داشته است: «قطع عضو یا جرح آن اگر عمدی باشد موجب قصاص است و حسب مورد مجنی علیه می‌تواند با اذن ولی امر جانی را با شرایطی که ذکر خواهد شد قصاص نماید»؛ با عنایت به اعتقاد به وجود اجتهاد پویا در فقه شیعه، می‌توان با داشتن قرائتی متفاوت از دین و همچنین از موازین حقوق بشر، تلاش در رفع تعارضات موجود نمود. علاوه بر این توجه به این نکته لازم است که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نظام شرعی نیست، بلکه نظام قانونی منطبق با شرع است. از این رو انطباق همه قوانین با شرع، ضرورتی ندارد. بلکه صرفاً موارد مغایر با شرع باید کنار گذاشته شود و همین مقدار که در قانون از عبارات و مفاهیمی استفاده شود که عدم مغایرت شرعی را برساند، به تکلیف عمل کرده‌ایم. نتیجه آنکه در قانونگذاری باید از واژه‌هایی استفاده کنیم که ما را به سمت حقوق بشر ببرد. زیرا مفاهیم و واژگان حقوق بشری در محدوده مشترکات کلیه کشورها قرار می‌گیرند؛ نگارندگان در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی بصورت روش کتابخانه‌ای به بررسی تحول مجازات‌های بدنی در نظام کیفری ایران و مطالعه این تحول در سایر نظام‌های کیفری پرداخته است.

واژگان کلیدی: مجازات بدنی، حقوق بشر، اعدام، رجم، صلب، شلاق، قطع ید.

مقدمه

بسیاری از نهادهای قضایی و شبه قضایی در آراء و گزارش‌ها و نظرات خود، اعمال مجازات بدنی را تحت عناوین مختلفی چون تحقیرآمیز، غیرانسانی و ظالمانه به کار می‌برند. البته مجازات بدنی اخص از مفاهیمی چون رفتار غیرانسانی یا مجازات غیرانسانی خواهد بود. گرچه اصطلاح مجازات بدنی نه در قوانین و نه در کتب حقوقی به طور خاص تعریف نگردیده و بیشتر به ذکر مصادیق این نوع مجازات اشاره شده است. اما در مقام تعریف می‌توان گفت: «مجازات بدنی نوعی مجازات فیزیکی است که شامل ایراد عمدی هرگونه درد و رنج و یا صدمه و آسیب به عنوان مجازات یک جرم یا به هدف تأدیب یا اصلاح یا برای جلوگیری از نگرش یا رفتاری که غیرقابل قبول تلقی می‌گردد، بر فرد تحمیل می‌شود». (ابراهیمی، ۱۳۸۹، ۹۲)

نگارنده در این مقاله ابتدا مفهوم مجازات‌های بدنی در اسناد بین‌المللی حقوق بشری و سیر تحول آن را در نظام کیفری ایران و سایر نظام‌های کیفری بررسی و سپس مصادیق مجازات‌های بدنی در نظام کیفری را ایران اشاره می‌کند و در آخر انطباق قوانین کیفری اسلامی با موازین حقوق بشری تشریح خواهد نمود.

۱. مفهوم مجازات‌های بدنی در اسناد بین‌المللی حقوق بشری

موازین حقوق بشر از آغاز شکل‌گیری به برخی از رویه‌های کیفری نگاهی به شدت انتقادآمیز داشته است، خشونت در مجازات‌ها یکی از این رویه‌هاست. (نوبهار، ۱۳۸۱، ۳۲۵) به همین جهت در اسناد و قطعنامه‌های بسیاری مورد توجه قرار گرفته است؛ در برخی از موارد، ممنوعیت اعمال این نوع مجازات‌ها به طور مشخص در یک سند بیان گردیده‌اند و در بعضی موارد دیگر در اسناد مربوط به منع شکنجه و رفتارهای غیر انسانی، به ممنوعیت مجازات‌های ظالمانه، تحقیرآمیز و غیر انسانی تصریح گردیده است. که به برخی از مهمترین این موارد اشاره می‌گردد:

الف. کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیر انسانی یا تحقیر

آمیز (۱۹۸۴):

در ماده ۱۶ اشاره شده است: «دولت‌های عضو کنوانسیون متعهدند در قلمرو خود از اعمال دیگر رفتار یا مجازات‌های خشن، غیرانسانی و تحقیرآمیز را که مشمول تعریف شکنجه موضوع ماده ۱ نیست، نیز جلوگیری نمایند و مقررات مربوط به شکنجه را در مورد آنان اعمال نمایند».

ب. ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸):

«هیچکس را نباید مورد ظلم و شکنجه و رفتار یا کیفری تحقیرآمیز، موهن، یا خلاف انسانیت و شأن بشر قرار داد».

پ. ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶):

«هیچکس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا تردیلی قرار داد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است».

ت. ماده ۵ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (۱۹۶۹):

۱. «هر فرد حق دارد به لحاظ جسمی، روانی و اخلاقی مورد احترام صادقانه قرار گیرد».

۲. «احدی را نمی‌توان تحت شکنجه، رفتار یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تردیلی قرار داد».

۳. «با همه افراد محروم از آزادی باید مطابق با حیثیت ذاتی بشر رفتار شود ...».

ث. ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی (۱۹۵۰):

«احدی را نمی‌توان تحت شکنجه، رفتار و یا مجازات‌های غیرانسانی یا اهانت آمیز قرار داد».

در برخی اسناد نیز مانند قطعنامه شماره ۴۴۰ دوم دسامبر ۱۹۵۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قاعده ۳۱ مقررات مربوط به حداقل رفتار با زندانیان (۱۹۵۵)، ماده ۲۱ رهنمودهای سازمان ملل برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان (رهنمودهای ریاض)، (۱۹۹۰)، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و ... به ممنوعیت مجازات بدنی به طور مشخص تصریح گردیده است. کمیته حقوق بشر به عنوان نهاد ناظر بر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در تفسیر عمومی شماره ۷ خود در سال ۱۹۸۰ ممنوعیت

ماده ۷ را شامل مجازات بدنی مفرط می‌داند و مجدداً در سال ۱۹۹۲ در تفسیر شماره ۲۰ خود بر شمول ممنوعیت ماده ۷ میثاق مذکور نسبت به مجازات‌های بدنی تأکید می‌نماید.

ج. کنوانسیون منع شکنجه و رفتار یا مجازات خشن، غیرانسانی یا تحقیرکننده:

بارزترین مورد در رابطه با ممنوعیت مجازات‌های بدنی، کنوانسیون منع شکنجه و رفتار یا مجازات خشن می‌باشد. که به جهت روشن شدن مطلب و اثبات ارتباط این کنوانسیون با مجازات‌های بدنی توضیحاتی ارائه می‌گردد.

نظام حقوق بشری سازمان ملل در تلاش برای از بین بردن شکنجه و رفتارهای خشن قطعنامه‌های بسیاری را در این خصوص صادر کرده است. در تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۷۵ مجمع عمومی این سازمان طی قطعنامه‌ای به شماره ۱۳۴۵۲، اعلامیه حمایت از افراد انسانی در مقابل شکنجه و دیگر رفتارها و مجازات‌های خشن، غیرانسانی و تحقیرکننده را تصویب نمود و سرانجام به سال ۱۹۸۴ کنوانسیون منع شکنجه و رفتار و مجازات ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده طی قطعنامه شماره ۳۹/۴۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید که تا نوامبر سال ۲۰۰۴ تعداد ۳۸ دولت به آن پیوستند. (مهرپور، ۱۳۸۲، ۱۹۴)

در این کنوانسیون ضمن تشریح و تعریف مفهوم شکنجه و دیگر اعمال غیرانسانی، تعهدهای دولت‌های عضو را مشخص بیان کرده و مکانیزم اجرایی آن را توضیح داده است. چنانکه در ماده ۱ آمده است: «شکنجه عبارت است از هر فعل عمدی که توسط آن درد یا صدمه شدید، اعم از جسمی یا روحی به منظور نیل به اهدافی چون کسب اطلاعات یا اقرار ... وارد گردد، رنج و دردی که به طور ذاتی یا تبعی لازمه مجازات‌های قانونی است، شکنجه محسوب نمی‌گردد».

وفق ماده مزبور هنگامی که این اعمال رنج‌آور بدنی یا روحی از نظر مقررات این کنوانسیون شکنجه محسوب می‌گردد که از سوی مقامات صلاحیت‌دار دولتی یا با تحریک آن‌ها یا با رضایت یا سکوت رضایت بخش آن‌ها اعمال شود. در ماده ۱۶ نیز آمده است: «دولت‌های عضو کنوانسیون متعهدند در قلمرو خود اعمال دیگر از رفتار یا مجازات خشن، غیرانسانی و تحقیرکننده را که مشمول تعریف شکنجه موضوع ماده ۱ نیست، نیز جلوگیری نمایند و مقررات مربوط به شکنجه را در مورد آنان اعمال نمایند». حال نکته مهم و قابل ملاحظه این است که آیا به موجب این کنوانسیون مجازات‌های بدنی چون تازیانه، قطع عضو ... در شمول رفتارهای ممنوع مذکور در کنوانسیون واقع گردیده و آیا دولت‌های عضو این کنوانسیون نیز تعهد دارند که این چنین مجازات‌هایی را از قوانین کیفری خود حذف نموده و یا اصلاح نمایند؟

عنوان کنوانسیون عبارت است از «کنوانسیون منع شکنجه و هر نوع مجازات یا رفتار خشن، غیر انسانی و تحقیرکننده». بنابراین علاوه بر کلمه شکنجه واژه مجازات نیز به کار رفته است. در ماده ۱۶ نیز لحن عبارت به گونه‌ای است که هر نوع مجازات خشن، تحقیرکننده و غیرانسانی حکم شکنجه را دارد و ممنوع است.

اما از سوی دیگر در ذیل ماده ۱ تصریح شده که تعریف شکنجه شامل درد و رنجی که به طور ذاتی یا تبعی، لازمه مجازات قانونی است، نمی‌شود. بنابراین وقتی به حکم قانون، مجازات جرمی مثلاً شلاق یا قطع عضو یا سنگسار باشد، ولو مجازات خشن به نظر برسد، مشمول تعریف شکنجه و ممنوعیت آن نیست. با این دید باید کلمه مجازات مندرج در عنوان و ماده ۱۶ را به معنای تنبیهی که خارج از رویه قانونی و حکم دادگاه اجرا می‌شود، تعبیر کرد. اما اشکالی که در اینجا پیش می‌آید در مفهوم لغت **punishment** است. این کلمه در لغت به معنای تنبیه و اصطلاحاً به مفهوم مجازات است و به مجازات‌هایی که طبق قانون اعلام شده و به حکم دادگاه اجرا می‌شود، اطلاق می‌گردد. سوابق مربوط به بحث در مورد مجازات‌های بدنی شدید و خشن و استعمال کلمه مزبور نیز این نظر را بیشتر تقویت می‌کند که منظور از ممنوعیت مجازات خشن **cruel punishment** در کنوانسیون این است که دولت‌های عضو باید از وضع اینگونه مجازات‌ها در قوانین خود و اجرای آن‌ها در دادگاه پرهیز کنند و قوانین موجود خود را که مشتمل بر این گونه مجازات‌هاست، اصلاح نمایند. (مهرپور، ۱۳۸۲، ۹۹)

بند ۹ قطعنامه شماره ۱۹۹۷/۳۸ کمیسیون حقوق بشر نیز در ۱۱ آوریل ۱۹۹۷ به دولت‌ها خاطر نشان ساخته که مجازات بدنی می‌تواند برابر با مجازات ظالمانه، غیرانسانی و تحقیر کننده و یا حتی شکنجه باشد. از دید دیگر صاحب نظران مسائل حقوق بشری سازمان ملل نیز به نظر می‌رسد مجازات‌های خشن بدنی ولو در قانون آمده باشد و به حکم دادگاه به موجب قانون مصوب اجرا شود، مشمول ممنوعیت مجازات خشن و غیر انسانی موضوع ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۶ کنوانسیون ضد شکنجه می‌باشد. (مهرپور، ۱۳۸۲، ۱۰۳)

در رأی کمیته حقوق بشر نیز همین نظر تأیید گشته است. کمیته در سال ۱۹۹۵ در پرونده شماره ۱۹۹۸/۷۹۲ فردی که به جرم حمل اسلحه گرم غیر مجاز و تجاوز و سرقت مشدده به ۷ و ۱۰ سال زندان با کار سخت، تبعید و همچنین شش ضربه شلاق به عنوان مجازات محکوم شده بود؛ کمیته حقوق بشر که با این سوال مواجه بود که آیا استفاده از شلاق، مجازات ظالمانه یا غیرانسانی محسوب می‌گردد؛ اعمال (مجازات شلاق) را مغایر با ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی دانست. در این خصوص و سایر مجازات‌های بدنی، موارد زیادی را می‌توان نام برد که کمیته حقوق بشر آن را نقض ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به شمار آورده است. (ابراهیمی، ۱۳۸۹، ۹۹)

رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز مجازات بدنی را مورد پذیرش قرار نداده است؛ زیرا مجازات بدنی را به عنوان مجازات تحقیرآمیز تلقی می‌نماید. دادگاه ابراز می‌نماید ماهیت بسیاری از مجازات‌های بدنی قضایی عبارت است از اینکه یک انسان خشونت فیزیکی را بر انسان دیگر وارد نماید. دادگاه چنین خشونتی را، خشونت به رسمیت شناخته شده (خشونت رسمی) نامیده است؛ زیرا چنین خشونتی به وسیله قانون مجاز شمرده شده و به وسیله نهادهای قضایی دولتی تنظیم شده و توسط نهادهای پلیسی اجرا می‌گردند. علاوه بر این در خصوص معیار زمانی برای قضاوت در خصوص هر مصداق مبنی بر غیرانسانی بودن یا نبودن آن، دادگاه صریحاً بیان نمود که برای قضاوت درباره چنین مواردی تصمیم باید بر پایه رفتارهای کنونی در آن موضوع باشد و ضرورتی ندارد که بر پایه رفتارهایی باشد که در زمان شکل‌گیری کنوانسیون اروپایی حقوق بشر متداول بودند. به عبارت دیگر در خصوص قضاوت درباره مصداق و رفتارها به اینکه آیا تحقیر آمیز، خشن و غیرانسانی هستند یا خیر، باید شرایط حال و زمان امروز در نظر گرفته شود، نه وضعیت زمانی که کنوانسیون در آن هنگام تصویب شد. (ابراهیمی، ۱۳۸۹، ۹۸)

۲. سیر تحول مجازات‌های بدنی در نظام کیفری ایران

قبل از انقلاب، مجازات بدنی به جز اعدام مجازات دیگه‌ای وجود نداشت. شلاق در سال ۱۳۵۲ کلاً حذف شد جز در یک مورد اطفال شرور در هیچ مورد دیگری کاربرد نداشت. در عوض به جای مجازات‌های بدنی، حبس‌های کوتاه مدت جاری بود. (ایرانمهر، ۱۳۸۷، ۲۸)

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، خصوصاً در سال‌های اولیه پس از پیروزی، اشتیاق و احساس تعهد مراجع ذی‌ربط، جهت تصویب و اجرای مقررات شرعی از یک طرف و تفسیر و تعریفی که از مجازات‌های شرعی خصوصاً تعزیرات، توسط علما و به خصوص فقهای شورای نگهبان به عمل می‌آمد، از طرف دیگر، موجب گردید که در وضع قوانین کیفری حتی در غیر موارد منصوص که نوعاً شامل مجازات‌های بدنی می‌گردید، به مجازات‌های عرفی کمتر توجه شود و در تهیه لوایح مربوط که بعضاً برگرفته از قوانین سابق بودند، مجازات‌های عرفی همانند حبس و جزای نقدی و امثال آن به مجازات بدنی و شلاق تغییر پیدا کنند.

نمونه بسیار بارز این امر، لایحه قانونی تعزیرات است. که توسط شورای عالی قضایی سابق در سال ۱۳۶۲ تهیه گردید. که گرچه در تعریف بسیاری از مواد آن از قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۰۴ و اصطلاحات بعدی آن) الهام گرفته شده، اما در تعیین مجازات‌ها نوعاً به شلاق اکتفا گردیده و یا در کنار مجازات‌های سالب آزادی یا انفصال، مجازات شلاق هم اضافه شده است؛ با این وجود شورای نگهبان ضمن وارد ساختن اشکالات متعدد بر این لایحه، تصویب مجازات انفصال و حبس در کنار مجازات شلاق را در مواردی همچون مواد ۸۰ و ۸۲ و ۱۱۶ و ۱۲۰ لایحه مذکور، با این استدلال که زاید بر مقدار تعزیر شرعی است رد نمود. (مهرپور، ۱۳۷۱، ۴۲۱) این در حالی است که در این لایحه برای بیشتر جرائمی که در قانون

مجازات عمومی سابق مجازات حبس داشت، صرفاً مجازات شلاق تعیین گردیده بود. مانند: توهین ساده (ماده ۸۶)، توهین مشدد (ماده ۸۷)، افترا (ماده ۱۴۰)، خیانت در امانت (ماده ۱۱۷) و سوء استفاده از سفید مهر (ماده ۱۱۸). همچنین در جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی، قسم دروغ، افشاء سر و امثال آن و مواردی از جرائم کارکنان دولت، و نیز در مورد سرقت‌هایی که جامع شرایط حد نباشد طی ماده ۱۰۸، تنها شلاق تا ۷۴ ضربه پیش شده بود. (رهامی، ۱۳۸۲، ۱۲)

صرفنظر از اینکه برخی احکام دادگاه‌ها نیز به میل خود به این نوع کیفر حکم می‌دادند. (نوربها، ۱۳۷۴، ۲۹) اما با تصویب قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵، تا حدی از میزان مجازات شلاق کاسته شد و قانونگذار در بسیاری از جرائم مجازات شلاق را حذف و مجازات حبس و یا جزای نقدی را جایگزین نمود و یا مجازات حبس را در کنار مجازات شلاق مقرر نمود.

چنانکه در جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی: مواد ۶۳۸ (تظاهر به عمل حرام)، ۶۳۹ (دایر کردن مرکز فساد و فحشا)، ۶۴۰ (جریحه دار کردن اخلاق و عفت عمومی)، جرایم علیه اموال: ۶۶۲ (تحصیل مال مسروق)، ۶۶۸ (تهدید و اکراه)، ۶۸۴ (تهدید و اکراه)، ۶۸۴ (خشک کردن یا تزییع محصول دیگران)، جرایم تجاهر به استعمال مشروبات: ۷۰۲ (حمل و نگهداری مشروبات الکلی)، ۷۰۳ (ساخت و فروش مشروبات الکلی)، ۷۰۷ (ساخت و فروش آلات قمار بازی)، و ۷۱۱ (گزارش خلاف واقع به ضابطین)، مجازات‌های نقدی و حبس را در کنار شلاق قرار داده تا قاضی به صورت جانمایی مطابق اصل فردی کردی قضایی مجازات بتواند برای تعیین مجازات متهم اقدام کند و یا حبس را در کنار شلاق اضافه کرده است.

همچنین در مواد ۶۳۲ (عدم تحویل طفل)، ۶۳۳ (رها کردن طفل)، ۶۳۴ (نیش قبر)، ۶۴۲ (عدم پرداخت نفقه)، ۶۴۸ (افشاء سر)، ۶۶۳ (دخالت یا تصرف در اموال توقیف شده)، ۶۴۹ (سوگند دروغ)، ۶۷۱ (ورشکستگی به تقصیر)، ۶۷۳ (سوء استفاده از سفید مهر)، ۶۷۴ (خیانت در امانت)، ۶۹۰ (هتک حرمت املاک غیر)، ۶۹۱ (ورود به قهر و غلبه)، ۶۹۷ (افترا)، ۷۰۰ (هجو)، مجازات شلاق پیش بینی شده حذف و تبدیل به مجازات‌های دیگر گردیده است. بدین لحاظ می‌توان گفت که قانونگذار تا حدودی از میزان مجازات‌های بدنی کاسته، هر چند که هنوز میزان این نوع مجازات‌ها در قوانین ایران بسیار بوده که با توجه قطعی نبودن انحصار تعزیر در مجازات شلاق، بهتر آنست که این مجازات حداقل در جرایم تعزیری حذف گردیده و یا به موارد بسیاری محدود که قابلیت توجیه بیشتری داشته باشد، تقلیل یابد. اما شلاق تنها یکی از مجازات‌های بدنی است که در قانون مجازات اسلامی مورد حکم قرار گرفته است و موارد دیگر که عمدتاً در قسمت حدود و قصاص پیش‌بینی گردیده است، مورد تغییر خاصی قرار نگرفته، و از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی تا کنون و حتی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به طور یکنواخت تکرار گردیده است.

۳. سیر تحول مجازات‌های بدنی در نظام کیفری در سایر کشورها

در اغلب قوانین جزایی کشورها، انواع مجازات‌های بدنی وجود داشته ولی در قرون ۱۷ و ۱۸ و مخصوصاً در عصر معروف به روشنگری عده‌ای از متفکرین این نوع از مجازات‌ها را خلاف شئون و حیثیت انسانی دانسته و مفید بودن آن را برای جامعه و جلوگیری از جرم و اصلاح مجرمین مورد تردید قرار دادند و خواستار حذف مجازات‌های بدنی خشن چون داغ کردن، قطع عضو و ... از قوانین شدند.

مخصوصاً نظریات حقوقدان جزایی معروف از جمله سزار بکاریا که کتاب جرم و مجازات او در ۱۷۶۴ منتشر شد^۱ و نیز بنتام که افکارش در کتاب «مقدمه‌ای بر اصول اخلاقی و قانونی» در سال ۱۷۸۹ منتشر شد و در آن اعلام داشت: «مجازات خشن و شدید، بی‌ارزش و شیطانی است». تأثیر زیادی در روی گرداندن از این نوع مجازات‌ها داشت. به هر حال به تدریج این فکر قوت گرفت و بسیاری از کشورها مجازات خشن را از قوانین خود حذف کردند و برخی قوانین اساسی نیز بر حذف آن تأکید ورزیدند. (مهرپور، ۱۳۸۳، ۱۰۱)

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک به بکاریا سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، چاپ ششم، تهران، میزان ۱۳۸۹.

چنانکه قانون اساسی آمریکا در اصلاحیه هشتم خود تصریح دارد که «مجازات خشن و غیر معمول نباید اجرا شود»، قانون اساسی سوئد نیز در ماده ۵ فصل دوم، مجازات بدنی را ممنوع کرده است. در اصل ۶۵ قانون اساسی سوئیس نیز تنبیهات بدنی ممنوع است. (مهرپور، ۱۳۸۳، ۱۰۱)

در فرانسه نیز با تجدید نظری اساسی در قوانین جزایی، مجازات اعدام و دیگر مجازات‌های بدنی از جمله شلاق در مورد اکثر جرایم لغو شد. چنانکه مجازات شلاق و تعذیب بدنی مجرمان که تا قبل از انقلاب فرانسه به منزله نمایشی عمومی متداول بود با تصویب مجموعه قوانین ۱۷۹۱ از نظام قضایی حذف گردید و مجازات اعدام نیز به ۳۲ مورد محدود گردید. لکن در قانون جزای ۱۸۱۰ بر تعداد جرایمی که مجازات آن‌ها اعلام بود افزود شد و شامل ۳۶ نوع جرم گردید. ولی برای تخفیف مجازات اعدام، اختیاراتی به قوه مقننه و هیئت منصفه و رئیس دولت اعطا گردید. اما بالاخره به واسطه این اختیارات و البته تحت تأثیر افکار عمومی مجازات اعلام از ۹ اکتبر ۱۹۸۱ برای کلیه جنایات از نظام قضایی فرانسه لغو گردید. قانون مجازات جدید این کشور نیز این‌ها را پذیرفته و به جای آن حبس‌های جنایی دائم و موقت را جایگزین کرده است. (جعفرزاده، ۱۳۸۶، ۱۷۵)

در بلژیک نیز کیفر اعدام از اساس لغو گردید و محکومان به کیفر اعدام از ۱۸۶۲ به بعد به طور خودکار از عفو خصوصی پادشاه بهره مند می‌شدند. در پی آن در هلند مجموعه قوانین ۱۸۶۱، در ایتالیا ۱۸۹۶، در پرتغال ۱۸۸۶، در رومانی ۱۸۶۲ و سرانجام در سوئیس در مجموعه قوانین کیفری فدرال در ۱۸۵۳، کیفر مرگ را که نوع شدید مجازات‌های بدنی به شمار می‌رفت، به فراموشی سپردند. (رنه مارتینز، ۱۳۸۲، ۲۰۰)

در همین جنبش انسان‌گرایانه، شکنجه‌های بدنی، نشان داغ گذاشتن یا شکنجه‌های همراه با کیفر مرگ از نیمه‌ی نخست قرن ۱۹ که پیشاپیش در حقوق کیفری متداول بود، در اروپای غربی نسخ گردید. با وجود این کیفر شلاق جایگزین در اواخر قرن ۱۹ در انگلستان دیده می‌شد که به طور کلی به جای زندان‌های کوتاه مدت اعمال می‌شدند. در نروژ باز هم اشکال سخت کیفرها دیده می‌شد که می‌توانستند بر جنبه‌ی کیفرآمیز بودن حبس بیفزایند، همین امر نیز در قوانین اتریش صادق بود و این رفتارها در واقع چندان تفاوتی با کیفر بدنی نداشت. ولی با این همه تعدادی از کشورهای بزرگ همواره و در عمل کیفرهای خشونت بار را اعمال می‌نمودند. (رنه مارتینز، ۱۳۸۲، ۲۰۳)

در روسیه نیز که تا اواخر قرن سیزدهم به بعد، تنبیه بدنی به طور جدی علیه افراد در هر گروه اجتماعی اجرا می‌گردید، در قرن شانزدهم و هفدهم به شکل گسترده‌ای مورد استفاده قرار گرفت و در اوایل قرن هجدهم به اوج خود رسید. روش‌های مختلف تنبیه بدنی در معرض دید عموم مردم به کار گرفته می‌شد. اما در قرن هجدهم به بعد، با گذشت زمان، از شدت احکام کاسته شد و قانون مجازات ۱۸۴۵ محدودیت‌هایی را برای حکم به استفاده از شلاق قرار داد؛ این محدودیت‌ها شامل عدم اجرای حکم نسبت به بیماران، سالمندان، شرایط بد آب و هوایی و... می‌گردید. تا سال ۱۸۶۳ مجازات بدنی تا حد بسیار بیشتری محدود گردید و زنان به طور کامل از این امر معاف گردیدند؛ و در آغاز قرن نوزدهم بود که استفاده از تازیانه به پایان رسید؛ در آمریکا، یک جنبش علیه استفاده از تنبیه بدنی اواخر قرن ۱۷ به وقوع پیوست که اصلاحات محلی را در پنسیلوانیا و نیوجرسی به همراه داشت. در قرن ۱۸ یک واکنش عمومی در برابر مجازات‌های خشونت آمیز به وجود آمد و با ظهور مفهوم جدید بازسازی مجرمان، با جایگزینی مجازات حبس، کیفر بدنی کاهش یافت. با این وجود استفاده از مجازات شلاق تا اوایل قرن بیستم ادامه داشت و شلاق برای آخرین بار در سال ۱۹۵۲ مورد استفاده قرار گرفت. در آفریقای جنوبی نیز شلاق تا سال ۱۹۹۵ قانونی و در سیستم قضایی اجرا می‌گردد. (رنه مارتینز، ۱۳۸۲، ۲۰۱)

به طور کلی تاکنون حدود ۳۳ کشور مجازات قضایی بدنی را در قوانین کیفری خود حفظ نموده‌اند که درصد زیادی از این کشورها، کشورهای اسلامی می‌باشند.

۴. مصادیق مجازات‌های بدنی در نظام کیفری ایران

در کنوانسیون‌های بین‌المللی که در زمینه حقوق بشر به تصویب رسیده‌اند مواد گوناگونی مشاهده می‌شود که در مقام دفاع از حیثیت و کرامت انسانی است مثلاً: اعلامیه حقوق بشر (ماده ۵)، میثاق بین‌المللی

حقوق مدنی و سیاسی (مواد ۶ و ۷)، کنوانسیون منع شکنجه (مواد ۱۶ و ۱۷) و بسیاری از مواد و کنوانسیون‌های دیگر که با ممنوعیت شکنجه، آزار بدنی و خشونت، توهین به حیثیت و کرامت انسانی را مورد حمایت قرار داده‌اند. در قانون اساسی ایران که کلیه قوانین دیگر باید با آن منطبق باشند اصولی مشاهده می‌شود که به صراحت کرامت انسانی را مورد توجه قرار داده است از جمله: اصل دوم قانون اساسی که در بند ۶ خود بیان می‌دارد: جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به ... «۶- کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا». و در اصول زیادی به طور ضمنی احترام به کرامت انسانی مورد تأکید واقع شده است مثل: اصل سوم بند ۱۴ (تأمین حقوق همه جانبه افراد)، اصل نوزدهم (عدم برتری انسانها به خاطر رنگ، نژاد، زبان)، اصل بیستم (برابری زن و مرد در حقوق انسانی خود)، اصل سی و دوم (ممنوعیت دستگیری و بازداشت‌های غیرقانونی)، اصل سی و هشتم (ممنوعیت شکنجه)، اصل سی و نهم (ممنوعیت هتک حرمت و حیثیت اشخاص). به تبع قانون اساسی، قانون مجازات اسلامی نیز که با جان، مال و حیثیت و منزلت انسان‌ها سروکار دارد کرامت انسانی را مورد توجه خود قرار داده است و در مواد مختلفی قانونگذار به طور ضمنی حمایت خود را از این اصل اساسی اعلام داشته است. مواد ۵۷۰ (ممنوعیت سلب آزادی اشخاص)، ۵۷۵ (توقیف غیرقانونی)، ۵۷۸ (اذیت و آزار بدنی ناقض کرامت انسانی است)، ۵۸۰ (ورود غیرقانونی به منزل اشخاص). با دقت در متون قانونی ایران خصوصاً قوانین جزایی که موضوع بحث ماست به تعارض و یا به بیان بهتر به مواردی پی خواهیم برد که به نظر می‌رسد با اصول قانون اساسی و به تبع آن مواد قانون مجازات در چالش است. از جمله این موارد می‌توان به اعدام، رجم، صلب، قطع عضو اشاره داشت که با توجه به اصول حقوق بشر، خشونت و برخورد شدیدی که در این مجازات‌ها دیده می‌شود باید مورد بررسی قرار گیرد که آیا با کرامت انسانی اشخاص در تعارض هستند یا خیر و باید دید این مجازات‌ها در سیاست کیفری که قوانین ایران مبتنی بر آن است چه توجیه و جایگاهی دارند؟

۴-۱. مجازات قصاص

قانونگذار ایران در ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی ۹۲ قصاص را که از مجازات‌های شرعی می‌باشد اینگونه تعریف کرده است: «قصاص، مجازات اصلی جنایت عمدی بر نفس، اعضاء و منافع است...». قصاص یک نوع اعدام است که در پاسخ به قتل عمد اجرا می‌شود و حضور شاکی خصوصی در آن بسیار پر رنگ است تا جایی که آن را حق می‌دانند نه مجازات. از مهمترین دلایل مخالفان این مجازات این است که کشتن خشونت است و مجازات کشتن، خشونت در مقابل خشونت است. کشتن با احساس بشردوستی و روح تمدن امروزی که حق حیات را برای همه انسانها محترم می‌شمارد مغایر است و موجب وهن کرامت و حیثیت انسانی است. همچنین با توجه به مواد ۳ و ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مجازات اعدام تجاوز به حقوق بنیادین انسان است (قصاص نیز یک نوع اعدام است). موافقان مجازات‌های اسلامی، معتقدند که هر انسانی دارای کرامت انسانی است و او خود مسئول حفظ آن است و لذا نباید به حقوق دیگران تجاوز کند. حال اگر به وظیفه خود عمل نکرد و همانند حیوانی حقوق دیگران را پایمال کرد آیا مجازات جرم او با کرامت انسانی منافات دارد؟ او خود کرامت خویش را حفظ نکرد و این مجازات نیز نتیجه عملی است که دو اثر داشته است: تجاوز به حقوق دیگران و از بین بردن کرامت خویش.^۱

باید توجه داشت که اسلام طرفدار هر نوع قصاص نیست، بلکه قصاص و تلافی حد و مرزی دارد و چنین نیست که برای قتل ده‌ها قتل انجام شود یا برای تلافی یک قتل، از یک قبیله و فامیل بی‌جهت انتقام گرفته شود؛ چنانکه در جاهلیت و پیش از اسلام زیاد اتفاق می‌افتاد و حتی هنوز هم در گوشه و کنار و میان پاره‌ای از ملل مرسوم است. از سوی دیگر نمی‌شود خون مظلوم را نادیده گرفت و به اولیای مقتول گفت که حق دفاع و قصاص ندارید؛ زیرا این کار به معنای میدان دادن به جانیان و مفسدان و بازگذاشتن دست آدم‌کشان و نیز پایمال کردن خون بی‌گناهان و بی‌اعتنایی به حس انتقام‌جویی و تشریف قلب صاحبان خون است و این هر دو خطرناک است. پس این منطق که «خون را نباید با خون شست» درست نیست. نظر به آیات قرآنی و

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک به رحیمی نژاد، اسمعیل؛ کرامت انسانی در حقوق کیفری؛ نشر میزان، چاپ اول، سال ۱۳۸۷.

استدلال‌هایی که مطرح شد پذیرش مجازات قصاص در سیاست کیفری اسلام منطبق بر اصل کرامت انسانی و در حمایت از آن می‌باشد.

۴-۲. مجازات اعدام

اعدام از نظر لغوی به معنای نابود کردن و از بین بردن است؛ از نظر اصطلاحی ضمانت اجرای کیفری سالب حیات را اعدام می‌گویند. (رحمانی، ۱۳۸۹، ۱۲) در حقوق ایران ضمانت اجرای سالب حیات بسته به نوع و یا کیفیت اجرایشان، با اصطلاحات مختلفی چون قصاص نفس، رجم و اعدام مطرح شده‌اند و به لحاظ حقوقی تفاوت‌های بنیادینی با یکدیگر دارند. مثلاً در حالی که سایر مجازات‌های سالب حیات حق حکومت محسوب می‌شوند، قصاص نفس جزء حقوق شخصی و متعلق به اولیاء دم است.

اعدام جزء قدیمی‌ترین و ابتدایی‌ترین انواع مجازات‌ها محسوب می‌شود؛ در قوانین قدیمی چون حمورابی، آشور و الواح دوازده‌گانه روم، اعدام مجازات معمول جرایمی نظیر قتل، آدم ربایی، برخی انواع سرقت، ارتشاء، زنا بوده است. (معاونت برنامه‌ریزی و توسعه قضایی دادگستری استان قم، ۱۳۸۷، ۳۶) در گذشته اجرای اعدام به صورت خشونت‌آمیز و یک مرگ دردناک و احياناً تدریجی بود تا از این طریق هم محکوم درد و رنج بیشتری متحمل و هم اینکه ارباب عمومی قوی‌تری در جامعه حادث شود. اشکال سنتی اعدام به صورت جوشاندن فرد، سلاخی، قطعه قطعه کردن تدریجی بدن، مصلوب کردن، خرد کردن بدن، سنگسار، سوزاندن در آتش، اره کردن بدن، پرتاب از بلندی و نظایر این‌ها بوده است. (GARLAND, 2010, 89)

اما امروزه تصور بر این است که اگر قرار است حیات محکوم علیه از وی سلب شود، اجرای آن باید با کمترین درد و رنج صورت پذیرد. در این راستا ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اعلام می‌دارد: «هیچکس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه یا غیر انسانی یا تزدیلی قرار داد». همچنین بند ۹ تدابیر احتیاطی برای تضمین حمایت از حقوق افراد مواجه با مجازات اعدام، مصوب شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل مقرر می‌دارد: «هنگام اجرای مجازات اعدام باید به نحوی اقدام شود که کم‌ترین رنج را به فرد محکوم تحمیل نماید». اشکال فعلی اجرای اعدام بیشتر به صورت اعدام با صندلی الکتریکی، چوبه دار و تیرباران است.

اگرچه اعدام جزء معمول‌ترین ضمانت اجرای کیفری محسوب می‌شود، اما از زمان بکاریا مورد تردید قرار گرفت. بکاریا معتقد بود اعضای جامعه در قالب قرارداد اجتماعی «قسمتی» از حقوق خود را به جامعه تفویض می‌نمایند، نه حق حیات را؛ پس از بکاریا، شارل لوگا در سال ۱۸۲۷ حمله شدیدی علیه کیفر اعدام انجام داد؛ وی ۲۷ دلیل جهت برتری زندان بر اعدام اقامه کرد. گیزو، رسی، ویکتور هوگو و لامارتین نیز از دیگر اندیشمندانی هستند که به این مجموعه پیوستند و به این ترتیب نهضت فکری الغای مجازات اعدام پایه‌گذاری شد. (پرادل، ۱۳۸۱، ۸۰)

مخالفان و موافقان مجازات اعدام دلایل متعددی در اثبات دیدگاه خود مطرح می‌کنند که بررسی آن‌ها از حوصله این رساله خارج است؛ عمده‌ی دلایل موافقان اعدام از این قرار است: تضمین اجرای عدالت در مورد برخی از مجرمان، کاهش جرایم به واسطه بازدارندگی قوی اعدام، جلوگیری از تحمیل هزینه‌های گزاف حبس‌های طولانی مدت به جامعه و جلوگیری از تکرار جرم مرتکبان حرفه‌ای.

مخالفان نیز به دلایل مختلفی چون عدم استحقاق حکومت در سلب حیات که موهبتی الهی است، اصلاح‌کننده نبودن اعدام، تبعیض‌آمیز بودن دادرسی‌های مستوجب اعدام، عدم توجه به علت‌شناسی جرایم یا حذف مرتکب، نسبی بودن دادرسی انسانی و مطلق بودن اعدام استناد می‌کنند.^۱

۱. جهت مطالعه مشروح این دیدگاه‌ها ر. ک. به: میرمحمد صادقی، حسین؛ بررسی وضعیت مجازات اعدام در حقوق بین‌الملل؛ در: میرمحمد صادقی، حسین؛ حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، میزان، تهران، ۱۳۷۷، صص ۳۷۲ به بعد و شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ بررسی تطبیقی مجازات اعدام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، ۱۳۸۷.

بدیهی است که غالب دلایل مطرح شده توسط موافقان و مخالفان بیش از آن که مبتنی بر مطالعات عینی و علمی باشد، از جهت گیری های فکری شخصی نشأت می‌گیرد. با توجه به این که از نظر جامعه‌شناسی کیفری ارتباط تنگاتنگی میان ساختار یک جامعه و ضمانت اجراهای کیفری مناسب آن جامعه وجود دارد، صحبت از ابقا یا الغای اعدام بدون توجه به ساختار هر جامعه و مقتضیات آن بی معنا است. مثلاً باید گفت آیا وجود مجازات اعدام در جامعه فرانسه مطلوب است یا خیر؟ آیا داشتن این مجازات در ایران مفید است یا خیر؟ و...

۴-۳. مجازات رجم

یکی از مواردی که در سیاست جنایی تقنینی ایران با الهام از موازین حقوق بشری تحول پیدا کرده است؛ جرم زنا محصن و مجازات رجم است؛ مقنن به نوعی به کیفرگذاری این نوع از جرم به مثابه دوره‌های تقنینی سابق وفادار ماند و در آخرین موارد اصلاحی و تا قبل از تصویب نهایی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲/۲/۱ پذیرش حد رجم را با تغییر در بخشی از احکام آن در ماده‌ی ۲۲۵ این قانون پیش بینی می‌نماید. در این ماده مقرر شده است: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است...». با این حال به نظر می‌رسد دریافت الگویی از مفاد لایحه قانون مجازات اسلامی از سوی قانونگذار حائز اهمیت باشد. چه این که مقنن با وجود پذیرش زنا محصن و محصنه اعمال کیفر این جرم (رجم) را با یک رویکرد افتراقی همراه ساخته است. توضیح که در این حالت قانونگذار دو منطقه‌ی کنترل شده‌ی رفتاری در خصوص جرم پیش گفته محقق است. براین اساس اگر اجرای حد رجم ممکن نباشد به حکم قسمت اخیر ماده مرقوم «چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هریک است». بنابراین در صورتی که زنا مستوجب حد رجم با اقرار یا علم قاضی اثبات شود مرتکب به کیفر حد جلد محکوم می‌شود. با این حکم نگرش تعدیلی قانونگذار به کیفرزدایی از رجم آشکار می‌شود. با این همه تطور حقوقی سیاست کیفری ایران در لزوم پاسخ‌گذاری به زنا محصنه نمایانگر دو هدف برای مقنن است. بدین صورت که از یک سو، امکان یکسان‌انگاری در پیمایش به سمت جرم‌انگاری زنا محصن در قیاس با قوانین سابق را برقرار می‌نماید و از سوی دیگر به تعدیل کیفرهای سالب حیات در این جرم توجه دارد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ همانند قانون سابق یکی از مجازات‌های قابل اعمال در مورد جرم منافی عفت زنا را رجم تعیین کرده است و ماده‌ی ۲۲۵ در این زمینه مقرر می‌دارد: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است و ماده‌ی ۲۲۶ همانند ماده‌ی ۸۳ قانون مجازات سابق، محصن و محصنه بودن مردم و زن زناکار را که موجب مجازات رجم می‌شود، تعریف کرده است. ولی برخلاف قانون مجازات اسلامی سابق که در مواد ۹۹ تا ۱۰۴ نحوه و چگونگی اجرای حد رجم را بیان کرده بود، از کیفیت اجرای حد رجم در قانون مجازات جدید، سخنی به میان نیامده است.

چنانکه می‌دانیم، مجازات سنگسار از جمله مجازات‌های بدنی است که همواره مورد انتقاد بوده است و به خصوص مجامع بین‌المللی حقوق بشر، آن را مجازاتی، خشن و غیرانسانی تلقی و لغو آن را توصیه می‌کردند؛ گفته می‌شد در اثر فشارهای خارجی و بازتاب نامناسب داخلی آن، رئیس پیشین قوه‌ی قضاییه (آیت الله شاهرودی) دستور داده بود این مجازات اجرا نشود، البته نگارنده دستور مکتوبی از ایشان ندیدم ولی اینگونه شایع شده است.

از لحاظ حکم فقهی و شرعی نیز زمزمه‌هایی در مشروعیت آن حکم به گوش می‌خورد. چون در خود قرآن کریم، در مقام بیان مجازات جرم زنا در سوره‌ی نور، به طور مطلق، مجازات زانی و زانیه، صد ضربه شلاق ذکر شده (الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلده و لا تأخذکم بهما رافه فی دین الله...).

سوره ی نور، آیه ی ۲) واز همین رو نقل شده است که برخی از فرق اسلامی^۱، یعنی خوارج، حکم رجم را به دلیل عدم ذکر در قرآن قبول ندارند.

در عین حال، با وجود اجماع فریقین بر حکم رجم در زنا محصنه به استناد روایت نبوی و عمل پیامبر (ع) در اجرای حکم رجم، مخالفت با این حکم و مشروعیت آن، پذیرفته نبود. هر چند طبق نقل تاریخی ابتدا پیامبر اکرم حکم رجم را در مورد یک مرد و زن یهودی که مرتکب زنا محصنه شده بودند، در جهت اجرای حکم مذهب خود آن‌ها یعنی مطابق شریعت یهود اجرا کرد.

در هر حال بازتاب منفی اجرای این حکم در جامعه‌ی امروزی و به تعبیر منقول از امام راحل ورود و هن به اسلام در اثر اجرای آن موجب شد که در مورد آن چاره‌ای اندیشیده شود.

ابتدا در قانون مجازات جدید که ظاهراً به تأیید اولیه‌ی شورای نگهبان هم رسیده بود، مجازات حد رجم حذف شد. لیکن در تصویب نهایی، در ماده‌ی ۲۲۵ مجازات حد رجم برای زنا محصنه مقرر شد. ولی در ذیل ماده‌ی مزبور، تدبیری به منظور اجتناب از اجرای این مجازات اندیشیده نشده است. ماده‌ی ۲۲۵ پس از آن که مقرر می‌دارد: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه‌ی محصنه، رجم است». در ادامه می‌گوید: «در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده‌ی حکم قطعی و موافقت رئیس قوه‌ی قضاییه، چنان چه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه‌ی محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد».

طبق این ماده در صورت وقوع زنا محصنه و اثبات آن، دادگاه مجازات حد رجم را برای زانی یا زانیه‌ی محصنه صادر می‌کند، یعنی مجازات حد رجم از نظام قانونی جمهوری اسلامی ایران حذف نشد. اما در عمل، اجرای این مجازات مواجه با اشکال شد. بدین صورت که اجرای آن غیرممکن شد. با پیشنهاد دادگاه صادر کننده‌ی حکم موافقت رئیس قوه‌ی قضاییه، حکم رجم اجرا نمی‌شود و جایگزین آن که اعدام یا صد ضربه شلاق است اجرا می‌شود. مطابق با مقتضای حکم مقرر در این ماده اگر اجرای حکم رجم، ممکن باشد، هر چند با مصلحت جامعه سازگاری نداشته باشد، باید آن را اجرا کرد. درحالی که با توجه به مذاکرات صورت گرفته و بحث‌های مطرح شده قاعداً می‌بایست مقرر شود اگر اجرای حکم رجم بازتاب منفی در جامعه داشته باشد و با مصلحت جامعه ناسازگار و موجب وهن به اسلام و احکام اسلامی باشد، باید از اجرای آن خودداری شود و گرنه کمتر موردی پیش می‌آید که بتوان گفت، اجرای حکم غیرممکن است. حال باید منتظر بود و رویه و مشرب دستگاه قضایی را در تفسیر عدم امکان اجرای رجم ملاحظه کرد؛ اگر نتوان آن را به موارد خلاف مصلحت جامعه و وهن به اسلام، تعمیم داد، تقریباً این حکم ماده‌ی فاقد خاصیت است.

۴-۴. مجازات قطع عضو

سرقت و محاربه از جمله جرائمی هستند که از زمان شکل‌گیری جوامع وجود داشته‌اند و در جوامع مختلف برای آن مجازاتی در نظر گرفته شده است. در شریعت اسلام برای پیشگیری از ارتکاب چنین جرائمی مجازات‌هایی متناسب با آن، تشریح گردیده است. از جمله این مجازات‌ها، مجازات قطع عضو سارق و محارب است که در صورت تحقق شرایط آن اجرا می‌شود. قطع در لغت به معنای ابانه و جدا کردن است. نزد اکثر فقهای امامیه قطع حقیقت در ابانه و جدا کردن است ولی به عقیده‌ی جمهور فقهای اهل سنت به ابانه و بریدن هر دو اطلاق می‌شود. نزد امامیه و سایر مذاهب اسلامی در اصل مجازات قطع اختلافی وجود ندارد، ولی نسبت به عضو متعلق قطع و موضع اجرای آن بین فقهای امامیه و سایر مذاهب اختلاف نظر وجود دارد. نحوه‌ی اجرای مجازات قطع عضو علیه محارب و موضع اجرای آن مانند شخص سارق است با این اختلاف که دست راست و پای چپ محارب و مفسد فی الارض به عنوان یک حد، در آن واحد قطع می‌شود. از موضوعات

۱. از خوارج نقل شده است که حکم رجم را قبول ندارند. چون در قرآن صریحاً از حکم رجم نام برده نشده است. شیخ طوسی در کتاب تفسیر تبیان گفته است: «اجماع بر وجود رجم محقق است و در این قضیه جز فرقه‌ی خوارج مخالفت نکرده‌اند که مخالفت آن‌ها هم اعتباری ندارد. (... و نبوت الرحم معلوم من جهة التواتر علی وجه لا یختلج فیہ الشک و علیہ اجماع الطائفة بل اجماع الامه و لم یخالف فیہ الا الخوارج و هملا یعتد یخلافهم)» (طوسی، ج ۵، ۱۵۰)

مستحده در این بحث بی‌حس کردن عضو پیش از اجرای حد و پیوند عضو مقطوع پس از اجرای حد می‌باشد که با توجه به آیات و روایات موجود در باب حدود و از آنجایی که بی‌حس کردن عضو پیش از اجرای حد و یا پیوند آن پس از اجرای حد با فلسفه‌ی این نوع از مجازات‌ها یعنی عبرت گرفتن و دردناک بودن حین اجرا، منافات دارد، مشهور فقهای معاصر آن را جایز نمی‌دانند. هر چند برخی از فقهای معاصر با استناد به اصل حلیت و اباحه آن را جایز دانسته‌اند. (عادلی‌فر، ۱۳۹۲، ۱۷)

۴-۴. مجازات صلب

نظام کیفری ایران که متأخذ از احکام اسلامی است، مجازات‌هایی مانند «صلب» را به رسمیت شناخته است؛ لیکن همواره امکان عملی و نحوه‌ی اجرای این مجازات‌ها، به ویژه در جوامع بشری امروز، موضوع چالش جدی بوده است و صاحب نظران بسیاری در این خصوص تحقیق نموده و هر یک به نتایج ویژه و گاه متناقض با یکدیگر دست یافته‌اند. مجازات صلب؛ به عنوان یکی از انواع خشن اعدام - با دستاوردهای علمی و تجربی و آموزه‌های اسناد بین‌المللی همخوانی ندارد و اجرای آن در جهان امروز، از سوی کیفرشناسان آگاه، پذیرفتنی نیست. این مجازات به دلیل خشونت نهفته در آن، حتی از دیدگاه صاحب‌نظران علوم دینی نیز مورد انتقاد است و در طول حیات جمهوری اسلامی ایران اجرا نشده است. نکته حائز اهمیت این است که بسیاری از این صاحب نظران، با استدلال‌های مختلف، عدم اجرای صلب را مخالف اصول و اهداف و جهت‌گیری کلی دین نمی‌دانند. (کباری، ۱۳۸۷، ۳۸)

۴-۵. مجازات شلاق

شلاق به مثابه‌ی یک واکنش کیفری در ادوار مختلف مورد استفاده‌ی نظام عدالت کیفری بوده است. حقوق کیفری ایران نیز، به خصوص پس از انقلاب، با الهام از مبانی فقهی بر استفاده از اینگونه مجازات در دو قالب حدی و تعزیری اهتمام ورزیده است. شناخت اوصاف و انواع مناسب مجازات‌ها رهین تحلیل بنیاد نظری آن‌هاست. این ضرورت در قلمرو نظام کیفری اسلام به دلیل تنوع مجازات‌ها، اهمیت زیادی دارد؛ مطالعه‌ی کیفرشناسی شلاق به دنبال کشف این نکته است که آیا کیفر مزبور قابلیت و شایستگی کافی جهت نیل به اهداف آرمانی حقوق جزا - بازدارندگی و اصلاح و تربیت - را دارد؟ به دیگر سخن، آنچه کیفرشناسی شلاق در پی آن است صرفاً بحث برقراری تعادل اجتماعی، تنبیه خطای اخلاقی بزهکار و مجازات وی به لحاظ عدم رعایت وظایف اجتماعی و ارضاء افکار عمومی نگران و هراسان نیست؛ در ارزیابی کیفرشناختی این مجازات، دو دیدگاه کاملاً متفاوت وجود دارد. عده‌ای از محققان با نگرشی خوشبینانه به این کیفر، اعتقاد دارند که اجرای صحیح و محتوم آن، نتایج مثبت و ارزنده‌ای را در پی خواهد داشت. عده‌ای نیز با نوعی تلقی بدبینانه بر این باورند که در شرایط فعلی، اجرای کیفر شلاق، نه تنها آثار و پیامدهای مثبتی به دنبال ندارند؛ بلکه نتایج و تبعات منفی بی‌شماری نیز به بار خواهد آورد که شایسته‌ی یک نظام کیفری مترقی و آرمان‌گرا نخواهد بود؛ بنابراین بررسی‌های کیفرشناختی مجازات مزبور نشان می‌دهد که معایب شلاق بیشتر از محاسن آن است و دلایل مخالفان بیشتر با واقعیت مقرون می‌باشد. (سلیمانی، ۱۳۸۹، ۳۷)

قانون مجازات اسلامی برای بسیاری از جرایم، مجازات‌های بدنی مثل شلاق، قطع دست، رجم و قطع اعضای بدن به عنوان قصاص پیش بینی کرده است. به عنوان مثال برابر ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی حد زنای زن یا مردی که واجد شرایط احصان نباشند، صد تازیانه است و براساس ماده ۲۹۲، قطع دست راست و پای چپ یکی از مجازات‌های چهارگانه‌ای است که قانونگذار برای محاربه مقرر کرده است. همچنین برابر ماده ۲۷۸ حد سرقت در مرتبه اول قطع چهار انگشت دست راست و در مرتبه دوم قطع پای چپ است. در ماده ۳۸۶ قانونگذار چنین مقرر داشته است: «قطع عضو یا جرح آن اگر عمدی باشد موجب قصاص است و حسب مورد مجنی علیه می‌تواند با اذن ولی امر جانی را با شرایطی که ذکر خواهد شد قصاص نماید».

«اگر عنوان مجازات‌های خشن و تحقیر کننده مذکور در ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی شامل این نوع مجازات‌ها بشود، که ظاهراً می‌شود، از این حیث

مقررات جزایی جمهوری اسلامی ایران با موازین مندرج در اسناد بین‌المللی حقوق بشر هماهنگی ندارد.» (مهرپور، حسین؛ ۱۳۷۷، ص ۳۹۰)

علیرغم اختلاف نظرهایی که در مورد جهانی شدن حقوق و خصوصاً حقوق کیفری وجود دارد، امروزه جهانی شدن حقوق کیفری به عنوان یک واقعیت مسلم و غیرقابل انکار در حال تکوین و تحقق است و همچنان که خانم میری دلماس مارتی در مورد جهانی شدن حقوق گفته است: «دیگر این سوال مطرح نیست که آیا با جهانی شدن حقوق موافقیم یا نه؟ این یک واقعیت است؛ حقوق جهانی می‌شود». (دلماس مارتی، ۱۳۷۸، ۱۱۸)

تصویب منشور سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵ و اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ را می‌توان نقطه آغاز فرآیند جهانی شدن حقوق کیفری قلمداد کرد. چون تصویب کنندگان این دو سند مهم بین‌المللی کرامت انسانی و حقوق ناشی از آن را به یک موضوع فراملی و بین‌المللی تبدیل کردند و با الحاق به آن‌ها این معنی را به رسمیت شناختند که حقوق مقرر در منشور و اعلامیه یک موضوع مورد توجه جامعه بین‌المللی است و رسیدگی به موارد نقض حقوق بشر از سوی دولت‌ها نسبت به اتباع خود صرفاً در صلاحیت محاکم داخلی نیست؛ بدین ترتیب با ورود پیروزمندانه فرد و حقوق وی به عرصه حقوق بین‌الملل، اولین قدم‌های عملی در فرآیند جهانی شدن حقوق برداشته شد.

هر چند عوامل مختلفی از قبیل تعارض نظام‌های کیفری ملی و تجلی وجوه این تعارض در صلاحیت قانونگذاری، قضایی و اجرایی، عدم اعتبار احکام کیفری بیگانه در اکثر کشورها، گسترش دامنه بزهکاری‌های سازمان یافته و عدم امکان استرداد بسیاری از مجرمان بین‌المللی در فرآیند جهانی شدن حقوق کیفری سهیم بوده‌اند، (توحیدی فرد، ۱۳۸۰، ۳۷) اما بدون تردید، مهمترین عامل در این فرآیند احترام به کرامت ذاتی انسان‌ها بوده است. فرآیندی که تکوین و شکل‌گیری آن به نوبه خود، به تعدیل حاکمیت کیفری مطلق و انحصاری دولت‌ها منجر شده است. دولت‌ها با پذیرفتن تعهدات بین‌المللی در قلمرو کیفری و پذیرش اصول و مفاهیم و نهادهای حقوقی که در اسناد حقوق بشری سازمان ملل مطرح شده‌اند، نظام‌های کیفری خود را متحول نموده و بدین ترتیب زمینه را برای حرکت در فرآیند جهانی شدن حقوق کیفری فراهم می‌آورند.

۵. انطباق قوانین کیفری اسلامی با موازین حقوق بشری

هر چند بین حقوق اسلامی و حقوق بشر در موارد بسیاری شباهت‌ها و نقاط تفاهم بسیاری وجود دارد، اما در مورد بسیاری از مصادیق مجازات‌های بدنی که در فقه اسلامی و به تبع در کشورهای اسلامی به عنوان مجازات برای جرایم قرار داده شده‌اند، با نظام بین‌المللی حقوق بشر امروز که بسیاری از این مجازات‌ها را غیر انسانی و تحقیرآمیز می‌شمرد، تناقض و ناسازگاری وجود دارد. امروزه مجازات‌هایی از قبیل در آتش سوزاندن مجرم، یا پرتاب مجرم از بالای کوه یا بلندی با دست و پای بسته، یا با شمشیر زدن سپس سنگسار کردن (رجم)، یا زندان با اعمال شاقه، یا قطع دست راست و پای چپ، یا قطع چهار انگشت دست، یا شلاق زدن را از مصادیق مجازات‌های خشن و خلاف شئون بشری و برخلاف انسانیت می‌شمارند و در نتیجه همه‌ی حدود شرعی که سبب مجازات‌های معین فوق‌الذکر است را منافی حقوق بشر اعلام می‌دارند.

تعیین اینگونه مجازات‌های سنگین از سوی شریعت برای ریشه‌کن کردن جرائم سنگین بوده است. اما اندیشه‌ی حقوق بشر اولاً به سمت حذف کامل مجازات‌های بدنی و فیزیکی، ثانیاً به سمت محدودیت جدی مجازات‌های اعلام و تقلیل رو به حذف آن و ثالثاً حذف انحاء خشن اعدام و در مجموع نفی مجازات‌های خشن پیش می‌رود و بر این اساس، [از دید قائلین به موازین بین‌المللی] مجازات‌های شرعی یعنی همه‌ی حدود شرعی و تعزیر به شلاقی از این زاویه خلاف ضوابط حقوق بشر تلقی خواهند شد. (کدیور، ۱۳۸۲، ۴۰)

به همین لحاظ از همان سال‌های اولیه استقرار جمهوری اسلامی ایران و با تغییر قوانین جزایی و شدت مجازات‌ها و به خصوص کیفری بدنی، مسأله نقض حقوق بشر در ایران و صدور قطعنامه و تعیین نماینده ویژه در دستور کار کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل قرار گرفت. در سال ۱۹۸۲ و ۱۹۸۳ قطعنامه‌هایی دایر بر ابراز نگرانی از وضعیت حقوق بشر در ایران صادر شد و برای نخستین بار در سال ۱۹۸۴ در اجلاس چهارم کمیسیون قطعنامه‌ای با ۲۱ رأی مثبت و ۶ رأی منفی و ۱۵ رأی ممتنع صادر شد که ضمن آن مقرر شد

نماینده‌ای ویژه برای بررسی وضعیت حقوق بشر در ایران تعیین گردد. متأسفانه تلاش زیادی صورت گرفته که چهره جمهوری اسلامی ایران در انظار جهانیان مخدوش جلوه داده شود. به عنوان یک نظامی که پایبند به اصول و موازین جهانی مربوط به حقوق انسان‌ها نیست، معرفی گردد. (مهرپور، ۱۳۷۴، ۱۹۸)

طی سال‌های اخیر نیز مجمع عمومی سازمان ملل بارها نقض حقوق بشر در ایران را محکوم کرده است و براساس گزارشی که گزارشگر ویژه در خصوص وضعیت حقوق بشر در ایران به کمیسیون حقوق بشر و مجمع عمومی ارائه نموده است. بر این نکته تأکید نموده که مجازات شلاق و سنگسار، مجازات‌های غیرانسانی و تحقیرآمیز محسوب می‌گردند که در ایران اجرا می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۸۹، ۱۰۲) و همچنین در قوانین ایران جرایمی که مجازات اعدام برای آن‌ها تعیین گشته بسیار زیاد است و برخی از جرایمی که از اهمیت چندانی برخوردار نیستند، مجازات اعدام را در پی دارند. (مهرپور، ۱۳۷۴، ۱۷۳)

در آخرین قطعنامه سازمان ملل نیز که در دسامبر ۲۰۱۱ صادر گردید، با ادعای موارد جدی نقض حقوق بشر در ایران از جمله به شلاق، قطع عضو، شکنجه و اعدام‌ها اشاره و محکوم دانسته شده و در ۲۰ دسامبر (۲۹ آذر سال جاری)، طبق اعلام مرکز اطلاع‌رسانی سازمان ملل متحد، کشورهای عضو سازمان در جلسه مجمع عمومی؛ با تصویب قطعنامه‌ای، «نگرانی عمیق خود را نسبت به ادامه و تکرار موارد نقض حقوق بشر از جمله مصادیق یاد شده» در جمهوری اسلامی ایران ابراز داشته‌اند. پیش نویس این قطعنامه توسط کانادا پیشنهاد و نهایتاً با ۸۹ رأی مثبت در مقابل ۳۰ رأی منفی و ۶۴ رأی ممتنع تصویب شد.

بلحاظ این اوضاع و محکوم شدن مداوم جمهوری اسلامی ایران از سوی مجامع مختلف بین‌المللی به اتهام نقض حقوق بشر، یکی از مباحث مهم امروز که توجه بسیاری از حقوق‌دانان و فعالان حقوق بشری را به خود واداشته، بحث تعامل و سازگاری قوانین اسلامی ایران با نظام حقوق بشری است که رویکردهای و نظرات متفاوتی را نیز در پی داشته است. برخی با اعلام نظراتی بطور عمده سازگاری و تعامل اسلام با حقوق بشر را انکار می‌نمایند، و گروهی دیگر در پی اثبات سازگاری بین این قوانین و اقتضانات حقوق بشری می‌باشند.

در راستای رویکرد ناسازگاری، گروهی از اندیشمندان اسلامی هستند که مشروعیت و توجیه‌پذیری گفتمان حقوق بشر معاصر را انکار کرده، و آن را محصول افکار غربی غیر مسلمانان می‌دانند و آن را نه تنها رقیب مسلمانان، بلکه تا حدودی دشمنان آنان تلقی می‌کنند. (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۴، ۴۵۳) در حقیقت آنان بر این استدلال هستند که حقوق بشر یک ایدئولوژی انسان‌گرایانه غربی است که هدفش در کل تضعیف دین و تمدن اسلامی است و می‌خواهد حقوق اسلامی را از کشورهای مسلمان جدا کند و از اسلام عنصری همچون مسیبت در غرب بسازد. (بادرین، ۱۳۸۴، ۲۱۷)

بر همین اساس نظریه ناسازگاری، رویکردی حذفی دارد و اصولاً در بحث حقوق بشر و حقوق اسلام، واکنشی منفی را برای تحقق حقوق بشر بین‌المللی در کشورهایی که در آن‌ها حقوق اسلام اجرا می‌شود، بر می‌انگیزاند. به عبارتی نظریه ناسازگاری یک نگرش حذفی است که اساس مقابله جویانه دارد و به وسیله‌ی آن هر طرف می‌کوشد تا تمایز خودش را در رابطه با مسائل عقیدتی و عقلانی حفظ کند. این رویکرد برای کشورهای مسلمانی همچون ایران که حقوق اسلام را به عنوان حقوق داخلی اجرا می‌کنند، می‌تواند به وسیله زبان ناسازگاری به منزله ابزار و شیوه‌ای سطحی و ساده برای انکار حقوق بشر، عمل کند و با این استدلال که مفهوم حقوق بشر با حقوق اسلام همخوانی ندارد و از این رو نمی‌تواند آن را تضمین نماید، سبب جدایی دین از حقوق بشر گردد. (بادرین، ۱۳۸۴، ۲۱۶)

اندیشمندان موافق با این دیدگاه در راستای توجیه نظریات خود، با نفی هرگونه خشونت در اسلام، که در تمامی اسناد حقوق بشری مورد منع واقع گردیده، ابراز می‌دارند: به طور کلی «معارف و احکام الهی هیچ ارتباطی با واژه «خشونت» ندارند. اگر خداوند را با اوصاف «رحمان» و «رحیم» می‌شناسیم و اگر اسلام یک نظام کلی حقوقی را ترسیم می‌کند و اگر شریعت الهی اسلام یک شریعت اجتماعی است، اعمال و اجرای احکام الهی هیچ منصف به خشونت نخواهد شد. شدت به خرج دادن در برابر کسانی که به حریم دین و شریعت الهی حمله کرده‌اند، یک کار کاملاً پسندیده است و هیچ نوع بار منفی ندارد. در عین حال، اگر اصرار

شود که خشونت قابل انطباق با احکام الهی است، باید پذیرفت که می‌توان خشونت را به منفی و مثبت تقسیم نمود. در یک نظام کلی، که هم احکام عاطفه‌آمیز وجود دارند و هم احکام تند، این واژه می‌تواند به دو صورت ارزش‌گذاری شود. خشونت در صورتی ضد ارزش است که ناشی از اعمال جاهلیت‌ها، عصبیت‌ها، جمودها، قشری‌نگری‌ها و اعمال حقارت باشد و آن گاه که در جهت اعمال غیرت دینی و تأمین مصالح دنیوی و اخروی باشد، می‌توان آن را به عنوان «خشونت مثبت» تلقی کرد. (راعی، ۱۳۸۱، ۵۸)

در واقع این داورها - یا پیش‌داوری - معمولاً در یک قضاوت اجمالی و بدون در نظر گرفتن همه جوانب است. یعنی تمام شرایط حدود و تعزیرات اسلامی، و طرق اثبات، و راه‌های تخفیف، و همچنین نتایج نهایی این گناهان و اثرات زیان بار آن برای جامعه، بدرستی در نظر گرفته نشده است و به تعبیر دیگر این مسأله را به صورت مجرد و خالی از روابط و پیوندهای قانونی و اجتماعی‌اش مطالعه کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۲، ۱۱)

آن‌ان در نهایت خشن بودن قوانین اسلامی و بالخصوص مجازات‌های بدنی را مورد انکار قرار داده و نگرش حقوق بشر در این رابطه را باطل می‌پندارند.

اما در مقابل عده‌ای از محققین قائل به نوعی سازگاری بین حقوق اسلامی و موازین بین‌المللی حقوق بشر بوده و در واقع با اتخاذ رویکردی سازشگرانه اقدام به حل تعارض بین این دو سیستم نموده‌اند و با طرح نظراتی سعی در اثبات مطلب خود داشته‌اند:

الف. نظریه مصلحت جامعه و مردم

اموری که به سود و صلاح یک جامعه است همیشه یکسان نیست. ممکن است امری در دوره‌ای به سود و صلاح جامعه باشد و در دوره دیگر نباشد. از این رو کسانی که حفظ مصالح جامعه به دست آن‌ها سپرده شده، در دو زمان یا در دو جامعه، حکم متفاوت برای حفظ مصالح و منافع عمومی جامعه معین می‌کنند. زمان و مکان نه تنها بر موضوعات یا اجتهاد و فتاوا تأثیر دارند بلکه بر همه احکام شرعی نیز تأثیر می‌گذارد. اعم از احکام واقعی یا ظاهری، اولی یا ثانوی، خصوصی یا عمومی (الهی یا حکومتی)، تأسیسی یا امضایی، مولوی یا ارشادی خواه به ملاک احکام حکومتی و اختیارات حاکم اسلامی، یا بروز عناوین ثانوی یا تغییر ملاکات یا موضوعات و مصادیق یا در اثر تغییر در عرف و سیره عقلاء یا پیدایش بنای جدید عقلاء، بر این اساس، در خصوص جرائم و مجازات‌ها نیز زمان و مکان می‌توانند به جرم‌زدایی از برخی اعمال و جرم‌انگاری نسبت به اعمال دیگر بیانجامند یا به کیفر زدایی، تشدید، تخفیف، تبدیل، تعلیق یا توقف اجرای کیفر منتهی گردند. (دهقان، ۱۳۷۷، ۸۸)

شهید مطهری نیز در این رابطه آورده‌اند که «ممکن است عقلی که مصلحت ملزم یا یک مفسده ملزمی را در موردی کشف کند که این مصلحت ملزم یا مفسده ملزم با حکمی که اسلام بیان کرده تراحم پیدا کند، یعنی حکمی که اسلام بیان نکرده ولی عقل کشف کرده، با حکمی که اسلام بیان کرده تراحم پیدا کند و آنچه که اسلام بین نکرده مهمتر باشد از آنچه که بیان کرده است. (یعنی آنچه که عقل از اسلام کشف کرده مهمتر باشد از آنچه که اسلام بیان کرده است) اینجا حکم عقل می‌آید؛ آن حکم بیان شده شرع را محدود می‌کند و اینجاست که ای بسا که یک مجتهد می‌تواند یک حلال منصوص شرعی را به خاطر مفسده‌ای که عقلیش کشف کرده تحریم کند یا حتی یک واجب را تحریم کند یا یک حرام را به حکم مصلحت لازم‌تری که فقط عقلش آن را کشف کرده واجب کند و امثال این‌ها. (مطهری، ۱۳۸۷، ج ۲۱، ۲۹۵)

به عقیده‌ی یکی از نویسندگان نیز «یکی از کسانی که ناتوانی فقه سنتی و اجتهاد مصطلح را در حل مشکلات جهان معاصر به درستی درک کرد و کوشید با تسمک به عنصر مصلحت نظام و توجه به مقتضیات زمان و مکان آن را اصلاح کند مرحوم آیت الله خمینی بود. به نظر وی با این بحث‌های طلبگی مدارس که در چارچوب تئوری‌هاست مشکل قابل حل نیست. در پاسخ به اعتراض به فتوای جدید ایشان درباره‌ی شطرنج متذکر شد: با اینگونه برداشت از اخبار و روایات تمدن جدید باید به کلی از بین برود و مردم کوخ نشین بوده یا برای همیشه در صحراها زندگی نمایند. آیت الله خمینی (ره) راه حل مشکل را در ولایت مطلقه حکومت بر فقه یافت. به نظر وی حکومت می‌تواند هر امری را چه عبادی و چه غیر عبادی که جریان

آن مخالف مصالح اسلام است. مادامی که چنین است جلوگیری کند. او صریحاً حذف برخی احکام از قبیل مزارعه و مضاربه را از اختیارات حکومت می‌دانست». (نقل از کدیور، ۱۳۸۴، ۱۱۰)

بدین لحاظ هرگاه ولی فقیه تشخیص دهد که اجرای مجازات‌های بدنی از قبیل سنگسار و قطع عضو که از نظر مجامع و سازمان‌های بین‌المللی امری غیر قابل قبول و ناقض حقوق بشر به شمار آمده، به مصلحت نظام و اسلام نبوده و نقش زیادی را نیز در بدبین کردن مردم چه مسلمان و چه غیرمسلمان نسبت به احکام اسلامی دارد، می‌تواند به اقتضای مصلحت، موقتاً اجرای اینگونه مجازات‌ها را تعطیل و کیفرهای دیگری را جایگزین نماید.

ب. نظریه منطبق بر حرمت تنفیر از دین

اجرای احکام شریعت نیازمند نوعی بسترسازی است و شریعت در یک تعامل منطقی و معقول با جامعه و عرف‌های رایج، اجرای احکام خود را پیگیری می‌نماید، نه در رابطه‌ای یک سویه، جزمی و تحمل‌گرایانه. «البته قاعده حرمت تنفیر از دین در معنای دقیق آن هرگز مجوزی برای نفی هویت جامعه اسلامی و یا زمینه ساز سلطه غیر مسلمانان بر مسلمانان نخواهد بود». (نوبهار، ۱۳۸۱، ۱۷۰)

پس با توجه به این مورد، اجرای مجازات‌های بدنی زمانی که وهن به نظام اسلامی به شمار آید، قابل توجیه نبوده و عدم اجرای آن دارای مقبولیت بیشتری است و مطابق با اهداف مجازات‌ها و نظام اسلامی نیز می‌باشد و با اقتضائات حقوق بشری نیز سازگارتر است.

مطلب قابل توجه دیگر در این زمینه وجود برخی روایاتی است که در آن اجرای حدود که بخش اعظم مجازات‌های بدنی را در بر می‌گیرد، منع گردیده و از اجرای آن خودداری گردیده است. یکی از این موارد اجرای حدود در سرزمین دشمن است که علت آن، احتمال پناهنده شدن محکوم به سرزمین دشمن بیان گردیده است. در روایتی از امام صادق (ع) «لا أقیم علی رجل خدا بأرض العدو - حتی یخرج منها - مخافه أن تحمله الحمیه فیلحق بالعدو». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ۲۴) حدی را در سرزمین دشمن بر کسی جاری نمی‌سازم. تا زمانی که از آنجا خارج شود، زیرا بیم آن می‌رود که غیرتش او را وادار کند به دشمن ملحق گردد. و در روایت دیگری آمده است: «قالَ أميرالمؤمنین ع لای یقام علی أحد حدّاً بأرض العدو»، در سرزمین دشمن حد جاری نمی‌گردد. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ۲۴)

نتیجه‌گیری

با توجه به اعتقاد به وجود اجتهاد پویا در فقه شیعه، می‌توان با داشتن قرائتی متفاوت از دین و همچنین از موازین حقوق بشر، تلاش در رفع تعارضات موجود نمود. علاوه بر این توجه به این نکته لازم است که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نظام شرعی نیست، بلکه نظام قانونی منطبق با شرع است. از این رو انطباق همه قوانین با شرع، ضرورتی ندارد. بلکه صرفاً موارد مغایر با شرع باید کنار گذاشته شود و همین مقدار که در قانون از عبارات و مفاهیمی استفاده شود که عدم مغایرت شرعی را برساند، به تکلیف عمل کرده‌ایم. نتیجه آنکه در قانونگذاری باید از واژه‌هایی استفاده کنیم که ما را به سمت حقوق بشر ببرد. زیرا مفاهیم و واژگان حقوق بشری در محدوده مشترکات کلیه کشورها قرار می‌گیرند.

بیشتر اسناد بین‌المللی حقوق بشری از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی، سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فاقد جنبه الزام‌آور بوده و تنها اعتبار آن ترغیب دولت‌ها به اجرای آن‌ها است. لیکن برای اینکه حقوق بشر به اصول حقوقی تبدیل شوند باید برای دولت‌ها جنبه الزام‌آور واقعی پیدا نمایند و این امر مستلزم پیش‌بینی تشریفات کنترل نقض حقوق بشر در حقوق داخلی علاوه بر الزامات بین‌المللی می‌باشد. این مهم می‌تواند با پیش‌بینی دادگاه صیانت از قانون اساسی، البته در صورت پیش‌بینی حقوق و آزادی‌های مذکور در این قانون، جامه عمل بپوشد.

صرف نظر از برخی اشکالاتی که در هر دو رویکرد وجود دارد، در مقام اظهار نظر باید گفت که مسلماً ناسازگاری‌هایی بین فقه و شریعت سنتی با مقوله‌های حقوق بشری امروز وجود دارد. اما این بدان معنا نیست که اساساً حقوق و قوانین اسلامی با موازین بین‌المللی حقوق بشر متعارض است؛ اسلام دینی است که حدود ۱۴ قرن پیش ظهور کرده و واضح قوانینی بوده که نه تنها در آن عصر جاهلی، بلکه با گذشت قرون

متمادی، هنوز برتری آن نسبت به بسیاری قوانین مبرهن است. به عبارتی دین اسلام دارای ظرفیت‌های بسیاری است که با هوشمندی و تأمل و تعمق در آن می‌توان به نتایجی رسید که نه تنها نیازی به اثبات سازگاری آن با اعلامیه‌های حقوق بشری امروز نباشد، بلکه الگوی کاملی برای دسترسی به نظریات و راهکارهای جدیدتر و قابل قبول‌تر به شمار آید، که این مهم جز با داشتن فقهی پویا و دیدی وسیع در عرصه‌های مختلف حاصل نخواهد شد.

فهرست منابع

- ۱- ابراهیمی، محمد، تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی در نظام بین‌المللی حقوق بشر، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی ۱۳۸۹.
- ۲- ایرانمهر، رضا، مجازات‌های اجتماعی، قضاوت، شماره ۵۱، خرداد و تیر ۱۳۸۷.
- ۳- بادرین، مسعود، حقوق بشر و حقوق اسلام، اسطوره ناهمخوانی، ترجمه مصطفی فضائلی، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی، «مبانی نظری حقوق بشری»، اردیبهشت ۱۳۸۲، دانشگاه مفید، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ۴- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۱.
- ۵- جعفرزاده، فخرالدین، اجرای احکام کیفری در حقوق ایران و فرانسه، چاپ اول، اصفهان، نشر دادیار، ۱۳۸۶.
- ۶- حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه، جلد ۲۸ قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۷- سلیمانی، نریمان؛ تحلیل کیفرشناختی مجازات شلاق با توجه به اهداف مجازات‌ها؛ پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری - دادگستری ۱۳۸۹
- ۸- رهامی، محسن، تحول و تعدیل مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۴، پاییز ۱۳۸۲.
- ۹- دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷.
- ۱۰- راعی، مسعود، خشونت، احکام اسلامی و کنوانسیون‌های بین‌المللی، مجله معرفت، شماره ۵۸، مهر ۱۳۸۱.
- ۱۱- رحمانی، مهدی؛ بررسی تطبیقی مجازات اعدام از دیدگاه فقهی و حقوقی و مقایسه آن با قوانین کیفری بین‌المللی؛ پایان‌نامه کارشناس ارشد دانشگاه پیام نور استان تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۲.
- ۱۲- زمانی، محمود، نقش زمان و مکان در اجتهاد از دیدگاه شهید صدر، نقد و نظر، شماره ۵، زمستان ۱۳۷۴.
- ۱۳- زینالی، حمزه، کیفر بدنی، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۸۲.
- ۱۴- شمس ناتری، محمد ابراهیم، فلسفه مجازات‌های حدی، نقد و نظر، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۷۶.
- ۱۵- شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ بررسی تطبیقی مجازات اعدام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، ۱۳۸۷.
- ۱۶- عادل‌فر، نورمحمد؛ قطع عضو به عنوان حد از دیدگاه مذاهب اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه یزد - دانشکده ادبیات و علوم انسانی ۱۳۹۲
- ۱۷- علاسوند، فریبا، حیات بخشی احکام در نظام کیفری اسلام، سنگسار، کتاب زنان، شماره ۲، زمستان ۱۳۷۷.
- ۱۸- کباری، آزاده؛ امکان و نحوه اجرای مجازات صلب، نفی بلد و تبعید در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۸۷.
- ۱۹- کدیور، محسن، حقوق بشر و روشن فکری دینی، بازتاب اندیشه، شماره ۴۲، آبان ۱۳۸۲.

- ۲۰-، ماهنامه آفتاب، شماره ۴، مهر و آبان ۸۴.
- ۲۱- قاری سید فاطمی، سید محمد، فقه شیعه و حقوق بشر جهان شمول، ضرورت اصلاح اجتهاد: زمینه‌گرایی اخلاقی در مقابل متن‌گرایی پوزیتیویستی، ترجمه هدایت یوسفی، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی «مبانی نظری حقوق بشر» اردیبهشت ۱۳۸۲، دانشگاه مفید، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ۲۲- مارتینز، رنه، تاریخ حقوق کیفری در اروپا، محمدرضا گودرزی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- ۲۳- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار استاد شهید مطهری، جلد ۲۱، انتشارات صدرا، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- ۲۴- معاونت برنامه‌ریزی و توسعه قضایی دادگستری استان قم، بررسی وضعیت مجازات اعدام، دادگستری کل استان قم، قم، ۱۳۸۷.
- ۲۵- مکارم شیرازی، ناصر، مجازات‌های اسلامی خشونت ندارد، درسهایی از مکتب اسلام، شماره ۳، سال ۲۳، خرداد ۱۳۶۲.
- ۲۶- مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، چاپ دوم، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۳.
- ۲۷-، مجموعه نظریا شورای نگهبان، جلد اول، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- ۲۸-، کندو کاوی در تمهیدات نظام بین‌المللی پیرامون حقوق بشر و جلوگیری از شکنجه؛ راهبرد، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۸۲.
- ۲۹-، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.
- ۳۰- میرمحمد صادقی، حسین؛ حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، میزان، تهران، ۱۳۷۷.
- ۳۱- نوبهار، رحیم، به سوی مجازات‌های هر چه انسانی‌تر، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق بشر و گفتگوی تمدن‌ها، دانشگاه مفید، ۱۳۸۱.
- 32- GARLAND, DAVID. PECULIAR INSTITUTION: AMERICAN DEATH PENALTY IN AN AGE OF ABOLITION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۳

صص ۳۳۳ - ۳۴۴

واکاوی ماهیت دین از منظر حقوق اسلامی و حقوق اروپایی

الهام ساعدی^{۱*}، صدیقه سرلک^۲

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران
۲- دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران

چکیده

تعیین ماهیت دین به عنوان یکی از مبانی حقوق تعهدات نقشی عمده در جهت‌گیری سیستم‌های حقوقی در امکان انجام معامله بر روی تعهدات مالی دارد. در رابطه با ماهیت تعهد در حقوق اروپایی دو نظریه ابراز شده است. نظریه شخصی که بازمانده حقوق رومی است و تعهد را امری وابسته به شخص مدیون در نظر می‌گیرد و نظریه مادی که برخاسته از حقوق ژرمنی است و برای تعهد وجودی مستقل از اشخاص قائل است. دیدگاه اول در میان حقوقدانان فرانسوی و دیدگاه دوم در میان حقوقدانان آلمانی مقبولیت یافته‌اند. البته نظریه دوم از جهت کارایی آن در اقتصاد معاصر و نتایج مطلوبی که در تسهیل معاملات دارد، برتر از نظریه اول است. در حقوق اسلامی تاکنون تحقیق مستدلی در خصوص ماهیت دین صورت نگرفته است. با کنکاشی که در احکام فقهی موجود در خصوص اعمال مادی یا حقوقی که بر روی دین انجام شد، به نظر می‌رسد در حقوق اسلامی همانند حقوق ژرمنی نظریه مادی پذیرفته شده است.

واژگان کلیدی: تعهد، دین، مکتب مادی، مکتب شخصی، فقه امامیه

* نویسنده مسئول elham.saedi69@yahoo.com

مقدمه

یکی از مسائلی که به عنوان مینا در حقوق تعهدات مطرح است، مسئله‌ی ماهیت دین و تعهد است. جهت‌گیری حقوق تعهدات نسبت به ماهیت تعهد در هر نظام حقوقی امری است که بسیاری از مسایل جاری در حقوق تعهدات و همینطور بسیاری از معاملات تحت تأثیر قرار می‌دهد. در حقوق اروپایی دو جهت‌گیری متفاوت در مورد ماهیت دین وجود دارد. مکتب شخصی که دین و التزام را امری شخصی و تنها راه انتقال آن را تبدیل تعهد می‌داند و مکتب مادی که دین را مستقل از افراد دانسته و امکان نقل و انتقال آسان آن را فراهم می‌کند. انتخاب هر کدام از این دیدگاه‌ها نتایج جزیی و کلی دیگری هم به دنبال دارد؛ مثلاً پذیرش مکتب مادی موجب سهولت و سرعت در معاملات می‌شود و همچنین می‌تواند مبنای پذیرش امکان ایجاد تعهد به نفع دیگری بوسیله اراده یکجانبه باشد. تشخیص دیدگاه فقه اسلامی که پایه‌های حقوق مدنی ما را تشکیل می‌دهد، می‌تواند برای تبیین رویکرد حقوق تعهدات ما راهگشا باشد. تحقیق ذیل تلاشی در این راستا می‌باشد.

قبل از ورود به بحث، توجه به یک نکته ضروری است؛ زمانی که در مباحث مربوط به نظریه کلی تعهدات سخن گفته می‌شود منظور همه آنچه در لسان حقوقی تعهد نامیده می‌شود، نیست. تنها تعهداتی را می‌توان در این مقام بررسی کرد که قابل نقل و انتقال بوده و دارای ارزش مادی قابل تعیین باشند. به دیگر بیان، تعهد باید از سوی هر فرد انسانی دیگری غیر از متعهد هم قابل بر عهده گرفتن باشد. تعهداتی که فقط در رابطه بین دو فرد خاص قابل تعریف و اجرا شدن است، در نظریه‌ی کلی تعهدات جایگاهی ندارد. پس هر تعهد مربوط به حقوق و تکالیف خانوادگی و تعهداتی که دارای ارزش مالی نیستند در قلمرو نظریه عمومی تعهدات قرار نمی‌گیرند، هر چند که در بسیاری موارد دارای قواعد یکسانی با تعهدات مالی باشند؛ بنابراین زمانی که از کلمه تعهد سخن می‌گوییم، منظور انجام عمل یا پرداخت مال است به گونه‌ای که مطلوبیت مالی عمومی داشته باشد. بی شک بارزترین جلوه‌ی تعهد یا التزام، التزام به پرداخت وجه نقد است که از سوی متعهد، دین و از سوی متعهدله، طلب نامیده می‌شود. در این مقاله ابتدا به بیان نظریات مطرح در حقوق اروپایی و بررسی ارزش و کارکرد هر کدام از آن‌ها می‌پردازیم، سپس سعی می‌کنیم از طریق استقراء دیدگاه فقه امامیه را در این زمینه دریابیم. در انتها نیز پس از رفع چند شبهه، نتایج تحقیق را بیان خواهیم کرد.

نظریات مطرح شده در مورد ماهیت تعهد در حقوق اروپایی

در بین حقوقدانان کشورهای اروپایی از قرن گذشته مباحث نظری زیادی در مورد ماهیت دین مطرح شد، که حاصل آن آشکار شدن دو دیدگاه متفاوت به مسئله‌ی تعهد است. دو دیدگاه مذکور یکی دیدگاه مادی (موضوعی) و دیگری دیدگاه شخصی است. دیدگاه شخصی را که در اصل، یادگاری از حقوق روم می‌باشد و مهمترین وارث آن حقوق فرانسه است، نظریه فرانسوی و دیگری را که بر ساخته از سنت حقوق ژرمنی است، نظریه آلمانی می‌نامند. موضع حقوق اسلام که برخلاف سنت اروپایی بنا بر ماهیت عمل‌گرایانه خود به پردازش نظریه کلی در ابواب مختلف نپرداخته است، در مورد ماهیت تعهد هم به مانند بسیاری از مسائل دیگر هنوز منقح نشده است. ابتدا به شرح دو دیدگاه ارائه شده در حقوق اروپایی و سپس به انطباق آن‌ها با مسایل مطرح شده در فقه اسلامی می‌پردازیم.

دیدگاه شخصی

این نظریه تعهد را رابطه‌ای شخصی بین متعهد و متعهدله می‌بیند. در حقوق روم تعهد از شخصیت دو طرف آن قابل تفکیک نبود و قابلیت انتقال به غیر نداشت. رومیان تا جایی معتقد به شخصی بودن تعهدات بودند که حتی وکالت در معاملات را نمی‌پذیرفتند.^۱ حق دینی با فرد مدیون پیوسته بود و برای طلبکار بر جسم و آزادی مدیون سلطه‌ای ایجاد می‌کرد. همین سلطه هم ممیز بین حق دینی و حق عینی بود که اولی

۱. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۲۵.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۵۳.

را به سلطه بر شخص و دومی را به سلطه بر مال تعبیر می‌کردند. در نتیجه طلبکار به حق بر جسم و جان مدیون دست می‌یافت و در صورت عدم پرداخت دین، می‌توانست مدیون را بکشد یا به عنوان برده بفروشد. البته به تدریج از شدت سلطه داین بر مدیون کاسته شد و به حق حبس او محدود گشت. پس از آن قرن‌ها طول کشید تا حق طلبکار - به جای حق بر شخص مدیون - به حق بر مال او تبدیل شود.^۲

اعتقاد به دیدگاه شخصی در حقوق فرانسه همچنان ادامه یافت و آثار تلطیف شده‌ی آن تا عصر معاصر بر حقوق تعهدات فرانسه سایه انداخته است. در تعریف فرانسوی، تعهد رابطه‌ای است قانونی بین دو شخص که به موجب آن یکی از آن دو، حق تقاضای کار معینی را از دیگری می‌یابد.^۳ در تعریفی دیگر، کلمه سلطه را بر این تعریف افزوده شده است: تعهد سلطه‌ای است که به داین در مقابل مدیون اعطا شده است و به او اجازه می‌دهد مدیون را وادار به عملی کند که برای داین دارای فایده است.^۴ (نقل از سنه‌وری، همان، ۱۴).

این دیدگاه در بین حقوقدانان آلمانی هم هوادار یافته است. ساوینی در پافشاری بر شخصی بودن رابطه - ی دینی تا بدان جا پیش رفته است که مدیونیت و بردگی را از یک جنس دانسته است. به زعم وی گاهی سلطه‌ای که برای فردی بر دیگری بوجود می‌آید، تام و کامل است و منجر به مالکیت می‌شود؛ این رابطه همان بردگی است. گاهی هم سلطه جزئی است و فقط حق درخواست انجام عملی خاص را شامل می‌شود؛ این رابطه را تعهد می‌نامیم. مالکیت و تعهد در ماهیت یکسان هستند و فقط از نظر درجه با هم دارای تفاوت می‌باشند. در هر دو مورد سلطه و لزوم تبعیت وجود دارد.^۵ (نقل از سنه‌وری، بی تا/ ۱، ۱۰۷).

نظریه مادی (موضوعی):

نظریه دیگری که در حقوق اروپایی راجع به ماهیت دین وجود دارد نظریه موضوعی تعهد می‌باشد. جیرک می‌گوید فهم حقوق ژرمنی در تعهد مبتنی بر رابطه شخصی بین اطراف تعهد نیست و در این زمینه با حقوق روم تفاوت دارد. در فهم آلمانی به محل (موضوع) التزام توجه می‌شود و این موضوع التزام است که عنصر اساسی آن را تشکیل می‌دهد. در این اندیشه تعهد از شخصیت طلبکار و مدیون جدا می‌شود و با محل خود درمی‌آمیزد، آنچنان که به شکل یک شیء مادی درمی‌آید که ارزش مالی آن بیش از هر چیزی مورد توجه است؛ برای طلبکار تفاوتی ندارد که چه کسی دین را می‌پردازد و منفعت مورد انتظار از کجا به او می‌رسد. هدف اصلی رسیدن به حق و استفاده از منافع و خدمات است؛^۱ البته در حقوق آلمان دو نظریه دیگر هم وجود دارد که از برداشت مادی از تعهد پشتیبانی می‌کند.

تجزیه دین:

نظریه‌ای در حقوق آلمان وجود دارد که دین را به دو عنصر مدیونیت و مسئولیت تجزیه می‌کند. مدیونیت به معنای اشتغال ذمه به دین و مسئولیت به معنای امکان استیفای قهری آن است. مدیونیت به خود شخص برمی‌گردد اما مسئولیت به اموال او مربوط می‌شود؛ یعنی استیفای طلب باید از دارایی‌های مثبت شخص به عمل بیاید و نه از خود شخص. خود شخص مسئول نیست و دائن سلطه‌ای بر او ندارد.^۲ مدیون موظف است جهت رفع مدیونیت، اقدام به پرداخت دین کند، چنانچه مدیون خود به پرداخت دین اقدام نکند، فقط می‌توان طلب را از دارایی او استیفاء کند، نه اینکه خود او را مجازات کند.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۵۸.

۲. الخفیف، علی؛ التصرف الانفرادی و الاراده المنفرده، قاهره، انتشارات الجبلاوی، ۱۹۶۴، م، ص ۲۰.

۳. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد؛ نظریه العقد، جلد اول، چاپ اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۱۴.

۴. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد؛ نظریه العقد، جلد اول، چاپ اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸.

۵. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، بیروت، دارالاحیاء تراث العربی، بی تا، ص ۱۰۷.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۵۹.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص ۶۵-۶۶.

نظریه دارایی:

نظریه فرانسوی در مورد دارایی که در حقوق ما هم نفوذ فراوان یافته است،^۱ به دارایی از دیدگاه شخصی می‌نگرد؛ یعنی دارایی را به شخص متصل می‌داند. در این دیدگاه برای هر شخصی دارایی وجود دارد و هر دارایی هم متعلق به شخص خاصی می‌باشد، هیچ شخصی هم بیشتر از یک دارایی ندارد؛^۲ در این نگاه دارایی ظرفی است که به همراه انسان متولد می‌شود و همه حقوق و تعهدات مالی انسان، صرف نظر از زمان ایجاد، در آن قرار می‌گیرند؛ به عبارت دیگر دارایی صلاحیت فرد برای بر عهده گرفتن تعهدات و یا دارا شدن حقوق است، بدون در نظر گرفتن اینکه شخص در حال حاضر دارای حقوق و تعهدات هست یا خیر؛ اما در حقوق آلمان به دارایی نیز، دید مادی وجود دارد و آن را از اجزای شخصیت نمی‌دانند. آن‌ها دارایی را مجموعه‌ای مالی، متشکل از عناصر مثبت و منفی می‌دانند که نه به وسیله ارتباط با شخص معین بلکه با تخصیص یافتن به هدف معین تمیز داده می‌شوند.^۳

پس ممکن است دارایی‌هایی یافت شود بدون اینکه به یک شخص قابل استناد باشد و همینطور ممکن است اشخاصی یافت شوند که چند دارایی داشته باشند. زمانی که دارایی به طور کلی امری مادی تلقی گردد طبیعی است که دین هم، که خود جزیی از دارایی است، باید دارای ماهیت مادی باشد. از این طریق، دو نظریه فوق، دیدگاه مادی به دین را تقویت نموده و بخشی از موجبات رونق آن را فراهم کردند.

آثار انتخاب هر یک از دو دیدگاه:

این‌ها دیدگاه نظری صرف نیستند، انتخاب هر کدام از آن‌ها به عنوان یکی از مبانی حقوق تعهدات دارای نتایج عملی می‌باشد که در ذیل آنها اشاره خواهد شد.

امکان واگذاری دین و طلب:

همانطور که پیشتر گفته شد در حقوق روم هیچکدام از دین و طلب قابل واگذاری نبودند، چرا که تعهد امری شخصی بود که تغییر اطراف آن جز با تغییر خود تعهد امکان نداشت. در واقع انتقال دین و طلب تنها از طریق تبدیل تعهد امکان داشت. در حقوق وارثان رومی دهم، از جمله فرانسو حواله مبتنی بر تبدیل تعهد است؛ ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی فرانسه تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین را چنین تعریف می‌کند: «وقتی که در نتیجه یک تعهد جدید، یک طلبکار جدید، جایگزین طلبکار سابق که مدیون در مقابل او بریء شده است بشود».

اگر در یک سیستم حقوقی، تمرکز بر روی موضوع دین باشد و نه اطراف آن، و دین به عنوان یک مال مستقل پذیرفته شده باشد، دیگر برای انتقال آن نیازی به تبدیل تعهد نیست. چنانکه در حقوق آلمان و سوئیس که نظریه مادی پذیرفته شده است، حواله دین و طلب هم پذیرفته شده است. حقوق رومی در زمانی که حواله طلب را نمی‌پذیرفت، حواله دین را هم نمی‌پذیرفت، چرا که این هر دو دارای ریشه یکسانی هستند. اگر تعهد به عنوان یک عنصر مالی مستقل شناخته شود، چه به صورت سلبی یا ایجابی قابل انتقال خواهد بود و چنانچه پذیرفته نشود، منطقی است که به هیچکدام از این دو صورت قابل انتقال نباشد.^۴

امکان ایجاد تعهد بدون تعیین داین:

دومین تفاوت دیدگاه مادی و یا موضوعی به دین آن است که هنگامی که رابطه بین اشخاص امر جوهری و اساسی در تعهد نباشد، امکان تصور دین بدون وجود طلبکار در زمان ایجاد تعهد فراهم می‌شود و تعهد فقط قائم و مستند به خود مدیون، ایجاد خواهد شد. و صرف وجود داین یا امکان تعیین او در زمان

۱. صفایی، حسین و قاسم‌زاده؛ حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، ص ۱۷.

۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ نظریه العقد، جلد اول، منبع پیشین، ص ۱۵.

۳. الخفیف، علی؛ التصرف الانفرادی و الاراده المنفرده، منبع پیشین، ص ۲۲.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص ۲۶۲.

۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، منبع پیشین، ص ۱۱۰.

۳. همان.

اجرا، برای صحت تعهد کفایت می‌کند، زیرا فقط در زمان اجرای تعهد است که نیاز به وجود داین پیدا می‌شود. در این صورت، دین به صورت یک تکلیف و بار مالی در دارایی مدیون باقی می‌ماند تا وقتی که موعد اجرای تعهد فرا برسد و داین تقاضای اجرای آن را بنماید.^۱

این نتیجه کلی می‌تواند در تحلیل برخی از مسایل جزئی حقوق تعهدات از جمله موارد زیر به کار می‌آید؛ مثل اینکه شخصی جایزه‌ای را جهت انجام عمل معینی در نظر بگیرد و آن را به عموم اعلان کند. این تعهد صحیح، اما طلبکار آن نامعین است. پذیرش چنین تعهدی جز با مکتب مادی سازگاری ندارد و هرگز با دید شخصی به تعهد نمی‌توان صحت چنین تعهدی را پذیرفت.^۲ مورد بعدی هنگامی است که یک عقد تامین به نفع ثالثی غیرمعین یا ثالثی که هنوز متولد نشده است، منعقد می‌شود مانند بیمه عمر یا عقد تامینی که به مصلحت فرزندان آینده مشروطه منعقد می‌گردد، بار دیگر تعهدی بدون طلبکار ایجاد شده است که باز هم نه در صحت آن تردیدی هست و نه نظریه شخصی در تعهدات توان تحلیل و تفسیر آن را دارد. مورد سوم هم در بحث اسناد در وجه حامل است. سند در وجه حامل نیز سندی است در آن امضا کننده سند متعهد می‌شود وجه آن را به هر کسی که حامل سند باشد تسلیم نماید.^۳ چنانچه ملاحظه می‌شود در اینجا نیز طلبی بدون تعیین طلبکار آن ایجاد شده است و باز هم نیازمند دیدگاه مادی در توجیه صحت این تعهد هستیم.

به دیگر بیان چون در دیدگاه مادی رابطه اشخاص عنصر اساسی نیست، این امکان برای متعهد فراهم است که تعهد را به صورت یک دین و تکلیف بر عهده خود انشاء کند. میزان تعهد، شرایط اجرا و چگونگی تعیین داین معین است و در خود تعهد آمده است. تعهد از هر لحاظ کامل است و تنها عنصری که مفقود است داین است که او هم در زمان اجرای تعهد بر اساس شرایط موجود در تعهد مشخص می‌شود. در واقع در این دیدگاه پیش از رسیدن زمان اجرای عهد، نیازی به شناخت داین وجود ندارد.

ارزش هر کدام از دو نظریه:

در اینکه مکتب مادی، نتایج تحلیلی عملی و تحلیلی مفیدی دارد که مکتب شخصی از ارائه آن ناتوان است، تردیدی نیست. مکتب مادی با تبدیل دین به یک عنصر مالی مستقل و جدا از شخصیت طرفین تعهد، امکان نقل و انتقال آسان، سریع و بدون تشریفات یک تعهد را فراهم می‌کند و با نظم اقتصادی معاصر که سرعت و سهولت در گردش اموال را اقتضا دارد، هماهنگ است.

البته دید شخصی به دین را هرگز نمی‌توان به کلی رها کرد. همواره شخصیت مدیون در نحوه اجرای حق اثر خواهد داشت. همچنین در اکثریت مطلق تعهدات وجود داین در زمان ایجاد، و در همه تعهدات وجود داین در زمان اجرا ضروری است. فرق جوهری بین حق عینی و حق دینی نیز، بر وجود مدیون استوار است. سلطه‌ی داین در حق دینی سلطه‌ای غیر مستقیم است که باید بوسیله مدیون اجرا شود و هرگز بدون مراجعه اولیه به مدیون امکان اجرا وجود ندارد.

ماهیت دین در منابع اسلامی:

دیدگاه فقه امامیه را باید از میان منابع استنباط احکام و در میان کلمات فقها یافت. در اینجا به بررسی کتاب و سنت و سپس نظریات فقها می‌پردازیم تا بتوانیم از میان آن موضع فقه اسلامی را استخراج کنیم.

دین در قرآن:

در قرآن کریم آیاتی در مورد دین وجود دارد. از میان این آیات مبارک، آنچه پاسخ ما در آن است آیه- ۲۸۰ از سوره‌ی بقره می‌باشد «و إن کان ذو عسرة فنظرة الی میسرة...». که معنای آن چنین است «اگر (مدیون) دچار تنگدستی بود باید به او مهلت داده شود تا توانگر گردد...». در این آیه کریمه که مشهور به آیه انظار است، خداوند تکلیف مسلمانان را در برخورد با وامدار ناتوان از پرداخت، معین کرده است. اجازه

۱. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد؛ نظریه العقد، منبع پیشین، ص ۱۷.

۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در فقه امامیه، اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۶۹.

۳. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، منبع پیشین، ص ۱۱۱.

هیچگونه تعدی به تمامیت جسمانی یا آزادی او وجود ندارد. نمی‌توان او را حبس کرد یا به بردگی گرفت یا کشت، بلکه باید به او مهلت داد تا مال کسب کند و دین را بپردازد. می‌بینیم که در اینجا خود مدیون مسئول دانسته نشده است بلکه دین فقط باید از اموالش برداشته شود. این در حالی است که در زمان نزول این آیات، مسئله برده‌داری در حقوق اسلام و روم وجود داشته و برده‌داری امری غریب و ناشناخته نبوده است، با این حال شارع اسلام اجازه چنین امری را صادر نکرده است.

دین در سنت:

حال نگاهی به سنت نبوی (ص) در باب برخورد با مدیون می‌اندازیم و دو روایت را در این زمینه بررسی می‌کنیم.

در برخی کتب حدیث آمده است که زمانی که معاذ دیونش زیاد شد و از پرداختن آن ناتوان گردید نزد پیامبر (ص) آمد... حضرت اموال او را بین طلبکاران تقسیم نمودند، به هر کدام از آنان پنج هفتم از طلبش پرداخت شد (و بقیه طلب باقی ماند). طلبکاران از پیامبر (ص) خواستند که معاذ را در قبال بدهی‌اش (به بردگی) بفروشد. حضرت (ص) در پاسخ فرمودند «او را رها کنید، شما را بر او تسلطی و راهی نیست» در حدیث دیگری آمده است که مردی در زمان پیامبر (ص) ... دیون زیادی به بار آورد. پیامبر (ص) از مردم خواستند که به او صدقه بدهند و مردم به او صدقه دادند اما صدقه هم کفایت نکرد. پیامبر (ص) به طلبکاران فرمودند «آنچه از اموال یافتید بردارید و غیر از این حقی ندارید»^۱

پس آنچه از قرآن و سنت برداشت می‌شود حمایت از شخص مدیون و مسئول بودن اموال او است و نه خود مدیون. حدیث اول، برده شدن مدیون را نفی می‌کند و سندی واضح و ارزشمند محسوب می‌گردد. حدیث دوم نیز دلالت بر آن دارد که جز مال نمی‌توان از مدیون گرفت و هیچ اقدام تنبیهی بدنی و غیر آن در مورد او مجاز نیست.

دین در نگاه فقها:

در حقوق اسلامی عقود وجود دارند که موضوع مستقیم آنها دین و طلب و جایجایی این دو بین اشخاص می‌باشد. بررسی این عقود می‌تواند ما را با این مسئله آشنا کند که آیا در حقوق اسلام نقل و انتقال دین و طلب به آسانی می‌تواند صورت بگیرد - مانند آنچه در حقوق آلمان وجود دارد، یا اینکه الزاماً نیازمند تبدیل تعهد در معنای رومی آن (از بین رفتن یک دین و جایگزینی آن با یک دین جدید) است.

عقد حواله:

از تعریف عقد حواله می‌توان به آسانی فهمید که فقها هیچ نیازی نمی‌بینند که برای انتقال دین از یک ذمه به یک ذمه دیگر تبدیل تعهد صورت بگیرد. «... و آن (حواله) عقدی شرعی است جهت انتقال مال از یک ذمه به یک ذمه دیگر که پرداخت مثل همان مال را (از جهت جنس و وصف و مقدار) بر عهده دارد»^۲ «در کتاب الوسيله تصریح شده است که حواله انتقال مال از یک ذمه به یک ذمه دیگر است که به مثل همان دین مشغول است و در تذکره آمده است که حواله، انتقال مال از یک ذمه به یک ذمه دیگر می‌باشد» عباراتی شبیه به این را در بسیاری دیگر از کتاب‌های فقها می‌توان یافت.^۳

آنچه از این تعریف بر می‌آید این است که فقیه اولاً دین را یک مال می‌بیند چرا که در تعریف از تحویل مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر یاد می‌کند و ثانیاً آن را یک مال مستقل از مدیون می‌بیند که می‌توان با یک توافق ساده بین محیل و محتال آن را از ذمه محیل در آورد و در ذمه محال‌علیه نهاد. چنانچه دین به

۱. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین؛ سنن کبری، جلد ششم، چاپ اول، مکه مکرمه، مکتبه دارالباز، ۱۴۱۴، ص ۸۳

۲. مسلم بن حجاج، ابوالحسن؛ صحیح مسلم، جزء ۵، بیروت - لبنان، دارالجلیل، بی تا، ص ۲۹.

۱. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن؛ المختصر النافع فی فقه الإمامیه، جلد اول، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینییه، ۱۴۱۸، ص ۱۴۲.

۲. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ حاشیه‌ی شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، ۱۴۲۲، ص ۲۱۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۶، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۱۶۰.

شخصیت مدیون وابسته بود، امکان انتقال آن بدون تبدیل تعهد وجود نداشت. استقلال دین از شخصیت مدیون در اینجا کاملاً واضح است.

عقد ضمان:

دیگر عقدی که می‌توان در این زمینه از آن یاد کرد عقد ضمان است که فقها آن را بدین شکل تعریف کرده‌اند: «هنگامی که عقد ضمان به شکل صحیحی واقع شد، دین را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌کند و مضمون له فقط حق مطالبه دین از ضامن را دارد...»^۱ نظیر این کلمات را در باب ضمان در کتب اکثریت قریب به اتفاق فقهای شیعه می‌توان دید.^۲

تنها تفاوت جوهری عقد ضمان و عقد حواله از این مطلب ناشی می‌شود که در عقد حواله اصل بر این است که محال‌علیه به محیل مدیون است اما در عقد ضمان چنین نیست که ضامن به مضمون‌عنه مدیون باشد، چنانکه قانون مدنی در ماده ۷۲۷ به درستی بیان می‌دارد که احکام ضمان در مورد محال‌علیه بریء اجرا خواهد شد. آنچه از تعاریف مشاهده شده در ضمان بر می‌آید نیز بر همان برداشت سابق صحه می‌گذارد که انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن به صرف یک توافق صورت می‌گیرد و نیاز به توضیح جداگانه برای این عقد نیست.

هبه دین:

عقد دیگری که در مورد دین امکان انعقاد دارد هبه است (ماده ۸۰۶ ق.م). طلبکار می‌تواند دین را به مدیون و بنا بر برخی از اقوال به هر کس دیگری که بخواهد هبه کند. «اما دین پس هبه آن به کسی که بدهکار است بی‌اشکال است... و اگر هبه کند به غیر بدهکار، بنا بر اقوی صحیح است و قبض آن به قبض مصداقش می‌باشد.» «... هبه دین به مدیون تملیک دین به مدیون است و ... بنا بر اقوی قبول لازم است»^۳ برخی نیز هبه دین به غیر مدیون را صحیح نمی‌دانند «و اما دین پس اگر به خود مدیون هبه شود صحیح است ... ولی هبه دین به غیر مدیون صحیح نیست»^۱ فقیه دیگری نیز چنین می‌گوید: «هبه دین به مدیون صحیح است و بدون مانع است و قبض هم حاصل است...»^۲

آنچه از کلام فقها بر می‌آید این است که آنها اصل هبه دین را بی‌اشکال می‌بینند و نپذیرفتن هبه دین به غیر مدیون، به دلیل قابلیت نداشتن دین جهت انتقال نیست، بلکه بدلیل نگرانی از وقوع قبض است که در هبه ضروری است و در مورد دین امکان وقوع آن مورد تردید است. این نگرانی را می‌توان از عبارات امام خمینی که در بالا نقل شد، فهمید. ایشان تصریح می‌کنند که قبض دین با قبض مصداق آن امکانپذیر است؛ یعنی با قبض و اقباض سند طلب مثل اسناد تجاری، هبه کردن دین امکان دارد. پس علت در صحت هبه دین به مدیون این است که در هبه دین به مدیون قبض قبلاً انجام شده و نیازی به قبض جدید وجود ندارد.

بیع دین:

از یکی از فقهای اهل سنت به نام ابن قیم، نقل شده است که دین در ذمه همان جایگاه مال عینی را دارد. پس معاوضه آن صحیح است همانطور که معاوضه کردن اعیان صحیح است بیع دین ممکن است در مقابل عین باشد و ممکن است در مقابل دین دیگر باشد. بیع دین تنها در صورتی که در مقابل دین دیگر باشد باطل است والا در اصل قابلیت دین برای موضوع بیع و مبادله قرار گرفتن تردیدی نیست. «فروختن

۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن؛ الخلاف، جلد سوم، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷، ص ۳۱۱.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، در چهارده جلد، جلد نهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ، ص ۲۸۲.

۳. سید مصطفی محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، جلد دوم، منبع پیشین، ص ۲۶۹.

۱. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی؛ مجمع المسائل، جلد دوم، چاپ دوم، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ هـ، ص ۱۳۷.

۲. الخفیف، علی؛ التصرف الانفرادی و الاراده المنفرده، منبع پیشین، ص ۲۵.

دین بعد از حال شدنش، هم به خود مدیون و هم به هر شخصی غیر از او جایز است...^۳ فقیه دیگری چنین می‌گوید: «۱- بیع دین موجب... و دین حال به ثمنی که حاضر باشد، مطلق صحیح است...»^۴ نکته‌ی حائز اهمیت این است که فقها بیع را تملیک عین به مال یا به‌عوض تعریف می‌کنند.^۱ پس چگونه ممکن است اجازه انعقاد عقد بیع بر روی دین داده شود؟ از همین اجازه فروش دین می‌توان دریافت که در نگاه فقیهان دین در ذمه در حکم عین است و چنانچه اینگونه نبود، هرگز اجازه بیع دین را نمی‌دادند.

عدم نیاز به رضایت مدیون در پرداخت دین او:

یکی از مسائلی که در دیدگاه مادی مطرح شد این بود که مهم نیست دین را چه کسی ادا می‌کند، مهم این است که متعهدله به طلبی که دارد دست یابد. در بین فقها هم این مسئله به صراحت عنوان شده است که پرداخت دین دیگران جایز است و هیچ دلیل شرعی بر لزوم پرداخت دین از طرف خود مدیون وجود ندارد.^۲ برخی هم تصریح کرده‌اند که نه تنها نیاز به علم و مدیون در پرداخت دین او نیست، حتی در صورت عدم علم و عدم رضایت او هم پرداخت صحیح است.^۳

می‌بینیم که دلیل عدم اشکال را سیره عقلانیه قطعیه آورده‌اند؛ بنابراین در نظر فقها نه شرعا و نه عرفا دلیلی وجود ندارد که حتما دین را باید مدیون بپردازد و نه تنها رضایت او شرط نیست، مخالفت او هم اثری ندارد.

عدم نیاز به رضایت مضمون‌عنه در عقد ضمان:

فقیهان ضمن مقایسه ضمان با ادای دین غیر تأکید می‌کنند که اذن یا عدم اذن مدیون اصلی هم جز برای امکان رجوع ضامن به او اثر دیگری ندارد.^۱

می‌بینیم که علاوه بر پرداخت دین غیر، در مورد ضمانت از مدیون هم نیازی به علم یا رضایت او وجود ندارد. ضمان نیز، در نزد فقهای شیعه ناقل دین است یعنی در حق مدیون نوعی اداء دین محسوب می‌شود. این نیز دلیل مضاعفی بر استقلال دین از شخصیت مدیون و امکان انتقال آن بدون تبدیل تعهد می‌باشد.

رفع چند شبهه:

در فقه دو نشانه وجود دارد که ممکن است حمل بر پذیرش نظریه‌ی مادی در دین گردد. حال ما در جهت دفع دخل مقدر به طرح و پاسخگویی به این دو مسئله می‌پردازیم تا جای شبهه‌تانی را که ممکن است بوجود بیاید پیشاپیش پاسخ بگوییم.

سقوط تضمینات دین:

یکی از مواردی که در مادی بودن دین در نزد فقها تردید ایجاد می‌کند سقوط تضمینات دین است چرا که اکثریت قریب به اتفاق فقیهان عقیده دارند که وقتی عقد ضمان به شکل صحیح منعقد شد و دین به ضامن منتقل گشت تضمینات آن هم زایل می‌گردد؛ یعنی اگر وثیقه‌ای بوده، منفک می‌گردد و اگر ضمان تضامنی وجود داشته، منفسخ می‌شود. فقط یکی از فقها نظر مخالف داده و فک رهن را دشوار دیده است.^۲

حال آیا سقوط تضمینات نشان‌دهنده شخصی بودن دیدگاه فقها به دین هست یا خیر؟ به نظر می‌رسد دلیل صدور این رای را باید در این نکته جست که فقها انعقاد ضمان را در حکم ادای دین محسوب می‌کنند، هر چند که یک ادای دین واقعی در حق طلبکار صورت نمی‌گیرد. این بدان معنی

۳. شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۳۸۷.

۴. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ه. ق، ص ۴۷۶.

۱. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه. ق، ص ۴۴۳.

۲. تبریزی، جواد بن علی، تنقیح مبانی العروة - کتاب الصوم، چاپ اول، قم، دار الصدیقه الشهدیه سلام الله علیها، ۱۴۲۷ ه. ق، ص ۱۰۴.

۳. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی؛ مجمع المسائل، جلد دوم، منبع پیشین، ص ۶۶.

۱. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی؛ العروة الوثقی، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ه. ق، ص ۷۵۹.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص ۳۳۱.

نیست که دینی از بین رفته است و دینی دیگر جایگزین آن شده است (تبدیل تعهد) بلکه بدان معنا است که مدیونی جایگزین مدیون دیگر شده است و وقتی مدیون تغییر کرد باید مدیون سابق از همه قید و بند- های آن آزاد گردد و مثلاً اگر مالی را به رهن داده است آن رهن هم منفک گردد. نکته دیگر آن است که احتمالاً فقها انعقاد ضمان یا توثیق را جهت حمایت از مدیون و جلب اطمینان طلبکار به وی دیده‌اند و نه از آن زاویه که ما اکنون می‌نگریم و هدف دوجانبه‌ای را می‌بینیم که یک جانب آن حمایت از مدیون و جانب دیگر آن تضمین پرداخت حتمی و نه حکمی دین است. به طور کلی می‌توان گفت فقها چون ضمان را پرداخت حکمی می‌دانند، همه آثار یک پرداخت کامل را بر آن بار می‌کنند و چون هدف ضمانت و وثیقه‌گذاران را حمایت از مدیون می‌دانند، قائل به سقوط تضمینات شده‌اند، نه اینکه دین را تبدیل شده بدانند یا آن را امری وابسته به شخص بپندارند.

حبس مدیون و معسر:

مسئله دیگری که باید به آن پرداخت و به صورت یک سوال ذهن انسان را به خود مشغول می‌کند این است که اگر دین به شخص مدیون و تمامیت جسمانی و آزادی او مربوط نیست، موضوع حبس مدیون و معسر که در کتاب‌های فقهی به آن اشاره شده است، چیست و چرا در فقه اسلامی معسر را حبس می‌کنند؟ در کتب فقهی دو نوع حبس برای مدیون پیش‌بینی شده است، یکی مدیونی که با وجود عدم اعسار وام را نمی‌پردازد و دیگری مدیونی که ادعای اعسار دارد.

مدیون غیر معسر:

اگر مدیون دارای اموالی باشد بر او واجب است که آن‌ها را بفروشد و دیونش را بپردازد. در صورت امتناع، حاکم اختیار دارد که او را حبس نماید تا اینکه آن اموال را بفروشد یا اینکه راساً به فروش اموال اقدام کند؛ زیرا پیامبر (ص) فرمود: تاخیر در پرداختن دین از سوی مدیونی که مال دار است ظلم است. همچنین فرمود: تاخیر در پرداختن دین از سوی کسی که توان پرداختن دارد موجب حلال شدن ریختن آبرو و جواز عقوبت نمودن او می‌باشد؛ درست است که مدیونی که مالی ندارد باید مورد شفقت و انظار قرار بگیرد، اما مدیونی که توان پرداخت دین را دارد و آن را نمی‌پردازد باید مورد تعقیب قرار بگیرد تا از تضييع حقوق دیگران دست بکشد. بنابراین حبس نوع اول مجازات مدیونی است که با وجود توانایی، از پرداخت دین خودداری می‌کند و نه مجازات ناتوانی از پرداخت دین.

مدیون معسر:

نوع دوم حبس برای کسی است که مالی آشکار در نزد او نیست و ادعای اعسار از پرداخت دین می‌کند اما طلبکاران ادعای او را نمی‌پذیرند یا اینکه دعوا از اصل مالی است و مدیون قبلاً مالی را از طلبکاران دریافت نموده و اکنون اصل استصحاب بقای آن را در ید او تأیید می‌کند. در این حالت مدیون حبس می‌شود تا نتواند اموال احتمالی را پنهان یا نابود کند و پس از انجام تحقیقات آزاد می‌شود. «هنگامی که اعسار مدیون نزد حاکم ثابت شد - بوسیله اقامه شهادت یا تصدیق طلبکاران - دیگر حبس او جایز نیست و مهلت دادن به او بر اساس آیه انظار واجب است... از امام باقر (ع) نقل شده است که فرمود: علی (ع) در مورد دین دستور حبس صادر می‌فرمود و زمانی که افلاس مدیون مشخص می‌گردید او را آزاد می‌کرد تا مال به دست آورد» پس حبس نوع دوم نیز تنها اقدامی تأمینی جهت سهولت انجام تحقیقات بوده و مجازات محسوب نمی‌شود تا بتوان آن را عقوبت ناتوانی از پرداخت دین به حساب آورد. بر این اساس، با اثبات اعسار مدیون حبس او بی فایده و ممنوع خواهد بود.

در نهایت با بررسی دو مورد حبس که در فقه آمده مشخص شد که این دو نوع حبس به دلیل ناتوانی از پرداخت دین نبوده است بلکه مورد اول جهت اجبار مدیون ملیء به پرداخت و دومی اقدامی احتیاطی و

۱. شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهارم، منبع پیشین، ص ۸۴.

۲. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات الفوائد، منبع پیشین، ص ۶۷.

موقت در جهت حفظ حق طلبکاران و تحقیق از وضعیت مدیون می‌باشد؛ بنابراین هیچ ارتباطی به تنبیه و مجازات مدیون ناتوان ندارد.

نتیجه‌گیری:

آنچه از کلمات فقها مورد بررسی و بیان قرار گرفت نتایج زیر را به دست می‌دهد:
اولین نکته که از بررسی‌های فوق آشکار شد، این است که فقها دین را مال محسوب می‌کنند. به عنوان مال شناسایی شدن دین، اولین و مهمترین مقدمه است تا سایر احکام مربوط به اموال بر آن بار شوند. چنانچه این مقدمه نباشد نتایج بعدی امکان حصول نخواهند داشت و امکان هرگونه معامله بر روی دین منتفی خواهد بود. مقدمه‌ی دیگر اینکه فقها دین را مالی مستقل از مدیون و داین به حساب می‌آورند، به همین دلیل در تعریف حواله و ضمان تصریح به انتقال همان دین از یک ذمه به ذمه دیگری نمایند. از جمع مقدمات اول و دوم این مطلب به دست می‌آید که وقتی دین مال شناخته شد و مستقل از مدیون دانسته شد، آنگاه وجود قابلیت نقل و انتقال برای آن، امری عادی و طبیعی خواهد بود.

نکته بعدی این است که دین (حداقل دین حال) در نزد فقها در حکم مال عینی است زیرا دقیقاً همان برخوردی را با آن می‌کنند که با عین می‌کنند و تنها نقطه افتراق که دین را از عین در نزد آنان جدا می‌کند تردید در امکان قبض دین است. به همین دلیل اجازه به رهن گذاشتن طلب و طبق برخی آراء اجازه هبه به غیر مدیون را نمی‌دهند. (در حالی که هم اینان در صحت هبه به خود مدیون که در آن قبض از قبل محقق است تردید روا نمی‌دارند). در این نقطه است که فقیهی پیشرو همانند مرحوم امام خمینی اجازه هبه دین به غیر مدیون را صادر فرموده و قبض آن را با قبض مصداق دین محقق می‌دانند (مطلب شماره ۲-۳-۳). این فتوا می‌تواند راهی جهت امکان صحت رهن دین فرا روی قانونگذار نهد.

اثر دیگر مقدمات فوق‌الذکر این است که در حقوق اسلامی همانند حقوق آلمان آنچه اهمیت دارد این است که طلبکار به حق خود برسد و این اهمیت ندارد که آیا آنچه که به طلبکار پرداخت می‌شود، از دارایی مدیون خارج شود یا از دارایی شخصی دیگر. از دیگر سو، مسئولیت در پرداخت دیون متوجه اموال مدیون است و نه شخص مدیون، به همین دلیل، کسی به صرف عدم پرداخت یا ناتوانی در پرداخت دین مجازات نمی‌شود؛ بنابراین دیدگاه فقه اسلامی به دین یک دیدگاه شخصی نیست بلکه دیدگاهی موضوعی است و از این جهت از حقوق رومی به شدت فاصله گرفته و به حقوق ژرمنی بسیار شباهت دارد.

منابع و مأخذ:

✽قرآن کریم

منابع فارسی:

- ۱- امامی، سید حسن (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ سی و یکم، تهران، انتشارات اسلامیة
- ۲- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۲ ه ق)، نجات العباد، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
- ۳- صفایی، حسین و قاسم‌زاده (۱۳۸۸)، حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات سمت
- ۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۵- _____ (۱۳۸۵)، عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۶- _____ (۱۳۸۵)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ سوم، تهران، نشر میزان
- ۷- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی (۱۴۰۹ ه ق)، مجمع المسائل، جلد دوم، چاپ دوم، قم، دارالقرآن الکریم
- ۸- گیلانی، فومنی، محمدتقی بهجت (۱۴۲۶ ه ق)، جامع المسائل، جلد سوم، چاپ دوم، قم، دفتر معظم‌له
- ۹- یزدی، سید مصطفی محقق داماد (۱۴۰۶ ه ق)، قواعد فقه، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
- ۱۰- یزدی، سید مصطفی محقق داماد، ۱۳۸۸، نظریه عمومی شروط و التزامات در فقه امامیه، اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

مقالات

- ۱۱- صدر، محمدباقر (۱۳۷۹)، حواله، مجله‌ی فقه اهل بیت، شماره ۲۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام
- ۱۲- جمعی از مؤلفان (بی‌تا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، قم، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام

منابع عربی:

- ۱۳- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ هـ ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، در چهارده جلد، جلد نهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۱۴- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ هـ ق)، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
- ۱۵- الخفیف، علی (۱۹۶۴ م)، التصرف الانفرادی و الارادة المنفردة، قاهره، انتشارات الجبلاوی
- ۱۶- بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین (۱۴۱۴ هـ ق)، ستن کبری، چاپ اول، مکه مکرمه، مکتبه دارلباز
- ۱۷- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷ هـ ق)، تنقیح مبانی العروة - کتاب الصوم، چاپ اول، قم، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها
- ۱۸- تستری، اسد الله کاظمی (بی‌تا)، مقابس الأنوار و نفاثس الأسرار، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ۱۹- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸ هـ ق)، ریاض المسائل، جلد نهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ۲۰- حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی (بی‌تا)، کتاب المناهل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ۲۲- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ هـ ق)، مستمسک العروة الوثقی، جلد سیزدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه دار التفسیر
- ۲۳- حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی (۱۴۱۷ هـ ق)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام
- ۲۵- حلبی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ هـ ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲۶- حلبی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷ هـ ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲۷- حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ هـ ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام
- ۲۸- _____ (۱۴۱۴ هـ ق)، تذکرة الفقهاء، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ۲۹- _____ (۱۴۱۹ هـ ق)، نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام، جلد دوم، قم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ۳۰- حلبی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ هـ ق)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد اول، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- ۳۱- حلبی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ هـ ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، جلد اول، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة
- ۳۲- _____ (۱۴۰۸ هـ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- ۳۳- حلبی، مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۲۵ هـ ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات مرتضوی
- ۳۴- حلبی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ هـ ق)، الجامع للشرائع، در یک جلد، چاپ اول، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه
- ۳۵- خوبی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ هـ ق)، موسوعه الإمام الخوئی، جلد سی و یک، چاپ اول، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره
- ۳۶- دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری (۱۴۲۱ هـ ق)، صیغ العقود والایقاعات، چاپ اول، قم، مجمع اندیشه اسلامی

- ۳۷- سنه‌وری، عبدالرزاق احمد (بی تا)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، بیروت، دارالاحیاء تراث العربی
- ۳۸- سنه‌وری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱ هـ ش)، نظریه العقد، جلد اول، چاپ اول، تهران، خرسندی
- ۳۹- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ هـ ق)، الخلاف، جلد سوم، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،
- ۴۰- (۱۳۸۷ هـ ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المکتبۃ المرتضویۃ لإحیاء الآثار الجعفریه
۴۱. عاملی، شهید اول (۱۴۱۰ هـ ق)، محمد بن مکی، اللعنة الدمشقیۃ فی فقه الإمامیه، چاپ اول، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیه
- ۴۲- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۲۲ هـ ق)، حاشیه‌ی شرایع الاسلام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم
- ۴۳- (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه
- ۴۴- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۵، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
- ۴۵- فرج صده، عبدالمنعم (۱۹۷۴ م)، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، بیروت، دارالنهضة العربیه
- ۴۶- قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۳ هـ ق)، الغایۃ القصوی فی التعلیق علی العروۃ الوثقی، کتاب الإجارۃ، در یک جلد، چاپ اول، قم، انتشارات محلاتی
- ۴۷- (۱۴۲۶ هـ ق)، مبانی منهاج الصالحین، جلد ۶، چاپ اول، قم، منشورات قلم الشرق
- ۴۸- مسلم بن حجاج، ابوالحسین (بی تا)، صحیح مسلم، جزء ۵، بیروت - لبنان، دارالجلیل
- ۴۹- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (۱۴۰۶ هـ ق)، منهاج المؤمنین، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیۃ الله مرعشی نجفی
- ۵۰- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ هـ ق)، منیۃ الطالب فی حاشیۃ المکاسب، جلد اول، چاپ اول، تهران، المکتبۃ المحمديه
- ۵۱- نجفآبادی، منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ هـ ق)، کتاب الزکاه، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، مرکز جهانی مطالعات اسلامی
- ۵۲- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ هـ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۵ و ۲۶، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی
- ۵۳- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۰۹ هـ ق)، العروۃ الوثقی، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۶

صص ۳۴۵ - ۳۵۶

ارتکاب قتل به ادعای مهدورالدم بودن مقتول در سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران ایرج خنکدار^۱، دکتر ایرج گلدوزیان^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، گیلان، ایران.

۲- استاد مدعو حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، گیلان، ایران.

چکیده

تشخیص و شناخت مهدورالدم یا مستحق قصاص بودن یک امر قضایی است که نیاز به آگاهی‌های حقوقی و تجارب قضایی فراوان دارد. تشکیل دادگاه کیفری استان با پنج نفر قاضی برای رسیدگی به جرایمی با مجازات اعدام، قصاص و امثال آنها نشان دهنده ضرورت علم و تجربه فراوان برای رسیدگی به این‌گونه پرونده‌هاست؛ بنابراین اشتباه اشخاص عادی در تشخیص مهدورالدم یک امر کاملاً قابل پیش‌بینی است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشکالات قوانین سابق را رفع کرده است؛ الف. مواردی از جنایت که مجازات آن قصاص نیست به شکل متفرق و پراکنده در مواد قانونی آمده بود؛ این نقیصه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مرتفع شده است و این موارد به شکل یکجا در ماده ۳۰۲ آمده است.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی قضایی، مهدورالدم، محقون الدم، اصل قضایی بودن مجازات.

* نویسنده مسئول igoldoz@ut.ac.ir

مقدمه

در آموزه‌های دینی و اسلامی اصل بر حرمت خون انسان‌ها بوده و جان و نفس آدمی از حداکثر احترام برخوردار است، به نحوی که اگر فردی در شرایط عادی، مرتکب عملی علیه تمامیت جسمانی اشخاص گردد مجازات خواهد شد لیکن علیرغم چنین قداستی در برخی از موارد اشخاصی از حمایت قانونی خارج شده و اگر فردی متعرض آن‌ها گردد مجازات نخواهد شد و از جمله این موارد مهدورالدم بودن اشخاص است. همواره برای نگارنده این سوال مطرح بوده است که چگونه با وجود حق دادخواهی برای همه افراد جامعه از طریق دادگاه‌های صالح و همچنین قبل از اثبات جرم، به افرادی اجازه داده می‌شود که انسانی را به صرف اعتقاد خویش به قتل برسانند؟ برای پاسخ به این سوال با مذاقه در آیات و روایات و اقوال فقها و حقوقدانان جای هیچگونه شک و تردیدی نیست که انجام بعضی اعمال و رفتار توسط مسلمانان موجب از بین رفتن حرمت و عصمت خون آن‌ها می‌شود؛ این اعمال و رفتار به طور دقیق در فقه اسلامی بیان شده است و در اصطلاح فقهی به این افراد، مهدورالدم گفته می‌شود؛ در شریعت اسلام، بر حفظ جان انسان‌ها تأکید شده و مهمترین احتیاط‌ها در فقه در مورد ریختن خون افراد وارد شده است و اصل بر حفظ خون تمامی افراد است مگر آنکه مهدورالدم بودن آنان به دلیل قطعی ثابت شود؛ انسان با چنین منزلتی گاهی به خاطر ارتکاب جرایمی مانند لواط، زنا، ارتداد و... از احترام خاصی که شارع برای جان و مال و عرض او قائل شده محروم می‌شود و در نهایت به عنوان فرد مهدورالدم از مصونیت جانی نیز محروم شده و ریختن خون او مباح می‌شود.

نکته‌ای که قابل توجه است این است که، امروزه در اکثر جوامع متمدن، مسئله نظم اجتماعی و رعایت مقررات مربوط به آن بسیار مورد احترام و تأکید می‌باشد، بدین معنی که، هیچگاه در این جوامع اجازه اقدام خودسرانه به هیچ یک از شهروندان داده نشده و همچنین تعقیب مجرمین و اعمال مجازات آن‌ها حق اعضای قدرت حاکمه و دولت می‌باشد و هرگز مردم این جوامع حق دخالت در این امور را نخواهد داشت ولی در حقوق جزای اسلامی برخلاف حقوق جوامع متمدن، رعایت نظم اجتماعی، در برخی موارد جنبه فرعی پیدا می‌کند؛ نگارندگان در این مقاله با توجه به مقدمه مذکور به بررسی یکی از موضوعات مهم و بحث بر انگیز در قلمرو حقوق، «قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول» را در سیاست جنایی تقنینی خواهند پرداخت.

۱. مفاهیم مقدماتی

نگارندگان در این قسمت به تبیین مفاهیم مقدماتی و کلیدی مقاله خواهند پرداخت.

۱-۱. مفهوم سیاست جنایی

سیاست جنایی طی دو دهه گذشته به یک رشته مطالعاتی مستقل در علوم جنایی تبدیل شده است. طی این فرآیند، طیف گسترده‌ای از اندیشمندان حوزه علوم جنایی تعاریف‌های متفاوتی از این اصطلاح نوپای علوم جنایی به دست داده‌اند. نخستین بار دلماس مارتی، سیاست جنایی را به مثابه رشته‌ای مستقل در علوم جنایی عینیت داد و در واقع، می‌توان علم سیاست جنایی را میوه اندیشه دلماس مارتی دانست. علیرغم تعدد تعاریف سیاست جنایی، آن‌ها را می‌توان از حیث قلمرو تعریف به تعاریف مضیق و تعاریف موسع تقسیم‌بندی کرد.

۱-۱-۱. تعاریف مضیق سیاست جنایی

در این دسته از تعاریف که در واقع تعاریف اولیه سیاست جنایی محسوب می‌شدند، سیاست جنایی مترادف با سیاست کیفری به کار گرفته می‌شد و سیاست جنایی در این تعبیر، به سیاست «برخورد با جرم و بزهکاری پس از ارتکاب آن»، محدود می‌شد. مثلاً فون لیست^۱ آلمانی، سیاست جنایی را «بکارگیری حقوق کیفری از نقطه نظر مبارزه موثر علیه بزه» می‌دانست. مرل و ویتو^۲ نیز سیاست جنایی را به عنوان «مجموعه

1. Vonlist
2. Merl and Vito

روش‌های قابل پیشنهاد به قانونگذار، یا عملاً به کار گرفته شده توسط او در زمان و در سرزمینی خاص، به منظور مبارزه با بزهکاری» تعریف می‌کردند.

استفانی، لواسور و بولک^۳ هم معتقد بودند که سیاست جنایی عبارتست از: «سازمان‌دهی مبارزه با بزهکاری پیشاپیش تعریف شده؛ مبارزه‌ای در اشکال مختلف و با بکارگیری وسایل گوناگون و هدایت شده به سوی اهداف معین» (حسینی، ۱۳۹۳: ۲۳)

هر چند که در تعاریف اولیه سیاست جنایی، رویکرد انحصاری، مبارزه با جرم و کیفر بزهکاران و به بیان دیگر سیاست کیفری بوده است، اما به تدریج در کنار مقابله و جزادهی به بزهکار، بحث پیشگیری از بزه نیز در میان جرم‌شناسان قوت پیدا کرد و سیاست جنایی از «سیاست کیفر» به «سیاست کیفر و پیشگیری» تحول پیدا کرد. به عنوان مثال از دیدگاه گریسپینی، سیاست جنایی عبارت است از: «دانشی که فعالیتی را که دولت باید- به منظور پیشگیری و سرکوبی جرایم- بسط دهد، بررسی می‌کند». کلین اسکراد نیز سیاست جنایی را عبارت از شناخت وسایلی می‌داند که مقنن به منظور پیشگیری از بزه و حمایت از حقوق طبیعی شهروندان، منطبق با گرایش خاص هر دولت، در دسترس دارد.

فون لیست در تعریفی دیگر سیاست جنایی را یک رشته مطالعاتی می‌دانست که بر حسب داده‌ها و یافته‌های فلسفی و عملی (از جمله یافته‌های جرم‌شناختی) و با توجه به اوضاع و احوال تاریخی، سعی در تدوین و ایجاد آموزه‌های سرکوبگرانه (کیفری) و پیشگیرانه‌ای دارد که در عمل نسبت به بزهکار و بزهکاری قابل اعمال باشند. این تعریف با تفاوت‌های ظریفی مورد توجه مارک آنسل قاضی فرانسوی نیز قرار گرفته است. وی معتقد است که: «سیاست جنایی، هم یک علم است و هم یک هنر و موضوع آن فراهم ساختن امکان ارائه بهترین شیوه تدوین قواعد و مقررات موضوعه در سایه داده‌ها و یافته‌های علوم جرم‌شناختی است». (نجفی ابرند آبادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۳: ۸۸).

همانگونه که ملاحظه می‌شود در تمام تعاریف فوق‌الذکر که تعریف مضیق سیاست جنایی محسوب می‌شوند، کم و بیش بر عناصر «بزه، بزهکار و بزهکاری» و «واکنش سرکوبگرانه یا پیشگیرانه یا اصلاحی» از سوی «دولت» تصریح شده است.

۱-۲- مفهوم موسع سیاست جنایی

از این منظر، سیاست جنایی در سطح حقوق کیفری یا جرم‌شناسی محدود نمانده و خود مفهومی مستقل و رشته مطالعاتی نوینی شناخته می‌شود. بدین سبب، در تعریف موسع سیاست جنایی، واژگانی جدید (عمدتاً متفاوت با آنچه در تعاریف مضیق به کار رفته است)، دیده می‌شود.

مارک آنسل سیاست جنایی را «واکنش سازمان یافته و سنجیده شده جامعه در مقابل اعمال مجرمانه یا ضد اجتماعی» و خانم کریستین لازرژ آن را «غور و تفحص منتقدانه و علت‌یابانه پیرامون پدیده مجرمانه؛ رمزپایی پدیده مجرمانه و وسایل به کار گرفته شده برای مبارزه علیه رفتارهای انحرافی یا مجرمانه؛ و نیز یک راهبرد حقوقی و اجتماعی مبتنی بر مبانی برگزیده عقیدتی با هدف پاسخ‌دهی واقع‌گرایانه به مسائل و مقتضیات پیشگیری و سرکوبی پدیده مجرمانه- به معنای وسیع کلمه»، می‌دانند. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۵: ۱۵).

سیاست جنایی به منزله یک رشته مطالعاتی اکنون در مرحله‌های اولیه تکوین خود را می‌گذراند. زیرا، تا پیش از دلماس مارتی، سیاست جنایی فقط اصلاحی جدید در دامنه علوم جنایی بود. پدیداری دیر هنگام دانش سیاست جنایی تعریف و توضیح آن را اندکی دشوار کرده است. با تکیه بر هویت اجرایی این دانش به منزله گونه‌ای از سامانه برنامه ریزی عمومی می‌توان «علم سیاست جنایی را دانش ناظر بر تدوین، شناسایی و ارزیابی سامانه پاسخ‌دهی به جرم و کژروی» تعریف کرد (اپروانیان، ۱۳۸۸: ۷۰).

۲. انواع سیاست جنایی

هر سیاست جنایی هدفداری، جهت‌دستیابی به اهداف خود به ابزار کارآمدی احتیاج دارد که با توجه به ابزار مورد استفاده سیاست جنایی، می‌توانیم آن را به سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی قضایی و اجرایی و سیاست جنایی مشارکتی تقسیم‌نمائیم؛ با توجه به اینکه موضوع مقاله حاضر در مورد ارتکاب قتل به ادعای مهدورالدم بودن مقتول در سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران می‌باشد؛ نگارنده صرفاً به تبیین مفهوم سیاست جنایی تقنینی و قضایی پرداخته و تبیین سیاست جنایی اجرایی و سیاست جنایی مشارکتی در این مجال نمی‌گنجد.

۲-۱. مفهوم سیاست جنایی تقنینی

سیاست جنایی تقنینی را نه تنها بایستی «نخستین لایه‌ی سیاست جنایی» محسوب نمود بلکه آن را در واقع بایستی «هسته اصلی سیاست جنایی» و تعیین‌کننده نوع پاسخ در قبال پدیده‌های مجرمانه تصور نمود (لازرژ، ۱۳۹۶: ۱۰۷).

سیاست جنایی قانونی یا تقنینی عبارت است از فعالیت مقنن و مقررات و اصولی که در قوانین عادی با الهام از قانون اساسی توسط مقنن پیش‌بینی می‌گردد؛ به طور خلاصه می‌توان گفت که سیاست جنایی تقنینی همان تدبیر قانونگذار در مورد واکنش علیه جرم است و به نظام سیاسی هر کشور بستگی دارد (رحمانی، ۱۳۹۴: ۲۹)؛ به عبارت دیگر سیاست جنایی تقنینی با استفاده از ابزار قوانین که شامل قانون اساسی، قوانین جزایی و آئین دادرسی کیفری می‌باشد.

۲-۲. مفهوم سیاست جنایی قضایی

معمولاً سیاست جنایی قضایی در تعاریف ارائه شده، از سیاست جنایی اجرایی تفکیک نمی‌شود و با وجود تفاوت در تعاریف آن‌ها، به یک مفهوم به آن‌ها نگریسته می‌شود. سیاست جنایی قضایی، سیاستی است که رنگ و جنبه انسانی داشته و از طریق ابزارهای انسانی چون قضات دادگستری و مأموران (ضابطین) به اجرا در می‌آید. البته باید این موضوع را پذیرفت، در این مرحله که سیاست جنایی رنگ انسانی به خود می‌گیرد، تا حدودی از هدف و غرض سیاست جنایی قانونی دوری می‌گزینند، زیرا که به هر حال انسان در کنار این هدف، طرز تفکر و سلیقه خود را نیز ملحوظ خواهد کرد. به رغم تلقی سیاست‌های جنایی قضایی و اجرایی به عنوان مفهوم واحد، باید گفت که این دو متفاوت از هم می‌باشند. سیاست جنایی قضایی در واقع نحوه برداشت دادگستری (قوه قضاییه) از سیاست جنایی تقنینی است؛ سیاست جنایی قضایی به معنای مضیق آن، شامل سیاست جنایی می‌شود که در تصمیم‌ها و رویه‌های دادگاه‌های دادگستری منعکس است (رحمانی، ۱۳۹۴: ۳۰) سیاست جنایی قضایی با استفاده از ابزارهای قضایی که مقام قضایی بنابر اختیارات خود می‌تواند از آن‌ها استفاده کند مانند مجازات‌های جایگزین حبس یا نظام نیمه آزادی و ... و نیز سیاستی است که از ابزارهای قضایی جهت نیل به اهدافش استفاده می‌نماید.

۳. مفهوم فقهی و حقوقی مهدورالدم

دو اصطلاح فقهی «مهدورالدم» و «محقون‌الدم» در مقابل هم به کار می‌روند. در ادبیات فقهی محقق‌الدم به کسی گفته می‌شود که به قتل رساندن او ناروا بوده و مستوجب مجازات است، در حالی که مهدورالدم به کسی اطلاق می‌گردد که مستحق قتل است. در کتب فقهی مباح و جایز بودن قتل، ملاک و ضابطه مهدورالدم بودن شمرده شده است. محقق حلی مهدورالدم را چنین تعریف کرده است: «هر کس که شرع، ریختن خون او را مباح دانسته است» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ج ۴، ۲۱۶).

در کتب فقهی غالباً در ضمن بیان شرایط قصاص قاتل، به لزوم محقون‌الدم بودن مقتول اشاره می‌شود.^۱ بر این اساس قاتل در صورتی قصاص می‌شود که مقتول محقون‌الدم باشد. در غیر این صورت یعنی با مهدورالدم بودن مقتول، قاتل مستوجب قصاص نخواهد بود. با توجه به تفصیلی که فقها در مقام بیان

۱. چهار شرط دیگر عبارت است از ۱- برابری در حریت ۲- برابری در دین ۳- منفی بودن رابطه ابوت ۴- کمال عقل

مصادیق مهدورالدم ارائه داده‌اند، در می‌یابیم که شخص مهدورالدم در نسبت به همه‌ی افراد واجد این وصف نمی‌گردد.

توضیح اینکه: شخصی ممکن است به دلیل ماهیت جرم ارتكابی، فقط در رابطه با برخی افراد مهدورالدم تلقی گردد و در نسبت با سایرین واجد چنین وصفی نباشد و نسبت به سایرین محقوق الدم محسوب گردد. این نکته‌ای است که در ضمن تحقیق به بررسی آن خواهیم پرداخت.

بنابراین بهتر است عنصر «قاتل» را نیز در تعیین ضابطه مهدورالدم بودن وارد کنیم، چرا که این وصف - مهدورالدم - در نسبت با قاتل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

چنانکه بعضی ضابطه را چنین بیان نموده‌اند. قاعده این است که کشتن او برای قاتل جایز باشد (خویی، ۱۳۹۱: ۲۰۸).

فقط در ضمن بیان اینکه محقون الدم بودن مقتول، شرط قصاص قاتل است به ذکر بعضی مصادیق مهدورالدم می‌پردازند که در ادامه به برخی عبارات اشاره می‌شود.

در شرایع آمده است:

شهید ثانی در شرح لمعه می‌نویسد:

«شرط پنجم در قصاص آن است که خون مقتول محترم باشد یعنی شرعاً قتل او مباح نباشد. بنابراین اگر کسی را بکشد که شارع خون او را مباح کرده است به خاطر آنکه زنا یا لواط کرده یا چون کافر است، به واسطه کشتن او، کشته نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۳۹۲: ۸۱).

در کتاب تحریر الوسیله نیز به برخی مصادیق مهدورالدم اشاره شده است:

«شرط ششم برای قصاص قاتل این است که مقتول محقون الدم باشد، پس اگر قاتل کسی را که مهدورالدم است به قتل برساند مانند ساب النبی (ص)، قصاص نمی‌شود و نیز کسی که به واسطه حق قصاص و دفاع دیگری را به قتل می‌رساند قصاص در بر ندارد. در قصاص فردی که کسانی را به قتل می‌رساند که قتلشان به دلیل حد واجب است مانند لائط و زانی و مرتد فطری بعد از توبه، تأمل و اشکال وجود دارد (خمینی، ۱۳۹۵: ج ۲، ۵۲۳).

در عبارات فوق مشاهده شد که در ذیل شرایط قصاص به برخی مصادیق مهدورالدم اشاره شده است مانند مرتد فطری، ساب النبی (ص)، مهاجم، محارب، لائط، زانی و ...

به افراد خاصی از جنایتکاران، متجاوزان و بزهکاران که تحت ضوابط خاص و به شکل قانونمند در شرع، به دلیل ارتکاب جنایت قتل یا بزه خاصی، مستحق مجازات قتل می‌باشد، در اصطلاح فقهی «مهدورالدم» می‌گویند.

گاهی مهدورالدم اشتباه معنا شده و گفته شده «مهدورالدم بودن شخص به معنای هدر بودن و محترم نبودن خون او است و ریختن خون او به شکل غیرقانونی، مباح و جایز است و فاعل آن شرعاً مستوجب عتاب و عقاب نخواهد بود». این اشتباه و بدفهمی ناشی از خلط معنای اصطلاحی «مهدورالدم» با معنای لغوی این کلمه است؛ باید توجه داشت که در شریعت اسلام، قتل نسبت به هرکس؛ از جمله مهدورالدم؛ خارج از قانونمندی و ضوابط خاص آن، موجب مجازات است.

گرچه مهدورالدم در فقه و حقوق بسیاری از موارد برای «مهدورالنفس» استعمال شده و هنگام اطلاق، منصرف به همین مورد است که فرد اکمل آن می‌باشد، لکن «الدم» در «مهدورالدم» از حیث لغت و موضوع حکم فقهی، دارای اطلاق است و به خونی که حیات بر آن متوقف باشد، اختصاص ندارد و شامل کمتر از آن نیز می‌شود؛ لذا مهدورالدم بودن در عضو نیز دارای فرض است. افراد خاصی از جنایتکاران و بزهکاران که تحت ضوابط خاص قانونی به دلیل ارتکاب جنایت یا بزه خاصی، مستحق مجازات قطع عضو، جرح و مانند آن می‌باشند؛ مهدورالدم در عضو هستند؛ برای این افراد می‌توان اصطلاح «مهدورالعضو» را جعل کرد؛ بنابراین مهدورالدم دو قسم خواهد بود؛ یکی «مهدورالنفس» و دیگری «مهدورالعضو».

از منظر دیگر مهدورالدم به دو قسم قابل تقسیم می‌باشد: الف. «مهدورالدم نسبی»: شامل افرادی می‌شوند که مستحق قصاص هستند و تنها در قبال صاحب قصاص مهدورالدم هستند و نه در مقابل دیگران. ب. «مهدورالدم مطلق» شامل افرادی که خونشان نسبت به همه مباح است. (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ۷۳)

۴. واکاوی و نقد ادعای مهدورالدم بودن مقتول در سیاست جنایی تقنینی

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دارای تغییرات و تحولاتی نسبت به قانون گذشته صورت گرفته است یکی از این موارد مربوط به مفهوم و مصادیق «مهدورالدم» می‌باشد؛ به موجب ماده ۳۰۲ مقرر شده است: «در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم نمی‌شود:

الف - مرتکب جرم حدی که مستوجب سلب حیات است.

ب - مرتکب جرم حدی که مستوجب قطع عضو است، مشروط بر اینکه جنایت وارد شده، بیش از مجازات حدی او نباشد، در غیر این صورت، مقدار اضافه بر حد، حسب مورد، دارای قصاص و یا دیه و تعزیر است.

پ - مستحق قصاص نفس یا عضو، فقط نسبت به صاحب حق قصاص و به مقدار آن قصاص نمی‌شود.

ت - متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده (۱۵۶) این قانون جنایتی بر او وارد شود.

ث - زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.»

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر خلاف قانون سابق؛ در مورد کسانی که مهدورالدم می‌باشند سکوت نکرده و پنج فقره اشخاص را جزء اشخاص مهدورالدم (غیر معصوم) محسوب نموده است. سه دسته از این افراد (بندهای الف.ب.ت) به طور مطلق (نسبت به همه افراد) مهدورالدم محسوب نموده که عبارتند از مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، مرتکب جرم حدی مستوجب قطع عضو و شخص متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است. دو فقره نیز غیر معصوم عارضی محسوب شده‌اند؛ که عبارتند از مستحق قصاص نفس یا عضو فقط نسبت به صاحب قصاص و به مقدار آن، و زانی و زانیه در حال زنا، فقط نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار.

در مورد بندهای الف و ب ماده ۳۰۲ نظر مشهور فقهای عظام آن است که کسی که مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات و مرتکب جرم حدی مستوجب قطع عضو را بدون حکم حاکم به قتل برساند؛ گرچه مرتکب حرام شده و دارای مجازات است، لیکن قصاص نمی‌شود. (محقق حلی، ج ۴، ۲۰۱ - نجفی، ج ۴۲، ۱۹۰) برخی از فقهای عظام بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند. (طوسی، ج ۵، ۱۷۲) و برخی تصریح کرده‌اند؛ حتی اگر مرتکب مهدورالدم را به شکل دیگری که شارع تعیین کرده است بکشد مانند آن که مجازات او رجم بوده ولی مرتکب، وی را با گلوله به قتل رسانده باشد، مجازات مرتکب از نوع قصاص نخواهد بود. (شهیدثانی، ج ۱۰، ۶۶) مستند فقهی دیدگاه مذکور؛ الف. موضوع قصاص در ادله شرعی، قتل و جنایتی است ظالمانه؛ جنایت مورد بحث به عنوان قتل، ظالمانه نیست. ب. عدم قصاص؛ مطابق با احتیاط در دماء و قاعده در آن است.

برخی از فقها اذعان داشتند به غیر از ساب النبی؛ اگر کسی بدون حکم حکم، مهدورالدم را به قتل برساند؛ مستحق قصاص است و مستند ایشان ادعای وجود اطلاق و عموم در ادله قصاص است (خویی، ج ۴۲، ۸۲) به نظر نگارنده موضوع قصاص شامل این مورد نیست؛ بلکه عدم اطلاق و نبودن عموم حکم قصاص نسبت به این موارد ثابت است. بر فرض آنکه چنین امری ثابت نباشد؛ حداقل وجود چنین اطلاق و عمومی ثابت نیست و آنچه در اینجا نیاز به دلیل دارد مشروعیت قصاص و جواز آن است؛ علاوه بر اینکه قاعده در آن نیز در این فرض، مانع از حکم قصاص است.

نکته قابل ذکر در مورد بند پ ماده ۳۰۲ این است که عبارت «قصاص نمی‌شود» زاید و باید حذف شود؛ این عبارت در لایحه نبود کما اینکه در گزارش اولیه کمیسیون قضایی به مجلس شورای اسلامی در تاریخ

۱۳۸۸/۵/۲۷ و نسخه ارسالی به شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۱/۱/۲۱ نیز این عبارت وجود نداشت؛ چرا و چگونه در آخرین مرحله در مجلس شورای اسلامی این عبارت نامناسب به این بند اضافه شده است که می‌تواند مخل به معنا باشد؛ زیرا ممکن است برا کسی که با فقه و حقوق آشنایی ندارد این توهم ایجاد شود که در این بند، فقط قصاص مرتکب، منتفی است و دیه و تعزیر ثابت است که قطعاً این برداشت اشتباه است. در مورد بند ت نباید این توهم ایجاد شود که با بودن ماده ۱۵۶ در این قانون، نیازی به ذکر بند «ت» در ماده ۳۰۲ نیست و طرح دفاع در این ماده، تکرار ماده ۱۵۶ بوده و چیزی اضافه بر آن ندارد؛ زیرا اولاً عنوان فصل سوم این کتاب که ماده مورد بحث در آن جای گرفته است «شرایط عمومی قصاص» است و یکی از مهمترین شرایط قصاص آن است که مجنی علیه، مهدورالدم نباشد و گرنه مجازات مرتکب، مجازات غیرقصاصی خواهد بود؛ لذا لازم بود در ماده‌ای این شرط ذکر و تمام موارد مهدورالدم نیز به روشنی در آن تعیین شود؛ خصوصاً آنکه برخی از موارد آن مورد اختلاف فقهی است و این همان ماده است و یکی از مواردی که مجنی علیه، مهدورالدم است همین بند ت می‌باشد. بنابراین ذکر این بند در این ماده لازم و ضروری بود و نبودن آن موجب نقص و اشکال در قانون می‌گردید.

بر خلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در بحث از قصاص، در قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در این بحث و علاوه بر قانون تعزیرات، قتل در فراش به عنوان یکی از استثناهای اصل قضایی بودن مجازات‌ها صریحاً مورد اشاره قرار گرفته است. تسری این حکم به صرفاً شوهر بعد از انقلاب اسلامی و اختصاص آن به زن و مرد زناکار و نه سایر بستگان، خود اقدامی مثبت از این حیث تلقی می‌گردد؛ واقعیت این است که این مسئله دارای مخالفینی هم می‌باشد و نقاط ابهام فراوانی در مورد آن وجود دارد. علیرغم اشاره‌ی بند ت در تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۲ قانون جدید باید گفت: در این حالت نیز در قتل زن و مرد زناکار باید شوهر مکلف به اثبات ادعای خود در دادگاه باشد. متأسفانه قانونگذار با عدم اشاره به این بند در تبصره‌ی یک، چنین توهمی را ایجاد کرده که بر خلاف بندهای تبعی که باید مرتکب از دادگاه اجازه داشته باشد چنین اجازه و نظارتی در کار نیست.

این مواد بیان کننده و نشان دهنده‌ی دوره‌ی خصوصی از عدالت کیفری و تجویز آن می‌باشد. این مهم خود می‌تواند در عمل جرم‌زا باشد (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۳۹).

در مجموع قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشکالات قوانین سابق را رفع کرده است؛ الف. مواردی از جنایت که مجازات آن قصاص نیست به شکل متفرق و پراکنده در مواد قانونی آمده بود؛ این نقیصه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مرتفع شده است و این موارد به شکل یکجا در ماده ۳۰۲ آمده است. ب. نفی قصاص در موارد خاص آن حتی ناصواب در باب دفاع، مختص به قتل و قصاص نفس شده بود که ناصواب و بدون وجه بود؛ در قانون مصوب ۱۳۹۲ این اشکال نیز مرتفع شده و علاوه بر قتل، همه موارد کمتر از قتل نیز که به دلیل بزهکاری خاص مجرم، موجب هدر بودن عضو می‌شود و حق قصاص ندارد، با عنوان روشن و صریح؛ مورد استثناء قرار گرفته است. پ. در قوانین سابق برای مرتکبی که به شکل خودسرانه اقدام به قتل کسی می‌کرد که به دلیل جرم حدی یا جنایت، مستحق قتل بوده مجازاتی پیش‌بینی نشده بود و این امر می‌توانست موجب حرج و مرج شود.

یکی از نکات منفی و استثناهای وارده بر اصل اصل قضایی بودن مجازات در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عبارت است از تقنین، تجویز و اعتقاد به مهدورالدم در عضو علاوه بر اعتقاد به مهدورالدم بودن در نفس. بر خلاف متون فقهی و قانونی که داشتن تصور یا اعتقاد به مهدورالدم بودن صرفاً نفس را شامل می‌شد، اما در قانون با وضع بند «ب» ماده‌ی ۳۰۲ و نیز ماده‌ی ۳۰۳ آنجا که می‌گوید: «هر گاه مرتکب مدعی باشد مجنی‌علیه حسب مورد در نفس یا عضو مشمول ماده‌ی ۳۰۲ این قانون است...»

۱. در ماده‌ی ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مقرر شده است: «هر گاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تکمیل 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.»

جرم‌زایی جدیدی بر خلاف مفاد اصل قضایی بودن مجازات‌ها محقق شده، موضوعی که در فقه امامیه سابقه نداشته است.

حکم این ماده بیشتر بر طبق نظر فقهای اهل سنت تحریر یافته، چه اینکه از دیدگاه فقهای اهل سنت، جرایمی که باعث مهدورالدم شدن مرتکب می‌گردند عبارتند از: قطع طریق یا حرابه، بغی، قتل، قطع عمدی و سرقت. ممکن است نفس یا عضو مهدورالدم باشد و هدر بودن عضو جانی عمدی به عنوان قصاص و هدر بودن عضو سارق در سرقت، مشمول حد از این باب است (مجیدی و ذوالفقاری، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

نهایتاً آنکه هرگاه اصل ۳۶ قانون اساسی به صراحت و با لحن عام، اصل قضایی بودن مجازات‌ها را پذیرفته است و در قانون جدید مجازات اسلامی اصل مذکور مستقل در کنار اصولی همچون براءت و قانونی بودن جرم و مجازات مورد اشاره قرار گرفته است؛ از قانون‌گذاران و مفسران انتظار می‌رود این اصل را با توجه به فلسفه وجودی آن فهم کنند. بدین منظور بازنگری در کلیه مواردی که به گونه‌ای با اصل قضایی بودن مجازات‌ها مغایر باشد، ضروری است (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۹۸).

۵. واکاوی و نقد ادعای مهدورالدم بودن مقتول در سیاست جنایی قضایی

سیاست جنایی قضایی سیاستی است که رنگ و جنبه انسانی داشته و از طریق ابزارهای انسانی چون قضات دادگستری به اجرا در می‌آید. البته باید این موضوع را پذیرفت، در این مرحله که سیاست جنایی رنگ انسانی به خود می‌گیرد، تا حدودی از هدف و غرض سیاست جنایی قانونی دوری می‌گیرند، زیرا که به هر حال انسان در کنار این هدف، طرز تفکر و سلیقه خود را نیز ملحوظ خواهد کرد. به رغم تلقی سیاست‌های جنایی قضایی در واقع نحوه برداشت دادگستری (قوه قضاییه) از سیاست جنایی تقنینی است. سیاست جنایی قضایی به معنای مضیق آن، شامل سیاست جنایی می‌شود که در تصمیم‌ها و رویه‌های دادگاه‌های دادگستری منعکس است.

تشخیص و شناخت مهدورالدم یا مستحق قصاص بودن یک امر قضایی است که نیاز به آگاهی‌های حقوقی و تجارب قضایی فراوان دارد. «تشکیل دادگاه کیفری استان با پنج نفر قاضی برای رسیدگی به جرایمی با مجازات اعدام، قصاص و امثال آنها نشان دهنده ضرورت علم و تجربه فراوان برای رسیدگی به این گونه پرونده‌هاست.» بنابراین اشتباه اشخاص عادی در تشخیص مهدورالدم یک امر کاملاً قابل پیش بینی است. اعتقاد به مهدورالدم بودن بر اساس امری منطقی و معقول پایه ریزی شده لذا کسی که به عنوان مهدورالدم فردی را به قتل می‌رساند باید از کلیه مصادیق مهدورالدم در اسلام و خصوصیات جرایمی که باعث مهدورالدم شدن اشخاص می‌شود مطلع باشد و تنها کسی می‌تواند چنین ادعایی کند که فقیه جامع الشرایط باشد یا کسی که به جزئیات و دقایق مباحث فقها در باب مهدورالدم واقف باشد.

طرح موضوع قتل به اعتقاد به مهدورالدم بودن در رویه قضایی ایران تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی جایگاهی نداشت و مجازات قاتل به هر حال مجازات قتل عمدی تلقی می‌شد؛ لیکن بعد از انقلاب اسلامی حکم آن در تبصره دوم ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ذکر گردید؛ ضمن اینکه در قوانین سایر کشورهای اسلامی من جمله مصر و عراق نیز به نوعی قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن پذیرفته شده است. (متین راسخ، ۱۳۹۳: ۶۲)

اصولاً در اعمال ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باید اعتقاد صادقانه مرتکب به مهدورالدم بودن مقتول احراز شود؛ نه اینکه اصل مهدورالدم بودن با نبودن مجنی علیه مورد بررسی قرار گیرد. البته این نکته مهم را نباید از نظر دور داشت که اعتقاد مرتکب، به مهدورالدم بودن باید به گونه‌ای باشد که نوع افراد چنان چه معتقد به آن باشند همان گونه خواهند اندیشید که او قربانی را مهدورالدم فرض نموده است. فلذا چنانچه قاضی با قرائن و امارات معتبر به این نتیجه رسید که فی الواقع جانی با اعتقاد به مهدورالدم بودن مجنی علیه، مرتکب این جنایت شده است و آن اعتقاد نیز به گونه‌ای است که هر شخص معقول و منطقی دیگری غیر از او نیز چنین برداشتی می‌نمود باید حکم به اعمال مقررات مذکور نماید. (متین راسخ، ۱۳۹۳: ۶۲)

در خصوص آرای صادره شعب دیوان عالی کشور در زمینه‌ی ارتکاب قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول، دو دسته آرا به چشم می‌خورد؛ ابتدا آرای شعب دیوان و سپس آرای اصراری هیأت عمومی را نقل و مورد بررسی قرار می‌گیرد:

در پرونده‌ی شماره‌ی ۳۸۸۱/۲۶ شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور، رأی دادگاه بدوی را در خصوص قصاص نفس مردی که پس از سه روز اطلاع پیدا کرده، مقتول همسر و دختر سه ساله‌اش را ربوده و بعد از چند روز با پدر خانم او تماس گرفته و تقاضای عقد او را کرده است و سپس با اقرار پدر خانم دستگیر گردیده و در جریان رسیدگی به پرونده در دادگستری وی را به قتل رسانده است، به دلیل عدم اثبات زنا طبق موازین قانونی تأیید کرده است. در رأی شعبه دیوان تصریح شده است: «اصل ارتباط نامشروع مقتول با همسر قاتل مسلم است، ولی مجوز قتل نمی‌باشد». (بازگیر، ۱۳۷۶: ۶۱۰)

طبق رأی شماره‌ی ۹۳/۷۱ شعبه‌ی ۱۱ دیوان عالی کشور، این شعبه رأی دادگاه بدوی را در خصوص ارتکاب قتل عمدی و صدور حکم بر قصاص نفس شخصی به لحاظ عمدی بودن قتل و رد ادعای رابطه‌ی نامشروع همسرش با مقتول به جهت عدم معرفی شهود معتبر در اثبات زنا، نقض کرده است. در استدلال نقض شعبه‌ی دیوان تصریح شده است: «از مجموع محتویات پرونده استفاده می‌شود که متهم خود را ذی حق در قتل دانسته و موضوع منطبق با تبصره ۲ بند ج ماده‌ی ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی است، لذا حکم به قصاص مخدوش بوده و نقض می‌گردد».

همان گونه که ملاحظه می‌شود، در برخی از آرای شعب دیوان عالی کشور با وجود قراین و شواهدی که قاتل مبنی بر رابطه نامشروع همسرش با مقتول در دادگاه ارائه کرده است، به لحاظ عدم معرفی شهود معتبر مبنی بر ارتکاب زنا، به استناد مسأله ۲۸ و ۲۹ ص ۴۹۱، ج اول تحریر الوسیله امام خمینی، به قصاص نفس محکوم شده است و حال آنکه در بعضی دیگر از آراء، علیرغم عدم معرفی شهود معتبر، با استدلال به اینکه شوهر خود را ذی حق در قتل می‌دانسته و به استناد مسأله‌ی ۶ ص ۵۵۴، ج ۲ تحریر الوسیله حضرت امام که عیناً در تبصره‌ی ۲ بند ج ماده‌ی ۲۹۵ منعکس گردیده است، قصاص ساقط و محکوم به پرداخت دیه شده است؛ به نظر می‌رسد که آرای مزبور در موضوع واحد، مناسب برای اتخاذ رویه‌ی واحد در موضوعات مشابه و صدور رأی وحدت رویه قضایی بوده است، لیکن چنین اقدامی صورت نگرفته است. اما آرای اصراری دیوان کشور، جهت تثبیت آرای دسته‌ی دوم شعب گام برداشته است. (موذن زادگان، ۱۳۸۲: ۲۵۷)

در رأی اصراری شماره‌ی ۲۰ مورخ ۷۶/۱۱/۲۸ هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، در قضیه قتل یک مرد توسط جوانی که به عنوان دفاع از ناموس مادرش - بدون اینکه شرایط دفاع مشروع محقق باشد - مرتکب گردیده است و دیوان اعتقاد او را به مهدورالدم بودن مقتول احراز و قصاص نفس را با وجود آرای دادگاه‌های بدوی در محکومیت به قصاص نفس، نقض کرده است. نکته قابل توجه این است که طبق استدلال برخی از قضات حاضر در جلسه هیأت، حتی متهم در دفاع خود موضوع اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول را مطرح نکرده است. ولی شعبه دوم دیوان، بدون اینکه ارتکاب زنا طبق موازین قانونی به اثبات برسد و یا دفاع از ناموس طبق شرایط مقرر ثابت گردد، استنباط مزبور را احراز کرده است. رأی اصراری به این شرح است:

«بدین لحاظ از آرای اصراری و نیز آرای متعدد شعب دیوان عالی کشور معلوم می‌شود که هر چند رویه قضایی در مواردی صرف احراز اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول را نپذیرفته و اثبات موضوع را طبق موازین قضایی لازم دانسته است، در مجموعه در جهت اعمال تبصره‌ی ۲ بند ج ماده‌ی ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ (ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) صرف احراز اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول را با وجود تعارض با مواد ۲۲۶ و ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، کافی برای سقوط قصاص قلمداد کرده و حکم به پرداخت دیه صادر نموده است. (موذن زادگان، ۱۳۸۲: ۲۵۸)

همچنین پرونده ارتکاب قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول در هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۱۶ بررسی شد؛ شعبه اول دادگاه کیفری استان کرمان با رد ادعای اعتقاد متهم به مهدورالدم بودن مقتول، حکم قصاص نفس وی را صادر کرده است. شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور با تمسک به

قاعده در حکم قصاص را نقض و پرونده را به شعبه هم عرض ارجاع کرده است. شعبه دوم دادگاه کیفری استان کرمان نیز همانند شعبه اول متهم را مستحق قصاص دانسته و حکم قصاص وی را صادر کرده است. شعبه ۲۴ دیوان رای دادگاهها را قابل ابرام ندانسته و پرونده را جهت طرح در هیات عمومی اصراری ارسال کرده است؛ در نتیجه با استدلال‌های ذیل؛ الف. متهم ضمن اقرار صریح به قتل انگیزه خود را تجاوز مقتول به خواهرش و حمله شدن او بیان کرده است؛ ب. به موجب ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی برای منتفی شدن مجازات قصاص اثبات مهدورالدم بودن مقتول ضرورتی ندارد؛ پ. تحقیق متهم پیرامون حکم شرعی متجاوز به عفو دلالت بر اعتقاد او به مهدورالدم بودن مقتول دارد؛ ت. به لحاظ وجود شبهه و لزوم احتیاط در دماء حکم قصاص قابل ابرام نمی‌باشد؛ رای شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور اکثریت مورد تایید هیات عمومی قرار گرفت.

جلسه هیات عمومی دیوان عالی کشور موضوع رأی اصراری ردیف ۴/۹۳ به ریاست حجت‌الاسلام و المسلمین کریمی رئیس دیوان عالی کشور و با حضور حجت الاسلام و المسلمین سید ابراهیم رئیسی دادستان کل کشور و قضات شعب کیفری این دیوان روز سه شنبه ۹۳/۶/۱۸ تشکیل شد؛ طبق پرونده واصله به هیات عمومی دیوان، شعبه دوم دادگاه کیفری استان خراسان شمالی دو نفر را به اتهام قتل عمدی دو تن دیگر به مجازات قصاص محکوم می‌کند؛ در جلسه دادگاه و از محتویات دفاع متهمان می‌توان استنباط کرد که نامبردگان انگیزه قتل را اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتولان دانسته‌اند. اکثریت اعضای شعبه دوم دادگاه فوق‌الذکر اعتقاد به مهدورالدم بودن را رد کرده و حکم به قصاص داده‌اند. پس از تجدیدنظرخواهی وکلای محکومان، پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به شعبه ۳۳ این دیوان ارجاع شده است. اکثریت اعضای شعبه به حکم قصاص شبهه وارد کرده و اعتقاد متهمان به مهدورالدم بودن مقتولان را قابل احراز ارزیابی کرده و حکم صادره شعبه دوم دادگاه فوق‌الاشاره را نقض و رسیدگی به این پرونده را به شعبه هم عرض ارجاع داده‌اند.

در کشور ما اصل ۳۶ قانون اساسی و مواد ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم به مجازات و اجرای آن را از صلاحیت‌های انحصاری دادگاه قانونی دانسته است اما از سوی دیگر مواردی از قانون مجازات اسلامی به ویژه ماده ۳۰۲ به گونه‌ای برداشت می‌شود که گویی مقنن اقدامات خودسرانه در محاکمه و به کیفر رسانیدن دیگران را تجویز می‌نماید؛ بی‌اعتنایی به اصل قضایی بودن مجازات‌ها و استناد به برخی مفاهیم برای کم رنگ کردن آن، سبب شده است تا هر چند گاه افراد عادی به گمان اینکه اقدامات خودسرانه، مشروع، بلکه مطلوب است؛ دست به اعمالی بزنند که مصداق روشن تعدی به جان و عرض دیگران است. برخی از این اقدامات به تشکیل پرونده‌هایی می‌انجامد که پرونده‌های قتل‌های کرمان تنها یک نمونه از آن است؛ این وضعیت، به سهم خود چهره‌ای نامطلوب از کشور و اسلام به جهانیان ارائه می‌نماید؛ مفروض بودن اصل قضایی بودن مجازات‌ها از یک سو و ابهام‌های قانونی موجود از سوی دیگر، همچنین زمینه ساز صدور آرای متضادی در این بار از سوی دادگاه‌ها شده است؛ حکم به قصاص قاتلان در قتل‌های پرونده کرمان توسط دادگاه بدوی و نقض آن در دیوان عالی کشور؛ نمونه‌ای از اختلاف برداشت‌ها از قوانین و مقررات ناظر به این حوزه است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها:

اصل قضایی بودن مجازات‌ها یکی از اصول بنیادین حقوق جزا محسوب می‌شود به گونه‌ای که حتی اصولی همچون اصل برائت و اصل قانونی بودن جرم و مجازات در سایه‌ی اصل مذکور معنا و مفهوم پیدا می‌کنند. گرچه در قانون اساسی این اصل با لسان حصر مورد پذیرش قرار گرفته است، اما در قوانین عادی کیفری همیشه شاهد وجود استثناهایی بر این اصل با عناوین مختلف بوده‌ایم.

اقدام به تعیین مجازات برای هرگونه اعمال خصوصی و غیرمادون مجازات حتی توسط صاحبان حق قصاص، از نوآوری‌های قابل توجه و قابل تایید در سیاست جنایی تقنینی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محسوب می‌گردد. همچنین به نظر می‌رسد که از دیدگاه این قانون هیچ فرد مهدورالدمی وجود ندارد چه آنکه قانونگذار عمداً از لفظ مهدورالدم - یا اصطلاحات مشابه - استفاده نکرده و تنها در ماده ۳۰۲، از

اشخاصی نام برده که قتل آن‌ها مستلزم قصاص نیست، نه آنکه قتل آن‌ها جایز باشد. با این اوصاف باید گفت: با توجه به وجود مبانی روشن و دلیل متقن برای اصل قضایی بودن مجازات‌ها در حقوق کیفری، انتظاری بیشتر از آنچه که در قانون جدید مجازات اسلامی اتفاق افتاده، مورد توقع است؛ چرا که هنوز در این قانون نیز مواردی چون قتل، جرح و قطع به اعتقاد مهدورالدم بودن با تلقی نادرستی که از آن می‌شود به عنوان استثنایایی بر اصل قضایی بودن مجازات‌ها وجود دارد، اصلی که پذیرش حتی یک استثنا به نابودی آن خواهد انجامید؛ این امر چهره‌ای نامتناسب از حقوق جزایی ما که متناسب با منابع فقهی نگارش یافته است عرضه می‌نماید.

طرح موضوع قتل به اعتقاد به مهدورالدم بودن در روبه قضایی ایران تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی جایگاهی نداشت و مجازات قاتل به هر حال مجازات قتل عمدی تلقی می‌شد؛ لیکن بعد از انقلاب اسلامی حکم آن در تبصره دوم ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ذکر گردید؛ ضمن اینکه در قوانین سایر کشورهای اسلامی من جمله مصر و عراق نیز به نوعی قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن پذیرفته شده است.

در خصوص آرای صادره شعب دیوان عالی کشور در زمینه‌ی ارتکاب قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول، دو دسته آرا به چشم می‌خورد؛ در برخی از آرای شعب دیوان عالی کشور با وجود قراین و شواهدی که قاتل مبنی بر رابطه نامشروع همسرش با مقتول در دادگاه ارائه کرده است، به لحاظ عدم معرفی شهود معتبر مبنی بر ارتکاب زنا، به استناد مسأله ۲۸ و ۲۹ ص ۴۹۱، ج اول تحریر الوسیله امام خمینی، به قصاص نفس محکوم شده است و حال آنکه در بعضی دیگر از آراء، علیرغم عدم معرفی شهود معتبر، با استدلال به اینکه شوهر خود را ذی حق در قتل می‌دانسته و به استناد مسأله‌ی ۶ ص ۵۵۴، ج ۲ تحریر الوسیله حضرت امام که عیناً در تبصره‌ی ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ منعکس گردیده است، قصاص ساقط و محکوم به پرداخت دیه شده است؛ به نظر می‌رسد که آرای مزبور در موضوع واحد، مناسب برای اتخاذ رویه‌ی واحد در موضوعات مشابه و صدور رأی وحدت رویه قضایی بوده است، لیکن چنین اقدامی صورت نگرفته است. اما آرای اصراری دیوان کشور، جهت تثبیت آرای دسته‌ی دوم شعب گام برداشته است.

فهرست منابع

- ۱- آقا بابایی، حسین (۱۳۷۹)؛ قتل نفس به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول، مجله اهل بیت، سال ششم، شماره ۲۲.
- ۲- ایروانیان، امیر (۱۳۸۸)؛ سیاست جنایی پیشینه تاریخی، ساختار، و ویژگی‌ها، تازه‌های علوم جنایی، مجموعه مقالات، تهران، انتشارات میزان.
- ۳- بازیگر، یدالله (۱۳۷۶)؛ قانون مجازات اسلامی در آیین آرای دیوان عالی کشور (قتل عمد)؛ انتشارات ققنوس، چاپ اول.
- ۴- حاجی ده آبادی، محمدعلی (۱۳۸۵)؛ «اصلاح مجرمان در سیاست جنایی اسلام و ایران»، رساله دکتری، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۵- حسینی، سید محمد (۱۳۹۳)؛ سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم.
- ۶- خویی، آیت‌الله (۱۴۲۲). مبانی تکملة المنهاج، الجزء الثانی و الرابعون، قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی.
- ۷- شهید ثانی (۱۳۹۲)؛، ترجمه و تبیین شرح للمعه، قصاص و دیات؛ جلد چهاردهم، موسسه انتشارات دارالعلم، چاپ دوازدهم.
- ۸- رحمانی، محمد (۱۳۹۴)؛ مبانی سیاست جنایی تراز جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات مجد.
- ۹- لازرژ، کریستین (۱۳۹۶)؛ درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان، چاپ ششم.
- ۱۰- متین راسخ، مجید (۱۳۹۳)؛ قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن، فصلنامه رای، دوره سوم، شماره ۶.

- ۱۱- محقق حلی (۱۳۶۰)؛ شرایع الاسلام، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۲- مزروعی، رسول (۱۳۹۴)؛ شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بخش قصاص، جلد اول، موسسه دارالمعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
- ۱۳- مجیدی، سید محمود و ذوالفقاری، مهدی (۱۳۹۳)؛ سرگذشت اصل قضایی بودن مجازات‌ها، مجله فقهی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره چهاردهم.
- ۱۴- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳)؛ جرایم علیه اشخاص، انتشارات میزان، چاپ یازدهم.
- ۱۵- موسوی الخمینی، سید روح الله (۱۳۹۳)؛ ترجمه تحریرالوسیله؛ جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۶- مؤذن زادگان، حسنعلی (۱۳۸۲)؛ ارتکاب قتل به اعتقاد قصاص و یا مهدورالدم بودن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۰.
- ۱۷- نجفی، محمدحسن (۱۳۸۴)، جواهر الکلام، الطبعة الاولى، الجزء الثاني و الرابعون، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۱۸- نجفی ابرند آبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید (۱۳۹۳)؛ دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم.

بررسی تطبیقی موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا

رضا آقاعباسی^{۱*}، محمد سعیدی کیا^۲

۱- دکترا فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، مدرس حقوق دانشگاه ولیعصر (عج)، رفسنجان، ایران

۲- دانشجوی دکترا فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

چکیده

به لحاظ اینکه سراسیمه انحلال شرکت‌های سهامی در کمین این نوع از شرکت‌ها نشسته است در این مقاله درصدد این هستیم که به بررسی تطبیقی انحلال شرکت‌ها در قانون ایران و آمریکا بپردازیم، تا بدین طریق تفاوت‌ها را بررسی کنیم و از نتایج این تفاوت‌ها به یافتن یک ارزیابی کلی از این موضوع در حقوق ایران بپردازیم و به ایده‌های مثبتی در جهت پیشبرد اهداف آن برسیم. بسیاری از موارد انحلال در حقوق آمریکا شباهت زیادی به موارد انحلال در حقوق ایران دارد اما وجود شرایط تسهیل برای انحلال شرکت‌های سهامی در قانون آمریکا نسبت به قانون ایران باعث برتری و رجحان این قانون نسبت به قانون قدیمی ایران شده است که نشان‌دهنده تحول عظیم در مقررات مربوط به شرکت‌های سهامی این کشور می‌باشد. بنابراین لازم است با شناختن محدودیت در موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران گام مؤثری در پیشبرد شرکت‌های سهامی در قانون تجارت ایران برداشته شود.

واژگان کلیدی: شرکت سهامی، انحلال شرکت، قانون شرکت عمومی دلاوار، قانون نمونه شرکت‌های تجاری ایالات آمریکا، بررسی تطبیقی.

مقدمه

قانون تجارت سال ۱۳۱۱ برگردانی از قانون تجارت کشورهای فرانسه و بلژیک بوده که بالطبع حاصل تجربیات حقوقی و تجاری کشور ما نبوده و بدون توجه به نیازهای واقعی جامعه تجاری ما وضع گردیده است. قانونگذار در سال ۱۳۴۷ درصدد اصلاح قسمتی از قانون مذکور برآمد و با استفاده از تجربیات حاصله از عملکرد شرکت‌های سهامی و با توجه به مقتضیات حقوقی و اقتصادی و نیز پیشرفت‌های که این شرکت‌ها در دنیای تجارت داشته‌اند، دیدگاه‌های خود را درباره قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ به کنار نهاده و دیدگاه‌های نوینی ارائه نمود که قانون اصلاحی شرکت‌های سهامی عام و خاص مصوب ۲۴ اسفند ۱۳۴۷ خط مشی قضایی ما در خصوص این شرکت‌ها را تعیین نمود. اما یکی از پدیده‌هایی که کمتر در شرکت‌های سهامی مورد توجه قرار گرفته است، مسأله پایان زندگی اینگونه شرکت‌ها است. در قانون ایران قریب ۳۰۰ ماده قانون تجارت به کم و کیف اینگونه شرکت‌ها پرداخته است. قانون حاکم بر انحلال شرکت‌ها در آمریکا که هم اکنون آن را اجرا می‌نمایند نیز قوانینی از جمله قانون نمونه شرکت‌های تجاری ایالتی (MBCA) که ۲۴ ایالات آن را پذیرفته‌اند و قانون شرکت‌های عمومی دلاوار (DGCL) است. به لحاظ این که سراسیابی انحلال شرکت‌های سهامی در کمین این نوع از شرکت‌ها نشسته است به بررسی تطبیقی انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا پرداختیم تا از نتایج این تفاوت‌ها به یافتن یک ارزیابی کلی از این موضوع در حقوق ایران بپردازیم و به ایده‌های مثبتی در جهت پیشبرد اهداف آن برسیم. اهمیت گزینش بحث انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا صرفنظر از بررسی تطبیقی دو نظام بیشتر از منظر مواجهه با مزایا و قابلیت‌های دو سیستم است. با توجه به اینکه بررسی تطبیقی و موردی دو مفهوم در وضعیتی که شباهت و تشابه موردی داشته باشند، برای خوانندگان مفهوم جذاب‌تری دارد لیکن با توجه به مسائلی که در انحلال شرکت‌های سهامی در حقوق ایران و آمریکا به نحوی است که قابلیت طرح آن به دلیل برخی تفاوت‌های تقنینی مشکل می‌باشد فلذا مباحث انحلال اختیاری و قضایی شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا را مطرح و سپس به مقایسه تطبیقی پرداخته‌ایم. بنابراین مقاله‌ای که توسط بنده در خصوص بررسی تطبیقی انحلال شرکت‌های سهامی در ایران و آمریکا ارائه خواهد شد سعی بر آن است تا با قابل استفاده بودن توسط اساتید و دانشجویان حقوق و قضات و وکلای قدم مثبتی در این زمینه برداشته باشیم و یک ایده کلی در این زمینه ارائه نماییم. پژوهش حاضر در صدد یافتن به این سوال است که وجوه اشتراک و افتراق و نقاط قوت و ضعف موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا چیست؟ برای اثبات فرضیه سعی بر آن است که به این سوالات پاسخ دهیم: آیا رسیدگی به موضوع انحلال قضایی شرکت‌های سهامی نیاز به مدعی خصوصی دارد و مقصود از ذینفع در انحلال شرکت چه کسانی هستند؟ وجوه افتراق و اشتراک موارد انحلال بین دو قانون چیست؟ و چه تمهیداتی برای جلوگیری از انحلال شرکت سهامی پیش‌بینی شده است؟

۱- انحلال اختیاری و اجباری شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا

یکی از پدیده‌هایی که کمتر مورد توجه قرار گرفته است، مسأله پایان زندگی شرکت‌های تجاری است در بخش نهم لایحه قانونی ۱۳۴۷ قواعد ویژه‌ای در مورد انحلال شرکت سهامی در قوانین ایران وضع شده است که نسبت به مقررات قانون تجارت ۱۳۱۱ راجع به انحلال شرکت‌های تجاری دقیقتر و مفصل‌تر است. (اسکینی، ۱۳۸۴: ۲۱۴) بخش نهم لایحه فوق‌الذکر، موارد انحلال و تصفیه شرکت سهامی را ضمن مواد ۱۹۹ و ۲۰۱ ذکر کرده است. با توجه به این دو ماده معلوم می‌شود که انحلال این شرکت یا به صورت قهری (اجباری) است یا به تشخیص مجمع عمومی (اختیاری) و بر مبنای تصمیم همین مجمع و یا بر مبنای حکم دادگاه صورت می‌گیرد: در حقوق ایران اصطلاح انحلال شرکت، به زمانی اشاره دارد که شرکت تصمیم می‌گیرد که فعالیت خود را به انجام عملیات تصفیه، یعنی اجرای تعهدات ناتمام و پرداخت بدهی‌ها و در نهایت تقسیم اموال باقی مانده شرکت بین شرکا، محدود نماید. مطابق با قانون فدرال نیز انحلال به فرایندی اطلاق می‌شود که، اموال معین بدهکار توسط مدیرانحلال برای فروش به امانت گرفته می‌شود، عایدات به بستانکاران فرد بدهکار مطابق با دعاوی آنان توزیع می‌شود. انحلال اختیاری بر خلاف انحلال

اجباری به ابتکار شرکت انجام می‌شود و دادگاه در پروسه ایجاد این نوع انحلال نقشی ندارند اما در این بین باید بدانیم انحلال به طور کلی به دو شکل اجباری و اختیاری تقسیم می‌شود بنابراین در این بخش برآن شدیم که بررسی پایان زندگی یکی از انواع شرکت‌ها یعنی شرکت سهامی در موارد انحلال اختیاری و اجباری بپردازیم.

۱- موارد انحلال اختیاری و اجباری در قانون ایران

یکی از موارد انحلال اجباری این است که موضوع شرکت انجام شده یا انجام آن غیر ممکن شده باشد، پایان حیات یک شرکت در صورتی که موضوع آن انجام شده یا غیر ممکن گردیده باشد، از جهات انحلال شرکت به شمار می‌رود. چنانچه موضوع فعالیت شرکت مورد خاص بوده و محقق گردیده باشد. در حقیقت غیرممکن گردیدن انجام موضوع شرکت را باید ناشی از مانعی دانست که از مصادیق قوه قاهره یا در حکم آن است. مورد دیگری که باعث انحلال قهری شرکت‌های سهامی می‌شود ورشکستگی است که دارای رژیم حقوقی ویژه خود بوده. شایان توجه آنکه لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ در مقرر این مهم را به روشنی آورده است. بر پایه ماده ۲۰۰: انحلال شرکت در صورت ورشکستگی تابع مقررات مربوط به ورشکستگی است. به هر حال، ورشکستگی به عنوان یکی از شیوه‌های انحلال و از نوع قهری، در بحث حقوق ورشکستگی بررسی می‌گردد. اما انحلال با تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده از موارد انحلال شرکت به صورت داوطلبانه، بدون دخالت دادگاه یا بدون ورود به روند ورشکستگی، طبیعی‌ترین و کم هزینه‌ترین شیوه پایان دادن به حیات شرکت سهامی به شمار می‌آید. (ستوده تهرانی و صفری، ۱۳۹۰، ۱۸۵) تنها مرجع دارای صلاحیت در این رابطه، مجمع عمومی فوق‌العاده است. بند ۴ ماده ۱۹۹ مزبور مشخصاً این کارکرد خاص مجمع را مد نظر قرار می‌دهد. در حالی که در وضعیت دوم، مجمع تصمیم به انحلال شرکت اتخاذ نمی‌کند، بلکه اثر انحلال را که به حکم قانون ایجاد شده اعلام می‌دارد. بهترین نمونه‌های از این دست که در بالا بررسی شده در بند یک (انجام یا غیر ممکن شدن موضوع شرکت) و بند دوم (پایان مدت شرکت) ماده ۱۹۹ منعکس است. چرا که به حکم بند ۴ ماده ۲۰۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷، دادگاه در صورتی که مجمع عمومی فوق‌العاده جهت اعلام انحلال شرکت تشکیل نشود و یا رأی به انحلال شرکت ندهد، حکم به انحلال آن خواهد داد. اگرچه ماده ۲۰۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷، تحت عنوان انحلال به حکم دادگاه، چهار بند را به عنوان مصادیق عنوان مذکور آورده است. انحلال به حکم دادگاه را بدون تردید نمی‌توان همانند انحلال به حکم مجمع عمومی فوق‌العاده در زمره موارد انحلال اختیاری قرار داد. در عین حال، با توجه به این حقیقت که شرکت می‌تواند با رفع نارسایی‌هایی که موجب درخواست انحلال آن از سوی اشخاص ذینفع از دادگاه می‌گردد، از صدور حکم انحلال شرکت جلوگیری به عمل آورد، این دسته موارد انحلال را نمی‌توان یکسره قهری (اجباری) دانست. (عرفانی، ۱۳۸۴، ۱۳۲-۱۳۰) در نتیجه، انحلال به حکم دادگاه، وضعیتی بینابین انحلال قهری و انحلال اختیاری به شمار می‌رود. (کاتبی، ۱۳۸۵، ۹۴) موارد انحلال از این دست خود به چندین مورد به شرح زیر قابل تقسیم‌بندی است، که عمدتاً در ماده ۲۰۱ مذکور آمده است. (عرفانی، ۱۳۸۴، ۱۴۸) حالت دیگری که وجود دارد از میان رفتن سرمایه شرکت در بررسی کاهش اجباری سرمایه است ملاحظه گردید که چنانچه نیمی از سرمایه شرکت به دلیل زیان‌های وارده از میان برود، به حکم ماده ۱۴۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷، باید سرمایه شرکت به میزان موجود کاهش یافته یا شرکت منحل گردد. در صورتی که مجمع دعوت نگردد یا دعوت شود ولی مطابق مقررات قانونی منعقد نگردد، هر ذینفع می‌تواند انحلال شرکت را از دادگاه بخواهد. علاوه بر مورد بالا اگر سرمایه شرکت سهامی پس از تأسیس از حداقل میزان مقرر قانونی مذکور در ماده ۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ کمتر شود، شرکت باید ظرف یک سال به نوع دیگری تبدیل گشته یا سرمایه تا میزان قانونی افزایش یابد، در غیر این صورت هر ذینفع می‌تواند انحلال شرکت را از دادگاه تقاضا نماید. به موجب بخش آخر ماده ۵ در صورت بر طرف شدن علت انحلال، یا افزایش سرمایه به میزان مقرر، دادگاه رسیدگی را متوقف خواهد نمود. با ملاحظه موارد انحلال شرکت سهامی مشخص می‌شود که در هیچ موردی انحلال شرکت مربوط به شخص شرکا نمی‌باشد. زیرا در این شرکت شخصیت شرکا دخالت ندارد. (پاسبان، ۱۳۹۰، ۱۴۰) نتایج انحلال

شرکت، تصفیه و تقسیم اموال آن است. تصفیه و تقسیم اموال شرکت در زمانی که شرکت به حکم دادگاه باطل اعلام می‌شود نیز انجام می‌گیرد. (ماده ۲۴۷ لایحه قانونی ۱۳۴۷)

۲-۱ موارد انحلال اختیاری و اجباری در قانون آمریکا

بر خلاف انحلال قضایی (اجباری) که با احراز موارد آن دادگاه حکم انحلال را صادر می‌کند، انحلال اختیاری به ابتکار شرکت انجام می‌شود. قانون شرکت‌های عمومی دلاوار

(DGCL) علل انحلال اختیاری شرکت را به شرح ذیل آورده است: ۱- وقتی که مدت زمان شرکت برطبق اساسنامه منقضی شده و یا اینکه حادثه‌ای به وقوع بپیوندد که اساسنامه شرکت بروز آن حادثه را سبب انحلال شرکت دانسته و شرکت در مواهب نامه مجمع عمومی خود مواهب نامه‌ای دال بر انحلال اختیاری شرکت به تصویب برساند. ۲- به محض وقوع اگر مجمع عمومی شرکت توافقنامه اجرایی در خصوص انحلال اختیاری شرکت به تصویب برساند. ۳- اگر مجمع عمومی تواف نامه فوق العاده‌ای صادر کند که به دلیل تعهدات خود نمی‌تواند به ادامه فعالیت خویش پردازد و مصلحت در انحلال شرکت است. ماده ۱۲۴ قانون شرکت‌های عمومی دلاوار (DGCL) حاوی این نکته است که شرکت در اساسنامه خود شروطی را سبب انحلال شرکت دانسته‌اند که با تحقق آن شرط، مدیران شرکت موظف به دعوت مجمع عمومی شرکت جهت انحلال اختیاری شرکت به نحو مقرر در مفاد اساسنامه به لحاظ وقوع امر مشروط هستند لیکن غالباً انحلال اختیاری شرکت با اراده بعدی شرکت است. در حقوق آمریکا شرکا با درج شرطی در اساسنامه می‌توانند مدت زمان حیات حقوقی شرکت را محدود به زمان نمایند تا پس از انجام مهلت مقرر شرکت نتواند به ادامه فعالیت پردازد و در نتیجه شرکت منحل می‌گردد. شرکت می‌تواند در صورت تمایل به ادامه فعالیت، اساسنامه شرکت را از لحاظ تقید به زمان امتداد و یا اینکه شرط مهلت را از اساسنامه شرکت حذف نمایند. انحلال شرکت ممکن است در اساسنامه به عنوان یک رخداد متحمل الوقوع پیش‌بینی شود که با وقوع آن شرکت منحل می‌گردد، اصولاً درج چنین شرطی در اساسنامه شرکت آنچنان برای شرکا واجد اهمیت است که وقوع چنین شرطی از موجبات انحلال شرکت می‌دانند که این امور می‌تواند مرتبط به سلسله عوامل و وضعیت درونی یا بیرونی شرکت یا شرکا باشد. شرکاء در حین تنظیم اساسنامه شرکت، اراده خود را مبنی بر انحلال شرکت در صورت وقوع شرط منحل کننده شرکت سهامی بیان می‌دارند. اصل آزادی اراده در تعیین شرط متحمل الوقوع در اساسنامه می‌تواند مؤثرترین نقش را ایفا کند. (Wardford, 1999: 114)

گاهی انحلال شرکت سهامی به غیر از مقررات شرکت ممکن است ایجاد شود که این نوع انحلال حکایت از تصمیم و اراده مجمع عمومی شرکت در انحلال شرکت با تصویب مصوبه ویژه و فوق العاده دارد؛ بدون اینکه اساسنامه شرکت متضمن شرطی برای انحلال شرکت باشد و این نوع انحلال در واقع بیانگر خواست مجمع عمومی شرکت انحلال شرکت بوده و در قالب مصوبه‌های ویژه و فوق العاده به منصفه ظهور می‌رسد. انحلال اختیاری در حقوق آمریکا که در اختیار مجمع عمومی شرکت یا بستانکاران قرار دارد و تصمیمات آن به صورت مصوباتی ظاهر می‌شود که مظهر اراده شرکت تلقی می‌شود. جالب توجه است که در چنین مواردی مصوبه عادی برای انحلال شرکت کافی شمرده می‌شود و این بدان علت است که تعیین مدت یا پیش‌بینی شرط از مقررات اساسنامه بوده و از پیش به وسیله مصوبه ویژه مجمع عمومی شرکت به تصویب می‌رسد و نیاز دوباره به تصویب مصوبه ویژه یا فوق العاده احساس نمی‌شود. از طرف دیگر، محض انقضای مدت یا وقوع شرط برای انحلال شرکت کافی نیست بلکه انحلال شرکت به دلیل انقضای مدت یا وقوع شرط هیچ اثری در تعیین نوع انحلال ندارد؛ بلکه نوع انحلال اختیاری بر اساس تنظیم و تصمیم سهامداران یا بستانکاران شرکت توسط مدیران است. طبق قانون فلوریدا و قانون دلاوار (DGCL) مجمع عمومی سهامداران می‌توانند بدون هیچگونه ادله‌ای مبادرت به انحلال اختیاری شرکت به نحو اختیاری با صدور مجوز ویژه در این خصوص بنمایند و این شیوه انحلال (انحلال اختیاری توسط مجمع عمومی سهامداران شرکت با مصوبه ویژه) در انحلال اختیاری توسط اعضا غالباً مشاهده می‌شود. چرا که اعضا (سهامداران) با توجه وضعیت شرکت و میزان دیون و اموال شرکت قادر به پرداخت دیون خود هستند مبادرت به این شیوه

انحلال می‌نمایند. به هر حال در هر دو نوع مصوبه اخیر (فوق العاده، ویژه) جهت تصویب انحلال شرکت حضور اکثریت سه چهارم آراء سهامداران که حق حضور در مجمع عمومی فوق العاده را دارند لازم و ضروری است. شایان ذکر است که به طور کلی در حقوق شرکت‌ها در ایالات آمریکا دو نوع مجمع عمومی پیش‌بینی شده است که عبارت از مجمع عمومی سالیانه و مجمع عمومی فوق العاده است، که هر دو مجمع توانایی صدور حکم انحلال اختیاری را دارند. تصمیمات مجمع عمومی سالیانه نسبت به مسائل عادی با اکثریت ساده به تصویب می‌رسد و مصوبات آن مجمع مصوبه عادی است. بنابراین انحلال شرکت در صورت انقضای مدت یا وقوع شرط مندرج در اساسنامه با تصریح در اظهاریه دعوت با مصوبه عادی مجمع عمومی سالیانه به تصویب می‌رسد. (Wardford, 1999: 136-137) همچنین مجمع عمومی فوق العاده می‌تواند با اکثریت ساده مصوبه عادی به تصویب برساند و در صورتی که مدتی برای شرکت تعیین یا شرطی برای انحلال آن پیش‌بینی شده باشد، با انقضای مدت یا وقوع شرط با تصویب یک مصوبه عادی شرکت را وارد انحلال نماید. (spadaccini, 2007: 140-141)

در تمام ایالات آمریکا انحلال اختیاری به دو دسته تقسیم می‌شود که وجه تمایز این دو نوع توجه به صدور و تنظیم برگه‌های موسوم به برگه‌های ملائت است. انحلال اختیاری اعضا و انحلال اختیاری توسط طلبکاران دو نوع منحصر انحلال اختیاری به شمار می‌رود. انحلال اختیاری اعضا به موردی اطلاق می‌شود که مدیران شرکت با ملاحظه وضعیت شرکت مبادرت به تنظیم برگه‌های که موسوم به برگه ملائت شرکت جهت پرداخت دیون خود می‌نمایند. بدیهی است که تنظیم چنین برگه‌ای حکایت از توان شرکت در پرداخت دیون خود به طلبکاران دارد. معیار تفکیک و تشخیص این نوع انحلال از نوع دیگر (انحلال توسط طلبکاران) صرفاً تنظیم و برگه ملائت است و نفس ملائت و یا عدم ملائت شرکت بدون در نظر داشتن اعلامیه ملائت وجه تمایز این دو نوع انحلال نمی‌باشد. اصولاً اگر دارایی شرکت به میزان بیش از دیون و تعهدات شرکت باشد، سهامداران با انتصاب یک نفر به عنوان مدیر انحلال مبادرت به انحلال اختیاری شرکت می‌نمایند. هر مازادی پس از کسر دیون و تعهدات شرکت به سهامداران باز می‌گردد، چرا که بدو مطالبات طلبکاران پرداخت می‌گردد و آنچه باقی می‌ماند متعلق به سهامداران است. این نوع انحلال مستلزم تحقق واقعی پرداخت دیون است. (Wardford, 1999: 83&84) اما انحلال اختیاری طلبکاران در تمامی ایالت‌ها زمانی است که برگه قانونی دال بر توانایی شرکت توسط مدیران تنظیم و صادر نمی‌شود. وجه تمایز این نوع انحلال با انحلال اختیاری توسط اعضا از حیث عدم تنظیم برگه ملائت توسط مدیران است. قانونگذار آمریکایی در حقوق شرکت‌ها مصوب 1986 و در قانون شرکت‌های تجاری مدل (MBCA) و قانون شرکت‌های عمومی دلاوار (DGCL) که از مهمترین قوانین تجاری ایالت‌های آمریکا است، به احصاء مواردی که منجر به انحلال قضایی (اجباری) شرکت‌ها در حقوق آمریکا می‌شود پرداخته است. وقوع هر یک از این موارد سبب می‌شود ذینفع با اتکاء و استناد به وقوع این موارد، انحلال قضایی (اجباری) شرکت را از دادگاه بخواهد. دادخواست انحلال توسط خواهان انحلال قضایی (اجباری) تقدیم دادگاه شده و دادگاه با انطباق بر موارد انحلال قضایی (اجباری) شرکت را وارد مرحله انحلال می‌نماید و انحلال شرکت را بدو به مدیر انحلال موقت که اصولاً امین رسمی است می‌سپارد. تاریخ تقدیم دادخواست انحلال قضایی (اجباری) تاریخ آغاز انحلال محسوب می‌شود. با شروع امر انحلال آثاری نظیر توقف اختیارات مدیران شرکت قبل از انحلال و عدم امکان توقیف اموال شرکت و نیز اخراج کارمندان به وقوع می‌پیوندد.

در انحلال قضایی اولین مدیران تصفیه قضایی به عنوان مدیر تصفیه موقت توسط دادگاه منصوب می‌شود و ممنوعیت بسیاری درباره نقل و انتقال دارایی شرکت و سهام آن و اقدامات حقوقی علیه اموال و دارایی شرکت برقرار گردیده است. و تحقیقات مفصلی توسط نماینده دادگاه صورت می‌گیرد. در انحلال قضایی (اجباری) تحقیق و بررسی پیرامون عوامل و موجباتی که شرکت را مجبور به انحلال می‌نماید در بیشتر ایالت‌ها، توسط امین رسمی که نماینده وزارت دادگاه است صورت گرفته و بازرسی عمومی و خصوصی از مسئولین شرکت و اشخاص که در تأسیس و تشکیل و مدیریت شرکت نقش داشته یا معاملاتی با شرکت داشته‌اند از ویژگی‌های انحلال قضایی (اجباری) در حقوق آمریکا است. پس از تعیین مدیر انحلال،

روند انحلال قضایی (اجباری) نظیر انحلال اختیاری است؛ چرا که در هر دو روش هدف واحدی از جمله وصول و نقد کردن دارایی شرکت و پرداخت دیون و ایفای تعهدات و تقسیم مازاد بین سهامداران شرکت انجام می‌پذیرد. در حقوق آمریکا مطابق با قانون DGCL (MBCA) بعد از انحلال شرکت مدیر انحلال پس از اینکه امور مربوط به انحلال را خاتمه داد آخرین مجمع طلبکاران را دعوت و گزارش نهایی خود از عملیات انحلال را تقدیم می‌نماید و در صورت عدم تشکیل این مجمع، مدیر انحلال گزارش خود را به متصدی ثبت شرکت‌ها جهت آگهی در مجله رسمی تقدیم می‌کند و نام شرکت از دفتر ثبت شرکت‌ها حذف می‌گردد. با توجه به مفاد ماده ۲۱۸ (MBCA) دادگاه در صورت حصول برخی شرایط مبادرت به انحلال می‌نماید قانون شرکت‌های تجاری مدل به دلایلی که باعث انحلال قضایی (اجباری) می‌شود پرداخته است:

- ۱- شرکت با صدور موافقتنامه اجرایی تصمیم به انحلال شرکت به موجب حکم دادگاه بگیرد. ۲- شرکت ثبت شود اما تصدیق نامه‌ای (تأیید نامه) برای شروع فعالیت شرکت صادر نشده و بیش از یکسال از زمان ثبت شرکت گذشته باشد. ۳- مطابق با قانون (DGCL) وقتی که شرکت ظرف یکسال از تاریخ تشکیل مبادرت به شروع فعالی تجاری ننماید و یا اینکه فعالیت تجاری خود را مدت یکسال به تعلیق درآورد. ۴- تعداد اعضای شرکت کمتر از دو نفر شود. ۵- شرکت ناتوان از پرداخت دیون خود باشد. ۶- دادگاه بر این اعتقاد باشد که مصلحت و حفظ حقوق سهامداران ایجاب می‌کند که شرکت منحل شود (Spadaccini, 2007: 136) مواردی که عنوان شد دلایلی است که تقدیم دادخواست انحلال شرکت را توسط اشخاص ذینفع توجیه می‌نماید. انحلال اختیاری از آن جهت که با اراده شرکا و بدون هرگونه قانون شرکت وارد مرحله انحلال می‌شود و نیز از این جهت که دارای تشریفات کوتاهتر و کم هزینه‌تر از انحلال (قضایی) اجباری است، دارای امتیازات ویژه است. در خصوص این پرسش که به چه دلیل شرکت با صدور ویژه از دادگاه برای انحلال قضایی (اجباری) خود درخواست می‌نماید؟ به نظر می‌رسد علت این امر بازگردد به اینکه در انحلال قضایی (اجباری) نقش دادگاه نمایان‌تر و بازرسی‌ها بیشتری انجام می‌شود، مضافاً اینکه با صدور موافقتنامه اجرایی برخلاف انحلال اختیاری که صدور مصوبه ویژه توسط مدیران شرکت با ملاحظه وضعیت شرکت و اعتقاد به توانایی پرداخت دیون در قالب تنظیم اعلامیه ملاتذت صورت می‌پذیرد، این نوع مصوبه و درخواست انحلال قضایی (اجباری) در زمانی به وقوع می‌پیوندد که شرکت متوقف بوده و دارایی آن جوابگوی دیون و تعهدات آن نمی‌باشد (Benvas, 2006: 138).

۲- وجوه اشتراک و افتراق موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا

در این مبحث مسائلی که گسست و تفریق موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا را نشان می‌دهد، مورد واکاوی و مذاقه قرار گرفته است.

۲-۱ اشتراک موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا

موارد انحلال قضایی (اجباری) در حقوق آمریکا شباهت زیادی به موارد انحلال قانونی (اجباری) در حقوق ایران دارد. مدت یکسال عنوان شده در قانون شرکت‌های تجاری آمریکا مدل (MBCA) مهلت متعارف و معمولی است که شرکت از زمان تشکیل بایستی مبادرت به فعالیت تجاری نماید و در صورتی که ظرف یکسال از زمان تشکیل شرکت مبادرت به عمل تجاری ننماید مؤید این امر است که شرکت قصد انجام عمل را ندارد چرا که تمام تلاش‌هایی که در راه تأسیس و تشکیل شرکت به هر دلیلی اعم از دلایل درونی و بیرونی و یا قهری، متوقف و یا معلق شود و امکان دوباره برای ادامه فعالیت شرکت از بین رود، شرکت به موجودی بلاموضوع مبدل می‌شود که وجود آن برای جامعه قابل پذیرش نیست. توقف فعالیت شرکت یا به صورت دائمی است یا به صورت موقت که اگر ایجاد وقفه برای فعالیت شرکت به صورت موقت باشد چنانچه این وقفه کمتر از یک سال به طول انجامد نمی‌توان شرکت را منحل کرد و لیکن اگر این وقفه بیش از یکسال به طول انجامد می‌توان از دادگاه درخواست انحلال قضایی شرکت را نمود. مدت یکسال، مدت متعادل و معقولی است که شرکت به از سرگیری فعالیت تجاری می‌نماید و در غیر این صورت هر ذینفع می‌تواند در خواست انحلال قضایی شرکت را بخواهد. توقف دائمی و یا تعلیق فعالیت تجاری شرکت اصولاً بیانگر فقدان جهت استمرار فعالیت تجاری شرکت است. در حقوق ایالت آمریکا شرکت عمومی دلاوار

(DGCL) الزاماً نیاز نیست که عدم قصد فعالیت شرکت پس از یک سال نمایان شود و چه بسا ممکن است قبل از یکسال آثار عدم توان فعالیت و یا تعلیق شرکت نمایان شود؛ به نحوی که مشخص شود که شرکت قادر نیست تا یکسال به فعالیت خود ادامه دهد که در این صورت می‌توان بر علیه شرکت طرح دعوا انحلال قضایی (اجباری) را نمود مثلاً شرکتی که در زمینه واردات خودرو از کشور کانادا تشکیل یافته با ممنوعیت قانونی جهت واردات به مدت سه سال مواجه شود؛ از این رو می‌توان حتی قبل از موعود تعلیق یا توقیف فعالیت یکساله شرکت از دادگاه درخواست انحلال قضایی (اجباری) شرکت را نمود. (Spadaccini, 2007: 136)

مبنای پذیرش چنین درخواستی و پذیرش آن از طرف دادگاه مصلحت و حفظ حقوق سهامداران است. مجموعه عواملی که می‌تواند سبب تعطیلی یا تعلیق فعالیت شرکت شود و این استمرار بیش از یکسال به طول انجامد را می‌توان به عواملی درونی شرکت نظیر تقلیل سرمایه شرکت برای انجام فعالیت و اختلاف بین سهامداران و یا عوامل بیرونی نظیر شرایط نامساعد اقتصادی حاکم بر جامعه و یا عوامل قهری نظیر وقوع زلزله و عدم اجرای هرگونه فعالیت ساختمانی با توجه به زلزله‌خیز بودن خاک و در نهایت عوامل غیر مادی نظیر موانع قانونی ادامه فعالیت شرکت از جانب دولت اشاره کرد. پس حالت تعلیق فعالیت شرکت ممکن است خارج از اقتدار شرکت و به دلایل عدیده‌ای باشد، یعنی شرکت در وضعیتی قرار بگیرد که امکان اجرای موضوع شرکت متعذر و متعسر باشد. نظیر چنین بحثی را مقنن ایرانی در بند 1 و 2 ماده 201 ل.ا.ق.ت مطرح نموده است که در صورتی که شرکت تا یکسال پس از ثبت رسیدن هیچگونه اقدامی جهت انجام موضوع آن صورت ندهد و یا اینکه فعالیت شرکت در مدت بیش از یک سال متوقف بماند هر ذینفع حق درخواست انحلال شرکت سهامی را دارد.

در حقوق ایالت آمریکا شرکت‌های عام بایستی دارای حداقل سرمایه مجاز باشند در حالی که این شرط در شرکت‌های خاص پیش‌بینی نشده است. شرکت‌های عام بایستی حداقل دارای 50000 دلار سرمایه باشند و یک چهارم آن (12500) دلار نیز نقداً پرداخت شود (ماده 217 قانون شرکت‌ها) فقط شرکت‌های عام می‌توانند سرمایه خود را از طریق پذیره‌نویسی سهام تأمین کنند. در ماده 5 قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ایران نیز حداقل سرمایه در شرکت سهامی عام باید پنج میلیون ریال و در شرکت سهامی خاص باید یک میلیون ریال باشد در صورتی که سرمایه شرکت از این مقدار کمتر شود باید ظرف یکسال نسبت به افزایش سرمایه تا میزان حداقل مقرر اقدام به عمل آید و گرنه هر ذینفع می‌تواند انحلال آن را از دادگاه صلاحیتدار درخواست کند. (اسکینی، ۱۳۸۴: ۲۳۴) گاهی شرکت به دلیل تعهدات و دیون خود ناتوان از اجرای تعهدات است که در صورت عارض شدن حالت توقف بر شرکت، هر ذینفع می‌تواند انحلال قضایی شرکت را درخواست کند. حال در این خصوص که میزان دیون و تعهدات شرکت بایستی به چه میزان باشد و یا اینکه مقصود از ناتوانی از پرداخت دین چه ناتوانی را شامل می‌شود و آیا ناتوانی صرفاً مشمول دین بوده و اینکه تعهدات و اجرائیه‌های علیه شرکت را نیز مشمول می‌شود، ماده 164 قانون شرکت‌های تجاری آمریکا مدل (MBCA) اشعار داشته است که یک شرکت در صورتی می‌تواند ناتوان از پرداخت دین باشد که: ۱- هرگاه یک طلبکار مبلغی بیش از 750 دلار از یک شرکت طلبکار باشد و ارسال اظهارنامه‌ای به اقامتگاه قانونی شرکت این مبلغ را مطالبه کند ولی شرکت ظرف مدت 3 هفته از تاریخ وصول اظهارنامه (بلاغیه) دائر بر مطالبه، از پرداخت این مبلغ قصور نماید و یا تضمینی نداده و یا به نحوی رضایت طلبکار را از طریق سازش کسب ننماید. ۲- وقتی اجرائیه و هرگونه حکم و یا قراری از طرف دادگاه به نفع محکوم له بر علیه شرکت بدون حصول رضایت جزئی و کلی محکوم له اعاده گردد. ۳- اگر این امر برای دادگاه احراز شود که شرکت در صورت لازم التأدیه شدن دیونش از پرداخت آن ناتوان است وقتی که شرکت علیرغم اصرار بر اجرای تعهدات و تأدیه دیونش ناتوان از پرداخت باشد دادگاه ممکن است به این نتیجه برسد که شرکت عاجز از پرداخت دیونش است، عملاً اگر میزان مطالبات کمتر از 75 دلار باشد، با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال وقتی حکم به انحلال قضایی شرکت توسط دادگاه صادر می‌شود که شرکت متوقف از پرداخت دین تشخیص داده شود و گاهی در رویه دادگاه‌های ایالت آمریکا شرکت به دلیل عدم پرداخت

35 دلار نیز عاجز از پرداخت دین شناخته شده است (Spadaccini, 2007: 138-140). در قانون ایران به عجز از پرداخت دیون اشاره‌ای نشده است اما می‌توان گفت که بند ۳ ماده ۱۹۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت که به ورشستگی اشاره کرده است و ورشکستگی را از موارد انحلال شرکت سهامی دانسته است تا حدودی به این قاعده و امر مهم (عجز از پرداخت دیون) توجه داشته داشته است با این حال قانون ما انحلال شرکت در صورت ورشکستگی را تابع مقررات مربوط به ورشکستگی می‌داند. اگر چه هر دو سیستم حقوقی انحلال و تصفیه شرکت واژگانی است که حکایت از پایان زندگی شرکت دارد، باید اشاره کرد که در حقوق ایران ابتدا شرکت منحل می‌گردد و سپس امر تصفیه آن صورت می‌پذیرد (کاتبی، ۱۳۸۵: ۱۰۳) در آمریکا یا ضمن انحلال وارد مرحله تصفیه می‌شود یا بعد از انحلال مانند حقوق ایران به تصفیه شرکت می‌پردازد. شخصیت حقوقی شرکت با انجام تشریفات ساده‌ای که همانا حذف نام شرکت از دفتر ثبت شرکت‌هاست، انجام می‌شود. شرکت در حال تصفیه شخصیت حقوقی خود را حفظ می‌کند و تا پایان تصفیه باقی می‌ماند. طبق مفاد ماده ۲۰۶ لایحه قانونی ۱۳۴۷، نام شرکت در طول امر تصفیه ذکر می‌شود و همه جا عبارت در حال تصفیه ذکر می‌شود. در قانون آمریکا نیز با شروع روند انحلال هرگونه انتقال سهام بدون تصویب مدیر انحلال و همچنین هرگونه تغییر سمت اعضاء شرکت باطل است.

با این حال انتقال اوراق قرضه مانعی ندارد چرا که تغییر شخص طلبکار با انتقال اوراق قرضه تفاوتی در ثبوت دیون شرکت نمی‌دهد و صرفاً شخص طلبکار تغییر یافته و تغییر دارندگان اوراق قرضه به واسطه انتقال اوراق قرضه نمی‌تواند بار مالی برای شرکت داشته باشد. پس از انتقال اوراق قرضه می‌تواند بدون موافقت مدیر انحلال انجام شود. مطابق ماده 141 (DGCL) از زمان انتصاب مدیر انحلال، اختیارات مدیران شرکت متوقف و امر انحلال به مدیر انحلال واگذار شده مگر اینکه مدیر انحلال و یا مجمع عمومی شرکت در انحلال اختیاری اعضاء به ادامه فعالیت مدیران شرکت دهند و در انحلال اختیاری طلبکاران، کمیته انحلال به این امر رضایت دهد و اگر چنین کمیته‌ای تشکیل نشده بود طلبکاران به ادامه مدیران شرکت رضایت دهند. (Wardford, 1999: 176-178)

۲-۲ وجوه افتراق موارد انحلال شرکت‌های سهامی در قانون ایران و آمریکا

در تمام ایالات آمریکا انحلال اختیاری به دو دسته تقسیم می‌شود انحلال اختیاری توسط طلبکاران و انحلال اختیاری توسط اعضاء، انحلال اختیاری اعضاء به طور کامل توسط سهامداران اداره می‌شود و مدیر انحلال نیز به طور انحصاری توسط آن تعیین می‌گردد، در این مورد هیچگونه مجمعی از طلبکاران دعوت نشده و کمیته انحلال نیز ایجاد نمی‌گردد. خروج سهامداران بزرگ شرکت و بی فایده بودن فعالیت شرکت به نحوی که فقط نامی از شرکت در کاغذ یا بر جاستمی تواند مبادرت به این نوع انحلال را توجیه کند. معیار اصلی شناسایی این نوع انحلال از انحلال اختیاری توسط طلبکاران، صرفاً صدور برگه ملائت توسط مدیران شرکت است، ولو اینکه شرکت توانایی پرداخت دیون را نداشته باشد، در این چنین موردی شرکت (مدیران) بایستی نسبت به تشکیل مجمع طلبکاران در ظرف مدت 30 روز بعد از تصویب مصوبه انحلال اختیاری شرکت با ارسال اخطاریه تشکیل جلسه از طریق پست برای طلبکاران تا 7 روز قبل از تشکیل جلسه اقدام نماید. اعلامیه مجمع طلبکاران بایستی در مجله رسمی و در روزنامه محلی منتشر گردد و آن اعلامیه حاوی نام و آدرس کارشناس امر اعسار (شاغلین و افراد واجد شرایط امر توقف) است. مدیران شرکت قبل از تشکیل مجمع طلبکاران اطلاعات لازم را در اختیار طلبکاران شرکت قرار می‌دهند و مکانی که نزدیک شرکت باشد را برای تشکیل جلسه اعلام و دو روز قبل از برگزاری مجمع طلبکاران فهرست اسامی طلبکاران و آدرس آنان به همراه سایر اطلاعات را بدون هیچگونه هزینه‌ای در اختیار طلبکاران قرار می‌گیرد. مدیریت بر روند انحلال عهده اعضاء و طلبکاران خواهد بود لیکن در کلیه موارد طلبکاران دارای نهایت نظارت و کنترل هستند. طبق ماده 145 (DGCL) مدیران شرکت همچنین موظفند یک نفر را به عنوان رئیس مجمع طلبکاران انتخاب نموده و شخص منتخب آنان باید در زمان و مکان مقرر حضور یافته و ریاست مجمع را به عهده بگیرد. مدیر انحلال پس از اعتقاد به اینکه شرکت قادر به پرداخت دیون خود نمی‌باشد بایستی ظرف مدت 28 روز از تاریخ شکل‌گیری این اعتقاد، نسبت به فراخوانی مجمع طلبکاران

اقدام نماید و گزارش کاملی از امور شرکت را قبل از تشکیل این مجمع تهیه و به مجمع طلبکاران تقدیم دارد با این توضیح انحلال اختیاری اعضاء تبدیل انحلال اختیاری طلبکاران خواهد شد و طلبکاران در مجمعی که به موجب ماده 95، برگزار می‌گردد اتخاذ تصمیم نمایند. در صورتی که تصمیم راجع به انحلال اختیاری شرکت در قانون ایران توسط مجمع عمومی فوق‌العاده شرکاء صورت می‌پذیرد و اسامی مدیر یا مدیران تصفیه و نشانی آن‌ها با رعایت ماده ۲۰۷ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت باید ظرف ۵ روز از طرف مدیران تصفیه به مرجع ثبت شرکت‌ها اعلام گردد تا پس از ثبت جهت اطلاع عموم در روزنامه رسمی و روزنامه کثیرالانتشاری که اطلاعیه‌ها و آگهی مربوط به شرکت در آن نشر می‌گردد آگهی شود. بنابراین انحلال اختیاری در ایران تنها توسط مجمع عمومی فوق‌العاده صورت می‌پذیرد در حالی که در قانون آمریکا انحلال اختیاری توسط مجامع عمومی توسط مجمع عمومی فوق‌العاده و سالیانه صورت می‌گیرد. با این توضیح که ماده 199 قانون اصلاح قانون تجارت در باب انحلال شرکت سهامی نیز چنین حقی را به مجمع عمومی فوق‌العاده داده است، با ذکر این نکته که آنچه در انحلال شرکت سهامی به نحو اختیاری از لحاظ قانونگذار ایران مهم است تشکل مجمع فوق‌العاده و رأی به انحلال شرکت سهامی است حال آنکه در مقررات حقوق آمریکا، مطابق با قانون شرکت‌های تجاری مدل (MBCA) انحلال اختیاری شرکت سهامی در صلاحیت مجمع عمومی سهامداران شرکت است که می‌تواند تصمیم به انحلال شرکت را هم در جلسه عمومی (سالیانه) و نیز در مجمع عمومی فوق‌العاده مطرح نماید، با این توضیح که نوع مصوبه صادره مبنی بر انحلال اختیاری شرکت بایستی مطابق با بند (ب) و (ج) ماده 84 باشد و نوع مصوبه صادره از این حیث دارای اهمیت است در حالیکه در حقوق ایران تشکیل نوع مجمع واجد اهمیت است. در قانون ایران انحلال اختیاری توسط مجمع عمومی فوق‌العاده با اکثریت دو سوم آراء حاضر در جلسه ایجاد می‌شود اما در قانون (فلوریدا) آمریکا با حداقل ۵۰ درصد سهام شرکت انحلال اختیاری صورت می‌گیرد به این معنا که اگر یک نفر پنجاه درصد سهام شرکت را دارا باشد می‌تواند تقاضای انحلال شرکت را بکند. در ایران در صورتی که سمت تمام یا بعضی از کارکنان هیأت مدیره بلا تصدی باشد ذینفع می‌تواند تقاضای انحلال شرکت را از دادگاه بخواهد و به هیچ وجه انحلال توسط مدیران صورت نمی‌گیرد اما در قانون آمریکا در موارد بسیار محدودی در صورت عدم انتخاب اعضاء یا عدم ثبت مدیران در اساسنامه انحلال توسط اکثریت مدیریت انجام می‌شود. انحلال شرکت به دلیل انقضاء مدت در قانون آمریکا از موجبات اختیاری بوده حال آن که انقضاء مدت شرکت در حقوق ایران از موجبات قانونی (اجباری) انحلال شرکت‌های سهامی است.

انحلال شرکت در قانون آمریکا ممکن است در اساسنامه به عنوان یک رخداد متحمل الوقوع پیش‌بینی شود که با وقوع آن شرکت منحل می‌گردد. اصولاً درج چنین شرطی در اساسنامه شرکت آنچنان برای شرکا واجد اهمیت است که وقوع چنین شرطی از موجبات انحلال شرکت می‌دانند که این امور می‌تواند مرتبط به سلسله عوامل و وضعیت درونی یا بیرونی شرکت یا شرکاء باشد. (Spadaccini, 2007: 112-113) اما آیا در قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ایران نیز به همین صورت عمل می‌شود به عبارت دیگر آیا می‌توان در اساسنامه قید کرد که در صورت ورشکستگی یا اعسار یا ممنوع معامله شدن یا فوت یکی از شرکا شرکت منحل شود؟ قانون تجارت ایران این نکته را پیش‌بینی نکرده است اما قانونگذار چنین مواردی را از مواردی نمی‌داند که بتوان شرکت را به سبب آن‌ها منحل کرد. موارد انحلال شرکت جنبه حصری و امری دارد. بنابراین طرفین نمی‌توانند در اساسنامه چنین توافقاتی را مطرح کنند اما نظیر چنین ماده‌ای (شرط انحلال شرکت در اثر حادثه) را می‌توان در ماده 141 و 181 قانون تجارت ایران در باب اثر گذاری فوت شریک در شرکت با مسئولیت محدود و فوت و حجر یکی از شرکای ضامن در شرکت مختلط سهامی دید. مطابق بند 2 ماده 124 قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ایران شرکت‌های سهامی عام باید حداقل ۵ نفر عضو داشته باشند و شرکت‌های سهامی خاص باید ۳ نفر عضو داشته باشند و کمتر از این مقدار باعث انحلال شرکت می‌شود، اما در شرکت‌های تجاری آمریکا انحلال شرکت در صورتی است که تعداد سهامداران به کمتر از دو نفر تقلیل یابد. برای انحلال (قضایی) اجباری شرکت، افراد ذینفع باید در صد طرح دعوا به طرفیت شرکت به خواسته صدور حکم بر انحلال شرکت برآیند و دادخواست انحلال اجباری به

دادگاه تقدیم گردد. گرچه انحلال قضایی توسط دادگاه صورت می‌پذیرد لیکن دادگاه نمی‌تواند به ابتکار خود و رأساً به این امر مبادرت ورزد و بایستی دادخواست انحلال توسط افراد ذینفع به دادگاه ارائه شود. این افراد در ماده ۱۴۹ قانون شرکت‌های تجاری مدل (MBCA) و تحت اشخاصی که می‌توانند دادخواست انحلال قضایی را ارائه دهند مشخص شده است. این اشخاص عبارتند از: ۱- شرکت یا مدیران شرکت ۲- طلبکاران ۳- سهامداران ۴- امین رسمی ۵- دادستان کل. (Benvas, 2006: 170-171) اما در قانون ایران به موجب ماده ۲۰۱ هر ذینفع می‌تواند انحلال شرکت را از دادگاه بخواهد اما متأسفانه در قانون ما مشخص نشده است که منظور از هر ذینفع چه کسانی می‌باشند، بنابراین باید گفت درخواست انحلال شرکت محدود به اشخاص معینی نمی‌شود، بلکه هر شخصی که بتواند در دعوای انحلال ذینفع تلقی گردد می‌تواند برای انحلال شرکت به دادگاه رجوع نماید مانند شخصی که که دین شرکت را تضمین نموده است و یا اینکه براتی را شرکت صادر نموده است ظهنویسی کرده باشد، زیرا در چنین مواردی ادامه فعالیت شرکت در صورتی که زیان‌آور باشد موجب افزایش مسئولیت اشخاص مزبور می‌باشد. بنابراین تمام افرادی که سمتی در دعوای انحلال داشته باشند و منافع مشروعی را تعقیب و دلایلی را که قانون بیان کرده است اثبات نمایند می‌توانند حکم انحلال شرکت را به دست آورند. همان‌طور که قبلاً ذکر گردید در موارد بسیاری مشکلات بین سهامداران جز با از بین رفتن و انحلال شرکت حل و فصل نمی‌شود، بنابراین قانونگذار آمریکایی شرکت‌های عمومی دلاوار (DGCL) یکی از دلایل انحلال شرکت را مصلحت و حفظ حقوق قرار داده است و اجازه می‌دهد که دادگاه به استناد و مصلحت و حفظ حقوق حکم انحلال شرکت را صادر نماید. گاهی حقوق سهامداران اقلیت مورد خدشه سهامداران اکثریت قرار می‌گیرد؛ اما انحلال شرکت به دلیل مصلحت و حفظ حقوق محدود به موارد مزبور نیست و دادگاه در شرایطی حکم انحلال را می‌دهد که در برخی موارد متضمن فشار یا محرومیت سهامداران اقلیت نمی‌باشد، بلکه مصالح دیگری از جمله منافع اجتماعی را در نظر می‌گیرد. شایان ذکر است که صدور حکم انحلال به دلیل مصلحت و حفظ حقوق سهامداران محدود به مواردی نمی‌باشد که دادگاه‌ها براساس آن رأی داده‌اند بلکه متقاضی می‌تواند به هرگونه شرایطی مصلحت و حفظ حقوق سهامداران استناد جوید. بنابر آنچه که گذشت مصلحت و حفظ حقوق سهامداران که مستند انحلال شرکت‌های تضامنی و نسبی در حقوق آمریکا قرار می‌گیرد را می‌توان با دلایل موجه در انحلال شرکت‌های تضامنی و نسبی در حقوق ایران مقایسه کرد. مصلحت و حفظ حقوق در حقوق ایالات آمریکا مفهومی است که دلیل عام برای انحلال انواع شرکت‌هاست لیکن دلایل موجه در حقوق ایران دلیل خاص برای انحلال (قضایی) اجباری شرکت‌هایی است که دارای شریک ضامن است. (بند ج ماده ۱۳۶ قانون تجارت). در صورتی که در قانون ایران همان‌طور که ذکر شد موارد انحلال شرکت سهامی امری و حصری هستند و سهامدار تنها در صورتی می‌تواند تقاضای انحلال شرکت را از دادگاه بخواهد که یکی از موارد بند ۱ و ۲ ماده ۲۰۱ صورت گرفته باشد، و همچنین شرکت سهامی یک شرکت سرمایه‌ای است و انحلال شرکت به دلیل و حمایت از شخصیت شرکاء و سهامداران نیست که این مورد یکی از ضعف‌های قانون تجارت ما است. (ستوده تهرانی و صفری، ۱۳۹۰: ۱۹۶)

در قانون ایران به موجب ماده ۲۰۲ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت در مورد بندهای ۱ و ۲ و ۳ ماده ۲۰۱ دادگاه حداکثر ۶ ماه به شرکت‌های سهامی فرصت می‌دهد تا در جهت رفع موجبات انحلال اقدام کنند در حالی که در قانون آمریکا تنها ۷ روز کاری شرکت سهامی فرصت دارد برای رفع موارد انحلال شرکت اقدام کنند. ادغام و تجزیه شرکت‌ها، دو مکانیسم مهم در عرصه اقتصاد جهانی به شمار می‌روند در حقوق آمریکا شرکت می‌تواند از طریق انتقال اموال خود به شرکت منتقل الیه در انحلال اختیاری و یا ادغام دو یا چند شرکت در همدیگر از خطر انحلال جلوگیری کند (Wardford, 1999: 53-55) در حالی که بحث ادغام و تجزیه شرکت سهامی در قانون ایران مورد عنایت و توجه قرار نگرفته است و باعث انحلال اختیاری شرکت می‌شود.

نتیجه‌گیری

امروزه، جوامع مختلف خصوصاً کشورهای در حال توسعه به منظور ارتقاء سطح علمی خود، بیش از پیش نیاز به دستیابی به دانش و تجربه کشورهای دیگر دارند، بدون شک، مطالعه تطبیقی نیز از جمله عوامل توسعه علوم هر کشور خواهد بود. قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ در زمینه شرکت‌های سهامی گام مؤثری ایجاد کرد اما با این حال هنوز این قانون دارای نواقص و اشکالاتی مخصوصاً در زمینه انحلال شرکت می‌باشد بنابراین پیشنهاد می‌شود موارد انحلال در شرکت سهامی که در ماده ۱۹۹ قانون قسمتی از اصلاح قانون تجارت آمده تنها به مواردی که در قانون آورده شده است اکتفاء نشود و موارد انحلال حصری نباشد و به صورت تمثیلی بیان شود و شروط انحلال شرکت سهامی به موارد دیگر من جمله تقاضای انحلال شرکت از دادگاه به درخواست یکی از سهامداران در صورتی که محکمه آن دلایل را موجه دانسته تعمیم داده شود و همان طور که در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز آمده است طرفین در انعقاد قرارداد خصوصی تازمانی که مخالف قانون نباشد آزاد هستند که این ماده نیز به صراحت اشاره به آزادی اراده افراد دارد. فرض دیگر در انحلال شرکت سهامی در قانون ایران این بود که سرمایه شرکت از حداقل میزان قانونی کمتر شود اما در نتیجه این انحلال طلبکاران این شرکت‌ها بیشترین ضرر را متحمل می‌شوند از طرفی هدف قانونگذار مبنی بر اینکه افراد برای فعالیت‌های کوچک به این نوع شرکت‌ها روی نیاورند، تأمین نمی‌شود. بنابراین اصلاح میزان حداقل سرمایه و درصدی نقدی واریز شده ضروری به نظر می‌رسد. زیرا هدف قانونگذار در سال ۱۳۴۷ این بوده که شرکت در بدو تأسیس از نقدینگی مناسبی برای جلب اعتماد مردم برخوردار باشد. در حالی که این مبلغ امروزه برای هدف مذکور بسیار ناچیز است و این مقدار جوابگوی طلبکاران بعد از انحلال شرکت نیست بنابراین حداقل سرمایه باید خیلی بیشتر از این مبلغ فعلی باشد تا باب سوءاستفاده برای کلاهبرداران که اغلب با تشکیل شرکت با حداقل سرمایه و با استفاده از عنوان آن به انحاء و عناوین مختلف مبادرت به تحصیل مال به طرق نامشروع می‌کنند و در آخر نیز با کمتر از همین مقدار حکم انحلال آن‌ها صادر می‌شود همیشه باز می‌باشد و در آخر اینکه در اغلب کشورهای دنیا ادغام و تجزیه شرکت‌ها وسیله‌ای لازم و مناسب برای اجرای بعضی از سیاست‌های اقتصادی است؛ در حالی که در لایحه قانونی ۱۳۴۷ به این ابزارهای حقوقی توجه چندانی نشده است. در اکثر کشورها از جمله آمریکا دهه‌های چندی است که نهادهایی مانند ادغام دو یا چند شرکت در همدیگر و به همین نحو تجزیه در اقتصاد شرکت داری به عنوان راه برون شو مفیدی برای جلوگیری از ورشکستگی شرکت‌ها و انحلال آن‌ها و در نتیجه پرهیز از هزینه‌های ناظر به این امر به شمار می‌رود، در نظام حقوقی ما به دلیل عدم پذیرش چنین راهکارهایی، صاحبان سرمایه جهت تحقق ادغام با شرکت دیگری ناچار از ورود به تشریفات طولانی و پرهزینه انحلال شرکت می‌باشند در نتیجه ادغام و تجزیه هم از علل انحلال اختیاری در ایران است. بنابراین با تأمل و نگرش در مطالعه تطبیقی همچنین ضرورت بازنگری و اصلاح در موارد انحلال شرکت‌های سهامی پیشنهاد می‌شود قانونگذار ما نیز در لایحه جدید قانون تجارت که در سال ۱۳۸۲ تدوین گشت اما هنوز به تصویب نرسیده است، در این زمینه احکامی که بیان شد در قوانین ما نیز جاری سازد و براین اساس قوانین مورد نیاز را وضع کند. مسلماً اگر صرف این زمان طولانی برای رسیدن به قانونی جامع و خالی از اشکال باشد آن را به فال نیک می‌گیریم.

فهرست منابع

۱- کتاب

الف) فارسی

- ۱- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴)، شرکت‌های سهامی عام و خاص، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، سمت
- ۲- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۰)، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ ششم، تهران، سمت
- ۳- ستوده تهرانی، حسن، صفری، سید احمدی سجادی، علی (۱۳۹۰)، حقوق تجارت، جلد دوم، تهران دادگستر
- ۴- عرفانی، محمود (۱۳۸۴)، شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، میزان
- ۵- کاتبی، حسینقلی (۱۳۸۵)، حقوق تجارت، چاپ دوازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش

ب) لاتین

- 1- Bevens, Neal (2006), Business organizations and corporate law, 1th ed, Boston, cengage learning
- 2- Spadaccini, Michael (2007), Entrepreneur Magazine's Legal guide, 1th ed, Irvine (califonia), Entrepreneur press
- 3- Wardford, Marilyn (1999), Connecticut corporation law & practice, 2th ed, Aspen publisher

۲- اسناد و قوانین

الف) فارسی:

- ۱- لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۲۴ اسفند ۱۳۴۷)

ب) لاتین:

- ۱- قانون شرکت‌های عمومی دلاوار (DGCL)
- ۲- قانون شرکت‌های تجاری مدل (MBCA)

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۸

صص ۳۶۹ - ۳۸۲

تعامل جرم‌شناسی با قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحیه ۱۳۹۴/۳/۲۴*

خیرالله خزایی^۱، دکتر اکبر وروایی^{۲*}

۱- دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران

۲- دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران

۳- استادگروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، عضو هیأت علمی دانشگاه علوم انتظامی امین، استاد واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

چکیده

در بسیاری از کشورها با وجود این که قوانین آیین دادرسی کیفری آمرانه و به صورت یکطرفه از طرف دولت وضع می‌شوند، متحول شده اند. برخی از این تحولات بیش از هر چیز، ناشی از نتایج تحقیقات و یافته‌های جرم‌شناسی است. با وجود اینکه جرم‌شناسی رشته علمی است و به علت دیدگاه‌های انتقادی و سرزنش‌کننده آن چندان مورد استقبال دولت‌ها نیست، اما در قوانین کیفری به ویژه آیین دادرسی کیفری نفوذ کرده و اهداف متفاوتی را بر آن در نظر گرفته است. این اهداف در قالب‌های متفاوتی از جمله جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضازدایی تبلور یافته است. در این خصوص تعقیب‌زدایی کیفری در راستای سیاست تحدیدگرایی در حقوق کیفری قابل توجیه بوده، و این خود جلوه‌هایی از دیدگاه «الغاگرایی نسبی حقوق کیفری» می‌باشد و مصادیق آن از جمله تعلیق تعقیب، تعویق تعقیب، قراردادی شدن حقوق کیفری، فضاوتی شدن دادرسی، گزینشی شدن پیگرد متهمین، مک دونالدی شدن رسیدگی کیفری، رعایت کرامت انسانی، از دستاوردهای تاثیر جرم‌شناسی در حقوق کیفری شکلی می‌باشد.

واژگان کلیدی: تعقیب‌زدایی کیفری، جایگزین‌های تعقیب کیفری، سرعت در رسیدگی، کاهش

هزینه‌ها، حقوق بزه‌دیده و متهم.

* این مقاله مستخرج از رساله دکتری تخصصی در پردیس علوم تحقیقات واحد کرمانشاه دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه بوده است.

** نویسنده مسئول dr.akbarvarvaei@yahoo.com

مقدمه

آیین دادرسی کیفری از برجسته‌ترین شاخه‌های علوم جنایی است که ویژگی این شاخه از علوم جنایی نگاه «بایدی» و یک سویه و نوعی تحکم و الزام بر واردین آن «متهمین» می‌باشد و علت آن هم کاملاً روشن است زیرا، حقوق کیفری چه در بعد ماهوی و چه در بعد شکلی مقید به نظم عمومی می‌باشد و بنابراین در این پهنه‌ی علوم جنایی شاهد نوعی «حکومت» بر بزه‌کاران و بزه‌دیدگان می‌باشد، بدین‌سان ویژگی این شاخه از علوم جنایی به واسطه‌ی رسالت آن از یک طرف که مخاطب آن، انسان است که در ایدلوژی اسلامی دارای کرامت انسانی می‌باشد و از طرف دیگر پاسخ صریح به بزه‌کاران و واکنش در مقابل جرم را دارد. لذا بدین سبب این رشته شاخه‌ای مهم به شمار می‌رود به همین منظور است که در فرآیند و تنظیم و تصویب اسناد بین‌المللی حقوق بشری، مثل «اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸» و یا «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶» شماری از مواد آن به حوزه آیین دادرسی کیفری و نظام عدالت کیفری اختصاص یافته است برای مثال می‌توان به ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی اشاره کرد که در بند اول اصل تساوی و دادخواهی منصفانه، بند دوم فرض براءت، بند سوم زمان، زبان قابل فهم، سرعت رسیدگی و موارد دیگری که مورد تسریع گردیده است جملگی این موارد توجه خاص و ویژه‌ای به اصول دادرسی منصفانه داشته و آن‌ها را به رسمیت شناخته است البته این توجه فقط ویژه اسناد بین‌المللی و یا منطقه‌ای نیست بلکه در دهه‌های اخیر توجه قانونگذاران به استفاده از دستاوردهای جرم‌شناسی در حقوق کیفری ماهوی و شکلی به طور فزاینده‌ای افزایش داشته است مثلاً با تعمق در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصول متعددی در فصل سوم، زیر عنوان حقوق ملت «از قبیل حقوق سیاسی، اجتماعی و فرهنگی و یا حقوق انسانی در خصوص رنگ، نژاد و زبان، عدم تعرض به حقوق انسان، عدم تفتیش عقاید، آزادی مطبوعات تشکیل احزاب و جمعیت‌ها، عدم دستگیری خودسرانه، حق دادخواهی، حق انتخاب وکیل، عدم شکنجه و اذیت و آزار، عدم هتک حیثیت و عدم بازداشت خودسرانه ... و همچنین اصل سی و هفتم که به فرض براءت اشاره دارد نمونه‌ی شاخص در این زمینه می‌باشد، لذا در قلمرو قانونگذاری و بخش‌های متعدد نظام عدالت کیفری به ویژه سیاست‌های مربوط به فرآیند کیفری از قبیل تشکیلات قضایی، و تشریفات دادرسی منصفانه و عادلانه، قانونگذار توجه جدی به استفاده از یافته‌های جرم‌شناسی را در سرلوحه‌ی حوزه تقنین خود قرار داده است (نیازپور، ۱۳۹۵: ۱۲۲).

و با یک نگاه بیطرفانه عملکرد نهادهای حقوق کیفری را مورد نقادی قرار داده و در صورت لزوم به ارائه راهکار عملکردی و درمانی می‌پردازد بدین شکل می‌باشند که جرم‌شناسی علمی، تجربی، توصیفی و تحلیلی و چند رشته‌ای می‌باشد و لذا جرم‌شناسی در شاخه نظری به ارائه نظریه‌ها و راهبردها پرداخته و در بعد دیگر به ارائه پیشنهادات جهت درمان بزه‌کاری که از دل نظریه‌ها برمی‌آید می‌پردازد. (جرم‌شناسی کاربردی) و بدین‌سان جرم‌شناسی می‌کوشد علاوه بر درمان در تحقق یک دادرسی عادلانه و منصفانه بکوشد (شاملو، ۱۳۹۴: ۱۰۰).

این یافته‌های جرم‌شناسی علاوه بر اینکه در دهه‌های اخیر به تساوی حقوق بزه‌کاران و بزه‌دیدگان انجامید، می‌تواند نوعی مساعدت برای سیاستگذاران حوزه قانونگذاری جهت تصویب و تدوین یک قانون کارآمد و علمی‌منجر شود: به عبارت دیگر استفاده علمی و صحیح بر اساس روش‌های تجربی و عینی از دستاوردهای جرم‌شناسی به دست آمده می‌تواند در مدیریت بهینه پدیده جنایی، نظام‌های حقوقی را یاری نماید.

البته دیدگاه‌های متعددی در زمینه استفاده از آموزه‌های جرم‌شناسی از سوی حقوقدانان و صاحب نظران مطرح گردیده است، برخی معتقدند نباید جرم‌شناسی به حوزه حقوق کیفری نفوذ کند و علت هم این است که برای تدوین حقوق جزا معلومات و دانش‌ها بکار می‌رود.

۱. فرض براءت متضمن این معنا است که هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بیگناه فرض شود تا اینکه مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود.

که این معلومات و دانش‌ها بسیار پیچیده می‌باشد و جرم‌شناسی تنها یکی از جنبه‌های آن را در کنار اندیشه‌های تاریخی و سیاسی، اداری و پرورش تشکیل می‌دهد، و برخی دیگر معتقدند جرم‌شناسی باید الهام بخش اساس سیاست جنایی و حقوق جزا باشد، زیرا موضوع این نظام‌ها مبارزه علیه بزهکاری است و با آن نمی‌توان مبارزه موثری کرد مگر آنکه ریشه‌ها و علل و عوامل جرم و بزهکاری شناسایی شود و این جرم‌شناسی است که به طور دقیق شناخت‌های ضروری درباره این عوامل و فرآیندهای کنش جنایی و نیز وسایل و راهبردهای مخصوص پیشگیری از تکرار جرم را فراهم می‌آورد. (فرجیها، ۱۳۸۳: ۹۲)

بهر تقدیر امروزه شاهد تحول در حقوق کیفری شکلی با استفاده از یافته‌های جرم‌شناسی می‌باشیم تصویب قانون موقتی اصول محاکمات جزایی در سال ۱۲۹۱ و یا تهیه و تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در قالب ۶۹۹ ماده و همچنین تغییرات و بازنگری‌های متعدد در دهه‌های اخیر، جملگی حکایت از اساسی بودن آیین دادرسی کیفری دارد. علاوه بر دستاوردهای حقوق بشری در آیین دادرسی کیفری شاهد تحولات عمده در حوزه تقنینی با استفاده از یافته‌های جرم‌شناسی برای کنترل پدیده‌ی بزهکاری می‌باشیم تا بدین‌سان شاهد حقوق‌سازی آموزه‌های جرم‌شناسی باشیم (نیازپور، ۱۳۹۵: ۱۲۲).

سیاستگذاران جنایی ایران در سال ۱۳۹۲ به اشکال مختلف آموزه‌های جرم‌شناسی را جهت بهبود دستگاه عدالت کیفری از قبیل نهادسازی قضایی میل تعلیق تعقیب، تعویق تعقیب، بایگانی کردن پرونده، میانجیگری کیفری، پلکانی کردن قراردادهای تامین کیفری و تحول در حوزه اداری و اجرایی آیین دادرسی کیفری از جمله سرعت در رسیدگی را از سرلوحه برنامه‌های خود قرار داده‌اند.

تعامل جرم‌شناسی با دستاوردهای قضایی در حقوق کیفری شکلی

در بین نظریات جرم‌شناسانه که هر کدام به گونه‌ای تولید جرم و محتوای آمار جنایی را تحت تأثیر قرار داده‌اند، آن دسته از نظریاتی که کنشگران اصلی عمل مجرمانه، یعنی بزهکار و بزه‌دیده را محور مطالعات خود قرار داده‌اند، بیشتر به متناسب بودن تعقیب توجه داشته‌اند. بی تردید نظریاتی که جرم را محور قرار داده و بدین جهت معتقدند «حتمی بودن عقوبتی حتی معتدل، همیشه تأثیر شدیدتر از ترس از مجازات موحش که امید رهایی در آن راه دارد، به جا می‌گذارد» (بکاریا، ۱۳۸۹: ۸۶)

خوداری مقام قضایی از تعقیب را بر نمی‌تابد و تعقیب و مجازات مرتکب جرم را به عنوان حقی که به یک فرد تعلق ندارد و از آن همه شهروندان است (بکاریا، همان: ۸۷) در دوره‌ای که بزهکار مرکز مطالعات جرم‌شناسانه قرار گرفت، واکنش جامعه با توجه به شخصیت مرتکب، انگیزه وی و اوضاع و احوال ناظر بر تعیین جرم تعیین می‌شد.

پس از آن در کنار بزهکار، بزه‌دیده نیز مورد توجه قرار گرفت. در واقع مقام قضایی، دیگر به طور مطلق و بدون اعتنا به نظر بزهکار و بزه‌دیده در خصوص دعوی کیفری تصمیم نمی‌گرفت، بلکه از این پس نظر نقش آفرینان دعوی کیفری را در زمینه تعیین سرنوشت دعوا جویا شده و گاه نظرها و خواسته‌های آنان را بنیان پاسخ دهی قرار می‌داد. (نیازپور، ۱۳۹۲: ۱۱۵ به بعد)

این رویکرد که از آن به عدالت ترمیمی^۱ نام برده می‌شود، از گونه‌های اصل تغییر جهت در راهبردهای عدالت کیفری است که با رویکردی جدید به پدیده بزهکاری و چگونگی پاسخ‌دهی به آن می‌نگرد. (Johnston.2002.P.88)

بدیهی است این نوع نگرش تا اندازه زیادی در توجه به متناسب بودن تعقیب و جلوه‌های آن یعنی تعویق تعقیب، تعلیق تعقیب، میانجیگری... تأثیرگذار است.

همچنین نظریه برچسب زنی نیز به عنوان یکی از مبانی نظری جلوه‌های متناسب بودن تعقیب قابل طرح می‌باشد. این نظریه ابتدائاً توسط لی مرت مطرح و در آمریکا و انگلیس بسط و توسعه داده شد، زیرا در این دو کشور پلیس دارای اختیارات زیادی است و عملکرد وی در دستگیری‌ها مورد انتقاد قرار گرفت، اما این نظریه تحول بزرگی در سیاست جنایی و کیفرزدایی به وجود آورد (جمشیدی و نوریان، همان: ۱۳۹۲) به

ویژه در مورد کودکان که دادرسی آن‌ها از حیطة اختیارات پلیسی و دادسرا خارج گردید و تمامی مراحل دادرسی حتی تحقیقات مقدماتی نیز در دادگاه انجام می‌شود. (زراعت، ۱۳۹۱: ۱۴۷)

به بیان دیگر این نظریه که مطابق آن کسی که برچسب مجرمانه می‌خورد از نظر روانی خودش را مجرم فرض کرده و جوری رفتار را انجام می‌دهد که فکر می‌کند دیگران در مورد او چنین تصویری دارند و این همان چیزی که در نظریه خود آیین‌های کولی مطرح گردیده است زشت را زشت و خوب را خوب درونی کرده است و مطابق این ایده در حال انجام رفتار می‌باشد، (سلیمی و داوری، ۱۳۹۳؛ ۴۱۶) و لذا این رویکرد جدید به پدیده بزهکاری و چگونگی پاسخ‌دهی به آن انجامید که تحول در توجه به الگوهای تازه تأسیس در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۳۹۴ را در پی داشت.

بنابراین با توجه به ناکارایی و ناموفق بودن روش‌های حداکثری تعقیب و عدم مسامحه و مصالحه که کندی و اطاله دادرسی را در پی داشته و عدم ضرورت استفاده از ابزارهای کیفری، تمایل سیاستگذاران جنایی به آموزه القاگرایی کیفری در اینباره انکارناپذیر است. اگر تا به حال نتایج این آموزه در مرحله جرم‌انگاری، کیفرگذاری، کیفردهی ظهور پیدا کرده است، امروزه در مرحله پیش دادرسی به خصوص مرحله تعقیب نیز می‌توان از آن بهره جست.

اغلب آورده‌های القاگرایی کیفری با اصل حداقل/ کمینه بودن حقوق جزا، در سیاست جنایی تقنینی در قالب «جایگزین‌های کیفری به معنای عام آن» نمود پیدا کرده است. از جمله این جایگزین‌ها می‌توان به جایگزین‌های کیفری، جایگزین‌های حبس، جایگزین‌های بازداشت موقت، افزایش اختیارات قاضی اجرای احکام، افزایش اختیارات پلیس و نهادهای غیر دولتی در قالب میانجیگری کیفری و جایگزین‌های تعقیب^۱ را نام برد. لذا پیش‌بینی نهادهایی چون تعلیق تعقیب، تعویق تعقیب در قانون جدید باب جدیدی را فرا روی مقامات قضایی قرار داده تا با توجه به شرایط موجود در پرونده اقدام نمایند، این شرایط به سه دسته بزه محور، متهم محور، بزه‌دیده محور قابل تقسیم است. از جمله شرایط مربوط به بزه ارتكابی «تجزیری بودن»، «خرد و کم اهمیت بودن» (درجه‌های ۶، ۷ و ۸) و «غیر قابل گذشت بودن» آن است.

از شرایط مربوط به متهم نیز می‌توان به «عدم سوء پیشینه مؤثر کیفری» و «قابلیت باز اجتماعی شدن» وی اشاره نمود. این شروط حکایت از تعامل آیین دادرسی کیفری با جرم‌شناسی بالینی دارد. شروط مربوط به بزه دیده نیز «گذشت وی» یا «جبران خسارت وی» است.

این شرایط به وضوح حکایت از تأثیرپذیری قانونگذار از یافته‌های عدالت ترمیمی و به خصوص بزه‌دیده شناسی حمایتی یا ثانویه دارد. این شروط مستنبط از مواد ۸۰، ۸۱ و ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ می‌باشد. (جوان جعفری، نورپور، ۱۳۹۴: ۸۰)

۲- مصادیق قضایی

الف- قرار بایگانی کردن

قرار بایگانی کردن پرونده یکی از تصمیمات اداری است که در شرایط خاصی توسط مقام قضایی در خصوص جرائم کم اهمیت و سبک مورد استفاده قرار می‌گیرد، این قرار یکی از ساز و کارهای تحقق اصل

۱. راهبردهای معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات مقرر در مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از این موارد هستند.

۲. مواد ۶۴ تا ۸۷ مجازات ۱۳۹۲ و همچنین نظام نیمه آزادی و نظام آزادی مشروط موضوع مواد ۵۶، ۵۷ و ۵۸ این قانون.

۳. موضوع ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به خصوص بند «ج» این ماده با عنوان «نظارت قضایی» برای اطلاعات تکمیلی در این زمینه رجوع شود به: الهی منش، محمدرضا، بازداشت موقت و جایگزین‌های آن در حقوق ایران و فرانسه، انتشارات مجدد چاپ اول، ۱۳۸۹.

۱. جایگزین تعقیب، مجموعه اقداماتی است که توسط قانونگذار پیش‌بینی شده است تا دادستان به عنوان مقام تعقیب به جای پیگرد دعوی عمومی در راستای باز اجتماعی کردن فرد و تضمین حقوق بزه‌دیده استفاده کند (کوشکی، ۱۳۸۹: ۳۳۱).

موقعیت داشتن تعقیب می‌باشد. اختیار مقام قضایی در بایگانی کردن پرونده در نظام کیفری ما تأسیس جدیدی نیست. در مقررات متعددی از جمله ماده (۲۲) قانون تشکیل شرکت پست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶ و ماده (۵) قانون مجازات عاملین حمل و نقل کالا مصوب ۱۳۶۷/۱/۲۳ به دادستان اجازه داده شده است تا در آن موارد خاص بتواند دستور بایگانی کردن پرونده را صادر کند.

اما برای نخستین بار این نهاد کیفری به عنوان یک قاعده کلی و عام در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۹۴ به رسمیت شناخته شده، البته عام بودن به این معناست که به عنوان مجرمانه مشخصی همانند آنچه گفته شد اختصاص ندارد و گرنه قلمرو اعمال آن محدود است (طهماسبی، ۱۳۹۵: ۱۴۲)

بدین سبب به موجب ماده ۸۰ همین قانون صدور این قرار از اختیارات مقام قضایی است. شایان ذکر است استفاده مقام قضایی به جای دادستان در ماده ۸۰ بدین لحاظ است که به موجب ماده ۳۴۰ قانون جدید آیین دادرسی در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت پرونده مستقیماً در دادگاه مطرح و دادگاه اقدام به انجام تحقیقات مقدماتی می‌نماید (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۲۸)

به هر حال بر مبنای ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی جدید در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت چنانچه شاکی وجود نداشته باشد و یا شاکی گذشت کرده باشد در صورت فقدان سابقه محکومیت کیفری مؤثر، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوال که موجب وقوع جرم گردیده.

در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم، مطابق مقررات فقط برای یکبار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی را صادر نماید «قید اخذ تعهد کتبی» می‌تواند قائل به تفکیک قرار بایگانی به دو شکل ساده و مشروط باشد. در قرار بایگانی ساده بدون اخذ تعهد دادستان اقدام به ضبط پرونده می‌کند، ولی در مشروط با اخذ تعهداتی از متهم وی را مشمول قرار بایگانی قرار می‌دهد (جوان جعفری و نورپور، همان: ۹۳) بنابراین قانونگذار با تأسیس این اقدام و جعل این نهاد مهم در مرحله تحقیقات مقدماتی علی‌الخصوص در جرائم کم اهمیت و خرد گام مهمی را در جهت دور نگه داشتن متهمین از پهنه دستگاه عدالت کیفری بوده، چرا که ورود به دادسرا، حتی در مواقعی که منجر به صدور قرار منع تعقیب می‌گردد فی‌نفسه می‌تواند اسباب لکه‌دار کردن متهمین را خلق نماید. چیزی که داده‌های جرم‌شناسی بالاخص نظریه تعامل‌گرایی در جرم‌شناسی واکنش اجتماعی صراحتاً بر این موضوع صحه می‌گذارد و بیان می‌کند برای اینکه بتوانیم از برچسب خوردن و انگ مجرمانه مبرا شویم تا حد امکان باید از ورود افراد به دادگاه و دادسرا جلوگیری به عمل آوریم.

ب- تعلیق تعقیب

یکی دیگر از جلوه‌های سیاست جنایی تقنینی که در راستای باز اجتماعی کردن متهمین خاص یعنی مرتکبین جرائمی که خرد و سبک می‌باشند که از منظر جامعه قابلیت سرزنش آن‌ها قلیل می‌باشد نهاد «تعلیق تعقیب» می‌باشد. این بدان معناست که دادستان پیگرد تعقیب متهمین را به تأخیر اندازد.

در این فرایند، با وجود اینکه متهم در چنگال عدالت کیفری است، دلایل اتهام نیز علیه وی وجود دارد، مقام قضایی تعقیب وی را با اخذ تعهد برای مدت معینی به تأخیر می‌اندازد.

اگر متهم در مدت تعیین شده، مطابق دستورات عمل نماید، عدم تعقیب وی قطعی شده و پرونده مختومه می‌گردد. ولی اگر به شرایط قرار داد مذکور عمل ننماید، ضمانت اجرای آن پیگرد ارسال پرونده به دادگاه جهت صدور حکم است. (جوان جعفری، نورپور، همان: ۸۶)

این شیوه در حقوق ایران دارای سوابق است، اما تحت تحولات تقنینی متعدد در این زمینه، رویکردهای مختلفی نسبت به آن اتخاذ شده است، قبل از انقلاب در کشور ما تا اصلاحات سال ۱۳۵۲ و الحاق ماده ۴۰ مکرر به قانون آیین دادرسی کیفری آشنایی با قاعده «موقعیت داشتن تعقیب» از سطح دکترا و تدریس در دانشکده‌های حقوق تجاوز نمی‌کرد.

با تصویب ماده مذکور تعلیق تعقیب به عنوان یکی از اقدامات قضایی دادسرا، تحت شرایط خاص از جمله جنحه‌ای بودن اتهام، اقرار متهم، فقدان سابقه کیفری مؤثر، فقدان شاکی خصوصی و ایضاً با اجتماع شرایط مضاعفی از جمله وضع اجتماعی و سوابق زندگی متهم به ویژه خصوصیات روحی و روانی و اوضاع و احوال خاص متهم که موجب ارتکاب جرم شده است. قرار تعلیق تعقیب صادر می‌شد و این قرار باید به تأیید دادگاه می‌رسید (آشوری، ۱۳۸۰: ۹۲-۹۱)

این ماده در سال ۱۳۵۶ خورشیدی و به موجب ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری دستخوش تغییراتی گردید. به موجب این ماده اصلاحی در کلیه اتهامات از درجه جنحه هرگاه متهم اقرار به ارتکاب جرم نماید، دادستان رأساً می‌تواند تا اولین جلسه دادرسی با احراز شرایط زیر تعقیب کیفری او را با رعایت تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴۰ مکرر قانون آیین دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آیین دادرسی کیفری، کیفر عمومی را معلق سازد:

۱- اقرار متهم حسب محتویات پرونده

۲- متهم سابقه محکومیت کیفری مؤثر نداشته باشد.

۳- شاکی یا مدعی خصوصی در بین نبوده و یا شکایت خود را استرداد کرده باشند.

پس از انقلاب اسلامی و به دنبال اصل چهارم^۱ قانون اساسی مقررات کیفری متحول شدند، به دنبال کنار گذاشتن دسته‌بندی پیشین (جنایت، جنحه، خلاف) در ماده ۷۰ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ خورشیدی و پس از آن ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ خورشیدی تردیدهایی درخصوص امکان صدور قرار در تعلیق تعقیب از سوی دادستان پدید آمد، تا اینکه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۶۱ مورخه ۱۳۸۲/۷/۲۲ تردیدهای مربوط به اعتبار قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری را پایان داد. (جمشیدی و نوریان، همان: ۱۵۵)

به موجب رأی مذکور هر چند عناوین جنحه و جنایت در قوانین جزایی فعلی به کار نرفته ولی... ماده ۶ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری... به اعتبار خود باقی است. پس از آن ماده ۱۵۰ قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی ۱۳۸۹/۹/۵ نیز تعلیق تعقیب را پیش‌بینی نمود.

به دنبال این شرح و تفسیر و ابهام زدایی در صدور قرار تعلیق تعقیب، قانونگذار در قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۳۹۴، با پیش‌بینی نهاد تعلیق تعقیب در ماده ۸۱ رسماً این نهاد را به رسمیت شناخت، چرا که براساس قانون برنامه پنجم توسعه که تکالیف جرم‌شناسانه را در جهت پیشگیری و اصلاح و بازپروری را در زمینه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی را تکلیف قانونگذار قرار داده است. (نیازپور، ۱۳۹۱: ۲۱۰-۱۹۵)

و از طرف دیگر دستاوردهای جرم‌شناسی علی‌الخصوص جرم‌شناسی نظری و علت‌شناسی رفتارهای مجرمانه با ارائه نظریاتی مثل نظریه برجسب زنی، تئوری معاشرت ترجیحی ساترلند، نظریات مبتنی بر پیشگیری، جملگی وجود و حضور در دستگاه عدالت کیفری، حبس‌های کوتاه مدت، بازداشت‌های موقت غیر ضروری، را عامل پایداری فرد در دنیای بزهکاری می‌دانند و این عملکردها نمی‌تواند دستاوردی جهت اصلاح و بازپروری مجرم داشته باشد.

به هر تقدیر قانونگذار در ماده ۸۱ قانون جدید آیین دادرسی کیفری در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده و یا خسارت وارده را جبران کند با موافقت بزه‌دیده ترتیب پرداخت آن را در مدت مشخص داده شود.

و متهم نیز فاقد سابقه محکومیت مؤثر کیفری باشد، دادستان می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم در صورت ضرورت با اخذ تأمین مناسب تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق نماید، در این صورت دادستان متهم را حسب مورد مکلف به اجرای برخی از دستورهای زیر ملزم نماید:

۱. اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: کلیه قوانین جزایی، مدنی... باید منطبق بر موازین شرعی باشد، این اصل بر اطلاق و عموم

کلیه قوانین حاکمیت دارد، تشخیص به عهده شورای نگهبان می‌باشد.

الف- ترک اعتیاد

ب- ارائه خدمات

ج- خودداری از اشتغال

د- خودداری از رفت و آمد و...

جملگی این دستورها دلالت ویژه در راستای سیاست جنایی ارفاقی، اصلاحی متهم دارد و بنابراین در این نوع قرار تعلیق که مراقبتی نیز می‌باشد دستاوردهای خاصی را از جرم‌شناسی نظری و کاربردی را می‌توان مشاهده نمود. مثلاً در حوزه جرم‌شناسی نظری توجه به بزه‌دیده شناسی ثانویه، در حوزه جرم‌شناسی کاربردی اصل بالینی شدن حقوق کیفری از طریق مراجعه به پزشک، ترک اعتیاد، را می‌توان جلوه‌ای از سیاست جنایی مبتنی بر ارفاق و نرم را در قبال متهمین مشاهده نمود.

ج- تعویق تعقیب

یکی از جلوه‌های سیاست جنایی ارفاقی، حمایتی درخصوص متهمین به ارتکاب جرائم با قابلیت سرزنش پذیری سبک صدور قرار تعویق تعقیب توسط دادستان می‌باشد، که به موجب آن دادستان با توافق متهم تعقیب دعوی کیفری را برای مدت معینی به تأخیر می‌اندازد، به دیگر سخن، موکول کردن پیگرد دعوی کیفری به وقت دیگر را تعویق تعقیب دعوی کیفری می‌گویند (نیازپور، ۱۳۹۲: ۱۸۳)

به این ترتیب تعویق تعقیب دعوی کیفری، شیوه‌ای است که در پرتو آن دادستان ادامه پیگرد پرونده‌ای که کم اهمیت را برای دوره معینی به تأخیر اندازد. روش مذکور در نظام کیفری گذشته به شکل صریح شناسایی نشده بود، ولی شماری از قضات با دادن مهلت به متهمان جهت جلب رضایت شاکی بزه‌دیده در عمل تعقیب دعوی کیفری را به تأخیر می‌انداختند، به عنوان نمونه شعبه ۲۳۰ دادگاه عمومی کیفری تهران در پرونده کلاسه ۱۶۳۵/۸۱/۲۳۰ با درخواست متهم به خیانت در امانت مبتنی بر تعویق انداختن تعقیب دعوی کیفری جهت اخذ گذشت از شاکی به بزه دیده موافقت کرده است.

در پی این تصمیم مرتکب توانست رضایت شاکی/ بزه‌دیده را جلب نماید. دادگاه به موجب دادنامه شماره ۹۸۴ با توجه به تأثیر گذشت در سرنوشت اینگونه جرم‌ها تصمیم‌گیری کرد. به این ترتیب ملاحظه می‌شود که در پهنه قضایی ایران با وجود شناسایی نشدن شیوه مزبور شماری از قضات مطابق سلیقه خود در راستای به کارگیری این نهاد ارفاقی/ حمایتی گام برداشته‌اند (نیازپور، همان: ۱۳۹۲).

اما قانونگذار در پرتو داده‌های جرم‌شناسی و در راستای سیاست جنایی حمایتی و ارفاقی و دور کردن متهمین که به نقض هنجارهای کم اهمیت متهم شده‌اند در قانون آیین دادرسی جدید مصوب ۱۳۹۲ اقدام به تأسیس نهاد ارفاقی تعویق تعقیب نمود، قانونگذار در ماده ۸۲ همین قانون مقرر نمود:

در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که بیشترین مدت حبس آن در درجه شش به میزان دو سال می‌باشد، صدور قرار تعویق تعقیب را با ذکر شرایطی از جمله: درخواست متهم، موافقت بزه‌دیده و با اخذ تأمین متناسب به مدت حداکثر دو ماه را به رسمیت شناخته است. قانونگذار در راستای یک سیاست جنایی نرم در جهت پیشگیری از افتادن متهم در چنگال بورکراسی دستگاه عدالت کیفری و دور انداختن متهم از کسب هویت مجرمانه اقدام نموده است.

چرا که براساس داده‌های جرم‌شناسی صدور احکام حبس‌های کوتاه مدت اهداف اصلاحی و درمانی در آن غیر قابل اجراء است، بنابراین بهترین راهکار رفتن و هدایت کردن طرفین دعوا به سوی توافقات خارج از دستگاه عدالت کیفری می‌باشد. نکته آخر که قابل ذکر است اینست که باید میان تعویق و تعلیق تعقیب قائل به تفکیک شد. در تعلیق تعقیب پیگرد ممکن است در آینده مجدداً صورت بگیرد اما در تعویق ادامه و اتمام تعقیب غالباً قطعی است. (جوان جعفری و نورپور، همان: ۹۱)

د- میانگیری کیفری

یکی دیگر از جلوه‌های سیاست جنایی مبتنی بر ارفاق و حمایت از متهمین و در جهت دور کردن متهمین از عدم برچسب مجرمانه و حل و فصل نمودن دعوی کیفری مدل استفاده از میانگیری کیفری که

از الگوهای سیاست جنایی مشارکتی می‌باشد، که نقش مهمی در سهیم کردن سهامداران در فرایند کیفری واکنشی را دارا می‌باشد.

معمولاً دخالت در فرایند کیفری از طریق وارد کردن سهامداران عدالت کیفری غیردولتی از نشانه‌های توجه به جامعه مدنی و الگوی حکومت‌های مردم سالاری می‌باشد (لارز، ۱۳۸۲: ۷۲) در این الگو دولت جلوگیری و کنترل کلیه پاسخ‌های پیشگیرانه و سرکوبگرانه را به پدیده مجرمانه را به عهده نمی‌گیرد (لارز، همان: ۷۲)

بنابراین در فرایند میانجیگری معمولاً از طریق ارجاع پرونده از طرف قاضی، دادستان در راستای اجرای برنامه قضازدایی پرونده از طرف مقام تعقیب به میانجیگر احاله می‌گردد. (غلامی، ۱۳۸۵: ۱۱۹) لذا روش میانجیگری نمونه‌ای از انحراف از فرآیند رسمی برای حل اختلاف و رفع مشکلات و حل و فصل نمودن آثار و تبعات ناشی از جرم می‌باشد، که در هر مرحله‌ای از دادرسی قابل اعمال است.

میانجیگری فرایند سه جانبه‌ای یا سه طرفه‌ای است که فارغ از تشریفات معمول در فرایند کیفری براساس توافق قبلی شاکی - بزه‌دیده - متهم یا حضور شخص ثالثی به نام میانجیگر به منظور حل و فصل اختلافات و مسائل ناشی از ارتکاب جرم می‌باشد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۲: ۱۷-۱۴).

بدین ترتیب نقش میانجی آسان نمودن حوزه ارتباطی میان بزه‌کار و بزه‌دیده و تبادل افکار و نظرات طرفین در محیطی خارج از محیط کیفری و کمک به حل اختلاف و شاید تعیین میزانی از مسئولیت طرفین براساس توافقی که فی ما بین طرفین صورت می‌پذیرد میانجیگری خود به چند نوع تقسیم می‌شود.

بنداول: میانجیگری کیفری جامعه‌ی یا برون سیستمی

براساس این مدل از میانجیگری، ابتکار حل اختلاف به جامعه مدنی سپرده می‌شود و مقام قضایی یا دولتی دخالت ندارد یا دخالت وی ضعیف است و فقط پرونده را به طرفین برای رسیدگی ارجاع می‌دهد و در صورت حل اختلاف نیز آن را بایگانی می‌نماید، این نوع میانجیگری در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ لباس قانونی به خود گرفته:

براساس قسمت اول ماده ۸۲ همین قانون «در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که قابل تعلیق هستند مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین مناسب حداکثر دو ماه به متهم مهلت بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند...»

بند دوم: میانجیگری جامعه‌ی - دولتی

این مدل نیز دارای همان خصوصیات میانجیگری جامعه‌ی است و از ظرفیت‌های نهادهای مردمی برای حل اختلاف استمداد می‌شود ولی در آن مقام قضایی و دولتی نظارت دارد (جوان جعفری و نورپور، همان: ۹۳-۹۲).

در حقوق کیفری ایران این مدل دومی با نظارت قضایی صراحتاً پیش‌بینی نشده است اما شاید بتوان با مسامحه گفت که شوراهای حل اختلاف دارای ماهیت نیمه جامعه‌ی هستند و در آنجا باید در جرایم قابل گذشت سعی در مذاکره و سازش نمایند و به این لحاظ که تحت نظارت مقام قضایی عمل می‌کنند، می‌توان آن را نوعی میانجیگری جامعه‌ی با نظارت قضایی محسوب نمود (جوان جعفری و نورپور، همان: ۹۳-۹۲)

این نوع میانجیگری در قسمت دوم ماده ۸۲ آیین دادرسی کیفری جدید به صراحت پذیرفته شده است. مطابق این ماده «... مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین موضوع را با توافق آنان به شوراهای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد...» شرایط ارجاع به میانجیگری وفق قسمت ذیل ماده ۸۲ همین قانون عبارتند از:

فقدان سابقه کیفری، سبک بودن جرم، توافق طرفین، زمان دار بودن میانجیگری و توجه به تبصره‌های ماده ۸۱ همین قانون. بنابراین با عنایت به مقررات موجود در ماده ۸۲ و توجه به تبصره‌های پنج‌گانه ماده

۸۱ که در ارجاع به میانجیگری باید مورد توجه و ملاحظه قرار بگیرد. بنابراین و در نتیجه می‌توان آثار ذیل را در خصوص جرائم قابل گذشت و یا غیر قابل گذشت برشمرد:

در خصوص جرائم قابل گذشت اگر میانجیگری به سرانجام توافق برسد مقام قضایی قرار موقوفی تعقیب را صادر می‌کند. ماده ۸۲ همین قانون مقرر می‌دارد: در صورتی که موضوع اختلافی به میانجیگری ارجاع داده شود و شاکی گذشت نماید و موضوع از زمره جرائم قابل گذشت باشد تعقیب موقوف می‌شود، اما در جرائم غیرقابل گذشت نتیجه مثبت بودن توافق میان طرفین صدور قرار تعلیق تعقیب توسط دادستان است. مطابق ماده فوق در صورتی که موضوع اختلافی از جرایم غیرقابل گذشت باشد و به میانجیگری ارجاع داده شود و شاکی گذشت نماید یا خسارت او جبران شود و یا راجع به پرداخت آن توافق فی ما بین طرفین حاصل شود و متهم نیز فاقد سابقه کیفری مؤثر باشد، مقام قضایی می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم را با رعایت تبصره‌های ۵ گانه ماده ۸۱ همین قانون حسب مورد مکلف به اجرای برخی دستورهای موضوع ماده مذکور می‌کند.

همچنین در صورت استنکاف متهم از مقرره‌های تکلیفی دادگاه، بنا به درخواست شاکی یا مدعی خصوصی قرار تعلیق تعقیب را لغو و تعقیب ادامه پیدا می‌کند. نکته قابل ذکر هم در ادامه این مبحث توجه سیاست جنایی اسلام به موضوع میانجیگری می‌باشد.

در اسلام نیز به نقش میانجیگری در دعاوی حقوقی و مدنی توجه شده است مثلاً در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۲ وفق ماده ۶ به قاضی تحکیم که نوعی دخالت عوامل غیر حکومتی در رتق و فتق دعاوی است توجه ویژه‌ای شده بود، گرچه این مقرر قانونی هیچگاه مورد عمل و ملاحظت قرار نگرفت و عملاً به عنوان جلوه‌ای از مقرره‌های قانونی «متروک» به آن نگرسته شد، نشان از توجه جدی سیاست جنایی اسلام به حل اختلافات خارج از دستگاه عدالت رسمی می‌باشد.

روایتی از رسول اکرم (ص) که فرمود «من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم لعدل فعلیه لعنه الله تعالی؛ آن کس که بین دو نفری که او را برگزیده‌اند حکم کند، بدون رعایت عدالت بر اوباد لعنت خداوند.» (محمدی گیلانی، ۱۳۶۲: ۶۲) و لذا سیاست جنایی اسلام توجه ویژه‌ای به غیر قضایی شدن اختلافات فی ما بین طرفین دارد. نتیجتاً اینکه تأسیس نهاد میانجیگری مطابقت تام و کاملی با داده‌های جرم‌شناسی نظری دارد.

از منظر تئوری بزه‌دیده شناسی حمایتی در جایی که دخالت بزه‌دیده و رضایت او مورد لحاظ قرار می‌گیرد قابل توجه است و از منظر تئوری برچسب و نظریه تعامل‌گرایی به لحاظ اینکه طرفین از پهنه دستگاه عدالت کیفری رسمی دور می‌شوند و برچسب و نگاه مسئله دار به آنان نمی‌شود هم قابل توجهی و ارزیابی می‌باشد.

۳- تعامل جرم‌شناسی و دستاوردهای اداری، اجرایی در حقوق کیفری شکلی

در چند دهه گذشته، گرایش‌های زیادی به استفاده و کارآیی آموزها و تحقیقات جرم‌شناسی در قلمرو قانون گذاری و بخش‌های مختلف نظام عدالت کیفری به ویژه سیاست‌های مربوط با فرآیندهای کیفری شکل گرفته است.

نهادهای فعال حقوق کیفری که وظیفه کنترل جرم را در راهبردهای کنشی و واکنشی به عهده دارند، نمی‌توانند به سادگی نسبت به دستاوردهای جرم‌شناسی بی تفاوت و اهمال کاری نمایند، در واقع جرم‌شناسی به یک نگاه نقادانه و بی طرف عملکرد نهادهای متولی کنترل جرم را مورد بررسی و تجزیه تحلیل قرار می‌دهد، اصولاً جرم‌شناسی نظری و کاربردی هم دارای این بینش و در صورت ارائه دیدگاه‌های منطبق با علت شناسی رفتار مجرمانه و ارائه بهترین و کامل‌ترین روش جهت درمان و کنترل ناهنجاری می‌باشند.

به طور معمول با توجه به دیدگاه انتقادی جرم‌شناسی تمایل کمی به تحمل این ایده‌ها و نظرات جرم‌شناسی توسط مراجع دست اندر کار در حوزه‌های مختلف می‌باشد، ولی جنبش حقوق بشری و انسانی

کردن حقوق کیفری و معضلات بسیاری که فرا روی دستگاه‌های کنترل جرم را ناگزیر کرده است. که رهاوردهای جرم‌شناسی را در ابعاد نظری و کاربردی مورد توجه و تجزیه تحلیل قرار دهند. تا از این ره یافت‌ها بتوانند هم در جهت اصلاح و درمان و رفع معضلات ناشی از جرم و کنترل بی‌هنجاری اقدام نمایند، و هم بتوانند در حوزه فروعات از جمله کاهش هزینه دستگاه عدالت کیفری، تسریع در رسیدگی و غیره موفقیت‌هایی را بدست آورند.

بدین منظور استفاده از داده‌های جرم‌شناسی می‌تواند در اجرای یک دادرسی عادلانه و منصفانه و تضمین حقوق متهم و بزه‌دیده کمک شایانی را بنماید و برای این منظور دیدگاه‌های خود را در جهت تضمین و اجرا به سیاست‌گذاری جنایی پیشنهاد می‌کنند، البته در زمینه استفاده از دیدگاه‌های جرم‌شناسی نگاه‌های متفاوتی وجود دارد، برخی معتقدند جرم‌شناسی باید الهام بخش سیاست جنایی و حقوق جزا باشد. زیرا موضوع مطالعه این نظام‌ها مبارزه با آن نمی‌توان مبارزه موثر و کارآیی را به عمل آورد مگر آن که ریشه‌ها و علل عوامل جرم و بزهکاری شناسایی شود و این جرم‌شناسی است که به طور دقیق، شناخت‌های ضروری درباره این عوامل و فرآیند کنش‌های جنایی را فراهم می‌آورد (فرجیها، همان: ۹۲) و راهکارهایی را به منظور مدیریت در امور اداری و اجرایی دستگاه عدالت کیفری در قبال بزهکاران، کاهش هزینه‌ها و بهبود فرایند رسیدگی، عادلانه نمودن یک دادرسی کیفری ... ارائه نماید.

با عنایت و توجه به این دستاوردهاست، که جرم‌شناسی در دهه‌های اخیر به شدت قوانین تحت تاثیر خود قرار داده است. و در این زمینه تحولات شگرفی را ایجاد نموده است. علاوه بر تاثیر جرم‌شناسی کارآیی دستگاه عدالت کیفری را تنظیم می‌نماید که موارد زیر را می‌توان از جمله دستاوردهای جرم‌شناسی در حوزه اداری در حقوق کیفری شکلی را نام برد.

الف: مک دونالد کردن فرآیند دادرسی

مک دونالد کردن فرآیند دادرسی امری اداری است، که در آن اصول و ویژگی‌های فروشگاه‌های زود آزما (فست فود) برای تبیین خصایص اجتماعی و فرهنگی جوامع مدرن خصوصا جامعه آمریکایی مورد استفاده قرار گرفته است (پاک نهاد، ۱۳۸۸: ۱۳۵، و غلامی و بابایی، ۱۳۸۹: ۱۵۳)

که این مدل در حال تسخیر جنبه‌های گوناگون از جامعه اعمال می‌شود. این ایده متعلق به جرج ریتزر، جامعه‌شناس مشهور آمریکایی است که آن را از مشاهده تجربه و تحلیل رستوران‌های فست فود استخراج نموده است. ریتزر مک دونالد شدن را فرآیندی می‌داند که به وسیله آن اصول حاکم بر رستوران‌های فست فود بر سایر بخش‌های جامعه حاکم می‌شود.

یکی از مصادیق بخش‌های مختلف جامعه، نظام عدالت کیفری است، بدین معنی که این سیاست ممکن است در نظام عدالت کیفری رسوخ کرده باشد و بخش‌های مختلف این نظام، نیز متأثر از طرز کار این رستوران‌ها در صدد کنترل جرم و اعمال مجازات باشد.

اگرچه مک دونالد شدن در مورد مجازات نیز بکار رفته است. اما در این قسمت مدیریت اداری و اجرایی در پروسه کیفری از طریق ماشینی کردن پروسه یا شباهت سازی پروسه‌های کیفری مورد تجربه و تحلیل قرار می‌گیرد (شاملو، عبداللهی، ۱۳۹۴: ۱۰۱)

بنابراین اصطلاح مک دونالد شدن فرآیند دادرسی نیز به کار می‌رود و در پرتو این سیاست، نهادهای کنترل جرم بتوانند به افق‌های مورد انتظار از جمله سرعت در رسیدگی، کاهش هزینه‌های دادرسی، دادرسی عادلانه و منصفانه، موفق باشد یا خیر؟ که نتایج ذیل از مک دونالد شدن فرآیند دادرسی استخراج گردیده است.

ب: مک دونالد کردن فرآیند دادرسی از طریق تسریع در دادرسی

اصلاح مک دونالد در حقیقت شناخت ابزارها و ویژگی‌هایست که ضمن اختصارگرایی در فرآیند کیفری در صدد برآوردن و تامین اهدافی است که انتظار می‌رفت در روش‌های سنتی با گذشت کلیه مراحل تامین شود، رسیدگی‌های متفاوت و سنتی حتی در بهترین حالت آن که باشد دارای فرآیند کندی است. (محمد نجار، ۱۳۹۳: ۶۴)

مراحل مختلف رسیدگی از مرحله تعقیب، تحقیق، ارجاع امر به کارشناس، کیفرخواست و محاکمه که معمولاً مدت‌ها به طول می‌انجامد، که البته این می‌تواند ناشی از خیل عظیم ورودی پرونده‌ها به دستگاه قضایی، جرم‌انگاری بی حد و حصر، کم بودن نیروی انسانی مورد نیاز قضایی و اداری، و روش‌های مورد استفاده سنتی بر محاکم، نگاه عمومی متفاوت بدون توجه به تسامح و تساهل و عدم توجه به نهادهای ارفاقی و قراردادی مثل تعلیق و تعقیب، تعویق و تعقیب، میانجیگری باشد.

که نتیجه اینچنین تورم در حوزه‌های مختلف قضایی وارد شده است. بنابراین با وجود این معضلات قاعدتاً با روش‌های سنتی روند اطاله دادرسی مدت زمان زیادی را به حوزه اختصاص می‌دهد و این می‌تواند آسیب‌های متعددی را به بزه‌کار، بزه‌دیده، حتی به دستگاه‌های کنترل‌کننده جرم را وارد نماید بکار یا در کتاب رساله جرائم مجازات‌ها عنوان می‌کنند: محرومیت از آزادی خود کیفری است که اگر ضرورت اقتضا نکند حق نیست.

پیش از صدور حکم اعمال شود، بنابراین بازداشت، یا مراقبت از متهم تا زمانی است که حکم به محکومیت او داده شود و چون این امر مراقبت اساساً رنج آور است باید مدت آن تا حد ممکن کوتاهتر و شدت آن کمتر باشد، سزاوار است که کوتاهترین زمان لازم برای جریان دادرسی احتساب کرد و به محاکمه کسانی که مدت بیشتری در بازداشت بوده‌اند.

اولویت داده در نگاه بکار یا به عنوان یکی از جرم‌شناسان متعارف و سنتی مکتب کلاسیک کارآیی عدالت دستگاه عدالت کیفری مورد توجه جدی قرار داشته و بدون تردید می‌توان قائل به این شد که منظور غالب مطالب فلسفی در حوزه جرم‌شناسی اینست که برای افزایش کارآیی و کارآمدی نظام عدالت کیفری.

رسیدگی‌ها باید با سرعت و دقت در مدت زمان معقول و مناسب انجام گیرد. و تاثیر این سیاست می‌تواند در تضمین حقوق متهم، بزه‌دیده، عدم برچسب مجرمانه او مواردی از این قبیل اثر مطلوب داشته باشد. بنابراین برای رسیدن به اهداف صدرالذکر تاسیس نهادهای همچون تعلیق تعقیب، ترک تعقیب، تعویق تعقیب، میانجی‌گری کیفری، بایگانی کردن مورد توجه سیاستگذاران حوزه جنایی قرار گرفته است. نمونه بارزی از مک دونالد شدن دادرسی کیفری از طریق سرعت رسیدگی می‌توان از مهاجمه اتهام، نام برد به طور مثال ۹۵٪ از تمامی محکومیت‌های که در پرونده کیفری امریکا در نتیجه اقامه به جرم هستند. (Durose and Langoan 2003:p.q)

پیش‌بینی نهاد معامله اتمام در مدت زمان کوتاهی صورت می‌پذیرد. نکته قابل تامل در این پرونده‌ها اینست که اعمال تبعیض به صورت قابل ملاحظه‌ای کاهش یافته است و شیوه رسیدگی به همه پرونده‌ها یکسان است، به علاوه بر این اتخاذ این رویکرد تسریع در دادرسی را در مرحله تحقیقات مقدماتی را ایجاب می‌کند: پرونده‌ها سریعتر مختومه می‌شوند و متهم نیز زودتر از فرآیند دادرسی خارج می‌شود و بدین ترتیب از خوردن داغ و ننگ بدنامی‌میرا می‌شود چیزی که جرم‌شناسان واکنش اجتماعی و طرفداران نظریه تعامل‌گرایی بیان و نتیجه تحقیقات خود را همین مورد دانسته‌اند.

مثلاً در تعویق و تعلیق تعقیب با رعایت شرایطی از تعقیب متهم صرف‌نظر یا به زمان دیگری موکول می‌شود و یا در میانجی‌گری کیفری متهم از فرآیند دادرسی در محیط کیفری خارج و در یک محیط خاص دیگری به اختلافات آنان رسیدگی می‌شوند.

به هر تقدیر آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۳۹۴ از دست آوردهای جرم‌شناسی به نحو شایسته‌ای در جهت کار آمد نمودن دستگاه عدالت کیفری بهره برده است. البته نکته‌ای که در پایان باید به آن اشاره نموده اینست که سیستم مک دونالد شدن فرآیند دادرسی نیز مصون از انتقاد نیست به طور مثال تجری مرتکبان و بزه‌دیدگی مکرر می‌تواند جلوه‌ای از این انتقادات باشد.

ج - جلوه‌ها

بند اول: مهلت معقول

اجرای عدالت در مدت معقول از اصول اساسی دادرسی کیفری محسوب می‌شود، مفهوم معقول بودن مهلت دادرسی آن است که با صرف مدت زمان متعارف بتوان به پرونده رسیدگی کرده و از این طریق عدالت

را بر قرار ساخت (صابر و ناظریان، ۱۳۹۳: ۴۳) به عبارت دیگر مهلت معقول مفهومی است که می‌تواند از پرونده‌ای به پرونده دیگر، با توجه به ویژگی‌های خاص هر یک متفاوت باشد (آشوری، ۱۳۸۸: ۲۴۲) انعکاس مهلت معقول در کنواسیون حقوق بشر که بیان می‌دارد: که بازداشت موقت نباید از مهلت معقول تجاوز کند. این روش در بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مورد تسریع قرار گرفته است. به موجب بند اخیر الذکر: هر کس با رعایت شرایط مندرج در بند (۱-C) این ماده بازداشت یا توقیف شود باید بلافاصله نزد قاضی یا مقامی که طبق قانون صالح برای اعمال فعالیت‌های قضایی شناخته شده است برده شود، چنین شخصی حق دارد که در مهلت معقولی مورد محاکمه قرار گیرد و یا در جریان رسیدگی آزاد شود، آزادی ممکن است، مشروط به ارائه ضمانتی می‌شود که حضور او را در جلسه دادرسی تضمین کند و یا در بند (۳) ماده (۹۱) میثاق حقوق مدنی و سیاسی مقرر شده است:

هر فردی که متهم به جرم است اگر بازداشت یا توقیف باشد باید سریعاً نزد قاضی و سایر مقامات صالح حاضر شود و حق دارد در زمان معقول محاکمه شود. دیوان اروپایی حقوق بشر با صدور آرای عیدیه مصادیقی از جنبه مهلت معقول را بیان نموده است از جمله این موارد را می‌توان به دعوای نوی ماسترو و مهوف^۱ اشاره کرد.

بنابراین قانونگذار در اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۳۹۴ راه حل‌های توصیه‌ای جرم‌شناسی از جمله سرعت در رسیدگی و توجه به معاهدات بین‌المللی را نادیده نگرفته و با هدف رفع مشکل کندی و رکود قضایی در دستگاه عدالت کیفری تا حدود قابل امکان اقدام به مقررات تضمینی کرده است به طور مثال ماده ۳ همین قانون مقرر می‌دارد:

مرجع قضایی باید با بی طرفی و استقلال کامل به اتهام انتسابی به اشخاص در کوتاهترین مدت ممکن رسیدگی و تصمیم مقتضی اتخاذ نمایند و از هر اقدامی که باعث ایجاد اختلال یا طولانی شدن فرآیند دادرسی کیفری می‌شود، جلوگیری نمایند.

به هر تقدیر سرعت در رسیدگی در یک فرجه زمانی قابل قبولی از ویژگی‌های یک دادرسی عادلانه و منصفانه بوده به نحوی که نقل شده است: تاخیر عدالت، انکار عدالت است. لذا فرجه زمان معقول و سرعت در رسیدگی می‌تواند از آسیب‌های وارد شده به متهم جلوگیری نماید. (طهماسبی، ۱۳۹۵، ۶۴)

بند دوم: وحدت دعوای کیفری و حقوقی

بر اساس یک قاعده کلی رسیدگی به دعوای حقوقی در مرجع حقوقی و همچنین رسیدگی به دعوای کیفری در مرجع جزایی امکان پذیر است. اما گاهی قانونگذار به واسطه مصلحت‌هایی از جمله جمع‌آوری ادله، تضمین حقوق بزه‌دیده، سرعت در رسیدگی، مشخص شدن تکلیف پرونده در مدت زمان معقول و مناسب، اجازه داده که شاکی ضرر و زیان ناشی از جرم را که ماهیتاً یک امر حقوقی است از دادگاه جزایی مطالبه و دادگاه در آن مورد تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید.

ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: شاکی می‌تواند جبران تمامی ضرر و زیان مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه نماید. بنابراین با ملاحظه این مقرر قانونی غرض قانونگذار علاوه بر رسیدگی به کلیه جنبه‌های یک جرم، سرعت در رسیدگی و جلوگیری از اتلاف وقت و تضمین حقوق بزه‌دیده می‌باشد. که این اقدام یکی از جلوه‌های دستاوردی اداری جرم‌شناسی در آیین دادرسی کیفری می‌باشد، که البته با جرم‌شناسی بزه‌دیده شناسی ثانویه نیز قابل توجیه می‌باشد.

نتیجه‌گیری

توجه به یافته‌های جرم‌شناسانه در فرایند قانونگذاری کیفری رسمیت پیدا کرده است، چنانچه پیش‌بینی سیاست‌های کیفری علاوه بر شاخصه‌های حقوق بشری که مبتنی بر اصول دادرسی عادلانه بوده و از شاخصه‌های «حکمرانی خوب» یا «حکومت تدبیر» محسوب می‌شود امروزه هم مبنای ارزیابی مردم و سازمان‌های بین‌المللی درباره ی ماهیت و کیفیت حکمرانی نظام‌های سیاسی (دولت‌ها) و به ویژه مدل

۱. برای اطلاعات بیشتر بنگرید: آشوری، محمد آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، ص ۲۴۵-۲۴۴.

سیاست جنایی آن واقع شده در دو شاخص دادرسی عادلانه و رویه و آرا قضایی تبلور پیدا می‌کند، به علاوه سیاست کیفری مطلوب نیز به معیارهای جرم‌شناسانه هم وابسته می‌باشد. و لذا روی‌آوری و سمت و سوی قانونگذاران و سیاستگذاران به استفاده از آموزه‌ها و تحقیقات جرم‌شناسی جنبه واقع‌گرایی به خود گرفته، و به نظام عدالت کیفری امکان استفاده از بهترین و موثرترین ابزارها و شیوه‌ها برای کنترل جرم در سطحی بالاتر کاهش بزهکاری را می‌دهد.

تحت تاثیر این یافته‌های جرم‌شناسی است، که امروز سیاست جنایی نه تنها در حوزه نظری از دستاوردهای جرم‌شناسی بهره‌مند شده است، بلکه امروز شاهد آن هستیم، در حوزه کاربردی و جعل قوانین اثرات این دانش علت شناسانه هم رسوخ پیدا نموده است دو تفکر عمده در جرم‌شناسی وجود دارد، تفکر جرم‌شناسان کلاسیک (سنتی) و تفکر جرم‌شناسان انتقادی قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیشترین تاثیر را از ایده‌ها و نظرات جرم‌شناسان انتقادی برده است.

جرم‌شناسی انتقادی با تاکید بر عملکرد و رفتارهای جرم زای نظام عدالت کیفری موجود و نهادهای مرتبط با آن که به نوعی به تقویت ساختار نابرابر در جامعه می‌انجامد خواهان اصلاحات ساختاری و ریشه‌ای در این نظام برای کاستن از نرخ جرم و تکرار آن و نیز بی‌عدالتی‌های موجود نهفته شده در این نظام می‌باشند.

این جرم‌شناسان با مطالعه بر روی آثار مخرب مداخلات نظام کیفری موجود نظیر «برچسب زنی» و جهت‌گیری‌های خاصی که این نظام در رفتار خود اتخاذ کرده‌اند و تبیین و تشریح آن‌ها به عنوان علل ارتکاب جرم، خواهان کاستن از دامنه مداخلات این نظام در زمینه مبارزه با جرایم می‌باشند، از این رهگذر در قالب شاخه‌ها و گرایش‌های متعدد راهکارهایی را اتخاذ کرده‌اند، که منتهی به دستاوردهایی در زمینه اصلاح نظام کیفری در قالب ساز و کارهایی نظیر جرم‌زدایی، قضازدایی و کیفر زدایی شده است، بنابراین تاثیر داده‌های جرم‌شناسی را در بخش حقوق کیفری شکلی (آیین دادرسی کیفری) قابل تامل است به هر رو، قانونگذار در عرصه قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در قالب روش‌های پاسخ‌دهنده به بزهکاری به آموزه‌های جرم‌شناسانه بعد تقنینی داده است.

منابع

کتاب شناسی

۱. آشوری، محمد (۱۳۸۰). آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت.
۲. آشوری، محمد (۱۳۸۸). آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات سمت.
۳. بکاریا، سزار (۱۳۸۹). رساله جرائم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.
۴. پاک نهاد، امیر (۱۳۸۸). سیاست جنایی ریسک مدار، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۵. جمشیدی، علیرضا و نوریان (۱۳۹۲). متناسب بودن تعقیب کیفری، مفهوم، مبانی، ایران و انگلستان، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره سوم.
۶. جوان جعفری بجنوردی، علیرضا و نورپور، محسن (۱۳۹۴). تعقیب‌زدایی کیفری، بازتابی نوین از الغاگرایی کیفری پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره دوم.
۷. خالقی، علی (۱۳۹۵). آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ سی‌ام، تهران، انتشارات شهر دانش.
۸. سلیمی، علی و داوری، محمد (۱۳۹۳). جامعه شناسی کجروی، کتاب اول، چاپ ششم، تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۹. شاملو، باقر و عبداللهی، افشین (۱۳۹۴). دستاوردهای مدیریتی جرم‌شناسی، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره دوم.
۱۰. طهماسبی، جواد (۱۳۹۵). آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۱. غلامی، حسین (۱۳۸۵). عدالت ترمیمی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.

۱۲. غلامی، حسین و بابایی، یوسف (۱۳۸۹). مک دونالد کردن عدالت کیفری، مجله حقوقی دادگستری، سال ۱۳۷۴، شماره ۷۰.
۱۳. فرجیها، محمد (۱۳۸۳). جنبه‌هایی از تاثیر یافته‌های جرم‌شناسی بر سیاست جنایی، فصلنامه علمی و پژوهشی مدرس علوم انسانی، دوره هفتم، شماره اول.
۱۴. لازرژ، کریستین (۱۳۸۲). درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، نشر میزان.
۱۵. محمدی گیلانی، آیت اله محمد (۱۳۶۲). قضا و قضاوت در اسلام، چاپ چهارم، تهران، نشر المهدی.
۱۶. محمد بخار، نفیسه (۱۳۹۳). عدالت کیفری روز آزما از مبانی تا چالش‌ها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۵). آیین دادرسی کیفری بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها، چاپ اول، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۱۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۲). از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی، مجله الهیات و حقوق، سال سوم، شماره ۹ و ۱۰، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۹. نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۱). تکالیف جرم شناسانه دستگاه قضایی در پرتو قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۰.
۲۰. نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۲). توافقی شدن آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۲۱. نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۲). هنجارمند شدن آموزه‌های جرم‌شناسانه، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱.

22- Durose M.R Iangan, P.A (1991), Feloy 3 entences in states courts Bureau of Justice Grist. P.L criminal senten cing in Florida: Deter minate sentencing's ho llow shell. Crime and Delinquency 45.316-333.

23- John stone. Gerry(2002), Restorative Justive (Ideas, Values, debates), willan Publishing.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۸

صص ۳۸۳ - ۳۹۱

تأثیر مصلحت عمومی در مالکیت خصوصی

دکتر ابوالفضل جعفرقلیخانی^۱، امین اله صمدی^{۲*}

۱- استادیار گروه حقوق، واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران

۲- پژوهشگر دوره‌ی دکترای حقوق عمومی واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران

چکیده

جلب منفعت خصوصی بزرگترین انگیزه رفتاری انسان است و چون انسان‌ها ذاتاً اجتماعی و وابسته به یکدیگر هستند، ناگزیرند منافع فردی خود را در جمع جستجو کنند در نتیجه، هم زمان با جلب منافع فردی، حیات جمعی خود را نیز حفظ نموده و سامان می‌دهند. سامان دادن به حیات جمعی در عین حال که امکان عادلانه جلب منفعت را برای همه فراهم می‌کند، می‌تواند فعالیت‌های خصوصی افراد را محدود سازد. زیرا منافع عمومی همیشه با منافع خصوصی و فردی همسو نیست. هر حکومتی مکلف است امنیت منافع و مصالح عمومی و امکان همزیستی اشخاص تحت حاکمیت خود را تأمین نماید و برای رسیدن به این مقصود، قوانینی وضع می‌کند که ممکن است در ظاهر، با منافع فردی همسو نباشد. پس مجموعه قوانین و مقرراتی که هدف آن حفظ مصلحت عمومی است، ممکن است در حقوق خصوصی افراد اجتماع، محدودیت ایجاد نماید. در حقیقت، منافع عمومی مصلحت بزرگتری است که بدون در نظر گرفتن آن، منافع فردی نیز به مخاطره می‌افتد. فلسفه تشریح، مصلحت است و نه منفعت. اساس قانونگذاری در حقوق اسلام، رعایت مصالح و مفاسد است. در واقع، آنچه تحت عنوان مصالح عمومی مطرح می‌گردد توجه به منافع جمعی مردم است. مصلحت، تأمین هدف شارع و هدف شارع مواظبت از دین، حیات، عقل، نسل و اموال می‌باشد. به همین علت حکومت، با وضع قوانین و مقررات و برای حفظ مصلحت عمومی، مالکیت خصوصی را محدودتر، و در شیوه‌ی استفاده از اموال دخالت می‌نماید. در این جستار تکیه اصلی بحث نگارندگان، بررسی و تحلیل قوانینی است که به دولت حق تحدید و سلب مالکیت خصوصی افراد، به لحاظ حفظ منافع و مصالح عمومی، را داده است.

واژگان کلیدی: مالکیت، سلب مالکیت، منافع خصوصی، منافع عمومی، مصلحت عمومی، حکومت.

۱. مقدمه

در قدیم، مالکیت فردی را حقی مقدس می‌شمردند و قانونگذاران از تجاوز به آن بیم داشتند و سلب آن را، به ویژه بدون پرداخت قیمت عادلانه، مخالف حقوق فطری می‌دانستند. قانونگذار جدید در راه مصالح اجتماعی و برای حفظ منافع عمومی، در مواردی، تصرفات مالک را محدود و حتی سلب مالکیت را تجویز کرده است. (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۷۶-۱۷۵) در قیمت گذاری اموال دخالت می‌کند، مالکان را وادار به واگذاری حق خود می‌کند. انتقال مال غیرمنقول به بیگانگان را مقید و مشروط می‌کند، در تعیین دستمزدها دخالت می‌کند، از فروش برخی از کالاها یا ورود آن‌ها به کشور یا خارج کردن آن‌ها از کشور ممانعت می‌کند، مانع تملک برخی از اموال می‌شود، از ورودی اتومبیل سواری به، محدوده‌ی خاصی از شهر جلوگیری می‌کند، در روابط مالک و مستاجر به نفع یکی از طرفین دخالت می‌کند، زمین مالکان را بین کشاورزان تقسیم می‌کند، در شهرسازی و ساختمان سازی محدودیت ایجاد می‌کند و بسیاری از اینگونه دخالت‌ها را در جهت حفظ منافع و مصالح عمومی در مالکیت خصوصی به عمل می‌آورد.

احدی از نویسندگان در این زمینه معتقدند: "در نظام مالکیت عادلانه، محدودیت‌هایی بر حق مالک وارد می‌شود. این محدودیت‌ها در صورتی که عادلانه و عاقلانه باشد، هم به نفع خود مالک می‌باشد، چون در نهایت فایده آن نصیب او هم می‌شود، و هم به نفع جامعه و باعث می‌شود مالکیت حیاتی معقول و مفید داشته باشد. بعلاوه، مالکیت فقط موجب حق نیست، بلکه موجب تعهد هم هست." (پیلوار، ۱۳۹۱: ۲۱) یکی دیگر از نویسندگان در این خصوص اضافه نمودند: "منافع عمومی در واقع مصلحت بزرگتری است که بدون در نظر گرفتن آن مصالح فردی نیز به مخاطره می‌افتد و از بین می‌رود." چنانچه گفته شد فلسفه تشریح، مصلحت است نه منفعت. به عبارت دیگر اساساً قانونگذاری در حقوق اسلام، رعایت مصالح و مفاصل است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۳۴۳)

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مالکیت مشروع مورد حمایت قرار گرفته است و حمایت از این نوع مالکیت از حقوق شهروندی محسوب می‌شود هر چند این حق یک حق مطلق و بی قید و شرط نیست. (دلیر، ۱۳۹۰: ۱۷) در این میان مالکیت اموال غیرمنقول به عنوان اموالی که تکثیرناپذیر و محدود هستند، همواره موضوع دیدگاه‌های گوناگون فلسفی و حکومتی بوده است. و به همین دلیل بیشتر مورد توجه و البته تعرض حکومت و یا سایر اشخاص می‌باشد. اما در بسیاری از موارد دولت و نهادهای عمومی به دلایل متفاوتی اقدام به تحدید و سلب مالکیت خصوصی از اموال نموده است. این اقدام اگرچه مغایر لزوم اصل حمایت از مالکیت خصوصی است ولی همواره توسط دولت‌ها توجیه شده است. مساله این است که با وجود این همه تاکید و پیش‌بینی سازوکارهای مختلف جهت حمایت از مالکیت خصوصی، آیا این حق ممتاز توسط دولت قابل تحدید و سلب است یا خیر؟ و در تعارض بین منفعت و مصلحت عمومی با مالکیت خصوصی کدام بر دیگری برتری دارد؟ چنانچه دولت چنین حقی را دارا است، این حق بر پایه‌های چه اصول و موازینی بنا شده است؟

۲. قانون روابط موجر و مستاجر

یکی از معروف‌ترین و مهمترین قوانین محدوده کننده مالکیت قانونی است که تحت عنوان قانون روابط مالک و مستاجر، در خرداد سال ۱۳۳۹ تصویب گردید و بعدها در سال ۱۳۵۶ جای خود را به قانون «روابط موجر و مستاجر» داد. قبل از تصویب آن، تنها قانونی که روابط موجر و مستاجر را تنظیم می‌کرد، مقررات اجاره‌ی قانون مدنی بود. ماهیت حقوقی اجاره انتقال مالکیت منافع مال مورد اجاره از موجر به مستاجر است^۱ و چون منافع مال معمولاً به مرور زمان به دست می‌آید، شرط درستی عقد اجاره این است که دارای مدت معلوم باشد. نتیجتاً، بعد از پایان یافتن مدت اجاره ادامه تصرف مستاجر بدون اذن مالک یا بدون تجدید اجاره، از مصادیق اثبات ید بر مال غیر به شمار می‌رود. در سال ۱۳۳۹، قانونگذار به حمایت از

۱. ماده ۴۶۶ قانون مدنی در تعریف اجاره می‌گوید: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجره می‌شود.»

مستأجران برخاست و قواعد اجاره را تغییر داد و در نقاطی که آن قانون قابل اجرا بود^۲ بعد از پایان مدت اجاره رابطه اجاری به حکم قانون ادامه می‌یافت و موجر حق خلع ید مستأجر را به جز در موارد خاصی از قبیل: عدم پرداخت اجاره بها، تعدی، تفریط و تغییر شغل نداشت. افزون بر آن، برای مستأجران اماکن کسب و پیشه و تجارت حقی به نام حق کسب، حق پیشه و حق تجارت به وجود آمد که موجر در بعضی موارد^۳، هنگام تخلیه باید ارزش ریالی آن را به مستأجر می‌پرداخت. (یوسف زاده، ۱۳۹۰: ۱۱۹) هر چند این قانون در سال ۱۳۷۶ با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر جدید، نسخ شد ولی آثار به جا مانده از قانون قبلی هنوز باقی است یعنی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ همچنان بر روابط اجاری نسبت به محل‌های کسب یا پیشه یا تجارت که در آن هنگام ایجاد شده‌اند، حاکم است.

۳. اصلاحات ارضی

محدودیت مهم دیگری که قانونگذار تقریباً هم زمان با قانون مالک و مستأجر، به آن دست یا زید، تصویب قانون اصلاحات ارضی بود. این قانون که در سال ۱۳۴۰ ظاهراً با هدف پایان دادن به نظام ارباب رعیتی «فئودالیسم» و به منظور تعدیل ثروت و علاقه‌مند ساختن کشاورزان به زمین‌های زراعتی در ایران، پیشنهاد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۷) و با رفرندام تصویب گردید و به موجب آن حداکثری برای مالکیت فئودال‌ها تعیین شد و زمین‌های مازاد بر آن را براساس ضوابط همان قانون، توسط اداره‌ای به نام سازمان اصلاحات ارضی که بعدها به وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستایی تبدیل گردید، به کشاورزان منتقل شد. در ماده (۳) آیین‌نامه این قانون چنین مقرر شده است: «مالکین اراضی بایری که مشمول قوانین اصلاحات ارضی نمی‌باشند، موظف‌اند حداکثر ظرف مدت پنج سال از تاریخ تصویب این قانون، برای آبادانی و عمران آن اراضی شخصاً یا به هر نحو که مقتضی بدانند، اقدام کنند. پس از انقضاء مدت آن قسمت از اراضی که بایر مانده بلاعوض به ملکیت دولت در می‌آید تا جهت انجام طرح‌های عمرانی مورد استفاده قرار گیرد. تشخیص وزارت کشاورزی در مورد عمران و آبادی اراضی مشمول این ماده طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیأت دولت خواهد رسید قطعی است.»

محدودیت‌هایی که به موجب قوانین مذکور در مالکیت ایجاد شده بود، تا سال ۱۳۴۸ ادامه یافت و به موجب قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر پایان پذیرفت. به موجب قانون اخیر، مالکان موظف شدند ظرف دو ماه از تاریخ انتشار دومین آگهی وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستایی، آمادگی خود را برای فروش ملک مورد اجاره اعم از دایر و بایر به زارعین مستأجر و یا آمادگی خود را به تقسیم ملک با بهره مالکانه اعلام دارند.

مرحله اول اصلاحات ارضی در مهرماه ۱۳۴۳ به پایان رسید. (خلیل پورگرگانی، ۱۳۹۳: ۱۲۸) با وجود اینکه قانون اصلاحات ارضی قبل و بعد از انقلاب، مورد انتقاد قرار گرفت و مقررات مربوط به زمین‌های شهری و زمین‌های خارج از محدوده‌ی شهرها دستخوش تغییرات زیادی شد، حقوق ناشی از مقررات قانون اصلاحات ارضی برای کشاورزانی که مشمول آن قوانین شده بودند محفوظ باقی ماند.

۴. ضوابط شهر و شهرسازی و نیازهای عمومی

از محدودیت‌های دیگری که قانونگذار در مالکیت خصوصی ایجاد کرده، تعیین ضوابطی بر مالکان املاک شهری و برای تصرفات در املاک شهری است. تملک قهری املاک نه تنها در قوانین شهرداری پیش‌بینی شده، بلکه در سایر قوانین نیز آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۵) که براساس قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ و قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷ و برخی قوانین دیگر از قبیل مقررات مربوط به تعیین کاربری اراضی و املاک، حفاظت از محیط زیست و انتقال اجباری اراضی مورد نیاز به دولت مقرر شده است. این محدودیت‌ها عمدتاً بر سه نوع است:

۲. این قانون و قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در نقاطی قابل اجرا است که لزوم اجرای آن آگهی شده باشد. ر. ک. ماده ۳۱ قانون اخیر.

۳. برای مطالعه در خصوص این موارد ر. ک. ماده ۱۵ قانون موجر و مستأجر ۱۳۵۶.

۴-۱. الزام به واگذاری

شهرداری‌ها مجاز شده‌اند به منظور توسعه معابر، ایجاد مکان‌های مورد نیاز عموم، طرح‌های نوسازی، عمران، ایجاد تأسیسات شهری، توسعه و اصلاح و احداث معابر پس از تصویب شورای شهر، تهیه طرح و نقشه کامل و تأمین اعتبار، املاک مورد نیاز را با ترتیبی که در قانون مقرر شده است، از مالکن بخرند و قانوناً مالکان موظف هستند املاک مورد نیاز شهرداری را به آن‌ها بفروشند. در واقع، ملزم بودن مالکان به فروش مال خود محدودیت است که در جهت مصالح عمومی بر آنان تحمیل شده است. همچنین به موجب قانونی که توسط شورای انقلاب تصویب شده است مالکان املاک ملزم شده‌اند در صورتی که ملک آنان مورد نیاز دولت باشد، آن را به قیمتی که توسط هیأت کارشناسی پیش‌بینی شده در آن قانون تعیین می‌شود، به دولت بفروشند.

۴-۲. کسب اجازه از شهرداری برای برخی از تصرفات در املاک

به موجب ماده (۱۰۰) قانون شهرداری، «مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده شهر یا حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از آنکه ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع شده باشد، جلوگیری نماید.» با این ترتیب می‌بینیم که مالکان در محدوده هر شهری اجازه هرگونه تصرفی را در ملک خود ندارند و این تصرفات باید براساس ضوابط شهری و شهرسازی و با اجازه شهرداری یا ثبت باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۰) در خارج از محدوده‌ی شهرها نیز آیین‌نامه ویژه‌ای^۱ برای احداث بنا وجود دارد و وظایف شهرداری‌ها را فرمانداری‌ها و بخشدارها انجام می‌دهند. همچنین مالکان مکلف هستند مقررات مربوط به استفاده از ملک خود را رعایت کنند مثلاً، اگر کاربری ملکی مسکونی اعلام شده باشد، نمی‌توانند در آن استفاده تجاری کنند یا اگر کاربری ملکی باغ اعلام شده باشد نمی‌توانند آن را به کاربری دیگری تغییر دهند.

۴-۳. نوسازی و عمران شهرها

به موجب ماده (۲) قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷ شهرداری‌ها مکلف شده‌اند سالانه معادل پنج در هزار بهای املاک واقع در محدوده قانونی شهرها را از مالکان آن‌ها وصول و به مصرف نوسازی و عمران شهری برسانند. ترتیب قیمت گذاری املاک شهری و ترتیب وصول آن‌ها و نحوه اعتراض به قیمت گذاری املاک در تبصره‌های ماده (۲) و مواد (۳) الی (۱۵) همین قانون مشخص شده است. به دیگر سخن: قانون مقرر کرده که شهرداری از مالکان املاک شهری پول دریافت و این پول را صرف نوسازی شهر مانند تعریض کوچه و خیابان و غیره کند. بنابراین، مالکان نمی‌توانند بگویند ما نوسازی و عمران نمی‌خواهیم از پرداخت خودداری کنند.

۵. حفظ محیط زیست و گسترش فضای سبز

انسان و طبیعت عمده‌ترین عناصر موجود در فرآیند زیستن هستند. (بهرام سلطانی، ۱۳۶۵: ۱) محیط زیست فضای حیاتی ما می‌باشد که متأسفانه فعالیت‌های نسنجیده و بدون برنامه انسان آسیب فراوانی به آن وارد کرده و ادامه همین روند موجب خواهد شد که کره‌ی زمین به جای نامناسبی برای زندگی نسل‌های آینده تبدیل شود. تاثیر متقابل بین انسان و طبیعت اساسی‌ترین عامل حفاظت یا تخریب محیط زیست به شمار می‌آید. (کرمی، ۱۳۹۵: ۱۴۷) در اثر هشدار دانشمندان و تلاش فعالان در عرصه محیط زیست، تاکنون سه همایش بین‌المللی برای یافتن راه کار برای کم کردن از این آسیب‌ها برگزار شده که آخرین آن در ۱۲ دسامبر ۲۰۱۵ در پاریس بود که کشورهای جهان پذیرفتند مصرف سوخت‌های فسیلی را که موجب تراکم گازهای گلخانه‌ای در جو می‌شود، به منظور جلوگیری از گرمتر شدن کره زمین، کاهش دهند. آثار این توافق عملاً به صورت تغییر شیوه استفاده از انرژی در زندگی عمومی و خصوصی ظاهر خواهد شد و به نوبه خود

۱. ر. ک. آیین‌نامه مربوط به استفاده از اراضی جهت احداث بنا و تأسیسات در خارج از محدوده قانونی و حریم شهرها مصوب ۱۳۵۵/۲/۲۷.

آثار حقوقی محدود کننده‌ی دیگری نیز بر جای خواهد گذاشت. از جمله عوامل تهدید کننده‌ی حیات از بین بردن فضای سبز است. فضای سبز تأمین و تضمین کننده‌ی حیات و تخریب فضای سبز و آثار مخرب ناشی از آن، عامل فجایع طبیعی و تهدید کننده‌ی حیات در کره‌ی زمین است که هم اکنون یک مسأله مرگ و زندگی و یک بحران بین‌المللی تلقی می‌شود به طوری که قانونگذاران و دولت‌ها را بر آن داشته که با وضع قوانین و انعقاد پیمان‌هایی، از آن ممانعت کنند.

در تاریخ باستانی ایران هیچ سندی که حاکی از مالکیت خصوصی بر جنگ باشد در دست نیست. (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۸۳) اما از تاریخ اسلام و فقه اسلامی چنین برمی‌آید که جنگل‌ها و مراتع با عنوان انفال جزء اموال عمومی هستند. (خامنه‌ای، ۱۳۸۶: ۶۰) در کشور ما اهمیت وجود فضای سبز به اندازه‌ای است که قانونگذار برای حفظ و گسترش آن ناچار به دخالت شده و در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۳ با تصویب لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها، محدودیت‌های دیگری را از این حیث برای مالکیت پدید آورده است. در ماده (۱) این قانون چنین مقرر شده است: «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان، قطع هر نوع درخت در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، باغات و محل‌هایی که به صورت باغ شناخته شوند، در محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری ممنوع است.» همان طور که می‌بینیم، قانونگذار حتی برای مالکان خصوصی نیز این محدودیت و ممنوعیت را برقرار کرده و تا جایی پیش رفته که در ماده (۶) برای کسانی که برخلاف مقررات این قانون حتی در ملک خود، مبادرت به قطع درخت کنند، مجازات تعیین کرده^۱ و در مواردی که باغی به منظور خانه سازی از بین می‌رود، مقرر نموده است که زمین باغ به نفع شهرداری ضبط شود.

متون قانونی دیگری که به محدودیت مالکیت خصوصی مستقیماً ربطی ندارد ولی اهمیت فضای سبز را از دید قانونگذار ثابت می‌کند، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵ با اصلاحات بعدی است که برای اشخاصی که در جنگل تصرف غیرقانونی می‌کنند یا درختان جنگلی را قطع می‌کنند یا در جنگل‌ها اقدام به چرانیدن دام می‌کنند و یا جنگل را تبدیل به زمین زراعی می‌کنند مجازات در نظر گرفته است.^۲ همچنین به قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی مصوب ۱۳۷۱ در این خصوص می‌توان اشاره کرد.

۶. مالکان اراضی

محدودیت دیگری که قانونگذار در مالکیت به وجود آورده، برای مالکان اراضی است. نخست در ۴/۵/۱۳۵۸ به موجب قانونی تحت عنوان: «لغو مالکیت اراضی موات شهری» ضمن تأکید بر اینکه طبق موازین اسلام زمین موات قابل تملک خصوصی نیست، دولت را مکلف نمود که در داخل محدوده‌ی قانونی شهرها به کسانی که در زمان نظام قبلی مالک اراضی موات شناخته می‌شدند، اخطار کند که تا مدت معینی نسبت به عمران و آبادی زمین‌های خود اقدام کنند در غیر این صورت، زمین به تصرف دولت در خواهد آمد. متعاقب این اقدام، در سال ۱۳۶۰ قانونگذار به موجب قانون اراضی شهری و در سال ۱۳۶۶ به موجب قانون زمین شهری، ضمن تأکید بر الغاء مالکیت صاحبان زمین‌های موات شهری^۱ که تا تاریخ ۱۳۵۸/۴/۵ احیاء نشده‌اند،

۱. ماده ۶- هر کس عالماً و عامداً و برخلاف مقررات این قانون مرتکب قطع یا موجبات از بین رفتن درختان مشمول آن قانون را فراهم سازد به حبس جنحه تا سه سال و پرداخت جزای نقدی برحسب نوع و محیط، سن درخت و موقعیت آن از یک هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد.

۲. ر. ک. قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مواد ۴۲ الی ۴۷ نیز ماده ۵۵ همچنین، قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱.

۱. زمین‌های موات خارج از محدوده شهرها نیز به موجب قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال استاد آ «مصوب ۶۵/۹/۳۰ به مالکیت دولت درآمد و به موجب تبصره ۱ همین قانون تشخیص موات بودن یا نبودن به هیات هفت نفری مستقر در وزارت کشاورزی محول شد.

کلیه اراضی بایر شهری را که مالک مشخصی نداشته باشند، در اختیار ولی فقیه قرار داد و مالکان زمین‌های بایر و دایر شهری را مکلف کرد که زمین‌های خود را در صورتی که برای اجرای طرح‌های عمومی شهری مورد نیاز باشد، به دولت بفروشند.

پاراگراف دوم ماده (۹) قانون زمین شهری چنین مقرر داشته است: «مالکان اراضی بایر و دایر شهری اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی و بنیادها و نهادها و ارگان‌های دولتی و غیر دولتی موظف‌اند زمین‌های مورد نیاز دولت یا شهرداری‌ها را که موضوع این قانون است به منظورهای ذیل با تقویم دولت به آن‌ها (دولت و شهرداری‌ها) بفروشند.

الف. تفکیک و فروش توسط وزارت مسکن و شهرسازی به افراد واجد شرایط و دریافت زمین جهت مسکن و یا اجرای طرح‌های ساختمان سازی مسکونی.

ب. ایجاد تأسیسات عمومی و عمرانی و اداری و اجرای طرح‌های مصوب شهری و عوض طرح‌های شهری حسب مورد، به وسیله وزارتخانه‌ها و شهرداری‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی و نهادها و موسساتی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است.

ج. حفاظت از میراث فرهنگی کشور.

افزون بر آن، محدودیت‌هایی نیز در مورد مساحت اراضی^۲ و تبدیل و تغییر کاربری، افزاز، تقسیم و تفکیک زمین‌ها و باغ‌ها در همین قانون برای مالکان ایجاد شده است. (یوسف زاده، ۱۳۹۴: ۹۲)

در قانون دیگری که تحت عنوان «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها» در تاریخ ۱۳۷۴/۳/۳۱ تصویب شده، در ماده (۱) چنین مقرر شده است: «به منظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم و بهره‌وری آن‌ها از تاریخ تصویب این قانون تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده‌ی قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع می‌باشد.» و برای اینکه تشخیص ضرورت به مالک زمین محول نشود، در تبصره همین ماده تأکید شده: «تشخیص موارد ضرورت در هر استان به عهده هیأتی مرکب از: رئیس سازمان جهاد کشاورزی، مدیر امور اراضی، رئیس سازمان مسکن و شهرسازی، مدیرکل حفاظت محیط زیست آن استان و یک نفر نماینده استاندار است.» و برای تخلف از مقررات قانون مذکور، کیفر تعیین شده است (ماده ۱۰ اصلاحی) به عبارت دیگر: در چنین زمین‌هایی مالک حق ندارد به دلخواه حقوق مالکانه خود را اعمال کند. (یوسف زاده، ۱۳۹۴: ۹۳)

۷. مهندسی و معماری

براساس قواعد اولیه، از جمله اختیاراتی که هر مالکی نسبت به زمین خود دارد، این است که هر نوع ساختمانی را به دلخواه و به هر کیفیت در آن بسازد. کوچه و خیابان‌های بی نقشه و بی قواره و تنگ و تاریک و ساختمان‌های آسیب‌پذیر واقع در شهرها که در هر زمین‌لرزه با خاک یکسان می‌شوند، از آثار این آزادی است. ولی قبلاً در مقررات شهر و شهرسازی دیدیم که این اختیار از جهت مقررات شهری چه حدودی دارد. این محدودیت منحصر به رعایت مقررات شهری نیست بلکه قانونگذار از جهت فنی نیز در این کار دخالت و محدودیت ایجاد کرده است. می‌دانیم که کشور ما در روی کمربند زلزله قرار دارد و دائماً در معرض خطر زلزله و صدمات و خسارات ناشی از آن است و تاکنون خسارات سهمگین و بعضاً غیر قابل جبرانی از این پدیده طبیعی را تجربه کرده است. چون یکی از مهمترین وظایف حکومت تأمین امنیت مردم است و امنیت منحصر به تهدید دشمن خارجی یا دشمنان داخلی نیست، قانونگذار از جهت استحکام بناها و به منظور جلوگیری از به وجود آمد فجایع انسانی ناشی از زلزله و هدر رفتن مصالح که به هر حال یک سرمایه به شمار می‌رود، مقرراتی تحت عنوان مقررات ملی ساختمان وضع کرده و رعایت ضوابط فنی و علمی دقیقی را در ساختمان سازی اجباری کرده که این مقررات جنبه امری دارد و همه کسانی را که به نحوی در احداث یک ساختمان دخیل هستند، اعم از مالک، مهندس معمار، مهندس مجری، مهندس محاسب و مهندس ناظر، مکلف به رعایت آن نموده است. یکی از وظایف مهندسانی که طبق تبصره (۷) ماده (۱۰۰) قانون

۲. ر.ک. به قانون قطب‌های کشاورزی.

شهرداری مسئولیت نظارت بر احداث ساختمان‌ها را به عهده می‌گیرند، این است که مقررات ملی ساختمان و کلیه ضوابطی را که در آیین‌نامه‌های مختلف برای استحکام بناها تعیین شده، مدنظر داشته باشند^۱ و قانونی نیز تحت عنوان قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان در تاریخ ۱۳۷۴/۱۲/۲۲ تصویب شده که امور مهندسان و معماران و مهندسی ساختمان را در سازمانی به نام سازمان نظام مهندسی ساختمان^۲ سامان می‌دهد^۳ و در ماده (۱۷) برای حصول اطمینان از رعایت این قانون، شورای انتظامی^۴ تاسیس شده که این شورا مجازات‌های انتظامی مقرر در ماده (۹۰) آیین‌نامه اجرائی را برای تخلفات مذکور در ماده (۹۱) آیین‌نامه یاد شده اعمال می‌کند^۵ بنابراین، در وضعیت کنونی مالک حق ندارد هر ساختمانی را با هر کیفیتی به دلخواه در ملک خود بسازد و مکلف است همه ضوابط فنی را رعایت کند.

۸. میراث فرهنگی

میراث فرهنگی دلائل عینی تحولات تمدن بشری و تجارب ملموس و محسوس انسان در طول تاریخ است که حفاظت از آن اهمیت بسیار دارد. (یوسف، ۱۳۹۴: ۹۳) اجمالاً، هر آنچه مصنوع دست انسان باشد، اعم از منقول و غیر منقول، به شرط داشتن بیش از صد سال قدمت، می‌تواند میراث فرهنگی باشد. در اینجا قصد ما توضیح بیشتر در ماهیت میراث فرهنگی نیست بلکه می‌خواهیم بدانیم قانونگذار چه محدودیت‌هایی نسبت به مالکیت اموالی که میراث فرهنگی شناخته می‌شوند، اعمال می‌کند؟

آن مقدار از میراث فرهنگی که مالک خصوصی ندارد از اموال عمومی محسوب می‌شود. مقدار دیگری از اینگونه اموال دارای مالک خصوصی است و قانون حفظ آثار ملی و نظام‌نامه اصلاحی قانون مذکور، از مالکان این گونه اموال سلب مالکیت نکرده ولی قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ به طور کلی، در خصوص میراث فرهنگی منقول و غیر منقول و ماده (۷) نظام‌نامه اصلاحی قانون مذکور در خصوص میراث فرهنگی غیر منقول و ماده (۱۶) همین قانون در مورد میراث فرهنگی منقول ضمن تأکید بر مالکیت صاحبان آن‌ها محدودیت‌های متعددی ایجاد کرده است. به عنوان مثال می‌توان به میراث فرهنگی دارای مالک خصوصی اشاره کرد که در ماده (۵) قانون راجع به حفظ آثار ملی مقرر داشته است: «اشخاصی که مالک یا متصرف مالی باشند که در فهرست آثار ملی ثبت شده باشد، می‌توانند حق مالکیت یا تصرف خود را حفظ کنند و لیکن نباید دولت را از اقداماتی که برای حفاظت آثار ملی لازم می‌داند، ممانعت نمایند. در صورتی که عملیات دولتی برای حفاظت مستلزم مخارجی شود، دولت از مالک مطالبه عوض نخواهد نمود و اقدامات مزبور مالکیت مالک را متزلزل نخواهد کرد.» در حقیقت اینگونه اموال علاوه بر مالک، تحت نظارت دولت (سازمان میراث فرهنگی) قرار می‌گیرند. البته قانونگذار به این مقدار محدودیت بسنده نکرده (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۳) و در ماده (۶) همین قانون اعمال زیر را نسبت به میراث فرهنگی جرم اعلام کرده است:

الف. منهدم کردن یا خرابی وارد آوردن به آثار ملی و مستور ساختن روی آن‌ها به اندود یا رنگ و یا رسم کردن نقوش و خطوط بر آن‌ها.

ب. اقدام به عملیاتی در مجاورت آثار ملی که سبب تزلزل بنیان یا تغییر صورت آن‌ها شود.

ج. تملک و معامله بدون اجازه دولت نسبت به مصالح و مواد متعلقه به ابنیه مذکور در فهرست آثار ملی.

۱. تبصره ۷- مهندسان ناظر ساختمانی مکلفند نسبت به عملیات اجرائی ساختمانی که به مسوولیت آن‌ها احداث می‌گردد از لحاظ انطباق ساختمان با مشخصات مندرج در پروانه و نقشه‌ها و محاسبات فنی ضمیمه آن مستمرا نظارت کرده و در پایان کار مطابقت ساختمان با پروانه و نقشه و محاسبات فنی را گواهی نمایند.

2. Iranian Organization for Engineering Order of Building.

۳. ر. ک. به اهداف این سازمان در ماده ۲ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴.

4. Disciplinary Council.

۵. ر. ک. آیین‌نامه اجرائی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۷۵/۱۱/۱۷.

افزون بر آن، قانونگذار برای خرید و فروش اینگونه اموال نیز شرایط ویژه‌ای تعیین کرده، مثلاً براساس پاراگراف آخر ماده (۱۶) نظام‌نامه: «هر کس یکی از آثار ملی منقول را بدون اطلاع وزیر معارف به فروش رساند، محکوم به اداء جرمیه مساوی با قیمت فروش مال خواهد شد. دولت می‌تواند با تأدیه قیمتی که خریدار پرداخته است مالک مال بشود و هرگاه ثابت شود خریدار از ثبت مال در فهرست آثار ملی اطلاع داشته است، مشارالیه نیز شریک جرم فروشنده محسوب و به همان مجازات محکوم خواهد شد مگر اینکه دولت را قبلاً از قصد خود مطلع کرده باشد.^۱» همان طور که ملاحظه می‌کنید حقی که در این قانون برای تملک مال فروخته شده ایجاد شده است، از برخی جهات شباهت به حق شفعه دارد که از اسباب مالکیت می‌باشد. خارج کردن اینگونه آثار از کشور نیز بدون اجازه دولت ممنوع است.^۲

۹. مالکیت بیگانگان

از حقوق هر مالکی نسبت به مال خود این است که در مال خود تصرف حقوقی دلخواه را نماید یعنی مال خود را به هر کس که مایل باشد بفروشد، یا اجاره دهد و یا صلح کند و مانند این کارها ولی با توجه به مصالح ملی و امنیتی که قانونگذار مدنظر داشته است، فروش مال غیر منقول به اتباع بیگانه محدودیت‌هایی دارد. این محدودیت‌ها در آیین‌نامه‌ی استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۸ مقرر شده است. به موجب ماده (۱) این آیین‌نامه: «اتباع خارجه که در ایران می‌خواهند ملکی برای محل سکونت یا صنعت یا کسب خود استملاک نمایند باید اظهارنامه‌ای مشتمل بر مشخصات زیر به اداره ثبت محل وقوع آن ملک بدهند تا برای تحصیل اجازه به اداره کل ثبت فرستاده شود...» در همین قانون برای بیگانه‌ای هم که با اجازه دولت مال غیر منقولی را خریده، محدودیت دیگری منظور شده است. در ادامه ماده (۱) در بند «ح» چنین مقرر شده است: «تقاضا کننده در تقاضای خود تعهد می‌نمایند که هرگاه بخواهد محل اقامت دائمی خود را خارج از ایران انتقال دهد، باید ملک مورد تقاضای استملاک را حداکثر تا شش ماه از تاریخ خروج از ایران به یکی از اتباع ایران یا خارجیانی که طبق مقررات اجازه تملک تحصیل نموده‌اند، انتقال دهد والا اداره ثبت مربوطه با اجازه اداره کل ثبت، ملک را طبق مقررات مربوط به مزایده املاک بیع شرطی، از طریق مزایده، به فروش رسانیده، وجه آن را پس از وضع هزینه‌ها و عوارض قانونی، به مالک خواهد پرداخت و هرگاه در مزایده خریداری پیدا نشد، اداره کل ثبت مراتب را یک مرتبه در روزنامه رسمی کشور اعلام نموده و پس از انقضای مدت شصت روز از تاریخ اعلام، ملک را به هر قیمتی که خریدار داشته باشد، به فروش رسانیده و وجه آن را به شرح مذکور در فوق به مالک خواهد پرداخت...» به طوری که می‌بینیم:

اولاً، تبعه بیگانه فقط حق دارد با شرایطی که گفته شد، برای سکونت یا کسب یا صنعت خود در ایران مالکیت مال غیر منقول تحصیل کنند و نه برای کاری دیگر از قبیل زراعت. ثانیاً، تبعه ایران نمی‌تواند مال غیر منقول خود را به غیر از اهداف مذکور به بیگانه بفروشد. به دیگر سخن هم ایرانی در انتقال مال غیرمنقول به خارجی محدودیت دارد و هم خارجی که صاحب مال غیر منقول در ایران است در اعمال حق مالکیت خود محدود است.

۱۰. قانون معادن

مطابق قانون مدنی، معادن واقع درهرملکی به صاحب آن تعلق دارد. ولی، قانون معادن مصوب ۱۳۳۶، برای حفظ ثروت ملی کشور، معادن را به سه طبقه تقسیم کرده است و تنها معادن مربوط به سنگ‌های ساختمانی و خاک رس و امثال آن را ملک صاحبان اراضی دانسته و بقیه معادن را در اختیار دولت قرارداده است. به اضافه، بهره‌برداری از معادن دسته اول نیز باید، با صدور پروانه از طرف اداره کل معادن، آغاز شود.

۱. ر. ک. بند ۴ ماده واحده لایحه قانونی راجع به جلوگیری از انجام اعمال حفاری‌های غیر مجاز و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی که ... مصوب ۵۸/۲/۱۸ شورای انقلاب.
۲. ر. ک. ماده ۴۷ نظام‌نامه.

۱۱. نتیجه گیری

مالکیت از جمله مهمترین حقوقی است که مورد حمایت اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و عادی کشورها قرار گرفته است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مالکیت مشروع مورد حمایت قرار گرفته است و حمایت از این نوع مالکیت از حقوق شهروندی محسوب می‌شود. در این میان مالکیت اموال غیرمنقول به عنوان اموالی که تکثیرناپذیر و محدود هستند، همواره موضوع دیدگاه‌های گوناگون فلسفی و حکومتی بوده است. به همین دلیل بیشتر مورد توجه و البته تعرض حکومت و یا سایر اشخاص قرار گرفته است. در بسیاری از موارد دولت و نهادهای عمومی به دلایل متفاوتی اقدام به تحدید و سلب مالکیت خصوصی از اموال نموده است. این اقدام اگرچه مغایر لزوم اصل حمایت از مالکیت خصوصی است ولی همواره توسط دولت‌ها توجیه شده است. دولت‌ها در توجیه داشتن حق اعمال محدودیت و حتی سلب آن، به عنوان سطحی از حاکمیت کشور که به انجام خدمات عمومی و ایجاد منفعت عام و رعایت مصلحت جامعه می‌پردازد، استناد، و عمل خود را توجیه نموده و غایت و فلسفه تشریح و قانونگذاری را، مصلحت عمومی می‌داند نه منفعت شخصی. به عبارت دیگر اساس قانونگذاری در حقوق اسلام، رعایت مصالح و مفساد است. منافع و مصالح عمومی در واقع مصلحت بزرگتری است که بدون در نظر گرفتن آن مصالح فردی نیز به مخاطره می‌افتد و از بین می‌رود. شایان ذکر است با توجه به اعمال حاکمیتی دولت در حفظ نفع عمومی و همچنین برقراری نظم عمومی در جامعه، در تعارض بین منافع و مصالح عمومی با مالکیت خصوصی، منافع و مصلحت عمومی بر مالکیت خصوصی برتری خواهند داشت. زیرا در مصلحت عمومی نفع عموم مردم مطرح می‌شود لذا چاره‌ای جز برتری دادن منافع و مصالح عمومی بر منافع خصوصی اشخاص وجود ندارد.

لزوم احترام به مالکیت شخصی یکی از اصول اولیه حقوقی می‌باشد و قانونگذاران از تجاوز به آن بیم داشتند، تحدید و سلب آن را، به ویژه بدون پرداخت قیمت عادلانه، مخالف حقوق فطری می‌دانستند. در نظام مالکیت عادلانه، محدودیت‌هایی بر حق مالک وارد می‌شود. این محدودیت‌ها در صورتی که عادلانه و عاقلانه باشد، هم به نفع خود مالک است، چون در نهایت فایده آن به ایشان نیز می‌رسد، و هم به نفع جامعه بوده و باعث می‌شود مالکیت حیاتی معقول و مفید دارا شود. بعلاوه، مالکیت فقط موجد حق نیست، بلکه موجد تعهد هم هست. نقض حقوق مالکانه اشخاص در قبال منافع و مصالح عمومی، مستلزم اعمال ضمانت اجراهای مدنی نظیر الزام به جبران خسارت و در برخی از موارد ضمانت اجرای کیفری مانند حبس است. مطلب مهم دیگری که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد این است که اموالی که توسط دولت و یا نهادهای عمومی دیگر مورد تحدید و سلب مالکیت قرار می‌گیرند نیازمند به حفظ، نگهداری، اداره و بهره‌برداری دارند؛ در کلیه جوامع نهادها و دستگاه‌های اجرایی بدین منظور برابر قانون پیش‌بینی شده است. هر مقدر اختیارات و وظایف مقام‌ها و نهادها و سازمان‌های ایجاد شده به طور شفاف و دقیق در قوانین و مقررات مشخص باشد، حفاظت از اموال عمومی بیشتر تضمین و رعایت می‌شود. نظارت مستمر و مداوم از این نهادها و سازمان‌ها منجر به، شفافیت در عمل، پاسخگویی، کارایی و مسولیت‌پذیری آنان خواهد شد.

فهرست منابع

۱. بهرام سلطانی، کامبیز. (۱۳۶۵) مقدمه‌ای بر شناخت محیط زیست. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۲. پیلووار، رحیم. (۱۳۹۱). فلسفه‌ی حق مالکیت. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱) دانشنامه حقوق. تهران: گنج دانش.
۴. خلیل پورگرگانی، مجید. (۱۳۹۳). محدودیت‌های مالکیت. تهران: اتحاد.
۵. خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۸۶). مالکیت عمومی. تهران: تک.
۶. دلیر، حمید. (۱۳۹۰). حقوق مصادره. تهران: میزان.
۷. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۹). حقوق مدنی اشخاص و اموال. تهران: میزان.
۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). حقوق مدنی اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۹. کریمی، محمد مهدی. (۱۳۹۵). مبانی فقهی اقتصاد اسلامی. تهران: شبک.
۱۰. یوسف زاده، مرتضی. (۱۳۹۰). حقوق مدنی ۶ عقود معین. تهران: شرکت انتشار.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۱

صص ۳۹۳ - ۴۰۲

جلوگیری از بزه‌های اقتصادی از طریق حسابگری کیفری

علیرضا بهشتی^۱، محمود قیوم زاده^۲

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

۲- دکتری فقه و حقوق اسلامی، استاد دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

امروزه جلوگیری از بزه‌های اقتصادی به علت رواج گسترده آن و اثرات ویرانگری که بر اقتصاد جامعه به عنوان یک واحد زنده وارد می‌کند، یکی از ضرورت‌های غیرقابل‌انکار جوامع بشری است و کشورها با سیاست‌های تقنینی و بستن کنوانسیون‌های چند جانبه درصدد کاهش این قبیل جرائم می‌باشند. جلوگیری از چنین جرائمی مستلزم سیاست جنایی مناسب و هماهنگی همه نهادهای مسئول می‌باشد. در سیر تکاملی حقوق جزا و جرم‌شناسی، کیفر شناسان نظریات گوناگونی در راستای پیشگیری از جرائم ارائه داده‌اند و هر کدام روش‌هایی را برای مبارزه با جرم مطرح کرده‌اند. نظریه حسابگری کیفری نیز همانند سایر آراء جرم‌شناسی، چنین اهمیتی داشته و راهکارهایی را برای پیشگیری از جرم بیان نموده است. مطابق با این نظریه، مجرم، شخصی سود طلب، منفعت‌خواه و حسابگر بوده و برای ارتکاب بزه، منافع و هزینه‌های خود را می‌سنجد و با برآورد آن، دست به ارتکاب فعل مجرمانه می‌زند. نظریه پردازان حسابگری کیفری اعتقاد دارند نظر به آن که شخص مرتکب جرم، فردی حسابگر است، لذا به دقت متوجه به دستاورد رفتار خود است و در نتیجه، طراحان سیاست کیفری به عنوان نماینده جامعه، لازم است براساس مبانی و ملاک‌های شدت، سرعت و قطعیت، نهایت عکس‌العمل را در برابر کنش جرم از خود بروز دهند. در این مقاله اجمالاً قصد داریم از یک سو نظریه حسابگری کیفری و از سوی دیگر سیاست کیفری ایران در راستای پیشگیری از جرائم اقتصادی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم. واژگان کلیدی: بزه‌های اقتصادی، فایده‌گرایی، حسابگری کیفری، سیاست جنایی.

* نویسنده مسئول: ghayiumzade@yahoo.com

۱. مقدمه

بسیاری از نظریات بیان شده در مورد بزهکاری، به رفتار مجرمانه به عنوان عملی عمدی و حساب شده، اهمیت قابل اعتنایی نداده و اکثراً کنش‌های مجرمانه را به عنوان یک عکس‌العمل به محیط اطراف و اوضاع فردی و اجتماعی قلمداد می‌کنند تا به عنوان یک کنش عامدانه؛ اما این قضیه در مورد نظریه حسابگری کیفری کاملاً متفاوت است. این نظریه بیانگر آن است که غالب نتایج رفتار مجرمانه، منبعث از گزینشی است که توسط بزه‌کار ارتکاب یافته است، به عبارت دیگر توسط کسی که درصدد تحصیل یک منفعت اقتصادی، سیاسی، جسمی یا دیگر منافع است. حسب این نظریه، محرک ابتدایی یک جرم، کسب منفعت است نه آنچه در غالب نظرات کیفرشناسی، اوضاع و کیفیات نامناسب روانی یا اجتماعی تلقی می‌شود.

این نظریه، رفتارهای مجرمانه را به عنوان برآورد تحلیلی، قلمداد می‌کند که منافع، هزینه‌ها و خطرات در رابطه با آن رفتارها را به حساب می‌آورد، لذا نظریه حسابگری کیفری اعلام می‌دارد که مجرمان، تصمیمات حساب شده‌ای برای ارتکاب جرم در اوضاع و شرایط ویژه می‌گیرند و در این خصوص به ملاک‌هایی مانند هزینه، خطر و فایده فعل، نگاه خاص می‌کنند؛ بنابراین ضروری است که در اتخاذ راهکارهای کیفری، همه زوایایی که اندیشه انسان در تصمیم‌گیری مربوط به ارتکاب بزه به آن‌ها توجه می‌کند، مدنظر واقع شود. بر این اساس، این اندیشه جرم‌شناسی در مورد جرائم اقتصادی مطرح می‌شود که غالب بزهکاران اقتصادی، به لحاظ این‌که در حرفه و فعالیت اقتصادی خود متخصص و استاد می‌باشند و از هوش اقتصادی قابل توجهی برخوردارند و بعضاً دستی در سیاست هم دارند، اصولاً به روش‌های ارتکاب با توجه به دارا بودن رانت‌های اطلاعاتی در حوزه فعالیت خویش آگاهی کامل داشته و سختی‌های مسیر، خطرات قانونی پیش رو و منافع و سودهای حاصل از ارتکاب جرائم اقتصادی را می‌سنجند و آنگاه انجام آن‌ها را گزینش می‌کنند. لذا لازم است در این خصوص و در راستای تجزیه و تحلیل رفتار مجرمانه، معادله جرم را با مدنظر قرار دادن یک سیاست کیفری خاص و متمایز از سایر جرائم مورد بررسی قرار داد. البته قبل از ورود به این بحث لازم به ذکر است که در مورد جرم اقتصادی تعاریف مختلفی ارائه شده است و بر این اساس نمی‌توان به درستی تشخیص داد که ملاک اصلی تمیز جرائم اقتصادی چیست؟ به عنوان مثال برخی از حقوقدانان عنوان می‌کنند که: «جرم اقتصادی به هرگونه فعل یا ترک فعلی اطلاق می‌شود که به قصد ضربه زدن به ارزش‌های اقتصادی، موجب اختلال در نظام اقتصادی گردد.»

یا این‌که برخی دیگر قید کرده‌اند که «جرم اقتصادی اعمال غیرقانونی ارتکاب یافته در قلمرو فعالیت‌های حرفه‌ای به‌منظور کسب امتیازات اقتصادی می‌باشد و شامل فرار از مالیات، اشکال مختلف تقلب و اختلاس در شرکت‌ها و مؤسسات قانونی است.»

با نگاهی به دو تعریف فوق و سایر تعاریف ارائه شده می‌توان گفت که کلی بودن آن‌ها امکان تفسیر موسع از آن‌ها را به‌منظور تحت شمول قرار دادن کلیه مصادیق جرائمی که مخل نظام اقتصادی می‌باشند، میسر می‌گرداند. از سویی به لحاظ این‌که اغلب نظریه‌پردازان جرم‌شناس در نظریات خود از جرائم اقتصادی، قصد مرتکب را ضربه زدن به ارزش‌های اقتصادی قید کرده‌اند و نه کسب سود و امتیاز مادی، لذا به نظر می‌رسد با رفع این نقص بتوان گفت که جرم اقتصادی به رفتار مجرمانه‌ای گفته می‌شود که نوعاً با انگیزه سود یا امتیاز مادی، ارتکاب یافته و نتیجه بالفعل آن اختلال در نظام اقتصادی است. به هر روی با توجه به تعریف فوق و مشخص شدن اثرات مخرب جرائم اقتصادی باید گفت که در پیشگیری از جرائم اقتصادی در پرتو حسابگری کیفری، بر سه اصل شدت، حتمیت و سرعت در برخورد با بزهکاری اقتصادی و مرتکب آن تأکید می‌شود. به‌طوری‌که اصل شدت، بر عدم مسامحه و تخفیف نسبت به بزهکار اقتصادی اشاره داشته و اشعار می‌دارد که برای ارباب بزهکاران بالقوه و جلوگیری از تکرار جرم باید ضمانت‌اجراهای شدیدی را اعمال کرد. اصل حتمیت بر قطعی بودن اعمال رسیدگی‌ها و ضمانت‌اجراها و اصل سرعت بر کوتاه‌ترین زمان و ابزار برای اعمال ضمانت اجرا تأکید دارد. به هر روی در این مقاله به تشریح اجمالی ابعاد مختلف نظریه حسابگری کیفری در رابطه با جرم اقتصادی و نگاه سیاست کیفری ایران از این دریچه به جرائم اقتصادی می‌پردازیم.

فصل اول: ماهیت، معیارها و حوزه‌های حسابگری کیفری

برای آن که یک نظریه مورد تجزیه و تحلیل صحیح واقع شود ناگزیریم تا اولاً اطلاعات دقیقی از آن داشته باشیم و سپس آن را مورد راستی آزمایی و انطباق با واقعیت موجود قرار دهیم. براین اساس نظریه حسابگری کیفری در جرائم اقتصادی هم مستثنی از این قاعده نمی‌باشد و لازم است که ابتدائاً نگاهی گذرا به معیارهای یک نظریه و حوزه‌های مورد بحث آن داشته باشیم.

گفتار اول: ماهیت حسابگری کیفری

این نظریه که از آن به نظریه فایده‌گرایی هم یاد می‌شود در درجه اول یک نظریه فلسفی است و بر این فرض بنا شده است که آنچه که مفید است، لاجرم خوب است و این که فایده عقلاً قابل شناسایی و اندازه‌گیری می‌باشد. جرمی بنتام پایه‌گذار و مشهورترین نماینده این نظریه است. از نظر وی منفعت‌گرایی از ارزش فراوانی برخوردار است تا جایی که هر انسانی به حکم طبیعت در تمامی لحظات حتی زمان ارتکاب جرم، زیر نفوذ لذت و درد قرار دارد و با نگاهی حسابگرانه و اقتصادی به موضوع بزه نگاه می‌کند. او معتقد است که اشخاص حتی به شکل غیرارادی، بنابر سنجش سود و زیان حاصل از کنش خود، شرایط خویش را مدیریت می‌کنند، به دیگر سخن هر فردی حتی بزهدار، هنگام دست زدن به یک بزه، شبیه یک اقتصاددان و تاجر به محاسبه سود و زیان خود مبادرت می‌کند. لذا اگر متوجه شود که فعل وی به تحمل کیفر سخت منجر خواهد شد از ارتکاب آن دست برمی‌دارد. ضمناً تأمین بازدارندگی در گرو وزانت کفه مجازات بر منفعت حاصل از جرم خواهد بود و براین اساس به گسترش «آموزه دکترین حسابگری جزایی» می‌پردازد و ملاکی عینی و ملموس برای سنجش و محاسبه فایده ارائه می‌کند و در این رهگذر از اسباب و ادله‌ای مانند دوام، شدت و حتمیت مجازات نام می‌برد. بنتام و سایر جرم‌شناسان پیرو وی مانند جان استوارت میل معتقدند که اگر بتوان میزان قطعی بودن مجازات را افزایش داد، می‌شود از ارتکاب جرم جلوگیری کرد و اگر گسترش بازدارندگی هدف اصلی باشد، لازم است تا کیفر مورد حکم محکمه قانونی اولاً سریع صادر شود و ثانیاً بی‌درنگ و بدون تأخیر هم اجرا گردد. زیرا تأثیر بزه بر روح انسان‌ها با سپری شدن زمان رو به کاستی می‌رود. از نظر آن‌ها مهمترین عامل پیشگیری جرم بالا بردن زیان حاصل از آن در ذهن مجرم است و براین اساس بدون شک ضروری است تا اولاً کیفر در نظر گرفته شده وحشتناک باشد و موجب ترس کسی که اراده جرم می‌کند، بشود و ثانیاً توده مردم آن را به عنوان یک واکنش عمومی بپذیرند.

گفتار دوم: معیارهای حسابگری کیفری

اساس و بنیان یک نظریه در معیارها و ملاک‌های آن می‌باشد. به طوری که اگر نگاهی اجمالی به این معیارها بیاندازیم پی به اطلاعات زیادی پیرامون آن نظریه می‌بریم. نظریه حسابگری کیفری دارای معیارهای ذیل است:

بند اول: سودمند بودن مجازات

حسب این ملاک اگر مجازاتی فاقد فایده و منفعت برای خود و جامعه از قبیل پیشگیری از وقوع جرائم بعدی و یا تنبیه مجرم و یا جبران خسارات مادی و معنوی بزه‌دیده باشد، به هیچ وجه نباید تصویب و حتی در صورت تصویب اجرا شود و باید این اختیار به قضات داده شود، که اگر در حین داوری، پی به بی‌فایده بودن کیفری بردند، اختیار تبدیل و تعدیل و حتی تعلیق آن را داشته باشند.

بند دوم: تعلیق کیفرها به معیار فایده‌مندی

اولین اثر این ملاک «قضایی سازی اجرای مجازات» است. چرا که به منظور نهادینه شدن اعمال چنین معیاری لازم است تا کیفر مجازات حتماً توسط مقام قضایی اجرا شود و از سپردن آن به مقامات اداری خودداری کرد. دومین نتیجه حاصل از این معیار، لحاظ حق تجدیدنظر خواهی برای مقام قضایی اجرای مجازات و طرفین پرونده اعم از بزه‌دیده و بزهدار است. چرا که باید چنانچه قاضی اجرای حکم، هر زمانی که ادامه اجرای کیفر را مضر دانست، حق تقاضای تجدیدنظر در حکم دادگاه را داشته باشد و به طرفین پرونده هم اختیار اعتراض از آراء قضایی را داد.

بند سوم: عدم تصویب و صدور حکم مجازات‌های بی‌فایده

حسب این معیار اگر کیفری فایده‌ای برای جامعه نداشته باشد و نتواند موجب کاهش ارتکاب جرم شود، نباید تصویب شود. به عبارت دیگر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات باید مشروط به اصل دیگری به نام «سودمند بودن کیفرها» قرار گیرد و طراحان سیاست کیفری باید همواره در تصویب قوانین جزایی و ضمانت‌های اجرایی آن‌ها به سه عامل زمان، مکان و وضعیت متهم توجه داشته باشند. همچنین حتی لازم است تا این معیار را به مرحله صدور حکم که به نظر حتی از جهاتی مهمتر از مرحله تصویب است نیز تسری داد و زمام اجرا را با این ملاک به دست مقام قضایی صادرکننده حکم و حتی اجرا البته به صورت قاعده‌مند سپرد. به دیگر سخن می‌توان گفت: «قانونگذار به منظور ایجاد زمینه برای کیفرشناسی فایده‌گرا باید اصل را بر تنوع کیفر در مقابل جرم بگذارد. لذا اصل «تنوع کیفری در برابر جرم» از نتایج بارز رعایت این معیار در قانونگذاری کیفری است. نتیجه دیگری که از معیار عدم توسل به کیفرهای بی‌فایده در حکم قاضی بدست می‌آید آن است که حاکم در صورت تشخیص دقیق سودمند نبودن کیفرهای قانونی، لازم است در خصوص جرم ارتكابی با توجه به وضعیت روانی، جسمی و مادی بزهکار به دیگر وسایل و نهادهای کیفری مانند مجازات‌های جایگزین، تعویق و تعلیق صدور حکم و آزادی مشروط روی آورد.

فصل دوم: رویکرد مقنن در قوانین ماهوی در پرتو حسابگری کیفری

در این فصل قصد داریم تا نگاه مقنن در قوانین ماهوی کیفری که به نظر می‌رسد با نگاه به نظریه حسابگری کیفری تصویب شده است را مورد بررسی قرار دهیم. لذا در دو گفتار به بررسی اصول این نظریه در قانون و سپس تجزیه و تحلیل موضوع می‌پردازیم.

گفتار اول: بنیان‌های نظریه حسابگری کیفری در حقوق جزایی ماهیتی

با نگاهی به قوانین جزایی ماهوی و تطبیق با محتوای نظریه حسابگری کیفری در می‌یابیم که مقنن به صورت کلی در تصویب قوانین به این نظریه توجه داشته و اصول آن را در مقررات خود لحاظ کرده است. اساساً با توجه به آن که اصول یک مکتب نظری موجب تمییز آن از سایر مکاتب می‌شود لذا در این گفتار به تجزیه و تحلیل تعدادی از این اصول مکتب فکری (حسابگری کیفری) در قوانین داخلی می‌پردازیم.

الف - قطعی و حتمی بودن کیفر

در ادبیات حقوقی منظور از این دو صفت یعنی، اطمینان از اجرا شدن مجازات مورد حکم، فرض چنین پایه‌ای در حسابگری کیفری بسیار مهم است. چرا که مجرم با لحاظ این که اگر مرتکب بزه گردد، به کیفر عمل خود می‌رسد، با یک محاسبه در ذهن خود کمتر تمایل می‌یابد که مرتکب جرم شود. این مسئله در مورد جرایم اقتصادی هم کاملاً مصداق و شمولیت دارد و به قطعیت می‌توان گفت که تجربه آراء صادره از محاکم قضایی که صحیح اجرا شده‌اند، مؤید این مطلب می‌باشد. به دیگر سخن هرگاه آراء صادره از محاکم قضایی به موقع و به صورت صحیح اجرا شد و از ملاحظات سیاسی و اقتصادی کناره گرفت، سبب شد تا جرایم بعدی کاهش یابد ولی هرگاه به دلایل مختلف این شائبه در اذهان جامعه و علی‌الخصوص تبهکاران یقه سفید به وجود آمد که مجازات محکوم، با نهادهای قانونی و حقوقی مانند آزادی مشروط، عفو، تعلیق و توبه ساقط یا کاهش می‌یابد، این موضوع عامل افزایش جرایم اقتصادی از نظر کمیت و کیفیت گردید. مثال بارز این قضیه پرونده‌های اختلاس میلیاردری در سال‌های اخیر است.

ب: شدید بودن کیفر

از دیرباز سامانه نظام عدالت کیفری با بهره‌گیری از ضمانت‌های جزایی مانند کیفرهای بدنی در پی مقابله با بزهکاری بوده است. این توجه تا حدی گسترش یافت که در برهه‌ای از تاریخ حقوق جزا، تشدید کیفر به عنوان تنها گزینه مناسب برای مقابله با بزهکاری محسوب شد.

به عقیده بننام «نقش مجازات به خودی خود، نقشی شر است و تنها برای جلوگیری از یک شر بزرگتر باید به آن تمسک جست. از این رو تنها توجیه مجازات، مسأله بازدارندگی است.»

همچنین باید گفت که شدت مجازات عبارت است از میزان درد و رنجی که در انتظار مرتکبان جرم است. هر مقدار که میزان این حدت کیفر افزایش یابد، احتمال آن که یک فرد محاسبه‌گر از ارتکاب بزه

احتراز کند بیشتر است. لذا با توجه به وجود مجازات‌هایی مانند اعدام و حبس‌های طولانی مدت در جرایم اقتصادی مانند مجازات مندرج در قوانین اخلاص در نظام اقتصادی و تشدید مبارزه با اختلاس و ارتشا در کلاهبرداری می‌توان گفت که نظام مجازات کیفری براساس تطابق شدت کیفر با ضرر ناشی از یک جرم پایه‌ریزی شده است. البته در سال‌های اخیر طراحان سیاست کیفری طرفدار حسابداری کیفری به این عقیده گرایش پیدا کرده‌اند که صرفاً شدت مجازات برای درمان جرم کفایت نمی‌کند و استفاده از ظرفیت‌های قطعیت و سرعت در اجزای مجازات هم از اهمیت بالایی برخوردار است.

گفتار دوم: حسابداری کیفری از نظر مقنن

کلاً بازدارندگی از اهداف مجازات محسوب می‌شود. به دیگر سخن، بازدارنده بودن را می‌توان یک روش یا وسیله برای رسیدن به هدفی مهم، یعنی پیشگیری از وقوع بزه به حساب آورد. بازدارندگی یا ارباب خاص؛ یعنی «ترسی که در درون مجرم از اجزای مجازات پیش رو ایجاد می‌گردد و باعث می‌گردد تا دیگر مرتکب جرم، بعدی و به معنی دقیق‌تر، مرتکب تکرار جرم نشود.» به دیگر سخن، اثر مجازات کردن بر بزهکار، این فرآیند را در وی به وجود می‌آورد که فرد مجرم هزینه جرم را بیشتر از فایده یا سرخوشی آن احساس کند و بنابراین بازدارندگی از انجام بزه بعدی را در او به وجود می‌آورد که خروجی آن جلوگیری از تکرار بزه می‌باشد. واکنش‌های سرکوبگرانه شدید سیاست کیفری کشور در مورد تبه‌کاران اقتصادی به وضوح بیانگر سختگیری شدید مقنن در مورد بزه‌های اقتصادی و متنوع بودن مجازات‌های کیفری و در یک کلام خشونت‌آمیز بودن سیاست کیفری کشور در قبال این بزه‌ها می‌باشد. این در حالی است که متأسفانه در خصوص تدابیر غیرکیفری جهت پیشگیری از جرایم اقتصادی شاهد اقدام مؤثری از سوی مقنن نیستیم. زیرا دستاوردهای تحقیقات جرم‌شناختی، مؤید این نکته است که جلوگیری‌های غیرکیفری مناسبترین روش برای کاستن از ارتکاب جرم هستند. مضافاً بهره‌گیری وسایل و امکانات نوین برای ارتکاب بزه‌های اقتصادی و مخفیانه بودن آن‌ها و نیز اثر گذاری فساد اقتصادی برخی صاحبان قدرت در دولت‌های مختلف بر تأثیر کیفرهای شدید در حوزه چنین جرائمی بازتاب منفی دارد. از طرف دیگر، تقنین چنین کیفرهای خشن با نظرات حقوق بشری نهادهای بین‌المللی تعارض دارد، چرا که در اندیشه‌های حقوق بشر بر حق زندگی افراد، واکنش‌های عادلانه و غیر قهرآمیز و جایگزینی با تدابیر غیرکیفری تأکید شده است حال آنکه بعضی از مجازات‌ها مانند اعدام و حبس ابد یا چنین رویکردهایی کاملاً مغایرت دارند.

گفتار سوم: ملاک‌های قهرآمیز مقنن در بزه‌های اقتصادی

سیاست کلی طراح اصلی سیاست کیفری کشور در حوزه جرائم اقتصادی، که براساس نظریه حسابداری کیفری بنا شده است بر تشدید مجازات، محدودیت یا منع در تخفیف کیفر، شامل نشدن تعلیق و استوار می‌باشد. البته لازم به ذکر است که این تدابیر کیفری با اصل قانونی بودن مجازات‌ها مغایرت دارد و حتماً لازم است که مؤید به قانون گردد. اینک به برخی از این موارد اشاره می‌کنیم.

الف: تغییر بزه بازدارنده به بزه حدی

در سیاست کیفری ایران، تعداد زیادی از بزه‌های اقتصادی با انگیزه‌ایی مثل قصد مجرم در مقابله با نظام سیاسی یا گروهی بودن، شکل امنیتی به خود گرفته و موضوع بزه از موضوع اقتصادی به موضوع سیاسی تغییر یافته است و بعضاً به بزه مستوجب حد تبدیل شده و مجازات آن به کیفرهای حدی که غالباً قهر آمیز هستند دگرگونی یافته‌اند که نشان دهنده اهمیت جرائم اقتصادی بوده و مقنن در پی ارباب تبه‌کاران است. هم‌اینکه چند نمونه از قوانین مصوب در این زمینه اشاره می‌کنیم:

- ۱- به موجب ماده واحده تشدید مجازات جاعلین اسکناس و واردکنندگان توزیع کنندگان اسکناس معجول مصوب ۱۳۶۸، جعل اسکناس داخلی یا توزیع و مصرف آن با علم به جعلی بودن و وارد کردن عمدی آن، چنانچه از طریق باند یا برای مبارزه با نظام جمهوری اسلامی ایران صورت گیرد مستوجب اعدام است.
- ۲- ماده ۲ قانون مجازات اخلاصگران در نظام اقتصادی کشور: براساس این ماده، اگر هر یک از اعمال مذکور در بندهای ماده یک این قانون به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران و یا به قصد مقابله با آن و یا با علم به مؤثر بودن اقدام مزبور در مقابله یا نظام باشد، در حد افساد فی الارض می‌باشد.

ب: شدید شدن کیفر با توجه به سمت مرتکب

این عامل از جمله اسباب مشدده شخصی است که به علت وجود یک مشخصه خاص یا صفت معین در فرد مجرم، کیفر تشدید می‌شود. یکی از مهمترین این عوامل که در قانون تصریح شده است، بند دوم ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام است حسب این ماده «در صورتی که شخص مرتکب ... از کارکنان دولت یا مؤسسات و سازمان‌های دولتی وابسته به دولت یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و یا به طور کلی از قوای سه گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأمورین به خدمت عمومی باشد علاوه بر رد اصل مال به صاحبش از دو تا ده سال حبس و انفصال ابد از خدمات دولتی و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می‌شود.»

پ: عدم اعمال تعلیق مجازات

یکی دیگر از واکنش‌های قهرآمیز قانونگذاران ایران که منبعث از نظریه حسابگری کیفری است این است که برخی از مصادیق جرایم اقتصادی مشمول تعلیق مجازات واقع نمی‌شوند از جمله:

- ۱- مطابق بند ج ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرایم اقتصادی با موضوع جرم بیش از یکصد میلیون ریال مشمول تعلیق صدور حکم و اجرای مجازات واقع نمی‌شوند.
- ۲- حسب تبصره ۵ ماده ۲ قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور «هیچ‌یک از مجازات‌های مقرر در این قانون قابل تعلیق نبوده و همچنین اعدام و جزاهای مالی و محرومیت و انفصال دائم از خدمات دولتی و نهادها از طریق محاکم قابل تخفیف و تعلیق نمی‌باشد.»

فصل سوم: رویکرد شکلی مقنن در پرتو حسابگری کیفری

یکی از ابزارهای مورد نیاز در راستای تحقق بخشیدن به بنیان‌های نظریه حسابگری کیفری (عدم تأخیر و قطعی بودن) در عکس‌العمل علیه بزه‌های اقتصادی و به تبع آن حصول دستاورد جلوگیری از جرایم بعدی، وجود آیین دادرسی ویژه و دادگاه‌های خاص و تخصصی است، چرا که تجربه حاصل از خروجی احکام صادره از محاکم دادگستری نشان می‌دهد که به علت تفاوت و ویژگی‌های خاص ذات جرائم اقتصادی از سایر جرائم و همچنین امتیازات مرتکبین آن‌ها لازم است که در این دو مقوله افتراقاتی بنیادی ایجاد کرد. در این فصل در دو گفتار به رویکرد شکلی قانونگذار در جهت عملی کردن اصول مکتب حسابگری کیفری می‌پردازیم.

گفتار اول: صلاحیت رسیدگی به جرائم اقتصادی

در سامانه عدالت کیفری ایران، مصداق‌های بزه‌های اقتصادی در میان جرائم، در بیشترین مراجع رسیدگی می‌گردند و چنانچه رسیدگی در نهادهای غیر قضایی را کنار بگذریم، باز هم رسیدگی به جرائم اقتصادی در صلاحیت همه دادگاه‌های کیفری (کیفری یک، انقلاب کیفری دو و نظامی) است. با این توضیح که جرائم شدید از جمله جرائمی که مجازات آن‌ها از درجه چهار به بالاتر و حبس ابد است، در صلاحیت دادگاه کیفری یک است که نشان می‌دهد اکثر جرائم اقتصادی در صلاحیت این دادگاه خواهد بود ولی با این حال ممکن است دادگاه کیفری دو هم بر حسب مورد صلاحیت رسیدگی داشته باشد مانند پولشویی که با مجازات منحصر به خودش یعنی یک چهارم جزای نقدی عواید حاصله در صلاحیت دادگاه کیفری دو خواهد بود در مورد دادگاه انقلاب هم البته هر چند صلاحیت دادگاه محدود است و بیشتر مربوط به جرائم ضد امنیتی است لکن بزه‌های اقتصادی موجب افساد فی‌الارض همچنان در صلاحیت این دادگاه خواهد بود. علی ای حال با توجه به آنکه به نظر می‌رسد که اختصاص دادگاه‌های انقلاب و کیفری به رسیدگی به برخی از جرائم اقتصادی براساس توجه به نظریه حسابگری کیفری می‌باشد لذا اجمالاً صلاحیت این دو مرجع را رسیدگی می‌کنیم.

الف: دادگاه انقلاب اسلامی

دادگاه انقلاب از جمله مراجع اختصاصی رسیدگی جزایی در نظام حقوقی ایران است و باید گفت اساساً مراجع اختصاصی بر پایه شدت واکنش و سختگیری در برابر تبهکاران تعدادی از بزه‌ها و شداد و غلاظ نسبت به برخی متهمان ایجاد شده‌اند. برخی از برجسته‌ترین خصوصیات این مراجع عبارتند از: سرعت در تحقیق و رسیدگی به جهت عکس‌العمل صحیح علیه جرم و بازدارندگی از ارتکاب جرم توسط دیگر بزهکاران و

محدودیت در حق دفاع متهم به اشکال گوناگون. معیار صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی، منحصرأ در ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و موارد خاص قید شده در برخی قوانین مصوب است. این نهاد قضایی در رسیدگی به جرائم اقتصادی از دو جنبه دارای صلاحیت است: یکی از این دو جهت رسیدگی به جرائم محاربه و افساد فی الارض می‌باشد. با این توضیح که در خیلی از موارد به سبب شدت جرم و تهدیدی که جرایم اقتصادی بر امنیت اقتصادی و در نتیجه امنیت سیاسی کشور وارد می‌کنند، مقنن آن‌ها را در حکم محاربه و فساد فی الارض تلقی نموده و مجازات اعدام را برای مرتکبین آن‌ها پیش‌بینی نموده است. مانند ماده ۱ قانون اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور و ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری جنبه دیگر در مورد جرم قاچاق است. اما در خصوص رسیدگی به جرم قاچاق کالا توسط دادگاه انقلاب که یک جرم تمام عیار اقتصادی است باید گفت که این مرجع، اولین مرجعی است که در رسیدگی به جرم قاچاق دارای صلاحیت است و علت این که مقنن این صلاحیت را برای این مرجع قضایی که اساساً یک مرجع دارای رویکرد امنیتی می‌باشد لحاظ کرده است این می‌باشد که موضع محکمی از خود در برابر تبه‌کاران اقتصادی نشان دهد و به جرایم آنان صیغه امنیتی بدهد تا از این طریق به آنان بفهماند که در صورت ارتکاب برخی از جرایم با آنان شبیه مجرمان امنیتی و با تندی برخورد می‌کند.

ب: دادگاه کیفری یک

به موجب ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری به جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات و حبس ابد است و نیز جرایم تعزیری درجه سه بالاتر و جرایم سیاسی و مطبوعاتی در دادگاهی با عنوان دادگاه کیفری رسیدگی می‌شود و از آن جایی که در همه مواردی که قانونگذار برای جرایم اقتصادی مجازات محاربه و فساد فی الارض را معین کرده است حسب بند الف ماده ۳۰۳، قانون فوق الذکر این دادگاه انقلاب است که صلاحیت رسیدگی دارد. لذا باید گفت هرگاه مجازات جرم اقتصادی، صرفاً حبس ابد باشد، آنگاه دادگاه کیفری یک صالح به رسیدگی است و علت این امر رویکرد سختگیرانه مقنن در پرتو مکتب حسابگری کیفری به مسئله جرم اقتصادی است.

گفتار دوم: آیین دادرسی افتراقی

از آن جایی که هدف اصلی نظریه پردازان مکتب حسابگری کیفری از طرح این تئوری جلوگیری از وقوع جرم از طریق بالا بردن ریسک و هزینه جرم در محاسبه منطقی جرم در ذهن بزهکار است لذا طراحان سیاست کیفری هم در این راستا از طریق اقدامات و تدابیر شکلی ذیل به این مقوله اهتمام ویژه‌ای ورزیده‌اند که اجمالاً به آنها تعدادی از اشاره می‌کنیم.

الف: رسیدگی سختگیرانه

نخستین رویکرد قهرآمیز مقنن در مورد مجرمان اقتصادی که از قضا دستی بعضاً در قدرت و سیاست هم دارند تلقی مجرمیت از اعمال آن‌هاست که به تقدیم اماره مجرمیت بر اصل براهت مشهور است. در جرایم اقتصادی از نظر مبنایی علت این تقدم، ناکار آمدی قاعده استصحاب در صورت وجود اماره مجرمیت است. زیرا اصل براهت کیفری در مواردی که شخص، مظنون به ارتکاب جرمی است، مبتنی بر استصحاب عدم ارتکاب جرم و براهت سابق است. اگر چه این موضوع در حقوق داخلی ایران به صورت مبنایی پذیرفته نشده است لکن عملاً در رویه قضایی محاکم به علت اثر بسیار سوء جرایم اقتصادی بر همه شئون جامعه، این تقدیم به وضوح دیده می‌شود و به جاست تا مقنن با توجه به تصویب کنوانسیون مبازه با جرایم سازمان یافته و تکلیف بند ۷ ماده ۱۲ آن که مقرر می‌دارد: (دول عضو می‌توانند امکان ملزم نمودن مجرم به اثبات قانونی بودن منشاء عوایدی که گمان می‌رود حاصل جرم باشند را به وجود آورند) زمینه هماهنگی با سیاست جنایی بین‌المللی را فراهم کند.

دومین رویکرد مهم در رسیدگی سختگیرانه به جرایم اقتصادی، لزوم بازداشت موقت برای برخی از مرتکبین جرایم اقتصادی است. این رویکرد به صراحت در قانون مجازات مرتکبین ارتشاء، کلاهبرداری و اختلاس قید شده است. حسب تبصره ۴ ماده ۳ قانون مذکور هرگاه میزان رشوه که یکی از مصادیق معروف جرم اقتصادی می‌باشد، بیش از دویست هزار ریال باشد صدور قرار بازداشت موقت الزامی است. به هر روی

این سیاست کیفری در واقع مبتنی بر سختگیری و اصرار مقنن در مبارزه با ارتکاب جرایم اقتصادی و قاطعیت در اعمال مجازات و اجرای قوانین جزایی است.

ب: تعیین مأموران وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به عنوان ضابط خاص دادگستری با توجه به نگاه قهرآمیز قانونگذار به جرایم اقتصادی، طبق ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری مأموران این دو نهاد به موجب قانون خاص ضابط دادگستری محسوب شوند. از جمله این قوانین بند «ب» ماده ۲۰۵ برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۸۹/۱۰/۱۵ است که براساس آن «اقدام به پیشگیری و مقابله با فساد و اختلال در امنیت اقتصادی و ...» از وظایف وزارت اطلاع اعلام شد و نیز حسب اساسنامه سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به منظور مقابله با اقدامات ضد امنیتی، جاسوسی و خرابکاری در حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و سایبری تشکیل شد.

ج: انتشار اسامی محکومان اقتصادی

معرفی کردن محکومان جرایم اقتصادی که براساس قاعده تشهیر مجرمان و سختگیری بر آنان صورت می‌گیرد از دو جهت حائز اهمیت است. از یک طرف موجب رسوایی مرتکبان و شناخته شدن آن‌ها به عنوان خیانت کنندگان به اعتماد عمومی می‌شود و از طرف دیگر به علت ترس از آشکار شدن نام محکومان و رسوا شدن در انظار، سبب جلوگیری از جرایم اقتصادی بعدی می‌گردد. براساس ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، انتشار حکم قطعی محکومیت به عنوان مجازات تعزیری درجه شش برای اشخاص حقیقی و در ماده ۲۰ همین قانون به عنوان مجازات اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته شده است. این مجازات که براساس سیاست کیفری قهرآمیز و شدت عمل در برابر مجرمان پیش‌بینی شده است، نخستین بار با تصویب قانون اصلاح تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و الحاق سه تبصره به آن در تاریخ ۱۳۸۵/۳/۲۴ به مقررات جزایی کشور راه پیدا کرد و با تصویب تبصره ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این مجازات در مورد جرایمی که عرفاً جزء مصادیق بزه‌های اقتصادی و فساد محسوب می‌شوند، اختصاصاً تصریح شد که دلالت بر عزم جدی و سختگیرانه طراحان سیاست کیفری در مبارزه با بزه‌های اقتصادی دارد. معرفی مجرمان قطعی جرایم اقتصادی علاوه بر کم رنگ کردن موقعیت ارتکاب مجدد جرم اقتصادی از سوی آنان، سبب شناخته شدن آنان به عنوان تبهکار شده که در حقیقت نوعی ارباب عمومی است و بر پایه نظریه حسابگری کیفری طراحی شده است.

دستاورد

بزهکار ممکن است برای ارتکاب رفتار مجرمانه خویش معیارهایی را در نظر بگیرد، معیارهایی مانند، ریسک کشف جرم، میزان مجازات و ... از این دست می‌باشد. در معیار ریسک کشف جرم، بزهکار سوابق کشف جرم مورد نظر خود و توان دستگاه قضایی برای کشف آن را مد نظر قرار می‌دهد. در مقوله مجازات، بزهکار ممکن است دو معیار را در نظر بگیرد: ۱- وجود خلاء قانونی یا ابهام در مجازات ۲- کم یا زیاد بودن میزان مجازات، که هر یک از این موارد ممکن است در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم نقش داشته باشد.

بدین ترتیب، بزهکار قبل از ارتکاب جرم به تحلیل می‌پردازد. در مقابل، جامعه نیز اقداماتی را در جهت پیشگیری و ممانعت از ارتکاب جرم انجام می‌دهد. و چون متذکر شدیم که بزهکار همچون یک اقتصاددان به تحلیل معیارها و شرایط اطراف می‌پردازد تا به حداکثر مطلوبیت دست یابد، جامعه نیز توسط اندیشمندان، جامعه‌شناسان و ... رهیافت‌ها و تحلیل‌هایی را برای بر هم زدن تحلیل بزهکار انجام می‌دهد که به وجود آورنده نظریه اقتصادی جرم و مجازات است. در واقع، بزهکار و جامعه در کنار هم به وجود آورنده این رویکرد به جرم هستند.

در نظریه اقتصادی جرم در پی پاسخ دهی به دو سؤال هستیم: «چه اعمالی باید مجازات شوند؟» و «به چه میزان مجازات باید باشد؟» اولین سؤال به دنبال تعیین معیار جرم‌انگاری و دومی در پی درجه بندی مجازات از حیث شدت، کارایی و می‌باشد. مبانی این نظریه شامل، عقلانیت و انتخاب عقلانی، ترجیح‌ها

و محدودیت‌ها بوده و اهداف آن، کاهش هزینه‌های اجتماعی در راه مقابله با جرم و افزایش کارآیی جامعه می‌باشد.

سیاست کیفری ایران چه در ابعاد ماهوی و شکلی در قلمرو جرائم اقتصادی بر شدت وحدت برخورد با این جرائم از طریق توسل به ضمانت اجراهای شدید بدنی، مالی و روانی از یک‌سو و مجازات تکمیلی و نیز استفاده از تدابیر کیفری مربوط به شدت و قطعیت مانند اعدام و در نظر گرفتن محاکم خاص همانند دادگاه انقلاب دنبال می‌شود. به نظر می‌رسد که قانون کیفری ما تا حدی در راستای حسابگری کیفری گام برداشته است غافل از این‌که توجه بسیار زیاد بر مجازات و تشدید آن و اقدام واکنشی نسبت به جرائم اقتصادی نمی‌تواند راهگشای مفیدی در جهت کاهش چنین جرائمی باشد. زیرا با وجود چنین مجازات‌های سنگین باز شاهد اختلاس‌های میلیاردی در کشور هستیم. در مجموع اگرچه در سیاست کیفری ایران، شاهد مجازات متنوع و سنگین در مورد جرائم اقتصادی هستیم ولی باید گفت متأسفانه آن سیاست از برنامه و هدف مشخصی تبعیت نکرده و تأثیر شایانی از خود بروز نداده است. به هر روی شاید بررسی موردی مصادیق این جرائم سبب شود تا این برنامه و هدف مشخص‌تر گردد ولی در هر حال برای مجموعه جرائم اقتصادی تاکنون سیاست کیفری مشخصی ارائه نشده است.

فهرست منابع

الف - کتاب‌ها

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، نشر سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۸.
۲. احمدی عبدالله؛ جرم قاچاق، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۲.
۳. توسلی‌زاده، توران، پیشگیری از جرایم اقتصادی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
۴. جوانمرد، بهروز؛ فرآیند دادرسی در حقوق کیفری ایران، نشر بهنامی ۱۳۸۹.
۵. رفیع پور، فرامرز؛ سرطان اجتماعی فساد، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار ۱۳۸۶.
۶. ظفری، محمدرضا؛ مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی، نشر امیرکبیر ۱۳۷۷.
۷. صفاری، علی، کیفرشناسی یا توجیه کیفر، نشر جنگل ۱۳۸۸.
۸. غلامی، حسین، تکرار جرم (بررسی حقوقی- جرم شناسی) نشر میزان سال ۱۳۷۶.
۹. میرمحمدصادقی، حسین؛ جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر میزان، بهار ۱۳۷۶.
۱۰. مهدی‌پور، اعظم؛ سیاست کیفری اقتصادی در جرایم اقتصادی، نشر جنگل، ۱۳۹۰.
۱۱. فرزاد، مجتبی؛ جرایم اقتصادی در حقوق کیفری ایران، نش جنگل، ۱۳۸۹.

ب - رساله‌ها:

۱. میرخلیلی، سید محمود؛ پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاه به سیاست جنایی اسلام، رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۲. نورزاد، مجتبی؛ مطالعه تطبیقی سیاست جنایی ایران و سازمان ملل متحد در مقابله با جرایم اقتصادی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تابستان ۱۳۸۸.

پ - جزوات

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ تقریرات درس حقوق جرم شناسی، دوره کارشناسی ارشد شهید بهشتی، نیم سال دوم ۸۵-۱۳۸۴.
۲. نوربهاء، رضا؛ تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی

ج - مقالات

۱. شاملو، باقر؛ اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی، مجموعه علوم جنایی، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۳.
۲. گودرزی بروجردی، محمدرضا؛ درآمدی برآموزه‌های کیفرشناسی فایده‌گرایانه، ماهنامه اصلاح و تربیت شماره ۷۴.
۳. طاهری جلیلی، محسن؛ نگاهی دیگر به اصول تشدید کیفر در قانون مجازات اسلامی مجله حقوقی دادگستری چاپ ۱۳۸۶.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۷

صص ۴۰۳ - ۴۱۴

موانع تربیتی ولایت پذیری در فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر تفسیر المیزان

علی یوسفی^۱، سعید بهشتی^۲، سید کاظم اکرمی^۳

۱- دانشجوی دکتری رشته فلسفه تعلیم و تربیت، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

۲- عضو هیات علمی گروه فلسفه تعلیم و تربیت، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.

۳- عضو بازنشسته هیات علمی گروه فلسفه تعلیم و تربیت، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

چکیده

هدف اصلی این تحقیق عبارت است از بیان اهمیت ولایت و ولایت‌پذیری در تربیت، و احصای موانع تربیتی ولایت‌پذیری از منظر قرآن کریم. برای انجام این تحقیق از روش توصیفی-تحلیلی و نیز تحلیلی-استنباطی استفاده شده است. بنابراین پس از توصیف بدون دخالت یا استنتاج ذهنی موضوع تحقیق، آیات قرآن کریم با توجه به سوالات تحقیق مورد تحلیل فکری قرار گرفته، و چارچوب کلی تحقیق مشخص شده و سپس از آیات منتخب، استنباط صورت پذیرفته است. بر این اساس، نادانی، تردید، غفلت، هوای نفس، راحت طلبی، لجاجت، پیروی از اکثریت، کفران نعمت و دوستی با کفار به عنوان موانع درونی؛ و شیطان، عالم فاسد، مراکز و ابزارهای فساد، دوستان ناباب، اهل کتاب و اربابان غیرالهی به عنوان موانع بیرونی ولایت‌پذیری شناخته می‌شود.

واژگان کلیدی: ولی، ولایت، ولایت‌پذیری، موانع درونی، موانع بیرونی

۱. مقدمه

خالق هستی خداوند متعال است، بنابراین ولایت و سرپرستی بر مخلوقات و از جمله انسان نیز از آن اوست. خداوند متعال ولی مومنان است و طاغوت، اولیای کافران. ولایت به معنای سرپرستی و تصدی و صاحب اختیاری و تسلط است، و ولایت‌پذیری باور به این است که اهل بیت از سوی خداوند، بر امت اسلامی حق ریاست و حاکمیت داشته و دارند، و این از عقاید پیروان مکتب اهل بیت علیهم السلام است. موانع، یعنی علت‌ها و زمینه‌های عدم شکل‌گیری و ایجاد ولایت‌پذیری، از مسائل مهم پیرامون این مفهوم اساسی است که در مقاله‌ی حاضر به تفصیل مورد بررسی، تحلیل و استنباط قرار گرفته است. داده‌های مورد نیاز، از طریق مطالعه‌ی کتابخانه‌ای، مراجعه به مقالات، کتب و اسناد و سایر مکتوبات کاغذی و الکترونیکی گردآوری شده است. همچنین آیات مربوط به ولایت و تربیت، از طریق معجم و کشف آیات و متون تفسیری مربوط به دقت مورد بررسی قرار گرفته است. داده‌های این پژوهش، با روش تحلیل مفهومی، از طریق بررسی آیات و روایات مربوط به تربیت و ولایت، و جمع‌بندی، تلخیص و استنباط از آن، تجزیه و تحلیل شده است.

با توجه به اهداف، سوالات تحقیق به این صورت است:

- ۱- مفاهیم ولایت و ولایت‌پذیری در قرآن کریم چگونه تبیین می‌شود؟
- ۲- موانع درونی ولایت‌پذیری از منظر قرآن کریم کدام اند؟
- ۳- موانع بیرونی ولایت‌پذیری از منظر قرآن کریم کدام‌اند؟

مبانی نظری و پیشینه‌ی تحقیق

حضرت امام خمینی در کتاب ولایت فقیه بیان می‌کند ولایت یعنی حکومت و بر خلاف تصور افراد امتیاز نیست، بلکه وظیفه است و اگر فرد لایقی بپاخواست و تشکیل حکومت داد، همان ولایتی را که پیامبر صلوات ... علیه در امر اداره‌ی جامعه داشت، دارد و بر همه‌ی مردم است که از او اطاعت کنند. (موسوی خمینی ۱۳۷۹، ۵۱) استاد مطهری در کتاب امامت و رهبری، اوج مفهوم امامت را در ولایت دانسته و در ذیل آیه‌ی «انما ولیکم الله و رسوله...» (مائده: ۵۵) ولی را به معنی سرپرست می‌داند؛ به عبارتی ولایت یعنی تسلط و سرپرستی. (مطهری ۱۳۷۳، ۶۰) صاحب جواهر، پس از بیان انبوهی از احکام اسلامی، احکام را نیازمند مجری و متولی دانسته و با تأکید بر این مسأله، می‌گوید کسی که در ولایت فقیه وسوسه کند، گویا طعم فقه را نچشیده و فلسفه‌ی وجودی احکام را در نیافته است. (جوادی آملی ۱۳۸۳، ۱۲۷) رجالی‌تهرانی در کتاب ولایت فقیه، ولایت را همان حکومت و سرپرستی می‌داند، نه بدان معنا که تمام اختیارات مردم به ولی سپرده شود و مردم هیچ انگاشته شوند. (رجالی‌تهرانی ۱۳۸۹، ۸۵) شیخ مفید معتقد است حق حاکمیت و اجرای احکام الهی در عصر غیبت توسط امام (ع) به ولی فقیه واگذار شده است. شیخ طوسی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، ابن فهد حلی، و دیگران نیز بر همین عقیده‌اند. (رجالی‌تهرانی ۱۳۸۹، ۱۰۵) محقق کرکی ضمن ادعای اتفاق و اجماع فقهای چون سیدمرتضی، شیخ طوسی، بحرالعلوم و علامه حلی، نیابت فقیه جامع الشرایط از سوی امامان معصوم (ع) و اطاعت حکم او را باور فقهای شیعه، و ملا احمد نراقی ولایت فقیه را ولایت بر همه‌ی اموری مربوط به دین و دنیای بندگان خدا می‌داند، آنچنان که پیامبر و امامان (ع) صاحب اختیار بوده و حق سرپرستی، ولایت و تصرف داشته‌اند. (رجالی‌تهرانی ۱۳۸۹، ۱۰۷) صاحب جواهر نیز اطاعت از فقیه را به عنوان اولی الامر واجب دانسته و شیخ انصاری لفظ حاکم را مربوط به نفوذ حکم او در تمامی شوون و زمینه‌ها می‌داند. (رجالی‌تهرانی ۱۳۸۹، ۱۰۸)

مفهوم موانع تربیتی

به طور کلی طیف وسیعی از امور مختلف در تربیت موثرند. برخی از این امور مقتضی، برخی مانع، و برخی نیز شرط تاثیر مقتضی یا مانع هستند. اموری که در تعلیم و تربیت تاثیر منفی دارند عموماً به آن مانع گفته می‌شود. مانع به افعال اطلاق نمی‌شود. برای مثال عقب ماندگی ذهنی مانع تربیت است چون از تاثیر مطلوب تدریس معلم جلوگیری می‌کند. در واقع هر مانع با انجام کاری تاثیر منفی بر تربیت دارد. مانع

امری موجود یا شبه موجود است و از تاثیر عامل جلوگیری می‌کند. منظور از تاثیر، اعم از علیت حقیقی و اعدادی است. مانع به صور مختلف تاثیرگذار است؛ مستقیم و بی واسطه یا غیر مستقیم و با واسطه؛ با قصد یا بدون قصد؛ از جهات گوناگون یا از جهتی خاص؛ در طول زمان و یا به تدریج. تاثیر مانع با اهداف تربیت سنجیده می‌شود. منظور از تاثیر مانع، قابلیت تاثیر آن است. در نتیجه اگر تاثیر بالفعل باشد، مانع بودن یک چیز نیز فعلیت می‌یابد. مانع هیچگاه تاثیر مثبت ندارد. آنچه قابلیت تاثیر منفی دارد، مانع محسوب می‌شود. بنابراین می‌توان گفت موانع تربیت به اموری حقیقتاً یا عرفاً موجود قابل اطلاق است که در تحقق اهداف تربیت، تنها تاثیری منفی دارند. (مصباح یزدی ۱۳۹۰، ۳۷۸-۳۸۷)

انواع موانع تربیت

موانع را بر اساس این که در درون خود متربی هستند یا از بیرون بر تربیت اثر می‌گذارند، می‌توان به دو عنوان اصلی درونی و بیرونی تقسیم کرد. موانع درونی، آن دسته از موانع‌اند که به بینش، گرایش و کنش خود متربی بر می‌گردد و موانع بیرونی به واسطه‌ی ارتباطی که متربی با سایر انسان‌ها، با خدا و یا با طبیعت دارد، در او اثر می‌کند. این موانع درونی و بیرونی، خود به اقسام مختلفی قابل تقسیم‌اند؛ بینشی، به این معنا که از ساحت بینش، نگرش، باور و عقاید فرد نشأت می‌گیرد؛ گرایشی، که کنش، خواست و تمایلات فرد را نشانه رفته؛ و کنشی، که هم قابلیت و توانایی متربی با منشاء رفتارهای اوست و هم حالتی که نتیجه و حاصل رفتار اوست و می‌تواند در تربیت موثر باشد. (مصباح یزدی ۱۳۹۰، ۳۹۴)

موانع تربیتی ولایت‌پذیری از منظر اندیشمندان

ابو عثمان، عمر بن بحر بن محبوب بصری ملقب به جاحظ (ق ۲ هـ)، ویژگی انسان را برتری جویی، راحت طلبی، تنوع طلبی، منفعت‌گرایی و حقیقت‌جویی می‌داند (اعرافی و دیگران ۱۳۸۸، ۱۸-۲۲) فارابی تفاوت‌های فردی و تفاوت‌های مواد آموزشی (اعرافی و دیگران ۱۳۸۸، ۱۳۳-۱۳۴)؛ و ابن سینا تاثیر متقابل نفس و بدن، ویژگی‌های رفتاری و روانی، خانواده و مربی را عامل تربیت بر می‌شمرد. (اعرافی و دیگران ۱۳۸۸، ۲۵۲-۲۵۳) ملا مهدی و احمد نراقی حب مال و رفتارهای درونی و بیرونی (فردی و اجتماعی) را برای تربیت بیان می‌کنند. (بهشتی و دیگران ۱۳۸۸، ۲۱۹-۲۴۴: ۴) در اندیشمندان معاصر، علامه‌ی شهید، استاد مرضی مطهری در کتاب خود، تعلیم و تربیت در اسلام، پس از طرح مباحثی پیرامون تربیت عقلانی، پرورش استعداد، عادت و فعل اخلاقی، به طور ضمنی از پیروی از اکثریت، تقلید کورکورانه، تاثیرپذیری از قضاوت دیگران، عدم تعقل و جمود فکری، اخباریگری، تعصب و گناه به عنوان موانع تربیت نام برده است. (مطهری ۱۳۸۸، ۲۶۴) آیت ... محمدتقی مصباح در کتاب فلسفه‌ی تعلیم و تربیت اسلامی، موانع درونی را اینگونه بر می‌شمرد: موانع بینشی شامل نادانی و ضعف و کمبود شناخت و گمان و شک و تردید بیجا. موانع گرایشی شامل خودپسندی، خودرایی، ناامیدی از خدا، دنیاگرایی، طمع، هوای نفس و شهوت و لذت‌گرایی، راحت طلبی، خشم، عادات ناشایست، لجاجت، بی‌نیازی از خدا، کم‌رویی، بخل و آرزوهای دراز. موانع کنشی شامل شرک و کفر، نفاق، وساوس شیطانی، قساوت، غفلت، بدخلقی، ضعف اراده، سستی. (مصباح یزدی ۱۳۹۰، ۳۹۷-۴۲۵) موانع بیرونی: موانع الهی شامل بی‌توفیقی، لعنت الهی و شیطان. موانع فرهنگی-اجتماعی شامل دانشمندان فاسد، مراکز و ابزارهای فحشا، دوستان ناباب، وسوسه‌گران، فریب کاران و دنیاطلبان. موانع اقتصادی شامل درآمد مالی، فقر مالی و مال حرام. موانع سیاسی شامل حکومت و دولتمردان و موانع طبیعی شامل خوراک، موجودات و پدیده‌ها و غذای نامناسب و حرام. (مصباح یزدی ۱۳۹۰، ۴۲۶-۴۴۳)

در میان تحقیقات انجام گرفته نیز، عبدالمجید صدوقی فر (۱۳۹۲) در پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد خود با عنوان نقش ولایتمداری در تأمین سعادت انسان در آئینه‌ی قرآن و حدیث، زمینه‌هایی چون دنیاطلبی، گناه، استکبارورزی، حسادت، ریاست طلبی، لجاجت، ترس، غفلت، تنبلی، خیانت، قساوت، ظلم، جهل، ریا، نفاق، تقلید کورکورانه، فرزند ناصالح، اطاعت از جبار، حرام خواری و ... را باعث ولایت‌گریزی و ولایت‌ستیزی و در نتیجه بدبختی انسان می‌داند.

روش تحقیق

در تحقیق حاضر، سوال اول با روش توصیفی - تحلیلی بررسی شده و دو سوال دیگر با روش تحلیلی - استنباطی. سعی شده آنچه هست بدون هیچگونه دخالت یا استنتاج ذهنی گزارش، و نتایج عینی از موقعیت گرفته شود؛ آیات قرآن کریم با توجه به سوالات ویژه‌ی تحقیق، مورد تحلیل فکری قرار گیرد، چرا که آیه یا آیاتی به صراحت در خصوص موانع تربیتی ولایت‌پذیری سخن نگفته و بنابراین با توجه به سوالات تحقیق، تمامی آیات قرآن کریم مورد مطالعه و تحلیل قرار گرفته و نتایج مورد تحقیق از آن استنباط شده است. مفاهیم به صورت تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته تا عناصر و روابط میان کل یک مفهوم با سایر مفاهیم مرتبط، مورد کاوش قرار گیرد. این تحقیق به منظور توصیف عینی و کیفی محتوای قرآن کریم به صورت نظام‌دار انجام شده و قلمرو آن متن مصحف شریف و تفسیر آن، عمدتاً از ترجمه‌ی میزان علامه طباطبایی، بوده است. در اجرای تحقیق، پس از جستجو پیرامون ادبیات و پیشینه‌ی تحقیق، شامل پایان‌نامه‌ها، مقالات و کتب اندیشمندان شاخص نظیر حضرت امام خمینی(ره)، امام خامنه‌ای، علامه طباطبایی، استاد مطهری، علامه مصباح یزدی، آیت‌الله جوادی آملی و دیگران، و نیز کتب لغت حول واژه‌ی ولایت و مفاهیم مربوط، ابتدا تمامی آیات قرآن کریم به دقت با کلید واژه‌های ولی، مولی، ولاء، ولایت، تولی، اطاعت، تبعیت، اتباع، امام و برخی دیگر از لغات هم‌ریشه، به صورت کلی بررسی، و آیات مربوط احصا شد. بر این اساس مشخص شد کلید واژه‌ی ولی و مشتقات آن در ۱۱۷ آیه از آیات قرآن کریم آمده است. همچنین کلیدواژه‌ی اطاعت و مشتقات آن جمعاً در ۱۲۳ آیه، تبعیت و مشتقات آن، در ۱۷۲ آیه و امام در ۱۲ آیه و مشتقاتش در ۶۴ آیه از قرآن کریم آمده است. سپس با توجه به مطالعات انجام شده و تحلیل موضوع، یک طرح تحلیلی - مفهومی مطابق نمودار ۱ به دست آمد. پس از آن با توجه به موضوع و اهداف تحقیق و در چارچوب طرح مفهومی به دست آمده، تمامی آیات از منظر تفسیر میزان، مورد بررسی قرار گرفت و بر اساس سوالات تحقیق، شامل مفاهیم ولایت و ولایت‌پذیری، موانع درونی ولایت‌پذیری و موانع بیرونی، آیات منتخب هر یک در جایگاه مربوط به خود در این چارچوب قرار گرفت تا دسته‌بندی کلی تحقیق بر مبنای سوالات تحقیق شکل گیرد.

یافته‌های تحقیق

مفاهیم ولایت و ولایت‌پذیری در قرآن کریم چگونه تبیین می‌شود؟

معنای ولایت

کلمه‌ی «ولایت» هر چند که اهل لغت معانی بسیاری برای آن بر شمرده‌اند، لیکن اصل در معنای آن بر طرف شدن واسطه در بین دو چیز است، به گونه‌ای که بین آن دو، واسطه‌ای که از جنس آن‌ها نیست وجود نداشته باشد (که در این صورت هر یک ولی دیگری محسوب می‌شوند). راغب در کتاب مفردات گفته است «ولاء» (به صدای بالای واو) و همچنین «توالی» به این معنا است که حاصل شود دو چیز یا بیشتر، از یک جنس و بدون این که چیزی از غیر آن جنس حایل شود. آن چه از معنای ولایت در موارد استعمالش به دست می‌آید اینک ولایت عبارت است از یک نحوه قربی که باعث و مجوز نوع خاصی از تصرف و مالکیت تدبیر می‌شود. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۱۵:۶)

مفهوم ولایت‌پذیری

نکته‌ی مهم که محور تحقیق حاضر را شکل داده، بحث تبعیت و پذیرش ولایت الهی، که تحت عناوین و کلیدواژه‌های تولی و تبعیت مورد جستجو و بررسی قرار گرفته است؛ «تولی» به معنی روی آوردن و پذیرش (راغب اصفهانی ۱۴۱۴، ۸۸۶)، و دوست و سرپرست اخذ کردن. (قرشی ۱۳۷۱، ۲۴۶:۷) قرآن کریم می‌فرماید: «وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ» در این جا تولی به معنای گرفتن ولی است. هر که خدا و رسول را ولی خود بگیرد غالب و پیروز است چون که از حزب خداست و حزب خداوند همیشه غالب است. مثال دیگر برای بحث ولایت‌پذیری، رفتار اهل کفر است آن جا که می‌فرماید «بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» به این معنا که کفار دل‌هایشان به هم نزدیک شده و ارواحشان یکدیگر را

جذب کند و آرایشان در پیروی هوای نفس و استکبار ورزیدن از قبول حق و اتحادشان در خاموش کردن نور خدای سبحان و معاونتشان علیه رسول خدا صلی ... علیه و آله و سلم و مسلمانان متحد و یکی شود، به طوری که گویی یک تن واحدند و ملتی واحد دارند و ولایت آنان را به اتفاق کلمه واداشته و همه را علیه مسلمانان یک دست کرده (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۵:۶۱۱) تا جایی که می فرماید «وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ؛ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ» که در این جا «تولی» به معنای ولی گرفتن و یا به عبارت دیگر انتخاب ولی است و معنای جمله این است که هر کس از شما که یهود و نصارا را ولی خود بگیرد، خود او نیز بعضی از ایشان است. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۵:۶۱۲) بنابراین، به طور خلاصه، ولایت پذیری عبارت است از پذیرفتن ولی و سرپرست گرفتن او، و به عبارتی پیروی و تبعیت از ولی، چه در اعتقاد و چه در عمل. موانع درونی تربیتی ولایت پذیری از منظر قرآن کریم کدامند؟ موانع تربیت به اموری حقیقتاً یا عرفاً موجود قابل اطلاق است که در تحقق اهداف تربیت، تنها می توانند تأثیری منفی داشته و به دو نوع درونی و بیرونی تقسیم می شوند.

موانع بینشی

آن دسته از موانعی هستند که به خرد، عقلانیت و شناخت فرد مربوط می شود. بینشی، به این معنا که از ساحت بینش، نگرش و باورها و عقاید فرد نشات می گیرد.

نادانی و کمبود معرفت

«وَ جَاوِزْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْيَحْرَ فَاتُوا عَلَى قَوْمٍ يَعْكُفُونَ عَلَى أَصْنَامٍ لَهُمْ قَالُوا يَا مُوسَى اجْعَلْ لَنَا إِلَهًا كَمَا لَهُمْ آلِهَةٌ قَالَ إِنَّكُمْ قَوْمٌ تَجْهَلُونَ». ما بنی اسرائیل را از دریا، رود عظیم نیل، عبور دادیم. اما در مسیر خود به قومی برخورد کردند که با خضوع و تواضع، اطراف بت‌های خود را گرفته بودند. افراد جاهل و بی خبر آنچنان تحت تأثیر این صحنه قرار گرفتند که بلافاصله نزد موسی آمدند و گفتند برای ما هم معبودی قرار بده همان طور که آن‌ها معبودان دارند. موسی علیه السلام از این پیشنهاد جاهلانه و نابخردانه، بسیار ناراحت شد. به آن‌ها رو کرد و گفت: شما جمعیت جاهل و بی‌خبری هستید. (مکارم شیرازی ۱۳۷۴، ۶:۳۳۳) قرآن کریم در جای دیگر می فرماید: «بَلْ كَذَّبُوا بِمَا لَمْ يُحِيطُوا بِعَلَمِهِ» بلکه تکذیب و انکارشان به خاطر این بود که از محتوای آن آگاهی نداشتند. می گفتند: «أَجْعَلُ الْآلِهَةَ إِلَهًا وَاحِدًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ» آیا خدایان ما را تبدیل به یک معبود کرده است این چیز عجیبی است. و یا در مورد معاد می گفتند: «أَ إِذَا كُنَّا عِظَامًا وَ رُفَاتًا أِذَا لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ أَفْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَمْ بِهِ جِنَّةٌ» (مکارم شیرازی ۱۳۷۴، ۸:۲۹۵)

تردید

«وَ إِنَّا لَفِي شَكٍّ مِمَّا تَدْعُونَا إِلَيْهِ مُرِيبٍ» قوم ثمود در رد دعوت صالح علیه السلام به رها کردن بت پرستی است که می گفتند باید از سنت آباء و اجدادی خود دفاع کنیم و بنابراین نمی توانیم دعوت را بپذیریم. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۱۰:۴۶۵) شک و تردید، یکی از صفات منافقان است. آنان موضع خود را بر حسب یک معیار صحیح بر نمی‌گزینند. بلکه می‌خواهند هر دو جبهه‌ی کفر و اسلام را حفظ کنند و از هر طرف بر حسب مصالح آنی و عاجل خود استفاده نمایند؛ «مُذَبِّذِينَ بَيْنَ ذَلِكَ»: سرگشتگان میان کفر و ایمانند؛ یعنی میان کافران و مؤمنان و این از عبارت بعد روشن می‌شود: «لَا إِلَى هُوَ لَا إِلَى هُوَ»: نه با اینان و نه با آنان. زیرا شک در دل‌هایشان لانه کرده و دیگر نمی‌توانند با مقیاس صحیح میان حق و باطل فرق نهند و در نتیجه هیچگاه روی هدایت نخواهند دید. (مدرسی ۱۳۷۷، ۲:۲۰۶)

موانع گرایشی

موانعی که کشش‌ها و تمایلات فرد را نشانه رفته و به این حیطة‌ها مربوط می‌شود.

هوای نفس

«أَرَأَيْتَ مَنِ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ أَ فَأَنْتَ تَكُونُ عَلَيْهِ وَكَيْلًا» کلمه‌ی هوی به معنای میل نفس به سوی شهوت است، بدون این که آن شهوات را با عقل خود تعدیل کرده باشد، و مراد از معبود گرفتن هوای نفس اطاعت و پیروی کردن آن است، بدون این که خدا را رعایت کند و خدای تعالی در کلام خود مکرر پیروی هوی را مذمت کرده و اطاعت از هر چیزی را عبادت آن چیز خوانده و فرموده: «أَلَمْ أُعْهِدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا

تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ وَ أَنْ اغْبُذُونِ». (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱۵:۳۰۸) در جای دیگر می‌فرماید: «أَفَمَنْ وَعَدْنَاهُ وَعْداً حَسَناً فَهُوَ لَاقِيهِ، كَمَنْ مَتَّعْنَاهُ مَتَاعَ الدُّنْيَا ثُمَّ هُوَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنَ الْمُحْضَرِينَ...». حال پیروان هدایت را با حال پیروان هوی مقایسه می‌کند، که دسته‌ی اول به وعده‌های نیکی که خدا به آنان داده می‌رسند، و دسته‌ی دوم در روز قیامت احضار می‌شوند و خدایان دروغی آنان از آنان بی‌زاری جسته، و دعای شان را مستجاب نمی‌کنند. (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱۶:۸۹)

راحت طلبی

«لَوْ كَانَ عِرضاً قَرِيباً وَ سَفَرًا قاصِداً لَاتَّبَعُوكَ وَ لَكِنْ بَعُدَتْ عَلَيْهِمُ الشَّقَّةُ وَ سَيَخْلِفُونَ بِاللَّهِ لَوِ اسْتَطَعْنَا لَخَرَجْنَا مَعَكُمْ يُهْلِكُونَ أَنْفُسَهُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ لَكَادِبُونَ». اگر سود و خواسته‌ای دست می‌داد و یا مسافرتی کوتاه بود ترا پیروی می‌کردند، ولی این مسافت بنظرشان دور آمد، به خدا قسم خواهند خورد که اگر می‌توانستیم با شما بیرون آمده بودیم، خویشتان را هلاک می‌کنند، و خدا می‌داند که آن‌ها دروغ‌گویند. همچنین فرمود: «لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَ الْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَ كَلَّا وَعَدَ اللَّهُ الْحَسَنَى وَ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيماً»؛ قاعدون از مؤمنان با کسانی که به مال‌ها و جان‌های خودشان در راه خدا مجاهده می‌کنند یکسان نیستند بلکه خداوند کسانی را که به دارایی و بذل جان خود مجاهده می‌کنند بر کسانی که قعود از جهاد کرده برتری می‌دهد. (میرزا خسروانی ۱۳۹۰، ق. ۱۰۰:۴)

بی‌اعتنایی

«لَا تَجْعَلُوا دَعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدَعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضاً...» مذمت می‌کند کسانی را که وقتی آن جناب دعوتشان می‌کند سر خود را می‌خاراندند، و اعتنایی به دعوت آن جناب نمی‌کنند. نیز می‌فرماید: «فَلْيَخْذِرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» کسانی را که از امر و دعوت آن جناب سر می‌تابند، تحذیر می‌کند از این که بلا و یا عذابی دردناک به آنان برسد. (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱۵:۲۳۱)

بی‌توجهی و غفلت

یک قسم زندگی هست که به مقام پروردگار خود جاهل است، چون این بینوا با انقطاع از پروردگار خود چشمش به هیچ چیز از خودش و از خارج خودش نمی‌افتد، مگر آن که آن را مستقل بالذات، و مضر و یا نافع، خیر و یا شر بالذات می‌بیند، و در نتیجه در سرتاسر زندگی میان ترس از آنچه می‌رسد، و حذر از آنچه از آن پرهیز می‌کند، و اندوه از آنچه از دست می‌دهد، و حسرت از آنچه از او کم می‌شود، از مال و جاه و فرزندان و یاران، و سایر آنچه محبوب او است، و بدان تکبیه و اعتماد دارد، و در زندگی خود مؤثر می‌داند غوطه‌ور است. گویی می‌خواهد به آسمان بالا رود، آری خداوند این چنین پلیدی را بر کسانی که ایمان نمی‌آورند مسلط می‌کند، «كَذَلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرِّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ». (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱:۱۹۹)

لجاجت و تعصب بی‌جا

تعصب نژادی، پرده‌ای است از خودخواهی و جهل که بر روی افکار و درک و عقل انسان قرار می‌گیرد، و قضاوت صحیح را از کار می‌اندازد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۱۵:۳۵۴) از روایات اسلامی استفاده می‌شود که ابلیس نخستین کسی بود که تعصب به خرج داد. امام علی علیه السلام نیز می‌فرماید: «اما ابلیس فتعصب علی آدم لاصله و طعن علیه فی خلقته، فقال انا ناری و انت طینی». ابلیس در برابر آدم به خاطر اصل و اساس خویش تعصب ورزید و آدم را مورد طعن قرار داد و گفت: من از آتشم تو از خاک. سپس اضافه می‌فرماید: «فان كان لا بد من العصبية فليكن تعصبكم لمكارم الخصال و محامد الافعال و محاسن الامور». اگر قرار هست تعصبی داشته باشید این تعصب شما به خاطر اخلاق پسندیده، افعال نیک و کارهای خوب باشد. (سید رضی، ۱۳۸۴، خطبه ۱۹۲) «وَ لَوْ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ كِتَاباً فِي قِرْطاسٍ فَلَمَسُوهُ بِأَيْدِيهِمْ لَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ هَذَا إِلَّا سِحْرٌ مُّبِينٌ». و اگر نامه‌ای بر روی صفحه‌ای بر آن‌ها نازل کنیم و آن را با دست‌های خود لمس کنند، باز کافران می‌گویند این چیزی جز یک سحر آشکار نیست. به عبارتی تکبر به آن‌ها اجازه‌ی تسلیم در برابر حق را نمی‌دهد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۵:۱۵۸)

احساس بی نیازی از خدا

«كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ» می‌فرماید علت طغیان این است که او خود را بی نیاز از پروردگار خود می‌داند، پروردگاری که بر او انعام کرده و سراپای وجود او انعام وی است، و نعمت‌های بی‌شمار او را کفران می‌کند، و علت این انحراف آن است که انسان به خود و هواهای نفسانی خود می‌پردازد، و دل به اسباب ظاهری که تنها وسیله مقاصد او است (و نه هدف) می‌بندد، و در نتیجه از پروردگارش غافل می‌شود، و به هیچ‌وجه خود را محتاج او نمی‌بیند، چون اگر خود را محتاج او می‌دید همین احتیاج و ادراش می‌کرد که به یاد او بیفتد، و او را ولی نعمت‌های خود بداند، و شکر نعمت‌هایش را به جای آورد، نتیجه‌ی این انحراف این است که در آخر، خدا را به کلی فراموش کرده، سر به طغیان بردارد. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۵۵۰:۲۰)

محبت و اطاعت غیر خدا

«قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ وَآئِبَتُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ وَعِزَّةُكُمْ وَأَمْوَالٌ أُكْتَبَتْ عَنْكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَسْرَابٌ كَثِيرَةٌ يَسْتَغْفِرُونَ لَكُم مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» ، حب متعلق به خدا و حب متعلق به رسول خدا صلوات ... علیه و آله و حب متعلق به پدران و فرزندان و اموال و سایر منافع نامبرده در آیه را، از یک سنخ محبت دانسته، هم باید خدا محبوب باشد، هم تجارت، ولی مشمولین آیه، تجارت را از خدا بیشتر دوست بدارند. مشرکین را مذمت کرده به این که الهی خود را دوست می‌دارند، آنچنان که خدا را دوست می‌دارند، آنگاه مؤمنین را مدح کرده به این که خدای سبحان را بیشتر دوست می‌دارند، و از این مقابله فهمیده می‌شود که مذمت کفار به خاطر این است که محبت را میان الهی خود و میان خدا به طور مساوی تقسیم کرده‌اند. چون مدح مؤمنین و مذمت مشرکین، مربوط به محبت، آن هم از جهت اثرش، یعنی پیروی حق بود، لذا اگر چنانچه کسی غیر خدا را دوست بدارد، اما به خاطر اطاعت خدا در امر و نهی او دوست بدارد، برای خاطر این که آن کس وی را به اطاعت خدا دعوت می‌کند، در چنین موردی مذمت دوست داشتن غیر خدا، متوجه او نمی‌شود. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۶۱۳:۱)

موانع کنشی

موانع کنشی، هم قابلیت‌ها و توانایی‌های متربی و هم حالت‌هایی که نتیجه و حاصل رفتارهای اویند و می‌توانند به صورت مانعی در تربیت تاثیر گذارند.

دور شدن از فطرت

یک فرد انسانی با آن قوا و ادوات مختلف و متضادی که دارد، این فطرت را دارد که افعال و اعمال خود را تعدیل کند، به طوری که هر یک از قوایش به حظ و بهره‌ای که دارد برسد، و عقلی دارد که با آن میان خیر و شر تمیز داده، حق هر صاحب حقی را به آن برساند. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۴۳۰:۱۵) انسان‌ها اگر طبق آنچه فطرت شان به سوی آن هدایت شان می‌کند رفتار کردند، به آن سعادت که برای شان مقدر شده می‌رسند و گرنه به قحط و گرفتاری، و انواع عذاب‌ها گرفتارشان می‌کند، تا به سوی صلاح بگردند، چنانکه فرمود: «ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ» . اگر بر انحراف و فساد خود بمانند و به خاطر این که فساد در دل‌هاشان ریشه دوانیده از آن دل بر نکنند، آن وقت به عذاب استیصال گرفتارشان می‌کند.

کفران نعمت

«لِيَكْفُرُوا بِمَا آتَيْنَاهُمْ فَتَمَتَّعُوا فَسَوْفَ تَعْلَمُونَ» مشرکین برای این شرک ورزیدند که نعمت‌های ما را کفران کنند، و آن بلاهایی که از ایشان برگردانیم شکر نگزارند. تنها هدف شان کفران نعمت‌های خدا و ترک شکر او است. در برخورد با هر نعمتی سبب ظاهری آن را به یاد می‌آورند و هیچ به یاد مسبب اسباب یعنی خدای تعالی نمی‌افتند، و قهرا در برابر همان اسباب خاضع شده و از انقطاع آن‌ها نگران می‌شوند، ولی در برابر خدا نه خضوع دارند و نه خشوع و نه دلواپسی، پس غایتی جز کفر به نعمت خدا ندارند. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۳۹۵:۱۲)

تقلید

«وَ قَالَ إِنَّمَا اتَّخَذْتُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَوْثَانًا مَوَدَّةَ بَيْنِكُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا...» از آن جایی که مردم، بر بت‌پرستی خود هیچ دلیلی نداشتند، دیگر بهانه‌ای برای شان نماند، جز این که نسبت به کسانی که مورد احترامشان بود استناد بجویند، مانند پدران برای فرزندان، و رؤساء برای پیروان، و دوستان در نظر دوستان، و بالآخره امت برای تک تک افراد. پیروی از سنت بت‌پرستی در حقیقت یکی از آثار علاقه‌های اجتماعی است، که عامه آن را از تک تک افراد مشاهده می‌کنند، و خیال می‌کنند که این عمل صحیح است، و علاقه‌ی قومیت و ادارشان می‌کند که از آن تقلید کنند. (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱۶:۱۷۷)

پیروی از اکثریت

تنها شعار اجتماع اسلامی، پیروی از حق است، هم در اعتقاد و هم در عمل؛ «هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَ دِينِ الْحَقِّ» و «وَ اللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ» درباره‌ی مؤمنین فرموده: «وَ تَوَاصَوْا بِالْحَقِّ» و «لَقَدْ جِئْنَاكُمْ بِالْحَقِّ وَ لَكِنْ أَكْثَرُكُمْ لِحَقِّ كَارِهُونَ»، بیان می‌کند «حق موافق میل بیشتر مردم نیست». در جای دیگر مسأله‌ی پیروی از خواست اکثریت را رد کرده می‌فرماید پیروی از خواست اکثریت، سر از فساد در می‌آورد: «بَلْ جَاءَهُم بِالْحَقِّ وَ أَكْثَرُهُمْ لِلْحَقِّ كَارِهُونَ، وَ لَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَ الْأَرْضُ، وَ مَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ»

عمل منافقانه

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَلِئِنْ تَرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا» مؤمنین را نهی می‌کند از این که به ولایت کفار و سرپرستی آن‌ها بییونند و ولایت مؤمنین را ترک کنند. دلالت دارد بر حال بیمار دلان ضعیف الایمان، نه منافقین اصطلاحی و مؤمنین را اندرز می‌دهد که پیرامون این قرقگاه خطرناک نگردند و متعرض خشم خداوند نشوند. (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۵:۱۹۱)

دوستی با کفار

«لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَ النَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ...» آمده «بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» مراد از ولایت در جمله دوم همان محبت و اتحاد و مودت است. آن ولایتی که وحدت را بین یهودیان بوجود می‌آورد و بعضی را بر بعض دیگر پیوند می‌دهد، ولایت محبت و تعصب قومی و یا پیوندهای مذهبی و دینی است و همچنین در نصارا. در ادامه می‌فرماید: «وَ مَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ»، محبت و مودت است که باعث اجتماع متفرقات آن جمعیت و پیوستگی ارواح مختلف می‌شود و فهم و ادراک همه افراد را یک سو و یک جهت ساخته، اخلاق آن‌ها را به هم مربوط و افعال آن‌ها را شبیه به هم می‌سازد (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۵:۶۰۸)

موانع بیرونی ولایت‌پذیری، از منظر قرآن کریم کدام‌اند؟

موانعی که به واسطه‌ی ارتباط متربی با انسان‌های دیگر یا با خداوند یا با طبیعت، در او اثر می‌کند.

موانع غیبی

موانعی در تربیت و ولایت‌پذیری، خارج از حیطه‌ی انسان، مربوط به عالم غیب و ماوراء.

شیطان

«أَفَتَتَّخِذُونَهُ وَ ذُرِّيَّتَهُ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِي وَ هُمْ لَكُمْ عَدُوٌّ» نتیجه‌ی داستان آدم و ابلیس این که نباید ابلیس و ذریه‌ی او را اولیای خود بگیری، چون آن‌ها دشمنان شما بنی بشرند. مراد از ولایت، ولایت اطاعت است، چون کفار شیطان‌ها را در آنچه که به سویش دعوت می‌کنند اطاعت می‌کنند، و خدا را در آنچه به سویش می‌خواند اطاعت نمی‌کنند. با در نظر گرفتن این جهات، معنای آیه چنین می‌شود: آیا باز هم او و ذریه او را اولیاء و آلهه و ارباب خود می‌گیرید و به جای من آن‌ها را می‌پرستید و به سوی شان تقرب می‌جوید، با اینکه دشمنان شمایند. مؤید این معنا آیه‌ی بعدی است. زیرا شاهد اینکه خدا در خلقت، شیطان‌ها را شاهد نگرفت مناسب با نداشتن ولایت‌تدبیرست. نه نداشتن ولایت اطاعت. (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۱۳:۴۵۳)

سلب توفیق

«أَفَرَأَيْتَ مَنِ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَ أَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَى عِلْمٍ وَ خَتَمَ عَلَى سَمْعِهِ وَ قَلْبِهِ وَ جَعَلَ عَلَى بَصَرِهِ غِشَاوَةً فَمَنْ يَهْدِيهِ مِنْ بَعْدِ اللَّهِ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ» کتاب معانی الأخبار به سند خود از عبدالله بن فضل هاشمی از امام صادق علیه السلام روایت کرده که گفت: به آن حضرت عرضه داشتیم: با در نظر داشتن این که علل و اسباب در کار ما مؤثرند، معنای این که خدای تعالی در یکجا از قول شعیب حکایت کرده که گفت: «وَمَا تُوَفِّيهِ إِلَّا بِاللَّهِ» و در جایی دیگر خودش فرموده: «إِنْ يَنْصُرْكُمْ اللَّهُ فَلَا غَالِبَ لَكُمْ وَ إِنْ يَخْذُلْكُمْ فَمَنْ ذَا الَّذِي يَنْصُرُكُمْ مِنْ بَعْدِهِ» چیست؟ امام علیه السلام در جواب فرمود: وقتی بنده‌ی خدا آنچه که خدا به وی امر کرده اطاعت کند، عملش موافق امر خدای عزوجل است و بدین جهت آن عبد را موفق می‌نامد و هرگاه بنده بخواهد داخل پاره‌ای از گناهان شود و خدای تعالی بین او و آن گناه حایل شود، ترک گناهی به توفیق خدا بوده است. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۵۶۳:۱۰)

لَعْنَتُ الْهَى

«وَ قَالُوا قُلُوبُنَا غُلْفٌ بَلْ لَعْنَهُمُ اللَّهُ بِكُفْرِهِمْ فَقَلِيلًا مَّا يُؤْمِنُونَ» گفتند: دل‌های ما در غلاف است، بلکه خدا به خاطر کفرشان لعنتشان کرده و در نتیجه کمتر ایمان می‌آورند. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۱۱:۲) همان طبع قلبی است که در آیه‌ی «لَعْنَاهُمْ وَ جَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً» و آیه‌ی «وَ لَكِنْ لَعْنَهُمُ اللَّهُ بِكُفْرِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا قَلِيلًا» و آیه‌ی «أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعْنَهُمُ اللَّهُ، فَاصْمَهُمْ وَ أَعْمَى أَبْصَارَهُمْ» به آن اشاره کرده، و آیه‌ی شریفه‌ی مورد بحث با این آیات منطبق است. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۵۰۸:۱۶)

موانع اجتماعی

عالم فاسد

«وَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ» مراد از این اختلاف، اختلاف بعد از آمدن شریعت، و در خود شریعت، و از ناحیه‌ی علمای دین و حاملین شریعت است، و چون دین امری فطری است، همچنان که آیه‌ی «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا» بر آن دلالت دارد، بدین جهت خدای سبحان اختلاف واقع در دین را ناشی از بغی و حسادت و طغیان دانسته است. جمله‌ی «إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ...» دلالت دارد بر اصل ظهور اختلافات دینی. نه این که تک تک اشخاصی که از صراط مستقیم منحرف شده، اهل طغیان و بغی است.

بزرگان

«يَوْمَ تَقَلَّبُ وُجُوهُهُمْ فِي النَّارِ يَقُولُونَ يَا لَيْتَنَا أَطَعْنَا اللَّهَ وَ أَطَعْنَا الرَّسُولَ» «وَ قَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَ كِبْرَاءَنَا فَأَضَلُّونَا السَّبِيلًا» همچنین فرمود: «أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَ لَا يَهْتَدُونَ» گفتند ما تنها آنچه را که پدران خود را بر آن یافتیم، پیروی می‌کنیم، پیروی می‌کنیم، سخنی است مطلق و معنایش این است که ما پدران خود را در هر حالی که بودند، پیروی می‌کنیم، حتی اگر هیچ علمی هم نداشته‌اند و هیچ راه نیافته‌اند، باز پیرویشان می‌کنیم. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۶۳۵:۱)

مراکز و ابزارهای فساد

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» این آیه مؤمنین را مخاطب قرار داده و به آنان دستور می‌دهد از خدا بپرهیزند و این مطلب را به عنوان زمینه‌چینی می‌آورد تا دنبالش بفرماید: «وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا» یعنی از ربا صرف نظر کنید. جنگیدن خدا و رسول با رباخوار، معنایش این است که رسول به امر خدا، رباخوار یا هر کس از مسلمانان که حکمی از احکام را نمی‌پذیرد، او را مجبور به تسلیم کند. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۶۴۸:۲) هم چنانکه فرمود: «وَ إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيَّهَا الْقَوْلُ فَمَدَرْنَاهَا تَدْمِيرًا» و چون بخواهیم اهل قریه‌ای را هلاک کنیم، نخست یاغیان شهوت‌پرست را وامی‌داریم تا در آن قریه به فسق و فجور بپردازند و در نتیجه عذاب شان قطعی شود. همچنین فرمود: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَ الْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ وَ يَصَدِّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَ عَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ»

دوستان و هم نشینان ناباب

«وَيَوْمَ بَعْضُ الظَّالِمِ عَلَى يَدَيْهِ يَقُولُ يَا لَيْتَنِي اتَّخَذْتُ مَعَ الرَّسُولِ سَبِيلًا * يَا وَيْلَتَى لَيْتَنِي لَمْ أَتَّخِذْ فُلَانًا خَلِيلًا * لَقَدْ أَضَلَّنِي عَنِ الذِّكْرِ بَعْدَ إِذْ جَاءَنِي وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلْإِنْسَانِ خَذُولًا» روزی که ستمگر دست‌های خویش بگردد و گوید: ای کاش طریقه‌ی پیغمبر را پیش گرفته بودم. وای بر من، کاش فلانی را به دوستی نرفته بودم. او مرا از قرآن گمراه کرد و شیطان مایه‌ی خذلان آدمی است. نیز فرمود: «وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْنَا فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ اللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذًا مِثْلُهُمْ إِنَّ اللَّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا»

وسوسه گران

«قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ * مَلِكِ النَّاسِ * إِلَهِ النَّاسِ * مِنْ شَرِّ الْوَسْوَاسِ الْخَنَّاسِ * الَّذِي يُوَسْوِسُ فِي صُدُورِ النَّاسِ * مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ . «وسواس» به معنای حدیث نفس است، به نحوی که گویی صدایی آهسته است که به گوش می‌رسد. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۶۸۹:۲۰) «الَّذِي يُوَسْوِسُ فِي صُدُورِ النَّاسِ» این جمله صفت «وسواس خناس» است، و مراد از «صدور ناس» محل وسوسه‌ی شیطان است، چون شعور و ادراک آدمی به حسب استعمال شایع، به قلب آدمی نسبت داده می‌شود که در قفسه‌ی سینه قرار دارد، و قرآن هم در این باب فرموده: «وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ». جمله‌ی «مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ» هشدار می‌دهد که وسواسان خناس تنها در میان یک گروه و یک جماعت، و در یک قشر و یک لباس نیستند، در میان جن و انس پراکنده‌اند و در هر لباس و هر جماعتی یافت می‌شوند. (مکارم شیرازی ۱۳۷۴، ۴۷۴:۲۷)

فریبکاران

«فَكَذَّبَكَ الْفَى السَّامِرِيُّ * فَأَخْرَجَ لَهُمْ عِجْلًا جَسَدًا لَهُ خُورًا فَقَالُوا هَذَا إِلَهُكُمْ وَإِلَهُ مُوسَى فَنَسِيَ» و همچنین سامری نیز بیفکند * و برای آن‌ها مجسمه گوساله‌ای را ساخت که صدای گوساله داشت گفت: این خدای شما و خدای موسی است، و ایمان را رها کرد. «وَأَضَلَّهُمُ السَّامِرِيُّ» سامری همان یهودی از قوم موسی است که گوساله را ساخت و بنی اسرائیل را بیرستش آن دعوت کرد. موسی خشمگین و اندوهناک به سوی قوم خویش بازگشت. گفت: آیا خدا به شما وعده‌ی نیکو نداد؟! گفتند: ما به اراده‌ی خود از وعده‌ی تو تخلف نکردیم، بلکه محموله‌هایی از زیور فرعونیان با خود آورده بودیم که آن‌ها را در آتش بیافکنیم و سامری نیز همچنین بیفکند و گوساله‌ای بی جان بساخت که صدای گوساله داشت. (قرشی ۱۳۷۱، ۳۲۱:۳)

موانع سیاسی

اهل کتاب

«وَدَّتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَوْ يُضِلُّوكُمْ وَمَا يُضِلُّونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ» بنی اسرائیل و اهل کتاب مأمور شده‌اند که به حق ایمان بیاورند، هر زمان که باشد و هر جا که باشد ولی اینان از این فرمان اطاعت نکردند و عهدی را که بسته بودند شکستند. ایمان نمی‌آوردند و این امر دلیل بر این است که اصلاً به خدا ایمان ندارند بلکه به هواهای نفسانی و گرایش‌های نژادی ایمان دارند. (مدرسی ۱۳۷۷، ۳۷۱:۲)

اربابان غیر الهی

انبیا علیهم السلام بشر را دعوت می‌کنند به این که بر طبق دعوت فطری‌شان سیر کنند و اعتقاد به توحید حکم می‌کند به وجوب تطبیق اعمال فردی و اجتماعی بر معیار اسلام برای خدا. این آن مطلبی است که آیه‌ی «إِلَّا نَعْبُدُ إِلَّا اللَّهَ وَ لَا نُشْرِكُ بِهِ شَيْئًا وَ لَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ»، بر آن دلالت دارد و همچنین این آیه که می‌فرماید: «يَا صَاحِبِي السَّجْنِ أَرْبَابٌ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ؟ أَمْ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ؟ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَ آبَاؤُكُمْ، مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ، إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ، ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ» و آیه‌ی «اتَّخِذُوا أَحْبَابَهُمْ وَ زُهَيْانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ، وَ مَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا، لَإِلَهَ إِلَّا هُوَ» و آیاتی دیگر از این قبیل. (موسوی همدانی ۱۳۷۴، ۲۹۱:۳)

بحث و نتیجه‌گیری

هدف کلی پژوهش مطالعه و تبیین موانع تربیتی ولایت‌پذیری از منظر قرآن کریم است. کلمه‌ی «ولایت» هر چند که اهل لغت معانی بسیاری برای آن بر شمرده‌اند، لیکن اصل در معنای آن بر طرف شدن واسطه در بین دو چیز است، به گونه‌ای که بین آن دو، واسطه‌ای که از جنس آن‌ها نیست وجود نداشته باشد

(که در این صورت هر یک ولی دیگری محسوب می‌شوند). و لیکن از باب استعاره در معنای دیگری نیز استعمال شده، و آن نزدیکی چیزی به چیز دیگر است، حال این نزدیکی به هر وجهی که باشد، چه نزدیکی به مکان باشد و چه به نسب و خویشاوندی و چه به مقام و منزلت و چه به دوستی و صداقت و چه به غیر این‌ها، که با این حساب کلمه‌ی «ولی» بر هر دو طرف ولایت اطلاق می‌شود، مخصوصاً اگر معنای اصلی کلمه را در نظر بگیریم که عبارت است از اتصال دو چیز به یکدیگر و نبودن واسطه‌ای بین آن دو. بنابراین اگر ولایت را قرب مخصوصی در امور معنوی فرض کنیم، لازمه‌اش این است که برای ولی قربی باشد که برای غیر او نیست مگر به واسطه او، پس هر چه از شؤون زندگی مولی علیه که قابل این هست که به دیگری واگذار شود، تنها ولی می‌تواند آن را عهده‌دار شده و جای او را بگیرد. به عبارت دیگر، ولایت عبارت است از یک نحوه قربی که باعث و مجوز نوع خاصی از تصرف و مالکیت تدبیر می‌شود. همان طور که گفته شد راغب در المفردات، «تولی» را به معنی روی آوردن و پذیرش می‌داند (راغب اصفهانی ۱۴۱۴، ۸۸۶)، و قرشی در قاموس قرآن، تولی (ولی در باب تفعل) را به معنی دوست و سرپرست اخذ کردن گرفته است. (قرشی ۱۳۷۱، ۲۴۶:۷) بنابراین، به طور خلاصه، ولایت‌پذیری نیز عبارت است از پذیرفتن ولی و سرپرست گرفتن او، و به عبارتی پیروی و تبعیت از ولی، چه در اعتقاد و چه در عمل.

مقصود از مانع امری است که در تربیت تاثیر منفی دارد و به اموری حقیقتاً یا عرفاً قابل اطلاق است که در تحقق اهداف تربیت، تنها می‌توانند تاثیر منفی داشته باشند. موانع تربیتی ولایت‌پذیری به دو دسته‌ی کلی درونی و بیرونی تقسیم می‌شوند. موانع درونی ولایت‌پذیری نیز به سه دسته تقسیم می‌شود: بینشی شامل نادانی و کمبود معرفت، و تردید؛ گرایشی شامل هوای نفس، راحت طلبی، بی‌اعتنایی، بی‌توجهی و غفلت، لجاجت و تعصب بیجا، احساس بی‌نیازی از خدا، و محبت و اطاعت غیر خدا؛ و کنشی شامل دور شدن از فطرت، کفران نعمت، تقلید، پیروی از اکثریت، عمل منافقانه، و دوستی با کفار. موانع بیرونی نیز به سه دسته تقسیم می‌شود: موانع غیبی شامل شیطان، سلب توفیق، و لعنت الهی؛ موانع اجتماعی شامل عالم فاسد، بزرگان، مراکز و ابزارهای فساد، دوستان و همنشینان ناباب، وسوسه‌گران، و فریبکاران؛ و موانع سیاسی شامل اهل کتاب، و اربابان غیر الهی.

منابع و مأخذ

۱. آذری قمی، احمد. ۱۳۷۱. ولایت فقیه از دیدگاه قرآن. قم: موسسه مطبوعاتی دارالعلم
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم. ۱۴۱۴ق. لسان العرب. بیروت: دار صادر
۳. اسماعیلی انامق، بهمن و دیگران. ۱۳۹۱. نقش سبک‌های هویتی و راهبردهای مقابله‌ای در ولایت‌پذیری دانشجویان. مطالعات اسلام و روانشناسی. سال ۶، شماره ۱۱.
۴. اعرافی، علیرضا و دیگران. ۱۳۸۸. آرای دانشمندان مسلمان در تعلیم و تربیت و مبانی آن، جلد اول. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۵. باقی زاده، رضا. ۱۳۹۱. استمرار امامت در عصر غیبت با تئوری ولایت (محدوده و اختیارات). پژوهش‌های اعتقادی- کلامی. سال دوم، شماره ۸.
۶. بهشتی، محمد و دیگران. ۱۳۸۸. آرای دانشمندان مسلمان در تعلیم و تربیت و مبانی آن، جلد دوم. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۷. بهشتی، محمد و دیگران. ۱۳۸۸. آرای دانشمندان مسلمان در تعلیم و تربیت و مبانی آن، جلد چهارم. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۸. بهشتی، محمد. ۱۳۸۸. آرای دانشمندان مسلمان در تعلیم و تربیت و مبانی آن، جلد پنجم، فیض کاشانی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۹. بهنیافر، احمدرضا. ۱۳۸۷. مفهوم ولایت مطلقه فقیه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مطالعات انقلاب اسلامی. سال چهارم، شماره ۱۲.
۱۰. جوادی آملی، عبد... ۱۳۸۳. ولایت فقیه، ولایت فقاها و عدالت. قم: مرکز نشر اسراء
۱۱. حافظ نیا، محمدرضا. ۱۳۹۲. مقدمه‌ای بر روش تحقیق در علوم انسانی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۱۲. حسینی شاه‌العظیمی، حسین بن احمد. ۱۳۶۳. تفسیر اثنا عشری. تهران: انتشارات میقات

۱۳. حیدری اصفهانی، نادره. ۱۳۸۹. اطاعت از خاتم پیامبران در قرآن کریم. فدک. سال اول، شماره ۲.
۱۴. دلشاد تهرانی. مصطفی. ۱۳۸۷. سیری در تربیت اسلامی. تهران: انتشارات دریا
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. ۱۴۱۴ق. المفردات فی غریب القرآن. دمشق: دارالعلم الدار الشامیه
۱۶. رجالی تهرانی، علیرضا. ۱۳۸۹. ولایت فقیه در عصر غیبت. قم: انتشارات نبوغ
۱۷. رضا، مهیار. ۱۳۷۰. فرهنگ ابجدی عربی- فارسی. قم: -
۱۸. رفیعی، بهروز. ۱۳۹۰. آرای دانشمندان مسلمان در تعلیم و تربیت و مبانی آن، جلد سوم، امام محمد غزالی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۱۹. رکعی، محمد. ۱۳۹۰. ولایت تشریحی ائمه علیهم السلام از منظر قرآن و روایات. پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم حدیث. دانشکده علوم حدیث.
۲۰. سید رضی، محمد بن حسین. ۱۳۸۴. نهج البلاغه. قم: بوستان کتاب
۲۱. شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی. ۱۳۶۲. الامالی. قم: انتشارات کتابخانه‌ی اسلامیة
۲۲. شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی. ۱۴۰۳ق. الخصال. قم: انتشارات جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم
۲۳. صدوقی‌فر، عبدالمجید. ۱۳۹۲. نقش ولایتمداری در تأمین سعادت انسان در آیینه‌ی قرآن و حدیث. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد علوم حدیث. دانشگاه قرآن و حدیث.
۲۴. سعید، آرش. ۱۳۹۲. نقش تربیتی اولیای خدا در نظام هستی با استناد به قرآن و روایات. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد دانشکده ادبیات و علوم انسانی. دانشگاه آزاد اسلامی. واحد تهران مرکزی.
۲۵. طاهری، مهدی. ۱۳۹۰. ولایتمداری در الگوی پیشرفت سیاسی اسلامی- ایرانی. معرفت سیاسی. سال سوم، شماره دوم.
۲۶. طریحی، فخرالدین. ۱۳۷۵. مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی
۲۷. عاملی، شیخ حر. ۱۴۰۹. وسایل الشیعه. قم: موسسه ال‌بیت لاحیاء التراث
۲۸. عبدالباقی، محمدفواد. ۱۳۸۹. المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الکریم. قم: انتشارات ژکان
۲۹. فانی ثانی، مرضیه. ۱۳۸۹. گفتمان تربیتی امامت. پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم قرآن و حدیث. دانشکده ادبیات و علوم انسانی. دانشگاه اصفهان.
۳۰. فراهیدی، خلیل بن احمد. ۱۴۱۰ق. کتاب العین. قم: انتشارات هجرت
۳۱. قرائتی، محسن. ۱۳۸۳. تفسیر نور. تهران: انتشارات مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن
۳۲. قرشی، سید علی اکبر. ۱۳۷۱. قاموس قرآن. قم: دارالکتب الاسلامیه
۳۳. قمی، علی بن ابراهیم. ۱۳۶۷. تفسیر قمی. قم: دارالکتاب
۳۴. کلینی رازی، محمد بن یعقوب. ۱۳۶۵. الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه
۳۵. مجلسی، محمدباقر. ۱۴۰۴ق. بحارالانوار. لبنان: موسسه الوفاء بیروت
۳۶. مدرس، منیرالسادات. ۱۳۹۰. آثار تربیتی ولایت از منظر امیرالمومنین علیه السلام. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد معارف اسلامی. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه کاشان
۳۷. مدرسی، سید محمدتقی. ۱۳۷۷. تفسیر هدایت. ترجمه‌ی احمد آرام. مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی
۳۸. مصباح یزدی، محمدتقی. ۱۳۹۰. فلسفه‌ی تعلیم و تربیت اسلامی. تهران: انتشارات مدرسه
۳۹. مصطفوی، حسن. ۱۳۶۰. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب
۴۰. مصلاهی پور یزدی، عباس و ملیکا کردلویی. ۱۳۹۰. ولایت از دیدگاه علامه طباطبایی. پژوهش‌های اعتقادی- کلامی. سال اول، شماره ۳.
۴۱. مطهری، مرتضی. ۱۳۷۳. امامت و رهبری. تهران: انتشارات صدرا
۴۲. مطهری، مرتضی. ۱۳۸۸. تعلیم و تربیت در اسلام. تهران: انتشارات صدرا
۴۳. مقدسی، یوسف. ۱۳۹۲. مبانی قرآنی ماهیت ولایت از منظر ابن عربی و امام خمینی(ره). رساله‌ی دکتری مدرسی معارف اسلامی. دانشکده‌ی الهیات. دانشگاه پیام نور.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۳۷۴. تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه
۴۵. موسوی خمینی، سید روح الله. ۱۳۷۹. ولایت فقیه. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

موانع تربیتی ولایت پذیری در فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر تفسیر المیزان / ۴۱۵

۴۶. موسوی همدانی، سید محمد باقر. ۱۳۷۴. ترجمه‌ی تفسیر المیزان. قم: انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین
حوزه‌ی علمیه‌ی قم
۴۷. میرزا خسروانی، علیرضا. ۱۳۹۰. ق. تفسیر خسروانی. تهران: انتشارات اسلامی

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۴

صص ۴۱۵ - ۴۲۴

نقش خانواده در تربیت تفکر فلسفی در آموزه‌های اسلامی از منظر امام علی (ع)

هاجر محمدیان^۱، نجمه وکیلی^{۲*}، علی قائمی امیری^۳

۱- دانشجوی دکتری رشته فلسفه تعلیم و تربیت، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.

۲- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، تهران مرکز، تهران، ایران.

۳- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، تهران مرکز، تهران، ایران.

چکیده

تفکر فلسفی، رویکردی کل گرایانه و وحدت خواهانه برای پیدا کردن پاسخ حقیقی برای رسیدن به اشباع حس هستی شناسی (ارتباط با خدا، باخویشتن، با جهان هستی و با هم‌نوع خود) را می‌باشد. نهاد خانواده به عنوان نخستین و اصلی‌ترین رکن جامعه که هویت فرد در آن شکل گرفته و تقریباً وابسته است. اشتغال، ازدواج، مهاجرت، قهر، طلاق و حتی مرگ نمی‌تواند ریشه‌های فرد را از خانواده بگسلد و هویت مستقل افراد هرگز به معنای انزوا و جدایی از خانواده نیست، بلکه به افزایش تاثیرگذاری از آن تلقی می‌شود. تحکیم و سالم‌سازی روابط خانوادگی و جلوگیری از توسعه انواع گسیختگی‌های سیاسی اعتقادی و به خصوص گسیختگی‌های نسلی و جنسی را می‌تواند سلامت خانواده تامین کند. نقش والدین نقش سازندگی، هدایت و ادای حق کودک و سرانجام آمادگی یافتن برای ورود به حیات اجتماعی به عنوان عبد صالح است. امام علی (ع) در نامه ۳۱ نهج‌البلاغه به این موضوع مهم پرداخته‌اند. این مقاله با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و به روش تحلیلی - استنتاجی نوشته شده است و در صدد پاسخ به این سوال که: «نقش خانواده در تربیت تفکر فلسفی بر مبنای سخنان امام علی (ع) چیست؟» می‌پردازد.

واژگان کلیدی: تفکر فلسفی، تربیت، امام علی (ع)، خانواده

۱. مقدمه

خانواده نهاد اجتماعی نشأت گرفته از ازدواج یک زن و یک مرد است که فرزندان پدید آمده از آن‌ها، آن را تکمیل می‌کنند. (قائمی ۱۳۷۹ ص ۲۰)

نهاد خانواده به عنوان اصلی‌ترین رکن جامعه و بستر فرهنگ‌های گوناگون و زمینه‌ساز خوشبختی یا بدبختی انسان‌ها به شمار می‌رود و مهم‌ترین نهاد در فرهنگ دینی و اسلامی جامعه ایران، شناخته شده است و در اجتماعی کردن فرزندان و برآوردن برخی نیازهای بنیادی دیگر خانواده، مسئولیت اصلی را به عهده دارد.

خانواده نخستین اجتماعی است که شخص در آن گام می‌نهد و آداب زندگی، اصول و رسوم اجتماعی، تعاون و از خود گذشتگی را فرا می‌گیرد. خانواده کانون حفظ سنت‌های اخلاقی و مرکز رشد عواطف و احساسات است. (عیسی زاده، ۱۳۹۱، ص ۲۷)

هویت فرد در خانواده شکل گرفته و تقریباً به آن وابسته است. اشتغال، ازدواج، مهاجرت، قهر و طلاق و حتی مرگ نمی‌تواند ریشه‌های فرد را از خانواده بگسلد و هویت مستقل افراد هرگز به معنای انزوا و جدایی از خانواده نیست، بلکه به افزایش تاثیرگذاری از آن تلقی می‌شود.

کوهن (۱۳۷۶) خانواده به عنوان یک نهاد اجتماعی با کارکردهای متعددی که ماهیت این کارکردها و سطح اجرای آن از یک فرهنگ به فرهنگ دیگر متفاوت است، عمده‌ترین این کارکردها را نظام بخشیدن به رفتارهای جنسی و تولید مثل، مراقبت و نگهداری کودکان، معلولان و سالمندان، فراهم کردن امنیت اقتصادی می‌داند. در جوامع صنعتی، خانواده کارکردهای خود را از دست می‌دهد و امروزه مدرسه، موسسات اقتصادی، دولت و نهادهای دینی بسیاری از کارکردهایی را که خانواده‌ها در گذشته به عهده داشتند، انجام می‌دهند. در این میان یکی از نیازهای مبرم خانواده‌ها، حمایت عاطفی و اجتماعی و ایجاد محیط صمیمی و محبت‌آمیز در خانواده‌ها است. (کوهن، ۱۳۷۶، صص ۱۷۵-۱۹۱)

محیط خانواده نخستین دورانی است که فرد در معرض ارزش‌ها و الگوهای رفتاری خانواده قرار گرفته و در دوره‌های بعدی زندگی در معرض ارزش‌ها و الگوهای رفتاری بقیه افراد جامعه قرار می‌گیرد، زیرا نسبت به فرد دیگر جامعه، زمان بیشتری را با این گروه صمیمی و خودمانی می‌گذراند. خانواده، کودک را به انجام رفتارهای منطبق با انتظارات جامعه برمی‌انگیزاند و برای این کار، به رفتارهایی که با هنجارهای جامعه مطابق، و با انتظارات آن هماهنگ است، پاداش می‌دهد و در برابر رفتارهایی که با آن هماهنگ نیست، او را تنبیه و مجازات می‌کند.

خانواده، نهاد اجتماعی جهان شمولی است که به رغم کوچک بودن، دارای آثار پر دامنه‌ی زیستی، روانی، دینی، آموزشی، تربیتی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی است. تاثیر آشکار و پنهان خانواده بر دیگر نهادهای اجتماعی و متقابلاً تاثیرات گوناگون آن نهادها بر خانواده باعث شده است که اندیشمندان حوزه‌های مختلف علوم انسانی و نیز سیاست‌گذاران و برنامه‌ریزان اجتماعی به طور فزاینده به مسائل خانواده علاقه نشان دهند. اسلام به عنوان جامع‌ترین دین الهی، به دلیل همین آثار بنیادی و سرنوشت ساز، توجه ویژه‌ای به این نهاد مبذول داشته و در قالب مجموعه‌ی گسترده‌ای از گزاره‌های توصیفی و تجویزی، نظام متمایزی در باب خانواده ترسیم نموده است.

جامعه مجموعه‌ای از خانواده‌های کوچک است مودب (۱۳۹۰). بنابراین هر اصلاحی در جامعه از مسیر خانواده می‌گذرد و هر حکومتی که بخواهد جامعه را تغییر دهد باید به اصلاح و تربیت خانواده توجه خاص مبذول دارد.

با از میان رفتن مدیریت و اقتدار در رابطه طولی میان اعضای خانواده، پدر و مادر دیگر قادر نخواهد بود از اقتدار خود برای تربیت و هدایت فرزندان استفاده نمایند رجبیان (۱۳۹۰).

در واقع پدیدارشناسی متعالی به ما حکم می‌کند که برای فهم چیستی و چگونگی پدیدارهای اسلامی تعلیم و تربیت مثل حق شاگرد بر والدین، معلمان، جامعه و برعکس، ایده‌پردازی از منابع اسلامی، خلاقیت

در ارائه مفهوم و طراحی فرم مناسب از تعمیم و تربیت با رویکرد والدین به ابعاد گوناگون سازنده‌ی مفاهیم توجه نمائیم حاجی بابائی (۱۳۹۰).

این مقاله به روش تحلیلی - استنتاجی و با رجوع به نامه ۳۱ نهج البلاغه (وصیت امام علی (ع) به فرزندشان امام حسن مجتبی (ع) و منابع و کتب مرتبط در دو بخش (اول: قداست نهاد خانواده از نظر دین و بخش دوم: پیام‌هایی از امام علی (ع) به رشته‌ی تحریر در آمده است.

بخش اول: قداست خانواده

نهاد خانواده، از منظر اسلام، دارای جایگاه و قداست ویژه‌ای است که قابل مقایسه با هیچ نهاد دیگری نیست.

پیامبر (ص) در حدیثی می‌فرماید: «مابنی بناء فی الاسلام احب الی الله تعالی من التزویج» در اسلام، بنیادی نهاده نشده است که در نزد خدا، از ازدواج، محبوب‌تر باشد. (ری شهری، ۱۳۸۷ ص ۱۲) قداست خانواده، سد محکمی است در برابر سوء استفاده‌ی جنسی از زن به عنوان یک کالا یا ابزار فروش کالا و در واقع، مانع بردگی نوین زن می‌باشد.

خداوند متعال در قرآن مجید، خانه را به نام آرامش بخش یاد می‌کند و می‌فرماید: «والله جعل لکم من بیوتکم سکنا و جعل لکم من جلود الانعام بیوتا تستخفونها یوم طعنکم و یوم اقامتکم و من اصوافها و اوبارها و اشعارها اثاثا و متاعا الی حین (سوره نحل آیه ۸۰)» و خداوند قرار داد، برای شما از خانه‌های شما آرامش را، و قرارداد، از پوست دام‌ها برای شما خانه‌هایی، که سبک و آماده‌اند روز کوچ و مسافرت شما، و از پشم و کرک و موهای آن‌ها اثاث و کالا تا وقت معینی (شاید مراد این باشد: وقتی که اختراعات بشری کالاهای کاملتری برای شما بسازد).

خانواده واحدی است اجتماعی که در آن منافع مشترک است، فرق خانواده با سایر شرکت‌ها آن است که پایه‌ی اصلی آن بر روی عواطف متقابل، طلب آرامش، سکون و جستجوی لذت از آمیزه‌ی مادیات و معنویات است. قبول این شرایط در آن از بیم قانون نیست بلکه از عواطف انسانی و حاق فطرت است، همنفسی، همگامی، همفکری، همرازی، رازداری، همزبانی، مشاورت، توجه و رفع بی تفاوتی، همه از لوازم بقای آرامش و محبت و پیوستگی است. پیامبر اکرم (ص) در این فصل الخطاب چنین دستور می‌دهند:

«ارجعوا الی اهلیکم فکونوا فیهم. علموهم وبروهم» به خانه و خانواده خود برگردید، و در میان ایشان باشید، ایشان را تعلیم دهید و به ایشان نیکی کنید. (کمالی، ۱۳۸۸، صص ۶۶-۶۷)

«خداوند برای نجات و رهائی از گمراهی و توجه به تعلیم و تربیت به سرپرست خانواده چنین خطاب می‌فرماید: «قوانفسکم و اهلیکم نارا (سوره تحریم آیه ۶)»؛ یا به اساسی‌ترین عامل سعادت، امر: «وامر اهلیک بالصلوه و اصطر علیها (سوره طه آیه ۱۳۲)» و نیز به پیامبرش چنین خطاب می‌فرماید: «و انذر عشیرتک الاقربین (سوره شعراء آیه ۲۴۱)» و از طرف دیگر می‌فرماید: «لا تتخذوا اءاباءکم و اخواتکم اولیاء ان استحبوا الکفر علی الایمان (سوره توبه آیه ۲۳)»؛ اگر برخی از اعضای خانواده کفر را بر ایمان به خدا ترجیح دادند، آنان را سرپرست خود قرار ندهید... دستور قرآن برای استحکام خانواده امر به نیکی‌ها و نهی از زشتی‌هاست... از این رو در اسلام کارکرد خانواده فقط در فراهم ساختن نیازهای اقتصادی خلاصه نمی‌شود، بلکه وظیفه‌ی اساسی آن، مراقبت از فرزندان، نظام بخشی به رفتار غریزی نوجوانان و جوانان و تامین نیازهای فرهنگی و اجتماعی آنان است. البته در جوامعی که خانواده در آن‌ها سهمی جز آسایشگاه موقت شبانه ندارد، چنین احکامی نیست، چون به اهمیت خانواده و تاثیر مهم آن در فرهنگ‌سازی جامعه پی نبرده‌اند (جوادی آملی ۱۳۸۸ صص ۴۹-۵۱)»

نقش پدر در تربیت فرزند از یک سو نقش وراثتی است که از طریق انعقاد نطفه صورت می‌گیرد و از سوی دیگر نقش محیطی است که از طریق اعمال تربیت انجام می‌شود. همچنین پدر مسئول آموزش مسائل مربوط به حیات حال و آینده‌ی کودک، اجرای انضباط و مدل قانون است. اوست که مظهر عدل در خانواده است، اگر لغزش و خطائی از فرزند صورت گیرد او را مورد بازخواست قرار می‌دهد. درباره‌ی او تصمیم

می‌گیرد در حالی که مادر بخشنده است و پذیرنده. اگر همه‌ی افراد طردش کنند او کودک خود را پذیرا است. پدر مظهر انضباط است و مادر مظهر لطف و عنایت.

کلا نقش والدین نقش سازندگی و هدایت و ادای حق کودک است. زیرا از نظر مکتب ما تربیت حق کودک است و والدین نسبت به آن بدهی دارند و این بدهی و تکلیف را باید به وجه احسن ادا کنند. از حقوق کودک تعیین نام خوب، تربیت نیکو، آموزش قرآن، حق قرائت و کتابت، آموزش تیراندازی، شنا، سواری ... و سرانجام آمادگی یافتن برای ورود در حیات اجتماعی به عنوان یک عبد صالح است. (قائمی، ص ۴۰ و ۱۳۷۲، ۴۱)

عوامل رشد و تربیت در انسان (گردیدن و به فعلیت رسیدن)

درون آدمی که به مفهوم عمومی قلمرو روانی انسانی گفته می‌شود، دارای استعدادها و هسته‌های تعیینات متنوع می‌باشد. برای حرکت و فعلیت رسیدن هر یک از آنها، سه نوع عامل اساسی وجود دارد: نوع نخست: عامل درونی محض که عبارت از اراده‌ی آدمی است. مادامی که اراده‌ی به فعلیت رسیدن استعدادها درونی در یک انسان به وجود نیاید و تقویت نگردد، تحرک استعداد با هیچ یک از عوامل و شرایط امکان‌پذیر نخواهد بود. نوع دوم - عواملی که به وسیله‌ی حواس طبیعی و سایر وسایل ادراک، در قلمرو درون می‌گردند و استعدادها را تحریک می‌کنند. تفاوت انسان با دیگر موجودات، در پدیده‌ی گردیدن، اراده است. اگر اراده‌ی آدمی در مسیر هدف‌های سازنده به جریان بیافتد، نتایج به دست آمده از دریافت‌ها و اندیشه‌ها، «گردیدن» تکاملی را در مسیر هدف‌های مزبور به وجود می‌آورد. نوع سوم - واقعیت‌های نهفته در لابلای سطوح روانی انسان است. بعضی از متفکران وجود چنین واقعیتی را انکار می‌کنند. در این زمینه سقراط می‌گوید: «کار من قابلگی و کمک کردن به مردم برای زاییدن حقیقت است که خود آن را دارا می‌باشند.» و همچنین کانت «علم به اصول پیش از تجربه» را می‌پذیرد. با نظر به دخالت اساسی عوامل مزبور در «گردیدن» می‌توانیم اهمیت جمله‌ی امیر المومنین علیه السلام را (ناشنوا باد گوش‌ی که نصایح رسا و سازنده را در نیابد) درک کنیم. در هر دوره و در هر جامعه‌ی انواع فراوانی از عوامل آگاهی و ترقی برای افراد بشر وجود دارد. بعضی از آنها از راه بینائی و مشاهدات با استعدادهای بشری ارتباط برقرار می‌کنند و تفاعل مناسب را به جریان می‌اندازند. برخی دیگر از راه شنیدن و سایر راه‌های تعلیم و تربیت عمل می‌کنند. دو صدای رسا و سازنده است که بی استثنا در همه‌ی فضای تاریخ طنین‌انداز بوده‌اند. یکی از این دو صدا: طنین ندای جدی پیامبران الهی است که تفسیر و توجیه کننده‌ی معقول حیات بشری است. و صدای دوم که نه به موج احتیاج دارد و نه به لب و زبان و قالب‌های قرار دادی الفاظ و علامت‌ها. این صدای وجدان آدمی است که از اعماق جانش سر بر می‌کشد و در سر راه خود خیالات، پندارهای بی اساس مغز را که حیات انسانی را به نیستی و بیهودگی متهم می‌سازند. اگر این دو ندا تاثیری در اعتلا و رشد بشری نداشته باشند، از دیگر بانگ‌های بی اساس چه توقع می‌توان داشت. (ج ۳ جعفری صص ۶ تا ۱۰)

اهمیت تعلیم و تربیت

تعلیم و تربیت‌های انسان ساز باید دو کار اساسی انجام بدهد:

نخست: ایجاد عوامل رشد شخصیت انسان‌ها که مهمترین آنها تفسیر و توجیه جوهر قدرت و چگونگی بهره‌برداری از آن می‌باشد، که خود این رشد معلول تفهیم این قانون انسانی است که (بر خود بیسند آنچه را که بر دیگران می‌پسندی، و بر دیگران مپسند آنچه را که بر خود نمی‌پسندی)

دوم: میانجیگری جدی برای آشتی دادن انسان‌ها با خویشتن. توضیح اینکه - اکثریت بسیار چشمگیر مردم در جوامع انسانی با خاموش ساختن ندهای وجدانی خود و با منحرف ساختن اندیشه و تعقل و مختل کردن احساسات عالی انسانی خود شمشیر به دست، مشغول قطعه قطعه کردن وجدان و تعقل و احساسات خویشتن می‌باشند. باید تعلیم و تربیت وارد کارزار نبرد انسان با خویشتن گردد و وجدان و تعقل و احساسات عالی را از شمشیر بران خود طبیعی آنان نجات بدهد.

اگر این میانجیگری و ایجاد آشتی میان انسان با خویشتن به ثمر نرسد، ماکیاولی و فلسفه‌ی او را با دست خود حاکم مطلق همه‌ی شئون بشری خواهد ساخت. (ج ۵ صص ۲۱۴ و ۲۱۵ جعفری ۱۳۷۵)

امام خمینی (ره) می‌فرماید: بزرگترین وابستگی ملت‌های مستضعف به ابر قدرت‌ها و مستکبرین، وابستگی فکری و درونی است که سایر وابستگی‌ها از آن سرچشمه می‌گیرد؛ و تا استقلال فکری برای ملتی حاصل نشود، استقلال در ابعاد دیگر حاصل نخواهد شد. (صحیفه نور ج ۹ ص ۱۸۵)

نقش مذهب در داشتن تفکر فلسفی

اساسی‌ترین شرط به ثمر رسیدن استعدادها و نیروی انسانی عبارت است از آگاهی به اینکه «انسان از کجا آمده است؟ برای چه آمده است؟ به کجا می‌رود» و عدم رعایت آن سرنوشت نهائی بشر از نظر مکتبی جز نهیلیسم (پوچ‌گرایی) و از نظر زندگی طبیعی جز تنازع در بقا راه دیگری ندارد. علت ضرورت داشتن مذهب برای حیات انسان‌ها عبارت است از پاسخ عقیدتی و عملی به چهار سوال اصلی بشر (من کیستم، از کجا آمده‌ام، برای چه آمده‌ام و به کجا می‌روم) و این که تا پاسخ این سوالات را بدون سفسطه بازی و مغالطه کاری به افکار بشری عرضه نماید. مذهب سیر حیات انسان‌ها را در فرمول «انا لله و انا الیه راجعون» مشخص می‌سازد.

نقش اولیاء الهی در تربیت

پیامبران الهی و اوصیای بزرگوار آنان، نه تنها رسالت پیشگیری از بیماری‌های مغزی و روانی ما انسان‌ها را دارند بلکه رسالت معالجه‌ی آن بیماری‌ها را هم به عهده دارند. این طبیبان الهی نمی‌نشینند تا بیماران به سراغ آنان بروند بلکه خود به دنبال بیماران می‌گردند. باید توجه داشت که بعضی‌ها نمی‌دانند که خود بیمارند تا برای علاج به سراغ طبیب بروند. شدیدترین بیماری در دنیا مخصوصاً در بیماری روحی آن است که بیمار نمی‌داند که بیمار است و با کمال آرامش و خیال راحت به زندگی طبیعی خود ادامه می‌دهد و چه بسا استمرار و ادامه‌ی بی‌اعتنائی به بیماری روحی با وجود انگیزه‌های مستمر برای بیدار شدن انسان و اجتناب از جرم‌ها و پلیدی‌ها، مقاومت در برابر انگیزه‌ها را زیادتی می‌نماید و در نتیجه مغز و دل آدمی سخت‌تر از سنگ خارا می‌شود.

«ثم قست قلوبکم من بعد ذلک فهی کالحجاره او اشد قسوه بقره ۷۴» سپس دل‌های شما بعد از آن [همه آیات] قسّی [بسیار سخت] شد، دل‌های شما مانند سنگ‌ها یا در سختی شدیدتر از سنگ‌ها گشت.

بیماری‌های اساسی که طبیبان الهی برای آن تلاش می‌کنند:

در خطبه‌ی ۱۰۸ نهج البلاغه به اصول بیماری‌ها روحی اشاره می‌فرماید:

۱- نابینائی دل‌ها که ناشنوائی گوش و گنگی زبان را بار می‌آورد. (... من قلوب عمی و اذان صم و السنه بکم ...) این مرض نابینائی دل واقعا ام الامراض روحی آدمیان به شمار می‌رود که متأسفانه با درجات مختلف که اکثریت بسیار وحشتناک بشر مبتلا به آن می‌باشند.

۲- غفلت: (... متتبع بدوئه مواضع الغفله ...) یکی دیگر از اصول بیماری‌های روحی انسان است. نکته قابل توجه در معنای غفلت و جهل در این است که، غفلت مسبوق به علم یا امکان به دست آوردن علم است، اما در جهل اگر از روی ناتوانی انسان از به دست آوردن علم باشد جهل قصوری می‌گویند به خلاف جهل تقصیری. و در منابع اسلامی از جهل تقصیری و غفلت به عنوان مطلق بیماری به آن اشاره شده است.

۳- بیماری حیرت: (... مواطن الحیره ...) حالت تردید اضطراب انگیزی که انسان را از حرکت در طریق مستقیم برای وصول به اهداف حیات طیبه جلوگیری می‌نماید. به جرات می‌توان گفت این بیماری ناگوارترین و مخرب‌ترین بیماری است که انسان را می‌تواند بیچاره و تباہ سازد. نه آن حیرت والا که عبارت است از احساس عظمت و شکوه خیره‌کننده‌ی هستی و دریافت فروغی از جمال و جلال بی‌پایان الهی در عرصه‌ی هستی.

بخش دوم: پیام‌های امام علی (ع)

امام علی (ع) در نامه‌ی خود به امام حسن مجتبی (ع) نامه ۳۱ نهج البلاغه که بعد از نامه‌ی مالک اشتر طولانی‌ترین نامه‌ی امام به شمار می‌رود، یک دوره‌ی کامل درس اخلاق، تهذیب نفس، خودسازی، تربیت نفوس و سیر و سلوک الی الله ارائه کرده است و در حقیقت از سی بخش تشکیل می‌شود. (مکارم ۱۳۸۷ ص ۴۵۸) در این نامه حدود ۱۵۰ دستور اخلاقی آمده است. (طاهری ۱۳۴۲ ص ۲۹۶)

روانشناسی جوانان

اولین و بارزترین خصیصه جوانان پیشگام بودنشان در پذیرش حق است. امام صادق (ع) به یکی از یارانش که برای دفاع از مکتب اهل بیت (ع) به بصره رفته بود و ناکام گشت، فرمودند: «علیک بالاحداث فانهم اسرع الی کل خیر؛ بر تو باد که به سراغ جوانان بروی که آن‌ها برای پذیرش هر امر خیری از همه سریع‌ترند» (به نقل از جلد ۹ پیام امام ص ۵۱۳)

در حدیث دیگری منقول از امام صادق (ع) آمده است که: «بادروا اولادکم بالحدیث قبل ان یسبقکم الیهیم المرجه؛ فرزندان خود را با احادیث (اهل بیت) آشنا سازید پیش از آن که گروه منحرف مرجئه (که اعتقادی به خلافت بلافضل علی (ع) نداشتند) از شما پیشی بگیرند»

امام علی (ع) هم در این نامه (۳۱ نهج البلاغه) می‌فرماید: «قلب الحدیث کالارض الخالیه ما القی فیها قبلته. فبادرتک بالادب قبل ان یقسو قلبک، ویشتغل لبک؛ به یقین قلب جوان و نوجوان همچون زمین خالی است؛ که هر بذری در آن پاشیده شود آن را می‌پذیرد و...». لذا سن جوانی را بهترین سن برای پند و اندرز معرفی می‌کند و سه دلیل برای آن می‌آورد: آماده بودن قلب جوان برای پذیرش، عدم قساوت قلب به سبب آلودگی به گناه و عدم اشتغال ذهن به مشکلات زندگی و حیات و هر کدام از این سه به تنهایی برای انتخاب این زمان کافی می‌دانند تا چه رسد به اینکه همه‌ی این جهات جمع باشد.

شیوه‌های پند آموزی به جوانان

در آغاز نامه حضرت علی (ع) هدف خود را (که داشتن کوله باری از تجربه، و طرح آن با بیان مشفقانه نصایح، به منظور تربیت فرزند معرفی می‌کند. ابتدا شش صفت برای خود (پدري که عمرش رو به فناست، معترف به سختگیری زمان، تسلیم بر حوادث دنیا، سکنی گزیده در مساکن پیشینیان و کوچ کننده از دنیا) و چهارده صفت برای فرزندش (آرزومند چیزهایی که هرگز دست یافتنی، سالک راهی است که انتهای آن مرگ و هلاکت است، در تیررس انواع بیماری‌ها، گروگان روزگار، در تیررس مصائب، بنده‌ی دنیا و اسیر مرگ، هم‌پیمان اندوه‌ها، قرین غم‌ها، آماج آفات و بلاها، مغلوب شهوات و جان‌نشین مردگان) بیان می‌کند. امام (ع) در واقع در مقابل هر وصف خویش دو وصف از فرزندش و در برابر هر مشکل خود دو مشکل از مخاطبش را بازگو می‌کند.

در ادامه‌ی نامه، امام (ع) از وضع خویشتن شروع می‌کند و در ضمن انگیزه‌ی خود را برای اقدام به این وصیت نامه اخلاقی و انسانی شرح می‌دهد. و به طور خلاصه می‌فرماید: «دیدم ستاره‌ی عمرم رو به افول نهاده و باید در فکر خویشتن باشم و آماده‌ی سفر آخرت شوم؛ ولی از آنجا که تو را بخشی از وجود خود، بلکه تمام وجود خود می‌بینم خویش را ناگزیر از این اندرزه‌ها و نصیحت‌ها و هشدارها دیدم»؛ امام (ع) این مقدمه را ظاهراً به دو منظور بیان فرمود: نخست اینکه مخاطب کاملاً باور کند که آنچه به او گفته می‌شود کاملاً جدی است و نتیجه‌ی مطالعه‌ی عمیق نسبت به حال و آینده است. دیگر اینکه به فرزندش هشدار دهد که چنین آینده‌ای را نیز در پیش دارد و همیشه جوان نمی‌ماند (هر چند جوانی دلیل بر اعتماد و اطمینان به زندگی نیست) بلکه چیزی نمی‌گذرد که کاروان عمر به منزلگاه نهائی نزدیک می‌شود. مبدا فرزندش گرفتار غرور جوانی شود و آینده‌ی خویش را به دست فراموشی بسپارد.

با جمله‌ی «ان انا بقیث لک او فنیث» اشاره به جاودانگی محتوای این نامه است و در واقع چنین است با اینکه بیش از هزار سال بر آن گذشته کاملاً تازه و شاداب، بالنده و پربار است.

راه‌های تربیت و خودسازی

در این بخش از نامه (ع) اندرزه‌های روح پرور و سازنده‌ی خود را در عبارات کوتاه، چهار دستور به فرزندش می‌دهد، دستوراتی که عصاره‌ی همه‌ی فضیلت‌هاست و به عنوان محکمترین وسیله‌ی نجات معرفی شده است که عبارت است از: «سفارش به تقوای الهی و التزام عملی به آن و آبادکردن قلب و روح با ذکر و یاد خدا و چنگ زدن به ریسمان الهی» می‌باشد.

اندرزهایی که سبب تکامل روح و پیدایش حیات معنوی در انسان می‌شود قلبت را با موعظه زنده کن و هوای نفس را با زهد (و بی اعتنائی به زرق و برق دنیا) بمیران، دل را با یقین نیرومند ساز و با حکمت و دانش نورانی و با یاد مرگ رام نما و آن را به اقرار به فنا فی دنیا وادار کن.

از آنجا که قلب به معنای روح و عقل و ادراک است تا زنده نشود هیچ قدمی به سوی تکامل و تعالی برداشته نخواهد شد و سیر الی الله در همان جا متوقف می‌گردد. قلب و روح انسان به باغی می‌ماند که درختان بارور و بوته‌هایی از گل‌های رنگارنگ دارد و در عین حال علف‌های هرزه فراوانی در لابلای آن درختان و بوته‌های گل است و میراندن آن به حذف و نابودی علف هرزه‌های مزاحم است. لذا امام می‌فرماید قلبی را که در چنگال شهوات اسیر شده با زهد بمیران.

برای تقویت قلب سفارش به دقت در امور یقینی (مطالعه‌ی اسرار آفرینش، و یا عبادت و بندگی خدا حاصل می‌شود) و به دنبال تقویت، به نورانی کردن دل می‌پردازد و این امر با فرونی علم و دانش تحقق می‌یابد. از آنجا که روح آدمی ممکن است سرکشی کند، با یاد مرگ و اقرار به فناء (مرگ) او را تسلیم می‌کند. برای کنار زدن پرده‌های غفلت و بینا ساختن دل، بهترین راه این است که حوادث تلخ دنیا و آفات و بلاها و دگرگونی‌های ناگهانی را که در زندگی قدرتمندان جهان دیده می‌شود را به یاد آورده و مورد دقت قرار دهد.

نقش تاریخ و ضرورت آگاهی از آن در سازندگی انسان

مطالعه‌ی دقیق تاریخ پیشینیان عمر جاودان به انسان می‌بخشد و به این می‌ماند که انسان از روز آغاز خلقت آدم (ع) تا امروز همراه همه‌ی اقوام و جمعیت‌ها بوده و نتیجه‌ی تجارت آن‌ها را برای خود ذخیره کرده باشد و به راستی چه فرصت گرانبهایی است که انسان با هزینه‌ی کم، متاعی این چنین بزرگ به دست آورد.

در گوشه و کنار این کره‌ی خاکی در بسیاری از شهرها و روستاها آثاری از پیشینیان دیده می‌شود؛ آثاری خاموش که گذشت روزگار آن‌ها را به ویرانی کشیده؛ ولی در عین خاموشی هزار زبان دارند و با ما سخن می‌گویند و سرانجام زندگی دنیا را به همه‌ی ما نشان می‌دهند بسیاری از مردم دیدن این آثار می‌روند و به آن افتخار می‌کنند که این آثار تاریخی نشانگر تمدن پیشین ماست در حالی که اگر از آن‌ها درس عبرت بگیرند سزاوارتر است آن گونه که خاقانی‌ها از دیدن کاخ کسری‌ها چنان درسی آموختند.

از آن روزی که خط اختراع شد و بشر توانست آثار خود را به وسیله‌ی آن به یادگار بگذارد، تاریخ بشر آغاز گردید و تجربیات اقوام پیشین به عنوان میراث گرانبهائی برای اقوام آینده به دل تاریخ سپرده شد. عوامل پیروزی‌ها و اسباب شکست‌ها و ناپایداری قدرت‌ها و تلخ و شیرین‌های بسیاری دیگر در دل آن ثبت شد به گونه‌ای که افراد آگاه می‌توانند مسیر زندگی فردی و اجتماعی خود را در آینده‌ی تاریخ بینند و بی آنکه نیاز به تجربه‌ی جدیدی داشته باشند از تجارب دیگران استفاده کنند.

امام علی (ع) سه شیوه برای دسترسی به تاریخ گذشتگان معرفی می‌کند که عبارتند از: اولاً از طریق نگاه کردن در اعمال آن‌ها؛ که ممکن است اشاره به کارهایی باشد که سینه به سینه، نسلی به نسل دیگر منتقل می‌کند. ثانیاً از طریق تفکر در اخبارشان که در صفحات تاریخ ثبت و ضبط شده است. ثالثاً از طریق سیر در آثار آنان؛ یعنی کاخ‌های متروک، قصرهای خاموش، ویرانه‌های شهر، قبرهای مندرس و مانند آن، که با زبان بی‌زبانی حقایق مربوط به نسل‌های پیشین را بیان می‌دارند و در عین خاموشی صد زبان دارند و همواره عارفان آگاه و شاعران با خبر از زبان آن‌ها مطالب زیادی برای ما نقل کرده و می‌کنند.

ضرورت تعلیم و تربیت در جوانی

تاریخ انبیا نشان می‌دهد که جوانان نخستین گروهی بودند که به آن‌ها ایمان می‌آوردند و از اهداف آن‌ها دفاع می‌کردند. قرآن کراراً داستان نوح و ایمان آوردن جوانان را به او و ایراد بزرگسالان ثروتمند را بیان کرده و نیز تاریخ اسلام نشان می‌دهد که بیشتر مومنان به پیغمبر اکرم (ص) جوانان بودند. تربیت نسبت به جوانان در مدت کوتاهی فایده می‌بخشد ولی بعد از بزرگسالی اثری ندارد.

امام علی (ع) به عنوان پدری مهربان و عاشق دلباخته‌ی سعادت فرزند و اینکه فرزندش در عنفوان جوانی و در آغاز عمر دارای نیتی پاک و قلبی صاف هست زمینه را برای تربیت جوان مساعد می‌داند. و سعی می‌کند با بیان نمونه‌های حسی امر تربیت را تسهیل کند.

بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران (امام خمینی "ره") به اهمیت دوره جوانی و تلاش برای تعلیم و تربیت، در نامه‌ای عرفانی خطاب به فرزندش می‌نویسد: «جوانی بهار یافتن است... به تو وسایر جوان‌ها که طالب معرفتند وصیت می‌کنم که شما و همه موجودات جلوه و ظهور اویند، کوشش و مجاهدت کنید تا بارقه‌ای از آن را بیابید و در آن محو شوید و از نیستی به هستی مطلق رسید.»

اعتقاد به توحید به عنوان مهمترین مبنای عقیدتی

امام (ع) با این بیان شروع می‌کنند که (فتفهم یا بنی وصیتی...) فرزندم در فهم وصیتیم دقت نما، این جمله نشان از اهمیت بحثی است که بعد از آن بیان فرموده‌اند که در خور دقت فراوان است.

آن گاه به این حقیقت اشاره می‌کنند که در این عالم هر چه هست از سوی خداست؛ حیات و مرگ، صحت و سلامتی، تلخ و شیرین، نعمت و ابتلاء و... همه‌ی آن‌ها حکیمانه است و اگر نتوانستی به حکمت آن‌ها پی ببری حمل بر بی‌اطلاعی خود کن و در برابر اراده‌ی حکیمانه‌ی خدا تسلیم باش.

امام (ع) به هفت صفت از صفات خدا اشاره می‌کند: او خداوند یگانه، هیچکس در ملک و مملکتش با او ضدیت نمی‌کند. هرگز زایل نخواهد شد و همواره بوده است، سر سلسله‌ی هستی است بی آنکه آغازی داشته باشد و آخرین آن‌ها است بی آنکه پایانی برایش تصور شود.

تاسی به پیامبر اسلام (ص) به عنوان مبنای دوم اعتقاد

امام (ع) در ادامه اندرزهای خود به فرزند عزیزش به دو نکته‌ی مهم اشاره می‌کنند: نخست اینکه پیامبر اسلام (ص) بهترین پیشوا (...فارض به رائدا...) و راهنماست و دیگر اینکه پدرش امیرمومنان از هیچ کوششی برای هدایت او فروگذار نکرده است، بنابراین باید بر پیروی از این دو پیشوا پافشاری کرد. باید توجه داشت واژه «رائد» در اصل به معنای کسی است که او را برای جستجوی مرتع (و آب) برای چهارپایان می‌فرستند و هنگامی که آن را کشف کرد خبر می‌دهد سپس این معنا توسعه یافته و به کسانی که امور حیاتی را در اختیار انسان‌ها می‌گذارند اطلاق شده است (مکارم ۱۳۸۷ ص ۴۵۴۲).

تعلیم اصول اخلاقی به فرزند

یکسان نگرى منافع خویش و دیگران از مهمترین اصول اخلاقی

امام (ع) به فرزند خود می‌فرماید: «پسرم خویشتن را معیار و مقیاس قضاوت میان خود و دیگران قرار ده و در ادامه به شرح جنبه‌های مختلف آن می‌پردازد؛ نخست اینکه برای دیگران چیزی را دوست دار که برای خود دوست می‌داری و برای آن‌ها نپسند آنچه را برای خود نمی‌پسندی؛ به دیگران ستم نکن همانگونه که دوست نداری به تو ستم شود؛ به دیگران نیکی کن همانگونه که دوست داری به تو نیکی شود؛ آنچه را برای دیگران قبیح می‌شمی برای خودت نیز زشت شمار؛ و برای مردم راضی شو به آنچه برای خود از سوی آنان راضی می‌شوی، آنچه را که نمی‌دانی مگو اگرچه آنچه می‌دانی اندک باشد و آنچه را دوست نداری درباره‌ی تو بگویند، درباره‌ی دیگران مگو». آخرین نصیحت بالا اشاره به این دارد که اگر معلومات تو محدود است، به همان قناعت کن و در آنچه نمی‌دانی دخالت منما که تو را بر پرتگاه‌های خلاف و خطا می‌کشد.

اگر این اصل مهم اخلاقی با شاخ و برگ‌های هفتگانه‌ای که امام (ع) برای آن شمرده در هر جامعه‌ای پیاده شود صلح و صفا و امنیت بر آن سایه می‌افکند و نزاع‌ها و کشمکش‌ها و پرونده‌های قضائی به حداقل می‌رسد. محبت و صمیمیت در آن موج می‌زند و تعاون و همکاری به حد اعلی می‌رسد.

خود پسندی و غرور، ضد راستی و درست اندیشی و آفت عقل است. برای تامین زندگی نهایت تلاش و کوشش را داشته باش. (از آنچه به دست می‌آوری در راه خدا انفاق کن و) انباردار دیگران مباش. هرگاه (به لطف الهی) به راه راست هدایت یافتنی (شکر پروردگار را فراموش مکن و) در برابر پروردگار خود کاملاً خاضع و خاشع باش.

هشدار و بیدار باش برای سفر آخرت

امام (ع) خطاب به فرزند بزرگوار خود می‌فرماید: فرزندم بدان راهی بس طولانی و پر مشقت در پیش داری و در این راه (پر خوف و خطر) از کوشش و تلاش صحیح و فراوان و توشه‌ی کافی که تو را به مقصد برساند بی‌نیاز نیستی، به علاوه باید در این راه سبکبار باشی (تا بتوانی به مقصد برسی). پس از این مقدمه کوتاه و پرمعنا مسائل مالی و انفاق فی سبیل الله را که از مهمترین زاد و توشه‌های قیامت است عنوان می‌کند و می‌فرماید: بیش از حد توانت مسئولیت اموال دنیا را بر دوش مگیر، زیرا سنگسری آن مایه‌ی مشقت و وبال خواهد بود.

(فرزندم!) بدان پیش روی تو گردنه‌ی صعب العبوری هست که سبکباران (برای عبور از آن) حالشان از سنگین باران بهتر است و کندروان وضعشان بسیار بدتر از شتاب‌کنندگان است. و بدان که نزول تو بعد از عبور از گردنه به یقین یا در بهشت است و یا در دوزخ. لذا پیش از ورودت وسائل لازم را مهیا نما، زیرا پس از مرگ راهی برای عذرخواهی نیست و نه طریقی برای بازگشت به دنیا و (جبران گذشته) وجود دارد.

نقش دعا در سرنوشت انسان

مسئله دعا بسیار سرنوشت‌ساز و پر اهمیت است و در این مورد امام (ع) به فرزند خود می‌فرماید: «(فرزندم) بدان آن کس که گنج‌های آسمان و زمین در دست اوست، به تو اجازه دعا و درخواست را داده و اجابت آن را تضمین نموده است، به تو امر کرده که از او بخواهی تا عطایت کند و از او درخواست رحمت کنی تا رحمتش را شامل حال تو گرداند».

جمع بندی و نتیجه گیری

بر مبنای مطالعات انجام شده در منابع بنیادین اسلامی (قرآن و حدیث) با رویکرد «نقش خانواده در تربیت تفکر فلسفی» و با توجه به اصول فلسفه‌ی تعلیم و تربیت اسلامی چنین نتیجه‌گیری می‌شود که خانواده به طور طبیعی مهمترین نقش را در زمینه سازی رشد و تحول فرزندان بر عهده دارد و نمی‌تواند نسبت به اهداف، برنامه‌ها و اقدامات تربیتی انجام یافته نسبت به فرزندان خویش بی‌توجه باشد. خانواده نه تنها در پشتیبانی و اجرای طرح‌های تربیتی، بلکه در سیاستگذاری، برنامه‌ریزی و به خصوص ارزش‌یابی از برنامه‌ها و اقدامات فرآیند تربیت باید مشارکت فعال داشته باشد. مشارکت فعال خانواده در فعالیت‌های تربیتی از نظر تکلیف الهی پاسخگو باید باشند.

پیشنهادهای

- مولفه‌های فرهنگی (انجمن اولیا و مربیان مدارس، نهادهای فرهنگی اعم از سازمان تبلیغات، اداره ارشاد اسلامی و ...) در امر توانمندسازی خانواده‌ها بکوشند تا والدین را با ابزارها و زمینه‌های تربیتی آشنا سازند.

- صدا و سیما به منزله‌ی (دانشگاه) با تهیه فیلم‌ها و برنامه‌های آموزشی در این امر خطیر تلاش نمایند.
- ادارات برای کارکنان خود آموزش‌هایی با این رویکرد در قالب کارگاه‌ها پیش‌بینی کنند تا نیروی‌های زیر مجموعه‌ی آن‌ها با وظایف خود در قبال فرزندان خویش آشنا شوند.

منابع و مآخذ

- ❖ قرآن مجید
- ❖ نهج البلاغه
- ❖ بستان (نجفی) حسین، خانواده در اسلام، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ۱۳۹۰
- ❖ جعفری، محمدتقی، ترجمه و تفسیر نهج البلاغه، ج ۳ انتشارات دفتر نشر فرهنگ اسلامی ۱۳۷۴
- ❖ جعفری، محمدتقی، ترجمه و تفسیر نهج البلاغه، ج ۵ انتشارات دفتر نشر فرهنگ اسلامی ۱۳۷۴

- ❖ جواد آملی، عبدالله، تفسیر موضوعی قرآن (جامعه در قرآن)، مرکز نشر اسراء، قم، ۱۳۸۸
- ❖ خمینی، روح الله، ره عشق «نامه عرفانی حضرت امام خمینی (ره)»، موسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام. چاپ دوم تابستان، تهران ۱۳۶۹
- ❖ رجیبیان، زهره، تحولات خانواده ایرانی، مجلات همشهری (خردنامه) شماره ۸۳، ۱۳۹۰
- ❖ سروش، عبدالکریم، حکمت و معیشت (شرح نامه امام علی بن ابی طالب به امام حسن مجتبی (ع))، موسسه فرهنگی صراط، تهران ۱۳۷۳
- ❖ طاهری، ابوالقاسم، راهنمای آموزش و پژوهش در نهج البلاغه، دفتر نشر معارف، قم ۱۳۸۳
- ❖ عیسی زاده، عیسی، خانواده قرآنی (ویژگی‌ها و وظایف اعضای آن)، موسسه ی بوستان کتاب، قم، ۱۳۹۱
- ❖ قائمی، علی، نظام حیات خانواده در اسلام، انتشارات امیری، تهران ۱۳۷۹
- ❖ قائمی، علی، خانواده و دشواری‌های رفتاری کودکان، انتشارات سازمان اولیاء و مربیان، تهران ۱۳۷۷
- ❖ کمالی، سید علی، قرآن و مقام زن، انتشارات اسوه تهران ۱۳۸۸
- ❖ حاجی بابائی، حمیدرضا، نقش تربیتی خانواده در اسلام، فصلنامه خانواده و پژوهش، سال هفتم ۱۳۸۹.
- ❖ کوهن، بروس، ترجمه و اقتباس غلامعباس توسلی، مبانی جامعه‌شناسی، رضا فاضلی، سازمان مطالعات و تدوین کتب انسانی (سمت)، تهران، ۱۳۷۶
- ❖ مکارم شیرازی، ناصر و همکاران، پیام امام امیرالمومنین (ع) شرح تازه و جامعی بر نهج البلاغه ج ۹، انتشارات امام علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷
- ❖ مودب، سیدرضا، بررسی خانواده از منظر اندیشه دینی، مجلات همشهری (خردنامه) شماره ۸۳، ۱۳۹۰

بررسی دعاوی ناشی از تصرفات و تملکات غیر قانونی املاک توسط شهرداری ها

فاطمه یزدان جو^۱، حمید سلیمیان ریزی^۲

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی نراق، نراق، ایران

۲- استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی نراق، اراک، ایران

چکیده

با توجه به روند رو به رشد شهرها و گرایش به زندگی شهرنشینی، نیاز شهروندان به تأمین فضاهای عمومی، معابر و دیگر خدمات شهری افزایش می‌یابد. شهرداری، در حیطه وظایف مربوط به عمران و نوسازی، ضمن رعایت قوانین ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی ناگزیر از تملک و تصرف در املاک اشخاص می‌باشد. متأسفانه در عمل، شاهد اقدامات غیرقانونی شهرداری‌ها در راستای اجرای طرح‌های عمومی هستیم. در این پژوهش، با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای توأم با تجربیات عملی در خصوص دعاوی مربوط به تصرفات و تملکات غیرقانونی شهرداری‌ها بحث شده و نتایج حاصله دلالت بر این دارد که چنانچه شهرداری‌ها بدون اذن متصرف یا بدون مجوز قانونی، در ملک غیر تصرف کنند مرجع ذیصلاح حسب مورد رأی به خلع ید، رفع تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت صادر می‌نماید. در مواردی شهرداری‌ها بدون رعایت تشریفات قانونی یا به قیمت کمتر ملک را تملک می‌کنند این اقدامات، مبنای ابطال تملک شهرداری قرار می‌گیرند. دیوان عدالت اداری از مراجع صالح رسیدگی به دعاوی علیه شهرداری، است، شکایات مطروحه در مرجع مزبور عبارتند از: ۱- ابطال اقدامات راجع به تصویب طرح که با ادعای مخالفت مصوبه با قوانین موضوعه یا مقررات اسلامی و یا خروج مرجع تصویب کننده از حدود اختیارات همراه است، این شکایات در هیئت عمومی مطرح و در صورت احراز صحت ادعای شاکی رأی به ابطال مصوبه صادر می‌گردد. ۲- ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در عدم اجرای طرح، صدور رأی دیوان در این موارد به معنای الزام شهرداری به اجرای ق.ت.و. است. ۳- ابطال اقدامات تملک غیرتوافقی ۴- ابطال اقدامات تملکی شهرداری از حیث قانون مورد استناد ۵- ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در اجرای طرح. در موارد اخیرالذکر با احراز عدم رعایت قوانین و مقررات مربوطه، اقدامات شهرداری ابطال می‌گردد.

واژگان کلیدی: حقوق مالکانه، طرح، کاربری، تملک شهرداری، تصرف شهرداری، تملک غیرقانونی شهرداری، تصرف غیرقانونی شهرداری.

مقدمه

مالکیت، رابطه اعتباری بین شخص و مال است که به موجب آن، مالک، حق هرگونه انتفاع را از مال متعلق به خود دارد و از طرفی هیچکس نمی‌تواند، خدشه‌ای به این رابطه وارد نماید و بدون اذن مالک، در مال او تصرف نماید و یا از آن منتفع شود، لیکن این محدودیت، صرفاً بر روابط خصوصی اشخاص حاکم است به گونه‌ای که اصل ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، در واقع، بطور استثنایی ویژگی‌های مطلق و انحصاری بودن حق مالکیت را محدود می‌نماید. یکی از نهادهای عمومی که وظیفه تأمین آسایش و رفاه عموم را بر عهده دارد، شهرداری است. گسترش شهرنشینی و به تبع آن تنوع نیازهای شهری و مطالبات شهروندان در جهت ارائه بهینه خدمات شهری و از جمله احداث معابر درون شهری، فضای سبز، کتابخانه‌ها و... شهرداری‌ها را بر آن می‌دارد که به منظور پاسخگویی به نیازهای شهر و شهروندان، اقدامات لازم را به عمل آورند. بنابراین در برخی موارد شهرداری‌ها برای رفع نیازهای عمومی، چاره‌ای جز تملک املاک اشخاص ندارند. البته قانونگذار، به منظور حل تعارض فی مابین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، پیش‌بینی‌های لازم را کرده است. مادامی که تشریفات قانونی مربوط به اجرای طرح‌های عمومی، توسط شهرداری‌ها رعایت می‌گردد، اختلاف و منازعه‌ای در میان نیست، بلکه مشکل در جایی پدید می‌آید که شهرداری‌ها با اقداماتی خودسرانه و نیز با تکیه بر قدرت عمومی، قوانین و مقررات مربوطه را نادیده گرفته و نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر اجرای طرح‌های عمومی را مخدوش می‌نمایند. می‌دانیم که ارجحیت حقوق عمومی بر حقوق خصوصی تا جایی است که موجب تضییع حقوق مالکانه اشخاص نگردد. در بعضی موارد، طرفین، برای حل اختلاف، چاره‌ای جز توسل به محاکم ذیصلاح ندارند. مراجع صالح، برای رسیدگی به این دعاوی، دادگاه‌های عمومی و مراجع خاص (به موجب قانون) هستند. در ابتدا دعاوی مطروحه در دادگاه‌های عمومی و سپس شکایات مطروحه در دیوان عدالت اداری را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- حل اختلافات ناشی از تصرف غیرقانونی املاک توسط شهرداری‌ها

رسیدگی به اختلافات فی مابین دارندگان حقوق مالکانه و شهرداری در خصوص تصرفات غیرقانونی شهرداری‌ها در املاک متعلق به غیر در دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.

الف) دعاوی مطروحه در دادگاه‌های عمومی

دعاوی مطروحه در دادگاه‌های عمومی عبارتند از: خلع ید، مطالبه معوض، توقف یا عدم اجرای عملیات ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید، تصرف عدوانی، ممانعت از حق، مزاحمت، شکایت مربوط تصرف، شکایت تخریب و شکایت عدم اجرای قوانین.

الف) خلع ید

طبق منطوق ماده ۳۰۸ ق.م. غاصب، شخصی است که به نحو عدوان بر حق غیر، استیلاء یافته، مفهوم عدوان، در اینجا به معنی عمدی بودن نیست بلکه هر نوع استیلائی بر حق غیر است بدون رضایت مالک یا صاحب حق یا بدون مجوز قانونی. مبنای دعاوی خلع ید، مواد ۳۱۱ الی ۳۲۷ ق.م. است که به تکالیف غاصب یا غاصبین در مقابل مالک، از حیث عین و منافع مال مغضوبه اختصاص یافته است. در موضوع مورد بحث، قوانین ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی، تصرف شهرداری در املاک را فرع بر توافق با مالک و پرداخت حقوق مالکانه قرار داده است و غیر از حکم استثنایی مقرر در مواد ۸ و ۹ ل.ق.ن.خ و با رعایت شرایط مندرج در مواد مزبور در خصوص نحوه تأمین حقوق مالکانه، در سایر موارد شهرداری‌ها قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک، مجاز به تصرف در املاک نمی‌باشند در غیر این صورت تصرفات شهرداری در مال غاصبانه بوده و قوانین مربوط به غصب در ارتباط با عین و منافع و... نسبت به شهرداری قابل اجراء خواهد بود. بنابراین، در صورتی که شهرداری، هنگام اجرای طرح‌های عمومی، اقدام به تصرف بدون مجوز (غصب) در ملک غیر نماید، مکلف به بازگرداندن ملک به مالک است، لیکن در اکثر موارد، دادگاه‌ها با توجه به اجرای طرح و به لحاظ منافع عمومی و مصالح عامه و اینکه شهرداری از استرداد ملک، متعذر است ملک را تلف شده محسوب می‌نمایند و با درخواست شهرداری، دادگاه مزبور دستور توقف اجرای حکم را صادر

می‌کند و شهرداری موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به پرداخت قیمت روز ملک اقدام نماید بعلاوه بایستی از عهده منافع مستوفات و غیرمستوفات ملک از زمان تصرف برآید، لیکن در اکثر قریب به اتفاق موارد مالکین به اخذ بهای ملک و حتی چندین برابر کمتر از آن بسنده می‌نمایند. با درخواست شهرداری، دادگاه مزبور دستور توقف اجرای حکم را صادر می‌نماید و شهرداری موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت، سبت به پرداخت قیمت روز ملک اقدام نماید. به نظر می‌رسد با توجه به مقررات حاکم بر غصب از جمله ماده ۳۱۱ ق.م.تا زمانی که عین مال مغضوبه موجود باشد باید عین مال به صاحب آن بازگردد و در صورت تلف عین، حسب مورد، مثل یا قیمت مال به مالک داده شود. بنابراین با عنایت به اینکه ملک تحت تصرف غیرقانونی شهرداری، موجود است و تلف نشده، دادگاه باید حکم به خلع ید شهرداری صادر نماید زیرا مسئولیت جبران خسارات وارده به اموال عمومی بر عهده مالک نیست بلکه جبران خسارت باید توسط شخص یا اشخاصی صورت گیرد که اقدام به تصرف غیرقانونی و بدون مجوز در ملک نموده‌اند؛ البته در صورت توافق شهرداری و مالک، می‌توان با استناد به قسمت اخیر ماده ۳۱۳ ق.م. به جای قلع و قمع ابنیه و تأسیسات و یا نزع اشجار به اخذ قیمت تراضی نمود.

الف (۲) مطالبه معوض

در خصوص دعاوی مطالبه بهای املاک و حقوق مربوط به آن‌ها باید توجه داشت که سبب قانونی موضوع مطالبه، منحصرأ پس از تصرف ملک، توسط دستگاه اجرایی، به وجود می‌آید و می‌توان به آن استناد نمود و قبل از تصرف ملک، مالک یا مدعی حق، نمی‌تواند دستگاه مجری طرح را ناگزیر به خریداری ملک و پرداخت ارزش حق خود نماید زیرا مفاد لایحه قانونی نحوه خرید و انتخاب هیئت سه نفره کارشناسی از موارد اعمال حاکمیت و قدرت عمومی بوده و به دستگاه اجرایی، اختصاص دارد. با توجه به مقررات ناظر بر غصب در قانون مدنی و نیز قوانین مربوط به اجرای طرح‌های عمومی، معوض مورد مطالبه صاحب حق، ممکن است مثل یا قیمت باشد. به عنوان مثال در ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها و مواد ۳ و ۸ ل.ق.ن.خ به پرداخت قیمت و مواد ۶ و ۷ ل.ق.ن.خ به واگذاری عوض و ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به پرداخت بهاء یا عوض اشاره شده است. خواسته دعاوی مطالبه معوض با توجه به مبنای آن متفاوت است بدین معنا که اگر مبنای دعاوی مطالبه قیمت، مسئولیت قراردادی باشد خواسته دعوا «مطالبه وجه» است و چنانچه مبنای دعوا را قاعده اتلاف و مسئولیت فحری و قانونی ناشی از اتلاف بدانیم عنوان خواسته «مطالبه قیمت مال تلف شده» یا «جبران خسارت ناشی از اتلاف» خواهد بود. با توجه به تعریف اموال مثلی در ماده ۹۵ ق.م. لازم به ذکر است که املاک واقع در طرح، جزء اموال مثلی نمی‌باشند تا بدین ترتیب شهرداری مثل آن را به عنوان معوض به مالک واگذار نماید، بلکه این املاک، مال قیمی محسوب می‌گردند و شهرداری موظف به پرداخت قیمت مال است و آنچه که در مواد ۶ و ۷ ل.ق.ن.خ به عنوان «عوض یا مثل» آمده است نمی‌تواند به عنوان مثل ملک واقع در طرح تلقی نمود بلکه با توجه به صراحت مواد مزبور «عوض یا مثل» در صورت رضایت مالک یا صاحب حق، جایگزین قیمت می‌گردد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر مبنای صدور حکم از ناحیه دادگاه، اتلاف باشد و اموال تلف شده در این قبیل دعاوی را از اموال قیمی و نه مثلی بدانیم، دادگاه در صدور حکم به پرداخت قیمت، قیمت چه زمانی را باید در نظر بگیرد. قیمت زمان تلف مال یا قیمت زمان صدور حکم یا قیمت زمان پرداخت آن از سوی شهرداری؟ در مورد مال قیمی گفته شده که در صورت تلف، باید قیمت زمان تلف به صاحب مال پرداخت شود. ولی آنچه در عمل شاهد هستیم، صدور حکم از ناحیه دادگاه‌ها به پرداخت قیمت حقوق مالکانه به مأخذ روز ارزیابی توسط کارشناس می‌باشد. در صورتی که محکمه، مبادرت به صدور حکم مبنی بر الزام شهرداری به پرداخت قیمت حقوق مالکانه نماید دو فرض قابل تصور است:

فرض اول: شهرداری، دارای نقدینگی کافی برای پرداخت بهای حقوق مالکانه باشد. در این صورت، قیمت ملک از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل پرداخت می‌گردد.

فرض دوم: شهرداری فاقد نقدینگی کافی برای پرداخت بهای حقوق مالکانه باشد. در این صورت طبق قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها، وجوه و اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها اعم از اینکه در بانک‌ها و یا در تصرف شهرداری و یا نزد اشخاص ثالث و به صورت ضمانت‌نامه به نام شهرداری باشد قبل از صدور حکم قطعی قابل تأمین و توقف و برداشت نمی‌باشد. شهرداری‌ها مکلفند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاه‌ها و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدرات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند، در غیر این صورت ذینفع می‌تواند برابر مقررات نسبت به استیفای طلب خود از اموال شهرداری تأمین یا توقیف یا برداشت نماید.

الف (۳) دعوای توقف یا عدم اجرای عملیات ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید

ماده ۹ ل.ق.ن.خ با هدف حمایت از منافع عمومی در برابر حقوق مالکانه اشخاص، بیانگر یک حکم استثنایی و مغایر با قواعد کلی است. طبق ماده مذکور تصرف ملک اشخاص توسط دستگاه اجرایی قبل از پرداخت تاوان ملک امکانپذیر است از سوی دیگر به منظور تأمین حقوق اشخاص، دستگاه اجرایی مکلف گردیده ظرف مدت سه ماه نسبت به پرداخت بهای ملک اقدام نماید بنابراین مبنای دعوای توقف عملیات اجرایی ماده ۹ قانون یادشده در همین ماده به عنوان ضمانت اجرای عدم تأمین حقوق مالکانه از سوی دستگاه اجرایی بیان گردیده است در غیر اینصورت با درخواست مالک، عملیات اجرایی متوقف می‌شود، لازم به ذکر است، در صورتی که عملیات اجرایی قبل از مهلت سه ماهه به پایان برسد و دستگاه اجرایی بهای ملک را پرداخت ننماید، صاحبان حقوق مالکانه نمی‌توانند با استناد به ماده ۹ ل.ق.ن.خ نسبت به احقاق حق خود اقدام نمایند زیرا در ماده مزبور توقف بهره‌برداری از طرح، پیش‌بینی نشده و صرفاً توقف عملیات اجرایی تصریح گردیده است. از سوی دیگر در صورتی که دستگاه اجرایی به دلیل عدم توافق با دارنده حقوق مالکانه، موفق به پرداخت بهای ملک ظرف مدت سه ماهه مذکور در قانون نگردد باید از طرق پیش‌بینی شده در مواد ۴ (در مورد شهرداری‌ها لایحه قانونی نحوه تملک شهرداری‌ها) و ۸ ل.ق.ن.خ بهای ملک را به صندوق ثبت یا دادگستری تودیع نماید.

الف (۴) دعوای تصرف عدوانی

مبنای دعوای تصرف عدوانی ماده ۱۵۸ آ.د.م و قانون جلوگیری از تصرف عدوانی و احترام به تصرفات متصرف ملک می‌باشد با توجه به تعریف تصرف عدوانی در ماده ۱۵۸ آ.د.م خروج مال از تصرف متصرف، اعم است از اینکه استیلائی مادی بر مال زائل شود یا از نظر عنصر معنوی، قصد متصرف دائر به استفاده شخصی از مال به قصد دیگری که عبارت است از استفاده از مال برای غیر مبدل گردد.^۱ لذا، چنانچه شهرداری ملکی را به منظور اجرای طرح پارک عمومی خریداری نماید و مالک را برای حفاظت از تجهیزات مربوطه برای احداث پارک به عنوان حافظ در محل مزبور بگمارد، استیلائی شخص مزبور را نمی‌توان تصرف به نفع او تلقی نمود، زیرا با فروش ملک به شهرداری، قصد فروشنده از تصرف به عنوان استفاده از مال برای خود به قصد تصرف به عنوان حفاظت و مباشرت، برای شهرداری تبدیل شده و مال تحت استیلائی خریدار قرار می‌گیرد، هر چند که عرف از روی تسامح، حافظ را متصرف بدانند، زیرا استیلائی حافظ، تصرف به نفع او نیست. طبق ماده ۱۶۱ آ.د.م، در دعوای تصرف، خواهان باید ثابت نماید که موضوع دعوی قبلاً در تصرف یا مورد استفاده او بوده و بدون رضایت او یا به غیر وسیله قانونی از تصرف او خارج شده است. بنابراین در موضوع مورد بحث، در صورتی که شهرداری قبل از توافق با دارندگان حقوق مالکانه و با توسل به مواد ۸ یا ۹ ل.ق.ن.خ اقدام به تصرف در ملک نموده باشد در واقع تصرف شهرداری حسب مورد مستند به اجازه و تشخیص بالاترین مقام اجرایی و یا قانون می‌باشد، پس تصرفات شهرداری از طریق «وسیله قانونی» صورت گرفته است زیرا «وسیله قانونی» منصرف به مواردی است که تصرف به وسیله ای انجام شده باشد که قانوناً قابل مناقشه و معارضه

نباشد و مصداق بارز آن تصرف ملک در اجرای حکم دادگاه ذیصلاح یا سایر مراجع صلاحیت‌دار مانند اجرای ثبت و... در حدود صلاحیت آنها و با توجه به مقررات قانونی است. در صورتی که متصرف سابق، با ادعای عدم رعایت شرایط مندرج در مواد قانونی مزبور و عدوانی بودن تصرف شهرداری، خواهان رفع تصرف شهرداری باشد بایستی موارد مذکور در دادگاه صالح مورد رسیدگی قرار گیرد، در این حالت، دادگاهی که به دعوی تصرف رسیدگی می‌نماید، باید صلاحیت مرجعی که دستور رفع تصرف از خواهان را صادر نموده و نیز اقدام آن در محدوده مقررات مربوط را مورد بررسی قرار دهد و چنانچه دستور رفع تصرف را مرجع یا مقام غیر صالح صادر نموده و یا صدور دستور در محدوده مقررات مربوطه نبوده تصرف به عمل آمده راه، به این علت که به غیر وسیله قانونی بوده است، عدوانی تلقی و تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.

الف (۵) دعاوی مزاحمت

در برخی موارد، اجرای طرح‌های عمومی شهرداری‌ها ممکن است موجب مزاحمت برای املاک مجاور باشد بدون اینکه شهرداری در املاک مزبور تصرف نماید مانند اجرای طرح اتوبان که باعث آلودگی صوتی یا هوا برای املاک مجاور شود و متصرفین در چنین مواردی دعاوی مزاحمت را به طرفیت شهرداری اقامه نمایند. البته محاکم به این دعاوی کمتر توجه می‌نمایند. مبنای دعاوی مزاحمت ماده ۱۶۰ آ.د.م است و دعاوی مزاحمت وقتی مسموع است که مزاحمت خوانده به صورت فعلی مثبت واقع شده باشد. ترک افعالی که خوانده بر طبق قوانین یا قرارداد یا سابقه مکلف به انجام آن است، اگرچه موجب زحمت متصرف گردد، ولی مزاحمت تلقی نمی‌شود؛ زیرا از مجموع مقررات راجع به تصرف استنباط می‌شود که دستور مرجع ذیربط، یا متضمن رفع آثاری است که از فعل خوانده به جای مانده (در تصرف عدوانی) و یا از فعلی که در استفاده متصرف از مال، اختلال می‌نماید، جلوگیری می‌کند. بنابراین اگر شهرداری، به هر دلیلی از اجرای طرح منصرف گردد، مانند اینکه طرح تجهیزات شهری را به دلیل عدم نیاز منطقه اجرا ننماید و پس از مدتی محل مزبور، مکان تجمع اشخاص شود، مجاورین نمی‌توانند تحت عنوان مزاحمت علیه شهرداری اقامه دعوا نمایند، زیرا صدور دستور مرجع رسیدگی کننده به رفع آثار مزاحمت شهرداری یا جلوگیری از فعل موجب مزاحمت توسط شهرداری قابل تصور نیست. باید توجه داشت که برای تشخیص اختلال در بهره‌برداری از ملک برای متصرف یا عدم وقوع مزاحمت، ملاک تأثیر متعارف اقدامات مزاحم است. اختلال در استفاده از ملک ممکن است به صورت عدم امکان بهره‌برداری از آن باشد و یا موجب محدودیت استفاده شود مانند اینکه کارگران شهرداری در محل اجرای طرح، مصالح مورد استفاده را به گونه‌ای تخلیه نمایند که مانع تردد اهالی شود و یا عبور و مرور آنها را با مشکل مواجه نماید.

الف (۶) دعاوی ممانعت از حق

در موضوع مورد بحث ما، ممانعت از حق در دو حالت ممکن است ایجاد شود. یکی اینکه شهرداری برای اجرای طرح، مبادرت به تصرف در ملکی نماید و منجر به تضییع حقوق دارنده حق انتفاع یا حق ارتفاق شود مانند اینکه در اثر تصرف در ملک، مجرای آب را از بین ببرد و به این ترتیب شخصی که دارای حق المجری در ملک است از این حق خود محروم شود. در چنین صورتی، دارنده حق می‌تواند مبادرت به طرح دعوی ممانعت از حق نماید. دیگر اینکه، شهرداری بدون اینکه مبادرت به تصرف در ملکی نماید، موجب تضییع حق ارتفاق یا انتفاع دیگری شود. مانند اینکه اقدام به تخریب معابر مورد استفاده املاک نماید. در چنین حالتی نیز، دارندگان حقوق مالکانه املاکی که از این معابر استفاده می‌کرده‌اند می‌توانند با توجه به داشتن حق ارتفاق یعنی حق العبور در این معابر، اقدام به طرح دعوا نمایند. ماده یک ل.ق.ن.خ نیز با بکار بردن عبارت «سایر حقوق مربوط به اراضی» دلالت بر تکلیف دستگاه اجرایی به پرداخت تاوان کلیه حقوق متعلق به اراضی، ابنیه و املاک واقع در طرح، از جمله حق انتفاع، حق ارتفاق و سایر حقوق دارد. مبنای دعاوی ممانعت از حق را می‌توان ماده ۱۵۹ آ.د.م دانست. گاهی شهرداری‌ها هنگام اجرای طرح موجب تضییع یا تعطیل تصرفات ارتفاقی صاحبان حق می‌شوند بدین ترتیب که اگر شهرداری هنگام اجرای طرح، نهر واقع در ملک را که موضوع حق ارتفاق املاک مجاور است، تخریب نماید به گونه‌ای که از حالت نهر خارج شده و قابل استفاده نباشد و عرفاً معنای اتلاف و تضییع بر آن صدق کند، اقدامات شهرداری باعث تضییع حق

صاحب حق ارتفاق شده است؛ اما اگر عملیات شهرداری منجر به تخریب نهر نشود، مانند اینکه نهر وجود خارجی داشته باشد ولی اطرف آن را به نحوی دیوار کشی نماید که امکان استفاده از نهر برای صاحبان حق ارتفاق وجود نداشته باشد، در این صورت شهرداری موجب تعطیل حق گردیده است. در هر دو صورت صاحبان حق ارتفاق می‌توانند اقدام به طرح دعوی ممانعت از حق علیه شهرداری نمایند. لیکن در صورتی که شهرداری مسیر نهر را تغییر دهد به گونه‌ای که امکان بهره‌برداری از آن برای دارندگان حق ارتفاق وجود داشته باشد مانند اینکه با لوله کشی آب نهر در لوله‌ها جریان پیدا کند، در این حالت چون اقدامات شهرداری از جمله تصرفاتی نیست که موجب تضییع یا تعطیل حق شود بنابراین عنوان ممانعت بر آن صدق نمی‌کند.

الف (۷) شکایت تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت

وقوع هر جرمی، مستلزم وجود سه عنصر قانونی، مادی و معنوی است. چنانچه شهرداری قبل از تملک حقوق مالکانه اشخاص اقدام به تصرف در این حقوق نماید و عمل شهرداری حسب مورد منطبق با مواد ۶۹۰ الی ۶۹۵ ق.م.ا باشد، عنصر قانونی جرم محقق شده است. تحقق عنصر مادی جرائم مذکور مستلزم احراز مالکیت شاکه و عدوانی بودن تصرف شهرداری است به علاوه وقوع اقدامات مورد شکایت منوط به تشخیص عرف می‌باشد. عنصر معنوی جرم در حقیقت همان قصد ارتکاب عمل مجرمانه است بنابراین ممکن است شهرداری مدعی عدم سوء نیت در اعمال منتسب به خود و حمایت از منافع عمومی شود لیکن باید توجه داشت که صرف ادعای شهرداری کافی برای انتفاء عنصر معنوی جرائم مذکور نیست بلکه شهرداری باید ثابت نماید که «جهل به موضوع» داشته و با تصور اینکه حقوق مورد ادعا متعلق به شهرداری بوده اقدام به تصرف نموده است.

دادسرا در مقام رسیدگی به دعوی تصرف ممکن است یکی از تصمیمات زیر را اتخاذ نماید:

۱- رفع تصرف عدوانی ۲- رفع مزاحمت ۳- رفع ممانعت از حق ۴- رد دعوا ۵- دستور موقت
جز در مورد دستور موقت که به تصریح قانون به منظور جلوگیری از ایجاد و یا تکمیل اعیانی و یا ادامه مزاحمت و ممانعت از حق صادر می‌شود، بقیه تصمیمات دادسرا باید فقط متضمن حفظ یا اعاده یا ابقاء حالت سابق تصرف بوده و چون رسیدگی دادسرا فارغ از حقوق طرفین نسبت به مال موضوع دعوا صورت می‌گیرد. لذا اولاً؛ دادسرا نمی‌تواند کوچک‌ترین تغییری را در وضع تصرف سابق مورد حکم قرار دهد. ثانیاً؛ حکم دادسرا تا زمانی اعتبار دارد و روابط طرفین بر مبنای آن تنظیم می‌شود که در خصوص حقوق اصحاب دعوا، نسبت به مال موضوع اختلاف از طرف محاکم و مراجع ذیصلاح حکمی صادر نشده باشد به عبارت دیگر احکام دادسرا پیوسته حالت موقت داشته و از اعتباری محدود برخوردار است.^۱

الف (۸) شکایت تخریب

ماده ۶۷۷ ق.م.ا می‌گوید: «هر کس عمداً، اشیاء منقول یا غیرمنقول متعلق به دیگری را تخریب نماید، یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم خواهد شد». بنابراین چنانچه شهرداری، بدون تملک حقوق مالکانه ولو در جهت اجرای طرح، مبادرت به تخریب اراضی و اعیانی نماید که این حقوق بر آنها مترتب است، دارنده حقوق مالکانه می‌تواند مبادرت به طرح شکایت کیفری تخریب، علیه آمرین و عاملین این عمل مجرمانه نماید.

الف (۹) شکایت عدم اجرای قوانین و دستورات قضایی

چنانچه مأمورین شهرداری به موجب حکم صادره از مراجع ذیصلاح، محکوم به رفع تصرف از ملک شوند لیکن با سوءاستفاده از مقام، از اجرای حکم صادره امتناع نمایند بر اساس ماده ۵۷۶ ق.م.ا و ۲۸۴ آ.د.ک مستوجب مجازات خواهند بود.

ب: دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری

رسیدگی در دیوان عدالت اداری به صورت شکلی است، لذا تصمیمات آن در قالب عباراتی نظیر «ابطال» یا «تأیید» اقدامات و تصمیمات دستگاه یا مأمور مورد حکم قرار می‌گیرد.^۱ لیکن در صورتی که از تصمیم متخذه و یا رأی صادره از مرجع مزبور مجدداً شکایت شود، پرونده به همان شعبه رسیدگی کننده ارجاع می‌شود. شعبه مذکور چنانچه تصمیم و یا رأی را مغایر قانون و مقررات تشخیص دهد، مستند به قانون و مقررات مربوط، آن را نقض و پس از اخذ نظر مشاورین موضوع ماده (۷) این قانون، مبادرت به صدور رأی ماهوی می‌نماید دعاوی و درخواست‌های قابل طرح اشخاص نزد دیوان عدالت اداری در امور مربوط به تملک اراضی را به تبع صلاحیت‌های عمومی دیوان می‌توان به دو بخش کلی تقسیم نمود:

۱- اعتراض اشخاص به تصمیمات موردی و اقدامات دستگاه‌های اجرایی و یا مأمورین آن‌ها در مسائل تملک اراضی.

۲- درخواست اشخاص از دیوان برای ابطال مصوبات و آیین‌نامه‌های دولت و سایر مراجع اداری و دستگاه‌های اجرایی در امور مربوط به این موضوع به استناد مخالفت با قانون یا شرع.

شکایت اشخاص نزد دیوان در خصوص اقدامات موردی دستگاه‌های اجرایی و کارکنان آن‌ها، محدود به موارد نقض قوانین و مقررات توسط دستگاه‌های اداری در تصمیمات آن‌ها و همچنین رسیدگی به اعتراض اشخاص به آرای قطعی مراجع اداری و شبه قضایی می‌باشد. سایر اقدامات و تصمیمات دستگاه‌های اجرایی و مأمورین آنها، غیر از تعیین بهای ملک یا خسارت وارده که در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است، قابل اعتراض و رسیدگی نزد دیوان عدالت اداری می‌باشد. در واقع، کلیه اقدامات و تصمیمات دستگاه‌های اجرایی و مأمورین آن‌ها در فرآیند تحصیل اراضی از حیث رعایت یا عدم رعایت قوانین و مقررات، بجز اصل موضوع تملک و موارد استثناء شده فوق، در صلاحیت دیوان عدالت اداری است.^۱

ب (۱) شکایت ابطال اقدامات راجع به تصویب طرح

طبق ماده یک ق.ت.ا.د.ع.ا مبنای رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مصوبات مراجع ذیصلاح برای تصویب طرح‌های عمومی شهرداری‌ها مغایرت آن‌ها با قانون یا شرع یا خروج مقام تصویب کننده از حدود اختیارات است. بنابراین در مواردی که اشخاص با ادعای مخالفت مصوبه با قوانین مربوطه، تقاضای ابطال آن را از دیوان عدالت اداری می‌نمایند، این امر در هیئت عمومی مرجع مزبور مورد بررسی قرار می‌گیرد، لیکن چنانچه ادعای مغایرت مصوبه با موازین شرعی مطرح گردد به تصریح ماده ۸۷ ق.ت.ا.د.ع.ا^۱ موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود و نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، لازم‌الاتباع است.^۲ رسیدگی به شکایات مربوط به مصوبات خارج از حدود اختیارات، نیز مستند به بند یک ماده ۱۲ و ماده ۱۸^۳ ق.ت.ا.د.ع.ا در صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت

۱. بهشتیان، سید محسن، تملک اراضی توسط شهرداری‌ها، ص ۳۵۵

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۵۱ مورخ ۸۷/۱۲/۲۰: «شکایت اشخاص از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی در خصوص تملک اراضی و املاک آنان بر اساس لایحه قانونی نحوه تملک در صلاحیت اختصاصی شعب دیوان عدالت قرار دارد...»

۱. ماده ۸۷ - در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم‌الاتباع است.

۲. اصل ۴۱- کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است.

۳. ماده ۱۸- دادخواست باید حاوی نکات زیر باشد: الف- مشخصات شاکی ۱- نام و نام خانوادگی، نام پدر، تاریخ تولد، کد ملی، شغل، تابعیت و اقامتگاه برای اشخاص حقیقی ۲- نام، شماره ثبت، اقامتگاه اصلی و شماره تلفن تماس برای

اداری است. با توجه به ماده ۸۰ ق.ت.ا.د.د.ع.ا مبنی بر اینکه «تقاضای ابطال مصوبات باید در هیئت عمومی مطرح گردد» به نظر می‌رسد شاکی باید خواسته خود را تحت عنوان «ابطال اقدامات راجع به تصویب طرح» یا «ابطال مصوبه» مطرح نماید. رویه‌های متفاوت دیوان در خصوص طرف دعوا در شکایات مربوط به ابطال اقدامات راجع به تصویب طرح منجر به صدور رأی شماره ۱۵۸-۱۵۹ مورخ ۸۱/۵/۱۳ از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری گردید و طبق رأی مذکور در مواردی که دارندگان حقوق مالکانه، خواهان ابطال اقدامات راجع به طرح هستند باید شکایت خود را به طرفیت مرجع تصویب طرح (شورای عالی شهرسازی و معماری، کمیسیون ماده ۵ یا شورای شهر) مطرح نمایند همانگونه که می‌دانیم ابطال مصوبه، موجب بی‌اعتباری آن می‌گردد و کاشف از این است که چنین مصوبه‌ای از ابتداء وجود نیافته است و از آنجا که ابطال اثر قهرقاپی دارد، اثر ابطال به زمان تصویب بازمی‌گردد، بنابراین علاوه بر شاکی به کلیه اشخاصی که به نوعی مشمول مصوبه می‌گردند سرایت می‌نماید. لیکن ماده ۱۳ ق.ت.ا.د.د.ع.ا بر اساس نظریه تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷ مورخ ۸۰/۲/۱۸ شورای نگهبان، حکم جدیدی را صادر نموده و صرفاً در خصوص مصوبات خلاف شرع یا در مواردی به منظور جلوگیری از تضییع حقوق، اثر ابطال مصوبات را به زمان تصویب مصوبه مترتب می‌نماید.^۱

ب) شکایت ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در اجرای طرح

همانگونه که گفته شد رسیدگی در دیوان عدالت اداری، علی‌الاصول شکلی است و مرجع مزبور عملکرد شهرداری را از حیث انطباق یا عدم انطباق با قوانین و مقررات ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورت مغایرت اقدامات شهرداری با قوانین مربوطه، رأی به ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری صادر می‌نماید. بنابراین مبنای شکایت ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در اجرای طرح (تصرف غیرقانونی) عدم مطابقت اقدامات شهرداری با قوانین است. دیوان عدالت اداری، پس از رسیدگی به شکایت مطروحه، باید رأی خود را مبنی بر موافقت یا عدم موافقت اقدامات شهرداری با قوانین حاکمه اعلام نماید. لیکن در مواردی، دیوان پس از رسیدگی رأی به الزام شهرداری به دادن معوض اعم از مثل یا قیمت صادر نموده و هیئت عمومی دیوان نیز در بعضی از آرای خود مانند رأی شماره ۹۳ مورخ ۸۰/۳/۲۷ با این جریان، همگام و همسو گردیده است.^۱

اشخاص حقوقی ب- مشخصات طرف شکایت ۱- نام و نام خانوادگی، سمت و نشانی دقیق محل کار مأمور دولت در صورت امکان ۲- نام کامل دستگاه‌های موضوع ماده (۱۰) این قانون پ- نام و نام خانوادگی و اقامتگاه وکیل یا قائم‌مقام و یا نماینده قانونی شاکی، در صورت تقدیم دادخواست توسط آنان ت- موضوع شکایت و خواسته ت- شرح شکایت ج- مدارک و دلایل مورد استناد چ- امضاء یا اثر انگشت شاکی یا وکیل یا قائم‌مقام و یا نماینده قانونی وی و یا امضاء و مهر شخص حقوقی ذیل دادخواست ح- مدرک اثبات کننده سمت برای اشخاص حقوقی و نمایندگان قانونی تبصره- شاکی می‌تواند علاوه بر نشانی پستی، نشانی پست الکترونیکی یا شماره تلفن همراه یا نامبر خود را به منظور ابلاغ اوراق اعلام نماید که در این صورت امر ابلاغ به یکی از طرق مزبور کافی است.

۱. نظریه تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۸۰/۲/۱۸ شورای نگهبان: «نسبت به ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها، اصل یکصد و هفتادم به خودی خود اقتضای بیش از ابطال را ندارد، لیکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهای شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد، فلذا ابطال از زمان تصویب آنها خواهد بود».

۱. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۹۳ مورخ ۸۰/۳/۲۷: «... ثانیاً، با عنایت به وقوع ملک اعضای شرکت تعاونی کارکنان سازمان آب قم در طرح مصوب فضای سبز و محل استقرار کارگاه‌های غیر مزاحم شهری و اظهارات نماینده شهرداری قم به شرح منعکس در صورت‌مجلس مورخ ۷۶/۳/۵ در پرونده کلاسه ۷۱۹/۷۴/۱ شعبه اول بدوی دیوان مبنی بر واگذاری زمین معوض به تعدادی از اعضای شرکت تعاونی مذکور و مقررات قانون تعیین وضعیت املاک

ب ۳) شکایت ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در عدم اجرای طرح

طبق قسمت اخیر ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک، شهرداری مکلف است حداکثر ظرف مدت ۱۸ ماه پس از اعلام رسمی وجود طرح، نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال اسناد رسمی و پرداخت بهاء یا عوض آن طبق قوانین مربوطه اقدام نماید. در حالی که به طور معمول، نه تنها شهرداری‌ها ظرف مهلت مزبور اقدام به تملک ملک نمی‌نمایند بلکه در اکثر موارد حتی با سپری شدن سنوات طولانی، طرح مربوطه اجراء نمی‌گردد. لذا شاکیان مبنای شکایت خود را عدم تملک ملک توسط شهرداری ظرف ۱۸ ماه قرار می‌دهند و با هدف تعیین تکلیف و رفع سرگردانی مبادرت به طرح شکایت در دیوان عدالت اداری می‌نمایند. در مورد شکایت ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در عدم اجرای طرح دیوان می‌تواند رأی به ورود شکایت شاکي بدهد و صدور چنین رأیی، به صورت ضمنی به این معناست که شهرداری مکلف به اجرای ق.ت.و است. البته در برخی موارد دیده شده که دیوان، این الزام و تکلیف را به صورت صریح نیز در رأی خود آورده و اعلام داشته که شهرداری مکلف است نسبت به اجرای ق.ت.و اقدام کند. در هر صورت، صدور رأی از سوی دیوان به پرداخت و تحویل معوض به دارنده حقوق مالکانه، صحیح نیست، چرا که صدور چنین رأیی، نه مبنای قانونی دارد و نه شأن دیوان اقتضای صدور چنین رأیی را دارد.

۲- حل اختلافات ناشی از تملک غیرقانونی املاک توسط شهرداری‌ها

رسیدگی به دعاوی مربوط به تملک غیرقانونی املاک توسط شهرداری‌ها در مواردی در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و در برخی موارد نیز دیوان عدالت اداری، صالح به رسیدگی است.

الف) دعاوی مطروحه در دادگاه‌های عمومی

در برخی موارد صاحبان حقوق مالکانه با علم به وقوع ملک در طرح و در نهایت اجبار به انتقال و تملیک ملک به شهرداری، ترجیح می‌دهند دعاوی مطالبه بهای ملک، جبران خسارت و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را جایگزین دعاوی ابطال عملیات تملکی شهرداری نمایند و بدین ترتیب در محاکم عمومی احقاق حق نمایند.

الف (۱) مطالبه بهای ملک

نکته حائز اهمیت در خصوص این دعوی این است که بدانیم منظور از بهای ملک، بهای عادلانه است یا قیمت روز ملک و اساساً شهرداری باید کدام قیمت را به مالک پرداخت نماید. بر اساس ماده ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین «دستگاه اجرایی» و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد.^۱ طبق تبصره یک ماده مزبور در صورت توافق در مورد بهای عادلانه هرگاه مبلغ مورد معامله یا خسارت هریک از مالکین بیش از یک میلیون ریال نباشد «دستگاه اجرایی» می‌تواند رأساً نسبت به خرید ملک و پرداخت خسارات اقدام نماید و هرگاه مبلغ مورد معامله یا خسارت هر یک از مالکین بیش از یک میلیون ریال باشد بهای خرید ملک یا میزان خسارت و انجام معامله باید به تصویب شورای شهر برسد. هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین «دستگاه اجرایی» و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. از طرفی بر اساس قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری، در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود. قیمت روز توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی و مورد وثوق که یک نفر به انتخاب شهرداری و یک نفر به انتخاب مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین

واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ دادنامه‌های صادره مشعر بر ورود شکایت شاکیان و الزام شهرداری قم به پرداخت بهای زمین و یا معوض آن صحیح و منطبق با قانون تشخیص داده می‌شود».

۱. ماده ۳ ل.ق.ن.خ

تعیین خواهد شد، رأی اکثریت هیأت مزبور قطعی و لازم‌الاجرا است. رویه قضایی نیز روش واحد و راه حل قاطعانه‌ای را در این خصوص ارائه نکرده است از جمله هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۱۴ مورخ ۷۲/۶/۲۰، مقرر می‌دارد: «مجریان طرح و دستگاه‌های اجرایی، باید حقوق صاحبان اراضی مشمول طرح را بر اساس مقررات کارشناسی و بر مبنای بهای روز تأدیه نمایند». در مواردی نیز، در نظریه-های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به بهای عادلانه و قیمت روز اشاره شده است. طبق نظریه شماره ۷/۵۵۳ مورخ ۸۱/۱/۳: «بهای ملک باید با توجه به وضعیت کاربری موجود یا مشابه آن بنا به مورد، به قیمت عادلانه روز یا در مورد نیاز شهرداری‌ها به قیمت روز، تعیین و پرداخت شود نه با لحاظ تأثیر طرح مورد نظر». پس از چندی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، به موجب نظریه شماره ۷/۲۴۸۹ مورخ ۸۸/۴/۲۴، در خصوص بهای عادلانه و قیمت روز می‌گوید: «دعوی مطالبه قیمت روز ملک موضوع طرح تملک، قبل از تعیین ارزش و اظهار نظر کارشناس، قابل استماع است و شهرداری مکلف است، قیمت عادلانه مورد تملک شهرداری را حسب توافق طرفین یا جلب نظر کارشناس پرداخت نماید. از این رو چنانچه شهرداری، مفاد ماده واحده ق.ت.ا.ش مصوب ۱۳۷۰ را اجراء نکرده باشد و مالک با مراجعه به دادگاه بهای اراضی مورد تصرف شهرداری (پس از تصرف) را مطالبه کند، دادگاه حسب مقررات آ.د.م عمل خواهد نمود». شهرداری‌ها معمولاً هنگام مواجهه با صدور رأی به پرداخت خسارت صاحبان حقوق مالکانه به انحای مختلف و از جمله استناد به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها، از اجرای رأی امتناع می‌نمایند. طبق قانون مزبور، وجوه و اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها اعم از اینکه در تصرف شهرداری و یا نزد اشخاص ثالث و به صورت ضمانت‌نامه به نام شهرداری باشد قبل از صدور حکم قطعی، قابل تأمین و توقیف و برداشت نمی‌باشد سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که، چنانچه حکم قطعی دائر بر محکومیت شهرداری به پرداخت خسارت املاک واقع در طرح صادر و به شهرداری ابلاغ گردد، آیا صرف اعلام شهرداری مبنی بر عدم وجود بودجه کافی جهت پرداخت تاوان ملک، برای دادگاه کفایت می‌کند یا دادگاه باید نسبت به صحت و سقم ادعای شهرداری بررسی نماید؟ در پاسخ می‌توان گفت، با توجه به سیاق ماده واحده راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول شهرداری‌ها، صرف ادعای شهرداری مبنی بر عدم کفایت بودجه برای پرداخت خسارت ملک برای دادگاه کافی است و نیازی به تحقیق و تفحص در خصوص صحت و سقم ادعای شهرداری توسط دادگاه نمی‌باشد. لیکن با عنایت به تبصره ۳ ماده واحده مزبور، اگر بعداً ثابت شود که شهرداری علی‌رغم کفایت بودجه از پرداخت دین خود استنکاف نموده است، می‌توان شهردار را به مدت یک سال از خدمت منفصل نمود.^۱ ممکن است شهرداری، برای جبران خسارت صاحبان حقوق مالکانه، زمین را به عنوان معوض املاک تملک شده اختصاص دهد. در این موارد باید توجه داشت که، اولاً: «عوض» به عنوان یکی از وسایل تأمین حقوق مالکانه در قانون پیش‌بینی گردیده و هدف، جبران خسارت وارد بر صاحبان حقوق مالکانه است. بنابراین همچنان که در پرداخت‌های نقدی، باید بین وجه نقد و ارزش ملک، توازن وجود داشته باشد به گونه‌ای که ضرری متوجه مالک یا صاحب حق نگردد، در واگذاری معوض نیز باید بین معوض و ارزش ملک، موازنه برقرار گردد، زیرا بین وجه نقد و واگذاری معوض از حیث تأمین حقوق مالکانه، تفاوتی وجود ندارد. ثانیاً: مواد ۶ و ۷ ل.ق.ن.خ، نه تنها دلالت بر لزوم واگذاری اراضی با هر کیفیت یا کمیتی به مالکین ندارند بلکه واگذاری معوض را موقوف به رضایت مالک یا صاحب حق نموده‌اند. بنابراین چنانچه معوض، به لحاظ کمیت یا کیفیت در مرتبه‌ای پایین‌تر از ملک و در نتیجه دارای ارزش کمتر از آن باشد، در صورت عدم رضایت مالک یا صاحب حق، فرض تحمیل پذیرش معوض بر آن‌ها منتفی است. اعطای تراکم، نیز یکی از وسایلی است که شهرداری‌ها برای تأمین حقوق مالکانه اشخاص به کار می‌برند. البته در صورتی که شهرداری یا مالک قصد مصالحه و محاسبه میزان مساحت واقع در طرح با تراکم اعطایی شهرداری را داشته باشند، باید در این خصوص صورت جلسه ای تنظیم و به موجب آن بهای تراکم و همچنین بهای مترائ واقع در طرح، تهاتر شود و اقدام شهرداری در تهاتر مترائ کسر شده از زمین با اعطای تراکم باید به

۱. همچنین ر.ک به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۵۴۶۴ مورخ ۷۷/۷/۲۳

صورت توافقی باشد و تهاوتر قهری پذیرفته نیست. یکی دیگر از روش‌های معمول در شهرداری‌ها برای جبران خسارت صاحبان حقوق مالکانه تغییر کاربری املاک است. با توجه به اینکه مراجع صالح تعیین و تغییر کاربری در قانون مشخص گردیده و مراجع مزبور تحت شرایط خاص و با رعایت کلیه ضوابط فنی و شهرسازی در صورت نیاز شهر مبادرت به تغییر کاربری املاک می‌نمایند این اقدام شهرداری‌ها غیرقانونی است.

الف) مطالبه خسارت تأخیر تأدیه

به موجب قوانین مربوط به اجرای طرح‌های عمومی شهرداری، قیمت روز ملک، به عنوان ما به ازای ملک واقع در طرح، پرداخت می‌گردد، لیکن با توجه به اینکه در برخی موارد بین شهرداری و مالک در قالب قرارداد بیع، توافق حاصل می‌شود و مالک در قبال دریافت بهای ملک، آن را به شهرداری منتقل می‌نماید در واقع قیمت ملک، دینی است که بر ذمه شهرداری قرار می‌گیرد. بنابراین با توجه به ماده ۵۲۲ آ.د.م در صورت تعیین موعد پرداخت بهای ملک به موجب قرارداد و مطالبه مالک و عدم پرداخت وجه مزبور از جانب شهرداری، مطالبه پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به لحاظ تنزل ارزش پول از جانب مالک، قابل پذیرش است. همچنین آنچه که در قانون راجع به منع توقیف اموال شهرداری‌ها تحت عنوان عدم امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه آمده است، صرفاً برای مدت یک سال مهلت قانونی است و فلسفه قانون مذکور جلوگیری از اختلال در امور جاری شهرداری است و از آنجا که مقررات ماده ۵۲۲ آ.د.م، عام است و شامل همه اشخاص حقوقی و حقیقی و دولت می‌شود و همچنین، اصل بر تساوی اشخاص، در برابر قانون است، مالک می‌تواند دعوی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را مطرح نماید.^۱

ب) دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری

دارنده حقوق مالکانه ممکن است نسبت به طرح شهرداری، اعتراضی نداشته باشد بلکه با طرح دعوی در دیوان عدالت اداری، خواهان ابطال اقدامات تملکی توافقی یا غیرتوافقی شهرداری از حیث روش تأمین حقوق مالکانه یا از حیث قانون مورد استناد باشد. به عبارت دیگر، صاحب حقوق مالکانه، اصل طرح شهرداری را پذیرفته و صرفاً نسبت به نحوه تملک شهرداری، معترض است.

ب) ابطال اقدامات تملک غیرتوافقی

با عنایت به اینکه تملک غیرتوافقی یا قهری املاک توسط شهرداری‌ها بر اساس مقررات ل.ق.ن.خ انجام می‌شود، قرارداد و توافقی بین شهرداری و مالک وجود ندارد و بالطبع اختلاف حاصله ناشی از مفاد قرارداد نمی‌باشد بلکه در چنین مواردی شکایات مطروحه معمولاً در ارتباط با نقض قوانین مربوطه بوده و رسیدگی به این شکایات در صلاحیت دیوان عدالت اداری است.

ب) ابطال اقدامات تملکی از حیث قانون مورد استناد

به غیر از موارد تملک توافقی در سایر موارد (تملك غیرتوافقی) شهرداری‌ها به استناد لایحه قانونی نحوه خرید و نیز در مواردی مستند به تبصره ۶ ماده ۹ ق.ز.ش اقدام به تملک املاک می‌نمایند. بنابراین در بعضی موارد شاکه مدعی عدم اجرای صحیح قانون مورد استناد شهرداری برای تملک ملک گردیده و بدین لحاظ درخواست ابطال اقدامات تملکی شهرداری را مطرح می‌نماید.

۱- عدم رعایت مقررات لایحه قانونی نحوه خرید

طبق ل.ق.ن.خ شرایط قانونی تملک ملک، عبارتند از: تأمین اعتبار، وجود طرح مصوب و تصویب ضرورت اجرای طرح توسط بالاترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی. بنابراین در صورتی که شهرداری اقدام به تملک حقوق مالکانه ملکی نماید که فاقد شرایط قانونی مذکور باشد، صاحب حقوق مالکانه می‌تواند با طرح دعوی در دیوان عدالت اداری، ابطال عملیات تملکی را درخواست نماید. البته باید توجه داشت، دیوان عدالت اداری، صرفاً در حد ابطال عملیات تملکی شهرداری، صالح به رسیدگی است و در صورتی که پس از تملک ملک،

۱. البته برخی با این توجیه که بهای ملک صرفاً مابه ازای ملک واقع در طرح شهرداری است و دین تلقی نمی‌شود خلاف این نظر را دارند.

سند مالکیت به نام شهرداری صادر شده باشد، دیوان صلاحیت ابطال سند مالکیت شهرداری را ندارد. در شرایطی که شهرداری علیرغم صدور رأی مبنی بر ابطال عملیات تملک از دیوان عدالت اداری، از بی‌اثر نمودن سند مربوطه امتناع نماید، مستلزم طرح دعوی حقوقی در محاکم عمومی است.^۱

۲- عدم رعایت قوانین خاص

از جمله قوانینی که به شهرداری‌ها اجازه تملک حقوق مالکانه را با رعایت شرایط مقرر می‌داد، تبصره ۶ ماده ۹ ق.ز.ش بود و با توجه به این که تبصره مزبور مربوط به محدوده زمانی خاصی بود^۲ در حال حاضر فاقد قابلیت اجرایی است. لیکن دعاوی متعددی در دیوان عدالت اداری در ارتباط با تملکاتی که به استناد تبصره ۶ ماده ۹ ق.ز.ش صورت گرفته مطرح رسیدگی است.

در خصوص ماده ۹ ق.ز.ش، ذکر چند نکته ضروری است:

۱- طبق قسمت اخیر ماده ۵ ق.ز.ش،^۱ زمین‌های دایر مشمول این قانون، صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش^۲ اعم از محصور یا غیرمحصور می‌باشد. بنابراین، چنانچه مالک در ملک خود اقدام به غرس اشجار و آن را تبدیل به باغ^۳ نموده و یا احداث اعیانی کرده باشد که به رسمیت شناخته شده و تثبیت گردیده‌اند، شهرداری نمی‌تواند به استناد ماده ۹ ق.ز.ش ملک مزبور را تملک نماید.^۱

۱. اداره حقوقی ریاست جمهوری، طی نظریه شماره ۳۷۲۵/۴۰۵ مورخ ۷۶/۸/۸ اعلام داشته است که: «... رأی وحدت رویه شماره ۵۰۴ مورخ ۱۳۳۹/۱۱/۳۰ دیوان عالی کشور، صرفاً ناظر بر این است که رسیدگی به دعوی ابطال سند مالکیت و انتقال ملک به دولت در محاکم عمومی، باید مسبق به رأی دیوان عدالت در ابطال تصمیم و اقدام سازمان زمین شهری باشد و هیچ گونه دلالتی بر این که برای ابطال سند در هر مورد باید اقامه دعوی شود، ندارد. کمالینکه اصولاً ادای حقوق ذینفع که اهلیت تمتع و استیفاء دارد، در هر مورد، مستلزم اقامه دعوی توسط وی و صدور حکم قضایی نیست و همین که حقانیت وی در خصوص موضوع احراز شد، ادای آن مجاز و بلکه لازم است و دادخواهی، طریقی است که، ذینفع می‌تواند در صورت لزوم با توسل به قوای حاکمه، طرف را مجبور به ادای حق و انجام تکلیف نماید.»

۲. تبصره ۱۱ ماده ۹ ق.ز.ش: «این ماده و تبصره‌های آن با استفاده از اجازه مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ حضرت امام خمینی مدظله‌العالی که در آن مجلس شورای اسلامی را صاحب صلاحیت برای تشخیص موارد ضرورت دانسته‌اند صرفاً در شهرهای مندرج در پیوست این قانون و تبصره‌های ۷ و ۸ آن در کلیه شهرها و شهرک‌های سراسر کشور برای مدت ۵ سال از تاریخ تصویب قابل اجراء است و پس از مهلت مذکور در شهرهای یاد شده نیز مانند سایر شهرهای کشور سایر مواد قانون قابل اجراء خواهد بود.»

۱. ماده ۵ - اراضی دایر زمین‌هایی است که آن را احیا و آباد نموده‌اند و در حال حاضر دایر و مورد بهره‌برداری مالک است زمین‌های دایر مشمول این قانون صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش اعم از محصور یا غیر محصور می‌باشد.

۲. اراضی آیش: زمین دایری است که به صورت متناوب طبق عرف محل برای دوره معینی بدون کشت بماند.

۳. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۷۶۲ مورخ ۸۴/۱۲/۷: «به موجب ماده ۵ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ زمین‌های دایر مشمول این قانون صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش اعم از محصور یا غیر محصور بوده و باغ‌ها از شمول آن قانون مستثنی گردیده‌اند و نتیجتاً تملک آنها در اجرای قانون فوق‌الذکر جواز قانونی ندارد. نظر به مراتب مزبور و عنایت به اینکه سیاق عبارات قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادها مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مفید شمول مقررات این قانون به اراضی واگذار شده به مردم به منظور تدارک مسکن مسکونی بوده است و تملک باغ متعلق به اشخاص به منظور احداث بنای اداری منصرف از حکم مقرر در قانون اخیرالذکر می‌باشد. بنابراین دادنامه شماره ۹۴ مورخ ۱۳۷۷/۲/۲ شعبه دوم تجدیدنظر دیوان مشعر بر تایید دادنامه بدوی مبنی بر ابطال اقدامات اداره کل تعاون اصفهان از جهت تملک باغ شاکیان موافق اصول و موازین قانونی

- ۲- با توجه به ماده ۹ ق.ز.ش، تأمین اراضی مورد نیاز طرح‌های عمومی شهرداری‌ها از وظایف وزارت مسکن و شهرسازی (وقت) بود. بنابراین شهرداری‌ها نمی‌توانستند رأساً نسبت به تأمین زمین‌های مشمول ق.ز.ش، برای اجرای طرح‌های عمومی خود اقدام نمایند.
- ۳- وزارت مسکن و شهرسازی وقت، حسب مورد برای امر مسکن یا خدمات عمومی، باید ابتدا از کلیه اراضی موات و دولتی، استفاده کند و در صورت عدم تکاپوی اراضی مذکور به ترتیب از زمین‌های بایر و دایر شهری تأمین نماید. لذا، در صورت کفایت زمین‌های موات و دولتی برای اجرای طرح‌های عمومی شهرداری، تملک اراضی بایر و دایر، غیرقانونی است.
- ۴- ضرورت تملک حتمی اراضی دایر و بایر مورد نیاز اجرای طرح‌های عمومی باید توسط وزارت مسکن و شهرسازی وقت احراز گردد.
- ۵- صرفاً اراضی واقع در شهرهای پیوست ق.ز.ش، مشمول ماده ۹ قانون مزبور می‌گردند.^۲
- ۶- طبق تبصره ۲ ماده ۹ ق.ز.ش، تملک اراضی بایر و دایر شهری موضوع این قانون تا مترائ ۱۰۰۰ مترمربع فاقد وجهت قانونی است به عبارتی مترائ مزاد بر ۱۰۰۰ مترمربع را می‌توان به استناد قانون زمین شهری و با رعایت سایر شرایط قانونی تملک نمود.^۱

تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع ذیربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۱۵-۱۱۴-۱۱۳ مورخ ۷۳/۱۰/۳: «چون به شرح قرارداد رسمی مورخ ۱۳۳۹/۶/۲۴ مرحوم مهدی بحری مجاز به غرس اشجار و احداث ساختمان در یک قطعه زمین جزء پلاک ثبتی شماره ۲ اصلی واقع در نوشهر بوده و مالکیت وی در اعیانی زمین مذکور مورد تصدیق قرار گرفته و تثبیت شده و با اجرای قرارداد فوق‌الذکر زمین بصورت باغ در آمده است تمسک شهرداری به ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ به منظور تملک پلاک مزبور با عنایت به قسمت آخر ماده ۵ قانون فوق‌الذکر که مقرر داشته است «...اراضی دایر مشمول این قانون صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش اعم از محصور یا غیرمحصور می‌باشد.» وجهت قانونی ندارد و دادنامه شماره ۱۴۶۴-۱۴۶۳ مورخ ۷۱/۱۰/۵ شعبه چهارم دیوان در حدی که متضمن این معنی می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی با استناد قسمت آخر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

۲. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۲۰۷ مورخ ۸۹/۶/۱: «ولاً: تعارض در آراء شعب سوم و پنجم دیوان عدالت اداری احراز گردید. ثانیاً: نظر به اینکه ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲، در شهرهایی اجرا می‌شود که نامشان در فهرست پیوست قانون درج شده باشد و شهر آباده در آن فهرست قرار ندارد، اقدامات تملکی در اجرای ماده قانونی صدرالذکر و تبصره ۶ ذیل آن در شهر مذکور فاقد وجهت قانونی است، لذا رأی شعبه سوم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۵۱۲ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۶، در حدی که متضمن مطلب فوق می‌باشد صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع می‌باشد.»

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۰۲ مورخ ۷۵/۶/۳: «مستفاد از تبصره ۲ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ این است که تملک اراضی دایر و بایر شهری تا میزان هزارمترمربع با قیمت منطقه‌ای جواز قانونی ندارد، بنابراین رأی شماره ۱۴۴/۷۱ شعبه هفدهم و رأی شماره دادنامه ۱۴ مورخ ۱۳۷۱/۲/۱۶ هیأت تجدیدنظر دیوان (که در مقام تأیید رأی شماره ۴۸۴-۷۰/۸/۱۸ شعبه دوم صادر شده است) که مبین این معنی می‌باشد موافق اصول و مقررات قانونی تشخیص و مستنداً به ذیل ماده ۲ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوطه لازم‌الاتباع است.»

۷- در صورت استنکاف یا عدم مراجعه و یا عدم دسترسی به مالک یا نا مشخص بودن نشانی مالک پس از اعلان وزارت مسکن و شهرسازی و در صورت وجود تعارض ثبتی و در وثیقه بودن ملک یا هر گونه اشکالات حقوقی یا ثبتی دیگر که مانع از انجام معامله دولت گردد، دولت یا شهرداری‌ها با سپردن بهای زمین مورد تملک به صندوق ثبت محل زمین را تملک و حسب مورد وزارت مسکن و شهرسازی یا شهرداری به قائم‌مقامی مالک سند انتقال را امضا می‌نمایند و در موقع مراجعه مالک پس از ارائه مفاسد حساب‌های لازم و رفع هر گونه اشکال، بهای آن قابل پرداخت می‌باشد و یا در صورت امکان زمین معوض واگذار می‌گردد.^۲ وزارت مسکن و شهرسازی به موجب بخشنامه ۱۴۹۰۸-۵۰۰/۱ مورخ ۶۸/۵/۲۳، اختیارات خود را به شرح مندرج در تبصره ۶ ماده ۹ ق.ز.ش به دولت و شهرداری‌ها تفویض کرده بود، لیکن بخشنامه مذکور به موجب دادنامه شماره ۱۴۱ مورخ ۷۰/۱۱/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری^۱ ابطال گردیده است، بنابراین می‌توان گفت تملک املاک موضوع این قانون توسط شهرداری‌ها و به استناد بخشنامه فوق‌الذکر، غیرقانونی است.

۸- طبق تبصره ۸ ماده ۹ ق.ز.ش انتقال اراضی مورد نیاز دولت یا شهرداری‌ها، قبل از تصویب طرح و نیز پس از تصویب طرح و قبل از اعلام مراتب به ادارات ثبت، صحیح است و صرفاً زمین‌هایی که تصویب طرح در خصوص آنها به ادارات ثبت، اعلام گردیده قابل انتقال نمی‌باشند مگر به دولت و شهرداری‌ها.
۹- ماده ۹ و تبصره‌های آن با استفاده از اجازه مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ حضرت امام خمینی مدظله العالی که در آن مجلس شورای اسلامی را صاحب صلاحیت برای تشخیص موارد ضرورت دانسته‌اند، صرفاً در شهرهای مندرج در پیوست این قانون و تبصره‌های ۷ و ۸ آن در کلیه شهرها و شهرک‌های سراسر کشور برای مدت ۵ سال از تاریخ تصویب قابل اجرا است و پس از مهلت مذکور در شهرهای یاد شده نیز مانند سایر شهرهای کشور سایر مواد قانون قابل اجرا خواهد بود. بنابراین استناد به تبصره ۶ ماده ۹ ق.ز.ش و استفاده از این روش برای تملک املاک اشخاص، مقید به مهلت مقرر در قانون بوده و اسناد مالکیتی که پس از مهلت مزبور تنظیم گردیده‌اند به لحاظ عدم رعایت شرایط قانونی، ابطال شدند.^۱ در مواردی شهرداری‌ها با بیان این

۲. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۲۶۲-۲۶۱ مورخ ۷۹/۹/۶: «همانطور که در رأی شماره ۱۴۱ مورخ ۱۳۷۰/۱۱/۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، استدلال و تبیین شده، حکم مقرر در تبصره ۶ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مفید حصر تفویض اختیار مذکور در آن تبصره به وزارت مسکن و شهرسازی با عنایت به وظایف و مسئولیت‌های خاص آن وزارتخانه است، بنابراین اعمال حق و اختیار مذکور توسط سایر دستگاه‌های اجرایی و جاهت قانونی ندارد و دادنامه شماره ۱۸۰ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۸ شعبه هفتم در پرونده کلاسه ۱۴۳۰/۷۷ که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

۱. رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری به شماره ۱۴۱ مورخ ۷۰/۱۱/۱: «اختیارات قانونی مقرر در تبصره ۶ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ برای وزارت مسکن و شهرسازی بر اساس صلاحیت و موقعیت و شخصیت وزارتخانه مرقوم تصویب و قائم به شخصیت حقوقی آن وزارت بوده و هر نوع تفویض و واگذاری آن مستلزم تصویب قانونگذار است. بنا بر مراتب بخشنامه شماره ۱۴۹۰۸-ل/۱-۵۰۰ مورخ ۶۸/۵/۲۳ وزارت مسکن و شهرسازی بر خلاف قانون تشخیص و ابطال می‌گردد.»

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۴۱۵ مورخ ۸۲/۱۰/۲۱: «به صراحت تبصره ۱۱ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مهلت اجرای ماده ۹ این قانون و تبصره‌های آن پنج سال از تاریخ تصویب قانون تعیین گردیده است. بنابراین تملک اراضی اشخاص به استناد ماده و تبصره‌های فوق‌الذکر پس از انقضای مهلت مذکور محمل قانونی نداشته است و دادنامه‌های شماره ۱۱۳۷ مورخ ۱۳۷۸/۹/۲ و ۹۱۷ مورخ ۱۳۷۵/۱۰/۱ شعب هفتم و سیزدهم بدوی دیوان که متضمن این معنی می‌باشد صحیح و موافق قانون تشخیص داده می‌شود.»

مطلب که تشریفات مربوط به انتقال سند در مهلت قانونی انجام شده و صرفاً تنظیم سند پس از انقضای مهلت صورت گرفته در صدد دفاع از عملکرد خود برمی‌آیند لیکن این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا تاریخ امضای سند، حتی اگر توسط قائم مقام مالک صورت گیرد، در واقع تاریخ انتقال حقوق مالکانه بوده و قبل از این تاریخ موجبی برای انتقال حقوق مالکانه به شهرداری وجود ندارد و مادامی که سند انتقال امضاء نشده باشد، نقل و انتقال حقوق مالکانه به منتقل‌آلیه قابل تصور نیست. مضافاً اینکه طبق رأی وحدت رویه شماره ۲۰۴ مورخ ۷۲/۱۱/۳۰ تملک زمین از طرف شهرداری به اعتبار دو قانون محمل قانونی ندارد بدین توضیح که شهرداری نمی‌تواند انتشار آگهی و اقدامات دیگر را بر اساس قانون اراضی شهری مصوب ۶۰/۱۲/۲۷ و تنظیم سند انتقال و ابطال اسناد مالکیت مالک و تصرف زمین را به استناد قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ به لحاظ انقضای مهلت اجرایی قانون قبلی انجام دهد زیرا هر یک از قوانین مذکور برای تملک زمین‌های موضوع این قوانین ضوابط جداگانه‌ای دارند. بنابراین هرگونه اقدام مغایر با مقررات مندرج در قانون یاد شده، می‌تواند مبنای شکایت اشخاص در دیوان عدالت اداری و به تبع آن صدور رأی مبنی بر ابطال اقدامات غیرقانونی شهرداری در جهت تملک املاک، قرار گیرد. با توجه به مطالب گفته شده، هر گاه شرایط قانونی تملک اراضی مشمول قانون زمین شهری (موارد نه گانه فوق‌الذکر) رعایت نگردد، تملک ملک، غیرقانونی است و دیوان عدالت اداری آرای متعددی مبنی بر ابطال عملیات تملک غیرقانونی املاک توسط شهرداری‌ها صادر نموده است.

در چنین مواردی، که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرایی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از اینکه به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجرای قضایی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یاد شده را به مالک آن مسترد نماید، لیکن چنانچه در اثر ایجاد مستحدمات یا قرار گرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادر کننده حکم متعذر باشد، محکمه می‌تواند با درخواست دستگاه اجرایی، دستور توقیف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرایی ذیربط موظف است ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یاد شده اقدام نماید.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب گفته شده، مهم‌ترین عامل تملک و تصرف غیرقانونی املاک توسط شهرداری‌ها و به دنبال آن طرح دعاوی صاحبان حقوق مالکانه علیه شهرداری، عدم رعایت قوانین و مقررات ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی، است که منتج به بهم‌ریختگی نظم حاکم بر حقوق مالکانه اشخاص در تقابل با اجرای طرح‌های عمومی شهرداری می‌گردد. همانگونه که گفته شد، اجرای طرح‌های عمومی شهرداری‌ها، مشروط به رعایت شرایط قانونی است، بنابراین، زمانی که شهرداری بدون وجود طرح مصوب یا تأمین اعتبار یا عدم احراز ضرورت و فوریت اجرای طرح و به طور کلی بی‌توجهی به قوانین و مقررات مربوطه اقدام به تجهیز اراضی یا غرس اشجار و یا هرگونه تصرفی در املاک اشخاص می‌نماید، در واقع با تصرف غیرقانونی شهرداری

۲. رأی هیئت عمومی به شماره ۲۰۴ مورخ ۷۲/۱۱/۳۰: «تملك زمین از طرف سازمان‌های دولتی و شهرداری‌ها به اعتبار دو قانون محمل قانونی ندارد چه انتشار آگهی و اقدامات دیگر براساس قانون اراضی شهری مصوب ۶۰/۱۲/۲۷ و تنظیم سند انتقال و ابطال اسناد مالکیت مالک و تصرف زمین به استناد قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی به لحاظ انقضای مهلت اجرایی قانون قبلی صورت گرفته در حالی که هریک از قوانین مذکور برای تملک اراضی مردم شرایط و ضوابط خاص وضع نموده است. از طرف دیگر ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری برای تملک زمین‌های بایر و دایر رعایت ضوابط مقرر در شقوق چهارگانه این ماده را ضروری اعلام و در بند یک همین ماده آمده است، دستگاه تملک کننده دارای طرح مصوب باشد بنابراین رأی شعبه چهارم که با در نظر گرفتن قانون واحد و لزوم رعایت طرح مصوب صادر گردیده منطبق با اصول و موازین قانونی است.» همچنین به رأی وحدت رویه شماره ۴۴۶ مورخ ۸۱/۱۲/۴ و ۴۴۷ مورخ ۸۲/۱۰/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مراجعه شود.

مواجه هستیم. اما در بعضی موارد، این اقدامات غیرقانونی، محدود به تصرف در املاک نگردیده بلکه به دنبال آن و یا حتی قبل از تصرف در املاک، سند مالکیت به نام شهرداری انتقال می‌یابد. بنابراین صاحبان حقوق مالکانه به منظور مطالبه حقوق خود و نیز جبران خساراتی که به جهت عدم رعایت این حقوق متحمل گردیده‌اند مبادرت به طرح دعوا علیه شهرداری می‌نمایند. مبنای این دعوی حسب مورد، لزوم احترام به مالکیت مشروع مالکین و حمایت از حقوق متصرفین می‌باشد. بدیهی است قدرت فائده شهرداری در راستای اجرای طرح‌های خود مادامی که حقوق مالکانه اشخاص، تأمین نگردیده، نمی‌تواند چنین انتقال مالکیتی را موجه و قانونی نماید.

گفتنی است، اقدامات غیرقانونی شهرداری‌ها در تمام موارد، به ضرر اشخاص نیست بلکه در مواردی نیز با تصرف یا تملک املاک بدون وجود طرح مصوب و نیز مجوزهای لازم جهت تملک چنین املاکی، موجب ورود ضرر به شهرداری است، زیرا در این موارد، شهرداری به عنوان دستگاه مجری طرح شناخته نشده و مکلف به تملک ملک نمی‌باشد، بنابراین در هر دو صورت، (اعم از اینکه شهرداری و یا اشخاص متضرر گردند) تصرفات و تملکات غیرقانونی شهرداری در املاک، صاحبان حقوق مالکانه را ناگزیر از توسل به محاکم و اعمال راه‌حل‌های قانونی می‌نماید و بدین ترتیب شاهد طرح دعوی فراوان به طرفیت شهرداری‌ها هستیم.

فهرست منابع:

الف: کتب

۱. بهشتیان، سیدمحسن، تملک اراضی توسط شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۹۴.
۲. طیرانیان، غلامرضا، دعوی تصرف، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۲.

ب: قوانین

۱. ایرانی ارتباطی، بابک، مجموعه قوانین و مقررات شهرداری‌ها در آئینه حقوق ایران، چاپ اول، تهران، بهنامی، ۱۳۹۵.
۲. قربانی، فرج اله، آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری، چاپ ششم، تهران، فردوسی، ۱۳۹۲.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۶

صص ۴۴۱-۴۴۶

شرایط مسئولیت کیفری و ماهیت جنایت ناشی از نقص راه در تصادف رانندگی

محمد اقبالی^۱، محمود قیوم زاده^{۲*}

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

۲- استاد گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

چکیده

حمل و نقل و جابجایی کالا و مسافر از دیرباز یکی از دغدغه‌های بشر بوده و هر چقدر به زندگی مترکم متمایل شدند و از زندگی ایلی به روستانشین و سپس شهری رو آوردند. موضوع جابجایی خود و اثاث منزل و کالای تجاری و محصولات کشاورزی برای آنها اهمیت بیشتری پیدا کرد. در جهان امروز که عصر سرعت و ارتباطات است، وسایل نقلیه به نحو شگرفی دگرگون شده و تحولات بسیاری در جهت ایجاد سرعت و در عین حال امنیت در این گونه وسایل پدید آمده است. در بین وسایل نقلیه ساخته شده عصر حاضر، اتومبیل از جایگاه ویژه‌ای در حمل و نقل کالا و مسافر برخوردار است. با گسترش استفاده از اتومبیل، سوانح و حوادث ناشی از رانندگی نیز افزایش یافته است که این وقایع حاصل تداخل عوامل مختلفی از جمله؛ وسیله نقلیه، جاده، محیط و عوامل انسانی است.

با توجه به این مباحث، مسأله که در این تحقیق در صدد پاسخگویی به آن می‌باشیم این است که؛ نقص راه‌ها چه نقشی در تعیین ماهیت جنایات ناشی از تصادفات و به تبع مسئولیت کیفری ناشی از آن‌ها دارد؟ در این تحقیق که به روش توصیفی- تحلیلی انجام گرفته به مسأله مطرح شده اینگونه پاسخ داده شده که؛ نقص راه‌ها از جمله عوامل رافع مسئولیت یا کاهش مسئولیت راننده مسئول در تصادفات می‌باشد و به تبع مسئولیت کیفری وی را کاهش می‌دهد.

واژگان کلیدی: نقص راه، مسئولیت کیفری، عدم رعایت اصول جاده‌سازی، کاهش مسئولیت، رفع

مسئولیت

* نویسنده مسئول: ghayiumzade@yahoo.com

۱. مقدمه

تصادفات یکی از مهمترین حوادث غیرعمدی در جهان محسوب می‌شود، به طوری که سالیانه در حدود ۱/۲ میلیون نفر در سراسر جهان در اثر این حوادث جان خود را از دست می‌دهند. مرگ‌های ناشی از تصادفات رانندگی در سال ۱۹۹۸ در جهان در هر دو جنس در حدود ۱۹/۹ مرگ در هر صد هزار نفر بوده است که این میزان برای جنس مذکور ۲۸/۸ و برای جنس مونث ۱۰/۸ درصد هزار نفر بوده است. هم اکنون در ایران تصادفات دومین علت مرگ و میر در کل و اولین علت مرگ در آسیب‌های غیرعمدی محسوب می‌شود. در بحث علت شناسی این حوادث باید متذکر شد که عوامل مرتبط با این حوادث بسیار متنوع می‌باشد و در متون مختلف تقسیم‌بندی‌های زیادی در این زمینه صورت گرفته است؛ اما بطور کلی عوامل اصلی آن را می‌توان به چهار دسته طبقه‌بندی نمود: عوامل انسانی (رفتاری)، عوامل فنی (راه و وسیله نقلیه)، عوامل محیطی و عوامل سازمانی که هر کدام به نسبت قابل توجهی در بروز تصادفات نقش دارند. تشخیص و تعیین صحیح علت وقوع تصادفات ضمن آن که باعث حفظ حقوق شهروندی و جلوگیری از اطلاع دادرسی می‌شود موجب نمایان شدن عوامل بوجود آورنده تصادف نیز خواهد شد و در پیگیری رفع آن به منظور پیشگیری از حوادث مشابه بعدی بسیار موثر خواهد بود. لذا با توجه به «تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۲۸» و به منظور افزایش ایمنی عبور و مرور و پیشگیری از وقوع تصادفات و صدمات بدنی ناشی از آن و افزایش سطح آگاهی مسئولین سازمان‌ها و کارشناسان تصادفات می‌بایست موارد قصور سازمان‌ها در انجام وظایف محوله مشخص گردیده تا سازمان‌های مربوطه با آگاهی از آن‌ها در جهت رفع کاستی‌ها گام برداشته و ضمن کنترل این موضوع از آسیب رسیدن به مردم جلوگیری نمایند.

گفتار اول: اهداف و تبیین پژوهش

بررسی افزایش ایمنی عبور و مرور و پیشگیری از وقوع تصادفات و صدمات بدنی ناشی از قصور اشخاص یا سازمان‌ها به عنوان هدف اصلی این پژوهش می‌باشد و در ادامه احصا علت‌های وقوع تصادفات ناشی از قصور اشخاص (غیر از راننده) و سازمان‌ها و آگاهی از مسئولیت جبران خسارت از سوی اشخاص (غیر از راننده) و سازمان‌ها در تصادفات رانندگی و شناخت نواقص راه و وسیله نقلیه و لحاظ نمودن آن‌ها در علت تامة تصادف توسط کارشناسان تصادفات و افزایش سطح آگاهی کارشناسان تصادفات و اعمال روش یکنواخت و قانونمند توسط کارشناسان در تعیین علت تصادفات و بالآخره تجزیه و تحلیل و پیگیری سهم راه و وسیله نقلیه در وقوع تصادفات به عنوان اهداف فرعی پژوهش مورد نظر می‌باشد.

لازم بذکر است با عنایت به جدید بودن قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و با توجه به اینکه تاکنون تحقیق جامعی در خصوص مسئولیت اشخاص و سازمان‌ها در تصادفات رانندگی مطابق تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی صورت نگرفته است لذا موضوع پژوهش، از موضوعات جدید و روز به شمار می‌رود که قائل به وجود مسئولیت کیفری بعضاً برای متصدیان راه و بعضاً برای تولیدکنندگان، سازندگان و عرضه‌کنندگان خودروها می‌باشد.

براساس تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب سال ۱۳۸۹ مقرر گردیده در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله نقلیه موثر در علت تصادفات باشد حسب مورد متصدیان ذیربط، مسئول جبران خسارت وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد. مطابق بند ۹۴ ماده ۱ آیین نامه راهور هر نوع نقصان یا تغییر در وضعیت ظاهری و فنی وسیله نقلیه که موجب کاهش ضریب ایمنی در رانندگی و یا افزایش بیش از حد مجاز گازهای آلاینده هوا و یا آلودگی بیش از حد مجاز صدا گردد. و برابر نظریه کارشناسان، هر نوع نقص و کمبود در رویه، شانه، حفاظ و علائم عمودی و افقی راه که موجب انحراف و عدم تصمیم‌گیری صحیح راننده و به طور مستقیم باعث وجود حادثه شود و یا اینکه وقوع آن را تسهیل نماید به عنوان نقص راه شناخته شده است.

گفتار دوم: صور مختلف نقص راه در بروز تصادفات

نقص راه به صورت یکی از انواع زیر نمایان میگردد که همواره می‌بایست مورد توجه مسئولین سازمان‌ها به منظور رفع آن قرار گیرد و همچنین با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب سال ۱۳۸۹ کارشناسان تصادفات نیز بایستی در حین رسیدگی به تصادفات به منظور مشخص نمودن میزان تاثیر نقص موجود در راه در بروز تصادفات با انواع آن آشنایی داشته و در اظهار نظرات کارشناسی خود نقص راه را مدنظر قرار داده و در صورت تشخیص موثر بودن نقص راه در بروز تصادف، سازمان یا اشخاص ذیربط را مسئول در حادثه و جبران خسارت قرار دهند. نقص راه در یکی از صور ذیل قابل تشخیص می‌باشد:

۱. کندگی سطح راه: این کندگی بعضاً توسط ادارات ذیربط جهت عملیات عمرانی راه، آب و فاضلاب، مخابرات و سایر ادارات انجام و بدون نصب علائم لازم و ایمن‌سازی رها گردیده و یا کندگی، ناشی از فرسودگی سطح آسفالت و یا نزولات آسمانی می‌باشد و مسئولین نگهداری راه در ترمیم یا ایمن‌سازی آن بی‌توجهی نموده و این کندگی‌ها باعث انحراف وسایل نقلیه در محل وقوع حادثه می‌گردد.
 ۲. نصب و ایجاد کاهنده‌های سرعت غیراستاندارد: نصب و ایجاد کاهنده‌های سرعت می‌بایست مطابق با استانداردهای تعیین شده باشد. بطوری که میزان ارتفاع، جانمایی، علائم مورد نیاز آن‌ها مشخص شده باشد.
 ۳. که به هنگام خروج وسیله نقلیه از سطح راه و ورود به آن شانه یا برگشت مجدد باعث انحراف یا واژگونی وسیله نقلیه نشود. (معمولاً حداکثر اختلاف در سطح ۵ سانتی متر می‌باشد).
 ۴. عدم ایمن‌سازی به هنگام عملیات اجرایی در سطح راه‌ها: نحوه ایمن‌سازی و استاندارد و نصب علائم مورد نیاز که در نشریه ۷-۲۶۷ آیین‌نامه ایمنی راه وزارت راه و شهرسازی منتشره از سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور درج گردیده است، نقص یا عدم استفاده از آن‌ها به عنوان قصور سازمان یا شرکت ذیربط در علت تامه تصادف لحاظ خواهد شد.
 ۵. حفاظ غیراستاندارد: حفاظ منصوبه در حاشیه راه ضمن آنکه بایستی با فاصله مناسب از شانه راه نصب گردد مقاومت و میزان استحکام و نگهدارندگی آن نیز باید متناسب با نوع وسایل نقلیه سنگین مجاز عبوری در محور باشد.
 ۶. کمبود علائم هشدار دهنده در نقاط پر حادثه: در صورتی که حسب اعلام پلیس نقطه یا مقطعی به عنوان نقاط پر حادثه تعیین و اعلام گردیده باشد سازمان ذیربط موظف است در اسرع وقت اصلاح آن را در دستور کار قرار داده و تا رفع و اصلاح نسبت به نصب علائم هشدار دهنده ((اعلام خطر، نقطه حادثه‌خیز است، تعیین محدودیت سرعت، نصب چراغ چشمک زن)) اقدام نماید. در صورت قصور مراتب در علت تامه تصادف لحاظ خواهد شد.
 ۷. عدم اصلاح نقاط پر حادثه: در صورتیکه سازمان مسئول اقدام به نصب علائم هشدار دهنده مطابق بند بالا در نقطه پر حادثه نموده اما باز هم حوادث رانندگی به وقوع پیوسته باشد پلیس راه یا راهور محل موظف است با انجام مکاتبات نسبت به پیگیری موضوع جهت رفع نقص اقدام نماید. قیر اندود بودن سطح راه: عدم توجه به کیفیت و استاندارد بودن مصالح مورد استفاده در آسفالت باعث می‌شود اجزای مربوطه نگهداری لازم را نداشته باشند و سطح راه در تابستان و زمستان لغزندگی بیش از حد برای وسایل نقلیه ایجاد نماید. در این صورت افسر کارشناس تصادفات موظف است قصور سازمان مربوطه در علت تامه تصادف را لحاظ نماید.
 ۸. نبود یا نقص روشنایی در معبر: در سر بالایی‌های تند، نقاطی که اکثر مواقع مه‌آلود می‌باشد و داخل تونل‌ها، عدم وجود روشنایی باعث عدم شناخت و دید کافی برای رانندگان می‌شود و سایر مواردی که پلیس از قبل ضرورت تامین روشنایی معابر مذکور را به اداره ذیربط اعلام تا نسبت به انجام آن اقدام نمایند در صورت قصور و بوجود آمدن حادثه ناشی از عدم وجود روشنایی مناسب در علت تامه تصادف باید لحاظ شود.
- گفتار سوم: مسئولیت اشخاص (غیر از راننده) و سازمان‌ها در جبران خسارت مطابق قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب سال ۱۳۸۹

بند اول: مسئولیت بدون تقصیر سازمان‌ها در تصادفات ناشی از نقص راه: متن تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی در خصوص مسئولیت سازمان‌های ذیربط اشعار می‌دارد در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله نقلیه موثر در علت تصادفات باشد حسب مورد متولیان و متصدیان ذیربط، مسئول جبران خسارت وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد. از این تبصره بر می‌آید که زمانی که نقص راه موثر در علت وقوع تصادف باشد سازمان‌های ذیربط (حسب مورد شهرداری‌ها در شهر و وزارت راه در راه‌های برون شهری) موظف به جبران خسارت می‌باشند بدون اینکه زیان دیده نیازی به اثبات کوتاهی و تقصیر سازمان مربوطه در نگهداری و ایمن‌سازی و رفع نقص راه داشته باشد. عبارتی دیگر این تبصره برای سازمان‌های ذیربط برای جبران خسارت بطور مطلق یک نوع مسئولیت بدون تقصیر قائل شده است و برای جبران خسارت زیان دیده لزوم داشتن قصور و کوتاهی از طرف سازمان ملاک نبوده و این قانون در پی حمایت از زیان‌دیده بر آمده است.

بند دوم: عدم نیاز به فاصله زمانی متعارف از بروز نقص راه تا وقوع تصادف ناشی از نقص راه مذکور: در این تبصره قانونگذار مسئولیت سازمان‌ها در تصادفات ناشی از نقص راه را منوط به گذشت فاصله زمانی متعارف از بروز نقص راه تا زمان وقوع تصادف و کوتاهی در رفع نقص توسط سازمان‌های ذیربط ندانسته است. عبارتی اگر به یکباره و بدون فاصله زمانی پس از وقوع نقص تصادفی ایجاد گردد، سازمان را مقصر و مسئول در حادثه می‌داند.

بند سوم: مسئولیت تولیدکنندگان، واردکنندگان، فروشندگان و تعمیرکاران در تصادفات ناشی از نقص وسیله نقلیه: قبل از تجزیه و تحلیل تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی در رابطه با مسئولیت تولیدکنندگان، واردکنندگان وسایل نقلیه و همچنین فروشندگان و تعمیرکاران قطعات و لوازم وسایل نقلیه در تصادفات ناشی از نقص وسیله نقلیه لازم به ذکر است عیب و نقص وسایل نقلیه می‌تواند به دو شکل بروز نماید: الف) عیب و نقص حادث و آن عیب و نقصی است که راننده از آن مطلع نبوده یا از راننده متعارف نمی‌توان انتظار اطلاع از آن را داشت از قبیل عیب و نقص‌های ناگهانی مانند پاره شدن ناگهانی لوله ترمز یا بریدن میل فرمان یا ترکیدن ناگهانی لاستیک نو. ب) عیب و نقص مستمر و آن عیب و نقصی است که یا راننده از آن مطلع بوده یا از راننده متعارف، انتظار اطلاع از آن را می‌رود. به عنوان مثال اطلاع راننده از عیبی که کنترل اولیه آن به عهده راننده است از قبیل کنترل اولیه ترمز و وضعیت لاستیک اطلاعی نوعی و متعارف است. اگر راننده این تکلیف را انجام ندهد خطا کار تلقی میشود و یا علیرغم اطلاع از عیب و نقص ادامه رانندگی تخلف تلقی می‌شود؛ بنابراین، راننده نسبت به بعضی عیوب یا آگاه است یا باید آگاه باشد با این وجود اگر رانندگی کند، عادلانه خواهد بود اگر تحمل عواقب آنرا بر عهده او بگذاریم؛ به عنوان مثال اطلاع از چراغ‌های جلو و عقب وسیله نقلیه، فرمان و شیشه جلو، بوق، سیم برق اتومبیل نسبتاً آسان است؛ بنابراین در این موارد از راننده متعارف انتظار اطلاع از آن می‌رود.

گفتار چهارم: قواعد حاکم بر تعیین سبب مسئول در تصادفات رانندگی و مسئولیت سازمان‌ها در آن مهمترین بخش در مسئولیت ناشی از تصادفات رانندگی که بار اصلی احراز آن بر دوش کارشناسان تصادفات است، احراز رابطه سببیت بین عامل زیان با خسارت وارده است. کارشناس تصادفات باید با بررسی عوامل مختلف و آثار و علائم بر جای مانده از تصادف، علت را شناسایی کرده و رابطه بین عامل زیان و ورود خسارت را با تعیین علت اصلی تصادف معین کند.

هنگامی که یک عامل موجب ورود ضرر و خسارت شود، اشکالی در تشخیص سبب به وجود نخواهد آمد، اما در مواردی که عوامل متعددی در ایجاد ضرر دخالت داشته باشند، تشخیص اینکه کدام عامل سبب ورود خسارت است به آسانی ممکن نخواهد بود.

متصدیان راه ممکن است به دلیل انجام ندادن درست وظایف قانونی خود، در ایجاد خسارت به بهره‌برداران راه مؤثر باشند؛ لذا بر مبنای فقهی و حقوقی می‌توان آنها را مسئول جبران کل یا بخشی از خسارت دانست. از طرف دیگر افزون بر ادله عام، در قوانین موضوعه احکام خاصی در مورد مسئولیت متصدیان راه مشخص شده است.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

در تصادفات رانندگی ناشی از نقص راه و وسیله نقلیه مواردی وجود دارد که صرفاً نقص راه علت تامه تصادف نبوده بلکه خطای انسانی نیز در بوجود آمدن تصادف دخیل است مانند زمانی که یک قوس که فاقد حفاظ ایمنی مانند گاردریل برای جلوگیری از خروج از جاده وسایط نقلیه می‌باشد با تابلو و علائم متعدد خطر خروج از جاده و رانندگی با سرعت مجاز و مطمئن به راننده توصیه شده و چنانچه راننده به خطرات مسیر با توجه به تابلوهای هشدار و احتیاط لازم را معمول نماید وقوع تصادف غیرممکن می‌شود اما راننده احتیاط لازم را بعمل نمی‌آورد از طرفی فقدان حفاظ ایمنی در محل قوس نیز دلیل واژگون شدن وسیله نقلیه در خارج از جاده می‌شود. در چنین مواردی باید مسئولیت تصادف بین متصدی ایمنی راه و راننده تقسیم گردد.

توجه مسئولین سازمان‌های ذیربط در بحث بازدید و بازرسی ایمنی راه به نحوی که هرچه فعال‌تر به این مهم بپردازند و عمل کنند و در راستای عمل به این مهم، تخصیص بودجه کافی از سوی وزارت راه در راه‌های برون شهری و شهرداری‌ها در شهر بمنظور شناسایی نقاط حادثه‌خیز (black spot) و رفع و اصلاح نقاط به منظور پیشگیری از وقوع تصادفات امری اجتناب‌ناپذیر است. مضافاً ارائه پیشنهادات اصلاح هندسی از سوی عوامل پلیس راهور و پلیس راه به شهرداری و ادارت راه با توجه به آمار تعداد تصادفات و آگاهی از نقاط حادثه‌خیز و شناخت کافی از حوزه استحفاظی و دارا بودن از تجارب خدمتی ارزنده در بحث جلوگیری از تصادفات ناشی از نقص راه ضروری جلوه می‌نماید. برگزاری کلاس‌های آموزشی برای افسران رسیدگی به تصادفات پلیس راهور و پلیس راه در رابطه با مسئولیت اشخاص (غیر از راننده) و سازمان‌ها در تصادفات رانندگی مطابق با تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی به نحوی که در رسیدگی به تصادفات، تاثیر نقص راه و وسیله نقلیه را مدنظر قرار دهند و نسبت به آن بی‌تفاوت نباشند و استفاده از کارشناسان ایمنی و ترافیک و عمران و راه و ساختمان و کارشناسان فنی و مهندسی در بحث تشخیص توجه تقصیر به ادارات و سازمان‌ها و اشخاص مرتبط با موضوع ضروری و لازم به نظر می‌رسد.

منابع و مأخذ:

۱. اکبری، اسماعیل؛ نقوی، محسن، (۱۳۸۱)، همه‌گیرشناختی آسیب‌های ناشی از علل خارجی (حوادث) در ایران، انتشارات فکرت تهران، چاپ اول.
۲. نادر پور، حسین، (۱۳۸۰)، بررسی راهکارهای ارتقای کیفی معاینات پزشکی رانندگان، مجموعه مقالات کنفرانس مدیریت ترافیک، تهران، چاپ اول.
3. Kats, J. Douglas, J. (2000), Promoting health: knowledge and prac, second edition, Macmilian Press LTD, pp. 65
۴. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، (۱۳۹۰)، قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، تهران، چاپ اول.
۵. لایقی، ایرج، (۱۳۸۴)، تصادفات، انتشارات جهان جام جم، چاپ اول.
۶. فرزاد، منصور، (۱۳۸۱)، مجموعه جزوات راهور، دانشگاه علوم انتظامی، چاپ اول.
۷. بلغاری، محمد، (۱۳۸۰)، مجموعه قوانین و مقررات راهنمایی و رانندگی، امور حمل و نقل و ترافیک، انتشارات مجد، چاپ دوم.
۸. دستورالعمل شماره ۹۷ پلیس راهور ناجا، (۱۳۹۰)، چگونگی تعیین حق‌السهم راه و وسیله نقلیه در تصادفات.
۹. روشنی، غلامرضا، (۱۳۸۹)، وظایف پلیس راهور در کنترل عملیات اجرایی در سطح راه‌ها، نشر روشنی، چاپ اول.
۱۰. آمار تصادفات ناشی از نقص راه و قصور سازمان‌های دولتی راهور تهران بزرگ، (۱۳۹۰)، اداره تصادفات معاونت ترافیکی.
۱۱. عباسلو، بختیار، (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، نشر میزان، چاپ دوم.

۱۲. نیک‌فرجام، زهره، (۱۳۸۹)، آشنایی با مبانی حقوقی مسئولیت در تصادفات رانندگی، مجله راهور، سال هفتم، شماره ۹.
۱۳. صفرلو، مجید، (۱۳۹۱)، بررسی ضوابط تعیین سبب حادثه و تقسیم مسئولیت در مقررات قانونی و آیین نامه راهور ناجا، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه قم.
۱۴. رستمی، ولی و همکاران، (۱۳۹۳)، مسئولیت متصدیان راه در تصادفات رانندگی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۳.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۲

صص ۴۴۷ - ۴۵۶

بررسی نسبت فساد اقتصادی و توسعه در ایران ۱۳۹۲-۱۳۶۸

علی محمدی^۱، دکتر علی اصغر زرگر^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران

۲- عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی، تهران، ایران

چکیده

فساد اقتصادی در تمام کشورهای جهان (کم و بیش) وجود دارد. کشور ما نیز به نوعی با این عارضه دست به گریبان است و چندی است که توجه‌ها به این مسأله و لزوم مبارزه با آن معطوف شده است. فساد اقتصادی پدیده‌ای پیچیده، چند بعدی و دارای علل و آثار چندگانه است که در ابعاد گوناگون فرهنگی، سیاسی و اقتصادی مطرح می‌شود و راه‌های مبارزه خاص خود را می‌طلبد. مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی فساد اقتصادی در کشور را بررسی، و رابطه آن با توسعه در ایران بین سال‌های ۱۳۶۸ تا ۱۳۹۲ را ارائه می‌کند، و در پی پاسخ به این سؤال است که چه رابطه‌ای بین فساد اقتصادی و توسعه در ایران در سال‌های نامبرده وجود دارد؟ فرضیه‌ای هم که در پاسخ به آن ارائه شد این است که فساد اقتصادی و توسعه سیاسی در طی سال‌های ۱۳۶۸-۹۲ نسبت معکوس داشته است. البته ناگفته نماند نظریه تحقیق نظریه عقلانی می‌باشد.

واژگان کلیدی: فساد، اختلاس، رشوه، توسعه، توسعه سیاسی و فساد اقتصادی.

* نویسنده مسئول Ali.Zargar@iauctb.ac.ir

۱. مقدمه

چندی است که لزوم مبارزه با پدیده فساد اقتصادی مطرح و تأکید می‌شود و در این باره سخنرانی‌ها و سفارش‌های بسیاری از بزرگان و مسؤولان دینی و حکومتی به چشم می‌خورد. می‌توان ادعا کرد که فساد اقتصادی هم‌زاد با تشکیل حکومت در جامعه مطرح بوده است؛ یعنی از زمان پیدایش حکومت و دولت و برپایی تشکیلات اداری و نهادهای عمومی، سوء استفاده از اختیارات و مفاسد مالی نیز شکل گرفته و همواره برای جامعه و عموم مردم تهدیدی جدی بوده و هست.

فساد اقتصادی فزاینده در بسیاری از کشورها با شرایط اقتصادی اجتماعی و ایدئولوژیک متفاوت مشاهده می‌شود در نتیجه جلوگیری از این پدیده به یکی از اصلی‌ترین نگرانی‌های جامعه بین‌الملل تبدیل شده است با درک علل و پیامدهای فساد می‌توانیم برنامه‌های ضد فساد موثری برای رویارویی با یکی از عوامل مهم توسعه نیافتگی اقتصادی و سیاسی طرح‌ریزی کنیم سازمان‌های جهانی پدیده فساد مالی را به عنوان یکی از مهمترین نگرانی‌های مدیریت دولتی و مانعی بزرگ برای توسعه پایدار شناسایی کرده‌اند در تمام جوامع چه دموکراتیک چه اقتدارگرا نوعی فساد اقتصادی مشاهده شده است.

از جمله هزینه‌های فساد اقتصادی، در زمینه‌ی توسعه، ابعاد مختلف آن می‌باشد. باید با این پدیده، مقابله جدی، و از گسترش آن جلوگیری شود که در غیر این صورت، آزادی، توسعه سیاسی و قانونگرایی و سرانجام مشروعیت حاکمیت به خطر می‌افتد؛ زیرا قوام جامعه و رشد بالندگی آن در گرو مبارزه با فساد اقتصادی و افزایش روحیه ضد فساد است. البته ناگفته نماند، نظریه تحقیق نظریه عقلانی می‌باشد که مبتنی بر آن است که رفتار آدمیان هدفدار و سنجیده است و پدیده‌های اجتماعی - سیاسی در این قالب قابل بررسی است.

چارچوب نظری و مفاهیم:

«توسعه‌ی سیاسی» واژه‌ای جامعه‌شناختی است که از سوی مکاتب غربی به عنوان راهکاری برای کشورهای توسعه نیافته و جهان سومی ارائه گردیده است. توسعه سیاسی در اصطلاح به معنای افزایش ظرفیت و کارایی یک نظام سیاسی در حل و فصل تضادهای منافع فردی و جمعی، ترکیب مردمی بودن، آزادی و تغییرات اساسی در یک جامعه است. به دلیل چند بعدی جامع و شدیداً کیفی بودن آن، پیچیده‌ترین سطح یک جامعه است. قبل از اینکه تعریف دقیقی از توسعه سیاسی ارائه دهیم، به نظرات دو تن از دانشمندان در باب توسعه سیاسی اشاره خواهیم نمود.

رونالد چیلکوت: معتقد است که نظریات توسعه سیاسی را به سه قسمت می‌توان تقسیم کرد.

الف) آن دسته که توسعه سیاسی را با دموکراسی مترادف می‌دانند.

ب) آن دسته که بر تغییر و توسعه سیاسی تمرکز تحقیقاتی داشته‌اند.

ج) آن دسته که به تجزیه و تحلیل بحران‌ها و مراحل تسلسلی توسعه سیاسی پرداخته‌اند (سریع القلم:

۱۳۷۱، ۱۲۷-۱۲۶).

ایزنشتات: وی توسعه سیاسی را به ساختار سیاسی تنوع یافته و تخصصی شده و توزیع اقتدار سیاسی در کلیه بخش‌ها و حوزه‌های جامعه مرتبط می‌سازد. به نظر وی هر اندازه جامعه از ساختارهایی برخوردار شود که هر کدام دارای هویت مستقل برای خود باشند به همان نسبت بر درجه توسعه سیاسی آن افزوده خواهد شد. برای مثال در یک نظام سنتی پدرسالاری رهبران قادر به بهره‌گیری مناسب از منابع و امکانات جامعه نبوده و از ظرفیت محدودی برای پاسخگویی به خواست‌های عامه برخوردارند (قوام: ۱۳۷۱، ۱۶).

بایندر: معتقد است که اگر کشوری بخواهد به رشد و توسعه برسد، باید پنج بحران را پشت سر بگذارد. "این پنج بحران عبارتند از: بحران هویت، بحران مشارکت، بحران نفوذ، بحران مشروعیت و بحران توزیع" او معتقد است که وجه تمایز کشورهای توسعه یافته صنعتی از کشورهای در حال توسعه در آن است که آنان در گذشته به طریقی موفقیت‌آمیز بحران‌های فوق به ویژه بحران‌های هویت و مشروعیت را پشت سر نهاده‌اند (سیف زاده: ۱۳۶۷، ۱۷۳).

لوسین پای را باید نخستین پژوهش‌گر برجسته‌ای دانست که «مفهوم توسعه سیاسی» را با ژرف‌نگری ویژه‌ای تحلیل و نظریه‌هایی را درباره آن مطرح کرد. او کار خود را از سال ۱۹۶۳م آغاز کرد و با توجه به گسترش فرهنگی، به توسعه سیاسی از نظر پذیرش، تلفیق و اصلاح الگوهای قدیمی زندگی با نیازهای جدید می‌اندیشید. پای تأکید می‌کرد که نخستین گام در راه توسعه سیاسی، تکامل یافتن نظام دولت ملی است. او توسعه سیاسی را مفهومی اساسی می‌دانست که به تدریج، در همه‌ی جامعه‌ها گسترش می‌یابد و می‌توان از آن با عنوان «فرهنگ جهانی» یاد کرد (عالم: ۱۳۸۲، ۱۲۴).

برخلاف معیارهای توسعه اقتصادی که کمیت پذیرند و از طریق شاخص‌هایی چون تولید ناخالص ملی، درآمد سرانه، افزایش یا کاهش قدرت خرید، میزان اشتغال و... می‌توان میزان توسعه اقتصادی را در چارچوب‌های آماری با محاسبات دقیق مورد ارزیابی و سنجش قرار داد. در توسعه سیاسی قادر به انجام چنین کاری نیستیم؛ زیرا به علت کمیت ناپذیری عناصر کیفی توسعه سیاسی نمی‌توان پارامترهای توسعه سیاسی را به طور دقیق اندازه‌گیری نمود. برای مثال تعیین سطح جامعه‌پذیری یا مشروعیت سیاسی و نهادی شدن آن‌ها در یک جامعه و فهم میزان توسعه سیاسی از آن به سختی می‌تواند صورت پذیرد. مسأله مهم وجود متغیرهای نسبتاً زیاد و ارتباط پیچیده‌ای است که میان این متغیرها وجود دارد به طوری که از تعامل این متغیرها به سادگی نمی‌توان روابط علی و معلولی را از هم بازشناخت. مثلاً مشروعیت سیاسی خود باعث افزایش سطح مشارکت در جامعه می‌شود، در حالی که مشارکت سیاسی و اجتماعی به نوبه خود به توسعه سیاسی و مشروعیت سیاسی کمک می‌کند (قوام: ۱۳۷۱، ۲۱-۲۰).

شاخص‌های که در مورد توسعه سیاسی از پذیرش بیشتری برخوردارند را می‌توان چنین برشمرد:

- ۱- میزان مشروعیت نظام و اهتمام مردم به دولتمردان
- ۲- مشارکت مردم از طریق نهادهای اجتماعی، سیاسی نظیر انتخابات مجلس احزاب و نهادهای سیاسی غیردولتی و مطبوعات و قدرت انتخاب حکومتی برخاسته از مردم بر مردم و میزان آزادی آنان
- ۳- حکومت قانون و نه حکومت فرد به شکل استبدادی و دیکتاتوری و غیرشخصی بودن نظام سیاسی
- ۴- میزان اقتدار در پاسخگویی به نیازهای مردم از طریق ایجاد شبکه اداری کارآمد و فعال و حل قانونمند مشکلات و معضلات سیاسی جامعه. آنچه به نظر می‌رسد، این است که با توسعه سیاسی بسیاری از مشکلات جوامع سنتی حل می‌شود و گشایش‌هایی فراهم می‌آید. وجود شاخص‌های که برشمردیم همگی نشان دهنده یک جامعه‌ای است که به توسعه سیاسی رسیده باشد.

شاخص‌های توسعه سیاسی که بین نظریه‌های مختلف مشترک است عبارتند از:

- الف) ایجاد نهادهای دموکراتیک که بتوانند مشارکت حقیقی مردم را در تصمیم‌گیری‌ها و ایفای نقش‌های قاطع در محیط سیاسی اجتماعی تضمین کنند. این نهادها باید با ساختارهای فرهنگی و اجتماعی هر جامعه همگون داشته باشند و تبلور خواست مردم و هدایت‌کننده علائق آنان باشند. (ایوبی: ۱۳۷۷، ۵۶)
- ب) تأکید بر ایجاد دموکراسی‌ها تا بین اصول و راه‌کارها در توسعه سیاسی تمایز گذاشته شود. هر کشور بر اساس شرایط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی خود باید از ابزارهای خاص و الگوی خاص سیاسی خود برای ایجاد یک جمهوری در معنای اصلی آن، یعنی اداره‌ی امور همگانی بهره بگیرد. البته ممکن است این الگو وجوه مشترکی نیز با الگوی غربی داشته باشد، تا زمانی که با مبانی آن نظام در تعارض نباشد. (نقیب زاده: ۱۳۷۷، ۵۶۴)

ج) تمسک به عقلانیت و توجه به برتری آن بر برخی امور جاری در جامعه تا از این رهگذر، با نقادی سنت‌های بومی گذشته و نیز ارزش‌های وارداتی و برخورد گزینشی و عقلانی با پدیده‌های سنتی و پدیده‌های مدرن در مسیر رشد و تعالی جامعه، از جایگزینی مطلق ارزش‌های غربی (تقلید کورکورانه) و حذف بدون گزینش ارزش‌ها و سنت‌های بومی پرهیز شود. در کنار تأکید بر نفی نکردن مطلق مدرنیته و ارزش‌های غربی، باید به تعامل ارزش‌های بومی با وارداتی و نیز نقادی آنها با توجه به نیازها، شرایط و مصالح ملی باور داشت. بر این اساس، اصولاً تمدن‌ها با یکدیگر ترکیب می‌شوند و تلفیق و ترکیب ارزش‌های عقلایی تمدن‌ها عامل اصلی تکامل و پیچیدگی آن‌هاست. تمدن‌های بزرگ‌تر آن‌هایی هستند که ارزش‌ها و عناصر پیچیده‌تر

و بیشتری از تمدن‌های پیشین را در خود جای می‌دهند و حاصل سنتز تمدن‌های بیشتری هستند. (بشیریه: ۱۳۷۷، ۱۹).

قریب به اتفاق دانشمندان و نظریه‌پردازان آنچه را از دیدگاه خودشان جرم یا کجروی و یا انحراف می‌دانند مضر برای بشریت دانسته و آن را دارای کارکرد مثبت نمی‌دانند. دور کیم در موارد متعددی به کارکردهای منفی انحرافات تصریح داشته است و ویژگی‌های این کارکردها را شامل موارد زیر می‌داند:

تعارض با اصول اخلاقی و همچنین ضرورت‌های سیاست اجتماعی زیانباری و در پی داشتن خطرهای تهدیدکننده زیانباری و در پی داشتن خطرهای تهدیدکننده جریحه‌دار ساختن عواطف و احساسات عمومی انزجار آفرینی یا لااقل ایجاد حساسیت.

اصولاً در شرایط ایده آل، نمی‌توان فایده‌ای برای فساد تصور کرد. چرا که انسان با تکیه بر معرفت فطری و وجدان خود هیچ وقت آن را قلباً تأیید نمی‌کند ولی در دنیای واقعیت‌ها، شرایطی ایجاد می‌شود که ارتکاب فساد را حداقل از دیدگاه وجدان عمومی بشری و افکار عمومی توجیه پذیر می‌کند.

انواع فساد:

فساد تا جایی که به سازمان و فرآیندهای سازمانی مربوط می‌شود، به اجزای سه گانه سیاسی، قانونی و اداری قابل تقسیم است:

فساد قانونی:

وضع قوانین تبعیض آمیز به نفع سیاستمداران قدرتمند و طبقات مورد لطف حکومت را فساد قانونی می‌گویند. برای مثال قوانینی که بدون هیچگونه توجیه اقتصادی و یا اجتماعی انحصار خرید، فروش یا تولید یک محصول را به یک فرد یا گروه از افراد اختصاص می‌دهند، نمونه‌هایی از این نوع فساد است. به جرات می‌توان گفت که قوانین مبهم و شکاف‌دار نیز، که زمینه را برای اختلاس ارتشاء، رانت خواری و... فراهم می‌کند نمونه‌های بارزی از فساد قانونی است.

فساد سیاسی:

سوءاستفاده از قدرت سیاسی در جهت اهداف شخصی و نامشروع را فساد سیاسی می‌گویند. فساد سیاسی به معنای راه یافتن فساد در سیاست، قدرت و حکومت است. اصولاً فساد سیاسی و قدرت همزاد یکدیگرند، به عبارت دیگر فساد سیاسی زاییده قدرت سیاسی و یا نزاع برای کسب قدرت است. ژان ژاک روسو بر این باور است که فساد سیاسی نتیجه حتمی کشمکش و تلاش بر سر کسب قدرت است. راه یافتن فساد در چهار حوزه (قلمرو) معادل فساد سیاسی است: نظام اداری و دستگاه بوروکراسی، رجال سیاسی، گروهها و احزاب سیاسی و دستگاه قضایی.

فساد اداری:

بر اساس دایره المعارف بریتانیکا، استفاده از این لغت ابتدا از قرن ۱۴ میلادی در اروپا رایج شد و از نظر لغوی به معنی آلودگی، دگرگونی از وضع ابتدایی و طبیعی، ناخالصی و کاسته شدن در کمیت و کیفیت است. فساد اداری از نظر اصطلاحی بر اساس تعریف بانک جهانی، به معنای استفاده از امکانات و منابع عمومی در جهت منافع و سود شخصی از سوی مدیران کارگزاران و پائوران سازمان‌های اداری و موسسات است. علت وجود پدیده فساد اداری، انحصار و نیز وجود قوانین بازدارنده برای مداخله عوامل مختلف برای عرضه یک خدمت و یا کالای خاص است، بنابراین آنجا که رانت (امکان کسب سود انحصاری ناشی از داشتن یک موقعیت خاص) وجود دارد، فساد اداری هم وجود دارد. فقدان نظارت قوی و کارآمد، عدم ثبات اقتصادی، تورم لجام گسیخته، رکود، کاهش درآمدها و قدرت خرید مردم، عدم عدالت اقتصادی و اجتماعی، توزیع نامناسب امکانات و تسهیلات در جامعه و امثال این موارد از عمده‌ترین ریشه‌های اقتصادی فساد اداری به شمار می‌آیند. (کیوان پناه: ۱۳۸۸)

بنابراین فساد اقتصادی که در این مقاله مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد از نظر رسته جزء فساد اداری و فساد قانونی به حساب می‌آید. عدم استقلال کامل قوه قضائیه، اعمال نفوذ قوه مجریه بر آن و بر دستگاه‌های نظارت و بازرسی، فشار گروه‌های ذی نفوذ در داخل و خارج سازمان، فساد مدیران عالی رتبه،

جوسازی و غوغاسالاری، توصیه برای در امان ماندن مدیران مختلف از مجازات‌ها و تساهل و تسامح نسبت به موارد مشاهده شده از عوامل سیاسی تسهیل کننده جریان فساد تلقی می‌شوند.

فساد، به معنی تباه شدن، نابود شدن، از بین رفتن، فتنه، آشوب، زیان، کینه، دشمنی، ظلم، شرارت، بدکاری، بیماری، پوسیدگی، اضمحلال، چرکی شدن عضو، ضد صلاح و به ستمگر فتنه مال کسی می‌باشد. فساد در موضوع مورد بحث ما، قاعده‌ای از قواعد نظام حکومتی نقض می‌شود و باعث آسیب و زیان سیستم سیاسی می‌گردد. از اقتصاد نیز اصطلاحاً تعاریف مختلفی بیان شده است که برخی از آن‌ها عبارتند از:

«علم تولید و توزیع، علم قوانین حاکم بر ثروت و نشان دهنده طرق تشکیل و توزیع و مصرف ثروت، مطالعه طرق استفاده از منابع کمیاب برای تحصیل بیشترین ارضاء» آنچه که در سال‌های اخیر از آن تحت عنوان فساد مالی و یا اقتصادی یاد شده است شامل انواع فساد اعم از اداری، سیاسی و اقتصادی می‌شود.

فساد اقتصادی

رشوه

«رشوه» پول یا هر نوع مالی است که شخص می‌پردازد تا کاری بر خلاف حق و قانون انجام شود و در نهایت، او سودی ببرد. سازمان بین‌المللی شفافیت (lanoitnretnlyncerapsnarT.IT) در سال ۲۰۰۲ با یاری مؤسسه گلوپ درباره «رشوه»، نظر سنجی‌های از پرسش شوندگان خواسته شده بود درباره گسترش و شیوه «رشوه» به تفکیک صنایع نظر دهند و به عبارتی گرایش بخش‌های مختلف را به رشوه بیان کنند. بدین منظور از شاخص عددی صفر تا ۱۰ استفاده شده، که اعداد کمتر بیانگر فساد بیشتر در آن بخش است. بر اساس این نظرسنجی، کارهایی عمومی و ساختمانی، صنعت تسلیحات و دفاعی، در زمره فاسدترین بخش‌ها به شمار می‌آیند (محمودی: ۱۳۸۲، ۲۳۹).

پرداخت رشوه معمولاً به منظور دستیابی به اهدافی از قبیل تسهیل در اجرای قوانین، تسریع در انجام امور قانونی، فرار از قانون، دسترسی غیرقانونی به منابع درآمد و جعل اسناد و مدارک صورت می‌گیرد.

اختلاس

در حال حاضر کشور ما با پدیده شومی به نام اختلاس در نظام اداری و مالی خود مواجه است که در تمامی بخش‌ها نیز گسترده شده است. اختلاس به عنوان یکی از مصادیق بارز فساد مالی و اقتصادی از نظر لغوی به معنای ربودن، دستبرد زدن و دست اندازی به مال دیگران می‌باشد و از نظر حقوقی به شکل خاصی از تصرف و دست اندازی بر مال دیگران اطلاق می‌شود و عبارتست از اینکه با استفاده از غفلت و عدم توجه کسی در فرصت مناسب چیزی را بردارند. در واقع اختلاس، برداشت از منابع به وسیله افرادی است که مدیریت این منابع به آن‌ها سپرده شده است.

اختلاس اموال عمومی، از جمله تعدیات کارکنان و کارمندان دولت یا وابسته به دولت، به اموال متعلق به دولت یا اشخاص دیگر است، که همواره به عنوان تهدیدی جدی علیه دولت و ملت قلمداد می‌شود. به منظور جلوگیری از سوء استفاده‌های کارمندان دولت از سرمایه و اموال در اختیارشان و تضمین هر چه بیشتر منافع دولت؛ قانونگذار در صدد حمایت کیفری از این دسته اموال برآمده که تحت عنوان جرم اختلاس می‌باشد. البته قانونگذار تعریف صریح و خاصی از اختلاس ارائه نکرده است اما آنچه از لابه‌لای مواد قانونی و نوشته‌های اندیشمندان حقوق بدست می‌آید می‌توان چنین گفت؛ اختلاس یعنی «تصاحب همراه با مسئولیت اموال دولت یا اشخاص، توسط مستخدم دولت که بر حسب وظیفه در اختیار وی قرار داشته است به نفع خود یا دیگری. (جهانگیری: ۱۳۸۵، ۳۰۶۱۳)

ضعف سیستم مدیریت، سوء استفاده از مقام و موقعیت، بی‌برنامگی در نحوه تخصیص و هزینه کردن بودجه‌های اداری، ورود مدیریت‌ها در عرصه تجارت موازی، وجود ارتباطات فامیلی و پیچیدگی‌های زاید اداری و کاغذبازی‌ها را می‌توان از اصلی‌ترین دلایل بوجود آمدن اختلاس در دستگاه‌های دولتی، ارگانها و نهادهای تحت پوشش دولت محسوب نمود. دخالت مدیریت‌های دولتی در تجارت، واسطه‌گری و فعالیت جنبی از مهمترین عوامل اختلاس و حیف و میل اموال بیت المال است.

انواع فساد اقتصادی در دنیا عبارتند از:

فساد سیستماتیک عمده دلیل ضعف سیستم‌های اجرایی و ضعف دستگاه‌های نظارتی. فساد گاه و بیگاه عمده دلیل بر خلاف ردیف ۱ دلیل اصلی آن فراهم بودن بستر فساد است و خبر از ضعف مکانیسم اجرایی می‌دهد.

فساد سیاسی عمده دلیل فاصله و اختلاف بین بخش خصوصی و دولتی و نیز تصمیم‌های تامل برانگیز سیاسی در راستای کمک به مفساد اقتصادی. احمد توکلی، نماینده سابق مردم تهران در رابطه با فساد سیاسی به سایت خبری فرارو گفت، ما به مرتبه‌ای رسیده‌ایم که فساد سیاسی وجود دارد و حتی تلاش می‌شود تا در مسئولان تصمیم‌گیرنده به وسیله پول، تطمیع یا تهدید نفوذ شود. این نوع فساد خیلی بدتر از فساد اقتصادی است، چرا که در فساد اقتصادی افراد طماع و مزبور با استفاده از عبور از قانون و نقض قانون به دنبال منافع مادی پست می‌گردند، اما در مفساد سیاسی ممکن است تصمیمات قانونی برای تسهیل امور فسادآمیز عده‌ای اتخاذ شود و عده‌ای در توزیع منابع عظیم نفت دخالت کنند.

فساد بزرگ دلیل عمده: سیاست‌گذاری در امور سیاسی، مترادف فساد سیاسی. بالاترین رده در حوزه عمومی فسادها. جایی که قوانین و سیاست‌ها در اولی مکان فرموله می‌شوند.

۵- فساد جزئی دلیل عمده: پول و گردش‌های پولی زیاد و خارج از عرف. از آن به فساد ضعیف یا فساد خیابانی هم یاد می‌شود. این نوع فساد را می‌توان در جاهایی که خدمات ارائه می‌دهند از قبیل بیمارستان‌ها، مدارس، مراکز صدور مجوزهای محلی و غیره مشاهده کرد (روزنامه قانون: ۱۳۹۴، ۹۷۸۴۶)

نهایتاً اینکه عواملی که فسادگریزی مجری دولتی را کاهش می‌دهند، عبارتند از: قوت تعلقات انحصار طلبانه به گروه‌های خاص نظیر وابستگی به گروه‌های خویشاوندی، قومی و مذهبی، حقوق‌های کم دولتی

فساد گریزی کمتر مجریان دولتی به دلیل اینکه در اکثر موارد این مجریان از مراتب پایین احتمالی به موقعیت‌های بالای قدرت پرتاب شده‌اند و لذا فاقد احساس وظیفه‌شناسی و مأموریت خدمات و سرشار از احساس نخوت نسبت به فاصله اجتماعی با اشخاص هستند که با آن‌ها سر و کار دارند.

بخش خصوصی کارآمد برای اجرای برنامه‌های توسعه و رقابت با مجریان دولتی فرهنگ فساد یعنی باورهای مردم در مورد فساد و سیاست دولت در قبال آن. وجود باورهایی همچون "متجاوزان شناخته شده می‌توانند بدون آن که خطر مجازات آن‌ها را چندان تهدید کند به فساد خود ادامه دهند"، زمینه را برای تقویت این اعتقاد آماده می‌کند که این گونه رفتارها به طور گسترده‌ای شیوع دارد و مبارزه ارباب رجوع با آن‌ها اثری ندارد. بنابراین در هر جامعه‌ای به سبب مشکلاتی که پیگیری فساد در بردارد، اندازه‌ای از فساد گریزناپذیر است. به عبارت دیگر احتمال لو رفتن و کشف فساد نمی‌تواند برابر یک باشد.

نسبت فساد اقتصادی و توسعه سیاسی بین سال‌های ۱۳۹۲-۱۳۶۸

غلامحسین همایونی معاون مرکز رسیدگی به شکایات مردمی سازمان بازرسی کل کشور در خصوص فساد و سطح و تنوع گسترده آن، در نوشتاری تأکید می‌کند، فساد، مسأله‌ای فراگیر است و در تمامی سیستم‌های اجتماعی به چشم می‌خورد و نیز تمامی طبقات جامعه، سازمان‌های دولتی، نظام‌ها، پادشاهی‌ها و جمهوری‌ها، تمامی وضعیت‌ها چه در جنگ و چه در صلح، تمامی گروه‌های سنی و همه زمان‌ها از دوران باستان و قرون وسطی تا عصر حاضر را تحت تأثیر قرار داده است (یار محمدی: ۱۳۹۳، ۸۵۸۷۳).

امروزه دولت‌ها از تمامی طیف‌های سیاسی و در هر کشوری با هر سطحی از توسعه، تحت تأثیر رسوایی‌های فساد اداری قرار می‌گیرند و از طرف دیگر، فساد به آفت اصلی رسیدن به دموکراسی و سد راه توسعه تبدیل شده است. پرداختن به معضلات فساد و کنترل آن، امروزه در صدد برنامه‌های توسعه کشورها قرار گرفته و پیدا کردن راهکارهای عملی در این زمینه به دغدغه اصلی متفکران و صاحب‌نظران علوم مختلف تبدیل شده است.

نگاهی گذرا به پرونده‌های مفساد اقتصادی اخیر نشان دهنده میزان تأثیر این پدیده بر اقتصاد ایران است. به علاوه، علیرغم خصوصی سازی‌های صورت گرفته، دولت همچنان موتور اصلی نظام سرمایه‌هاست که

موجب ناکارآمدی اقتصاد می‌شود. کشمکش ذاتی که اقتصاد ایران با آن مواجه است این است که از یک طرف، دولت بیم کوچک شدن و رفع مقررات دست و پاگیر برای بهبود وضعیت اقتصادی دارد، اما از طرف دیگر، همان دولت باید نقش بزرگترین سرمایه‌گذار را در اقتصاد ایفا کند. دیگر وقت آن فرا رسیده است که دولت بخش خصوصی را قدرتمند سازد تا نیازهای خود را بر اساس ساختار بازار برنامه‌ریزی کند.

اقتصاد ایران از سال ۱۳۶۸ تاکنون همچنان سیاسی و امنیتی است که عمدتاً ناشی از سایه انداختن نقش دولت و گروه‌های غیر شفاف بر آن است. قوانین و مقررات پیچیده موجب ایجاد ابهاماتی می‌شود که سرمایه‌گذاران داخلی را ناگزیر به دنبال کردن فرصت‌های سرمایه‌گذاری در مناطق دیگر می‌کند. این ابهامات همچنین زمینه را برای فساد مهیا می‌سازد که به نوبه خود جلوی شکوفا شدن پتانسیل اقتصادی کشور را می‌گیرد. و پتانسیل اقتصادی ناکارآمد کشور جلوی رشد و توسعه سیاسی را گرفته و مانع از تحقق توسعه سیاسی در کشور می‌گردد.

ناکارآمدی اقتصادی و یا به عبارت دیگر فساد اقتصادی در درجه‌ی اول یک محیط سیاست‌گذاری غیر شفاف و غیر مشارکت‌جو را پدید می‌آورد که کارکرد محوری آن فرصت‌های بی‌شماری است که در اختیار مقامات و گروه‌های ذینفع قرار می‌گیرد.

در مبارزه با فساد آن چیزی که در مورد تجربه‌ی دولت در زمان جنگ خیلی تکان دهنده است این است که در سال ۱۳۷۹ سازمان برنامه سابق به عنوان اسناد پشتیبان برنامه‌ی سوم گزارشی را منتشر کرده است با عنوان بهره‌وری در ایران و در آن جا در کمال شگفتی گزارش می‌دهد وقتی که ما شاخص TFP یعنی بهره‌وری کل عوامل تولید را در دوره جنگ با دوره‌ی مشابه پس از جنگ مقایسه می‌کنیم، مشاهده می‌شود که به طور متوسط شاخص بهره‌وری کل عوامل تولید در دوره‌ی جنگ ۵ برابر دوره پس از جنگ بوده. دوستان می‌دانند کسانی که در سال ۷۹ در سازمان برنامه مسئولیت‌های مهم داشتند در زمره منتقدان شناخته شده عملکرد اقتصادی کشور در دوران جنگ بوده و بنابراین خیلی علاقه نداشتند که عملکرد اقتصادی پس از جنگ را بهتر نشان دهند. بنابراین، این واقعیت باید خیلی بزرگ بوده باشد که بشود نادیده گرفته شود (مومنی: ۱۳۹۳، ۳۵۷۱۲۶).

در تحلیل‌های نهادی در زمینه رابطه فساد مالی و توسعه؛ دیوان سالاری ضعیف دولتی نیز حائز اهمیت بسیاری است. دولت‌های رانتی و دولت‌های فرومانده دولت‌هایی هستند که در قله اختیارات و اقتدار قرار دارند، اما از اختیارات و اقتدار برای پیشبرد اهداف خود عاجزند.

دولت احمدی نژاد در روزهای اول پس از روی کار آمدنشان در سال ۱۳۸۴ تصویب کرده بودند که به ۷۰ میلیون ایرانی نفری ۲ میلیون تومان سهام عدالت داده شود. این رقم که یک جابه‌جایی بی‌سابقه منابع در تاریخ اقتصادی ایران بود، در شرایطی جنبه اجرایی-علمیاتی پیدا کرد که دولت به معنای قوه مجریه، حتی احساس نیاز و الزام به هماهنگی با مجلس هم نداشت. ۱۴۰ هزار میلیارد تومان، در آن زمان رقمی بیش از ۱۵۰ میلیارد دلار می‌شد. یعنی آن دولتی که می‌گوید مسئولیت گریزانه و به ناحق که تدارکات چی هستیم و کارهای نیستیم و دستم بسته است، در کادر مفهوم دولت فرومانده وقتی که مورد تحلیل قرار می‌گیرد ملاحظه می‌شود که اجازه دارند با یک نشست و برخاست و بدون دادن دو صفحه گزارش پشتیبان برای این تصمیم، راجع به جایی ۱۵۰ میلیارد دلار تصمیم بگیرند. خوشبختانه این تصمیم عمل نشد. دلیلش نیز این بود که چون مطالعه نکرده بودند، وقتی خواستند اجرا کنند، متوجه شدند این میزان دارایی دولتی قابل واگذاری وجود ندارد؛ و هر کس که راجع به ریشه‌های تشدید توسعه نیافتگی در ایران کار کند می‌تواند پیامدهای ایستادگی دولت بر این تصمیم‌گیری غلط را ردگیری نماید تا بتواند به یک جمع‌بندی به نسبت روشن و قابل قبول در این زمینه برسد (مومنی: ۱۳۹۳، ۳۵۷۱۲۶).

متأسفانه طی ۲۵ سال گذشته به خاطر اشتباهات فاحشی که در عرصه‌ی سیاست‌گذاری اقتصادی اتفاق افتاده ما ضربه‌های بزرگی از ناحیه تشدید نقش دیون سالاری ناکارآمد و به غایت آسیب‌پذیر در برابر فساد خوردیم. چون وابستگی به مسیر ایجاد شده است، این مسیر هم چنان هم دارد افتان و خیزان استمرار

می‌یابد، این است که این دیوان سالاری ضعیف دولتی، در اثر سیاست‌های اقتصادی تورم زاء، به طرز غیر متعارفی آسیب‌پذیری‌اش در برابر فساد مالی افزایش پیدا می‌کند.

به دنبال برگزاری انتخابات ۱۳۷۶ گفتمان سیاسی در ایران تغییر نمود و توسعه متوازن اقتصادی و سیاسی به جای توسعه غیر متوازن صرفاً اقتصادی در دستور کار دولت قرار گرفت. برای جایگزین نمودن مشارکت ساختارمند بجای مشارکت توده‌ای و کوچک کردن دولت و بوروکراسی اداری در اولین برنامه سوم توسعه در سال ۱۳۷۹ اصلاحات اداری انجام و با ادغام تعدادی از وزارتخانه‌ها از انجام چند پاره کارها و مشکلات ناشی از وجود مراکز متعدد تصمیم‌گیری اجتناب تا در نهایت از گسترش فساد جلوگیری به عمل آید. در کل تا سال ۱۳۹۱ تعداد کل مجوزهای صادره برای سازمان‌های مردم نهاد (سمن) بیشتر از ۱۷۰۰۰ هزار مجوز نیست که از این تعداد حدود ۷۰۰۰ هزار مورد تا قبل دوم خرداد، ۵۷۲۰ مورد در حکومت اصلاحات و ۴۲۸۰ مورد در سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۹۲ صادر شده است. در سال‌های ۱۳۷۶ تا ۱۳۸۴ در راستای گفتمان دموکراتیک، استقلال، کارکرد سیاسی و نظارتی سمت‌ها افزایش یافت، ولی بعد از این دوران برخلاف دوره قبل، به بهانه‌های مختلف سمت‌ها تعطیل و کارکرد سیاسیون ظارتی آن‌ها به نفع کارکرد خیریه‌ای کاهش یافت. با توجه به روند مذکور نظارت اجتماعی در سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۹۲ بر دولت کاهش که این مساله باعث اتخاذ تصمیمات غیر تخصصی و یک جانبه توسط دولت گردید، نتیجه این فرایند افزایش گزارشات، فساد در ابعاد مختلف بود (فلاح مایوان: ۱۳۹۳، ۴).

جامعه‌ای توسعه یافته تلقی می‌شود که در همه ابعاد به طور متوازن رشد کرده باشد. شاید یکی از اصلی‌ترین دلایل عدم توسعه یافتگی ایران با سابقه برنامه‌ریزی طولانی آن، همین موضوع باشد که نگاه به توسعه، نگاهی تک بعدی بوده و سایر ابعاد توسعه مورد توجه جدی و عملی قرار نگرفته‌اند. اما امروزه شواهد حاکی از آنند که حتی توسعه اقتصادی نمی‌تواند جدای از توسعه سیاسی و اجتماعی محقق شود. بر اساس چنین اعتقادی، ماهیت اجتماعی دولت و عملکرد نهادهای سیاسی و حقوقی تاثیر مهمی بر سطح توسعه‌یافتگی یا توسعه نیافتگی جامعه دارد.

اندازه بزرگ دولت یکی از مهمترین علل توسعه فساد در اقتصادها است. اساساً در ادبیات اقتصادی، عملکرد دولت‌ها با ناکارایی (inefficiency)، کژمنشی (moral hazard) و فساد (corruption) عجین شده است. ایران بین سال‌های ۱۳۶۸-۹۲ با مشکل بزرگتری هم مواجه است و آن حجم بزرگ اقتصاد حاکمیتی غیر دولتی است. دولت (به معنای قوه مجریه) حداقل موظف به ارائه بودجه سالانه و گزارشات محدودی است و هرازگاهی هم به آرای مردمی نیاز دارد. اما بخش‌های مختلف حاکمیت که وارد کار اقتصادی می‌شوند از همین حداقل‌های شفافیت هم فراری هستند. بخش بزرگی از اقتصاد ایران دارای رانت‌های اطلاعاتی و اجرایی است، از پرداخت هرگونه مالیاتی هم طفره می‌رود و حتی گزارش‌های مالی خود را نیز منتشر نمی‌کند. در چنین فضایی دولت برای افزایش درآمدهای مالیاتی خود باز هم به بخش غیر رانتهی اقتصاد فشار می‌آورد. با این اوصاف انگیزه‌های بخش هم برای عدم شفافیت و فرار مالیاتی بسیار زیاد است. چه وقتی بخش حاکمیتی اقتصاد خود تعهدی به پرداخت مالیات ندارد، بخش خصوصی چرا باید به این موضوع تن دهد (بیگدلی: ۱۳۹۵، ۵۰۵۰۶۳).

جامعه توسعه یافته از نظر سیاسی ضمن برخوردار بودن از ثبات سیاسی، دارای ویژگی‌هایی همچون کارآمدی، سطح پایین فساد، پاسخگویی، مشارکت مردم در امور مربوط به خود، نظام حزبی قوی و سازمان یافته، آزادی رسانه‌ها و... می‌باشد. با وجود اینکه بسیاری از این شاخص‌ها در قانون اساسی و اسناد بالادستی مورد توجه و تاکید بوده‌اند، اما در عمل و در برنامه‌های توسعه مورد غفلت یا کم توجهی قرار گرفته‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد با گذشت حدود چهار دهه از عمر انقلاب اسلامی و در حال حاضر که برنامه ششم توسعه در حال تهیه و تدوین است، باید توجه ویژه‌ای به تقویت شاخص‌های غیراقتصادی توسعه از جمله ابعاد ثبات سیاسی، کارآمدی و حکومت داری مطلوب، مردم سالاری و حقوق و آزادی‌های مدنی، تقویت شاخص‌های اقتصادی توسعه از جمله جلوگیری از فسادها اقتصادی صورت گرفته در جامعه صورت گیرد. بنابراین هر جا که شاخص‌های توسعه سیاسی بهبود یافته سطح فساد اقتصادی و ناکارآمدی‌های اقتصادی

دولت نیز کاهش یافته است و بالعکس در صورت افزایش سطح فساد اقتصادی و عدم شفافیت و ناکارآمدی دولت سطح توسعه‌ی سیاسی روندی نزولی را طی نموده است.

یکی از دلایلی که فساد اقتصادی در ایران بین سال‌های ۶۸-۹۲ رابطه و تأثیر بر توسعه سیاسی داشته است، مسئله‌ی عدم شفافیت و نبود رسانه‌های آزاد است. همان آمارهای بین‌المللی که به آن‌ها اشاره کردم، تأکید دارند که وضعیت آزادی رسانه‌ها در ایران فاجعه‌بار است. حاکمیتی هم که خود از نبود جریان آزاد اطلاعاتی و وجود رانت‌های متعدد اقتصادی سود می‌برد، علاقه‌ای به توسعه فضای اطلاع‌رسانی ندارد. مطبوعات اندکی هم وجود دارند در خدمت منافع مراکز قدرت هستند و تنها اطلاعات اندکی منتشر می‌شود که آن هم حاصل اختلاف جناح‌ها و گروه‌های درون حاکمیتی است (بیگدلی: ۱۳۹۵، ۷۰۵۰۶۳).

رکن اساسی جامعه مدنی تنها وظیفه کاهش فساد از طریق افشای آن را بر عهده ندارد، بلکه انتشار اطلاعات صحیح و به موقع، نقشی اساسی در ایجاد فضای رقابت و کارایی تخصیصی منابع خواهد داشت. در ضمن انتشار صحیح آمار و اطلاعات، به کمک سیاستگذاران خواهد آمد تا هم در فضایی مناسب‌تر تصمیم بگیرند و هم نتایج تصمیمات خود را پایش کنند. در چنین حالتی یکی از مهمترین مطالبه‌های جامعه و فعالان مدنی، نهادینه شدن انتشار اطلاعات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی است. درک علت توسعه فساد و غیر شفاف شدن فضای اقتصادی ایران با دانستن این موضوع که طی سالیان گذشته حتی برخی از ابتدایی‌ترین آمار منتشر نمی‌شد، چندان مشکل نخواهد بود. بنابراین هر گاه توسعه‌ی سیاسی و شاخص‌های آن در طی این سال‌ها پیشرفت داشته است، فساد اقتصادی نیز کاهش داشته است.

نتیجه‌گیری

یکی از مهمترین علل چالش‌های کنونی نظام سیاسی جمهوری اسلامی فساد اقتصادی است که رابطه آن با سطح توسعه سیاسی نیز کاملاً شرح داده شد. فساد اقتصادی از درجه مشروعیت و اثر بخشی دولت‌ها می‌کاهد تا آن اندازه که می‌تواند دولت‌ها و نظام‌های سیاسی را با بحران مشروعیت و مقبولیت مواجه سازد. فساد از هر نوع آن که باشد ثبات و امنیت جوامع را به خطر انداخته و تهدیدی جدی علیه امنیت ملی محسوب می‌شود. فساد، ارزش‌های اسلامی، اخلاقی و آزادی سیاسی را مخدوش ساخته و از این طریق مانع توسعه سیاسی و اجتماعی جامعه می‌شود.

در این مقاله در پی پاسخ به این سؤال بوده‌ایم که چه رابطه‌ای بین فساد اقتصادی و توسعه سیاسی در ایران بین سال‌های ۱۳۶۸-۹۲ وجود دارد؟ فرضیه ما نیز رابطه‌ی معکوس بین این دو را پیش‌بینی نموده بود و اکنون در پایان باید گفت که اطلاعات به دست آمده در این تحقیق اثبات فرضیه‌ی مورد نظر را به همراه داشته است زیرا ارکان توسعه‌ی سیاسی از جمله، نهادهای مدنی، احزاب سیاسی، شفافیت و کارآمدی حکومت در هر زمانی که در طی سال‌های مورد نظر از کارآمدی مناسبی برخوردار نبوده‌اند، به همان نسبت فساد سیاسی نیز گسترده تر شده است.

احزاب سیاسی به عنوان یکی از ارکان جوامع دموکراتیک می‌توانند به کنترل بوروکراسی اداری کمک و از این طریق دامنه فساد را محدودتر کنند. قابل توجه‌ترین تعریفی که امروزه در کشورهای غربی برای پدیده فساد مالی و اقتصادی در دستگاه‌های دولتی وجود دارد این است که فساد اقتصادی عبارت از «استفاده از پول مردم برای مقاصد شخصی» است.

نهادهای مدنی با نظارت خود بر عملکرد سازمان‌ها و نهادهای عمومی دولتی، تلاش می‌کنند تا فعالیت‌های آنها را از طریق شفاف‌سازی و به اصطلاح در «اتاق شیشه‌ای» در معرض نگاه و داوری افراد جامعه قرار دهند. کمک به روند آموزش اعضای جامعه مدنی و بالا بردن سطح آگاهی آنان در زمینه شناخت فساد و نحوه پیشگیری از آن و در صورت وقوع فساد، چگونگی گزارش آن به مراجع تحقیق، اولین اقدام مهم و مؤثر نهادهای مدنی در پیشگیری از فساد است. دومین اقدام نهادهای مدنی در این رابطه، جلب مشارکت‌های مردمی و سازماندهی صحیح و منطقی آن به منظور برقراری فرهنگ قانون مداری، صداقت و درستکاری و پرهیز از هر گونه فساد اداری است.

برای پرهیز از فساد و استبداد، بهترین راهی که به نظر اندیشمندان رسیده این است که اقسام گوناگون قدرت مشخص شده و اجرای آن به دستگاه‌های جداگانه سپرده و به نحوی به کار برده شود که مدیریت هیچ یک از قوا، توان اعمال نفوذ در قدرت دیگر را نداشته باشد؛ زیرا مقامات سیاسی و حکومت گران، غالباً در پس لفاظی‌های فریبنده در باب خیر و صلاح مردم، علاوه بر خودسری و زورگویی، دست به پنهانکاری‌هایی به سود خود یا نزدیکانشان هم می‌زنند.

واقعیت این است که مبارزه با فساد اداری به مثابه گذر کردن از لبه تیغ است، چرا که از سویی چنانچه مبارزه انجام نپذیرد، فساد روز به روز ریشه دارتر می‌شود و از سوی دیگر اگر مبارزه به شکل غیرمنطقی انجام گیرد، ترس سرمایه‌گذاران و بر هم خوردن امنیت سرمایه گذاری را به همراه می‌آورد. وی اظهار می‌دارد: آگاهی و اطلاعات، چشم اسفندیار فساد اداری و اقتصادی است و هر چه اطلاعات بیشتر در دسترس باشد، معاملات پنهان، توافقات غیررسمی و تبادلات غیرقانونی کمتر می‌تواند شکل بگیرد، بنابراین دولت باید برای بهبود سلامت اداری از هیچ کاری غافل نشود و هر چه زوتر استفاده از فناوری‌های نو را با سرمایه‌گذاری در جامعه، نهادینه کند. چرا که به کارگیری این فناوری‌ها در گمرگ و پلیس، تأثیر بسیاری در کاهش تخلفات داشته است.

فهرست منابع

الف - کتب فارسی:

۱. سریع القلم، محمود. (۱۳۷۱). عقل و توسعه یافتگی، چاپ اول، تهران: نشر سفید.
۲. سیف زاده، سید حسین. (۱۳۶۷). نوسازی و دگرگونی سیاسی، تهران: قومس.
۳. عالم، عبدالرحمن. (۱۳۸۲). بنیادهای علم سیاست، تهران: نشر نی.
۴. قوام، عبدالعلی (۱۳۷۱). توسعه سیاسی و تحول اداری، تهران: قومس.
۵. نقیب زاده، احمد. (۱۳۷۷). «جمهوریت و اسلام»، مجموعه مقالات جمهوری و انقلاب اسلامی، تهران: انتشارات سازمان مدارک فرهنگ وزارت ارشاد.

ب - مقالات فارسی:

۶. ایوبی، حجت الله (۱۳۷۷). «نقد نظریه‌های غرب محور در توسعه سیاسی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۱، پاییز.
۷. بشیریه، حسین. (۱۳۷۷). «از دیالکتیک تمدن‌ها تا دیالوگ تمدن‌ها»، فصل‌نامه گفت‌مان، شماره ۳، زمستان.
۸. سریع القلم، محمود. (۱۳۷۷). «مبانی عشیره‌ای فرهنگ سیاسی ایران»، دو ماهنامه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۳۶ - ۱۳۵.
۹. فلاح مایوان، جواد. (۱۳۹۳). بررسی رابطه نهادهای مدنی و فساد سیاسی در ایران (۱۳۷۶ تا ۱۳۹۲). استاد راهنما: احمد محقر، دانشکده علوم اقتصادی و اداری. دانشگاه فردوسی مشهد.
۱۰. کیوان پناه، علی، (۱۳۸۸). ریشه‌های فساد مالی و اداری کجاست، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۱۸۹۹.
۱۱. محمودی، وحید، (۱۳۸۲). فساد اقتصادی و توسعه، فصلنامه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۸۹ - ۱۹۰، خرداد و تیر.

ج - سایت‌های اینترنتی

۱۲. اسلامی بیگدلی، (۱۳۹۵). فساد و نبود شفافیت؛ چاه پیش راه توسعه، قابل دسترسی در: <http://www.fardanews.com/fa/news/505063>
۱۳. جهانگیری، زکریا، (۱۳۸۵). اختلاس، پژوهشکده باقرالعلوم. قابل دسترسی در: <http://www.pajoohe.com/fa/index.php?Page=definition&UID=30613>
۱۴. روزنامه قانون، (۱۳۹۴). انواع فساد در سیستم اقتصادی؟ در تاریخ ۱۱ مهر، قابل دسترسی در: <http://www.eghtesadonline.com/fa/content/97846>
۱۵. مومنی، فرشاد، (۱۳۹۳). چرا فساد در اقتصاد ایران فراگیر شده است؟ قابل دسترسی در: <http://www.khabaronline.ir/detail/357126/Economy/political-economy>
۱۶. یارمحمدی، فاطمه، (۱۳۹۳). توسعه پایدار، قربانی فساد مالی و سیاسی، قابل دسترسی در: <http://www.ettelaat.com/etiran/?p=85873>

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۷

صص ۴۵۷-۴۷۲

اجرای محکومیت های مالی از رهگذر حقوق کیفری با تاکید بر حبس در قانون مصوب ۱۳۹۴

علی عبدی پور^۱، محمد مهدی ساقیان^{۲*}، رجب گلدوست جویباری^۳

۱- دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم شناسی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.

۲- استادیار گروه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳- دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

چکیده

حبس مدیون به عنوان اهرم اجرای احکام مدنی در وصول محکوم^۴ به در حقوق ایران امر تازه ای نیست. همانطور که در گذشته این امر رایج بوده درحال حاضر نیز در برخی از کشورها پذیرفته شده است. در اسناد بین‌المللی دولت‌ها از بازداشت افراد به خاطر عدم ایفای تعهدات مالی قراردادی منع شده‌اند. به همین خاطر، بسیاری از کشورها در حقوق داخلی خود حبس افراد بدهکار را دست کم در خصوص بدهکاران مالی قراردادی نپذیرفته‌اند. برخی دیگر نیز حبس افراد را صرفاً به خاطر عدم پرداخت جریمه‌ها یا ضرر و زیان ناشی از جرم پذیرفته‌اند. در ایران در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ حبس افراد بخاطر محکومیت مالی به طور عام پذیرفته شده است در عین حال قانونگذار سعی و تلاش فراوانی در جهت رفع ایرادات وارده به قوانین سابق معطوف داشته در نوشتار حاضر به بررسی محکومیت مالی، انواع و مبانی آن پرداخته شده است. همچنین در پایان حبس به عنوان یک راهکار کیفری مورد بحث و بررسی قرار گرفته شده است. براساس یافته‌های تحقیق حبس افراد به خاطر عدم ایفای تعهدات مالی قراردادی می‌تواند نقض حقوق انسانی افراد و موجد مسئولیت بین‌المللی برای دولت و تحمیل هزینه‌هایی بر بیت المال باشد که پیشنهاداتی در رفع این مشکلات ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی: محکومیت مالی، نقض تعهد، ضرر و زیان ناشی از جرم، حبس

* نویسنده مسئول: msaghian@ut.ac.ir

۱. مقدمه

امروزه افراد در حوزه‌های مختلفی، از جمله مالی، با هم رابطه دارند. به طور منطقی، هر جا که رابطه‌ای شکل می‌گیرد قاعده نیز ضروری است. بر این اساس گاهی افراد در روابط خود از جمله روابط مالی دچار مشکل می‌شوند. گاهی این مشکل ناشی از نقض یک تعهد قراردادی یا غیر قراردادی و گاه ناشی از ارتکاب یک جرم است. در چنین مواردی، ذینفع به دادگاه مراجعه می‌کند و مدعی طلب خود می‌شود. دادگاه بر اساس مستندات و قوانین ممکن است حکم به نفع او بدهد. در مرحله بعدی مساله اجرای حکم محکومیت مالی مطرح می‌شود. اما همیشه اجرای چنین احکامی به آسانی نخواهد بود. به همین اساس، قانونگذار در هر دوره زمانی راهکارهای متفاوتی را پیش‌بینی کرده است. از جمله این راهکارها حبس محکوم علیه است. حبس فرد به خاطر بدهی امر تازه‌ای نیست. در رم باستان نیز حبس فرد بخاطر عدم پرداخت بدهی‌اش پذیرفته شده بود. بنابراین، می‌توان گفت این امر در دوران باستان رایج بود. در حال حاضر در برخی از کشورها حبس افراد برای عدم اجرای حکم محکومیت مالی پذیرفته شده است. از منظر حقوق بشری بازداشت فرد به خاطر عدم ایفای تعهدات مالی قراردادی خود منع شده است. به همین خاطر، بسیاری از کشورها در حقوق داخلی خود حبس افراد بدهکار را دست کم در خصوص بدهکاران مالی قراردادی نپذیرفته‌اند. برخی دیگر نیز حبس افراد را صرفاً به خاطر عدم پرداخت جریمه‌ها یا ضرر و زیان ناشی از جرم پذیرفته‌اند.

در ایران در خصوص اجرای محکومیت‌های مالی چندین قانون پذیرفته شده است که تازه‌ترین آن‌ها قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ است. در این قانون حبس افراد بخاطر محکومیت مالی به طور عام پذیرفته شده است. در نوشتار حاضر، پس از این مقدمه کوتاه، به بررسی مفهوم محکومیت مالی و انواع آن پرداخته شده است (۲). سپس حبس به عنوان یک ضمانت اجرای کیفری در خصوص اجرای محکومیت‌های مالی مورد بحث قرار می‌گیرد (۳). در نهایت نیز نتیجه‌گیری و پیشنهادات ارائه می‌شود (۴).

۲- مفهوم و انواع محکومیت‌های مالی

در این قسمت، ابتدا به بررسی مفهوم محکومیت مالی و سپس به بررسی انواع محکومیت مالی پرداخته می‌شود.

۲-۱- مفهوم محکومیت مالی

در یک تعریف ساده می‌توان گفت محکومیت مالی عبارت است از این که یک مرجع صلاحیتدار، به طور مشخص دادگاه، بر اساس مستندات و دلایل متقن شخصی را در قبال دیگری مدیون و بدهکار بداند و او را ملزم به پرداخت آن بدهی نماید. بنابراین، در بحث ما ابتدا باید مشخص شود که یک مرجع صلاحیتدار از رهگذر فرآیند قانونی و با رعایت موازین بدهی شخصی را اثبات کرده است. پس از آن بحث شیوه و زمان پرداخت مطرح می‌شود.

این محکومیت، از جمله، می‌تواند پیامدهای یک جرم یا ناشی از نقض یک تعهد مدنی باشد. بنابراین، در ادامه به بررسی انواع محکومیت‌های مالی پرداخته می‌شود.

۲-۲- انواع محکومیت مالی

همان گونه که بیان شد گاهی ممکن است در اثر وقوع جرم بزه دیده متضرر شود که مرجع صلاحیتدار ضمن رسیدگی به جنبه کیفری و تعیین مجازات مجرم تحت شرایطی ضرر و زیان وارده به بزه‌دیده را نیز مورد حکم قرار می‌دهد گاهی نیز در نتیجه یک دعوی مدنی و یا گزارش اصلاحی مراجع قضایی یا هیات حل اختلاف یا آرای مدنی تعزیرات حکومتی بدهی شخص محرز و محکومیت مالی پیدا می‌کند.

(ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی)

۲-۲-۱- محکومیت مالی ناشی از ضرر و زیان ناشی از جرم: شرایط و فرآیند

در این نوع محکومیت، لازم است که ابتدا جرمی محقق و اثبات شده و در نتیجه آن جرم ضرر و زیانی به دیگری وارد شده باشد و دادگاه صلاحیتدار مجرم را از این حیث محکوم کرده باشد. بنابراین، لازم است تا بررسی شود که جرم چیست و چگونه می تواند منجر به ورود ضرر و زیان به بزه دیده شود؟ جرم اساساً موضوع حقوق کیفری است و عبارت است از هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعلی که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده باشد. به طور مسلم، چنین عمل مجرمانه ای می تواند ضرر و زیان مادی یا معنوی یا ممکن الحصول در پی داشته باشد.

الف: شرایط مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم

بنابر آنچه گفته شد ضرر و زیان ناشی از جرم عبارت است از «زیانی که از عمل مجرمانه شخصی بر دیگری (مجنی علیه و یا ورثه و کسان او) وارد می گردد.» (مهدوی، ۱۳۴۲، ص ۲). بنابراین اولاً باید جرم ارتكابی از سوی مجرم نسبت به مجنی علیه و ایراد ضرر و زیان اثبات گردد ثانیاً خسارت ناشی از این جرم که همان ضرر و زیان مادی یا معنوی یا ممکن الحصول است مورد مطالبه واقع شود. مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم مستلزم شرایطی بدین شرح است: وقوع جرم، ورود خسارت قطعی و مسلم ناشی از وقوع جرم که به بررسی این موارد پرداخته می شود.

نخست: وقوع جرم

جرم عبارت است از هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است. از نظر حقوقی برای آن که جرمی محقق شود باید، سه رکن (روانی، مادی و قانونی) آن احراز گردد. در حقوق کیفری قدیم، در مقایسه با امروز، شمار جرایم بسیار محدود و اغلب کلی و گسترده بود. مطالعه پیشینه و سیر تحولات حقوق کیفری در اروپا این ادعا را تایید می کند. در قرن دوازدهم رکن روانی (معنوی) جرم مورد توجه قرار گرفت. در اواخر قرن دوازدهم، تحول چشمگیری رخ داد و از این پس، انسان به عنوان عامل اخلاقی مسؤول به حساب آمد. از این رو، در ارزیابی عمل مجرمانه، نه تنها رکن مادی، بلکه رکن روانی و حالت ذهنی فرد انسانی نیز حایز اهمیت بود. در حقوق کیفری نوین، نه تنها تحقق عمل مجرمانه، بلکه نظر به برخی از اهداف خود مانند حفظ نظم عمومی و پیشگیری از وقوع جرم، واکنش در قبال اقدامات مجرمانه ناقص و حتی بی نتیجه نیز مورد توجه است. در حقوق کیفری اسلام نیز اصل قانونی بودن جرم و مجازات و شخصی بودن کیفرها مورد پذیرش قرار گرفته است و بر این اساس مسؤولیت کیفری را ویژه انسان صاحب تکلیف (بالغ، عاقل و مختار) قرار داده است. در نتیجه و بر اساس این رویکرد، کودک، دیوانه، هر انسان مسلوب الاختیار و فاقد قصد و اختیار مسؤولیت کیفری ندارد.

رکن روانی لازمه ارتکاب عمل مجرمانه است. در جرایم عمدی، از رکن روانی به «قصد مجرمانه» تعبیر می شود. برخی از حقوقدانان آن را معادل «سوء نیت» می دانند. بین تصویر جرم در ذهن و قصد ارتکاب آن تفاوت وجود دارد. (علی آبادی، ۱۳۴۷، ص ۱۲) قانون به تعریف این قصد پرداخته است. با این حال، قانونگذار با بکارگیری عباراتی از قبیل قصد سرقت، قصد اضرار، قصد استفاده نامشروع، عالماً، عامداً و امثال آن داشتن قصد مجرمانه را در ارتکاب جرم عمدی مورد تاکید قرار داده است. زیربنای قصد مجرمانه اراده است. بدون اراده، قصد مجرمانه معنا نخواهد داشت. اراده عبارت است از خواستن. از این رو، اراده ارتکاب عمل مجرمانه یعنی خواستن انجام آن عمل. جرم، اعم از این که عمدی یا غیر عمدی باشد، مستلزم تحقق اراده است. با وجود این، رکن روانی در یک جرم به این قرار است:

الف: اراده ارتکاب به علاوه قصد مجرمانه جرایم عمدی

ب: اراده ارتکاب به علاوه خطا در جرایم غیر عمدی. (صانعی، ۱۳۷۳، ص ۳۰۵-۳۰۴)

بنا بر آنچه که گفته شد صرف وجود یک عمل مادی که قانون آن را جرم دانسته برای احراز مجرمیت بزهکار و در نهایت مجازات وی کافی نیست. افزون بر آن، مرتکب باید از نظر روانی یا قصد مجرمانه و عمد برای ارتکاب جرم داشته باشد (جرایم عمدی مثل قتل عمد) یا این که در ارتکاب عمل به شکلی و بی آنکه قصد منجزی بر ارتکاب بزه را داشته باشد، خطایی انجام دهد که مستحق مسؤولیت کیفری شناخته شود (از جمله می توان به جرایم غیر عمدی اشاره کرد) (نوربها، ۱۳۸۳، ص ۱۹۶)

از حیث رکن مادی، ارتکاب جرم موکول به این است که اراده مرتکب در ارتکاب جرم جنبه بیرونی داشته باشد. بنابراین، اصولاً فکر مجرمانه تا زمانی که اثر عملی در دنیای واقعی یا مجازی نداشته باشد، قابل مجازات نیست. تا وقتی مظهر خارجی اراده به صورتهایی مانند فعل یا ترک فعل تحقق نیافته، جرم واقع نمی‌شود. بنابراین صرف داشتن عقیده، اندیشه و قصد ارتکاب جرم بدون انجام هیچگونه عمل مادی قابل تعقیب نمی‌باشد زیرا اصولاً موارد مزبور به تنهایی قابل کشف نیستند. (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۵۳) البته در مواردی قانونگذار به طور استثنایی، مبادرت به جرم‌انگاری برخی اعمال کرده که در مراحل قبلی انجام کامل جرم می‌باشند. برای ارتکاب جرم، بزهکار مراحل زیر را طی می‌کند: ابتدا مجرم قصد ارتکاب جرم می‌کند، سپس به تهیه مقدمات مبادرت می‌ورزد، بعد شروع به اجرای جرم می‌نماید و نهایتاً جرم را به اجرا می‌گذارد (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۵۳).

عنصر مادی و ضروری جرم گاه رفتاری است که در وضعی خاص از انسان بروز می‌کند و گاه به ندرت حالتی است که بر او مستولی می‌گردد. رفتار انسان، ظهور خارجی اراده اوست، یعنی نیرویی که درصدد تأثیر بخشیدن بر محیط و تغییر دادن آن است؛ ولی حالت، تجسم اندیشه و وضعی مداوم است که انسان در آن به سر می‌برد. حالت مجرمانه نمودی از گرایش منفی انسان در برابر خواسته قانونگذار است که باید آن را از رفتار از این حیث متمایز دانست که کنشی در اوضاع و احوال خاص نیست. (اردبیلی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۹). رفتاری که از متهم سر می‌زند، می‌تواند در یکی یا ترکیبی از حالت‌های زیر باشد: (اردبیلی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۰).

بنابراین، در این نوع از محکومیت مالی، لازم است به ترتیبی که در قانون کیفری مشخص شده است، اثبات گردد که جرمی قابل انتساب به متهم ارتکاب یافته است و در نتیجه بررسی قضایی مجرمیت اثبات شود. همچنین احراز گردد که در نتیجه آن جرم خسارت و زیان و ضرری وارد شده است. در ادامه به بررسی بحث خسارت یا ضرر و زیان پرداخته می‌شود.

دوم: ورود خسارت قطعی و مسلم در اثر وقوع جرم

برای مطالبه خسارت ناشی از جرم لازم است که اولاً خسارت قطعی و مسلم به بزه‌دیده وارد شده باشد و ثانیاً بین ورود خسارت و وقوع جرم رابطه مستقیم وجود داشته باشد. بنابراین چنانچه خسارت، ناشی از فعل و ترک فعلی باشد که به موجب مقررات جزایی دارای وصف کیفری بوده است و برای آن مجازات در نظر گرفته شود و خسارت فوق احتمالی نباشد و از طرفی ضرر و زیان معلول جرم باشد، چنین خسارتی قابل مطالبه است. در خصوص شرط احتمالی نبودن خسارت شایان ذکر است که تقویم و احراز خسارت‌های مربوط به گذشته کار چندان مشکلی نیست و دادگاه رأساً با بررسی اسناد و مدارک موجود یا با جلب نظر کارشناس، وجود خسارت قطعیت یافته و میزان آن را احراز می‌نماید. اما خسارت‌های آتی در صورتی قابل مطالبه هستند که ورود آن‌ها با ظن قوی مسلم باشد.

ب: فرآیند مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و حمایت‌های پیش‌بینی شده در فرآیند رسیدگی

نخست: فرآیند مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم

مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم بر حسب جرم ارتكابی موجد ضرر به دو گونه است:

نخست آن که امکان دارد قانونگذار به لحاظ اهمیت و دامنه گسترش جرم ارتكابی و اثر آن بر نظم عمومی و مصلحت اجتماع، به لحاظ تشدید مجازات مرتکبان، رد مال و جبران ضرر را در ردیف مجازات‌ها ذکر نموده و در این موارد دادگاه به همراه صدور حکم بر مجازات نسبت به رد مال نیز حکم صادر می‌نماید؛ به عنوان مثال در جرم کلاهبرداری، رد مال مورد کلاهبرداری در ردیف مجازات‌ها در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبان اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ قید گردیده و دادگاه پس از احراز مجرمیت در حین صدور حکم، محکوم علیه را به حبس، جزای نقدی معادل مال مورد کلاهبرداری و رد مال محکوم می‌نماید. در جرم سرقت نیز که قانونگذار در ماده ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر داشته چنین است و در کلیه موارد سرقت و ربودن اموال مذکور در این فصل، دادگاه علاوه بر مجازات تعیین شده

سارق یا رباینده را به رد عین و در صورت فقدان عین به رد مثل یا قیمت مال مسروقه یا ربوده شده و جبران خسارت وارده محکوم خواهد نمود.

دوم این امکان وجود دارد که در بیشتر جرایم، رد مال و جبران خسارت وارده ناشی از جرم در ردیف مجازاتها ذکر نشده و در این موارد زیان دیده از جرم و مالباخته باید با تقدیم دادخواست و طی تشریفات آیین دادرسی مدنی از قبیل تقویم خواسته و ابطال تمبر نسبت به مطالبه مال اقدام نماید. مهمترین مزیت‌هایی که قانونگذار در این موارد برای مال‌باخته قایل شده، عبارت است از:

نخست عدم رعایت تشریفات اقامه دعوی حقوقی از جهت تقدیم دادخواست در محل اقامت خوانده (مجرم). بر اساس ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ دعوا باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده در حوزه قضایی آن اقامتگاه دارد. اما در مواردی که خسارت ناشی از جرم بوده مطابق قواعد آیین دادرسی کیفری که دادگاه محل وقوع جرم را صالح برای رسیدگی می‌داند، اقامه دعوی حقوقی نیز در همان دادگاه محل ارتکاب جرم صورت گرفته حتی اگر محل ارتکاب جرم، محل اقامت مجرم (خوانده) نباشد.

دوم در دعاوی کیفری سرعت در رسیدگی بالاتر است. بر خلاف دعاوی حقوقی که رسیدگی به آن مستلزم تشریفات خاص بوده که نهایتاً منجر به اطاله وقت می‌گردد، در دعاوی کیفری با توجه به اینکه اولاً متهمی بلا تکلیف بوده و چه بسا به لحاظ عجز از تأمین قرار کیفری (معرفی کفیل تا تودیع وثیقه) یا با قرار بازداشت موقت در حبس باشد و ثانیاً مطابق اصل برائت، فرض است که متهم بیگناه است مگر اینکه دلایلی خلاف آن را اثبات نماید و ثالثاً به لحاظ اینکه اکثر جرایم دارای جنبه عمومی بوده و نظم عمومی و اخلاق حسنه را تحت الشعاع قرار می‌دهند، لذا جهت تعیین تکلیف متهم و جلوگیری از آثار سوء جرم ارتكابی در جامعه که با تعیین مجازات به پیشگیری خاص نسبت به مجرم و پیشگیری عام نسبت به عموم جامعه منجر می‌گردد، رسیدگی سریع به اتهام انتسابی ضروری به نظر می‌رسد؛ بنابراین چنانچه مال باخته از جرم در موعد مقرر قبل از اعلام ختم رسیدگی نسبت به تقدیم دادخواست حقوقی اقدام نماید، از مزایای اصل سرعت در رسیدگی‌های کیفری برخوردار می‌شود و سریعتر به خواسته خود می‌رسد.

مطابق ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۹۲ (اصلاح شده در ۱۳۹۴) پس از آنکه متهم تحت تعقیب قرار گرفت، مدعی یا شاکی می‌تواند اصل یا رونوشت تمامی دلایل و مدارک خود را جهت پیوست به پرونده به مرجع تعقیب تسلیم کند و تا قبل از اعلام ختم رسیدگی دادخواست ضرر و زیان خود را تسلیم دادگاه کند، به عنوان مثال در جرم صدور چک بلا محل، خیانت در امانت و تخریب، چنانچه اشخاص حقیقی یا حقوقی از ارتکاب جرم، متحمل ضرر شده باشند باید با تقدیم دادخواست حقوقی نسبت به مطالبه آن اقدام نمایند و در غیر این صورت دادگاه هیچ تکلیف و اختیاری در خصوص صدور حکم به جبران خسارت وارده و محکومیت مالی مرتکب نخواهد داشت.

با این شیوه، بزه‌دیده برای رسیدن به حقش، راه کوتاهتری را طی می‌نماید و از صدور آراء متناقض هم جلوگیری می‌شود. (خالقی، ۱۳۹۵، ص ۲۵۷). قانونگذار در ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه را مکلف کرده است تا ضمن صدور را کیفری، در خصوص ضرر و زیان مدعی خصوصی نیز طبق ادله و مدارک موجود رای مقتضی را صادر نماید. رسیدگی دادگاه کیفری به دعاوی حقوقی زیان‌دیده از جرم، جزء لوازم اجازه طرح دعاوی خصوصی در ضمن دعاوی عمومی از طرف بزه دیده است. در واقع با چنین تدبیری به حمایت حقوقی از بزه‌دیده برخاسته و ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را برای تضمین رسیدگی به دعاوی خصوصی را ضمانت اجرای آن قرار داده است.

دوم: حمایت‌های پیش‌بینی شده در طی فرآیند کیفری

۱- معافیت موقت از پرداخت هزینه دادرسی در دعاوی ضرر و زیان ناشی از جرم
مطالبه ضرر و زیان که به تبع امر جزایی در دادگاه‌های کیفری اقامه می‌شود جنبه مالی دارد؛ و با توجه به صراحت ماده ۵۵۹ قانون آ. د. ک، مدعی خصوصی مکلف است هزینه دادرسی را مطابق مقررات مربوط به امور مدنی بپردازد. اما در همین ماده ذکر شده است در صورتی که مدعی خصوصی نتواند هزینه دادرسی را

پرداخت کند، دادگاه می‌تواند او را از پرداخت هزینه دادرسی برای همان موضوع که مورد ادعاست، به طور موقت معاف نماید. بر اساس همین ماده عدم تادیه هزینه دادرسی از سوی مدعی خصوصی نمی‌تواند علت تاخیر در رسیدگی کیفری باشد ملاحظه می‌شود که قانونگذار برای زیان‌دیده قائل به امتیاز شده است.

۲- امکان مطالبه خسارت

بزه‌دیدگی اغلب با ورود ضرر و زیان بزه‌دیده ملازمه دارد. اگر چه در برخی از جرایم، ضررهای وارد شده بر بزه‌دیده از نوع معنوی است، لکن در بسیاری از موارد بزه‌دیدگان به صورت مستقیم و غیر مستقیم، متحمل ضرر و زیان مادی می‌شوند.

ضررهای وارد شده بر بزه‌دیده شامل مجموعه خسارت‌هایی است که از حین تحقق جرم تا زمان رفع نسبی آثار آن متوجه وی می‌گردد. طبیعی است هزینه‌های درمان، دادرسی و از کار افتادگی بر ضرر و زیان‌هایی که مستقیماً از وقوع جرم ناشی می‌شود، افزوده خواهد شد. (حسینلو، ۱۳۸۴، ص ۱۳۵) از سوی دیگر ضرورت جبران این خسارت‌ها امری ضروری و مورد تأیید عقل و شرع است که در قانون آیین دادرسی کیفری در مواد ۹، ۱۱، ۱۴، ۱۵ و ۱۷ این حق را برای بزه‌دیده قائل و چگونگی مطالبه آن را بیان نموده و دادگاه کیفری را مکلف به رسیدگی و صدور حکم نموده است.

سوم: صدور حکم ضرر و زیان در ضمن حکم کیفری

اصولاً دعاوی و اختلافات مردم بر حسب موضوع آن‌ها به دو دسته کلی امور حقوقی و امور کیفری تقسیم گردیده است و صلاحیت مراجع قضایی نیز بر همین اساس تفکیک شده است. با این حال، ملاحظات علمی و هزینه‌های دادگستری را نیز نباید یکسره از یاد برد.

هنگامی که دادگاه جزایی پس از تحقیقات مقدماتی دادرسی و رسیدگی‌های خود، به ابعاد مختلف اتهام متهم و نتایج آن آگاهی یافته و می‌تواند در مورد مسئولیت کیفری و مجازات او اتخاذ تصمیم نماید قادر به تشخیص و تعیین میزان ضرر و زیان ناشی از عمل متهم نیز خواهد بود.

در چنین مواقعی ممنوعیت دادگاه جزایی از صدور حکم در مورد جنبه‌ی اخیر و هدایت شاکه به سوی دادگاه حقوقی، سبب تصنیع وقت و هزینه اشخاص عادی و مراجع رسمی در تشکیل پرونده‌ای جدید در دادگستری است و این مرجع رسمی قضایی را از رسیدگی به امور مهمتر باز می‌دارد. (شیری، ۱۳۸۶، صص ۴۴-۴۵). در خصوص این موضوع در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ آمده بود که چنانچه دادگاه متهم را مجرم تشخیص دهد نمی‌تواند با وجود حکم محکومیت رسیدگی به دعوی خصوصی را به دادگاه حقوقی احاله کند به عبارت دیگر چنانچه دادگاه جزایی متهم را بی‌گناه و رأی به برائت وی می‌داد مجاز به صدور حکم ضرر و زیان ناشی از جرم نبود بعد از آن با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ با توجه به اینکه در پی تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳ تفکیک صلاحیت دادگاه‌ها به حقوقی و جزایی از میان رفته بود و دادگاه واحد صلاحیت رسیدگی به کلیه امور حقوقی و کیفری را داشت طرح دعوی خصوصی در دادگاهی که به اتهام متهم رسیدگی می‌کرد و صدور حکم ضرر و زیان ناشی از جرم حتی در صورت صدور حکم برائت یا موقوفی تعقیب نیز اشکالی نداشت لیکن برداشت قضات از ماده ۱۲ این قانون با مواد ۱۳ و ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ ابهاماتی بوجود آورد که سرانجام رأی وحدت رویه قضائی شماره ۶۴۹ مورخه ۷/۷/۷۹ به این برداشت اختلاف نظرهای پایان بخشید و دادگاه را مکلف به صدور حکم ضرر و زیان نمود مگر آن که پرونده در این خصوص معد اظهارنظر نباشد که در این صورت پس از تکمیل حکم ضرر و زیان صادر خواهد نمود سرانجام به موجب مواد ۱۴ و ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات ۱۳۹۴ که قوانین قبلی را منسوخ نمود صراحتاً اجازه طرح دعوی خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان‌های مادی، معنوی و ممکن‌الحصول ناشی از جرم به زیان‌دیده و تکلیف دادگاه کیفری را به صدور حکم در این خصوص ضمن حکم در امر کیفری در هر حال تعیین و به اختلاف نظرهای قبلی خاتمه داد.

۲-۲-۲- محکومیت مالی ناشی از نقض تعهد قراردادی

می دانیم که در یک تقسیم بندی جرم به جرم کیفری و جرم مدنی تقسیم می شود جرم کیفری را قبلاً بحث کردیم اما جرم مدنی عبارت است از رفتاری که سبب ورود ضرر نامشروع به دیگری می شود و ضمانت اجرای آن جبران خسارت زیان دیده است». (زراعت، ۱۳۹۲، ص ۴۲) بنابراین، در خصوص جرایم مدنی و یا به تعبیر دقیقتر موارد نقض تعهداتی که خارج از حقوق کیفری است، بحث جبران خسارت قابل طرح است و نه مجازات. اینگونه موارد نقض یا جرم معمولاً به طور تفصیلی در قانون ذکر نمی شوند بلکه در خصوص آنها قاعده ای کلی، بر خلاف جرایم کیفری که در قانون به طور مفصل ذکر می شوند. در این دسته از جرایم ملاک ورود ضرر است. در این دسته از موارد نقض نیازی به رکن روانی و حتی خطا نیست. (زراعت، ۱۳۹۲، ص ۴۲) در خصوص نقض های غیر کیفری، مساله جبران خسارت از اهمیت زیادی برخوردار است. به عبارت دقیقتر، نتیجه دعوی حقوقی این است که در صورت وقوع خسارت، حکم به جبران خسارت داده شود. تحقق جبران خسارت بستگی به این دارد که آیا تقصیر خوانده اثبات شده است یا خیر. در صورت اثبات تقصیر، جبران خسارت نیز ضروری است. به موجب یک اصل کلی حقوقی هر خسارتی که به صورت ناروا وارد می شود، باید جبران گردد. در بحث ما، یعنی اجرای محکومیت های مالی از طریق حقوق کیفری، بیشتر این نوع محکومیت مالی مد نظر است.

در خصوص مسئولیت مدنی و مبنای آن، از سوی علماء و دانشمندان نظریات و دیدگاه های متعددی مطرح شده که عمده ترین این نظریات به شرح ذیل می باشد:

الف: نظریه تقصیر

شخص تنها در صورتی مسئولیت دارد که رابطه علیت بین تقصیر و ضرر وارده اثبات شود. تقصیر در مسئولیت مدنی عبارت است از آن اشتباهی در رفتار که چنانچه شخص محتاطی در همان شرایط خارجی قرار داشت آن را مرتکب نمی شد و خسارتی وارد نمی ساخت. بر همین اساس است که قانون مسئولیت مدنی در ماده اول خود به طور صریح اصل تقصیر را پذیرفته است و تفاوتی بین اتلاف و تسبیب نگذاشته است ولی در توجیه این نظریه که در این قانون بکار رفته است می گوید: این نظریه انسانی تر، اخلاقی تر و منصفانه تر است زیرا اخلاق و انصاف حکم می کند که فقط کسی را مسئول بشناسیم که در اثر تخطی از ضوابط و معیارهای اجتماعی زبانی به بار آورده باشد (صفایی، ۱۳۵۵، ص ۲۲۹) بر مبنای این نظر برای اینکه زیان دیده بتواند جبران خسارت خود را مطالبه نماید باید ثابت کند که ضرر وارده ناشی از تقصیر غیر بوده است از نظر برخی از حقوقدانان تقصیر عبارت است از اشتباه در رفتار که به فاعل آن قابل استناد و انتساب باشد (لوراسا، ۱۳۷۵، صص ۱۹ و ۱۸) همچنین برخی نیز گفته اند که تقصیر عبارت است از: «انجام عملی که شخص نباید مرتکب شود (تعدی) یا ترک عملی که شخص می بایست انجام دهد (تفریط)». (صفایی، ۱۳۵۵، ص ۵۳۶)

بنابراین، می توان گفت براساس تعریف های ارائه شده، ضابطه و ملاک در بایدها و نبایدها رفتار انسانی متعارف است که در همان شرایط در حادثه قرار گرفته است که اصطلاحاً به این ضابطه، ضابطه نوعی تقصیر گفته می شود که به موجب این نظریه تقصیر مفهوم نوعی و اجتماعی دارد تا مفهوم شخصی، به عبارتی برای اثبات تقصیر مرتکب ایراد ضرر، به اوضاع و احوال درونی وی توجه نمی شود، بلکه معیار را رفتار شخصی معقول و محتاط می گیرند. و بدون ملاحظه اوضاع و احوال خارجی بررسی می گردد. اگر رفتار مرتکب، مانند رفتار شخصی، محتاط و معقول نبوده، مرتکب تقصیر شده است. با این تعریف از تقصیر، موجب می شود که افراد مختل المشاعر و اشخاص حقوقی، با افراد دارای قصد، در مسئولیت یکسان فرض شوند. (لوراسا، ۱۳۷۵، ص ۵۳)

اشخاصی چون مجانین، صغار و اشخاص حقوقی فاقد مسئولیت می باشند. این ایراد سبب شده که حقوقدانان عنصر روانی تقصیر را کنار گذاشته و مفهوم تقصیر را نوعی (objective) و اجتماعی بدانند. به این خاطر که حقوق، وسیله کشف واکنش های وجدانی اشخاص را ندارد پس ناچار اماره ای لازم است که این اماره می تواند دآوری عینی و رفتار انسانی متعارف و محتاط باشد و اما این شرط موجب خلط مسئولیت کیفری و مدنی خواهد شد. (لوراسا، ۱۳۷۵، ص ۱۸) در خصوص اشخاص غیر ممیز، اصل، عدم مسئولیت

است. بر این اساس وضعیت روحی و روانی افراد زیانکار باید مورد ارزیابی قرار گیرد که از این ضابطه، به ضابطه‌ی شخصی (subjective) تعبیر شده است. (نقیبی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶) در فقه اسلامی نیز مبنای ضمان تعدی عرفی قلمداد شده است. بنابر این، می‌توان گفت که ضابطه حقوق اسلامی نظریه‌ی نوعی است. قانون مدنی در مواد ۹۵۱، ۹۵۲، ۹۵۳، ۱۲۱۶ معیار نوعی را پذیرفته است. (لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۱۰۵۳) با توجه به مجموع این مواد قانونی در هر دو قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی می‌توان گفت: تقصیر از دیدگاه حقوق موضوعه ایران عبارت است از انجام کاری که شخص به حکم قانون، قرار داد یا عرف می‌باید انجام می‌داده است و نداده است و یا خودداری از انجام کاری که به موجب منابع یاد شده ملزم به انجام آن بوده است.

در مجموع می‌توان گفت حقوق ایران تقصیر را به دو نوع عمدی و غیر عمدی توصیف کرده است. تقصیر زمانی عمدی است که شخص به قصد اضرار به دیگری مرتکب آن شود. در این حالت وقتی عمدی است که شخص به قصد اضرار به دیگری مرتکب آن شود. در این حالت هم کار ناشایسته به عمد انجام شده و هم نتیجه حاصله از آن کار مقصود مرتکب است. ولی در تقصیر غیر عمدی شخص قصد زیان زدن به دیگری را ندارد ولی در نتیجه‌ی غفلت و بی احتیاطی سبب ورود ضرر به او می‌شود. (فتحعلی پور، ۱۳۷۶، ص ۵۲)

ب: نظریه خطر

براساس این نظریه، درست یا نادرست بودن عمل تاثیری در مسئولیت ندارد. زیانکار باید زیان حاصل از فعل خویش را جبران کند منصرف از اینکه، فعل سبب ایجاد زیان، درست باشد یا نادرست. این نظریه به مفهوم تازه خود از پدیده‌های فکری قرن بیستم و پیامد انقلاب صنعتی و نظریه‌های فلسفی است که از اواخر قرن نوزدهم آغاز شد و هنوز هم ادامه دارد. (دکتر کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۱۱۸)

بر اساس این نظریه هرکسی که به فعالیتی بپردازد، محیط خطرناکی را برای دیگران بوجود می‌آورد و چنین کسی که از این محیط منتفع می‌شود، باید زیان‌های ناشی از آنرا نیز جبران کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، صص ۲۳ و ۲۴) به عبارت دیگر در این نظریه گفته می‌شود که برای مسئول دانستن شخص حتماً نیازی نیست که شخص در انجام عمل خسارت‌بار مرتکب تقصیری شده باشد، بلکه همینکه از عمل خطر آفرین او، خسارتی ببار آید، شخص خواه در انجام آن عمل مرتکب تقصیری شده یا نشده باشد، مسئول بوده و باید خسارت وارده را جبران نماید.

در هر صورت، طرفداران این نظریه خطر معتقدند چون براساس این نظریه در دعاوی جبران خسارت زیان دیده بار اثبات تقصیر را به عهده ندارد و دادرس با احراز رابطه‌ی علیت بین فعل زیانبار و زیان موجود حکم به جبران آن می‌کند دعاوی آسانتر به هدف می‌رسد.

۲-۲-۲- محکومیت مالی ناشی از ضمان قهری

ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در ادبیات حقوقی، تعهد، بودن شیئی برعهده دیگری و برعهده گرفتن و شیئی را در عهده قرار دادن تعریف شده است. از حیث اصطلاحی، ضمان عبارت است از التزام اختیاری یا قهری کسی به پرداخت مالی به دیگری و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از این‌که به اختیار باشد یا به موجب قانون. پس التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون. ضمان ناشی از قرارداد اختیاری و ارادی است و به آن «ضمان عقدی» گویند، مانند ضمان ناشی از عقد ضمان؛ اما چنانچه قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان حکم قانون باشد، آن ضمان، ضمان قهری است، همانند ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ضمان ید.

به این اعتبار ضمان بر ۲ نوع است؛ ضمان عقدی و ضمان قهری. قسم دیگر ضمان، ضمان معاوضی است که آن هم ناشی از عقد می‌باشد؛ اما بر خلاف ضمان عقدی، اثر مستقیم عقد نیست.

هرگاه مسؤولیت مدنی ناشی از تخلف قراردادی نباشد به آن «ضمان قهری» گویند. مهمترین مبنای چنین مسؤولیتی عبارت است از الف) قاعده لاضرر: در اسلام احکامی که موجب ضرر و ضرار باشد، وجود ندارد. به دیگر سخن خداوند راضی به ضرر بندگان نیست چه آن ضرر از جانب خدا باشد یا از جانب

انسان‌ها به هم. (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۱). ب) هر گاه مسؤولیت مدنی ناشی از تخلف قراردادی نباشد به آن «ضمان قهری» گویند. مهمترین مبانی چنین مسؤولیتی عبارت است از:

الف: قاعده لاضرر

در اسلام احکامی که موجب ضرر و ضرار باشد، وجود ندارد. به دیگر سخن خداوند راضی به ضرر و بندگانش نیست چه آن ضرر از جانب خدا باشد یا از جانب انسان‌ها به هم. (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۱). مهمترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار، منبع چهارم فقه یعنی عقل است. علاوه بر عقل که به موازات ادله و مدارک دیگر بر حاکمیت و اعتبار قاعده لا ضرر گواهی می‌دهد، مستندات و مویدات قاعده «لاضرر و لاضرار»، از جمله آیات زیر است:

در این آیه خداوند می‌فرماید: «و اذا طلقتم النساء فبلغن.....». هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده آنان نزدیک به آخر رسید یا آنان را به نیکی نگه دارید و یا آنان را به نیکی آزاد بگذارید و هرگز روا نیست که به قصد اذیت و آزار به آنان رجوع کنید و به حقوق ایشان تعدی نمایید کسی که چنین عملی را انجام دهد بر خود ظلم کرده است.

همچنین این آیه که «والذین اتخذوا مسجداً ضراراً و کفراً». آن مردم منافقی که مسجدی را برای زیان رساندن به اسلام برپا کردند و مقصودشان کفر و عناد و تفرقه بین مسلمین و مساعدت با دشمنان دیرینه خدا و رسول بود و با این همه قسم‌های موکد یاد می‌کنند که ما جز قصد خیر و توسعه اسلام غرضی نداریم خدا گواهی می‌دهد که محققاً دروغ می‌گویند.

امام خمینی (ره) در این مورد فرموده است: منافقین قصد نداشتند مالی را تلف کنند یا صدمه بدنی به کسی بزنند بلکه فقط می‌خواستند ابو عامر را در آن مستقر نمایند و عقاید مسلمانان را مشوش سازند و آن‌ها را به زیان نفاق و تفرقه و مکروه روحی گرفتار کنند. (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵) با توجه به آیه و همچنین گفتار امام خمینی (ره) منظور منافقین ایراد خسارت معنوی بر مسلمانان بود. علاوه بر آیات، می‌توان به برخی از روایات نیز مراجعه کرد. در خصوص قاعده «لاضرر و لاضرار» روایات فراوانی است از جمله روایت مربوط به سمره بن جندب که تردیدی در صدور آن وجود ندارد.

ب: قاعده غرور

یکی از قواعد فقهی قاعده غرور است و آن عبارت است از: هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث گول خوردن شخص دیگری بشود و ضرر و زبانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارده بر آید. شخص اول را «غار» و شخص دوم را «مغرور» و این قاعده را «غرور» گویند. باید توجه داشت که در تعریف فوق گفته نشد «هر کس دیگری را گول بزند» بلکه گفته شد «اگر از شخص عملی صادر گردد که آن عمل موجب ضرر بر دیگری بشود» یعنی در این تعریف لازم نیست که شخص اول قصد نیرنگ و خدعه داشته باشد حتی ممکن است خودش هم از دیگری گول خورده باشد. بلکه همین مقدار که از او فعلی صادر شود که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق عنوان غرور کافی است (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۷۱).

ج: قاعده اتلاف

مبنای قاعده اتلاف آیه شریفه ۱۹۰ از سوره مبارکه بقره است که می‌فرماید: «فمن إعتدى علیکم فإعتدوا علیه بمثل ما إعتدى علیکم» و مفهوم این قاعده آن است که هر گاه شخصی مال دیگری را بدون اذن و رضای او نابود و تلف سازد این ماده به وجود اعتباری خود در عهده و ضمان وی قرار می‌گیرد و باید از عهده آن بیرون آید. (جابری عربلو، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، ص ۳۲). قاعده اتلاف بین فقهاء و حقوقدانان به قاعده «من اتلف مال غیر فهوله ضامن» شهرت دارد که این قاعده به طور دقیق عبارت است از «من اتلف مال الغير بلا اذن منه فهوله ضامن» می‌باشد معمول است که قاعده اتلاف و تسبیب را دو قاعده می‌شمارند ولی بعد از تحقیق در مباحث به این نتیجه می‌رسیم که هر دو یک قاعده هستند لیکن اتلاف به دو شکل صورت می‌پذیرد که شامل اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب است.

د: قاعده تسبیب

وارد کردن ضرر به مال غیر که فعل منشاء ضرر به وسیله خود فاعل به هدف هدایت نشده باشد بلکه بر اثر تقصیر یا بی‌مبالاتی و غفلت و عدم احتیاط وی ضرر متوجه غیر گردد، موضوع قاعده فوق است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۱۵۱) در تفاوت اتلاف و تسبیب باید گفت در اتلاف شخص مستقیماً باعث اتلاف مال می‌گردد ولی در تسبیب عمل مسبب مستقیماً باعث از بین رفتن مال دیگری نمی‌شود بلکه مع الواسطه سبب می‌شود، مال غیر از بین برود، اتلاف مانند اینکه شخص مال منقول یا غیر منقول دیگری را مباشرتاً آتش بزند و بسوزاند و تسبیب مانند اینکه شخص در مسیر عام چاهی حفر کند و دیگری در آن بیفتد و بمیرد. (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۷۳ ص ۱۱۹) جبران خسارت معمولاً هنگامی ضرورت پیدا می‌کند که وارد کننده زیان، مقصر باشد و تقصیر عبارت است از «سهل انگاری و مسامحه در حفظ چیزی» (فیض، ۱۳۹۵، ص ۲۹۳) و قاعده استیمان، احسان و اقدام به این شرط تأکید دارند. مطابق قاعده استیمان بر امین جبران خسارت واجب نیست مگر اینکه تعدی و تفریط کرده باشد؛ «لیس علی الامین الا بالتعدی و التفریط». در توضیح قاعده احسان باید گفت که فقها در میان خود به این نکته عنایت دارند که: «لیس علی المحسن الضمان و لیس علی المحسن الا الیمین و کل من صدق علیه عنوان المحسن لا سبیل علیه» و ضامن کردن محسن نیز اسائه و سبیل است. آیه شریفه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» نیز حکم می‌کند به اینکه هر کس محسن است نباید به او اسائه کرد. صاحب جواهر در مسأله ودیعه می‌گوید اگر ودعی گفت که من فلان مال را در فلان جا حفظ کردم ولی به آفت آسمانی تلف شد، مورد تصدیق قرار می‌گیرد و نیازی به اقامه بیینه نیست؛ زیرا محسن است و محسن امین است و ید او از طرف شارع مقدس ید مأذونه است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ص ۲۸۱) مبنای قاعده فوق علاوه بر نسبت عقل و اجماع آیه ۹۱ سوره مبارکه توبه است که می‌فرماید: «ما علی المحسنین من سبیل و الله غفور رحیم». (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۲۶۴) همچنین مطابق قاعده اقدام کسیکه به زیان خویش عملی انجام دهد، مستحق جبران خسارت نیست و مستند آن روایت «لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه» است. (کاتوزیان، ۱۳۶۲، ص ۹۶).

۳- حبس به مثابه ضمانت اجرای کیفری اجرای محکومیت‌های مالی

بر اساس ماده ۲۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴) «کلیه محکومیت‌های مالی از جمله دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم، رد مال و امثال آن‌ها جز محکومیت به پرداخت جزای نقدی، مشمول این قانون خواهند بود». بنابراین، آنچه در این قانون ذکر شده اصولاً همه محکومیت‌های مالی را در بر می‌گیرد. در ادامه به بررسی ضمانت‌اجراهایی پرداخته می‌شود که قانونگذار برای اجرای محکومیت‌های مالی پیش‌بینی کرده است. پر واضح است که منظور اجرای این محکومیت‌ها از منظر حقوق کیفری است.

۳-۱- معنای لغوی و اصطلاحی حبس

حبس از نظر لغوی معانی متعددی دارد. برای نمونه، در فرهنگ عمید حبس به معنای بازداشتن، بازداشت، زندانی کردن و زندان آمده است (عمید، ص ۷۷۲) (فیروزآبادی در قاموس می‌نویسد: «حبس به معنای مانع شدن است و اسم مکان محبس بر وزن مفعل می‌باشد»). (فیروزآبادی، ص ۲۰۵). بنابراین، به طور کلی حبس از نظر لغوی به معنای منع و محدود ساختن شخص و جلوگیری از رفت و آمد و تصرفات آزادانه او می‌باشد.

معنای اصطلاحی این کلمه چندان از معنای لغوی دور نمی‌باشد. در حقوق جزا حبس عبارت است از سلب آزادی و اختیار در مدت معین و یا نامعین که در آن زمان حالت انتظار و ترخیص نباشد و گرنه توقیف (= بازداشت) خوانده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۴۱). بنابراین، می‌توان تفاوت‌های بازداشت و حبس را به شرح زیر بیان کرد:

۱- در بازداشت حالت انتظار و ترخیص وجود دارد لکن در حبس اینگونه نیست.

۲- مدت توقیف کوتاه‌تر از مدت حبس است.

۳- توقیف شامل متهم و مظنون به ارتکاب جرم است لکن حبس مختص به محکوم (یا مجرم) است.

۴- عمل حبس محکم‌تر و مضبوط‌تر از بازداشت است ولی توقیف بیشتر به صورت دستگیر کردن و در محلی تحت مراقبت و محافظت قرار دادن است.

در خصوص مفهوم زندان از دیدگاه شرع در کتاب خطط مقریزی در مورد تعریف زندان نوشته شده است که: «زندان از دیدگاه شرع، محبوس کردن در یک مکان محدود (ضیق) نمی‌باشد، بلکه عبارت است از اینکه شخص بازداشت شود و از تصرفات آزادانه ممنوع گردد، حال این بازداشت ممکن است در خانه‌ای باشد و یا در مسجدی و یا از این طریق که فرد مورد نظر را زیر سرپرستی اجباری خود در آورد و یا اینکه بر او وکیل یا مأموری بگمارد که در همه جا با او باشد و از او جدا نشود. به همین سبب رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) زندانی را اسیر نامیده است». (المقریزی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳۵، ص ۲۳۳).

لازم به توضیح است که در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بکار بردن واژه حبس بجای واژه بازداشت به دلیل «امتیازات و امکانات مترتب بر حبس در مقابل بازداشت از حیث تأمین اعتبار و اخذ بودجه و جهت دیگر بوده است.» (بهرامی، بهرام و محمدرضا بهرامی، ۱۳۹۵، ص ۲۷)

از حیث تاریخی می‌توان گفت که حبس سابقه بسیار طولانی در نظام‌های حقوقی دارد. در حقوق رم، در صورتی که بدهکار قادر به ادای دین خود نبود، به درجه بندگی و بردگی تنزل می‌یافت و طلبکار حق داشت او را بفروشد یا بکشد. (نراقی، ۱۳۳۹، ص ۲۵-۲۷) بعلاوه، در یونان و رم باستان نیز شیوه دیگری در خصوص رفتار با بدهکار وجود داشت. از جمله اینکه اگر مدیون نمی‌توانست دین خود را پرداخت نماید، طلبکار حق داشت او را تا استهلاك معادل طلبش برده خود نماید و یا بکار وادار نماید و مجازات‌های سخت بر وی تحمیل نماید. (قربانی، ۱۳۶۷، صص ۲۰۰ و ۲۰۱)

در ایران باستان اگر فرد نمی‌توانست بدهی خود را پرداخت نماید جریمه یا زندانی می‌شد و آنقدر او را نگاه می‌داشتند تا خویشاوندان و دوستان وی پول لازم را جمع‌آوری کرده و موجبات آزادی او را فراهم نمایند. (صانعی، ۱۳۷۴، ص ۱۳۲) در مجموع در ایران باستان مجازات زندان کمتر اعمال می‌شد و علت آن شاید عدم شناسایی زندان به منزله مجازات بود. (نوربها، ۱۳۷۸، ص ۹۲) مطابق مقررات فقهی نیز در صورتی که مدیون نتواند دین خود را پرداخت نماید تا زمان اثبات اعسار حبس می‌شود. (مکی العاملی، ۱۴۱۱ ه. ق، ص ۱۱۵) در حقوق مدرن ایران، اولین مقررات که در این خصوص به تصویب رسیده، مواد چهارگانه قانون اجرای احکام دادگاه‌ها بود که با عنوان «راجع به اجراء» مورد پذیرش قرار گرفت. این چهارماده در قانون تسریع محاکمات در سوم و دوازدهم تیر ماه ۱۳۰۹ به تصویب مجلس شورای ملی رسید.

۲-۳- شرایط حبس

بر اساس ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: اگر استیفای محکوم‌به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد محکوم‌علیه به تقاضای محکوم‌له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته‌شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم‌له حبس می‌شود. چنانچه محکوم‌علیه تا سی روز پس از ابلاغ اجرائیه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خویش را اقامه کرده باشد حبس نمی‌شود، مگر اینکه دعوای اعسار مسترد یا به موجب حکم قطعی رد شود.

بموجب تبصره ۱ این ماده «چنانچه محکوم‌علیه خارج از مهلت مقرر در این ماده، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خود را اقامه کند، هرگاه محکوم‌له آزادی وی را بدون اخذ تأمین بپذیرد یا محکوم‌علیه به تشخیص دادگاه کفیل یا وثیقه معتبر و معادل محکوم‌به ارائه نماید، دادگاه با صدور قرار قبولی وثیقه یا کفیل تا روشن شدن وضعیت اعسار از حبس محکوم‌علیه خودداری و در صورت حبس، او را آزاد می‌کند. در صورت ردّ دعوای اعسار به موجب حکم قطعی، به کفیل یا وثیقه‌گذار ابلاغ می‌شود که ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ واقعی نسبت به تسلیم محکوم‌علیه اقدام کند. در صورت عدم تسلیم ظرف مهلت مذکور حسب مورد به دستور دادستان یا رئیس دادگاهی که حکم تحت نظر آن اجراء می‌شود نسبت به استیفای محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی از محل وثیقه یا وجه‌الکفاله اقدام می‌شود. در این مورد دستور دادگاه ظرف مهلت ده روز پس از ابلاغ واقعی قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر است. نحوه صدور قرارهای تأمینی مزبور، مقررات اعتراض نسبت به دستور دادستان و سایر مقررات مربوط به این دستورها تابع قانون آیین دادرسی کیفری است.» تبصره ۲ همین ماده مقرر می‌دارد: «مقررات راجع به تعویق و موانع اجرای

مجازات حبس در خصوص کسانی که به استناد این ماده حبس می‌شوند نیز مجری است». بنابراین، نظر به ماده فوق می‌توان گفت در صورت احراز شرایط زیر امکان حبس محکوم علیه وجود دارد.

۱-۲-۳- عدم دسترسی به مال

در صورتی که محکوم علیه قادر به پرداخت دین خود نباشد یا مالی نتواند معرفی کند و یا محکوم له نتواند مالی را از وی معرفی نماید، می‌توان گفت همه این‌ها از مصادیق عدم دسترسی به مال است. بنابراین، باید برای دادگاه احراز شود که دسترسی به مال وجود ندارد. گاهی محکوم علیه با مخفی نمودن اموال یا خارج کردن آن‌ها از دسترس محکوم له، باعث می‌شود تا محکوم له نتواند به طلب و خواسته خود دسترسی داشته باشد و به این ترتیب حکم صادره مبنی بر محکومت بدون اثر اجرایی خواهد بود. در اینجا لازم است که قانونگذار ضمانت اجرای غیر مستقیمی را پیش‌بینی نماید تا مقاومت نامشروع محکوم علیه را بشکند و در جهت اجرایی کردن حکم به محکوم له کمک نماید. بنابراین، یکی از این ضمانت‌های غیر مستقیم رای، حبس محکوم علیه مستنکف می‌باشد که قانونگذار ضمن مشروع دانستن آن، شرایطی را جهت اعمال آن پیش‌بینی نموده است. (جهانیان، ۱۳۹۵، ص ۳۱).

۲-۲-۳- درخواست محکوم له مبنی بر حبس محکوم علیه

برای آن که بتوان محکوم علیه را حبس کرد، علاوه بر شرط عدم دسترسی به مال، محکوم له باید درخواست نماید که محکوم علیه حبس شود. این در حالی است که در سابق، خصوصاً در ماده ۱۳۹ قانون تعزیرات ۱۳۶۲، بدون درخواست محکوم له یا شاکی خصوصی و به صرف محکومیت به رد مال، بازداشت بدل از رد مال اعمال می‌گردید. البته تبصره ماده مزبور در جهت رفع ابهام مقرر می‌دارد در صورتی که محکوم علیه نسبت به محکومیت مالی، مدعی اعسار شود به درخواست محکوم له تا احراز اعسار در حبس باقی می‌ماند. (جهانیان، ۱۳۹۵، ص ۲۵) با این حال، در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴) تقاضای محکوم له مبنی بر حبس محکوم علیه ضروری است.

۳-۲-۳- معسر نبودن محکوم علیه

از دیگر شرایط حبس محکوم علیه این است که محکوم علیه معسر نباشد. صرف اقامه دعوای اعسار می‌تواند مانع از حبس شود. به عبارت دقیق‌تر، بمحض ارایه صورت اموال و تقدیم دادخواست اعسار مرجع اجرا کننده حکم از حبس محکوم علیه اجتناب خواهد نمود و در صورتی که محکوم علیه در حبس باشد، باید آزاد شود. این امر می‌تواند از نقاط قوت قانون محکومیت‌های مالی محسوب گردد.

۴-۲-۳- حبس تا زمان تادیه

از دیگر شرایط مربوط به حبس بدهکار مالی، شرط زمانی است. منظور این است که محکوم علیه تا زمان تادیه دین خود در حبس می‌ماند. به عبارت واضح‌تر، به محض تادیه دین و بدهی خود آزاد می‌شود. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۵۱ بازداشت مدیون را در قبال هر نوع بدهکاری امکان‌پذیر می‌دانست. پس از آن در سال ۱۳۵۲ با تصویب قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی، ممنوعیت بازداشت افراد بدهکار که بدهی آن‌ها عنوان جزای نقدی ندارد، مورد توجه قانونگذار قرار گرفت. در صدر این ماده واحده پیش‌بینی شده بود: «از تاریخ اجرای این قانون جز در مورد جزای نقدی هیچکس در قبال عدم پرداخت دین و محکوم به و تخلف از انجام سایر تعهدات و الزامات مالی توقیف نخواهد شد و کسانی که به این جهات در توقیف باشند، آزاد می‌شوند.» در حقیقت پیش‌بینی این ماده به جهت منطبق ساختن قانون داخلی با تعهدات بین‌المللی دولت بود. در این خصوص لازم به ذکر است که ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶ میلادی) که دولت ایران در سال ۱۳۵۴ تصویب

نمود مقرر می‌داشت: «هیچکس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست، زندانی کرد.»

پس از پیروزی انقلاب، قانونگذار در دو مرحله بازداشت بدهکار را مورد توجه قرار داد. نخست در قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ بود که محکومان مالی را که بدهی آنها ناشی از جرم بود، به لحاظ عدم پرداخت بدهی مستوجب بازداشت می‌دانست. در ماده ۱۳۹ این قانون چنین مقرر شده بود که: «در کلیه مواردی که محکوم علیه علاوه بر محکومیت کیفری، محکوم به رد عین یا مثل آن شده باشد، ملزم به رد عین یا مثل یا قیمت محکوم به، به محکوم له خواهد بود و در صورت امتناع محکوم علیه از اجرای حکم، دادگاه می‌تواند با فروش اموال محکوم علیه حکم را اجرا یا تا استیفای حقوق محکوم له، محکوم علیه را در حبس نگهدارد...».

دوم، در سال ۱۳۷۷ قانونگذار با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، قانون سال ۱۳۵۱ را تایید نمود و برای بدهکارانی که بدهی آنها منشاء حقوقی دارد، مجازات حبس را در نظر گرفت. با این حال، تصویب چنین مقرراتی مغایر با تعهدات بین‌المللی دولت می‌باشد. از این رو، حبس افراد به خاطر عدم اجرای تعهدات و الزامات مالی قراردادی موجد مسئولیت بین‌المللی دولت است.

دستاوردهای قانون اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در خصوص حبس محکومین مالی علیرغم اینکه این قانون حبس محکومین مالی و خسارت‌های ناشی از جرم را به طور عام پذیرفته است لیکن به نوعی سعی در عدم اجرای حبس این افراد داشته و تمهیداتی برای جلوگیری از حبس بیان که به طور اختصار به شرح آن پرداخته می‌شود:

۱- در ابتدا شخص به دلیل امتناع از پرداخت بدهی حبس نمی‌شود بلکه اجرای احکام دادگستری موظف شده که تحقیقات و بررسی‌های لازم را در جهت شناسایی اموال محکوم علیه انجام و محکوم به را از آن وصول نماید.

۲- مکلف کردن اداره ثبت و اسناد و املاک شهرداری‌ها، راهنمایی و رانندگی و سایر مراجعی که به نحوی اطلاعاتی در مورد اموال افراد دارند به پاسخ دادن استعلام مراجع قضایی در این خصوص تا در صورت وجود مال و وصول محکوم به از زندانی کردن محکوم علیه خودداری شود.

۳- چنانچه محکوم علیه اموالی نداشته باشد یا بتواند اموالی از خود معرفی کند ظرف ۳۰ روز مهلت داده تا تقاضای اعسار بدهد لذا تا زمانی که دادگاه در این خصوص اظهارنظر نکرده و حکم صادر نشده باشد محکوم علیه بازداشت نخواهد شد.

۴- اگر شخصی به موجب حکم دادگاه محکوم به پرداخت مالی شود چنانچه بابت آن بدهی مالی اخذ نکرده مانند دپه ناشی از تصادفات و یا مهریه سنگین اگر در سابق دارا نبوده و محکوم له نتواند ثابت کند که مال دارد بابت چنین مواردی حبس نخواهد شد.

۵- چنانچه محکوم له آزادی محکوم علیه را بدون اخذ تأمین بپذیرد یا محکوم علیه به تشخیص دادگاه کفیل و یا وثیقه معتبر معادل محکوم به ارائه نماید دادگاه با صدور قرار قبولی وثیقه یا کفیل تا مشخص شدن وضعیت اعسار محکوم علیه از حبس وی خودداری می‌کند.

۶- مقررات راجع به تعویق و موانع اجرای حبس را نیز در خصوص این اشخاص مجری دانسته است.

۷- تقاضای حق استفاده از ماده ۳ این قانون برای حبس محکوم علیه را فرع بر درخواست شناسایی اموال و عدم شناسایی اموال برای محکوم له در نظر گرفته است.

۸- بازداشت محکوم علیه را تحت شرایطی صرفاً در امور مالی مجری دانسته و به موارد دیگری از جمله استرداد اسناد و مدارک تسری نداده است.

ملاحظه می‌شود که این قانون نسبت به قوانین قبلی توسعه‌یافته و قدم‌های مثبتی برداشته تا ضمن ضمانت اجرای حبس برای وصول محکوم به حتی الامکان از حبس افراد خودداری و از راه‌های دیگر احصاء شده در این قانون از جمله موارد فوق‌الذکر نسبت به وصول محکوم به اقدام تا از طرفی حق محکوم له وصول و از طرف دیگر نیز از بار هزینه‌های نگهداری اینگونه محکومین به بیت‌المال و آثار و عواقب منفی آن جلوگیری به عمل آید.

- نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه راجع به نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴
- ۱- نظریه شماره ۷/۹۴/۱۶۱۹ مورخ ۹۴/۶/۲۳: محکومیت به استرداد اسناد و مدارک، از شمول ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام خارج است و در صورت امتناع محکوم علیه از استرداد آن؛ نمی‌توان وی را بازداشت نمود، زیرا ماده مذکور ناظر به محکومیت به پرداخت مال است
- ۲- نظریه شماره ۷/۹۴/۲۲۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۳ اداره کل حقوق قوه قضائیه: در فرضی که محکوم علیه به صورت تضامنی محکوم به پرداخت محکوم به در حق محکوم له شده‌اند، پذیرش درخواست محکوم له مبنی بر رفع توقیف اموال یکی از محکوم علیهم و توقیف مال محکوم علیه دیگر معادل محکوم به، با منع قانونی مواجه نیست، اما امکان بازداشت محکوم علیه‌ای که از مال وی رفع توقیف شده است، وجود ندارد؛ زیرا به هر حال از وی، مال معرفی شده است.
- ۳- نظریه شماره ۷/۹۴/۱۷۱۹ مورخ ۱۳۹۴/۶/۳۱: ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ با عنایت به مواد ۱ و ۲ آن قانون فقط ناظر به مواردی است که طبق حکم قطعی دادگاه؛ محکوم علیه محکوم به پرداخت مالی شده باشد. چه به صورت استرداد عین با قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه اگر تأدیه نکند و مالی هم از وی دسترس نباشد، در صورت تقاضای محکوم له و با رعایت سایر شرایط مقرر در قانون به دستور دادگاه؛ حبس می‌شود. ولی در فرض مطروحه با توجه به اینکه حکم دادگاه ناظر به محکومیت خوانده به انجام عمل معینی است، نه پرداخت وجه نقد و محاسبه قیمت انجام عملی که محکوم علیه از اجرای آن امتناع دارد. در اجرای ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی است، لذا وصول هزینه‌های انجام عمل موضوع ماده ۴۷ یاد شده از شمول ماده ۳ قانون صدرالذکر خارج است.
- ۴- نظریه شماره ۷/۹۴/۱۹۹۶ مورخ ۱۳۹۴/۷/۱۹: مطابق مواد ۲ و ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، اگر استیفای محکوم به از طرق پیش‌بینی شده در این قانون، ممکن نگردید، محکوم علیه به تقاضای محکوم له تا پذیرفته شدن اعسار وی، حبس می‌شود و در صورت اثبات اعسار، مجوزی برای حبس وی وجود ندارد. بنابراین، در فرض سؤال چنانچه محکوم علیه دارای محکومیت‌های متعدد به نفع محکوم له واحد باشد، در صورت اثبات اعسار وی در خصوص یکی از محکومیت‌ها، به طریق اولی نسبت به سایر محکومیت‌های نیز معسر است، چرا که وقتی قادر به پرداخت دین (محکوم به) موضوع حکم اعسار نیست، قادر به پرداخت دیون دیگر که مازاد بر آن است، نیز نمی‌باشد و چون محکوم له، واحد است، طرح دعوای دیگر اعسار به طرفیت وی به دلیل استماع دفاعیات وی (محکوم له) در دعوای اعسار اول، امری عبث است.
- ۵- نظریه شماره ۷/۹۴/۱۹۴۰ مورخ ۱۳۹۴/۷/۱۳: مقنن در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، یکی از شروط جواز بازداشت محکوم علیه را عدم طرح دعوی اعسار ظرف سی روز پس از ابلاغ اجرائیه بر شمرده است. بنابراین در فرض سوال تا زمانی که مهلت سی روزه مزبور منقضی نشده و مشخص نشود محکوم علیه، دعوای اعسار مطرح کرده است یا خیر، امکان بازداشت وی وجود ندارد.
- ۶- نظریه شماره ۷/۹۴/۳۴۰۱ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۸: مطابق تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، چنانچه محکوم علیه خارج از مهلت سی روزه؛ دعوای اعسار اقامه نماید؛ در صورت معرفی کفیل یا وثیقه معتبر معادل محکوم به و یا صدور قرار قبولی توسط دادگاه، حبس نخواهد شد یا اگر در حبس باشد آزاد می‌گردد و با عنایت به ذیل این تبصره، نحوه صدور قرارهای تأمین مزبور تابع مقررات قانون آیین دادرسی کیفری می‌باشد. بنابراین، دادگاه ابتدا باید قرار تأمینی از نوع وثیقه یا کفالت صادر نماید و مراتب به محکوم علیه (مدعی اعسار) جهت معرفی کفیل یا وثیقه معتبر ابلاغ نماید، چنانچه وی وثیقه یا کفیل معتبر به تشخیص دادگاه معرفی کند، دادگاه با صدور قرار قبولی از حبس محکوم علیه خودداری یا در صورت حبس وی را آزاد می‌نماید.

۴- نتیجه گیری و پیشنهادات

افراد انسانی برای زیست بهتر و حل مشکلات خود نیاز به روابط اجتماعی و اقتصادی دارند. بخشی از این روابط، روابط مالی می باشد. در اثر این داد و ستدهای مالی، گاهی برخی از افراد به شرایط خاص خود و شرایط بازار ممکن است در مقابل فرد دیگری بدهکار شوند. منشاء این بدهی می تواند عوامل مختلفی داشته باشد. همانگونه که در متن اشاره شده گاه این بدهی به واسطه ارتکاب جرم است که در نتیجه آن قربانی متحمل ضرر و زیان می شود و مجرم علاوه بر مجازات، به پرداخت غرامت بابت خسارات واقع شده در اثر جرم محکوم می گردد. گاهی بدهکاری ناشی از نقض یک تعهد قراردادی است و گاهی هم ناشی از ضمان قهری است.

در هر حال، در صورتی که به هر یک از دلایل فوق فردی در یک دادگاه صالح و بر طبق قانون ملزم به پرداخت مالی نسبت به فرد دیگری شود و از این طریق دینی بر ذمه او حاصل شود، می گوئیم نوعی محکومیت مالی وجود دارد. همواره اجرای احکام محکومیت های مالی آسان نیست. بعلاوه، این که صرفاً محکومیت مالی کافی نخواهد بود، بلکه لازم است تا اجرائیه حکم در جهت عملی کردن آن نیز صادر شود. در همین راستا، قانونگذار قانونی را با نام اجرای محکومیت های مالی در سال ۱۳۹۴ به تصویب رسانیده است. این قانون می تواند ضمانت اجراهای مختلفی را برای دستیابی محکوم له به خواسته خود فراهم سازد. قانونگذار در این قانون، با بیان برخی شرایط، پیش بینی کرده است که بدهکار حبس شود. این شرایط در متن مقاله مورد بررسی قرار گرفت اما پیش بینی مجازات حبس برای کسی که توانایی پرداخت بدهی خود را ندارد، با دو مشکل اساسی حقوقی مواجه است:

نخست این که پیش بینی مجازات حبس لزوماً برای جرم است. به عبارت دیگر، بایستی ابتدا فعل یا ترک فعلی به عنوان جرم پیش بینی شود و سپس به عنوان مجازات آن حبس پیش بینی شود. بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، جرم عبارت است هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعلی که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است. همچنین جرم دارای ارکان مادی و روانی است. عدم پرداخت بدهی در قانون مجازات اسلامی به عنوان جرم تلقی نشده است. بنابراین، حبس کردن محکوم علیه بخاطر عدم پرداخت مغایر با اصل برائت، اصل قانونی بودن جرم می باشد.

دوم، دولت جمهوری اسلامی ایران از جمله طرف های میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ می باشد. وقتی دولتی طرف یک معاهده بین المللی می شود، یعنی آن دولت رضایت قطعی خود را برای متعهد شدن در قبال آن معاهده اعلام کرده است و آن معاهده برای دولت مزبور الزام آور شده است. بنابراین، یک دولت طرف نمی تواند در داخل قانونی وضع کند که با تعهد بین المللی خود همخوانی نداشته باشد. در میثاق مزبور دولت ها پذیرفته اند که افراد را نباید به خاطر بدهی های مالی قراردادی بازداشت نمایند. از این رو، بازداشت افراد به خاطر بدهی های ناشی از تعهدات قراردادی یا ضمان قهری می تواند نقض این تعهد بین المللی دولت و در نتیجه موجب مسئولیت بین المللی باشد. آنچه از شرع اسلام آیات و روایات و نظرات علما و حقوقدانان برداشت می شود نیز عموماً تصریح بر عدم حبس و بازداشت محکومین مالی دارد مگر تحت شرایط خاصی که مذکور افتاد.

بنابراین، پیشنهاد می شود تا در خصوص حبس افراد به خاطر بدهی های مالی چاره دیگری اندیشیده شود. از جمله می توان به دیگر برداشت ها از معنای حبس متوسل شد. برای نمونه می توان به فتوای مقام معظم رهبری اشاره کرد و از این فتوا برای حل برخی از مشکلات حقوقی در این زمینه استفاده کرد. از نظر ایشان حبس بدهکار می تواند به معنای تحت نظر قراردادن بدهکار از طریق منع خروج از حوزه قضایی دادگاه مربوطه یا توقیف وی یا ممنوع معامله ساختن وی باشد (یثربی، ۱۳۸۴، ص ۷۹۹) و همچنین می توان از کفیل یا تضمین استفاده کرد.

همانطور که در نظریات اداره حقوقی آمده است قانونگذار حبس محکومین مالی و ضرر و زیان ناشی از جرم را تحت شرایط خاصی پذیرفته و به نوعی ایرادات وارده به قوانین سابق در این خصوص را با تصویب قانون اجرای محکومیت های مالی ۱۳۹۴ علیرغم این که حبس به طور عام را پذیرفته سعی در جلوگیری از

حبس اینگونه افراد را داشته به عبارتی دیگر ضمن ضمانت اجرا قرارداد حبس برای اعمال حقوق محکوم له آن را آخرین اقدام اجرای حکم لحاظ نموده تا ضمن وصول محکوم به از محکوم علیه به نحوه شناسایی اموال به طریقی که در این قانون احصا گردیده یا به نحو تقسیط و اعسار یا اعطا مهلت یا اخذ تضمین مقتضی از حبس اینگونه محکومین که در کشور هم کم نیستند و با توجه به وضعیت اقتصادی امروزه که روز به روز به تعدادشان افزوده می‌شود جلوگیری تا هم از تحمیل هزینه نگهداری و حبس آنان بر دوش دولت و بیت‌المال کاسته شود و هم از ورود آسیب‌های اجتماعی به این افراد و علی‌الخصوص خانواده آن‌ها جلوگیری گردد و از طرفی به جای حبس و بازداشت بتوانند با فعالیت اقتصادی و کار و تلاش مجدد در جامعه مثمر‌تر بوده و نسبت به پرداخت دیون خود اقدام تا حقی از محکوم له نیز تزییع نگردد.

در خاتمه یادآور می‌شود که عموماً قوانین مصوب در عمل و اجرا مواجه با ایرادات و اشکالاتی خواهند بود از جمله این قانون که علیرغم توسعه آن نسبت به قوانین سابق واجد ایراداتی است امید است که اوامر ذیربط نسبت به رفع اشکال و انطباق آن با واقعیت‌های جامعه اقدام لازم بعمل آورند.

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم

۱. اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۴، جلد اول، بهرامی، بهرام و محمدرضا بهرامی، بایسته‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، تهران، موسسه فرهنگی هنری انتشاراتی نگاه بین، ۱۳۹۵.
۲. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، ۱۳۷۸
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۵۷
۴. جهانیان، مجتبی، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظم حقوقی کنونی (شرح، نظریات مشورتی و رویه قضایی)، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۵
۵. حسینیلو، حسنعلی، حمایت از بزه‌دیده در قانون آئین دادرسی کیفری با بررسی تطبیقی آن با کشور فرانسه، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۴
۶. خالقی، علی، آئین دادرسی کیفری، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵.
۷. زراعت، حقوق جزای عمومی ۱ و ۲، جلد اول، نشر جنگل، تهران، چ دوم، ۱۳۹۲
۸. شییری، عباس، رفتار کرامت مدار با بزه‌دیدگان، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۴، ۱۳۸۶
۹. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، پاییز ۱۳۷۴
۱۰. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، ج اول، چاپ گنج و دانش، ۱۳۷۳
۱۱. صفایی، حسین، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران، مرکز تحقیقات، ۱۳۵۵
۱۲. عبدالحسین علی آبادی، حقوق جنایی، ج اول، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۴۷
۱۳. عمید، فرهنگ عمید، صفحه ۷۷۲
۱۴. فتحعلی پور، عطاله، مسئولیت جزایی و مدنی ناشی از تصادفات رانندگی، تهران، ۱۳۷۶
۱۵. فیروزآبادی، قاموس
۱۶. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.
۱۷. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴
۱۸. قربانی، زین العابدین، اسلام و حقوق بشر، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۶۷
۱۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: ضمان قهری، تهران، نشر دهخدا، ۱۳۶۲
۲۰. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (وقایع حقوقی)، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۲۳ و ۲۴
۲۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مسئولیت مدنی و ضمان قهری)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۲۲. گلدوزیان، ایرج؛ بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۴
۲۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، تهران، سمت، ۱۳۷۳.
۲۴. مکی‌العاملی، محمد بن جمال الدین، اللمعه دمشقیه (شهید الاول)، دارالفکر، قم، ۱۴۱۱ ه. ق
۲۵. مهدوی، ابراهیم، ضرر و زیان ناشی از جرم، مجله کانون وکلا، شماره ۸۳، ۱۳۴۲.
۲۶. میشل لوراسا، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵

۲۷. نراقی، مهدی، بازداشت برای مطالبات حقوقی، مجله کانون وکلاء، شماره ۷۲، سال دوازدهم، شماره سوم، مرداد- شهریور ۱۳۳۹
۲۸. نظریه های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، معاونت حقوقی قوه قضایی
۲۹. نقیبی، سیدابوالقاسم، خسارت معنوی در حقوق اسلام و نظام های حقوقی معاصر، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول، ۱۳۸۶
۳۰. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات دادآفرین، ۱۳۷۸

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۵

صص ۴۷۳-۴۸۳

واکاوی نقایص و مشکلات مربوط به نظام حل اختلاف حقوق دریاها

در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها

مریم شمعوئی اهوازی^۱، دکتر منصور عطاشنه^{۲*}، دکتر باسَم موالی زاده^۳

۱- دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبئی، امارات متحده عربی.

۲- استادیار گروه حقوق، دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران

۳- استادیار گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران

چکیده

با نگاهی با تاریخچه حقوق در می‌یابیم که حوزه حقوق دریاها یکی از قدیمی‌ترین شاخه‌ها حقوق بین‌الملل عمومی محسوب می‌شود؛ کاربردهای چندگانه دریاها، موجب گردید این بخش وسیع از کره زمین از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شود؛ دریاها که در گذشته تنها وسیله ارتباط و مواصلاتی محسوب می‌شدند؛ تردیدی نیست که بررسی ابعاد مختلف حقوق کشورها در دریاها حائز اهمیت بسیار خواهد بود. این موضوع از آن جهت اهمیت مضاعف می‌یابد که همچنان بر سر مالکیت نواحی مختلف دریایی و نحوه بهره‌برداری از آن اختلافات جدی میان کشورها وجود دارد. مسئله اصلی در این مقاله این مطلب می‌باشد که یک نظام حل و فصل اختلاف باید توانایی حل و فصل تمامی اختلافات میان اعضاء را داشته باشد و تمامی اختلافات را به صورت مسالمت‌آمیز با رضایت تمامی طرف‌های حل و فصل اختلاف حل کند؛ در این راستا حقوق دریاها فاقد شرایط لازم برای یک نظام اجباری جامع و کامل حل و فصل اختلاف‌ها می‌باشد؛ همچنین قواعد ماهوی کلی و انعطاف پذیر آن باعث عدم شناخت واقعی دولت‌ها و نهادهای حقوقی از تکالیف و حقوق ماهوی شده و این مسئله به عنوان یک عنصر بازدارنده در آراء کاملاً مشهود است. از سوی دیگر عملکرد دولت‌ها و کشورهای ساحلی به گونه‌ای بوده است که نه تنها این نواقص را پوشش نمی‌دهد بلکه در تشدید آن نیز مؤثر بوده است. در این راستا اصلی‌ترین مسئله این نکته می‌باشد که قواعد کلی و غیر منجز آراء قضایی را غیرقابل پیش‌بینی نموده و به عنوان یک عامل بازدارنده عمل می‌کند. حقوق دریاها تا زمانی که نتواند راهکاری برای حل این مسئله داشته باشد نمی‌تواند این اختلافات را به صورت قاطع بر طرف کند در این راستا از نظر محقق ساختار درونی نظام مذکور و قواعد ماهوی از اهمیت فراوانی برخوردار می‌باشد؛ از این نگارندگان در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی به واکاوی نقایص و مشکلات مربوط به نظام حل اختلاف حقوق دریاها با تأکید بر کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها خواهند پرداخت.

واژگان کلیدی: حقوق دریاها، کنوانسیون ۱۹۸۲، مناطق ساحلی، اختلافات بین‌المللی.

* نویسنده مسئول: matash1338@yahoo.com

مقدمه

حل و فصل اختلاف حقوق دریاها در کنوانسیون ۱۹۸۲ مسئله‌ای است که سال‌های متمادی مورد بحث فراوان قرار گرفته است و در این راستا نظریات فراوانی در مورد عملکرد آن بیان شده است. در این راستا وجود پرونده‌هایی که با گذشت طول زمان همچنان بی نتیجه مانده‌اند عملکرد سیستم حل و فصل اختلاف در این کنوانسیون را زیر سؤال برده است. وجود راه حل‌های گوناگون طبق کنوانسیون ۱۹۸۲ برای حل و فصل اختلافات در حقوق دریاها مانند مذاکرات و کمیسیون‌های تحقیق و سازش، داوری، سازش، حل و فصل اجباری اختلافات، دادگاه‌های داوری طبق ضمیمه هفتم، دیوان ویژه داوری طبق ضمیمه هشتم و اقدامات تامینی از جمله روش‌ها و راهکارهایی هستند که برای حل و فصل اختلافات مورد بررسی قرار می‌گیرند. در این راستا معاهده ۱۹۸۲ نسبت به روش حل و فصل اختلاف‌های پیش نهادی خود تعصب نداشته، دولت‌های عضو را در هر زمان قبل یا بعد از وقوع اختلاف در جایگزین نمودن روش حل و فصل جدید آزاد گذاشته است. به عبارت دیگر آنچه در کنوانسیون ۱۹۸۲ موضوعیت دارد، حل و فصل اختلاف‌ها به شکل مسالمت‌آمیز بوده، اینکه چه روشی را طرف‌های اختلافی بر می‌گزینند از جنبه طریقت برخوردار است. در صورتی که طرف‌های اختلاف روشی خارج از کنوانسیون را برگزیدند. نسبت به روش مذکور در فصل پانزدهم ارجح می‌باشد. طرف‌های اختلاف برای انتخاب روش‌های حل و فصل دارای اختیار تام می‌باشند. آن‌ها می‌توانند در هر زمان، به جای اجرای مقررات مذکور در فصل پانزدهم، روش مسالمت‌آمیز دیگری را برگزیده‌اند برای حل اختلاف استفاده نمایند.

۱. حل و فصل اختلافات دریایی به وسیله کنوانسیون ۱۹۸۲

با توجه به دامنه دار بودن مسائل و مشکلات مربوط به حقوق دریاها و اختلافات ناشی از آن دول مجاور و مقابل در دریاها امکان دارد در مورد مرزهای مناطق دریایی خود توافق نداشته باشند. ممکن است دولتی مدعی حق انجام مانور نیروی دریایی‌اش در منطقه انحصاری اقتصادی دولت دیگری شود که کشور مقابل منکر وجود چنین حقی باشد. برخی ماهیگیران امکان دارد حق دول خارجی را برای بازداشتشان به خاطر ماهیگیری در ۵۰ مایلی سواحل آن‌ها، زیر سوال ببرند. معهدا دولت‌ها متعهدند که اختلافات خود را به شیوه‌های مسالمت‌آمیز، مثل مذاکره، میانجیگری، سازش، کمیسیون‌های تحقیق، داوری یا روش‌های قضایی حل و فصل کنند.

۱-۱. حل و فصل اجباری اختلافات

دولت‌ها می‌توانند به هنگام امضای کنوانسیون ۱۹۸۲ و یا در موعد دیگری، یک یا چند مرجع زیر را برای حل اختلافات بپذیرند: (۱) دیوان بین‌المللی حقوق دریاها (۲) دیوان بین‌المللی دادگستری (۳) دیوان داوری، که طبق ضمیمه هفتم کنوانسیون تاسیس شده و یا برای انواع معینی از اختلافات تعیین شده است. (۴) دیوان داوری ویژه، که طبق ضمیمه هشتم کنوانسیون تاسیس می‌شود (ماده ۲۸۷).

۱-۲. حل و فصل اختلاف بر طبق بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها

به طور کلی، نظام حل و فصل اختلاف مقرر در بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ دارای ۴ عنصر اصلی است:

الف) این نظام حل و فصل اختلاف، یک نظام ثانوی است، بدین معنا که طرفین اختلاف در بادی امر مکلف به تبادل دیدگاه‌های خود و انجام مذاکرات پیش از توسل به آیین‌های اجباری هستند. آنگاه آنان می‌توانند به انتخاب خود توافق کنند که روش‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز دیگری را برای فیصله اختلاف خود وفق مواد ۲۸۰ و ۸۱ کنوانسیون برگزینند. کنوانسیون در ماده ۲۸۴ به صراحت مقرر

می‌دارد که طرفین اختلاف می‌توانند از طریق انعقاد موافقتنامه توافق کنند که به جای آیین‌های مقرر در بخش پانزدهم کنوانسیون به صلح و سازش غیرالزام‌آور، متوسل شوند.^۱ افزون بر این، هر توافقنامه چند جانبه یا دوجانبه که متضمن توسل یکجانبه به یک آیین جایگزین، با تصمیمی الزام‌آور باشد، موجب مستثنی شدن آیین‌های مقرر در بخش پانزدهم خواهد شد. در این راستا ثانوی بودن این نظام بدین معناست که چنانچه طرفین پیش از این توافق نموده‌اند که به روش دیگری رجوع کنند و به روش مقرر در بخش پانزدهم متوسل نشوند، این امکان را از خود سلب نموده‌اند که به طور یکجانبه در آینده به نظام بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای توسل جویند. ب) دوم اینکه، صلاحیت برطبق بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای اجباری است؛ بدین معنی که هر یک از طرف‌های اختلاف می‌تواند به طور یکجانبه بدان توسل جوید. ج) سوم اینکه، در مواردی که بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای مجری است، برآیند آن به طور معمول یک تصمیم الزام‌آوری است که طرف‌های اختلاف مکلف به پایبندی بدان هستند.^۱ د) در نهایت، چهارمین عنصر اصلی نظام حل و فصل اختلاف مقرر در بخش پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای، گزینشی بودن آن است؛ بدین معنا که هر دولت عضو یکی از روش‌های چهارگانه حل و فصل اختلاف را به اختیار خود برمی‌گزیند؛ دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای، داوری و داوری ویژه (ماده ۲۸۷)

۱-۳. دادگاه‌های داوری طبق ضمیمه هفتم

این دادگاه‌ها از پنج نفر عضو تشکیل می‌شود که یک نفر را هر کدام از طرفین انتخاب و سه نفر دیگر را به طور مشترک انتخاب می‌کنند. انتخاب از فهرستی انجام می‌گیرد که هر یک از اعضای کنوانسیون چهار نفر را برای درج نامشان در آن معرفی می‌کنند. اگر طرفین اختلاف نتوانند درباره انتخاب سه داور مشترک توافق کنند، افراد مزبور توسط رئیس دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای انتخاب می‌شوند.^۲

۱-۴. دیوان ویژه داوری طبق ضمیمه هشتم

این دیوان فقط در اختلافات ناشی از مسائل ماهیگیری، حفاظت محیط زیست، تحقیقات دریایی یا دریانوردی صلاحیت رسیدگی دارد. این دیوان مثل دیوان بین‌المللی دادگستری که چهارمین مرجع ذکر شده در ماده ۲۸۷ است، از قواعد کنوانسیون ۱۹۸۲ و سایر قواعد حقوق بین‌الملل پیروی می‌کند، ولی طرفین دعوی حق دارند توافق کنند که تصمیمات متخذه براساس اصول عمومی عدل و انصاف استوار باشد (ماده ۲۹۳). کلیه تصمیمات با اکثریت آراء اتخاذ می‌گردد و این آراء مستدل، برای طرفین قطعی و لازم الاجراء است. اگر دولتی هیچ کدام از مراجع مندرج در ماده ۲۸۷ را انتخاب نکرده باشد، روش داوری پیش‌بینی شده در ضمیمه هفتم برای آن دولت پذیرفته شده تلقی می‌شود.^۱

۲. بررسی آسیب شناسانه نظام حل و فصل اختلافات در کنوانسیون ۱۹۸۲

۲-۱. بررسی آسیب شناسانه ماده ۲۹۷ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای

ماده ۱۹۷ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای قاعده کلی درخصوص اعمال حقوق حاکمیتی یا صلاحیت دولت ساحلی مقرر در کنوانسیون را مورد تأکید دوباره قرار می‌دهد، این در حالی است که در بندهای متعاقب آن، کاربرد این حقوق را به دو گونه متفاوت از اختلافات محدود می‌کند.

ماده ۲۹۷ (بند دوم) کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای به روشنی اشاره به بخش سیزدهم کنوانسیون دارد و همزمان کاربرد کلی بخش دوم را مورد شناسایی قرار می‌دهد. هر چند، این بند از ماده ۲۹۷ دربردارنده

1. Boyle, Alan., (2007). Forum Shopping for UNCLOS Disputes Relating to Marine Scientific Research, in M. H. Nordquist and others, editors, Law, Science and Ocean Management, Martinus Nijhoff, pp. 519-540

1. Soons, A. H. A., (2007),. The Legal Regime of Marine Scientific Research: Current Issues, In M. H. Nordquist and others, editors, Law, Science and Ocean Management, Martinus Nijhoff, pp. 139-166

۲. نوروزی، میثم، (۱۳۹۴)، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات در نظام حقوقی دریاهای، مقاله پژوهشی دانشگاه تهران، ص ۷

1. Allain, Jean, (2001), "The Role of the Presiding Judge in Cornering Respect for Decisions of International Courts", Michigan Journal of International Law, Vol. 22, No. 3,

برخی استثنائات مهم مربوط به حل و فصل مسایل ماهوی است که منعکس‌کننده اختلافات پیچیده‌تر و ظریف‌تر در منافع دولت‌ها، در جریان مذاکرات کنفرانس سوم حقوق دریا است.^۲

نقطه ضعف دیگر نظام حل و فصل اختلاف‌های کنوانسیون ۱۹۸۲ به عدم جامعیت آن باز می‌گردد. برابر بخش سوم از فصل پانزدهم، مواد ۲۹۷ و ۲۹۸، بسیاری از قواعد ماهوی کنوانسیون ناظر بر اقدام دولت‌های ساحلی در منطقه انحصاری، اقتصادی و تحدید حدود مرزهای دریایی، ... از شمول نظام اجباری حل و فصل اختلاف‌های معاهده ۱۹۸۲ خارج شده‌اند. این قواعد ماهوی کنوانسیون بیشترین عرصه اختلاف میان دولت‌های عضو می‌باشد. پیش‌بینی محدودیت و استثناءها بر صلاحیت اجباری حل و فصل اختلاف‌های کنوانسیون شاید تنها چاره به منظور حصول توافق در پذیرش متن معاهده بوده، اما باعث نقصان در کارایی و اثرگذاری آن شده است. این محدودیت‌ها که در تعداد موضوعات اندک هستند، شامل عمده اختلاف‌های دریایی می‌باشند که ارزش موضوع آن دعای با اختلاف‌های مشمول نظام حل و فصل اجباری قابل مقایسه نمی‌باشند. به علاوه هر یک از گروه‌های استثناء شده دارای مصادیق زیادی اختلاف بالقوه و بالفعل می‌باشند. برخی نظریه‌پردازان معتقدند که اثر این مقررات بی‌فایده نمودن تمام نظام است. باید قبول کرد که با این استثنائات غالب اختلاف‌های بالقوه خارج از صلاحیت اجباری قرار می‌گیرند. البته در معاهدات جمعی چنین پدیده‌ای غیر منتظره نیست، اما اثرات منفی آن انکارناپذیر است.^۱

۲-۲. بررسی آسیب شناسانه مواد ۲۸۰ تا ۲۸۳

بر اساس ماده ۲۸۰ معاهده ۱۹۸۲: «هیچ یک از مقررات این فصل ناقض حق دولت‌های عضو، در رسیدن به توافق برای حل اختلاف‌های ناشی از تفسیر با اجرای این معاهده با هر نوع روش مسالمت‌آمیز نمی‌باشد». همین طور برابر ماده ۲۸۱ در فرضی که دولت‌های طرف اختلاف برای حل آن به روش دوستانه مورد نظر خود به توافق رسیده باشند، شیوه مقرر در کنوانسیون حاضر فقط در صورتی قابل اعمال است که روش مورد توافق به حل و فصل نهایی منجر نگردیده، در توافق نامه استفاده از شیوه دیگر ممنوع شده باشد.

یکی دیگر از نقایص نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده ۱۹۸۲ به ماده ۲۸۳ این سند مرتبط است. بر اساس این ماده صلاحیت اجباری ناشی از فصل پانزدهم شامل اختلاف میان دولت‌هایی نمی‌شود مه برابر یک ترتیب دو جانبه، منطقه‌ای یا جهانی، به یک نظام اجباری دیگر برای حل و فصل اختلاف‌های خود توافق نموده باشند. این ترتیبات نسبت به نظام مقرر در فصل پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ دارای اولویت هستند.

با توجه به حجم انبوه توافقنامه و ترتیبات بین‌المللی ناظر بر حل و فصل اختلاف‌ها به روش حقوقی ماده ۲۸۲ در جلوگیری از صلاحیت نهادهای دآوری و قضایی معاهده ۱۹۸۲ دارای دامنه گسترده می‌باشد. توافقنامه‌های بین‌المللی حاوی تعهد حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف‌ها میان دولت‌ها، دارای تنوع زیادی هستند. طرف‌های یک اختلاف ممکن است یک موافقتنامه کلی در خصوص حل و فصل اختلاف‌های خود منعقد نمایند. همین طور، توافقنامه‌های چند جانبه زیادی وجود دارند که روش‌های مختلفی برای حل اختلاف‌های بین‌المللی پیش‌بینی نموده‌اند. انعقاد یک توافقنامه دو جانبه مربوط به یک یا چند موضوع و پیش‌بینی یک نظام حل و فصل اختلاف برای همین موضوعات در ضمیمه، بسیار متداول است. همچنین، توافقنامه‌های چند جانبه زیادی وجود دارند، همانند معاهداتی که با نظارت سازمان بین‌المللی دریانوردی منعقد شده‌اند، که دارای شرط دآوری برای حل اختلاف‌ها می‌باشند. در برخی مناطق جهان ترتیباتی برای حل اختلاف‌های خاص توسط سازمان منطقه‌ای، پیش‌بینی می‌شود.

اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت اجباری «دیوان بین‌المللی دادگستری» اعلام اراده برای قبول صلاحیت است که باعث تقارن رضایت با دولت‌هایی می‌شود که این اعلامیه را صادر نموده یا می‌نمایند. با توجه به اینکه عبارت ماده ۲۸۲ به گونه‌ای است که شامل هر گونه توافق کلی، منطقه‌ای و دو جانبه می‌شود، نظام

2. Rosenne, SH., (1978), The Settlement of Disputes in the New Law of the Sea, Iranian Review of International Relations, No. 11-12, pp. 401-433.

1. Gudmundur Eiriksson, (2000), The International Tribunal for the Law of the Sea, Martinus Nijhoff Publishers, p.12

اجباری مذکور در فصل پانزدهم معاهده ۱۹۸۲ شامل اختلاف‌هایی نمی‌شود که دیوان بین‌المللی دادگستری برای حل آن‌ها صلاحیت دارد.^۱ با صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری از سوی دولت ایرلند در تاریخ ۱۵ سپتامبر ۲۰۱۱ تعداد دولت‌هایی که چنین اعلامیه‌ای را صادر نموده‌اند به ۶۷ کشور رسیده است. بنابراین هم اینک نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده ۱۹۸۲ در خصوص ۴۱ درصد از اعضای آن علی‌الاصول فاقد کارایی می‌باشد.

یکی از نتایج مهم مواد ۲۸۰ تا ۲۸۲ معاهده ۱۹۸۲ ارائه قاعده حل تعارض میان نهادهای حقوقی ذیصلاح بر اساس معاهده ۱۹۸۲ و نهادهای حقوقی خارج از معاهده می‌باشد. مواد پیش گفته در تمامی فروض نظام‌های حل و فصل بیرون از کنوانسیون را ذیصلاح دانسته است. بدین ترتیب، فصل پانزدهم کنوانسیون ۱۹۸۲ یک نظام مستقل و رقیب نظام حل و فصل اختلاف‌های حقوق بین‌الملل نبوده، بلکه به قصد تکمیل نظام موجود پیش‌بینی شده است. نتیجه منطقی این قواعد حل تعارض، کاهش شدید مراجعه به روش حل و فصل اختلاف‌های مذکور در فصل پانزدهم از معاهده حقوق دریاهای می‌باشد.

۲-۳. آسیب شناسی تکرر نهادهای حقوقی حل و فصل اختلاف‌ها

مشکل دیگر معاهده ۱۹۸۲ به تکرر نهادهای حقوقی حل و فصل اختلاف‌ها باز می‌گردد فصل پانزدهم نه تنها به اعلام صلاحیت اجباری یک روش قضایی یا داوری اکتفا نکرده، بلکه اجرای هر یک از روش‌های قضایی و داوری نیز به یک سازمان محدود نشده است. به عبارت دیگر، این معاهده صلاحیت رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از تفسیر یا اجرا را میان چهار نهاد حقوقی سرشکن نموده است که نیمی از آن‌ها داوری و نیمی دیگر قضایی می‌باشند. ماده ۲۸۷ معاهده ۱۹۸۲ دولت‌های عضو را در اعلام پذیرش صلاحیت اجباری یکی از نهادهای حقوقی «دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای»، «دیوان بین‌المللی دادگستری»، «دیوان داوری موضوع ضمیمه هفتم» و «دیوان داوری خاص موضوع ضمیمه هشتم کنوانسیون»، مخبر کرده است. اما علاوه بر مراجع داوری و قضایی پیش گفته، نظام قضایی کنوانسیون از نهاد دیگری، تحت عنوان «شعبه حل اختلاف‌های بستر» با صلاحیت و شرح وظایف جداگانه بهره می‌برد که مرجع انحصاری حل اختلاف‌های مربوط به منطقه بین‌المللی بستر دریاهای می‌باشد.

«از نظر برخی حقوقدان‌ها تکرر نهادهای حقوقی مهمترین نقطه ضعف نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده ۱۹۸۲ می‌باشد. پیدایش «دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای» در کنار «دیوان بین‌المللی دادگستری» به عنوان نهادهای قضایی مستقر برای حل اختلاف‌های دریایی قابل درک نیست. همچنین امکان تشکیل دیوان‌های داوری برابر ضمیمه هفتم و هشتم کنوانسیون به تعداد نهادهای حقوقی ذیصلاح افزوده است. شعبه‌های ویژه و اختصاصی که درون «دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای» تشکیل شده یا می‌شوند در زمره این نهادهای متنوع قرار دارند. برابر برخی نظرها چنین وضعیتی به این معنا است که در تعداد محاکم محدودیتی وجود نداشته، برای حفظ یک نواختی و یک دستی در ارائه تفسیر از معاهده ۱۹۸۲ هیچ تضمینی وجود نخواهد داشت.»^۱

۲-۴. مرزهای دریایی

معاهده ۱۹۸۲ در خصوص روش تعیین حدود «دریایی سرزمینی» میان دولت‌های مقابل و مجاور «خط منصف» را معیار اصلی اعلام نموده، اما در مواردی که اوضاع و احوال یا دلایل تاریخی به گونه‌ای دیگر اقتضا نماید، اجازه عدم لحاظ خط منصف داده شده است.^۲ با توجه به انعطاف‌پذیر بودن اصطلاحات «اوضاع و احوال» و «دلایل تاریخی» معنای دقیق و دامنه آن‌ها مشخص نبوده، رویه قضایی بین‌المللی نیز با وجود برخی تلاش‌ها و توفیقات، نتوانسته این نقص مهم را برطرف نماید. مقررات کنوانسیون در خصوص شیوه تعیین حدود «منطقه انحصاری، اقتصادی» و «فلات قاره» میان دولت‌های مجاور و مقابل، دارای نقیصه

1. United Nations Convention on the Law of the Sea A Commentary, 1982, Vol. V, p.27.

1. Thomas A. Mansah, (1999) "The Role of Peaceful Dispute Settlement in Contemporary Ocean Policy and Law", in Order for the Oceans at the Turn of the Century, edited by Davor Vidas and Willy Ostreng, Kluwer Law international, , p.91.

2. UNCLOS, Art. 15.

بزرگتری می‌باشند. چون که به لزوم حصول توافق میان دولت‌ها بر اساس حقوق بین‌الملل به منظور رسیدن به راه حل منصفانه اکتفاء نموده‌اند.^۱ بنا بر وضع موجود هر دولتی می‌تواند با استناد به «انصاف» منافع ملی خود را تعقیب نموده، هرگونه تفسیر دیگر را بر خلاف حقوق بین‌الملل موضوعه بداند. لزوم رسیدن به راه حل منصفانه نمی‌تواند شرایط لازم برای یک قاعده حقوقی را داشته باشد. بنابراین می‌توان بر آن بود، حقوق دریاها در خصوص تحدید حدود فلات قاره و منطقه انحصاری، اقتصادی میان دولت‌های مجاور و مقابل قابل قاعده حقوقی بوده، نظام حل و فصل اختلاف‌های آن نیز در خصوص این موضوع کارآمد نخواهد بود.

«حقوق مرزهای دریایی غیر منجز بوده»^۲ و «محدودیت قواعد منجز در امر تحدید حدود دریایی باعث آزادی عمل قضات بین‌المللی گردیده است.»^۳ رویه قضایی بین‌المللی این نقیصه را برطرف نکرده به گونه‌ای که امروزه عدم یکنواختی رویه دیوان‌های داوری و قضایی بین‌المللی در خصوص موضوع را شاهد هستیم. دیوان بین‌المللی دادگستری «در طول دهه‌های گذشته از رویه یکسان برخوردار نبوده است.»^۴ به عنوان نمونه در بیان مصادیق «اوضاع و اموال مرتبط» «در قضایای "فلات قاره دریای شمال"، فهرستی ارائه گردید که بی پایان به نظر می‌رسید. در قضایای بعدی چه در فلات قاره (حداقل کمتر از ۲۰۰ مایل دریایی) و چه دیگر مرزهای دریایی مهمترین اوضاع و احوال "وضعیت جغرافیایی" اعلام گردید... در قضایای "فلات قاره دریای شمال" این نهاد برای خط منصف هیچ نقشی (حداقل در خصوص دولت‌های مجاور) قائل نشده، اما در قضایای اخیر (بحرین، قطر، کامرون و نیجریه) خط منصف نقطه آغاز تحدید حدود در ساحل‌های مجاور دانسته شد... به خصوص در قضیه اخیر به گونه‌ای عمل شد که به نظر می‌رسد که دیوان نسبت به عملکرد ۱۹۶۹ در قضایای دریای شمال چرخش ۱۸۰ درجه‌ای داشته است.»^۵

البته کلی بودن قواعد حقوق دریاها منحصر به تحدید حدود مناطق دریایی نبوده بلکه در خصوص قواعد ناظر بر صید، محیط زیست دریایی، این موضوع حادث‌تر بوده رویه قضایی نیز این اشکال را برطرف نکرده است. بررسی بیشتر این قواعد در حوصله مقاله حاضر نمی‌گنجد. برابر وضع فعلی دولت‌های طرف اختلاف از پیش‌بینی رای محاکمه حقوقی ناتوان بوده و هر میزان هم روش حل و فصل اختلاف‌ها کامل و بی نقص باشد، مورد استقبال قرار نخواهد گرفت.

۲. آسیب شناسی نظام حاکم بر حل و فصل اختلافات

به طور کلی دولت‌ها «اختلاف‌هایی را در دیوان‌های بین‌المللی مطرح می‌سازند که دارای اهمیت درخوری نباشد»^۱ چون که در عدم اطمینان از نتیجه یک تصمیم قضایی، دو طرف دعوا دارای وضعیت برابر بوده، در این زمینه، تمایزی بین خواهان و خوانده یک قضیه وجود ندارد.^۲ به همین دلیل دولت‌ها همواره نسبت به وجود یک نظام حل و فصل اختلاف‌های توانمند نگران بوده، تا حد امکان نسبت به آن بی انگیزه هستند. حقوق دریاها نیز از این قاعده مستثنی نبوده، یکی از عوامل تاثیرگذار در عدم توفیق نسبی نظام حل و فصل اختلاف‌های این شاخه از حقوق بین‌الملل، رویه دولت‌ها در خصوص این نظام حل و فصل اختلاف‌ها می‌باشد.

به علاوه، یکی از عوامل توفیق نظام حل و فصل اختلاف‌ها به چگونگی عملکرد نهادهای حقوقی بستگی دارد. اتخاذ تصمیم‌های صلاحیتی و ماهیتی برابر حقوق بین‌الملل موضوعه که توسعه تدریجی حقوق

3. UNCLOS, Arts. 74 and 83.

1. Benedict Kingbury, (1999), Foreword: "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?", Journal of International Law And Politics, Vol.31, p.682.

2. Ibid

3. Oceans Management, (2004) in the 21 Century: Institutional Frameworks and Responses, edited by Donald R. Rothwell, Alex G. Oude, Martinus Nijhoff Publishers, p.130.

4. Ibid

1. Tafisir, Malick Ndiae, (2010), in "the Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea", Chinese Journal of International Law, Vol. 9, p.566.

2. Alex G. Oude, (2004) "Oceans Management in the 21 Century: Institutional Frameworks and Responses", edited by Donald R. Rothwell, Martinus Nijhoff Published, p.133.

موضوعه را در پی داشته، ایجاد سوابق قضایی یک نواخت و مناسب، از لوازم یک رویه قضایی موفق می‌باشد. از سوی دیگر صدور رای مبنی بر عدم صلاحیت برای رسیدگی به یک دعوی بین‌المللی در حالی که معاهده موجد صلاحیت تاب تفسیر مخالف را دارد، باعث سست شدن بنیان یک نظام حل و فصل اختلافها خواهد شد. به نظر می‌رسد رویه دیوان‌های حقوقی ناشی از معاهده ۱۹۸۲ در مواردی، درخور انتقاد بوده و تردیدها نسبت به توانمند بودن نظام حل و فصل اختلاف‌های حقوق دریاهای را گسترش داده است.

۳-۱. آسیب شناسی معاهدات داخلی بین اعضا

اگر چه معاهده حقوق دریاهای در ماده ۳۰۹ اعلام هرگونه حق شرط را از سوی دولت‌های عضو ممنوع دانسته، تا تمامی مقررات کنوانسیون به طور برابر میان اعضاء اعمال گردد. اما با توجه به ذیل بند اول از ماده ۲۸۱ در خصوص شیوه حل و فصل اختلافها، شبه معاهدات دو جانبه و منطقه‌ای یا جهانی توسط دیگر معاهدات بین‌المللی مجاز بوده، دولت‌ها توانسته‌اند معاهده‌های مختلف، نظام حل و فصل اختلاف‌های کنوانسیون را کنار گذاشته، نظام اجباری یا اختیاری دلخواه را جایگزین سازند. این مقرر به معنای نفی جهان شمولی نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده حقوق دریاهای است که متأسفانه از سوی دولت‌های عضو کنوانسیون مورد استقبال گسترده قرار گرفته، نظام اجباری و نسبتاً فراگیر کنوانسیون را با خلاءهای زیادی مواجه نموده است.

در قضیه «های تن بلوفین جنوبی» دعوی «استرالیا» و «نیوزیلند» علیه «ژاپن» یکی از استدلال‌های دولت ژاپن درباره عدم صلاحیت دیوان داوری اجباری موضوع ضمیمه هفتم معاهده ۱۹۸۲ در رسیدگی به دعوی، همین رویه دولت‌ها بود. این دولت در دفاعیه خود فهرست ۱۰۷ قرارداد خاص دوجانبه و چندجانبه در خصوص حقوق دریاهای ارائه داد، که دارای مقرراتی درباره حل و فصل اختلافها به روش غیر اجباری می‌باشند. از نظر این دولت چنین حجم انبوه از توافقنامه‌ها نشانگر رویه گسترده دولت‌ها بوده که باید در تفسیر مقررات مذکور در فصل پانزدهم معاهده ۱۹۸۲ مورد توجه واقع شود. طرف‌های این معاهدات روش‌های گوناگون غیر اجباری را برای حل اختلاف پیش‌بینی نموده‌اند. چنین مقرراتی هرگز به عنوان مخالفت با تعهدات کنوانسیون حقوق دریاهای تفسیر نشده است.^۱ این استدلال ژاپن از سوی دیوان داوری در صدور رای عدم صلاحیت مورد استقبال قرار گرفت. برابر نظر دیوان تعداد زیادی توافقنامه‌های مرتبط با حقوق دریاهای، پس از تصویب معاهده ۱۹۸۲ منعقد شده‌اند که «با میزان متفاوتی از صراحت، تقدیم یک جانبه اختلاف به آیین اجباری یا نهاد داوری را منع نموده‌اند»^۲ از نظر این نهاد داوری بین‌المللی «بسیاری از این توافقنامه‌ها صریحاً شیوه‌ای از حل و فصل را پیش‌بینی کرده‌اند که بهره‌گیری از آن، توافق لاحق طرف‌ها را اقتضاء دارد. این روش‌ها ممکن است، مذاکره یا سازش یا استفاده از «دیوان بین‌المللی دادگستری» یا روش‌های داوری به شرط توافق کلیه دولت‌های طرف اختلاف بوده باشند. در برخی دیگر از این توافقنامه‌ها ارجاع یک جانبه اختلاف به نظام قضایی یا داوری ممنوع گردیده است.»^۱ از نظر دیوان این توافقنامه‌ها تشکیل دهنده رویه دولت‌ها می‌باشند که قبل یا بعد از تصویب معاهده ۱۹۸۲ اتخاذ گردیده است. این رویه «این نتیجه را حکایت می‌کند که دولت‌های عضو معاهده حقوق دریاهای می‌توانند با توافق، ارجاع اختلاف خود را به روش اجباری ... ممنوع سازند.»^۲

البته بیان پیش گفته به معنای اقدام تمامی دولت‌های عضو معاهده ۱۹۸۲ در طرد روش حل و فصل اختلاف‌های کنوانسیون نبوده بلکه تعدادی موافقتنامه بعد از تصویب کنوانسیون لازم الاجرا شده‌اند که به نظام حل و فصل اختلاف‌های کنوانسیون وفادار مانده و استفاده از این روش را مورد تأکید مجدد قرار

1. Second Round Presentation, May 11, (2000), available at: www.worldbank.org/icsid/bluefintuna (در تاریخ)

۱۳۹۰/۰۶/۱۳).

2. Southern Bluefin, (2000), Tuna (New Zealand- Japan, Australia- Japan), 4 August 2000, para.63

1. Ibid

2. Ibid

داده‌اند. برخی از این قراردادها از سوی دولت‌های «نیوزیلند» و «استرالیا» در قضیه پیش گفته احصاء شده‌اند.

نتیجه آن که مقررات مذکور در مواد ۲۸۰ تا ۲۸۲ معاهده ۱۹۸۲ مبنی بر اولویت دیگر نظام‌های حل اختلاف نسبت به روش مذکور در فصل پانزدهم کنوانسیون با رویه دولت‌ها در پیش‌بینی گسترده روش خاص فیصله اختلاف‌ها، به یک استثناء بزرگ در نظام حل و فصل اختلاف‌ها به روش اجباری تبدیل شده، فراگیری و جهان شمولی آن را با ابهام جدی مواجه ساخته است. به عبارت دیگر بسیاری از نمایندگان دولت‌ها بعد از تصویب متن کنوانسیون در "مونتگویی" و پیش‌بینی نظام اجباری حل و فصل‌ها اختلاف‌ها به پایتخت‌های خود بازگشته و در معاهده‌های لاحق این نظام اجباری را کنار گذاشته، عدم رونق نظام حل و فصل اختلاف‌های مذکور در فصل پانزدهم از کنوانسیون حقوق دریاهای را موجب شده‌اند.

عدم همکاری دولت‌ها در کاربردی شدن نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده حقوق دریاهای موضوع پیش گفته محدود نمی‌باشد. بر اساس ماده ۲۸۷ معاهده ۱۹۸۲ دولت‌ها در هنگام عضویت یا هر زمان دیگر می‌توانند با صدور اعلامیه یکی از چهار نهاد قضایی یا داوری مذکور در ماده ۲۸۷ را ذی صلاح اجباری برای حل اختلاف‌های خود اعلام نمایند. همین طور برابر مواد ۲۹۷ و ۲۹۸، کنوانسیون برای اعضایش این امکان را پیش‌بینی نموده تا نسبت به خروج برخی اختلاف‌های مربوط به تفسیر یا اجرای معاهده حقوق دریاهای از صلاحیت اجباری اقدام نمایند. رویه دولت‌ها در صدور این اعلامیه‌ها از عدم اهتمام آن‌ها در این خصوص حکایت دارد. از مجموع ۱۱۴ اعلامیه صادره از سوی دولت‌ها درباره معاهده حقوق دریاهای تعداد ۵۰ اعلامیه به حل و فصل اختلاف‌ها مربوط بوده است. تا کنون ۳۱ دولت از تمام یا برخی از تحفظ‌ها مذکور ماده ۲۹۸ استفاده نموده‌اند. تمامی این دولت‌ها نسبت به بند اول از ماده پیش گفته اعلام شرط نموده‌اند و فقط دولت‌های "دانمارک" و "نروژ" و "اسلوانی" نسبت به تمامی اختلاف‌های مذکور در ماده ۲۹۸ تحفظ داشته‌اند. اعلامیه دولت‌های "کوبا" و "کینه بیسائو" در خصوص موضوع از نظر حقوقی غیر قابل درک است. چون که صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص اختلاف‌های مذکور در ماده ۲۹۸ را مورد تحفظ قرار داده‌اند. در حالی که برابر اعلامیه صادره از سوی این دو دولت، دیوان مزبور فاقد صلاحیت رسیدگی به اختلاف‌های آن‌ها با دیگر دولت‌های عضو معاهده ۱۹۸۲ می‌باشد. در خصوص اعلامیه دولت‌ها مبنی بر پذیرش صلاحیت یکی از نهادهای قضایی یا داوری برای حل اختلاف، تاکنون ۴۵ کشور اعلامیه صادر نموده‌اند. البته بیان ریاست دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای مبنی بر اینکه «از این تعداد ۳۳ دولت صلاحیت "دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای" را پذیرفته‌اند»^۱ اغراق‌آمیز می‌باشد. چون که بسیاری از دولت‌ها در اعلامیه خود، علاوه بر دادگاه مذکور صلاحیت نهاد دیگری را نیز پذیرفته‌اند فقط ۸ دولت نهاد انحصاری خود را به منظور حل اختلاف‌ها در تفسیر و اجرای معاهده ۱۹۸۲ "دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای" اعلام نموده‌اند. البته در این خصوص وضعیت دادگاه نسبت به دیوان بین‌المللی دادگستری بهتر می‌باشد. چون که فقط ۴ دولت صلاحیت انحصاری دیوان لاهه را قبول نموده‌اند. به عبارت دیگر تنها حدود یک پنجم از دولت‌ها اعلامیه موضوع ماده ۲۸۷ را صادر و در خصوص روش حل و فصل اختلاف اهتمام داشته‌اند. برخی دولت‌ها به نفی صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری اکتفاء نموده، برخی دیگر دو یا سه نهاد را مرجع دانسته‌اند.

در نتیجه برابر وضع موجود از اعلام تحفظ دولت‌ها نسبت به نظام حل و فصل اختلاف‌های حقوق دریاهای مناطق دریایی «آمریکای جنوبی، بیشتر سطح دریای مدیترانه، و آمریکای شمالی از صلاحیت اجباری معاهده ۱۹۸۲ خارج می‌باشند. البته مناطق آسیای شرق و آفریقا و حوزه کارایب، تحت صلاحیت اجباری قرار خواهند گرفت.»^۲ از سوی دیگر رویه دولت‌ها در صدور اعلامیه موضوع ماده ۲۸۷ معاهده ۱۹۸۲

1. <http://www.un.org/Depts/los/settlement-of-dispute/choice-procedure.htm.5/10/2011>.

2. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements-of-president/yanai/Statement_Yanai_GA_061211.pdf.10/5/2011.

1. Tullio Treves "What Have the United Nation Convention and the International Tribunal for the Law of the Sea or Offer as Regards Maritime Delimitation Disputes?" in Maritime Delimitation, edited by Rainer Lagoni and Daniel Vicens, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, p.70.

مشکل‌های ناشی از تعدد نهادهای حل و فصل اختلاف‌ها را حادث‌تر نموده است. بدین ترتیب شناخت مرجع ذیصلاح برای حل اختلاف‌ها دشوارتر شده، روان بودن کارکرد نظام مورد تردید بیشتر قرار گرفته است. بعد از بیان رویه دولت‌ها عضو معاهده ۱۹۸۲ در گفتار آینده به بررسی عملکرد نهادهای حقوقی حل و فصل اختلاف‌های حقوق دریاهای خواهیم پرداخت.

۲-۲. عملکرد نهادهای حقوقی حل و فصل اختلاف‌ها

گفته شد دولت‌های عضو معاهده ۱۹۸۲ در بهره‌گیری از روش حل اختلاف‌های موضوع فصل پانزدهم بی‌رغبت بوده، تاکنون تنها در هشت قضیه نسبتاً مهم از قابلیت‌های این نظام استفاده نموده‌اند. متأسفانه در دو مورد از هشت قضیه پیش‌گفته "نهاد داوری متشکل بر طبق ضمیمه هفتم کنوانسیون" دولت خواهان را از اقامه دعوا نزد خود، پشیمان کرده است. در قضیه "ماکس پلنت"^۱ دعوای دولت ایرلند علیه انگلستان، دیوان داوری به اولویت دیوان دادگستری جامعه اروپا برای اعلام نظر در خصوص برخی از جنبه‌ها دعوا نظر دارد و در قضیه "ماهی‌های تن بلوفین جنوبی" دعوای "استرالیا" و "نیوزیلند" علیه "ژاپن" به عدم صلاحیت خود در رسیدگی به دعوا رای داد.

در قضیه اخیر دیوان داوری می‌گوید: «ماده ۱۶ کنوانسیون ۱۹۹۳ به عنوان توافق طرف‌های دعوای حاضر در انتخاب روش حل و فصل اختلاف، با شرایط مقرر در ماده ۲۸۰ و بند اول ماده ۲۸۱ کنوانسیون منطبق است»^۲ بنابراین طرف‌های دعوای حاضر باید به روش‌های مذکور در ماده ۱۶ معاهده ۱۹۹۳ متوسل شدند.

رای دیوان داوری به عنوان اولین دیوان متشکل بر اساس ضمیمه هفتم کنوانسیون متضمن اعتراف این نهاد به عدم جامعیت نظام حل و فصل اختلاف‌های معاهده حقوق دریاهای می‌باشد. چون که این رای با اصل دانستن صلاحیت نهادهای خارج از کنوانسیون، کمترین تردید در این خصوص را به نفع صلاحیت این نهادها تفسیر کرده است.^۳ در حالی که معاهده ۱۹۹۳ صریحاً عدم بهره‌گیری از روش حل و فصل اختلاف‌ها در معاهده ۱۹۸۲ را مطرح نکرده بلکه فقط رضایت دولت‌های طرف اختلاف را به منظور تشکیل نهاد داوری یا استفاده از دیوان بین‌المللی دادگستری، ضروری دانسته است.

به نظر می‌رسد هر چند ضمیمه معاهده ۱۹۹۳ در خصوص تشکیل دیوان داوری است، اما اعلام صلاحیت این نهاد نمی‌تواند منطقی به معنای نفی صلاحیت شیوه حل و فصل اختلاف‌ها در معاهده ۱۹۸۲ تفسیر شود. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در این خصوص نص جالبی دارد: «ترتیب جدید صلاحیتی بزوماً نسخ ترتیب‌های پیشین نمی‌باشند»^۴ اقدام دیوان داوری موضوع ضمیمه هفتم کنوانسیون، در بردارنده یک تفسیر موسع از مواد ۲۸۰ و ۲۸۱ کنوانسیون بوده، نقایص کنوانسیون را درباره قواعد حل تعارض گسترده‌تر نموده است.

در قضیه "ماکس پلنت" اختلاف میان ایرلند علیه انگلستان، ایرلند به منظور حل ماهیتی اختلاف تشکیل دیوان داوری موضوع ضمیمه هفتم معاهده حقوق دریاهای را تقاضا کرد. این دیوان در ابتدا صلاحیت اصولی خود را در رسیدگی به پرونده مفروض اعلام کرد.^۵ اما متأسفانه در نهایت مجال ابراز نظر قطعی در صلاحیت و ماهیت قضیه پیدا نکرد. چون که برابر قرار مورخ ۲۴ ژوئن ۲۰۰۳ رسیدگی صلاحیتی و ماهیتی

2. MOX Plant

1. Southern Bluefin (2000), Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), 4, p.55.

2. Southern Bluefin (2000), Tuna Case, Australia and New Zealand v. Japan, Australia and New Zealand, reply on Jurisdiction, Vol. 1, Text, March 31, , p. 31.

3. The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, (1939), Permanent Court of International Justice, Preliminary Objections, Ser. A/B, No.77.

4. Arbitral, Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Conventions on the Law of the Sea for the Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea. The MOX Plant Case. Ireland V. United Kingdom. Order N°3. Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Proviaional Measures, p. 17.

پرونده تا وقتی که وضعیت روشنی از حقوق جامعه اروپایی و وقایع عینی در خصوص اقامه دعوا نزد مجامع دیگر بدست آید، تعلیق گردید. دیوان در بیان علت این تصمیم خود می‌گوید: «هر چند از استدلال‌های طرفین، دیوان به این نتیجه رسیده است که برخی جنبه‌های این اختلاف در صلاحیت انحصاری جامعه اروپایی نمی‌باشد... اما در تعیین مصداق‌های این جنبه‌ها طرف‌های دعوا و خود دیوان دچار تردید هستند. به علاوه این مقررات به گونه ای مستقل نیستند که به طور قطع بتوان در خصوص آنان تصمیم‌گیری نمود. در نهایت دیوان بر این عقیده است که طرف‌های اختلاف در خصوص عمق و اثرات قوانین جامعه اروپایی مرتبط با این اختلاف، اختیار تصمیم‌گیری را ندارند، بلکه در این خصوص نهادهای اروپایی به خصوص جامعه اروپایی باید اعلام نظر نمایند.»^۲ این قرار دوباره در تاریخ ۱۴ نوامبر ۲۰۰۳ تمدید گردید،^۳ و در نهایت با استرداد دعوا از سوی کشور ایرلند دیوان داوری طی قرار مورخ ۶ ژوئن ۲۰۰۶ پایان رسیدگی را اعلام نمود. به نظر می‌رسد در خصوص این قضیه نیز به اقدام دیوان داوری انتقاد جدی وارد است. زیرا تمامی اسنادی که در اختلاف مطروح ذریبط بودند در دسترس دیوان داوری بوده و اخذ نظریه نهادهای قضایی دیگر بدعتی غیر قابل درک بوده، نوعی استتکاف از احقاق حق محسوب می‌شود که اعتبار یک دیوان داوری بین‌المللی را متزلزل می‌نماید. نتیجه آن که عدم حصول نتیجه مهم مبنی بر "حفاظت از منابع جاندار دریاها" و "محیط زیست دریایی" در دو قضیه از هشت پرونده مطروح در دیوان داوری اجباری عدم تلاش رویه قضایی در برطرف نمودن نقایص کنوانسیون و حادثه نمودن مشکلات آن تعبیر می‌شود.

نتیجه‌گیری

توفیق یا عدم توفیق روش حل و فصل اختلاف‌ها در هر نظام حقوقی، از جمله، به قواعد ماهوی آن نظام بستگی دارد. در واقع نظام حل و فصل اختلاف‌ها به منظور تضمین اجرای قواعد ماهوی پیش‌بینی می‌شوند. قواعد ماهوی موجد حق و تکلیف و قواعد شکلی ناظر بر حل اختلاف‌ها به عنوان مکمل یکدیگر عمل نموده، نقض هر یک بر دیگری تاثیرگذار است. قواعد عادلانه، منجر و قابل اجرا زمینه مناسبی برای توانمندی یک نظام حل و فصل حقوقی اختلاف‌ها است و در مقابل، قواعد مبهم و کلی مانع مهمی در این مسیر محسوب می‌شود.

متأسفانه بسیاری از قواعد مندرج در معاهده حقوق دریاهای کلی و غیر منجر هستند، موجب کم اثر شدن نظام حل و فصل اختلاف‌ها در این بخش از حقوق بین‌المللی شده‌اند که حل این مشکل می‌تواند به نظام عادلانه حل و فصل اختلافات در کنوانسیون ۱۹۸۲ بیانجامد.

دولت‌ها همواره نسبت به وجود یک نظام حل و فصل اختلاف‌های توانمند نگران بوده، تا حد امکان نسبت به آن بی‌انگیزه هستند. حقوق دریاهای نیز از این قاعده مستثنی نبوده، یکی از عوامل تاثیرگذار در عدم توفیق نسبی نظام حل و فصل اختلاف‌های این شاخه از حقوق بین‌الملل، رویه دولت‌ها در خصوص این نظام حل و فصل اختلاف‌ها می‌باشد.

یکی از عوامل رشد و گسترش و توفیق نظام حل و فصل اختلاف‌ها، به چگونگی عملکرد نهادهای حقوقی بستگی دارد. اتخاذ تصمیم‌های صلاحیتی و ماهیتی برابر حقوق بین‌الملل موضوعه که توسعه تدریجی حقوق موضوعه را در پی داشته، ایجاد سوابق قضایی یک نواخت و مناسب، از لوازم یک رویه قضایی موفق می‌باشد. از سوی دیگر صدور رای مبنی بر عدم صلاحیت برای رسیدگی به یک دعوی بین‌المللی در حالی که معاهده موجد صلاحیت تاب تفسیر مخالف را دارد، باعث سست شدن بنیان یک نظام حل و فصل اختلاف‌ها خواهد شد.

به نظر می‌رسد رویه دیوان‌های حقوقی ناشی از معاهده ۱۹۸۲ در مواردی، درخور انتقاد بوده و تردیدها نسبت به توانمند بودن نظام حل و فصل اختلاف‌های حقوق دریاهای را گسترش داده است.

1. Ibid., paras. 20,30.

2. Ibid., paras. 26.

3. MOX Plant Case, Order No 4.

منابع و مأخذ

۱. نوروزی، میثم، (۱۳۹۴)، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات در نظام حقوقی دریاها، مقاله پژوهشی دانشگاه تهران
2. Alex G.Oude,(2004) “Oceans Management in the 21 Century: Institutional Frameworks and Responses”, edited by Donald R.Rothwell, Martinus Nijhoff Published
3. Allain, Jean, (2001), "The Role of the Presiding Judge in Cornering Respect for Decisions of International Courts", Michigan Journal of International Law, Vol. 22, No. 3,
4. Benedict Kingbury, (1999), Foreword: “Is the Prolifertaion of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?”, Journal of International Law And Politics , Vol.31,
5. Boyle, Alan., (2007). Forum Shopping for UNCLOS Disputes Relating to Marine Scientific Research, in M. H. Nordquist and others, editors, Law, Science and Ocean Management, Martinus Nijhoff,
6. Gudmundur Eiriksson,(2000), The International Tribunal for the Law of the Sea, Martinus Nijhoff Pubishers, ,
7. Oceans Management,(2004) in the 21 Century: Institutional Frameworks and Responses, edited by Donald R. Rothwell, Alex G.Oude, Martinus Nijhoff Publishers
8. Rosenne, SH., (1978),. The Settlement of Disputes in the New Law of the Sea, Iranian Review of International Relations, No. 11-12
9. Soons, A. H. A., (2007),. The Legal Regime of Marine Scientific Research: Current Issues, In M. H. Nordquist and others, editors, Law, Science and Ocean Management, Martinus Nijhoff
10. Southern Bluefin,(2000), Tuna (New Zealand- Japan, Australia- Japan), 4 August 2000, para.63
11. Southern Bluefin ,(2000),Tuna Case, Australia and New Zealand v. Japan, Australia and New Zealand, reply on Jutisdiction, Vol. 1, Text, March 31
12. Thomas A. Mansah, (1999)“The Role of Peaceful Dispute Settlement in Contemporary Ocean Policy and Law”, in Order for the Oceans at the Turn of the Century, edited by Davor Vidas and Willy Ostreng, Kluwer Law international
13. Tafsir, Malick Ndiae,(2010), in “the Advisory Function of the International Trinunal for the Lae of the Sea”, Chinese Journal of International Lae, Vol. 9
14. Tullio Treves “(2006),What Have the United Nation Convention and the International Tribunal for the Law of the Sea or Offer as Regards Maritime Delimitation Disputes? “, in Maritime Delimitation, edited by Rainer Lagoni and Daniel Vicens, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, p.70.
15. The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, (1939), Permanent Court of International Justice, Preliminary Objections, Ser. A/B, No.77

بررسی احساس امنیت در فضاهای عمومی (مطالعه موردی شهر اردبیل)
دکتر رضاعلی محسنی*^۱، **دکتر محمد باقری**^۲، **علیرضا علی پور**^۳، **مهتاب قهرمانی**^۴
۱. دانشیار گروه جامعه‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. دکتری مدیریت دانشگاه دفاع ملی
۳. دانشجوی دکتری جامعه‌شناسی (اقتصاد و توسعه) دانشگاه آزاد اسلامی واحد
۴. کارشناسی ارشد جامعه‌شناسی

چکیده

امروزه توجه به مفهوم امنیت شهروندان و روش‌های ارتقاء آن، یکی از اولویت‌های اساسی مدیران، صاحب نظران و علمای شهری تبدیل است. معیارهای شناخت و تحلیل امنیت در پهنه شهر بسیار متفاوت است و با توجه به مؤلفه‌های کالبدی، کارکردی و محیطی نوسان پیدا می‌کند. هدف این پژوهش تحلیل معیارهای کالبدی فضاهای عمومی شهر اردبیل در ارتباط با احساس امنیت مناطق مختلف شهر اردبیل است. این پژوهش از نظر روش‌شناسی از نوع توصیفی - تحلیلی و روش نمونه‌گیری تصادفی، که جامعه آماری مناطق مورد مطالعه برابر با ۵۲۹۳۷۴ نفر است. بنابراین حجم نمونه با فرمول کوکران تقریباً ۳۸۴ نفر بدست آمده است. داده‌ها با استفاده از نرم افزار SPSS مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند. همچنین برای تحلیل تفاوت بین متغیرهای مستقل و وابسته از آزمون **F-Test** استفاده شده است. برای بررسی روایی ابزار از آزمون آلفای کرونباخ استفاده شد. ضریب مذکور معادل ۰/۷۸ گویای قابلیت اعتماد بالای ابزار مورد استفاده بوده است. پس از پایان یافتن گردآوری پرسشنامه‌ها، داده‌ها استخراج و به کامپیوتر انتقال داده شدند و سپس با استفاده از بسته نرم افزار آماری برای علوم اجتماعی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق کم درآمد با میانگین ۱۲/۷۴ بیش از میانگین میزان احساس امنیت کاربران فضاهای عمومی در مناطق متوسط نشین (۱۱/۵۶) و مرفه - نشین (۱۲/۴۲) است. با توجه به میانگین داده‌های موجود در مناطق مختلف شهر اردبیل، تفاوت مشاهده شده بین میانگین‌های مناطق مختلف شهر از نظر میزان احساس امنیت فضاهای عمومی، هر چند با اندک تفاوت مورد تایید قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: فضاهای عمومی، احساس امنیت، معیارهای کالبدی، مناطق شهری

مقدمه

همگام با رشد شهرنشینی، شهرها به عنوان کانون‌های اصلی اجتماعی و اقتصادی دنیا، از طریق فناوری پیشرفته اطلاعاتی و ارتباطی، بیشتر و شتابزده‌تر از پیش با هم مرتبط گشته‌اند. با توجه به این مسائل و شرایط پیش روی جوامع، کیفیت فضاهای شهرها، کیفیت زندگی شهروندان در اوضاع اقتصادی و اجتماعی دیگر جوامع ایفای نقش قابل ملاحظه‌ای داشته است. فضای شهری، عرصه اجتماعی، فرهنگی و کالبدی است که وابسته به الگوی فعالیت گروه‌های اجتماعی و محصول عمل نیروهای فرهنگی و اجتماعی است، اما این نیروها در شرایطی که پویای‌های مدنی جامعه، فضایی مدنی را تدارک دیده باشند، به تولید فضای شهری منجر می‌شوند. مفهوم فضای شهری را می‌توانیم بر فضاهایی که دسترسی بدون محدودیت دارند، تعمیم دهیم و تمام عرصه‌های عمومی، بخش‌های بافت شهری که عموم مردم به آن دسترسی فیزیکی دارند را فضای شهری بنامیم. بنابراین مفهوم، خیابان‌ها، پارک‌ها و میدان‌های شهرک یا شهر به ساختمان‌هایی که محصورشان می‌کنند و محدوده‌شان را مشخص می‌کنند، گسترش می‌یابد، جایی که بیشترین مقدار تماس و تعامل انسان‌ها روی می‌دهد (مدنی‌پور، ۱۳۷۹: ۲۱۶). یک فضای شهری مناسب تا حد زیادی تامین کننده امنیت و فضاهای شهری نامناسب از بین برنده آن و زمینه ساز انواع آسیب‌ها و معضلات است (بیات، ۱۳۸۷: ۱). بر این اساس لزوم توجه به ارتباط بین آسیب‌پذیری افراد در فضاهای شهری و طراحی محیط زندگی بیش از پیش آشکار می‌شود (برنستون و همکاران، ۱۹۹۵: ۲۴). مردم در فضاهای شهری با انواع تهدیدها مانند جرم، تروریسم، آلودگی هوا و آب، زلزله و سیل، تداخل حرکت وسایل نقلیه و پیاده‌ها رو به رو هستند. از این رو زوکین در کتاب فرهنگ شهرها می‌گوید: "فضاهای شهری به اندازه کافی برای مردم امن نیستند، تا آن‌ها در خلق فرهنگ عمومی مشارکت داشته باشند" (زوکین، ۱۹۹۵: ۳۸). از آنجایی که فضاهای شهری بیشترین ارتباط را با مردم و محیط زندگی دارند می‌تواند نقش بسزایی در هویت بخشی و دادن احساس آرامش شهروندان داشته باشند. امنیت اجتماعی با فضا و ساخت و ساز شهری ارتباط معناداری دارد (رستمی تبریزنیا و مدنی‌پور، ۲۰۰۶: ۹۳۵). همراه با مهاجرت گروه‌های انسانی از محیط‌های روستائی و نواحی کم برخوردار به سوی شهرها و نواحی برخوردار از امکانات و خدمات گوناگون، شهرها و بویژه کلان شهرها با افزایش بی‌رویه جمعیت و تورم انسانی مواجه شده‌اند. کلان شهرها علاوه بر اینکه کانون برترین ارزش‌های فرهنگ معنوی و مادی کشور می‌باشند و سهم بسزایی در توسعه فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی کشور دارد، طیف گسترده‌ای از مسائل امنیت ستیز اجتماعی از قبیل افزایش و هجوم فزاینده جمعیت، گسترش نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی و پیامدهای فضایی آن یعنی جدایی‌گزینی، کمبود عدالت اجتماعی، انجام بزهکاری‌ها، جرایم، تبهکاری‌ها و نابهنجاری‌های اخلاقی، اعتیاد، دزدی و بسیاری از آسیب‌های اجتماعی دیگر نیز هست. شهر اردبیل به عنوان یکی از این کلان شهرها، از این حیث در رده‌های بالایی قرار دارد و مطالعه حاضر ضمن بررسی میزان امنیت در فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر و مقایسه بین این مناطق در پی پاسخگویی به سوالات و فرضیات مطرح شده پژوهش است. با توجه به مطالب مورد بحث مقاله حاضر به دنبال پاسخگویی به این سوال است که آیا تفاوت معناداری در احساس امنیت کاربران فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر اردبیل وجود دارد؟

اهمیت و ضرورت مسئله

امروزه توجه به مفهوم امنیت شهروندان و روش‌های ارتقاء آن، به عنوان یکی از اولویت‌های اساسی حرفه‌مندان و تئوری‌پردازی شهری تبدیل شده است. معیارهای شناخت و تحلیل امنیت در پهنه شهر بسیار متفاوت است و با توجه به مؤلفه‌های کالبدی، کارکردی و محیطی نوسان پیدا می‌کند. محیط‌های شهری بنا به شرایط اجتماعی موجود، یعنی شکل‌گیری فضاها، کارکرد فضاها، وجود امکانات رفاهی، تراکم، آلودگی‌های زیست محیطی و... می‌توانند بر میزان امنیت مؤثر باشند. رفتار انسان در فضا و مکان‌های متفاوت با شکل و هندسه خاص و نیز با عملکرد نهفته در آن، متفاوت بوده و در بسیاری از موارد فضا محرک انسان در بروز رفتار خاص امری ضروری است. ایجاد فضاهای آرام و به دور از نابسامانی اجتماعی و نیز افزایش کیفیت محیطی از طریق توجه به نیازهای اساسی زندگی شهری به عنوان مطلوبیت فضای شهری به حساب می‌آید.

در بسیاری از موارد نوع طراحی فضای کالبدی، نقشی که مکان خاص به خود می‌گیرد و ابعاد اجتماعی یک محدوده منجر می‌گردد که فضاها امن یا بالعکس ناامن گردند. به عبارتی دیگر فضاهای شهری با ویژگی‌هایشان به نحوی محرک بروز جرم می‌باشند. جدای از اثرات اجتماعی و فرهنگی ناشی از برنامه‌ریزی و طراحی، محیط‌های امن شهری بر الگوهای رفتار شهروندی و بهبود کیفیت محیطی فضاهای شهری، کاهش جرایم شهری و کاستن وقوع جرم، موضوع مستقل با اهمیتی است. گسترش شهرهای امروزی و کمبود فضاهای عمومی شهری مناسب، ازدحام و ترافیک بیش از حد جمعیت و فعالیت‌ها را در این فضاهای عمومی بیش از پیش کرده‌اند. فرآیند شکل‌گیری این درهم تنیدگی‌ها، کلان شهرها را با افزایش بی‌سابقه ناامنی مواجه ساخته است. شهر اردبیل با توجه به موقعیت خاص جغرافیایی و وجود مراکز تاریخی و فرهنگی و قابلیت‌های گردشگری این شهر، مخصوصاً در فضاهای عمومی نیازمند به بررسی و تحلیل ابعاد امنیتی و تلاش در جهت طراحی به منظور کاهش زمینه‌های ناامنی می‌باشند. سوال اصلی این مقاله این است که آیا تفاوت معناداری در احساس امنیت کاربران در فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر اردبیل وجود دارد؟

فرضیه تحقیق

- ۱- به نظر می‌رسد تفاوت معناداری در احساس امنیت فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر اردبیل وجود دارد.
- ۲- به نظر می‌رسد تفاوت معناداری در احساس امنیت ساکنان مناطق مختلف شهر اردبیل وجود دارد.
- ۳- به نظر می‌رسد تفاوت معناداری در احساس امنیت با ایجاد امکانات فضاهای عمومی شهری اردبیل وجود دارد.

مفاهیم، پیشینه و مبانی نظری

۱- امنیت

امنیت، از ریشه لاتین "Secures" که در لغت به معنای نداشتن دلهره و دغدغه است گرفته شده و همچنین موضوعاتی چون "رهایی از خطر، تهدید، آسیب، اضطراب، هراس، نگرانی با وجود آرامش، اطمینان، آسایش، اعتماد، تامین، ضمانت" را در برمی‌گیرد. (ماندال، ۱۳۸۷: ۴۴)؛ (صالحی، ۱۳۸۷: ۸۶-۹۲).

| | | | | |
|-------------------------|---------------|------------------|--------------|-------------------------|
| نظریه پرداز | مازلو (۱۹۸۷) | استیلی (۱۹۷۳) | کنترل (۱۹۶۵) | لگتون (۱۹۵۹) |
| رتبه دوم نیازهای انسانی | ایمنی و امنیت | تماس‌های اجتماعی | امنیت و نظم | جهت و گرایش‌ها در جامعه |

جدول ۱: جایگاه ایمنی و امنیت در نظریات مختلف

۲- احساس امنیت

در فضاهای شهری احساس امنیت شهری به این معناست که شهروندان بتوانند آزادانه جایجا شوند، با هم‌شهریان خود ارتباط برقرار کنند و به فعالیت‌های اجتماعی بپردازند، بدون آنکه تهدید شوند یا با خشونت و آزار و اذیت جسمی و روحی یا نابرابری جنسی مواجه شوند. احساس امنیت به معنای امنیت خاطر شهروندان از مال، جان و... است که خود نشانگر سازمان یافتگی، قانونمندی و با ثبات بودن جامعه است (صانعی، ۱۳۸۵: ۱۵۰). احساس امنیت حالتی است که در آن ارضای احتیاجات و خواسته‌های فردی و اجتماعی افراد انجام و شخص در آن احساس ارزش، اطمینان خاطر و اعتماد به نفس نماید. (شعاری‌نژاد، ۱۳۶۴: ۲۸).

۳- فضا

مفهوم فضا و فضای شهری در طول تاریخ تفکر اجتماعی و در قالب مکاتب تئوری کلاسیک و نو شکل گرفته است. برای مثال از نظر ارسطو، فضا مجموعه‌ای از مکان‌هاست و زمینه‌ای است پویا با اعراض کیفی

متفاوت. این اعراض و آن زمینه، فضا را با اصالت عمل تنظیم کرده و اسلوب می‌بخشند. (نوربرگ شولتز، ۱۳۸۰: ۸۰). فضا یک تولید مادی، ایدئولوژیکی، فرهنگی، سیاسی و طبیعی است. از این رو در شکل‌گیری فضا و پراکندگی و افتراق فضایی پدیده‌ها، نظام اقتصادی، نظام سیاسی و نظام ایدئولوژیکی نقش اساسی دارد. (شکویی، ۱۳۷۲: ۲۰۵).

۴- فضای شهری

مفهوم فضای شهری در قالب مفهوم اهداف انسانی - اجتماعی در انطباق با هدف‌های انسانی و فعالیت‌های اجتماعی تعریف می‌شود. فضای شهری به عنوان یکی از زیر مجموعه‌های مفهوم فضا، از مقوله فضا مستثنی نیست. بدین معنی که ابعاد اجتماعی و فیزیکی شهر رابطه‌ای پویا با یکدیگر دارند. در واقع فضای شهری مشتمل بر دو فضای اجتماعی و فیزیکی می‌شود. به تعبیر گاتمن محیط مصنوع یک سخت افزار است که در درون آن، نظام اجتماعی به مثابه یک نرم‌افزار عمل می‌کند. (مدنی‌پور، ۱۳۷۹: ۴۸).

۵- فضاهای عمومی شهری

شهر ترکیبی از فضاهای خصوصی و فضاهای عمومی است که به گونه‌ای پیچیده در یکدیگر تداخل یافته‌اند. تحقیقات و تجارب جهانی صورت گرفته درباره فضاهای عمومی شهری بر این نکته اشتراک دارند که فضاهای عمومی شهری می‌بایست مکانی برای تعاملات اجتماعی و زندگی جمعی باشند. فضاهای عمومی را دارای رسالتی برای افزایش سرمایه اجتماعی در جوامع، در بستر تعاملات و مراودات اجتماعی می‌دانند که می‌تواند بستری برای توسعه و شکل‌گیری هویت فردی و اجتماعی باشند. (رفیعیان، ۱۳۸۸: ۶۷).

اصحاب مکتب جامعه‌شناسی شیکاگو نخستین کسانی بودند که جرائم شهری را در محیط‌های شهری و با توجه به ویژگی‌های اجتماعی و اقتصادی و کالبدی مناطق مختلف شهر بررسی کردند به باور آنان، ویژگی‌های اجتماعی و اقتصادی و کالبدی در جرم‌زا بودن منطقه تأثیرگذار است. استارک (۱۹۸۷) از دانشمندان مکتب شیکاگو، پنج جنبه از ساختار شهری را جزو فاکتورهای پیش‌بینی‌کننده ارتکاب جرم در محلات برشمرد که عبارت‌اند از تراکم، فقر، کاربری مختلط یعنی وجود اقامتگاه و صنایع و فروشگاه‌ها در یک مکان، کوچ‌گری و خرابی و فروریختگی ساختمان‌ها (احمدآبادی، صالحی و احمدآبادی، ۱۳۸۶)، تحقیقات بسیاری نشان داده‌اند که متغیرهای گوناگونی در افزایش یا کاهش احساس امنیت فضاهای عمومی شهری نقش دارند. زمینه نظری شروع مباحث جرم‌شناسی و امنیت شهری را از مکتب جامعه‌شناسی شیکاگو و مطالعات اولیه‌ی اکولوژی شهری می‌باشد. مکتب اکولوژی شهری با افرادی چون پارک در سیر تکوینی خود به بررسی پدیده‌های اجتماعی مانند جرم و جنایت امراض روانی در شهرها و ترسیم نقشه‌های آن پرداخت (کتان (Catton)، ۱۹۹۳: ۲۳). در ایده پارک، مناطق شهری از پیشرفت و ترقی انگیزه‌های ساکنان جلوگیری می‌کند و سبب جدایی‌گزینی اجتماعی می‌شود. چارچوب و کالبد شهری تأثیرات عمیقی بر انواع سکونت‌های اجتماعی - فرهنگی شهری دارد. (بیانلو (Bayanloo)، ۲۰۰۷: ۳۷). در ادامه خلاصه‌ای از تحقیقات انجام شده در این زمینه را مطرح می‌شود.

فوستر و همکاران (۲۰۱۴) با یک مدل رگرسیون خطی تأثیرات ترس از جرم در راه رفتن و پیاده‌روی افراد را در استرالیا بررسی و تحلیل کردند. نتایج یافته‌های آن‌ها که با افزایش مداخلات و تصمیم‌گیری‌هایی می‌توان ترس از جرم را کاهش و میزان پیاده‌روی را افزایش داد. اشنایدر و کیتچن (۲۰۱۳) روند توسعه پیشگیری از جرم از طریق طراحی محیطی را در دو کشور ایالات متحده و بریتانیا به طور جداگانه مورد تجزیه و تحلیل و سپس مقایسه کرده‌اند. و تجارب این دو کشور را در اختیار کشورهای دیگر که مایل هستند در این راه قدم بردارند ارائه می‌دهند. پائول و همکاران (۲۰۱۳) آن‌ها پس از بررسی روند پیشگیری از جرم از طریق طراحی محیطی در کشورهای غربی، انتقال این نظریه را در امارات متحده عربی مورد بررسی قرار داده‌اند. آن‌ها همچنین چالش‌های پیش روی این نظریه در این مناطق را برجسته کرده‌اند و معتقدند که با دانش میان فرهنگی می‌توان پیشگیری از جرم را در این مناطق توسعه داد. نیومن (۱۹۷۳) در کتاب "مردم و طراحی در شهر پرخشونت" درباره تغییر ساختار محیط شهری پیشنهادهایی ارائه می‌دهد. از جمله ایجاد ظرفیت کالبدی نظارتی در فضا تا فرصت نظارت برای ساکنان و دیگر نهادها ممکن گردد.

جیکوبز (۱۹۶۱) با کتاب "مرگ وزندگی شهرهای آمریکایی" به عنوان اولین نظریه پرداز در حوزه امنیت معتقد است باید با متمایز کردن آشکار عرصه عمومی و خصوصی، نیاز به چشم‌هایی نظاره‌گر از سوی صاحبان طبیعی را با استفاده از تنوع فعالیت‌ها و عملکردهایی که مردم را جذب می‌کند، تقویت گردد. لطفی و همکاران (۱۳۹۳) به بررسی و تحلیل "حضور زنان در فضاهای عمومی" پرداخته‌اند و نشان می‌دهد که مولفه فرهنگی-اجتماعی بیشترین تأثیر را بر میزان حضور زنان در فضاهای شهری داشته است. همچنین نتایج تحلیل مسیر نشان می‌دهد که تمام متغیرها به صورت مستقیم یا غیر مستقیم بر میزان حضور زنان موثر بوده‌اند. کاظمی و همکاران (۱۳۹۳) در مقاله‌ای تحت عنوان "عوامل موثر بر بهبود امنیت محلات شهری"، با استفاده از روش تحلیل عاملی برای تعیین اهمیت معیارهای سازنده امنیت متغیرهایی را بررسی کرده که از این متغیرها، هویت محله بیشترین تأثیر را در افزایش احساس امنیت داشته است. مؤیدی و همکاران (۱۳۹۲) در تحقیقی با عنوان "بررسی نقش مؤلفه‌های منظر شهری در ارتقای سطح احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری" نشان می‌دهد علیرغم وجود امنیت، احساس امنیت در محدوده مورد مطالعه از دید ساکنین، پایین‌تر از سطح متوسط ارزیابی شده است. زیاری و همکاران (۱۳۹۲) به بررسی "امنیت فضاهای عمومی شهری" پرداخته‌اند که بر اساس فاکتورهای مختلف اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، قومی و... میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری (پارک‌ها و معابر) در منطقه دو شهر قم، کمترین میزان و میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری در منطقه چهار، بیشترین میزان را دارد. قزایی و همکاران (۱۳۸۹) در مقاله‌ای با عنوان "بررسی و سنجش حس امنیت در مناطق مختلف شهری" نشان می‌دهد که مردم در انتخاب فضاهای ناامن در کل شهر تفاهم نسبی دارند. اکثریت آن‌ها محله‌های پایین شهر، حاشیه ساختمان‌های نیمه کاره و کوچه‌های خلوت و تاریک را، فضاهایی با امنیت کم ارزیابی می‌کنند. این حس عدم امنیت، در خیابان‌های شلوغ و مملو از جمعیت کاهش می‌یابد. علیخواه و نجیبی (۱۳۸۵) با بررسی "وضعیت ترس زنان از جرم در فضاهای شهری در مناطق ۲۲ گانه شهر تهران" نشان می‌دهد حدود نیمی از زنان پاسخگو هنگام رفت و آمد در فضاهای عمومی شهری احساس امنیت ندارند این میزان در بین زنان با تحصیلات و درآمد کم و زنان ساکن در محلات دارای زمین و ساختمان‌های متروک بیشتر است. همچنین، مدیری (۱۳۸۵) در تحقیق خود به "تأثیر وقوع جرم و خشونت در کاهش احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری" پرداخته است. او نشان داده نقش جرم در کاهش احساس امنیت بیش از خشونت است.

محدوده پژوهش

مطالعه حاضر در شهرداری صورت گرفته است اردبیل از شهرهای باستانی و تاریخی ایران است. این شهر در نزدیکی مرز جمهوری آذربایجان قرار گرفته و از سردترین شهرهای ایران محسوب می‌گردد که جاذبه‌های طبیعی زیادی دارد. این شهر در ۲۱۹ کیلومتری تبریز و ۵۷۸ کیلومتری تهران واقع شده است شهر اردبیل در میان دشتی با همین نام در ارتفاع ۱۵۰۰ متری از سطح دریا و در میان کوه‌های باغرو (تالش) و سبلان در شمال غرب فلات ایران جای گرفته و دارای زمستان‌های سرد و تابستان‌های معتدل است بر پایه سرشماری عمومی نفوس و مسکن در سال ۱۳۹۵ جمعیت این شهر ۵۲۹۰۳۷۴ نفر (در ۱۵۸،۶۲۷ خانوار) بوده است جمعیت اردبیل براساس نتایج نهایی سرشماری عمومی نفوس و مسکن سال ۱۳۹۰ خورشیدی بالغ بر ۴۸۵۱۵۳ بوده‌است که از این جهت، هفدهمین شهر پرجمعیت ایران به شمار می‌رفته است. بر پایه‌ی همین آمار از مجموع جمعیت شهر اردبیل ۲۴۶۶۱۸ نفر را مردان و ۲۳۸۵۳۵ نفر را زنان تشکیل می‌دهند. (سالنامه آماری استان اردبیل، ۱۳۹۰).

جدول ۲: نتایج آزمون آلفای کرونباخ به همراه تعداد زیر مجموعه سوال‌های پرسشنامه جهت

روایی پرسش‌نامه

| آلفا کرونباخ | آلفای کرونباخ بر اساس معیارهای استاندارد شده | تعداد مولفه‌ها |
|--------------|--|----------------|
| ۰/۷۸۱ | ۰/۷۷۸ | ۱۰ |

| مولفه‌ها | میانگین | انحراف استاندارد | تعداد سوالات هر مولفه |
|-------------------------------|---------|------------------|-----------------------|
| آلودگی محیطی | ۷/۹۶ | ۰/۷۲۶ | ۳ |
| دسترسی به خدمات حمل و نقل | ۶/۳۴ | ۰/۷۹۱ | ۷ |
| میزان روشنایی | ۶/۱۴ | ۰/۱۶۶۸ | ۱۱ |
| آلودگی دیداری | ۷/۹۶ | ۰/۷۲۶ | ۵ |
| خلاء اطلاعات و المان‌ها | ۵/۳۴ | ۰/۷۹۱ | ۱۶ |
| فرم فضا | ۶/۱۴ | ۰/۱۶۶۸ | ۲۰ |
| ازدحام | ۵/۳۴ | ۰/۷۹۱ | ۳ |
| کیفیت کلی سکونت در فضا | ۷/۹۶ | ۰/۷۲۶ | ۱۴ |
| کیفیت فعالیت‌ها و کاربری زمین | ۵/۰۸ | ۰/۷۹۱ | ۱۴ |
| مقیاس | ۶/۱۴ | ۰/۱۶۶۸ | ۵ |

روش‌شناسی تحقیق

برابر برآورد سالنامه آماری شهر اردبیل جمعیت منطقه ۲ (منطقه مرفه‌نشین) برابر ۱۳۴۴۲۲ منطقه ۴ (متوسط نشین) شهر اردبیل ۱۸۹۲۵۸ و در منطقه پایین شهر یعنی منطقه ۳ این جمعیت برابر با ۲۰۵۶۹۴ نفر بوده است. در کل جامعه آماری مناطق مورد مطالعه (مناطق ۲ و ۳) این تحقیق برابر با ۵۲۹۳۷۴ هزار نفر است. بنابراین با روش کوکران و با فرض خطای ۰/۰۵ و سطح اطمینان ۰/۹۵ نتایج برآورد تحقیق حاضر برابر با ۳۸۴ نفر است. داده‌های تحقیق حاصل استخراج پیمایشی است که بین ۳۸۴ نفر از کاربران فضاهای عمومی خیابان و پارک که با روش نمونه‌گیری تصادفی انتخاب شدند، تکمیل گردیده و اساس تجزیه و تحلیل یافته‌های پژوهش حاضر قرار گرفته است. برای بررسی روایی ابزار از آزمون آلفای کرونباخ استفاده شد. ضریب مذکور معادل ۰/۷۸ گویای قابلیت اعتماد بالای ابزار مورد استفاده بوده است. پس از پایان یافتن گردآوری پرسش‌نامه‌ها، داده‌ها استخراج و به کامپیوتر انتقال داده شدند و سپس با استفاده از بسته نرم افزار آماری برای علوم اجتماعی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند. همچنین برای تحلیل رابطه بین متغیرهای مستقل و وابسته از آزمون F-Test استفاده شده است.

تحلیل داده‌ها

شاخص‌های دهگانه موثر بر فضای ناامن شهری

در این قسمت به برخی از معیارها و مولفه‌های فضای امن شهری می‌پردازیم. براساس آنچه که انجمن شهرسازی آمریکا در قالب استانداردهای برنامه‌ریزی و طراحی شهری مطرح کرده است، جهت ارزیابی فضای شهری در مقابل تهدیدها و آسیب‌ها می‌بایست شرایط درونی و بیرونی فضا، شامل کاربری‌های مجاور، الگوهای حرکتی، مرزهای فضا، محل‌های بالقوه برای پنهان شدن، روشنایی فضا و جلوگیری از اعمال خرابکارانه مورد توجه قرار گیرند. افزون بر این‌ها باید به پیاده‌روهای اطراف فضا و حرکت خودروها و دسترسی‌ها هم توجه داشت و سپس فضا را لایه‌بندی امنیتی نمود تا براساس این لایه‌بندی کنترل شوند (اعتماد، ۱۳۸۷: ۲۹۲).

جدول ۳: تبیین شاخص‌های احساس امنیت در فضاهای عمومی

| شاخص‌ها | تبیین مختصر شاخص‌های احساس امنیت در فضاهای عمومی |
|---------|--|
| ۱ | مقیاس فضای بیکران و خالی، اضطراب‌آور و مقیاس انسانی و راحت، آرامش بخش است. |
| ۲ | ازدحام تراکم و فشردگی زیاد جمعیت (ازدحام) امکان برخورد فیزیکی و آسیب پذیری را افزایش می‌دهد. |

| | | |
|----|--------------------------------|--|
| ۳ | فرم فضا | نمایانی فضا کیفیتی است که در آن نه تنها اشیا و فعالیت‌ها قابل رؤیت‌اند، بلکه به شدت و وضوح تمام خود را به تمام حواس آدمی عرضه می‌کنند. |
| ۴ | المان‌های اطلاعاتی | تصویری نیکو از محیط، به شخص نوعی احساس امنیت می‌دهد و غالباً افرادی که به دلایل مختلف در شهر احساس گم‌گشتگی می‌کنند و در تشخیص موقعیت و مسیر خود با مشکل مواجه می‌شوند، از نظر بزهکاران طعمه‌های خوبی می‌شوند. |
| ۵ | آلودگی دیداری | اغتشاش بصری در شکل شهر می‌تواند، از طریق احساسی و ادراکی بر روی رفتارهای اجتماعی انعکاسی یابد و اغتشاش رفتاری را در فضای شهری توجیه نماید. (عامل افزایش خشونت‌های شهری، ..) |
| ۶ | نور و روشنایی | فراوانی وقوع جرایم در تاریکی و روشنایی (شب و روز) تفاوت معناداری دارد. |
| ۷ | آلودگی محیطی | عدم رعایت پاکیزگی و نظافت در فضای شهری، اولین نماد هنجارشکن محسوب می‌شود و نشانه نبود کنترل فردی و جمعی در آنجا محسوب می‌شود. |
| ۸ | دسترسی حمل و نقل عمومی | کیفیت دسترسی به خدمات حمل و نقل عمومی برای جابه‌جایی مطمئن عموم مردم از مهمترین سازوکارهای شهر امن .. |
| ۹ | کیفیت فعالیت‌ها و کاربری زمین | اثر کیفیت توزیع و ترکیب فعالیت‌ها بر روی کیفیت زندگی و از این طریق بر روی رفتارهای ناهنجار و امنیت اجتماعی. |
| ۱۰ | کیفیت سکونت در محلات مجاور فضا | رابطه کیفیت سکونت و آنومی، اجتماعی (بزهکاری و ناهنجاری) |

منبع: یافته‌های میدانی نگارندگان (۱۳۹۶)

آماره‌های متغیرهای زمینه‌ای و وضعیت اجتماعی - اقتصادی پاسخگویان

اولین مرحله در اکثر تحلیل‌ها، پیدا کردن تصویری از توزیع متغیرها است. این تصویر نه تنها تصویری سودمند در تحلیل است، بلکه غالباً شناخت فاطمی که برای تحلیل‌های بعدی لازم است، فراهم می‌آورد. در این بخش داده‌های مرتبط با ویژگی‌های متغیرهای زمینه‌ای و وضعیت اجتماعی - اقتصادی پاسخگویان و نحوه توزیع آن‌ها در خصوص چگونگی استفاده از فضاهای شهری مورد بررسی قرار می‌گیرد. در جدول زیر متغیرهای زمینه‌ای پاسخگویان مناطق مختلف شهر اردبیل به تشریح بیان شده است.

جدول ۴: آماره‌های متغیرهای زمینه‌ای و وضعیت اجتماعی - اقتصادی پاسخگویان

| ردیف | متغیرهای زمینه‌ای پاسخگویان | توضیحات |
|------|-----------------------------|--|
| ۱ | جنسیت | از ۳۸۶ پاسخگو، ۱۴۱ نفر از آن‌ها مرد و ۲۴۵ نفر از آن‌ها زن می‌باشند که به ترتیب ۳۶/۷ درصد و ۶۳/۳ درصد از کل پاسخگویان را در بر می‌گیرند. |
| ۲ | میزان تحصیلات | افراد با مدرک فوق دیپلم، دیپلم و پایین‌تر با ۱۸۴ نفر بیشترین درصد از کل پاسخگویان (۴۷/۷ درصد) و افراد با تحصیلات لیسانس و فوق لیسانس و بالاتر به ترتیب با درصدهای ۳۹/۶ و ۱۲/۷ حد متوسط درصد نمونه را دارا بوده‌اند. |
| ۳ | سن | بیشترین فراوانی سنی پاسخگویان کمتر از ۳۰ سال با ۳۷/۶ درصد است. از سوی دیگر پاسخگویان ۵۱ سال به بالا با فراوانی ۷۵ نفر (۱۹/۴ درصد) کمتر فراوانی را داشتند. پاسخگویان ۳۰ تا ۴۰ سال و ۴۱ تا ۵۰ سال به ترتیب با درصدهای ۲۳/۱ و ۱۹/۹ حد متوسط |

| | | |
|----|------------------------------------|--|
| | | جمعیت پاسخگو را بخ خود اختصاص داده‌اند. |
| ۴ | درآمد پاسخگویان | توزیع فراوانی پاسخگویان را بر حسب درآمد نشان می‌دهد که ۲۸ نفر (۷/۳ درصد) از آن‌ها درآمد کمتر از ۵۰۰ هزار تومان، ۲۱۵ نفر از آن‌ها (۵۵/۷ درصد) درآمد بین ۵۰۱ هزار تا ۱ میلیون تومان و ۱۴۳ نفر (۳۷/۰ درصد) از آن‌ها بیش از یک میلیون تومان درآمد دارند. |
| ۵ | وضعیت اشتغال | در خصوص وضعیت اشتغال، دانشجو ۱۹/۹ درصد، دبیر ۱۵/۵ درصد، کارمند ۲۷/۷ درصد، شغل آزاد ۳۲/۹ درصد و خانه دار ۳/۹ درصد از کل پاسخگویان را در بر می‌گیرند. |
| ۶ | زمان مراجعه به مکان‌ها | از ۳۸۶ پاسخگو، ۲۸ نفر از آن‌ها صبح، ۲۴۷ نفر عصر و ۱۱۱ نفر از آن‌ها شب‌ها به مکان مراجعه می‌کنند. |
| ۷ | نحوه مراجعه به مکان | از ۳۸۶ پاسخگو، ۲۹۵ نفر از آن‌ها باهمراه و ۸۹ نفر از آن‌ها به تنهایی به مکان مورد مطالعه مراجعه می‌کنند. |
| ۸ | مدت زمان ماندگاری در مکان | از ۳۸۶ پاسخگو، ۵۷ نفر (۱۴/۸ درصد) از آن‌ها یک ساعت، ۱۷ نفر از آن‌ها (۴/۴ درصد) کمتر از یک ساعت و ۳۱۲ نفر (۸۰/۸ درصد) از آن‌ها بیش از یک ساعت در مکان مورد مطالعه می‌مانند. |
| ۹ | تعداد همراهان هنگام مراجعه به مکان | که از ۳۸۶ پاسخگو، ۱۳۰ نفر (۳۳/۷ درصد) از آن‌ها با دو همراه، ۱۴۳ نفر از آن‌ها (۳۷/۰ درصد) با سه همراه، و ۱۱۳ نفر (۲۹/۳ درصد) از آن‌ها با بیش از سه نفر به مکان مورد مطالعه مراجعه می‌کنند. |
| ۱۰ | عامل مراجعه | از ۳۸۶ پاسخگو، ۲۶۷ نفر (۶۹/۲ درصد) از آن‌ها برای پُر کردن اوقات فراغت، ۵۰ نفر از آن‌ها (۱۳/۰ درصد) جهت ورزش و ۶۹ نفر (۱۷/۹ درصد) از آن‌ها برای ملاقات دوستان و آشنایان به مکان‌ها مراجعه می‌کنند. |

ماخذ: یافته‌های میدانی نگارندگان (۱۳۹۶)

میزان احساس امنیت کل در مناطق مختلف شهر اردبیل

جدول ۵ نشان دهنده میزان احساس امنیت کل در بین پاسخگویان مناطق مختلف شهر اردبیل است. این مفهوم حاصل ترکیب شاخص‌های مختلف امنیت، شامل شاخص مقیاس، ازدحام، فرم فضا، المان‌های اطلاعاتی، آلودگی دیداری، نور و روشنایی و آلودگی محیطی و... که در جدول قبل مشاهده می‌شود.

جدول ۵: میزان احساس امنیت کل در مناطق مختلف شهر اردبیل

| منطقه | مرفه‌نشین | | متوسط | | پایین شهر | |
|--------|-----------|---------|-------|---------|-----------|---------|
| | درصد | فراوانی | درصد | فراوانی | درصد | فراوانی |
| کم | ۰ | ۰ | ۰ | ۰ | ۰ | ۰ |
| متوسط | ۸۸/۶ | ۱۰۱ | ۵۵/۴ | ۷۷ | ۸۹ | ۶۷/۴ |
| زیاد | ۱۱/۴ | ۱۳ | ۴۴/۶ | ۶۲ | ۴۳ | ۳۲/۶ |
| جمع کل | ۱۰۰ | ۱۱۴ | ۱۰۰ | ۱۳۹ | ۱۳۲ | ۱۰۰ |

ماخذ: یافته‌های میدانی و محاسبات نگارندگان (۱۳۹۶)

همانطور که در جدول ۵ نشان داده شده است، اکثر پاسخگویان در مناطق مختلف مرفه‌نشین، متوسط و پایین‌شهر، میزان متوسطی از احساس امنیت (۸۸/۶ درصد)، (۵۵/۴ درصد) و (۶۷/۴ درصد) را تجربه می‌کنند.

تحلیل واریانس مدل تک عاملی با اثرات تثبیت شده (ANOVA) نسبت F که در جدول ۷، برابر با ۳۷/۵۷ است که حاصل تقسیم میانگین مربع بین گروهی بر میانگین مربع درون گروهی بدست می‌آید، از آنجایی که بالاتر از ۳/۸۴ است معنی دار است. بنابراین در سطح ۹۵ درصد اطمینان، تفاوت معنی داری در بین مناطق مختلف شهر اردبیل و به لحاظ احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری وجود دارد. حال در جدول ۷ آماره‌های توصیفی تحلیل واریانس یک طرفه را بیان می‌کنیم.

جدول ۶: تحلیل واریانس مدل تک عاملی با اثرات تثبیت شده

| F | میانگین مربع | درجه آزادی | مجموع مربع | منبع متغیر |
|-------|--------------|------------|------------|-----------------------|
| | ۷۷/۹۱۸ | ۲ | ۱۵۵/۸۳ | بین آزمودنی‌ها |
| ۳۷/۵۷ | ۲/۱۰۳ | ۳۸۲ | ۸۰۳/۱۶۲ | خطا (درون آزمودنی‌ها) |
| | | ۳۸۴ | ۹۵۸/۹۹۴ | کل |

منبع: یافته‌های میدانی و محاسبات نگارندگان (۱۳۹۶)

جدول توصیفی احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر اردبیل

گزارش جدول توصیفی زیر تفاوت میانگین در سه گروه مرفه نشین، متوسط نشین و پایین نشین در میزان احساس امنیت در فضاهای مختلف شهر اردبیل است. این جدول به توصیف متغیرهای کمی (طبقات متغیر مستقل) اختصاص دارد. همانطور که می‌بینیم میانگین احساس امنیت در مناطق مختلف شهری متفاوت بوده است. همان گونه که در جدول می‌بینیم میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق کم-درآمد با میانگین ۱۲/۷۴ بیش از میانگین میزان احساس امنیت کاربران فضاهای عمومی در مناطق متوسط نشین ۱۱/۵۶ و مرفه‌نشین ۱۲/۴۲ است. همچنین تفاوت فاصله اطمینان در سطح ۹۵ درصد در هر سه منطقه نشان می‌دهد که فاصله اطمینان این مناطق (حد بالا و پایین هر منطقه) شامل صفر نمی‌شود بنابراین می‌توان تفاوت را ملاحظه کرد.

جدول ۷: جدول توصیفی احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر اردبیل

| مناطق | تعداد | میانگین | انحراف استاندارد | خطای استاندارد | تفاوت فاصله اطمینان ۹۵ درصد | | |
|-------|-------|---------|------------------|----------------|-----------------------------|----------|---------|
| | | | | | حد بالا | حد پایین | بیشترین |
| مرفه | ۱۱۴ | ۱۲/۴۲ | ۱ | ۱۲۰۷ | ۱۱ | ۱۲ | ۱۵/۰۰ |
| متوسط | ۱۳۹ | ۱۱/۵۶ | ۱ | ۱۲۳۸ | ۱۰ | ۱۱ | ۱۳/۰۰ |
| پایین | ۱۳۲ | ۱۲/۴۲ | ۱ | ۱۳۶۳ | ۱۲ | ۱۳ | ۱۶/۰۰ |
| کل | ۳۸۴ | ۱۰/۹۲ | ۱/۱ | ۰۸۰۵ | ۱۱/۹۳ | ۱۲ | ۱۶/۰۰ |

ماخذ: یافته‌های میدانی و محاسبات نگارندگان (۱۳۹۶)

۴-۶- بررسی فرضیه پژوهش

فرضیه: به نظر می‌رسد تفاوت معناداری در امنیت فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر وجود دارد.

از آنجایی که در هدف ما این بوده که میانگین‌های یک صفت کمی را در سه یا بیش از سه گروه مقایسه کنیم، آنالیز واریانس یک طرفه راه حل مناسبی است. در واقع این تجزیه و تحلیل، ما را در فهم تفاوت بین گروه‌ها یاری می‌کند. در طرح آزمایش نیز، هرگاه بخواهیم اثر عاملی با بیش از دو سطح را بر متغیر پاسخ بررسی کنیم، از آنالیز واریانس یک طرفه کمک می‌گیریم. همانگونه که گفته شد، مواردی که مورد تحلیل قرار گرفته‌اند شامل شاخص‌های مختلف امنیت، شامل شاخص مقیاس، ازدحام، فرم فضا، المان‌های اطلاعاتی، آلودگی دیداری، نور و روشنایی و آلودگی محیطی و... است. که این شاخص‌ها به عنوان یک شاخص کلی به نام امنیت در فضاهای عمومی در نظر گرفته شده‌اند و با مناطق مختلف شهری مقایسه شده‌اند. نتایج در جدول زیر قابل مشاهده است.

جدول ۸: آزمون تفاوت میانگین امنیت فضاهای عمومی بر حسب مناطق مختلف شهر

| | میانگین امنیت فضاهای عمومی | انحراف استاندارد | F | Sig |
|----------------|----------------------------|------------------|-------|-------|
| منطقه مرفه | ۱۲/۴۲ | ۱/۴۵ | ۳۷/۰۵ | ۰/۰۰۰ |
| منطقه متوسط | ۱۱/۵۶ | ۱/۲۸ | | |
| منطقه کم درآمد | ۱۲/۷۴ | ۱/۵۶ | | |

ماخذ: یافته‌های میدانی و محاسبات نگارندگان (۱۳۹۶)

جدول ۸، نتایج بررسی تفاوت میانگین امنیت فضاهای عمومی بر حسب مناطق مختلف شهر را نشان می‌دهد.

با توجه به اینکه تفاوت مشاهده شده بین میانگین‌های مناطق مختلف شهر از نظر میزان احساس امنیت فضاهای عمومی، بر اساس آزمون F با مقدار ۳۷/۰۵ و سطح اطمینان ۹۹ درصد ($\text{Sig} = 0/000$)، معنی‌دار می‌باشد، لذا فرضیه فوق تأیید می‌شود. بر اساس نتایج جدول می‌توان استدلال کرد که میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق کم‌درآمد با میانگین ۱۲/۷۴ بیش از میانگین میزان احساس امنیت کاربران فضاهای عمومی در مناطق متوسط نشین (۱۱/۵۶) و مرفه‌نشین (۱۲/۴۲) است. همچنین در شکل شماره ۲ توزیع تفاوت میانگین احساس امنیت در مناطق مورد مطالعه را نشان می‌دهد. بنابراین تفاوت مشاهده شده بین میانگین‌های مناطق مختلف شهر از نظر میزان احساس امنیت فضاهای عمومی، هر چند با اندک تفاوت مورد تأیید قرار می‌گیرد.

نتایج و پیشنهادها

مطالعه حاضر در پی بررسی میزان امنیت در فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر و مقایسه بین این مناطق است. در فرضیه معناداری تفاوت در امنیت فضاهای عمومی مناطق مختلف شهر مورد آزمون قرار گرفت. نتیجه این فرضیه با سطح اطمینان بالایی معنادار بود. بر اساس نتایج این فرضیه می‌توان استدلال کرد که میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق کم‌درآمد با میانگین ۱۲/۷۴ بیش از میانگین میزان احساس امنیت کاربران فضاهای عمومی در مناطق متوسط‌نشین (۱۱/۵۶) و مرفه‌نشین (۱۲/۴۲) است. به عبارت دیگر در غالب پژوهش‌ها و نظریات گذشته، مبنای این بود که در مناطق پایین شهر و مرکزی، سطح امنیت پایینتر است و میزان جرم و جنایت هرچه به این مناطق نزدیکتر شویم، افزایش می‌یابد. اما از سوی دیگر هر چه به مناطق مرفه‌نشین نزدیکتر شویم و از مناطق مرکزی دورتر، میزان احساس امنیت افزایش یافته و احتمال وقوع جرم بیشتر می‌شود. اما این پژوهش به نتیجه متضادی از این لحاظ رسید. یعنی بر اساس یافته‌ها، میزان احساس امنیت در فضاهای عمومی مناطق پایین شهر بیشتر از میزان آن در مناطق متوسط شهر و مرفه‌نشین بوده است. نمونه‌های مورد بررسی این پژوهش شامل مردان و زنان بوده‌اند که

همین نکته در نتایج تحقیق اثرگذار است، در حالی که در بسیاری از تحقیقات - از جمله علیخواه، نجیبی (۱۳۸۵) و مدیری (۱۳۸۵) - تنها بر روی احساس امنیت زنان مطالعه صورت گرفته است. به هر حال آنچه که واضح به نظر می‌رسد این است که بر مبنای تحقیقات گذشته، زنان در جامعه احساس ناامنی بیشتری می‌کنند که این خود محصول عوامل متعددی است که خارج از حیطه این نوشتار است. نکته دیگر اینکه اساساً نوع جهان‌بینی افراد در مناطق مختلف شهری و با سطوح رفاهی مختلف، گوناگون است که خود محصول سبک زندگی متفاوت، نحوه خاص گذران اوقات فراغت، میزان تحصیلات و... است. کسانی که در مناطق محروم‌تر و پایین شهر زندگی می‌کنند، از لحاظ امکانات زندگی و آشنایی گسترده‌تر با احساس امنیت، تجربه کمتری دارند؛ در نتیجه به نظر می‌رسد همین تجربه‌ی زیسته‌ی کمتر در مورد احساس امنیت، موجب می‌شود که وقتی امکانات و تمهیدات اولیه‌ای در فضای عمومی منطقه‌ای خویش می‌بینند، آن را قابل توجه و چشمگیر قلمداد کرده و در نتیجه امنیت بیشتری را احساس کنند. بر اساس نظر متخصصین نیروی انتظامی می‌توان اشاره نمود این است که موارد متعددی از جرایم در فضاهای عمومی مناطق مرفه‌نشین، توسط افرادی از مناطق پایین شهر رخ می‌دهد. چنین وضعیتی به احساس ناامنی کاربران فضای عمومی در مناطق مرفه‌نشین منجر می‌شود. اما ایجاد چنین ناامنی‌هایی معمولاً توسط خود ساکنین مناطق پایین شهر در ارتباط با خود افراد بومی کمتر رخ می‌دهد. بنابراین این دو منطقه از هم، احساس متفاوت و گوناگونی را از امنیت تجربه می‌کنند. در ارتباط با موضوع تحقیق، یافته‌ها با نتایج قرایی و همکاران (۱۳۸۹)، نظریه جین جکوبز (۱۹۶۱) همسویی داشت. به عبارت دیگر حس عدم امنیت، در خیابان‌های شلوغ و مملو از جمعیت کاهش می‌یابد. مردم حضور پلیس و نیروی انتظامی و ارتقاء سطح فرهنگی را در ایجاد حس امنیت مؤثر می‌دانند. از سوی دیگر فضای بیگران و خالی، اضطراب‌آور و مقیاس انسانی و راحت، آرامبخش است. همچنین تراکم و فشردگی زیاد جمعیت (ازدحام) امکان برخورد فیزیکی و آسیب‌پذیری را افزایش می‌دهد و آرامش روانی کاربران را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یافته‌های همچنین با نتایج نیومن (۱۹۷۳) همسو است. به اعتقاد نیومن محیط کالبدی می‌بایست دارای خصوصاتی مانند مکانیزم‌های نمادین، مرزها و سلسله‌مراتبی تعریف شده از عرصه‌های خصوصی تا عمومی باشد تا پهنه‌های مختلف درک و دانسته شود. ایجاد ظرفیت کالبدی نظارتی در فضا موجود باشد تا فرصت نظارت برای ساکنان و دیگر نهادها ممکن گردد.

بر پایه یافته‌های این پژوهش سیاست‌گذاری‌ها و برنامه‌ریزی‌های زیر قابل بررسی است: اگر چه پژوهش حاضر گامی نخستین و ابتدایی در راستای شناسایی شرایط امنیت محیط است، و لیکن با توجه به نتایج حاصل از پژوهش می‌توان اقدامات زیر را جهت افزایش حس امنیت در فضاهای شهری پیشنهاد نمود. آنچه که در یافته‌های پژوهش مسلم شد این است که مردم در فضاهایی چون کوچه‌های تاریک و خلوت، خیابان‌ها و فضاهای خلوت و کم تردد شهر، داخل زیرگذرها، پل‌های هوایی، ساختمان‌های نیمه تمام و رها شده یا متروک فضاهای مجاور کاربری‌های بزرگ ولی کم رفت و آمد، حاشیه‌نشینی، کمبود مسیرهای پیاده که از لحاظ کالبدی حائز اهمیت است و مکان‌هایی که افراد معتاد و مزاحم نوامیس مردم حضور دارند که موجب سلب آسایش و امنیت شهروندان می‌شود، شلوغی و نگاه‌های مردمی که به دلیل فقر و نبود فرهنگ زندگی روی دیگران سنگینی می‌کند و محله‌هایی که فقر اقتصادی بیداد می‌کند، مکان‌هایی که پلیس حضور دائمی ندارد، قسمت‌های کنج و دنج فضاهای عمومی، قسمت‌هایی که آلودگی‌های محیطی و کم نوری وجود دارد و... عواملی هستند که به لحاظ اجتماعی قابل بررسی است و موجب کاهش احساس امنیت شده و معضلات و پیامدهایی از قبیل عدم اعتماد، احساس نگرانی نسبت به چیزها و مسائل مختلف، کناره‌گیری از مشارکت و رفتارهای اجتماعی، ترس و بیمناکی و دوری جستن از محیط، محدود کردن فعالیت‌های عادی و ارتباطات، عدم حفظ مدنیت و... را به دنبال دارد. راهکارهای پیشنهادی زیر را می‌توان برای رهایی از چنین معضلاتی و رسیدن به امنیت ایده آل ارائه کرد:

- حضور مردم و نظارت‌های مردمی از طریق طراحی مکان‌هایی برای گردهمایی کاربران فضاهای عمومی؛

- با توجه به اینکه اکثر پاسخگویان برای گذران اوقات فراغت به فضاهای عمومی مراجعه می‌کنند (نسبت به ورزش و ملاقات دوستان و آشنایان) توجه به زمینه‌هایی برای طراحی و ایجاد امکاناتی که افراد را به خود مشغول کند و محیط سالمی را ایجاد کند، مهم تلقی گردد؛
- پاسخگویان اکثراً بیش از سه نفر و بیش از یک ساعت در مکان حضور پیدا می‌کنند، در نتیجه رواج فعالیت‌های موجود در فضاهای عمومی شهری با تدابیری نظیر استفاده از رستوران‌ها یا غرفه‌های فروش خیابانی، ورزش، تئاتر با رعایت اصول حفظ آسایش عابران؛
- با توجه به اینکه بیشتر پاسخگویان در زمان عصر و شب به مکان‌ها مراجعه کرده‌اند (۶۴٪) نوع نگرش به طراحی فضاهای گم و فاقد دید بصری فضاهای عمومی که به دلایل کالبدی، نبود روشنایی و پنهان ماندن جرم به علت تاریکی، فضاهای مناسبی را برای ارتکاب جرم فراهم می‌کند تغییر کند. مسائلی است که باعث استحکام احساس امنیت و در نهایت احساس مشارکت و تعامل اجتماعی، احساس آرامش و آزادی حرکت و ایمن بودن محیط را موجب می‌شود؛
- تجهیز فضاهای عمومی به وسایل حمل و نقل عمومی و توزیع مناسب آن در فضاهای مختلف شهر؛
- فراهم کردن سهولت نظارت شهروندان و مراجعان به فضاهای عمومی و توجه به مکان یابی و نحوه دسترسی؛
- توجه به نکته نظارت طبیعی بر فضاهای عمومی، با استفاده از کاربری‌های رو به خیابان و پارک و هشدارهای نمادین جهت تحت کنترل بودن فضا؛
- افزایش دسترسی به امداد نظیر افزودن بر تعداد تلفن‌های عمومی فضاهای عمومی و همچنین نورپردازی و تجهیز آن‌ها به کد و دکمه امداد فوری؛
- افزایش قابلیت‌های طراحی خوانا و قابل تشخیص و کاهش احساس ترس از گم شدن و نا امنی ناشی از آن.

منابع

۱. احمدآبادی، ز، صالحی هیکوی، ه، و احمدآبادی، ع. (۱۳۸۶). رابطه مکان و جرم. فصلنامه رفاه اجتماعی، (۲۷)، ۲۵۳-۲۵۷.
۲. بیات، بهرام. (۱۳۸۷). "تبیین جامعه‌شناختی احساس امنیت در بین شهروندان تهرانی (با تأکید بر نقش پرداخت رسانه‌ای و سرمایه اجتماعی)" سالنامه علوم اجتماعی، شماره ۱۶، پیاپی ۳۵، ۱۳۲-۱۱۵.
۳. زیاری، کرامت اله؛ مهدی، علی؛ مهدیان بهنمیری، معصومه. (۱۳۹۲). "تحلیلی بر امنیت فضاهای عمومی شهر مورد: پارک‌های مناطق چهارگانه شهرداری قم" مجله آمایش جغرافیایی فضا، فصلنامه علمی-پژوهشی دانشگاه گلستان، سال سوم، شماره مسلسل هفتم، بهار ۱۳۹۲، صص ۲۵-۵۰.
۴. زتومکا، بیوتر. (۱۳۸۴). اعتماد یک نظریه جامعه‌شناختی، ترجمه: فاطمه گلابی، تبریز: انتشارات ستوده.
۵. ساعی، علی. (۱۳۸۶). روش تحقیق در علوم اجتماعی (با رهیافت عقلانیت انتقادی)، تهران: سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
۶. کسل، فیلیپ. (۱۳۸۳). چکیده آثار گیدنز، ترجمه: حسن چاوشیان، تهران: انتشارات ققنوس.
۷. گروسی، سعیده. (۱۳۸۷). بررسی رابطه اعتماد اجتماعی و احساس امنیت (مطالعه موردی دانشجویان دانشگاه جیرفت)، فصلنامه دانش انتظامی، سال نهم، شماره دوم.
۸. شکویی، حسین. (۱۳۷۲). "دیدگاه‌های نو در جغرافیای شهری" انتشارات سمت، تهران.
۹. عباس زادگان، مصطفی. (۱۳۸۴). "ابعاد اجتماعی-روانشناختی فضاهای شهری" مجله علوم مهندسی، دانشگاه علم و صنعت ایران، جلد شانزدهم، شماره اول.
۱۰. علیخواه، فردین؛ نجیبی ربیعی، مریم. (۱۳۸۶). "زنان و ترس از جرم در فضاهای شهری" فصلنامه علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، سال ششم، شماره ۲۲: ۱۰۹-۱۳۱.
۱۱. فکوهی، ناصر. (۱۳۸۳). "انسان‌شناسی شهری"، تهران، نشرنی.
۱۲. قرایی، فریبا؛ راد جهانبانی، نفیسه؛ رشیدیپور، نازیلا. (۱۳۸۹). "بررسی و سنجش حس امنیت در مناطق مختلف شهری" مجله آرمانشهر، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۹، صص ۱۷-۱۳.
۱۳. کاظمی، سیدمهدی؛ موسی رفیعیان، مجتبی؛ قسمی شاه‌گلدی، علی. (۱۳۹۳). "عوامل موثر بر بهبود امنیت محلات شهری؛ مورد مطالعه، محله جنت آباد شمالی شهر تهران" فصلنامه فضای جغرافیایی، شماره ۴۵، سال چهاردهم، ۱۳۹۳، صص ۱۲۹-۱۴۷.
۱۴. لطفی، صدیقه؛ موسوی، میرنجف؛ منوچهری میاندوآب، ایوب. (۱۳۹۳). "بررسی و تحلیل حضور زنان در فضاهای عمومی (مطالعه موردی: شهر میاندوآب)" همایش آسیب‌های اجتماعی زنان و خانواده، دانشگاه مازندران، اردیبهشت ماه ۱۳۹۳.
۱۵. ماندل، رابرت. (۱۳۷۹). "چهره متغیر امنیت ملی" پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران.
۱۶. مدنی‌پور، علی. (۱۳۷۹). "طراحی فضای شهری" ترجمه فرهاد مرتضایی، انتشارات شرکت پردازش و برنامه‌ریزی شهری، تهران.
۱۷. مدیری، آتوسا. (۱۳۸۵). "جرم خشونت و احساس امنیت در فضاهای عمومی شهر" فصلنامه علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، سال ششم، شماره ۲۲.
۱۸. مؤیدی، محمد؛ علی نژاد، منوچهر؛ نوایی، حسین. (۱۳۹۲). "بررسی نقش مؤلفه‌های منظر شهری در ارتقای سطح احساس امنیت در فضاهای عمومی شهری نمونه مورد مطالعه، محله اوین تهران. فصلنامه مطالعات امنیت اجتماعی، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۹۲، صص ۱۵۹-۱۹۱.
۱۹. استونز، راب. (۱۳۷۹). متفکران بزرگ جامعه‌شناسی، تهران: انتشارات جامعه.
۲۰. پیمایش ارزش‌ها و نگرش‌های ایرانیان. (۱۳۸۰)، دفتر طرح‌های ملی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۲۱. خوشفر، غلامرضا و دیگران. (۱۳۸۹)، دانشجو، اعتماد اجتماعی و احساس امنیت (مطالعه موردی دانشجویان دانشگاه گلستان)، مقالات برتر همایش ملی دانشجو، نظم و امنیت، دفتر تحقیقات کاربردی فرماندهی انتظامی استان مرکزی، اراک: نشر نویسنده.
۲۲. یار محمد توسکی، مریم. (۱۳۸۹)، دانشجو، اعتماد اجتماعی و احساس امنیت (مطالعه موردی دانشجویان دانشگاه گلستان)، مقالات برتر همایش ملی دانشجو، نظم و امنیت، دفتر تحقیقات کاربردی فرماندهی انتظامی استان مرکزی، اراک: نشر نویسنده.
23. Bayanlo, Yousef, Mansurian, Muhammadkarim, (2007). "Relation of population density with rate and type of crime", Journal of Refah-e-Ejtemaei, Tehran, Vol.6, No.22.
24. Bullen, Paul, onyx jenny. (1998). Measuring social capital in five communities in NSW, Neighbourhood and community centers. Journal of Applied Behavior, Vole,36, pp: 1-24
25. Clarke, R.V.G (1997) "Situational Crime Prevention: Successful Case Studies" 2nd edition, New York, Harrow & Hesston.
26. Feins, J., Epstein, J., & Widom, R. (1997). Solving crime problems in residential neighborhoods: Comprehensive changes in design, management and use. US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, Washington DC.
27. Foster, S. Knuiman, M. Villanueva, K. Wood, L. Christian, H. Giles-Coati, B. (2014). "Does walkable neighbourhood design influence the association between objective crime and walking?" International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity 2014, 11:100.
28. Hiller, B. (1988). Cities as Movement Systems, Urban Design International, Vol.
29. Jacobs, J (1961) "The Life and Death of Great American Cities" New York, Random house.
30. Lorence T, Clayton S, Neary D, whitehead M, petticrewM, ThomsonH, Cummins S, sowden A, Renton A: Crime, fear of crime, environment, and mental health and wellbeing: mapping review of theories and causal pathways. Health place 2012, 18: 757-765.
31. Mayhew, P. M. (1976). Crime as Opportunity. London: Home Office.2014, Pages 161-166
32. Newman, O. (1973), Defensible Space: People and Design in the Violent City, London,
33. Paul, E; Rachel, A; Leanne, M; Ben, C.(2013). "Crime Prevention Through Environmental Design in the United Arab Emirates: A Suitable Case for Reorientation?" "Built Environment, Volume 39, Number 1, March 2013, pp. 92-113(22), Publisher: Alexandrine Press
34. Rostami Tabrizia, Lamy, Madanipour, Ali, (2006), "Crime and the city: Domestic burglary and the built environment in Tehran", Habitat International, Volume 30, Issue4, Pages 932-944.
35. Schneider, R, H. Kitchen, T.(2013). "Putting Crime Prevention Through Environmental Design into Practice via Planning Systems: A Comparison of Experience in the US and UK" "Built Environment, Volume 39, Number 1, March 2013, pp. 9-30(22), Publisher: Alexandrine Press.
36. Watsov, scott. (2005). Agents in search of an Actor: societal Security for the Palestinians and Turkish kurds, New York: Columbia University Press.
37. Zukin, S (1995), The Culture of Cities, New York , Blackwell Publishers. <http://www.Ciaonet.Org/book/hall/hall01.html>,2000.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۱

صص ۴۹۹-۵۱۷

تفکیک اصطلاحات مشابه خلاقیت قضایی و ارشاد قضایی از تلقین دلیل و تحصیل دلیل در علم

آیین دادرسی مدنی

سحر لاله خانی^۱، دکتر جواد خالقیان^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲- استادیار دانشکده حقوق واحد تهران کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

چکیده

به خاطر حجم قوانین و انبوه تراکم پرونده برای دادرس، امکان استفاده از خلاقیت قضایی قضات، کمتر فراهم می‌گردد. قاضی بدون خلاقیت از بین انبوه ادله اعم از ضعیف و قوی که طرفین ارائه نموده‌اند و یا خود به آن رسیده است باید ادله‌ای را متکای رسیدگی قرار دهد که او را بیشتر به حقیقت رهنمون نموده است. دادرس در تسخیر ادله مجرد نیست بلکه نیازمند یک چاشنی دیگری تحت عنوان ملاحظه مصلحت‌ها یا همان استصلاح و نیکویی‌ها یا همان استحسان است که در بعضی از نحله‌های فقهی مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین، در نظام دادرسی ایران، ارشاد قضایی تدبیر شناخته‌شده‌ای محسوب نمی‌شود. در پژوهش حاضر سعی بر این شده است که همچنان که ارشاد قاضی جهت اصلاح ذات البین و صلح و سازش امری ایده‌آل و پسندیده تلقی می‌شود، ارشاد به حقوق دفاعی اصحاب دعوا، توسط دادرس مطلوب توصیف شود و با کمک از فقه، جواز ارشاد قضایی در دادرسی مهر صحت زده شود. به دیگر سخن، عملکرد قاضی در جلسات دادرسی در مقام ارشاد و خلاقیت، برای جلوگیری از اطاله دادرسی، دادرسی پویا و کشف حقیقت و انطباق آن با واقعیت، امری مهم و بسیار مطلوب تفسیر می‌شود. البته برای فهم بهتر واژه‌ها و تفکیک از یکدیگر، دو اصطلاح ارشاد و خلاقیت قضایی توسط قضات از تحصیل دلیل و تلقین دلیل جدا می‌شوند و در جهت مدیریت قضایی و جلوگیری از اطاله دادرسی گام برداشته می‌شود.

واژگان کلیدی: خلاقیت قضایی، استصلاح و استحسان، ارشاد قضایی، تحصیل دلیل، تلقین دلیل.

* نویسنده مسئول: dr.j.khn@gmail.com

مقدمه

پژوهش، به دنبال کارایی و نقش خلاقیت، در قضاوت دادرسی حقوقی و جزایی می‌باشد. برای این مهم، سعی می‌شود که با تعاریف اجمالی خلاقیت و نقش آن در اجتماع انسانی، به ارزش خلاقیت پی برده شود. سپس ذهن خوانندگان، به نقش خلاقیت در حقوق قضایی متمایل می‌گردد و نهایتاً، فواید اعمال خلاقیت قضایی توسط دادرسی در محاکمات ذکر می‌شود. هم‌چنین، ارشاد توسط قضات در ابتدای دادرسی و حین دادرسی، بطور شایسته توصیف می‌شود. ارشاد قضایی (توسط دادرسی) در کنار قواعد راهبردی همچون اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی (= اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا = اصل تسلیط)، تناظر، مستند و مستدل بودن آرا و بی‌طرفی دادرسی در امور کیفری و مدنی، متعارض دانسته نمی‌شود و همچنان، دایره اصول راهبردی، محترم انگاشته می‌گردد. عملکرد قاضی در نهاد ارشاد بستگی به خلاقیت ایشان در نحوه به کارگیری ارشاد در ابتدا یا حین دادرسی دارد و هر چه خلاقیت^۱ و نحوه به کارگیری ایشان از ابزار ارشاد بهتر باشد دادرسی پویاتر و اطاله دعوا کمتر می‌شود و کیفیت آرای قضایی بیشتر و اعتماد مردم به دادگستری بهتر خواهد شد. با تامل و کارایی دو واژه یاد شده در جهت مدیریت دعوا توسط قضات، تحصیل دلیل و تلقین دلیل از دو واژه یاد شده تفکیک می‌شوند تا خواننده در مدیریت قضات در دادرسی آثار هر یک را بهتر درک کند.

مبحث اول: خلاقیت قضایی و مفهوم آن در دادرسی

یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. قضات در مواجهه با موضوعات مختلف و متغیر، از مواد واحد برداشته‌های متکثری دارند. البته در تمام این موارد رای قاضی مستند و مستدل تلقی شده و در چهارچوب قانون است؛ اما ارائه راهکارها و رای صادره متفاوت است. با دقت در موضوع مشخص می‌شود، این امر بیش از هر چیزی ارتباط با خلاقیت قاضی دارد که برداشتهایی منطبق با موضوع ارائه می‌دهد.

۱. پرسش می‌شود که چرا قاضی نتواند با خلاقیت قضایی در هر دعوا، بنا بر اوضاع و احوال، راه‌هایی برای استماع شهادت‌گزینش نماید؟ چرا برای کشف حقیقت دادرسی نتواند مطلعین را به تشخیص خود به دادگاه فراخواند؟ به عبارتی، چرا نتوان در دعوای حقوقی برای اعمال خلاقیت دادرسی، آزادی کشف حقیقت را در پناه ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی پذیرا شد؟ به نظر می‌رسد، دادرسی می‌تواند با ابتکار خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده، راه‌هایی را برای صحت ادله و نهایتاً رسیدن به حقیقت قضایی، گزینش نماید و در کشف حقیقت و تحصیل قراین و امارات، دفاعی را که مورد غفلت اصحاب دعوا قرار گرفته، با خلاقیت خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده یادآوری کند. به نظر می‌رسد قضات می‌توانند، راه‌های استماع شهادت را گزینش کنند و برای جستجوی حقیقت، بنا بر اوضاع و احوال پرونده‌ی مدنی، گاه منفرداً و گاه اجتماعاً به سوال و جواب شهود دست زنند. همچنین دادرسی می‌تواند، احضار شهود را، در روزهای متفاوت و کرارا صورت جلسه کند تا حقیقت، در فضای محیطی متفاوت به دور از تباہی، برای وی حادث گردد. همچنین، به نظر می‌رسد ایشان می‌توانند، با ترفندهایی بنا بر اوضاع احوال دعوی، اصحاب دعوا را احضار نمایند و گاه خلاقانه در دعوای کیفری، در احضار یا اخطار، علت حضور را سکوت نمایند تا با سوال و جواب طرفین دعوا، به حقیقت نایل گردند. چرا نتوان با کارکردهای مفید دروغ سنج، در ارزشگذاری شهادت و تحقیق محلی، از کارشناسان روانشناس در دادگاه بهره جست؟ می‌توان بر این اعتقاد بود که گاه دادرسی می‌تواند خلاقانه، به لوایح خارج از جلسه اول ترتیب اثر دهد و برای وصول حقیقت، تلاش نماید. به نظر می‌رسد، ندای وجدان پاک دادرسی، با شک درحسن نیت طرفین دعوا، می‌تواند خلاقانه کشف حقیقت نماید و متعاقباً از اعتراض ثالث اجرایی و اعتراض ثالث جلوگیری کند. برای مثال در دعوای صلح و سازش برای جلوگیری از تباہی افراد برای بردن مال غیر، دادرسی می‌تواند خلاقانه، در جهت کشف حقیقت به هر توافق طرفین در هر زمینه‌ای بسنده ننماید. به نظر می‌رسد، «مصلحت‌ها» و «نیکی‌ها» با ندای هر چه بیشتر نیازمندی دادرسی به کشف وقایع و حقیقت‌ها، ندای سودمندی خلاقیت دادرسی را ندا می‌دهند و عقل دادرسی بر این نیکی و مصلحت مهر صحت می‌زند. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که کارشناسی برای بهبود شهادت قضایی موثر است.

۱. در حقوق آمریکا و انگلیس اصل کارشناسی مقبول و توسعه یافته است. البته در عمل رویه قضایی دادگاه‌های آمریکایی، نسبت به مقبولیت کارشناس سختگیرانه‌تر از دادگاه‌های انگلیسی عمل می‌کنند. در مقابل نظام حقوقی کره که مبتنی بر حقوق نوشته می‌باشد، فرهنگ مشارکت‌پذیری و همکاری در دعوا و دادرسی را می‌پذیرد. حقوقدانان در این نظام، بیشتر طرفدار مصالحه و میانجیگری هستند تا این که حتماً بخواهند دعوا را از طریق برد و باخت یا تقسیم افراد به سیاه و سفید حل و فصل کنند. وجه بارز نظام حقوق کره، همانطور که از مواد ۱۰۳ و ۱۱۱ قانون اساسی آن نیز بر می‌آید، این است که قضات تنها کسانی هستند که شان یافتن حقیقت و اداره جلسه دادگاه را دارند. (بزرگمهر، امیرعباس، روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۵۲ و ۲۵۳)

همین طور، خلاقیت به طور غیر مستقیم و اجمالی در حقوق ماهوی و مرحله ثبوت ایفای نقش می‌نماید. برای مثال، تاثیر عقد به اعتبار خلاقیت اراده طرفین می‌باشد و حاکمیت اراده ایجاب می‌نماید که امر دیگری در تولید مقتضای مؤثر قرار نگیرد. (امامی، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، بی تا، ص ۷۱) با این حساب، اگر تاثیر عقد به اعتبار خلاقیت طرفین می‌باشد، آیا قاضی نمی‌تواند در صورت سکوت طرفین، با اعمال خلاقیت، تاثیر عقد را کنکاش نماید؟ همچنین، نقش خلاقیت در نظام حقوق نوشته و کامن لا مورد توجه بوده و قضات آن را به کار گرفته‌اند.^۱

به نظر می‌رسد، امروزه قضات در مرحله اثبات می‌توانند، با دادرسی فعالانه و به کارگیری تعاون میان اصحاب دعوا و دادرس (پورااستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴) از راهکردهای نوین، برای کشف حقیقت، بهره جویند؛ قضاوت هنر تبحر در کشف وقایع و حقیقت است. البته نیاز به کشف واقع در امور کیفری بیش از مدنی است؛^۲ روش‌های خلاقیت^۳ ممکن است، محتاج روش‌های جدید که در آن جنایات اتفاق افتاده‌اند باشد، اما ما باید مراقب باشیم که خلاقیت نباید فراتر از اصول اساسی حقوق جزا باشد. به نظر می‌رسد، حتی حق تجدیدنظرخواهی در پرونده‌ها، خود امکان مجدد برای امکان خلاقیت قضایی محسوب می‌شود.

می‌توان بر این اعتقاد بود، اعمال خلاقیت دادرسین در کشف واقع برای اثبات دعاوی، با هر طریق تحقیقی، در پویایی رویه قضایی بسیار مؤثر است. حتی می‌توان بر این اعتقاد بود که ذهن خلاق در انتخاب طرق دفاعی توسط وکلا، در هموار نمودن کشف حقیقت و واقع برای قضات، بسیار مؤثر است. گفته ده است که زمانی قضات در مورد اعمال روش‌های ثابتی فکر می‌کنند و زمانی که وکلا در دفاع خود این روش‌ها را به حساب می‌آورند و می‌خواهند مؤثرتر باشند، این واقعیات هر امکان خلاقیت را در استراتژی دفاعی، خاموش نمی‌کند.^۴ در نهایت می‌توان بر این اعتقاد بود که قاضی، نیازمند به خلاقیت در جهت کشف حقیقت و واقعیات، می‌باشد و نباید با تصور این موضوع که آزادی «تحصیل دلیل» و متعاقبا استفاده از «خلاقیت قضایی»، ممکن است، وی را از بی طرفی خارج کند؛ به سرکوب آزادی‌های وی همت گمارد.

گفتار اول: فواید خلاقیت قضایی در دادرسی

آموزش به تبحر و استفاده از خلاقیت در وصول به حقیقت قضایی (در مرحله اثبات)، البته در پرتو ادله ابرازی طرفین دعوی حقوقی، راهکردهای نوینی را در جلوگیری از اطاله دادرسی و متعاقبا جلوگیری از نقص تحقیقات برای قضات، فراهم می‌کند. اگر دادرس از آزادی خود پسندیده استفاده کند، نه تنها اصحاب

۱. Barbara Luppi Francesco Parisi, Judicial Creativity and Judicial Errors: An Organizational Perspective, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 09-09, Barbara Luppi Francesco Parisi, page 2

۲. کشف حقیقت هدف و منظور اساسی پرونده‌های کیفری است. (تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۶۶).

۱. باید روش و رویه کار دادرس در جریان عمل مشخص می‌گردد که چگونه با مهارت و استادی و نهایت تبحر در عین صلابت امور مربوط به دعوا و پرونده، امر را کشف می‌نماید و واقع قضایا را درک می‌کند بدون این که به رفتار و عمل وی جنبه طرفداری از یک طرف دهد. همین جاست که دادرسی و قضا، جنبه هنر پیدا می‌کند و همه قضات صاحب این مشخصه نیستند. به هر حال دادرسی و قضا باید به سمت کشف حقیقت باشد و هدف اصلی اجرای عدالت است. (مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ پایدار، نشر پایدار، ۱۳۷۷، ص ۱۵ و ۱۶). در طریقه تفتیشی دادرس و اصحاب دعوا در معیت و با مشارکت هم تحقیق و ارایه دلیل می‌کنند. (شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوا، چاپ سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، ص ۲۳)

2. A Valid International Problem vs. A Valid International Law: Shifting modes of Responsibility in International Criminal Law, Cassandra Steer, University of Amsterdam; Cornell University - Law School, March 4, 2011, page 1

3. How Judges Think: Strengthening Defence Approaches to Joint Criminal Enterprise and Closing Arguments, Alexander Zahar Griffith Law School, Australia, Paper presented at the annual conference of the Defence Bar of the Court of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 12 December 2009, page 2

دعوا نسبت به انشای رای دادرسی، انعطاف بیشتری نشان می‌دهند، بلکه راه اطاله دادرسی مسدود می‌شود. برای مثال، اگر چه ممکن است محکوم علیه، تمکین از اجرای رای ننماید، ولی از درون متوجه می‌شود که پشت هر دستگاه قضایی، عملکردی فعال، زیرکانه و خلاق ایستاده است. همچنین، خواهان یا خواندگان دعوا، به قدرت و امنیت قضایی هر چه بیشتر دستگاه قضایی پی می‌برند و با اطاله دادرسی به تضییع حقوق طرف و تاخیر اجرای حکم، متوسل نمی‌شوند. از طرفی، جامعه نسبت به انشای رای مستدل که بر ستون‌های خلاقیت دادرسی برای کشف حقیقت بنیانگذاری شده است، اعتماد وافر می‌کند.

به نظر می‌رسد، اگر انشای رای دادرسی و ای چه بسا فعالیت وی حین دادرسی، زیرکانه‌تر، فعال‌تر، خلاقانه در جهت کشف حقیقت باشد، با هر تاخیر و هر سودجویی توسط خواننده دعوا یا بالعکس خواهان دعوا، گزینش روش‌های تحقیقی دادرسی بنا بر اوضاع و احوال برای کشف حقیقت، متفاوت می‌شود. در نهایت، با ابتکار و اعمال خلاقیت، به تحقیق بیشتری دست می‌زند و انشای رای در آینده توسط دادگاه‌های عالی کمتر دستخوش تغییر، اصلاح و نقض می‌شود. متعاقباً اصحاب دعوا و ثالث کمتر از طرق فوق العاده و حتی عادی استفاده خواهند نمود. نهایتاً می‌توان بر این اعتقاد بود که عملکرد خلاقانه دادرسی برای وصول به حقیقت قضایی، انشای رای وی را تحت تاثیر قرار می‌دهد و با انشای رای محسوس‌تر و عینی‌تر، جامعه مواجه می‌گردد.

شایان توجه است که فایده استفاده قضات از خلاقیت در کشف حقیقت قضایی، مسدود شدن اطاله دادرسی و متعاقباً کثرت اعتماد افراد به دادگستری می‌باشد. به نظر می‌رسد، نه تنها با کشف حقیقت توسط دادرسی در دعاوی جزایی، مدنی و با تبحر و خلاقیت دادرسی برای وصول به حقیقت، به اقناع وجدان و آزادی دادرسی احترام گذاشته می‌شود، بلکه حضور قدرتمندانه و فعالانه دادرسی در سیستم قضا، برای همگان به اثبات می‌رسد. کشف حقیقت در انواع پرونده‌ها، صرفاً با خط مشی‌های تحقیقی گزینش شده قانونگذار، به غایت نمی‌رسد، بلکه ذهن خلاق دادرسی است که خود، بنا بر اوضاع و احوال، طرق تحقیقی برای وصول به حقیقت قضایی را، گزینش می‌کند و خود را ظرف اصحاب دعاوی مدنی قلمداد نمی‌کند.

گفتار دوم: توجیه خلاقیت قضایی با استصلاح و استحسان

استحسان^۱، اصطلاحی است در منابع اجتهاد بعضی استحسان را عدول از قیاس به دلیل اقوی دانسته‌اند و انگیزه عدول را «۱. وجود نص^۲، راحتی و تسهیل^۳، مصلحت^۴، اجماع^۵، ضرورت^۶، عرف و عادت» دانسته‌اند... در برخی از تعاریف نفس مجتهد یا عقل مجتهد، جوهره اصلی تعریف را تشکیل می‌دهد. طبق برخی از تعاریف استحسان نوعی قیاس به حساب آمده است و شاید معروف‌ترین معنای استحسان همان حکمی است که نصی بر آن یافت نمی‌شود ولی عقل مجتهد آن را می‌پسندد. استحسان^۳ از بارزترین

۱. با تحول زندگی اجتماعی و آشنایی بیشتر مردم به کتابت، رفته رفته اسناد کتبی رواج بیشتری یافت و عرف عملاً برای آن اعتبار قایل شد و لذا بعضی از فقیهان حنفی، با استفاده از شیوه «استحسان» رأی به اعتبار اسناد کتبی صادر نمودند. (محقق داماد بزدی، سید مصطفی، قواعد فقه (محقق داماد)، ج ۳، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق. ص ۸۳)

۲. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۰۶.

۳. مخالفان استحسان بر این اعتقادند که: اگر منظور از حجیت عقل، عقل ظنی نه قطعی بوده باشد آن نیاز به یک دلیل قطعی و یقینی دارد. (مکارم شیرازی، ناصر، محقق / مصحح: ابو القاسم علیان نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ص ۱۹۱) - استحسان را معمولاً در برابر قیاس بعنوان موارد استثنائی قیاس در دو مورد قیاس خفی و ضرورت بکار می‌گیرند. استحسان نزد حنفیان کاربرد بیشتری نسبت به مالکیان دارد. (عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (عمید)، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۴۲۱، ص ۲۲۰) - استحسان به معنای تقدم اهم بر مهم، پذیرفتنی است. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۰۰ و ۱۰۸) - اختلاف میان ما و کسانی که قیاس و استحسان و ... را به عنوان دلیل‌های شرعی، معتبر می‌شناسند، اختلاف در اصل شایستگی این ادله به عنوان ادله شرعی است و نه در تعیین قلمرو کاربرد و عمل آن‌ها. البته نباید از هر آنچه که قیاس یا استحسان یا سد ذریعه نام نهاده می‌شود، نفی شایستگی کرد چه این کار نیز با حقیقت فاصله دارد، زیرا در بعضی از موارد، بهره‌وری این روش‌ها، به جای خود، درست است. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۱۶)

گمان‌هایی است که در تعالیم اسلامی اکتفا و اعتماد کردن بر آن ممنوع شمرده شده است.^۱ در مقابل، واژه اصطلاح^۲ در لغت از ماده صلح بوده است و به معنای طلب اصلاح است.^۳ اصطلاح^۴ ... بیشتر به معنی طلب صلاح و از یک جانب و قبول صلاح از جانب دیگر بکار می‌رود.^۱ البته اگر عقل مصلحتی را به طور کامل ادراک و به اعتبار آن از ناحیه شارع قطع پیدا کند، عمل بر طبق آن جایز است، اما این مصلحت، مصلحت مرسله نیست.^۲

حقوق اثبات، برای محسوس بودن و عینی‌تر شدن آرای خود، نیاز به فعال‌گرایی بیشتر دادرسی‌ن‌دارد. انعطاف‌پذیری و کمک‌گیری از تمامی ابزارهای فقهی، برای حضور محکم‌تر و پویاتر قضات در صحنه دادرسی، تفسیر نوین از اصطلاحات را می‌طلبد. با این برآیند به نظر می‌رسد، «مصلحت‌ها» و «نیکی‌ها»

۱. آیه ۳۶ از سوره یونس آمده: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا». هیچ‌گاه ظن انسان را از حق بی‌نیاز نمی‌کند. (شاهروندی، محمد ابراهیم جنتانی منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی تا، ص ۳۱۸ و ۳۱۷)
۲. برخی نیز ارسال و اصطلاح را مترادف هم دیگر دانسته‌اند. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۹۸) - برخی از دانشیان گفته‌اند اصطلاح در اصطلاح عالمان اصول عبارت است از جعل حکم برای واقعه و موضوعی که از جانب شرع در باره آن حکمی نرسیده و مجتهد در چنین جایی مصالح و مفاسد آن را به گونه کامل مورد بررسی و کاوش قرار داده سپس حکم مقتضی و مناسب را برای آن بیان می‌کند. (شاهروندی، محمد ابراهیم جنتانی منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی تا، ص ۳۵۲)
۳. اصطلاح حکمی است که مبتنی بر مصلحت می‌باشد و این در جایی است که بر اثر نبودن همانند در شرع، قیاس در آن جریان نداشته باشد و مطابق آن نصی نیز نباشد. (مکارم شیرازی، ناصر دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۳۴۱)
۴. فقهاء و اندیشمندان شیعه قاعده اصطلاح را به عنوان منبع و پایه شناخت وحی و احکام الهی نپذیرفته‌اند، زیرا آنان بر این اعتقادند که تمام اصول احکام و قوانین کلی آن در زمینه‌های مختلف: عبادی، اقتصادی، اجتماعی، حقوقی، علمی، سیاسی، اخلاقی، کیفری، و... به ما رسیده است، و لذا برای شناخت احکام حوادث واقعه و موضوعات مستحدثه نیازی به این منبع نداریم. آنان که قاعده اصطلاح را به عنوان منبع و پایه شناخت احکام شریعت پذیرفته‌اند برای به کارگیری آن امور زیر را شرط نموده‌اند: الف. بحث و کنکاشی زیاد جهت بدست آوردن مصلحت حقیقی نه مصلحت خیالی و وهمی برای تشریح حکم ب. مصلحت باید به گونه‌ای باشد که نفع آن عاید بیشتر مردم شود نه قلیلی از مردم و یا یک شخص. ج. عدم معارضه مصلحت ادراک شده با نص و اجماع (شاهروندی، محمد ابراهیم جنتانی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی تا، ص ۳۵۲ و ۳۵۳) - ذکر ملاکات ظنی و توسل به اصطلاح و استحسان نوعی مغالطه ماهوی است ... (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۵۴، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۹۵) البته طرفداران اصطلاح می‌توانند بگویند که عقول کاشف از مصالح نیز لطف خداوند به بندگان است و در شریعت، می‌توان به آن اعتماد کرد. (کاشانی، بی تا، ص ۹) - در مقابل موافقان اصطلاح قایل به این هستند که، مصلحتی که عقل کشف کرده باشد، از نظر شرع اعتبار دارد و در نتیجه، میان اعتبار و الغاء مردد نیست. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۰۵) - ... اهل سنت به دلیل فاصله گرفتن از امامان معصوم (ع) و محروم کردن خود از بهره‌مندی از این حضرات و مواجه شدن با فقر سند در اجتهاد و به دلیل درگیر بودن با مسائل حکومتی و اجرایی و برخورد پی‌درپی با حوادث گوناگون و به خاطر ضعف حاکم بر اصول فقه اهل سنت، از جهت مراجعه به اصول عملیه که در اصول فقه شیعه با ساختاری منطقی و حساب شده، حضور جدی دارد و شک و حیرت را در بسیاری از موارد از بین می‌برد؛ ناچار شدند در استنباط احکام به اموری مراجعه کنند که در نگاه عموم فقیهان شیعه، از منابع و اسناد استنباط نیست، بلکه از مقاصد کلی شریعت یا از علل و حکمت‌های خرد احکام و یا استحسان و ذوق شخصی بوده که بر آن لباس دلیل پوشانده شده و سند استنباط قرار گرفته است. (جمعی از مؤلفان، جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۱، چاپ اول، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام ملاحظات: صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمود هاشمی - سردبیر: عبد الرضا ایزدپناه، بی تا، ص ۱۳۵)

۱. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (عمید)، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ص ۳۸.
۲. حجیت اصطلاح میان مذاهب چهارگانه اهل سنت مورد اختلاف است، اما به اتفاق و اجماع فقیهان امامیه حجیت ندارد اصطلاح عبارت از استنباط حکم بر اساس مصالح مرسله. اصطلاح عبارت است از به دست آوردن حکم واقعه‌ای که نص و اجماعی (اجماع) درباره آن وجود ندارد بر اساس مصلحتی عام که از آن به مصلحت مرسله تعبیر می‌شود. مصلحت مرسله، مصلحتی است که دلیل و شاهدی شرعی بر اعتبار یا عدم اعتبار آن وجود ندارد. واژه اصطلاح به عنوان یکی از روش‌های استنباط در فقه اهل تسنن مطرح است و فقهای شیعه در علم اصول فقه به مناسبت بیان ادله احکام از آن سخن گفته‌اند. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهروندی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه. ق.، ص ۴۲۷)

با ندای هرچه بیشتر نیازمندی دادرسی به کشف وقایع و حقیقت‌ها، ندای سودمندی خلاقیت دادرس را فریاد می‌زند و عقل دادرس بر این نیکویی و مصلحت مهر صحت می‌زند. به دیگر سخن، دادرس برای وصول به انشای رای محسوس و عینی، با آزادی و خلاقیت قضایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت تلاش فعالانه می‌نماید. به نظر می‌رسد تفسیر و کارآیی دو اصطلاح مذکور، در حقوق اثبات غیرقابل انکار است، چراکه فعال‌گرایی دادرس را تضمین می‌کنند.

اگر در معنای استحسان در فقه متمرکز شویم، متوجه خواهیم شد که اصطلاح مذکور در تفسیر قوانین ماهوی با مخالفت جدی فقهای امامیه روبه رو شده است. در پژوهش حاضر سعی می‌شود که استحسان (نوعی قیاس خفی که متکی بر تشخیص مصلحت و ضرورت است و نهایتاً با مصلحت عمومی وفق می‌دهد و مصداق احسن است) با ندای رسیدن به «نیکویی‌ها»، مورد توجه دادرس در نظام اثباتی قرار بگیرد. بنابراین خلاقیت قضایی و عقل‌گرایی دادرس برای وصول به واقعیات، همیشه در پرتوی راه‌های تحقیقی‌گزی‌ش شده در قوانین فراهم نمی‌شود. برای مثال، قضات با خلاقیت قضایی و کاربرد عقل، می‌توانند برای وصول به حقیقت و برای رسیدن به انواع قراین مثبت در پرتوی ادله‌ی ابراز شده در دعوای حقوقی، تلاش نمایند. وقتی که از راه‌های مختلف در مرحله اثبات، حقیقت و واقعیت برای دادرس آشکار شده است و الفاظ و عبارات قانون شکی یاری طریق وصول به حقیقت دادرس نیستند، چرا طریق خلاقانه دادرس را در وصول به حقیقت، مهر صحت نزنیم؟ چه نیکویی بهتر از رسیدن به واقعیات و حقیقت وجود دارد. به دیگر سخن، دادرس می‌تواند هر طریق تحقیقی را برای وصول به حقیقت و واقعیات با ندای نیکویی‌ها، گزینش نماید. به نظر می‌رسد، کارکرد «استحسان» اگرچه در مرحله ثبوت و حقوق ماهوی قابل‌گسترش نیست، ولی مانعی در مرحله‌ی اثبات برای گسترش آن وجود نداشته باشد. به دیگر سخن، دادرس می‌تواند در جهت پویایی عقل و رسیدن به نیکویی و حقیقت‌گرایی با خلاقیت خویش برای وصول به حقیقت و واقعیت در صحنه‌ی قضا، در پرتوی ادله ابرازی طرفین دعوای حقوقی، تلاش کند. پایه‌های محکم تفسیر نوین خویش را در قضاوت، ابتدا آزادی قضایی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی و سپس وصول به نیکویی‌ها در حقوق اثبات، معرفی می‌کنیم. در مقابل، رعایت اصل تناظر، اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی، اصل توجیه رای، بی‌طرفی دادرس و منع تلقین دلیل را محدودیت دادرس، معرفی می‌شود.

می‌توان بر این اعتقاد بود که توسعه اعمال خلاقیت قضایی دادرس در دعوای حقوقی و جزایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت، مصلحتی سودمند^۱ تلقی می‌گردد و با این وجود، انشای آرا محسوس‌تر و عینی‌تر خواهد گردید. برای مثال: گزینش خلاقانه طرق تحقیقی توسط دادرس بنا بر اوضاع و احوال پرونده، امری ایده آل و مطلوب تلقی می‌گردد و چرا دادرس نتواند با فقد دلایل، برای اخذ اقرار صریح یا ضمنی به سوال و جواب دست زند؟ چرا دادرس نتواند قبل از اعمال قراین مثبت در ماده ۴۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دستور ابراز سند فرد را صادر نماید و متعاقباً به وی ابلاغ کند؟ چرا دادرس نتواند خلاقانه برای حفظ ادله دعوا دستور تامین دلایل را صادر کند و اینگونه خود را برای رسیدن واقع و حقیقت آماده نماید؟ چرا

۱. ویلیام جیمز خود اعتراف می‌کند که پراگماتیسم نامی است نو برای پاره‌ای از شیوه‌های کهن اندیشه. به نظر جیمز (بنیانگذار این مکتب) میزان تمیز حق از باطل، ثمره عملی است که از اجرای حکمی به دست می‌آید. (فروغی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا، ج ۳، چاپ دوم، ۱۳۱۷، ص ۲۶۶) - به گفته مورتون وایت، فلسفه ویلیام جیمز را می‌توان چنین تفسیر کرد که: اگر عقیده‌ای ما را برای زیستن بهتر یاری کند لازم است به آن معتقد شویم و حقیقتش پنداریم. پس بجاست که گفته شود حقیقت آن است که سودمند باشد. به بیان دیگر جیمز تعریف متداول حقیقت را که مطابقت فکر با واقع است بدین گونه تغییر داده که این مطابقت باید در عمل باشد و موفقیت در رسیدن به خواسته‌هایمان را بهتر تأمین کند. (کانونیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ اول، تهران شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۱۷۲) - نفوذ دیدگاه جیمز باعث شده است که در حقوق انگلیس و آمریکا ارزش قواعد حقوق و میزان اعتبار آن را وابسته به اوضاع و احوال ویژه هر دعوا بدانند و کمتر به نظریه‌های عمومی حقوق بپردازند یعنی در واقع هر پرونده و قضیه حقوقی را بر اساس اوضاع و احوال خاص آن و آنچه که مصلحت اقتضا می‌کند حل و فصل نمایند بر خلاف شیوه رایج حقوقی در فرانسه که بیشتر به طرح و ابداع نظریه‌های عمومی حقوق تمایل دارند. باید توجه داشت که مقصود ویلیام جیمز از مصلحت، توجه به همه آثار دور و نزدیک یک عمل در حال و آینده است و همین نکته از خطر مصلحت بینی خصوصی در دعوای و قضایای حقوقی می‌کاهد و قضات را به عدالت نوعی و نه شخصی ترغیب می‌کند. (فولکیه، پل، ترجمه دکتر یحیی مهدوی، فلسفه عمومی یا مابعد الطبیعه، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۷، ص ۱۷۳)

دادرسی برای صحت تحقیق محلی، از افرادی فراتر از افراد معرفی شده در تحقیق محلی، به تحقیق و واکاوی دست نزنند؟ چرا برای جمع‌آوری چند قرینه در پرونده تلاش ننماید و به عنوان اماره قضایی از آن‌ها استفاده نکند؟ چرا دادرسی نتواند بنا بر اوضاع و احوال پرونده، خلاقانه کشف شهود کند و برای رسیدن به واقعیات و حقیقت تلاش کند؟ چرا خلاقانه برای صحت سخنان شهود، از روانشناسان بهره نجویید؟

در نهایت، به نظر می‌رسد، با تفسیر نوین از قوانین شکلی و اصطلاحات فقهی برای وصول به حقیقت قضایی، اعمال خلاقیت دادرسی برای وصول به واقعیات و حقیقت پرونده‌ها، جز نیکویی و مصلحت چیز دیگری را به ارمغان نمی‌آورد. به نظر می‌رسد، محدودیت دادرسی در قضاوت فقط رعایت اصولی همچون: حفظ بی طرفی، منع تلقین دلیل، اصل حق دفاع و تناظر، مستدل و مستند بودن آرا و... می‌باشد.

مبحث دوم: ارشاد قضایی و مفهوم آن در دادرسی

ارشاد در لغت به معنای راه نمودن، راه راست نمودن، راه به حق نمودن، به حق و درستی رهنمون کردن، راهنمایی و هدایت می‌باشد.^۱ برای روشن شدن نقش دادرسی در ارشاد طرفین دعوا، بهتر دانسته می‌شود که ارشاد قضایی را نظیر احکام ارشادی که از سوی شارع به انگیزه هدایت صادر شده‌اند، تفسیر شود.^۲

می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرسی بدون این که شخصی را مستقیماً خطاب قرار دهد، جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت پذیرفته شده است. البته ارشاد دادرسی (همچون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه مولوی ندارد و فرد ملزم به تبعیت از آن نیست. در همین جا است که فاصله تلقین توسط دادرسی با ارشاد توسط وی جدا می‌گردد، چرا که دادرسی بدون القای کلمه‌ای و بدون این که قصد اصحاب دعوا را خدشه‌دار نماید، با کشف حقیقت در جهت اقناع وجدان خویش، اصحاب دعوا را ارشاد می‌کند. البته بعضی، ارشاد به ابراز دلیل توسط دادرسی را تحصیل دلیل نمی‌دانند و یادآوری تکلیف معرفی می‌کنند.^۳ البته، بزرگان فقهی، قایل به تفکیک بین تلقین دعوی و ارشاد هستند و به برشماری تفاوت‌های آن همت گمارده‌اند.^۴

از جمله در مثال‌های فقهی آمده است که اگر مدعی، دعوی خود را به درستی تحریر نکرده باشد، تلقین وی به تحریر درست دعوا، حرام نیست زیرا نوعی تحقیق در مورد دعوا تلقی می‌شود.^۵ و حتی آن از واجبات دانسته شده است و همچنین بعضی استفسار و تحقیق را بلاشکال می‌دانند هر چند که این امر به تلقین صحت دعوا، بیانجامد و حتی اگر یکی از طرفین جاهل باشد و تحریر دعوا را نداند

۱. مصلحت گرایان به قواعد حقوقی به دیده‌ی ابزار می‌نگرند؛ بدیل‌گرایی را مهمترین زمینه برای اعمال مصلحت‌ها و به ویژه مصلحت‌های اقتصادی در تصمیم‌گیری قضایی می‌دانند و از آن به عنوان یک مطلوب یاد می‌کنند. برای مثال در تفسیر ماده‌ی ۷۷۲ قانون مدنی قبض را به دو دسته مادی و معنوی تقسیم می‌کنند و با مصالح همگام می‌کنند. (انصاری، باقر، ابهام حقوقی و تاثیر آن بر تصمیم‌گیری قضایی، شماره ۴۳، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص ۳۱۴)

۲. معین، محمد، فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه، ص ۸۲.

۱. حکم ارشادی در برابر حکم مولوی به حکمی اطلاق می‌شود که نه به انگیزه برانگیختن مکلف بر فعل مأمور به یا ترک منهی عنه، بلکه به انگیزه صرف ارشاد و هدایت او به مصلحت موجود در مأمور به یا مفسده موجود در منهی عنه از سوی شارع مقدس صادر می‌گردد، مانند اوامر و نواهی پزشک نسبت به بیمار. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه ق، ص ۳۵۸)

۲. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲.

۳. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، محقق / مصحح: محمد باقر خالصی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العالمة (ط - الحدیث)، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ۱۴۱۹ ه ق، ص ۳۳.

۴. شهید اول، محمد بن مکی، عاملی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۸۴ - حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، محقق / مصحح: مجتبی عراقی، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۴، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه ق، ص ۴۸۴.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۱۴، محقق / مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی پناه اشتهاردی - آقا حسین یزدی اصفهانی، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳، ص ۱۵۵ و ۱۵۶.

و دادرس آگاه باشد، تلقین نمی‌باشد.^۲ البته، تعاون به نیکی هم عملکرد قاضی تفسیر می‌شود.^۳ اگر چه قاضی نباید تلقین حجت به احدالخصمین کند و این خلاف عدالت است ولی بیان حکم شرع اشکالی ندارد و قاضی می‌تواند هر کدام را که از حکم الهی غافل است، آگاه کند.^۴

در نهایت، به نظر می‌رسد، مرز تلقین و ارشاد به عملکرد دادرس مرتبط می‌باشد. تلقین دادرس باعث سلب اختیار در انتخاب طرق دفاعی از سوی اصحاب دعوا می‌گردد و دادرسی، یکطرفه، هدایت می‌شود و در نهایت دادرس را از بی طرفی خارج می‌کند. ولی، ارشاد بدون سلب اختیار و قصد از سوی دادرس، باعث می‌شود که طرق دفاعی به طرفین گوشزد شود، ولی آزادی ایشان سلب نمی‌گردد.

گفتار اول: فواید ارشاد قضایی در دادرسی

از آن جایی که تلقین دلیل با فن القای حقوق طرفین دعوا توسط دادرس وابستگی تامی دارد و تحصیل دلیل به عملکرد قاضی در جهت کشف حقیقت، وابسته می‌باشد و کوشش دادرس در جهت ارشاد طرق دفاعی طرفین دعوای حقوقی در جهت کشف حقیقت و اقناع خویش با عملکرد وی وابستگی تامی دارد، بنابراین، می‌توان بر این اعتقاد بود که تنظیم صورت جلسات دقیق توسط دستیاران و منشیان در حین محاکمات، از طرفی باعث می‌شود که دادرس تمرکز دقیق بر فضای دادرسی داشته باشد و هم صورت-جلسات، ادله‌ای در مرجع عالی قلمداد می‌گردد که الفاظ قاضی تلقین تلقی می‌شود یا ارشاد در جهت کشف حقیقت قضایی و عینی؟ آیا دادرس با گرایش به سمت تحصیل دلیل در کنار ادله ابراز شده طرفین دعوای حقوقی و فراتر از موارد پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی اصول راهبردی رعایت شده است یا یکطرفه به انشای رای مبادرت شده است؟ خلاقیت قاضی^۱ در لابه لای ادله طرفین دعوای حقوقی در جهت کشف حقیقت، اصول و قواعد مهمتری را همچون اصول و قواعد راهبردی را زیرپا نگذاشته است؟ در موارد یادشده، شهود در دادرسی و صورت جلسات دقیق در مرجع عالی کمک وافر خواهد نمود.

باری در قوانین شکلی در مورد جواز ارشاد توسط دادرس، مقرره‌ای به صراحت پیش‌بینی نشده است ولی قانونگذار در ماده ۱۸۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی در مورد سازش بیان می‌کند «در صورتی که دادگاه احراز نماید طرفین حاضر به سازش نیستند آنان را برای طرح دعوا ارشاد خواهد کرد». بعضی، قلمروی ماده در مورد سازش را به ارشاد برای طرح دعوا توسط دادرس محدود کرده‌اند.^۱ به نظر می‌رسد قانونگذار در هر دو مورد (منع تلقین دلیل و جواز ارشاد دادرس) به سبب بدیهی بودن آن، از تصریح امتناع نموده است.

حال که قایل به ارشاد دادرس می‌شویم، پرسش می‌شود که آیا عملکرد دادرس استثنایی دارد؟ طبق قاعده فقهی «ما من عام الا فقد خص» متوجه می‌شویم که قواعد راهبردی، همچون حاکمیت اصحاب دعوا

۲. خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۳۸۵.

۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، محقق/ مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه. ق. ص ۱۴۴.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ه. ق.، ص ۷۲.

۱. به نظر می‌رسد یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. قضات در مواجهه با موضوعات مختلف و متغیر، از مواد واحد برداشته‌های متکثری دارند. البته در تمام این موارد رای قاضی مستند و مستدل تلقی شده و در چهارچوب قانون است، اما ارائه راهکارها و رای صادره متفاوت است. با دقت در موضوع مشخص می‌شود، این امر بیش از هر چیزی ارتباط با خلاقیت قاضی دارد که برداشته‌هایی منطبق با موضوع ارائه می‌دهد. به نظر برخی، امروزه قضات در مرحله اثبات می‌توانند، با دادرسی فعالانه و به کارگیری تعاون میان اصحاب دعوا و دادرس (پوراستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴) از راهکردهای نوین، برای کشف حقیقت، بهره جویند، قضاوت هنر تبصر در کشف وقایع و حقیقت است.

۱. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۵.

مدنی^۲، تناظر^۳ و مستند و مستدل بودن آراء و بی‌طرفی قانونی و ظاهری دادرس (منع تلقین دلیل که یک مصداق بی‌طرفی دادرس می‌باشد)، دامنه ارشاد را توسط دادرس محدود می‌کند. به دیگر سخن، ارشاد قضایی تعارضی با قواعد یادشده ندارد^۴ و دادرس را از ارشاد به حقوق دفاعی متداعیین جهت رسیدن به واقع منع نمی‌کند.

مرز حضور فعال دادرس از یک طرف با منع تلقین دلیل دادرس و از طرف دیگر گرایش به ارشاد دادرس، بیشتر محسوس می‌شود. همچنین، امنیت اجتماعی و فضای اعتماد افراد به دادگستری، با انشای رای مستدل، مستند، محسوس و عینی از سوی دادرسان جزایی و حقوقی، فراهم شده است. برای مثال، محکوم‌علیه با نظاره کردن عملکرد دادرس، در اجرای احکام، بهتر تمکین می‌شود و حتی با بیان عملکرد دادرس در اجتماع از سوی طرفین دعوا، نظرگاه افراد جامعه به نهاد دادگستری بهتر می‌شود و کمتر به دادگستری خصوصی پناه آورده می‌شود. سرمایه‌گذاری اقتصادی به خاطر اعتماد به دادگستری در جامعه فزونی می‌یابد و نظم اجتماعی در پرتوی اعتماد مردم بیشتر می‌شود. به دیگر سخن، امنیت اجتماعی و قضایی در فضای خارج از دادگستری فراهم می‌شود. همچنین مزایای دیگر ارشاد از ناحیه دادرس و در نهایت فعال بودن ایشان در دادرسی، پویایی رویه قضایی و امنیت اقتصادی می‌باشد. افراد مجبور نیستند با پرداخت میلیون‌ها ریال هزینه دادرسی به طرق فوق‌العاده و عادی رجوع نمایند و یا سیستم قضایی را به پراکندگی و افزایش پرونده‌ها دچار نمایند و از کیفیت دادرسی بکاهند. به دیگر سخن، مدیریت بهتر قضایی و قضا دایی در پناه فعالیت دادرس محقق می‌شود.

همچنین گفته شده است که ارشاد قضایی باعث ارزیابی قضاات خوب می‌شود و در مدیریت کلان قوه قضاییه بسیار کارساز است و با ارشاد قضاات در ابتدا یا حین دادرسی تحصیل دلیلی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیاز نمی‌شود.

در قوانین دادرسی کشور آلمان نیز آخرین تغییرات، حاکی از پذیرش ارشاد قضایی توسط دادرس در راستای کمک به حفظ تمرکز در موضوعات مورد دادرسی و هدایت صحیح طرفین می‌باشد (Kunze, Vol. 27, No.1, March 2002). دادگاه‌های تجدیدنظر کشور هلند، اجرای ارشاد را همراه با سوالاتی در دادرسی پذیرفته‌اند.^۱ همچنین در کشور جرسی، دادگاه راهنمایی‌های مفیدی را در جایی که یکی از اصحاب دعوا یا دیگران به دنبال این هستند که نسبت به گزارش از رسیدگی به محاکمه و قضاوت ممانعت به عمل آید، ارائه شده است.^۲ زمانی که قضاات در مورد اعمال روش‌های ثابتی فکر می‌کنند و زمانی که وکلا در دفاع

۲. بعضی این اصل راهبردی را، تسلیط (شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره‌ی پیشرفته، ج ۲، انتشارات دراک، ۱۳۸۷، ص ۱۲۲) و بعضی تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا (پورطهماسی و محسنی، ۱۳۸۴، شماره پیاپی ۱۹۰) و بعضی حاکمیت اصحاب دعوی مدنی نامیده‌اند. (پوراستاد، مجید، مقاله پیدایش و چالش منع تحصیل دلیل، ش ۴، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۹۹)

۳. شمس، عبدالله، اصل تناظر، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۳۵-۳۶، ص ۵۹ و ۶۱.
۴. اصل ۱۶۷ قانون اساسی - محسنی، حسن و مجید غمامی، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، ۱۳۸۵، ص ۲۷۹.
۵. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که اجرای ارشاد قضایی، سه قاعده سرچشمه گرفته شده از اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی را، در دادرسی حقوقی، همچنان اجرایی و محترم می‌انگارد. ۱. قاعده ابتکار عمل اصحاب دعوا در شروع و پایان دعوا ۲. قاعده اختصاص امور موضوعی به اصحاب دعوا و امور حکمی به دادگاه ۳. قاعده منع تعدی و تفریط از خواسته و تغییر آن (پوراستاد، مجید، مقاله اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، دوره ۳۸، شماره ۳، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صفحات ۹۷-۱۲۵)

1. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors: by [Lawrence Graham](http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/22358) on 17.06.2011, <http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/22358> - 64

2. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Guidance In Jersey, Last Updated: 12 September 2013, Article by [Fraser Robertson](http://www.mondaq.com/x/262400/offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+N) and [Davida Blackmore](http://www.mondaq.com/x/262400/offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+N) - 65
<http://www.mondaq.com/x/262400/offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+N>
[ew+Law+and+Judicial+Guidance+in+Jersey](http://www.mondaq.com/x/262400/offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+N) - 66

خود این روش‌ها را به حساب می‌آورند و می‌خواهند موثرتر باشند، این واقعیات هر امکان خلاقیت را در استراتژی دفاعی، خاموش نمی‌کنند.^۱

گفتار دوم: تمیز ارشاد قاضی از تلقین دلیل و تحصیل دلیل

عملکرد قاضی در نحوه مدیریت قضایی و کشف حقیقت می‌تواند متفاوت باشد. به دیگر سخن، نحوه عملکرد وی در کشف حقیقت ممکن است منجر به ارشاد اصحاب دعوای مدنی، تحصیل دلیل در هر کشف حقیقت و یا تلقین دلیل بیانجامد.

حال همان طور که کلمات یاد شده در مباحث پیشین به طور مفصل توضیح داده شده است در بند یادشده به طور اجمالی به تفکیک این سه نوع عملکرد قاضی پرداخته می‌شود. تحصیل دلیل قضات در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد اقدامی پسندیده باشد. به دیگر سخن، قاضی در جهت کشف حقیقت می‌تواند راسا یا به درخواست طرفین برای کشف حقیقت تلاش کند. برای مثال دستور کارشناسی یا تحقیق محلی و... دهد. سوالی که در بند یاد شده به ذهن متبادر می‌شود این است که قضات آیا می‌توانند خارج از مواردی که صریحا قانون آیین دادرسی مدنی به آن‌ها جواز کشف حقیقت داده است در جهت کشف حقیقت بکوشند؟

به نظر می‌رسد، اگر کلیت قانون آیین دادرسی مدنی آمره باشد، تفسیر مضیق جایز است و این امر بلا وجه تلقی می‌شود ولیکن اگر فلسفه تصویب ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی کشف حقیقت باشد، بنابراین آزادی قضایی تا جایی که منجر به خروج از بی طرفی نشود به نظر می‌رسد، پسندیده باشد. برای مثال: احضار مطلعین (منظور غیر از شاهد و بینة شرعی است) توسط قضات، علیرغم عدم استناد اصحاب دعوا در جهت کشف حقیقت.

اما در مورد دو اصطلاح مشابه در دادرسی لازم می‌شود که توضیحاتی داده شود. اول: ارشاد قضایی و دوم: تلقین دلیل. ارشاد در پژوهش یادشده اقدامی است که قاضی در جهت کشف واقعیت و انطباق بیشتر آن با حقیقت تلاش می‌کند. ارشاد توسط قضات نه تنها به تحصیل دلیل نمی‌انجامد بلکه به تلقین دلیل توسط قاضی هم منجر نمی‌شود. همچنین شایان توجه است که با ارشاد قضایی نوبت به تحصیل دلیل توسط قاضی برای کشف حقیقت به مراتب نمی‌رسد.

به دیگر سخن، قاضی حقوق طرفین را به آن‌ها راهنمایی می‌کند و راهنمایی قاضی جنبه مخیره دارد و طرفین ملزم به اطاعت امر نمی‌باشند. برای مثال: قاضی می‌تواند بدون مخاطب قراردادن شخص معینی، به طرح دعوای طاری طرفین را رهنمون سازد در عین این که طرف مقابل اختیار دارد که این امر را انجام ندهد ولیکن قاضی برای کشف حقیقت قضایی و انطباق آن با حقیقت عینی تلاش و افری می‌کند.

در مقابل، تلقین دلیل توسط قضات به دلیل این که باعث خروج قضات از بی طرفی می‌شود منع می‌شود و با دو اصطلاح پیشین بسیار متفاوت است. در تلقین دلیل توسط قضات که با القای دلیلی به اصحاب دعوای مدنی همراه است سعی می‌شود که اختیار اصحاب دعوای مدنی در گزینش حقوق ایشان زایل شود و دادرسی به انحراف متمایل شود. به نظر می‌رسد، گفتار تلقینی و القایی قضات در تلقین دلیلی به نفع طرفی علیه طرف دیگر دعوا، باعث می‌شود که حقوق یک طرف زیر پا گذارده شود. برای مثال: گفتار تلقینی قاضی باعث اقرار طرف به بر عهده دینی می‌شود یا انصراف خواهان به استرداد دعوا یا دادخواست که باعث سلب اختیار طرف دعوا می‌شود. در بادی امر ممکن است پرسش شود که گفتار قضات چگونه در حین دادرسی قابل کنترل است؟ به نظر می‌رسد، علاوه بر تنظیم صورت جلسات دقیق در دادرسی توسط افرادی غیر از قضات، ضبط صدا و یا دوربین‌های مجهز در دادرسی و محاکمات این امر را به روشنی نشان خواهد داد.

1. How Judges Think: Strengthening Defence Approaches to Joint Criminal Enterprise and Closing Arguments . Alexander Zahar Griffith Law School, Australia , Paper presented at the annual conference of the Defence Bar of the Court of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 12 December 2009 , page 2

اگر طریق آزادی قضایی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به بهانه احتمال خطای قضایی ممنوع شود، به نظر می‌رسد، مبنای موجهی نداشته باشد. می‌توان بر این اعتقاد بود که با دانستن مبنا و فلسفه تحصیل دلیل و فلسفه منع تلقین دلیل (= سلب قصد و اراده‌ی طرفین دعوا و نتیجتاً خروج از بی طرفی)، راه جواز و توسعه ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. با اقداماتی همچون ارشاد توسط قاضی فراهم می‌شود. در نهایت، به نظر می‌رسد که ترس از عدم اجرای رعایت اصول راهبردی توسط دادرس، نباید ما را به این سمت رهنمون سازد که فلسفه اصطلاحات حقوقی در آمیخته شود.

به نظر می‌رسد که نشر انشای رای دادرس در فضای اجتماع، با عکس العمل دوگروه مواجه است. ۱. اصحاب دعوای حقوقی ۲. ثالث. اگر دادرس از آزادی خود پسندیده استفاده کند، نظر اصحاب دعوا نسبت به انشای رای دادرس، با اقناع بیشتری مواجه می‌شود. حتی محکوم علیه با عملکرد پسندیده دادرس در پرتوی ارشاد دادرس و کشف حقیقت بیشتر دادرس، در پرتوی ادله استنادی طرفین و حاکمیت اصحاب دعوای مدنی اگر چه ممکن است تمکین از اجرای رای نکنند، ولی از درون متوجه می‌شود که حامی هر دستگاه قضایی، عملکردی فعال، زیرکانه و خلاق می‌باشد. در مقابل، خواهان یا خواندگان دعوا به قدرت قضایی هر چه بیشتر دستگاه قضایی پی می‌برند و از اطلاع دادرسی برای تزییع حقوق طرف و تاخیر اجرای حکم، بهره نمی‌گیرند. از طرفی، جامعه نسبت به انشای رای مستدل که بر دو ستون کشف حقیقت و ارشاد دادرس بنیانگذاری شده است، رویکرد بهتری نشان می‌دهند. اصحاب دعوا در جامعه‌ای زندگی می‌کنند که با هم تعامل دارند. اگر منظر آن‌ها نسبت به انشای رای دادرس و فعالیت دادرس حین دادرسی، زیرکانه‌تر، فعال‌تر و محسوس‌تر با نیازهای اجتماعی و پیشرفت جوامع نشان داده شود و با هر تاخیر و هر سودجویی خواننده دعوا یا بالعکس خواهان دعوا گزینش روش‌های تحقیقی را بنا بر اوضاع و احوال برای کشف حقیقت خود به دست بگیرد یا به نوعی ابتکار به خرج دهد و در پناه رعایت اصول راهبردی، اصول اسناد و ادله اصحاب دعوا، به تحقیق بیشتری دست زند، مطمئناً انشای رای در آینده توسط دادگاه‌های عالی کمتر دستخوش تغییر، اصلاح و نقض می‌شود و در نهایت، کمتر از طرق فوق‌العاده و عادی توسط اصحاب دعوا و ثالث استفاده می‌شود و انشای رای، عینی‌تر و محسوس‌تر می‌شود و راه اطلاع دادرسی به مراتب، مسدود می‌شود. با توجه به حکم ارشادی و این که ماهیت این حکم به انگیزه ارشاد و هدایت فرد به مصلحت موجود در موضوع امر شده به آن یا تباهی موجود در موضوع نهی شده از سوی شارع مقدس می‌باشد، بایستی گفته شود که به نظر می‌رسد، ارشاد از ناحیه دادرس برای طرفین دعوا نیز به منزله حکم ارشادی قلمداد می‌شود. چرا که دادرس با ورود در ماهیت دعوا و تلاش برای کشف حقیقت، بدون این که موضوع یا حقی را به فرد القا کند و باعث تزلزل در تصمیم‌گیری فرد شود، ممکن است حقوق یا تکالیفی را به طرفین دعوا گوشزد کند. چه بسا، دادرس با رهبری خویش در دعوا بدون این که از بی‌طرفی خارج شده باشد، اقناع خویش را محترم می‌شمرد و در جهت آن تلاش می‌کند. برای مثال: با وجود عدم حضور خواننده در جلسه دادرسی، با مطالعه دقیق قرارداد و شروط ضمیمه شده به آن، به شرط داوری استناد کند و با عدم استماع دعوا، خواهان دعوا را در متن رای به طرح دعوا خود به داوری رهنمون و ارشاد کند. چرا باید دادرس، به انتظار خواننده در احکام غیابی، بنشیند و راه اطلاع دادرسی را هموار کند؟ دادرس می‌تواند در نهایت بی‌طرفی با کنکاش قضایی برای انشای رای مستدل و نهایتاً محسوس و عینی، تلاش کند. آیا این عملکرد پسندیده و مطلوب قلمداد نمی‌شود؟

می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرس جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت گرفته می‌شود. البته ارشاد دادرس (همچون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه مولوی ندارد و فرد ملزم به تبعیت از آن نیست. در همین جا، تلقین توسط دادرس با ارشاد توسط وی جدا می‌شود، چرا که دادرس بدون القای کلمه‌ای و بدون این که قصد اصحاب دعوا را خدشه‌دار کند، با کشف حقیقت در جهت

اقتناع وجدان خویش، اصحاب دعوا را ارشاد می‌کند. البته دیده شده است که بعضی، ارشاد به ابراز دلیل، توسط دادرسی را تحصیل دلیل نمی‌دانند و «یادآوری تکلیف» قلمداد می‌کنند.^۱ در نهایت، به نظر می‌رسد، مرز تلقین و ارشاد به عملکرد دادرسی مرتبط می‌باشد. تلقین دادرسی باعث سلب اختیار در انتخاب طرق دفاعی از سوی اصحاب دعوا می‌شود و دادرسی یکطرفه، هدایت می‌شود. ولی، ارشاد بدون سلب اختیار و قصد از سوی دادرسی، باعث می‌شود که طرق دفاعی به طرفین گوشزد شود، ولی، آزادی ایشان سلب نمی‌شود. برای مثال: دادرسی در صورت شک به جعلی بودن اسناد، می‌تواند طرفین را در صورت ادعای حقی، به اظهار انکار، تردید یا ادعای جعل راهنمایی کند و با دقت نظری بیشتر به انشا رای مبادرت کند.

مبحث سوم: تحصیل دلیل و تلقین دلیل و تفکیک از خلاقیت و ارشاد قضایی

با تمرکز در واژه‌های از پیش توضیح داده شده، متوجه می‌شود که عملکرد قضات در نحوه مدیریت دادرسی در محاکمات ممکن است به طرق مختلفی باشد. به دیگر سخن، نحوه اداره دادرسی مدیر دعوا جدای از اصحاب دعوای مدنی در کشف حقیقت و جلوگیری از اطاله دادرسی و صدور آرای متعارض بسیار موثر است. بنابراین، مانورهای قضات بر حسب اوضاع و احوال دعوای در محاکمات می‌تواند متفاوت باشد. در پژوهش یادشده توضیح اجمالی از دو نحوه عملکرد قاضی که می‌تواند در چگونگی اداره دادرسی و محاکمات موثر باشد، سخن به میان آورده شده است. به نظر می‌رسد، خلاقیت قضات با تمرکز بر واقعیات برای کشف حقیقت قضایی و ارشاد از سوی ایشان قبل از شروع رسیدگی و حین رسیدگی بدون خطاب قراردادن اصحاب دعوای مدنی در نحوه اداره دادرسی و جلوگیری از اطاله دادرسی و صدور آرای متعارض بسیار کارساز است. البته، دو عملکرد یادشده در مدیریت اقتصادی و ارزیابی قضات در قوه قضاییه می‌تواند پسندیده و مورد استفاده قرار گیرد. در لابه لای توضیحات یادشده زمزمه دو واژه مشابه حقوقی ذهن را درگیر خود می‌کند. در پژوهش یادشده ضمن تفکیک دو واژه تحصیل دلیل توسط قضات و تلقین دلیل، به شمارش تفاوت‌های آن‌ها با دو واژه اخیر ارشاد قضایی و خلاقیت قضایی همت گمارده می‌شود.

گفتار اول: تفکیک تحصیل دلیل از تلقین دلیل

هدف از تلقین دلیل، سلب قصد و اختیار در قوه تصمیم‌گیری در انتخاب حقوق دفاعی اصحاب دعوای مدنی می‌باشد. به دیگر سخن، با تلقین دلیل از سوی دادرسی، اصحاب دعوای مدنی به روش دفاعی رجوع می‌کنند که در انتخاب آن قوه تصمیم‌گیری ایشان دخالتی نداشته است. تلقین دلیل منشعب از دو کلمه تلقین و دلیل می‌باشد. تلقین در لغت به معنای فهماندن، یاد دادن کلامی به کسی، کسی را وادار به گفتن کلامی کردن،^۱ در دهان نهاندن،^۲ فرا زبان دادن و زبانی مطلبی را به کسی تعلیم دادن می‌باشد. دلیل نیز در لغت به معنی راه، طریق و آنچه برای ثابت کردن امری آورده می‌شود،^۳ راهنما، رهبر،^۴ رهنمون، حجت، برهان و مرشد می‌باشد و دلیل در اصطلاح عرفی چیزی که امری را ثابت نماید.^۵ در اینکه مفهوم و ماهیت تلقین دلیل چیست که دادرسی از این عملکرد (تلقین دلیل) ممنوع است؛ قانون جدید^۶ و قدیم^۷ آیین دادرسی مدنی سکوت اختیار نموده است.

۱. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲.

۱. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، ۱۳۸۹، ص ۳۶۲.

۲. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۶۵.

۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، ۱۳۸۹، ص ۳۶۲.

۴. معین، محمد فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه، ص ۴۸۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۰.

۶. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۰.

۷. مصوب ۱۳۷۹

۸. مصوب ۱۳۱۸

فقه، صراحتاً به «منع تلقین دلیل» مبادرت کرده است و تلقین دلیل را خلاف عدالت می‌پندارد، ولی به جای موسع نمودن ماهیت و مفهوم تلقین دلیل، به برشماری مصادیق آن توسط قاضی همت می‌گمارد. برای مثال اشاره می‌کند: «همان طور که قاضی نباید تلقین حجت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا يجوز اولاً: در باب تلقین خصمین دلیل خاصی (آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم و گفته شده است که قاضی باید به هر دو به چشم مساوی نگاه کند».^۹ دکتترین حقوقی همچون قانون آیین دادرسی مدنی و فقه، در مورد مفهوم و ماهیت منع تلقین دلیل توسط دادرسی، به ریشه‌یابی این ممنوعیت اقدام نکرده‌اند و صرفاً با بی تفاوتی بین تلقین دلیل با مفاهیم مشابه (همچون تحصیل دلیل)، به منع هر دو مبادرت می‌کنند.^{۱۰} حتی بعضی با استفاده از قیاس اولویت نظر داده‌اند که چون تلقین دلیل از سوی دادرسی ممنوع است پس به طریق اولی تحصیل دلیل مجاز نمی‌باشد و تفاوتی بین دعوی حقوقی و جزایی وجود ندارد. (سنگلجی، مرحوم شیخ محمد، آیین دادرسی مدنی در اسلام، چاپ اول، قزوین، نشر طه، ۱۳۶۹، ص ۶۴)

حتی بعضی در مقالات خویش، مبنای تلقین دلیل و تحصیل دلیل را یکی پنداشته‌اند. نتیجه این دیدگاه این خواهد شد که ملاک ممنوعیت یکسان نگریده می‌شود. ایشان گفته‌اند: از تحصیل دلیل در فقه، بیشتر با تعبیر «اصل منع تلقین دلیل» و در حقوق با تعبیر «اصل منع تحصیل دلیل» یاد می‌شود.^{۱۱}

بعضی واقعیت ماده ۱۹۹ ق.ج.آ.د.م. را این می‌دانند که مقتضای اقناع وجدانی دادرسی که ملاک صدور رای توسط وی می‌باشد، وجود امکان به عمل آوردن کلیه تحقیقات توسط وی است و با توجه به سنگینی مسئولیت اخروی قاضی در قبال تصمیم‌گیری‌های خود در دعوی، باید به وی امکان داد که هر اقدامی را که برای رسیدن به اقناع وجدانی لازم می‌داند انجام دهد. در مذاکرات انجام شده در هنگام بررسی این ماده نیز موافقان آن چنین استدلال کرده‌اند که قاعده منع تحصیل دلیل وجهت شرعی نداشته و باعث می‌شود که قاضی دین و دنیای خویش را فدای پایبندی به قاعده‌ای کند که حجیت شرعی ندارد و از نظام‌های حقوقی بیگانه اقتباس شده است.^{۱۲} قاعده «منع تحصیل دلیل» در ماده ۳۵۸ ق.ج.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ اینگونه تعریف شده است: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی مدنی تحصیل دلیل نماید، بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند». در تفسیر این ماده اظهار نظر شده است که قاعده «منع تحصیل دلیل» نباید طوری تفسیر شود که مانع تحقیقات، رسیدگی دادگاه و به عبارت دیگر مانع کشف حقیقت شود.^{۱۳} به نظر می‌رسد که دکتترین، حتی با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، بین کشف حقیقت و قلمروی ماده ۳۵۸ ق.ج.آ.د.م. تفاوت قایل بوده‌اند. ممنوعیت دادگاه از تحصیل دلیل به معنای انفعال دادگاه می‌باشد. انفعال دادگاه بدان معنی است که هرگونه اقدام و ابتکاری از دادگاه سلب می‌شود، مگر آن که اقدام دادگاه جهت مستند رسیدگی قرار دادن یک دلیل، حسب اراده و درخواست اصحاب دعوا و یا به تجویز قانون باشد. اطلاق «تحصیل دلیل» شمول بر کلیه دلایل دارد: اعم از اینکه دلیل عادی باشد یا تحقیقی. ماده ۵۷ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۱۶^{۱۴} مقرر می‌داشت که: «محکمه صلح خودش در صدد تحصیل دلیل بر نمی‌آید...»^{۱۵}.

۹. مکارم شیرازی، ناصر، محقق/مصحح: ابو القاسم علیان‌نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷، ص ۷۲.

۱۰. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره‌ی پیشرفته، ج ۳، انتشارات دراک، ص ۱۲۱ (کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۰).

۱۱. فرح زادی، علی اکبر، معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی، شماره ۱۹ و ۲۰، مجله دیدگاه‌های حقوقی، فصلنامه دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، ۱۳۷۹، ص ۶۵.

۱۲. رزاقی، کیانوش استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران، نشریه حقوقی کانون، ۱۳۸۹، ۱۱۲.

۱۳. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۴۸.

۱۴. اولین قانون آیین دادرسی مدنی در ایران در سال ۱۳۱۶ با نام «اصول محاکمات حقوقی» به تصویب مجلس شورای ملی رسید.

۱۵. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۶۰ و ۶۱.

در نهایت به نظر می‌رسد که تحصیل دلیل با ندای کشف حقیقت از لابه‌لای واقعیات قضایی، بسیار مطلوب و عملکرد قاضی را فعالانه و پویا نشان می‌دهد و رای منشعب شده از این عملکرد متعاقبا با کیفیت بهتر و کمتر دستخوش تغییر خواهد شد ولیکن تلقین دلیل توسط قضات عملکردی است که وی را از بی طرفی خارج می‌کند و باعث تخلف قضایی ایشان می‌شود و بسیار ناپسند تلقی می‌شود چرا که با سلب اختیار و اراده از اصحاب دعوای مدنی نه تنها در جهت کشف حقیقت تلاشی نشده است بلکه دادرسی یکطرفه هدایت می‌شود و آرای قضایی را در آینده دستخوش تغییرات می‌کند و امنیت قضایی را دچار دگرگونی و ریسک خواهد کرد.

گفتار دوم: تفکیک تحصیل دلیل از اعمال خلایق قضایی و ارشاد قضایی

وفق مقررات ماده ۸ ق.ا.پ.ق. د. مصوب ۲۵ / ۰۳ / ۱۳۵۶ به دادگاه‌های حقوقی اجازه داده شده است که هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام دهد. دایره عملکرد دادرسی در اقدام معاینه محل^۱ در ماده ۲۳۶ ق.ق.ا.د.م. اینگونه آمده است که: «دادگاه می‌تواند به نظر خود یا به درخواست هر یک از اصحاب دعوا قرار معاینه محل را بدهد...». ضرورت همین موضوع و نقش مشاهده مکان در دستیابی دادگاه به کشف حقیقت به ویژه در دعوی اموال غیرمنقول آنچنان است که قانونگذار برخلاف رویه معمول که رسیدگی به دلایل را منوط به درخواست و اراده اصحاب دعوا کرده است، قرار معاینه محل نه تنها حسب درخواست یکی از طرفین بلکه به تشخیص خود دادگاه «راسا» نیز صادر می‌شود. در تحقیق از شهود باید توجه کنیم که «احضار شهود» و همچنین استماع شهادت شهود، متفاوت از «تحقیق از شهود» می‌باشد. استماع شهادت اقدامی الزامی است که منوط به درخواست و اراده طرفین یا یکی از آنها می‌باشد و دادگاه حق ندارد راسا بدون درخواست اصحاب دعوا مبادرت به احضار شهود کند (ماده ۴۰۷ ق.ق.ا.د.م.)^۲ بدیهی است در صورتی که دادگاه بدون درخواست یکی از طرفین مبادرت به احضار شهود جهت استماع گواهی آنان کند، همان طور که پیش از این اشاره شد، مفهومی است که اراده اصحاب دعوا را نادیده گرفته و اقدام به تحصیل دلیل شهادت نموده است و در نتیجه دادرسی به اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی بی اعتنا بوده است نه آن که از بی طرفی خارج شده باشد. بر عکس پس از ادای گواهی و استماع شهادت شهود، تحقیق از شهود برای دادگاه اختیاری است (ماده ۴۱۷ ق.ق.ا.د.م.) و در صورت لزوم مبادرت به آن می‌کند... دادرسی نیز می‌تواند هر سوالی را که برای کشف حقیقت و مبانی گواهی لازم بداند از گواه نماید» (ماده ۴۲۱ ق.ق.ا.د.م.)^۱ مسجلین سند، از گواهان محدودتر است و فقط به گواهان اطلاع می‌گردد که ذیل سند را تسجیل نموده‌اند (همان، ص ۸۰). طبق بند ۲ ماده ۳۹۳ ق.ق.ا.د.م. «تحقیق از گواه و مطلعین که از اطلاعات آنها بتوان صحت یا عدم صحت سند را تشخیص داد» مجاز دانسته شده است و بعضی تحقیق از مسجلین سند را فقط رسیدگی به دلیل می‌دانند نه تحصیل دلیل.^۲

در مورد ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی، گاهی اتفاق می‌افتد دعوی جاری با پرونده دیگری که مطروحه یا حتی مختومه است، دارای پیوند موثری باشد. در واقع اطلاعات و محتویات پرونده‌های مطروحه

۱. معاینه محل مانند کارشناسی از ادله ای است که منحصر در قانون آیین دادرسی مدنی عنوان دارد و کتاب سوم قانون مدنی وارد آن نشده است... معاینه محل طریقه‌ای است که، موجبات علم قاضی را به وسیله‌ی تحصیل معرفت شخصی در امور مختلف فیه فراهم می‌آورد. معاینه محل، عبارت است از حاضر شدن دادرسی یا مامور دادگاه در محل وقوع اعیان و اراضی مورد اختلاف و لذا این طریقه اثبات دعوا در دعوی مربوط به حقوق غیرمنقول از قبیل دعوی حقوق ارتفاقی و امثال آن فرض دارد. (متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۴۵۵) - بازدید مراجع قضایی یا اداری از محل وقوع جرم یا مورد دعوا و اختلاف یا موضوع حق (معاینه محل در اجرای مقررات ثبتی هم پیش می‌آید و اختصاص به دعوی مدنی و کیفری ندارد). (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۶۷۰)

۲. عبادی، شیرین، اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی... مجله حقوقی وزارت دادگستری، ۱۳۵۳، ص ۹۰.

۱. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۷۸ و ۷۹.

۲. عبادی، شیرین، اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی... مجله حقوقی وزارت دادگستری، ۱۳۵۳، ص ۹۱.

یا حتی مختومه در کشف حقیقت پرونده جاری موثر است. با این وجود، این طریق تحقیقی جهت کشف حقیقت فقط منحصر به پرونده مدنی یا کیفری نمی‌باشد، بلکه پرونده غیرقضایی نیز می‌تواند مورد مطالبه و مطالعه قرار گیرد. این طریق تحقیقی فقط به یک قسمت از پرونده که مورد استناد یکی از طرفین قرار گرفته محدود نمی‌شود و دادگاه مقید نیست فقط به آن قسمت ترتیب اثر بدهد، بلکه می‌تواند در جمیع جهات پرونده را مطالعه و خلاصه‌ای از آن را در صورت مجلس بنویسد و بر طبق آن چه از تمام پرونده (نه فقط قسمت مورد استناد) فهمیده است، رای دهد. با ملاحظه از قبیل و امثال این‌ها در قسمت آخر ماده ۳۵۸ ق. آ. د. م. متوجه می‌شویم که مواردی که در ماده یاد شده قید شده است، از باب تمثیل بوده و حصری نمی‌باشد، مانند: کارشناسی (ماده ۴۴۴ ق. آ. د. م.) و رسیدگی به اعتبار و صحت سند وقتی که سندی مورد انکار و تردید و یا ادعای جعل قرار گیرد دادگاه مکلف است به اعتبار آن سند رسیدگی کند و به این منظور باید مبادرت به تحقیقاتی در این زمینه کند.

در کنار تحصیل دلیل قاضی محاکمات برای کشف حقیقت قضایی دو واژه خلاقیت و ارشاد وفق توضیحات پژوهش قابل تفکیک می‌باشد. خلاقیت قضایی به قضات با ندای مدیریت دادرسی در جهت امنیت قضا و قضاوت‌دایی از مجموعه قوانین یاری می‌گیرد تا با روش‌های پیشنهادی خود در جهت کشف حقیقت کوشا باشد.

می‌توان برای اعمال خلاقیت در پویایی دادرسی توسط قضات، مصادیق نوینی را مطرح نمود. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که کارشناسی برای بهبود شهادت قضایی موثر است. همچنین با اینکه علم قاضی در امور مدنی دلیلیت دارد؛ به نظر می‌رسد، دادرسی می‌تواند با ابتکار خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده، راه‌هایی را برای صحت ادله و نهایتاً رسیدن به حقیقت قضایی، گزینش نماید و در کشف حقیقت و تحصیل قرائن و امارات، دفاعی را که مورد غفلت اصحاب دعوا قرار گرفته، با خلاقیت خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده یادآوری کند. به نظر می‌رسد قضات می‌توانند، راه‌های استماع شهادت را گزینش کنند و برای جستجوی حقیقت، بنا بر اوضاع و احوال پرونده مدنی، گاه منفرداً و گاه اجتماعاً به سوال و جواب شهود دست زنند. همچنین دادرسی می‌تواند، احضار شهود را، در روزهای متفاوت و کرازا صورت جلسه کند تا حقیقت، در فضای محیطی متفاوت به دور از تبانی، برای وی حادث گردد. همچنین، ایشان می‌توانند، با ترفندهایی بنا بر اوضاع احوال دعوی، اصحاب دعوا را احضار نمایند و گاه خلاقانه در دعوی کیفری، در احضار یا اخطاریه، علت حضور را سکوت نمایند تا با سوال و جواب طرفین دعوا، به حقیقت نایل گردند.

۱. در حقوق آمریکا و انگلیس اصل کارشناسی مقبول و توسعه یافته است. البته در عمل رویه قضایی دادگاه‌های آمریکایی، نسبت به مقبولیت کارشناسی سختگیرانه‌تر از دادگاه‌های انگلیسی عمل می‌کنند. در مقابل نظام حقوقی کره که مبتنی بر حقوق نوشته می‌باشد، فرهنگ مشارکت پذیری و همکاری در دعوا و دادرسی را می‌پذیرد. حقوق‌دانان در این نظام، بیشتر طرفدار مصالحه و میانجیگری هستند تا اینکه حتماً بخواهند دعوا را از طریق برد و باخت یا تقسیم افراد به سیاه و سفید حل و فصل کنند. وجه بارز نظام حقوق کره، همانطور که از مواد ۱۰۳ و ۱۱۱ قانون اساسی آن نیز بر می‌آید، این است که قضات تنها کسانی هستند که شان یافتن حقیقت و اداره جلسه دادگاه را دارند. (بزرگمهر، امیرعباس، روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۵۲ و ۲۵۳)

۲. در امور مدنی علم قاضی، در مرحله بررسی دلیل به کار می‌آید ولی پس از اثبات دلیلیت، دیگر مجالی برای عدم تمسک به دلایل باقی نمی‌ماند. ولی در امور کیفری علم قاضی خود مبنای حکم است و خود دلیل متقن و مستقل برای اثبات حق به شمار می‌رود. (دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۲)

۱. البته، بعضی از صاحب‌نظران صرفاً ارشاد برای ابراز دلیل را تحصیل دلیل نمی‌دانند. (مهاجری، علی، مسووط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲) - حتی در دایره‌ی حکومت قاعده‌ی منع تحصیل دلیل در ماده‌ی ۳۵۸ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی، تحقیق غیر از تحصیل دلیل قلمداد می‌گردد. (متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۵۰)

۲. استنطاق یا بازجویی کیفری تدبیری رایج و شناخته شده و موثر در کشف حقیقت و اجرای عدالت کیفری می‌باشد. با این وجود، استجواب یا بازجویی مدنی از جایگاه مستحکم مشابه‌ای برخوردار نبوده است. هر چند به تدریج به لحاظ تحولات اجتماعی و ناکارآمدی صرف استناد به دلایل عادی در کشف حقیقت به برخی تدابیر تحقیقی (نظیر معاینه محل، تحقیق محلی و کارشناسی در نظام دادرسی مدنی اقبال شد. (کریمی، عباس و مجید پوراستاد، مقاله استجواب در دعوی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴، ۱۳۸۵، ص ۲۹۸)

چرا نتوان با کارکردهای مفید دروغ‌سنج، در ارزش‌گذاری شهادت و تحقیق محلی، از کارشناسان روانشناس در دادگاه بهره جست؟ می‌توان بر این اعتقاد بود که گاه دادرسی می‌تواند خلاقانه، به لوابیح خارج از جلسه اول ترتیب اثر دهد و برای وصول حقیقت، تلاش نماید. به نظر می‌رسد، ندای وجدان پاک دادرسی، با شک در حسن نیت طرفین دعوا، می‌تواند خلاقانه کشف حقیقت نماید و متعاقباً از اعتراض ثالث اجرایی و اعتراض ثالث جلوگیری کند. برای مثال در دعاوی صلح و سازش برای جلوگیری از تبانی افراد برای بردن مال غیر، دادرسی می‌تواند خلاقانه، در جهت کشف حقیقت به هر توافق طرفین در هر زمینه‌ای بسنده ننماید.

در مقابل، دادرسی حقوقی با ارشاد طرفین دعوی مدنی نه تنها به ائناق خویش در جهت کشف حقیقت احترام می‌گذارد و با نقش فعالانه، در جهت جستجوی حقیقت به راهنمایی طرفین گرایش می‌یابد. طرفین دعوی حقوقی مکلف نیستند که به گوشزدها و ارشادهای دادرسی حقوقی در جهت رسیدن به حقیقت، عمل کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد با تفسیر یاد شده، ارشاد توسط قضات برای دادرسی و مدیریت بهتر قضایی می‌باشد و تضمین اخلاق قضایی می‌باشد. برای مثال: ممکن است راه ادعای جعل را بدون خطاب قرار دادن اصحاب دعوی مدنی، نشان دهد و یا گاه به طرفین دعوی مدنی یادآوری کند که وقتی خط یا امضا منتسب به پدر شما نیست می‌توانید اظهار تردید کنید و یا هزاران طرق دفاعی که در کشف حقیقت موثر است و از طرفین دعوی حقوقی مغفول مانده است. به دیگر سخن، قاضی بدون مخاطب قراردادن شخصی در دادرسی راه طرق دفاعی را راهنمایی و ارشاد می‌کند.

در نهایت، دادرسی هیچگاه به اصحاب دعوی حقوقی چیزی را تلقین و اجبار به استفاده نمی‌کند، بلکه صرفاً تلاش خود را برای رسیدن به حقیقت می‌کند. البته عدم استفاده از راه‌های دفاعی توسط اصحاب دعوی مدنی « قاعده اقدام » تفسیر می‌شود. شایان توجه است که دایره ارشاد توسط دادرسی هیچ گاه نیاستی اصول راهبردی دادرسی همچون: بی‌طرفی دادرسی، اصل تناظر، مستدل و مستند بودن آرا و منع تلقین دلیل توسط دادرسی را خدشه دار کند.

نتیجه‌گیری

۱. در پژوهش یادشده سعی بر این مهم شده است که مدیریت دادرسی پویاتر و فعالتر شود و برای این امر خطیر عملکردهای قاضی را در جهت آزادی قضایی برای کشف حقیقت از یکدیگر تفکیک و آثار هر یک شمارش می‌شود و متعاقباً فواید یا مضرات استفاده قضات از عملکردهای یادشده تفسیر می‌شود.

۲. یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. خلاقیت به طور غیر مستقیم و اجمالی در حقوق ماهوی و مرحله ثبوت ایفای نقش می‌نماید. آموزش به تبحر و استفاده از خلاقیت در وصول به حقیقت قضایی (در مرحله اثبات)، البته در پرتو ادله ابرازی طرفین دعوی حقوقی، راهکردهای نوینی را در جلوگیری از اطاله دادرسی و متعاقباً جلوگیری از نقص تحقیقات برای قضات، فراهم می‌کند. می‌توان بر این اعتقاد بود که توسعه اعمال خلاقیت قضایی دادرسی در دعاوی حقوقی و جزایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت، مصلحتی سودمند تلقی می‌گردد و با این وجود، انشای آرا محسوس‌تر و عینی‌تر خواهد گردید.

۳. به نظر می‌رسد، با تفسیر نوین از قوانین شکلی و اصطلاحات فقهی برای وصول به حقیقت قضایی، اعمال خلاقیت دادرسی برای وصول به واقعیات و حقیقت پرونده‌ها، جز نیکویی و مصلحت چیز دیگری را به ارمغان نمی‌آورد.

۴. ارشاد در لغت به معنای راه نمودن، راه راست نمودن، راه به حق نمودن، به حق و درستی رهنمون کردن، راهنمایی و هدایت می‌باشد. می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرسی بدون این که شخصی را مستقیماً خطاب قرار دهد، جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت پذیرفته شده است.

۵. مرز حضور فعال دادرسی از یک طرف با منع تلقین دلیل دادرسی و از طرف دیگر گرایش به ارشاد دادرسی، بیشتر محسوس می‌شود. همچنین، امنیت اجتماعی و فضای اعتماد افراد به دادگستری، با انشای رای مستدل، مستند، محسوس و عینی از سوی دادرسان جزایی و حقوقی، فراهم شده است.

۶. فعال بودن قضات در دادرسی، پویایی رویه قضایی و امنیت اقتصادی می‌باشد. افراد مجبور نیستند با پرداخت میلیون‌ها ریال هزینه دادرسی به طرق فوق‌العاده و عادی رجوع نمایند و یا سیستم قضایی را به

پراکندگی و افزایش پرونده‌ها دچار نمایند و از کیفیت دادرسی بکاهند. به دیگر سخن، مدیریت بهتر قضایی و قضا دایی در پناه فعالیت دادرسی محقق می‌شود.

۷. در کنار تحصیل دلیل قاضی محاکمات برای کشف حقیقت قضایی دو واژه خلاقیت و ارشاد وفق توضیحات پژوهش قابل تفکیک می‌باشد. خلاقیت قضایی به قضات با ندای مدیریت دادرسی در جهت امنیت قضا و قضا دایی از مجموعه قوانین یاری می‌گیرد تا با روش‌های پیشنهادی خود در جهت کشف حقیقت کوشا باشد. در مقابل، دادرسی حقوقی با ارشاد طرفین دعوای مدنی نه تنها به اقتناع خویش در جهت کشف حقیقت احترام می‌گذارد و با نقش فعالانه، در جهت جستجوی حقیقت به راهنمایی طرفین گرایش می‌یابد. طرفین دعوای حقوقی مکلف نیستند که به گوشزدها و ارشادهای دادرسی حقوقی در جهت رسیدن به حقیقت، عمل کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد با تفسیر یاد شده، ارشاد توسط قضات برای دادرسی و مدیریت بهتر قضایی می‌باشد و تضمین اخلاق قضایی می‌باشد.

منابع و ماخذ

۱. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه ق): مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، محقق/ مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی پناه اشتهاردی - آقا حسین یزدی اصفهانی، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، سید حسن (بی تا): حقوق مدنی، ج ۳ تهران انتشارات اسلامیة.
۳. انصاری، باقر (بهار و تابستان ۱۳۸۵): ابهام حقوقی و تاثیر آن بر تصمیم‌گیری قضایی، شماره ۴۳، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی
۴. بزرگمهر، امیرعباس (۱۳۹۰): روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۵. پوراستاد، مجید (پاییز ۱۳۸۷): مقاله اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی، دوره ۲۸، شماره ۳، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶. پوراستاد، مجید (زمستان ۱۳۸۹): مقاله پیدایش و چالش منع تحصیل دلیل، ش ۴، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران.
۷. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱): نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۸. تدین، عباس (۱۳۸۸): تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰): ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمودهاشمی، (۱۴۲۶ ه ق): فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۱. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۲. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۳. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۱، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام ملاحظات: صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمودهاشمی - سردبیر: عبد الرضا ایزدپناه.
۱۴. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۵۴، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

۱۵. حلی، جمال الدین (۱۴۰۷ ه ق): احمد بن محمد اسدی، محقق / مصحح: مجتبی عراقی، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۴، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰): مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۷. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۹): ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۱۸. رزاقی، کیانوش (خرداد ۱۳۸۹): استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران، نشریه حقوقی کانون.
۱۹. سنگلجی، مرحوم شیخ محمد (۱۳۶۹): آیین دادرسی مدنی در اسلام، چاپ اول، قزوین، نشر طه.
۲۰. شاهرودی، محمد ابراهیم جناتی (بی تا): منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی جا.
۲۱. شمس، عبدالله (۱۳۸۷): آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، انتشارات دراک، تهران.
۲۲. شمس، عبدالله، اصل تناظر، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۳۵-۳۶.
۲۳. شمس، عبدالله (۱۳۸۷): آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، تهران، انتشارات دراک.
۲۴. شهید اول، محمد بن مکی، عاملی (۱۴۱۷ ه ق): الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. شیخ نیا، امیر حسین (۱۳۷۵): ادله اثبات دعوا، چاپ سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۶. طهماسبی فرد و محسنی (پاییز ۱۳۸۴): مقاله اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره پیاپی ۱۹۰.
۲۷. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ ه ق : محقق / مصحح: محمد باقر خالصی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه (ط- الحدیثه)، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. عبادی، شیرین (اردیبهشت ماه ۱۳۵۳): اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی...، مجله حقوقی وزارت دادگستری.
۲۹. عمید، حسن (۱۳۸۹): فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، تهران.
۳۰. عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ ه ق): فقه سیاسی (عمید)، ج ۳، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۳۱. فرح زادی، علی اکبر (پاییز و زمستان ۱۳۷۹): معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی، شماره ۱۹ و ۲۰، مجله دیدگاه‌های حقوقی، فصلنامه دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری.
۳۲. فروغی، محمد علی (۱۳۱۷): سیر حکمت در اروپا، ج ۳، چاپ دوم، تهران.
۳۳. فولکیه، پل (۱۳۴۷): ترجمه دکتر یحیی مهدوی، فلسفه عمومی یا مابعد الطبیعه، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸): اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷): فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاشانی، فیض (بی تا): محمد محسن ابن شاه مرتضی - مترجم و شارح: تفرشی، محمد، سفینه النجاة - ترجمه (فیض)، در یک جلد، چاپ اول، بی جا.
۳۷. کریمی، عباس و مجید پوراستاد (زمستان ۱۳۸۵): مقاله استجواب در دعاوی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴.
۳۸. متین دفتری، احمد (۱۳۸۸): آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.

۳۹. محسنی، حسن و مجید غمامی (زمستان ۱۳۸۵): اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴.
۴۰. مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ۱۳۷۷، تهران، چاپ پایدار، نشر پایدار.
۴۱. معین، محمد (۱۳۸۲): فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه.
۴۲. محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۴۰۶ ه ق): قواعد فقه (محقق داماد)، ج ۳، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ه ق): کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه ق): محقق / مصحح: ابو القاسم علیان‌نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، بی جا، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه ق): دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، قم.
۴۶. مهاجری، علی (۱۳۸۹): مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان.
۴۷. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق): محقق / مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، بیروت - لبنان، انتشارات دار إحياء التراث العربی.
48. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors : by Lawrence Graham on 17.06.2011 , <http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/22358>
49. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Guidance In Jersey , 49. Last Updated: 12 September 2013 , Article by Fraser Robertson and Davida Blackmore , <http://www.mondaq.com/x/262400/>

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۷

صص ۵۱۹ - ۵۳۰

بررسی مبانی فقهی امنیت اجتماعی از دیدگاه فقهای شیعی معاصر

عبدالله چاره جولنگرودی^۱، دکتر محمد جعفری هرندی^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری رشته الهیات فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یادگار امام (ره)، شهر ری، تهران، ایران.

۲- دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یادگار امام (ره)، شهر ری، تهران، ایران.

چکیده

مقوله امنیت یکی از پدیده‌های اساسی و بنیادین مورد نظر اندیشمندان و فقها و از نیازهای حیاتی فردی و اجتماعی به شمار می‌رود و ایجاد گسترش آن نیز وظیفه احاد ملت و حکومت‌ها و دولت‌هاست و هیچ مکتب یا نظام حقوقی نمی‌تواند خود را نسبت به موضوع امنیت بی‌تفاوت قلمداد نماید. اسلام نیز به عنوان یک نظام حقوقی جامع و مترقی که پاسخگوی نیازهای فردی و اجتماعی افراد در همه زمان‌ها و مکان‌ها می‌باشد؛ از این قاعده مستثنی نبوده و با ملاحظه متون دینی احکام و مقررات اسلامی ملاحظه می‌شود که اهمیت امنیت در همه عرصه‌ها و راه‌حل‌های تحقق بخشیدن به امنیت سیاسی و اجتماعی بیش از سایر نظام‌های حقوقی در دین اسلامی مورد مطالعه قرار گرفته است از دیدگاه آیات و روایات نیز هم امنیت از نعمت‌های بزرگ خوانده بوده و بر سایر نیازهای بشر اولویت دارد. مقوله امنیت و به ویژه امنیت اجتماعی، در همه جوامع امروزی به عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی حقوق بنیادین افراد مورد توجه قرار می‌گیرد و ماهیتی حقوق بشری به خود گرفته است. نوشتار حاضر با توجه به این اهمیت، با شیوه توصیفی - تحلیلی درصدد بررسی مبانی فقهی فراهم ساختن امنیت اجتماعی توسط حکومت از دیدگاه فقهای شیعه است. بر این اساس، نتایج پژوهش حاکی از آن است که در فقه امامیه، تأمین امنیت اجتماعی و فراهم کردن زمینه تحقق آن، یکی از کار ویژه‌های فقه و حکومت می‌تواند به حساب آید. در این راستا احکام و قواعد و سازوکارهای فقهی چون توجه به حدود و تعزیرات، توجه به فقه پوشش، ترویج تعاون و همکاری در جامعه، گسترش پیوندهای اجتماعی و توجه به حق الناس از جمله ملزومات شکل‌گیری امنیت اجتماعی به شمار می‌آیند.

واژگان کلیدی: امنیت، فقهای شیعه، فقه، امنیت اجتماعی.

* نویسنده مسئول: Harandi_lawyer@yahoo.com

مقدمه

امنیت اجتماعی به معنای امنیت جان، مال، آبرو و موقعیت اجتماعی شخص در برابر عوامل اجتماعی (افراد، گروه‌ها و حکومت) می‌باشد. (کاظمی، ۱۳۷۹، ۲۵؛ جهان بزرگی، ۱۳۸۸، ۵۷-۵۸ و ۱۱۷) باری بوزان امنیت اجتماعی را توان حفظ و ایمنی الگوهای سنتی زبان، فرهنگ، هویت مذهبی، نژادی دانسته و یک تحول یا ترتیبات جدید را به عنوان یک تهدید علیه آن (هویت اجتماعی) تعریف می‌کند. (بوزان، ۱۳۷۸، ۳۶) محققان بستر و زمینه نظام و امنیت اجتماعی را ارزش‌های حاکم بر جامعه می‌دانند. ارزش‌ها غایبات زندگی را تعیین و کنش‌های افراد را به سوی آن هدایت می‌کنند. (بشیری، ۱۳۷۹، ۸۵-۸۶) در حقیقت نهادها، هنجارها و نقش‌های موجود در جامعه در قالب ارزش‌ها تعریف می‌شوند و با ایجاد ضعف یا اشکال در هر یک از این‌ها، ناامنی بر نظم اجتماع مستولی می‌شود؛ اما اگر ارزش‌ها حفظ گردند، امکان حفظ نظم و امنیت در جامعه فراهم می‌آید.

نکته بسیار مهم درباره امنیت اجتماعی، توجه به تفاوت میان امنیت و احساس امنیت در جامعه است. در یک کشور اگر متغیرهای تشکیل دهنده امنیت وجود نداشته باشد، کشور ناامن است؛ اما گاهی با وجود این متغیرهای امنیت، احساس ناامنی در میان شهروندان وجود دارد. این احساس ناامنی فرد ممکن است با واقعیت خارجی عوامل تهدید کننده مطابقت نداشته باشد با برعکس، متناسب با میزان و اثر عوامل تهدید کننده میزان احساس ناامنی فرد نیز در نوسان باشد. (نوروزی و فولادی سپهر، ۱۳۸۸، ۱۴۹) پس عوامل امنیت یک مفهوم بیرونی و عینی، و احساس امنیت یک مفهوم درونی و ذهنی است.

فقه‌های شیعه نیز در دوره‌های مختلف تاریخی همواره به دنبال تبیین موانع و راه‌های رسیدن به امنیت اجتماعی، جامعه شیعی بوده‌اند و از قواعد و اصول فقهی مختلفی با استناد به قرآن و سیره معصومین در تأمین امنیت شیعیان بهره گرفته‌اند. فقه کیفری، فقه پوشش، ترویج تعاون، مشارکت سیاسی، برقراری نظام عدل، توجه به حق الناس، گسترش پیوندهای اجتماعی از جمله قواعد و اصولی هستند که فقها در اثبات ضرورت امنیت اجتماعی برای کشور و جامعه شیعه استفاده کرده‌اند. (مجلسی، ۱۳۷۹، ۷۳ و ۳۵۰؛ ذاکر اصفهانی و صادقی، ۱۳۸۷، ۵۸-۵۹)

علاوه بر این در دیدگاه فقه‌های شیعه، حاکم اسلامی وظیفه‌ها، کیان مملکت اسلامی از سلطه بیگانه بر فرهنگ و سیاست و اقتصاد جامعه را دارد و باید حافظ استقلال کشور و نظم و امنیت در جامعه باشد تا بدین ترتیب زمینه لازم برای ترویج شریعت اسلامی فراهم شود. به همین جهت در متون فقهی شیعه نیز به این مسئله توجه ویژه شده است. بر این اساس، این پژوهش به دنبال بررسی مبانی فقهی امنیت اجتماعی از دیدگاه فقه‌های معاصر شیعی می‌باشد و عوامل برهم زننده امنیت اجتماعی و همچنین بسترهای تأمین کننده امنیت اجتماعی را از دیدگاه فقه‌های شیعی معاصر مورد بررسی قرار می‌دهد.

مرجع اجتماعی امنیت

در بخش امنیت اجتماعی^۱ مفهوم سازمان دهنده و مرجع، هویت جمعی، یعنی ملت است که می‌تواند مستقل از دولت باشد. نکته شایان توجه در این زمینه، پیچیدگی و درهم تنیدگی امنیت سیاسی و امنیت اجتماعی است. این مرجع که محل اصلی تأکید جامعه گران می‌باشد، برای جامعه وزنی معادل حکومت قائل است. همانگونه که تهدید علیه حکومت، تهدید علیه اقتدار آن نیز می‌باشد، تهدید علیه جامعه نیز تهدید علیه هویت آن است. البته، مراد از هویت در این سطح، هویت سیاسی- اجتماعی است.

جامعه گرایان، اصول امنیت ملی را مبتنی بر ایجاد رضایت عمومی، تأمین عدالت اجتماعی، رفاه و برآوردن نیازهای جامعه می‌دانند. نقطه عطف این رویکرد، دخیل کردن ملاحظات مربوط به مردم و مردم محوری در مفهوم امنیت ملی است، به گونه‌ای که بدون تأمین منافع مردم و کسب رضایت آن‌ها، امنیت اساساً مستقر نمی‌شود. مفهوم تازه پدیدار شده از امنیت، مبتنی بر این تلقی است که تحقق عدالت اجتماعی

1. Social Security.

برای نیل به امنیت، کاملاً ضروری است. (ربیع، ۱۳۸۷، ۱۲۱-۱۲۲) بر این اساس، خاستگاه چالش‌های اجتماعی را باید در عدم تأمین حقوق و بی توجهی نهاد سیاسی به خواسته‌های اجتماعی مردم جستجو نمود.

اگر نهاد سیاسی نسبت به تأمین حقوق اجتماعی مردم بی تفاوت باشد و یا در زمینه‌های پیش گفته تبعیض قائل شود، زمینه خیزش و شورش و ناامنی را فراهم آورده است. (احمدی، ۱۳۷۹، ۱۶۱-۱۴۳) بدین سان، استقرار عدالت و آزادی اجتماعی (که از جایگاه ویژه‌ای در دین اسلام نیز برخوردار می‌باشد)، در محدوده‌های متعارف و پذیرفته شده، ابزار همگرایی و انسجام جامعه به شمار می‌آید.

زمینه‌های برهم زنده امنیت اجتماعی از دیدگاه فقهای شیعی

همان طور که اشاره شد، نظم اجتماعی و به تبع آن امنیت اجتماعی بر ارزش‌ها مبتنی است و در صورت خدشه در ارزش‌ها و برهم خوردن تعادل ارزش‌ها با محیط، این امنیت نیز دچار آسیب می‌گردد؛ (بشریه، ۱۳۷۹، ۱۲۳) لذا در آموزه‌های دینی، یک وجه غالب، همانا تعریف و القای صائب ارزش‌ها در جامعه و نهادینه شدن آن‌هاست. بر این اساس، با هدف تبیین علت مادی و علت صوری امنیت در بعد اجتماعی از منظر فقه به مهمترین عوامل برهم زنده امنیت اجتماعی می‌پردازیم.

- محرمات جنسی:

الف) نگاه به نامحرم

فقها نگاه به نامحرم و احکام آن را عمدتاً در باب نکاح و صلات آورده‌اند و در استدلال بر آن، به روایات متعددی استناد کرده‌اند، از جمله امام صادق (ع) می‌فرماید: «ما من أحد إلا یصیب خطأ من الزناء...؛ نگاه به زن نامحرم تیری زهرآگین از تیرهای ابلیس، هر کس آن را به خاطر خداوند عزوجل ترک کند، نه به خاطر خداوند امنیت و ایمان را پاداش می‌دهد که طعم آن را خواهد چشید». (عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰/۱۹۱ و ۳۲۶) در این روایت خداوند پاداش پاک نگهداشتن نگاه را امنیت و ایمان قرار می‌دهد. شیخ طوسی در باب نگاه به نامحرم می‌نویسد: «مرد نمی‌تواند بدون حاجت و سبب به زن نامحرم بنگرد. نگرستن او به قسمت‌هایی از بدن او که عورت است، حرام و به آن قسمت که عورت نیست یعنی چهره و دو دست، مکروه می‌باشد». (همان/ ۱۹۲)

نکته شایان ذکر که اساساً رویکرد فقها به این حکم تحریم رویکردی پیشگیرانه است تا امنیت زن و مرد و خانواده که محصول ازدواج آن دو می‌باشد، فراهم گردد. صاحب جواهر با ذکر روایتی از پیامبر اکرم (ص) علت حرمت نگاه به نامحرم را ایجاد مصونیت از زنا و مفتون و شیفته زن نامحرم شدن دانسته است: (شیخ صدوق، ۱۳۸۹، ۳/۴۰)

«و لمناسبه ذالک العبد عن الوقوع فی الزنا و لافتتان و نحوهما المعلوم من الشارع أراه عدمهما و لذا حرم ما یحتمل ایصاله إلیهما من النظر و نحوه، و کان أمير المومنین علیه السلام یترک السلام علی...». امام خمینی (ره) نیز در مورد نگاه به نامحرم می‌نویسد: «نگاه کردن مرد به بدن زن نامحرم چنانچه با قصد لذت باشد حرام است ولی اگر بدون قصد لذت باشد مانعی ندارد، و نیز نگاه کردن زن به بدن مرد نامحرم حرام می‌باشد». (خمینی، ۱۴۱۵، ۲/۴۸۵)

نکته قابل ذکر اینکه همان طور که نگاه مرد به زن با شرایطی که آمد حرام است، نگاه زن به مرد به جز صورت و دست‌های او، تحت شرایطی حرمت دارد. (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴/۷۷)

ب) زنا

حفظ و امنیت خانواده از اهداف مؤکد در فقه اسلامی به شمار می‌رود. به همین سبب با تمهید شرایط و تحصیل حدود و تحدیدهایی، سعی کرده است خانواده به عنوان بستر تربیت انسانی و تربیت الهی را از گزند تهدیدهای مختلف نگه دارد. یکی از تهدیدهای جدی علیه امنیت خانواده ارضای جنسی زن یا شوهر در خارج از چارچوب‌های شرعی (زنا) می‌باشد که علاوه بر ایجاد شکاف بین زن و شوهر و زمینه‌سازی برای فساد افزون‌تر در خانواده و نیز جامعه موجب تولد فرزندان نامشروع می‌شود که خود آن نیز در آینده علاوه

بر امنیت خانواده، امنیت اجتماع را به مخاطره می‌اندازد. (موسوی اردبیلی، بی تا، ۱/۶) بر این اساس، زنا از محرمات مورد اجماع در فقه اهل بیت(ع) می‌باشد به طوری که در آیات شریفه قرآن و روایات معصومین(ع) بر حرمت آن و مجازات‌ها و راه‌های مهار آن تأکید گردیده است. (ر.ک: نور/ ۲-۳)

همچنین در روایات متعدد متواتر به حرمت زنا و حدود آن تصریح شده است؛ از جمله امام محمد باقر(ع) در روایتی از رسول خدا (ص) می‌فرماید: «چنانچه بعد از من زنا زیاد شود، مرگ‌های ناگهانی نیز افزایش می‌یابد». (عاملی، ۲۰/۱۴۰۹/۳۰۷) یعنی زنا به خاطر فساد در آن، قتل نفس، تباهی نسب‌ها و نسل، ترک شدن تربیت کودکان، فاسد شدن موارث و امثال این مفاسد دانسته‌اند. (همان/ ۳۱۱) در این روایت زنا علت به خطر افتادن حفظ جان و حفظ نسب و خانواده معرفی شده است.

برخی از فقها زنا را از معدود محرماتی می‌دانند که حرمتش از ضروریات دین بلکه ادیان محسوب می‌شود. (تبریزی، ۱۳۷۶، ۱۵؛ موسوی اردبیلی، بی تا، ۱/۵۲؛ نجفی، بی تا، ۴۰/۱۳؛ حسینی، حائری، ۱۴۲۳، ۱۵۱) و همه فقها در حرمت و حدود آن، قائل به اجماع شده‌اند. (نجفی، بی تا، ۳۹۲) این نگاه به حرمت زنا مبین تأثیرات منفی و عواقب شدید آن بر حفظ خانواده می‌باشد.

ج) قوادی

قواد دال فحشاء است و قوادی عبارت است که از جمع نمودن بین مرد و زن یا صبیحه برای زنا، یا مرد به مرد یا بچه برای لواط. (طوسی، ۱۳۸۵، ۶۷) بنابراین قوادی یکی از معاصی مرتبط با لواط و زنا و از جرایمی است که در فقه برای آن حد معین شده است. قوادی با دو مرتبه اقرار - و به گفته بعضی با یک مرتبه - ثابت می‌شود. قوادی به شهادت دو شاهد عادل هم ثابت می‌شود. (بروجردی، ۳۰/۱۳۹۲/۷۵۵؛ خمینی، ۱۴۱۵، ۴/۱۹۹) فقها در این حکم به روایتی از امام صادق(ع) استناد می‌کنند که حضرت حدّ آن را سه چهارم حدّ زانی می‌دانند. (طوسی، ۱۰/۱۳۸۷/۶۴) بسیاری از فقهای متقدم و معاصر به مضمون این روایت فتوا داده‌اند؛ از جمله شیخ مفید، شیخ طوسی و ابوصلاح حلبی از متقدمین، و خوانساری، امام خمینی، طوسی و سبزواری و فاضل لنکرانی از معاصرین، مطابق مشهور فتوا داده‌اند. امام خمینی درباره حکم قواد می‌نویسد: «احوط آن است که نفی بلد (تبعید) در مرتبه دوم باشد. بنابر قول مشهور، سر قواد را تراشیده و به دید مردم گذاشته می‌شود. در حد قواد بین مسلمان و کافر و مرد و زن تفاوتی نیست. البته در مورد زن فقط شلاق اجرا می‌شود». (خمینی، ۱۴۱۵، ۲۰۳) خداوند در قرآن کریم برای تشییع کننده فاحشه، نظیر قوادی، در میان مؤمنان عذاب سخت در دنیا و آخرت وعده داده است: «... إِشَاعَةُ الْفَاحِشَةِ قَالَ تَعَالَى: إِنَّ الَّذِينَ يُجِيبُونَ أَنْ تَشِيْعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ». (نور/ ۱۹)

بنابراین می‌توان گفت با اینکه زنا و لواط از جرایم بسیار قبیح است، اما قوادی به دلیل اینکه نقش تشییع کننده و توسعه دهنده این دو معصیت و جرم را دارد، در ناامن کردن نهاد خانواده و جامعه به ویژه در بعد ذهنی آن نقش مؤثرتر دارد. با عمل قوادی به تدریج روابط نامشروع و به تبع آن تقابل و نزاع بین زن و شوهر بسط پیدا می‌کند و امنیت روانی حاکم بر خانواده و احساس این امنیت کاهش یافته و اطمینان و اعتماد لازم بین زن و شوهر از بین می‌رود و زمینه فروپاشی بنیان خانواده را فراهم می‌کند.

- محرمات اعتقادی:

الف) ارتداد

علما در تعریف ضروری دین و هم در اینکه انکار ضروری، موجب ارتداد است، یا چنانکه به تکذیب پیامبر بینجامد موجب ارتداد است، اختلاف نظر دارند. در صدق ارتداد چهار نکته ضروری است: ۱. خروج از اسلام ۲. انکار جاهدانه ۳. اختیار کفر ۴. اقدام عملی بر ضد اسلام. (عاملی، ۱۴۰۹، ۴۳/۸)

بر این اساس، ابن فارس در مقاییس اللغه در تعریف واژه ارتداد می‌گوید: «راء و دال» ریشه یک واژه‌اند که در قالب‌های مختلف ریخته می‌شوند و معنای رجوع و بازگشت می‌دهند. (نجفی، بی تا، ۴۱/۶۰۵ و ۶۰۰-۶۰۷؛ خمینی، ۱۴۱۵، ۴/۱۱-۱۴؛ عاملی، ۱۴۰۹، ۸/۲) «جوهری» در صحاح اللغه آورده: ارتداد همان رجوع است و اسم مصدر آن رده به کسر راء است. (الجوهری، ۱۹۹۰، ۱۷۶) راغب اصفهانی در مفردات می‌نویسد: «ارتداد و رده بازگشت به راهی است که شخص از آن آمده است، منتها رده تنها در مورد کفر به کار می‌رود»

و ارتداد در مورد کفر و غیر آن است». (اصفهانی، ۱۳۷۲، ۲۴۳) در لغت نامه دهخدا آمده است: «رده عبارت است از مذهب اسلام خارج شدن، و ارتداد برگشتن از دین و جزء آن گویند». (دهخدا، ۱۳۸۶، ۳۲۶) پس ارتداد عبارت است از بازگشت و رجوع، و رجوع کننده را «مرتد» گویند. بنابراین در شرع نیز به کسی که بعد از اسلام، ترک مسلمانی کند و از اسلام برگشته باشد «مرتد» گویند. (ولایی، ۱۳۸۰، ۲۵-۲۶)

به طور کلی بر ارتداد سه حکم جاری می‌شود: قتل، فسخ نکاح و تقسیم اموال. (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴۰۵؛ خمینی، ۱۴۱۵، ۴/۱۱-۱۴) صاحب جواهر درباره احکام مرتد می‌نویسد: «مرتد فطری اگر هم به اسلام برگردد توبه‌اش مقبول نیست و قتلش حتمی است و زنش از او جدا می‌شود... و اموالش نیز بین وارثانش تقسیم می‌شود، اگر چه ملحق به دارالحرب شود یا به چیزی تمسک کند که مانع بین امام و قتل او گردد؛ اما در مورد مرتد ملی، از وی خواسته می‌شود که توبه کند، پس اگر امتناع ورزید کشته می‌شود. درخواست توبه از مرتد ملی واجب است. (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴۰۵/۶۰۵) امام خمینی مهلت اعطایی برای توبه مرتد ملی را سه روز می‌داند که در صورت عدم توبه در روز چهارم کشته می‌شود. (خمینی، ۱۴۱۵، ۴/۲۴۳)

بنابراین می‌توان گفت هر فعلی که بر آن عقاب مترتب شود عامل ناامنی است. از آنجا که بر مرتد هم عقاب دنیوی و هم عقاب اخروی مترتب می‌گردد، بی شک عامل تهدید امنیت می‌باشد. در توضیح باید گفت که گستره تأثیرگذاری ارتداد در وهله نخست بر فرهنگ جامعه می‌باشد؛ یعنی مقصد شرعی «حفظ دین» را به مخاطره می‌اندازد، چرا که ارتداد علاوه بر اینکه خود فرد را از دین و ارزش‌های دینی جدا می‌کند، سبب سست شدن اعتقاد دیگران و زمینه سازی برای نفوذ در اعتقادات مردم و تضعیف حضور دین در عرصه‌های مختلف و استحاله آن می‌شود. اینگونه اعمال در صدر اسلام مشاهده می‌شد که برخی از یهودیان با هدف تضعیف اسلام، صبح مسلمان می‌شدند و سپس مسلمانی را ترک می‌کردند و به یهودیت بر می‌گشتند تا به مخاطبان القا کنند که اسلام آن چیزی نیست که تصور داشتند یا در تورات آمده است. (مآئده / ۶۱؛ جعفریان، ۱۳۸۳، ۱/۴۶۹) در واقع احکام شدید فقهی علیه ارتداد، بیانگر نقش ویرانگر آن بر دین و فرهنگ دینی می‌باشد و به همین دلیل، در فقه و حکومت اسلامی راهکارهای متعددی از حبس و فسخ نکاح گرفته تا قتل را جهت جلوگیری و پیشگیری از بسط این عامل تهدیدگر امنیت اجتماعی ارائه شده است.

ب) بدعت

در تعریف بدعت باید گفت بدعت نوعی نوآوری در دین است به طوری که در عین حالی که در دین نیست، به عنوان یک طریق شرعی وانمود می‌شود. به عبارت دیگر، بدعت عملی با دو ویژگی است: اول آنکه اصل و اساسی در شریعت ندارد، و دوم آنکه به عنوان طریق شرعی وانمود می‌گردد. (کلوری، ۱۳۹۰، ۴۹)

علامه مجلسی در روایتی از رسول اکرم (ص) در خصوص ضلالت بودن هر نوع بدعت می‌نویسد: «بدعت هر رأی یا حکم یا عبادتی است که شارع آن را نفرموده، نه به صورت خاص و نه در ضمن حکم عام». (مجلسی، ۱۳۷۹، ۲/۲۶۴) بر این اساس بدعت سه پیامد بسیار منفی بر دین و جامعه اسلامی دارد:

۱. موجب ترک سنت‌ها می‌گردد: «ما احدثت بدعه الا ترک بها سنه فاتقوا البدع». (سید رضی، ۱۳۶۹، ۱۴۵)

۲. بدعت چهره‌ای مغشوش از دین ارائه می‌کند که بعضاً در مخاطبان دافعه ایجاد می‌کند.

۳. موجب استحاله در دین می‌شود و این تبدیل چنان به آرامی و بطئی صورت می‌گیرد که حتی متدینین هم متوجه استحاله تدریجی دین نمی‌شوند. نقش عمیق و گسترده و مخرب بدعت بر دین و تعالیم و ارزش‌های آن را می‌توان در مورد دین مسیحیت به روشنی مشاهده کرد.

روایات بسیاری بر نقش مخرب بدعت اشاره کرده‌اند و ائمه اهل بیت (ع) سعی کرده‌اند با شناساندن بدعت و نقش پیدا و پنهان آن، شیعیان را از گزند آن دور نگه دارند؛ از جمله «هیچ چیزی مثل بدعت موجب از بین رفتن دین نمی‌شود»، (کراچی، ۱۴۱۷، ۱۶۳) زیرا «هیچ بدعتی ایجاد نمی‌شود مگر آنکه سنت (حسنة‌ای) را استحاله کرده و آن سنت ترک می‌شود». (سیدرضی، ۱۴۱۷، ۱۴۵)^۱

۱. برای آگاهی بیشتر بنگرید به: (برقی، بی تا، ۱/۲۰۸).

بنابراین با نگاهی به این روایات می‌توان گفت تبعات اجتماعی بدعت حتی بر خود بدعت‌گذار می‌باشد: از جمله نابودی دین، استحاله دین، مخالفت با خدا و قانون و پیامبر، ریشه و منشأ فتنه‌ها، ضلالت و ایجاد گمراهی، عاقبت در دوزخ، عدم قبول هیچ عمل خیر و عبادت و حتی جهاد. علاوه بر این از احادیث می‌توان راهکارهایی را جهت کاهش تأثیرات اجتماعی بدعت استخراج نمود، از جمله:

۱. بیزاری جستن و بایکوت بدعت‌گذار. رسول خدا (ص) می‌فرماید: «اگر اهل شک و بدعت را دیدید از آنها بیزاری بجوئید، بسیار به آنان دشنام دهید، درباره آنها بدگویی کنید و طعن زنید، ایشان را خفه و وامانده سازید تا به فساد در اسلام طمع نکنند و مردم از آنها برحذر شوند و از بدعت‌های آنان نیاموزند». (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۶ / ۶۳)

۲. عدم مصاحبت و همراهی با بدعت‌گذار و تأیید اعمال او. حضرت علی (ع) می‌فرماید: «هر کس با بدعت‌گذار همراهی کند و او را توقیر و بزرگ دارد، او را در نابودی اسلام همراهی کرده است». (برقی، بی تا، ۱ / ۲۰۸)

- محرّمات زبانی:

در فقه، یک دسته از جرایم و کبائر هستند که خداوند مجازات معین یا جریمه خاص قضایی برای آنها مقرر نکرده است. در ادبیات عمومی و متشرعین به این جرایم، گناه و معصیت اطلاق می‌شود که دروغ، غیبت و تهمت از جمله آنهاست که ویژگی مشترک این سه معصیت، زبانی بودنشان می‌باشد. با توجه به تأثیرگذاری گسترده و عمیق سه معصیت در تأمین یا تضعیف امنیت اجتماعی در اینجا به تبیین آنها می‌پردازیم.

الف) دروغ

دروغ یکی از کبائر و معاصی است که در قرآن کریم بر آن وعده عذاب داده شده است. شیخ انصاری در مکاسب محرّمه در این باره می‌نویسد: «الکذب حرام بضروره العقول و الادیان و بدل علیه الادله الاربعه؛ دروغ حرام است به ضرورت عقل و ادیان. بر حرمت آن ادله چهارگانه (کتاب، سنت، عقل و اجماع) دلالت می‌کند. (انصاری، ۱۴۱۱، ۲ / ۱۱) در ادامه شیخ انصاری در استدلال بر حرمت دروغ، روایات متعددی را ذکر می‌کند؛ از جمله: «خداوند برای شر قفل‌هایی قرار داده است و کلیدهای آن قفل‌ها شراب است و دروغ بدتر از شراب است». (عاملی، ۱۴۰۹، ۸ / ۵۷۲) در روایت دیگری از امام حسن عسگری (ع) آمده است: «همه خبائث در خانه واحدی قرار داده شده‌اند و کلید آن دروغ می‌باشد». (مجلسی، ۱۳۷۹، ۱۳۷۹ / ۷۲ / ۲۶۳) بنابراین کلید همه خبائث و بدی‌ها لاجرم گناه کبیره دروغ است. (انصاری، ۱۴۱۱، ۲ / ۱۲) از امام علی (ع) نیز روایت است که فرمود: «دروغ، انسان را به سوی فجور سوق می‌دهد و فجور به سوی آتش می‌راند». (عاملی، ۱۴۰۹، ۸ / ۵۷۷)

در آیات و روایات فوق، کذب و دروغ به عنوان کلید خبائث، بدتر از شراب، هدایت‌کننده به فسق و فجور و آتش جهنم معرفی شده است، که هم امنیت دنیوی و هم امنیت اخروی فرد را آسیب پذیر می‌کند. همان‌طور که در مقدمه گفتار اشاره شد امنیت و احساس امنیت دو مقوله متفاوت هستند. برخی از عوامل تهدید امنیت اجتماعی که تاکنون احصا شد، عمدتاً احساس امنیت در اجتماع را نشانه می‌روند و یا تضعیف یا تهدید احساس امنیت، در واقع امنیت واقعی نیز تأثیرگذاری خود را از دست می‌هد. یکی از عوامل مهم تهدید و تضعیف احساس امنیت اجتماعی، محرّمات زبانی و به ویژه دروغ است. دروغ اساساً اعتماد افراد به یکدیگر و آرامش خاطر از عدم تهدید از قتل دیگران را آسیب پذیر می‌کند در حالی که اعتماد اساس احساس امنیت در اجتماع می‌باشد.

ب) غیبت

شهید ثانی در کشف الربیه در تعریف غیبت می‌گوید: «غیبت، یاد کردن از یک انسان به هدف ذم یا القای نقض، در حالی که حضور ندارد، از چیزهایی که او از نسبت دادنش به خود ناراحت می‌شود». (عاملی، ۱۳۶۱، ۵۱)

شیخ انصاری غیبت را از حق الناس می‌داند، چرا که آن را ظلم بر غیبت شونده دانسته و به این دو روایت استناد کرده است: «از حقوق مؤمن بر مؤمن این است که غیب او را نکند». (عاملی، ۱۴۰۹، ۸/۵۴۶) و «حرمت و احترام آبروی مسلمان مانند حرمت و احترام خون و مال اوست». (انصاری، ۱۴۱۱، ۱/۳۳۶) در مقدمه امنیت اجتماعی گذشت که مسئله مهم در این مقوله، حفظ عرض و آبروی افراد و نیز احساس امنیت در جامعه است. بی‌شک غیبت از عوامل مهم ریختن آبرو و حتی ترور شخصیت افراد می‌باشد که پیامد آن تضعیف یا از بین رفتن احساس امنیت در اجتماع است. لذا در تعالیم اسلامی به تقبیح شدید آن پرداخته شده است، به طوری که در فقه در مذمت و حکم حرمت غیبت بین فقها اجماع وجود دارد، چرا که غیبت در منابع دینی با شدیدترین واژه‌ها تقبیح شده است. شیخ انصاری در این باره می‌نویسد: «بدانکه از اخبار پیشین و غیر آن استفاده می‌شود که حرمت غیبت به خاطر ایجاد تنقیض در مؤمن یا شرع بر آن دلالت می‌کند باید این مصلحت بزرگ‌تر از مصلحت احترام مؤمن باشد». (همان، ۱/۳۴۲) این عبارت شیخ انصاری مبین آن است که حکمت حرمت غیبت، از بین رفتن احترام مؤمن و ایدای اوست که در واقع صیانت آبروی مؤمن را در جامعه و در بین مردم دچار خدشه می‌کند و با فراگیر شدن آن، جامعه دچار آسیب روانی و احساس ناامنی از روابط با دیگران می‌گردد. پیامد این وضع در جامعه همانا به مخاطره افتادن امنیت اجتماعی می‌باشد.

یکی از نکات مهم در غیبت، معیار آن است که به چه سخن یا کلامی غیبت اطلاق می‌شود. محقق کرکی در این باره می‌گوید: «معیار در غیبت حرام این است که هر عملی که موجب هتک آبروی مؤمن شود یا مورد تعجب گردد و یا سبب خنده مردم از آن شود». (کرکی، بی تا، ۴/۲۷) نکته قابل تأمل اینکه اگر غیبت در جهت تظلم خواهی یا درباره متجاهر به فسق باشد، حرمت آن نقض می‌گردد، زیرا مصلحتی اقوا که دفع ظلم یا نشان دادن فسق می‌باشد، با تمسک به غیبت حاصل می‌شود. به عبارتی، ظلم و فسق تهدیدی اقوا و بزرگ‌تر از غیبت نسبت به فرد یا جامعه است و به همین علت حکمش در مقام تظلم خواهی یا نشان دادن فسق نقض شده و حکم جواز بر آن بار می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۱، ۱/۳۴۳-۳۴۷)

ج) تهمت و بهتان

تهمت و بهتان از کبائر بسیار مهم و مؤکد است. شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «بهتان آن است که در مورد شخصی چیزی گفته شود که در او نیست، و حرمت بهتان غلیظ‌تر و شدیدتر از غیبت است؛ دلیل این هم روشن است، زیرا بهتان جمع بین دو مفسده و کبیره دروغ و غیبت با هم است». (همان، ۲۶۴) نقش مخرب دروغ، غیبت و تهمت در فضای روانی و فرهنگی جامعه و سوق دادن جامعه به سوی عدم اعتماد، عدم آرامش خاطر و اطمینان، و در نتیجه عدم احساس امنیت در اجتماع بسیار روشن است. به طوری که جامعه را به سوی ناامنی اجتماعی می‌کشاند. این سه معصیت کبیره در فقه در ابواب مختلف فقه، از ویژگی‌های امام جماعت تا فقه القضا و مکاسب محرمه و ... مورد بحث قرار گرفته است.

بسترهای شکل‌گیری امنیت اجتماعی از دیدگاه فقها

با توجه به هدف فقه در تنظیم حیات دنیوی انسان که در جهت قرب الهی و با رویکردی دنیوی- اخروی می‌باشد، تأمین امنیت اجتماعی و فراهم کردن زمینه تحقق آن، یکی از کار ویژه‌های فقه و حکومت می‌تواند به حساب آید. در این راستا می‌توان احکام و قواعد و سازوکارهای فقهی مختلف را از آثار و آراء و نظرات فقها استخراج کرد که تأمین‌کننده امنیت اجتماعی می‌باشند. در این مبحث به تعدادی از مهمترین آنها پرداخته می‌شود.

- فقه کیفری (حدود و تعزیرات)

در قرآن کریم نیز واژه حد به صورت جمع آن به کار رفته است: «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا» (بقره/ ۱۸۷) و «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا». (همان/ ۲۲۹) در تعریف حدود و تعزیر شهید ثانی می‌نویسد: «حدود جمع حد است و ... معنای شرعی آن عقوبت خاصی است که برای دردمند کردن بدن به دلیل ارتکاب معصیت خاصی توسط مکلف تعلق می‌گیرد. کمیت حدود در همه مصادیقش را شارع تعیین کرده است. تعزیر در لغت به معنای ادب کردن است و در اصطلاح شرع، عقوبتی یا اهانتی است که شرع مقدار و کمیتی را برایش تعیین نکرده است». (نجفی، بی تا، ۴۱/۲۵۴؛ انصاری، ۱۴۱۱، ۸/۱)

بی شک اداره جامعه، حفظ نظام‌های اجتماعی، رعایت حقوق مردم و اقامه قسط و عدل مستلزم وضع مقررات معین کردن حدود و ثغور آزادی‌ها و تنبیه متخلفان و مجازات مجرمان است تا مردم بتوانند از قبل مال، جان و آبروی خودشان در امنیت باشند. همان طور که یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: «لاشک فی ان اداره المجتمع و حفظ النظام و رعایه حقوق الناس و اقامه القسط و العدل، تتوقف علی وضع المقررات و تحدید الحریات و علی تأدیب المتخلفین و مجازاه المجرمین، حتی یعیش الناس مطمئنین علی أموالهم و أنفسهم و أعراضهم». (موسوی اردبیلی، بی تا، ۴/۱-۵)

خدواند مجازات، از جمله حدود و تعزیرات را برای بازداشتن از ارتکاب منکرات و ترک اوامر الهی وضع نموده است. (همان/ ۴) با توجه به اهمیت و موضوعیت حفظ نظام و امنیت در جامعه، در روایتی پیامبر اکرم (ص) خیر اقامه حدود الهی را برای مردم بیشتر از چهل روز باران برای آنها می‌داند. (عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸/۱۲)

درباره اسباب حدود و تعزیرات در فقه، صاحب جواهر می‌نویسد: «أسباب الاول [الحدود] سته: الزناء إبتان البهیمه و ارتکاب ما سوی ذالک من المحارم؛ (نجفی، بی تا، ۴۱/۲۵۵) یعنی حدود برای جلوگیری از وقوع عوامل ناامنی شامل زنا، قذف، شرب خمر، سرقت و راهزنی وضع شده است و تعزیر برای پیشگیری از تهدیدات امنیت جامعه و فرد شامل، بغی، ارتداد، مقاربت با حیوانات و ارتکاب محرمی که شارع برایش حد معینی جعل نکرده وضع گردیده است. در واقع اقامه حدود و تعزیرات یکی از سازوکارهای مهم فقهی جهت دفع تهدیدات امنیت اجتماعی محسوب می‌شود.

- فقه پوشش

در مباحث فقهی با دو واژه «حجاب» و «ساتر» مواجه هستیم که تا حدی مفهوم مدنظر این بحث را می‌رساند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳/۵۰) نگاهی به آثار فقهی در خصوص حجاب بیانگر آن است که فقها هیچ اختلافی در اصل وجوب حجاب برای بانوان در برابر نامحرم ندارند و برخی فقها این حکم را مورد اجماع همه علمای اسلام دانسته‌اند. (حلی، بی تا، ۲/۴۴۸) صاحب جواهر با بیان ادله فراوان بر وجوب پوشش عورت و حرمت نگرستن به آن، ادله دال بر وجوب حجاب و حرمت نگاه به نامحرم را از شماره بیرون می‌داند: «الحاصل ما دل علی وجوب الستر و حرمة النظر أكثر من أن یحصی». (نجفی، بی تا، ۲/۳) با وجود اجماع در اصل حجاب زن در برابر نامحرم در مقدار پوشش واجب اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی پوشاندن همه بدن به جز چهره و دو دست را واجب می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷، ۴/۱۶۰) و بعضی پوشاندن همه بدن حتی چهره و دو دست را نیز واجب می‌دانند. (نجفی، بی تا، ۲۹/۷۷)

نکته شایان توجه در اینجا بین حرمت نگاه با وجوب پوشش ملازمه دارد؛ یعنی هر جا به مرد اجازه نگاه داده شده، بر زن پوشاندن آن واجب نیست. (کلانتری، ۱۳۸۷، ۲۹؛ نجفی، بی تا، ۲۹/۷۵) به همین دلیل است که در مباحث متعدد فقهی، نگاه به نامحرم و پوشش زن در قالب یک بحث آمده است؛ از جمله صاحب جواهر می‌نویسد: «لا ینظر الی جسد الأجنبیه و محاسنها أصلاً إلا لضرورة إجماعاً، بل ضرورة من المذهب و الدین، نعم یجوز عند جماعه أن ینظر الی وجهها و کفیها من دون تلذذ و لاخوف ربیه أو افتتان، لأنهما المراد مما ظهر منها». (نجفی، بی تا، ۲۹/۷۵)

مسئله لباس، جزئی از فرهنگ مادی است که بر اساس فرهنگ دینی، تفکرات و آگاهی‌ها انتخاب می‌شود. از آنجا که در جامعه اسلامی، پایبندی به ارزش‌هایی چون حجاب یکی از مؤلفه‌های سرمایه

اجتماعی تلقی می‌شود، هنجارمند شدن این ارزش، تضمین برخی مؤلفه‌های مهم اجتماعی را برای افراد جامعه به ویژه زنان دامن می‌زند. حجاب بودن موجب برقراری آرامش روانی، استحکام پیوند خانوادگی، استواری اجتماع، ارزش و احترام زن می‌شود، می‌تواند یکی از عوامل مهم برقراری امنیت اجتماعی باشد. (فاضلیان، ۱۳۸۹، ۶۲-۶۸) به ویژه در ایجاد احساس امنیت در آحاد جامعه به خصوص زنان نقش مؤثری دارد.

- ترویج تعاون بر پایه نیکی

اصطلاح «تعاون بر برّ و تقوا» اصطلاحی قرآنی است و به معنای کمک به نیکی و پرهیزگاری می‌باشد. علامه طباطبایی ذیل آیه تعاون می‌نویسد: «معنای تعاون بر برّ و تقوا به اجتماع ایمان و عقل صالحی که بر اساس تقوا شکل گرفته باشد، بر می‌گردد». (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۵/۱۶۳) درباره تقوای جمعی نیز برخی آن را مصداق اعلاّی قاعده تعاون دانسته‌اند که عبارت از رعایت حرمت افراد، حد و حدودها در زندگی جمعی پاسداشت حق حقوق‌ها و کمک به برّ و نیکی جمعی می‌باشد که روحیه تعاون به یکدیگر را در زندگی اجتماعی ایجاد می‌کند. (شریعتی، ۱۳۸۷، ۲۹۰)

فقها در استدلال بر قاعده تعاون بر آیات و روایات متعددی استناد کرده‌اند؛ از جمله آیه شریفه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى». (مائده / ۲) امام علی(ع) نیز خطاب به مردم کوفه می‌فرماید: «اگر نیکوکار بودم یاری‌ام کنید» (سید رضی، ۱۳۶۹، نامه ۵۷) و همچنین: «کونا للظالم خصماً و للمظلوم عوناً؛ دشمن ستمگر، و یاور ستم‌دیده باشید». (همان / نامه ۴۷)

نکته قابل ذکر اینکه محورهای مشارکت، بر اساس برّ و تقوا شکل می‌گیرد که گاه حالت توصیه‌ای داشته، گاه با تأکید بیشتری همراه است و گاه جنبه الزامی به خود می‌گیرد. چنان که در اعانه بر معصیت ذکر شد، آیات آغازین سوره مائده که دستور مزبور نیز در یکی از آن آیات است، عموماً توصیه‌های جمعی می‌باشد. به گفته برخی از فقها تعاون نمود سلامت جامعه است:

«جامعه سالم جامعه‌ای است که روحیه تعاون و یاری یکدیگر و جلوگیری از فساد و تجاوز در آن حاکم باشد و همه افراد در این مسیر گام بردارند و مراد از تقوا در آیه نیز تقوای جمعی و توجه به مسئولیت و مراقبت همه افراد جامعه بر تعاون بر برّ است و این امر یکی از سیاست‌های کلی نظام اسلامی به شمار می‌رود. (موسوی سبزواری، بی تا، ۱۰ / ۲۷۰)

انسان اجتماعی است و جامعه انسانی بودن همراهی و مشارکت و همکاری (تعاون)، بدون مسئولیت مشترک و تأمین و تضامن (تکافل)، و بدون یاری همه جانبه و برابر داشتن خالی از انسانیت است. میزان مسئولیت همگانی و همیاری جمعی و فداکاری عمومی و مکاری در تحقق نیکی‌ها و جلوگیری از بدی‌ها بیانگر میزان زنده بودن جامعه است. (دلشاد، ۱۳۸۸، ۲۳۷) امام علی(ع) در این باره می‌فرماید: «تعاون جستن برای برپا داشتن حق، دینداری و امانتداری است، و تعاون جستن برای یاری کردن باطل، گناه و خیانت کاری است». (آمدی، ۱۳۶۶، ۱۳ / ۲) در جهت همین تعاون و مسئولیت همگانی در جامعه، پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «من أصبح و لایهتّم بأمر المسلمین فلیس بمسلم؛ هر که صبح کند و به امور مسلمانان اهتمام نکند مسلمان نیست». (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۱ / ۵۵۹)

- گسترش پیوندهای اجتماعی

اساس و بنیاد نظام اجتماع بر تعهدات و پیوندها و وفای به عهد و پیمان افراد جامعه بستگی دارد. چنانچه این روابط با این شرایط دچار خدشه گردد، جامعه و روابط حاکم بر آن هم دچار تزلزل می‌شود و امنیت جامعه و بویژه احساس امنیت، دچار آسیب شده و در واقع جامعه به سمت هرج و مرج کشیده می‌شود. بنابراین در جهت تقویت پیوندهای اجتماعی در تعالیم اسلامی «قاعده وفای به عهد» وضع گردیده است. گستره عام و وسیع این قاعده، تمام عقود و ایقاعات شخصی، گروهی و بین‌المللی را در زمینه‌های اقتصادی، سیاسی، قضایی، اجتماعی و نظامی در برمی‌گیرد. این قاعده در مباحث و ابواب مختلف فقه مورد بحث و استفاده قرار گرفته است. میثاق‌های اجتماعی و سیاسی مانند قانون اساسی و قوانین عادی هر جامعه نیز از جمله عقود و عهدهاست در استدلال ارزشی و هنجاری یک جامعه را تشکیل می‌دهند.

فقها در استدلال بر این قاعده به آیات و روایات متعدد استناد کرده‌اند؛ از جمله: «(یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قرارداد [های خود] وفا کنید». (مائده / ۱؛ بقره / ۴۰؛ اسرا / ۳۴؛ آل عمران / ۷۶؛ نحل / ۹۱) در روایتی نبوی حضرت می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله؛ مسمانان بر شرط خود پایبند هستند، جز شرطی که بر خلاف کتاب الهی باشد». (شیخ صدوق، ۱۳۸۲، ۳ / ۲۰۲)

گرچه این قاعده در وهله اول در حوزه اقتصادی مطرح می‌گردد، اما از آنجا که بنیان نظام جامعه بر اعتماد به هم و وفای به عهد و پیمان‌ها استوار است، و امنیت هر جامعه تنها در چنین بستری امکان تحقق دارد، لذا در بحث از آن در امنیت اجتماعی هم ضرورت پیدا می‌کند.

- توجه به حق الناس

از توصیه‌های مؤکد اسلام خطاب به مردم و حکام، پاسداشت خون، مال و آبروی مسلمانان (حفظ نفس، حفظ مال و حفظ عرض) است و اصرار رهبران اسلام بر این حرمت‌گذاری‌ها، تشریح قواعد و مقرراتی را موجب شده که یکی از آنها «قاعده درء» می‌باشد. تعالیم اسلامی بیش از آنکه در پی اجرای مجازات مجرمان باشد، به دنبال حفظ مال، جان و آبروی افراد است و در همین راستا برای جلوگیری از حرمت شکنی‌ها نسبت به افرادی که متهم به جرمی شده‌اند به نفع متهم، قاعده درء را وضع کرده است. قاعده درء از حدیث نبوی «إدرأوا الحدود بالشبهات» اخذ شده است. در اینکه قاعده درء شامل حدود می‌شود بین فقها اختلافی نیست، اما در شمول این قاعده بر تعزیرات شرعی و قصاص میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. (شریعتی، ۱۳۸۷، ۳۳۷)

نکته شایان ذکر اینکه بر اساس قاعده درء اصل بر بیگناهی افراد است و چنانچه کوچکترین شبهه‌ای در مفهوم یا مصداق جرم ایجاد شود، بنا بر اصل حرمت دماء، اموال و فروج و نیز بنا بر قاعده درء اعمال مجازات ممنوع می‌باشد. این قاعده اختیارات حاکم را به خصوص در ارتباط با مخالفانش تا حدودی محدود می‌کند؛ مثلاً نمی‌تواند به مجرد سخنی، مخالف را متهم به ارتداد نمود. (همان / ۳۳۹) به عبارت دیگر، مفاد اجمالی قاعده درء این است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده باید جرم و مجازات را منتفی دانست. (بجنوردی و کبیر تکمیلی نژاد، ۱۳۹۰، ۳۴)

این نگاه به جرم و جرایم در جامعه، فضای آرام و احساس امنیتی را ایجاد می‌کند که بر بستر آن امنیت اجتماعی را می‌توان مشاهده کرد. در حقیقت این قاعده کرامت انسانی و ارزش‌های انسانی را مدنظر دارد و در صورت تحقق آن، امنیت اجتماعی در ابعاد عینی و ذهنی در جامعه محقق می‌گردد.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه اشاره شد می‌توانیم بگوییم که مبانی فقهی امنیت اجتماعی از ویژگی‌های زیر برخوردار است: نخستین ویژگی این است که امنیت اجتماعی حق مسلم تمام انسان‌هاست، از این رو اگر تمام بخش‌های مختلف اجتماع در کنار هم قرار گیرند سبب ایجاد اجتماع امنیتی با ثبات می‌شود. علاوه بر این با توجه به هدف فقه در تنظیم حیات دنیوی انسان که در جهت قرب الهی و با رویکردی دنیوی- اخروی می‌باشد، تأمین امنیت اجتماعی و فراهم کردن زمینه تحقق آن، یکی از کار ویژه‌های فقه و حکومت می‌تواند به حساب آید. در این راستا احکام و قواعد و سازوکارهای فقهی مختلفی از آثار و آراء و نظرات فقها استخراج شد که تأمین کننده امنیت اجتماعی می‌باشند. از جمله این سازوکارها می‌توان به توجه به حدود و تعزیرات، توجه به فقه پوشش، ترویج تعاون و همکاری در جامعه بر پایه نیکی، گسترش پیوندهای اجتماعی و توجه به حق الناس اشاره کرد. علاوه بر این، عواملی زیادی از دیدگاه فقهای شیعی تهدید کننده امنیت اجتماعی به شمار می‌آیند که به محرمات اعتقادی، محرمات جنسی و محرمات زبانی تقسیم‌بندی شده‌اند که این محرمات نقش مخربی در فضای روانی و فرهنگی جامعه و سوق دادن جامعه به سوی عدم اعتماد، عدم آرامش خاطر و اطمینان، و در نتیجه عدم احساس امنیت در اجتماع دارند و جامعه را به سوی ناامنی اجتماعی می‌کشاند.

فهرست منابع

الف) کتب:

- ابن فارس بن زکریا، احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مقیه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴، ص ۱۴۵.
- ابن منظور، لسان العرب (پانزده جلدی)؛ ج ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.
- اخوان کاظمی، امنیت در نظام سیاسی اسلام، ج ۱، تهران: کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۵.
- اصفهانی، راغب، مفردات الفاظ قرآن، ترجمه دکتر غلامرضا حسینی، تهران، نشر مرتضوی، ۱۳۷۲.
- افتخاری، اصغر، مصلحت و سیاست: رویکردی اسلامی، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۴.
- انصاری، مرتضی، فرائد الأصول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۱ق.
- آمدی، عبدالواحد، تصنیف غرر الحکم و درر الکلم، ج ۲، قم، مرکز النشر التاريخ لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۶۶.
- برقی، احمد بن محمد بن خالد، المحاسن، ج ۱، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی تا.
- بروجردی، حسین طباطبایی، منابع فقه شیعه، ج ۳۰، ترجمه احمد اسماعیل تبار و دیگران، تهران، فرهنگ سبز، ۱۳۹۲.
- بشیریه، حسین، جامعه شناسی سیاسی: نقش نیروهای اجتماعی در زندگی سیاسی، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹.
- بوزان، باری، مردم دولت و هراس، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۸.
- تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیر، قم، بی تا، ۱۳۷۶.
- جعفریان، رسول، تاریخ سیاسی اسلام، ج ۲، قم، دلیل ما، ۱۳۸۳.
- الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، دار العلم للملایین، ۱۹۹۰م.
- جهان بزرگی، احمد، امنیت در نظام سیاسی اسلام: اصول و مولفه‌ها، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- حسینی حائری، کاظم، القضا فی الفقه الاسلامی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳.
- حلی، حسن بن یوسف، تذکر الفقهاء، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- خمینی، روح الله، ترجمه تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵.
- دلشاد تهران، مصطفی، سیره نبوی، دفتر دوم، سیره اجتماعی، تهران، دریا، ۱۳۸۸.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، سیروس، ۱۳۸۶.
- سید رضی، حسین، نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، قم، نشر امام علی(ع)، ۱۳۶۹.
- شریعتی، روح الله، قواعد فقه سیاسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
- شیخ صدوق، احمد بن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، ج ۳، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۳۸۲.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- طبسی، نجم الدین، زندان و تبعید در اسلام، ترجمه مصطفی شفیعی، تهران، نشر صفحه نگار، ۱۳۸۵.
- طوسی، محمد بن حسن، مبسوط فق فقیه الامامیه، ج ۴، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.
- _____ تهذیب الأحکام، تهران، دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
- عاملی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____ کشف الربیة، تهران، نشر مرتضوی، ۱۳۶۱.
- عاملی، محمدبن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

- کراکجی، ابوالفتح محمد بن علی، القول المبین، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۷.
- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم، موسسه آل البيت، بی تا.
- کلانتری، علی اکبر، فقه و پوشش، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ترجمه محمد جواد نجفی، ج ۴۸، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۹.
- منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۱، قم، کیهان، ۱۴۰۹.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، قم، جامعه المفید، بی تا.
- موسوی سبزواری، مواهب الرحمن فی التفسیر القرآن، بی جا، دفتر سماحه آیت الله العظمی السبزواری، بی تا.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق و تصحیح شیخ عباس قوچانی، چاپ هفتم: دار إحياء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ولایی، عیسی، ارتداد در اسلام، تهران، نشر نی، ۱۳۸۰.

ب) مقالات:

- احمدی، حبیب الله، دین پشوانه امنیت ملی، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۹، تابستان ۱۳۷۹.
- اخوان کاظمی، بهرام، امنیت و راهکارهای تأمین آن در اندیشه محقق سبزواری، پژوهشنامه علوم سیاسی؛ تهران: انجمن علوم سیاسی ایران، ش ۴، پاییز ۱۳۸۵.
- بجنوردی و کبیر تکمیلی نژاد، جایگاه عدالت و اخلاق در فقه و حقوق اسلامی با رویکردی بر آرای امام خمینی، پژوهشنامه متین، ش ۵۱، تابستان ۱۳۹۰.
- ذاکر اصفهانی، علیرضا، و زهرا صادقی، رویکرد اجتماعی به امنیت و تأثیر آن بر امنیت ملی ایران: تهدیدات و راهکارها، پژوهش سیاست، س ۱۰، ش ۲۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
- ربیعی، علی، مطالعات امنیت ملی، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷.
- زراعتی رضایی، شاهین، فرایند تبدیل خواسته به شورش، فصلنامه دانش انتظامی، ش ۴، زمستان ۱۳۸۱.
- سبزواری، عبدالاعلی، مواهب الرحمن، ج ۱۰، بی جا، دفتر سماحه آیت الله العظمی السبزواری، بی تا.
- سلیمانی، فاطمه، نسبت مصلحت و امنیت در فقه سیاسی شیعه، فصلنامه مطالعات راهبردی، س ۱۳، ش ۵۰، زمستان ۱۳۸۹.
- عبدالله خانی، علی، عدالت و امنیت، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۳۳، بهار ۱۳۸۵.
- فاضلیان، پوراندخت، بررسی رابطه نوع حجاب و میزان امنیت اجتماعی در بین زنان شهر تهران، پژوهش‌نامه زنان، س ۱، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- فیرحی، داوود، اندیشه سیاسی ملا احمد نراقی، فصلنامه علوم سیاسی، س ۵، ش ۱۷، ۱۳۸۱.
- کلوری، رضا، عاملیت بدعت و تحجر در عرفی شدن دین، فصلنامه قیسات، س ۱۶، پاییز ۱۳۹۰.
- موسوی بجنوردی، محمد، و عاطفه کبیر تکمیلی نژاد، جایگاه عدالت و اخلاق در فقه و حقوق اسلامی با رویکردی بر آرای امام خمینی، مجله پژوهشنامه متین، ش ۵۱، ۱۳۸۱.
- نوروزی، فیض الله، و سارا فولادی سپهر، بررسی احساس امنیت اجتماعی زنان ۱۵-۱۹ ساله شهر تهران و عوامل اجتماعی مؤثر بر آن «فصلنامه راهبرد، س ۱۸، ش ۵۳، زمستان ۱۳۸۸.

واکاوی ارکان جرم کلاهبرداری سایبری در سیاست کیفری ایران*

صالح اوجاقلو^۱، محمدرضا زندی^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران

۲- استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران

چکیده

کلاهبرداری سایبری به لحاظ خلاقیت مرتکب آن و سهولت ارتکاب مهمترین و شایع‌ترین جرم اقتصادی فضای سایبر محسوب می‌شود؛ هر چند به ظاهر در ارتکاب این جرم، رایانه و فضای سایبر در حد وسیله جرم ظاهر می‌شود. اما رایانه و فضای سایبر، کلاهبرداری را توأم با کیفیت و شرایط غیر قابل انکاری می‌کند که مقنن ناگزیر به شناسایی جرم جدید در کنار کلاهبرداری سنتی شده است؛ ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی و ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات؛ رکن قانونی جرم کلاهبرداری سایبری را تشکیل می‌دهند و رفتار مجرمانه در رکن مادی این جرایم شامل ورود، تغییر، محو و مختل کردن و دست-کاری غیرمجاز سیستم خواهد بود و موضوع آن‌ها مال متعلق به دیگری و نتیجه آن‌ها محروم ساختن مالباخته از مال خود است؛ از طرفی کلاهبرداری سایبری جرمی عمدی، آنی و مقید است و برای تحقق آن وجود سوء نیت عام (یعنی عمد در ارتکاب یکی از اعمال فیزیکی مذکور در ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات) و سوء نیت خاص (یعنی قصد تحصیل وجه، مال، منفعت، خدمات یا امتیازات مالی) هم برای تحقق عنصر روانی جرم کلاهبرداری سایبری ضروری است؛ کلاهبرداری سایبری جزء جرایمی می‌باشد که نظر بسیاری از بزهکاران را به خود جلب نموده است و نیاز به برخورد قاطع از سوی مراجع ذیربط دارد؛ کلاهبرداران با ارسال ایمیل و پیامک به اشخاص مختلف، آن‌ها را به انحای مختلف به پای دستگاه‌های خودپرداز (ATM) بانک‌ها می‌کشانند و اقدام به کلاهبرداری می‌نمایند و با وجود انواع کلاهبرداری اینترنتی مانند فیشینگ، ارسال ایمیل یا نفوذ به ایمیل باکس افراد و ارائه شماره حساب‌های جعلی در معاملات و استفاده از اسکیم‌ها در دستگاه‌های خودپرداز بانک‌ها برای سوءاستفاده از کارت‌های عابر بانک و با وجود افزایش این نوع کلاهبرداری‌ها، سیستم‌های ایمنی و حفاظتی بانک‌ها بسیار ضعیف عمل می‌کنند؛ از این رو با استاندارسازی و تجهیز وسائل ارتباطی می‌توان از این قبیل جرایم پیشگیری کرد.

واژگان کلیدی: کلاهبرداری سایبری، دستگاه‌های خودپرداز (ATM)، فیشینگ، ارکان جرم.

* این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان «کلاهبرداری سایبری در پرتو رویه قضایی» در دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران جنوب است.

** نویسنده مسئول: Dr.z.cyber@gmail.com

مقدمه

کلاهبرداری از جمله جرایم علیه اموال است که تا پیش از این کلاهبردار با ریختن طرح و نقشه‌ای ماهرانه، شخص یا اشخاصی را فریب می‌داد و در نهایت، قربانی که گول مانورهای متقلبانه مرتکب را خورده بود، مالش را با رضایت خویش به وی تسلیم می‌کرد؛ اما در دنیای امروز با پیشرفت فناوری و ورود رایانه و اینترنت به زندگی بشری جرم کلاهبرداری نیز دست خوش تغییراتی گردیده و در دنیای مجازی بدون آنکه نیاز به فریب شخص یا اشخاصی باشد با وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سیستم می‌تواند وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند. (دانشخواه، ۱۳۹۲: ۱۹)

با این اوصاف فضای سایبر دنیای دیگری است که در برابر دنیای فیزیکی قد برافراشته است؛ آنچه که فضای سایبر را دنیای جدید معرفی کرده، امکانات و قابلیت‌های متفاوت آن است و الا این فضا از همان واژگان دنیایی که در آن زندگی می‌کنیم مانند: شاهراه اطلاعات، کتابخانه مجازی، جریان اطلاعات و دهکده جهانی شکل گرفته است؛ در هر حال جرایم سایبری در فضایی ارتکاب می‌یابند که به قدری تبادل اطلاعات در آن سریع است که مراحل سنتی ارتکاب جرم یعنی اراده و قصد، تدارک مقدمات و شروع به اجرا به چشم نمی‌آید و مسیرهای اطلاعاتی‌اش به قدری زیادند که نتیجه جرم در یک لحظه در مکان‌های گوناگونی حاصل می‌شود.

اصطلاح «جرم سایبری» واژه‌ای به روز، رایج و مناسب است که می‌توان به جای جرم رایانه‌ای به کار برد، زیرا جرم سایبری شامل کلیه جرائمی می‌شود که به نوعی در آن‌ها رایانه ایفای نقش می‌کند و از آن جایی که قوام و دوام اینترنتی و فضای سایبر به وجود رایانه است و سیستم‌های ارتباطی و مخابراتی نیز با رایانه فعالیت می‌کنند و شبکه‌های محلی و منطقه‌ای نیز از رایانه شکل گرفته‌اند و از طرف دیگر نرم افزارهای رایانه‌ای جزئی از رایانه تلقی می‌شوند، جرم سایبری شامل همه این عناوین می‌شود. (عالی‌پور، ۱۳۹۲: ۶۳) البته جرم سایبری از حیث دایره شمول عنان گسیخته بوده و مفهومی عام‌تر از میزانی که مدنظر ماست، دارد. بنابراین جرم سایبری را باید منصرف به عملکرد رایانه، نرم افزارهای رایانه‌ای و داده و سیستم رایانه‌ای کرد و گرنه هیأت رایانه و لوازم سخت افزاری آن به تنهایی و بدون توجه به عملکرد و قابلیت آن‌ها مشمول مقررات و مباحث سنتی حقوق کیفری خواهد بود.

با پایان یافتن دهه هفتاد و با تشکیل پرونده‌های عدیده‌ای که بیشتر پیرامون دو دسته از بزه‌ها بود؛ یعنی نقض حق تالیف و ترجمه و بزه‌های مطبوعاتی از طریق واسطه‌های الکترونیکی، قانونگذار ایران، مسیر قانونگذاری در فضای سایبر را با دو قانون حمایت از نرم افزارهای رایانه‌ای و قانون اصلاح قانون مطبوعات هر دو مصوب ۱۳۷۹ یافت. پس از آن قانون‌های دیگری مانند قانون تجارت الکترونیکی و قانون مجازات بزه‌های نیروهای مسلح هر دو مصوب ۱۳۸۲ و نیز قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز می‌کنند مصوب ۱۳۸۶ تصویب شدند؛ و بالاخره با تصویب قانون جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و الحاقات آن در بخش دهم در تاریخ ۱۳۹۳/۷/۸ مقنن در زمینه فضای سایبری مقرر تدوین کرده است.

۱. مفاهیم مقدماتی:

در این قسمت نگارندگان به تبیین مفاهیم کلیدی مقاله خواهند پرداخت.

۱-۱. مفهوم جرم سایبری

با آن‌که جرایم سایبری را باید با ویژگی‌ها یا نمونه‌هایش شناخت ولی از هنگامی که این پدیده شناسانده شد، تعریف‌های چندی از آن پیشنهاد شد. دلیل اصلی تلاش برای آرایه تعریف از جرم سایبری، بیشتر تفاوت مکانی‌اش با جرم معمولی است که چون در بستر فضای سایبر ارتکاب می‌یابد، بیش‌تر مواقع نه در اندازه قسمی کوچک از بزه‌ها، بلکه دسته‌ای بزرگ از بزه‌هایی که در عوض بزه‌های معمولی قرار می‌گیرد، معرفی می‌شود. از این رو تلاش‌ها برای جداسازی جرم سایبری از بزه‌های دیگر که در اثر پیشرفت و فناوری مطرح گردیده مانند بزه‌های مرتبط با هواپیما، بزه‌های مطبوعاتی، بزه‌های مرتبط با بهداشت، بزه‌های مرتبط با

صنایع و کارخانجات، بسیار بیشتر بوده که در زیر، هم از دید نهادها و سازمان‌ها اعم از داخلی و بین‌المللی و هم از نگاه اندیشمندان و حقوق‌دانان به برخی از تعاریف مربوط به جرم سایبری اشاره می‌کنیم:

جرم سایبری عبارت است از هرگونه تخلف از قانون کیفری که دانش فناوری رایانه‌ای را در ارتکاب، تحقیق و پیگرد شامل شود (Keyser, 2003, p290) موسسه ملی عدالت در گزارش خود زیر عنوان «واحدهای جرم سایبری اختصاصی»^۱ جرم سایبری را هر رفتار غیرقانونی می‌داند که دانش فناوری رایانه‌ای برای ارتکاب جرم به کار گرفته می‌شود. در این گزارش قید شده که فضای سایبر نسبت به جرم می‌تواند دو حالت داشته‌باشد؛ حالت فعال که رایانه برای نفوذ در فایل‌ها و ربایش پول و رفتارهای غیرقانونی از این دست به کار گرفته می‌شود و حالت انفعال که رایانه نقش تسهیل‌کننده یا راهنما برای خریداران یا کالاها به ویژه در پرونده‌های قاچاق مواد مخدر دارد (Edgar, 2003, p167).

بر پایه قانون مجازات اسلامی فصل جرایم رایانه‌ای و قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان گفت که جرم سایبری در حقوق کیفری ایران به جرمی گفته می‌شود که یا بر ضد داده یا رایانه رخ دهد یا با دستاویز رایانه یا فضای سایبر رخ دهد. با این حال گستره بزه سایبری از جهت ابزار و وسیله بودن ناروشن است.

دلیل گوناگونی عناوین جایگزین جرم سایبری، در تنوع موضوع و بستر آن است؛ ماهیت و ویژگی‌های بستر و لوازم فناوری اطلاعات آن قدر پیچیده و مرکب است، که با هر سنجه یا مشخصه‌ای می‌توان این فضا را نامگذاری کرد. فضای سایبر یا مجازی، فضای دیجیتال، فضای الکترونیکی، اینترنت و اطلاعات، یا بستر و مکان جرم سایبری هستند؛ یا موضوع آن که بر حسب گزینش آن‌ها عناوینی چون جرم سایبری، جرم دیجیتال، جرم الکترونیکی، جرم اینترنتی و جرم اطلاعاتی مطرح خواهد شد و همه این تعابیر از زاویه‌ای که بر اساس آن نامگذاری شده‌اند، صحیح می‌باشد و در میان واژگان گفته‌شده اصطلاح «جرم سایبری» واژه‌ای به روز، رایج و مناسب است که می‌توان به جای جرم رایانه‌ای به کار برد، زیرا جرم سایبری شامل کلیه جرایمی می‌شود که به نوعی در آن‌ها رایانه ایفای نقش می‌کند و از آن جایی که قوام و دوام اینترنتی و فضای سایبر به وجود رایانه است و سیستم‌های ارتباطی و مخابراتی نیز با رایانه فعالیت می‌کنند و شبکه‌های محلی و منطقه‌ای نیز از رایانه شکل گرفته‌اند و از طرف دیگر نرم‌افزارهای رایانه‌ای جزئی از رایانه تلقی می‌شوند، جرم سایبری شامل همه این عناوین می‌شود. البته جرم سایبری از حیث دایره شمول، عنان گسیخته بوده و مفهومی عام‌تر از میزانی که مدنظر ماست، دارد. بنابراین جرم سایبری را باید منصرف به عملکرد رایانه، نرم‌افزارهای رایانه‌ای و داده و سیستم رایانه‌ای کرد و گرنه هیأت رایانه و لوازم سخت‌افزاری آن به تنهایی و بدون توجه به عملکرد و قابلیت آن‌ها مشمول مقررات و مباحث سنتی حقوق کیفری خواهد بود.

۲-۱. مفهوم کلاهبرداری سایبری

با پیشرفت تکنولوژی و فناوری اطلاعات جرمی به وجود آمده است که به آن کلاهبرداری سایبری می‌گویند؛ این کلاهبرداری یکی از جرائم ناشی از سوء استفاده از فناوری اطلاعات است. اما با توجه به ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات در می‌یابیم که قانونگذار بدون تعریف دقیق جرم کلاهبرداری مرتبط با رایانه صرفاً به ذکر برخی از مصادیق آن اشاره نموده و بستر اقدام مجرمانه را سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی دانسته است. نتیجه این پدیده مجرمانه به تعریف قانون نیز تحصیل وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای مرتکب یا دیگری است.

کلاهبرداری سایبری به لحاظ خلاقیت مرتکب آن و سهولت ارتکاب مهمترین و شایع‌ترین جرم اقتصادی فضای مجازی رایانه محسوب می‌شود. هر چند به ظاهر در ارتکاب این جرم، رایانه در حد وسیله جرم ظاهر می‌شود. اما رایانه، کلاهبرداری را توأم با کیفیت و شرایط غیر قابل انکاری می‌کند که قانونگذاران ناگزیر به شناسایی جرم جدید در کنار کلاهبرداری سنتی هستند.

در تجارت مدرن (تجارت الکترونیک) نقل و انتقال پول نقد و خرید و فروش کالای تجاری، به سرعت جای خود را به انتقال سپرده‌ها از طریق وارد کردن تغییر، محو و موقوف سازی و خروجی سیستم

کامپیوتری (ماشین‌های تحویل دار خودکار بانک‌ها) معمول‌ترین شیوه ارتکاب کلاهبرداری سایبری می باشد؛ می‌دهد (باستانی، ۱۳۸۶: ۵۰).

شورای اروپا در فهرست حداقل خود مقرر می‌دارد:

کلاهبرداری کامپیوتری - وارد کردن، تغییر، امحاء یا ایجاد وقفه در داده‌های کامپیوتری یا برنامه‌های کامپیوتری یا دیگر مداخلات مربوط به پردازش داده‌ها که نتیجه پردازش داده‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد، خواه موجب ضرر اقتصادی، خواه موجب از دست دادن اموال و تصرف آن اموال متعلق به غیر با قصد کسب منفعت وامتیاز اقتصادی غیر قانونی برای خود یا دیگری شود (جاویدنیا، ۱۳۹۱: ۲۱۵).

کلاهبرداری از جمله جرایمی است علیه اموال و مالکیت اشخاص با این تفاوت که در کلاهبرداری سنتی فرد قربانی بر اثر مانورهای متقلبانه طرف مقابل فریب خورده و مال خویش را با میل و رغبت خود در اختیار کلاهبردار قرار می‌دهد؛ اما در جرم کلاهبرداری رایانه‌ای دیگر نیازی به مانورهای متقلبانه و فریب قربانی نیست بلکه بزه‌کار از راه تغییر و محو و ... در سیستم پردازش داده‌ها، اموال یا منفعت و ... قربانی را به نفع خود یا دیگری تصاحب می‌کند؛ بنابراین در تعریف جرم کلاهبرداری سایبری می‌توان گفت: «هرگونه محو، ورود، پردازش، متوقف‌سازی، مداخله در سیستم و برنامه‌های رایانه‌ای به منظور بردن مال غیر و اخذ منافع مالی برای خود یا دیگری کلاهبرداری رایانه‌ای می‌باشد» (حسن بیگی، ۱۳۸۲: ۲۴۲).

۲. رکن قانونی جرم کلاهبرداری سایبری

بر پایه اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هر رفتاری زمانی جرم به شمار می‌آید که قانونگذار طی قاعده و حکمی آن را ممنوع کرده و مجازات (ضمانت اجرای کیفری) برای آن تعیین نموده باشد؛ به دیگر سخن، هر جرمی در گام نخست و پیش از هر چیز به موجب یک حکم قانونی، در عالم اعتبار به وجود می‌آید. از این حکم به عنوان «رکن/ عنصر قانونی» یاد می‌شود (منصورآبادی، ۱۳۹۴: ج ۱، ۲۲۷)؛ با این اوصاف؛ رکن قانونی، آن مقرره (ماده و یا ماده‌های) قانونی است که قانونگذار طی آن، دو ضابطه را برای ما بازگو کرده است: یکی «ضابطه رفتار» مبنی بر این که «رفتار ممنوع و قابل مجازات چه رفتاری است؟» و دیگری «ضابطه کیفر» مبنی بر این که «مجازات قابل اعمال نسبت به آن رفتار ممنوعه چه نوع و چه میزان مجازاتی است؟» رکن قانونی هر جرمی باید در بردارنده این دو ضابطه باشد و بدون هر یک از این‌ها رکن قانونی ناتمام است.

جرم کلاهبرداری سایبری با بحث ورود دستورالعمل‌های اضافی شروع شده و در طول زمان، این جرم راه تکامل خود را پیموده است. چون در قوانین ناظر به کلاهبرداری ایران؛ لازم است انسان دیگری به طور مستقیم فریب بخورد و کلاهبرداری رایانه‌ای چنین لازمه‌هایی را دارا نیست؛ این رو، خلأ تقنینی پیش می‌آید که در برخی کشورها با وضع قانون جرم کلاهبرداری سایبری خلأ موجود پر شده است.

به هر تقدیر می‌توان گفت مجوز قانونی مجازات کلاهبرداری سایبری در کنوانسیون جرایم سایبر: «ماده ۸- هر دولت عضو، تدابیر تقنینی و غیرتقنینی را تا آنجا که برای تصویب به عنوان جرایم کیفری تحت قوانین داخلی‌اش ضرورت دارد، اتخاذ خواهد کرد، زمانی که به طور عمدی و بدون حق، ایراد ضرر به اموال دیگری انجام پذیرد از طریق:

الف. هرگونه وارد کردن، تغییر دادن، حذف کردن یا متوقف ساختن داده‌های رایانه‌ای؛

ب. هرگونه ایجاد اختلال در عملکرد سیستم رایانه‌ای؛

با قصد تحصیل متقلبانه یا ناروا بدون حق یک منفعت اقتصادی برای خود یا دیگری».

قانون تجارت الکترونیکی در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ به تصویب رسیده و کلاهبرداری در بسته تجارت الکترونیکی را جرم تلقی و برای آن مجازات تعیین گردیده است که ماده ۶۷ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «هرگونه توسل به وسایل متقلبانه نظیر سوء استفاده و یا استفاده غیر مجاز از داده پیام‌ها، برنامه‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای و وسایل ارتباط از راه دور و ارتکاب افعالی نظیر ورود، محو، توقف (داده پیام)، مداخله در عملکرد برنامه یا سیستم رایانه‌ای و غیره دیگران را بفریب و یا سبب گمراهی سیستم‌های پردازش خودکار و نظایر آن‌ها شود و از این طریق برای خود یا دیگران وجوه، اموال یا امتیازات مالی تحصیل کند و

اموال دیگران را ببرد، مجرم محسوب و علاوه بر رد مال به صاحبان اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی معادل مال مأخوذه محکوم می‌شود».

بالاخره در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۵ فصل جرایم رایانه‌ای^۱ به بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی ملحق شد و رکن قانونی جرم کلاهبرداری سایبری را طی یک ماده قانونی پیش‌بینی نموده و دو ضابطه رفتار و کیفر را در ماده ۷۴۱ قانون مذکور تشکیل داده و مقرر نموده است: «هرکس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

۳. رکن مادی جرم کلاهبرداری سایبری

دومین رکن جرم، رکن مادی است؛ رکن مادی، رکن واقعی، عینی و بیرونی جرم است؛ اصطلاح «رکن مادی»، ساخته و پرداخته حقوق کیفری است و هیچگاه در قوانین جزائی از آن استفاده نشده است (آقایی نیا، ۱۳۹۶: ۲۲)؛ منظور از آن یعنی پدیده‌ای که در دنیای دور و بر می‌توان آن را مشاهده کرد و نشان داد و یا دست کم پیامدهای آن را دید. رکن مادی، مجموعه‌ای از اجزا و شرط‌های مادی و بیرونی است که با وجود آن‌ها جرم در جهان بیرون پدیدار می‌شود و بر حسب نوع جرم‌ها، این اجزا و شرط‌ها متفاوت است. (منصورآبادی، ۱۳۹۴: ج ۱، ۲۲۸). به عبارتی دیگر برای اینکه جرمی وجود خارجی پیدا کند پیدایش یک عنصر مادی ضرورت دارد و شرط تحقق جرم آنست که قصد سوء ارتکاب عمل خاصی دست کم به مرحله فعلیت برسد؛ بنابراین قصد باطنی، زمانی قابل مجازات است که تظاهر خارجی آن به صورت عملی، مغایر با اوامر و نواهی قانونگذار آشکار شود. و عامل درونی ذاتی از قبیل فکر و طرح و قصد تا زمانی که در همین مرحله بماند از تعقیب جزائی مصون می‌مانند. (اردبیلی، ۱۳۹۲: ج ۱، ۳۰۲).

کلاهبرداری سایبری دارای عنصر خاص خود است و مصادیق آن در کلاهبرداری سنتی سابقه نداشته است و عنصر مادی کلاهبرداری سایبری با جرایم سایبری دیگر متفاوت است؛ از این رو در این قسمت به بررسی ویژگی‌های بزه‌کاران و بزه‌دیدگان این نوع جرائم؛ رفتار مجرمانه؛ موضوع جرم و نتیجه جرائم کلاهبرداری سایبری خواهیم پرداخت.

۳-۱. ویژگی‌های بزه‌کاران جرایم کلاهبرداری سایبری

به نظر نگارندگان سطح مهارت بسته به نوع جرم در محیط سایبری متفاوت است؛ در کلاهبرداری‌های مرتبط با رایانه که با فریب و اغوای بزه‌دیده همراه می‌باشد مرتکب نیاز به مهارت بالایی در کار با رایانه ندارد بلکه زیرکی او است که قربانیان را با شگرد خاصی به انجام کار مورد نظرش ترغیب می‌نماید؛ به گونه‌ای که این خود قربانیان هستند که گاه به آگاهی و رضایت کامل هر چند ظاهری، مال خود را در اختیار بزه‌کار قرار می‌دهد. اما در کلاهبرداری مصرح در ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات که بدون دخالت مجنی‌علیه و فریب او عملیات دستکاری محو، ایجاد و سایر مصادیق بر شمرده در قانون انجام می‌گیرد به مهارت بالایی نیاز است و قابل ذکر است این نوع کلاهبرداری بیشتر توسط کارمندان انجام می‌گیرد (شیرزاد، ۱۳۸۸: ۹۰).

در واقع عصر دیجیتالی شبکه‌ای شده نه تنها بزه‌کاران را به شیوه‌های جدید، جرایم ارتکاب جرم مجهز کرده، بلکه افرادی که پیشتر منحرف نبودند را نیز توانمند و برای آن‌ها رفتارهای مجرمانه جدیدی را ترسیم کرده است (Pease, 2001, P28).

اصولاً مرتکبین جرایم کلاهبرداری سایبری دو دسته‌اند.

۱. «قانون جرایم رایانه‌ای» در ۵۶ ماده و در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و در روزنامه رسمی ۱۳۸۸/۴/۱۷ منتشر شد و شماره مواد ۱ تا ۵۴ این قانون به عنوان مواد ۷۲۹ تا ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات با عنوان فصل جرایم رایانه‌ای منظور و شماره ماده ۷۲۹ بخش تعزیرات به شماره ۷۸۳ اصلاح گردید.

۱. مجرمانی که به دنبال منافع خود هستند.
 ۲. متخصصان و اهل فن و تحقیق که به دلایل گوناگون مثل ارضای حس کنجکاوی و یا رسیدن به یک نتیجه علمی و یا سرگرمی و ... مرتکب این جرایم می‌شوند. طبیعی است که اقدامات این عده علیرغم اینکه غیرمجاز و غیرقانونی و به تعبیر دیگر جرم تلقی می‌شود، ممکن است سبب توسعه و تکامل در امری خاص گردد.

بنابراین هرچند غالباً مجرمان سایبری از استعداد نسبتاً بالایی برخوردار هستند؛ اما کلاهبرداران سایبری اشخاصی هستند که زیرکی فریب دادن دیگران را با دانش رایانه‌ای و سایبری در آمیخته‌اند و بدون تردید در زمره مجرمین یقه سفید^۱ قرار می‌گیرند که به میزان خطرناکی و استعداد جنایی بالا، قدرت انطباق اجتماعی قابل توجهی دارند و به همین ترتیب علیرغم این که توجهات دیگران را نسبت به اعمال غیرقانونی خود بر نمی‌انگیزند به راحتی و به کرات رایانه و اینترنت را جولانگاه مانورهای متقلبانه خود می‌سازند (سالاری شهر بابکی، ۱۳۸۶: ۲۵۳).

نکته قابل ذکر این است که بزه کلاهبرداری ناظر به افعال انسان است؛ اما لازم نیست همواره انسان خود مستقیماً مباشر عمل باشد بلکه ممکن است از طریق ویروس و برنامه‌های امثال آن مرتکب شود؛ اما نکته قابل ذکر در خصوص فاعل جرم در کلاهبرداری سایبری استفاده قانونگذار از عبارت «هرکس» می‌باشد به گونه‌ای که با استناد مواد ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی در کلاهبرداری مرتکب جرم هر کسی می‌تواند باشد. همانگونه که در صدر مواد ۷۴۰ و ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات می‌خوانیم: «هر کس به طور غیر مجاز...» اشاره این مواد به واژه «هرکس» به جای «هرشخص»، نظر قانونگذار را به انجام این فعل توسط یک شخص حقیقی به ذهن متبادر می‌سازد؛ بنابراین بهتر بود که قانونگذار از واژه «هر شخص» استفاده می‌کرد تا اشخاص حقوقی را هم در بر می‌گرفت.

۳-۲. ویژگی‌های بزه‌دیدگان جرایم کلاهبرداری سایبری

کلاهبرداری سایبری در یک محیط سایبری تحقق می‌یابد؛ بنابراین به طور بالقوه این امکان وجود دارد که تمام این محیط مورد تهاجم واقع شود (شیرزاد، ۱۳۸۸: ۹۵)؛ از این رو کلاهبرداری سایبری چون در دنیای مجازی رایانه و سایر با امکانات بی‌شماری تحقق می‌یابد فقط علیه انسان نیست بلکه غالباً علیه سیستم رایانه‌ای و نرم افزارهای آن است.

در کلاهبرداری رایانه‌ای اولیه، فرد مرتکب با دادن دستورالعمل‌های اضافی، وجوه دیگران را به خود اختصاص می‌داد بدون اینکه آنان را بفریبد. در شکل جدید و اخیر این شکل از بزه‌دیده به ماشین تغییر یافته است؛ که بیشترین مورد تحقق آن در جرایم تجارت الکترونیک و جرایم بانکداری الکترونیک است. مرتکب بدون آنکه بزه‌دیده را ببیند، وجوه و اموال دیگران را به خود اختصاص می‌دهد (زندى، ۱۳۹۳: ۴۵).

تعداد بزه‌دیدگان با توجه به اینکه هر لحظه امکان دسترسی بیشتر به شبکه جهانی اینترنت برای افراد از طیف‌های مختلف فراهم می‌شود و قابلیت بزهکاری و قابلیت بزه‌دیدگی به نحو چشم‌گیری افزایش خواهد یافت؛ تا دیروز شاید فقط مراکز حساس امنیتی و شرکت‌های مهم تجاری در معرض وقوع جرایم کلاهبرداری رایانه‌ای واقع می‌شدند؛ اما امروزه؛ که حتی برخی از افراد غیرحرفه‌ای هم پایگاه اینترنتی خاص خود را دارند و برخی فعالیت‌های تجاری نه چندان بزرگ هم از طریق اینترنت انجام می‌شود، طیف گسترده‌تری از افراد در معرض وقوع جرایم کلاهبرداری سایبری قرار گرفته‌اند؛ این امر به ویژه در زمینه دستگاه‌های عابر بانک، و دیگر شبکه‌های مربوط به مصرف‌کنندگان و همچنین در زمینه کلاهبرداری علیه کاربران رایانه‌ای شخصی مصداق دارد (زیبر، ۱۳۹۰: ۷۴).

۱. نظریه «مجرمین یقه سفید» توسط ادوین ساترلند آمریکایی که در سال ۱۹۴۰ میلادی ارائه شده و امروزه در قالب جرایم سایبری در جدیدترین شکل خود ظهور و بروز پیدا کرده است (سلامی، ۱۳۹۴: ۲۱).

در نگاه اولیه مجنی‌علیه کلاهبرداری در محیط رایانه، یک دستگاه می‌تواند باشد؛ اما آیا اساساً یک ماشین یا دستگاه الکترونیکی قابلیت فریب خوردن^۱ یا غافلگیری در ربودن را دارد یا اینکه تحقق این امور مستلزم وجود یک انسان است؛ در کلاهبرداری سایبری مرتکب از طریق یک سیستم رایانه‌ای یا ماشین الکترونیکی اقدام به بردن مال دیگری می‌نماید. هرچند عامل انسانی در جرم در ظاهر دخالت ندارد؛ اما در نهایت این انسان است که بزه‌دیده قرار گرفته هر چند مرتکب به واسطه رایانه اقدام به ارتکاب جرم می‌نماید اما مال افراد برده می‌شود (جاویدنیا، ۱۳۹۱: ۱۳۲).

اصولاً کلاهبرداری‌های اینترنتی نسبت به موسسات و شرکت‌های بزرگ مخصوصاً موسسات مالی و اعتباری نظیر بانک‌ها واقع می‌گردد؛ البته ذکر این نکته به این معنی نمی‌باشد که افراد عادی قربانی کلاهبرداری واقع نمی‌شوند؛ شرکت‌های بزرگ به دلیل دارا بودن سرمایه بیشتر به میزان افزون‌تری در معرض قربانی کلاهبرداری می‌باشند.

یکی از مشکلاتی که در این جرایم وجود دارد این است که این دسته از بزه‌دیدگان تمایلی به اعلام جرم نداشته و در نتیجه رقم سیاه این جرایم بالاست و این بی‌میلی در گزارش جرم می‌تواند دلایلی داشته باشد. برخی به دلیل هراس از تبلیغات سوء رسوایی و یا از دست دادن حسن شهرت خود تمایلی به فاش ساختن اطلاعات ندارند. دیگر بزه‌دیدگان نیز از سلب اعتماد سرمایه‌گذاران و یا عامه مردم و پیامدهای اقتصادی ناشی از آن واهمه دارند «به ویژه در کلاهبرداری که برخلاف سایر جرایم علیه اموال، انواع آن معمولاً تحت پوشش بیمه قرار نمی‌گیرند و در نتیجه منفعتی برای موسسه در گزارش کردن آن‌ها متصور نیست» (خانلر تبار، ۱۳۸۹: ۳۸).

بزه‌دیدگان کلاهبرداری سایبری در واقع قربانیان پیشرفت تکنولوژی هستند؛ اما نکته قابل توجه در این بین آن است که بسیاری از بزه‌دیدگان جرایم سایبری استعدادی قابل توجه برای قربانی شدن بروز می‌دهند و به راحتی طعمه بزهکاران سایبری می‌شوند برخی کلاهبرداری‌های اینترنتی ناشی از کسب اطلاعات به روش‌های بسیار ساده و سوء استفاده از عکس‌ها و اسرار شخصی نمونه‌هایی از این موضوع می‌باشند؛ به نظر نگارندگان قربانی این جرایم همیشه بیگناه نیستند و چه بسا خودشان ناخواسته آغازگر یک کلاهبرداری سایبری می‌باشند.

ضعف شخصیتی، فقدان اطلاعات کافی در رابطه با محیط مجازی و عدم دقت در محافظت از داده‌ها و ... مواردی است که قربانی کلاهبرداری را در قربانی شدنش مساعدت می‌کند. نمونه بارز این موارد کلاهبرداری از طریق فریب و ارسال پیامک مبنی بر برنده شدن است که بزه‌دیده با باور غلط و فقدان اطلاعات کافی و بی احتیاطی به خواست مرتکب به پای عابر بانک کشیده می‌شود و با توجه به راهنمایی‌های بزه‌کار درخواست‌های وی را انجام می‌دهد و این گونه با عدم دقت با دست خود، مبالغی از حسابش به حساب فرد کلاهبردار منتقل می‌نماید. همچنین است بزه‌دیدگان با بی احتیاطی و عدم دقت در محافظت داده‌هایشان زمینه کلاهبرداری‌ها را فراهم می‌نمایند. اطلاعات خود را در اختیار دیگران از جمله کافی نت‌ها قرار می‌دهند و مرتکبین با در اختیار داشتن اطلاعات وجوه آن‌ها را از طریق اینترنت به شیوه‌های مختلف از جمله خرید شارژ تلفن همراه یا انتقال وجه یا سایر خریدهای اینترنتی بدست می‌آورند.

۱. یکی از اختلافات اساسی محاکم در دستکاری شخص در برنامه‌های رایانه و انتقال پول به حساب خودش؛ عنصر فریفتن است؛ برخی از قضات ارتکاب جرم کلاهبرداری سایبری را تنها علیه یک انسان قابل تصور می‌دانند و معتقدند کسی نمی‌تواند کامپیوتر و دستگاه *ATM* را فریب دهد و این موارد را مشمول ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ می‌دانند ولی برخی از قضات با توجه به ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی که علاوه بر فریب دیگران، به همراه سازی سیستم‌های پردازش خودکار اشاره کرده؛ این رفتار را از کلاهبرداری سنتی متفاوت و مشمول کلاهبرداری سایبری می‌دانند.

۳-۳. مصادیق؛ شیوه‌ها و وسیله رفتار مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

استفاده از واژه «رفتار» در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ابداع مقبولی است که نیاز به ذکر مصادیق را مرتفع می‌سازد ولی متأسفانه قانونگذار به واژه رفتار اکتفا نکرده و از فعل یا ترک فعل به عنوان مصادیق حصری آن نام برده که صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا از موارد دیگری مانند داشتن، نگهداری و یا حتی مشاهده کردن می‌توان نام برد که رفتار مجرمانه بعضی از جرایم هستند (آقایی نیا، ۱۳۹۶: ۳۱).

۳-۳-۱. مصادیق رفتار مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

کلاهبرداری کامپیوتری نیز مستلزم فعل مادی مثبت است و مشتمل بر موارد ذیل است:

۳-۳-۱-۱. ورود

ورود؛ شامل وارد کردن داده‌ها در کامپیوترها است که آن ممکن است موجب تأثیر بر داده پردازی موجود یا سبب شروع آن شود؛ کلاهبرداری سایبری با سوء استفاده از ورودی، از معمول‌ترین نوع کلاهبرداری است، زیرا انجام آن آسان و کشف آن دشوار است؛ این شیوه که به «حقه بازی اطلاعاتی» معروف است به دانش سطح بالای رایانه‌ای نیاز ندارد و هر فردی که به عملیات پردازش داده در مرحله ورودی دسترسی داشته باشد می‌تواند مرتکب آن شود (خداقلی، ۱۳۸۳: ۷۹).

۳-۳-۱-۲. تغییر

تغییر باید غیرقانونی یعنی بدون حق انجام شود؛ به عنوان نمونه در پرونده‌ای در آلمان غربی در سال ۱۹۸۴ یک برنامه نویس و یک کارمند بورس، برنامه و پایگاه‌های داده کامپیوتری که لوازم یدکی را به گونه‌ای تغییر دادند که لوازم یدکی بدست آمده توسط آن‌ها، در صورت حساب به قیمتی بسیار کمتر از قیمت واقعی ثبت شد و خسارات وارده در این پرونده بالغ ۳۱۰۰۰ مارک آلمان بود (زیبر، ۱۳۹۰: ۲۵).

۳-۳-۱-۳. محو

شامل حرکت و انتقال داده‌ها از محل اصلی مثلاً نوارهای ذخیره سازی مغناطیسی می‌شود؛ از این رو مصداق دیگری از رفتارهای مجرمانه این بزه، «محو» است؛ به معنای از بین رفتن یا شامل حرکت و انتقال داده‌ها از محل اصلی مثلاً نوارهای ذخیره مغناطیسی می‌باشد؛ باید این اعمال منجر به کسب منفعت یا مالی اقتصادی و یا تصرف اموال دیگری شود و نیز قصد مرتکب باید کسب چنین منفعت یا مالی باشد؛ کلاهبرداری با محور داده پیام به این ترتیب میسر است که مثلاً کارمندی با حذف سابقه‌ی دریافت حقوق خود از سیستم حسابداری شرکت، معادل حقوق خود را مجدداً دریافت نماید و با این عمل منفعت مالی برای مرتکب حاصل گردیده است؛ یا حذف یا کسر بدیهی‌های شرکت یا افراد می‌باشد؛ به عنوان نمونه پاک کردن بدهی جرایم راهنمایی و رانندگی، اقساط وام و یا هزینه‌های خدمات عمومی از جمله آب، برق، تلفن، گاز و غیره از جمله کلاهبرداری‌های سایبری می‌باشد (سلامی، ۱۳۹۴: ۱۳۹).

۳-۳-۴. مختل و دستکاری سیستم

یک عنوان کلی است که شامل اعمال و افعال زیادی می‌شود؛ عنوان کلی اختلال در سیستم رایانه‌ای است که شامل اعمالی نظیر: انواع دستکاری سخت افزارها، جلوگیری از خروج داده‌ها به صورت پرینت و تأثیر گذاشتن به ثبت و ذخیره یا جریان داده‌ها یا توانایی اجرای برنامه‌ها می‌باشد؛ به این ترتیب از آنجا که کلاهبرداری رایانه‌ای داده‌ها ذخیره شده در سیستم‌های پردازش داده دیگر توسط انسان‌ها مبادله نمی‌شود و این عمل را دستگاه انجام می‌دهد (زیبر، ۱۳۹۰: ۳۴).

در مورد دستکاری برنامه و تغییر داده‌های مهم، تکرار مداوم عمل حالت خودکار به خود می‌گیرد؛ چرا که هر زمان که برنامه یا داده‌های مهم به (عنوان مثال، داده‌های مربوط به دستمزد ناخالص) مورد استفاده قرار گیرد، رایانه بدون نیاز به دخالت مجرم و به طور خودکار دست کاری را تکرار می‌کند (زیبر، ۱۳۹۰: ۳۴). نحوه دیگر رفتار کلاهبرداری رایانه‌ای را می‌توان به دستکاری عابر بانک‌ها دانست که امروزه این دستکاری‌ها از بزرگ‌ترین مشکلات جرایم سایبری تلقی می‌شود؛ تحول مشابهی نیز اکنون در مورد دستگاه‌های الکترونیکی بسیار کارآمد فروش کالا در حال وقوع است؛ بیشتر روش‌های پیچیده دستکاری کارت‌های

عابر بانک از این واقعیت که قسمت مغناطیسی لبه بیشتر کارت‌های عابر بانک را بعینه می‌توان کپی کرد و تغییر داد استفاده می‌کنند.

۳-۲-۲. شیوه‌های رفتار مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

۳-۲-۳-۱. کلاهبرداری فیشینگ^۱

کلاهبرداری فیشینگ با افزایش کاربری‌های اینترنت؛ در حال افزایش است؛ که روشی نوین در نفوذ به اطلاعات مجرمانه و شخصی افراد محسوب می‌شود و در عصر حاضر توانسته خسارات گرانباری را بر کاربران اینترنتی وارد کند؛ این روش مجازی کلاهبرداری که تا حدی اختیار کاربران را برای استفاده از روش‌های پرداخت الکترونیکی و مبادلات مجازی سلب می‌کند، خودش را در پشت قالبی از سایت‌های معتبر پنهان می‌سازد و با ظاهری فریبنده که کاربر هم به سختی می‌تواند متوجه آن شود، اطلاعات شخصی و مجرمانه را از کاربران دریافت می‌کند و به سرقت اطلاعات آن‌ها دست می‌زند؛ عمل فیشینگ به صورت گسترده از طریق پیامک و ایمیل افراد صورت می‌گیرد و آن‌ها را به پر کردن فرم‌هایی تشویق می‌کند که از طریق آن می‌توان به اطلاعات مجرمانه افراد دسترسی پیدا کند.

در مورد چگونگی کارکرد فیشینگ باید گفت: «در یک سناریوی مشترک، کلاهبرداران فیشینگ یک ایمیل دسته جمعی ارسال خواهند کرد که به نظر می‌رسد این پست‌های الکترونیکی از یک شرکت مشروع رسیده است و معمولاً یک درخواست برای اطلاعات حساس است که گاهی اوقات گیرنده را به یک صفحه جعلی هدایت می‌کند؛ صفحه وب مانند پست الکترونیکی معتبر به نظر می‌رسد و در برخی موارد آدرس آن پوشانده شده است، بنابراین حتی به نظر می‌رسد آدرس وب سایت واقعی است و کلاهبرداران فیشینگ کار خود را با استفاده از ویروس آغاز می‌کنند، و گاه ایمیل‌ها با مهر بانکی وارد جعبه نامه کاربران می‌شود و از آن‌ها می‌خواهد تا مشخصات کارت‌های اعتباری خود را به دلایل متفاوتی عوض کرده و مجدداً برای ارسال کننده بفرستند به این طریق با اطلاعات قربانی، از آن سوء استفاده می‌کنند (سلامی، ۱۳۹۴: ۱۵۳-۱۵۴).

۳-۲-۳-۲. سوء استفاده از دستگاه‌های عابر بانک

امروز با استفاده وسیع از سخت افزار و نرم افزار، اطلاعات الکترونیکی کذب به صورتی که روی لبه‌های مغناطیسی کارت‌های عابر بانک و اعتبار ثبت شده، مورد سوء استفاده قرار می‌گیرد؛ مرتکبین این نوع کلاهبرداری، شماره‌های مجرمانه ضروری برای سوء استفاده از کارت‌ها را اغلب از طریق تجاوز به مکالمه تلفنی، از طریق تدارک صفحه کلیدهای جعلی، نفوذ کردن یا مختل نمودن خطوط مخابرات، داده‌ها را بدست می‌آورند.

در خصوص عابر بانک‌ها هم روش‌های خاصی از دست کاری وجود دارد؛ نمونه سوء استفاده از دستگاه‌های عابر بانک اینگونه است که مجرمین یک کارت خالی کپی شده را وارد عابر بانک می‌کنند؛ سپس یک ابزار کمکی ویژه را به دستگاه کارت خوان متصل می‌کنند؛ وقتی مشتری کارت خود را وارد قسمت کمکی می‌نمایند، کارت خالی فوق‌الذکر که قبلاً به دستگاه عابر بانک وارد شده است به قسمت کارت خوان عابر بانک وارد می‌شود؛ از آن جایی که شماره‌های رمز مشتری و شماره کارت خالی تطابق ندارد (با توجه به اقدامات امنیتی که در همه عابر بانک‌ها در نظر گرفته شده در صورتی که کاربر ۳ بار متوالی شماره رمز را اشتباه تایپ کند، کارت او به داخل دستگاه کشیده و از کارت محروم می‌شود)؛ پس از آن که کاربر این عمل را چندین بار تکرار می‌کند، عابر بانک کارت خالی را به داخل خود می‌کشد و مشتری که فکر می‌کند کارت خودش به داخل کشیده شده آن جا را ترک می‌نماید؛ در این زمان مجرم‌ها می‌آیند و کارت مشتری را از خשב تقلبی بیرون می‌کشند؛ آن‌ها برای فهمیدن شماره سری مشتری هم راه حلی یافته و از قبل صفحه کلید را به روغن آغشته می‌نمایند، بدین ترتیب زمانی که کاربر شماره ۴ رقمی خود را وارد می‌کند مشخص بود که کدام کلیدها دست خورده‌اند؛ پس مرتکب بین ۲۴ گزینه ۴ رقمی پیش رو دارند و با آزمایش تک تک آن‌ها شماره صحیح را پیدا می‌نمایند (زیبر، ۱۳۹۰: ۳۲).

1. Phishing.

۳-۳-۳. وسیله رفتار مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

در حالی که در کلاهبرداری سنتی نوع وسیله در ماهیت جرم تأثیر دارد و به کار بردن وسیله متقلبانه، شرط تحقق رکن مادی جرم است و حقوقدانان نیز با اتفاق بر این موضوع، آن را شرط اساسی تحقق جرم می‌دانند؛ توسل به وسایل متقلبانه در کلاهبرداری در واقع روش خاصی است که برای استفاده از حيله و تقلب به کار می‌رود و حاکی از آن است که مرتکب، قصد اغفال طرف را داشته است (میرمحمدصادقی و شایگان، ۱۳۸۹: ۱۰۲).

وسایل متقلبانه از لحاظ قانونی در یک دسته بندی کلی به دو نوع وسایل متقلبانه معین و غیرمعین تقسیم می‌شوند (سالاری شهر بابکی، ۱۳۸۶: ۲۵۰)؛ بر این اساس می‌توان وقوع کلاهبرداری را از طریق وسایل الکترونیکی، مخابراتی، محاسباتی و رایانه‌ای و امثال آن و عموماً در فضای سایبر ممکن دانست؛ با این اوصاف امروزه در اثر افزایش تعداد عابر بانک‌ها و نیز «دستگاه‌های الکترونیکی بسیار کارآمد فروش کالا» مجهز به حسگرهای الکترونیکی، امکان ارتکاب گروه خاصی از جرایم سایبری از جمله کلاهبرداری سایبری فراهم آمده است که اصولاً به پول نقد ملموس، کالاها و خدمات ثبت شده به وسیله سیستم‌های الکترونیکی مربوط می‌شوند.

۳-۴-۳. موضوع جرم در کلاهبرداری سایبری و ویژگی‌های آن

۳-۴-۳-۱. موضوع جرم در کلاهبرداری سایبری

موضوع جرم کلاهبرداری مال یا وسیله تحصیل مال است، لیکن در کلاهبرداری سایبری نوعی سوءاستفاده از داده‌های رایانه‌ای و فضای سایبر است و از آنجائی که اکثر امکانات متضمن خدمات و مزایای مالی، رایانه‌ای شده‌اند امکان سوء استفاده از آن‌ها زیاد است؛ جالب این که در قوانین برخی کشورها کلاهبرداری از حد هر گونه سوء استفاده مالی از طریق رایانه نیز فراتر رفته است به عنوان مثال طبق بخش ۱۰۳۰ از ماده ۱۸ قانون جزایی ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۸۳ و اصلاحی ۱۹۹۶، دسترسی بدون مجوز به اطلاعات طبقه بندی شده یا اطلاعات انرژی اتمی یا هر نوع اطلاعاتی که به کشور آمریکا ضربه وارد نماید در زمره کلاهبرداری و فعالیت‌های مرتبط به آن به حساب آمده است (سالاری شهر بابکی، ۱۳۸۶: ۲۵۰).

جرم کلاهبرداری سایبری نیز فراتر از مال یا وسیله تحصیل مال است و شامل خدمات و امتیازات مالی و حتی داده‌های رایانه‌ای دارای ارزش مالی نیز می‌شود؛ در ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات موضوع جرم به صورت حصری ذکر شده است «وجه، مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی»؛ مقنن در ماده مذکور، با به کار بردن واژه «یا» تحصیل هر یک از مصادیق را برای تحقق جرم کافی دانسته اما از آن جایی که قانونگذار مصادیق را به صورت حصری بیان نموده است، حیثه شمول قانون را از حیث موضوع محدود کرده است، بنابراین اگر فردی از طریق مذکور در این ماده چیزی غیر از مصادیق یاد شده را تحصیل کند؛ مانند سند، تا زمانی که منجر به تحصیل موارد مذکور در این ماده نشود، کلاهبرداری به صورت عام محقق نشده است (جاویدنیا، ۱۳۹۱: ۲۲۳).

۳-۴-۳-۲. ویژگی‌های موضوع جرم در کلاهبرداری سایبری

۳-۴-۳-۲-۱. مالیت داشتن

تحصیل وجوه و اموال و امتیازات مالی و بردن مال و داده‌های متعلق به غیر زمانی مصداق پیدا می‌کند که به طور کلی دارای ارزش اقتصادی باشد پس حتی اگر فرد به واسطه اعمال متقلبانه فی‌المثل در فضای اینترنت فریب بخورد و ایمیل و رمز عبور آن را به کسی بدهد و فرضاً آن شخص بعد رمز را تغییر دهد و ایمیل را به شخص، پس ندهد مرتکب جرم کلاهبرداری سایبری نشده است؛ زیرا فی‌الواقع از این طریق مالی نبرده است؛ البته موضوع بحث ما فرضاً ایمیلی است که هیچ اطلاعات مفیدی ندارد و حداقل برای ثبت نام آن وجهی پرداخت نشده باشد و امتیاز ویژه‌ای نیز در آن مستتر نباشد، مسلم است در غیر این صورت شامل کلاهبرداری سایبری خواهد بود؛ در ضمن این که دسترسی به اطلاعات شخصی و افشاء آن مطابق دیگر مواد قانونی قابل پیگرد خواهد بود (سلامی، ۱۳۹۴: ۵۲).

۲-۲-۴-۲. تعلق داشتن به غیر

تعلق داشتن موضوع جرم به دیگری؛ از وجوه جرم کلاهبرداری اعم از کلاسیک و سایبری و از عناصر تشکیل دهنده رکن مادی آن‌ها است؛ این شرط در دکترین حقوقی و رویه قضایی در مورد تمامی جرائم علیه اموال چه کلاسیک و چه سایبری مورد تأکید قرار گرفته است. در کلاهبرداری رایانه‌ای ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی مثل سایر جرائم علیه اموال، تعلق مال برده شده، اعم از منقول و غیرمنقول، به دیگری شرط تحقق جرم است؛ بنابراین کسی که با توسل به وسایل متقلبانه مال خود را از تصرف دیگری خارج می‌کند، محکوم به ارتکاب جرم کلاهبرداری نمی‌گردد. آنچه در این ماده قابل ابهام می‌باشد این است که مقنن بعد از ذکر موضوعات جرم، فقط به بردن اموال دیگری اشاره کرده است؛ آیا فقط تعلق اموال به دیگران شرط است و وجوه یا امتیازات مالی کسب شده لازم نیست متعلق به دیگری باشد؟ (خانلرتبار، ۱۳۸۹: ۵۷)؛ به نظر می‌رسد، تمام موضوعات مدنظر چه اموال و چه امتیازات مالی باید متعلق به غیر باشند.

۳-۵. نتیجه جرم

کلاهبرداری سایبری از جرائم مقید می‌باشد و صرف وضع ید بر مال غیر بدون حصول نتیجه مجرمانه موجب تحقق جرم نیست؛ در عین حال، وجود رابطه سببیت بین رفتار و نتیجه جرم لازم است. نتیجه جرم کلاهبرداری رایانه‌ای بر اساس ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی و ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات می‌خوانیم مشروط است به:

۱. تحصیل مال متعلق به دیگران برای خود یا دیگری.

۲. تحصیل وجوه برای خود یا دیگری.

۳. تحصیل امتیازات مالی برای خود یا دیگری.

صرف تحصیل این امور برای تحقق جرم تام کلاهبرداری کافی است و قطعاً این موارد جنبه مالی دارد. نتیجه کلاهبرداری سایبری این است که این تحصیل برای خود یا دیگری باشد و از نظرات حقوقدانان چنین برداشت می‌شود که دیگری «باید» فرد مورد نظر مرتکب باشد ولو خود آن شخص از این قصد مرتکب اطلاع نداشته باشد؛ به عنوان مثال چنانچه فردی با نفوذ به سیستم‌های بانک مبلغی را به حساب پدرش بیفزاید، بدون آنکه پدرش مطلع شود، بزه کلاهبرداری محقق شده است، چون شخص مورد نظر مرتکب منتفع شده است؛ اما اگر با دستکاری سیستم یک بانک سبب شود حساب‌ها بهم ریخته و حساب برخی زیاد و حساب برخی کسر گردد، چون دیگری که از این عمل مرتکب منتفع شده‌اند، مورد نظر او نبودند، لذا بزه کلاهبرداری محقق نگردیده است.

۴. رکن معنوی جرم کلاهبرداری سایبری

رکن معنوی جرم از یک نیروی درونی/باطنی و نفسانی سرچشمه می‌گیرد و این نیروی نفسانی همان توانمندی ادراک/تمییز و اراده/اختیار انسانی است؛ البته ادراک و اراده فعلیت یافته، رکن معنوی و روانی هر جرم را تشکیل می‌دهد. یعنی اراده‌ای که به نحو ایجابی یا سلبی به ارتکاب جرم تعلق گرفته باشد؛ به این ترتیب که مرتکب با علم و اطلاع از وصف عدم مشروعیت و غیرقانونی بودن رفتار، فکر و اندیشه خود را متوجه ارتکاب جرم و رفتار مجرمانه نموده باشد (منصورآبادی، ۱۳۹۶: ج ۱، ۳۴۶).

۴-۱. علم و آگاهی مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

کلاهبرداری سایبری از جمله جرائم مقید می‌باشد که احراز علم به موضوع و قصد لازم است؛ با این وجود علم به غیرواقعی بودن موضوع لازم است؛ مسلماً وقتی فرد برنامه نویسی، برنامه‌ای غیر واقعی و نادرست به کامپیوتر می‌دهد، یا وقتی می‌داند که این کار وی غیر واقع و متقلبانه است (جوادی، ۱۳۸۷: ۱۲۷)؛ بدیهی است این عمل متقلبانه ملازمه با فریب قربانی کلاهبرداری سایبری ندارد.

۴-۱-۱. علم به موضوع

منظور از علم به موضوع، آگاهی مرتکب نسبت به اجزا و شرطها رکن مادی جرم است. همانطور که می‌دانیم رکن مادی هر جرمی دارای اجزا و شرطهای ویژه‌ای است که مرتکب بایستی به آن‌ها علم و آگاهی

داشته باشد. عدم آگاهی نسبت به این اجزا و شرطها حسب مورد می‌تواند موجب رفع یا تغییر عنوان کیفری شود و در پاره‌ای از موارد ممکن است بر وضعیت مرتکب اثرگذار نباشد؛ افزون بر این، باید توجه داشت که از نگاه روان شناختی، ناآگاهی به موضوع و اجزای رکن مادی، بر اراده مرتکب اثرگذار است و موجب ناهمخوانی خواسته و اراده مرتکب و چیزی که اراده کرده است، می‌شود و از این نگاه، رکن معنوی را خدشه دار می‌سازد.

اصولاً فقدان علم موضوعی، در جرم کلاهبرداری سایبری یا به طور کل در تمام جرایم علیه اموال، موجب جهل به موضوع جرم می‌شود و رکن روانی را متزلزل می‌کند؛ در کلاهبرداری سایبری؛ بردن مال غیر نیاز به قصد دارد و قصد نیز نیاز به علم به تعلق مال به غیر دارد؛ لذا اگر کسی، مال و داده‌ای را به تصور اینکه مال خودش است، تصرف کند؛ قصد تحصیل و ربودن مال غیر را نداشته و عملش واجد عنوان مجرمانه کلاهبرداری سایبری نیست.

۴-۱-۲. علم به حکم

هنگامی می‌توان از افراد، اجرا و رعایت قانون را خواست که پیشاپیش از قانون علم و آگاهی داشته باشند. اجرای قانون، بدون آگاهی از آن، مصداق بارز تکلیف به کاری است که توان انجام آن ناممکن است (تکلیف به ملایطاق) که از دید عقل و منطق زشت و ناپسند می‌باشد. از افراد نمی‌توان خواست قانونی را اجرا و رعایت کنند که از آن بی‌اطلاع و ناآگاه‌اند. چنین چیزی به هیچ روی ممکن نیست و نمی‌توان چنین خواسته‌ای را از کسی داشت. در عین حال، در جهان حقوق با اندیشه و نهادی روبرو هستیم که آن را «ناپذیرفتنی بودن ادعای ناآگاهی» می‌خوانند و از به عنوان «فرض علم به قانون» یاد کرده‌اند (دلشاد، ۱۳۹۰: ۱۷۷).

با توجه به اینکه جرم کلاهبرداری سایبری اختصاص به افراد یقه سفید دارد و عموماً دارای تحصیلات و تخصص در رایانه می‌باشند و خصوصاً که با توسعه فناوری و سرعت تبادل اطلاعات بعید به نظر می‌رسد که بتوان چنین فرضی را در مورد فرد تصور نمود و بعید است بتوان مرتکبی را معرفی نمود که به قبح عمل جرائم سایبری آشنا نباشد تا بتوان از چنین مجرمانی ادعای عدم علم به حکم را پذیرفت.

۴-۲. قصد و اراده مجرمانه در کلاهبرداری سایبری

اراده بخش ریشه‌ای و اساسی رکن معنوی در جرم‌های عمدی است؛ در ادبیات حقوقی، از آن به عنوان «قصد»، «نیت»، «عمد» و «خواست» نیز یاد می‌شود و به خاطر پیوند آن با رفتار مجرمانه، «قصد و اراده مجرمانه/سوءنیت» خوانده می‌شود. در این‌جا، منظور از قصد و اراده مجرمانه/سوءنیت، کارکرد ذهنی ویژه مرتکب به هنگام ارتکاب جرم است؛ به دیگر سخن، قصد و اراده در معنای عام و گسترده، عبارت است از جهت‌گیری اراده برای به انجام رساندن کاری است و هرگاه چنین کاری مجرمانه باشد، قصد را مجرمانه/جنایی یا سوءنیت می‌گویند (قماش، ۱۳۹۲: ج ۲، ۱۱۸).

در همه جرم‌های عمدی، تعلق اراده فرد به ارتکاب رفتار مجرمانه، شرط پدیدار شدن رکن معنوی است و در جرم‌هایی که نتیجه، شرط پدید آمدن رکن مادی جرم است، تعلق اراده به پیدایش نتیجه نیز برای پدیدار شدن رکن معنوی شرط است. به دیگر سخن، رکن معنوی جرم‌های مطلق، تنها به اراده ارتکاب (سوءنیت عام) نیاز دارد و در جرم‌های مقید، افزون بر سوء نیت عام، اراده پیدایش نتیجه (سوء نیت خاص) نیز برای کامل شدن رکن معنوی لازم است.

۴-۲-۱. سوء نیت عام در جرم کلاهبرداری سایبری

سوءنیت عام همان قصد ارتکاب رفتار مجرمانه است؛ یعنی اینکه مرتکب با آگاهی از اینکه رفتار ممنوع و قابل مجازات است، تصمیم می‌گیرد که آن را انجام دهد. تصمیم‌گیری مرتکب برای انجام عمل، که فرع بر آگاهی او از ممنوعیت آن است، عمد و اراده او در انجام رفتار را تشکیل می‌دهد. به دیگر سخن، تعلق فکر و اندیشه مرتکب به انجام رفتار، سوء نیت عام را در درون او بر پا می‌دارد. سوء نیت عام یا اراده ارتکاب را می‌توان اینگونه تصویر کرد که قانونگذار با وضع هر مقرره کیفری اراده می‌کند که افراد رفتار موضوع آن مقرره کیفری را انجام ندهند و یا ترک کنند؛ حال اگر کسی با آگاهی از این امر و پی‌بردن به اراده قانونگذار،

اراده خود را در برابر اراده او بکار برد و به انجام عمل روی آورد، اراده سوء خود را آشکار ساخته و قابل سرزنش می‌باشد (منصورآبادی، ۱۳۹۶: ج ۱، ۳۵۹).

در جرم کلاهبرداری سایبری مرتکب باید در حین عمل دارای سوءنیت باشد؛ یعنی علاوه بر این که اعمال و وسایل متقبنانه را با اراده و علم به کار می‌برد، قصد استیلا بر مال غیر را نیز داشته باشد؛ این جرم چه به صورت سنتی واقع شود چه در شکل سایبری فرقی ندارد و از نظر عنصر روانی مشترک است و وجود سوءنیت در هر دو حالت لازم است تا کلاهبرداری واقع شود؛ در کلاهبرداری سایبری مرتکب باید افعالی نظیر ورود، تغییر، محو، ایجاد، توقف را از روی اراده و نه بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی یا عدم رعایت نظامات دولتی - انجام داده باشد و بداند که عملش «غیر مجاز» است یا بر اساس ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی باید بداند عملش «سوء استفاده» یا «استفاده غیرمجاز» است (جاویدنیا، ۱۳۹۱: ۲۸۴).

اگر کسی بر اثر غفلت، عملی را انجام دهد که منجر به تسلیم اموال دیگران به خودش شده باشد، کلاهبرداری نیست؛ زیرا فاقد سوءنیت عام است؛ بنابراین اگر فردی به اشتباه و بدون قصد، با ورود داده‌های غلط یا فشردن دکمه‌ای موجب انتقال مال غیر به خود یا دیگری شود مرتکب جرم کلاهبرداری سایبری نشده است.

در واقع «عمد در فعل ارتكابی» به عنوان اولین عنصر از عناصر متشکله رکن معنوی هر بزه از جمله کلاهبرداری سایبری و اولین جزء از اجزای سوءنیت عام در جرم محسوب می‌گردد؛ چنانچه مبرهن است مراد از این عنوان این است که مرتکب در انجام فعل مادی ربودن قصد و عمد داشته باشد و بدون هرگونه اجبار یا اکراهی از روی اراده آزاد اقدام به ارتكاب نماید؛ کلاهبرداری سایبری نیز جرمی عمدی است؛ بنابراین نیاز به سوءنیت عام مرتکب دارد؛ سوءنیت عام مرتکب در این جرم عبارت است از ارتكاب یکی از اعمال مندرج در قانون که اگر مرتکب در اثر بی‌احتیاطی یا غفلت یکی از اعمال مذکور را انجام داده باشد، حتی اگر منجر به نتیجه مجرمانه هم بشود، جرم کلاهبرداری سایبری تحقق نخواهد یافت.

۴-۲-۲. سوء نیت خاص در جرم کلاهبرداری سایبری

منظور از سوء نیت خاص، قصد مرتکب برای دستیابی به نتیجه مجرمانه است؛ یعنی مرتکب قصد کرده باشد که رفتار و عمل او یک پیامد ویژه‌ای داشته باشد. روشن است اگر چنین قصدی نداشته باشد، به عنوان جرم عمدی، قابل سرزنش و مجازات نیست، هرچند در انجام رفتار از عمد و اراده برخوردار باشد (نوربها، ۱۳۹۶: ۱۹۲).

بزه کلاهبرداری سایبری موضوع مواد ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی و ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات؛ یک جرم مقید است و همان طور که تحقق نتیجه در احراز عنصر مادی آن شرط است، تحقق قصد نتیجه نیز در احراز عنصر روانی شرط است که در کلاهبرداری سایبری با توجه به مواد مذکور، قصد تحصیل وجه، مال منفعت یا امتیاز به عنوان سوءنیت خاص تلقی می‌گردد.

نتیجه گیری

۱. پیدایش رایانه و پس از آن دنیای سایبری، همراه خود دستاوردهای مثبت و منفی بسیاری داشته و دارد از جمله پیامدهای منفی آن پیدایش جرایم نوظهور کامپیوتری و اینترنتی است؛ به طور طبیعی هر نوآوری در زمینه تکنولوژی و علوم به تبع خود توجه افراد سود جو را نیز جلب می‌نماید و این افراد، امکاناتی را که می‌تواند در جهت اعتلای تمدن بشری و امنیت و رفاه بکار رود، در جهت منافع خود و ارضاء حوائج شخصی به کار می‌برند، به طوری که جرایم مربوط به تکنولوژی کامپیوتری امروزه توجه حقوقدانان، جرم-شناسان، را به خود معطوف کرده است

۲. در میان سیل جرایم ارتكابی در محیط سایبر، جرایم علیه اموال به ویژه جرم کلاهبرداری سایبری از مهم‌ترین جرایم سایبری محسوب می‌شوند؛ مطالعات و تحلیل‌های تجربی بیانگر آن است که سیستم امنیتی نامطلوب در اکثر موارد، علت یا حداقل تسهیل کننده این جرایم است؛ خسارات ناشی از جرایم کلاهبرداری در محیط سایبر به مراتب از خسارات ناشی از این جرایم به شکل سنتی آن سنگین‌تر است و دلیل آن؛ بالا بودن خسارات در جرایم سایبری و اساساً ارزش زیاد داده‌های پردازش شده است؛ اغلب مرتکبان جرایم

کلاهبرداری سایبری را جمعیت جوان تشکیل می‌دهند این مجرمان هم از ظرفیت جنایی بالایی برخوردارند و هم استعداد خوبی برای انطباق اجتماعی از خود نشان می‌دهند.

۳. ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی و ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات؛ رکن قانونی جرم کلاهبرداری سایبری را تشکیل می‌دهند و رفتار مجرمانه در رکن مادی این جرایم شامل ورود، تغییر، محو و مختل کردن و دست‌کاری سیستم خواهد بود و موضوع آن‌ها مال متعلق به دیگری و نتیجه آن‌ها محروم ساختن مالباخته از مال خود است؛ در واقع قانونگذار در کلاهبرداری سایبری با بیان نمودن مصادیق به صورت حصری حیطة شمول قانون را از حیث موضوع محدود کرده است.

۴. کلاهبرداری سایبری جرمی عمدی، آنی و مقید است و برای تحقق آن‌ها علاوه بر سوءنیت عام، سوء نیت خاص نیز لازم است؛ بنابراین باید با آگاهی و عمد باشد و اگر مرتکب در اثر بی‌احتیاطی یا غفلت یکی از اعمال مذکور را انجام داده باشد، حتی اگر منجر به نتیجه مجرمانه هم بشود، جرم کلاهبرداری سایبری تحقق نخواهد یافت؛ علم به غیرواقعی بودن موضوع لازم است؛ مسلماً وقتی فرد برنامه‌نویس، برنامه‌ای غیر واقعی و نادرست به کامپیوتر می‌دهد، یا وقتی می‌داند که این کار وی غیر واقع و متقلبانه است؛ بدیهی است این عمل متقلبانه ملازمه با فریب قربانی کلاهبرداری سایبری ندارد.

پیشنهادها:

۱. بهترین راه برای جلوگیری از وقوع جرایم کلاهبرداری سایبری به آگاهی ما بستگی دارد؛ اگر تعداد بیشتری از مردم از اشکال و روش‌های فعلی جرایم سایبر آگاهی یابند، تعداد قربانیان کاهش خواهد یافت؛ صدها شرکت مشاور امنیت رایانه در سطح جامعه و در تمام جهان پدید خواهد آمد و با برطرف کردن ضعف‌های سیستم‌های نرم افزارها، حفاظت بیشتری پدید خواهند آورد؛ رمز گذاری روی داده‌ها (غیر قابل فهم یا غیر قابل خواندن داده‌ها)، لایه سوکت‌های امن به عنوان استاندارد ایمنی و رمز عبور معتبر، جداسازی داده‌ها روی رایانه و تفکیک پایگاه داده‌ها (جدا نگه داشتن اطلاعات مشتریان)؛ روش‌های پیشرفته در ایمنی داده‌ها و از جمله راه‌هایی برای حفاظت از خصوصی بودن مکاتبات پست الکترونیک و سایر داده‌ها می‌باشند و هرگز نباید اطلاعات شخصی خود مانند گذرواژه‌ها را در اینترنت بازگو کرد یا از طریق پست الکترونیک و بدون محافظت ارسال کرد.

۲. کلاهبرداری سایبری جزء جرایمی می‌باشد که نظر بسیاری از بزهکاران را به خود جلب نموده است و نیاز به برخورد قاطع از سوی مراجع ذیربط دارد؛ کلاهبرداران با ارسال ایمیل و پیامک به اشخاص مختلف، آن‌ها را به انحای مختلف به پای دستگاه‌های خودپرداز (ATM) بانک‌ها می‌کشاند و اقدام به کلاهبرداری می‌نمایند و با وجود انواع کلاهبرداری اینترنتی مانند فیشینگ، ارسال ایمیل یا نفوذ به ایمیل باکس افراد و ارائه شماره حساب‌های جعلی در معاملات و استفاده از اسکیمرها در دستگاه‌های خودپرداز بانک‌ها برای سوءاستفاده از کارت‌های عابر بانک و با وجود افزایش این نوع کلاهبرداری‌ها، سیستم‌های ایمنی و حفاظتی بانک‌ها بسیار ضعیف عمل می‌کنند.

فهرست منابع

۱. آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۶)؛ جرایم علیه اشخاص (جنایات)؛ تهران: انتشارات میزان، چاپ شانزدهم.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)؛ حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: انتشارات میزان، چاپ سی و دوم.
۳. باستانی، برومند (۱۳۸۶)؛ جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری، تهران: انتشارات بهنامی، چاپ دوم.
۴. حسن بیگی، ابراهیم (۱۳۸۴)؛ حقوق و امنیت در فضای سایبر، موسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۵. جاویدنیا، جواد (۱۳۹۱)؛ جرایم تجارت الکترونیکی، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ سوم.
۶. جواد، سید هادی (۱۳۸۷)؛ کلاهبرداری اینترنتی، فصلنامه گفت‌وگو، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال پنجم، شماره ۱۳-۱۴.

۷. خانلر تبار، سمانه (۱۳۸۹)؛ بررسی تطبیقی کلاهبرداری رایانه‌ای و کلاسیک، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد.
۸. خدافل، زهرا (۱۳۸۳)؛ جرایم رایانه‌ای، تهران: انتشارات آریان، چاپ اول.
۹. سالار شهر بابکی، میرزامهدی (۱۳۸۶)؛ مروری بر کلاهبرداری رایانه‌ای، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
۱۰. سلامی، حمیده (۱۳۹۴)؛ بررسی و تطبیق سرقت سایبری و کلاهبرداری سایبری، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
۱۱. شیرزاد، کامران (۱۳۸۸)؛ جرایم رایانه‌ای از دیدگاه حقوق جزای ایران و حقوق جزای بین‌الملل، تهران: نشر بهینه، چاپ اول.
۱۲. دانشخواه، اعظم السادات (۱۳۹۲)؛ کلاهبرداری رایانه‌ای در ایران و امریکا، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، پردیس قم/ فارابی.
۱۳. دلشاد، ابراهیم (۱۳۹۲)؛ فرض‌های حقوقی (پژوهشی از چشم انداز تاریخ و فلسفه حقوق)، قم، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ اول.
۱۴. زبیر، اولریش (۱۳۹۰)؛ جرایم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری و دیگران؛ تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۱۵. زندی، محمدرضا (۱۳۹۳)؛ تحقیقات مقدماتی در جرائم سایبری، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول ویرایش جدید.
۱۶. عالی پور، حسن (۱۳۹۲)؛ حقوق کیفری فناوری اطلاعات، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ دوم.
۱۷. قماش، سعید (۱۳۹۲)؛ بازکاوی عنصر روانی در جرایم عمدی، مندرج در دایره المعارف علوم جنایی، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
۱۸. منصورآبادی، عباس (۱۳۹۴)؛ حقوق کیفری عمومی، کلیات حقوق کیفری و پدیده مجرمانه؛ جلد اول، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
۱۹. میرمحمدصادقی، حسین و شایگان، محمدرسول (۱۳۸۹)؛ بررسی تطبیقی کلاهبرداری سنتی و رایانه‌ای و مجازات‌های آن در نظام حقوقی ایران، نشریه حقوق: دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره پاییز و زمستان: شماره ۵۱-۵۲.
۲۰. نوربها، رضا (۱۳۹۶)؛ زمینه حقوق جزای عمومی، ویراست جدید تجدیدنظر شده دکتر عباس شیری، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
21. Edgar, stacey(200۳), morality and machines: perspectives on computer ethics, jones and Bartlett publishers, second edition.
22. Keyser,mike.(200۳), the council of Europe convention on cybercrime, journal of transnational law and policy, volume 12.
23. Pease.K(2001) Crime futures and foresight: challenging criminal behavior in the information age. In D.S. Wall(ed) Crime and the Internet, London: Oxford University press.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۲

صص ۵۴۷-۵۵۷

ضمانت قانونی از مددکاری اجتماعی اطفال با محوریت قانون حمایت خانواده

طاهره پور نعمتی شمس آباد^۱، محمود قیوم زاده^۲، محمدعلی حیدری^۳

۱- دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

۲- استاد تمام، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران.

۳- استادیار واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

چکیده

زمانی که دو فرد با یکدیگر ازدواج می‌کنند، شماری از حقوق و تکالیف برای آن‌ها رقم خواهد خورد. این حقوق و تکالیف گاهی جنبه مالی دارند و گاهی جنبه غیر مالی. یکی از آثار غیر مالی نکاح، حضانت است که از یک سو برای ابویین حق محسوب می‌شود، والدین حق دارند فرزندان خود را در کنار خود داشته باشند. و از سوی دیگر حضانت یک تکلیف است، به عبارت دیگر، قانون والدین را مکلف به حفظ و نگهداری فرزندان خود کرده است. قانون حمایت خانواده جدید، در خصوص آثار غیرمالی نکاح به مباحثی چون حضانت پرداخته است که این امر از نظر فقهی دارای منشا و آثاری است و از سوی دیگر قانون نسبت به برخی موارد خاص در این حیطة، توجه خاصی مبذول نداشته است. در این نوشتار به بررسی نوآوری‌های قانون در زمینه حضانت پرداخته شده و پیشنهادهایی در راستای موفقیت بیشتر این گزینه ارائه شده است.

واژگان کلیدی: حضانت، قانون حمایت خانواده، فقه اسلامی، مددکاری اجتماعی

مقدمه

طی ارائه پیشنهادات و اصلاحات مختلف در زمینه تغییر برخی از مفاد قانون حمایت خانواده در سال‌های اخیر، آخرین لایحه و اصلاحات در سال ۱۳۹۱ در این قانون به تصویب رسید، یکی از اصلاحات مدنظر در زمینه اصل حضانت در قانون حمایت خانواده بود که بر اساس ضرورت و مصلحت دچار تغییرات و تحولاتی در این حیطة شد. اصل حضانت در زمانی مورد بحث است که به هر علتی نکاح منحل شده و زوجین دارای فرزند می‌باشند و لیکن بیشتر زمانی مورد نزاع واقع می‌شود که والدین قصد دارند از یکدیگر جدا شوند. بر اساس قانون جدید، مادر در امر حضانت فرزندان خود (اعم از دختر و پسر) تا سن هفت سالگی نسبت به پدر اولویت دارد، این در حالی است که، در قانون سابق مادر نسبت به دختر تا سن هفت سالگی اولویت در حضانت داشت و نسبت به پسر تنها تا زمان دو سالگی. حضانت در معنای نگهداری از طفل، امری دو سویه است، از یک جهت برای والدین حق و از سوی دیگر تکلیف به حساب می‌آید. در قانون حمایت خانواده به حضانت از منظر نگهداری جسمانی طفل توجه شده و به بعد روانی و معنوی پرورش اطفال توجه ویژه‌ای نشده است. و از آنجا که افراد جامعه به همان میزان که از سلامت جسم برخوردارند باید از سلامت روان نیز بهره‌مند باشند تا بتوانند جامعه‌ای سالم را تشکیل دهند، سزاوار بود که قانونگذار در این زمینه عنایت ویژه‌ای مبذول می‌داشت، چرا که فرزندان طلاق، کودکان بی سرپرست و بدسرپرست، بیشتر در معرض خطر قرار دارند و زمینه مساعدتری برای به تباهی کشیده شدن این اطفال وجود دارد.

مفهوم حضانت

از نظر قانون مدنی و فقها، پدر و جد پدری بر فرزندان خود ولایت دارند. ولی مادر تا سن هفت سالگی، حق حضانت فرزندان را دارد.

حق حضانت یعنی حق نگهداری و تربیت طفل را گویند که به پدر و یا مادر یا اقرباء مطابق قرارداد داده شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۱)

نگهداری طفل شامل بکاربردن وسایل لازم در جهت رشد جسمی و روحی کودک است؛ مانند خوراک، پوشاک، نظافت طفل و حفظ سلامتی بوسیله بردن طفل نزد پزشک در صورت وقوع بیماری، رسیدگی به وضعیت سلامتی طفل از قبیل دادن دارو و پرستاری کردن در مواقع نیاز. و این نگهداری باید متناسب با سن کودک باشد. طبق ماده اصلاحی ۱۱۹۶ برای حضانت و نگهداری کودکی که ابوبین او از یکدیگر جدا زندگی می‌کنند تا سن هفت سالگی مادر اولویت دارد و پس از آن حضانت وی با پدر است.

طبق م ۱۱۷۸ ق.م ابوبین مکلف هستند در حدود توانایی خود به ترتیب اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن را مهمل بگذارند. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که تربیت فرزندان طلاق تا سن هفت سالگی با مادر است. و طبق م ۱۱۶۸ ق.م نگهداری طفل هم حق و هم تکلیف ابوبین است و هیچ یک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگهداری او امتناع کنند. در واقع نمی‌توانند این حق را اسقاط یا به دیگری واگذار کنند بلکه باید شخصاً در مدت مقرر به تکلیف قانونی خود که از لحاظ حفظ نظم اجتماعی و منفعت بردن طفل مورد تأکید است بپردازند. بنابراین پدر و مادر نمی‌توانند نسبت به عمل خود مطالبه اجرت کنند ولی هریک از پدر و مادر می‌توانند غیر را برای حضانت طفل بگمارد که تحت نظر او انجام وظیفه کند و در اینجا پدر و مادر می‌توانند در مقابل حضانت طفل اجرت مطالبه نمایند. (ابادری فومشی، ۱۳۹۲، ص ۲۱۹)

حضانت در فقه اسلامی

حضانت با فتح حاء به معنای سرپرستی و ولایت نسبت به طفل و شخص دیوانه است. حضانت در کنار گرفتن کودک، پرورش دادن او، و دایگی کردن برای او، و پرستاری کردن اوست (فیضی، علیرضا، ۱۳۸۷، ص ۳۱۹). فایده حضانت تربیت و پرورش دادن او است و انجام هرآنچه که به مصلحت طفل است مانند محافظت و مراقبت از طفل، قرار دادن طفل در محل خواب، برداشتن وی، سرمه کشیدن، روغن مالیدن، نظافت کردن، شستن کهنه و لباس بچه و ... که معمولاً زنان بهتر از مردان این کارها را انجام می‌دهند (صدری، سید محمد، ۱۳۹۱، ص ۱۶۲).

در طول دوران شیرخوارگی طفل، مادر نسبت به حضانت او، نسبت به پدر اولویت و سزاواری بیشتری دارد. هرچند که کودک پسر باشد، مشروط بر اینکه مادر، زن آزاد و مسلمان و عاقل باشد یا پدر و مادر هر دو برده یا کافر باشند.

و زمانی که کودک از شیر گرفته شود، تا هفت سالگی نسبت به حضانت دختر تقدم خواهد داشت. یک دیدگاه هم این است که تا نه سالگی تقدم خواهد داشت و طبق نظری دیگر تا زمان ازدواج مقدم است؛ طبق نظری دیگر، مادر نسبت به حضانت پسر و دختر، هر دو تا سن هفت سالگی، مقدم است.

ولی نظر مشهور بر این است که مادر تا سن هفت سالگی بر حضانت دختر مقدم است و پدر از زمانی که پسر از شیر گرفته می‌شود نسبت به حضانت او تا زمان بلوغ اولویت دارد و برای حضانت دختر بچه، پس از هفت سالگی شایستگی دارد. خنثای مشکل نیز در حکم دختر بچه است زیرا حضانت مادر که در ابتدای طفولیت، برقرار بوده است استصحاب می‌شود و اصل نیز بر عدم استحقاق ولایت پدر است تا زمانیکه به سن هفت سالگی برسد. این در صورتی است که پدر و مادر از یکدیگر جدا شوند ولی اگر یکی از آنها فوت کند، والدی که زنده است در امر حضانت، نسبت به سایر اقربا شایسته‌تر است و نیز مادر نسبت به شخصی که به عنوان وصی برای طفل تعیین شده است سزاوارتر است. در صورتی که مادر با مردی غیر از پدر طفل خود ازدواج کند و پدر طفل در حیات به سر ببرد، حضانت مادر ساقط می‌شود. و زمانیکه از همسر خود جدا شود، حق حضانت دوباره به او بازمی‌گردد. علت این حکم می‌تواند چنین باشد که اشتغال زن به انجام حقوقی که شوهرش بر او دارد از حق حضانت قوی‌تر می‌باشد و نیز می‌تواند به این دلیل باشد که عموماً آقاپان تمایلی به حفظ و نگهداری فرزند همسرشان ندارند و در نهایت فرزندان با مشکلات فراوانی روبرو خواهند شد. همچنین، اگر مادر حضانت را نپذیرد، پدر تقدم پیدا می‌کند و اگر هر دو امتناع کنند، ظاهر آن است که پدر مجبور می‌شود حضانت را بپذیرد، زیرا حضانت امری است واجب و نباید کودکان را به حال خود وا گذاشت.

حضانت و شیوه جدید پیگیری آن در قانون جدید حمایت خانواده

الف) اشخاص دارای حضانت:

کودک در آغاز تولد، بسیار ناتوان و نحیف و نیازمند است که اگر او را با محبت و عواطف هم‌آغوش نمایند، جسم ظریف وی، تاب تحمل نمی‌آورد و مرگ او را فرامی‌گیرد. فلذا این بخش اختصاص به پیگیری افراد واجد شرایط حضانت و اختیارات مرتبط با آن دارد.

کودک تنها نیازمند به حوائج جسمانی نیست، چه اینکه هر چیزی که برای ادامه حیات یک انسان مورد نیاز است باید در اختیار طفل قرار بگیرد تا بتواند در مسیر زندگی راه صحیح را از راه ناشایست تمییز کند و بتوان او را انسان مستقل دانست و این مهم گاهی نیازمند به آموزش نیز می‌باشد. بطور معمول خانواده این نیاز را برای کودک برطرف ساخته. بواسطه نزدیکی و محبت افزون از دیگران، کودک را در آغوش می‌گیرد. مادر به دلیل صبر و محبت فراوان در تربیت طفل، واجد اختیارات تربیتی و پرورش او می‌گردد. طبیعت و عرف، پیش از قانونگذار، این امر را به رسمیت شناخته و به آن حکم کرده است. ملاک و معیار اصلی در اعطای حضانت به والدین، همان نیاز کودک به پرورش و محبت والدین است. اگر در قانون، افرادی به غیر از ایشان واجد این حق شناخته شده‌اند، به دلیل آن محبت و علاقه است و گرنه بیگانگان هیچ‌گاه این الفت و مهر را به طفل ناتوان دیگری ایثار نمی‌کنند. (فتوحی اردکانی خدیجه، ۱۳۸۷)

طبق ماده ۴۳ قانون جدید حمایت خانواده، حضانت فرزندی که پدر آنها فوت شده است با مادر آنهاست مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد.

ب) مقایسه ضمانت اجرای حضانت در م ۴۰ قانون جدید حمایت خانواده با ماده واحده قانون

مربوط به حق حضانت:

در م ۴۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۱ این چنین آمده است: «هر کس از اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت طفل، استنکاف ورزد یا مانع اجرای آن شود، یا از استرداد طفل امتناع ورزد، حسب تقاضای ذینفع و به دستور دادگاه صادر کننده رأی نخستین تا زمان اجرای حکم، بازداشت می‌شود.» چنانچه

در ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۵۶/۴/۲۲ آمده است: «چنانچه به حکم دادگاه مدنی خاص یا قائم‌مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر و مادر و یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادرکننده حکم، وی را الزام به عدم ممانعت و یا استرداد طفل می‌نماید و در صورت مخالفت به حبس تا اجرای حکم، محکوم خواهد شد.»
با وجود این تشابه، قانون جدید حمایت خانواده، دچار تغییراتی نیز شده است، من جمله:

۱- ماده واحده ۱۳۶۵ فقط ناظر به حالت اخلال در حکم دادگاه، در خصوص حضانت و تعیین ضمانت اجرا، برای امتناع از اجرای آن می‌باشد، ولی در ماده ۴۱ قانون جدید حمایت خانواده، علاوه بر تعیین ضمانت اجرا در مورد اخلال در حکم دادگاه، در صورتی که شخص خاصی، از انجام تکالیف حضانت امتناع نماید، همچنین ضمانت اجرای حبس تا زمان اجرای حکم نیز وضع شده است. اما این مطلب که دادگاه چگونه می‌تواند فردی را که از انجام وظیفه حضانت، سر باز می‌زند را ملزم به حضانت از طفل نماید، واضح و مبرهن نیست و مشخص نشده است که آیا مصلحت طفل، در اجبار فرد ممانعت‌کننده از حضانت در نگهداری طفل است؟ و آیا این مصلحت با حبس این فرد تأمین می‌شود؟ باید مشخص شود که اگر فرد، همچنان در ممانعت به سر می‌برد، تا چه زمانی حبس وی ادامه خواهد داشت؟ و آیا در حبس نگاه داشتن این فرد، از نظر عقلی و منطقی و شرعی صحیح است؟ و باید مشخص شود که در طول مدت زمان حبس، حضانت این طفل بر عهده چه کسی می‌باشد؟ همچنین آیا ضمانت حقوقی در این خصوص، کارآمد نمی‌باشد که قانون به ضمانت اجرای کیفری توسل جسته است؟ چه اینکه ضمانت اجرای حقوقی در ماده ۴۱ قانون جدید حمایت خانواده، به این مطاب اشاره دارد که در صورت استنکاف شخص حاضن ممتنع، حضانت طفل به طرف دیگر سپرده می‌شود و این در حالی است که طبق اصل ضرورت در حقوق کیفری، استفاده از ضمانت اجرای کیفری، برای حمایت از ارزش‌ها در زمانی جایز است که نتوان از سایر ضمانت اجراها، مانند ضمانت اجرای حقوقی، بهره‌مند گشت و در واقع، در صورتی که ضمانت اجرای حقوقی، کارایی نداشته باشد، حقوق کیفری با وضع مجازات، به دفاع و حمایت از ارزش‌ها اقدام می‌کند.

علاوه بر این، حکم کیفری مذکور، ناظر به فرض جدایی والدین است (اسدی الهام، ۱۳۹۲) و باید این نکته را مد نظر داشت که گاهی وجود فرزند سبب می‌شود، طرفین دوباره تصمیم به ایجاد زندگی مشترک با یکدیگر داشته باشند و وضع چنین ضمانت اجرایی (حبس و یا جزای نقدی) منجر به دلسری طرف مقابل می‌شود. بنابراین آیا بهتر نبود در این ماده قانونی، به ضمانت اجرای حقوقی، اکتفا نمود؟

۲- بر اساس ماده واحده قانون مربوط به حضانت در مورد اخلال در حکم دادگاه در خصوص حضانت، دادگاه باید رأساً مداخله نماید، بدین صورت که ابتدا ملزم به عدم اخلال کرده و سپس حکم به حبس تا زمان اجرای حکم، صادر نماید، ولی مطلب غیر موجه در این زمینه این است که م ۴۰ قانون جدید حمایت خانواده، با نادیده پنداشتن این موضوع که، رأی صادره از سوی دادگاه، حکم می‌باشد و تمامی اشخاص، مکلف به عدم اخلال در اجرای حکم دادگاه هستند، جلوگیری از ایجاد اختلال در حکم دادگاه را منوط به تقاضای شخص ذینفع نموده است.

ج) امکان تغییر مفاد توافقات زوجین در موضوع حضانت:

طبق ماده ۴۱ قانون جدید حمایت خانواده، هر زمان که دادگاه تشخیص بدهد توافقات زوجین، در خصوص ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مرتبط با طفل، برخلاف مصالح وی است یا در زمانیکه حاضن از انجام تکالیف خود، ممانعت کند و یا از ملاقات طفل با سایر اشخاص ذی‌حق امتناع نماید، می‌تواند در مورد اموری همچون واگذاری حضانت بر دیگری و یا معین نمودن شخصی ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل، تصمیمات لازم را اتخاذ نماید.

ایرادی که بر این ماده وارد می‌شود اینست که، در این ماده دو کلمه حضانت و نگهداری در کنار یکدیگر آمده است و این در حالی است که در قانون‌نویسی اصل بر ایجاز‌گویی و پرهیز از تفصیل بیهوده بوده است (بیگ زاده آروق صفر، ۱۳۸۳، ص ۱۵۰).

طبق این اصل، بیان کلمات مترادف در قانون موجب طولانی شدن عبارت قانونی شده و مخالف ایجازگویی است، از سوی دیگر نیز به کار بردن الفاظ مترادف موجب ابهام و برداشت‌های گوناگوم از متن قانونی می‌شود و چه بسا منجر به ارائه تفاسیر گوناگون از یک ماده قانونی خواهد شد.

ایراد دیگری که می‌توان بر این ماده واحد وارد آورد، اینست که عبارت «سایر امور مربوط به طفل» را به صورت مبهم بکار برده است. بنابراین مشخص نیست که منظور از این عبارت چیست؟ آیا هدف، زمان و مکان ملاقات طفل است؟ یا نحوه پرداخت هزینه‌های طفل و یا چگونگی خروج طفل از مکان مورد توافق؟ حتی می‌توان از این عبارت، قیومت، و حمایت و یا ولایت را برداشت کرد (پیرعباس یحیی، ۱۳۸۷، ص ۶۵) هر چند که این نظر، بسیار دور از ذهن می‌نماید، این موارد جزء تکالیف قانونی هستند، نه تکالیف قراردادی، بنابراین توافق در این موارد، جایی ندارد. بر قانونگذار لازم است به جای استفاده از عبارت نارسای «سایر امور مربوط به طفل» به برشمردن این موارد اقدام می‌کند. زیرا استفاده از عبارات نامفهوم و مبهم در متن قانون، منجر به تردید قانونگذار در مقام و جایگاه اجرای قانون می‌شود. فلذا نیکو است با تعریف قانونی آن عبارت، ابهام را مرتفع نمایند و یا با توضیح اضافی و گزینش الفاظ و واژگان جدید، معنای مورد نظر را مشخص نمایند. (کشاورز بهمن، ۱۳۷۸، ص ۵۶)

د) حضانت طفل پس از فوت پدر

حضانت فرزندی که پدر خود را از دست داده‌اند با مادر ایشان است مگر آنکه به تقاضای دادستان و یا ولی قهری، دادگاه اعطای حضانت فرزندان به مادر را خلاف مصلحت فرزند بدانند.^۱ در این ماده، حکم جدیدی وضع نشده و تنها ماده ۱۱۷۱ ق.م. که در خصوص اعطای حضانت طفل به والدی که زنده است در زمان فوت یکی از ابویان، به قانون حمایت خانواده وارد شد و نیز در ماده واحده اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ پیش‌بینی شده بود و حضانت فرزند صغیر و محجوری که پدرانشان به مقام شهادت رسیده و یا فوت شده باشند، با مادران آنها خواهد بود.

اما در خصوص رسیدگی به اموال این افراد، ماده ۴۴ قانون حمایت خانواده، نسبت به ماده واحده اعطای حضانت فرزندان صغیر و یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ مصوبه جدیدی تلقی می‌شود، چه اینکه این ماده بین اموالی که متعلق به محجوران است ولیکن در اختیار دستگاه‌های اجرایی موضوع م ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری قرار دارد و سایر اموال محجورین، تفکیک قائل شده است. بصورتیکه اموال موجود در اختیار این دستگاه‌ها، باید در حدود تأمین هزینه متعارف زندگی محجوران و با تشخیص دادستان، به شخص عهده‌دار حضانت واگذار شود. ولی سایر اموال این اشخاص، تابع نظام حقوقی نگهداری و اداره اموال محجوران (ولایت و قیومت) است. در مقابل بر اساس ماده واحده، هزینه متعارف زندگی این اشخاص، چنانچه از اموال خودشان باشد، در اختیار ولی شرعی است و در صورتی که از طریق بودجه دولتی و یا بنیاد شهید پرداخت شود، در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد. مگر اینکه حکم به عدم صلاحیت مادر در زمان ادعای عدم صلاحیت مادر، بواسطه دادگاه صالح صادر شود. ایرادی که بر این ماده واحده وارد است این است که اگر فرد دارای حضانت، بر اساس مصلحت فرد محجور، صلاحیت در اختیار داشتن و بر عهده داشتن امور مالی را داشته باشد، تفکیک بین اموال موجود نزد دستگاه‌های اجرایی و سایر اموال محجور سزاوار و پسندیده نمی‌باشد.

ه) لزوم رعایت مصلحت و غبطه در حضانت نوجوانان

در قوانین قبلی از عنوان کودکان، اطفال و فرزندان و وضعیت حضانت یا حقوق آنها در روابط زوجین نوعاً اشاره می‌شد، اما در این قانون، علاوه بر کودکان، در م ۴۵ آن به نوجوانان، به لحاظ دادگاه به رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان، اشاره می‌گردد. (زمانی درمزاری)

۱. رجوع شود به م ۴۳ قانون جدید حمایت خانواده

و) حق حضانت در صورت جدایی والدین

مسلم است تا زمانی که پدر و مادر با یکدیگر زندگی می‌کنند، فرزندان در محیط خانواده رشد می‌کنند و حضانت آنها معنای حقوقی خاصی برای والدین ندارند. چه آنکه هر دو موظف به حفظ و نگهداری از فرزندان هستند، در واقع زمانی امر حضانت دارای اهمیت حقوقی می‌شود که مرد و زن از یکدیگر جدا زندگی کنند و حتی گاهی ممکن است هر دو مشتاق به نگهداری از طفل باشند و گاهی نیز هر دو از نگهداری فرزندان خودداری می‌کنند.

در هر صورتی و به هر علتی که زوجین از یکدیگر جدا زندگی کنند چه به علت طلاق و یا بدون طلاق که ممکن است والدین در مسکنی بجز مسکن مشترک زندگی کنند، در صورتی که هر دو حضانت طفل را تقاضا کنند و خواهان نگهداری از فرزند خود باشند، براساس ماده ۱۱۶۹ ق.م. تا زمان هفت سالگی مادر، در امر حضانت اولویت دارد و پس از آن پدر در این خصوص سزاوارتر است. خواه طفل دختر باشد و خواه پسر باشد. هر چند که در این باره صراحتاً اعلام شده است که حضانت پس از هفت سالگی حق پدر می‌باشد، تبصره‌ای^۱ که در این ماده وارد شده است، حضانت پدر را تعدیل نموده و می‌توان برداشت کرد که در حضانت طفل تا هفت سالگی، مادر دارای اولویت است و پس از هفت سالگی در صورتی که بین والدین در مورد حضانت طفل، اختلاف ایجاد شود، دادگاه این قدرت و اختیار را دارد که با حفظ رعایت مصلحت کودک نسبت به حضانت او تصمیم بگیرد و این حق را به مادر، یا پدر و یا شخص دیگری اعطا نماید. بنابراین آنچه در حضانت طفل حائز اهمیت می‌باشد رعایت مصلحت او است. فلذا بر اساس اینکه تا سن هفت سالگی فرزند از نظر عاطفی وابستگی خاصی به مادر دارد این حق به مادر داده شده است چه اینکه مادر به دلیل احساسات و عواطف خاصی که در نهادش وجود دارد بهتر و شایسته‌تر از پدر می‌تواند مسئولیت نگهداری و تربیت فرزندان را به عهده بگیرد.

روانشناسی کودک

روانشناسی کودک عبارت است از دانش تحقیق در روحیات و کنیات نفسانی اطفال (فرهنگ فارسی ص ۱۶۸۱) و یا تحقیق در رفتار کودک از زمان باروری سلول‌های نطفه‌ای تا هنگام بلوغ.^۱ (علی‌اکبر رضایی، ۱۳۸۹، ص ۲۰)

اهمیتی که روانشناسی در مقوله تربیت کودکان و شناخت روح و روان آدمی وجود دارد به کسی پوشیده نیست، زیرا که دوام و ارزش هر جامعه به سلامت روانی افراد آن بستگی دارد و این مهم در سایه توجه به علم روانشناسی امکان‌پذیر است. و باید توجه داشت که در جامعه امروزی علیرغم تلاش‌های فراوان در زمینه روانشناسی، کمالات انسانی و معنوی به ضد ارزش تبدیل شده است و بسیاری از افراد بشر از مسیر تعالی - بخش انبیاء منحرف گشتند و برعکس، رفتارهای خشن و تند و فقر عاطفی به شدت رو به افزایش است. بنابراین می‌توان گفت که بازگشت به مسیر انبیاء و توجه به ذات پاک انسان و شناخت صحیح روح او می‌تواند زمینه‌ساز برای پرورش انسانی متعالی، هوشمند، بااراده و باعاطفه و سختکوش باشد. از این رو اسلام نیز توجه بسیاری به حقوق و تربیت کودک دارد و در سفارشات قرآنی به والدین، آنها را به پرهیز از کشتار کودکان و تبعیض قرار دادن بین آنها و رعایت نیازهای طبیعی کودکان تشویق نموده است و چه بسا، شیوه‌های تربیتی پیامبر (ص) و اهل بیت (ع) را به عنوان الگو قلمداد کرده است.

روش‌های تربیتی کودکان در اسلام

روش‌های تربیتی از نظر اسلام، انواع مختلفی دارد، گاه گفتاری است، گاه عملی و گاهی سلبی و بازدارنده و زمانی نیز ایجابی و اصلاحی است. در موارد دیگر نیز خودتربیتی و دیگر تربیتی وجود دارد. اما آنچه در این مثال، مورد بررسی است، روش‌های تربیتی کودکان به عنوان سازندگان آتیه جامعه اسلامی و تشکیل‌دهندگان اصلی یک حکومت اسلامی است. برخی از این روش‌ها عبارتند از:

۱. بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف حفاظت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد.

۱. همچنین مراجعه شود به: روانشناسی رشد، ص ۳ و روانشناسی کودک، مقایسه دیدگاه اسلام و روانشناسان غربی

۱- محیط مناسب و مساعد:

یکی از عوامل مهم تکوین و تغییر انسان، اوضاع گوناگون محیطی اعم از زمان، مکان و محیط اجتماعی است. در بسیاری از موارد، دستکاری محیط و فراهم کردن محیط تربیتی مساعد و مناسب می‌تواند رفتار، افکار و خصلت‌ها را تغییر دهد و ویژگی‌های جدید را جایگزین سازد، یعنی همان اصل تأثیرپذیری انسان از اوضاع محیطی که در روانشناسی مورد بحث قرار می‌گیرد. (رضایی علی‌اکبر، سابق، ۱۳۸۹، ص ۱۳۴)

در آیات و روایات نیز این اصل مورد توجه فراوان است و به عنوان راهکار برای خروج از محیط‌های فاسد و نامساعد بیان شده است. (آیه ۹۷ سوره نساء)

در روایتی از پیامبر(ص) نیز نقل شده است که «من فرّ بدینه من أرض إلى أرض و إن كان شبراً.....» هر کس برای حفظ دینش از جایی به جای دیگر کوچ کند هر چند به قدر یک وجب باشد، مستحق بهشت و همنشینی ابراهیم و محمد خواهد بود.

بنابراین، محیط اجتماعی قطعاً و بصورت حتمی بر افراد تأثیرگذار است. و کودکان تأثیر بیشتری از محیط اطراف دریافت می‌کنند. فلذا باید توجه ویژه و بیشتری به کودکان داشت که در چه محیطی رشد و پرورش خواهند یافت.

۲- همسالان:

از نظر اسلام، دوستان و همسالان در سنین مختلف، تأثیر بسزایی بر یکدیگر می‌گذارند زیرا دوستان شایسته سبب شکوفایی استعدادهای کودکان می‌شود و در مقابل همسالان و دوستان ناباب و ناشایست که ناهنجاریهای اخلاقی، روانی و اجتماعی را در پی دارند، قرار دارد. چنانچه در آیه ۲۷ سوره فرقان آمده است و روایات ائمه نیز در این خصوص بسیار وارد شده است که از همنشین بد دوری کنید و دوستان خود را از بین افراد شایسته انتخاب کنید.

۳- خانواده:

در اسلام، کانون خانواده، رکن و عنصر اساسی در تربیت و پرورش فرزندان محسوب می‌شود. کودک بیشترین زمان از عمر خود را در خانواده سپری می‌کند بنابراین دارای وابستگی بسیاری از نظر عاطفی و اقتصادی به خانواده است و در بین اعضای خانواده به مادر خود بیشتر مانوس است و از او بیشتر تأثیر می‌پذیرد. طبق فرمایش پیامبر(ص): «کل مولود یولد علی الفطره.....» هر کودک مطابقت فطرت متولد می‌شود و این پدر و مادرند که او را یهودی، نصرانی و مجوس می‌کنند. و از حضرت علی(ع) نقل شده است: حسن‌الاخلاق برهان کرم الأعراف: سجایای اخلاقی کودکان دلیل پاکی و فضیلت خانوادگی آنهاست و نیز در نامه ۵۳ خود خطاب به مالک اشتر می‌فرماید: لازم است در حوزه اداری از افراد با فضیلت استفاده کنی همانان که در خاندان‌های شریف به وجود آمده‌اند و با حسن سابقه و نیک نامی زندگی کرده‌اند. مردمی که دارای رشادت، شجاعت و صاحب همتی والا سخاوت‌اند. زیرا چنین مردمی کانون گرم و شاخه شجره نیکی و فضیلت هستند.

چنانچه مشاهده شد، دین اسلام نیز تأکید فراوانی به شیوه تربیت صحیح اطفال دارد. زمانی که طفلی شاهد از هم‌گسیختگی خانواده خود می‌شود، خواه نا خواه دچار تشویش، نگرانی و اضطراب خواهد شد و چه بسا اگر به موقع، مورد بررسی قرار نگیرد به مشکلات بزرگتری برخواهد خورد. و طبق نامه حکومتی حضرت علی(ع) بر حاکم لازم است که نسبت به مردم تحت ولایتش احساس مسئولیت داشته باشد و برای سلامت جامعه مورد حکومتش از هر راهکاری استفاده نماید، چه اینکه این یک اصل اساسی در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز می‌باشد.

باید توجه داشت کودکانی که شاهد جدایی والدین خود هستند، به شدت آسیب‌پذیر خواهند شد، و تفاوتی ندارد که آنها نزد پدر زندگی کنند یا تحت حضانت مادر، این کودکان در هر صورت دچار مشکلات عدیده‌ای می‌شوند که هر چند در ظاهر، آنچنان مشخص نباشد اما در باطن وجود آنها را تحت سیطره خود قرار می‌دهد، فلذا باید برای آنها چاره‌ای اندیشید. این به نظر نیکو می‌رسد که فرزندان طلاق، فرزندان بی‌سرپرست و یا فرزندان بدسرپرست همراه با مددکار اجتماعی و روان‌شناس متخصص کودکان دوران

زندگی خود را بگذرانند چه اینکه این افراد با توجه به تخصص‌هایی که دارند می‌توانند تا حد بسیاری با کودکان همراه شده و بسیاری از مشکلات آنها را در نطفه خنثی نموده و در نتیجه این کودکان از معضلاتی که در آینده درگیرشان خواهند بود تا حد بسیاری نجات داده و چه بسا در پی آن، جامعه‌ای متعادلتر و آرمانی‌تر را به ارمغان می‌آورند، فلذا نیکو است اگر قانونگذار همانگونه که اقدام به تأسیس مراکز مشاوره جهت جلوگیری از طلاق‌های بسیاری ایجاد کرده و در واقع مانعی در برابر این امر ایجاد نموده است، الزام به مراجعه اطفال و کودکان طلاق مورد حضانت و حتی شخص حاضر به مددکاران اجتماعی را در نظر بگیرد تا بتواند تا حد بسیاری کودکان را از آسیب‌های روانی و اجتماعی حفظ نماید.

با توجه به اینکه یکی از جهات مثبت قانون حمایت خانواده مصوب (۳۹)، این است که به منظور حمایت بیشتر از کودکان، دادگاه ۱- ملزم نموده است که ضمن تصمیم‌گیری درباره طلاق، در خصوص نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری و ترتیب ملاقات طفل با والدین و سایر اقربا نیز تعیین تفکیک نماید، (محسنی سعیدی، سید محمد مهدی قبولی درافشان، ۱۳۹۳، ص ۶۱-۶۰) بهتر است قانون در خصوص تأمین آسایش و امنیت روانی اطفال نیز دست به اقدام بزند. و با عنایت به این ماده ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی، دولت موظف است از کودکان بی سرپرست، حمایت کند^۱ و از سوی دیگر طبق ماده اصل ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲، مادران و کودکان حق دارند، از مراقبت‌های ویژه برخوردار شوند، (جان گلسون، ص ۹۴) و مراقبت روانی و روانکاو نیز از مراقبت‌های ویژه محسوب می‌شود، چرا که در ارتباط مستقیم با شکل‌گیری شخصیت و آینده کودک است. بنابراین شایسته است اگر قانونگذار در کنار قوانین حضانت، قسمتی را به مددکاری اجتماعی کودکان تحت حضانت ناشی از طلاق و یا کودکان بی سرپرست و بد سرپرست اختصاص دهد.

اثرات منفی طلاق بر کودکان

خانواده، مانند عمارتی است که زن و شوهر ستون آن را تشکیل می‌دهند. فرو ریختن هر کدام از ستون‌ها، می‌تواند این عمارت را متزلزل سازد، طلاق واقعه‌ای ناگوار است که تأثیرات سوء بسیاری بر پیکره خانواده و جامعه وارد می‌کند. با توجه به اینکه طلاق به تنهایی منجر به آسیب‌پذیری هر یک از طرفین (زن و شوهر) می‌شود و این افراد نمی‌توانند همانند گذشته، زندگی شادابی داشته باشند و از سوی دیگر امری ناپسند در عرف و دین می‌باشد، باید در نظر داشت اگر این خانواده‌ی از هم گسسته دارای فرزند باشند، این اثرات سوء بر فرزند بیشتر نمودار می‌شود، چه اینکه مهمترین کشمکش‌ی که فرزندان پس از طلاق والدین به آن دچار می‌شوند، ترس از دست دادن پدر و مادر باهم است، زیرا بزرگترین ترس فرزندان و کودکان از این است که وقتی آنها به محبت پدر و مادر نیازمند هستند، والدین آنها را ترک کنند. بنابراین اگرچه امر طلاق برای والدین همچون پایان آرزوهاست ولی برای فرزندان ناگوارتر است و چه بسا شاید پایان دنیا و تمام رویاهای شیرین آنها باشد. بنابراین پذیرفتن امر طلاق برای فرزندان بسیار ناگوارتر از والدین است و می‌توان از مهمترین آثار سهمگین طلاق بر کودکان مواردی را برشمرد. من جمله؛ ۱- کودکی که بسیار به پدر و

۱. دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد: ۱. ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او. ۲. حمایت مادران، بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند، و حمایت از کودکان بی سرپرست. ۳. ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده. ۴. ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی سرپرست

۲. هر شخص حق دارد که از سطح زندگی مناسب برای تأمین سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش، به ویژه از حیث خوراک، پوشاک، مسکن، مراقبت‌های پزشکی و خدمات اجتماعی ضروری برخوردار شود؛ همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص عضو، بیوگی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به عللی مستقل از اراده‌ی خویش وسایل امرار معاش را از دست داده باشد، از تأمین اجتماعی بهره‌مند گردد. ۲. مادران و کودکان حق دارند که از کمک و مراقبت ویژه برخوردار شوند، همه‌ی کودکان، اعم از آن که در پی ازدواج یا بی ازدواج زاده شده باشند، حق دارند که از حمایت اجتماعی یکسان بهره‌مند گردند.

مادر انس و الفت و وابستگی دارد و نازپرورده والدین بوده اولین قربانی روحی و عاطفی طلاق واقع می‌شود. ۲- کودکی که والدینش از یکدیگر جدا شدند، دیگر خانه را محل آسایش و امن برای خود نمی‌داند، بلکه خانه را محل اضطراب و وحشت می‌داند و بیشتر در جستجوی مأمن و پناهگاه بهتری است. ۳- کودکان پس از طلاق، حقیقتاً یتیم می‌شوند. ۴- حاصل طلاق عموماً در بدر کردن فرزندان و سپردن آنها به ناپدری و نامادری یا واگذار کردن آنها به خودشان است. ۵- کودک در جدایی والدین، خود را مقصر می‌داند. ۵- تأثیر منفی طلاق بر رشد کودک ۷- بدبینی کودک به پدر و مادر ۸- کمبودهای عاطفی ۹- نابهنجاری کودک: طبق بررسی‌های روانشناسان آلمانی، این کودکان اغلب محروم از عاطفه هستند و در بزرگسالی افراد مناسبی برای شرارت و جنایت خواهند بود. ۱۰- انزواطلبی و احساس بی‌منزلی و بی‌مقداری کودکان طلاق ۱۱- ایجاد زمینه بزهکاری و عصیان در فرزندان: چه اینکه تحقیقات جامعه‌شناسان نشان داده است که وقوع طلاق میان زوجین، می‌تواند از علل ارتکاب جرم از سوی اطفال باشد. ۱۲- زمانیکه کودک دست پدر و مادر را از دامن خود کوتاه می‌بیند، می‌کوشد خود را بی‌بند و قید بداند و این خود منشأ بسیاری از نابسامانی‌ها در جامعه است. ۱۳- اهمال والدین در تربیت فرزندان ۱۴- استفاده از این کودکان در توزیع مواد مخدر و سایر فعالیت‌های غیر مجاز ۱۷- بزهکاری کودکان طلاق و سایر موارد از این قبیل.^۱

موارد بالا جزء پیامدهایی هستند که ناشی از جدایی والدین است ولی انحصار در طلاق ندارد چه اینکه می‌تواند شامل تمامی کودکان بدسرپرست یا بی‌سرپرست شود و آمار این موارد نیز در جامعه رو به افزون است. ولی آیا می‌توان نسبت به شیوع این معضلات در جامعه بی‌توجه بود؟ یا بر قانونگذار است برای حفظ جامعه و بهبود زندگی اجتماعی قوانین جدیدی وضع نماید و یا قوانین موجود، تبصره وارد نماید؟ به نظر می‌رسد برای حفظ جامعه و بهبود وضعیت آن معضلات ناشی از طلاق و مشکلاتی که فرزندان طلاق و فرزندان بی‌سرپرست و بدسرپرست را درگیر می‌نماید بتوان از افرادی به عنوان مددکار اجتماعی، استفاده نمود.

مددکار اجتماعی

مددکاری اجتماعی رشته‌ای است پیچیده که تخصص‌هایی گوناگون را دربرمی‌گیرد و بر تعهدات والای اخلاقی و انسانی استوار است. اهمیت این رشته در ایران بخصوص بعد از جنگ تحمیلی که ضایعات روانی و جسمانی ظالمانه‌ای بر ما وارد کرد، بیش از پیش آشکار شده است. (هلن هریس پرلین - ۱۳۷۲ - ص ۷) اعمال و کارهایی که در مددکاری اجتماعی انجام می‌شوند ضرورتاً همان جریان کار و طرز عملی هستند که برای راهگشایی و حل مشکل بکار می‌روند، بنابراین مددکار در وهله‌ی اول نیازمند به دانشی است که بتواند ماهیت مددجو را بشناسد و سپس با تکیه بر اصول اخلاقی یا رفتاری، مهارت‌های لازم برای یاری رساندن به مددجو را کسب کرده و اقدام به مساعدت وی نماید.

در تعریف دقیق‌تری از مددکاری اجتماعی، باید گفت آنچه امروزه تحت عنوان مددکاری اجتماعی در جهان مطرح می‌شود عبارت است از: فعالیت ویژه‌ای که برخی از مؤسسات رفاه اجتماعی آن را به مراجعان خود عرضه می‌کنند؛ یعنی به آنها یاری می‌رسانند تا با مشکلاتی که در انجام کار و وظایف اجتماعی خود روبرو می‌شوند، با کارآیی بیشتری مقابله کنند. (هلن هریس پرلین، ۱۳۵۳)

و به عبارتی دیگر، مددکاری اجتماعی، خدمتی حرفه‌ای است که بر پایه دانش و مهارت‌های خاص قرار گرفته است. هدف آن، کمک به افراد، گروه‌ها و یا جامعه است تا بتوانند استقلال شخصی، اجتماعی و رضایت خاطر فردی و اجتماعی به دست آورند. (قندی محسن، ۱۳۴۷، ص ۱۲)

مددکاری اجتماعی برای ارائه خدمات حرفه‌ای خود، از سه روش مستقیم و غیر مستقیم استفاده می‌کند، روش‌های مستقیم آن عبارتند از: مددکاری فردی یا کار با فرد، مددکاری گروهی یا کار با گروه،

مددکاری اجتماعی یا کار با جامعه و سه روش غیر مستقیم آن عبارتند از: مدیریت در مؤسسات خدمات اجتماعی، تحقیقات رفاه اجتماعی و اقدامات اجتماعی. (سام آرا، عزت‌الله، ۱۳۶۹، ص ۱۵)

آنچه در بین روش‌های مددکاری اجتماعی متناسب با بحث است مددکاری فردی می‌باشد که عبارت است از هنری که دانش و معلومات مربوط به علم روابط انسانی و مهارت در ایجاد رابطه به کار گرفته تا استعداد های پنهان افراد را برانگیزد و نیز در پی به حرکت در آوردن منابع اجتماعی متناسب است تا سازگاری بهتری میان مددجو و محیط او ایجاد نماید.

مددکار اجتماعی باید رابطه علت و معلولی در مشکلات ایجاد شده برای مددجو را بررسی نماید چه اینکه مشکلات کنونی نیز می‌تواند علت برای معضلات آتی باشد، همچنین یک مددکار باید بتواند بازه زمانی ایجاد مسائل اجتماعی را بررسی نماید زیرا افراد آستانه صبر متفاوتی نسبت به یکدیگر دارند و تا قبل از آن می‌توانند به تنهایی در برابر مشکلات ایستادگی کنند ولی در زمانی که آستانه تحمل فرد به پایان رسید، به عبارت دیگر برای تحمل معضلات بیشتر از آنچه توان مقابله با آن در وجود فرد قرار دارد، نیازمند کمک دیگران من جمله مددکار اجتماعی است. اگر مددجو بتواند به مددکار اعتماد کند علاوه بر بیان مسئله غیر قابل تحمل خود، حتی مسائلی را که فرد با آنها سازش کرده و یا برای حل آنها اقدام کرده است نیز مطرح می‌نماید، علاوه بر این یکی از خصوصیات مسئله اجتماعی، مخفی بودن قسمت اعظم آن است. در واقع افراد عادی نمی‌توانند علت‌های مسائل حادث را دریابند بلکه تنها قادر به درک معلول‌ها یا همان مسائل بروز داده شده، هستند. بنابراین افراد مبتلا به مشکلات اجتماعی، ممکن است تنها از قسمت‌های ظاهری مشکل خود، آگاهی داشته باشند و از علل و ریشه‌های اصلی این مشکلات، اطلاعات کافی نداشته باشند. فلذا تا علل موشکافی نشوند، نمی‌توان به حل ریشه‌ای این معضلات اقدام کرد. بنابراین مددکار باید تمامی مراحل لازم را با دقت و برنامه‌ریزی و تشخیص به موقع و مطالعات وافر، طی نموده تا بتواند به صورت حرفه‌ای، مشکلات را برطرف نماید.

نتیجه‌گیری

کودکان به عنوان افراد مهم تشکیل‌دهنده جامعه آینده و جوانان آتی، باید دارای آرامش و امنیت کافی باشند. عواملی چون استرس، اضطراب و تنش، آنچنان که بر روی افراد بزرگسال مشکلاتی را ایجاد می‌کند، بر روی کودکان تنش‌های عصبی بیشتری وارد خواهد آورد. کودکان دارای روح بسیار لطیف تر و احساسات بیشمارتری نسبت به بزرگسالان هستند. بنابراین، شیوه تربیتی و رفتاری با این فرشتگان کوچک باید به شیوه صحیح و طبق آموزه‌های اسلامی باشد. همانگونه که جامعه و حاکم اسلامی نسبت به تمام افراد جامعه دارای یکسری تکلیف است، نسبت به کودکان دارای تکالیف بیشتر و متقن تری است، زیرا کودکان هستند که در اثر رشد در جامعه‌ای بهینه، روند پیشرفت جامعه را سریع‌تر ایجاد خواهند نمود. در واقع جمعیت اصلی هر کشوری بر اساس جوانان آن کشور است و اگر جوانان به راه‌هایی اشتباه بروند، مسئولیت اصلی بر عهده حاکم و خانواده است که شرایط مساعد برای باروری و رشد استعداد های آن‌ها فراهم نکرده‌اند.

کودکان در زمان جدایی پدر و مادر، و حتی قبل از آن، در زمان درگیری و اختلافات والدین در حین زندگی مشترک، دچار استرس، ترس از آینده و افت تحصیلی و ... می‌شوند. تفاوتی ندارند حضانت اطفال با مادر باشد و یا با پدر. آنچه مهم می‌نماید این است که این اطفال می‌خواهند والدین در کنار هم زندگی کنند و در واقع هم طعم حمایت پدر را بچشند و هم از محبت مادر بهره‌مند باشند. اما زمانی که کار خانواده به جدایی می‌گردد، این تصور و رویای کودکان از هم گسیخته خواهد شد، و در نتیجه به سرعت نسبت به اطراف واکنش نشان خواهند داد. از نظر روانشناسی، کودکانی که با این معضل در زندگی دست و پنجه نرم می‌کنند و یا بی سرپرست و بد سرپرست هستند، نسبت به سایر کودکان، بیشتر در معرض خطر هستند. لذا اینکه کودکان مداوم و در حین بروز مشکلات، با مددکاران اجتماعی در ارتباط باشند و سعی بر پیگیری مشکلات کودکان باشد، آن‌ها کمتر دچار سرخوردگی در جامعه خواهند شد و در واقع یک مددکار با تجربه و متخصص می‌تواند تا حد بسیاری، از ایجاد مشکلات وخیم‌تر در جامعه چون اعتیاد و افسردگی کودکان و

جوانان بکاهد. لذا نیکوست اگر قانونگذار، حاضن و کودکان طلاق و بدسرپرست و بی سرپرست را الزام به مراجعه و هم صحبتی با مددکاران اجتماعی نماید.

منابع و مأخذ

کتابها

- قرآن کریم
- قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱
- جعفری لنگرودی محمد جعفر، ۱۳۹۰، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش
- ابادری فومشی منصور، ۱۳۹۲، نحوه عملی رسیدگی به دعاوی خانوادگی در محاکم و دادسراها، چاپ ششم، تهران: خرسندی
- صدری سید محمد، ۱۳۹۱، حقوق خانواده در ترجمه لمعه، چاپ نهم، تهران: انتشارات اندیشه‌های حقوقی
- فیض علیرضا، ۱۳۸۷، مبادی فقه و اصول، چاپ نوزدهم، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران
- بیگ زاده آروق صفر، ۱۳۸۳، شیوه نگارش قانون، چاپ اول، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
- کشاورز بهمن، ۱۳۷۸، آیین نگارش حقوقی، چاپ دوم، تهران: مرکز انتشارات جهاد سازندگی
- رضایی علی اکبر، ۱۳۸۹، روانشناسی کودک (مقایسه دیدگاه اسلام و روانشناسان غربی)، چاپ اول، یزد: انتشارات کوثر
- معین محمد، ۱۳۴۷، فرهنگ فارسی معین، تهران: موسسه چاپ و انتشارات امیر کبیر، جلد ۴
- هلن هریس پرلمن، ۱۳۷۱، مددکاری اجتماعی، ترجمه پریش منتخب، چاپ دوم، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی
- هلن هریس پرلمن، ۱۳۵۳، مددکاری اجتماعی، ترجمه منتخب پریش، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی
- فندی محسن، ۱۳۴۷، دیباچه‌ای بر مددکاری اجتماعی، تهران: انتشارات عطایی
- سام آرا عزت الله، ۱۳۶۹، مددکاری اجتماعی (کار با فرد) چاپ دوم، تهران: انتشارات رشد

مقالات

- پیرعباس یحیی، ۱۳۸۷، ملاقات اقرباء با طفل، تعالی حقوق، شماره ۲۹/۳۰
- محسنی سعید و قبولی درافشان سید محمد مهدی، ۱۳۹۳، بررسی نوآوری‌ها و چالش‌های ماهوی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، مطالعات زن و خانواده، دوره ۲، شماره ۲

پایان نامه‌ها

- اسدی الهام، ۱۳۹۲، بررسی ابداعات و نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده نسبت به مصوبات قبلی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه، دانشکده علوم انسانی - حقوق، کارشناسی ارشد
- فتوحی اردکانی خدیجه، ۱۳۸۷، حضانت کودک در قانون مدنی و بررسی تطبیقی آن با فقه، حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه پیام نور، کارشناسی ارشد.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۹

صص ۵۵۹ - ۵۶۹

نقش بسترهای اجتماعی در شکل‌گیری نهاد توبه و تأثیر سقوط کیفر با توبه بر سلامت جامعه

سید مطلب مطلبی^۱، سید حسین‌هاشمی^{۲*}، شهرداد دارابی^۳

۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲- استادیار دانشگاه مفید و استاد مدعو دانشکده حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۳- استادیار حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

چکیده

قانون مجازات جدید مبنای خود را در کیفر گذاری اصلاح و درمان نهاده و قلمرو توبه را به دلیل وجود بسترهای اجتماعی و آثار مخرب اجرای کیفرهای بدنی بر سلامت روانی جامعه گسترش داده. زیرا نه تنها فقها در اجرای مجازات حدی در زمان غیبت اختلاف دارند، بلکه عدم آگاهی مردم نسبت به ماهیت احکام کیفری و تأثیرات سوء اجرای حدود بر اقتصاد خانواده و وضعیت روحی روانی مرتکب و عموم افراد جامعه به دلالت یافته‌های علمی چون جامعه‌شناسی و روانشناسی غیرقابل انکار است. لذا جامعه محکوم‌علیه را قربانی شرایط خاص جامعه دانسته و مانع بازدارندگی عام مجازات می‌گردد. خاصه آن‌که نقصان جسمانی ناشی از اجرای حد بدنی موجب برجسب‌زنی دائمی و اشتهاار سوء همیشگی در فرد و مانع تعامل جامعه با بزهکار و تقویت حس انتقام‌جویی و زمینه‌ساز تکرار جرم می‌گردد. درعین حال فشار روانی ناشی از جنبه تریبی کیفر بیش از آن‌که دارای اثر پیشگیری باشد آثار سوء بر سلامت روانی جامعه دارد.

واژگان کلیدی: توبه، سقوط مجازات، سلامت اجتماعی، حقوق بشر، جرائم تعزیری منصوص

* نویسنده مسئول Shhashemi@gmail.com

۱- درآمد

قانون مجازات اسلامی در مورخ ۹۲/۲/۱ در کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد و با طی مراحل قانونی از مورخ ۹۲/۳/۲۲ لازم‌الاجرا گردید. قانون مذکور جایگزین قانون مجازات سال ۱۳۷۰ شد که به‌طور آزمایشی به مدت ۵ سال تصویب و بنا بود پس از مبین و روشن شدن نواقص و کاستی‌ها به شکل دائمی درآید که نه‌تنها دائمی‌نگردید بلکه چندین مرتبه مدت آزمایشی آن تمدید شد و قانون سال ۹۲ نیز به تجویز اصل ۸۵ قانون اساسی توسط کمیسیون قضایی مجلس با وصف آزمایشی مورد تصویب قرار گرفت که نیاز دارد با سپری شدن مدت آزمایشی لایحه جدیدی برای دائمی‌شدن همین قانون یا قانون دیگری با رفع نقص و زدودن کاستی‌ها تهیه و تقدیم مجلس گردد و در حال قانون جدید شامل نکات مثبتی است هرچند که می‌بایست از جنبه‌های منفی و کاستی‌های آن و تلاش برای زدودن آن و مرتفع نمودن اشکالات نباید غافل شد هر چند این مهم تنها در گذر زمان میسر خواهد بود و باید زمان سپری شود تا ضعف و کاستی‌های خود را در عمل و اجرا نشان دهد؛ از جمله قسمت‌هایی که در قانون جدید نسبت به قانون سال ۷۰ تغییرات وسیع و گسترده‌ای پیدا کرده و از یک انسجام و هماهنگی برخوردار است فصل یازدهم از کتاب اول تحت عنوان سقوط مجازات‌ها است که عناوین جدید مانند توبه و قاعده درء به عنوان علل سقوط مجازات‌ها پیش‌بینی شده است. در این میان نهاد توبه تحولات گسترده‌تری پیدا نموده که جرائم حدی را که در اسلام از مجازات‌های لایتغیر است و نیز جرائم تعزیری را شامل می‌شود و این مسئله ناشی از بسترها و زمینه‌هایی است که موجب شده تا مقنن را بر آن نماید تا توبه را به عنوان یکی از علل سقوط مجازات و تعقیب کیفری به صورت جامع و منسجم در قانون مجازات پیش‌بینی نماید تا موجب کاهش اختیارات قاضی در عدم اثبات و اجرای جرائم حدی گردد و در عمل سیاست شدت عمل در تشریح و تساهل و تسامح در اثبات جرائم را که از جمله سیاست‌های منحصر به فرد سیاست کیفری اسلام است را اجرایی سازد تا در عین توجه به آثار بازدارندگی کیفری سیاست رأفت اسلامی و عدم اصرار به اجرای کیفر و توجه به اثر غایی و نهایی کیفر را که همانا اصلاح و درمان است را به صورت نهادینه اجرایی سازد. بدون شک این اتفاق و نهادینه شدن توبه به شکلی منسجم و گسترده می‌تواند علل و بسترهای متعدد داشته باشد که یکی از آن‌ها اهتمام مقنن در اتخاذ تدبیری به منظور ارتقای سلامت اجتماعی از طریق کاهش فشار روانی موجود در جامعه در اثر ارباب ناشی از اجرای کیفرهای بدنی خصوصاً کیفری چون رجم می‌باشد؛ علی‌هذا در این مقال نگارندگان در پی پاسخ‌دهی به این پرسش می‌باشند که نقش و تأثیر علل و عوامل فرهنگی و چگونگی تأثیر آن در تحولات نهاد توبه چه بوده و سقوط کیفر در اثر توبه چه تأثیری بر سلامت اجتماعی داشته است و فرضیه پیش رو آن که وجود بسترهای اجتماعی متعدد که ریشه در علل و عوامل فرهنگی و باورهای مردم دارد مقنن را ناگزیر نموده باهدف احتراز از وهن به احکام اسلامی و کمک به برقراری سلامت روانی افراد جامعه سیاست تساهل و تسامح در اجرای حدود را برخلاف سیاست شدت عمل و سختگیری در تشریح سرلوحه خود قرار دهد و به نهاد توبه نقشی پویا ببخشد. از این‌رو نخست نگاهی مختصر به مفاهیم کلیدی مرتبط به تحقیق داشته و در این رهگذر به تبیین مفهوم و جایگاه توبه در حقوق اسلامی پرداخته و سپس به بررسی عوامل اجتماعی مؤثر و زمینه‌ساز در نهادینه نمودن نهاد توبه از ناحیه مقنن به نحو گسترده خواهیم پرداخت. از این‌رو نخست در رابطه با توجه به آثار اجتماعی احکام شرعی در حین قانونگذاری سپس به نقش و تأثیر علل و عوامل فرهنگی و خانوادگی و آثار و تبعات منفی و زیان‌بار اجرای حدود در جامعه و در پایان به علل و عوامل اقتصادی خواهیم پرداخت و در پایان ضمن بازگشت به پرسش و فرضیه پیش رو در این مقال به جمع‌بندی خواهیم پرداخت.

۲- مفهوم توبه و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران

توبه در لغت از ریشه «ت و ب» به معنای «رجع» و در فارسی معادل بازگشت از گناه است. (معجم مقابیس اللغة / ۳۵۷) در اصطلاح بازگشت و رجوع بنده از گناه و به سوی خداوند می‌باشد. (ر.ک. توبه / ۷۸) به تعبیری دیگر ندامت و پشیمانی از گناه که اعتراف و اعتذار را در پی دارد و مانع از بازگشت به اعمال مجرمانه و گناه می‌شود را توبه گویند. (دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام / ۲ / ۱۰۹) بنابراین در معنای

توبه ندامت و پشیمانی از ارتکاب گناه و عزم بر ترک گناه مشروط به آن‌که به سوی خداوند و فرامین الهی باشد نهفته است. البته آنچه از متون شرعی بر می‌آید آن است که ندامت و بازگشت به سوی خدا لازم است که همراه با تلاش بر جبران گذشته (اعم از حق الله و حق الناس) باشد. توبه در اصطلاح چنین تعریف شده: ترک گناهان کنونی و عزم بر ترکشان در آینده و تدارک تقصیر گذشته و به عبارتی بازگشت از گناه قولی، فعلی و فکری. (رسایل و مسایل / ۳۳۸) توبه در حقوق اسلامی بر مبنای قاعده‌ی «جب توبه» پذیرفته شده است. مفاد حدیث مربوطه عبارت است از: «التوبه تجب ما قبلها من الکفر والمعاصی والذنوب». فقهاء ارکان توبه را سه چیز می‌دانند؛ الف) علم به اینکه در گذشته نافرمانی خدا را نموده است. ب) پشیمانی از آن عمل. پ) تصمیم بر ترک گناه در آینده و جبران گذشته. (انوارالفاقهه / ۲ / ۹۶) از اینرو توبه به معنای مطلق رجوع و بازگشت از گناه است صرف نظر از اینکه برای نخستین بار یا چندمین بار باشد (ملخص اللغة / ۱۴) بنابراین توبه فرایندی است که در اثر ندامت و پشیمانی از ارتکاب جرم و گناه، مرتکب تصمیم به ترک و عدم ارتکاب مجدد گناه (جرم) نموده و به سوی خداوند باز می‌گردد همراه با سعی و تلاش در جبران گذشته و آثار گناه. از این رو منظور از توبه پشیمانی از ارتکاب جرم و اعلام و اقرار به اشتباه و تعهد به عدم ارتکاب مجدد در آینده و تلاش در جبران خسارت زیان دیده می‌باشد. توبه در حقوق ایران متأثر از فقه اسلامی از اسباب معافیت از کیفر (معاذیر قانونی معافیت از مجازات) شناخته شده است و تنها شرط پذیرش توبه احراز ندامت و پشیمانی از گناه و توبه‌ی واقعی مرتکب در دادگاه قرار داده شده و مدعی توبه می‌بایست ادله‌ی خود را مبنی بر توبه پیش از اثبات جرم در دادگاه اقامه نماید و منظور از اثبات جرم نیز زمانی است که حکم قطعی بر ارتکاب جرم و محکومیت مرتکب صادر شده باشد و مادام که حکم قطعیت نیافته است جرم ثابت نشده است (مستفاد از ماده‌ی ۱۱۸ ق.م.ا). همچنین اطلاق مقرره‌ی فوق مبنی بر پذیرش توبه در کلیه حدود برابر ماده‌ی ۱۱۶ مقید شده و حدود حق الناسی (حد قذف) با توبه ساقط نمی‌گردد همانگونه که توبه تأثیری در حق الناس نداشته و به قوت خود باقی است. بنابراین در صورتی که قراین و امارات و دلایل بر وقوع توبه دلالت نماید حد ساقط می‌گردد و سیاق عبارت مقنن مبنی بر «... برای قاضی محرز شود حد از او ساقط می‌گردد. ..» گویای آن است که با احراز توبه قاضی ناگزیر از صدور حکم به سقوط حد است؛ مگر اینکه قراین و دلایل ارائه شده نوعاً علم آور نباشد. بنابراین از نظر موازین فقهی برای رفع مجازات از متهم و تحقق توبه پشیمانی قلبی و اظهار استغفار زبانی کافی است مگر آن که یقین به کذب بودن آن باشد و از آنجا که قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» حاکم بر استصحاب عدم توبه است. [به دلیل اینکه ملاک در اجرای اصول عملیه عدم وجود دلیل در مقابل آنها می‌باشد و در اینجا دلیل موجود است] با اندک شک و تردیدی در وقوع توبه حد ساقط می‌گردد. (دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام / ۲ / ۱۲۲ و ۱۲۱) با عنایت به مقررات قانونی اثر توبه در حدود اسقاط کیفر و در تعزیرات تا درجه ۵ تخفیف در کیفر و در تعزیر درجه ۶ تا ۸ سقوط کیفر است و با عنایت به مفهوم تبصره‌ی ۲ ذیل ماده‌ی ۱۱۴ ق.م.ا. اساساً به واسطه‌ی توبه، مجازات صرف نظر از نوع آن حد یا تعزیر ساقط می‌گردد و با سقوط حد، تعزیر ثابت نمی‌گردد مگر اینکه جرم ارتکابی از نوع زنا و لواط به عنف یا اکراه یا با اغفال بزه‌دیده واقع شده باشد. هر چند که با توجه به اینکه مبنای سقوط کیفر بواسطه توبه اصلاح مرتکب است و هدف از اجرای کیفر تعزیری نیز «اصلاح مرتکب» است عدم سقوط کیفر بواسطه توبه در تعزیرات و پذیرش آن در غیر تعزیرات غیرقابل توجیه است. از این رو جواز اعمال تعزیر ولو با تخفیف برغم اصلاح مرتکب برخلاف فلسفه کیفر و عدالت جزایی است. به هر روی برابر قانون مجازات اسلامی حاضر توبه نقشی کلیدی در سیاست کیفری ایران ایفاء می‌نماید؛ تاجایی که با استناد به آن سنگینترین کیفرها به سادگی و بدون آن که ضرورت داشته باشد جهت اعمال آن شرط یا شرایط خاصی احراز گردد ساقط می‌گردد.

۳- توجه به آثار اجتماعی احکام شرعی در حین قانونگذاری

در جامعه بشری کنونی قانون گذاری صحیح و ارزشمندانه در مباحث اقتصادی و سیاسی و فرهنگی می‌تواند تأثیر به‌سزایی داشته باشد به نحوی که قانونی کارآمد و پویا نه تنها در رشد و شکوفایی مسائل فرهنگی و اجتماعی و اقتصادی اثرگذار است بلکه در کاهش یا افزایش جرم و جنایت نیز می‌تواند نقش

آفرین باشد. چه بسا تدوین قوانین نا متناسب موجب فساد و نابودی اقتصادی و سیاسی و فرهنگی و یا ازدیاد جرم و جنایت و بزهکاری در جامعه شود گاهاً مشاهده می‌شود تصویب ناصواب قانونی که برابر آن مقرر می‌شود که عوارض یا مالیات مازاد بر کالایی اخذ شود در عمل سبب رشد قاچاق آن کالا می‌شود و یا تدوین قانون و مقرراتی سبب جرم‌زایی می‌گردد. از باب تمثیل ماده ۱۳۴ قانون مجازات مقرر می‌دارد در جرائم تعزیری هرگاه جرائم ارتكابی بیش از سه جرم نباشد دادگاه برای هر یک از جرائم حداکثر مجازات مقرر را و هرگاه جرائم ارتكابی بیش از سه جرم باشد مجازات هر یک بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی مشروط به این که از حداکثر به اضافه نصف تجاوز نکند. در فرضی که شخصی مرتکب کلاهبرداری شده و با علم به اینکه حداکثر مجازات آن ۷ سال است عالماً و عامداً اقدام به جرم تخریب می‌نماید به لحاظ اینکه علم دارد مجازات دومی درباره او اجرا نخواهد شد. مشاهده می‌شود ماده مذکور قابلیت جرم‌زایی را داشته و مرتکب با علم به این قضیه اقدام به عمل مجرمانه دیگر می‌نماید و نیز با تشدید مجازات قانون قاچاق مواد مخدر سنتی، مصرف‌کنندگان با کمبود و گرانی آن و عدم تمکن و توانایی مالی نسبت به خرید مواد مخدر سنتی به سمت مواد مخدر صنعتی سوق پیدا کرده که آثار زیان بارتر از مواد سنتی دارد و یا با وضع ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۷۷/۷/۱۰ بسیاری از مردان به لحاظ عدم پرداخت مهریه زنان روانه زندان و حبس شده‌اند و در محیطی ناسالم قرار گرفته و بسیاری در محیط زندان آموزش بزهکاری را فراگرفته‌اند و تحت تاثیر فضا ناسالم زندان واقع شده‌اند که بستری برای ارتكاب جرم و انحراف و کجروی گردید تا اینکه در تاریخ ۹۳/۷/۱۵ قانونگذار با توجه به مسائل پیش آمده قانون را اصلاح کرد بنابراین از این موارد در قوانین بسیار ملاحظه و مشاهده می‌شود. حال که انقلاب اسلامی بنیانگذار شیوه نوینی در صحنه قانونگذاری بر مبنای آموزه‌های دینی پس از سالیان دراز حاکمیت سیستم حقوق عرفی گردید و قانون اساسی جمهوری اسلامی به عنوان مهمترین دستاورد بیان می‌دارد کلیه قوانین و مقررات مدنی و جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، سیاسی و غیره باید براساس موازین اسلامی باشند؛ این اصل از قانون اساسی حقوق عرفی را به چالش می‌طلبد و در عصر حاکمیت نظام لائیک زمینه ساز تحولی بزرگ در عرصه قانونگذاری شده است که در عصر پیچیدگی روابط سیاسی، اقتصادی، اجتماعی بر آن شده تا قواعد و مقررات بر مبنای آموزه‌های دینی تدوین و تصویب کند. باید قبول کرد که این نظریه و ایده گرچه دست یافتنی است لیکن نیاز به تدبیر همه جانبه دارد و برای تدوین و تصویب قوانین بر مبنای آموزه‌های دینی نیاز به مطالعات و تحقیقات وسیع و بنیادی در باب قانونمندی و اصول حاکم بر فرایند تبدیل احکام شرعی به قانون هستیم بدون تردید بی‌اعتنایی به پیچیدگی‌های امور اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، حقوقی در تدوین و تصویب قوانین نه تنها ما را از این آرزوی دیرینه دور می‌کند بلکه در نهایت باور به قابلیت و کارایی نظام دینی را برای اداره جامعه و بشریت در عصر حاضر از بین می‌برد و این نظریه را تایید می‌کند که دین در حوزه فردی کارایی دارد نه در حوزه اجتماعی. به تعبیری دیگر اگر ما در جهت تبیین و تنقیح مبانی و اصول حقوق اسلامی و نحوه تطبیق آموزه‌های دینی با نیازمندی‌ها جامعه کنونی تدبیر لازم را نداشته باشیم یقیناً در صحنه عمل با مشکلات عدیده‌ای از جمله تورم قوانین جزایی و تراکم زندانیان و آسیب‌ها روانی و اجتماعی آن‌ها و نابسامانی خانواده و مشکلات دیگر مواجه خواهیم شد. لذا در این راستا به لحاظ وجود چنین معایب و آسیب‌های در سالیان اخیر شاهد تغییرات و تحولات بسیاری در جهت انطباق هر چه بیشتر قوانین با نیازها اجتماعی و فرهنگی و حقوقی و اجرایی کشور هستیم و از جمله این مقررات و قوانین، قوانین کیفری (حدود- قصاص- دیات- تعزیرات) می‌باشند که به مقتضای ضرورت جامعه به تدریج تطور یافته و به شکلی متفاوت به صورت اولیه به اجرا در می‌آیند. بنابراین توجه و التفات به آثار کیفرها در جامعه‌ای که داعیه رویکرد اسلامی را در قوانین خود دارد خصوصاً آثار کیفرهای شرعی که ارتباط مستقیم با شرع را دارد ضرورتی انکارناپذیر است چه اینکه غفلت از این مهم نتیجه‌ای جز وهن به دین و مذهب را در پی نخواهد داشت در نتیجه از جمله علل موثر در نهادینه نمودن نهاد توبه توجه مقنن به آثار اجتماعی احکام شرعی است.

۴- عوامل فرهنگی

فرهنگ در لغت از دو واژه‌ی «فر» به عنوان پیشوند بعلاوه‌ی «هنگ» از ریشه‌ی «تنگ» در زبان اوستایی به معنی کشیدن و فرهختن است. فرهنگ به معنی کشیدن، تعلیم و تربیت علم، دانش، ادب، عقل، خرد، تدبیر و چاره نیز آمده است. (فرهنگ / <https://www.vajehyab.com/>) متفکران و اندیشمندان حوزه جامعه‌شناسی و فرهنگ، تعریف‌ها و نظرات متعددی را در باب معنی فرهنگ برشمرده‌اند. همه این نظرات در بسیاری از موارد از یکدیگر تأثیر پذیرفته‌اند که شالوده کلی آنها بیانگر یک تعریف واحد است در میان تعاریف متعدد ارائه شده می‌توان تعریف ادوارد برنت تایلور، مردم‌شناس انگلیسی که در سال ۱۸۷۱ در کتاب فرهنگ ابتدایی آورده است را به عنوان تعریفی جامع و مانع دانست. در نظر وی «فرهنگ مجموعه پیچیده‌ای است که شامل دانش‌ها، باورها، هنرها، صنایع، فنون، اخلاق، قوانین، سنن و بالاخره تمام عادات و رفتار و ضوابطی است که فرد به عنوان عضو جامعه، از جامعه خود فرا می‌گیرد و در برابر آن جامعه وظایف و تعهداتی را بر عهده دارد. (زمینه فرهنگ‌شناسی تألیفی در انسان‌شناسی فرهنگی و مردم‌شناسی / ۱۷-۱۸) در نتیجه می‌توان گفت فرهنگ راهکارهای شایع موجه در یک جامعه است برای رفع هرگونه نیاز واقعی یا غیر واقعی اعضای جامعه. (آفرینندگی، تفکر جانبی و باور دینی (درآمدی به تولید علوم انسانی اسلامی / ۶۷) به عبارت ساده‌تر می‌توان گفت فرهنگ آن چیزی است که مردم با آن زندگی می‌کنند. از این رو غرض از علل و عوامل فرهنگی بررسی و تبیین ریشه‌های بستر ساز توجه به توبه که ریشه در آداب و رسوم و عقاید و باورهای دینی و غیردینی اعضای جامعه دارد. از این رو در این منظر در این مختصر نخست به باورهای اعتقادی و نظر علمای دینی و سپس به نقش باورهای عمومی و مردم و میزان آگاهی ایشان از مقررات اسلامی خواهیم پرداخت.

۴-۱- آراء علمای دینی

به تعبیر دسته‌ای از حقوقدانان، دیدگاه، رویکرد و نگرش فقها و دانشمندان به مقوله حدود و اجرای آن در زمان غیبت می‌تواند در افکار عمومی و نهاد اجتماعی تأثیرگذار باشد. (اجرای مجازات‌های حدی در زمان غیبت / ۴۰) لیکن به باور نگارندگان آراء علمای دینی و فقهاء به مقوله حدود و اجرای آن در زمان غیبت قطعاً در افکار عمومی و نهاد اجتماعی تأثیرگذار است؛ زیرا همواره افکار عمومی در جوامع سنتی چون کشورمان به نحو محسوس و انکارناپذیری متأثر از آراء اندیشمندان اسلامی بوده است چه اینکه در فرهنگ چنین جوامعی دین و باورها و نظرات دینی نقشی به مراتب پررنگ‌تر از سایر مولفه‌های سازنده فرهنگ دارد. واکاوی مختصر در آراء و نظرات فقهای متقدم و معاصر گویای آن است که همگی به اتفاق بر ضرورت اجرای حدود در زمانی غیر از زمان معصوم نظر ندارند و اجرای حدود را مختص به زمان حضور معصوم در جامعه می‌دانند. در نتیجه بر اساس منابع فقهی موجود عده‌ای از فقها اجرای حدود را مختص نبی اکرم و امام معصوم می‌دانند و با اجرای آن در زمان غیبت موافق نیستند. زیرا باور دسته‌ی زیادی از شیعیان بر آن است که پس از پیامبر مجری احکام اسلامی ائمه اطهار هستند و اینکه در زمان غیبت امام چه تاثیری بر اجرای احکام دارد دو طیف نظری مشاهده می‌شود که هر کدام آثار خود را داشته است. علمای سنت‌گرا بدون توجه به مقتضیات زمان و مکان بدین استدلال که اقامه و اجرای حدود الهی واجب و لایتغیر است اجرای حدود را لازم می‌دانند ولی بعضی دیگر مطرح کردند اگر چه بحث و بیان مسائل حدود در منابع فقهی وجود دارد لیکن زمینه اجرای آن در جامعه امروز مهیا نیست و با شرایط مقتضیات فعلی انطباق و سازگاری ندارد. این اختلاف بین اندیشمندان و صاحبان نظر و مقلدین و پیروان آنها سرایت پیدا کرده و چالش و مانعی برای اجرای حدود در زمان غیبت است و از نظر پذیرش و عدم پذیرش آن در جامعه ایجاد مشکل می‌نماید. به هر روی هر چند قانون اجرای آن را پذیرفته است اما واقعیات نشان می‌دهد از منظر بسیاری از دانشمندان و حقوقدانان موضوع خوشایند نیست و منتقدان زیادی در این راستا قلم فرسایی کرده‌اند (نک؛ قواعد فقه بخش جزایی / ۲۸۷) و دلایل متقن و قابل توجهی را ارائه نموده‌اند که این اختلافات تأثیرات منفی در اجتماع گذاشته و باعث تشتت آرا و از بین رفتن وحدت جامعه و سبب وهن احکام اسلامی گردیده است. بنابراین متأثر از این اختلافات و نتایج حاصل از و متأثر از سایر علل و عوامل که بدان خواهیم پرداخت مقنن به

ملاحظه واقعیات حاکم بر جامعه امروزی و با هدف پیشگیری از وهن به احکام اسلامی و منطبق بر روح حاکم بر احکام اسلامی که مبتنی بر هدف غایی «اصلاح و درمان و بازپذیری مجرم» است بر آن گردیده که به نظر علمای نوگرا متمایل شود و نهاد توبه را به شکل فعلی گسترش دهد تا امکان عدم اثبات و اجرای جرائم حدی بوجود آید و به تبع آن مناقشات و اختلافات به صحنه اجتماعی رسوخ نکند و وحدت و یکپارچگی جامعه محفوظ گردد و در عین حال موجبات وهن احکام اسلامی فراهم نگردد.

۴-۲- آگاهی حقوقی مردم از حدود و احکام

تصور بسیاری از حقوقدانان، جامعه‌شناسان و فیلسوفان بر آن است که قوانین تنها در جامعه‌ای کارکرد مناسب دارد که در آن اجتماع هماهنگی زیادی میان حقوق و آگاهی‌های حقوقی مردم وجود داشته باشد. زیرا هدف آرمانی یک جامعه مردم سالارانه آن است که تا حد امکان حقوق باید مطابق ایده‌ها و نگرش‌ها و باور و اعتقادات اکثریت شهروندان شکل گیرد خصوصاً آن که در مورد اخیر قوانین و نهاد اجرا موفقیت خود را از این هماهنگی با درک عمومی از عدالت به دست می‌آورد و قانون بدون ریشه داشتن در عمق و روح مردم و آداب و رسوم ایشان توفیقی نخواهد داشت و در صورتی که مردم اقبالی نسبت به قانون و حقوق نداشته باشند و فاصله‌ی بین این دو زیاد شود مردم از مقررات تمکین و پیروی نخواهند کرد. در نتیجه با انگاره‌ای فاقد مقبولیت اجتماعی مواجه خواهیم بود و ثمره‌ای جز متروک ماندن قانون نخواهد داشت. زیرا آن‌ها اعتقاد و احترام خود را نسبت به قانون از دست می‌دهند چون بسیار سخت است فردی از مقررات پیروی کند که آن را درک و تایید نمی‌کند و با هنجارهای رفتاری رایج و پذیرفته شده در تعارض است این گزاره الزاماً بدین معنا نیست که قانون و مقررات حقوقی باید شکل منفعل و مطابق آداب و رسوم و نگرش غیر منطبق به آموزه‌های دینی در ایران شکل بگیرد برعکس پذیرفته شده است که یکی از کارکردهای اساسی قانون و حقوق شکل گرفتن بر اساس آموزه و باورهای دینی در ایران می‌باشد (مقدمه علم و حقوق/۶۲) بنابراین نقش آفرینی مطلوب جرائم و مجازات‌های حدی مستلزم آن است که سطح آگاهی و دانش جامعه نسبت به آنها ارتقا پیدا کند با این پیش فرض که افکار عمومی اعتقاد به آموزه‌های دینی دارند ولی باید ابقاء شود که اجرای حدود الهی برتر از چهل روز باران نافه صبحگاهی است «حد یقام لله فی الارض خیر من مطرا اربعین صباحا» (وسائل الشیعه /۴۵۸) مبتنی بر چنین آرمانی است که معصوم (ع) فلسفه‌ی اجرای حدود را «پند و عبرت» و به عبارتی بازدارندگی فردی و عمومی دانسته است و می‌فرماید: «فجعل قطعها نکالا و عبره للخلق لئلا یبتغو اخذ الاموال من غیر حلها» (عیون الاخبار الرض/۱۴۷) حد سرقت برای پند و عبرت گرفتن مردم و برای جلوگیری از چپاول و کسب اموال مردم از راه حرام و نامشروع است. اما ناشناخته بودن نظام حقوقی و عدم آگاهی و پایین بودن سطح دانش عمومی از احکام بیم خردگی و عدم تمکین را از دیدار می‌بخشد مضافاً ایراد بیگانگان بر عدم توانایی برای اداره جامعه متمدن و برآورده کردن نیازهای عصر ما که در حد وسیع در جامعه جهانی و داخلی انتشار و تبلیغ می‌گردد. این مسئله نیز بستری شد که سیاست کیفری را بر این داشت با حفظ اصل جرائم و مجازات‌های شرعی نهاد توبه را گسترش داده تا بتواند از اثبات و اجرای مجازات‌های حدی با رعایت و ضوابط و مقررات شرعی جلوگیری کند.

۴-۳- توجه به باور تهذیب و تطهیر مجرم و تکفیر از جرم

از نظر مفهوم شناسی تکفیر از واژه کفر به معنای پرده و پوشش است و در اصطلاح عملی است که به وسیله آن زشتی گناه پوشانده می‌شود (مهوری «قصاص و زندگی»/۱۰ و تفسیرالمیزان/۱۶/۱۱۰) و کسی که به دلیل ارتکاب جرم در این عالم مجازات شود، در عالم دیگر برای ارتکاب این عمل مجازات نخواهد شد. از دیدگاه اسلام، اعمال انسان تأثیر مستقیم بر روح و جان او دارد و همانگونه که عمل صالح موجب تعالی روحی می‌شود، اعمال بد نیز روح را آلوده می‌کند و همین آلودگی روحی است که پس از مرگ به صورت عذاب غیر قابل تحمل ظهور می‌کند و یکی از راه‌هایی که آلودگی‌های روحی حاصل از ارتکاب جرم و گناه را از بین می‌برد و انسان را از عذاب اخروی رهایی می‌بخشد، تحمل مجازات دنیوی است. بنابراین کسی که مجازات دنیوی جرم را تحمل می‌کند در آخرت برای ارتکاب آن عمل مجازات نخواهد شد. در حدیثی آمده است ابان جعفر (ع) عن رجل اقیم علیه الحدی الدنیا یعاقب فی الاخره؟ فقال (ع) الله اکرم من ذلک. از امام

باقر (ع) درباره کسی که در دنیا بر او حد جاری می‌شود سوال کردم که آیا باز هم در آخرت عذاب می‌شود؟ امام فرمودند خداوند کریم‌تر از آن است (که دوباره او را در آخرت عذاب کند) پس اجرای حد در دنیا موجب خلاصی از عذاب آخرت می‌شود و مجرم را تطهیر می‌نماید. در این باب روایات و نصوص متعددی وارد شده است که همگی دلالت بر تطهیر و تهذیب مرتکب دارد (نک وسایل الشیعه / ۱۴/۲۸ / ح ۷ و ۶) البته هرگاه جرم ارتكابی حق الله باشد توبه‌ی واقعی برای رهایی از عذاب اخروی کافی بوده و نیازی به اجرای کیفر در این جهان نمی‌باشد به همین دلیل توبه از مسقطات کیفر دانسته شده لیکن در جرایم حق الناس لازم است که مجرم خود را در معرض مجازات قرار دهد و این نشانه‌ی توبه‌ی واقعی است. زیرا مجازات این جهانی، اگر به همراه توبه و بازگشت مجرم و اصلاح درونی او باشد، موجب رهایی او از عقوبت اخروی خواهد شد بنابراین، در جرایم حق الناس مجازات در تهذیب و تطهیر مجرم تأثیر دارد و موجب رهایی او از عقوبت اخروی خواهد شد، ولی در حق الله که غالب جرایم را شامل می‌شود، آنچه علت اصلی از بین رفتن آثار و تبعات اخروی جرم می‌شود، توبه واقعی است و اجرای مجازات واقعی یا در معرض آن قرار گرفتن، لازم نیست. از این رو منطق حاکم سزاگرا نمی‌باشد. بنابراین متأثر از علل و عوامل فوق میزان تأثیر کیفر در تادیب و اصلاح بزهکار نقشی فعال و پ. یا در تبیین سیاست مقنن داشته است. بنابراین زمانی که جرمی واقع شد باید مجازات به گونه‌ای باشد که مجرم را تادیب کند و تادیب هرگز به معنی انتقام نیست، بلکه همانگونه که برخی از فقهای عامه گفته‌اند: «انها تادیب استصلاح و زجر تخلف بحسب اختلاف الذنب» (الاحکام السلطانیه / ۲۰۶) تادیب در اشخاص مختلف، اشکال گوناگونی پیدا می‌کند، برخی نیازمند تادیب شدیدتر و برخی نیازمند تادیب ضعیف‌تر هستند از این رو تعیین میزان تعزیر بر عهده قاضی نهاده شده است که هدف آن، بازداشتن است. از آیه ۱۳۰ اعراف می‌توان اصلاح بزهکار را در تشریح کیفر برداشت نمود در این آیه خداوند می‌فرماید که: و لقد اخذنا آل فرعون بالسنین و نقص من الثمرات لعلهم یذکرون. ما نزدیکان فرعون و قوم او را به خشکسالی و کمبود میوه‌ها گرفتار کردم شاید متذکر گردند (گزیده‌های از حقوق جزا در قرآن / ۱۹۷) در مجموع مبتنی برچنین باوری سیاست مقنن در کیفرگذاری خصوصاً در باب حدود مبتنی بر شدت تشریح و سختگیری در اثبات جرم و پرده پوشی و اولویت توبه مبتنی بر جنبه اصلاحی کیفر است.

۵- عوامل خانوادگی

برغم آنکه مقنن قانون اساسی اصل دهم را به خانواده اختصاص داده و خانواده را واحد بنیادی جامعه اسلامی خوانده است و قوانین متعددی در باب حمایت از خانواده و تبیین حقوق و تکالیف ناشی از زوجیت و خانواده به تصویب رسیده است لیکن نه در فقه و نه در قانون مدنی و نه در سایر قوانین مصوب تعریف مشخصی از آن ارائه نشده است و ظاهراً مقنن این مفهوم را به قدری بدیهی دانسته که آن را بی نیاز از ارائه تعریف دانسته است. این واژه در لغت به معنای؛ خاندان، دودمان، مجموعه خویشاوندان و کوچک‌ترین واحد اجتماعی که شامل پدر، مادر، و فرزندان آن‌ها؛ می‌باشد (خانواده/ <https://www.vajehyab.com>) - از اینرو با توجه به معنای لغوی و قواعد و مقررات قانونی خصوصاً قانون مدنی می‌توان گفت که؛ منظور از خانواده در مفهوم خاص همان مفهوم جامعه شناسانه از خانواده است که آن را کوچکترین واحد اجتماعی دانسته که، در شکل کامل آن مشتمل است بر شوهر، زن و فرزندان و به عبارتی گروهی است که اعضای آن، به دلیل قرابت بواسطه زوجیت، همبستگی حقوقی و اجتماعی یافته‌اند و ریاست این گروه (ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی) در شکل ایرانی آن را شوهر بر عهده دارد. این گروه ممکن است در کنار هم و در یک محل و یا جدا از هم و در محل‌های متعددی زندگی نمایند. البته هرگاه با توجه به ماده ۱۱۹۵ الی ۱۲۰۶ قانون مدنی معیار، الزام به انفاق باشد، آنگاه خانواده شامل شخص و زوجه و خویشان نسبی خط مستقیم می‌گردد و اقربای خط اطراف، از تعریف خارج می‌شوند. در هر حال خویشان نسبی و سببی از تعریف خارج‌اند. زیرا بین ایشان هیچ ضابطه و رابطه حقوقی وجود ندارد که آنان را به یکدیگر پیوند دهد و از آنان گروه واحدی بسازد. اما خانواده را در مفهوم عام و وسیع می‌توان کلیه بستگان سببی و نسبی دانست. به عبارتی خانواده به معنای عام خود، شامل شخص، خویشان نسبی و همسر وی است (نگاه کنید؛ مختصر حقوق خانواده/ ۱۲- ۱؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده/ ۱۴). از این رو در این مختصر در صدد تبیین علل و عواملی

می‌باشیم که ریشه در نهاد خانواده دارد. اجرای مجازات اعم از حدی و غیره بر افراد، محیط زندگی و خانواده آن‌ها تاثیرگذار خواهد بود از این رو نظر به اینکه مجازات‌های بدنی همواره در طول زندگی شخص اثر خود را نمایان می‌نماید در نتیجه قادر است که بر فرایند رشد و جامعه‌پذیری افراد خانواده نیز اثرگذاری نماید و حتی در بعضی از مجازات‌های حدی مانند نفی بلد در محاربه کنترل‌پذیری افراد خانواده را با مشکل مواجه نماید. بنابراین مجازات‌های مذکور علاوه بر آنکه واجد آثار عمومی عدم حضور والدین تاثیر روانی و اجتماعی مخرب بر خانواده و اطرافیان می‌باشد برای سایر اعضای خانواده نیز علاوه بر مرتکب واجد آثار مخرب روحی و روانی خواهد بود. امروزه مطالعات و بررسی‌ها حاکی از آن است افرادی که مجازات‌های حدی (شلاق در ملاء عام - قطع ید و پا - نفی بلد - حبس ابد) را تحمل می‌کنند خانواده و اطرافیان آن‌ها دچار صدمات روحی و روانی گردیده و رفتارهای تهاجمی، گوشه‌گیری، افسردگی و رفتار بزهکارانه مشکلات عدم تمرکز از خود را بروز می‌دهند. خصوصاً آن که قطع رابطه و ارتباط والدین در مجازات‌های حدی «نفی بلد و ارتداد» که منجر به حبس زن می‌گردد و ملاقات‌های ماهیانه یا هفتگی و عدم امکانات برای تردد یا امتناع افراد از حضور فرزندان در زندان جهت ملاقات قطع ارتباط را تشدید می‌نماید؛ به نحوی که می‌توان آثار حاصل از مجازات حدی را در اینگونه موارد مشابه آثار فقر و طلاق دانست که اطرافیان را به ورطه بزهکاری زودرس و پرخاشگری بکشاند. از سویی خوردن برچسب مجازات حدی بر فرد رابطه اجتماعی خانواده و اطرافیان را با دیگران تحت تاثیر واقع می‌سازد و سبب انزوای آن‌ها می‌گردد و آثار منفی و فشار روانی برچسب مذکور به اندازه‌ای است که آینده فرزندان و خانواده را مبهم ساخته و موجب کاهش حضور آن‌ها در گروه‌ها و معاشرت‌های اجتماعی می‌گردد و اعتماد به نفس آنها را تنزل می‌بخشد و آن‌ها را به سمت ناهنجاری‌های اجتماعی سوق داده و در معرض خطر گرایش به بزهکاری قرار می‌دهد؛ خصوصاً آسیب‌های عاطفی و روانی می‌تواند مخرب‌تر از سایر جهات باشد زیرا اساس پیوند خانوادگی فرزندان تعلق خاطر آن‌ها به والدین و دوست داشته شدن آن‌ها است لذا اجرای مجازات خصوصاً از نوع مجازات‌های حدی آن که دارای آثار ملموس خارجی می‌باشند سبب ناسامانی در بنیان خانواده شده و فرزندان را در معرض آسیب قرار می‌دهد و ضرورت ایجاب می‌کند به طریق شایسته و حتی المقدور از اثبات و اجرای این جرائم جلوگیری شود.

۵- اثرات منفی ناشی از اجرای کیفر بر سلامت روانی جامعه

با نگاهی گذرا در سیر تحولات جوامع انسانی و اجتماعی می‌توان دریافت که انسان، حیات اجتماعی، آسیب‌های اجتماعی جدا و قابل تفکیک از یک دیگر نبوده‌اند هر چند آسیب‌های اجتماعی مفهومی نوظهور دارد و پس از انقلاب صنعتی مورد استفاده قرار گرفته است اما آسیب‌ها مذکور را می‌توان در مجازات‌ها و اجرای آن مشاهده کرد؛ خصوصاً مجازات‌های حدی که از جمله کیفرهای تریبی و تریبیلی است و اجرای آن‌ها تناسبی با برنامه‌ها اصلاحی بزهکاران ندارد. زیرا اصلاح به معنی توانا ساختن و اعاده شرایط جسمانی و روحی بزهکار و سایر افراد جامعه است حال آنکه کیفرهای حدی تحقیرکننده و زایل‌کننده توان و قدرت جسمانی و روحی افراد است و بازگشت ناپذیر بوده و در صورت خطا و اشتباه ترمیم و جبران آن غیرممکن است؛ خاصه آنکه آثار سوء ناشی از جنبه تریبی اجرای کیفرهای بدنی، چون شلاق، رجم و اعدام در ملاء عام قطعاً به مراتب از جنبه بازدارندگی عمومی آن بیشتر است و فشار ناشی از رعب و وحشت حاصله در اثر اجرای این کیفرها در سطح اجتماع دارای آثار مخرب انکارناپذیری است خاصه آن که امروزه در اثر گسترش ابزارهای ارتباط جمعی و سرعت انتقال اطلاعات و عمومیت و فراگیری آن ناشی از پدیده اینترنت بیش از پیش بر گسترش و فراگیری آثار مخرب روانی که بر سلامت جامعه دارد اثرگذار است. مضافاً این مجازات‌ها برچسب زنی دائمی را به همراه دارد که مادام العمر با فرد همراه بود (از قبیل قطع دست، پا و شلاق در ملاء عام) که سبب می‌گردد بزهکار بین مردم اشتهار یافته و حیثیت اجتماعی وی از دست رفته و زبانزد خاص و عام گردد و هنگامی که فرد خود را در ورطه سقوط در اجتماع مشاهده می‌نماید ارتکاب جرائم بعدی و تکرار جرم در روحیه و افکار او تاثیر نخواهد داشت در حالی که زمانی عدم ارتکاب جرم اهمیت دارد که ترس و خوف از صدمه دیدن شرافت و اعتبار اجتماعی در بین باشد اکنون که آن ترس و خوف با اجرای مجازات کاهش یافته و تحقیر در جامعه نزد دوستان و خانواده محقق شده و مرتکب بین خود و اجتماع

پیوندی مشاهده نمی‌کند و گسست اجتماعی و سرزنش اجتماعی را نزد خود ملاحظه می‌نماید و همچنین جامعه روی خوش به وی نشان نمی‌دهد و از او استقبال نمی‌نماید و تعامل و همکاری خود را با او قطع می‌کند و مزایا و حقوق خود را از او دریغ می‌نماید این قضایا تنفر و حس انتقام جویی را در فرد ازدیاد می‌بخشد تا در فرصت مناسب مرتکب بزهکاری گردد با توصیف فوق و حصول نتایجی که در اثر اجرای مجازات‌های حدی برای فرد به وجود می‌آید جنبه بازدارندگی مجازات‌های حدی مورد شک و تردید واقع می‌سازد چون تفاوت‌های فاحش بین افکار و عادات و عواطف طبقات مختلف جامعه مورد لحاظ قرار نگرفته است و مضافاً، گاه جامعه این نوع مجرمین را معلول وقایع و شرایط اجتماعی می‌دانند و حس ترحم و شفقت نسبت به آنها برانگیخته می‌شود جنبه بازدارندگی مخدوش می‌سازد. باید توجه داشت در عصر حاضر دانشمندان علوم اجتماعی از جمله جرم‌شناسی روانشناسی جامعه‌شناسی پدیده بزهکاری را یک رفتار انسانی دانسته که معلول عواملی است که ریشه در شخصیت روحی و روانی و قوای جسمانی و محیط اجتماعی و خانوادگی فرد دارد بنابراین واکنش نسبت به مرتکبین جرائم باید با توجه به مجموعه عوامل مانند فرصت‌های مجرمانه، آستانه مقاومت، استعداد جنایی و قابلیت تأثیر کیفر اعمال شود که در جرائم حدی به لحاظ وجود شرایط خاص به این مولفه‌ها توجه نمی‌شود. اگر آمار جنایی دقیق در زمینه نرخ بزهکاری در ایران ارائه شود متوجه خواهیم شد سیاست کیفری در این رابطه موفق نبوده و چون علوم اجتماعی فوق الذکر که به دنبال ایجاد زمینه برای اصلاح و بازگشت بزهکاران به جامعه هستند در تعارض با جرائم حدی بوده و مغایرت آشکار و عمیق بین نقش ارعایی کیفرهای حدی و اصلاحی را نشان می‌دهد و با اهداف اصلاحی مد نظر دانشمندان علوم فوق الذکر قابل جمع نمی‌باشد. از طرفی دیگر میزان اخافه و ترس حاصل از اجرای مجازات‌های حدی و تأثیر یا بازدارندگی آن‌ها بر افراد مختلف معیار و ملاک مشخص و دقیق نداشته و نمی‌توانیم با قاطعیت ادعا کنیم ترس از اجرای مجازات‌های حدی موجب پیشگیری از بزهکاری می‌گردد و به عنوان نمونه در مواد مخدر تحت عنوان مفسد فی‌الارض مجازات اعدام درباره بسیاری اجرا شد لیکن شاهد رشد روزافزون مواد مخدر و قاچاق ترانزیت آن هستیم و علت این است که شخصیت انسان به قدری پیچیده است که نمی‌توان به صراحت تشخیص داد آیا ارتکاب جرائم حدی یا اجتناب از آن محصول مستقیم ترس و خوف احتمالی از اجرای حد می‌باشد یا خیر به علاوه در یک جامعه با گرایش‌های مختلف و تفکرات و اندیشه‌های متفاوت و موقعیت‌های فردی و اجتماعی گوناگون بر جنبه رعب‌انگیزی مجازات‌های حدی ایراد وارد است چون به تمامی افراد و اقشار جامعه از بزهکاران و غیره آن‌ها به یک دید نگریسته می‌شود یعنی در چنین جامعه‌ای همه افراد جامعه از طریق تهدید و رعب وادار به اطاعت از قوانین می‌شوند که خود می‌تواند سبب حس بی‌اعتمادی و ناامنی و عدم اطمینان نسبت به عملکرد دستگاه عدالت کیفری گردد و از طرفی امکان دارد موجب ترویج روحیه خشونت و پرخاشگری در جامعه شود و افراد مستعد را به سمت ارتکاب جرم و بروز رفتارها خشن و ستیزه جویانه سوق دهد.

۶- عوامل اقتصادی

سلامتی واژه‌ای است که نزد مردم مشهور و آشنا می‌باشد ولی تعریف آن ساده نیست. واژه‌ی heal به معنای کامل، تمامیت صحت و آسایش و برگرفته از واژه انگلیسی health می‌باشد. لغتنامه دانشگاهی و بستر سلامتی را وضع خوب و عالی بدن، اندیشه و روح و به ویژه برکنار بودن از درد یا بیماری جسمی تعریف کرده است. در علم طب از واژه به جای homostais به جای health استفاده می‌شود به معنای توانایی سازمان یافته بدن در جوابگویی موثر به فشارها و بازگشت به وضعیت فعال و در فرهنگ آکسفورد وضع عالی جسم یا روح و حالتی است که اعمال بدن به موقع و به گونه موثر انجام شود یکی از اموری که همیشه مورد توجه و نظر واقع گردیده سلامتی روانی و جسمانی انسان است که در علوم مختلف از آن بحث و گفتگو شده است. مجازات‌های حدی در راستای جنبش اصلاح گرایانه عصر روشن فکری به نام شناسایی حقوق بشر به عنوان مجازات‌های بیرحمانه و غیره انسانی شناخته شده است (حقوق بشر و راهکارهای اجرایی آن / ۷۸) چون سبب ناتوانی و از بین رفتن سلامت جسمانی و روانی انسان می‌گردد نقصان جسمانی قابلیت تأثیر در بعد اقتصادی را داشته بنابراین اجرای حدود موجب نقص جسمانی و نیز اشتها به سوءسابقه

می‌گردد و جنبه شغلی و اقتصادی زندگی که بخش از وجود انسان و خانواده وی می‌باشد را به مخاطری می‌اندازد هنگامی که کار به عنوان هدف برای امرار معاش و تنظیم کردن اقتصاد خانواده مد نظر قرار می‌گیرد توانایی و سلامت جسمانی نقش آفرین است. سلامت جسمانی به طور معمول در رابطه با بهبود وضع اقتصادی جامعه و فرد و دستیابی به این هدف یکی حقیقت واقعی قابل توجه است و در جهان امروز امنیت جامعه وابسته و رابطه با بعد اقتصادی دارد. یک اقتصاد قوی در جامعه و خانواده نشان از قدرت ملی می‌نماید. و می‌تواند سبب رشد و تکامل و شکوفایی و نشاط در جامعه و خانواده گردد و عدم توانایی اقتصادی و مالی در اداره زندگی می‌تواند فساد و انحرافات فردی و اجتماعی از قبیل سرقت، قتل، اختلاس و... به دنبال داشته باشد. یافته‌ها و مطالعات نشان می‌دهد که بین وضع اقتصادی افراد و وقوع جرائم و سایر آسیب‌های اجتماعی رابطه وجود دارد به طوری که با از دست دادن موقعیت شغلی یا عدم انجام فعالیت اقتصادی سطح درآمد پایین آمده و سبب افزایش وقوع جرم و انحراف گردیده و براین اساس معضل نقصان سلامت جسمی و روحی که در اثر اجرای مجازات‌های حدی در انسان‌ها حاصل می‌گردد قابلیت ایجاد فقر و ناتوانی اقتصادی و عدم تمکن مالی و عدم اعتماد جامعه و به کارگیری و تعامل و همکاری را دارد که خود می‌تواند منشا آسیب‌های اجتماعی دیگر گردد. به عقیده جامعه‌شناسان انحرافات اجتماعی از قبیل سرقت، قتل، فحشا، فساد اخلاقی، تن‌فروشی از مسائل مهمی به نام فقر که نکوهش شده است برمی‌خیزد انسان همیشه با احساس نیاز در پی بر طرف کردن آن بوده حال اگر به علل نقصان جسمانی زمینه تامین خواسته و نیازهایش را فراهم نیند دست به رفتارهای انحرافی و مخاطره‌آمیز بزند. هنگامی فرد با مشکلات زیادی از قبیل نداشتن معاش روزانه دست و پنجه نرم کند راهی غیر از جرم انحراف کجروی برایش باقی نمی‌ماند برخی از پژوهش‌ها موید این موضوع است و تایید می‌کنند فقر و ناتوانی عامل مستقیم کجروی می‌باشد و بین آن‌ها همبستگی ملاحظه می‌شود و از برخی پژوهش‌ها در رابطه با نرخ جرائم علیه اموال در سال‌های ۱۹۴۰ تا ۱۹۶۰ در بین خانواده‌های که درآمد آن‌ها از میانگین جامعه پایین‌تر بوده است از درصد بالاتری برخوردار است این نتیجه به دست می‌آید که فقر با انحرافات و جرائم رابطه مستقیم دارد (اسفندیاری/ «فقر و انحرافات اجتماعی، زمینه یا انگیزه» ۱۲/۱) در نهایت باید پذیرفت اولین تصویری که انسان از مخاطب خود پیدا می‌کند خواهی نخواهی جایگاه اجتماعی و گروهی که فرد به آن تعلق دارد را در اختیارش می‌گذارد این اطلاعات اولیه باعث می‌شود وی بتواند مخاطبش را در طبقه‌بندی خاص قرار دهد بنابراین شخصی که بر حسب مجازات حدی را در پیکره خود دارد از نظر جامعه در طبقه بزهکاران قرار می‌گیرد که مانعی برای ارتباط و تعامل و همکاری او می‌گردد در نتیجه بیکاری و فقر و اعتیاد و سایر آسیب‌ها را موجب می‌شود.

۷- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

می‌توان گفت از جمله دلایل بسیار موثر و کلیدی اثرگذار در نهادینه شدن توبه به عنوان یکی از مسقطات کیفر با قلمرو و گستردگی بسیار وسیع در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نسبت به قوانین پیش از این توجه و التفات ویژه مقنن به بسترهای اجتماعی و آثار سوء ناشی از اجرای کیفرهای بدنی بر سلامت جامعه بوده است به نحوی که سبب گشته نظام عدالت کیفری در نهاد فوق‌الذکر براساس مقررات شرعی به عنوان مولفه‌ای از آموزه‌های دینی جهت عدم اثبات و اجرای مجازات‌های سنگین شرعی استفاده بنماید هر چند نباید از این تحول خرسند شد چرا که به دشواری می‌توان از نوآوری در این زمینه سخن گفت زیرا اقدامات و تحولات مذکور از ابتدای انقلاب قابل استخراج از منابع فقهی بوده است لیکن قانونگذار و نظام کیفری به این زمینه توجهی مبذول نداشت و انتظار کشید تا بستر فوق خود را کاملاً هویدا ساخته و آثار سوء و مخرب خود را بر سلامت روانی جامعه کاملاً آشکار سازد به نحوی که بسیاری از افراد به جای تقبیح رفتار مجرمانه با مرتکب و خانواده وی همزاد پنداری نمایند. در عین حال که قانون جدید پس از مطالعات و سپری شدن دو دهه از قانون سال ۷۰ به تصویب رسید این انتظار وجود داشت نارسایی‌ها در این نهاد به حداقل برسد لکن شاهد هستیم نهاد مذکور دارای معایب و اشکالات متعدد بوده که قانون نسبت به آن ساکت است. از جمله نحوه احراز توبه و عدم اجرای توبه در تعزیرات منصوص و غیره که قانونگذار می‌توانست نسبت به رفع این مشکلات اهتمام ورزد تا جامعه از ناحیه اجرای مجازات‌های حدی کمتر تاثیر

پذیرد تا جایی که این عدم‌اهتمام در تبیین مقررات این تصور را بر ذهن هر اندیشمندی متجلی می‌سازد که گویی مقنن تنها سعی در دخالت دادن انگاره‌های شرعی و انعکاس آن در قانون اهتمام داشته است و در این رهگذر وقتی به بسترهای موجود و واقعیات اجتماعی نداشته است.

فهرست منابع

1. Ebrahimpour Layalestani, Hussein, Excerpts of Penal Law in the Quran, Khorsandi Publishing, First Edition, 13912. Ibn Faris, Ahmad Zakaria, Mo'ajm Moghibis al-Logha, Center for the Publication of Islamic Sciences, Qom, 1404,
2. Esfandiari-Ismael, "Poverty and social deviations, background or motivation" Women's Quarterly Journal No. 21, 1389
3. Hor amali-Mohammad Ibn Hassan, Waseleh al-Shi'a Volume 18 The first part of the Qom Basic Elementary Study of the Al-Al-Bait Al-Aliabat Institute in 1414 AD,
4. Khatib Kermani, Hassan, Maleshl-e-Laghah, by the efforts of Seyyed Mohammad Dehbar Jaaghi and Gholam Hossein Yousefi, Center for Scientific and Cultural Examinations, 1982.
5. Razavi Fard Behzad "Execution of Extreme Penalties in the Time of the Absence" Legal Journal of Justice No. 55, 1385
6. Rajaei, Hamid, Creation, Side Thought and Religious Belief (Income to the Production of Islamic Humanities, First Edition of Isfahan: My City Publishing, 2010).
7. Roholamini, Mahmoud; The field of compilation of cultural science in cultural anthropology and anthropology; Attar, Bey
8. Sha'rani, Abolhassan al-Mawardi, al-Ahakam al-Soltanieh, Tooba book store, Islamiyah, second edition, second edition, 1398 e. Ah
9. Sheikh Sadouq, Ayoun al-Akhbar al-Reza Volume 2 Institute for Public Relations, Beirut, 1404 AH
10. Katouzian, -Nasser, Introduction to Science and Law, Publishing Company 1395
11. Katouzian, Nasser, Basic Elementary Family Law, Tehran, 1388
12. Safai, Hossein and Asadollah Emami, Brief Family Law, Tehran, 2004,
13. Tabatabai, Mohammad Hussein, Taktsir al-Mizan, Tabatabai, Seyyed Mohammad Hussein, Al-Mizan Fei Tafsir al-Quran, Beirut, Lebanon, Al-Alyma Institute, 1422 AD. Translation by Mousavi Hamedani, Seyyed Mohammad Baqir, J 1, Qom, Office of Publication of Community Teachers.
14. Al-Qaradawi, Joseph, Tobah, Translation by Ahmad Nemati, Tehran, Ehsan, 2001
15. Marashi, Seyyed Mohammad Hassan, New Perspectives on Islamic Penal Law, Collection of Articles, 1, Tehran, Volume 2, 1376.
16. Makaram Shirazi, Naser, Anvar Al-Fahaha, Qom, Ali Ibn Abi Talib School, Q 1, 1418 AH.
17. Mohvori Mohammad Hussein, Qesas and zendgi, Journal of Book Review, No. 15 and 14, Spring and Summer 2000.
18. Mohaghegh Damad-Seyyed Mostafa, Rules of Criminal Jurisprudence, Islamic News Science Center, Second Edition, 2001
19. Mehrpour-Hussein, Human Rights and its Implementing Strategies. First Printing Information
20. Naraghi, Ahmadbn Mohammad Mehdi, Rasile and Issa, Q2, Qom, Congress of Naraqin Malhwedi and Malahmad, 1422, AH.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۴

صص ۵۷۱ - ۵۷۹

اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل

محمود قاسمی^۱، دکتر حسین داوودی^{۲*}، دکتر حسن حیدری^۳

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد مشاوره خانواده، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

۲- استادیار گروه مشاوره، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

۳- دانشیار گروه مشاوره، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خمین، مرکزی، ایران.

چکیده

هدف تحقیق حاضر بررسی اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل بوده است. تحقیق حاضر با استفاده از روش پیش آزمون- پس آزمون با گروه کنترل انجام شد. جامعه آماری این تحقیق شامل کلیه مردان و زنان شاغل شهر اراک در سال ۱۳۹۶-۹۷ بود که در مجموع ۲۰۰ نفر می‌باشند که به عنوان حجم نمونه تعیین گردید و روش نمونه‌گیری، در دسترس انتخاب و با استفاده از روش تصادفی بوده است و اطلاعات با استفاده از دو روش کتابخانه‌ای و میدانی جمع‌آوری شده است. جهت گردآوری اطلاعات در بخش میدانی از مصاحبه بالینی ساختار یافته و پرسشنامه استفاده گردید. اطلاعات پژوهش با نرم افزار آماری SPSS تجزیه و تحلیل شد. ابزار مورد استفاده پرسشنامه استاندارد دلزدگی زناشویی (CBM) پابنز (۱۹۹۶) که ۲۰ گویه و ۳ مولفه دارد و پرسشنامه استاندارد صمیمیت زناشویی آسوده و تیموری (۱۳۸۷) که ۳۳ گوی و ۸ مولفه است، تشکیل شده است. پایایی پرسشنامه‌ها با استفاده از روش آلفای کرونباخ برای پرسشنامه پرسشنامه استاندارد دلزدگی زناشویی (CBM) و پرسشنامه استاندارد صمیمیت زناشویی آسوده و تیموری (۱۳۸۷) ۰/۷۸ که روایی ابزار با روش روایی محتوایی مورد تأیید قرار گرفته‌اند. نتایج یافته‌ها نشان داد که آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل اثربخش است و این که کاربست روش‌های زوج درمانی مبتنی بر آموزه‌های دینی برای زوج‌هایی که زمینه‌ای مذهبی و دینی دارند، اثرات مفیدی بر فرایند صمیمیت زناشویی آنها دارد.

واژگان کلیدی: اثربخشی آموزش؛ دلزدگی؛ و صمیمیت زناشویی؛ شاغل؛ درمانگری اسلامی.

* نویسنده مسئول Mahmoudghasemei1398@gmail.com

مقدمه

ازدواج به عنوان مهم ترین و عالی ترین رسم اجتماعی برای دستیابی به نیازهای عاطفی افراد همواره تأیید شده است. ازدواج رابطه ای انسانی، پیچیده، ظریف و پویا است. دلایل اصلی ازدواج عمدتاً عشق و محبت، داشتن شریک و همراه در زندگی، ارضای نیازهای عاطفی و روانی و افزایش شادی و خشنودی به همراه صمیمیت^۱ و رضایت زناشویی^۲ می‌شود (برنشتاین و برنشتاین^۳، ۱۳۸۰). در روابط زناشویی و صمیمانه اصول اساسی نظریه برابری به این صورت است که زوجین در تلاش هستند سود حاصل از روابط را در برابر هزینه‌ای که پرداخت می‌کنند، افزایش دهند. بر اساس این نظریه یک فرد هنگامی از روابطش حداکثر احساس رضایت را خواهد داشت که حداکثر احساس برابری را داشته باشد. یعنی نسبت بین سود و منفعت دریافت شده در روابط و میزان هزینه‌ای که پرداخت کرده است برابر درک شود. (کاظمیان، ۲۰۱۲).

نکته تأمل برانگیز این است که برخی زوج‌ها زندگی خویش را با تفاهم و سازگاری می‌گذرانند در حالی که گروهی از همسران در حل ساده‌ترین مسائل زندگی با دشواری و سردرگمی مواجه هستند. در چند دهه اخیر روانشناسان در بررسی اختلافات رفتاری و ناسازگاری‌های زناشویی به این نتیجه رسیده‌اند که این آسیب‌ها، از ناتوانی افراد در تحلیل‌های خودشناسی نشأت می‌گیرد (برن^۴، ۲۰۰۷). نیاز زوج‌ها به باورهای متعالی مانند اعتقاد به خدا، باور به وجود انسان‌های وارسته و الگوگیری از آنها و اعتقاد به زندگی اخروی در مراحل مختلف زندگی زناشویی امری روشن است (سالاری فرد، ۱۳۸۵).

در واقع زوج‌ها در می‌یابند که رفتار همسرشان آن چیزی نیست که انتظارش را داشته‌اند و پس از به وجود آمدن این احساس سرخوردگی، همسرشان را در قبل و بعد از ازدواج مقایسه می‌کنند و در پی آن، احساسات منفی، حالت غالب به خود می‌گیرد و به از دست دادن شور و شوق اولیه، وابستگی عاطفی، تعهد و نهایتاً بروز دلزدگی منجر می‌شود (پوکورسکا^۵ و همکاران، ۲۰۱۳). انباشته شدن سرخوردگی‌ها و تنش‌های زندگی روزمره سبب فرسایش روانی می‌شوند و سرانجام به دلزدگی منجر می‌شوند. بیکر^۶ (۲۰۰۹) در پژوهش خود نشان داد که رفتارهای مخالف دلزدگی زناشویی با سلامتی روانی و دلزدگی زناشویی زوجین با افسردگی رابطه معنی داری دارند. وستمن و بیکر^۷ (۲۰۰۸) نیز نشان دادند که دلزدگی در بیشتر روابط صمیمانه و نزدیک اتفاق می‌افتد. آهولا^۸ (۲۰۰۷) و ملامد، شیروم، توکر، برلاینر و شاپیرا^۹ (۲۰۰۶) نیز در پژوهش‌های خود نشان دادند که بین دلزدگی و سلامتی جسمی و روانی یک رابطه معنادار وجود دارد. نتایج پژوهش ادیب راد و ادیب راد (۱۳۸۴) نشان داد که تفاوت معناداری از نظر دلزدگی زناشویی و باورهای ارتباطی بین زنان متقاضی طلاق و زنان مایل به ادامه زندگی مشترک وجود دارد. همچنین در این تحقیق نشان داده شد که باورهای ارتباطی نقش بسیار مهمی در رضایت یا عدم رضایت از رابطه زناشویی و نهایتاً دلزدگی زناشویی در زنان متقاضی طلاق و زنان مایل به ادامه زندگی مشترک وجود دارد.

دلزدگی^{۱۰}، حالت دردناک فرسودگی جسمی، عاطفی و روانی است که کسانی را متأثر می‌سازد که توقع دارند عشق رویایی به زندگیشان معنا ببخشد. این حالت زمانی بروز می‌کند که آنها متوجه می‌شوند علیرغم تلاش‌هایشان رابطه شان به زندگی معنا ن داده و نخواهد داد (ون پلت^{۱۱}، ۲۰۰۴). از نظر لینگرن^{۱۲} (۲۰۰۳)

1. Intimacy
2. Marital Satisfaction
3. Bornstein & Bornstein
1. Bern
2. Pokrovska
3. Bakker
4. Westman, M., & Bakker
5. Ahola
6. Melamed, S., Shirom, A., Toker, S., Berliner, S., & Shapira
1. disturbance
2. Vanpelt
3. Lingern

دلزدگی از پا افتادن جسمی، عاطفی و روانی است که از عدم تناسب بین توقعات و واقعیت ناشی می‌شود. دلزدگی به علت ناکامی در عشق بروز می‌کند و پاسخی است در برابر مسائل وجودی. انباشته شدن فشارهای روانی تضعیف کننده عشق، افزایش تدریجی خستگی و یکنواختی و جمع شدن رنجش‌های کوچک به بروز دلزدگی کمک می‌کند. شروع دلزدگی به ندرت ناگهانی است و معمولاً تدریجی و به سختی از یک پدیده ناگوار یا حتی چند ضربه‌ی ناراحت کننده ناشی می‌شود (نعیم، ۱۳۸۷).

دلزدگی، یعنی زمانی می‌رسد که زوجین در می‌یابند که با وجود تلاش‌های مکرر، این رابطه به زندگی آنها معنایی نمی‌دهد (وان پلنت^۴، ۲۰۰۹). در حقیقت زوجین در این روند به مرحله فرسودگی می‌رسند. باورهای ارتباطی ناکارآمد، ریشه بسیاری از اختلافات زناشویی است (الیس^۵، ۲۰۰۱). دلزدگی زناشویی وضعیت دردناک فرسودگی جسمی، عاطفی و روانی است که کسانی را که توقع دارند عشق رویایی و ازدواج به زندگیشان معنا بخشد را متاثر می‌سازد. دلزدگی هنگامی بروز می‌کند که زوجین متوجه می‌شوند علیرغم تمام تلاش‌هایشان، رابطه شان به زندگی معنا نداده و نخواهد داد (ون پلت^۶، ۲۰۰۴؛ پاینز^۷، ۱۹۹۸). به نقل از شاداب، (۱۳۸۱). سازگاری زناشویی یک ارزیابی کلی از وضعیت فعلی ارائه می‌دهد. این مولفه یک فرایند تکاملی است که در طول زندگی زوجین به وجود می‌آید و لازمه آن انطباق سلیقه‌ها، شناخت صفات شخصی، ایجاد قواعد رفتاری و شکل‌گیری الگوهای مرادده‌ای است (اولیاء، ۱۳۸۵). سازگاری زناشویی^۱ به سازگاری کلی فرد کمک می‌کند، یعنی همسرانی که از سازگاری بالاتری برخوردارند، عزت نفس بیشتری دارند و در روابط اجتماعی سازگارترند (حسن شاهی و همکاران، ۱۳۸۲).

صمیمیت در روابط زناشویی، به صورت الگوی رفتاری بسیار مهمی مفهوم سازی شده است که جنبه‌های عاطفی - هیجانی و اجتماعی نیرومندی دارد و بر پایه پذیرش، رضایت خاطر و عشق شکل می‌گیرد (عدالتی و همکاران، ۲۰۱۰). روانشناسان صمیمیت را توانایی برقراری ارتباط با دیگری و بیان عواطف تعریف می‌کنند و آن را حق مسلم و از حالت‌های طبیعی انسان می‌دانند (مینوت^۲ و همکاران، ۲۰۱۰). ایجاد و حفظ روابط صمیمانه و ارضای نیازهای عاطفی و روانی در جریان ازدواج یک مهارت و هنر است که علاوه بر سلامت روانی و تجارب سالم اولیه به داشتن نگرش‌های منطقی و کسب مهارت‌ها و انجام وظایف خاصی نیاز دارد (لانتز^۳، ۲۰۰۶). زوج درمانگری اسلامی^۴ (ICT)، که دانش (۱۳۸۲) آن را به گونه‌ای سازمان یافته تدوین کرده است، که هم به عنوان یک نظریه شخصیت، ساختار روانشناختی شخصیت انسان‌ها را توضیح می‌دهد. پژوهش دانش (۱۳۸۲) مویده آن است که زوج درمانگری اسلامی افزایش صمیمیت زناشویی، کاهش دلزدگی زناشویی و سازگاری زناشویی را باعث می‌شود. و این که کاربست روش‌های زوج درمانی مبتنی بر آموزه‌های دینی برای زوج‌هایی که زمینه‌ای مذهبی و دینی دارند، اثرات مفیدی بر فرایند صمیمیت زناشویی آنها دارند. اهمیت اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل باعث شده که زوجین قبل ازدواج به مراکز مشاوره و دفاتر اسلامی مراجعه کنند که این مراجعه در جهت افزایش دید زوجین و بالا بردن سطح نگرش و عقاید زوجین نسبت به جنس مقابل شده تا زندگی و شناخت تفکرات و صمیمیت در غالب زندگی را بهتر درک کنند. اهمیت مشکلات و اختلالات و تفاوت دیدگاه‌ها و سبک زندگی به ایجاد فاصله عاطفی و کاهش صمیمیت بین زوج‌ها منجر می‌شود (اعتمادی و همکاران، ۱۳۸۵).

-
4. Van Plate
 5. Ellis
 6. Van Pelt
 7. Pines
 1. marital Adjustment
 2. Minnott
 3. Lantz
 4. Islamic Couple Therapy

از جمله پژوهش‌های مرتبط می‌توان به پژوهش بهرادفر و همکاران (۱۳۹۵) در پژوهشی با عنوان ارزیابی و تشخیص بالینی در زوج درمانی؛ تجدید نظر و بررسی ویژگی‌های روانسنجی مقیاس غربالگری آشفتگی زناشویی و ارتباطی پرداخت که به این نتایج دست یافتند که آشفتگی زناشویی از مهمترین عوامل تأثیرگذار بر سلامت جسم و روان بوده که در شروع، تشدید، پیچیدگی و عود اختلالات روانی نقش قابل توجهی دارد. محمود زاده و همکاران (۱۳۹۳) در پژوهشی با عنوان بررسی تأثیر زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت زناشویی پرداختند. دنتایج نشان داد که زوج درمانی اسلامی، صمیمیت و ابعاد صمیمیت زناشویی (صمیمیت عاطفی، ارتباطی، فیزیکی، اجتماعی - تفریحی، مذهبی و روانشناختی) را افزایش داده است. علوی زاده و میرهاشمی (۱۳۹۲) در پژوهشی با عنوان تأثیر زوج درمانی کوتاه مدت مبتنی بر خودگردانی، بر رضایت زناشویی، سازگاری زناشویی، وضعیت زناشویی، افسردگی، و اضطراب پرداختند. نتایج به دست آمده نشان دادند که زوج درمانی کوتاه مدت مبتنی بر خودگردانی، رضایت زناشویی و سازگاری زناشویی را افزایش می‌دهد، وضعیت زناشویی را بهبود می‌بخشد، و افسردگی را کاهش می‌دهد ولی تأثیر معناداری بر اضطراب ندارد. همچنین پژوهش‌های خارجی مرتبط عبارت است از اورال و مک نالتی^۱ (۲۰۱۶) که پژوهشی تحت عنوان چه نوع ارتباطی در طول تعارض برای ایجاد صمیمیت مفید است انجام دادند. نتایج نشان می‌دهد که مخالفت مستقیم زمانی مفید است که مشکلات جدی هستند و زوجین قادرند تغییر کنند. اما زمانی مخالفت مستقیم مضر است که اطمینان ندارند یا به اندازه کافی مسئول و پاسخگو نیستند. ترمتی^۲ (۲۰۱۵) پژوهشی تحت عنوان اثرات جنسیت و صمیمیت زوجین در تعارضات زناشویی در میان زوج‌های غنایی انجام داد. نتایج نشان داد که سطح بالاتری از صمیمیت زناشویی تحت تأثیر مثبت ادراک همسر از تعارضات زناشویی می‌باشد. این‌ها مستلزم تعاملات زناشویی و توسعه مداخلات هنگام برخورد با تعارضات زناشویی می‌باشد. لذا و زپدا^۱ (۲۰۱۴) پژوهشی تحت عنوان حوزه‌های تعارض در صمیمیت زوجین بر روی زوجین مکزیکی انجام دادند. یافته‌های آن‌ها به این صورت بود که زوجین معمولاً از یکدیگر انتظاراتی دارند که ارتباطشان را تعریف می‌کند.

هدف در زوج درمانی کمک به زنان و مردان است تا همدیگر را بهتر درک کنند و اگر تصمیم دارند یا می‌خواهند که تغییر کنند، به آنها کمک شود تا به خواسته و هدفشان برسند. روابط بین زوج‌ها قطعاً نیازمند بررسی و کنترل است و یکی از نقاط ضعف در زندگی مشترک این است که زوج‌ها وقتی مشکلات و چالش‌هایشان شدید می‌شود به فکر درمان می‌افتند. لازم به ذکر است که در جریان درمان، شناسایی اختلالات و مشکلات فردی بسیار اهمیت دارد. از طرفی زوج پایه و اساس بستر مهمی به نام خانواده است و امروزه به علت بروز بحران‌های زناشویی، زوج درمانی به عنوان یک شیوه مهم در خانواده درمانی بیش از گذشته مورد توجه قرار گرفته است. نیاز به برقراری و حفظ پیوند و روابط نزدیک با دیگران به عنوان انگیزه اساسی و بنیادی بشر قلمداد می‌شود (منوچهری، ۱۳۸۵). این رویکرد کار خود را بر درک مشکلات عمیق واقعی انسان قرار می‌دهد که بخش عمده این مشکلات را مسائل مربوط به زندگی خانوادگی، زناشویی و روابط صمیمانه و عاشقانه تشکیل می‌دهد و از آموزش زوج درمانگری اسلامی به عنوان روشی برای افزایش روابط صمیمانه در زوج‌ها استفاده می‌شود. به این سبب سوال اصلی این است که آیا آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل شهر اراک اثربخش است؟

فرضیه‌های پژوهش:

فرضیه اصلی

آموزش اثربخشی زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل اثربخش است.

1. Overall & McNulty
2. Elorm Tormeti
1. Luna and Zeped

فرضیه‌های فرعی

آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی زناشویی مردان و زنان شاغل شهر اثربخش است. آموزش اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی در جهت صمیمیت زناشویی مردان و زنان اثربخش است.

روش پژوهش

هدف تحقیق حاضر بررسی اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل بوده است. تحقیق حاضر با استفاده از روش پیش آزمون- پس آزمون با گروه کنترل انجام شد. جامعه آماری این تحقیق شامل کلیه مردان و زنان شاغل شهر اراک در سال ۹۷-۱۳۹۶ بود که در مجموع ۲۰۰ نفر می‌باشند که به عنوان حجم نمونه تعیین گردید و روش نمونه‌گیری، در دسترس انتخاب و با استفاده از روش تصادفی بوده است و اطلاعات با استفاده از دو روش کتابخانه‌ای و میدانی جمع‌آوری شده است. جهت گردآوری اطلاعات در بخش میدانی از مصاحبه‌ی بالینی ساختار یافته و پرسشنامه استفاده گردید. اطلاعات پژوهش با نرم افزار آماری SPSS تجزیه و تحلیل شد. ابزار مورد استفاده پرسشنامه استاندارد دلزدگی زناشویی (CBM) پاینز (۱۹۹۶) که ۲۰ گویه و ۳ مولفه دارد و پرسشنامه استاندارد صمیمیت زناشویی آسوده و تیموری (۱۳۸۷) که ۳۳ گویه و ۸ مولفه است، تشکیل شده است. پایایی پرسشنامه‌ها با استفاده از روش آلفای کرونباخ برای پرسشنامه پرسشنامه استاندارد دلزدگی زناشویی (CBM) ۰/۷۸ و پرسشنامه استاندارد صمیمیت زناشویی آسوده و تیموری (۱۳۸۷) ۰/۸۸ که روایی ابزار با روش روایی محتوایی مورد تأیید قرار گرفته‌اند.

یافته‌ها

فرضیه اصلی: آموزش اثربخشی زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل اثربخش است.

| siny | df ₂ | df ₁ | F | Box's M |
|------|-----------------|-----------------|------|---------|
| ۰/۱۷ | ۸۷۱۲ | ۳ | ۱/۰۲ | ۴/۱۸ |

نتایج جدول بالا نشان می‌دهد که مقدار F معنی دار نیست لذا فرض همگنی واریانس در ماتریس کوواریانس پذیرفته می‌شود.

جدول (۱). نتایج آزمون تحلیل کوواریانس چند متغیری

| آزمون | مقدار | F | df فرضیه | Df خطا | sig | ضریب | توان آماری |
|------------|-------|------|----------|--------|------|------|------------|
| اثر هتلینگ | ۵/۱۰ | ۱/۷۴ | ۲ | ۴۳ | ۰/۰۱ | ۰/۸۴ | ۱ |

نتایج جدول بالا نشان می‌دهد که مقدار F معنی دار است. لذا می‌توان ادعا کرد که متغیر مستقل (آموزش) حداقل بر یکی از متغیرهای وابسته اثر بخش بوده است. مقدار ضریب اتا نشان می‌دهد که مقدار اثر بخشی آموزش ۸۴ درصد بوده است. مقدار توان آماری نشان می‌دهد که اگر این آموزش صدار انجام شود همین نسخه بدست خواهد آمد.

جدول (۲). مقایسه زوجی میانگین‌های تعدیل شده

| متغیر | گروه | گروه | تفاوت میانگین | خطای معیار | Sig |
|-------|--------|------|---------------|------------|-------|
| محبت | آزمایش | گواه | ۳۰/۰۱ | ۲/۷۵ | ۰/۰۰۱ |

| | | | | | |
|--------|--------|------|-------|------|------|
| زنشویی | | | | | |
| دلزدگی | آزمایش | گواه | -۱/۶۵ | ۰/۱۳ | ۰/۰۱ |
| زنشویی | | | | | |

نتایج جدول بالا نشان می‌دهد که تفاوت میانگین تعدیه شده در پس آزمون گروه‌ها در هر دو متغیر وابسته معنی دار بوده است.

فرضیه فرعی یکم: آموزش زوج درمانی اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زنشویی در زنان اثربخش است.

جدول (۳) نتایج آزمون باکس

| | | | | |
|------|-----------------|-----------------|------|---------|
| Sig | Df ₂ | df ₁ | F | Box's M |
| ۰/۴۱ | ۸۷۱۲۰ | ۳ | ۰/۹۵ | ۳/۸ |

نتایج جدول بالا نشان می‌دهد که مقدار F معنی دار نیست لذا فرض برابر واریانس‌ها پذیرفته می‌شود.

جدول (۴)

| | | | |
|---------------|--------|---------|------------|
| متغیر وابسته | گروه | میانگین | خطای معیار |
| محبت زنشویی | آزمایش | ۱۱۸/۸۷ | ۲۱/۷ |
| | گواه | ۸۵/۵۴ | ۲۱/۷ |
| دلزدگی زنشویی | آزمایش | ۱/۱۰ | ۰/۱۲ |
| | گواه | ۲/۶۴ | ۰/۱۲ |

فرضیه فرعی دوم: آموزش زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت و دلزدگی در مردان اثر بخش است.

جدول (۵)

| | | | | |
|------|-----------------|-----------------|------|---------|
| Sig | df ₂ | df ₁ | F | Box's M |
| ۰/۰۹ | ۸۷۱۲۰ | ۳ | ۳/۸۴ | ۱۲/۸۱ |

جدول (۶)

| | | | | |
|---------------|---------------|---------------|----------------|-------|
| متغیر | گروه - گروه | تفاوت میانگین | خطای استاندارد | Sig |
| محبت زنشویی | آزمایش - گروه | ۲۷/۸۹ | ۴/۵۲ | ۰/۰۰۱ |
| دلزدگی زنشویی | آزمایش - گواه | -۱/۶۷ | ۰/۱۸ | ۰/۰۰۱ |

بحث و نتیجه‌گیری

هدف این پژوهش بررسی اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زنشویی مردان و زنان شاغل بود.

نتایج بدست آمده از آزمون فرضیه اصلی اول:

فرضیه اصلی: آموزش زوج‌های اسلامی بر قبل دلزدگی و محبت زنشویی مردان و زنان شاغل اثر بخش است.

می‌توان گفت که فرضیه کلی پژوهش تأیید می‌شود و آموزش زوج‌های اسلامی بر قبل دلزدگی و محبت زنشویی مردان و زنان شاغل اثر بخش است و نتایج این پژوهش با یافته‌های بهرادر و همکاران (۱۳۹۵)، خجسته مهر و همکاران (۱۳۹۳)، محمود زاده و همکاران (۱۳۹۳) همسو می‌باشد.

در تبیین این فرضیه می‌توان گفت دلزدگی زنشویی، حالت دردناک فرسودگی جسمی، عاطفی و روانی است و زوج‌های متوقع را متاثر می‌سازد. زوج درمانگری اسلامی افزایش صمیمیت زنشویی، کاهش دلزدگی زنشویی و سازگاری زنشویی را باعث می‌شود. و این که کاربست روش‌های زوج درمانی مبتنی بر آموزه‌های دینی برای زوج‌هایی که زمینه‌ای مذهبی و دینی دارند، اثرات مفیدی بر فرایند صمیمیت زنشویی آنها دارند.

آموزش زوج‌های اسلامی موجب کاهش دلزدگی زناشویی و افزایش کیفیت زناشویی گردیده است. همچنین کاربرد آموزش مهارت‌های اسلامی به شیوه برنامه ارتباط زوجین بر کاهش دلزدگی زناشویی اثربخش و این تأثیر در جلسه پیگیری نیز از ثبات لازم برخوردار بوده است. در نتیجه زوج درمانی به شکل اسلامی راهی برای حل مشکلات و کشمکش‌های زوج درمانی تلقی می‌شود باعث افزایش رضایت زناشویی بین زوجین می‌شود. اهمیت اثربخشی آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل باعث شده که زوجین قبل ازدواج به مراکز مشاوره و دفاتر اسلامی مراجعه کنند که این مراجعه در جهت افزایش دید زوجین و بالا بردن سطح نگرش و عقاید زوجین نسبت به جنس مقابل شده تا زندگی و شناخت تفکرات و صمیمیت در غالب زندگی را بهتر درک کنند.

نتایج بدست آمده از آزمون فرضیه فرعی اول:

آموزش زوج درمانی اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی در زنان اثر بخش است. بنابراین می‌توان گفت که فرضیه فرعی اول پژوهش تأیید می‌شود و آموزش زوج درمانی اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی در زنان اثر بخش است و نتایج این پژوهش با یافته‌های علوی زاده و میرهاشمی (۱۳۹۲)، سالاری فرد و همکاران (۱۳۹۲)، کاظمیان و همکاران (۱۳۹۲)، اورال و مک نالتی^۱ (۲۰۱۶)، ترمتی^۲ (۲۰۱۵)، لنا و زپدا^۳ (۲۰۱۴) همسو می‌باشد.

در تبیین فرضیه می‌توان گفت هدف در زوج درمانی کمک به زنان و مردان است تا همدیگر را بهتر درک کنند و اگر تصمیم دارند یا می‌خواهند که تغییر کنند، به آنها کمک شود تا به خواسته و هدفشان برسند. زوج پایه و اساس بستر مهمی به نام خانواده است و امروزه به علت بروز بحران‌های زناشویی، زوج درمانی به عنوان یک شیوه مهم در خانواده درمانی بیش از گذشته مورد توجه قرار گرفته است. نیاز به برقراری و حفظ پیوند و روابط نزدیک با دیگران به عنوان انگیزه اساسی و بنیادی بشر قلمداد می‌شود. در آموزه‌های دین اسلام توصیه‌های بسیاری در مورد ساختار خانواده و نحوه روابط اعضای آن و رفتارهای تسهیل کننده و روش‌های افزایش سلامت اعضا و کارایی کل خانواده دیده می‌شود. افزون بر غنای متون سلامی، درصد بالایی از زوج‌های ایرانی علاقه و آمادگی زیادی به عمل به توصیه‌های اسلامی دارند. نیاز زوج‌ها به باروهای متعالی مانند اعتقاد به خدا، به وجود انسان‌های وارسته و الگوگیری از آنها و اعتقاد به زندگی اخروی در مراحل مختلف زندگی زناشویی امری روشن است. هدف اصلی زوج درمانی اسلامی ایجاد یک رابطه رضایت بخش بین زوجین و فراهم شدن یک زندگی با نشاط و انگیزه همراه با آرامش و لذت در چارچوب آموزه‌های اسلامی با رنگ خدایی در همه ابعاد زندگی زناشویی می‌باشد.

نتایج بدست آمده از آزمون فرضیه فرعی دوم:

آموزش زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت و دلزدگی در مردان اثر بخش است. می‌توان گفت که فرضیه فرعی دوم پژوهش تأیید می‌شود و آموزش زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت و دلزدگی در مردان اثر بخش است و نتایج این پژوهش با یافته‌های دیلا و سیوات و یالین^۱ (۲۰۱۳)، سلطانی و همکاران (۲۰۱۳)، نارجیسو^۲ و همکاران (۲۰۱۲)، بررسی لویز، ریگز، پالارد و هوک^۳ (۲۰۱۲)، امان الهی (۱۳۹۱)، نتایج پژوهشی آسفیچی و همکاران (۱۳۹۱)، عارفی و محسن زاده (۱۳۹۱)، منجری و همکاران (۱۳۹۱) همسو می‌باشد.

1. Overall & McNulty
2. Elorm Tormeti
3. Luna and Zeped
1. Dildar, Sitwat & Yasin
2. Nargiso
3. Lopez, Riggs, Pollard, & Hook

در تبیین این فرضیه می‌توان گفت آموزه‌های اسلامی در پی ترویج دیدگاه‌هایی در مردان هستند که بر رفتار آنان با همسرانشان بسیار تأثیر می‌گذارد. همچنین بخشی از مداخلات درمانی آگاهی بخشی زوجین به تفاوت‌های روانی زن و مرد اختصاص می‌یابد. نقش‌ها و کنش‌های زن و مرد در خانواده بسیار تحت تأثیر این تفاوت‌هاست. دیدگاه زوج درمانگری اسلامی به مسئله تفاوت‌های جنسی اشارات فراوانی دارد. مبانی زوج درمانی اسلامی مبتنی بر پایه‌هایی است که بدون پذیرش آنها نمی‌توان از زوج درمانی اسلامی سخن گفت. صمیمیت را توانایی برقراری ارتباط با دیگری و بیان عواطف تعریف می‌کنند و آن را حق مسلم و از حالت‌های طبیعی انسان می‌دانند. فردی که میزان صمیمیت بالاتری را در روابط تجربه می‌کند، قادر است خود را به شیوه مطلوبتری در روابط عرضه کند و نیازهای خود را به شکل مؤثرتری به شریک و همسر خود ابراز نماید. تأثیر زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت زنان و مردان یکسان بوده است. با توجه به اهمیت روابط صمیمانه در احساس رضایتمندی زناشویی از یک سو، و فرهنگ اسلامی کشور از سوی دیگر، آموزش آموزه‌های جامع، اصیل و مطمئن دین اسلام به همسران می‌تواند بسیار مفید واقع شود. بنابراین در یک نتیجه‌گیری نهائی می‌توان چنین اظهار داشت که با توجه به مؤثر بودن روش آموزش زوج درمانگری اسلامی بر دلزدگی و صمیمیت زناشویی مردان و زنان شاغل، پیشنهاد می‌شود که روانشناسان و مشاوران مراکز خدمات درمانی و مشاوره به ویژه مشاوران درمانگر صمیمیت زناشویی در حیطه اسلامی از این رویکردها در جهت افزایش آگاهی زوجین استفاده کنند تا مسئولان شاهد اثرات مثبت چنین آموزه‌های اسلامی در حیطه زناشویی زوجین باشند که نتایج این پژوهش را می‌توان در مراکز مشاوره ازدواج و طلاق، مراکز آموزشگاهی و تحصیلی، در بین کارکنان سازمان‌های اداری داخل کشور، مراکز بهزیستی و... مورد استفاده قرار داد.

محدودیت‌های تحقیق

محدودیت‌های در کنترل محقق فارسی:

* تنظیم پرسشنامه

* پاسخ‌دهندگان: با توجه به این که نیاز به همکاری از مردان و زنان شاغل جهت پاسخ به پرسشنامه بود، پرسشنامه‌ها در دو مرحله توزیع شد و این زمان بر بود.
* محدودیت زمان انجام تحقیق: جمع‌آوری مبانی نظری تحقیق و توزیع پرسشنامه با توجه به عدم دسترسی ۲۴ ساعته از محدودیت‌های تحقیق بود.

پیشنهادها

پیشنهادهای مبتنی بر یافته‌های تحقیق

* مردان و زنان شاغل دیگر شهرها از نظر اجرای منظم و به موقع برنامه و زمانبندی مشخص شده از جانب پژوهشگر مورد ارزیابی قرار گیرند.
* افزایش مهارت‌های ارتباطی با مردان و زنان شاغل و بدین منظور می‌توان جلسات و نشست منظم هفتگی و ماهیانه با پژوهشگران برگزار کرد.
* برنامه‌ی کاری مشخصی با توجه به ارتقاء شغلی مردان و زنان شاغل با زمانبندی: هفتگی، ماهیانه و پایان نیم‌سال اول تعیین شده و به بیماران ارائه شود.
* سازمان یا ارگان واحدی، همکاری و هدایت لازم برای اجرای برنامه‌های تعیین شده را با مردان و زنان شاغل

پیشنهادها برای محققان آتی

* پژوهش درباره برنامه‌ریزی، تدریس و اداره‌ی زنان و مردان شاغل و مشکلات آنها انجام شود.
* تحقیقاتی در زمینه‌ی نیازسنجی زنان و مردان شاغل انجام شود.
* پیشنهاد می‌شود پژوهش‌های مشابه در جامعه آماری بزرگ‌تر به اجرا درآیند تا نتایج قابل مقایسه‌ای در این زمینه به دست آید.

منابع

- ۱- ادیب راد، نسترن و ادیب راد، مجتبی (۱۳۸۴) بررسی رابطه باورهای ارتباطی با دلزدگی زناشویی و مقایسه آن با زنان متقاضی طالق و زنان خواهان ادامه زندگی مشترک. تازه‌ها و پژوهش‌های مشاوره، ۹۹-۱۱۰ صص، ۱۳ شماره، ۴ جلد
- ۲- اعتمادی، عذرا؛ نوایی نژاد، شکوه؛ احمدی، احمد و فرزاد، ولی الله (۱۳۸۵) بررسی اثربخشی زوج درمانی شناختی- رفتاری بر صمیمیت زوجین ناسازگار مراجعه کننده به مراکز مشاوره در شهر اصفهان. مجله روانشناختی؛ شماره ۲۱
- ۳- برنشتاین، فیلیپ. اچ و مارسی. تی برنشتاین (۱۳۸۰) زناشویی درمانی از دیدگاه رفتاری - ارتباطی، ترجمه حسن پور عابدی نائینی، غلامرضا منشی، تهران. رشد.
- ۴- پاینز، آیال مالچ (۱۹۹۸) چه کنیم تا عشق به دلزدگی نیانجامد. ترجمه ف، شاداب. (۱۳۸۱) تهران: انتشارات ققنوس.
- ۵- حسن شاهی، م؛ نوری، ا و مولوی، ح (۱۳۸۲) رابطه بین کانون کنترل و سازگاری زناشویی همسران شاغل در آموزش و پرورش (دبیرستان) شهرستان شیراز. پژوهش‌های روانشناختی؛ ۷. (۲ و ۱) ص ۶۱-۵۱.
- ۶- سالاری فرد، محمدرضا؛ یونسی، سیدجلال؛ شریفی نیا، محمدحسین و غروی، سید محمد (۱۳۹۲) مبانی و ساختار زوج درمانی اسلامی. دو فصلنامه علمی پژوهشی، مطالعات اسلام و روانشناسی. س ۷، ش ۱۲، ص ۶۸-۳۷.
- ۷- کاظمیان، سمیه، باقری، قادرزاده؛ بهمنی، نگار، خلیلی، شیرین، باقری، لیلا زاده و ابوالفتحی، معصومه (۱۳۹۲) تعیین اثربخشی زوج درمانی کوتاه مدت خود تنظیمی بر افزایش صمیمیت زناشویی زوجین ناباور. ارمغان دانش، مجله علمی پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی یاسوج، دوره ۱۸. شماره ۵ (شماره پی در پی ۷۷).
- ۸- محمودزاده، احمد حسینیان، اعظم؛ احمدی، سیداحمد و فاتحی زاده، مریم (۱۳۹۳) بررسی تاثیر زوج درمانی اسلامی بر صمیمیت زناشویی. روانشناسی و دین، دوره ۷، شماره ۱ (پیاپی ۲۵).
- 9- Overall, Nickola C. & McNulty, James K. (2016). What Type of Communication during Conflict is Beneficial for Intimate Relationships? Current opinion in psychology. <http://dx.doi.org/doi:10.1016/j.copsyc.2016.03.002>.
- 10- Luna, M. E. Meza-de and Zepeda, H. Romero (2014). AREAS OF CONFLICT IN THE INTIMATE COUPLE. TRAMES, 2013, 17(67/62), 1, 87-100
- 11- Tormeti, Linda Adzo Elorm (2015). The Influence of Gender-Role Strain and Marital Intimacy on Spousal Perception of Marital Conflict among Ghanaian Dual Career Couples. Research on Humanities and Social Sciences, Vol.5, No.9, 2015, pp: 125-131.
- 12- Berne, E, (2007). Transactional Analysis, File://G:/newfolder/ transactional analysis eric bern treory examples article. Htm
- 13- Bakker, A. B. (2009). The crossover of burnout and its relation to partner health. Stress and Health, 25, 343-353.
- 14- Westman, M., & Bakker, A.B. (2008). Crossover of burnout among health care professionals. In J.R.B. Halbesleben (Ed.), Handbook of stress and burnout in health care. New York, NY: Nova Science
- 15- Ahola, K. (2007). Occupational burnout and health. Helsinki, Finland: Finnish Institute Occupational Health.
- 16- Melamed, S., Shirom, A., Toker, S., Berliner, S., & Shapira, I. (2006). Burnout and risk of cardiovascular disease: Evidence, possible causal paths, and promising research directions. Psychological Bulletin, 132, 327-353
- 17- Vanpelt. n(2004)creatives ways to keep Romance Alive.Retrieved septambe
- 18- Minnott Kl, pedwrsen D. Mannos S(2010)the emotional terrain of parenting and marriage: emotion work and satisfaction. The social sciene Apr:47.61-747.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

صص ۵۸۱ - ۵۹۶

بررسی عوامل تهدیدکننده امنیت سیاسی و راه‌های تأمین آن از دیدگاه فقهای شیعه معاصر

عبدالله چاره‌جولنگرودی^۱، دکتر محمد جعفری هرنودی^{*۲}

۱- دانشجوی دکتری رشته الهیات فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یادگار امام (ره)، شهر ری، تهران، ایران.

۲- دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یادگار امام (ره)، شهر ری، تهران، ایران.

چکیده

مقوله امنیت یکی از پدیده‌های اساسی و بنیادین مورد نظر اندیشمندان و فقها و از نیازهای حیاتی فردی و اجتماعی به شمار می‌رود و ایجاد گسترش آن نیز وظیفه احاد ملت و حکومت‌ها و دولت‌هاست. دین اسلام نیز از این قاعده مستثنی نبوده و با ملاحظه متون دینی احکام و مقررات اسلامی ملاحظه می‌شود که اهمیت امنیت در همه عرصه‌ها و راه‌حل‌های تحقق بخشیدن به امنیت سیاسی بیش از سایر نظام‌های حقوقی در دین اسلام و به ویژه فقه شیعه مورد مطالعه قرار گرفته است. بر این اساس، نوشتار حاضر با توجه به این اهمیت، با شیوه توصیفی - تحلیلی درصدد بررسی عوامل تهدیدکننده امنیت سیاسی و راه‌های تأمین آن از دیدگاه فقهای شیعی می‌باشد. بر این اساس، نتایج پژوهش حاکی از آن است که در فقه امامیه، تأمین امنیت سیاسی و فراهم کردن زمینه تحقق آن، یکی از کار ویژه‌های فقه و حکومت می‌تواند به حساب آید. در این راستا مجموعه عواملی چون استبداد، بغی، محاربه و ارتداد امنیت سیاسی را تهدید می‌کنند و برای تأمین آن باید به مبارزه با طاغوت، مشارکت سیاسی، برقراری نظام عدل، تقیه و مسئولیت عمومی در نظارت بر قدرت توجه نمود.

واژگان کلیدی: امنیت سیاسی، فقهای شیعی، فقه، عوامل تهدید کننده.

امنیت سیاسی طبق بیان باری بوزان ناظر بر ثبات سازمانی دولت‌ها، سیستم‌های حکومتی و ایدئولوژی - هایی است که به آنها مشروعیت می‌دهد. (بوزان، ۱۳۷۸: ۳۵) البته بدیهی است که تضمین امنیت سیاسی و استواری نهاد قدرت و حکومت اصولاً با رضایت و خواست شهروندان میسر است؛ از این رو می‌توان گفت امنیت سیاسی تأمین حقوق مدنی یک جامعه در بعد سیاسی آن می‌باشد؛ به عبارت دیگر، امنیت سیاسی به معنای تأمین آرامش و طمأنینه توسط حکومت برای شهروندان از راه تضمین حقوق سیاسی آنان در مشارکت جهت تعیین سرنوشت اجتماعی و سیاسی آن می‌باشد. روشن است که چنین امنیتی هرگز در حکومت‌های استبدادی و جابر تأمین نخواهد شد. در حقیقت بین امنیت سیاسی و میزان استبدادی بودن نظام‌های سیاسی، رابطه معکوسی وجود دارد. (جهان بزرگی، ۱۳۸۸: ۱۰۹) امنیت در تجربه دولت اسلامی به دو شکل ایجابی (ایجاد فضای مبتنی بر رضایتمندی نظیر حکومت نبوی و علوی) و سلبی (کاربرد زور جهت دفع تهدیدها مانند جنگ جمل و صفین و نهروان و غزوات پیغمبر) مدنظر بوده است. بر این اساس، در تعریف امنیت سیاسی از منظر فقه می‌توان گفت: حکومت اسلامی و نیز شهروندان جامعه اسلامی با عمل به احکام و تکالیف سیاسی اسلام نظیر نفی استبداد و طاغوت، مبارزه با حاکم جابر و مستبد، امر به معروف و نهی از منکر، تقیه، برقراری نظام عدل اسلامی، مبارزه با بغی و محاربه و... به وضعیتی همچون برقراری نظام امامت و ولایت، عدالت اسلام، آزادی و استقلال و مشارکت سیاسی دست می‌یابند با چنین وضعیتی را در نظام‌های عادل حفظ می‌کنند. در اینجا با امعان نظر در احکام، قواعد و ضوابط فقهی و آرای فقها، تلاش می‌کنیم عوامل تهدید کننده امنیت سیاسی و نیز عوامل تأمین کننده آن را از بطن مباحث فقهی فقها استخراج و استنتاج نماییم و بر بستر مفهوم منظور امنیت مورد تحلیل قرار دهیم.

عوامل تهدید کننده امنیت سیاسی

تتبع در گزارهای فقهی مبین آن است که بخشی از آنها در مقام دفع زمینه‌ها و عوامل تهدیدکننده امنیت در دنیا و آخرت می‌باشند؛ از این رو ابتدا به عوامل تهدیدکننده امنیت سیاسی که قابل استخراج از قواعد و احکام و آرای فقهای می‌باشد، می‌پردازیم.

استبداد

واژه استبداد در لغت به معنای خواست و هوای خود کار کردن، خودکامی خودرایی، فرمانروایی با خودرایی و بدون مشورت با قوه مقننه، حکومتی که در آن امور بر اساس خواست یک نفر یا یک گروه است و رأی مردم در آن دخالتی ندارد. سخن امام علی(ع) نیز ناظر بر همین معناست: «مشاوره از سنت‌های حسن است و استبداد از رویه‌های شیطان می‌باشد».

علامه نائینی در عبارتی به زیبایی خصائص و خصوصیات حکومت استبدادی و استبداد و به تعبیر خودش، سلطنت تملیکیه را چنین احصا می‌کند:

«اول آنکه مانند آحاد مالکین نسبت به اموال شخصیه خود با مملکت و اهلس معامله فرماید، مملکت را بمافیها مال خود انگارد و اهلس را مانند عبید و اِماء، بلکه اغنام و احشام، برای مرادات و درک شهواتش مسخر و مخلوق پندارد، هر که را به این غرض وافی و در مقام تحصیلش فانی دید، مقربش کند و هر که را منافی یافت، از مملکت که ملک شخصی خودش پنداشته، تبعیدش نماید و یا اعدام و قطعه قطعه به خورد سگانش دهد و یا گرگان خوانخواهره را به ریختن خونس ته‌ریش و به نهب و غارت اموالش، وادار شان نماید و هر مالی را که خواهد، از صاحبش انتزاع و یا به چپاولچیان اطرافینانش بخشد و هر حقی را که خواهد، احقاق و اگر خواهد پایمالش کند و در تمام مملکت به هر تصرفی مختار و خراج را هم از قبیل مال الاجاره و حق الارض ملک شخصی خود استیفا و در مصالح و اغراض شخصی خود مصروف دارد و اهتمامش در نظم و حفظ مملکت مثل سایر مالکین نسبت به مزارع و مستغلاتش، منوط به اراده و میل خودش باشد، اگر خواهد نگهداری و اگر خواهد به اندک چاپلوسی به حریف بخشد و با برای نهی مصارف اسفار لهویه و خوشگذرانی بفروشد و یا رهن گذارد و حتی دست درازی به ناموس را هم اگر خواهد ترخیص و بی ناموس خود را برملاء سازد و باز هم با قدسیست و نحوها از صفات احدیت خود را تقدیس نماید و اعوانش مساعدتش کنند، تمام قوای مملکت را قوای قهر و استیلاء و شهوت و غضبش داند و بر طبق آن برانگیزاند: «لا یسال عما یفعل و

هم یسألون؛ در آنچه خدا انجام می‌دهد چون و چرا راه ندارد، ولی آنان [انسان] سؤال خواهد شد و این قسم از سلطنت را چون دل بخواهانه و از باب تصرف آحاد مالکین در املاک شخصی خود و بر طبق اراده و میل شخصی سلطان است، لهذا تملک‌یه و استبدادیه گویند و هم استبدادیه و اعتسافیه و تسلطیه و تحکیمیه هم خوانند». (نائینی، ۱۴۲۴: ۴۱-۴۲)

بی شک افراد تحت حکومت چنین فرد مستبدی از حداقل امنیت در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی نیز برخوردار نخواهد بود. اساساً آزادی و حقوق مدنی برای افراد جامعه در چنین نظام متصور نیست. لذا هم در روایات و هم فقها در نوع نگاه‌شان به استبداد، همواره نگاهی منفی و طرد آن بوده است و در اعصاری هم که به همکاری با آنها پرداختند یا از باب تقیه بوده و یا تأمین مصلحت و منفعت اقاو برای شیعیان بوده است.

محاربه

در فقه شیعه تقریباً تعریف واحدی از «محارب» و «محاربه» ارائه شده است که به تعریف محقق حلی در شرائع الاسلام بر می‌گردد. آن طور که می‌نویسد: «المحارب کلّ من جرّد السلاح لإخافه الناس، فی بحر، لیلاً [کان] أو نهاراً، فی مصر و غیره؛ (حلی، بی تا: ۱۸۵/۴) محارب به کسی گفته می‌شود که سلاح را برای ترساندن مردم بشکند، خواه در خشکی باشد یا دریا، شب باشد یا روز، در شهر باشد یا غیر شهر». (همان)

صاحب جواهر در شرح تعریف محقق حلی از محارب می‌نویسد:

«محارب کسی است که سلاح خود را برای ترساندن مردم بیرون بکشد یا آن را حمل نماید هر چند یک نفر باشد، اگر محارب یک نفر باشد در ورت صدق اراده فساد بر زمین، بر او محارب اطلاق می‌شود. در کشف اللثام شرط شده که مسلمانان را بترساند. شاید نظر شیخ مفید و سلار نیز همین باشد به خاطر اینکه قید دارالسلام را آورده‌اند... اجماع فقها بر این است که در صورتی محاربه تحقق می‌یابد که موجب ترس هر کسی که حرام باشد ترساندنش، خواه مسلمان باشد یا غیرمسلمان، در دارالسلام باشد یا غیر آن. شاید به همین دلیل است که شهید در دروس در تعریف محارب می‌نویسد: «محارب کسی است که سلاح را برای ترساندن بکشد». (نجفی، بی تا: ۴۱/۵۶۴) امام خمینی (ره) در تعریف محارب، قید مجهز شدن برای ترساندن را نیز آورده است: «المحارب هو کل من جرّد سلاحه أو جهزه لإخافه الناس و إرادته الإفساد فی الارض». (خمینی، ۱۴۱۵: ۲/۴۹۲)

بنا بر تعاریف فوق، این ملاک در محارب جاری است که با سلاح مردم را بترساند (چه با کشیدن سلاح و چه با تجهیز یا حمل آن، چه سلاح سرد و یا سلاح گرم، چه مسلمان و چه غیرمسلمان) و قصد ایجاد فساد در زمین داشته باشد. البته برخی از فقها از جمله شهید اول و ثانی، بستر تحقق محاربه را فقط دارالسلام می‌دانند. با توجه به معیارهای محاربه، احکام محاربه می‌تواند اشکال و مصادیق مختلف محاربه که امروز توسعه بسیاری یافته، شامل شود. به عبارتی توسعه مفهومی که محاربه به عنوان یک تهدید کننده امنیت سیاسی در طی اعصار پیدا کرده، بر حکم آن تأثیر گذاشته و بسط داده است، به طوری که امروزه حکم محاربه بر طیف وسیعی از اقدامات ضد امنیت سیاسی و اجتماعی از ترور تا تجاوز به عنف می‌توان تسری داد. علما برای مقابله با محارب چهار حدّ و کیفر برای او تکلیف کرده‌اند: قتل، به صلیب کشیدن، بریدن دست و پا به طور عکس (مراد انگشتان دست و پاست) و تبعید. این حدود دقیقاً در قرآن کریم ذکر شده است، (مائده، آیه ۳۳) که مبین نقش تخریبی گسترده و عمیق محاربه در امنیت نظام اسلامی و آحاد مسلمانان می‌باشد. فراتر اینکه در این آیه، علاوه بر مجازات‌های دنیوی، خداوند فرد محارب را به عذاب عظیم در آخرت نیز هشدار داده است. فقها در حکم محاربه به آیات و روایات متعددی تمسک کرده‌اند؛ (کلینی، ۱۳۶۵: ۱/۴۰۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۳۱۳) مهمترین مستند فقها آیه ۳۳ مائده است که احکام محارب را به صورت ریز و دقیق ذکر کرده است:

«إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۗ إِنَّ لِكُلِّ لَهْمٍ حَزَىٰ فِي الدُّنْيَا ۗ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ سَزَاي

کسانی که با [دوستداران] خدا و پیامبر او می‌جنگند و در زمین به فساد می‌کوشند، جز این نیست که کشته شوند یا بر در آویخته گردند و یا دست و پایشان در خلاف جهت یکدیگر بریده شود یا از آن سرزمین تبعید گردند. این رسوایی آنان در دنیاست و در آخرت عذابی بزرگ خواهند داشت». (مائده، آیه ۳۳)

علامه طباطبایی در تفسیر آیه مذکور می‌نویسد:

«مراد از محاربه و افساد به طوری که از ظاهر آیه بر می‌آید اخلال به امنیت عمومی است و قهراً شامل آن چاقوکشی نمی‌شود که به روی فرد معین کشیده شود و او را به تنهایی تهدید کند، چون امنیت عمومی وقتی خلل می‌پذیرد که خوف عمومی و ناامنی جای امنیت را بگیرد و بر حسب طبع وقتی محارب می‌تواند چنین خوفی در جامعه پدید آورد که مردم را با اسلحه تهدید به قتل کند و به همین جهت است که در سنت یعنی روایاتی که در تفسیر این آیه وارد شده نیز محاربه و فساد در ارض به چنین عملی یعنی به شمشیر کشیدن و مثل آن تفسیر شده است». (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۵/۶۳۳)

یکی از فقهای معاصر با توسعه مفهوم محاربه و بسط مصادیق آن می‌نویسد: «اخلال در امنیت عمومی تنها از طرق برکشیدن سلاح نیست، بلکه فتنه‌انگیزی و ایجاد تفرقه، پراکندگی و دشمنی در بین مردم نیز مصداق آن است. بنابراین هر چه موجب از بین رفتن نظم اجتماع و امنیت مردم شود، مشمول حکم آیه شریفه است. پس باید آشکارا گفت که اخلال در نظم و امنیت جامعه مصادق محاربه است، چه این عمل به قصد براندازی نظام سیاسی صورت گرفته باشد و چه به قصد دیگری. (موسوی اردبیلی، بی تا: ۷۸۷)

بغی

بغی در لغت به معنای از حد تجاوز کردن است؛ (عبدالرحمان، ۱۴۱۵: ۱/۳۹۲) بر این اساس باغی به شخصی گفته می‌شود که از حدود مشخص شده تجاوز کند. واژه «براندازی» را با تسامح و به عنوان عطف توضیحی می‌توان معادل واژه بغی به کار برد. در مفردات راغب اصفهانی «بغی» به معنای تجاوز نمودن و یا درگذشتن از حد اعتدال و همچنین به معنای تکبر آمده است؛ برای مثال در آیه ۲۳ سوره یونس «و یبغون فی الارض بغیر حق» بغی در مورد ستمکاران و تجاوزگران به کار رفته است. از نظر راغب بغی بر دو گونه است:

الف) پسندیده، یعنی درگذشتن از عدل به احسان و از امور واجب به مستحبات.

ب) تجاوز ناپسند و ناروا، یعنی از حق به باطل و به شک و شبهه رفتن. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱/۱۳۷)

بغی، در تعبیر قرآنی به معنای تجاوزگری که زمینه‌ساز اصطلاحی فقهی به معنای سرکشی گروهی از مسلمانان در برابر امام مشروع بوده است. می‌توان دریافت که معنای بغی در قرآن، عبارت است از رفتار ظالمانه با دیگران تحت تأثیر هوای نفس برخلاف قانون، برای رسیدن به خواسته‌ای شخصی یا گروهی. (بیضاوی، ۱۴۱۶: ۱۵۴)

صاحب جواهر درباره معنای بغی می‌نویسد: «بغی در لغت به معنای تجاوز از حد، و ظلم و برتری طلبی و چیزی خواستن است و در اصطلاح شرعی، به معنای خروج علیه امام عادل (ع) می‌باشد». (نجفی، بی تا: ۲۱/۳۲۲) شیخ طوسی خروج علیه امام عادل و شکستن بیعت و مخالفت با دستورهایش را بغی خوانده است. (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۹۷؛ حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۶/۴۸۳)

در روایتی امام صادق (ع) باغی را خروج کننده علیه امام عادل معرفی فرموده است. (کلینی، ۱۳۶۵: ۶/۲۶۴) نکته شایان ذکر اینکه مراد از امام در این روایت و نیز بیان فقهی، «امام حق» است، چرا که فقها در تمثیل برای بحث بغی به حرکت‌های قاسطین، مارقین و ناکثین علیه حکومت حق علوی اشاره می‌کنند. (عاملی، ۱۴۱۰: ۲/۴۰۷) صاحب جواهر با توجه به جنگ جمل و صفین در تبیین مفهوم بغی و ویژگی باغیان، معتقد است:

«شاید به خاطر این روایات صریح و مانند آن است که شیخ طوسی و ابن ادریس و ابن حمزه بنابر آنچه از آنان نقل شده - گفته‌اند در جاری بودن حکم بغات بر طایفه‌ای، معتبر است که دارای قوه و قدرت بوده و

برخوردار از جمعیت باشند؛ پس اگر تعداد آنان کم و مکر و حيله‌شان ضعیف باشد، دیگر حکم بغی بر آنان جاری نمی‌گردد». (نجفی، بی تا: ۲۱ / ۲۳۱)

البته شهید ثانی این نظر صاحب جواهر را نمی‌پذیرد و معتقد است: «کسی که علیه امام معصوم (ع) خروج کند او باغی است، چه یک نفر باشد، مانند ابن ملجم، یا بیشتر از یک نفر مانند اهل جمل و صفین». (عاملی، ۱۴۱۰: ۲ / ۴۰۷)

فقها در استنباط حکم حرمت برای بغی و وجوب دفع بغات، علاوه بر حکم عقل، به آیات و روایات متعددی استناد کرده‌اند؛ از جمله:

۱. مهمترین مستند فقها از قرآن، آیه نه سوره حجر است:

«وَإِن طَافَتَا مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلَوْا فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا^۱ فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا^۲ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»؛ و اگر دو طایفه از مومنان با هم بجنگند، میان آن دو را اصلاح دهید، و اگر باز یکی از آن دو بر دیگری تعدی کرد، با آن طایفه‌ای که تعدی می‌کند، بجنگید تا به فرمان خدا باز گردد. پس اگر بازگشت، میان آنها را دادگرانه سازش دهید و عدالت کنید، که خدا دادگران را دوست می‌دارد». (حجرات، آیه ۹)

سید محمد صدر از فقهای معاصر در استدلال به این آیه می‌نویسد: «بر اساس نص آیه این آیه کریمه، قتال با باغی جائز و بلکه واجب است. از آیه به دست می‌آید که باغی در اصل مسلمان بوده و نه مشرک... باغی همان طرف غیرحق از طرفین قتال است و ظاهر آیه نشان می‌دهد که او کسی است که صلح را قبول نمی‌کند». (صدر، ۱۹۷۷: ۲ / ۳۸۹)

درباره اطلاق مؤمن به باغی در آیه برخی از فقها معتقدند این تغییر (طائفتان من المومنین) نحو مجاز در تعبیر است که به اعتبار در نظر گرفتن حال طایفه باغی قبل از بغی است یا به ملاحظه اعتقادی است که باغی دارد (که خود را مؤمن می‌داند) و یا به این جهت است که بین فسق و بعضی از مراتب ایمان منافاتی نیست. (منتظری، ۱۴۰۹: ۶ / ۱۸۰)

۲. «إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ^۱ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ^۲ بِغَيْرِ الْحَقِّ»؛ به درستی که پروردگارم کارهای زشت آشکار و پنهان و گناه و بغی ناحق علیه حکومت حق را حرام کرده است. (اعراف، آیه ۳۴) علامه طباطبایی ذیل آیه در مورد بغی می‌نویسد: «مراد از بغی، تعدی و طلب کردن چیزی است که حق طلب کردن آن را نداشته باشد، مانند انواع ظلم‌ها و تعدیات بر مردم و استیلا غیرمشروع بر آنان». (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۸ / ۱۱۸) نظر علامه طباطبایی به خوبی بغی را به عنوان عامل تهدیدکننده امنیت سیاسی و حقوق مدنی شهروندان شناسایی می‌کند.

از روایات مورد استناد فقها در حرمت بغی و وجوب قتال با بغات به دو حدیث اشاره می‌کنیم:

۳. از رسول گرامی اسلام (ص) در تقبیح بغی روایت شده است: «ان اعجل السر عقوبه البغی»؛ به درستی که شری که عقوبت آن بسیار نزدیک است همانا بغی می‌باشد». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶ / ۱۸۵) همچنین آن حضرت موقع حفر خندق در جنگ احزاب، به عمار یاسر فرمود: «تقتلك فئه باغیه». (جهان بزرگی، ۱۳۸۸: ۷۹)

۴. امام علی (ع) نیز می‌فرماید: «یها الناس ان البغی یقود اصحابه الی النار»؛ ای مردم به درستی که بغی یاران و اصحابش را به سوی آتش رهنمون می‌شود». (مازندرانی، ۱۳۷۶: ۹ / ۳۴۷)

نقش مخرب و ناامن باغی سبب شده است در فقه بغی به عنوان یکی از اسباب تعزیرات شرعی احصا شود. محقق حلی می‌نویسد: «أسباب الاول الحدود... والثانی التعزیر [أربعة: البغی و الرده و ... و ارتکاب ما سوی ذالک من المحارم]». (حلی، ۱۴۱۱: ۴۱ / ۳۵۵) برخی شارحان شرائع الاسلام نیز بر این نظر محقق حلی صحه گذاشته‌اند. تا وجود محدودیت‌هایی بیشتر زمینه ظهور و بروز چنین تهدیدهای براندازنده علیه نظام اسلامی کاهش یابد و یا به طور کلی از بین برود.

جواز و بلکه وجوب جنگ و قتال با باغیان، از احکام بین فقهای فریقین (شیعه و سنی) می‌باشد و به تأخیر انداختن آن یکی از گناهان کبیره، قلمداد شده است. (حسینعلی منتظری، بی تا: ۶ / ۴۸۳) صاحب

جواهر ادعای اجماع محصلی و منقول بین مسلمانان (نه فقط شیعیان) برای حکم وجوب قتال یا بغات نموده است. (نجفی، بی تا: ۳۴۴ / ۲۱) وی مبارزه با بغات را مثل قتال با مشرکان خوانده و ترک آن را گناه کبیره و فرار از این مبارزه را مانند فرار از جهاد با مشرکان دانسته است. (همان، ۳۲۸) امان نظر در مباحث فقهی بغی بیانگر آن است که به دلیل حرمت بغی و وضع تعزیر و وجوب دفع آن توسط حاکم اسلامی و مسلمانان، همان تهدید امنیت سیاسی جامعه و مصونیت آحاد جامعه و نظام اسلامی می‌باشد. اساساً باغیان با هدف بر هم زدن نظم و امنیت سیاسی نظام اسلامی دست به خروج می‌زنند.

ارتداد

ارتداد در اصطلاح فقهی به معنی خروج فرد مسلمان از دین اسلام است. ارتداد در لغت به معنی رجوع و بازگشتن دانسته‌اند و در قرآن هم بارها این مفهوم به کار رفته است. (محقق داماد، ۱۳۷۵: ۱۶۷) اصطلاح عربی (رده، ارتداد) در قرآن به کار نرفته است، ولی وعده ترسناکی در آخرت برای کسانی که «بر می‌گردند» یا «انکار می‌کنند» (یَرْتَدُو، ۲، ۲۱۷، ۵۴، ۵) و «کسانی که کافر می‌شوند بعد از آنکه ایمان آوردند» (همان، ۸۱، ۶۱، ۶۶، ۱۳۷، ۱۰۶، ۱۶) وعده داده شده است. بنابراین همانگونه که بیان شد، یکی از وجوه امنیت، آزادی سیاسی افراد، امنیت در به کارگیری و ابراز عقاید سیاسی است و این امنیت، آزادی فقط در سه مورد تحدید شده، به رسمیت شناخته نشده است. مورد اول در جایی است که فرد یا گروهی، ضمن عدم تعرض به اصل و اساس حکومت اسلامی، صرفاً به مناقشه در شخص حاکم جامعه اسلامی می‌پردازند و وی را شخصی فاقد صلاحیت و مشروعیت برای اداره جامعه اسلامی می‌دانند. در این حالت، چنانچه این افراد بر امام عادل «خروج» کنند و حائز شرایطی باشند، به موجب آموزه «بغی»، دیگر امنیتی نخواهند داشت و با آنها مقابله خواهد شد.

اما محدودیت دوم در جایی است که فرد، نه با شخص حاکم جامعه اسلامی، بلکه با مینا و عنصر معنوی حاکمیت در جامعه اسلامی که همان اسلام است، عناد می‌ورزد و بر خلاف این شالوده می‌اندیشد، عقیده می‌یابد و عقیده خود را ابراز و تبلیغ می‌کند. در چنین مواردی نیز امنیت، آزادی فرد به گونه مطلق مورد پذیرش نیست و با آموزه «ارتداد»، مورد تهدید قرار گرفته است.

بر این اساس، بسیاری از فقها - به ویژه فقهای معاصر - معتقدند که ارتداد فقط زمانی قابل مجازات می‌باشد که با هدف مقابله با حکومت اسلامی اتفاق بیفتد. بر اساس این نظر اولاً، اگر کسی نسبت به اعتقادات اسلامی فقط دچار تردید شود و این تردید را بازگو نکند و باعث شبهه و تردید برای دیگران نشود، مرتد نیست؛ ثانیاً، اگر فرد به طور یقینی از عقاید اسلامی برگردد و عقیده و دین دیگری را برگزیند، چنانچه این امر را به گونه علنی ابراز و تبلیغ نکند، هر چند عنوان مرتد بر او صدق می‌کند؛ ولی مجازات دنیوی ارتداد شامل حال او نمی‌شود.

اما اگر فرد در عقاید خود تردید کرد یا جزماً عقیده و دین دیگری را انتخاب نمود و این شبهه و تردید یا عقیده را برای دیگران بازگفت و تبلیغ کرد و بدین وسیله در عقاید دیگران تزلزل و تردید روا داشت، (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸، ۳۵۷ / ۹؛ همان، ۵۴۴ / ۱۸ - ۵۴۵؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۱ / ۲، ۳۸۸؛ ابن‌ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵، ۱ / ۴۰۸؛ محدث نوری، ۱۴۲۰: ۵، ۴۳۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۶۹، ۱۲۸). چنانچه این اقدام او با انگیزه تضعیف حاکمیت اسلام صورت گرفته باشد (عنصر معنوی) یا در عمل، به تزلزل این حاکمیت و مبنای مشروعیت حکومت اسلامی منجر گردد (جرم مطلق)، مستحق مجازات است.

آیت‌الله سیدمحمدحسن مرعشی در این باره می‌نویسد:

«اگر پس از اتمام حجت و راهنمایی‌های لازم، عمداً و عناداً اسلام را نپذیرفت و بر کفر و ارتداد ادامه داد و فردی خطرناک برای اسلام بود، قطعاً لازم است با آنها معامله به مثل کرد و اطلاق احکام مذکور درباره مرتدین، ناظر به این دسته از مرتدین است». (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۹۲)

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در این باره می‌نویسد: «گاه ناآگاهانه و بر اثر وسواس مبلغان گمراه یا اشتباهاتی که در مطالعات برای او روی داده، با اسلام وداع می‌گوید و به سوی کفر می‌رود، بی‌آنکه هیچ سوء نیتی داشته باشد. گاهی آگاهانه و از روی عناد و دشمنی با اسلام مخالفت می‌کند ... از آنجا که «الحدود تدرأ

بالشبهات»، اجرای حدود در مواردی که قطعی نیست، ملغی می‌شود. همین احتمال جمع میان روایات کافی است که اجرای حد اعدام را در مورد مرتدین خالی از سوء نیت به تأخیر اندازیم و آنها را زیر پوشش تبلیغات صحیح اسلامی قرار داده، راه بازگشت منطقی و استدلالی را به روی آنها بگشاییم و اجازه دهیم آنها خود را اصلاح کنند و به آغوش اسلام بازگردند». (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۱۶-۱۷)

همچنین به تعبیر مرحوم آیت‌الله منتظری: «کسی که یا در حال تحقیق است یا در اثر ضعف مطالعه، یا الفئات تشکیک‌کنندگان، یا به دلایل دیگر در بعضی اصول یا فروع ضروری دین به شک می‌افتد، بدون داشتن عناد و تعصب و لجاجت مرتد محسوب نمی‌شود... در مورد ارتداد و نیز سایر گناهایی که موجب حدّ یا تعزیر است، اگر کوچک‌ترین شبهه‌ای در ثبوت آنها باشد، حدّ و تعزیر جاری نمی‌شود». (منتظری نجف‌آبادی، بی تا، ۲/ ۵۲۶-۵۲۷)

بر این اساس، می‌توان گفت هر گونه اخلال در نظم عمومی، چه با تجرید سلام گرم و سرد باشد و چه با ایجاد فتنه که می‌تواند با ابزارهای نرم صورت گیرد، چه با هدف سیاسی باشد و چه با اهداف دیگر، حکم محاربه داشته و احکام آن بر محارب جاری می‌گردد.

راه‌های تأمین امنیت سیاسی

مسئولیت عمومی در نظارت بر قدرت

با توجه به تمرکز قدرت در نظام سیاسی و حکومت که امکان فساد و افساد در جامعه را فراهم می‌کند، در اندیشه‌های سیاسی مختلف سعی شده است با راهکارها و سازوکارهای گوناگونی فساد ناشی از قدرت را به حداقل برسانند. در اندیشه سیاسی اسلام، یکی از سازوکارهای تحدید کننده قدرت سیاسی، فریضه امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یک نهاد نظارتی بیرونی و از جانب عموم مسلمین می‌باشد. با توجه به ظرفیت بالای این نهاد در تأمین امنیت سیاسی شهروندان - که برخی از فقها از آن به عنوان نهاد حسبه یاد کرده‌اند (مکی، ۱۴۱۵: ۲/ ۴۷) - این تکلیف شرعی در فقه بسیار مورد توجه قرار گرفته و برخی از فقها کتاب امر به معروف و نهی از منکر تدوین کرده‌اند. (حلی، ۱۴۱۱: ۱/ ۳۱۰؛ نجفی، بی تا: ۲۱/ ۳۴۲)

در تعریف معروف و منکر در آثار فقهی آمده است: «معروف، هر عمل خوبی است که از طرف شارع به نیکی توصیف شده و فاعلش آن را شناخته و یا بدان راهنمایی شده است، و منکر هر عمل زشتی است که فاعلش زشتی آن را بشناسد و یا بدان راهنمایی شده باشد». (همدانی، بی تا: ۳۳) امر به معروف و نهی از منکر از واجبات مسلم شرعی است و جزء ده فرع دین تلقی گردیده است. این حکم در آیات شریف و روایات به شکل قطعی مورد تأکید قرار گرفته است:

«و المومنون و المومنات بعضهم اولیاء بعض یا مروون بالمعروف و ینهون عن المنکر؛ و مردان و زنان با ایمان، دوستان یکدیگرند که به کارهای پسندیده و از کارهای ناپسند باز می‌دارند». (توبه، آیه ۷۱؛ آل عمران، آیه ۱۰۴)

علاوه بر این در روایات بر عواقب و تبعات اجتماعی و سیاسی مهلک و ویرانگر ترک امر به معروف و نهی از منکر بر جامعه بسیار تأکید شده است. و در مقابل، فضیلت عمل به آن حتی از جهاد در راه خدا نیز فراتر قلمداد شده و انجام دیگر فرایض در سایه امر به معروف و نهی از منکر قابل تحقق دانسته شده است. (سید رضی، ۱۳۶۹: حکمت ۳۷۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/ ۱۲۷)

امام علی(ع) در این زمینه می‌فرماید:

«لاتترکوا الامر بالمعروف و النهی عن المنکر قبولی علیکم شرارکم ثم تدعون فلا یستجاب لکم؛ ای مسلمانان! امر به معروف و نهی از منکر را ترک و فراموش نکنید که در آن صورت اشرار بر شما مسلط می‌شوند و برای رفع آنها دعا می‌کنی اما مستجاب نمی‌شود». (سید رضی، ۱۳۶۹: نامه ۴۷)

همچنین امام صادق(ع) در روایتی تأثیرات مثبت آن بر جامعه را احصا کرده و می‌فرماید:

«همانا امر به معروف و نهی از منکر راه انبیا و طریقه صالحین است، فرضیه بسیار بزرگی که با آن فرائض اقامه می‌گردد، و مذاهب امشرب‌های گوناگون فکری یا راه‌ها و محل رفت و آمد مردم] امنیت می‌یابد

و کسب و کار حلال می‌گردد و حق ستم‌دیدگان به آنان بازگردانده می‌شود و زمین آباد می‌گردد، و از دشمنان انتقام گرفته می‌شود، و امور به صلاح می‌گراید». (همان، ۱۴۰۹: ۱۱۹ / ۱۶)

امام حسین (ع) که هدف قیامش را امر به معروف و نهی از منکر معرفی کرده، عدم مخالفت با حاکم جائر را در سخن و عمل موجب حشر با او در قیامت دانسته است. (حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۱ / ۱۲۳؛ حسینی تهرانی، ۱۳۸۶: ۴ / ۲۵) و رسول خدا ترک آن را سبب نزول بلا و عذاب الهی می‌داند. (کلینی، ۱۴۰۹: ۹ / ۴۹۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۶ / ۱۷۷)

در مورد آرای فقها در مورد امر به معروف و نهی از منکر باید گفت با وجود عدم تردید در وجوب امر به معروف و نهی از منکر در فقه شیعه، اما برخی از فقها وجوب آن را شرعی دانسته‌اند مانند، شیخ طوسی و مقداد سیوری، مقداد (حلی سیوری، بی تا: ۱ / ۴۰۴) و برخی دیگر وجوب آن را عقلی تلقی کرده‌اند مانند سید مرتضی و شهید اول و شهید ثانی. (عاملی، ۱۴۱۰: ۱ / ۲۶۲) همان طور که صاحب جواهر آن را به اجماع مسلمانان واجب می‌داند. (نجفی، بی تا: ۲ / ۳۵۸)

همچنین در اینکه این حکم شرعی، واجب عینی است یا کفایی، نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی امر به معروف و نهی از منکر را واجب کفایی می‌دانند، مانند شهید اول و ثانی و امام خمینی و علامه حلی؛ (نجفی، بی تا: ۳۵۸؛ خمینی، ۱۴۲۵: ۱ / ۴۶۳؛ حلی، ۱۴۱۱: ۸۳) اما عده‌ای آن را واجب عینی دانسته‌اند مانند محقق حلی و شیخ بهایی. (عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۱)

همان طور که پیش‌تر اشاره شد، فضای سیاسی که فقه در آن به ارائه احکام می‌پردازد ممکن است تحت سیطره حاکم عادل باشد یا تحت سلطه حاکم جائر؛ به همین علت نوع تکلیف مکلف در امر به معروف و نهی از منکر در این دو فضا متفاوت می‌شود. از این رو امر به معروف و نهی از منکر در حکومت عادل بیشتر جنبه حمایت از اجرای احکام شرعی و انتقاد ارشادی دارد و جهت‌گیری آن عمدتاً تحکیم حکومت عدل می‌باشد؛ به همین دلیل است که غالب فقها امر به معروف و نهی از منکر در این فضا را در حد قلبی و زبانی می‌دانند و واکنش یدی مثل دست بردن به شمشیر را تنها با اذن حاکم شرعی جایز می‌دانند. (حلی، ۱۴۱۱: ۱ / ۳۱۲؛ نجفی، بی تا: ۲ / ۲۸۲) اما در حکومت جور سمت‌گیری امر به معروف و نهی از منکر عمدتاً با هدف تغییر جهت حکومت و یا بعضاً تبدیل آن به حکومت عدل انجام می‌گردد که ممکن است حتی در قالب جهاد هم تجلی یابد؛ برای مثال فقیه یگانه، امام خمینی (ره) در این باره می‌فرماید: «اگر سکوت علمای دین موجب تقویت ظالم و ظلم گردد و یا باعث جرأت پیدا کردن ظلمه و ستمگران شود سکوت حرام است». (خمینی، ۱۴۲۵: ۱ / ۴۷۲؛ ۲ / ۳۰۵) همچنین: «در زمان غیبت... فقها باید بدون ترس از حکام جور و ستم اقدام به پیاده کردن وظایف خود نمایند و بر عموم توده مردم واجب کفایی است که فقها را در این باره مساعدت و کمک نمایند». (همان، ۱ / ۴۸۲)

علامه نائینی در اهمیت جایگاه حکم به امر به معروف و نهی از منکر در حکومت جائر و نفی استبداد می‌نویسد:

«بالجمله علاج این قوه خبیث مملکت ویرانه ساز قبل از قلع اصل شجره ملعون استبداد ممتنع و چون مسلمانان به [حسب] اخبار غیبی پیغمبر و امامشان که فرمودند: «لتامرّن بالمعروف و لتنهّن عن المنکر او لیسلمن علیکم شرارکم فیسومونک سوء العذاب»، به واسطه اهمال این دو وظیفه مهم شرعی که به نص اخبار از دعائم و مبانی اسلام‌اند، از چنان سعادت و حظّی که سلطانشان به صرافت طبع خود و به اقتضای مسلمانی و یا فطرت انسانی از مقام «فقال انا ربکم الاعلی» (نازعات، آیه ۲۴) [پروردگار بزرگ تر شما منم] تنزل و به همان اغتصاب مقام و لایت قناعت و از اغتصاب ردا، کبریائی اغماض و آزادی خدادادی ایشان را واگذارد و از تحکّمات خودسرانه رفع ید کند، محرومند، و استنقاد حریت و حقوق مغضوبه و جلوگیری از تحکّمات و ترتیب موجبات حفظ استقلالشان به غیرت دینی و اتفاق ملی و ترک تهاون خودشان در امر به خود همین معروف و نهی از همین اعظم منکرات منوط و با اندک توانی از رقیّت فجره هم ترقی و به عبودیت کفره - العیاذ بالله تعالی - منتقل خواهند بود». (نائینی، ۱۴۲۴: ۱۶۶)

شایان ذکر است که امنیت در اقامه امر به معروف و نهی از منکر، هم در اجرای آن و هم در نتایج حاصل از آن مدنظر می‌باشد؛ لذا فقها اجرای امر به معروف و نهی از منکر را مستلزم شرایطی می‌دانند که یکی از آنها مصونیت و حفظ امنیت جانی و مالی امر و ناهی است، به طوری که در صورت احساس خطر، وجوب امر به معروف و نهی از منکر از او پرداخته می‌شود مگر اینکه هدفی بالاتر از جان مانند دفع محو آثار دین یا حفظ نظام اسلامی حادث گردد.

مبارزه با طاغوت

مراد از طاغوت، در فقه شیعه را صاحب جواهر به نقل از امام علی (ع) به بیانی روان و ساده چنین تعریف کرده است: «کل یحکم بغیر قولنا اهل البیت فهو طاغوت؛ هر حاکمی که به غیر قول و سنت ما اهل بیت باشد همان او طاغوت است». (نجفی، بی تا: ۴۰ / ۳۱)

بر این اساس طاغوت در صورت دستیابی به قدرت از مشروعیت برخوردار نخواهد بود. سیره اهل بیت (ع) مبین عدم مشروعیت طاغوت و تبلیغ و ترویج عدم اعتنا به آن و یا مبارزه با آن بود. بر این اساس در صورت فراهم بودن شرایط و فضای مناسب و یا حدوث مصالح اسلام، مبارزه با طاغوت را اولویت اصلی خود قرار می‌دادند که بارزترین آن قیام عاشورا است، و محبوب‌ترین جهاد در پیشگاه خداوند را کلمه حق می‌دانستند که در برابر امام ستمگری گفته شود. (حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۲ / ۳۸۸)

آیات و روایات بسیاری و لو بعضاً به دلالت التزامی بر وجوب مبارزه با طاغوت دلالت دارند؛ از جمله:

۱. «لاینال عهدی الظالمین»؛ (بقره، آیه ۱۲۴) عهد من به ستمگران نمی‌رسد و یعنی شخص ستمگر به رهبری مردم که عهد خداوند است گاشته نمی‌شود. اطلاق آیه، هم عدم صحت ایجاد حکومت ظلم و هم عدم صحت تداوم آن را شامل می‌شود. لازمه مفهوم این آیه ضرورت مبارزه با کسانی است که به ناحق و بر اساس ستم بر مردم حکومت می‌کنند. (حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۲ / ۳۹۰)

۲. «و لا تتركوا الی الذین ظالموا فتمسککم النار؛ به ستمگران تکیه نکنید که آتش شما را فرا خواهد گرفت. (هود، آیه ۱۱۳) دقت نظر در نهی در آیات ظهور در حرام بودن اطاعت از حکام جور به صورت مطلق در همه دستوراتی که صادر می‌کنند، دارد. (حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۳۹۴) به عبارتی از دیدگاه اسلامی، امنیت با وجود حاکم جور امکان پذیر نیست و برای خروج از این ناامنی، احکام سازوکارها و راهکارهای مختلفی را بیان کرده‌اند. در این راستا اهل بیت (ع) در نفی طاغوت بر دو روش تأکید داشته‌اند: یکی تحریم تعامل و تعاون با طاغوت که می‌تواند به صورت اعوان الظلمه ظاهر شوند؛ دوم مبارزه با طاغوت، البته در هر دو روش یک هدف را تعقیب می‌کنند و آن تضعیف طاغوت و زمینه‌سازی برای سرنگونی آن و تشکیل حکومت عدل است. البته با توجه به فضای تقیه که در غالب دوران حیات ائمه اطهار (ع) حاکم بوده، بیشتر روش اول، - که در واقع نوعی مقاومت منفی است - مورد توجه بوده است.

بنابراین در فقه شیعه در صورت وجود شرایط مناسب، برای دستیابی به تأمین امنیت در سایه حکومت عدل، مبارزه با طاغوت تجویز یا تکلیف شده است و در ابواب مختلف از جمله جهاد و امر به معروف و نهی از منکر به آن پرداخته شده است. فقیهان در حکم به مبارزه با طاغوت به آیات و روایات متعددی استناد کرده‌اند. یکی از مهم‌ترین و بدیهی‌ترین مستند فقها در مبارزه با طاغوت، قیام سیدالشهداء در کربلاست که علیه یک طاغوت به ظاهر مسلمان انجام گرفت. امام حسین (ع) در راه کربلا در سخنانی به هدف قیام خود اشاره کرده و می‌فرماید:

«ای مردم همانا پیامبر خدا (ص) فرمود: اگر کسی حاکم جائری را ببیند که حرام خدا را حلال می‌کند، عهد الهی را زیر پا می‌گذارد، با سنت رسول خدا مخالفت می‌کند، با بندگان خدا به گناه و دشمنی رفتار می‌کند، پس اگر عمل و قول خودش را در رابطه با اول تغییر ندهد همانا بر خداوند رواست که او را به جایگاه همان سلطان ظالم بکشاند». (أصفی، ۱۴۳۰: ۸۲)

از ادله دیگر فقها برای مبارزه با طاغوت، قیام زید بن علی بن حسین (ع) علیه هشام بن عبدالملک اموی است. قیام زید و قداست وی مورد تأیید ائمه اطهار (ع) و علمای امامیه می‌باشد؛ از جمله امام صادق (ع) می‌فرماید: «عموی من مردی بود برای دنیا و آخرت ما. به خدا سوگند عمومی من شهید از دنیا رفت،

همانند شهادتی که با پیامبر اکرم (ص) و علی و حسن و حسین - صلوات الله علیهم - به شهادت رسیدند.
(بن بابویه، ۱۳۸۶: ۱ / ۲۵۲)

دلیل دیگر بر جواز قیام و مبارزه مسلحانه علیه طاغوت قیام شهید فخر است. وی در مدینه علیه خلافت هادی عباسی قیام کرد و در منطقه فخر در یک فرسنگی مکه به شهادت رسید. قیام شهید فخر نیز مورد تقدیس و تمجید ائمه معصومین (ع) قرار گرفته است؛ از جمله در روایت است که پیامبر خدا (ص) وقتی به موضع فخر رسید، همراه با اصحاب خویش نماز میت خواند، آنگاه فرمود: «در اینجا مردی از اهل بیت من، به همراه گروهی از مؤمنان به قتل می‌رسد، برای آنان از بهشت کفن و حنوط می‌آورند، جان‌هایشان از جسدشان در رسیدن به بهشت سبقت می‌گیرد». (اصفهانی، ۱۴۰۵: ۲۸۹)

امعان نظر در روایات و سیره امامان معصومین (ع) مبین آمادگی ایشان برای قیام علیه جور در صورت فراهم بودن شرایط است، اما قلت شیعیان و فداکار، مانع قیام ایسان می‌شد، برای مثال وقتی سدید سیرفی از امام صادق (ع) خواستند قیام کنند، امام فرمود اگر به تعداد بزغاله‌های بچه چوبان که ۱۷ رأس بوده - شیعه داشتم قیام می‌کردم. (کلینی، ۱۳۶۵: ۱۲ / ۲۴۲)

برخی از فقها ذیل آیه شریفه «یردون ان یتحاکموا الی الطاغوت و قد امروا ان یکفروا به»؛ (نساء، آیه ۶۰) [با این همه] می‌خواهند دآوری میان خود را به سوی طاغوت ببرند، با آنکه قطعاً فرمان یافته‌اند که بدان کفر ورزند، «ان یکفروا به»؛ را به معنای اعلان برائت و ترک و انکار طاغوت معنا کرده‌اند». (آصفی، ۱۴۳۰: ۷۵)

همچنین در آیه‌ای دیگر اجتناب از عبادت طاغوت مدح شده و آمده است: «و الذین اجتنبوا الطاغوت ان یعبودوا و انا بوا الی الله لهم البشری فبشر عباد؛ ولی آنان که خود را از طاغوت به دور می‌دارند تا مبدا او را بپرستند و به سوی خود بازگشته‌اند آنان را مژده باد، پس بشارت ده، به آن بندگان من». (زمر، آیه ۱۷)

نکته پایانی اینکه طاغوت در تعالیم اهل بیت به حکومت غیرمأذون از امام معصوم اطلاق می‌شود؛ لذا حتی حکومت‌های دموکراتیک امروزی نیز طاغوت تلقی می‌شوند، لذا ملاک در حکومت عادل، حفظ دین، حفظ نفس و حفظ مال آحاد جامعه (حقوق مدنی) است و هر حکومتی این مصالح شرعی را به مخاطره اندازد جائز بوده و مبارزه با دست کم عدم تعاون با او تکلیف شده است.

حرمت تعامل و تعاون با طاغوت

طاغوت و ظالم در ادبیات فقهی اساساً با ناامنی و تهدید امنیت اعتقادی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی همراه و عجین است. به همین سبب در ابواب متلف، معاونت ظالم و طاغوت تقبیح شده و مبارزه با آن تحت شرایطی واجب قلمداد شده است. سید بن طاوس تقبیح کمک به ستمگران را در قالب روایتی نبوی، چنین تشریح می‌کند: «رسول خدا (ص) فرمود: هنگامی روز قیامت فرار رسد منادی ندا دهد که اعوان ظلمه کجایند؟ و کسی که برای دوات ظالم لایقه فراهم کرده یا کیسه‌اش را بافته یا مدادش را تراشیده، پس با آن ظالم محشور می‌شوند». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷ / ۱۸۰)

در واقع تعاون و کمک به ظالم و طاغوت، علاوه بر تهدید امنیت دنیوی، آرامش و امنیت اخروی را نیز به مخاطره می‌اندازد به طوری که با کمترین کمک به طاغوت در حد فراهم کردن لایقه دوات‌شان، و حتی کمک در امور مستحبی همچون ساخت مساجد و اجاره دادن شتران باری حج خانه خدا، سرانجامی مشابه طاغوت در انتظار فرد خواهد بود. به تعبیر رسول خدا (ص) هر چه به درگاه و بارگاه سلاطین نزدیک شوید به همان میزان از خدا و ورع دور شده و در حیرت و سرگردانی به سر خواهید برد». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۰ - ۱۸۱)

فراتر اینکه معاونت به ظالم سبب خروج از اسلام قلمداد شده است: «من مشی الی ظالم لیعینه و هو یعلم انه ظالم فقد خرج من الاسلام». (همان، ۱۸۲)

فقها با وجود تقبیح و تحریم تعاون با حاکم جائز، در خصوص کم و کیف تعامل و تعاون با طاغوت آرای مختلفی ارائه کرده‌اند؛ بعضی تعاون و مشااعتت جائز در عمل حرام را مطلقاً تحریم کرده‌اند، مانند ملا احمد نراقی که معتقد است: «کمک ظالمین در ظلمشان و بلکه در مطلق هر عمل حرامی حرام است». (نراقی، ۱۴۱۳: ۱۴ / ۱۵۲ - ۱۵۳؛ مانده آیه ۲؛ هود، آیه ۱۱۳)

صاحب جواهر نیز حرمت تعاون حکام جور را در امور حرام می‌داند و نه امور مباح. (نجفی، بی تا: ۲۳/۴۶) البته برخی از فقها اساساً تعاون ظالمین را به طور مطلق حرام می‌دانند، نظیر علامه بحر العلوم که می‌نویسد: «فالمتمجه التحريم مطلقاً لاستفاضه النصوص فی المنع عن إعانتهم فی المباح بطریق العموم و الخصوص، مع اعتبار سندها و موافقتها الاعتبار فإن إعانتهم فی المباحات تقضى الی إعانتهم فی المحرمات». (همان، ۲۲/۵۲)

امام خمینی (ره) نیز کمک به ظالم را در هر محرمی حرام می‌داند و به این روایت استناد می‌کند: «ورد عن النبی صل الله علیه و آله أنه قال: من مشى الی ظالم لیعینه و هو یعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام». (خمینی، ۱۴۲۵: ۱/۴۷۹)

برقراری نظام عدل

عدالت از مفاهیمی است که در همه عرصه‌های تکوین، تشریح، تدبیر و منش فردی جاری است. فقها، عدالت فردی را ملکه نفسانی می‌دانند که فرد را بر ملامت بر تقوا بر انگیزاند. در این میان عدالت تشریحی عرصه‌ای است که مورد توجه فقهاست. (مشکینی، بی تا: ۳۶۹) دعوت به قسط و عدل، در عمل دعوت به ایجاد جامعه‌ای با ساختار اجتماعی مبتنی بر قسط و عدل است. به تعبیر برخی محققان واژه «قسط» و «عدل» - که در قرآن کریم هم زیاد به کار رفته است - هم به معنای تعادل اقتصادی و توازن ثروت در جامعه است و هم به معنای تساوی قضایی و عدالت حقوقی در جامعه می‌باشد که غالباً عدالت یا بی عدالتی و ظلم در سایه ساختار حقوقی تحقیق می‌یابد. عدالت اقتصادی یکی از شاخه‌های عدالت اجتماعی است و عدالت اقتصادی به عنوان یک هدف، حالتی را وصف می‌کند که در آن همه مردم به حق خود از ثروت‌ها و درآمدهای جامعه دست یافته‌اند.

از دیدگاه امام علی (ع) احقاق حقوق مظلومان، تأمین امنیت، مبارزه با متجاوزان و مدیریت امور مالی، از دلایل ضروری تشکیل حکومت تلقی شده است (سید رضی، ۱۳۶۹: خطبه ۴۰) که برخی به تمهیدات تشکیل حکومت مربوط می‌شود و برخی از این امور به مدیریت پس از تشکیل حکومت ارتباط پیدا می‌کند. (آقابابایی، ۱۳۸۹: ۱۷۵)

بر اساس تفکر شیعه و سیره اهل بیت (ع) عدالت زمینه‌سازی امنیت، آبادانی، تساوی، برابری و آزادی است. نظام اجتماعی طاغوت، دو ویژگی اساسی دارد: یکی تبعیض و نابرابری، و دیگری ظلم و بی عدالتی. پیامبران با طرح دو شعار «قسط» و «عدل» دقیقاً این دو ویژگی ساختی نظام طاغوت را هدف قرار داده‌اند... قرآن کریم افزون بر اینکه قسط و عدل را به عنوان دو تکلیف دینی بر عهده افراد قرار داده است، آن دو را جزو اهداف بعثت نیز برشمرده است (نساء، آیه ۱۳۵؛ حدید، آیه ۲۵)

شایان ذکر است که اقامه و تنفیذ عدل در جامعه مستلزم ابزار و وسایل و عوامل است. آیه ۲۵ سوره حدید به این موضوع اشاره دارد که جامعه سیاسی در مرحله تأسیس، ناگزیر از تجهیز وسایل و عوامل اجرا است:

«لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الکتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط و انزلنا الحدید فیه بأس شدید و منافع للناس؛ به راستی [ما] پیامبران خود را با دلایل آشکار روانه کردیم و با آنها کتاب و ترازو را فرود آوردیم تا مردم به انصاف برخیزند و آهن را که در آن برا مردم خطری سخت و سودهایی است، پدید آوردیم». (حدید، آیه ۲۵)

در این راستا حضرت امیر (ع) در نامه‌ای خطاب به زیاد بن ابیه، استاندار فارس، یادآوری می‌کند که ظلم حتی در نظام عادل نیز سبب طغیان ستم‌دیدگان می‌شود، (سید رضی، ۱۳۶۹: حکمت ۴۷۶) به همین علت است که پیامبر (ص) یک ساعت حاکمیت امام عادل را برتر از هفتاد سال عبادت می‌داند، (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۸/۱۸) چرا که ناامنی، مستعدترین زمینه برای رویش ناعدالتی است و امام صادق (ع) امنیت و عدالت را نیاز همه مردم می‌داند. (ابن شعبه حرانی، ۱۳۶۳: ۲۳۶)

اصولاً حضرت امیر (ع) دلیل پذیرش حکومت پس از عثمان را جلوگیری از ظلم ظالم بر مظلوم اعلام کردند: «لولا حضور الحاضر و قیام الحجه بوجود الناصر و مأخذالله علی العلماء ان لا یقاروا علی کظه ظالم و لاسقب مظلوم...» (سید رضی، ۱۳۶۹: خطبه ۳)

در اندیشه اهل بیت (ع) نوعی تلازم بنی عدالت و امنیت در جامعه وجود دارد؛ یعنی زمینه اجرای عدالت امنیت است و بستر تحقق امنیت عدالت می‌باشد؛ به خصوص این تلازم را می‌توان در عرصه امنیت سیاسی بیشتر و واضح‌تر مشاهده کرد. اساساً می‌توان گفت غایت عدالت نیل به امنیت برای بندگان خداست تا زمینه عبادت، کار و فعالیت آنها فراهم گردد. به تعبیر استاد مطهری خداوند مردم را اگر از نظر روابط اجتماعی و حقوق اجتماعی عادل باشند به سبب کفر و شرک هلاک نمی‌کند. (مطهری، بی تا: ۹۳-۹۴)

در فقه شیعه عدالت معیار مشروعیت حاکم محسوب می‌شود. (آمدی، ۱۳۶۶: ۹۹) بر همین اساس، حاکم را به حاکم جائز و حاکم عادل تقسیم می‌کنند که تنها حکومت حاکم عادل مشروعیت دارد. نکته قابل توجه در اندیشه و فقه شیعه، عدالت در لایه‌های مختلف اجتماعی و سیاسی ضرورت می‌یابد، از امام جماعت مسجد تا امام امت که هدایت امتی را بر عهده دارد. به سبب نقش عدالت در عرصه‌های مختلف حیات انسان، در ابواب مختلف فقهی از زکات و صلوات تا شهادت، قضا، بیع و ... درباره آن بحث شده و به عنوان ملاک قبول قول یا عمل فردی قلمداد گردیده است. (صدر، ۱۹۷۸: ۱/ ۳۹)

نکته مهم دیگر اینکه عدالت قاعده فقهی محسوب می‌شود که مبنای فقهی در استنباط احکام شرعی نقش ایفا می‌نماید. (همان، ۳۹) اسناد مطهری در بیانی عالمانه معتقد است عدالت در اصل در سلسله علل احکام قرار می‌گیرد و نه در سلسله معلولات؛ لذا می‌توان آن را زیربنای بسیاری از احکام فقهی از جمله فقه امنیت دانست. (شریعتی، ۱۳۸۷: ۲۴۱)

فقیهان در عرصه فقه سیاسی به عدالت از سویی به عنوان صفت فرد، و از سوی دیگر به عنوان ملاک حکم فقهی نگریده‌اند. حتی برخی از فقها در فتاوی خود عدالت را ملاک حکم نیز قرار داده‌اند؛ (همان، ۲۴۰) از جمله میر عبدالفتاح مراغی در بیان موارد لازم العدله، از شاهد، قاضی کاتب تا مأمور جمع آوری مالیات، امین حاکم بر اخذ حقوق مالی و منسوب حاکم در نظارت بر وقف تا امام جماعت را ذکر می‌کند. (مراغی، ۱۴۰۶: ۲/ ۷۲۶) به عبارت دیگر، عدالت بعضاً به عنوان یک قاعده فقهی یا دست کم شرط اساسی غالب مناصب مورد بحث در فقه، از امامت جماعت تا امامت امت، مطرح می‌گردد. (آمدی، ۱۳۶۶: ۳۱۵؛ خمینی، ۱۳۸۶: ۱۱/ ۱۶۰) اساساً حفظ نظام و عدالت است که اقتضا دارد در عصر غیبت زمام امور انفال و اموال عامه به دست فقیه حاکم جامع شرایط یعنی حاکم عادل سپرده شود تا امنیت در وجوه مختلف جامعه تأمین گردد. (حسینعلی منتظری، ۱۴۲۹: ۵۰۶)

مشارکت سیاسی (شورا)

کلمه شورا در اصطلاح به معنای «استخراج رأی یا مراجعه برخی به برخی دیگر» است. به عبارت دیگر شورا تبادل نظر برای نیل به بهترین نظر می‌باشد و این را می‌توان واژه مقابل استبداد تلقی کرد. (حسینعلی منتظری، ۱۴۰۹: ۲/ ۳۳) فقیه شهید استاد مطهری در این زمینه می‌نویسد: «شورا و مشارکت سیاسی راهی است که امت از اندوخته‌ها و نظرات فرزندان خود استفاده کند و محروم کردن مردم از آن نظرات، ظلم و اضرار به آنهاست و اینان مصلحت عامه را بهتر تشخیص می‌دهند». (مطهری، ۱۳۸۶: ۲۱/ ۳۳۷)

در آیات و روایات متعدد به شورا پرداخته شده است؛ از جمله آیه «فاعف عنهم و استغفر لهم و شاورهم فی الأمر». (آل عمران، آیه ۱۵۹) همچنین امام علی (ع) در روایتی در مدح مشورت می‌فرماید: «من استبد برآیه هلك و من شاور الرجال شاركها فی عقولها؛ هر کس به رأی خود استبداد داشته باشد به هلاک می‌رسد و هر کس با مردان مشورت کند در عقل آنان شریک شده است». (سید رضی، ۱۳۶۹: حکمت ۱۶۱)

سیره پیامبر(ص) نیز در موارد مختلف دلیلی بر مشروعیت مشورت است؛ از جمله در جنگ برد درباره مقابله با کفار و شروع جنگ به انصار فرمودند: «أشیروا علی ایها الناس». (شریعتی، ۱۳۸۷: ۱۷۵) آن حضرت در کسب تکلیف اسرای این جنگ و نیز در جنگ‌های احد، خندق و احزاب با اصحاب خود به مشورت پرداختند. (نائینی، ۱۴۲۴: ۸۴)

نکت شایان ذکر اینکه مهمترین موردی که در آن بر مشورت با کارشناسان تأکید شده، مشاوره در امور حکومت است. چنانکه خداوند در آیه «وشاورهم فی الأمر» به پیامبر دستور می‌دهد که با مردمی که بر آنها حکومت می‌کند در مورد امر عامه آنان مشورت کند. البته گستره مشورت فراگیر نیست و محدودیت دارد. امام علی (ع) در این باره می‌فرماید: «اگر مسئله‌ای پیش آید که در کتاب خدا بیان نشده و دلیل آن در سنت پیامبر نیامده و به مشورت احتیاج داشته باشد، هر آینه با شما در آن مسئله به مشورت می‌پردازم.» (ابن ابی الحدید، ۱۴۰۹: ۷ / ۴۱)

حضرت علی (ع) در خصوص حق مردم بر حاکم و مشورت دادن به حاکم عادل می‌فرماید: «من از شما می‌خواهم که مرا با سخنان زیبای خود میستاید تا از عهده وظایفی که نسبت به خدا و شما دارم برآیم و حقوقی که مانده است بپردازم. پس با من چنان که با پادشاهان سرکش سخن می‌گویید حرف نزنید و چنانکه از آدم‌های خشمگین کناره می‌گیرید، دوری مجوید و با ظاهرسازی با من رفتار نکنید.» (همان، خطبه ۲۱۶)

بنابراین می‌توان گفت امنیت سیاسی با استبداد رابطه متعارضی دارند و در اینجا سازوکارهای فقهی مشورت با تلطیف استبداد حاکم سعی می‌کند این رابطه را رقیق‌تر نماید. البته سازوکار مشورت در بستر زمان بسط معنایی یافته است و دیگر مراد، فقط مشورت چهره به چهره نیست و امکانات و موضوعات جدید می‌تواند احکام فقهی را با خود همراه کرده و مفهوم آن را توسعه دهد.

تقیه

جایگاه تقیه در فقه شیعه معمولاً در نظام‌های استبدادی می‌باشد. با وجود اینکه زمینه بحث ما نظام اسلامی است، اما به علت نقش سازوکار تقیه در تأمین امنیت سیاسی و حفظ نفس و مال و دین پیروان اهل بیت (ع)، به طور خلاصه به آن می‌پردازیم.

تقیه در ادبیات فقهی شیعه دارای مفهوم گسترده‌ای بوده و شامل مواردی چون کتمان اعتقادات، کتمان تقیدات فقهی و مذهبی یا تظاهر به اعتقادات و تقیدات دیگر، پنهان کردن اسرار فعالیت‌های سیاسی، اجتماعی و فرهنگی می‌گردد. و در واقع این رفتارها واکنشی عقلانی از اهل بیت (ع) برای حفاظت از پیروان خود در برابر کشتار و سرکوب و تعقیب حکام جور بوده است.

نکته بسیار مهم در غایت و هدف از تقیه، امکان بسط مفهوم آن و توسعه مصداقی آن از «حفظ جان خود یا یکی از نزدیکان یا ولی خدا و یا هر نفس محترمی» به «حفظ دولت اسلامی یا کیان اسلامی و یا مصلحت مهم دیگری» می‌باشد، چرا که مینا و معیار در تقیه، حفظ و امنیت پیروان اهل بیت است و این مینا را در مورد نظام اسلامی نیز می‌توان تصور کرد. این نگاه به تقیه در واقع تطور مفهوم آن را در فضا و گستره‌ای بزرگتر نشان می‌دهد که از باب تنقیح مناط، مصادیق بیشتری را شامل می‌گردد.

در تعریف واژه تقیه، شهید اول می‌نویسد: «تقیه همراهی و هم کلامی با مردم در آنچه عقیده دارند و ترک آنچه منکرند برای دوری از شرور آنهاست.» (مکی، بی تا: ۱۵۵ / ۲) همچنین شیخ انصاری می‌گوید: «منظور از تقیه در اینجا خود نگهداری از ضرر دیگران با موافقت در گفتار یا کردار مخالفین حق باشد.» (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۲۰)

شایان ذکر است که تقیه حکمی ثانوی می‌باشد که با کنار زدن حکم اولی وارد می‌شود، بنابراین می‌توان احکام خمسه تکلیفیه را بر تقیه حمل کرد. برای حکم تقیه در قرآن و روایات مستندات متعددی ارائه کرده‌اند؛ از جمله:

«لا یتخذ المؤمنون الکافرین اولیاء من دون المؤمنین و من یفعل ذلک فلیس من الله فی شی الا ان تتقوا منهم تقاه و یحذرکم الله نفسه و الی الله المصیر؛ مومنان نباید کافران را به جای مومنان به دوستی بگیرند، و هر که چنین کند، در هیچ چیز [او را] از [دوستی] خدا بهره‌ای نیست، مگر اینکه از آنان به نوعی تقیه کنید و خداوند، شما را از [عقوبت] خود می‌ترساند و بازگشت [همه] به سوی خداست.» (آل عمران، آیه ۲۸)

«من کفر بالله من بعد ایمانه الا من اکره و قلبه مطمئن بالايمان و لکن من شرح بالكفر صدرا فعليههم غضب من الله و لهم عذاب عظیم؛ هر کس پس از ایمان آوردن خود، به خدا کفر ورزد [عذابی سخت خواهد داشت] مگر آن کس که مجبور شده ولی قلبش به ایمان اطمینان دارد. لیکن هر که سینه‌اش به کفر گشاده گردد خشم خدا بر آنان است و برایشان عذابی بزرگ خواهد بود.» (نحل، آیه ۱۰۶)

همچنین از روایات مورد استناد حکم تقیه، روایتی از امام صادق (ع) است که فرمود: «التقیه ترس المومن و التقیه حرز المومن و لاایمان لمن لا تقیه له؛ تقیه سپر مؤمن و محاذ مؤمن است و کسی که تقیه نکند ایمان ندارد.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱/۴۶۱) همچنین روایتی تقیه را افضل اعمال مومن دانسته است. (همان، ۲۲۲)

شایان ذکر است که تقیه سازش با ظالم و ستم نیست، بلکه مبارزه تغییر شکل یافته است، زیرا گاه شرایط زمانی و مکانی چنین اقتضا می‌کند. استاد مطهری در این باره می‌نویسد:

«مقتضیات زمان در شکل مبارزه می‌تواند تأثیر بگذارد. هیچ وقت مقتضیات زمان در این جهت نمی‌تواند تأثیر داشته باشد که در یک زمان سازش با ظالم جایز نباشد، ولی در زمان دیگر سازش با ظالم جایز باشد. خیر سازش با ظلم هیچ زمانی و در هیچ مکانی و به هیچ شکلی جایز نیست، اما شکل مبارزه ممکن است فرق کند؛ ممکن است مبارزه علنی باشد، ممکن است مخفیانه و زیر پرده و در استتار باشد.» (مطهری، ۱۳۸۷: ۱۱۸/۹۷)

به همین دلیل است که اهل بیت (ع) پیروان خود را به گوشه‌نشینی و عزلت در مناطق دور از دسترس حکام ستمگر توصیه نمی‌کردند، چرا که شیعیان به عنوان جماعت صالحان بار مسئولیت حفظ سلامت نظام اسلامی و امت اسلام را بر دوش داشتند و انجام این مسئولیت ختیر توسط آنان، جز با همزیستی با سایر مسلمانان و حضور در اجتماعات آنان ممکت نبود تا بتوانند بدین ترتیب نقش پیشگامانه و مهم خود را ایفا نموده و از طریق ارائه الگوی مناسب، بیدارگری و اتخاذ مواضع جهادی هوشیارانه، در جامع اسلامی تأثیرگذار باشند. (حکیم، ۱۳۹۰: ۴/۳۸) از سوی دیگر، در شرایط خفقان و استبداد ضدشیعی، مبارزه علنی علیه حکام جور جز با نابودی کامل مذهب اهل بیت (ع) و پیروان آنان، ثمری نداشت. لذا در این فضا سیاسی - مذهبی به مدارا تقیه و پنهان کردن جزئیات عقیدتی دست یازیدند تا هویت سیاسی آنان افشا نشود و از واکنش‌های خشونت بار متعصبان کور در امان باشند.

در این باره می‌توان به روایاتی از ائمه (ع) اشاره کرد که فرمودند: «کسانی که خواهان امنیت هستند، پس باید مراقب آنچه بر زبان‌شان جاری می‌شود باشند و باید از آنچه در دل دارند حراست کنند.» (مجلسی، ۱۴۱۴: ۱۷۴/۱۷۸) «[زیرا] نجات مؤمن در حفظ زبان‌ش می‌باشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۴/۱۹۰) و «انسان با حفظ زبان‌ش در امنیت قرار می‌گیرد.» (همانجا)

همچنین در روایت است که «خداوند تبارک و تعالی گروه و ملتی را به خاطر فاش کردن اسرار در قرآن مورد سرزنش قرار داده است، آنجا که می‌فرماید: هنگامی که از نقاط قوت امنیتی و یا نقطه ضعف موجب ترس و خوف با خبر می‌شدند آن را پخش می‌کردند.» (ابن شعبه حرانی، ۱۳۶۳: ۳۰۷) حتی امام صادق (ع) کتمان سر را جهاد در راه خدا قلمداد می‌کند: «کتمان سرنا جهاد فی سبیل الله.» (مجلسی، ۱۴۱۴: ۱۷۲/۷۰)

در واقع، تقیه یک خط فکری و سیاسی است که اهل بیت (ع) آن را برای مصونیت بخشی و تأمین امنیت به حمایت به جماعت صالحان در راه تحقق اهداف بزرگ اسلامی وضع کرده‌اند. (همان، ۳۷) امعان نظر در روایاتی که ائمه اطهار (ع) شیعیان را به تقیه سفراش می‌کنند نشان می‌دهد که چون آن حضرات شیعیان خود را با روحیه ظلم ستیزی و صبر، پایداری و ایثار در راه حق و حقیقت و تحمل انواع شکنجه‌ها و سختی‌ها در راه اصول و عقاید و پایداری بر میثاق‌ها تربیت کرده بودند، در احاطه بر نتایج عملی این تربیت الهی و کنترل رفتارهای پیروان خود به گونه‌ای که با فرایند سازندگی و پذیرش مسئولیت‌های بزرگ در برابر اسلام، کبان سیاسی و امت اسلامی هماهنگ باشد، با مشکلی واقعی رو به رو شده بودند و بر آنان بود که تربیت

عقیدتی، اصولی و سیاسی دیگری هم برای آنان تدارک ببینند که به موازات تربیت فوق الذکر بوده و در کنار گذاشتن روحیه بالا در فداکاری و ایثار، توازن و تعادل در رفتار آنان به وجود آورد.

فقها در تبیین تقیه و شیوه عمل مباحث بسیاری را ارائه کرده‌اند که نوعی انعکاس سیره اهل بیت (ع) در این خصوص می‌باشد. صاحب جواهر معتقد است اگر حاکم جائری به مجرماتی چون ظلم به غیر مجبور کرد فرد از باب تقیه مجاز است به آن عمل کند. (نجفی، بی تا: ۱۶۵/۲۲)

البته اهل بیت (ع) در مورد تقیه اجازه و رخصت کامل نداده‌اند، بلکه برای استفاده از آن، حد و حدودی تعیین کرده‌اند. جواز تقیه محدود به عدم زیان به مؤمنان دیگر یا ریخته شدن خون آنها در معرض خطر قرار دادن آنان می‌باشد. در حدیثی از امام باقر (ع) آمده است: «تقیه تنها برای حفظ خون مؤمنان وضع گردیده و اگر به حدی برسد که تقیه یک مومن به قیمت خون مومن دیگر تمام شود دیگر تقیه نخواهد بود». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۸۳/۱۱)

امام صادق (ع) نیز در روایتی می‌فرماید: «اگر تقیه به آنجا رسید که موجب ریخته شدن خونی شد، دیگر تقیه کردن جایز نیست». (همانجا) از شرایط دیگر تقیه این است که نباید در مواردی به کار گرفته شود که انجام آن موجب وهن و سستی در یاری اسلام و مسلمانان شود. به عبارت دیگر، محتوای امنیتی و اخلاقی تقیه جلوگیری از ضرر تباه کننده دین می‌باشد؛ (حکیم، ۱۳۹۰، ۴/۴۰-۴۱) بلکه همان طور که روایات متعددی دلالت می‌کنند، بر انسان واجب است باری حفظ دین خود متحمل ضرر، سختی و مشقت شده و جان و مال خود را در راه حفظ دین نثار کند. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱/۴۵۱) به طوری که می‌توان گفت در مرز و معیار حرمت تقیه، فساد در دین و ارکان و شعائر آن و حفظ جان مسلمان است، یعنی در این صورت تقیه نه تنها واجب نیست، بلکه حرام می‌باشد.

نتیجه‌گیری

مقوله امنیت یکی از پدیده‌های اساسی و بنیادین مورد نظر اندیشمندان و فقها و از نیازهای حیاتی فردی و اجتماعی به شمار می‌رود و ایجاد گسترش آن نیز وظیفه آحاد ملت و حکومت‌ها و دولت‌هاست و هیچ مکتب یا نظام حقوقی نمی‌تواند خود را نسبت به موضوع امنیت بی تفاوت قلمداد نماید. اسلام نیز به عنوان یک نظام حقوقی جامع و مترقی که پاسخگوی نیازهای فردی و اجتماعی افراد در همه زمان‌ها و مکان‌ها می‌باشد؛ از این قاعده مستثنی نبوده و با ملاحظه متون دینی احکام و مقررات اسلامی ملاحظه می‌شود که اهمیت امنیت در همه عرصه‌ها و راه‌حل‌های تحقق بخشیدن به امنیت سیاسی و اجتماعی بیش از سایر نظام‌های حقوقی در دین اسلامی مورد مطالعه قرار گرفته است از دیدگاه آیات و روایات نیز هم امنیت از نعمت‌های بزرگ خوانده بوده و بر سایر نیازهای بشر اولویت دارد. مقوله امنیت و به ویژه امنیت سیاسی، در همه جوامع امروزی به عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی حقوق بنیادین افراد مورد توجه قرار می‌گیرد و ماهیتی حقوق بشری به خود گرفته است. اما در این میان مجموعه عواملی تهدید کننده امنیت سیاسی هستند که با تتبع در گزارهای فقهی و استخراج از قواعد و احکام و آرای فقهای این عوامل شامل استبداد، محاربه، بغی، ارتداد می‌باشد. علاوه بر این برای تأمین امنیت سیاسی نیز فقها راهکارهایی را ارائه نموده‌اند که از آن جمله می‌توان به مسئولیت عمومی در نظارت بر قدرت، مبارزه با طاغوت، حرمت تعامل و تعاون با طاغوت، برقراری نظام عدل، مشارکت سیاسی (شورا)، تقیه اشاره نمود.

فهرست منابع

۱. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة إلى نيل الفضيلة؛ ج ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
۲. ابن شعبه، حسن بن علی، تحف العقول عن آل الرسول صلی الله علیهم، قم: چاپ علی اکبر غفاری، ۱۳۶۳ش.
۳. احسانی، ابن ابی‌جمهور، عوالی اللالی؛ ج ۱، قم: انتشارات سیدالشهدا، ۱۴۰۵ق.
۴. اخوان کاظمی، بهرام، امنیت در نظام سیاسی اسلام، تهران، کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۵.
۵. اردبیلی (محقق اردبیلی)، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۶. آصفی، محمد مهدی، فقه المقاومة: دراسة فقهیه مقارنه، قم مجمع جهانی اهل بیت (ع)، ۱۴۳۰.
۷. آقابابایی، حسین، قلمرو امنیت در حقوق کیفری، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلام، ۱۳۸۹.

۸. انصاری، مرتضی، فرائد الأصول، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۱ق.
۹. بوزان، باری، مردم دولت و هراس، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۸.
۱۰. جهان بزرگی، احمد، امنیت در نظام سیاسی اسلام: اصول و مولفه‌ها، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۱۱. جوادى آملی، عبدالله، ولایت فقیه، تهران، مرکز نشر فرهنگی رجا، ۱۳۸۲.
۱۲. حر عاملی، محمدبن‌حسن؛ وسائل‌الشیعة؛ قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
۱۳. حسینی تهرانی، سید محمد علی، اسلام سیاسی در ایران، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۸۶.
۱۴. حکیم، سید محمد باقر، نقش اهل بیت در بنیان‌گذاری جماعت صالحان، ترجمه کاظم حاتمی طبری، قم، مجمع اهل بیت (ع)، ۱۳۹۰.
۱۵. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تبصرة‌المتملمین فی أحكام‌الدین؛ ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق.
۱۶. حلّی، مقداد بن عبدالله سیوری، کنز العرفان فی فقه القرآن، ترجمه عبدالرحیم عقیقی بخشایشی، قم، پاساژ قدس، بی تا.
۱۷. خمینی، سیدروح‌الله، تحریرالوسیلة؛ ترجمه علی اسلامی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵ق.
۱۸. _____، صحیفه امام؛ ج ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۶.
۱۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن؛ ج ۱، لبنان: دارالعلم، ۱۴۱۲ق.
۲۰. سید رضی، حسین، نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، قم، نشر امام علی (ع)، ۱۳۶۹.
۲۱. شریعتی، روح‌الله، قواعد فقه سیاسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
۲۲. شریف رضی، محمدبن‌حسین، نهج‌البلاغه، ج ۱، قم، هجرت، ۱۴۱۴ق.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، القواعد و الفوائد، به کوشش: سید عبدالهادی حکیم، کتابفروشی مفید، قم، بی تا.
۲۴. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، علل الشرائع، مکتبه الحیدریه، نجف اشرف، ۱۳۸۶ق.
۲۵. صدر، سید محمد باقر، الفتاوی الواضحة و فقا لمذهب اهل‌البیت، دار الکتب اللبنانی و دار الکتب المصری، بیروت و مصر، ۱۹۷۷م.
۲۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیرالقرآن؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمدبن‌حسن، التبیان فی التفسیرالقرآن؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۸. آمدی، عبدالواحد، غررالحکم و درر الکلم، قم، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۶۶.
۲۹. کلینی، الکافی، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۶۵ش.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق؛ الکافی؛ ج ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیة، ۱۳۶۵.
- مجلسی، محمد باقر، لوامع صاحبقرانی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۴.
۳۱. _____، بحار الانوار، ترجمه محمد جواد نجفی، ج ۴۸، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۹.
۳۲. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام؛ ج ۲، تهران: میزان، ۱۳۷۶.
۳۳. مطهری، مرتضی، فقه و حقوق، قم، صدرا، بی تا.
۳۴. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی، دراسات فی ولایة‌الفقیه و فقه‌الدولة‌الإسلامیة؛ ج ۲، قم: مرکز‌العالمی للدراسات الإسلامیة، ۱۴۰۹ق.
۳۵. _____، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، مؤسسه کیهان، ۱۴۰۹.
۳۶. نائینی، میرزا محمد حسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، تحقیق، سید جواد ورعی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴.
۳۷. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق و تصحیح: شیخ عباس قوچانی، چاپ هفتم: دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
۳۸. نراقی، مولی احمدبن‌محمد مهدی؛ عوائد‌الایام فی بیان قواعد‌الأحكام؛ ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

تحلیل جامعه‌شناختی مسئولیت مدنی معلمان در حقوق ایران

اسلام ندایی^۱، ایران سلیمانی^{۲*}

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران
۲- گروه الهیات (فقه و حقوق)، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران.

چکیده

تعلیم و تربیت اسلامی اهمیت ویژه‌ای برای تربیت انسان قائل است که در راستای آن شناخت مسئولیت معلمان در سایه حقوق ایران تحقق می‌یابد، یکی از رویکردهای آسیب‌شناسانه به نظام آموزشی توجه به صدمات جسمانی دانش‌آموختگان است که به سبب درگیری در امر آموزش به علم آموزان وارد می‌آید. این صدمات دارای طیف وسیعی می‌باشد و بعضاً اشتغال به امر تعلیم و تعلم را به مخاطره می‌اندازد لذا واکاوی ریشه‌ها و تبیین مسوولیت مدنی و عواملی که دارای نقشی اساسی در بروز انواع صدمات جسمانی به آنان هستند ضرورتی انکارناپذیر است. در این میان با توجه به منشاء انواع صدمات جسمانی که به دانش‌آموزان وارد می‌شود مسئولیت اشخاص مختلفی از جمله معلمان مطرح می‌گردد. این تحقیق به روش توصیفی تحلیلی جهت حمایت از حقوق دانش‌آموزان به این نتیجه دست یافت که حقوق ایران، مسئولیت مدنی معلمان را بر مبنای نظریه تقصیر پذیرفته که در صورت وجود تقصیر، معلمان را ملزم به جبران خسارت نمود.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، معلم، تقصیر، خسارت، جبران خسارت

مقدمه

حقوق مسئولیت مدنی، یکی از شاخه‌های حقوق مدنی است. در این شاخه از حقوق، صحبت از آن است که اگر شخصی، عمداً یا بر اثر بی احتیاطی به دیگری زیان مادی یا معنوی وارد کند، مسئول جبران خسارت وارده است (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی). در زندگی پر مخاطره امروزی، نقش و اهمیت قواعد مسئولیت مدنی بیش از پیش نمایان شده است. گسترش و تعدد مشاغل و فعالیت‌هایی که اشخاص به آن مبادرت می‌نمایند و تنوع خطراتی که این مشاغل و فعالیت‌ها برای دیگران ایجاد می‌کند، ایجاب می‌نماید که قواعد و احکام مسئولیت مدنی در هر یک از این مشاغل و فعالیت‌ها، جداگانه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد. آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته، مسئولیت مدنی معلمان در حقوق موضوعه ایران است. که یک موضوع حقوقی اجتماعی است که در حقوق موضوعه ایران، هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی، مقرراتی در مورد مسئولیت مدنی معلمان وضع شده است. شرایط تحقق مسئولیت مدنی معلم، مبنای این مسئولیت و پیامدهای این مسئولیت، از مهم‌ترین مباحث مطروحه می‌باشد. اهمیت و ضرورت جایگاه مسئولیت معلمان در نظام اجتماعی و ارتباط متقابل این مفهوم با مشارکت از مسائل و دغدغه‌هایی است که

محور بحث تحلیل گران اجتماعی می باشد به نظر می رسد آگاهی از حقوق علی الخصوص حقوق دانش آموزان امروز به عنوان نیاز اساسی تمام والدین و دانش آموزان در عرصه تعلیم و تربیت است. آگاهی از حقوق از جنبه های مهم روابط انسانی و اجتماعی و عامل بسیار اساسی برای تداوم زندگی جمعی در دنیای پر مخاطره مدرن است عدم توجه به آگاهی از حقوق مخدوش کننده پایگاهها و نقش ها و سبب تاخیر در کارها و هزینه بر شدن آنها، خلل در روابط و تعاملات و باعث ایجاد مشکلاتی در مشارکت می شود. چرخش نظریه های جامعه شناسی به سمت مفاهیم نرم همانند: آگاهی از حقوق و مشارکت در همین راستا است. اگر آگاهی از حقوق در یک جامعه آنهم در مرکز تعلیم و تربیت سطح بالای نباشد، افراد نمی دانند چه نوع حقوق و تکالیفی در جامعه و در قبال دیگران دارند، و چگونه می بایست در جهت تحقق و ایفای آنها تلاش کنند. شک نیست جامعه ای که فرد، فرد آن از حقوق خود آگاهی کامل دارند با جامعه ای که افراد آن حتی از حق حیات خود نیز آگاه نیستند، متفاوت زندگی می کنند. بنابراین سنجش آگاهی از حقوق معلمان و برآورد اثر آن بر سطح مشارکت ضروری و حائز اهمیت است، تا راهکارهای ارتقاء بصیرت و تقویت آگاهی از حقوق شناسایی و موانع مشارکت را رفع نماییم. این رو ضروری است بدانیم میزان آگاهی از حقوق معلمان و مسئولیت آنان در قبال دانش آموزان چه اثری بر امر تعلیم و تربیت دارد زیرا می تواند برای برنامه ریزی های آینده مفید و مؤثر واقع شود.

بیان مساله و اهمیت تحقیق

آگاهی از حقوق از مهمترین مفاهیم مطرح در حوزه علوم اجتماعی است. مفهوم آموزگار نیز در حقوق ایران، آموزش دهنده ای است که تا حدودی وظیفه مراقبت و مواظبت از دانش آموز را داشته است. در حقوق ایران با لحاظ ماده ۷ مسئولیت آموزگار منوط به وظیفه مراقبتی است که در خصوص دانش آموز بر عهده دارد و شرط سنی برای دانش آموز وجود ندارد. همچنین باید رفتار دانش آموز نیز مقصرانه باشد مسئولیت مدنی آموزگار نیز از یک منظر تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی است. یعنی سه رکن شامل وجود ضرر، فعل زیان بار و رابطه سببیت بین فعل زیان بار و خسارت در احراز چنین مسئولیتی لازم است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۴۱) گذشته از شرایط عمومی مسئولیت مدنی، در مورد مسئولیت خاص آموزگار ناشی از عمل غیر، شرایط ذیل لازم است و احراز آنها برای تحقق مسئولیت آموزگار لازم است **شرط اول**، شرایط زمانی است که دانش آموز وارد مؤسسه آموزشی می شود و تا زمانی ادامه دارد که از مؤسسه خارج گردد، مگر اینکه آموزگار پذیرفته باشد، که دانش آموز را تا درب منزل همراهی کند. همچنین، در مواردی که دانش آموز کودکی است که از مؤسسه فرار نموده باشد یا مؤسسه زودتر از موعد تعطیل شود و والدین از این امر اطلاعی نداشته باشند، آموزگار، مسئول است. حتی لزومی ندارد که خسارت، هنگام آموزش باشد. بلکه پس از اتمام آموزش نیز تا زمانی که در عرف، وظیفه مراقبت بر دوش معلم باشد، آموزگار مسئول است. (عوجی، ۲۰۰۹، ص ۴۲۸) **شرط دوم**، شرط مکانی است که این شرط وابستگی دانش آموز به محیط آموزشی و مسأله تعلیم و تربیت را نیز نشان می دهد. به همین دلیل، زمانی که دانش آموز جلوی درب مدرسه، سبب اضرار می گردد ولی وی اصلاً دانش آموز مؤسسه نیست، نباید آموزگار را مسئول اعمال زیان بار وی دانست. بنابراین، دانش آموز باید دارای وصف دانش آموز باشد تا بتوان مسئولیت اعمال زیان بار وی را بر آموزگار تحمیل نمود. بنابراین، وظیفه مراقبت و مواظبتی که آموزگار بر عهده دارد، رکن اساسی مسئولیت آموزگار نسبت به عمل دانش آموز می باشد. **شرط سوم**، اثبات تقصیر آموزگار می باشد؛ زیرا صرف ارتباط خسارت با محیط آموزشی کافی نیست تا آموزگار، مسئول باشد. بلکه زیان دیده باید رفتار مقصرانه آموزگار را به اثبات برساند. این تقصیر نیز با عدم مراقبت است یا مراقبت ناقص و ناکافی است. به نظر برخی، **شرط چهارم** این است که باید رفتار دانش آموز نیز مقصرانه باشد تا بتوان مسئولیت را بر دوش آموزگار نهاد. و گرنه آموزگاری که از افعال عادی دانش آموزی ممانعت به عمل نمی آورد، تقصیری در مراقبت و مواظبت به آموزگار، محسوب نیست. برخی معتقدند، آموزگار فقط مسئول حوادثی است که برای وی قابل پیش بینی بوده است. که این شرط در مسئولیت قراردادی و قهری مشترک است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۰) این مطالعه به روش توصیفی تحلیلی در صدد است تا مسئولیت معلمان را در قبال خساراتی که در تعلیم و

تربیت دانش آموزان ایجاد می‌شود براساس حقوق موضوعه ایران جهت حمایت از حقوق دانش آموزان و آکادوی نماید. به عبارتی سؤال اصلی این مطالعه این است که مبنای مسئولیت معلمان در قبال رفتارهای مختلف دانش آموزان بر چه پایه ایی استوار است؟ به عبارتی فرضیه تحقیق این است که بین مسئولیت معلمان و تغییر رفتارهای آنها با وضعیت زمانی و مکانی و تقصیر دانش آموزان و معلمان رابطه وجود دارد. بررسی نظری این موضوع نشان می‌دهد که دیدگاه‌های متفاوتی در رابطه با مسئولیت معلمان در قبال دانش آموزان قابل دسته بندی است. که تحقیق حاضر با احراز شرط زمانی و مکانی و عمل مقصرانه دانش آموز و اثبات تقصیر آموزگار بر اساس قانون مدنی مسئولیت معلمان را در قبال دانش آموزان امری لازم و ضروری است.

بحث و بررسی

مهمترین نظریه در مسئولیت مدنی، نظریه تقصیر است و مبنای اصلی مسئولیت مدنی است اما به دلایل مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی، حل و فصل برخی از مسائل، از طریق نظریه تقصیر با عدالت و انصاف سازگار نیست و به همین دلیل در خصوص آن مسایل، نظریات دیگر مورد استفاده قرار می‌گیرد. (ره پیک، ۱۳۸۷، ص ۳۶) برخی حقوقدانان گفته اند: برای تشخیص تقصیر باید عملی را که در اثر آن به دیگری خسارت وارد شده است با عمل اشخاص محتاط مقایسه نمود، چنانچه فاعل در انجام عمل، رعایت احتیاطاتی را ننموده باشد که هر شخص محتاط در این گونه اعمال می‌نماید، آن فاعل مسئول خسارت وارده به غیر نخواهد بود. (پروین، ۱۳۸۰، ص ۳۰) درست است که بر اساس این نظریه، این زیان دیده است که باید تقصیر فاعل زیان را ثابت نماید یعنی مطالبه خسارت از فاعل زیان، مستلزم اثبات تقصیر او بوده و متوقف بر آن است اما این امر به آن معنا نیست که فاعل در این میان، فقط تماشاگر محض بوده و منتظر نتیجه اقدامات زیان دیده است، بلکه فاعل نیز می‌تواند برای رفع مسئولیت خود یکی از امور زیر را ثابت کند: الف) در اثر اجرای حق قانونی وی، خسارت متوجه طرف شده است. ب) فرس ماژور علت حقیقی ورود خسارت بوده است. ج) عمل زیان دیده علت ورود خسارت بوده است. (امامی، ۱۳۸۳، ص ۱۱) بر مبنای این نظر، برای تحقق تقصیر لازم نیست که کار شخص قابل سرزنش و نکوهش باشد و خطای هر کس با کنکاش در درون و باطن وی و به طور جداگانه و با توجه به وضع مادی و روحی ویژه او مورد بررسی واقع شود. همین که اقدامی در مقایسه با رفتار انسانی متعارف و محتاط در آن شرایط مخالف باشد، تقصیر است، هر چند مرتکب را نتوان به خاطر آن ملامت کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۵۰) این نظریه هر چند برخی انتقادات نظریه شخصی از جهت سهولت در اثبات و نیز شناخت مسئولیت برای صغار و مجانبین را برطرف نمود، اما دور از ایراد نبود و مورد انتقاداتی واقع شده از جمله این که با به کار بردن معیار نوعی تقصیر بر خلاف ادعا از جنبه اخلاقی تقصیر حمایت نکرده بلکه در واقع معیار به کار رفته فاقد جنبه اخلاقی است و بازگشت مخفیانه به نظریه خطر است. (باریکلو، ۱۳۸۷، ص ۵۰)

نظریه تقصیر مفهوم وسیعی است که مصداق‌های متعدد و متنوعی از جمله تقصیر نوعی، شخصی، دارد. گرچه همه این مصداق‌ها و عنوان‌ها نظریه تقصیر نامیده می‌شوند ولی به اعتبارهای مختلف، می‌توان آن‌ها را در دسته‌های خاص قرار داد. فرق اساسی بین مسئولیت شخصی و مسئولیت نوعی در این است که اولی مبتنی بر تقصیر است هر چند که به صورت تقصیر مفروض باشد حتی اگر این فرض، فرضی باشد که خلاف آن را نتوان ثابت کرد، زیرا در این صورت نیز اساس مسئولیت تقصیر است نه ضرر اما مسئولیت نوعی مبتنی بر ضرر است نه تقصیر. مدیون همیشه می‌تواند مسئولیت شخصی را از خود سلب کند یا با نفی تقصیر از خود (و اثبات بی تقصیری) یا به خاطر اینکه علت خارجی ضرر را ایجاد کرده است ولی بنا به عقیده ی برخی از حقوقدانان (السنهوری، ۱۳۸۴، صص ۷۶۸ و ۷۶۹) در مسئولیت نوعی (یا عینی) خواننده دعوی حتی با اثبات بی تقصیری خود و با اثبات دخالت علت خارجی نمی‌تواند مسئولیت را از خود دور کند و مادام که ضرر از تحرکات و فعالیت‌های خواننده به وجود می‌آید اگرچه تقصیری هم از او سرزنند، مسئول جبران آن ضررها است. برای بر طرف کردن عیوب نظریه عیوب تقصیر شخصی تلاش‌های وسیعی شده و نظریه‌های مختلفی پا به عرصه‌ی ظهور گذاشته است.

بررسی تبیین و توجیه مبنای مسئولیت مدنی معلمان

۱- مسئولیت شخصی

مسئولیت شخصی معلم، تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی است. اگر معلمی به نحو مباشرت سبب خسارت دانش آموزی شود، طبق ماده ۳۲۸ قانون مدنی و اگر به نحو تسبیت باشد طبق ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مسئول می باشد.

۲- مسئولیت ناشی از عمل غیر

در حقوق ایران، از نظر تحلیلی به نظر می رسد در موردی که رابطه شاگرد و معلمی وجود دارد، اما شاگرد مزبور، صغیر نیست، مانند دانش آموزان مقطع متوسطه، در صورتی که خسارتی به بار آورند، در بدو امر خود شاگرد مکلف جبران خسارت است. در این موارد، نمی توان به ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی استناد نمود؛ زیرا در ماده ۷ فقط صغیر و مجنون ذکر شده اما از باب قواعد کلی و با توجه به این مسئله که در حقوق مسئولیت مدنی هر شخصی که کنترل و نظارت دیگری دارد، مسئول اعمال زبان بار شخص تحت نظارت و کنترل می باشد، بعید نیست بتوان معلم را مسئول اعمال دانش آموز دانست. در همین مورد هم هست که در حقوق ایران این خلاء وجود دارد و باید مسئولیت مدنی آموزگار، ناشی از عمل دانش آموز قوانین مطرح شود و الا جایی که دانش آموز صغیر باشد، مسئولیت معلم می تواند مشمول ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی باشد.

در مواردی دانش آموزی در محیط آموزشی سبب ورود خسارت به دیگری می گردد، که طبق ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه مسئولیت معلم ناشی از عمل غیر، مطرح می گردد (نظری، ۱۳۸۹، ص ۲۳۲) به همین دلیل، بند ۶ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می دارد که معلمان مسئول خساراتی هستند که به سبب عمل دانش آموزی در زمانی که تحت نظر آنها هستند، وارد می شود و منظور از مسئولیت خاص آموزگار نیز همین مسئولیت است که موضوع این نوشتار می باشد.

۲- جبران خسارت

یکی از اهداف جامعه پذیری در مراکز تعلیم و تربیت، اجتماعی شدن به گوناگونی جامعه انسانی است به این معنا که هر جامعه ای با توجه به شرایط و مقتضیات خود، افراد را پرورش می دهد لذا گام اول در پرورش دهنده آگاهی خود معلمان از حقوق خویش در قبال دانش آموزان می باشد و بالتبع دانش آموزان نیز تحت تاثیر قرار گرفته و از حقوق خود آشنا خواهند شد چرا که وقتی دانش آموزی که وارد مدرسه می شود نخستین تماس جدی خود را با یک سازمان رسمی اجتماعی شدن برقرار می کند. در اولین کانون اجتماعی شناسایی حق و اعمال آن از اهم مطالب است. از آنجا که اعمال حق بر اساس اثبات تقصیر معلم می باشد لذا بررسی عناصر آن ضروری است.

۱- حق جبران خسارت

اثر مهم و اصلی مسئولیت مدنی، حق جبران خسارت می باشد که به استناد این حق، زیان دیده می تواند با رجوع به انجام دهنده فعل زیان بار خواهان جبران خسارت وارده بر خویش شود. هر چند از این حق، به حق اقامه دعوی تعبیر می شود ولی اثر مستقیم و ذاتی مسئولیت مدنی وجود حق اقامه دعوی برای زیان دیده نیست، بلکه حق جبران خسارت است ولی انجام دهنده فعل زیان بار از جبران خسارت وارده خودداری نماید، زیان دیده می تواند به اعتبار حق جبران خسارت علیه او اقامه دعوی کند.

۲- خواسته زیان دیده

زیان دیده، اعم از اینکه مستقیم به مسئول مراجعه یا علیه او اقامه دعوی در دادگاه صالح نماید، می تواند دو خواسته از او داشته باشد: نخست حق دارد از او تقاضا نماید که از انجام مجدد فعل زیان بار یا از ادامه آن، در صورتی که فعل زیان بار از اعمال مستمر یا قابل تکرار است، خودداری نماید. مثلاً کسی که شروع به ساخت دیواری نموده که مانع ورود نور به خانه همسایه می شود، همسایه می تواند از او خواهان توقف ساخت آن شود که این خواسته ناظر بر پیشگیری از وقوع ضرر آینده است و زیان دیده حق دارد که از این جهت خواهان تأمین منافع خویش گردد (نظری، ۱۳۸۹، ص ۱۲۰)

دوم اینکه او حق دارد خواهان جبران خسارتی شود که در اثر فعل زیان بار به او وارد شده یا آینده وارد می‌شود. خواسته او از این جهت محدود به ضرری است که متحمل شده است و نمی‌تواند بیشتر از جبران ضرر، تقاضایی داشته باشد. اگر زیان دیده با مسئول درباره میزان ضرر یا روش جبران آن با هم توافق نکنند، جبران خسارت طبق توافق طرفین انجام می‌شود ولی اگر با هم توافق نکنند و در دادگاه صالح اقامه دعوی شود، قاضی باید اصولی را در برآورد خسارت و اجرای حکم در نظر گیرد، که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳- اصول برآورد خسارت

اگر طرفین در مورد میزان خسارت وارده به توافق نرسند و زیان دیده اقامه دعوی جبران خسارت کند، دادگاه باید خسارت وارده را تعیین نماید. برای انجام این وظیفه، دادگاه باید اصول؛ لزوم جبران کامل ضرر، لزوم توجه به توانایی مالی مسئول، لزوم در نظر گرفتن هزینه‌های مسئول، را در نظر گرفته و مطابق آن تعیین خسارت نماید. به عنوان مثال اگر معلم بجای تشویق از تنبیه استفاده نماید و از روی خطا ضرری به دانش آموز وارد شود و خودشان در تعیین میزان خسارت توافق نکنند ولی دانش آموز زیان دیده می‌تواند اقامه دعوی جبران خسارت نماید.

۳-۱- انواع خسارات قابل جبران

حقوقدانان به لحاظ ماهیت، خسارت را به صورت‌های؛ خسارت مادی (مالی یا اقتصادی) و معنوی (غیر مادی) تقسیم بندی کرده‌اند. خساراتی که هم جنبه مادی دارند و هم جنبه معنوی، مانند صدمات وارد شده به بدن انسان را جزء هر دو دسته آورده و آنها را هم به عنوان خسارت مادی مورد بررسی قرار داده‌اند و هم به عنوان خسارت معنوی (ژوردن، ۱۳۸۲، ص ۱۳۷) برخی آن را به سه دسته: مادی، معنوی و جسمی (جسمانی) یا مختلط تقسیم کرده‌اند. (آشوری، ۱۳۷۵، ص ۲۰۷) اما همانطور که برخی گفته‌اند، (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، ص ۲۶) گرچه در خسارت‌های جسمی و بدنی در بسیاری موارد هر دو خسارت مادی و معنوی وجود دارد، ولی این امر باعث نمی‌شود، خسارت به شکل سومی نیز وجود داشته باشد و ماهیت خسارت را از جنبه مالی یا معنوی تغییر دهد. در واقع، در صدمات بدنی دو نوع خسارت با ماهیت جداگانه به وجود می‌آید که یکی مالی و دیگری معنوی است؛ قطع، جرح، نقض و درد و رنج ناشی از آن، زیان معنوی و بستری شدن در بیمارستان و تحمیل هزینه‌های معالجه و درمان، زیان مالی است که هر دو در یک حادثه به طور همزمان یا در پی هم به وقوع پیوسته است. ولی این دو نوع زیان کاملاً قابل تفکیک از یکدیگر است و همراهی آنها نباید سبب شود که خسارت جسمانی در برابر خسارت مالی (مادی) و معنوی نوع مستقلی یا ترکیبی از آن دو محسوب شود. بر این اساس، خسارت به اقسام:

۱- خسارت مالی (تلف عین، تلف منفعت، محرومیت از سود قابل وصول، محروم ماندن از نیروی کار، خسارت مالی ناشی از صدمه بدنی)

۲- خسارت غیر مالی؛ الف- گاه معنوی است که خسارت معنوی ناشی از صدمه بدنی "قطع امید از زندگی، درد و رنج، بر هم خوردن تعادل یا از دست دادن توانایی و استعداد است ب- گاه خسارت روحی است که ناشی از صدمه به سرمایه معنوی، محروم ساختن شخص از موقعیت‌های مناسب است ج- گاه خسارت بدنی است را تقسیم بندی کرده‌اند. در مورد خسارت مالی بین اشخاص تفاوتی وجود ندارد همین که فردی اعم از معلم و غیر معلم نسبت به دیگری ضرری وارد کرد بر اساس ادله کتاب، سنت، اجماع و عقل باید خسارت وارده را جبران نماید. و اما نسبت به خسارات غیر مادی اعم از معنوی و روحی و بدنی به لحاظ شرایط ویژه باید جبران نماید.

۳-۱-۱- خسارت معنوی

خسارت معنوی خسارتی است که چهره مالی و اقتصادی نداشته و به حقوق مالی و دارایی شخص صدمه نمی‌زند، ولی سبب رنج اخلاقی و لطمه به حقوق غیر مالی اوست. برخی نویسندگان حقوقی، نقض بدنی، لطمه به شرافت و شهرت شخصی و خانوادگی، سلب آزادی، تجاوز به اقامتگاه و فاش ساختن اسرار خصوصی را به عنوان مصادیق خسارت معنوی آورده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۱) با این همه، همانطور که برخی گفته‌اند، (امامی، ۱۳۸۳، ص ۵۷۸) جملگی این موارد، اسباب ایجاد ضرر معنوی هستند، نه مصادیق آن.

ضرر معنوی، همان جریحه دار شدن احساسات، عواطف، علائق، عقاید و رنج‌های حاصل از صدمات بدنی و سایر حقوق غیر مالی شخص است. به عبارت دیگر، مصادیق ضرر همان رنج و تألمات و تأثرات روحی و روانی و یا دردهای ناشی از صدمه به تمامیت جسمانی فرد هستند که گاه از یک بی‌اعتباری ساده و گاه از قطع عضوی از بدن که به افسردگی فرد می‌انجامد و نیز آسیب‌هایی است که موجب کسر شهرت و اعتبار شخص و هتک شخصیت اوست. بر این اساس، ضرر معنوی ممکن است در اثر لطمه به اموال شخص که وی بدان‌ها تعلق خاطر دارد و یا با حقوق معنوی او در ارتباط هستند، همانند شهرت، اعتبار تجاری وارد آید و یا در اثر اعمالی به بار آید که مستقیماً عواطف، علائق، شخصیت، اعتبار و یا تمامیت جسمانی فرد را نشانه رفته‌اند.

از جمله ویژگی‌های خسارت معنوی این است که حتی با فرض عدم وقوع خطر جانی و یا وقوع آن یا آسیب مالی ندیدن قربانی به لحاظ نادیده گرفتن حقوق وی نیز ورود صدمه قابل تصور است. علاوه بر آن ورود خسارت معنوی، محدود به زیان دیده و یا قربانی مستقیم حادثه نیست و ممکن است دیگران نیز به لحاظ رابطه‌ای که با زیان دیده دارند، مانند خانواده و ورثه وی، به خطر آسیب‌های جبران‌ناپذیر معنوی و بدنی که به وی می‌رسد، دچار تألم و تأثر روحی گردند. (غفاری فارسانی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۴)

۲- خسارت روحی

یکی از انواع خسارت معنوی، صدمات روحی است که در بند ۲ ماده ۹ قانون آئین دادرسی کیفری سابق به آن اشاره شده بود، اما در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ از متن ماده ۹ حذف شده است و به همین دلیل برخی، در مورد قابل مطالبه بودن اینگونه خسارات اظهار تردید کرده‌اند. (مهمان نواز، ۱۳۸۸، ص ۶۴) لکن با وجود اصل ۱۷۱ قانون اساسی که میثاق ملی است و نیز با وجود تصریح مواد ۱ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی بی‌شک، اینگونه صدمه‌ها نیز خسارت محسوب می‌شود و باید جبران گردد.

خسارت روحی ممکن است، در اثر عوامل گوناگونی چون: صدمه به تمامیت جسمانی، بروز یک حادثه غیر منتظره، فوت یا آسیب جسمی و روحی نزدیکان، اهانت به مقدسات، از بین رفتن فرصت، مانند محروم شدن شخص از یک فعالیت سیاسی، اجتماعی یا ممانعت از شرکت در آزمون استخدامی یا کنکور، از بین رفتن یک شیء با ارزش و دوست داشتنی برای شخص. (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، صص ۶۱ و ۶۲) بدیهی است، این صدمات روحی که ممکن است، پیامد یک صدمه بدنی باشد یا خود صدمه بدنی و نیز درد و رنج ناشی از صدمه بدنی در اثر جراحی آن تفاوت دارد و هر یک خسارتی مجزا می‌باشند. از طرف دیگر، نمی‌توان گفت که دیه تعیین شده برای هر عضو، باید جبران تمام خسارات مادی و غیر مادی وارد بر شخص را در بر می‌گیرد، زیرا دیه مابازای خود عضو از بین رفته یا نقص و عیب یا جرح وارد بر آن است که خسارتی جیمانی است و به نظر نمی‌رسد، خسارت معنوی، از جمله خسارت روحی یاد شده را نیز شامل شود و این که شارع مقدس و به تبع وی، قانونگذار در ماده ۳۶۷ قانون مجازات اسلامی تصریح دارند: هر جنایتی که بر عضو کسی وارد شود و شرعاً مقدار خاصی به عنوان دیه برای آن تعیین نشده باشد، جانی باید ازش بپردازد. دلالت بر این دارد که جنایات یا خساراتی وجود دارد که دیه برای آنها تعیین نشده است و باید با تعیین ارزش توسط حاکم جبران شود. علاوه بر آن، در موارد دیگر که به شخص آسیب جسمانی وارد نشده است، یعنی عضوی از بدن وی مجروح نشده یا نقص و عیب نیافته است، به صرف این که در شرع و قانون برای آن دیه تعیین نگردیده، پس ضرری حاصل نشده است، درست نیست. برعکس اینگونه صدمه‌ها، خسارت مسلم بوده و در بسیاری موارد قابل رفع نیست و برای همیشه در ذهن روان شخص باقی‌ماند و همواره وی را آزار می‌دهد. حتی در عرف، اینگونه صدمه‌های روحی از آسیب‌های جسمانی سخت‌تر است و ضرب المثل‌های "زخم زبان از زخم شمشیر بدتر است"، "زخم شمشیر بر تن است و زخم زبان ناپذیر است." (رحمت نژاد، ۱۳۸۵، صص ۱۷۳ و ۱۷۴) به این خوبی‌گویای این سخن است.

بنابراین در تمام موارد فوق، زیان دیده (دانش آموز)، علاوه بر خسارات دیگری که ممکن است متحمل شود دچار صدمه روحی و روانی نیز می‌شود و نباید در قابل جبران بودن آنها تردید کرد و چنانچه زیان دیده ثابت نماید خسارت دیگری غیر از آنچه مستوجب دیه است، متحمل شده است، حکم به جبران

خسارت آن از سوی معلم اولی است. هرچند، در قانون اصلاحی بیمه اجباری، از جمله تبصره ۳ ماده ۱ و نیز ماده آیین نامه اجرایی قانون سابق تصریحی به اینگونه خسارت نشده و بر این اساس گفته شده بود، مسئولیت دارنده ی اتومبیل به جبران خسارت های مادی و بدنی محدود شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۹) اما دست کم در بسیاری موارد، به ویژه در جایی که زیان دیده، خود، به طور مستقیم دچار حادثه ناشی از وسیله نقلیه و متحمل صدمه شده است، تحت عنوان "ارش ناشی از صدمه، نقض عضو، از کار افتادگی" حسب تبصره ۳ یاد شده، در قلمرو مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه قرار می گیرد و دارنده باید (با جمع سایر شرایط) از عهده ی جبران آنها برآید. خسارت معنوی ناشی از صدمه به سرمایه معنوی؛ آنچه که سرمایه معنوی شخص را تشکیل می دهد، همین حقوق مربوط به شخصیت معنوی یا اخلاقی است که ناظر بر جنبه های غیر جسمی شخصیت ادمی است و تعرض به آنها موجب خسارت معنوی است. مهم ترین انواع آن را به این شرح بیان کرد: لطمه به شهرت و اعتبار، سلب آزادی، صدمه به حقوق مدنی، تجاوز به اسرار محرمانه و اسرار خانوادگی، صدمه به احساسات و باورهای دینی و اعتقادی، محروم ساختن شخص از موقعیت های مناسب. (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، صص ۶۶ و ۶۷) محروم ساختن شخص از موقعیت های مناسب یکی از ابعاد حقوقی شخصیت، حق بهره برداری مطلوب شخص از فرصت ها و موقعیت هایی است که می تواند فرا روی وی قرار گیرد. برای مثال شرکت در یک مسابقه یا امتحان ورودی برای استخدام یا کنکور، ثبت نام برای سفر تفریحی و علمی، شرکت در یک سمینار یا کنفرانس علمی، حضور در پای رأی یا اعلام نامزدی برای یک سمت اجتماعی مانند نمایندگی مجلس و مانند آن، (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، ص ۷۳) بی شک از دست دادن هر یک از این فرصت ها، موجب صدمه به شخص و از بین رفتن ارزش هایی است که شخص انتظار آنها را داشته است.

صرفنظر از اختلافاتی که در مورد قابل مطالبه بودن این نوع خسارات در حقوق ما وجود دارد، (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۸۰) با فرض اینکه در حقوق ما اینگونه خسارات نیز قابل مطالبه باشند، به نظر می رسد، صرفاً از راننده مقصر قابل مطالبه باشند و به دلیل این که از موارد تصریح شده در قانون اصلاح قانون بیمه اجباری نمی باشد، جبران آنها از شمول قلمرو مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه خارج است.

۳- خسارت بدنی

یکی دیگر از حقوق مربوط به شخصیت، حقوق مربوط به شخصیت جسمی انسان است، علاوه بر این که در زمان حیات شخص مورد حمایت است و هرگونه تعرضی به آن ممنوع و موجب مسئولیت مدنی و کیفری است، برای بعد از مرگ نیز این حق حفظ می شود، به طوری که، کسی که اهلیت برای وصیت داشته باشد، می تواند در مورد کالبد بیجان خود نیز تصمیم گیری نماید. هر چند این حق مطلق نیست و با توجه به مقتضیات عدالت ممکن است، تغییر نماید. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۵، ص ۱۸)

خسارت بدنی، صدمه ای است که به سلامت و تمامیت جسمانی انسان وارد می شود و به شکل نقص یا قطع عضو یا جراحت یا بیماری و یا حتی تغییر رنگ قسمتی از بدن ظاهر می شود، بدیهی است که مرگ شدیدترین صدمه بدنی به شمار می رود. (امامی، ۱۳۸۳، صص ۵۷۶ و ۵۷۷) این صدمات که مخصوص شخص حقیقی است و نسبت به شخص حقوقی قابل تحقق نیست، زیرا شخص حقوقی وجود ندارد و وجودش اعتباری است، بنابراین ورود ضرر جسمی نسبت به آن منتفی است. (باریکلو، ۱۳۸۷، ص ۶۹) از یک سوء از نظر روانی به شخص آسیب وارد می نماید و از سوی دیگر، هزینه های درمان، از کار افتادگی و احیاناً کفن و دفن را به شخص یا دارایی او تحمیل می نماید. (لورراسا، ۱۳۷۵، ص ۱۰۸) به همین دلیل در مورد ماهیت این نوع صدمات، نظرات مختلفی ارائه شده است، برخی خسارت را مالی (مادی) دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۶۲) و برخی دیگر خسارت معنوی. (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، ص ۵۱) برخی نیز به دلیل اینکه خسارت بدنی هم خسارت مالی را به دنبال دارد و هم خسارت معنوی، این نوع خسارات را خسارت مختلط نامیده اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۷۸) اما همانطور که برخی گفته اند، (باریکلو، ۱۳۸۷، ص ۶۹) به نظر می رسد خسارت جسمانی ماهیتی جدای از خسارت مالی و معنوی دارد و اگر چه ممکن است اغلب یکی از این دو نوع زیان را نیز به همراه داشته باشد، اما خود نیز اصلتی جداگانه دارد، زیرا:

نخست - صدمه بدنی، زیان مالی نیست و فاقد خصوصیات آن است، زیرا جسم انسان، مال محسوب نمی‌شود و هیچگاه در عرف چنین داوری‌ای وجود نداشته که تمامیت جسمی انسان مال به حساب آید و با پول تقویم شود، بلکه انسان و متعلقات او ارزشی فراتر از مال و اشیائی مادی دارد، به گونه‌ای که با استنباط از تعالیم اسلامی، می‌توان گفت تمام عالم افلاک و ماده برای او و در خدمت او خلق شده است. پس هر چند جسم انسان از عناصر مادی تشکیل شده است، ولی به هیچ عنوان مال محسوب نمی‌شود و بر این اساس، خسارت وارد بر آن نظیر قتل، ضرب و جرح، قطع عضو و صدمات دیگر را نمی‌توان خسارت مالی یا مادی نامید. (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰، صص ۵۱ و ۵۲)

دوم - درست است که خسارات بدنی، اشتراکاتی با خسارات معنوی دارند و همین امر موجب می‌شود در مقابل خسارت مالی، خسارت غیر مالی را تشکیل دهند، اما خسارت جسمی را نمی‌توان خسارت معنوی صرف دانست، زیرا علاوه بر آن که بر خلاف خسارت معنوی در عالم خارج وجود دارد و قابل رؤیت است (غفاری فارسانی، ۱۳۸۷، ص ۲۳۴) یعنی به جسم شخص که بعد مادی و ملموس دارد، وارد می‌شود، در بسیاری موارد خسارت بدنی با خسارت معنوی تأم نیست، در این صورت، دلیلی وجود ندارد آن را نوعی خسارت معنوی بدانیم. برای مثال، در یک حادثه رانندگی که فقط رنگ پوست شخص تغییر پیدا می‌کند و یا خراشی جزئی در حد حارصه بر می‌دارد یا دست شخص، شکستگی ساده پیدا می‌کند، (صالحی انصاری، ۱۳۷۶، ص ۴۵) نه هزینه مالی آنچنانی به دنبال دارد و نه تألم روحی و جسمی غیبر متعارف و نه چندان موجب تألم روحی نزدیکان می‌شود. بنابراین به نظر نمی‌رسد، چنین آسیب خسارت معنوی یا مادی تلقی شود، در حالی که شکی در ورود آسیب بدنی نیست.

علاوه بر آن، مثالی ساده، تفاوت این نوع خسارات را به خوبی نشان می‌دهد، فرض کنید در یک تنبیه بدنی، دست دانش آموز قطع می‌شود، بدیهی است، جلوگیری از ادامه خونریزی و التیام زخم ناشی از قطع، به دارو و درمان و گاه به جراحی و پرداخت دستمزد پزشک و هزینه بیمارستان نیاز دارد که همه‌ی این هزینه‌ها خسارت مادی است، همچنین در اثر این امر، شخص دچار تألم روحی و روانی خواهد شد که خسارت معنوی است، اما از دست دادن دست، خود خسارتی است مستقل که نمی‌توان آن را با دو نوع خسارت قبلی، یکی دانست.

در ماده ۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری نیز این تفکیک رعایت شده و فقط خسارات مالی و خسارات بدنی از خسارات غیر مالی در قلمرو مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه و به تبع آن، مسئولیت بیمه‌گر اعلام شده است. بنابراین با توجه به دلایل فوق و نیز احترام و اهمیت فوق العاده تمامیت جسم و تن آدمی، باید آن را مستقل از زیان مالی و معنوی دانست. به همین دلیل هم، چه در فقه و چه در قوانین موضوعه ما، خسارات بدنی جداگانه ذکر گردیده و برای جبران آنها، شیوه و مقدار معینی مال (با عنوان دیه و ارش) در نظر گرفته شده است. (غفاری فارسانی، ۱۳۸۷، ص ۲۳۵) به موجب تبصره ۳ ماده ۱ یاد شده، منظور از خسارت بدنی در این قانون «هر نوع دیه یا ارش ناشی از صدمه بدنی، شکستگی، نقص عضو، از کارافتادگی (کلی یا جزئی - موقت یا دائم) یا دیه فوت شخص ثالث به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون است. به این ترتیب، خسارت در این تبصره به معنای "تاوان و مابازای" به کار برده شده که در مقابل صدمه یا فوت پرداخت می‌شود که همان دیه و یا ارشی است که شرع و قانون تعیین کرده است و علت تحقق آن می‌تواند صدمات بدنی و فوت باشد. سایر عبارات تبصره نظیر شکستگی، نقص عضو یا از کارافتادگی از مصادیق صدمه می‌باشند که یا دیه مقرر دارند یا ارش به آنها تعلق می‌گیرد. (خدابخشی، ۱۳۸۸، ص ۳۴) بنابراین، مهم نیست، آسیب بدنی ناشی از ضرب و جرح، شکستگی، نقص عضو و یا هر عنوان دیگر باشد، بلکه آنچه مهم است، این است که صدمه قابل استناد به وسیله بوده و برای آن، در شرع دیه تعیین شده باشد و اگر دیه تعیین نشده باشد، قابلیت تعیین ارش با آن وجود داشته تا در قلمرو مسئولیت دارنده قرار گیرد.

در تبصره یاد شده، هزینه‌های درمانی نیز به عنوان مصادیق خسارت بدنی آورده شده است، اما همانطور که قبلاً بیان شد، (خدابخشی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۲) این هزینه‌ها، از مصادیق خسارت مالی ناشی از صدمه بدنی

است و با خسارت بدنی ماهیتاً تفاوت دارد و باید در بحث از خسارات مالی مطرح شود. ضمن این که عبارت "چنانچه مشمول قانون دیگری نباشد" در ذیل تبصره یاد شده، ناظر بر مسئولیت بیمه گر است و به مسئولیت دارنده ارتباطی ندارد، چون در مورد مسئولیت دارنده قانون دیگری غیر از قانون اصلاح قانون بیمه اجباری قابلیت اعمال و اجرا ندارد. (بادینی، ۱۳۸۴، ص ۲۹)

قانونگذار در مواد ۱۵ و ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی دیه را تعریف کرده و در جمع آن دو ماده می توان گفت: دیه مالی است که از طرف شارع برای جنایت بر نفس یا عضو تعیین شده و به مجنی علیه (زیان دیده) یا اولیای دم وی داده می شود و با توجه به ماده ۳۶۷ قانون مجازات اسلامی ارش نیز مالی است که برای جنایت وارد بر عضو به زیان دیده یا اولیاء دم داده می شود و مقدار آن در شرع تعیین نشده، بلکه حاکم مقدار آن را تعیین می نماید. (گرگی، ۱۳۷۵، ص ۱۷) بدیهی است، پرداخت دیه یا ارش شیوه ی جبران خسارت است و با خود خسارت تفاوت دارد، اما در هر حال خسارتی در قلمرو مسئولیت مدنی دارنده ی وسیله نقلیه قرار می گیرد که شرعاً و قانوناً مستوجب دیه یا ارش باشد.

نتیجه گیری

آموزش در مدرسه یک فرایند رسمی است؛ یک برنامه معین از دروسی که باید از معلم فراگرفته شوند وجود دارد. با وجود این مدارس از جنبه های ظریف تری عوامل اجتماعی شدن نیز هستند. در کنار برنامه ی آموزش رسمی چیزی که بعضی جامعه شناسان آن را برنامه آموزشی پنهان نامیده اند وجود دارد که یادگیری کودکان را مشروط می کند از کودکان انتظار می رود یاد بگیرند که در کلاس آرام باشند، به موقع در کلاس حاضر شوند. مقررات انضباطی مدرسه را رعایت کنند. از آنها خواسته می شود اقتدار معلمان را بپذیرند و نسبت به آن پاسخگو باشند. در این میان واکنش های معلمان نیز باید بر اساس قوانین مدون حقوق موضوعه باشد و از هر گونه افراط و تفریط در امان بمانند تا بتوانند مسئولیت خطیر خود را به منصفه ظهور برسانند. با توجه به مجموع بررسی های انجام شده و تحلیل های متفاوت حقوقی نتایج زیر به دست آمد.

- سیستم حقوقی ایران، بر جبران ضرر و زیان ناروا و مسئولیت مدنی معلم تأکید داشته و از زندگی و جامعه ی بی ضرر حمایت می کند و با وضع قوانین و مقررات خاص در صدد پیشگیری از تضییع ناروای حقوق دیگران از جمله حقوق دانش آموزان، در صورت عدم امکان پیشگیری، سعی در کاهش عمق و وسعت خسارت و یا حتی المقدور جبران ضرر وارده است. بنابر این اگر معلمی به نحو مباشرت سبب خسارت دانش آموزی شود، (طبق ماده ۳۲۸ قانون مدنی) و اگر به نحو تسبیت باشد (طبق ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی) مسئول می باشد

- از قوانین ایران (قانون اساسی، قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی، قانون مجازات اسلامی و...) مستفاد است که در حقوق موضوعه ایران، مبنای مسئولیت مدنی معلم، نظریه تقصیر است، یعنی به طور کلی شخص در صورتی مسئول زیان های ناشی از اعمال خویش است که مرتکب تقصیر شده باشد، اصل بر این است که فرد غیر مقصر، مسئول نیست مگر آنکه قانون خاصی در آن مورد وجود داشته باشد.

- از اصول کلی در زمینه ی مسئولیت مدنی یا ضمان معلم و شرایطی که برای معلم در حقوق ایران به خوبی استنباط می شود که فقط در موارد "تقصیر"، معلم مسئول جبران زیان های وارده بر اشخاص زیان دیده است. در حقوق، به زیان هایی ضرر گفته می شود که نامشروع و نامتعارف باشد و اینگونه ضرر را باید جبران نمود نه هر ضرری را، واژه ی ضرر در اینجا به طور مطلق استعمال نشده و مد نظر نیست زیرا اصولاً بسیاری از ضررها در زندگی اجتماعی، نه تنها قابل اغماض است، بلکه جزء لاینفک زندگی اجتماعی است. به بیان دیگر، هر ضرری در آن واحد ممکن است برای عده ای، به راستی ضرر ولی در عین حالی برای عده ای دیگر، واقعاً منفعت باشد.

-هرگاه معلوم شود، با وجود تقصیر معلم، عامل خارجی سبب ورود خسارت شده است، دولت یا معلم، در این صورت مسئولیتی نخواهد داشت، یعنی رابطه سببیت بین تقصیر معلم و ضرر وارده، شرط تحقق مسئولیت مدنی معلم است.

منابع

- ۱- آشوری، محمد، ۱۳۷۵، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی (سمت) چاپ اول،
- ۲- السنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۳۸۴، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجديد، جلد ۲، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول،
- ۳- امامی، سید حسن، ۱۳۸۳، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ هفدهم،
- ۴- بادینی، حسن. «فلسفه مسئولیت مدنی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۸۴
- ۵- باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- ۶- پروین، فرهاد، خسارت معنوی در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۵، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۸- خدابخشی، عبدالله، بیمه و مسئولیت مدنی، تهران، نشر روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۹- ره پیک، حسن، حقوق مسئولیت مدنی و جبران هاء، جلد اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.
- ۱۰- رحمت نژاد، حسین، ضرب المثل های ملل، تهران، انتشارات عارف کامل، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۱۱- ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه و تحقیق: ادیب، مجید، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- ۱۲- سلطانی نژاد، هدایت الله، مسئولیت مدنی: خسارت معنوی، تهران، انتشارات نورالثقلین، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۱۳- صالحی انصاری، محمدجواد، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، پایان نامه کارشناسی ارشد پیوسته حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۷۶.
- ۱۴- صفایی، سید حسن، قاسم زاده، مرتضی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، انتشارت سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ۱۵- عوجی، مصطفی، القانون المدنی، المسئولیه المدینه، جلد ۲، منشورات الحلبي الحقوقیه، چاپ ۴، ۲۰۰۹.
- ۱۶- غفاری فارسانی، بهنام، مسئولیت مدنی ناشی از ترک نجات جان دیگری، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ۱۷- کاتوزیان، امیرناصر، الزام های خارج از قرارداد، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۷.
- ۱۸- کریمی، یوسف، روانشناسی شخصیت، نشر ویرایش، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۹.
- ۱۹- گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
- ۲۰- مهمان نواز، روح الله، خسارات قابل جبران در حقوق ایران، تهران، نشر آثار اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۲۱- نظری، ایراندخت، مسئولیت مدنی مالک، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- ۲۲- وحدتی شبیری، سید حسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۴

صص ۶۰۷ - ۶۱۷

چالش‌ها و مشکلات پیشگیری خصوصی از جرم در ایران

محمد محمدیان^۱، دکتر قباد کاظمی^۲، دکتر محمد جواد جعفری^۳

۱- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه ایران.

۲- استادیار گروه حقوق واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه ایران.

۳- استادیار گروه حقوق واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه ایران.

چکیده

پیشگیری غیرکیفری و خصوصی شده از جرم سیاستی کارآمد در عرصه مقابله با حجم وسیعی از جرایم می‌باشد که امروزه در رویکرد نظام‌های حقوق ملی و اسناد بین‌المللی متنوعی هم مورد تنفیذ و تأکید قرار گرفته است. وجه برتری این روش استفاده از حضور نهادهای مردمی و بودجه‌های خصوصی برای مقابله با جرم است که می‌تواند به توانمندسازی نظام عدالت کیفری حاکم بر جامعه مدد رساند. در حقوق ایران خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم هنوز به نحو عینی صورت نگرفته و در سطح سیاستگذاری مقدماتی باقی مانده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که اجرای هدفمند و موثر برنامه‌های متأثر از سیاست پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه فعلی ایران با موانع، مشکلات و چالش‌های نظری و عملی انبوهی مواجه است که بدون رفع آن‌ها نمی‌توان مدعی امکان اجرای آن‌ها در سطحی مطلوب در اجتماع بود. خلأ مقررات قانونی نظام‌مند، تلقی امنیت مدارانه از منطق پیشگیری، نامشخص بودن سطح همکاری اجزای مختلف سیاست جنایی رسمی و مردم و فقدان منابع آماری و اطلاعاتی لازم برخی از مهمترین کاستی‌ها و چالش‌های فراوری خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم در ایران می‌باشند.

واژگان کلیدی: پیشگیری خصوصی، چالش‌ها و مشکلات، سیاست جنایی ایران

* نویسنده مسئول gh.kazemi@iauksh.ac.ir

مقدمه

در دنیای امروز و با توجه به حجم بالای جرائم و در مواردی ناکارآمد بودن سیستم سزادهی جرائم و مجازات مجرمین، نیاز به سیستمی که زمینه‌های ارتکاب جرائم را از بین ببرد و وجود دستگاه‌ها و سازمان‌هایی که این مهم را به عهده داشته باشند، بیش از پیش احساس می‌شود. شناخت زمینه‌های اصلی ارتکاب جرائم و انگیزه‌های مختلف مجرمین و اتخاذ تدابیری که مجرم بالقوه را در مرحله قبل از وقوع جرم متوقف نموده و او را از عملی ساختن افکار مجرمانه خویش منصرف نماید، از رسالت‌های علم جرم‌شناسی است. پیشگیری از جرم خصوصاً آنگاه که با همراهی جامعه مدنی و خود شهروندان نیز مواجه باشد، همیشه مؤثرتر از اعمال کیفر بوده و هست. به علاوه این امر موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها و کاهش تراکم کاری دادگاه‌ها شده و در نهایت سلامت جامعه نیز در معرض خطر کمتری قرار خواهد داشت.

پیشگیری خصوصی را می‌توان یکی از راهبردهای اساسی در حوزه کنترل اجتماعی بر شمرد که در بردارنده مجموعه راهکارهای مستقیم و غیر مستقیم با هدف ایجاد امکانات و موقعیتهای بازدارنده از وقوع جرم و کجروی طراحی و تدوین می‌شود. در ایران، هنوز فقدان سیاست گذاری جامع در این عرصه بیش از پیش احساس می‌شود. بطور کلی مدیریت آسیب‌های اجتماعی در جامعه ایران به مدد تدابیر و روش‌های مردمی و خصوصی به مراتب دشوارتر از جوامعی است که نظام ارزشی و هنجاری تفکیک شده‌ای دارند، زیرا در جوامع غیردینی لزوماً قوانین موضوعه مبتنی بر ارزش‌های مذهبی نیستند و لذا ناکارآمدی هنجارهای اجتماعی - از جمله قوانین - و بازیگران نقش‌ها به ارزش‌های مذهبی ارتباطی پیدا نمی‌کند. ولی در ایران، چون قوانین مبتنی بر ارزش‌های مذهبی اند و این دو از هم تفکیک نشده‌اند، ناکارآمدی قوانین، یک مساله ارزشی محسوب می‌شود. برای غلبه بر این مشکل، محققین بایستی بتوانند با بومی سازی دلالت‌های سیاستی نظریه‌های تبیین رفتارهای انحرافی، زمینه را برای مدیریت علمی پیشگیری از جرایم و حرکت بسوی خصوصی سازی فراگیر آن فراهم آورند؛ روشی که در تعالیم دین مبین اسلام نیز مکرراً مورد توصیه قرار گرفته است. اساساً در ایران استفاده از الگوی پیشگیری خصوصی بخلاف بسیاری از جوامع دارای ریشه در منابع دینی و فقهی بوده و لذا می‌توان آنرا نهادی متناسب با ساختاری حقوق کیفری اسلامی نامید. بنابراین مشکلاتی که سد راه این الگو در جامعه ایران ممکن است رخ دهند، همگی ناشی از ساختار فعلی حقوق ایران بوده و قابل رفع اند. البته نباید از این چالش‌ها غفلت ورزید، زیرا بی‌توجهی بدانها می‌تواند مانع جدی فراگیر شدن تدابیر پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه باشد. لذا مقاله پیشرو با هدف بررسی این مهم، سعی دارد که مهمترین مشکلات فراروی خصوصی سازی پیشگیری از جرم را در ایران بیان کند و در این مسیر بر یکی از جلوه‌های عینی آن یعنی خصوصی سازی زندان‌ها تاکید دارد.

۱- مفهوم شناسی

شناخت مفاهیم محوری بحث یعنی پیشگیری از جرم و خصوصی سازی می‌تواند سبب درک مناسب‌تر از مناسبات میان این مفاهیم شده و به ثنوری پرداززی بهتر در راستای مقابله با جرایم و پیشگیری از آنها مدد رساند. لذا در ادامه به تحلیل مفاهیم اصلی بحث پرداخته می‌شود.

۱-۱- مفهوم خصوصی سازی

اساساً و ماهیتاً خصوصی سازی یک مفهوم مصطلح در علم اقتصاد می‌باشد که همسو با اندیشه‌هایی است که خواهان کوچک سازی دولت و تحمیل محدودیت بر قلمرو حضور آن در نظام اجتماعی است. این مفهوم امروزه به سایر حوزه‌های علوم انسانی هم تداوم یافته است. (استفان، ۲۰۰۵: ۴۸).

خصوصی سازی فرایندی است که طی آن کارائی مکانیزم بازار، حیات دوباره پیدا می‌کند و عملکرد فعالیت اقتصادی دولت و بخش عمومی در محک آزمون قرار می‌گیرد و طی این فرایند می‌تواند منجر به محدود شدن مالکیت یا مدیریت برخی از واحدهای اقتصادی تحت تملک دولت و واگذاری آن به مکانیزم بازار شود. (یوسفیان، ۱۳۹۲: ۲).

خصوصی سازی به عنوان یکی از مناسب ترین ابزارهای افزایش کارایی در اقتصاد همه کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه مطرح می باشد. خصوصی سازی در مفهوم گسترده آن به شیوه های کاهش نقش دولت و واگذاری آن به بخش خصوصی و پیروی از منطق بازار در تمام تصمیمات اقتصادی اطلاق می شود. از این نقطه نظر روند واگذاری تصدی گری دولت به بخش خصوصی موجهی بوده که از دهه ۱۹۷۰ میلادی آغاز شد. این موج در برخی کشورها آثار مثبت و در برخی دیگر آثار منفی از خود نشان داده است. در ایران نیز طی سال های اخیر شاهد واگذاری بخشهایی از اقتصاد به بخش خصوصی بوده ایم و اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جان تازه ای به بازارهای مالی و صحنه اقتصاد کشور بخشیده است. امروزه نقش دامنه و ساختار دولت ها در حال تغییر و تعدیل است و دولت ها نیاز به بازآفرینی دارند. خصوصی سازی یکی از برنامه های اصلاح ساختاری در دنیا بوده که با تاخیر در کشور ما در حال پیگیری است. سیاست های خصوصی سازی به اقتضای شرایط هر کشور اهداف مختلفی را دنبال می کند.

۲-۱- مفهوم پیشگیری خصوصی از جرم

مبنای علمی صحبت از پیشگیری خصوصی یا غیررسمی از جرم در مفهوم پیشگیری غیرکیفری ریشه دارد. امروزه پیشگیری غیرکیفری از جرم، جایگاه ارزشمندی در سیاست جنایی کشورها به خود اختصاص داده است. علت این امر را نیز می توان افزایش بی رویه ارتکاب جرم در جوامع و عدم توفیق در اقدامات قهرآمیز و سرکوبگرانه و بدون نتیجه حقوق کیفری در مبارزه با بزهکاری دانست. به همین علت، تلاش های گسترده ای در سطح بین المللی به صورت تصویب و پذیرش اسناد بین المللی حقوق بشر در جهت کاهش بزهکاری صورت پذیرفته است. اسنادی که عمدتاً افزایش کارایی امور غیرکیفری از جمله بهبود وضعیت اقتصادی را مدنظر قرار داده اند. به عبارت دیگر، اقداماتی نیز که تاکنون در این راستا در جهان اتخاذ شده، بدون توجه کافی به سایر معیارها از جمله اخلاقی و تربیتی که سهم عمده ای در پیشگیری غیرکیفری از جرم ایفا می کنند می باشد (رضایی، ۱۳۸۹: ۴۵).

در جرم شناسی، پیشگیری عبارت است از به جلوی تهیه کاری رفتن با استفاده از فنون گوناگون مداخله به منظور ممانعت از وقوع بزهکاری. از نظر علمی می توان گفت مراد از پیشگیری هر فعالیت سیاست جنایی است که غرض انحصاری یا غیر کلی آن تحدید حدود امکان پیشامد مجموعه اعمال جنایی از راه غیر ممکن الوقوع ساختن یا ساخت و دشوار کردن احتمال وقوع آنهاست بدون اینکه به تهدید به کیفر یا اجرای آن متوسل شوند (گری، ۱۹۹۸: ۱۷۲).

در دنیای امروز، خصوصی سازی نهاد پیشگیری از جرم یک ضرورت انکارناپذیر است. مطرح شدن اندیشه خصوصی سازی در هر حوزه ای و از جمله حوزه مسائل جنایی و پیشگیری از جرم به صراحت تمام گویای پذیرش لزوم عقب نشینی دولت و نظام کنترل رسمی است. (شولت، ۲۰۰۰: ۱۷۳). این مسأله مفید این معناست که امروزه دیگر اذعان وجود دولت به تنهایی قادر نیست هم امر کنترل اجتماعی را بر عهده گیرد و هم اینکه مرجع منحصر تدبیر معضلات اجتماعی و انسانی حادث شده از جمله پدیده جنایی باشد. البته، اجرای حقیقی و صادقانه فرایند خصوصی سازی در هر حوزه ای از جمله حوزه پیشگیری از جرم مستلزم مداخله محسوس و علمی جامعه مدنی و ساز و کارهای مردم نهاد در معیت آن می باشد. این مسأله نشان می دهد صرف عدم حضور دولت و یا عقب نشینی آن در برخی حوزه ها کافی نیست، بلکه به موازات اتخاذ چنین راهبردی، بایستی به جامعه مدنی قدرت عینی مداخله اعطا نمود، در غیر اینصورت صحبت از خصوصی سازی بیشتر در حد یک شعار و فضای احساسی باقی خواهد ماند. مضافاً اینکه، امکان اجرای راهبرد خصوصی سازی کاملاً تحت الشعاع نوع نظام سیاسی حاکم بر جامعه است و لذا اگر یک نظام اجتماعی از فضا و رژیم سیاسی کاملاً اقتدار گرا یا اقتدار گرای فراگیر برخوردار باشد، نمی توان امیدی به امکان اجرای فرایند خصوصی سازی نهادهایی چون پیشگیری از جرم داشت. معهداً، در راستای برجسته سازی بستر منطق و طرز تصویری که صریحاً از اندیشه ضرورت خصوصی سازی پیشگیری از جرم دفاع می نماید، بایستی خاطر نشان ساخت که واقعاً اگر مدل کلان نظام حاکم بر جامعه از اندیشه های جامعه‌

برخوردار بوده و مسیر حضور و مداخله جامعه مدنی را در عرصه رتق و فتق بحران‌ها و معضلات اجتماعی با انسداد مواجه نسازد، می‌توان شاهد دستاوردهای ارزشمندی در عرصه پیشگیری از جرم در پرتو مداخله ساز و کارهای بخش‌های غیر رسمی و مردم نهاد جامعه بود، زیرا امروزه تجربه جوامع مختلف نشان داده است دولت هر چقدر هم مداخله‌گر و تک‌بعدی باشد، هرگز قادر نیست به تنهایی معضل هنجار ستیزی و تکوین و توسعه نرخ جرایم و انحرافات را تدبیر نماید. این مسأله ریشه در ماهیت اجتماعی و انسانی پدیده جنایی دارد که حقیقت لزوم نظارت کنشگران نظام اجتماعی را بر فعل و انفعالات همدیگر، اجتناب ناپذیر و مادامی جلوه می‌دهد. حضور جامعه مدنی که خود یکی از مهمترین ارکان سیاست جنایی قلمداد می‌گردد، کاملاً مدافع لزوم برقراری کاربست علمی نهاد خصوصی سازی پیشگیری از جرم در پهنای نظام حقوقی جاری می‌باشد. امروزه دیگر واقعیات جامعه جهانی هم سو با گفتمان طرفدار و توجیه‌گر ضرورت جامعه‌وی‌تر شدن سیاست جنایی اقتضاء دارد که راهبرد خصوصی سازی پیشگیری از جرم را بیش از پیش تجربه و اجرا نمود (کونانی، ۱۳۹۳، ۶).

۲- نگاهی به برخی از جلوه‌های جهانی شده خصوصی سازی پیشگیری

وقتی به رویه و تجربیات کشورهایی چون آمریکا می‌نگریم که پیشگام عرصه خصوصی سازی پیشگیری از جرم هستند، مشاهده می‌کنیم که مهمترین جلوه‌های عینی این سیاست عبارت از خصوصی سازی زندان‌ها و تدابیر پیشگیرنده مجری و متأثر از آنها و نیز خصوصی سازی مجازات‌های اجتماعی است. در آمریکا طبق قانون مجازات اخلاک‌گران در امنیت اصلاحی ۲۰۰۷ صریحاً پیش‌بینی شده است که در صورتی که مرتکب در محکمه به مجازات حبس کمتر از دو سال محکوم شود، به جزی اعزام شدن به زندان‌های فدرال که دولتی و رسمی اند، برای تحمل محکومیت به زندان‌های خصوصی نظیر زندان ایالتی نیویورک روانه و اعزام خواهند شد (استیوسون، ۲۰۱۲: ۶۹).

قانون نظم شهری مصوب ۱۹۹۳ نیز صریحاً به مقامات قضایی آمریکا اجازه داده است که اجرای مجازات‌های اجتماعی را به بخش‌های خصوصی نظیر شوراهای محلی ایالات واگذار کنند. حتی برای این شوراها ابزارهای رسمی هم تعریف شده که ضامن کارایی آنها در کنترل رفتاری بزهکاران می‌باشد. علاوه بر جلوه‌های فوق که در حقوق آمریکا نمود یافته‌اند، با ملاحظه یکسری اسناد بین‌المللی نظیر رهنمودهای سازمان ملل برای دادرسی جوانان صریحاً می‌توان به دامنه وسیع‌تری از روش‌های پیشگیری خصوصی پی برد. در این سند آمده است که دولت‌های ملی تلاش خواهند نمود تا از توان مردمی و ظرفیت تشکل‌های مدنی غیردولتی در امر واکنش‌دهی به رفتارهای بزهکاران خردسال بهره‌گرفته و برای مدیریت رفتاری آنها مراکز غیردولتی نظیر اردوگاه‌های آموزشی مردم‌مدار تاسیس نمایند. ملاحظه می‌شود که تاسیس چنین اردوگاه‌هایی که می‌توان آنها را با اقدامات تامینی و تربیتی مقایسه نمود آنهم به مدد تشکل‌های مدنی جلوه عینی دیگری از خصوصی سازی تدابیر پیشگیری از جرم است که امروزه در حقوق کشورهای مختلفی مورد تجربه و عمل قرار گرفته‌اند (رودولف، ۲۰۱۵: ۱۷۲).

اکنون این سوال مطرح است که آیا در ایران امکان اجرای چنین تدابیری وجود دارد. از یک سو، ما در ایران و در شرایط فعلی هیچگونه زندانی که خصوصی باشد نداریم. لذا باید گفت مهمترین جلوه پیشگیری خصوصی از جرم فعلاً در ایران با امتناع مطلق مواجه است. از سوی دیگر، در سیاست جنایی ایران تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اساساً چیزی بنام مجازات‌های اجتماعی وجود نداشت. با ورود این مجازات‌ها به حقوق ایران بعضاً مشاهده می‌شود که محاکم در اجرای مجازات‌هایی چون انجام کارهای عام‌المنفعه از وجود نهادهای نظارتی مردمی بهره می‌گیرند. اما این اقدام هرگز به معنی این نیست که اجرای این مجازات‌ها در وضع فعلی در ایران منطبق بر اندیشه خصوصی سازی است. اتفاقاً به نظر می‌رسد اجرای این مجازات‌ها بیشتر با مفهوم پیشگیری کیفری و رسمی منطبق باشد تا پیشگیری خصوصی. بنابراین، یکی از تفاوت‌های آشکار سیاست جنایی ایران با رویه کشورهایی چون آمریکا این است که در آنها نهادهای مردمی اجرای این مجازات‌ها و تدابیر پیشگیرنده همراه با آنها را بدست دارند، اما در ایران این

محاکم رسمی هستند که متولی امر کیفردهی و اجرای آن هستند و نهادهای مردمی هیچ نقشی برای دخیل و تصرف در کم و این مجازات‌ها ندارند. بنابراین، در این مصداق باید گفت هنوز سیاست جنایی ایران با مفهوم پیشگیری خصوصی فاصله دارد.

مصداق دیگر خصوصی سازی زندان‌ها در ایران است که به دلیل اهمیت و پیچیدگی‌های خاص آن طی گفتار مستقل آتی بحث و بررسی می‌شود.

۳- بررسی موردی چالش خصوصی شدن زندان‌ها در ایران؛ تحلیل یک جلوه خاص از خصوصی سازی

خصوصی سازی امور زندانها، برخلاف تصور عموم، پدیده‌ای چندین نوظهور نیست. محدود کردن حوزه فعالیت دولت به خصوص در عرصه اقتصاد سابقه‌ای طولانی دارد. خصوصی سازی در کشورهای مختلف ابزاری برای رسیدن به اهدافی متفاوت است. خصوصی سازی امور زندانها به عنوان روشی جدید برای افزایش ظرفیت زندانهای موجود همراه با بالا بردن کیفیت با هزینه کمتر، در نظر گرفته شده است. در قرون مختلف، زندانهای خصوصی به اشکال مختلف سنتی و مدرن وجود داشته‌اند. قبل از شکل‌گیری قدرت عمومی در جوامع مختلف اجرای مجازات در دست اشخاص قدرتمند قبایل بود اما پس از روی کار آمدن دولتها، اشخاص خصوصی حق دخالت در اجرای مجازات و یا اداره زندانها را نداشتند (اسکندریان، ۱۳۹۰: ۳۹).

مجدد در قرون هیجدهم و نوزدهم اشخاص خصوصی وارد عرصه زندانبانی شدند که نقش آنها این بار، به صورت اداره زندان بیشتر با انگیزه کسب سود، و از قرن هیجدهم به بعد، با هدف استفاده از نیروی جسمانی زندانبان صورت می‌گرفت که این امر باعث بوجود آمدن دو سیستم قرارداد و اجاره محکومین شد. به دلیل مشکلاتی که این دو سیستم به همراه داشتند، از جمله شرایط بد نگهداری مجرمین و تبدیل شدن به یک سیستم مرگ تدریجی، زندانهای خصوصی به این دو سبک، روبه افول نهادند (گودرزی، ۱۳۹۶: ۸۲).

در زندانهای ایران استفاده از خدمات بخش خصوصی سابقه‌ای ۵۰ ساله دارد. قبل از انقلاب اداره تاسیسات زندانهای عادل آباد و وکیل آباد به بخش غیر دولتی واگذار شده بود. پس از انقلاب با تدوین سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، گام‌هایی جهت توانمندسازی بخش خصوصی به منظور کاهش تدریجی حجم دولت انجام شد. زندانهای خصوصی سنتی به سبک سیستم اجاره و قرارداد در ایران هیچگاه شکل نگرفتند. از آن زمان تاپس از پیروزی انقلاب اسلامی، قوانین و مقررات مربوط به زندانها در کشورمان، تغییر و تحولات بسیاری را پشت سر گذاشته‌اند. پس از انقلاب زندانها ابتدا در اختیار وزارت کشور بود و پس از آن، تحت نظارت قوه قضائیه قرار گرفت. نهایتاً قوه قضائیه اجازه ورود بخش خصوصی به دو زندان کشور را صادر کرد. واگذاری در زندان وکیل آباد مشهود به صورت نیمه خصوصی انجام شد و در زندان عادل آباد شیراز واگذاری کامل صورت گرفت. در هر دو مورد، پس از طی دوره‌ای نه چندین طولانی، اجرای طرح خصوصی سازی متوقف شد. متأسفانه از آنجا که تدابیر لازم پیش از اجرای طرح واگذاری زندانها اعمال نشده بود و مسئولان اجرایی نیز تجارب کافی در این زمینه نداشتند، خصوصی سازی زندانها آنگونه که انتظار می‌رفت به نتیجه نرسید. در ایران واگذاری زندانها به بخش خصوصی هیچ مبنای قانونی ندارد و مغایر با قوانین فعلی است. هم قانون و هم آیین نامه سازمان زندانها، اداره و مدیریت زندان را از امور حاکمیتی و از وظایف دولت می‌دانند. این خلأ مبنای قانونی خود یکی از موانع جدی تحکیم اندیشه خصوصی شدن تدابیر پیشگیرنده لاقدر در محیط زندان‌ها در شرایط کنونی سیاست جنایی اجرایی ایران می‌باشد.

۴- نقدی بر موقعیت کلی پیشگیری خصوصی از جرم در ایران

فرایند خصوصی سازی پیشگیری از جرم در کشور ما در ابعاد متعدد در حال شکل‌گیری است. دولت می‌تواند با تقویت و کنترل آن در قالب یک برنامه ملی آن را تکامل بخشیده و ابعاد نوینی بدان بیفزاید. این برنامه بصورت جامع یا تدریجی و بخشی قابل مطالعه است. گام اول در این حرکت تغییر فکر و اندیشه‌ی حاکم بر بخشهای عمومی و خصوصی برای رهایی از پارادایم مسئولیت انحصاری و تخصصی دولت در حوزه

کنترل و پیشگیری از جرائم است. آگاه‌سازی، حساسیت‌زایی و مسئول‌سازی در جامعه مکمل این بعد خواهد بود. پژوهش در راستای شناسایی امکانات و قابلیت‌های موجود در حوزه‌های خارج از دولت بعد دیگر این برنامه را تشکیل می‌دهد که مستلزم سیاست‌گذاری بلندمدت است. (معزیان، ۱۳۹۶: ۲).

در قانون برنامه پنجم و ششم توسعه به نقش سازمان‌هایی مثل شهرداری در پیشگیری از جرم اشاره شده است که این نشان از حداکثر جلوه عینی برون‌سپاری وظایف قضایی در حوزه پیشگیری از جرم در نظام حقوقی فعلی ایران دارد. در بند «ه» ماده ۲۱۱ قانون برنامه توسعه، همکاری و مشارکت نهادهای اجرایی از جمله، شهرداری‌ها با قوه قضاییه، بر این نهادها تکلیف شده است. تردیدی نیست که برخی از وظایف نهادهایی مثل شهرداری‌ها، می‌تواند با تدابیر پیشگیری و نیز با بخشی از وظایف قوه قضاییه پیوند بخورد. برای مثال، در حالت اول (یعنی، ارتباط وظایف شهرداری‌ها با تدابیر پیشگیری به معنای گسترده آن)، شهرداری می‌تواند بخشی از بودجه خود را صرف بهینه‌سازی فضاهای شهری و تبدیل فضاهای پرخطر یا آسیب‌زا به محیط‌های امن و ایمن کند که در این زمینه، خوشبختانه در سال‌های گذشته اقدامات خوبی انجام شده است. در حالت دوم (هم‌پوشانی وظایف شهرداری با وظایف قوه قضاییه)، می‌توان به تدابیری اشاره کرد که باید در راستای شناسایی و جمع‌آوری گروه‌های پرخطر یا آسیب‌پذیر (مثل متکدیان، ولگردان، معتادان، کودکان خیابانی و ...) به انجام برسند. در این زمینه، نیز شهرداری در برخی از کلانشهرها برنامه‌هایی را مثل راه‌اندازی گرم‌خانه‌هایی برای نگهداری افراد مذکور اجرا کرده است که در جای خود قابل تأمل و نظر است.

به هر حال، نگاهی به قوانین و مقررات موجود و از جمله قانون پیشگیری از جرم نشان می‌دهد که در سیاست جنایی ایران مشخصاً الگوی خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم در قلمرو منطبق و تصمیم‌مقنن قرار نگرفته و اساساً جز در برخی موارد محدود حتی به امکان ایفای نقش بخش‌های مردمی و مدنی جامعه در امر مقابله با جرایم هم اشاره خاصی صورت نگرفته است. در ایران قانون مدونی برای پیشگیری خصوصی شده از جرم وجود نداشته و نهادهای موجود هم به سادگی پذیرای بسط این گفتمان نیست.

موانع چندی اجازه نمی‌دهد بتوان در ایران از خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم سراغ گرفت. یکی از این موانع حضور چشمگیر و عمده نهادهای وابسته به حاکمیت و نظام دادگستری رسمی در امر مقابله با جرم است. در ایران اقتدار اصلی برای مواجهه با جرایم در اختیار قوه قضاییه و مراجع رسمی در معیت آن است. این در حالی است که اندیشه خصوصی‌سازی مقتضی آن است که حدی از این اقتدار کاسته شده و بخش خصوصی بتواند عملاً در پیاده شدن وظایف قوه قضاییه مداخله حقیقی و اجرایی داشته باشد. چنین امری با توجه به تصریح قانون اساسی به اینکه مرجع اصلی رسیدگی به تظلمات و فصل خصومت دادگستری است، عملاً با چالش و خلأ بسترشناختی مواجه است.

مانع دیگر، ضعف نظام اقتصادی حاکم بر جامعه ایران است. اگر بنا باشد نهادهای مدنی و خصوصی بتوانند به قوه قضاییه در امر پیشگیری از جرم مدد رسانند باید از بودجه و منابع مالی لازم برخوردار باشند، این در حالی است که در شرایط فعلی قوه قضاییه حتی در تامین مایحتاج روزمره خود درمانده بوده و نتوانسته است از نظام بودجه سراسری کارآمدی هم برای خود برخوردار گردد. نمی‌توان بدون تعریف منابع و تمهید مقدمات امر، به یکباره روی به سیاستی چون پیشگیری از جرم خصوصی شده آورد. شتاب در این عرصه هرگز نتیجه معقولی رقم نخواهد زد.

۵- بررسی موردی سایر موانع و مشکلات توسعه پیشگیری خصوصی از جرم در ایران

اجرایی شدن و نهادینه گشتن تدابیر پیشگیری خصوصی از جرم و خصوصی‌سازی آنها بطور کلی در موقعیت فعلی حقوق و سیاست جنایی ایران با موانع و چالش‌های نظری و عملی مختلفی مواجه است که بدون رتق و فتق آنها نمی‌توان انتظار داشت چنین سیاستی در جامعه ولو بصورت حداقلی هم مورد عمل و اجرا قرار گیرد. برخی از موانع ریشه در ساختار دولتی و رسمی حقوق ایران دارند و برخی دیگر هم جنبه ارزشی دارند. گاهی اوقات ملاحظات ایدئولوژیکی موجب می‌شود تا نتوان در بسیاری از موارد، توصیه‌های

مبتنی بر نظریه‌های جرم‌شناختی را در راستای توسعه سیاست پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه ما اعمال نمود. بنابراین، قلمرو این مشکلات به مساله خاصی محدود نبوده و بسان یک پدیده فراگیر جلوه‌گر است که در ادامه به نحوی جزئی‌تر مورد تحلیل قرار خواهند گرفت. براین اساس، به اختصار، موانع جدی در حوزه تحکیم پیشگیری خصوصی از جرایم در ایران را می‌توان به شرح ذیل برشمرد؛

۱-۵- خلأ تولید آمار و داده

مردم و نهادهای مردمی برای اینکه بتوانند در عمل به رهنمودهای پیشگیری خصوصی از جرم نقش محسوسی داشته باشند، بایستی امکان دسترسی به اطلاعات افراد آسیب دیده، قربانی و مجرم و نیز کم و کیف فرایندهای ارتکاب جرم را در جامعه داشته باشند. همچنین مردم هیچ اطلاعی ندارند که مثلاً نتیجه کلی هزینه‌هایی که بر آنها در راستای پیشگیری خصوصی از جرم تحمیل شده است چقدر است. از همین روست که کتب دانشگاهی ما فاقد آمارهایی است که دلالت بر وضعیت موجود آسیب‌شناختی کشور دارد. به همین خاطر ما هیچ ذهنیت و درک واقع‌بینانه و درستی نسبت به وضعیت جنایی و آسیب‌شناختی کشور نداریم (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۶: ۵۴).

بیان بودجه و نحوه مصرف آن، تعریف و روشن کردن حدود تکالیف و اختیارات مردم در استفاده از تجهیزات امنیت خصوصی در حراست از خود و اموال خود و شفاف نمودن حدود تعامل مردم و مراجع رسمی از جمله ضوابطی هستند که می‌توانند ضامن توفیق در عرصه خصوصی سازی پیشگیری از جرم باشند. تحقق این ضوابط به وجود یک نظام اطلاعاتی و آماری دقیق در جامعه نیاز دارد که ضمن گزارش نمودن وضع موجود و سطح عملکرد نهادهای رسمی و مردمی، از موانع احتمالی پیشرو هم خبر دهد. امروزه در کشوری چون آمریکا نزدیک به هفت مرکز ملی تولید داده در حوزه پیشگیری از خصوصی از جرم وجود دارد که همگی در راستای ارتقای سطح دانش و معلومات جنایی و پیشگیرنده جامعه و مردمان تلاش می‌نمایند. متأسفانه تاکنون در ایران هیچ نهاد یا مرکزی متولی رسمی و منحصر بیان اطلاعات لازم و تولید داده در عرصه پیشگیری خصوصی از جرم معرفی نشده است.

۲-۵- محرمانه تلقی کردن داده‌های ثانویه مربوط به جرایم

با توجه به عدم دسترسی محققین به داده‌های رسمی مربوط به جرایم، اغلب تحقیقات انجام شده راجع به تحکیم و بسط سیاست‌ها و تدابیر برخاسته از پیشگیری خصوصی در سطح خرد می‌باشند. در پژوهش‌های سطح خرد نیز، فقدان چهارچوب نظری و ضعف‌های روش‌شناختی از مصادیق بارز بسیاری از این پژوهش‌ها است و سهم پژوهش‌های جامعه‌شناختی و جرم‌شناختی که مبتنی بر بینش تئوریک بوده و در پی تبیین سهم عوامل اجتماعی موثر بر آن باشد، بسیار اندک است (جمالی، ۱۳۹۵: ۱۲). ارائه توصیه‌های سیاستی برای پیشگیری از جرایم نیز علاوه بر داشتن بینش نظری منوط به دسترسی محققین به داده‌های مربوط به جرایم است.

چنین بایسته‌های در شرایط کنونی حقوق ایران میسر نبوده و با ابهام مواجه است. تجربه عملی رفتار پلیس با مردم نشان می‌دهد که در بسیاری مواقع نیروهای پلیس اجرای تدابیر خصوصی از سوی مردم را عملی خارج از چارچوب قوانین پنداشته و حتی بعضاً آنها را با برچسب ایجاد مزاحمت روبه‌رو ساخته‌اند. عدم پاسخگویی صریح چنین نهادهای خود یکی دیگر از صورت‌های محرمانه تلقی شدن اسلوب کلی پیشگیری از جرم در ایران است که در رویکرد نهادهایی چون پلیس تبلور یافته است.

۳-۵- عدم شفافیت وظایف دستگاه‌ها و سازمان‌های ذیربط و همچنین ناکافی بودن قوانین و مقررات

اجرای موفق تدابیر پیشگیری خصوصی نیازمند شفاف بودن وظیفه‌نظارتی نهادهای دولتی و وجود قوانین و مقررات راهنمای مدون است. در ایران متأسفانه قانون پیشگیری از جرم که در سال‌های اخیر هم برای اولین بار وارد حقوق ایران شده، هیچگونه بحث خاصی راجع به کم و کیف پیشگیری خصوصی از جرم

و چگونگی بهره‌گیری از ظرفیت‌های مدنی و مردمی در امر مقابله با جرایم ندارد. این در حالی است که اجرای این سیاست نیازمند وجود قوانین مستقل و جامع است. مادامی که قانونی تحت عنوان پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه وجود نداشته باشد، هرگز نمی‌توان مدعی امکان بسط اندیشه خصوصی سازی پیشگیری از جرم در جامعه بود.

۴-۵- ناهمخوانی اجزای مختلف نظام عدالت کیفری و ناهماهنگی سیاست‌های جنایی

اعطای فرصت به مردم و نهادهای مردمی برای ایفای نقش در عرصه پیشگیری از جرم قبل از هر چیز مستلزم آن است که رویکرد سیاست جنایی اتخاذی در این عرصه روشن بوده و صریحاً حدود امکان این موضوع تبیین و تشریح گردد. قطعاً وقتی رویکرد اصلی حقوق کیفری و سیاست جنایی ایران بسوی اجرای کیفرهای سرکوبگر و پیشگیری کیفری متمایل است، به سادگی نمی‌توان از وجود زمینه و فرصت‌های لازم برای خصوصی سازی پیشگیری از جرم سراغ گرفت (غلامی، ۱۳۹۳: ۷۴). نامشخص بودن مرز تعامل قوای رسمی و مردمی و مراجعی چون پلیس از دیگر ابهامات و ناهماهنگی‌های موجود فراروی بسط اندیشه پیشگیری خصوصی یا غیررسمی از جرم در ایران امروز است.

۵-۵- درک نادرست از نظام عدالت ترمیمی و نقص در نحوه اجرای آن

پیشگیری خصوصی از جرم با مبانی و منطق عدالت ترمیمی سازش ذاتی و بنیادین دارد. در واقع یکی از تحولات موثر در شکل‌گیری اندیشه خصوصی سازی پیشگیری از جرم همین عدالت ترمیمی و تلاش برای حل و فصل مسائل کیفری به مدد جلب نظر مردم و جامعه محلی بود (صفاری، ۱۳۹۳: ۶۲). وقتی در جامعه عدالت ترمیمی حاکم باشد، محدوده دخالت نهادهای مدنی در امور کیفری مشخص خواهد بود و وقتی که این اندیشه جایگاه روشنی نداشته باشد، به سادگی نمی‌توان مدعی امکان اجرای برنامه‌ها و تدابیر پیشگیرنده خصوصی در جامعه بود.

این در حالی است که در حقوق کنونی ایران درک درستی نسبت به این موضوع وجود نداشته و مقنن تاکنون در هیچ قانونی بطور صریح و دقیق از برنامه‌های عدالت ترمیمی بهره نگرفته است. فقط به موجب ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بود که برای اولین نهاد میانجی‌گری وارد ادبیات حقوقی ایران شد که آنهم با معنای ترمیمی این نهاد بسیار فاصله دارد. عدم تعریف جایگاه قانونی برای عدالت ترمیمی یکی از موانع جدی سده راه گسترش سیاست خصوصی سازی پیشگیری از جرم در ایران است که رفع آن می‌تواند تا حدود زیادی به مرتفع شدن بسیاری از موانع دیگر نیز کمک نماید.

۶-۵- حاکمیت نگرش امنیتی و پلیسی در حوزه پیشگیری

در حقوق کنونی ایران اصل بر اجرای تدابیر پیشگیری کیفری و رسمی است. بطور کلی پیشگیری از جرم در ایران ماهیت کیفری محض داشته و تاکنون هیچ نهادی مردمی به عنوان متولی امر پیشگیری خصوصی ولو در حوزه یکسری جرایم خرد هم معرفی نشده است. دلیل اصلی چنین خلأیی ریشه در صبغه امنیتی داشتن منطق پیشگیری از جرم در ایران دارد (طاهریان، ۱۳۹۲: ۸۱).

همه قوانین در ایران و از جمله قانون پیشگیری از جرم آشکارا با مقوله امنیت پیوند خورده است. گویی هدف پیشگیری فی حد ذاته، حفظ نظم و امنیت جامعه است. البته این امر یکی از کارکردهای پیشگیری است، اما در قوانین ایران در این زمینه افراط به چشم می‌خورد و هدف عمده مقنن از مقوله پیشگیری، ایجاد امنیت جامعه و حفظ دستاوردهای نظام است. در ایران کنونی رسیدگی به جرائم قاچاق، مواد مخدر و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور به دادگاه انقلاب محول شده و آیین دادرسی افتراقی بر رسیدگی دادگاه انقلاب حاکم است. مقنن به مرتکبان این دسته از جرائم به منزله اشخاصی نگرسته که قصد براندازی نظام و حاکمیت را دارند. تعداد نهادهای امنیتی و نظامی درگیر در این مسأله نیز گواه این ادعاست. نهادهای امنیتی مانند وزارت اطلاعات، ستاد مبارزه با مواد مخدر و نیروی انتظامی وظایف اصلی را در امر پیشگیری برعهده دارند. نگاهی به قوانین موجود، نگاه صرفاً امنیتی به پیشگیری از وقوع جرم را نشان می‌دهد. ماده ۱۱

قانون تشکیل وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۶۲ هم به امر پیشگیری از وقوع جرم پرداخته است که با توجه به وظایف این وزارت صبغه امنیتی آن روشن می‌شود. ماده یک قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور مصوب ۱۳۶۲ و قانون اختیارات استانداران مصوب سال ۱۳۵۹ با آوردن واژه‌هایی از قبیل حفظ «نظم» و «امنیت» و «آرامش عمومی» و با لحاظ ساختار امنیت‌گرایی شورای تأمین استان، رویکرد امنیتی و اجتماعی پیشگیری از وقوع بزهکاری را نمایان می‌سازد. همچنین است ماده ۴ قانون ناجا که با پیش‌بینی وظایف چهارگانه خدماتی، امنیتی، قضایی و انتظامی برای نیروی انتظامی، طبق بندهای «الف»، «ب»، «ج»، «د» و بند ۸ پیشگیری از وقوع جرم را برعهده نیروی انتظامی قرار داده است؛ زیرا رسالت نیروی انتظامی، به پس از وقوع بزه و در راستای کشف جرم، حفظ آثار و دلایل، تعقیب متهم و اجرای تصمیمات قضایی است. این‌که نیروی انتظامی با این حجم وظایف، متکفل امر پیشگیری از وقوع جرم هم باشد، پذیرفته نیست. وقتی چنین مقرراتی در جامعه وجود دارد، نمی‌توان به سادگی از وجود زمینه‌های قانونی برای هموارسازی مسیر پیشگیری از خصوصی از جرم سراغ گرفت. اساساً یکی از مهمترین کاستی‌های سیاست جنایی ایران این است که هیچ‌گونه مرزی میان درجات و انواع مختلف جرایم در اجرای احتمالی سیاست‌های مردمی و خصوصی در حوزه نهادینه سازی منطق پیشگیری از خصوصی ترسیم نشده است.

به هر حال، با توجه به گستره جرایم، تبیین و راه حل واحدی وجود ندارد. تبیین و مدیریت علمی پیشگیری از جرایم بسیار پیچیده‌تر از آن چیزی است که در نگاه اول به نظر می‌رسد؛ زیرا همان‌گونه که اشاره شد، عوامل بیرونی بسیاری وجود دارند که بررسی آن‌ها بسیار دشوار و بعضاً ناممکن است. بنابراین، لزوم تبیین وضعیت موجود، درک جرایم و آسیب‌های اجتماعی در متن ساختار اجتماعی و نقد و ارزیابی سیاست‌های اجتماعی موجود، از جمله موارد مهمی است که سیاست‌گذاران حوزه مسائل اجتماعی بایستی بدان توجه کنند. مطالعات سطح ساختاری، در نهایت، پیشنهاد تغییر کلی جامعه را ارائه می‌دهند؛ اما این پیشنهادها اغلب غیرعملی و ناشدنی است. این قبیل پیشنهادها که با نیت خیرخواهانه مطرح می‌شود و احتمالاً صحیح نیز هست، غالباً امکان عملی‌شدنشان منتفی است. از مهم‌ترین مقتضیات شرایط کنونی کشور، درک واقع‌بینانه و حقیقی از جامعه، تحولات، فرصت‌ها، ظرفیت‌ها، تهدیدات، آسیب‌ها و نگرانی‌هایی است که در شرایط کنونی با آن مواجهیم. جرایم را نمی‌توان تنها و به‌عنوان یک پدیده منفک و مجرد مورد بررسی و مطالعه قرار داد. بنابراین تجدیدنظر و توجه به علّت‌ها از ضروریات اجتناب‌ناپذیر است. به لحاظ علمی ارتباط معناداری بین جرایم و نقایص و نارسایی‌های اجتماعی دیگر وجود دارد و بدون یافتن ارتباط علی (به‌صورت علمی و تئوریک)، نمی‌توان درک واقع‌بینانه‌ای پیدا کرد. بدون این ادراک و فهم نیز نمی‌توان به مقابله با جرایم برخاست و یا آن را مهندسی و کنترل کرد. به عنوان مثال طبق استدلال نظریه پردازان بازدارندگی، مجازات رسمی چه بسا باعث شود خلافکاران در قبال جامعه احساس شرم، خجلت و داغ‌ننگ نمایند. طبق انگاره نظریه پردازان بازدارندگی، این نوع تجربیات و احساسات به دلیل تلخی و دردناک بودن، از وقوع خلافکاری بعدی جلوگیری می‌کنند. در مقابل، بنا به ادعای نظریه برچسب زنی، در اکثر موارد مجازات محرک احساس شرم و خجلت است، بلکه بواسطه برچسب زنی در بین خلافکاران، موجبات بروز خشم و طرد می‌گردد. این نوع احساسات، خلافکاری بیشتر را در آینده رقم می‌زند. لذا سیاست‌گذاری در حوزه پیشگیری از جرایم نیز بایستی به تفکیک هر جرم، مبتنی بر بینش نظری، استفاده از تجارب جهانی و توجه ویژه به ساختار جامعه مان با تمامی ملاحظات فرانظری و ایدئولوژیکی باشد و چنانچه مصلحت در اجرای تدابیر پیشگیرنده خصوصی است، بی‌درنگ آنها را بکار بست.

نتیجه‌گیری

کنار گزاردن اندیشه‌های کیفرمدار محض در مقابله با جرم متاثر از نمایان شدن کاستی‌های نظام عدالت کیفری رسمی در جوامع مختلف زمینه‌سازی طرح و بسط اندیشه خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم شده که به تبع آن از الگوی پیشگیری مبتنی بر بهره‌وری از قدرت مردم و بخش‌های خصوصی اجتماع به عنوان راهبردی کارآمد برای پیشگیری از جرم در صحنه اجتماعی نام برده می‌شود. در خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم سعی می‌شود با کاستن از دایره الگوهای پیشگیرنده دولتی و کیفرمدار، فرصتی برای بخش خصوصی فراهم آید تا بتواند در موازنه‌ای اقتصادی و اجتماعی تدابیری برای مقابله با جرم بیندیشد. اجرایی شدن و نهادینه گشتن تدابیر پیشگیری خصوصی از جرم و خصوصی‌سازی آنها بطور کلی در موقعیت فعلی حقوق و سیاست جنایی ایران با موانع و چالش‌های نظری و عملی مختلفی مواجه است که بدون رتق و فتق آنها نمی‌توان انتظار داشت چنین سیاستی در جامعه ولو بصورت حداقلی هم مورد عمل و اجرا قرار گیرد. برخی از موانع ریشه در ساختار دولتی و رسمی حقوق ایران دارند و برخی دیگر هم جنبه ارزشی دارند. گاهی اوقات ملاحظات ایدئولوژیکی موجب می‌شود تا نتوان در بسیاری از موارد، توصیه‌های مبتنی بر نظریه‌های جرم‌شناختی را در راستای توسعه سیاست پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه ما اعمال نمود. بطور کلی، اجرای موفق سیاست خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم مستلزم تغییر در مدل سیاست جنایی، محدودسازی قلمرو مداخله دولت و نهادهای رسمی در امر مقابله با جرم در جامعه و تعریف یک رژیم اقتصادی و مشارکتی پویا برای همکاری بخش‌های خصوصی اجتماع و نظام قضایی حاکمه است. این در حالی است که برون‌سپاری وظایف قوه قضاییه در ایران در سطوحی چون پیشگیری از جرم علاوه بر موانع ساختاری و اجرایی با مشکلات، ابهامات و تناقضات ناشی از قانون اساسی نیز مواجه بوده به نحوی که به نظر می‌رسد اساساً محتوای قانون اساسی نمی‌تواند پذیرای امکان اجرای سیاست خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم باشد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- اسکندریان، زهرا؛ سیر تحولات تاریخی زندان ها، مجله حقوق و اجتماع، سری دوم، ۱۳۹۰
- رضایی، محمد حسین؛ پیشگیری از جرم در قلمرو سیاست جنایی ایران، چاپ اول، تهران: نشر نو، ۱۳۸۹
- جمالی، علی؛ پلیس دانش محور و توسعه پیشگیری مردمی از جرم، مجله دانش انتظامی، ۱۳۹۵
- صفاری، علی، مبانی پیشگیری از جرم در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، ۱۳۹۳
- طاهریان، پیمان؛ پیشگیری امنیت مدار در سیاست جنایی ایران، مجله راهبرد، ۱۳۹۲
- غلامی، حسین؛ چالش های سیاست جنایی پیشگیرانه در ایران، مجله آموزه های حقوق کیفری، ۱۳۹۳
- کونانی، سلمان؛ پیشگیری از جرم، مجله الکترونیکی حقوق ایران، سال سوم، ۱۳۹۳
- گودرزی، محمد؛ زندان و فرایندهای مدیریتی آن، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۷، ۱۳۹۶
- معزبان، محمد؛ خصوصی شدن عدالت کیفری، مجله حقوق، شماره ۵۶، ۱۳۹۶
- نجفی ابرنآبادی، علی حسین؛ جرم شناسی پیشگیری، جزوه دوره دکتری دانشگاه تربیت مدرس، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۶
- یوسفیان، ندا؛ مشکلات خصوصی سازی واقعی در نظام اقتصادی ایران، فصلنامه اقتصاد سیاسی، شماره ۱۲، ۱۳۹۲

ب) انگلیسی

- Gary, R.A; Crime Prevention, second edition, London: Mcmillan press, ۱۹۹۸
- Rodolf, S; Crime Prevention in USA, third edition, New York: University of New Yoprk press, ۲۰۱۵
- Stefan, Trechel; Human rights in criminal procedings, oxford: oxford university press, ۲۰۰۵
- Scholte, John. A; Globalization: A Critical Introduction, London, macmillan press, ۲۰۰۰
- Stivson, J; Privatization Crime Prevention in USA, first edition, Oxford: University of Oxford press, ۲۰۱۲

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۹

صص ۶۱۹ - ۶۳۰

تحلیل فقهی، حقوقی و جرم‌شناسی جرم رانت خواری

ابراهیم رجیبی تاج امیر،^۱ حسین ساجدی^{*۲}

۱- عضو هیات علمی گروه جرم‌شناسی دانشگاه علوم انتظامی امین.

۲- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.

چکیده

پیشگیری غیرکیفری و خصوصی شده از جرم سیاستی کارآمد در عرصه مقابله با حجم وسیعی از جرایم می‌باشد که امروزه در رویکرد نظام‌های حقوق ملی و اسناد بین‌المللی متنوعی هم مورد تنفیذ و تاکید قرار گرفته است. وجه برتری این روش استفاده از حضور نهادهای مردمی و بودجه‌های خصوصی برای مقابله با جرم است که می‌تواند به توانمندسازی نظام عدالت کیفری حاکم بر جامعه مدد رساند. در حقوق ایران خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم هنوز به نحو عینی صورت نگرفته و در سطح سیاستگذاری مقدماتی باقی مانده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که اجرای هدفمند و موثر برنامه‌های متأثر از سیاست پیشگیری خصوصی از جرم در جامعه فعلی ایران با موانع، مشکلات و چالش‌های نظری و عملی انبوهی مواجه است که بدون رفع آن‌ها نمی‌توان مدعی امکان اجرای آن‌ها در سطحی مطلوب در اجتماع بود. خلأ مقررات قانونی نظام‌مند، تلقی امنیت مدارانه از منطق پیشگیری، نامشخص بودن سطح همکاری اجزای مختلف سیاست جنایی رسمی و مردم و فقدان منابع آماری و اطلاعاتی لازم برخی از مهمترین کاستی‌ها و چالش‌های فراروی خصوصی‌سازی پیشگیری از جرم در ایران می‌باشند.

واژگان کلیدی: پیشگیری خصوصی، چالش‌ها و مشکلات، سیاست جنایی ایران

* نویسنده مسئول Sajedi@gmail.com

مقدمه

گفتار اول / مقدمه و کلیات تحقیق

۱-۱. مقدمه

گفتنی است، در رانت همه افراد جامعه به یک اندازه شانس برخورداري و بهره مندی از مزایا را ندارند. از این لحاظ رانت مانع بهره مندی افراد از آن موقعیت ها می شود و در نتیجه افراد محروم، از منافع احتمالی محروم شده اند. از سوی دیگر در رانت دولتی بر حیثیت و اعتبار دولت نزد عموم مردم تأثیر منفی گذاشته و مضرات معنوی را برای حاکمیت در پی خواهد داشت.

۱-۲. بیان مسأله و ضرورت انجام تحقیق

یکی از عوامل رکود اقتصادی وجود این رانت هاست که انگیزه کارآفرینی، تولید واقعی و ارج گذاشتن به خلاقیت در جامعه را از بین می برد و حتی افراد با استعداد نیز برای این که از این قافله عقب نمانند، استعدادهایشان را به جای کمک به تولید در جهت رانت قرار می دهند. در نتیجه با گذشت زمان، رانت به نوعی فر هنگ تبدیل می شود.

با بررسی ها و مطالعات انجام یافته در خصوص موضوع، این واقعیت مکشوف گردید که در عرصه حقوق کیفری به اقتضای بحث و ضرورت طرح آن، تاکنون آثار مدونی نگاشته نشده است. لذا ما را بر آن داشت که نسبت به انتخاب و اختیار موضوع اقدام نماییم.

۱-۳. اهداف کلی تحقیق

انجام تحقیق با هدف چالش زدایی نظری و قانونی و ارائه راهکارها و رهیافت های مؤثر حقوقی و تبیین و تحلیل صحیح مفهوم رانت خواری و عمق بخشی به ادبیات حقوقی کشور در زمینه مورد بحث بوده است.

۱-۴. روش تحقیق

روش انجام تحقیق با توجه به ماهیت موضوع، اهداف، شیوه گردآوری اطلاعات و اساساً ساختار و سازمان تحقیق، توصیفی - تحلیلی است. و روش گردآوری اطلاعات، اصولاً کتابخانه ای و اسنادی می باشد.

5-1. مفهوم و ماهیت رانت خواری

1-5-1. مفهوم لغوی رانت

ریشه لغت رانت خواری، واژه Rent است که بدون تغییر لفظی از ادبیات فرانسه وارد انگلستان و از آن جا به فرهنگ کشورمان راه یافته است. در انگلستان این لغت مترادف اجاره بها است؛ بدین معنی که صاحبان املاک مسکونی، تجاری یا کشاورزی به دلیل حق حاکمیت، آن واحد اقتصادی را اجاره می دهند و به ازاء آن مبلغی دریافت می کنند. هم چنین به حق السهم اربابان فنودال از کشاورزان، رانت اطلاق می شده است.

در فرهنگ فارسی معین، رانت چنین تعریف شده « در آمدی که از فرصت ها و موقعیت های برتر به دست آمده باشد، ثروت حاصل از کار غیر تولیدی و باد آورده ».

2-5-1. مفهوم اقتصادی رانت

مفهوم رانت به اقتصاددانان کلاسیک، به ویژه آدام اسمیت و دیوید ریکاردو، بر می گردد. از نظر اسمیت رانت نوعی در آمد است که بدون نیاز به صرف تلاش یا فعالیت مواد و ارزش افزار نصیب فرد یا گروه خاصی می شود.^۱ ریکاردو نیز رانت را مازادی می داند که بیش از مقداری می باشد. که جهت به کارگیری یک عامل تولید لازم می باشد.^۲ آن چه از نظر ایشان رانت توصیف می شود در واقع درآمد منهای هزینه است که سود نامیده می شود.

^۱ جمالی نژاد، مهدی؛ شهرداری های رانتیز و کلاف سردرگم، سیاسی اقتصادی. ش ۵۰-۲۶۰، ص ۳۰۸.

^۲ خضری، رنای؛ محمدمحسن، رانت جویی و هزینه های اجتماعی آن، مجله نامه مفید، ش ۴۵، آذر و دی ۱۳۸۳، ص ۴۷.

هرگونه درآمد حاصل از امتیازات انحصاری، محدودیت‌ها و مجوزها را اصطلاحاً رانت می‌گویند. مصداق بارز این مفهوم از رانت، درآمدهای بادآورده‌ای است که مجوز انحصاری دولتی در عرصه تولید، توزیع، صادرات و واردات ایجاد کرده است.^۳

دولت رانتیز هر دولتی که قیمت عمده درآمد خود را از منابع خارجی و به شکل رانت یعنی درآمد بدون تلاش دریافت کند، دولت رانتیز نامیده می‌شود.^۴ به نظر می‌رسد کلمه‌ای که رانت را در اقتصاد ما تشریح و تفهیم کند ربا است. به عبارتی دیگر، ربا معادل کسب پول بدون کار و فعالیت خاصی است که رانت نیز معادل آن است. بر این اساس رانت یعنی کسب درآمد بدون تلاش.

1-5-3. مفهوم حقوقی رانت

بهره برداری گروهی خاص از منابع و اموال عمومی تحت عناوین مختلف دولتی و یا عناوین وابسته به مقامات دولتی، نوعی رانت تلقی می‌شود.^۱

رانت خواری عملی است که به ظاهر از طریق قانونی انجام گرفته و عمل‌کننده به آن، عمل خود را سالم و مشروع می‌داند، درحالی که به ثروت‌های کلان و بدون زحمت دست می‌یابد.

گفتنی است، تحصیل یک جانبه و عمدی هر نوع مزایای (مالی یا غیرمالی) از سوی کارگزاران حکومتی با سوء استفاده از موقعیت شغلی خویش بر خلاف قانون یا حقوق دیگران از طریق افشای اطلاعات یا استفاده شخصی از آن، استخدام اشخاص، واگذاری امتیازات و امثالهم، رانت نامیده می‌شود.

1-5-4. انواع رانت

به طور کلی به لحاظ نحوه کسب رانت چهار نوع رانت را می‌توان نام برد، که عبارتند از: رانت اقتصادی، رانت سیاسی، رانت اطلاعاتی، رانت آموزشی.

1-4-5-1. رانت اقتصادی

رانت اقتصادی حالتی است که در آن فعالیت‌های اقتصادی پر منفعت به صورت مجوز صادرات یا واردات کالا یا خدمات و نیز به صورت صدور موافقت‌نامه‌های اصولی به انحصار فرد، گروه یا حزب خاصی در می‌آید. هم‌چنین استفاده از وام‌های کلان بانکی ارزی به صورت یارانه‌ای یا وام‌های کلان ریالی با نرخ سودهای بسیار پایین، نوعی رانت اقتصادی محسوب می‌شوند.

1-4-5-2. رانت سیاسی

رانت سیاسی حالتی است که در آن تقسیم موقعیت‌های سیاسی و شغلی نه براساس دانش و تجربه، کاردانی و صلاحیت و به طور کلی شایسته‌سالاری بلکه براساس وابستگی به یک مقام مسئول، حزب صورت می‌گیرد. هم‌چنین دستکاری و تغییر قوانین، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها جهت بهره‌برداری شخصی نوعی رانت سیاسی است که در نهایت باعث گسترش فساد و غارت بیت‌المال می‌شود.

۳-۴-۵-۱. رانت اطلاعاتی

رانت اطلاعاتی، یعنی دسترسی به اطلاعات دارای ارزش اقتصادی یا سیاسی در زمان خاص و سوء استفاده از آن برای مقاصد شخصی. صاحبان اطلاعاتی به طور کلی در هر نهاد تأثیرگذار بر امور اقتصادی-اجتماعی از موقعیت ویژه‌ای برخوردار می‌گردند که سایرین از آن محرومند و پیش از آن که این اطلاعات در دسترس عموم قرار گیرد از فرصت‌های اقتصادی سودهای کلان و از حوزه‌هایی که در آینده زبان‌آور خواهد بود، خارج می‌گردند. در واقع وجود این رانت سبب از بین رفتن اصل برابری فرصت‌ها شده و این امر بر بی‌عدالتی‌های اجتماعی و اقتصادی می‌افزاید.

۴-۴-۵-۱. رانت آموزشی

^۳ ابریشمی، حمیدو محمد هادیان؛ رانت جویی و رشد اقتصادی، مجله تحقیقات اقتصادی، ش ۱۳۸۳، ۶۷، ص ۱۴.

^۴ ابریشمی، حمیدو محمد هادیان؛ رانت جویی و رشد اقتصادی، مجله تحقیقات اقتصادی، ش ۱۳۸۳، ۶۷، ص ۱۹.

^۱ یوسفی نژاد، رانت و فساد مالی در اقتصاد ایران، مجله دانشکده علوم انسانی، ش ۶۴، ۱۳۱۵، ص ۱۴۸.

هجوم گسترده برای کسب مدارک دانشگاهی و بدون شرکت در کنکورهای سراسری و به دنبال آن توسعه برخی دوره های دانشگاهی با کیفیت نازل یکی از نشانه های رانت آموزشی است که موجب دلسردی جویندگان واقعی علم و هنر و حذف استعداد های برتر می شود.^۱

۱-۶. مبانی جرم انگاری رانت

جرم انگاری ک عمل نامشروع عامل مهمی برای مقابله با آن به شمار می رود و جرم انگاری رانت نیز از این قاعده مستثنی نیست. از این رو به مبانی جرم انگاری آن می پردازیم.

۱-۶-۱. مبانی شرعی

در شرع مقدس اصول کلی در خصوص جرم انگاری وجود دارد. از برخی از این اصول در خصوص جرم انگاری رانت می توان استفاده کرد.

۱-۶-۱-۱. قاعده لاضرر

اصل ضرر توسط علمایی چون جان استوارت میل، هارت و پارکر مورد حمایت قرار گرفته است. مفهوم قاعده لاضرر مبین منع مردم از ورود ضرر و خسارات به یک دیگر است.^۱

رانت در حداقل تأثیر خود موجب از میان برداشتن شرایط مساوی و عادلانه همه افراد در عرصه های اجتماعی می شود. به عبارت دیگر، با انحصاری که ایجاد می کند بخشی از افراد جامعه را از امکان حضور در اجتماع و فعالیت باز می دارد. از این لحاظ رانت مانع بهره مندی همه افراد از آن موقعیت ها می شود و در نتیجه افراد محروم، از منافع احتمالی محروم شده اند.

باتوجه به آیات قرآنی و احادیث و روایات و سیره پیامبر(ص) و امیرالمومنین(ع) و فتاوی بزرگان فقها، می توان به جواز تعزیر بدانچه حاکم تشخیص دهد در خصوص اعمالی که موجب آزار مردم، اخلال در نظام، فساد امور، اخلاق در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یک دیگر و به طور کلی اعمالی که رسیدگی به آن ها در صلاحیت حاکم است و در مواردی که در صورت رخ دادن خلاف شرع، از ولی امر انتظار می رود، برخورد کند، قطع و یقین یافت و در مواردی که جواز تعزیر مسلم و مقطوع به نیت و مشکوک می باشد، اصل متقاضی عدم جواز است.^۲

۱-۶-۱-۲. مبارزه با بی عدالتی

عدالت در لغت به معنی مساوات^۳، ضد جور^۴ و عدم افراط و تفریط می باشد^۵ و در اصطلاح عبارتست از: رعایت استحقاق و شایستگی ها، از دیدگاه علامه طباطبایی عدالت یعنی «دادن هر صاحب حق و رساندن حقوق شان به آن و گذاشتن هر چیز در جای خودش می باشد».^۶

اسلام دینی است که بنیان آن بر اساس تعادل شکل گرفته، به همین جهت انسان ها را از افراط و تفریط در همه شئون زندگی بر حذر می دارد، تا آن چه مربوط به امور فردی انسان می باشد، در آن تعادل برقرار گردد و همین طور در حوزه جامعه که اساس نظام اجتماعی را در رعایت حقوق و عدالت می داند، زیرا نظامی که مبتنی بر عدالت باشد پایدار خواهد ماند.

در قرآن کریم، بیش از ۱۰ بار^۱ در باب عدالت و رزی سفارش شده است؛ اما این به عدالت رفتار کردن از نظر قرآن جنبه های متعددی دارد: عدالت میان خود و مردم^۲، عدالت میان خود و خدا.^۳

^۱ ازغندی، علی رضا؛ ناکارآمدی نخبگان سیاسی ایران بین دو انقلاب، تهران، نشر قومس، ۱۳۷۶، ص ۴۶.

^۱ آقای، محمدعلی؛ شرح مختصر اصطلاحات فقهی به ضمیمه چهل و سه قاعده از قواعد فقه و حقوق، لیتوگرافی اهل بیت(ع)، ۱۳۸۰، ص ۱۴.

^۲ الصافی، الشیخ لطف الله، التعزیر، ص ۱۳۹.

^۳ الاصفهانی، راغب، مفردات، دمشق، دارالقلم، سال ۱۴۱۶ه.ق، ص ۵۵۱.

^۴ البنانی الشرتونی، سعید خوری؛ اقره الموارد فی فصیح العربیه، مطبعه اسوه، ۱۳۷۴، ص ۴۹۴.

^۵ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، ۱۳۴۱، ص ۱۲۱.

^۶ طباطبائی، محمدحسن، میزان، بیروت، موسسه اعلی للمطبوعات، ۱۹۹۱، ص ۳۷۱.

عدالت شامل دو بعد بسیار مهم است، اول عدالت سیاسی و دوم عدالت اقتصادی. در ادبیات ما وقتی صحبت از عدالت اجتماعی می‌شود، عموماً سراغ مقابله با فقر یا سراغ عدالت اقتصادی می‌روند، در حالی که عدالت سیاسی مقدم بر عدالت اقتصادی است. اگر عدالت سیاسی نباشد، عدالت اقتصادی بوجود نمی‌آید و اگر ایجاد شود خود به خود از بین خواهد رفت.

۱-۶-۱-۳. عدالت در قانون اساسی

قانون اساسی در زمینه عدالت اصول مختلفی دارد و زمینه‌سازی آن را از وظایف دولت اسلامی دانسته است.

این قانون در بندهای؛ چهارم، ششم، نهم و دوازدهم اصل دوم، جمهوری اسلامی ایران را نظامی معرفی می‌کند بر پایه ایمان به عدل خدا در خلقت و تشریح و ...

اصل سوم دولت را موظف نموده به پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه. بر طبق ضوابط اسلامی. در اصل ۴۳ به تأمین نیازهای اساسی برای همه پرداخته و در اصل ۴۸ عدم تبعیض را مورد تأکید قرار داده و در اصل ۱۰۱ یکی از اهداف تشکیل شورای عالی استان‌ها را جلوگیری از تبعیض می‌داند هم چنین در اصل ۱۰۴ تأمین قسط اسلامی را مورد تأکید قرار داده است. در اصل ۱۵۴ حکومت حق و عدل را برشمرده و در اصل ۱۵۷ و ۱۶۲ عبارت مجتهد عادل بودن را قید نموده است. در واقع رانت شکنی، اصلی‌ترین گامی است که می‌توانیم به سمت عدالت بر داریم.

۱-۶-۲. مبانی عرفی

به اعتقاد برخی از حقوقدانان خشونت و نیرنگ دو رکن ثابت در مرکز همه نظام‌های کیفری می‌باشند. خشونت یعنی سوء استفاده از زور یا معادل اعمال غیرمجاز و نامشروع زور است. و نه تنها خشونت جسمانی یا حتی معنوی بلکه خشونت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز وجود دارد. بدین سان سوء استفاده از مقام خشونت اجتماعی یا فرهنگی می‌باشد. در رانت نیز شخص از مقام و موقعیت شغل خویش به صورت یک طرفه استفاده می‌کند.

در واقع تحصیل مزایا از طریق رانت علاوه بر این که موجب سوء استفاده از اعتماد عمومی و سلب اعتماد مردم به دولت و کارگزاران دولتی می‌شود، بیانگر خودبینی و خودخواهی مرتکب در نفع مالی خویش و بی‌توجهی به ورود ضرر به دولت و ملت می‌باشد. فلذا ایجاد زمینه سلب اعتماد مردم از دولت و خودخواهی مالی، آن هم از سوی کارگزاران دولتی که نماینده و امین ملت محسوب می‌گردند، از نظر اخلاقی مذموم و ناپسند است.

۱-۶-۳. مبانی عقلی

تحصیل مزایا از طریق رانت نه تنها از طرق مشروع و نهادینه جامعه به منظور کسب درآمد و ایجاد مالکیت نمی‌باشد، بلکه مرتکب، با سوء نیت و فارغ از ارائه خدمات، امکانات و یا سرمایه صرفاً با سوء استفاده از موقعیت و جایگاه شغلی خود و با نقض هنجارهای اجتماعی و قواعد و مقررات حاکمه و فقط با در نظر گرفتن نفع شخصی و مصلحت مالی خود اقدام به تحصیل مزایا می‌نماید؛ لذا این شیوه تحصیل مزایا، نوعی داراشدن بلاجهت توأم با سوء نیت بوده و نقض هنجارهای اجتماعی در بعد تحصیل مالکیت است.

گفتار دوم / مستندات رانت و تحلیل ارکان آن

در منابع اسلامی، به موازات تأکید بر اصل تحقق عدالت اجتماعی و تقش آن در حیات سالم و رسیدن انسان به کمال، بر بهره‌گیری صحیح از اموال به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به هدف، تأکید شده است و حرکت‌های ناسالم اقتصادی و اجحاف‌ها و برخوردهای ظالمانه و دغل‌کارانه، مردود شمرده شده‌اند.

۱ سوره مائده آیه ۸، سوره نساء آیه ۱۳۵، سوره حدید آیه ۲۵، سوره الحرمین آیه ۷.

۲ « اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل »

۳ سوره شوری، آیه ۱۵.

اصل «اکل مال به باطل» برگرفته از آیات قرآن، در ابواب و بخش‌های مختلف فقه، به ویژه در بخش مکاسب و معاملات، مورد استناد و استدلال واقع می‌شود.^۱

با مروری بر آیات و روایات، در می‌یابیم که (باطل) بر اموری هم چون: ربا خواری^۲، رشوه‌گیری^۳، سوگند به دورغ^۴، ظلم و ستم^۵، قماربازی^۶، خوردن مال یتیم^۷، لهو و لعب^۸، غضب و تصرفات عدوانی^۹، هر شیء پلید^{۱۰}، مبادلات و معاملات غیرمشروع و فاسد^{۱۱}، درآمدهای نامشروع^{۱۲}، صرف اموال در مسیرهای حرام و ناپسند^{۱۳} و بالاخره بر هر غیر حقی و هر نوع استفاده غیر عقلانی از اموال و دارایی‌ها اطلاق شده است. بر این اساس، منظور از باطل، هر چیزی است که ناحق و بی‌هدف و غیر عقلانی باشد.

از نظر اسلام، هرگونه تصرف در اموال و دارایی‌ها باید بر اساس حق و عدالت و بر مبنای صحیح صورت می‌گیرد و هر چه غیر از این باشد، حرام و باطل است. علامه طباطبایی می‌فرماید: آیه عام است و همه تصرفات ناروا را در بر می‌گیرد.^{۱۴} ذکر قمار و امثال آن در پاره‌ای از روایات، از قبیل بیان مصداق است. فخر رازی نیز، به گستردگی و عمومیت (باطل) تصریح کرده است و همه اقسام و انواع تصرفات ممنوع و حرام و احتمالاتی که در معنای باطل داده اند را داخل در معنای آن می‌داند.^{۱۵}

براین اساس، تحصیل درآمد از راه‌های غیرمشروع و با استفاده از ابزار و وسائل غیرمجاز، حرام است و لفظ باطل، به عمومیت و اطلاقش به همه را شامل می‌شود؛ حتی مطابق آن چه برخی گفته‌اند؛ گستردگی معنای باطل اقتضا می‌کند که نه تنها تحصیل درآمد از راه‌های ناصواب، که صرف و خرج آن هم در مسیرهای حرام و ناپسند نیز باطل است.^{۱۶} از این رو در جامعه اسلامی هم دخل و هم خرج، هم تولید و هم توزیع، باید با معیارهای صحیح و مشروع، انجام پذیرد و اموال مردم از تعرض دیگران مصون بماند.

برخی از فقها از جمله آیات الله خویی^{۱۷} و مقداد بن عبدالله سیوری^{۱۸}، منظور از باطل را در آیه شریفه، باطل شرعی، دانسته‌اند. از نظر آنان، هر چه در نظر شرع و به موجب آیات و روایات، به بطلان آن تصریح شده باشد، این قاعده آن را در بر می‌گیرد و غیر آن را این آیه شامل نمی‌شود. برخی از فقها، بر این نظر، خدشه وارد کرده‌اند و معتقدند؛ باطل در آیات شریفه، هر دو قسم را در بر می‌گیرد. نظر عرف در تشخیص این گونه امور اعتبار دارد. فهم باطل نیز، مانند الفاظ دیگر، به عرف مربوط می‌شود. همان گونه که شیخ

۱ سوره بقره آیه ۱۸۸، سوره نساء آیه ۲۹، سوره توبه آیه ۳۴.

۲ سوره بقره آیه ۱۸۱.

۳ مجمع البیان، ج ۱، ص ۱۳۴.

۴ مجمع البیان، ج ۱، ص ۱۳۵.

۵ سوره نساء آیه ۲.

۶ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۴.

۷ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۵.

۸ علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۲، ص ۳۷۳.

۹ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۴.

۱۰ سوره نساء آیه ۲۹.

۱۱ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۵.

۱۲ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۶.

۱۳ مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۳۵.

۱۴ علامه طباطبایی، محمدحسین؛ المیزان، مؤسسه الاعلمی، بیروت، ج ۱، ص ۶۹.

۱۵ فخررازی، التفسیر الکبیر، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ص ۶۹.

۱۶ تفسیر المنار، ج ۲، دارال معروض، سمت، ص ۱۹۵.

۱۷ مصباح الفقاهه، تقریر بحث‌های آیت الله خویی، مقرر محمدعلی توحیدی، ج ۲، ص ۱۴۱. نیز وجدانی صقم، حدود اشریعه،

محمدآصف محسنی، ج ۱، ص ۹۳.

۱۸ سیوری، مقدادبن عبدالله، کنزالعرفان، تصحیح محمدباقر بهبودی، ج ۲، مرتضویه، تهران، ص ۳۵.

۹ سوره نساء آیه ۲۶

انصاری در بسیاری از موارد، تشخیص مصداق باطل را بر عرف، مربوط می‌داند.^۱ در کتاب بیع، بر لزوم آن به آیه ۱۸۸ سوره شریفه بقره^۲ استناد نموده اند. فقیهان دیگری^۳، از جمله امام خمینی نیز ملاک در شناخت باطل را فهم عرف دانسته‌اند.^۴ اساس این استدلال بر این استوار است که مراد از باطل، باطل عرفی باشد، چنان که هم عنوان‌هایی که در موضوع احکام اخذ شده‌اند، به تشخیص عرف بستگی دارند. امام خمینی، علاوه بر این که بر فهم عرف از باطل تأکید می‌کند، اساساً فهم همه الفاظ و عنوان‌هایی که در موضوعات احکام اخذ شده‌اند، محول به عرف می‌داند.

استدلال فقهای اخیر این است که؛ اولاً مفاهیم الفاظ، به عرف محول است و در همه بخش‌ها و ابواب فقه، فقیهان فهم الفاظ و تشخیص آن را به عرف وا می‌گذارند. اگر بنا باشد فهم و تشخیص آن، فقط از ناحیه شرع میسر باشد و فهم عرف ذخیل نباشد، در هنگام شک، نه تنها به قاعده (اکل مال به باطل) که به هیچ یک از اطلاقات و عمومات وارد در کتاب و سنت، نمی‌توان استناد کرد؛ زیرا تمسک به عام، در شبهه مصداقیه می‌شود و جایز نیست. امام خمینی معتقدند اگر منظور از باطل، باطل شرعی باشد و فهم عرف کنار گذاشته شود، در هنگام شک در بطلان امری، نمی‌توان به آیه استدلال کرد؛ زیرا تمسک به آن، سر از تمسک به عام در شبهه مصداقیه در می‌آورد که باطل است.^۵

ثانیاً، اگر مراد از باطل، باطل شرعی باشد، دامنه آن محدود و منحصر می‌شود به چند مورد مشخص که در شرع بیان شده است. در نتیجه، بسیاری از موارد باطل را در بر نمی‌گیرد. حال آن که، همان طور که بیان شد، باطل به موارد خاص محدود نمی‌گردد و با معنای عام و گسترده‌ای که دارد، همه را شامل می‌شود.

ثالثاً، باطل در آیه شریفه به کلیت و روشنی آن رها شده است، قرآن در این جا، به تعیین موارد و مصداق نمی‌پردازد. در جای دیگر، اگر مواردی را تشریح می‌کند، به خاطر این است که بطلان آن‌ها در نزد عرف روشن نبوده، یا مردم آن‌ها را باطل نمی‌پندارند. این خود بیانگر آن است که منظور از باطل، باطل عرفی می‌باشد و فهم و تشخیص آن، به عرف مربوط می‌شود. بر همین اساس، فقها همواره به اطلاق آیه استناد کرده‌اند.^۶ اگر چیزی در شرع، مسلم باشد، دیگر جای بحث نیست، چه عرف آن را باطل بداند و چه نداند. فهم عرف، در صورتی که کارساز است که شرع، نسبت به آن ساکت باشد.^۱ بین فهم عرف و فهم شرع از باطل، عموم و خصوص من وجه است. اموری را هر دو باطل می‌دانند مثل قمار، رشوه، غصب و... مواردی را شرع باطل می‌داند، ولی عرف باطل نمی‌داند، مثل ربا و... مواردی را عرف باطل می‌داند، ولی شرع نمی‌داند.

در منابع اسلامی، در بسیاری از موارد، تعبیر «اکل سحت»، مترادف با «اکل مال به باطل» به کار رفته است. بر اموری چون رشوه، قمار، غصب و نیز درآمدهایی که از طریق جادوگری، لپو لعب، و خرید و فروش اعیان نجسه، مانند: مردار، شراب و ... به دست می‌آید، (اکل سحت) اطلاق شده است. گرچه واژه (سحت)،

۱ شیخ انصاری، مکاسب، ج تبریز، ص ۲۱۵.

۲ لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل

۳ محسنی، محمدآصف، حدود الشریعه، ج ۱، ص ۹۴؛ انوار الفقاهه، ج ۱، ص ۹۳؛ نثرات الکواکب علی خیرات امکاسب، ص ۱۲۶؛ علامه طباطبایی، محمدحسین، المیزان، مؤسسه الاعلمی، بیروت، ج ۴، ص ۳۱۷.

۴ خمینی، روح الله، البیع، قم، ج ۱، ص ۶۴.

۵ خمینی، روح الله، البیع، قم، ج ۱، ص ۳۹.

۶ انوار الفقاهه، ج ۱، ص ۹۳.

۷ خمینی، روح الله، البیع، ج ۱، ص ۴۴.

۱ از باب مثال امکان دارد، ربا را عرف باطل نداند و هم چون عقود و معاملات دیگر، آن را صحیح بداند، ولی در شرع بر بطلان آن تصریح و تأکید شده است.

در اصل به معنای قطع کردن، بریدن و استیصال است^۲ و با مفهوم (باطل) تفاوت دارد. ولی از آن جا که به کسب های حرام و اموالی که از راه های خلاف شرع و به شیوه های غیرعادلانه به دست آید (سحت) گفته شده، معنایی شبیه باطل دارد. در معنای سحت گفته اند: هر کسی که حلال نباشد، سحت است.^۳ سحت نیز، هم چون باطل، عمومیت دارد و هر نوع حرام خواری و در آمد نامشروع را شامل می شود. از این رو، می توان گفت سحت و باطل گرچه در ریشه لغوی تفاوت هایی دارند، ولی در بسیاری از جهات مشترک می باشند و موارد سحت، مشمول اصل (اکل مال به باطل) می شوند.

گفتنی است، نمی توان مصداق باطل را منحصر به مواردی نمود که فقها مصداق باطل دانسته اند. زیرا با دگرگونی شرایط، زمان و مکان و ... امکان دارد شکل های دیگری از باطل، رخ نماید و مصداق روشن دیگری پیدا بشود. در جهان امروز، تحولات عمیق و گسترده و تسخیر طبیعت و شناخت منفع بی شمار عناصر اربعه و دیگر پدیده ها، چنان دامنه بهره وری، آن هم بهره وری های حیاتی، گسترش یافته، که کمتر چیزی می توان یافت که منافع عقلایی و حلال، نداشته باشد. از این رو، در شناخت باطل و مصداق آن، باید اصل زمان و مکان را در نظر داشت. با دقت در مسأله و نیز تتبع در مواردی که فقیهان بر حرمت و بطلان آن به آیات قرآن تمسک کرده اند در می یابیم که بطلان و حرمت درآمدی، به یکی از امور ذیل محقق می شود: نداشتن منفعت حلال و مالیت، تضييع حقوق دیگران، زیان آوری، فریبکاری و تحمیق، فساد و فحشاء، اجرت بر واجبات، لغو و لهو، مالی که از طریق تضعیف نظام اسلامی به دست آید.

رانت خواری از جمله محصولات زندگی اجتماعی مدرن است که مبتنی بر تفکیک وظایف، تخصصی شدن کارها و ... شیوع رانت علاوه بر این که موجب تضييع حقوق دیگران و گسترش نابرابری های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و... می شود، موجب یأس و دلسردی مردم از نظامی می شود که براساس مبانی اسلامی استوار گردیده است. و در نهایت تضعیف نظام اسلامی را به دنبال دارد. چرا که نظام ما مدعی است تنها نظامی است که بیشترین انطباق را با احکام و مبانی اسلام دارد. تضعیف این نظام به تضعیف نظام اسلامی منجر می شود، از این رو رانت حرام بوده و باطل.

۲-۱. ارکان رانت

در مقررات کنونی توصیف کیفی نشده است. در تحلیل رانت بر عکس رویه متداول ابتدا به عناصر مادی و معنوی آن پرداخته، سپس به موقعیت قانونی آن خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. رکن مادی

تخلفاتی که کارمندان دولتی به معنای اعم کلمه می توانند انجام بدهند؛ مختلف بوده و از لحاظ رکن مادی تفاوت های اساسی با هم دارند. از این رو به ندرت پیش می آید که یک رفتار مشمول عناوین متعدد مجرمانه قرار گیرد. چنان که گذشت رانت به تحصیل عمدی و یک جانبه هر نوع مزایای (مالی یا غیرمالی) از سوی کارمندان با سوء استفاده از موقعیت شغل و اختیارات خویش برخلاف قانون یا حقوق دیگران از طریق افشای اطلاعات یا استفاده شخصی از آن، استخدام انتظامی، واگذاری امتیازات و امثالهم، تعریف کردیم.

رانت از جمله پدیده هایی است که وصف و خصوصیت مرتکب در آن به عنوان یک کیفیت مشخص می تواند مطرح باشد. در متن قانون موارد قانونی با اندک اختلاف، گروه هایی که به عنوان کارمندان دولتی مشمول مقررات جزایی قرار می گیرند یا مستخدم دولت و یا در حکم مستخدم دولت هستند. بر این اساس مرتکب رانت منحصر کارمندان دولت نیستند.

باتوجه به تصریح مواد ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، کسانی که در هریک از سازمان ها و ادارات مذکور در مواد، به کار و فعالیت اشتغال دارند مستخدم دولت محسوب می شوند، اعم از این که رابطه استخدامی و کاری آن ها به صورت رسمی یا

۲ ابن منظور، معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۱۴۳.

۳ مبیذع تفسیر کشف الاسرار، ج ۶، ص ۱۱۹. و نیز: مقداد بن عبدالله یسوری، کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۲.

قراردادی باشد یا پیمانی، روز مزد و غیره. البته در این خصوص نوع سمت و عنوان و انتخابی بودن مستخدم تأثیری ندارد. در نتیجه اگر این افراد با سوء استفاده از موقعیت شغلی خویش مزایایی را کسب نمایند نباید در تحقق رانت از سوی ایشان تردیدی را روا داشت. گفتنی است تحقق رانت در بخش خصوصی غیر ممکن نیست و هم چنان که کارمندان بخش دولتی می‌توانند مرتکب آن شوند کارمندان بخش خصوصی نیز می‌توانند مرتکب آن شوند. لذا این نوشتار بیشتر در مورد بخش دولتی متمرکز شده است، در صورت صدق هر کدام از عناوین یاد شده بر مرتکب؛ به عنوان یک کیفیت مشدده در خصوص وی لحاظ خواهد شد.

۱-۱-۲. رفتار مجرمانه

رفتار مجرمانه در رانت «تحصیل مزایای مالی یا غیرمالی» است؛ از این رو، موضوع رانت فقط از طریق رفتار مثبت (فعل) محقق می‌شود. تحصیل به معنی به دست آوردن، صاحب شدن و کسب کردن است. تحصیل در این مقوله مفهوم عامی دارد که هم شامل به دست آوردن موقتی و هم به دست آوردن دائمی مزایا می‌شود. قانون گذار در مواردی تحصیل مال از سوی کارمندان در ارتباط با شغل خود را تحت عناوین خاصی جرم انگاری شده است.

مهمترین وجه افتراق رانت با جرایم اختلاس، خیانت در امانت و استفاده یا مصرف غیرقانونی در مورد موضوع جرم است. موضوع جرم در رانت نه تنها شامل مزایای مالی (اموال منقول و غیرمنقول) می‌شود بلکه علاوه بر آن شامل مزایای غیرمالی نیز می‌شود. با توجه به این توضیحات ممکن است گفته شود که عناوین مجرمانه فوق مشمول عنوان رانت هم می‌شوند. از این رو، رانت با این عناوین تداخل دارد. در پاسخ باید گفت در اختلاس، خیانت در امانت و استفاده قانونی مال موضوع جرم می‌بایست به شخص سپرده شده باشند؛ در حالی که در رانت چنین مالی به طور مستقیم به شخص سپرده نشده است؛ بلکه آن چه به شخص سپرده شده است و به عنوان امانت نزد کارمندان تلقی می‌شود؛ موقعیت شغلی و جایگاه اداری اوست. از این زاویه اموال و مزایا نسبت به موقعیت شغلی و جایگاه اداری جنبه فرعی و تبعی دارد. از این رو تجاوزمأمور نسبت به وظایف اداری خود فی نفسه نوعی خیانت در امانت است و اگر نتیجه چنین خیانتی کسب مزایا برای شخص باشد در این صورت رانت محسوب می‌شود. نسبت رانت به جرایم یاد شده خاص مقدم و عام مؤخر است و بنابه نظر مشهور حقوقدانان در چنین مواردی به جای نسخ باید کوشید در حد امکان هر دو قاعده را با هم جمع نمود. در این مورد نیز می‌توان قواعد رانت را با اختلاس، استفاده غیرقانونی و خیانت در امانت جمع نمود. به این معنی که هرگاه مال موضوع جرم به شخص سپرده شده باشد و فرد در آن خیانت کند موضوع حسب مورد مشمول اختلاس، استفاده غیرقانونی و خیانت در امانت خواهد بود و در موردی که مال به طور مستقیم به شخص سپرده نشده است و با تجاوز فرد از وظایفش مصداق عینی آن مال مشخص می‌شود موضوع را مشمول رانت بدانیم. در مورد مزایای غیرمالی نیز باید گفت عناوین مجرمانه فعلی چنین مزایایی را مشمول خود قرار نمی‌دهند. از این روع تداخل رانت با سایر عناوین مجرمانه منتفی است.

۲-۱-۱-۲. نتیجه مجرمانه

در رانت شخص یا اشخاص حقیقی مستقیماً از وقوع جرمی که متحمل ضرر و زیان نشده اند، گفتنی است، رانت از جمله جرایم بدون بزه دیده نمی‌باشد. از لحاظ نتیجه رانت می‌بایست موجب ضرر دولت شود منتها فقط ضرر مادی شرط نیست؛ بلکه همین اندازه که افراد جامعه به حاکمیت بدبین شده و اعتماد خود را به نظام از دست بدهند می‌توان گفت دولت متضرر شده است. بر این اساس نتیجه در رانت ضرر مادی و معنوی به دولت را شامل می‌شود.

۳-۱-۱-۲. شرایط و اوضاع و احوال خاص رانت

هر نوع تحصیل مزایایی از سوی کارمندان را، نمی‌توان رانت تلقی کرد. تحصیل آن دسته از مزایایی را می‌توان رانت دانست؛ که نتیجه سوء استفاده از موقعیت شغلی باشد.

۲-۱-۲. عنصر معنوی

رانت از جمله جرایم عمدی است که لازم است مرتکب دارای سوء نیت عام به معنی عمد در انجام دادن فعلی است که در نتیجه آن مزایایی را برخلاف حقوق دیگران برای وی در بر دارد. از لحاظ سوء نیت خاص

مرتکب، ضرورتی به وجود آن نیست و مرتکب عمل را با هر قصد که انجام داده باشد مسئول است و حتی اگر قصد ایراد ضرر نداشته، بلکه به قصد نفع رساندن به دولت با مزایایی را در نتیجه سوء استفاده از موقعیت شغلی خود کسب کند، عمل او رانت خواهد بود.

۲-۲. موقعیت قانونی رانت

در حقوق کیفری کشورمان متن موضوعه قانونی که صراحتاً رانت را با تعریفی که از آن ارائه کردیم مورد توجه قرار دهد، وجود ندارد و مقنن در قبال آن سکوت کرده است. ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصادیق تخلفات را بر شمرده است. در این ماده اصلی ترین رکن رانت که سوء استفاده از موقعیت شغلی است به عنوان یک تخلف اداری مورد توجه قرار گرفته شده است. از این رو لازم است در ابتدا مفاهیم جرم و تخلفات اداری تعریف شوند تا مشخص شود موضوع رانت می بایست در حوزه تخلفات اداری باقی بماند یا اینکه جرم تلقی شود و اگر جرم است در زمره تعزیرات شرعی است یا مجازات بازدارنده؟

۲-۳. ماهیت مجازات رانت

آیا مجازات رانت از باب تعزیر حکومتی (بازدارنده) است یا از جهت تعزیر شرعی امکان پذیر است. هم چنان که گزارش های تاریخی دلالت می کند پدیده رانت در زمان پیامبر اکرم (ص) و حضرت علی (ع) وجود داشته و همین گزارش ها سخت گیری ها و مجازات ایشان را نسبت به کارگزارانی که به هر نحوی از منصب خود سوء استفاده می کرده اند را تأیید می کند. از سوی دیگر رانت با مفسده ای که به همراه دارد موجب ترجیح بلا مرجع برخی افراد بر دیگران می شود؛ بنابراین حقوق افراد جامعه تضییع می گردد. چنان که گذشت مبنای مجازات تعزیری صرفاً از جهت ارتکاب معصیت نیست بلکه شامل رفتارهای مفسده آمیز نیز می شود؛ از این رو به نظر می رسد چنان چه قانون گذار درصدد واکنش کیفری به رانت برآید می بایست آن را در قلمرو تعزیرات محسوب نماید.

گفتار سوم: راهکارهای پیشگیرانه رانت از دیدگاه جرم شناسی

۳-۱. خود کنترلی

اولین راه برای کاهش رانت خواهی و رانت جویی توجه به اخلاق و ایدئولوژی است - خود کنترلی و نظارت درونی - شرط لازم برای مقابله و کنترل این نوع رانت جویی است. چنانچه تنها انگیزه حاکم بر انسان ها نفع شخصی باشد؛ افراد از جهل طرف مقابل و یا اطلاعات و قدرت خویش سوء استفاده می کنند. اما در صورت وجود نیروهایی که باعث شود آنان از سود خود بگذرند، رانت پدیدار نخواهد شد. در واقع اخلاقیات شرط ضروری برای عدم سوء استفاده است. از این رو یاد خدا، ترس از روز جزا بهترین عامل بازدارنده انسان در مقابل هر نوع کج روی است. بر این اساس اتخاذ سیاست های فرهنگی تاثیرگذار در این رابطه ضروری است.

۳-۲. کاهش موقعیت های جرم زا

یکی از سازوکارهای پیشگیرانه اقدام از طریق کاهش موقعیت های جرم زا و شرایط ارتکاب جرم می باشد. راه حل ممکن در این خصوص نظارت بیرونی و همگانی است که از آن به امر به معروف و نهی از منکر تعبیر می شود.

از طرفی آگاهی دادن به عموم مردم^۱ و شناساندن امکان ارتکاب آن در موقعیت های مختلف نیز می تواند از طرق بالا رفتن سطح اطلاعات عمومی نوعی مبارزه غیرمستقیم و موثر با رانت محسوب گردد. از این رو تعیین خطوط قرمز در رابطه با اطلاعات و امکان دسترسی برابر همه افراد به اطلاعات مجاز در این خصوص گره گشاست که در زمینه پیشگیری از رانت حاصل از عدم تقارن اطلاعات، تزریق اطلاعات به جامعه پیشنهاد می شود.

۳-۳. دشواری دسترسی کارمندان به موقعیت های رانت زا

^۱ ماده ۶ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی مصوب ۲۰۰۳ مریدا.

دشواری دسترسی کارمندان به موقعیت‌هایی که امکان رانت خواهی در آن وجود دارد؛ از طریق حذف زمینه‌هایی که به واسطه آنها تخصیص کالاها و امکانات از طریق تصمیمات اداری و فردی انجام می‌شود. در واقع تخصیص منابع جامعه از خارج از حدود و اختیارات اشخاص قرار گیرد و به مکانیزم‌ها واگذار گردد. یکی از روش‌های موثر در پیشگیری از رانت از بین بردن زمینه‌هایی است که فرایند رانت خواری را تسهیل می‌کند. از این رو لازم است سیستم اداری با بهره‌گیری از علوم رایانه‌ای بخشی از وظایف خود را از طریق اینترنت انجام دهد. به عنوان مثال دولت الکترونیک را می‌توان از مصادیق بارز پیشگیری از رانت دانست چرا که لازمه چنین دولتی شفافیت کامل است. در چنین سیستمی دیگر نیاز به حضور فیزیکی دو طرف (شهروندان و حکومت) در یک محل واحد وجود ندارد، بلکه هر یک از طرفین با استفاده از امکاناتی که شبکه اینترنت در اختیارشان می‌گذارد به دور از محدودیت‌های مکانی و زمانی به خدمات و اطلاعات دولتی که مورد نیازشان است دسترسی پیدا کنند. در نتیجه این فرایند، رانت خواری، مفاسد اداری و هزینه‌های دولت کمتر، دقت و شفافیت امور بیشتر خواهد شد.

۴-۳. افزایش هزینه‌های ارتکاب جرم برای مجرمین

این بحث از نظر جرم‌شناسی تاثیر غیرقابل انکاری در پیشگیری از وقوع جرم دارد. بدین توضیح که با عنایت به این که مجرم انسانی متفکر و محاسبه‌گر است و بنا بر اصل حسابگری جزایی بنام، قبل از ارتکاب جرم تمامی زمینه‌های مثبت و منفی و منافع و خطرات ارتکاب جرم را می‌سنجد.^۱ در رانت غالباً انگیزه‌های مالی محرک و مشوق اصلی مرتکب می‌باشد، از این رو می‌توان از طریق وضع مجازات‌های سنگین مالی و غیرمالی نظیر، مصادره و ضبط اموال، جزای نقدی بیش از عواید احتمالی ارتکاب جرم و حبس‌های طولانی مدت که توان فعالیت مجرمانه را از شخص می‌گیرد، به برخورد با این گونه جرایم برخاست تا افرادی که تمایلات بالقوه سوء استفاده از موقعیت خود را دارند با سنجیدن خطرات و منافع جرم و رسیدن به این نتیجه که خطرات ارتکاب جرم چه از نظر امکان بالای دستگیری و یا مجازات‌های سنگین، بیش از احتمال ارتکاب موفقیت‌آمیز و دست‌یابی به عواید حاصل از جرم است، از ارتکاب آن منصرف گردد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

رانت یکی از مصادیق فساد است که در کمترین آسیب خود موجب حذف شایستگیان، گسترش بی‌عدالتی، سرخوردگی عده‌ای و کسب جاه و جلال به ناحق برای عده‌ای دیگر می‌شود. مقابله با رانت و فساد با چالش‌های سنگین حقوقی و غیر حقوقی مختلفی مواجه است و اقدامات قانونی صرفاً حکم‌ابزار را در مبارزه علیه رانت دارد.

به منظور مقابله با پدیده رانت معدود قوانینی در کشور وجود دارد که غالباً رویکردی بازدارنده دارد، ضمن اینکه دارای برخی نواقص از حیث قلمرو شمول افراد می‌باشند. در مقررات کنونی نهایت مواجهه قانونی که رانت امکان‌پذیر است این است که به استناد بندهای ۲۵ و ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری چنین اقدامی را سوء استفاده از موقعیت شغلی بدانیم و در برخورد با آن به مجازات‌های اداری بسنده کنیم. چنین برخورد ناچیزی با پدیده مخرب رانت فاقد اثر بازدارندگی است. هر چند در موارد خاصی مصادیقی از رانت از جمله پورسانت و رانت اطلاعاتی در بازار بورس جرم‌انگاری شده‌اند.

مقنن در خصوص کارمندان دولتی در یک مورد دریافت مزایا به صرف نقشی که در معاملات دارند چشم‌پوشی از نتیجه‌ای که این نقش برای دولت در بر دارد را جرم‌انگاری نموده است. توجیه اصلی جرم‌انگاری در چنین موردی را می‌توان عدول مأمور از حدود وظایف تعیین شده و نیز تحصیل مال بدون هیچ‌محمل شرعی (حرام خواری) دانست. به نظر می‌رسد بهتر است مقنن با وضع قاعده‌ای عام و فراگیر هر نوع تحصیل مزایایی را با سوء استفاده از موقعیت شغلی و بر خلاف حقوق دیگران می‌باشد را جرم‌انگاری کند. گفتمنی است، بهترین شیوه مقابله با جرم رانت خواری، پیشگیری از وقوع آنها از طریق آسیب‌شناسی دقیق و مبتنی بر مطالعات کارشناسی به منظور از بین بردن زمینه‌های وقوع فساد است. واضح است که

^۱ . پرادل، ژان؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ص ۶۱

برای تحقق این هدف، همکاری کلیه دستگاه‌های دولتی ضروری است و قوه قضاییه و پلیس به تنهایی نمی‌تواند در این راه موفق باشد، چرا که وقوع فساد متأثر از عوامل مختلف و متعددی است که با بسیاری از مراجع دولتی ارتباط پیدا می‌کند. شیوه‌هایی همچون تصویب قوانین شفاف و فاقد ابهام و اجمال در زمینه جرایم اقتصادی، خصوصی سازی و کاهش تصدی‌گری دولت، تقلیل و هدفمند سازی یارانه‌ها، ارتقای شفافیت در سازوکار معاملات دولتی، ارتقای سطح رفاه و معیشت کارکنان دولت، تقویت رسانه‌های مستقل و بی‌طرف و مصونیت آنها از تعرض صاحبان قدرت، سیستماتیک کردن اعمال اداری و کاهش نقش افراد در تصمیم‌گیری و ارائه خدمات و... از جمله روش‌های نسبتاً موفق است که بایستی کشور ما در جهت بهره‌مندی از این شیوه‌ها گام بردارد.

منابع

الف- منابع فارسی

۱. ابریشمی، حمید و محمد هادیان؛ رانت جویی و رشد اقتصادی، مجله تحقیقات اقتصادی، ش ۶۷، ۱۳۸۳.
۲. ازغندی، علی رضا؛ ناکارآمدی نخبگان سیاسی ایران بین دو انقلاب، تهران، نشر قومس، ۱۳۷۶.
۳. آقای، محمدعلی؛ شرح مختصر اصطلاحات فقهی به ضمیمه چهل و سه قاعده از قواعد فقه و حقوق، لیتوگرافی اهل بیت(ع)، ۱۳۸۰.
۴. پرادل، ژان؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰.
۵. جمالی نژاد، مهدی؛ شهرداری‌های رانتیز و کلاف سردرگم، سیاسی اقتصادی. ش ۵۰-۲۶۰.
۶. خضری، رنایی؛ محمدمحسن، رانت جویی و هزینه‌های اجتماعی آن، مجله نامه مفید، ش ۴۵، آذر و دی ۱۳۸۳.
۷. خمینی، روح‌الله، البیع، ج ۱.
۸. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، ۱۳۴۱.
۸. یوسفی نژاد، رانت و فساد مالی در اقتصاد ایران، مجله دانشکده علوم انسانی، ش ۶۴، ۱۳۱۵.

ب- منابع عربی

۱. ابن منظور، معجم مقاییس اللغة، ج ۳.
۲. الاصفهانی، راغب، مفردات، دمشق، دارالقلم، سال ۱۴۱۶ه.ق.
۳. انوار الفقاهه، نثار الکواکب علی خیار امکاسب، ج ۱.
۴. البنانی الشرتونی، سعید خوری؛ اقره الموارد فی فصیح العربیه، مطبعه اسوه، ۱۳۷۴.
۵. الصافی، الشیخ لطف‌الله، التعزیر.
۶. تفسیر المنار، ج ۲، دارال معروض، سمت.
۷. طباطبائی، محمدحسن، المیزان، بیروت، موسسه اعلی للمطبوعات، ۱۹۹۱.
۸. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲.
۹. علامه طباطبائی، محمدحسین، المیزان، موسسه الاعلمی، بیروت، ج ۴.
۱۰. فخررازی، التفسیر الکبیر، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱.
۱۱. محسنی، محمدآصف، حدود الشریعه، ج ۱.
۱۲. مصباح الفقاهه، تقریر بحث‌های آیت‌الله خویی، مقرر محمدعلی توحیدی، ج ۲.
۱۳. شیخ انصاری، مکاسب، چ تبریز.
۱۴. مجمع البیان، ج ۱.
۱۵. مقداد بن عبدالله یسوری، کنزالعرفان، ج ۲.
۱۶. میبذیع تفسیر کشف الاسرار، ج ۶.
۱۷. وجدانی صقم، حدود اشریعه، محمدآصف محسنی، ج ۱.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۳

صص ۶۳۱ - ۶۴۵

بررسی تطبیقی امکان فرار در دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران، فرانسه و مصر

مهدی چگنی^{۱*}، جلال الدین قیاسی^۲، میثم خزایی^۳

^۱استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی، دکتری حقوق جزا و جرم شناسی.

^۲دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، دکتری حقوق جزا و جرم شناسی.

^۳استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی، دکتری فقه و مبانی حقوق.

چکیده

دفاع مشروع یکی از نهادهایی است که مانع وقوع یا استمرار تجاوز بزهکار به جان، مال و ناموس دیگری می شود. کارکرد و بازدارندگی دفاع مشروع با کارکرد مجازات هایی که قانونگذار برای مجرمین در نظر گرفته است متفاوت است. دفاع مشروع در واقع مکمل خلاء وجود مامورین و ضابطین قانونی به منظور پیشگیری از وقوع جرم یا ممانعت از استمرار تجاوز است. یکی از شرایط مشروعیت دفاع، ضرورت انجام دفاع است. به همین دلیل است که ادعای دفاع مشروع در جایی پذیرفته می شود که مدافع امکان توسل به قوای دولتی جهت دفع تهاجم را نداشته باشد. مسأله‌ی مبهم و دشواری که کمتر مورد توجه قرار گرفته و موجب صدور آراء متناقضی از سوی دادگاه ها شده است، امکان فرار در دفاع مشروع است. در این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته، سعی شده است با بررسی نظرات فقها، حقوقدانان و آراء وحدت رویه قضائی در ایران، مصر و فرانسه به مطالعه هرچه دقیقتر این مسأله بپردازیم.

واژگان کلیدی: دفاع مشروع، فرار، ضرورت، تناسب.

* نویسنده مسئول chegeni_isu@yahoo.com

مقدمه

دفاع یک امر ذاتی و فطری است که در وجود تمامی موجودات قرار دارد، نه تنها انسان بلکه گیاهان و جانوران هم براساس غریزه خود از نهاد دفاع، بهره‌مند هستند، بعضی دفاع را از امور ارتكازی نزد عقلا و امری فطری که در ذات هر موجود زنده‌ای گذاشته شده است می‌دانند.^۱ قوانین و مقررات مربوط به دفاع مشروع در واقع تائید این امر فطری و امضاء یا اعلام این حق است نه تأسیس و انشاء آن، برخی از فقها چون دفع ضرر را عقلاً لازم دانسته‌اند، دفاع را هم واجب شمرده‌اند.^۲ تصور دفاع بدون حدوث تجاوز و اعتداء به خاطر ارتباط تنگاتنگ این دو با هم، ممکن نیست. یکی از شرایط مشروعیت دفاع، ضرورت و لزوم آن برای دفع تجاوز است. هنگامی که فردی مورد تعدی دیگری قرار می‌گیرد اصل بر این است که برای دفع آن به مقامات صالح قضائی و یا ضابطین قضائی مراجعه نماید زیرا حمایت و حفاظت از جان، مال و ناموس شهروندان از مهمترین وظائف این مقامات می‌باشد.

اگر هر کس شخصاً برای مقابله با تجاوزات اقدام نماید جامعه دچار هرج و مرج و بی‌نظمی می‌شود البته در شرایطی که رجوع به مقامات صالح و استمداد از آنها متعذر باشد می‌تواند اقدام به دفاع از جان و مال و ناموس خود یا دیگری نماید در این حالت فرد در واقع بین دو گزینه حق انتخاب دارد یکی این که خطر را شخصاً دفع نماید و دیگر این که منتظر وقوع تجاوز باشد. به طبع از یک انسان متعارف انتظار نمی‌رود که دفاع را رها نموده و دست روی دست گذاشته تا مهاجم به هدف خود رسیده و او متحمل ضرر و زیان جانی، مالی یا آبرویی گردد. آن چه که سوال و مورد بحث است این است که آیا امکان فرار برای فرد در معرض تجاوز موجب اسقاط حق دفاع مشروع می‌شود یا خیر؟ بعبارت دیگر امکان فرار ضرورت دفاع را مختل می‌کند یا نه؟ برای پاسخ به این سوال ناگزیر از ارائه تعریفی از دفاع مشروع، نگاهی اجمالی به سیر تطور و تکامل دفاع مشروع در قوانین برخی کشورها و بررسی ماهیت آن به عنوان یک حق یا تکلیف هستیم سپس به این نکته می‌پردازیم که آیا فرار هم می‌تواند دفاع یا یک نوع وسیله دفاع محسوب شود یا خیر؟ و در پایان هم سعی شده است، با بررسی نظرات مختلف از فقها و حقوقدانان همچنین رویه قضائی نظر صائبی را ارائه نماییم.

۱- تعریف

الف) معنی لغوی دفاع:

دفاع از ریشه دفع به معنی: برطرف کردن و از بین بردن با نیرو و قوت است.^۳ در خصوص کلمه دفاع دو احتمال داده‌اند یکی اینکه مصدر باب (فعل) مانند کتاب و دیگری مصدر (فاعل) باشد.^۴ اگر دفع با الی متعدی شود، پرداختن معنی می‌دهد مانند آیه شریفه: «فادفعوا الیهم اموالهم»^۵ و اگر دفع با عن متعدی شود حمایت کردن معنی می‌دهد مانند آیه شریفه: «ان الله یدافع عن الذین آمنوا»^۶

ب) معنی اصطلاحی دفاع:

در اصطلاح فقها: دفاع به معنی خاصی که در شرع مقدس آمده، احکام خاص خود را دارد و دارای دو قسم است دفاع از بلاد و اجتماع مسلمین و دفاع از نفس.^۷

^۱ سبزواری، سید عبدالعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دفتر، آیه الله سبزواری، چاپ اول ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص

۱۰۱ و طباطبائی، علامه، تفسیر المیزان ج ۲، ص ۲۹۵ ذیل آیه ۲۵۱

^۲ فاضل اصفهانی (هندی)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، چاپ

اول ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۴۳۴

^۳ ابن منظور، لسان العرب، بیروت، دار صادر ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۴۴۲

^۴ الرازی، محمد بن ابی بکر بن عبد القادر، مختار الصحاح، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۶، ص ۱۷۵

^۵ نساء، آیه ۶

^۶ حج، آیه ۳۸

^۷ مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، قم، الهادی ۱۳۸۶، ص ۲۴۵

مشروع هم به معنی آن چه که موافق شرع و موازین آن باشد آمده است البته در این جا می توان گفت که منظور از شرع، قانون است و دفاع مشروع، دفاعی است که مطابق قانون باشد. در لسان فقها خطر و عدوان به «صیال»، مهاجم یا معتدی به «صائل»، معتدی علیه به «مصول علیه» و دفاع مشروع به «دفع صائل» تعبیر شده است.

در کتب فقهی تعریف مشخصی از دفاع مشروع ارائه نشده است. حقوقدانان متعددی به تعریف دفاع مشروع پرداخته اند که برای نمونه به چند مورد از آنها اشاره می کنیم. دفاع مشروع، تکلیف انسان در حمایت از جان خود یا دیگری، همچنین حق او در حراست از مال خود یا دیگری در برابر هر تجاوز غیرقانونی، با توسل به زور یا نیروی لازم برای دفع این خطر است.^۱ برخی دیگر از حقوقدانان دفاع مشروع را این گونه تعریف کرده اند: «استعمال نیروی لازم برای مقابله با خطر فعلی غیرقانونی که حقوق مورد حمایت قانون را تهدید می کند».^۲ و عده ای دیگر دفاع مشروع را «حقی که به موجب قانون برای شخص در معرض خطر تهاجم، جهت دفع آن ایجاد شده است».^۳ می دانند.

همانگونه که ملاحظه می شود تعریف واحدی از دفاع مشروع ارائه نشده است ولی می توان با توجه به کلام فقها و حقوقدانان دفاع مشروع را این گونه تعریف نمود:

«اقدام انسان در حمایت از جان، مال و عرض خود یا دیگری برای دفع هر گونه تجاوز و اعتداء»

۲- سیر تحول دفاع مشروع تاکنون:

الف: دفاع مشروع در قوانین نوشته

در قوانین کیفری فرانسه موادی که به موضوع دفاع مشروع پرداخته اند، اشاره ای به بحث فرار نکرده اند، در فرانسه ابتدا حقوقدانان تنها دفاع از جان را جایز می دانستند. استدلال ایشان در عدم جواز دفاع از مال این بود که از آن جا که خسارات و ضرر و زیان مالی به طور مستقیم و یا با مراجعه قضائی و دولتی قابل جبران می باشد، در صورت تلف شدن عین کالای مسروقه یا مغضوب امکان رجوع به مثل یا قیمت آن وجود دارد بنابراین دفاع از مال جایز نمی دانستند.

ماده ۳۲۸ قانون جزای فرانسه (۱۸۱۰ م) هم دفاع مشروع را منحصر در دفاع از نفس می دانست.^۴ عده ای دیگر از حقوقدانان که دفاع از مال را جایز می دانستند در مقابل مخالفان دفاع از مال این گونه استدلال کرده اند که در بسیاری از موارد متجاوزین به اموال دیگران، دستگیر نمی شوند و مجهول می مانند، در اغلب موارد دستگیر شده هم، سارقین توانایی جبران خسارت مال باخته را ندارند. به همین دلیل عدم جواز دفاع از اموال به امید جبران خسارت بعدی چندان معقول نیست.^۵ برخی دیگر از حقوقدانان هم علت عدم جواز دفاع از مال را این گونه بیان کرده اند که اجازه دفاع از مال در واقع دادن جواز قتل سارق به مالک است و این صحیح نیست زیرا مجازات سرقت اعدام نیست که مالک در حین دفاع وی را به قتل برساند.^۶

به نظر می رسد این استدلال از اساس اشتباه است زیرا بین «جواز دفاع» و «باحه فعل دفاع» تمییز قائل نشده است به عبارت دیگر بین جواز دفاع از مال و بین اندازه مباح و مجاز از خشونت که در هنگام دفاع به

^۱ عبدالقادر عوده، التشریح الجنائی، بیروت، مکتبه دار العروبه ۱۹۸۵، ج ۱، ص ۴۷۳

^۲ الدكتور محمود نجیب حسنی، شرح قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربیة ۱۹۸۶، ص ۲۹۶

^۳ الدكتور محمد الفاضل، المبادئ العامة فی قانون العقوبات، دمشق، مکتبه الداودی، ۱۹۷۶ ص ۱۶۹

^۴ Ortolan, *Éléments de droit criminel*, 5ème, édition, 1886, T.I. No 441

^۵ [Garraud, René, *traité théorique et pratique de droit pénal Français*, T.2.3ème édition. 1914, Paris. P.72 No, 445], [Merle, et Vitu, *traité de droit criminel*, Paris, 1967, p.316, No,330]

^۶ Vidal et Magnol, *cours de droit criminel et de science pénitentiaire*; 9ème, édition, Paris, 1947, p.361, No 202.

کار گرفته می‌شود خلط شده است که این امر ناشی از عدم تفکیک بین «فلسفه دفاع مشروع» و «سیاست کیفری» است.

زیرا مقدار خشونت مجاز در هنگام دفاع مشروع را با میزان مجازات قانونی آن جرم مقایسه کرده‌اند که کار صحیحی نبوده و قیاسی نادرست است.

به عنوان مثال: اجازه قتل زانی و یا زانی و زوجه در فراش به زوج که در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی همچنین در قوانین کشورهای مختلف مانند ماده ۳۳۶ قانون جزای فرانسه مصوب ۱۸۱۰ در خود کشورهایی مانند فرانسه توجیه ندارد زیرا در آن کشورها مجازات زنا قتل نیست حتی در کشور ما مجازات زنا با شرایطی قتل است و ممکن است یکی یا هر دو از آنان محصن نباشد همچنین اگر زانی مذکور با عنف نباشد، مجازات او قتل نخواهد بود. ولی این مطالب مربوط به مراحل رسیدگی در محاکم است و فلسفه و مبانی اجازه قتل زانی و زوجه در فراش با مجازات قانونی آن قابل قیاس نیست.

بنابراین تا قبل از ۱۹۳۴ در فرانسه دفاع از مال جایز نبود لذا به تبع فردی که مالش در خطر بود تنها می‌توانست یا مال را با فرار کردن از دست متجاوز حفظ کند یا این که تسلیم شود.

بالاخره در سال ۱۹۳۴ ماده ۱۱۳/۳ قانون مجازات فرانسه به این مناقشات خاتمه داد و دفاع از مال را به شرط تناسب آن با تجاوز جایز دانست.

در ایتالیا هم طبق قانون مجازات ۱۸۸۹ آن کشور تنها دفاع از نفس جایز بود، با تصویب قانون جزای جدید در سال ۱۹۳۰ قانونگذار در ماده ۵۲ این قانون دفاع از کلیه اموال قانونی و تمامی حقوق مدافع را به شرط رعایت تناسب بین دفاع و تجاوز را جایز دانسته است.^۱

ماده ۲۲۶ قانون جزای مصر مصوب ۱۸۸۳ که در واقع از قانون جزای ۱۸۱۰ فرانسه الهام گرفته است دفاع از اموال را تنها در صورتی جایز می‌دانست که تجاوز به مال همراه با هتک حرمت محل سکونت یا مکان‌های محصور دیگر باشد. البته این شرط پس از اصلاح قانون جزای مصر در سال ۱۹۰۴ حذف گردید و در مواد مربوط به دفاع مشروع که از ماده ۲۰۹ تا ۲۱۵ این قانون در بحث دفاع از مال شرط همراه بودن تجاوز به مال با تجاوز به محل سکونت حذف شد.

ب: دفاع مشروع در قوانین کیفری ایران

طبق مواد ۴۳ و ۱۸۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ دفاع از جان و مال و ناموس جایز دانسته شده بود علاوه بر این قانونگذار شرایطی را برای جواز قتل مهاجم در دفاع از مال مطرح نموده بود مانند این که سرقت در شب واقع و سارقین به منزل مسکونی یا ملحقات محصوره آن وارد شده باشند.

مواد مربوط به دفاع مشروع در قوانین کیفری پس از انقلاب اسلامی تغییر چندانی نکرد، تنها نسبت به قانون مجازات عمومی اصلاحات اندکی داشت. در قانون مجازات اسلامی مواد متعددی از جمله ماده ۶۱، ۶۲، ۶۲۵، الی ماده ۶۳۰ به بحث دفاع مشروع پرداخته و ضمن بیان جواز دفاع از جان، مال، ناموس و آزادی خود یا دیگری شرایط آن را نیز بیان کرده است در تمامی این قوانین هیچ گونه اشاره‌ای به بحث امکان فرار در دفاع مشروع نشده است و در واقع تفسیر آن را باید در دکترین و رویه قضائی مشاهده نمود.

برای رسیدن به پاسخ چگونگی ارتباط امکان فرار و دفاع مشروع ناگزیر از بررسی طبیعت دفاع مشروع به عنوان یک حق یا تکلیف همچنین بررسی این که آیا فرار، به عنوان یک نوع دفاع مشروع یا یک نوع وسیله دفاع محسوب می‌شود یا خیر؟ خواهیم بود.

۳- طبیعت و ماهیت دفاع مشروع

الف : حق:

دفاع امری است مطابق فطرت نه تنها انسان، بلکه تمامی جانداران، به همین خاطر است که هر جاننداری در مواقع خطر از جان و حریمش به دفاع می‌پردازد حتی از یک باکتری گرفته که بعنوان یک موجود تک

^۱ . Casa Blanca, p, code pénal royaume de Italie, Paris. P. 36,1968

سلولی، در مواقع خطر دیواری محکم به نام هاگ دور غشای خود ایجاد می‌کند که تا ۲۰۰ درجه حرارت هم او را از مرگ حفظ می‌نماید، تا گیاهان و جانوران و انسان که صاحب خرد و منطق هم می‌باشد. به همین خاطر قواعد طبیعت، مقاومت در برابر خطر را به عنوان یک حق جایز دانسته است.^۱ قانون مجازات فرانسه قبل از انقلاب فرانسه با تأثیر از تعالیم مسیحیت دفاع را یک حق می‌دانست که آن حق هم تنها در صورت ضرورت قابل اعمال بود و حتی پس از انجام دفاع، مدافع برای معافیت از مجازات باید از پادشاه تقاضای عفو می‌نمود تا مشمول لطف و رأفت پادشاه قرار گرفته و از مجازات معاف شود البته اگر مدافع از جان خویش دفاع کرده بود خواسته او توسط پادشاه به هیچ وجه رد نمی‌شد. در سایر موارد اگر پادشاه مدافع را عفو نمی‌کرد. جرم مدافع غیر عمد محسوب می‌شد زیرا بالاخره او از یک حق طبیعی خود استفاده کرده بود و همین موجب تبدیل جرم عمدی وی به غیر عمد می‌شد.^۲ بعد از انقلاب فرانسه در قانون مجازات ۱۸۱۰ ماده ۳۲۸ دفاع مشروع را یک حق محسوب کرده است.^۳ در قانون مجازات مصر ۱۹۶۱، در ماده ۳۱، دفاع مشروع به صراحت یک حق ذکر شده است. آن چه که بر «حق» محسوب کردن دفاع مشروع مترتب می‌شود التزامی است که بر عهده طرف مقابل یعنی مهاجم گذارده می‌شود که عبارت است از التزام مهاجم به تحمل دفاع مشروع و موضوع التزام مسئولیت مهاجم در صورت عدم اعمال حق دفاع از جانب مدافع است.^۴

ب : تکلیف:

برخی حقوقدانان، دفاع مشروع را یک تکلیف دانسته‌اند نه یک حق^۵ و برخی دیگر دفاع مشروع را به عنوان مجرد یک حق شخصی نپذیرفته بلکه آن را یک تکلیف اجتماعی محسوب کرده‌اند.^۶ آنچه که واضح است تلاش بیش از پیش و صرف هزینه‌های زیادی توسط حکومت‌ها و مراجع بین‌المللی برای پیشگیری از جرائم است چه با ممانعت از بروز رفتار مجرمانه از افراد مستعد و یا با اصلاح مجرمان به منظور پیشگیری از تکرار جرم و این در حالی است که اکثر مجرمین دست به ارتکاب جرم نمی‌زنند مگر در مواردی که از نظر قانون، مجریان یا ضابطین آن، احساس امنیت کنند. در مواقعی که حمایت نیروهای قانونی از اشخاص و حقوق آنها و یا رجوع به قانون و ضابطین آن برای فرد در معرض خطر یا قربانی متعذر می‌شود، این دفاع مشروع است که مانع تجاوز به حقوق دیگران می‌شود. البته ممانعتی که دفاع مشروع برای نقض حقوق شهروندان ایجاد می‌کند با ممانعتی که مجازات و یا جبران خسارت بزه دیده بعد از نقض قانون، لزوم پیدا می‌کند متفاوت است. در واقع دفاع مشروع فرصتی را که اشرار و مجرمین برای ارتکاب جرائم غنیمت می‌شمارند از بین می‌برد و از امنیت فردی و اجتماعی و نظم عمومی قبل از نقض آن حمایت می‌کند. «ترس و ربعی که دفاع مشروع برای اشرار ایجاد می‌کند بسیار بیشتر و شدیدتر از ترسی است که احتمال مجازات و زندان برای آنان ایجاد می‌کند.»^۷ ویژگی دیگر دفاع مشروع که موجب می‌شود یک تکلیف اجتماعی به شمار آید این است که هنگامی که بزهکار یقین پیدا می‌کند افراد برای دفاع از جان و مال خویش و دیگری از هیچ تلاشی فرو گذاری نمی‌کند تا با تجاوز او مقابله نماید کمتر مرتکب جرم می‌شود. بزهکار بین تلاش فرد در معرض خطر و تلاش مأمور قانون تفاوت قائل است از این جهت که مأمور قانون برای انجام وظیفه‌اش عمل می‌کند در حالی که مدافع چون از جان مال یا عرض خود دفاع می‌کند انگیزه و عزم بیشتری نسبت به مأمور از خود نشان می‌دهد.

^۱ . Garraud· ibid, v,2, p.10.

^۲ . Bouzat, droit Pénal Général, 1963, Paris , p. 269

^۳ . Stéfani, et levasseur, Droit Pénal Général, 2ème, édition 1966, p. 135

^۴ . Delogu, les cause de justification, Paris, 1956, p. 164, No, 95

^۵ . Vidal et magnol, cours de droit criminel et science pénitentiaire, 9ème, édition Paris 1947. p. 361. No, 202

^۶ الدکتور علی راشد، القانون الجنائی، طبعه ۱۹۷۴، قاهره، دارالنهضة العربیة، طبعه ۱۹۷۴ ص ۵۲۰

^۷ . Garçon, code pénale annoté, 2ème édition, Paris 1956, T, 2ème, art 328, No 13

به همین خاطر است که وقتی فردی دفاع مشروع انجام می‌دهد از نظر جامعه مرتکب کاری تحسین برانگیز محسوب می‌شود و مورد حمایت قانون هم می‌باشد زیرا این فرد حافظ و پاسدار امنیت جامعه و نظم عمومی هم محسوب شده و با خدمتی که به جامعه می‌کند، دیگر متجاوزین را در تکرار تجاوز دچار تزلزل می‌نماید.

ج : رخصت:

برخی دیگر از حقوقدانان دفاع مشروع را صرف «ترخیص» از ناحیه قانون برای مدافع در دفع تجاوز و خطر می‌دانند.^۱ و دلیل آنها این است که حق در مقابل شخص معینی قرار دارد در حالی که در دفاع مشروع این گونه نیست که انسان حق داشته باشد قبل از ایجاد خطر و بروز تجاوز در مقابل شخصی که ممکن است در آینده به او هجوم آورد، حق دفاع داشته باشد تا تجاوز او را دفع نماید.^۲ به نظر می‌رسد این سخن چندان صحیح نباشد زیرا بسیاری از حقوق وجود دارند که طرف مقابل آن معین نمی‌باشد ولی به محض قرار گرفتن فرد در آن شرایط این حقوق نسبت به او ایجاد می‌شود و تمامی حقوق این گونه نیست که از ابتدا بین دو طرف وجود داشته باشد. در دفاع مشروع هم به محض این که مهاجم اقدام به تجاوز نماید و یا این که در آستانه ارتکاب تجاوز باشد این حق علیه او ایجاد می‌شود. از طرف دیگر «ترخیص» شمردن دفاع مشروع می‌تواند نوعی مصادره به مطلوب کردن آن باشد زیرا قدر متیقن این است که دفاع مشروع در اکثر جوامع و قوانین جایز بوده و بسیاری از قوانین آن را به عنوان یک حق ذکر کرده‌اند خصوصاً این که نقش قانون تنها بیان و اعلام حمایت از این حق است نه تأسیس و انشاء آن.

۴ - دفاع مشروع از نظر اسلام :

دفاع مشروع از منظر شریعت مقدس اسلام، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، طبیعت متغیری دارد. گاهی دفاع تکلیف، گاهی حق و گاهی ترک آن لازم است که توضیح آن در ادامه خواهد آمد.

الف : دفاع از نفس

در مقابل جرائم و خطراتی که جان انسان را تهدید می‌کنند اکثر فقها مطلقاً حکم به رجوع دفاع داده- اند.^۳

برخی دیگر مطلقاً حکم به جواز دفاع داده‌اند.^۴

برخی از فقهای مالکی و شافعی در مواردی که مهاجم مسلمان باشد، دفاع از نفس را جایز دانسته‌اند نه واجب و به قضیه هابیل و قابیل و ترک دفاع توسط هابیل و استسلام در مقابل مهاجم استناد کرده‌اند.^۵ البته با توجه به سایر آیات قرآن کریم مانند آیه ۱۹۵ سوره مبارکه بقره و آیات شریفه ۲۹ و ۳۰ سوره نساء که دلالت بر وجوب حفظ جان دارد می‌توان استدلال بالا را رد نمود. زیرا ترک دفاع از نفس از واضح‌ترین مصادیق القاء نفس در تهلهکه می‌باشد.

ب : دفاع از عرض

^۱ دکتر محمود مصطفی، شرح قانون العقوبات، قسم العام، ص ۲۱۸، قاهره، انتشارات المركز القومي للإصدارات القانونية ۱۹۷۴

^۲ دکتر رمسیس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص ۳۷۸، قاهره، دارالاتحاد العربي، ۱۹۶۸

^۳ شهید الثانی، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۳ق چاپ ۱۲۷۳، ج ۱۵، ص ۵۱. الشربینی، شمس الدین محمد بن احمد، مغنی المحتاج، قاهره، داراحیاء التراث العربی ۱۹۵۵، ج ۴، ص ۹۵ او احمد بن یحیی، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، قاهره، مکتبه الخانجی ۱۹۴۹، ج ۵، ص ۲۶۸ و ابن حزم الظاهری، المحلی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ناشر: دار الافاق الجدیدة، ۱۳۵۲، ج ۱۱، ص ۹۹

^۴ شیرازی ابو اسحاق، المذهب، بیروت، دارالفکر ۱۴۳۱ ج ۲، ص ۲۲۵ و شافعی محمد بن ادریس، الام، بیروت، مجمع ذخایر اسلامی ۱۹۳۹ ج ۶، ص ۱۷۷

^۵ دسوقی، مصطفی محمد، حاشیة الدسوقی علی المغنی، الجزء الرابع، قم، زاهدی ۱۳۷۶ ص ۳۵۷ / القاضی برهان الدین ابراهیم بن محمد بن فرحون، تبصره الاحکام فی اصول الاقضية و مناهج الاحکام، جز الثانی، قاهره، مکتبه مصطفی البابی الحلبي ۱۳۳۶، ص ۳۵۶ / ابن عمیره، شرح المحلی علی منهای الطالبین، قاهره، إحياء الكتب العربية، ۱۹۷۴ جزء رابع ص ۲۵۶

بعضی از فقهای اهل سنت در خصوص تجاوز به عرض در مورد زن و بچه مطلقاً حکم به وجوب دفاع داده و علت آن را حرمت تمکین برای متجاوز دانسته‌اند و از طرف دیگر اکراه را به عنوان مجوز تمکین رد کرده‌اند.^۱

با توجه به حدیث رفع «رفع عن امتی تسع.. ما استکرهوا علیه...» همچنین قضیه سوده همدانیه و اکراه زنی به زنا برای حفظ جاننش و همچنین عدم تکلیف طفل، نمی‌توان این حکم را پذیرفت زیرا اکراه موجب سقوط تکلیف است و بچه هم به علت عدم بلوغ اصلاً نمی‌توان او را مکلف به دفاع نمود. در مورد دفاع از عرض غیر، دو قول وجود دارد یکی وجوب است به شرط داشتن قدرت و تمکن بر دفاع و عدم وجود ضرر و دیگری دفاع از عرض غیر را جایز می‌داند.^۲

ج: دفاع از مال

در خصوص دفاع از مال نظرات مختلفی وجود دارد به عقیده عده‌ای اگر آن مال موجود زنده‌ای باشد مانند دام و یا این که صاحب مال به آن نیاز شدید داشته باشد به گونه‌ای که از دست دادن آن مال موجب هلاکت انسان و یا مشقت شدید او شود. دفاع از آن مال واجب است و عده‌ای دیگر هم دفاع از مال را مطلقاً و بدون هیچ شرطی واجب می‌دانند.^۳

برخی دیگر دفاع از مال در شرایطی حرام دانسته‌اند هرگاه مهاجم با آن مال مضطر باشد و یا این که برای بردن آن مال به قتل یا قطع عضو اکراه شده باشد. دفاع در برابر او حرام است.^۴ با توجه به این که طبیعت دفاع می‌تواند با تغییر شرایط تغییر کند بنابراین احکام فرار هم دگرگون می‌شود که پس از ذکر نظرات مختلف در این رابطه آنها را بررسی می‌نماییم.

بحث فرار به تبعیت از دفاع در ابواب مختلف کتب فقها ذکر شده است. اکثر فقها به فرار در دفاع از کشور اسلامی و مسلمین اشاره کرده‌اند و با توجه به آیه شریفه ۱۶ سوره انفال این گونه حکم داده‌اند که چنانچه تعداد دشمن تا دو برابر تعداد مسلمین باشد فرار حرام است مگر برای فراهم کردن وسائل دفاعی و یا پیوستن به گروه دیگر برای کمک خواستن از آنها و یا یاری آنها فرار نماید. همچنین به جواز فرار از مکان آلوده به وبا و طاعون به جز برای کسانی که واجب‌اند حضور داشته باشند مانند مجاهدین و مرزبانان اشاره نموده‌اند.^۵

برخی از فقها فرار یا تسلیم شدن را حتی در صورتی که مدافع احتمال قوی دهد که اسیر دشمن خواهد شد نفی کرده‌اند و دفاع نمودن تا حدی که منجر به کشته شدن مدافع شود را بر تسلیم شدن ترجیح داده‌اند.^۶

از طرف دیگر روایاتی داریم که فرار را موجب ذلت و خواری انسان دانسته‌اند.^۷ و روایات دیگری که فرار به جا و به موقع را پیروزی دانسته‌اند.^۸ به نظر می‌رسد فراری که مذموم و ناپسند شمرده شده، در جایی است که مدافع می‌بایست به دفاع بپردازد ولی فرار نموده و فراری که به پیروزی تشبیه شده است مربوط به

^۱ ابن قدامه، المغنی، القاهرة، مطبعه المنار، ۱۳۴۸ج، ۹، ص ۱۶۵

^۲ شیرازی، مهذب، ج ۲، ص ۲۲۴ و شهید الثانی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، قم، انتشارات قدس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۹۴

^۳ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، چاپ اول ۱۴۱۶

ج ۱۰، ص: ۶۴۹، الشرفاوی عبدالله بن حجازی، حاشیه علی التحفه للانصاری، بیروت، دارالمعرفه، ۱۹۴۱ ج ۲، ص ۴۴۰،

^۴ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، طبعه سابعه ۱۴۱۳ق ج ۴۱، ص: ۵۸۷

^۵ حر عاملی، وسائل الشیعه، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۱ج، ۲، ص ۴۳۱

^۶ علامه حلی جمال الدین حسن بن یوسف، تذکره الفقها، قم، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)، ج ۹، ص ۵۹

^۷ الفرار احد الذلین، قاضی ناصح الدین ابوالفتح تمیمی آمدی، غررالحکم و دررالکلم، قم، مرکز بین المللی ترجمه و نشر

المصطفی ۱۳۸۷ ص ۲۶۱

^۸ الفرار فی أوانه بعدل الظفر فی زمانه، غرر الحکم ص ۳۳۴] و یا [الفرار فی وقته ظفر] حضرت رسول، احسانی ابن ابی جمهور، عوالی

اللثالی، قم، انتشارات سید الشهداء، ۱۴۰۵ هـ. ق. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، قم، کتابچی ۱۳۸۶ ج ۲۱، ص ۳۶۶ و ص ۲۹۱

جایی است که دفاع سودی نداشته و فرد به عنوان یک تاکتیک از فرار استفاده می‌کند تا در نهایت مهاجم را متوقف نماید و یا چاره‌ای به جز فرار نداشته است. همه فقها بر این که هرگاه انسان در معرض خطری قرار گیرد که بدون دفاع کردن امکان رهایی از آن وجود نداشته‌باشد، حق دفاع خواهد داشت اتفاق نظر دارند چه دفاع از جان، مال و عرض خود باشد و چه دیگری البته با کمترین چیزی که بتوان خطر را دفع نمود.

عده‌ای از فقها هرگاه فرار ضرری نداشته باشد و یا این که تنها راه نجات فرار باشد چه مهاجم انسان باشد و چه حیوان، حکم به وجوب فرار داده‌اند حتی اگر در چنین شرایطی که مدافع قادر به فرار باشد ولی مقاومت نموده و ضرری به مهاجم وارد کند او را ضامن دانسته‌اند زیرا توسل به زور را تنها در جایی مجاز می‌دانند که دفاع تنها راه رهایی از مهاجم باشد و به همین خاطر ضمان مدافع را نتیجه عدم رعایت شرط ضرورت دفاع اعلام کرده‌اند.^۱

عده‌ای دیگر از فقها در صورت امکان فرار نه تنها فرار را واجب ندانسته بلکه حکم به وجوب دفاع داده‌اند.^۲ البته می‌توان حکم به وجوب دفاع را در این جا حمل بر مشقت فرار و امید به رهایی از دست مهاجم و دفع خطر با دفاع نمود. هرگاه تنها راه نجات فرار باشد در این صورت فرار واجب تعیینی و اگر بتوان خود را بوسیله‌ای غیر از فرار هم نجات دهد فرار را جایز و یا واجب تخییری اعلام نموده‌اند.^۳ حتی بعضی از فقها در صورتی که فرد امکان دفاع نداشته باشد ولی فرار ممکن باشد و فرار نکند، او معصیت کار دانسته‌اند.^۴

برخی از فقهای اهل سنت معتقداند در صورت امکان فرار، مدافع نباید فرار کند بلکه واجب است دفاع نماید.^۵

و برخی دیگر فرار را واجب ندانسته‌اند و دفاع را در این شرایط حرام دانسته‌اند.^۶ و علت آن را این گونه بیان کرده‌اند که شخصی که در معرض خطر قرار گرفته است مأمور به نجات جات خویش به نحو الاسهل فالاسهل است که فرار هم ساده‌ترین و راحت‌ترین راه است و اگر شخص با امکان فرار، مقاومت نموده و متجاوز را به قتل رساند قابل قصاص است.^۷

و برخی دیگر تنها در حالتی که نفس در خطر باشد فرار را واجب دانسته‌اند ولی در خطر بودن عرض و مال را باعث وجوب فرار نمی‌دانند و به شرط این که خطر جانی مدافع را تهدید نکند، دفاع از عرض و مال را واجب دانسته‌اند.^۸

همانطور که ملاحظه شد بسیاری از فقها فرار را به عنوان یک راه دفاعی بیان کرده‌اند از نظر فقهای امامیه هم اگر مدافع از جان و مال و ناموسش بتواند با فرار از تجاوز رهایی یابد واجب است فرار کند زیرا فرار را آسانترین راه برای دفع خطر دانسته‌اند.^۹ و اگر بتوان با فرار و مانند آن از درگیر شدن با متجاوز خلاصی

^۱ علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۹، ص ۴۶

^۲ میرسید علی طباطبائی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸، ج ۲، ۴۹۷. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۴۷۳. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی ابن شاه محمود، مفاتیح الشرائع، قم، مؤسسه دارالعلم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص: ۶۰

^۳ فاضل هندی، همان ص ۶۵۲

^۴ میر سید علی الطباطبائی، ریاض المسائل، همان

^۵ فاضل هندی، همان، ص ۶۵۴

^۶ شافعی، الام، ج ۶، ص ۲۸

^۷ مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۱۹۷

^۸ الرملی شمس الدین محمد بن احمد، نهایة المحتاج، قاهره، شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبي واولاده، ۱۳۲۸، ج ۸، ص ۲۵

^۹ مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۱۹۷

^{۱۰} العلامة الحلی، التذکره الفقها، ج ۹، ص ۴۷

پیدا کرد توسل به فرار را واجب دانسته‌اند و اگر حریم انسان در معرض خطر باشد و با راهی غیر از درگیری و قتال بتواند آنها را حفظ کند حق دفاع ندارد.^۱ برخی دیگر از فقها دفاع از عرض و مال را چنانچه خطر جانی برای مدافع نداشته باشد را واجب می‌دانند حتی با امکان فرار.^۲

ملاحظه کردیم آن دسته در دانشمندانی که فرار را یکی از وسائل دفاع می‌دانند، امکان فرار برای فرد در معرض خطر را مانع توسل به دفاع مشروع می‌دانند زیرا هدف از دفاع مشروع که حفظ جان، مال و عرض می‌باشد با فرار تأمین می‌شود بدون این که ضرری نه به مدافع و نه مهاجم وارد شود. در مسائل فرار در گذشته در فرانسه بین طبقات مختلف مردم حکم آن فرق می‌کرد اگر فردی که در معرض خطر قرار داشت از طبقه عامه و رعیت می‌بود حق دفاع نداشت و ملزم به فرار بود و اگر از طبقه اشراف بود، چون فرار موجب لطمه به شرف و آبروی او می‌شد اجباری به فرار نداشت.^۳

پس از بر چیده شدن اختلاف طبقاتی رسمی و یکسان بودن همه در برابر قانون، از آنجا که تجاوز به حقوق دیگران یک عمل مجرمانه و فرار در مقابل آن هم یک عمل زشت و منافی کرامت و شرافت انسانی بود لذا قوانین و حقوقدانان فرار را یک وسیله دفاعی برای دفع خطر محسوب نکردند و فرد در معرض خطر را هم ملزم به فرار و ترک دفاع نمودند.

برخی دیگر از حقوقدانان علی‌رغم این که دفاع را تنها در صورتی که تنها راه دفع تجاوز باشد جایز می‌دانند ولی با این حال فرار را راهی برای دفع تجاوز محسوب نکرده و امکان فرار را مسقط حق دفاع ندانسته‌اند مگر در حالتی که متجاوز مجنون، صغیر یا مست باشد که در این صورت حق دفاع را ساقط و فرار را لازم دانسته‌اند.^۴

و برخی دیگر فرار را تنها در صورتی لازم دانسته‌اند که لطمه‌ای به حیثیت و شرافت مدافع وارد نکند و فرار از نظر جامعه برای او اهانت آمیز نباشد در این صورت فرد در معرض خطر حق دفاع ندارد، مانند حالتی که فردی مورد حمله پدر یا مادر و یا برادرش قرار گیرد که فرار از آنها برای جلوگیری از مقابله و درگیری با آنها است برعکس مقابله با آنها می‌تواند مورد نکوهش اجتماعی واقع شود.^۵

۵- انواع فرار در دفاع مشروع

با توجه به نظرات مختلف فقها و حقوقدانان در خصوص امکان فرار در دفاع مشروع می‌توانیم فرار را در مواجهه با خطر به سه دسته تقسیم نماییم:

الف) واجب:

هنگامی که امکان دفاع وجود نداشته باشد و برای حفظ جان خود یا دیگری راهی به غیر از فرار نباشد فرار واجب است.^۶

برخی دیگر در صورتی که انسان مورد هجوم قرار گیرد ولی امکان دفاع و مقاومت نداشته باشد فرار را واجب می‌دانند و اگر امکان فرار هم نداشته باشد هر کاری که نجات او در آن باشد و حفظ جاننش متوقف بر آن باشد واجب می‌دانند.^۱

^۱ امام خمینی، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم: ۱۳۷۷ ج ۱، ص ۴۶۸ رساله ۱۱

^۲ مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۱۹۷

^۳ الدكتور مصطفى القللی، فی المسئولية الجنائية، قاهره، بی تا، ص ۳۳۴

^۴ الدكتور علی راشد، القانون الجنائی، طبعه ۱۹۵۱، دارالنهضة العربیة قاهره، ص ۳۳۴ و الدكتور سعید مصطفی، الاحکام العامة فی

القانون العقوبات، قاهره، دارالفکر ۱۹۸۹ ص ۲۴۰

^۵ الدكتور رؤف عبید، شرح قانون العقوبات، القسم العام، قاهره، دارالکتب العربی، ۱۹۶۱ ص ۵۶۱

^۶ خمینی، روح الله، تحریر الوسیله ج ۱، ص ۴۸۹، مساله ۱۱ و الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة ج ۹، ص ۳۰۴ و محقق حلی،

شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ج ۴، ص ۱۶۹، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام ج ۱۰، ص ۶۴۹ و شهید اول، محمد

بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ج ۲، ص ۵۹

ب) جایز:

هنگامی که دفع خطر هم با فرار ممکن باشد و هم با دفاع و خطری که در فرار وجود دارد با خطری که در دفاع محتمل باشد برابر باشد، در این حالت فرار را جایز یا واجب تخییری دانسته‌اند.^۲

ج) حرام:

هنگامی که دفاع ممکن باشد و امکان دفع خطر از چیزی که حفظ آن واجب است وجود داشته باشد و بر فرار تلف معصوم یا ضرری مترتب باشد، مانند کسی که عرض یا ناموس او در خطر باشد و او بتواند با کمترین رنجی خطر را دفع نماید. فرار، حرام و دفاع را واجب است.^۳

در خصوص عرض و حریم هم چنانچه بتوان با فرار کردن از دست مهاجم، حریم و خانواده خود را رهایی بخشید، فرار واجب است و دیگر نوبت به مقاتله نمی‌رسد.^۴

و برخی دیگر دفاع از نفس و حریم را در صورت امکان دفاع، واجب دانسته و تسلیم شدن را به هر حال نفی کرده‌اند و در صورتی که توان دفاع موجود نباشد و با فرار یا عدم دفاع امید نجات داشته باشد فرار یا عدم مدافعه را واجب دانسته‌اند.^۵

در خصوص دفاع از مال هم اگر حفظ نفس متوقف بر آن نباشد واجب نیست و عده‌ای از فقها دفاع از مالی را که امانت است از باب نهی از منکر واجب دانسته‌اند.^۶

عده‌ای دیگر دفاع از امانت را در صورتی که ضرری متوجه مدافع نباشد واجب می‌دانند.^۷

و برخی دیگر تفاوتی بین مال خود و مال غیر که به صورت امانت در دست مدافع است فرقی قائل نشده‌اند زیرا وظیفه امین حفظ امانت و عدم تقصیر در مورد آن است و همان طور که دفاع از مال خود جایز است، در خصوص امانت هم همین طور است در نتیجه بر انسان واجب نیست که به خاطر مال دیگری متحمل ضرر شود.^۸

و حتی اگر احتمال بدهد که در صورت عدم تسلیم مال به مهاجم کشته می‌شود واجب است که تسلیم شود.^۹

همانطور که ملاحظه کردیم در خصوص دفاع از مال، فرد را ملزم به فرار نکرده‌اند بلکه دفاع را جایز دانسته‌اند یعنی فرد می‌تواند از مالش دفاع کند یا نکند مگر این که جان او در خطر باشد که آنگاه هنگام دفاع از مال اگر مدافع احتمال نقص عضو یا کشته شدن خود را بدهد دفاع جایز نیست.^{۱۰}

هرگاه مهاجم حیوان یا مجنون باشد. آیا فرار واجب است یا جایز یا این که می‌تواند دفاع کند؟ برخی فقها دفاع در برابر مجنون را جایز دانسته و حکم به عدم وجوب فرار در مقابل آنها داده‌اند. و اگر دفاع تبصره به قتل مجنون شود خونس را هدر می‌دانند.^{۱۱}

^۱ گلپایگانی سید محمد رضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم، انتشارات دارالقرآن الکریم، ۱۳۸۴ ج ۳ و ص ۲۷۸

^۲ مجلسی محمدباقر، حدود، قصاص و دیات، قم، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع): ۱۴۱۱ ص ۴۴، کشف اللثام و الابهام

عن قواعد الاحکام، ج ۱۰، ص ۶۴۹

^۳ مجلسی، پیشین، ص ۴۴

^۴ مهذب الاحکام سبزواری ج ۲۸، ص ۱۶۳

^۵ مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱۵، ص ۵۰

^۶ طباطبائی سید علی، ریاض المسائل، بیروت ۱۴۱۴ ج ۲، ص ۴۹۸

^۷ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۸۸

^۸ الدر المنضود فی احکام الحدود ج ۳، ص ۲۸۷

^۹ مهذب الاحکام سبزواری ج ۲۸، ص ۱۶۲

^{۱۰} علامه حلی، تبصره المتعلمین، دمشق، مطبعه الانتقان، ۱۹۴۷ ج ۲، ص ۷۵۶

^{۱۱} علامه حلی، پیشین

در مقابل حمله حیوان چه علیه نفس چه مال دفاع، جایز است و فرد ملزم به فرار نیست لکن در خصوص حیوانات اهلی برخی فقها با امکان فرار دفاع را جایز نمی‌دانند.^۱ سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا دفاع از حریم و عرض به دفاع از نفس ملحق می‌شود و واجب است یا به دفاع از مال ملحق می‌شود و جایز؟
عده‌ای آن را ملحق به دفاع از جان دانسته و حریم را در حکم نفس دانسته‌اند و دفاع از آن را هم مثل دفاع از نفس.

ولی آنچه که واضح است دفاع از عرض و حریم به دفاع از مالی ملحق شود که دفاع از آن واجب است به خاطر حفظ خود شخص و نیز روایتی که علی (ع) در قضیه‌ای که زنی برای حفظ جاننش زنا داده بود او را مجازات نکرد.

بنابراین دفاع از عرض اگر بیم تلف باشد واجب نیست.^۳
زیرا حد، با اکراه و براساس قاعده درء ساقط می‌شود لذا حفظ نفس بر عرض اولویت دارد و اگر احتمال عقلایی در خطر افتادن جان خود را بدهد، تسلیم جایز است.^۴

۶- امکان فرار در دفاع مشروع از منظر آراء وحدت رویه:

در پرونده‌هایی که موضوع آنها دفاع مشروع بوده و مدافع امکان فرار داشته است احکام متناقضی از دیوان عالی کشور صادر شده است.

حکم شماره ۲۰۵۲ مورخ ۱۳۱۷/۹/۲۰ شعبه پنجم دیوان عالی کشور، توسل به دفاع مشروع را با امکان فرار فاقد مجوز قانونی می‌داند.

حکم شماره ۲۶۵۱ مورخ ۱۳۱۹/۸/۲۷ و حکم شماره ۱۴۳۹ مورخ ۱۳۱۹/۵/۱۹ دیوان عالی کشور، امکان فرار برای فرد در معرض خطر جانی را مانع توسل به دفاع مشروع نمی‌داند.

بنابراین کسی که مورد حمله واقع می‌شود با امکان فرار مجبور به فرار نمی‌باشد بلکه با وجود سایر شرایط دفاع مشروع می‌تواند به دفاع بپردازد.

همانطور که واضح است با توجه به بند الف ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (همچنین بند ۳ ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصب ۱۳۷۰)، یکی از شرایط دفاع مشروع ضروری بودن آن است یعنی فردی که در معرض تجاوز قرار دارد امکان دفع تجاوز با توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت را نداشته باشد و یا مداخله قوای دولتی در دفع تجاوز مؤثر واقع نشود. ولی هیچ گونه تصریحی در مورد فرار و عدم توسل به دفاع مشروع مشاهده نمی‌شود.

اگر قانونگذار مانند بند ۳ ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ که دفاع را در صورتی صادق می‌داند که توسل به قوای دولتی و هر گونه وسیله آسانتری برای نجات میسر نباشد، تصریح می‌کرد می‌توان امکان فرار را به عنوان یک وسیله آسانتر برای نجات، مانع توسل به اقدامات دفاعی دانست.

در کشورهایی که سیستم حقوقی نانوشته (کامن لا) دارند هم در صورتی که امکان فرار بدون هیچ مشقتی برای فرد در معرض خطر وجود داشته باشد، توسل به دفاع مشروع را نمی‌پذیرد. در واقع در این کشورها قاعده «عقب نشینی» حاکم است به این معنی که فرار در مواقع خطر را جزء مراحل دفاع محسوب کرده‌اند. قانون نمونه جزای آمریکا نیز به این امر تصریح کرده است.^۵

^۱ نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۶۶۳

^۲ شهید الثانی زین الدین بن علی الجبعی العاملی، الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة، قم، انتشارات قدس، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۳۰۴

^۳ تبریزی، جواد بن علی، اسس الحدود و التعزیرات قم، دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷، ص ۴۶۰

^۴ جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۶۵۲

^۵ . [MPC g 3 04(2) (b) (ii)] [MC mahan, 2005, p.766]

قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ امکان حمل عبارت «هر گونه وسیله آسانتر برای نجات میسر نباشد» بند ج ماده ۶۲۷ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ بر فرار وجود داشت اما با دقت در این عبارت مشخص می‌شد که در واقع این جمله ترجمه عبارت «الاسهل فالاسهل» که در خصوص اعمال دفاع است یعنی دفاع مشروع، شروع شده و در حال انجام است و مدافع باید مقدار خشونت که بکار می‌برد متناسب با حمله و تجاوز باشد. در حالی که بحث فرار به شرط ضرورت دفاع بر می‌گردد. علی‌الرحاله این ماده توسط ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ نسخ صریح شد، لذا این احتمال که امکان فرار مانع از اعمال دفاع می‌گردد نیز بیش از پیش تضعیف گردید.

دفاع مشروع یک نهاد دو بعدی است که یک بعد آن حفظ محترمت، اعم از جان و مال و ناموس است و بعد دیگر آن، نقش آن بعنوان یک مصداق نهی از منکر است.

به این جهت است که برخی از فقها بحث دفاع را ذیل عنوان نهی از منکر آورده‌اند.

لذا برای بررسی دقیق رابطه فرار با دفاع مشروع باید بین جائی که فرد در صورت دفاع احتمال کشته شدن خود یا فرد محقون الدم دیگری را می‌دهد و دفاع، کار ساز نیست و حالتی که خطری که در فرار است بیشتر از دفاع بوده و موجب تشویق مهاجم یا خطر دیگری می‌شود و فرد در صورت دفاع ظن غلبه دارد تفاوت قائل شد.

عدم جواز دفاع و لزوم فرار که فقها به آن اشاره کرده‌اند باید بر موارد نخست و یا مواردی که خطر فعلیت پیدا نکرده است حمل شود. در سایر موارد دفاع از باب نهی از منکر و نیز حفظ حرمت و شرافت انسانی و دفع فتنه و از بین بردن عنصر خطرناک برای جامعه ضروری است.

همانطور که بیان کردیم ادله روایی زیادی دلالت بر وجوب حفظ نفس مال و عرض وجود دارد که عدم دفاع را هم حرام شمرده‌اند مانند این حدیث امام علی (علیه السلام) که می‌فرماید: خداوند کسی را که با لص به محاربه نمی‌پردازد دشمن می‌دارد.^۱

و یا این سخن امام محمد باقر (علیه السلام): «اگر لص قصد جان یا مال تو را نمود کشتن وی جایز است و خدا را شاهد می‌گیرم که من در خونش با تو شریک هستم.»^۲

در حقوق کامن لا هم قاعده (فرار اجباری) همیشگی نیست بلکه در برخی شرایط استثناء هم دارد، یکی از این موارد استثناء این است که هرگاه مهاجم، دیگری را در محل سکونتش مورد حمله قرار دهد صاحب خانه می‌تواند برای دفع ایراد صدمه شدید بدنی از جانب مهاجم، دست به دفاع بزند حتی اگر منجر به کشته شدن مهاجم شود. این قاعده به دکتترین قلعه «castle» مشهور شده است.^۳

برخی از فقها «لص» را سارق مسلحی که به خانه وارد می‌شود دانسته‌اند.^۴ در صورت پذیرش این نظریه می‌توان بین دکتترین قلعه و این روایات ارتباط برقرار نمود و عدم وجوب فرار را تنها منحصر در صورتی که سارق وارد حریم شخص شود دانست در نتیجه فرد در این موارد ملزم به دفاع است و حق فرار ندارد. در مواردی که هم جان یا ناموس انسان در خطر باشد و قدرت دفاع هم نداشته باشد تسلیم جایز نیست و فرد باید از دیگران طلب کمک نماید، حتی اگر آن شخص ظالم باشد و علم داشته باشد که آن فرد ظالم از مقدار لازم برای دفاع تجاوز خواهد کرد باز هم استمداد از وی واجب است و فرد حق تسلیم ندارد.^۵

در پرونده‌های متعددی دادگاه این گونه رأی داده که مدافع وظیفه‌ای برای فرار از خانه‌اش به هنگام حمله مهاجم ندارد حتی اگر دفاع منجر به قتل مهاجم شود.^۶

^۱ نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص ۵۷

^۲ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۸۱

^۳ Garner, 2004,p.231

^۴ سیدعلی طباطبائی، همان ج ۳، ص ۶۲۴

^۵ امام خمینی، پیشین، ج ۱، ص ۴۹۰

^۶ 1971,345.2A 284, 59.515

State V. Bonano, 59 N.j.515,517,284 A.2d 345,346(1971)

و علت این حکم را این گونه بیان کرده‌اند که شخص بی‌گناه نباید به فرار از جایی که حق ماندن در آن جا را دارد، مجبور شود.^۱

در خصوص میهمان هم حقوق مالک یا میزبان را برای او قائل هستند و او وظیفه‌ای به فرار در مقابل مهاجم را ندارد مگر این که مهاجم خود مالک یا میزبان باشد.^۲

در برخی آراء تصریح شده است که مدافع نیازی به فرار از محل کسب و کار خود ندارد.^۳

ولی در خصوص عدم لزوم فرار برای مدافعی که در خیابان یا سایر اماکن عمومی قرار دارد و یا این که در داخل اتومبیل خود در خیابان باشد، دادگاهها این پیشنهاد را رد کرده‌اند و در این موارد فردی که مورد حمله واقع شده است را ملزم به فرار دانسته‌اند.^۴

نتیجه‌گیری

از آن جا که اعمال قدرت ولو در حد لفظی برای دفع تجاوز، در مفهوم لغوی و اصطلاحی دفاع مستتر است، لذا فرار هیچ گونه سختی با دفاع ندارد از طرف دیگر قدرتمتین ماهیت دفاع مشروع، حقی است که بوسیله قانون، مورد اعلام و حمایت قرار گرفته است. در برخی موارد، دفاع نه تنها یک حق بلکه تکلیف مدافع است لذا در حالتی که شرایط اعمال این حق وجود دارد الزام مدافع به اسقاط حق خود و انتخاب فرار کاری غیر منطقی و لغو است البته به جز مواردی که تنها راه نجات مدافع توسل به فرار است که در این صورت فرار واجب می‌شود و نوبت به دفاع نمی‌رسد در مواردی که مدافع به طور قطع فرار را باعث نجات خود نمی‌داند یعنی احتمال نجات در فرار کم باشد باز هم نمی‌توان مدافع را ملزم به صرف نظر از حق ثابت و یقینی خود و توسل به فرار نمود که نجات احتمالی را در پی خواهد داشت. در مواردی که احتمال نجات در فرار و دفاع یکسان باشد مدافع مخیر است که دفاع نماید یا این که فرار را انتخاب نماید. در مواردی که فردی مورد هجوم متجاوزین قرار می‌گیرد حال چه قصد مال، جان یا ناموس او را کرده باشند با توجه به روایات فراوانی که لص یا همان سارق مسلح را محارب یا در حکم محارب دانسته‌اند و همچنین با توجه به این که دفاع فقط جنبه شخصی و تک بعدی نداشته بلکه یک نوع نهی از منکر هم می‌باشد و در برخی از مصادیق تجاوز، محقون الدم بودن مهاجم را مرتفع می‌نماید، کسی که قصد جان و ناموس دیگری را می‌کند به طریق اولی دفاع آن ضروری و تکلیف است و دفع خطر چنین مهاجمی مفیدتر به حال جامعه است تا دفع یک دزد معمولی بنابراین حتی اگر فردی که مورد هجوم واقع شده است اگر امکان فرار و دفاع داشته باشد باز هم ضرورت نهی از منکر و مسئولیت فرد در قبال امنیت و سلامت جامعه باقی است و هر چند این فرد بتواند با فرار جان یا مال خود را حفظ نماید ولی در صورتی که امکان دفاع داشته باشد و بتواند متجاوز را دفع نماید لازم است به دفاع بپردازد و خطر افراد شرور را با رعایت مراتب و تناسب دفاع ولو به قتل آنها منجر شود خنثی نماید و با این کار خدمتی به سایر شهروندان جامعه کنند.

از طرف دیگر فرار موجب تشجیع و تشویق متجاوزین به ادامه و تکرار تجاوزات خود می‌شود ماده ۲۸۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شاهد مثالی است برای تایید نظر فوق زیرا قانون گذار در واقع در این ماده برای دفع شر محاربان و اشرار به تشویق کلیه افراد جهت حفاظت از جامعه پرداخته و کسی را که برای مقابله با محاربان دست به اسلحه می‌برد را محارب ندانسته است.

در مواردی که مهاجم وارد محل سکونت یا کسب و کار و حریم خصوصی فرد شود و قصد جان مال یا ناموس او را نماید نمی‌توان مالک یا صاحب خانه را ملزم به فرار از حریم خود نمود و او می‌تواند به دفاع

^۱ . state V.Bart lett, 170 Mo,658,71 s.w.148 (1902)

^۲ . Kelley v.state, 226 Ala,80,145 so,816(1933): Vander wielen v.state, 251 so.2d 240 (Ala. Ct. crime.App)

^۳ . common wealth v.john ston, 43&.pa.485,263 A.2d,376,(1970)

State v.sipes, 202 Iowa 173,20 g N.w.458 (1926)

^۴ . Madison v. state 196 Ala.590,71,so.706(1916)

بپردازد البته باید متذکر شد اجازه دفاع به کسی دادن به معنی اعطای مجوز قتل مهاجم به مدافع نیست، بلکه صرف انجام اعمال دفاعی با رعایت تناسب با حمله، به او داده شده است. با توجه به ماده ۸۸۰ قانون مدنی که ممنوعیت از ارتکاب ناشی از قتل عمدی مورث دانسته لذا قتلی که به حکم قانون و یا برای دفاع باشد را مانع تعلق ارتکاب نمی‌داند. به همین خاطر هرگاه مهاجم پدر یا برادر مدافع باشد باز هم دفاع جایز است و فرار لازم نمی‌باشد. ولی چنانچه مهاجم صغیر، مجنون و یا حیوان اهلی باشد و مدافع نیز از وضعیت مهاجم آگاهی داشته باشد دفاع جایز نیست و در صورت امکان فرار باید فرار نمود.

منابع :

- ۱) ابن حزم الظاهری، المحلی، بیروت. دار إحياء التراث العربی، ناشر: دار الآفاق الجديدة، ۱۳۵۲، ج ۱۱
- ۲) ابن عمیره، شرح المحلی علی منهج الطابین، قاهره، إحياء الكتب العربية، ۱۹۷۴ جزء رابع
- ۳) ابن قدامة، المغنی، القاهرة، مطبعة المنار، ۱۳۴۸ ج ۹
- ۴) ابن منظور، لسان العرب، بیروت، دار صادر ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۴۴۲
- ۵) الرازی، محمد بن أبی بکر بن عبد القادر، مختار الصحاح، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۶
- ۶) احسانی ابن ابی جمهور، عوالی اللثالی، قم، انتشارات سید الشهداء، ۱۴۰۵ هـ ق
- ۷) احمد بن یحیی، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، قاهره، مکتبه الخانجی ۱۹۴۹، ج ۵
- ۸) آمدی، قاضی ناصح الدین ابوالفتح تمیمی، غرر الحکم و درر الکلم، قم، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی ۱۳۸۷ ش
- ۹) تبریزی، جواد بن علی، اسس الحدود و التعزیرات قم، دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷، ص ۴۶۰
- ۱۰) حر عاملی، وسائل الشیعه، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۱ ج ۲
- ۱۱) حلی (علامه) جمال الدین حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع) ۱۴۱۸ ق
- ۱۲) حلی (علامه)، تبصره المتعلمین، دمشق، مطبعة الاتقان، ۱۹۴۷ ج ۲، ص ۷۵۶
- ۱۳) حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۷ ق
- ۱۴) خمینی، روح الله الموسوی، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم: ۱۳۷۷
- ۱۵) دسوقی، مصطفی محمد، حاشیه الدسوقی علی المغنی، الجزء الرابع، قم، زاهدی ۱۳۷۶ ش
- ۱۶) رمسیس بهنام، النظریه العامه للقانون الجنائی، ص ۳۷۸، قاهره، دارالاتحاد العربی، ۱۹۶۸
- ۱۷) رملی، شمس الدین محمد بن احمد، نهاییه المحتاج، قاهره، شرکه مکتبه و مطبعة مصطفی البابی الحلبي واولاده، ۱۳۲۸
- ۱۸) رؤف عبید، شرح قانون العقوبات، القسم العام، قاهره، دارالکتب العربی، ۱۹۶۱
- ۱۹) سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دفتر، آیه الله سبزواری، چاپ اول ۱۴۱۳ ق، ج ۱۵،
- ۲۰) سعید مصطفی، الاحکام العامه فی القانون العقوبات، قاهره، دارالفکر ۱۹۸۹، ص ۲۴۰
- ۲۱) شافعی، محمد بن ادريس، الام، بیروت، مجمع ذخایر اسلامی ۱۹۳۹ ج ۶
- ۲۲) شربینی، شمس الدین محمد بن احمد، مغنی المحتاج، قاهره، داراحیاء التراث العربی ۱۹۵۵، ج ۴
- ۲۳) شرفاوی، عبدالله بن حجازی، حاشیه علی التحفه للانصاری، بیروت، دارالمعرفه، ۱۹۴۱
- ۲۴) شهید الثانی، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۳ ق چاپ ۱۲۷۳، ج ۱۵
- ۲۵) شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲

- (۲۶) شهید الثاني زين الدين بن علي الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح لمعة الدمشقية، قم، انتشارات قدس، ۱۳۸۵ ج ۹، ص ۳۰۴
- (۲۷) شیرازی، ابو اسحاق، المهذب، بيروت، دارالفکر ۱۴۳۱ ج ۲
- (۲۸) طباطبائی سيد علي، رياض المسائل، طباطبائی، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ ق
- (۲۹) طباطبائی(علامه) سيد محمد حسين، تفسير الميزان، قم، دفتر نشر اسلامي، ۱۴۲۸ ق
- (۳۰) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي، بيروت، مكتبة دار العروبة ۱۹۸۵، ج ۱
- (۳۱) علي راشد، القانون الجنائي، قاهره، دارالنهضة العربية، طبعة ۱۹۷۴
- (۳۲) فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین قم، چاپ اول ۱۴۱۶
- (۳۳) فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى ابن شاه محمود، مفاتيح الشرائع، قم، مؤسسه دارالعلم، ۱۴۰۳ ق
- (۳۴) القاضي برهان الدين ابراهيم بن محمد بن فرحون، تبصره الاحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، جز الثاني، قاهره، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ۱۳۳۶ ق
- (۳۵) قللي، مصطفى، في المسؤولية الجنائية، قاهره، بي تا.
- (۳۶) گلپایگانی سيد محمد رضا، الدر المنضود في احكام الحدود، قم، انتشارات دارالقرآن الكريم، ۱۳۸۴ ج ۳
- (۳۷) مجلسي محمدباقر، حدود، قصاص و ديات، قم، مؤسسه تحقيقات و نشر معارف اهل البيت (ع): ۱۴۱۱
- (۳۸) مجلسي، محمد باقر، بحار الانوار، قم، كتابچي ۱۳۸۶ ج ۲۱
- (۳۹) محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دمشق، مكتبة الداودي، ۱۹۷۶
- (۴۰) مشكينى، ميرزا علي، مصطلحات الفقه، قم، الهادي ۱۳۸۶
- (۴۱) مصطفى، محمود، شرح قانون العقوبات، قسم العام، قاهره، انتشارات المركز القومي للإصدارات القانونية ۱۹۷۴
- (۴۲) نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربي، طبعة سابعة ۱۴۱۳ ق ج ۴۱
- (۴۳) نجيب حسنى، محمود، شرح قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية ۱۹۸۶
- 44) Bouzat, droit Pénal Général, Paris, 1963
- 45) Casa Blanca, p, code pénal royaume de Italie, Paris.1968
- 46) Delogu, les cause de justification, Paris, 1956,
- 47) Garçon, code pénale annoté, 2ème édition, Paris 1956,
- 48) Garraud, René, traité théorique et pratique de droit pénal Français, T.2.3ème édition. Paris 1914 .
- 49) Merle, et Vítu, traité de droit criminel, paris, 1967[.
- 50) Model Penal code 2.04, Comment (Tent. Dreft No. 4, 1955)
- 51) Ortolan, Eléments de droit criminel, 5ème, édition, paris 1886, T.I.
- 52) Stéfani, et levasseur, Droit Pénal Général, 2ème, édition 1966,
- Vidal et Magnol, cours de droit criminel et de science pénitentiaire 9 ème, édition, Paris, 1947.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷

صص ۶۴۷ - ۶۶۷

کارکرد تطبیقی عنوان مصلحت در نظام‌های حقوقی ایران و کامن‌لا

محمد مهدی رهبری^۱، دکتر حمیدرضا علی‌کرمی^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

۲- استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

چکیده

عنوان مصلحت از اصطلاحات با سابقه، در فقه و حقوق است. این اصطلاح کارآمد، در نظام حقوقی ایران، در گرایش‌های مختلف حقوقی، کاربرد رایج و مبهمی دارد. از سوی دیگر، در نظام عرفی کامن‌لا، تقسیم‌بندی حقوق عمومی، جزا و خصوصی مشهود و کارآمد نیست، و با حقوق ایران تفاوت‌های اساسی دارد؛ اصولاً، در نظام نوشته‌ی ایران کلی‌نگری، و در نظام رویه‌ای کامن‌لا، جزئی‌نگری حاکم است. به همین خاطر، عنوان مصلحت دارای تعبیر و تفاسیر مختلفی است؛ با این ترتیب، در کامن‌لا، با تکثیر و افزایش عنوان، و در ایران با تفسیرهای متفاوت و نسبی، اصطلاح مصلحت مواجه خواهیم شد. بررسی دقیق کارکرد این ابزار، جهت درک جامع و آگاهی از آثار، جایگاه و جلوگیری از سوءاستفاده از استناد به مصلحت، اهمیت دارد. کوشش بر آن است، جهت شناسایی کارکرد حقوقی اصطلاح مصلحت، ابعاد آندر نظام‌های حقوقی فوق و تقسیم‌بندی‌های مختلف حقوقی با تمرکز بر مصلحت در حقوق نمایندگی تبیین شود.

واژگان کلیدی: مصلحت، مصالح، اصیل، نماینده، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی کامن‌لا.

مقدمه

عنوان مصلحت، از قدیم الایام در علوم انسانی، به خصوص در فقه و علم حقوق مورد استعمال است. کاربرد این عنوان مهم، علاوه بر توجه به مدلول‌های مطلوب و آرمانی، مجرای برای عدول از قواعد و حقوق بنیادین بشر قلمداد شده است. ضروری است، جهت شناخت بیشتر، درک جامع از آن، آگاهی از آثار، جایگاه و جلوگیری از سوءاستفاده از استناد به مصلحت، با توجه به گرایش‌های حقوق و نظام حقوقی کامن‌لا تحلیل شود.

در مورد پیشینه‌ی پژوهش، در خصوص بررسی تطبیقی عنوان مصلحت با نظام حقوقی کامن‌لا، سابقه‌ای آشکار نیست. لیکن، در مورد بررسی فقهی مصلحت، پژوهش‌های زیادی در علوم فقهی و اصولی انجام شده است؛ از این‌رو، رویکرد فقهی و اصولی، خارج از بحث مقاله است، و محور بحث به حقوق کنونی ایران و نظام حقوقی کامن‌لا تمرکز دارد. به علاوه، در خصوص بررسی تطبیقی عنوان مصلحت در گرایش‌های مختلف حقوق تانکنونی پژوهش مستقلی انجام نشده است؛ بلکه، پژوهشگران حقوقی به بررسی گرایش خود، اکتفا نموده‌اند. از نوآوری‌های پژوهش حاضر، بررسی تطبیقی عنوان مصلحت، در گرایش‌های مختلف حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا است.

این سوال اساسی مطرح هست که، عنوان مصلحت در نظام حقوقی ایران چه کارکرد و جایگاهی دارد؟ به نظر می‌رسد، بر مبنای تفاوت‌های نظام حقوقی، ابزار مصلحت جایگاه یکسانی در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا ندارد. در نظام حقوقی ایران، مصلحت در قوانین مختلف از جمله: قانون مدنی، جزا و قانون اساسی و... استعمال شده است؛ اما، کارکرد این اصطلاح در قوانین با یکدیگر، یکسان و همسان نیست. از این روی، تفاوت عملکرد مصلحت، به تفکیک گرایش‌های مختلف حقوقی ارتباط و مناسبت دارد. بنابراین، جهت شناخت دقیق کارکرد ابزار مصلحت، عنوان مصلحت در گرایش‌های: حقوق عمومی، حقوق جزا، حقوق خصوصی، بررسی خواهد شد.

از طرف دیگر، در حقوق عرفی کامن‌لا، رویه‌ی قضایی، نقش قانون برای دادگاه‌ها را ایفاء می‌نماید. به - همین دلیل، دقت قضات رسیدگی‌کننده، باعث ازدیاد و تکثیر عناوین معادل با اصطلاح مصلحت شده است. همچنین، در حقوق کامن‌لا، تقسیم‌بندی‌های فوق‌الاشعار مورد اهتمام نیست؛ و بر آن اصرار نمی‌شود و پیامد زیادی هم ندارد. (هداوند، ۱۳۹۵: ج ۱، ۱۴۴)

در ادامه، سعی شده است به مسائل فوق پاسخ مناسبی ارائه شود. ترتیب بیان مطالب به این صورت است که، ابتدا عنوان مصلحت در حقوق ایران، با توجه به تقسیم‌های مختلف حقوقی مفهوم مصلحت در حقوق عمومی، جزا و خصوصی بررسی خواهد شد. و بعد از آن، در نظام حقوقی کامن‌لا بررسی تطبیقی انجام می‌شود.

کارکرد مصلحت در نظام حقوقی ایران

در آغاز، به بررسی لغوی مفهوم مصلحت، و سپس معنای اصطلاحی آن می‌پردازیم.

مفهوم مصلحت در لغت

مصلحت در لغت، به معنی: «آنچه باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد» تعبیر شده است. (عمید، ۱۳۸۳: ۱۰۴۳) به علاوه، در منبع دیگر، آنچه صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد؛ خیراندیشی، کار نیک، آنچه صلاح شخصی باشد، در حالی که به ضرر اشخاص دیگر و جامعه تمام شود. (معین، ۱۳۸۷: ۱۰۷۸) و مترادف با: «خیر، صلاح، صلاح‌جویی، صواب دید، خیراندیشی، خیرخواهی» دانسته شده است. (خداپرستی، ۱۳۷۶: ۳۸۰)

مفهوم مصلحت در اصطلاح

مصلحت در معنای فراگیر آن، مفهومی کلی و مطلوب است که تمامی اقشار و جوامع به آن ارجح می‌نهند. در این خصوص، نقل شده است: «یکی از اهداف و آرمان‌های فطری و غریزی انسان آن است، که همیشه درصدد است که به منافع و مصالح خود دست یابد، خواه آن مصالح و منافع، شخصی و خصوصی و یا عمومی و نوعی باشند». (مرعشی، ۱۳۷۱: ص ۱۲)

در تعریف اصطلاحی مصلحت در میان نویسندگان حقوقی، گفته شده است: «به جلب منفعت و دفع ضرر (رفع مضرت) مصلحت گویند». (انصاری؛ طاهری، ۱۳۸۸: ۱۸۶۱) در منبع دیگر، به معنی «منفعت» ذکر شده است (زراعت، ۱۳۸۸: ۲۷۱). همچنین، برخی از نویسندگان برای مصلحت دو رکن، «سودمندی و خوب بودن» را در نظر گرفته‌اند؛ از این رو، تعریف مصلحت به پسندیده و خوب یا تفسیر آن به منفعت را تعریفی تک بعدی و ناقص قلمداد نموده‌اند. (زنجانی، ۱۳۹۰: ص ۲۰۱) افزون بر آن‌ها، در تعریف مناسبتر، مصلحت به معنی: «جلب نفع و دفع ضرر به نظر اکثر؛ تأمین اهداف شارع، که عبارت است از مواظبت دین و حیات آدمی و عقل و نسل و اموال» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۸۱) تعبیر شده است.

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در اصطلاح، امری مطلوب هست که دارای تعاریف ذهنی و عینی مختلفی است. به این تفصیل که، در تعریف ذهنی مصلحت، هر امر مطلوب و آرمانی است که ذهن آن را پدید می‌آورد و به مطلوب بودن و سودمندی آن تردید ندارد؛ از این رو، این مفهوم ذهنی مصلحت، می‌تواند مترادف با انصاف، عدالت، اخلاق، نظم، امنیت، سلامت و امثال آن باشد، که می‌تواند منبع و مبنای استنباط و اجرای بسیاری از مسائل حقوقی باشد؛ به همین جهت، ممکن است، در استعمال از ابزار مصلحت در مفهوم ذهنی، عین اصطلاح مصلحت نوشته نشود و مفهوم مصلحت نقش نانوشته‌ی خود را ایفاء نماید. مثلاً، وکیل باید مصلحت موکل را رعایت نماید، به مفهوم ذهنی و آرمانی مصلحت اشاره دارد.

از سوی دیگر، مصلحت، در مفهوم عینی، ابزاری در جهت تأمین اغراض و ضرورت‌های، قانونگذار یا اصیل یا هر دو آن‌ها می‌باشد؛ که بر خلاف حق شکل گرفته شده، اهدافی را لازم فرض نماید، که باعث عدول از حقی مسلم و شکل گرفته شده خواهد شد. از این رو، اصولاً مفهوم عینی مصلحت، ابزاری جهت اجرای، قاعده ثانویه، خلاف قاعده، خلاف عرف و خلاف رویه استعمال می‌شود. دیگر اینکه، اغلب، در مفهوم عینی مصلحت، عین اصطلاح مصلحت، نوشته و درج می‌شود. مثالی که برای مفهوم عینی مصلحت می‌توان بیان نمود، اجازه ولی در نکاح قبل از بلوغ دختر، مشروط به رعایت مصلحت است؛ از این جهت که، به عنوان قاعده، نکاح قبل از بلوغ جایز نیست؛ رعایت مصلحت در اینجا، ابزاری جهت عدول از قاعده پیش‌بینی شده است.

نتیجه اینکه، مفهوم ذهنی مصلحت، مسلماً نقش ذهنی و آرمانی خود را در هر امری که مطلوب و سودمند باشد، بر عهده دارد؛ لیکن، هدف از مصلحت در مفهوم عینی، اجرای اغراض اعطاء کننده مصلحت (شارع یا اصیل) هست، که بر مبنای گرایش و جایگاه آن، نقش و مفاهیم متفاوتی دارد. به این ترتیب، کلی و نسبی بودن مفهوم مصلحت، باعث بروز چالش‌هایی در تعریف اصطلاحی مصلحت به ویژه در مفهوم عینی و کاربردی آن شده است، که بررسی آن‌ها ضروری است.

چالش‌های تعریف مفهوم مصلحت

با بررسی تعاریف موجود در مفهوم مصلحت، چالش‌هایی در تعریف مفهوم مصلحت وجود دارد، که این چالش‌ها از قرار زیر هستند:

۱. مبهم و کلی بودن، مفهوم مصلحت: مصلحت عنوان کلی و مبهمی است که نمی‌توان به صورت دقیق و فراگیری آن را تعریف نمود. در تأیید این مطلب، گروهی از حقوقدانان، مصلحت را مفهومی مبهم و نامشخص تلقی نموده‌اند؛ در این راستا، اظهار داشته‌اند: «این امر که، وکیل بر اساس مصلحت موکل عمل کرده یا خیر؟ مصلحت واژه مبهم و کش‌داری است...» (نوبین، ۱۳۸۷: ۱۰۴). بنابراین، مفهوم مصلحت، مبهم و کلی است.

۲. خدعه آمیز بودن مفهوم مصلحت: مصلحت هر چند برای تبیین منفعت و ضرورت‌های موجود کارایی مناسب و مثبتی دارد؛ به همان نسبت، می‌تواند ابزاری برای سوء استفاده و تقلب نسبت به قانون و اجرای حقوق اصیل باشد. برخی از نویسندگان، در تأیید این مطلب اظهار داشته‌اند: «آن دسته از متفکران غربی که به بررسی مصلحت عمومی پرداخته‌اند، معمولاً دچار این بحران ذهنی شده و مصلحت را مفهومی مبهم و مغشوش تلقی کرده‌اند و به این دلیل که این مفهوم مطلقاً یا غالباً مصداق خارجی ندارد، تعریف آن را دشوار و در مباحث سیاسی خدعه آمیز خوانده‌اند؛ و دست آخر سرپوش زیرکانه‌ای برای پنهان کردن صورت واقع تصمیماتی دانسته‌اند، که سیاست مداران و مقامات دولتی عملاً به قصد تأمین بیشترین منافع مادی اتخاذ کرده‌اند». پس، مصلحت می‌تواند ابزاری جهت، سوء استفاده و تقلب نیز با عنوان آرمان‌گرایی و مثبت اندیشی قرار گیرد؛ از این جهت، باید در استفاده از آن دقت و احتیاط نمود.

۳. نسبی بودن مفهوم مصلحت: مصلحت مفهومی است که بنا به زمان، مکان و موضوع مورد استناد، مورد تغییر و تعدیل قرار خواهد گرفت. در تأیید این مطلب، برخی از پژوهشگران، مصلحت را عبارتی پیچیده فرض نموده‌اند؛ که ممکن است با دیدگاه‌های مختلف مواجه شود؛ و اظهار شده است: «ممکن است، امری از نظر کسانی منصفانه و متکی به مصلحت باشد، ولی، انجام همان امر از نظر عده‌ای دیگر غیرمنصفانه و مغایر با مصلحت تلقی شود». (دهقان، ۱۳۹۱: ۵۷) به عنوان مثال، رعایت حجاب در یک جامعه، ارزش تلقی می‌شود و در جامعه دیگر فاقد ارزش است.

به نظر می‌رسد، در رشته‌های مختلف علم حقوق، مصلحت کاربرد متفاوتی داشته باشد. بدیهی است، مقایسه و ارزیابی مفهوم مصلحت در دیگر رویکردهای رشته‌ی حقوق، فواید و اثراتی را برای کارکرد و کارایی مناسبتر، ابزار مصلحت را به همراه دارد. بنابراین، برای شناخت بهتر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، ابتداً نگاهی به کارکرد مصلحت در حقوق عمومی و حقوق کیفری خواهیم نمود؛ سپس، مفاد و مدلول مصلحت در حقوق خصوصی و حقوق نمایندگی بررسی خواهیم نمود.

کارکرد مصلحت در حقوق عمومی

مفهوم مصلحت در حقوق عمومی، در مجموع، بر جنبه‌ی عمومی بودن آن تأکید دارد؛ و اغلب در مرحله قانونگذاری کارکرد و تأثیر دارد. توضیح اینکه، اصطلاح مصلحت در قانون اساسی، در عبارات، مصالح عمومی،^۱ مصالح عامه،^۲ مصالح مردم،^۳ مصالح کشور، مصلحت نظام (اصل ۱۱۲ ق.ا)، مصلحت جامعه^۴ و مانند

۱. آزادی در انتخاب شغل، محدود به رعایت مصالح عمومی است؛ که اصل ۲۸ ق.ا اشاره دارد: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید».

۲. تصرف در انفال و ثروت‌های عمومی، بر ضابطه‌ی مصالح عامه و عموم جامعه است؛ که اصل ۴۵ ق.ا مقرر دارد: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراعاتی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود

اینها استعمال شده است. بدین سان، اهمیت مفهوم مصلحت در حقوق عمومی بسیار زیاد هست؛ به گونه‌ای که، به زعم این گرایش، «اصل مصلحت عمومی یا منافع عمومی»، از مهمترین اصول آن قلمداد شده است. به عبارت دیگر، در مقام اهمیت آن، بیان شده است: «مهمترین اصل در حقوق عمومی که بنیاد این شاخه از حقوق را پی‌ریزی کرده و به عنوان یکی از اهداف عمده‌ی تشکیل دولت مطرح می‌شود، اصل منفعت یا مصلحت عمومی است». (عباسی، ۱۳۹۳: ۷۲)

در تعریف مصلحت عمومی، اظهار شده است: «ضرورت‌های حیاتی برای کل جامعه و تک تک اعضای آن است، که ابتکارات خصوصی چه به صورت فردی یا گروهی نمی‌تواند به آنها پاسخ دهد؛ و الزاماً باید عمومی باشد و سود آن‌ها نیز به همه‌ی مردم می‌رسد». از این رو، یکی از عناصر مفهوم مصلحت عمومی، تحصیل سود و منفعت در راستای مصلحت عموم جامعه است؛ به همان نسبت، تحصیل منفعت برای مصلحت فرد یا گروه معینی، بر خلاف مصلحت عموم جامعه است؛ حتی، مفسده نیز تلقی شده است؛ در تأیید این مطلب تصریح شده است: «سیاست‌گذاری و اداره یک جامعه بر مبنای مصالح فردی و منافع گروهی، به معنی استخدام امکانات و اموال عمومی در جهت منافع شخصی و گروهی است؛ به همین لحاظ، مفسده تلقی می‌گردد». (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۲۱۶) بنابراین، در تقسیم بندی مصلحت به فردی، گروهی و عمومی، اصولاً به مصلحت فردی یا گروهی در حقوق عمومی توجه نمی‌شود؛ بلکه، به مصلحت عمومی با تمرکز بر مصالح عموم جامعه توجه می‌شود. ممکن است، پرسشی در این رابطه مطرح شود که، منظور از مصالح و منافع عمومی چیست؟ در مورد سودمندی عامه مردم، اذعان شده است: «لازم نیست، همه افراد جامعه به طور مساوی و بالفعل از آن سود ببرند؛ همین اندازه که آحاد جامعه بالقوه می‌توانند از آن بهره‌مند گردند، محترم است؛ هر چند به دلیل فقدان شرایط یا وجود موانعی، نمی‌توانند بالفعل از آن بهره‌مند گردند.

در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند». از این رو، متولی تصرف در ثروت‌های عمومی چون به نمایندگی جامعه اسلامی اقدام می‌نماید، باید مصالحه عموم را رعایت نماید.

۳. در راستای سوگند نمایندگان مجلس، گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهار نظرهای نمایندگان مجلس (وکلائی مردم)، باید در جهت تأمین مصالح مردم باشد؛ که اظهار در اصل ۶۷ ق.ا. شده است: «نمایندگان باید در نخستین جلسه مجلس به ترتیب زیر سوگند یاد کنند و متن قسم‌نامه را امضاء نمایند. "بسم‌الله الرحمن الرحیم من در برابر قرآن مجید، به خدای قادر متعال سوگند یاد می‌کنم و با تکیه بر شرف انسانی خویش تعهد می‌نمایم که پاسدار حریم اسلام و نگاهبان دستاوردهای انقلاب اسلامی ملت ایران و مبانی جمهوری اسلامی باشم، ودیعه‌ای را که ملت به ما سپرده به عنوان امینی عادل پاسداری کنم و در انجام وظایف و کالت، امانت و تقوی را رعایت نمایم و همواره به استقلال و اعتدالی کشور و حفظ حقوق ملت و خدمت به مردم پایبند باشم، از قانون اساسی دفاع کنم و در گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهارنظرها، استقلال کشور و آزادی مردم و تأمین مصالح آنها را مد نظر داشته باشم...». بنابراین، نمایندگان مجلس، به عنوان وکلای مردم، باید در رفتار و نوشتار و اظهارات نیز مصلحت مردم را رعایت و تأمین نمایند.

۴. تغییر سمت یا انفصال قاضی، به اقتضای مصلحت جامعه؛ در این رابطه، اصل ۱۶۴ ق.ا. اظهار دارد: «اصل ۱۶۴ ق.ا. قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور موقت یا دائم منفصل کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رییس قوه قضائیه پس از مشورت با رییس دیوان عالی کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره‌ای قضات بر طبق ضوابط کلی که قانون تعیین می‌کند صورت می‌گیرد». این اصل در مقام ذکر، اصل استقلال قاضی و استقلال قوه قضائیه است؛ بدین لحاظ، علی‌الاصول قاضی را نمی‌توان از سمت قضاوت تغییر داد. به نظر می‌رسد، مصلحت جامعه مورد نظر در این اصل، نزدیک به مصلحت حفظ نظام و اسلام می‌باشد..

در نتیجه، منظور از مصالح عمومی، هر مولفه‌ای که از نظر عموم مردم، به صورت بالقوه، مطلوب و غیر قابل انکار باشد؛ مانند، امنیت، سلامت، کرامت، آبرو، اعتبار و مانند آن‌ها، از جمله مصالح عمومی تلقی خواهند شد.^۱

آشکار است، ابزار مصلحت در حقوق عمومی، قواعد حقوق خصوصی را به چالش و تغییر کشانده است. بدین توضیح که، مصلحت در حقوق عمومی در اندیشه این هست که، یک حق شکل گرفته شده را، بر مبنای مصلحت عمومی یا مصالح ضروری تغییر دهد؛ به عنوان مثال، برای فردی حق مالکیت بر املاک خویش وجود دارد، که از نظر حقوق خصوصی، با توجه به قاعده احترام و تسلط بر اموال، محترم و غیر قابل تعرض است؛ اما، مصلحت در حقوق عمومی به دنبال این هست که، این حق مالکیت را تغییر دهد؛ به این صورت که، آن را سلب یا تحدید یا تعویض نماید. نمونه دیگر اینکه، از منظر حقوق خصوصی، اصل بر آزادی در کار و اشتغال است؛ ولی، مصلحت عمومی در راستای مصالحی، به نام امنیت، برابری افراد، نظم عمومی و ... اصل آزادی شغلی را محدود نموده است.

در همین راستا، تشخیص و تمییز مصلحت، امری بسیار حساس و حیاتی است. با توجه به اینکه یک حق مسلم و انکار نشدنی، تغییر و انقلاب پیدا می‌نماید؛ از این بابت، احتمال سوء استفاده و عدم رعایت مصلحت - هر چند با عنوان مصلحت - دور از ذهن نیست. به همین جهت، مستند به اصل ۱۱۲ قانون اساسی،^۱ تشخیص مصالح کشور، به سبب حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی در راستای تصویب قانون؛ و شورای نگهبان در راستای عدم مغایرت با شرع، به نهادی قانونی با تشکیلات و تشریفات ویژه‌ای، با نام «مرجع تشخیص مصلحت نظام» واگذار شده است. در این مقام، اظهار شده است: «در رویارویی مصلحت اجتماعی به ادعای مجلس، با موازین شرعی به نظر شورای نگهبان، این «مصلحت نظام» است که به عنوان مصلحت اهم باید شناسایی گردد و به اجرا در آید. این امر، نیاز به یک مرجع قانونی دارد که قانون اساسی آن را تحت عنوان «مجمع تشخیص مصلحت نظام بیان نموده است». (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۷)

شایان ذکر است، مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر اساس نامه‌ای از امام خمینی (ره) شکل گرفت. از این جهت، بنیانگذار نظام جمهوری اسلامی ایران، اذعان فرمودند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی ایران دخالت دارد که فعل یا ترک فعل آن موجب اخلال نظام می‌شود؛ و آنچه ضرورت دارد که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است؛ و آنچه فعل یا ترک فعل آن مستلزم حرج است؛ پس تشخیص موضوع به وسیله وکلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است؛ و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود؛ مجازند در تصویب و اجرای آن و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا، از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم نشاخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعریض شرعی می‌شود». در این دستور، چند نکته مورد تأکید قرار گرفته است؛ نکته اول اینکه، قانونی که بر این مبنا تصویب می‌شود، در

۱. به این ترتیب، این مصالح عمومی اشاره شده، دارای جنبه‌ی شخصی نیز هستند، که رعایت آن توسط نمایندگان در تصرفات حقوقی لازم است.

۱. اصل ۱۱۲ ق.ا مقرر دارد: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضاء ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضاء تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

راستای ضرورت بوده و باید تصریح شود که، به صورت موقتی تصویب خواهد شد؛ نکته دوم اینکه، حکمی که بر مبنای ضرورت تصویب می‌شود، باید موجب حفظ نظام باشد و دفع مفسده باشد. البته، شورای نگهبان، در نامه شماره ۴۶۲۲ مورخ ۱۳۷۲/۲/۲ اذعان داشته است: «ضرورت موضوع حکم، حضرت امام (ره) در رابطه با موازین شرع است و مجلس مجاز نیست، بر خلاف قانون اساسی مقرراتی با به عنوان ضرورت تصویب کند.» (مهرپور، ۱۳۹۵: ۲۵۱)

بنابراین، موقتی بودن احکام مصلحتی از باب ضرورت بر خلاف شرع و جلب مصالح و دفع مفسد نظام، از خصوصیات این دستور هست. نکته مهمی که در مطلب اخیر وجود دارد که، «مصلحت نظام» به عنوان مصلحت اساسی و برتر در نظر گرفته شده است؛ بر این اساس، در تعارض بین مصلحت عمومی و خصوصی، می‌توان اذعان داشت، مصلحت عمومی مقدم است؛ همچنین، در تعارض میان مصالح عمومی، مصلحت نظام یا حفظ نظام ارجحیت دارد.

در این راستا، در صورت حدوث اختلاف بین شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، به صور مختلفی، با تکیه بر قواعد ثانویه و توجه به مصادیق منفعت عمومی حل تعارض خواهد شد. از این رو، گفته شده است: «با اتکا به عناوین و احکام ثانویه نظیر ضرورت، لاضرر، عسر و حرج، تعارض اهم و مهم و نظایر آن، احکام لازم الاجرای اولیه به طور موقت متوقف یا به طور دایم رفع می‌شود؛ یا با تشخیص مصالح عمومی، برای حفظ اصل نظام، بقای کشور، سلامت جامعه، تنظیم امور و نظایر احکام حکومتی بر سایر احکام فردی و اجتماعی، بر مبنای مصلحت اهم مقرر و لازم الاجرا می‌گردد؛ البته، برداشته شدن احکام اولیه به وسیله احکام ثانویه به عنوان، تغییر حکم و بقای موضوع نیست؛ بلکه، تبدیل موضوع است.» (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۵) افزون بر آن، برخی دیگر از حقوقدانان مصادیقی برای تشخیص مصلحت عمومی با تکیه بر نفع عمومی اذعان داشته‌اند: «مصادیقی از منفعت عمومی عبارتند از، حفاظت از زندگی انسان و جامعه، پاسداری از موازین انسانی، عدالت و انصاف، اخلاق حسنه، ارزش‌های اجتماعی، احترام به حق‌ها و آزادی‌های اشخاص از جمله کرامت انسانی، برابری، رفع فقر و محرومیت، حمایت از نهاد خانواده، بهداشت عمومی، حفاظت از محیط زیست، آگاهی و دانش، شکل‌گیری اموال عمومی، منابع طبیعی، معابر عمومی، فعالیت‌های عمرانی عمومی و ... مفهوم منفعت عمومی قابل تفکیک از مفاهیم اخیر نبوده، نباید با آن‌ها مغایرت داشته باشد و در این امور، مصلحت و منفعت عمومی دیده می‌شود.» (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۷)

نتیجه بحث مفهوم مصلحت در حقوق عمومی اینکه، در حقوق عمومی مصلحت اهمیت زیادی دارد و به صورت کلی مبنای بسیاری از قواعد حقوق عمومی را تشکیل می‌دهد؛ به همین علت، اصل مصلحت عمومی، مهمترین اصل حقوق عمومی قلمداد شده است. در حقوق عمومی، مصلحت دو کارکرد دارد؛ در کارکرد اول، مصلحت به عنوان نمایندگی استعمال شده است؛ که حاکم اسلامی به عنوان نماینده جامعه اسلامی و نمایندگان مجلس به عنوان نمایندگان مردم، مکلف به رعایت مصلحت عموم جامعه هستند.

در کارکرد دوم، مصلحت به عنوان ضرورت؛ که بر مبنای آن قواعد حقوق خصوصی به چالش و تغییر منتهی می‌شوند؛ مانند، تغییر قاعده احترام به اموال، بر مبنای ضرورت‌های عمومی، منتهی به سلب مالکیت خصوصی خواهد شد؛ همچنین، تغییر اصل آزادی شغلی، بر مبنای نظم عمومی و برابری در داشتن موقعیت شغلی، به منع داشتن بیش از یک شغل مناسب منتهی خواهد شد. مهمترین مصلحتی که در حقوق عمومی مورد تأکید هست، رعایت مصلحت حفظ نظام و حاکمیت است،^۱ که در حقوق خصوصی کمتر مورد توجه

۱. مصلحت حفظ نظام اسلامی، این چنین تبیین شده است: «منظور از نظام اسلامی، سازمان دین، موجودیت، استقرار حاکمیت آن است که معمولاً به بیضه اسلام تعبیر می‌شود و در تعبیری دیگری شامل ایدئولوژی و محتوای دین، سازمان‌های عهده‌دار آن، موجودیت عینی

است؛ مگر اینکه، نماینده‌ای به عنوان وظیفه‌ی حرفه‌ای (مانند وکیل دادگستری) یا مصالح عمومی اقدام به نمایندگی نماید؛ بنابراین، اگر نماینده‌ای در راستای منافع عمومی گام بردارد؛ باید مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی را مورد لحاظ قرار دهد. به اضافه، در حقوق عمومی، مبنای عدول از قواعد حقوق خصوصی، به صورت موقتی بوده است، که این موقتی بودن، مجوزی برای دائمی بودن شده است؛ در این راستا، استفاده از درج عبارات ضرورت و موقتی بودن در اقدامات نمایندگان می‌تواند در حقوق خصوصی و نمایندگی کارکرد داشته باشد. افزون بر این‌ها، تمسک به عنوان مصلحت، محدودیت‌هایی دارد که نباید بر خلاف قانون اساسی یا مسلمات فقه شیعه باشد؛ بر این اساس، در مورد رعایت مصلحت در نمایندگی نیز، تمسک به مصلحت نباید بر خلاف قانون یا مسلمات فقه و منافع مسلم اصیل باشد.

کارکرد مصلحت در حقوق کیفری

مفهوم مصلحت در حقوق کیفری، در مصادیق یکسانی و همسانی به کار برده نشده است. به این شرح که، مفهوم مصلحت در قوانین کیفری، در مواردی از قبیل، مصلحت برای تنبیه و اصطلاح اطفال،^۲ مصلحت جهت عدول از قاعده فراغ دادرسی،^۳ مصلحت عابران،^۴ تشخیص حاکم شرع برای مجازات مریض بر مبنای مصلحت، عدم توجه به مصلحت دیگران در روشن کردن آتش، مصلحت حلال عقلایی در جریحه‌دار نمودن عفت و اخلاق عمومی^۵ و مانند اینها، استعمال شده است.

به این جهات، به صورت کلی، مصلحت در حقوق کیفری، هیچکدام از جنبه‌های شخصی، گروهی، عمومی را به عنوان مبنا و اصل تأکید نمی‌نماید؛ بلکه، مصلحت را به نحو ترکیبی، از مصلحت اجتماعی، مصلحت مجرم و مصلحت قربانی جرم در نظر دارد. در این خصوص، اذعان شده است: «منظور از مصالح کیفری، منافع و مصالحی است که با اجرا و اعمال آن، حسب مورد، منافع و مصالح فرد بزهکار یا اجتماع زیان‌دیده و یا قربانی جرم تأمین می‌گردد...؛ مصالح فردی، عموماً شخصیت و حرمت انسان از نظر مادی و

دین در جامعه و حالت استیلاء، و نفوذ معنوی و اجرایی اسلام در ظواهر جامعه است.» به نظر می‌رسد، مصلحت حفظ نظام، به معنی هر عملی که به حفظ امنیت، منافع و اقتدار ملی با رعایت ارزش‌های اسلامی و حفظ محتوای اعتقادی اسلام، جاری و منتهی شود، را شامل می‌گردد.

۲. تبصره یک ماده ۸۸ ق.م.ا ۱۳۹۲ مقرر دارد: «هرگاه دادگاه مصلحت بداند می‌تواند حسب مورد از اشخاص مذکور در این بند تعهد به انجام اموری از قبیل موارد ذیل و اعلام نتیجه به دادگاه در مهلت مقرر را نیز اخذ نماید: ۱- معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روانشناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان و...». از این رو، دادگاه می‌تواند مجازاتی بر مبنای مصلحت و تأثیر در طفل مورد نظر قرار دهد.

۳. تبصره سوم ماده ۸۸ ق.م.ا ۱۳۹۲ بیان دارد: «در مورد تصمیمات مورد اشاره در بندهای (الف) و (ب) این ماده، دادگاه اطفال و نوجوانان می‌تواند با توجه به تحقیقات به عمل آمده و همچنین گزارش‌های مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او، هر چند بار که مصلحت طفل یا نوجوان اقتضاء کند در تصمیم خود تجدیدنظر نماید.» از این رو، بر خلاف اصل فراغ دادرسی، می‌تواند دادرسی با تجویز قانونگذار بر مبنای قاعده مصلحت، در تصمیمی خود تجدید نظر کند.

۴. ماده ۵۰۹ ق.م.ا ۱۳۹۲ مقرر دارد: «هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست.» در این ماده مصلحت به معنی منفعت و سود عابران در نظر گرفته شده است، که توجه به مفهوم آرمانی و مطلوب مصلحت دارد.

۵. تبصره ۱ ماده ۶۴۰ ق.م.ا مقرر دارد: «مفاد این ماده شامل اشیائی نخواهد بود که با رعایت موازین شرعی و برای مقاصد علمی یا هر مصلحت حلال عقلایی دیگر تهیه یا خرید و فروش و مورد استفاده متعارف علمی قرار می‌گیرد.»

معنوی است که به عنوان یک فرد از اجتماع عظیم انسان‌ها از حقوقی مانند، آزادی داشتن حق عقیده، حق دارا شدن اموال، مسکن، شغل دلخواه و سایر مصالحی که مطابق قانون شخص حق دارد آن‌ها را کسب نماید، برخوردار است...؛ باید دانست، مصالح اجتماعی، نیز در برگزیده مفاهیمی چون نظم عمومی، امنیت اجتماعی، عدالت و اخلاق عمومی و سایر مصالحی که توسط قانون حیطه آن معلوم شده؛ و برای ناقضان آن ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته شده است». (برهانی، ۱۳۸۷: ۵۶)

مصلحت در حقوق کیفری، از مکاتب و مصالح عالی (اخلاق، آزادی، کرامت انسانی، عدالت) که در حقوق کیفری وجود دارد، تاثیر و نفوذ گرفته است. بر این اساس، در مورد جایگاه مصلحت در حقوق کیفری، برخی از پژوهشگران بر پایه مکاتب حقوق کیفری، مصلحت را در سه نظریه بررسی نموده‌اند:

در نظر اول، مصلحت در تقابل با مشکلات اجرای عدالت قرار می‌گیرد؛ در مواردی اجرای عدالت و تحقق آن (که به نظر برخی هدف حقوق و به نظر برخی دیگر مبنای حقوق است) باعث بروز مشکلاتی در جامعه می‌گردد. حال برای روبرو نشدن با این مشکلات و آثار منفی اجرای عدالت، تحقق عدالت را متوقف می‌کنیم. به عبارت دیگر اجرای عدالت به دلیل مفسدتی که در پی دارد متوقف می‌شود. مانند، معاذیر قانونی، اعاده دادرسی، مرور زمان، مفروض بودن عنصر معنوی در جرائم مادی صرف و غیره. (مقدم، ۱۳۸۸: ۲۵)

در نظر دوم، مصلحت در تأمین منافع و سود جامعه در اجرای مجازات؛ منظور از مصلحت در این بخش، آثار و نتایج بعدی است که از اجرای مجازات‌ها قابل تصور است. در حالی که، عدالت ناظر به گذشته است و مجازات کردن فرد به دلیل خطای گذشته او می‌باشد. همچنین، گاهی برای صرفه‌جویی در هزینه‌ها و جلوگیری از صرف منابع دست از اجرای عدالت می‌کشیم، در اینجا، دیگر اجرای عدالت مشکل‌آفرین نبوده و آثار منفی و تبعاتی به دنبال ندارد؛ بلکه، برای تأمین منافع بیشتر از تحقق عدالت جلوگیری می‌کنیم. در مواردی چون آزادی مشروط و یا تعلیق اجرای مجازات این مصداق از مصلحت مشاهده می‌شود.

در نظر سوم، مصلحت را راستای تغییرات ساختاری جامعه؛ بدین توضیح که، تغییرات همه جانبه جامعه انسانی اعم از سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و به ویژه صنعتی که به وجود آورنده نیازهای جدیدی هستند. در مواردی، اهمیت این نیازها و تغییرات ایجاد کننده آن‌ها به حدی است که عدم پاسخگویی یا پاسخگویی نامناسب، می‌تواند مشکلات بسیاری را برای فرد یا اجتماع رقم زند. مانند، قوانین راهنمایی و رانندگی، نظارت دولت بر تولید، فروش و پخش مواد غذایی، در راستای رعایت مصلحت در تغییرات ساختاری جامعه تبیین شده‌اند. (مقدم، ۱۳۸۸: ۲۷)

مصلحت در حقوق کیفری، در دو مرحله قانونگذاری و اجرای مجازات، بررسی می‌شود. در این راستا، ممکن است، در اجرای مجازات، با توجه به کلی بودن مفهوم مصلحت، از آن سوءاستفاده و اعمال غرض‌های منفی، همچون قدرت‌طلبی، اعمال بغض و کینه، حسادت و جانبداری توسط قاضی کیفری به کار رود. به همین خاطر، برخی از پژوهشگران در توصیف این حالت‌ها و مشکلات، اذعان داشته‌اند: «ممکن است، قاضی در تبیین تصمیم‌های قضائی خود یا قانونگذار در وضع قوانین، موضوعی را تحقیقاً به عنوان مصلحت برگزیند؛ طبعاً ما نمی‌توانیم، این مراجع را به حال خود رها کرده و زوایای موضوع را تبیین ننموده و معیاری برای تشخیص مصلحت بودن موضوع به دست ندهیم؛ چرا که، بدون شک، تبیین مفهوم‌های حقوقی از وظایف عالم حقوق است؛ در غیر این صورت، ممکن است نوعی هرج و مرج، و هوی و هوس جامعه را تهدید کند و مراجع اعمال کننده مصلحت، بدون هیچ ضابطه‌ای موضوعی به عنوان مصلحت انتخاب کنند؛ به ویژه اینکه، در خصوص مسائل کیفری، در جایی دست قاضی یا قانونگذار برای استنباط و اعمال نظر خویش باز است، باید دید کارشناسی و ضابطه نگر را تقویت نمود». (برهانی، ۱۳۸۷: ۵۸) جهت حل این مشکلات، عناصر کلی و جزئی برای مصلحت در نظر گرفته شده است.

عناصر کلی مصلحت کیفری، را نظم عمومی، عدالت، اخلاق تشریح نموده‌اند. در مورد نظم عمومی، این چنین گفته شده است: «بشر با احترام گذاردن به یکدیگر، از همان آغاز زندگی پذیرفته است که برای زندگی در اجتماع مجبور است، تابع نظم و یک سلسله مقررات و قواعد بشود، که هم محدودکننده و هم سلب‌کننده می‌باشد...؛ بر این اساس، قاضی یا حقوقدان در رجوع به مبانی برای مصلحت باید به دنبال آن مصلحتی باشد، که برای جامعه یا فرد مضر نباشد؛ و در بردارنده «نظم» باشد، به طوری که از اعمال آن مصلحت، نظم عمومی آسیب نبیند». از سوی دیگر، در مورد جنبه عدالت اذعان شده است: «بدون شک، قاضی یا حقوقدان یا قانونگذار هنگام توجه به موضوع مصلحت‌آمیز، به صبغی عادلانه بودن آن نیز توجه و عنایت می‌کند؛ بی‌شک، حقوق خالی از عدالت، حقوق نیست». از جنبه اخلاقی نیز اظهار نموده‌اند: «قاضی کیفری در رجوع به مبانی، قطعاً الزام به رعایت اخلاق دارد، حکم بدون در نظر گرفتن اخلاق غیرقابل اجراست و در صورت اجرا نتایج وخیم اجتماعی و فرهنگی خواهد داشت؛ این است، که قاضی بایستی برای یافتن مصلحت کوشش کند که اصول اخلاق حسنه در آن رعایت شده باشد. (برهانی، ۱۳۸۷: ۶۲)

عناصر جزئی مصلحت کیفری را، در چند مورد شناسایی می‌تواند شود. مورد اول اینکه، تناسب و فایده مجازات با شخصیت مجرم و جرم ارتكابی؛ به گونه‌ای که، در صورت صور مختلف مجازات، ترتیب اتخاذ شود، که بیشترین تناسب و تأثیر را بر مجرم و اجتماع داشته باشد. به موجب «اصل بیشترین فایده برای بیشترین افراد»، هم افراد و هم دولت و قانونگذاران، باید در چارچوب تأمین بیشترین لذت برای بیشترین افراد گام بر دارند. به اضافه، در مورد مبانی سودمندی بیان شده است، اولاً اصل سودمندی مبتنی بر لذت‌گرایی است، ثانیاً ارزش هر عملی بسته به نتایج است، که در پی دارد. نظریه سود، معتقد است هیچ چیز فی نفسه ارزش ندارد، بلکه باید دید چه آثار و نتایجی را بر آن مترتب است. (چاچمکی، یوسفی ساداتی، ۱۳۹۰: ۲۹۶) مورد دوم اینکه، جرم ارتكابی، خاصیت جلوگیری کننده از تکرار جرم به وسیله مجرم داشته باشد؛ به شیوه‌ای که، پس از اجرای حکم، مجرم مجدداً برای ارتكاب همان جرم یا جرایم مشابه اشتیاق پیدا نکند؛ یا لاقلاً جرم ارتكابی بعدی با جرم قبلی هم ریشه نباشد. مورد سوم اینکه، خاصیت اصلاح، بازپروری و اجتماعی کردن مجرم؛ به طریقی که مجرم به اجتماع بازگردد؛ و حالات ضد اجتماعی مجرم شناخته شود؛ و نحوه رفتار با مجرم در حکم ذکر؛ و از سوی متولیان اجرای حکم خواسته شود. (برهانی، ۱۳۸۷: ۶۸)

نتیجه بحث در مورد مفهوم مصلحت در حقوق کیفری اینکه، در حقوق کیفری اغلب مصلحت به عنوان نظم عمومی و عاملی جهت جایگزین نمودن اجرای مجازات به بیشترین سود برای بیشترین افراد کارکرد دارد. به گونه‌ای که، مصالح مختلفی در حقوق کیفری تعیین‌کننده مجازات خواهند بود و برای تعیین آن به نفع (مصلحت) جامعه و شخصیت مجرم اخیراً توجه بیشتری شده است؛ به ویژه آنکه، اگر مجرم طفل باشد، مصلحت در مجازات نکردن و تربیت وی خواهد بود.

به صورت کلی، در حقوق کیفری مفهوم مصلحت نوشته شده، عنصری جهت اعمال حق بر مجازات نشدن^۱ یا اجرای مجازات متناسب یا اجرای حداقلی مجازات (حداقل‌گرایی) استفاده می‌شود، که این امر می‌تواند همراه با مجازات نکردن و اقدامات جایگزین مجازات باشد؛ دیگر اینکه، عنصر شماری رعایت مصلحت در حقوق کیفری، در رعایت مصلحت نمایندگان، دارای فایده و اثر است. به اضافه، راهکارهایی که در حقوق کیفری برای رعایت مصلحت طفل کاربرد دارد، در مورد رعایت مصلحت توسط ولی قابل توجه و تطبیق می‌باشد. همچنین، اثرات سویی که از اختیارات وسیع در استفاده از مفهوم مصلحت در حقوق جزا وجود دارد؛ به همان ترتیب، قابل سرایت به حقوق خصوصی و حقوق نمایندگان خواهد بود.

1. The right unaccomplishment; Lack of accomplishment ;The state of being unaccomplished.

کارکرد مصلحت در حقوق خصوصی

مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، اصولاً به حمایت از «حق شخصی»^۲ می‌پردازد؛ به این ترتیب، در تعارض میان، حق خصوصی و مصلحت، حمایت از حقوق مدنی^۳ یا فردی، از اهداف این گرایش است. به تعبیر دیگر، مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، جنبه‌های شخصی حق را در اولویت قرار می‌دهد؛ از این بابت، جنبه‌های عمومی حق و مصلحت عمومی، هنوز قدرت مقابله با جنبه‌های شخصی را در گرایش حقوق خصوصی را نیافته‌اند.

به صورت مقایسه‌ای بر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی و عمومی، می‌توان اذعان داشت، غایت اصلی در حقوق عمومی، تأمین مصلحت یا منفعت عمومی است؛ لیکن، در حقوق خصوصی هدف حفظ ثروت و رعایت مصالح شخصی است. در این رابطه، برخی از پژوهشگران به صورت مبنایی تفاوت حقوق خصوصی و عمومی را در عنصر مصلحت دانسته‌اند و اینگونه می‌نویسند: «حقوق عمومی همواره در پی تأمین مصلحت عمومی است؛ در حالی که، حقوق خصوصی در راستای مصلحت افراد حرکت می‌کند و تأمین مصالح فردی را سرلوحه قرار می‌دهد؛ با این حال، منتقدان ایراداتی بر این معیار وارد دانسته‌اند، از نظر این دسته از منتقدان، تشخیص مصلحت عمومی و خصوصی از یکدیگر اغلب دشوار است و چندان آسان نمی‌تواند باشد؛ بر این اساس، نمی‌توان تصور روشنی از تمامی مصادیق مصلحت عمومی و خصوصی داشت... علت این امر آن است که، اولاً، هر قاعده حقوقی کم و بیش نفع عمومی را مورد توجه قرار می‌دهد و در این بین قواعد حقوق خصوصی، مانند قواعد مربوط به مالکیت و قواعد حاکم بر ارث، در نهایت منافع جمعی را محقق می‌سازد؛ زیرا، در دسته نخست از این قواعد تحدید حدود، مالکیت اشخاص، نظم اقتصادی جامعه را سبب می‌شود؛ و در دسته دوم، قواعد تعیین درست سهم الارث هر یک از طبقات ارث مانع اختلافات و دعاوی مخل نظم و آرامش عمومی می‌گردد. ثانیاً، تحقق هر یک از مصالح عمومی و خصوصی در بسیاری از موارد در گرو تحقق دیگری است و در حقیقت حمایت از مصالح خصوصی، تأمین مصالح عمومی را به دنبال دارد و بالعکس.» (پروین، ۱۳۹۰: ۳۹) به نظر می‌رسد، هر چند به صورت کلی می‌توان اذعان داشت که تمامی قواعد و اصول حقوقی در راستای نظم جامعه، مصلحت عمومی را به دنبال دارند؛ لیکن، حقوق، علم اصل و استثناست، (ساکت، ۱۳۸۷، ۲۱۹) نمی‌توان به صورت کلی یک اصل بدون استثناء، در نظر گرفت و هر اصلی در حقوق، خلاف اصل‌هایی را به دنبال دارد؛ پس، به صورت کلی، در حقوق عمومی، مفهوم مصلحت، اصولاً بر منبع مصلحت عموم جامعه استوار است؛ در مقابل، در حقوق خصوصی، اصولاً مصلحت بر مبنای مصالح شخص یا اشخاص تعیین می‌شود.

ممکن است این سوال به ذهن خطور نماید، منظور از جنبه‌های شخصی حق چیست؟ در پاسخ باید دو بُعد را بیان داشت؛ از یک بُعد، منظور از حقوق شخصی، از حیث تقسیم‌بندی و منابع، آن است؛ که حق شخصی در مقابل حق مشترک و یا حق عمومی، ترجیح دارد؛ از بُعد دیگر، از حیث منافع دارنده حق شخصی و ضابطه‌های حق فردی ارزیابی می‌شود؛ بر این اساس، در تقابل جنبه‌های فردی و عمومی حق، عناصر و منافع فردی آن، مانند، حق مالی دارنده حق، حق غیر مالی صاحب آن، شخصیت و آزادی صاحب حق، دارایی فردی و مالکیت شخصی و ... از اهمیت اساسی برخوردار هستند. در خصوص بُعد اخیر، اذعان شده است: «حقوق خصوصی، به فرد پیوند می‌گیرد و دارنده آن می‌تواند از آن چشم‌پوشد و گذشت نماید، سازش کند یا آن را پس بگیرد و اسقاط کند...» (ساکت، ۱۳۸۷، ۷۰) همچنین، حقوق خصوصی یا مدنی،

2. Personal rights.

3. Civil rights.

حقوقی است که به هر فردی از کشور یا جامعه یا به تعبیر دیگری، به همه ساکنان آن بستگی دارد و به سازمان یا اراده دولت وابسته نیست؛ حقوق مالکیت، زناشویی، آزادی، دادوستد، برخورداری از حمایت قانون، دادخواهی کردن (با مراجعه به مراجع قضائی) در شمار حقوق خصوصی است. (ساکت، ۱۳۸۷، ۷۰) این سوال نیز وجود دارد، که از میان حقوق شخصی، کدام جنبه ارجحیت دارد؟

حق مالی، از مهمترین حقوق شخص محسوب می‌شود؛ خصوصاً در اشخاص حقوقی که وجود حقوق مالی، مقوم شخصیت آن است. (باریکلو، ۱۳۹۰: ۱۰۳) به دیگر سخن، حفظ ثروت و رعایت حقوق مالی از اغراض مهم، در حقوق شخصی است. البته، در امور خانوادگی و نمایندگی که از زیر مجموعه‌های حقوق خصوصی هستند، ممکن است اهداف مالی در درجه دوم اهمیت باشند؛ و جنبه‌های دیگر حق شخصی مانند، جنبه عاطفی و معنوی ارجحیت پیدا نماید. در این راستا، در حقوق مالی، اصولی مانند اصل حاکمیت اراده، اصل مشروعیت حق، اصل حرمت حق و حمایت قانونی از آن، از حق شخصی حمایت شدیدی می‌نمایند. (باریکلو، ۱۳۹۰: ۱۰۸)

بدینگونه، اصل حاکمیت و آزادی اراده، حمایت از حق شخصی را مبنای خود قرار داده؛ و به صورت استثنایی، به جنبه‌های مصلحت شخصی (حمایت از فرد) یا مصلحت عمومی نیز توجه دارد. توضیح بیشتر صورت استثنائی اینکه، در مواردی مصلحت شخصی، فرد ایجاب می‌نماید، قانونگذار در قلمرو اصل حاکمیت اراده دخالت نماید؛ و در موارد محدودی آن اصل را، به خاطر رعایت مصالح شخصی؛ از قبیل، حفظ ثروت و تحصیل مال از طریق مشروع؛ از طریق نهادهای حقوقی، مانند نفی معامله غرری و نفی ربا در معاملات، تغییر دهد؛ در نتیجه، برخلاف اصل حاکمیت اراده، بی اعتبار توافق را، بر مبنای مصلحت شخصی در راستای حمایت از فرد اعلام دارد.^۱

افزون بر آن، مصلحت عمومی در قالب نظم عمومی،^۱ در حقوق خصوصی دخالت نموده است و از طریق نظم عمومی و اخلاق حسنه، مصالح عمومی در نظر گرفته، که به صورت استثنائیه، مهم مورد نظر است. در تأیید این مطلب، اذعان شده است: «در قلمرو قراردادهای، قوانین امری و نظم عمومی استثنائی هستند و اصولاً اراده افراد حاکم و نافذ هستند». بنابراین، این مصلحت هست که باعث وجود قوانینی امری و نظم عمومی شده؛ و قوانینی را برای نظم و مصلحت جامعه به وجود آورده است، که خلاف اصول مسلم حقوق خصوصی، ضابطه اندیشی می‌نماید.

بر این اساس، مصلحت، به عنوان مبنای، در جهت عدول از حق شخصی، در قالب نظم عمومی (سیاسی و اقتصادی) کارکرد خود را بروز داده است؛ به این صورت که، نظم عمومی سیاسی، که همان نظم عمومی سنتی است، هدفش حمایت از دولت، فرد و جامعه است و مانع از آن است که افراد بتوانند با قراردادهای خود به ارکان اجتماع آسیب بزنند؛ از طرف دیگر، نظم عمومی اقتصادی، به مفهوم جدید دارای دو هدف است، یکی حمایت از طبقات ضعیف جامعه (نظم عمومی حمایتی) و دیگر، ارشاد و رهبری در امور اقتصادی (نظم عمومی ارشادی)، در نتیجه، نظم عمومی، در قالب نظم عمومی سیاسی، اقتصادی و حمایتی، به مصالح

۱. به عنوان نمونه، در ماده ۴۰۱ ق.م.ا.ع.م اعلام شده است: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است؛ این تفکر، در راستای حمایت از مصلحت شخصی فرد در نظر گرفته شده است؛ به این صورت که، شخص حق دارد برای خود خیار شرط و مدت تعیین نماید؛ لیکن، مصلحت شخصی وی ایجاب می‌نماید، مدت آن معلوم و مشخص باشد؛ تا از ورود ضرر و خطر به وی جلوگیری شود. در نتیجه، مصلحت شخصی، در اندیشه حمایت از حق فردی است.

اجتماعی مورد نظر (حمایت از طبقات فرد، خانواده، دولت، افراد ضعیف، رهبری اقتصاد ملی، تثبیت قیمت‌ها و...) در قالب نفوذ بر روابط خصوصی نایل می‌شود.

در مورد مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، به صورت تحلیلی مطلبی صراحتاً اظهار نشده است. با این حال، برخی از نویسندگان، در رابطه اذعان داشته‌اند: «مصلحت درجه بالاتری از متعارف است؛ و وکیل، نه تنها باید مثل یک انسان متعارف عمل کند؛ بلکه، باید مصلحت خاص موکلش را نیز رعایت نماید. (ره پیک، ۱۳۸۷: ۹۷)

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، اصولاً به حمایت از منافع اصیل اختصاص دارد؛ از این رو، نماینده باید حقوق شخصی، اصیل را رعایت نماید؛ توضیح بیشتر اینکه، نماینده باید امور مالی، به صورت معیاری حداقلی، حقوق مسلم اصیل را رعایت نماید؛ و به صورت معیاری متعارف، کوشش در جهت تحصیل بیشترین سود و منافع انجام دهد؛ از سوی دیگر، نماینده باید در امور غیر مالی، مانند فردی متعارف و دلسوز، منافع و حقوق غیر مالی، منوب عنه را رعایت نماید. بنابراین، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، دفاع از حقوق مالی و یا غیر مالی، از منظر حقوق شخصی اصیل است.

در تأیید نظر فوق، که نماینده منافع اصیل را باید رعایت نماید؛ استدلال می‌شود که، اذن ابراز شده از جانب اصیل، مشروط به رعایت مصلحت برای صرفاً خود اصیل است؛ در این خصوص اذعان گردیده است، بر حسب قاعده «استئمان» اذن رکن و شرط امانت است، ولی کافی نیست؛ یعنی مالک یا شارع، وقتی به شخصی اذن می‌دهد که در مال دیگری تصرف کند، زمانی آن شخص مسئولیت ندارد که تصرف وی برای مصلحت مالک باشد؛ مثلاً، کسی که مالی را پیدا می‌کند و صاحب آن مال، مجهول باشد، می‌تواند آن مال را به تملک خودش در آورد یا از سوی مالک، صدقه بدهد یا آن را برای مالکش نگهداری کند؛ تصرف در حالت سوم، به مصلحت مالک است؛ بنابراین، اگر مال نزد متصرف، تلف شود ضمانت و مسئولیتی ندارد؛ اما، تملک یا صدقه دادن مال به مصلحت مالک نیست؛ و اگر مال نزد متصرف، تلف شود ضامن آن است؛ هر چند اذن در تصرف داشته باشد. همچنین، صرفاً باید به مصلحت مالک باشد؛ بنابراین، اگر برای مصلحت مالک و متصرف باشد، باز هم اذن، رافع ضمانت نیست؛ مثلاً مستأجر برای مصلحت خود (نفع بردن مال) و مصلحت مالک (گرفتن اجاره بها)، عین مستاجر را به تصرف خود در می‌آورد؛ اگر مال نزد وی تلف شود، ضامن است. به همین جهت است، که در موارد زیادی به رغم اینکه، اذن مالک یا شارع برای متصرف وجود دارد؛ اما باز هم فقها حکم به ضمان داده‌اند؛ مانند مالی که خریدار قبل از خریدن آن را بر می‌دارد تا آزمایش کند (مأخوذ بالسوم) و مال نزد او تلف می‌شود، یا مالی که با عقد فاسد در تصرف خریدار قرار می‌گیرد، زیرا این تصرفات برای نفع و مصلحت متصرف است؛ مثلاً در حالت اول، مال را بر می‌دارد تا آزمایش کند و مغبون نشود؛ و در حالت دوم مال را بر می‌دارد تا عوض مالش باشد». (زراعت، ۱۳۸۸، ۱۳۸) در نتیجه، در ارتباط با رعایت مصلحت بین اصیل و نماینده چند حالت متصور است:

اول اینکه، نماینده صرفاً و کاملاً به مصلحت و منفعت اصیل عمل نماید.

دوم اینکه، نماینده، به مصلحت شخص ثالث و اصیل معامله نماید.

سوم اینکه، نماینده به مصلحت اصیل و خود عمل نماید.

در حالات فوق، منظور از مصلحت این است که نماینده، صرفاً به مصلحت اصیل اقدام نمایند؛ در غیر این صورت، ضامن است.

با این وجود، در مواردی که ممکن است، نماینده به نمایندگی، از لحاظ و موضع حقوق عمومی و یا شغل حرفه‌ای، اشتغال داشته باشد؛ به این خاطر، رعایت مصالح مورد نظر در حقوق عمومی یا صنف حرفه‌ای، را باید در مفهوم مصلحت در نمایندگی آن‌ها، دخیل دانست. در تأیید این مطلب بیان شده است:

«وکلاء، علاوه بر نماینده بودن موکلین خود، افسران (ناظران) دادگاه هستند؛ به همین خاطر، این موضوعی است که خودشان می‌توانند بر دادگاه نظارت داشته باشند؛ و وظیفه در دسترسی به عدالت، قدرت، بی‌طرفی، یکسان‌سازی دادخواهی دارند.» (Dobrah, 1987: 39). بنابراین، این مصالح عالی و ذهنی، از قبیل عدالت، امنیت، دفاع از میهن، دفاع از حاکمیت، دفاع از استبداد، مقابله با فساد، مقابله با بی‌نظمی، از جمله مصالح عالی و ساخته و پرداخته ذهن. عالم اعتبار هستند که، مورد تأکید حقوق عمومی است؛ و امروزه در حقوق نمایندگی اهمیت یافته‌اند و دخالت دارند. در تأیید آن، اذعان شده است: «اگرچه وکلا، برای موکلین خود خدمات انجام می‌دهند، اغلب حقوق عمومی نمایندگی، به نکاتی توجه دارد که رابطه وکیل و موکل را ارزیابی می‌نمایند...» (Dobrah, 1987: 32).

به عنوان مثال، زمانی که یک وکیل دادگستری به عنوان مدافع وکیل دادگستری فعالیت دارد، باید علاوه بر منافع شخصی اصیل، در اجرای عدالت به عنوان مصالح عمومی نیز کوشا باشد؛ زیرا، به عنوان یک شخص حرفه‌ای فعالیت می‌نماید؛ افزون بر آن، از وظایف درون سازمانی وی رعایت قسم نامه‌ای است^۱ که مکلف به اجرای عدالت شده است؛ افزون بر آن، کانون وکلای دادگستری، نهادی مرکب از ظرفیت‌های حقوق خصوصی و عمومی است، که رعایت مصالح و منافع عمومی مورد لحاظ و تأکید آن صنف می‌باشد؛ بر این اساس، وکیل باید به عنوان یک زیرمجموعه کانون وکلای دادگستری، به مصالح و منافع عمومی نیز توجه داشته باشد.

در نتیجه، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی عبارت است از اینکه، نماینده صرفاً باید مصلحت خاص (خصوصی) اصیل را رعایت و مراقبت نماید؛ از این رو، اگر مصلحت شخص ثالث، متصرف یا شخصی خود را - به صورت مستقل یا همراه با مصلحت اصیل - در نظر بگیرد؛ از مصلحت خاص اصیل خارج شده است و مسئول تلقی می‌گردد. با این وجود، در نظم کنونی حقوق نمایندگی، برخی از نماینده‌ها که در موضع حقوق عمومی و مشاغل حرفه‌ای مانند، وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی، فعالیت دارند، باید به مصالح عمومی (عام) و عادلانه، مانند، عدالتخواهی، رعایت بی‌طرفی، احترام به قوانین، دفاع از حاکمیت ملی، یکسان‌سازی دادرسی و مانند این موارد که مورد تأکید عموم جامعه یا صنف خاص است، را رعایت نمایند.

کارکرد مصلحت در نظام حقوقی کامن‌لا

همانطور ذکر شد، مصلحت در نظام حقوقی ایران، عنوانی کلی، آرمانی و چالش برانگیز است؛ به همین خاطر، تطبیق این مفهوم با حقوق کامن‌لا^۱ به صورت دقیق و مشخص پیش‌بینی نشده است. شاید به این

1. Officer of court: A person is charged with upholding the law and administering the judicial system, typically, refers to a judge, clerk, bailiff, sheriff, or the like, but the term also applies to a lawyer, who is obliged to obey court rules and who owes a duty of candor to court. Bryan A. Garner (2006). (Black's law dictionary, united states of America: Thomson/west, Third edition, p 509).

۱. عین متن قسم نامه وکلای دادگستری، به این شرح است: «در این موقع که می‌خواهم به شغل شریف و کالت ناال شوم، به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌کنم که همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده، و جز عدالت و احقاق حق منظوری نداشته، و بر خلاف شرافت قضاوت و کالت اقدام و اظهاری ننمایم. و نسبت به اشخاص و مقامات قضائی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر اشخاص، رعایت احترام را نموده، و از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه توزی و انتقام جوئی احتراز نموده و در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهم راستی و درستی را رویه خود قرار داده و مدافع از حق باشم. و شرافت من وثیقه این قسم است که یاد کرده و ذیل قسم نامه را امضاء می‌نمایم.»

1. Common law.

علت باشد که، در حقوق کامن‌لا، ویژگی‌هایی وجود دارد، که با نظام حقوقی ایران متفاوت می‌باشد؛ به همین روی، انطباق این مفهوم کلی، با تعدد مفاهیم مواجه خواهد شد. شایان ذکر است، این یکی از مشکلات حقوق تطبیقی و ترجمه اصطلاحات حقوقی است، که برخی از نویسندگان اظهار داشته‌اند: «در برخی اصطلاحات زبان اصلی، ترجمه معادل ندارند...» و در هر کشوری کلمات، اصطلاحات، مفاهیم و نهادهای حقوقی در فضای آن کشور شکل و معنی یافته‌اند». (شیروی، ۱۳۹۳: ص ۸۷) بنابراین، باید برای شناسایی بهتر مفهوم مصلحت در کامن‌لا، با ویژگی‌های قواعد آن نظام بیشتر آشنا شویم.

ویژگی قواعد و مفاهیم اساسی، در نظام حقوقی کامن‌لا، در مقایسه با نظام حقوقی ایران از قرار ذیل است:

اول. اغلب قواعد و مفاهیم حقوقی کامن‌لا، در راستای موارد جزئی و پرونده‌های خاص قضائی در حقوق تشکیل، ترویج، تفسیر، ترقی پیدا نموده‌اند. بنابراین، اصولاً عناوین و مفاهیم کلی، در حقوق کامن‌لا جایگاهی و موقعیت برتری ندارند.

دوم. در کلیه نظام‌های حقوقی برای رسیدن به حکم (نتیجه) یک موضوع مشخص، از منطق حقوقی استفاده می‌نمایند. در این راستا، منطق حقوقی در نظام کامن‌لا، اغلب بر اساس قیاس و تطبیق می‌باشد؛ بدین صورت که، از یک قضیه جزئی (حسن شیشه منزل حسین را شکست و به تعویض شیشه محکوم شد) و به قضیه جزئی مشابه (احمد با ماشین به دیوار خانه تقی زد و آن را خراب کرد) یک نتیجه (احمد باید دیوار خانه را بازسازی کند) تشکیل و وضع می‌شود. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۱۶) در حالی که در نظام حقوقی ایران یا نظام‌هایی که حقوق نوشته^۱ دارند، قاضی یک مورد جزئی را در قالب پرونده به، حکم قانونی کلی، تطبیق می‌دهد؛ مانند اینکه، در یک پرونده و موضوع خاص (نماینده‌ای که کمتر از قیمت رایج معامله نماید) را با یک قاعده کلی (رعایت مصلحت اصیل توسط نماینده) تطبیق می‌دهد.

سوم. در حقوق کامن‌لا، در راستای منبع‌سازی رویه قضائی، با افزایش غیرقابل شمارش، قواعد و مفاهیم حقوقی مواجهه خواهیم شد. در مقابل، در نظام حقوقی ایران و نظام‌های نوشته، اکثراً قاعده و مفاهیم حقوقی را قانونگذار پدید می‌آورد و قواعد حقوقی قابل شمارش هستند. در این راستا، برخی از حقوقدانان اظهار داشته‌اند:

«در پاره‌ای از موضوعات، در کشورهای رومی- ژرمنی^۱ به علت تمایل به تقلیل حقوق به اصولی چند، شاید بیش از حد به قاضی آزادی تشخیص و ارزیابی داده‌ایم؛ زیرا، تصور کرده‌ایم که کار علمای حقوقی و قانونگذار نمی‌تواند به بررسی وقایع و امور موضوعی تنزل پیدا کند. بدین سان، حقوق ما^۲ از نظر یک انگلیسی از چهار چوب‌هایی درست شده است که در داخل آنها، تغییر محتوای قواعد حقوقی، به نحوی که چندان موافق امنیت روابط حقوقی نیست، آسان است. حقوق انگلیس این احساس را در ما ایجاد می‌کند، که ما آن را پر از تعاریف و راه‌حل‌های جزئی می‌یابیم؛ لیکن، به نظر ما بهتر است، آنها را به تصمیم قاضی در هر مورد خاص واگذار کنیم، نه آنکه قاضی را مقید کنیم، که آنها را از طریق اجرای «قاعده سابقه»^۳ به دست آورد». (صفائی، ۱۳۹۵: ۲۰۱)

بنابراین، تعاریف و راه‌حل‌های جزئی در حقوق کامن‌لا بسیار زیاد است؛ زیرا، قاضی از وقایع موضوعی خاص پرونده، استنباط خاصی می‌تواند داشته باشد. در حالی که، در حقوق ایران، این راه‌حل‌ها محدود و به

2. Civil law.

1. Romano – Germanic legal system.

۲. منظور از حقوق "ما" در این نقل قول، نظام حقوقی فرانسه یا نظام‌های رومی-ژرمنی می‌باشد.

3. Stare decisis.

صورت غالباً کلی می‌باشد؛ مانند مفهوم و اصل رعایت مصلحت، که یک مفهوم و اصل کلی است؛ و در حقوق کامن‌لا، در خصوص آن با راه‌حل‌های جزئی و متعدد رو به رو خواهیم شد.

چهارم، در حقوق کامن‌لا، قانون به عنوان منبع دوم، ثانوی و تکمیلی نظام حقوقی، فرض شده است؛ و رویه قضائی منبع اصلی حقوق کامن‌لا است؛ و قاضی باید با توجه به سابقه قضائی در آرای مشابه تصمیم‌گیری نماید. در این رابطه، برخی از حقوقدانان، اذعان داشته‌اند:

«حقوق کامن‌لا، اصولاً ساخته‌ی آرای قضائی است، عنصر عمده در سیستم کامن‌لا، اصل پیروی از رویه قضائی^۱ است، امروزه، از قانون ساخته و پرداخته دست قضات صحبت می‌شود. قضات در زمان تصمیم‌گیری در مورد یک پرونده، باید به حقوق عرفی ماقبل بر مبنای تصمیم‌گیری پرونده‌های مشابه، اتخاذ شده تصمیم‌گیری نمایند؛ نظریه پیروی از سابقه قضائی به سلسله مراتب دادگاه‌ها برای اعمال آن بستگی دارد؛ دادگاه‌ها ملزم هستند که از تصمیمات قضائی دادگاه‌های بالاتر و معمولاً تصمیمات قبلی خودشان پیروی نمایند». (مهر، ۱۳۸۵: ۹۷)

در مقابل، در نظام‌های حقوق نوشته و نظام حقوقی ایران، اصولاً بر اساس قانون و اصل تبعیت قاضی از قانون (اصل حاکمیت قانون) شکل گرفته است؛ در این راستا، اذعان شده است: «آرای قضائی در کشورهای حقوق نوشته، عادتاً جز نقش ثانوی و فرعی نقشی ایفا نمی‌کنند؛ کد ژوستنتین^۲ اعلام می‌دارد: «حکم دادگاه، باید مبتنی بر قانون باشد، نه وقایع دعوی». (صفائی، ۱۳۹۵: ۲۱۷) به اضافه، در نظام حقوقی ایران، حکم دادگاه بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۳ و سایر قوانین عادی، بر اساس قانون، فتاوی معتبر و اصول حقوقی مبتنی می‌باشد؛ علی‌الاصول حکم دادگاه دیگر، برای دادگاه دیگر الزامی ایجاد نمی‌نماید، حتی نظریه‌های مشورتی، جنبه ارشادی و غیر الزامی دارند و استناد به نظریه‌های مشورتی برای قاضی تخلف از اصل حاکمیت قانون به شمار می‌رود و در آرای دادگاه انتظامی قضات، تخلف انتظامی محسوب شده است.

پنجم، کامن‌لا، بر اساس عرف شناخته شده توسط قضات، شکل گرفته است؛ و مفاهیم حقوقی توسط قضات تعبیر و تفسیر می‌گردد؛ در مقابل، در نظام حقوقی رومی-ژرمنی بر اساس مکاتب فلسفی و منطقی و نظریه حقوقدانان مفاهیم حقوقی واجد وصف فلسفی و فکری شدند. همچنین، مفهوم مصلحت در نظام حقوقی ایران از نظریه‌های فقهی و فلسفی سرچشمه گرفته است؛ در حالی که، در کامن‌لا، از پرونده‌های قضائی و منطقی قضائی یا به تعبیری «وجدان قاضی» که در نظر شخصی قضات کامن‌لا بوده است، شکل و رونق گرفته است. (عرفانی، ۱۳۹۱: ۲۴)

بنابراین، در نظام کامن‌لا، در تطبیق یک مفهوم یا اصل کلی نوشته شده، اغلب با جزئیات همسان مواجهه خواهیم شد. بنابراین، در تطبیق عنوان مصلحت با نظام حقوقی کامن‌لا، با افزایش اصول یا عناوین مختلفی مصادف خواهیم شد. پس، در حقوق کامن‌لا، به خاطر ویژگی‌های آن نظام حقوقی، مفهوم مصلحت به مثابه حقوق ایران، به صورت معادل دقیق و قابل تطبیق مشهود نیست. با این وجود، برای حل این مشکل که نماینده‌های حقوقی از اختیارات خود سوءاستفاده نمایند و مصلحت اصیل را رعایت نمایند؛ ضوابط و

1. Case law and judicial precedent.

2. Corpus juris civilis of justinian.

۳. اصل ۱۶۷ ق. ا مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

تکالیف مختلفی پیش‌بینی شده است. در تأیید این مطلب، اذعان گردید: «در کامن‌لا و به طور کلی در حقوق اروپایی اجرای دستورات اصیل، احتیاط و مراقبت و به کار بردن مهارت و رعایت و حُسن‌نیت از وظایف نماینده شمرده شده است». (عبدی پور، ۱۳۸۷: ۶۹)

مفهوم مصلحت، در نظام کامن‌لا، ذیل بحث «رابطه‌ی امانی»^۱ قابل تطبیق و طرح هست. به این شرح که، رویه قضائی و مقررات قانونی، به ندرت تعریفی از رابطه‌ی امانی ارائه می‌دهند. مقرراتی^۲ مانند شرح حقوق آمریکا^۳ و قوانین متحدالشکل و موضوعه از قبیل مجموعه قوانین متحدالشکل تراست،^۴ تعاریفی از نمونه‌های خاص رابطه‌ی امانی برای متون قانونی اظهار داشته است. در این راستا، در مقررات تراست، دستورالعمل‌ها و استانداردهایی برای سرمایه‌گذاری در دارایی‌های سپرده شده تعریف شده است. برخلاف منافع شخصی که فرد در معامله انتظار دارد، در سایر قسمت‌های حقوق خصوصی، اگر فرد ترغیب به آن نشود، رابطه‌ی امانی به طور معمول به وسیله اعتماد قوی بین فردی بین ذی نفع و امین مشخص شده اند؛ این رابطه، بر اساس اعتماد و اطمینان خاطر معقول بین یک فرد به دیگری شکل می‌گیرد. (Charles Laing, 2013: 14)

با نگرشی بر روند تاریخی روابط امانی، مردم براساس قدرت و ثروت به برخی اشخاص، اعتماد می‌نمودند؛ ولی، معمولاً، این افراد به نفع خود مال را تصاحب یا از اختیارات سوءاستفاده می‌نمودند؛ به دیگر سخن، نمایندگان از میان منافع خود، اصیل و جامعه، منفعت خویش را بر مبنای جلب منفعت شخصی و حرص به کسب پول و دارایی بیشتر و... انتخاب می‌نمودند. (Frankle, 2011: 98)

فشرده سخن اینکه، «وظایف امانتی»^۱ به عناوین مختلفی، تقسیم شده است؛ در این راستا، مفاهیم مختلفی از قبیل، تعهد به وفاداری،^۲ تعهد به مراقبت و مهارت،^۳ تعهد به حسن نیت،^۴ تعهد به تحصیل منفعت برای اصیل و نداشتن تعارض منفعت^۵ برای خود یا دیگری، زیر عنوان وظایف امانی و وظایف ضمنی نمایندگی در نظر گرفته شده‌اند. (Bowstead, 1996: 45 and Reynolds)

یکی از تعهدات مهم، رابطه امانی، تعهد به وفاداری است. امانی بودن رابطه‌ی نمایندگی، این تعهد را بر نماینده تحمیل می‌کند که وی نسبت به اصیل وفادار باشد و منافع و مصالح او را بر هر چیزی مقدم دارد. در این راستا، در جایی که نماینده در موقعیتی قرار گیرد که منفعت شخصی‌اش بر اجرای وظیفه‌ی نماینده در برابر اصیل، تأثیر بگذارد، مکلف است اوضاع و احوال اساسی را به‌طور کامل به اطلاع اصیل برساند؛ تا اصیل بتواند با آگاهی کامل، به نماینده دستور دهد. اگر نماینده به این وظیفه خود عمل نکند، اصیل می‌تواند عمل حقوقی وی را غیر قانونی بداند و آن را تنفیذ نکند و خسارات خود را درخواست کند. (Gold, & Miller, 2016: 326)

1. Fiduciary relation.

2. See ,e.g., Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C. and Employee Retirement Income Security Act of 1974.

3. ALI.

4. Trust.

1. Fiduciary duty.

2. Duty of loyalty.

3. Duty of care and skill.

4. Bona fide.

5. Conflict of interest.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در اصطلاح، کارکردی مطلوب دارد، که ابعاد ذهنی و عینی مختلفی را داراست. به این تفصیل که، در تعریف ذهنی مصلحت، هر امر مطلوب و آرمانی است که ذهن آن را پدید می‌آورد و به مطلوب بودن و سودمندی آن تردید ندارد؛ از این رو، این مفهوم ذهنی مصلحت، می‌تواند مترادف با انصاف، عدالت، اخلاق، نظم، امنیت، سلامت و امثال آن باشد، که می‌تواند منبع و مبنای استنباط و اجرای بسیاری از مسائل حقوقی باشد؛ به همین جهت، ممکن است، در استعمال از ابزار مصلحت در مفهوم ذهنی، عین اصطلاح مصلحت نوشته نشود و مفهوم مصلحت نقش نانوشته‌ی خود را ایفاء نماید. مثلاً وکیل باید مصلحت موکل را رعایت نماید، به مفهوم ذهنی و مطلوب مصلحت اشاره دارد.

از سوی دیگر، مصلحت، در مفهوم عینی، ابزاری در جهت تأمین اغراض و ضرورت‌های، قانونگذار یا اصیل یا هر دو آنها می‌باشد؛ که بر خلاف حق شکل گرفته شده، اهدافی را لازم فرض نماید، که باعث عدول از حقی مسلم و شکل گرفته شده خواهد شد. از این رو، اصولاً مفهوم عینی مصلحت، ابزاری جهت اجرای قاعده ثانویه، خلاف قاعده، خلاف عرف و خلاف رویه استعمال می‌شود. دیگر اینکه، اغلب، در مفهوم عینی مصلحت، عین اصطلاح مصلحت، نوشته و درج می‌شود. مثالی که برای مفهوم عینی مصلحت می‌توان بیان نمود، اجازه ولی در نکاح قبل از بلوغ دختر، مشروط به رعایت مصلحت است؛ از این جهت که، به عنوان قاعده، نکاح قبل از بلوغ جایز نیست؛ رعایت مصلحت در اینجا، ابزاری جهت عدول از قاعده پیش‌بینی شده است. بنابراین، مفهوم ذهنی مصلحت، مسلماً نقش ذهنی و آرمانی خود را در هر امری که مطلوب و سودمند باشد، بر عهده دارد؛ لیکن، هدف از مصلحت در مفهوم عینی، اجرای اغراض اعطاء کننده مصلحت (شارع یا اصیل) هست، که بر مبنای گرایش و جایگاه آن، نقش و مفاهیم متفاوتی دارد.

فشرده عنوان مصلحت در حقوق عمومی اینکه، در حقوق عمومی مصلحت اهمیت زیادی دارد و به صورت کلی مبنای بسیاری از قواعد حقوق عمومی را تشکیل می‌دهد؛ به همین علت، اصل مصلحت عمومی، مهمترین اصل حقوق عمومی قلمداد شده است. در حقوق عمومی، مصلحت دو کارکرد دارد؛ در کارکرد اول، مصلحت به عنوان نمایندگی استعمال شده است؛ که حاکم اسلامی به عنوان نماینده جامعه اسلامی و نمایندگان مجلس به عنوان نمایندگان مردم، مکلف به رعایت مصلحت عموم جامعه هستند. در کارکرد دوم، مصلحت به عنوان ضرورت؛ که بر مبنای آن قواعد حقوق خصوصی به چالش و تغییر منتهی می‌شوند؛ مانند، تغییر قاعده احترام به اموال، بر مبنای ضرورت‌های عمومی، منتهی به سلب مالکیت خصوصی خواهد شد؛ همچنین، تغییر اصل آزادی شغلی، بر مبنای نظم عمومی و برابری در داشتن موقعیت شغلی، به منع داشتن بیش از یک شغل مناسب منتهی خواهد شد. مهمترین مصلحتی که در حقوق عمومی مورد تاکید هست، رعایت مصلحت حفظ نظام و حاکمیت است، که در حقوق خصوصی کمتر مورد توجه است؛ مگر اینکه، نماینده‌ای به عنوان وظیفه‌ی حرفه‌ای (مانند وکیل دادگستری) یا مصالح عمومی اقدام به نمایندگی نماید؛ بنابراین، اگر نماینده‌ای در راستای منافع عمومی گام بردارد؛ باید مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی را مورد لحاظ قرار دهد. به اضافه، در حقوق عمومی، مبنای عدول از قواعد حقوق خصوصی، به صورت موقتی بوده است، که این موقتی بودن، مجوزی برای دائمی بودن شده است؛ در این راستا، استفاده از درج عبارات ضرورت و موقتی بودن در اقدامات نمایندگان می‌تواند در حقوق خصوصی و نمایندگی کارکرد داشته باشد. افزون بر این‌ها، تمسک به عنوان مصلحت، محدودیت‌هایی دارد که نباید بر خلاف قانون اساسی یا مسلمات فقه شیعه باشد؛ بر این اساس، در مورد رعایت مصلحت در نمایندگی نیز، تمسک به مصلحت نباید بر خلاف قانون یا مسلمات فقه و منافع مسلم اصیل باشد.

مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، اصولاً به حمایت از «حق شخصی» می‌پردازد؛ به این ترتیب، در تعارض میان، حق خصوصی و مصلحت، حمایت از حقوق مدنی یا فردی، از اهداف این گرایش است. به تعبیر دیگر، مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، جنبه‌های شخصی حق را در اولویت قرار می‌دهد؛ از این بابت، جنبه‌های عمومی حق و مصلحت عمومی، هنوز قدرت مقابله با جنبه‌های شخصی را در گرایش حقوق خصوصی را نیافته‌اند.

به صورت مقایسه‌ای بر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی و عمومی، می‌توان ادعان داشت، غایت اصلی در حقوق عمومی، تأمین مصلحت یا منفعت عمومی است؛ لیکن، در حقوق خصوصی هدف حفظ ثروت و رعایت مصالح شخصی است. در این رابطه، برخی از پژوهشگران به صورت مبنایی تفاوت حقوق خصوصی و عمومی را در عنصر مصلحت دانسته‌اند و اینگونه می‌نویسند: «حقوق عمومی همواره در پی تأمین مصلحت عمومی است؛ در حالی که، حقوق خصوصی در راستای مصلحت افراد حرکت می‌کند و تأمین مصالح فردی را سر لوحه قرار می‌دهد؛ با این حال، منتقدان ایراداتی بر این معیار وارد دانسته‌اند، از نظر این دسته از منتقدان، تشخیص مصلحت عمومی و خصوصی از یکدیگر اغلب دشوار است و چندان آسان نمی‌تواند باشد؛ بر این اساس، نمی‌توان تصور روشنی از تمامی مصادیق مصلحت عمومی و خصوصی داشت... علت این امر آن است که، اولاً، هر قاعده حقوقی کم و بیش نفع عمومی را مورد توجه قرار می‌دهد و در این بین قواعد حقوق خصوصی، مانند قواعد مربوط به مالکیت و قواعد حاکم بر ارث، در نهایت منافع جمعی را محقق می‌سازد؛ زیرا، در دسته نخست از این قواعد تحدید حدود، مالکیت اشخاص، نظم اقتصادی جامعه را سبب می‌شود؛ و در دسته دوم، قواعد تعیین درست سهم الارث هر یک از طبقات ارث مانع اختلافات و دعاوی مخل نظم و آرامش عمومی می‌گردد. ثانیاً، تحقق هر یک از مصالح عمومی و خصوصی در بسیاری از موارد در گرو تحقق دیگری است و در حقیقت حمایت از مصالح خصوصی، تأمین مصالح عمومی را به دنبال دارد و بالعکس». به نظر می‌رسد، هر چند به صورت کلی می‌توان ادعان داشت که تمامی قواعد و اصول حقوقی در راستای نظم جامعه، مصلحت عمومی را به دنبال دارند؛ لیکن، حقوق، علم اصل و استثناست، نمی‌توان به صورت کلی یک اصل بدون استثناء، در نظر گرفت و هر اصلی در حقوق، خلاف اصل‌هایی را به دنبال دارد؛ پس، به صورت کلی، در حقوق عمومی، مفهوم مصلحت، اصولاً بر منبع مصلحت عموم جامعه استوار است؛ در مقابل، در حقوق خصوصی، اصولاً مصلحت بر مبنای مصالح شخص یا اشخاص تعیین می‌شود. در حقوق خصوصی، در بحث نمایندگان، بسیار کاربرد دارد.

تحلیل مصلحت در حقوق نمایندگی عبارت است از اینکه، نماینده صرفاً باید مصلحت خاص (خصوصی) اصیل را رعایت و مراقبت نماید؛ از این رو، اگر مصلحت شخص ثالث، متصرف یا شخصی خود را- به صورت مستقل یا همراه با مصلحت اصیل- در نظر بگیرد؛ از مصلحت خاص اصیل خارج شده است و مسئول تلقی می‌گردد. با این وجود، در نظم کنونی حقوق نمایندگی، برخی از نماینده‌ها که در موضع حقوق عمومی و مشاغل حرفه‌ای مانند، وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی، فعالیت دارند، باید به مصالح عمومی (عام) و عادلانه، مانند، عدالت خواهی، رعایت بی‌طرفی، احترام به قوانین، دفاع از حاکمیت ملی، یکسان سازی دادرسی و مانند این موارد که مورد تأکید عموم جامعه یا صنف خاص است، را رعایت نمایند.

در حقوق کامن‌لا، به خاطر ویژگی‌های آن نظام حقوقی، مفهوم مصلحت به مثابه حقوق ایران، به صورت معادل دقیق و قابل تطبیق مشهود به نظر نمی‌رسد. با این وجود، برای حل این مشکل که نماینده‌های حقوقی از اختیارات خود سوءاستفاده نمایند و مصلحت اصیل را رعایت نمایند؛ ضوابط خاصی پیش‌بینی شده است. مفهوم مصلحت، در نظام کامن‌لا، در ذیل عنوان «وظیفه رعایت امانت» به عناوین مختلفی، تقسیم شده است؛ در این راستا، مفاهیم مختلفی از قبیل، تعهد به وفاداری، تعهد به مراقبت و مهارت، تعهد به

حسن نیت، تعهد به تحصیل منفعت برای اصیل و نداشتن تعارض منفعت برای خود یا دیگری، زیر عنوان وظایف امانی در نظر گرفته شده‌اند؛ که می‌توان با اندکی مسامحه، معادل با مفهوم مصلحت در نظام حقوقی ایران باشد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

-کتاب‌های فارسی-

۱. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمد علی. (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: جنگل.
۲. باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۰). اموال و حقوق مالی. تهران: سمت، چاپ اول.
۳. برهانی، تقی. (۱۳۸۷). مفهوم و مبانی مصلحت در قوانین کیفری. قم: دانشکده اصول دین، چاپ اول.
۴. پروین، خیرالله. (۱۳۹۰). مبانی حقوق عمومی. تهران: انتشارات سمت.
۵. خداپرستی، فرج‌الله. (۱۳۷۶). فرهنگ جامع واژگان مترادف و متضاد زبان فارسی، شیراز: دانشنامه فارس.
۶. دهقان چاچمکی، حمید؛ یوسفی ساداتی، جواد. (۱۳۹۰). جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران. قم: موسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
۷. دهقان، رمضان. (۱۳۹۱). تأثیر انصاف در حقوق خصوصی. تهران: فکر سازان.
۸. ره پیک، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی؛ عقود معین ۲. تهران: خرسندی.
۹. زراعت، عباس و عبد الزهره عناد غزالی، عبد الامیر. (۱۳۸۸). فرهنگ لغات حقوقی. چاپ دوم، تهران: خط سوم.
۱۰. زراعت، عباس. (۱۳۸۸). قواعد فقه مدنی. تهران: جنگل، چاپ اول.
۱۱. ساکت، محمد حسین. (۱۳۸۷). حقوق شناسی؛ دیباچه ای بر دانش حقوق. تهران: نشر ثالث، چاپ اول.
۱۲. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۳). حقوقی تطبیقی. تهران: سمت، چاپ یازدهم، ویراست دوم.
۱۳. صفائی، سید حسین. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، تهران: میزان، چاپ ششم.
۱۴. صفائی، سید حسین. (۱۳۹۵). در آمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. تهران: میزان.
۱۵. عباسی، بیژن. (۱۳۹۳). مبانی حقوق عمومی. تهران: نشر دادگستر.
۱۶. عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۸۷). قواعد اختصاصی انعقاد عقد توسط نماینده. قم: مجله حقوق اسلامی، صص ۴۵ - ۶۹.
۱۷. عرفانی، محمود. (۱۳۹۱). حقوق تطبیقی نظام‌های حقوقی معاصر. تهران: جنگل.
۱۸. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۰). قواعد فقه؛ بخش حقوق عمومی، تهران: سمت، چاپ سوم.
۱۹. عمید، حسن. (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۰. مرعشی، سید محمد. (۱۳۷۱). مصلحت و پایه‌های فقهی آن. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶، صص ۱۲ - ۳۰.
۲۱. معین، محمد. (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی معین. تهران: انتشارات فرهنگ نما با همکاری انتشارات آزاد.
۲۲. مقدم، علی اصغر. (۱۳۸۸). جایگاه مصلحت در حقوق کیفری. تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.

۲۳. مهر پور، حسین. (۱۳۹۵). مختصر قانون اساسی. تهران: دادگستر، چاپ هفتم.
۲۴. مهرا، نسرین. (۱۳۸۵). نظام حقوقی انگلستان. تهران: میزان، چاپ دوم.
۲۵. نوین، پرویز. (۱۳۸۷). حقوق مدنی (۷ عقود معین (۲). تهران: گنج دانش.
۲۶. هاشمی، سید محمد. (۱۳۸۳). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. ج ۲، تهران: میزان، چاپ هشتم.
۲۷. هداوند، مهدی. (۱۳۹۵). حقوق اداری تطبیقی. ج اول، تهران: سمت، چاپ پنجم.

ب) منابع لاتین

28. A. DeMott(2015" ,Defining agency and its scope Forthcoming in Comparative Contract Law: A Tale of Two Legal Systems ,"Martin Hogg & Larry A. DiMatteo eds., Oxford Univ.
29. Bowstead and Reynolds) 2003 .(The law of Agency .London: Sweet & Maxwell, 16th/ed.
30. Bryan A. Garner. (2006 .(Blacks law dictionary .united states of America: Thomson/west, Third edition
31. Charles Laing ,Stephen. (2013). Two forms of the fiduciary relationship. New Zealand: University of Otago.
32. Dale, Baze(2009 ,(common law of agency ,published by b & b publishing
33. Dobrah, A demott. (1987 .(The lawyer as agent, usa :california: Recorder Sunset Press.
34. Frankel, tamar (2011 .(Fiduciary law ,London: oxford.
35. Miller, paul;Gold, Andrew. (2016.(Contract ,Status, and Fiduciary Law . London: oxford press.
36. The American Law Institute's(1958 ,(Restatement second of the Agency Law ,usa: ali-pub.
37. Zweigert and Hien Kotz(1987 ,(An Introduction to Comparative Law , england: Oxford.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷

صص ۶۶۹ - ۶۸۴

جایگاه عرف در تعیین موضوع و حکم شرعی

مهرانه درزی^۱، دکتر محمد جعفری هرنندی^۲، دکتر محمد صادق موسوی^۳

۱- دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲- دانشیار گروه فقه و اصول، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

(نویسنده مسئول)

۳- دانشیار گروه فقه و اصول، مدرسه شهید مطهری، تهران، ایران.

چکیده

موضوعاتی که جنبه عرفی دارند به تبع تغییر عرف، حکم آن تغییر می‌کند یا با تغییر موضوع در یک زمان در دو جامعه متفاوت می‌گردند چون طبیعی است که جوامع در طول زمان و عرض هم متفاوتند بخصوص اینکه در طول زمان عرف‌ها به یک موضوع دآوری و تشخیص متفاوت دارند و همین امر باعث می‌شود که حکم آن موضوع تغییر کند و آن حکم متحول گردد اما عرف مستقیماً نمی‌تواند در حکمی اثر داشته باشد بلکه از طریق نگاهی که عرف به موضوع می‌کند و معنای آن را تغییر می‌دهد در حکم موثر خواهد بود هر چند وقتی به تفاوت حکم توجه شود به نظر می‌رسد حکم متفاوت گشته و واقعا هم تفاوت وجود دارد اما این تفاوت از ناحیه تشریح و حکم نیست بلکه بخاطر تغییر موضوع است.

واژگان کلیدی: عرف، موضوع، حکم، تأثیر، تشریح، تغییر.

مقدمه

حکم و موضوع گزاره‌های متضمن حکم شرعی و قانونی براساس موضوعات تعریف و تعیین شده شکل می‌گیرد. این موضوع می‌تواند شی خارجی باشد و یا فعل مکلف و مجری قانون که هر دو مورد قانونگذار و شارع ناظر به انجام و ترک است. مثلاً وقتی گفته می‌شود (می) حرام است موضوع (می) است و حکم حرمت، ولی فعل مکلف که عبارت از نوشیدن است حکم مورد توجه می‌باشد و بدین لحاظ می‌بایست موضوع و نحوه تعلق حکم به آن مورد توجه قرار گیرد و به همین جهت در مباحث فقهی و اصول فقه آن که چون حکمی به موضوعی تعلق گیرد مراد استفاده شایع و متعارف آن است فی المثل وقتی گفته می‌شود لباس ابریشمی بر مرد حرام است مقصود استفاده از چنین لباسی یعنی پوشیدن می‌باشد و گرنه خرید و فروش لباس ابریشمی که آن هم نوعی بهره بردن است، حرام نمی‌باشد. با این مقدمه باید دید موضوعاتی که حکم شرعی بر آن مترتب شده عمدتاً به سه نوع تقسیم می‌شود که یک نوع از آن‌ها که توضیح خواهد داده شد تحت تأثیر عرف است هم به لحاظ معرفی هم به لحاظ تغییر و هم به لحاظ ایجاد چون بسا موضوعاتی که در طول زمان بوجود می‌آید و یا در طول زمان از بین می‌رود این ایجاد و اعدام موضوع در تحقق یا انتفاء حکم شرعی دخالت بسزائی دارد و عامل ایجاد و انتفاء عمدتاً عرف می‌باشد و گرنه دو نوع دیگر از موضوعات تحت تأثیر عرف قرار نمی‌گیرد.

اول: موضوعی که تعیین آن بر عهده شارع است و اصطلاحاً (ماهیت شرعیه) می‌گویند که معمولاً در لسان فقهاء بصورت جمع (ماهیات شرعیه) از آن یاد می‌کنند و شارع آن را بوجود آورده است، تمام واجبات تبعیدی ماهیت شرعیه دارند و برای همین نحوه انجام و تعیین اجزاء و شرایط آن‌ها منوط به نظر شارع می‌باشد و اگر شخص با نیت قربت همچنین عملی را انجام دهد چون خداوند آن عمل را تأیید نکرده نه تنها چنین کاری برایش ثوابی ندارد بلکه مرتکب گناه هم شده چون بدعت به حساب می‌آید. به همین جهت می‌گویند عبادات توقیفی هستند مانند نماز، روزه، حج که نه در طبیعت وجود دارد و نه ما می‌توانیم آن را بوجود بیاوریم هم موضوع و هم حکم از آن شارع است.

دوم: موضوعات طبیعی است و حکمی که بر آن مترتب شده را شارع بیان نموده مانند گوشت خوک حرام است، شراب حرام است. موضوع گوشت خوک و و شراب یک موضوع طبیعی است و دست بشر در ایجاد آن دخالتی ندارد و در این موضوعات شارع نمی‌تواند دخالت داشته باشد.

سوم: موضوعات اعتباری که عمدتاً مربوط به عرف است که موضوعاتی هستند که شارع برای آن‌ها حکمی بیان کرده ولی تعریفی برای آنان ارائه ننموده و چنین موضوعاتی را (ماهیت عرفیه) که در مقابل ماهیات شرعیه است می‌نامند که شارع مقدس بعضی‌ها را روا دانسته و حکم به حرمت آن کرده مانند نکاح، بیع و بعضی‌ها را روا ندانسته و حکم به حرمت آن ننموده مانند ربا بدون آنکه لازم دانسته باشد آن دو موضوع را تعریف کند و چون شارع این‌ها را تعریف نکرده از عرف می‌گیریم.

الف) نقش عرف در تغییر احکام

موضوعاتی که جنبه عرفی دارند به تبع تغییر عرف حکم هم تغییر می‌نماید مثلاً در مسئله ربا که یکی از احکام بزرگ اسلام است و قرآن مجید به حرمت آن تاکید فراوان دارد و می‌فرماید: (اعلان جنگ با خدا کنید: بقره، ۲۷۱)

مورد ربا دو مال همجنس است به شرط اینکه با پیمان یا وزن کردن مشخص شده باشد که مقدار یکی از آن دو از دیگری بیشتر باشد حتی اگر آن زیادی ناشی از موجد بودن یکی از آن دو باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ۷۹:۲)

که با تغییر موضوع در یک زمان در دو جامعه متفاوت می‌گردد اینکه که در بیع مکیل و موزن ربا وجود دارد ولی در معدود ربا وجود ندارد اما اینکه مکیل و موزون بودن چیست آن را عرف تعیین می‌کند حال اگر جنسی در یک شهر بصورت مکیل و موزون خرید و فروش شود و شخص بخواهد مقداری از آن جنس را بدهد و بیشتر از مقدار داده شده را اخذ کند مرتکب بیع ربوی شده است و معامله او باطل است؛ در حالیکه ممکن است همان جنس در شهر دیگری بصورت معدود دادوستد شود و شخص اگر بخواهد مقداری از آن را در برابر مقدار بیشتری از آن معامله کند دچار ربا نمی‌شود و معامله او صحیح است، می‌بینیم اینجا عرف نقش مهمی دارد و این نقش‌اش به موضوع بر می‌گردد.

و یا در موضوع تحویل مهریه اگر زن و مرد باهم اختلاف داشته باشند قول زوج مقدم می‌شود و این به سبب عرفی است که در گذشتگان بوده که قبل از دخول مهریه را پرداخت می‌کردند حال اگر عرف تغییر کند و مهریه را بعد از دخول پرداخت کنند دیگر چنانکه شهید اول می‌فرماید (مناسب است که حرف زوجه مقدم شود) و یا فرمودند: تغییر احکام با تغییر عادت‌ها جایز می‌باشد همچنانکه که در نقود متداوله و وزن‌های رایج و نفقه همسر و نزدیکان از عادت زمانی که در آن واقع شده تبعیت می‌شود. (شهید اول، ۱۵۲ و ۱۵۱: ۱) و اگر توهین‌ها به حسب مناطق مختلف باشد در تعزیر عادت هر منطقه مورد ملاحظه قرار می‌گیرد (همان، ۱۴۴: ۲)

طبیعی است که که جوامع در طول زمان و در عرض هم متفاوتند بخصوص در طول زمان یک عرف نسبت به یک موضوع دآوری و تشخیص متفاوت دارد و همین امر باعث می‌شود که حکم آن موضوع هم تغییر کند پس تغییر موضوعات آن هم موضوعاتی که عرف تعیین کننده آن است موجب تغییر حکم شده و می‌شود در مقوله زینت و زیبایی زن البته یک امر طبیعی است و چون شارع ملاک ابداء و نشان دادن و نگرستن به آن را با توضیحاتی که در فصل قبل بیان شده تهیج مرد دانسته پس اگر در عرفی این تهیج وجود نداشته باشد و یا شکل و وضع آرایش برای عرف زمان زیبایی محسوب نگردد و اگر زیبایی هم قلمداد شود عرفاً موجب برانگیختن احساسات جنسی طرف مقابل نگردد حکم آن منتفی خواهد بود. برای نمونه زمانی صدای زن بخاطر عدم حضور او در جامعه موجب تهیج شهوانی مردان می‌شد لذا فقیهان نظر دادند که مرد نباید صدای زن را بشنود و زن هم نباید با مرد اجنبی سخن بگوید مگر در حال ضرورت اما امروزه با توجه به حضور زیاد زنان در جامعه دیگر صدای آن‌ها آن ویژگی قبلی مهیج بودن را نداشته پس نمی‌توان گفت که شنیدن صدای زن بر مرد اجنبی حرام است و یا گفتگوی مرد و زن اجنبی حرام است هر چند جاذبه داشته باشد چون این جاذبه که مربوط به زیبایی است.

ب) نقش عرف در تشریح احکام

یکی از عوامل تأثیرگذار در تشریح احکام اسلام عرف زمان تشریح اسلام و آداب و رسومی است که در آن زمان متداول بوده که بخاطر اهمیت عرف و عادات در شرع، شارع نیز عادات پسندیده مردم آن زمان را تأیید نموده و آن را به رسمیت شناخت و جزء احکام شرع بحساب آورده و فقط عاداتی که مذموم بوده رد یا اصلاح نموده.

اسلام به مسئله زن و روابط زن و مرد در آیات قرآن خیلی اهمیت داده و این به بخاطر وجود روابط لجام گسیخته بین اعراب جاهلی بوده و لذا اسلام بدان توجه ویژه کرده و اصولاً هر آنچه در آن دوره بیشتر مبتلا به آن بوده - اعم مثبت یا منفی - مورد توجه شارع قرار گرفته است کم فروشی، ربا، توجه به والدین و نظایر این‌ها اما ناهنجاری و گناهای که در جامعه آن زمان وجود نداشته چندان مورد بحث نبوده است از میان این گناهان می‌توان به مسئله لواط که تا حدی مرتبط به بحث مورد نظر است یاد کرد که در قرآن

جزء در نقل رویه قوم لوط، از آن اسمی نبرده است چون در میان اعراب تقریباً منتفی بوده است و برعکس روابط نامشروع زن و مرد فراوان بوده است.

نزول تدریجی احکام در قرآن را نیز می‌توان نشان دهنده این دانست که شرایط حاکم در زمان و مکان در چگونگی حکم اعلامی تأثیر داشته و حکم با توجه به شرایط عرفی در ابتداء بصورت کامل بیان نمی‌شده مانند:

ب-۱ صدور حکم زنا: در مورد زنا ابتداء مجازات حبس در خانه بوده (نساء، ۱۵) سپس با صدور حکم جلد برای زانی غیر محصنه حکم تغییر کرد. (نور ۲۱) و این نیز بخاطر عرف اعراب جاهلیت بوده که هرگاه زنی مرتکب زنا می‌شد^۱ او را از میان خود طرد کرده و همواره او را مورد شامت و توبیخ و اذیت قرار می‌دادند و روش دیگر برای عرب شناخته شده نبوده حال خداوند در آغاز ظهور اسلام (با امضای این روش) فرمود: زنان بدکار را اذیت نکنید و اگر برگشتند و توبه کردند و دیگر تکرار نکردند خداوند توبه‌پذیر و مهربان است این وضع ادامه داشت تا آنکه به تدریج که تعداد مسلمانان زیاد شد و اسلام قدرت گرفت و مسلمین مقررات عرب جاهلی را دلخوش نداشتند و آن را خشن تلقی می‌کردند از این رو خداوند با نزول آیه جلد برای زنان و مردان زانی حکم حبس ابد برای زنان و اذیت مداوم برای مردان را نسخ کرد. (حر عاملی، ۳۵۱، ۱۸):

ب-۲ یا صدور حکم شرب خمر: که حکم حرمت آن در قرآن در طی چندین مرحله نازل شد؛ زیرا محیط عربستان به گونه‌ای بود که اعلان حرمت آن در آغاز چه بسا ممکن بود با مقاومت روبرو شود چنانکه که برخی اعراب بیان می‌کردند هیچ حکمی برای ما به اندازه حکم شرب خمر ناگوار نبود از این رو ابلاغ حکم شرب خمر از پیش هجرت شروع شد و در سال چهارم هجری (چهارمین یا پنجمین مرحله) کامل شد.

ب-۳ و یا صدور حکم قتل عمد: وضع عرب جاهلی در خصوص برخورد با قتل عمد به گونه‌ای بود که به چیزی کمتر از قتل اعضای خانواده قاتل و یا سران قبیله او و حداقل خود قاتل راضی نمی‌شدند لحن آیات قرآن نیز حکایت از این داره که با نوعی مقاومت در برابر اعراب رو به رو بوده لذا در ضمن آیاتی، ابتداء به نقل از تورات مفاسد دنیوی و اخروی قتل عمد و میزان تبعات آن را بیان می‌کند. (مائده، ۴۵) سپس بی آنکه مسلمانان را مخاطب قرار دهد، حکم قصاص و فواید و آثار آن را تذکر می‌دهد با این تفاوت که در قرآن به دلیل خطاب به مؤمنین، و قاتل را برادر ولی دم معرفی کردن، دیه و عفو را امتنان و رحمت خداوند تلقی نمودن بیشتر درصدد تحریک عواطف انسانی ولی دم است. لحن آیات به گونه‌ای است که مسلمین را بیشتر در اندیشه عفو و اخذ دیه قرار می‌دهد. (بقره، ۱۷۹ و ۱۷۸) همین مطلب به گونه‌ای دیگر در آیه جداگانه‌ای این چنین تبیین شده است که ولی دم بر قاتل سلطنت دارد ولی توجه داشته باشد که در قتل زیاده روی نکند "ولا یسرف فی القتل". (اسری، ۳۳)

برخی از مفسرین می‌گویند احتمال دارد این جمله اشاره به همان عفو و یا دیه باشد زیرا اگرچه ولی امر سلطنت دارد ولی سلطنتش تنها در اجرای قصاص نیست او می‌تواند از اختیارات خود در این زمینه (عفو و دیه) استفاده کند. به عبارت دیگر از آنجا که اسلام دین جاوید و جهانی است خداوند مسلمانان را تنها ملزم به انتخاب قصاص و یا دیه ننموده است برخلاف آیین موسی و مسیح (ع) بلکه دست آن‌ها را باز گذارده تا با توجه به شرایط و سطح فرهنگ و توقع جوامع و سایر عوامل مؤثر در این زمینه به اجرای حق خود بپردازد با

۱. با اینکه در جاهلیت روایتی وجود داشت که در اسلام زنا تلقی شده اما این نوع روابط را مردم جاهلیت زنا نمی‌دانستند تنها نوعی از رابطه زنان آزاد را با مردان دیگر زنا تلقی می‌کردند.

این بیان، حکم خدا در مورد قتل عمد تنها قصاص نیست بلکه در کنار آن دیه و عفو هم مطرح شده است. (عابدیان، ۱۳۸۱)

آیات و روایات که به مسئله حجاب دلالت دارند آن را در وهله اول بر زنان پیامبر و سپس به زنان مسلمان آزاده واجب می‌دانند؛ اما پوشش بر کنیزان را واجب ندانسته که علت آن را باید در عرف جامعه آن روز یافت که برای کنیزشان و مقامی قائل نبودند و احکام اسلام نیز با توجه به عرف جاهلیت برای هدایت و تصحیح عادات آنان نازل شده لذا عرف و عادات آنان در نظر گرفته شده و چنانکه بیان شده یکی از علت‌های حجاب را برای حفظ و بالا بردن مقام و شان زنان دانسته‌ایم و چون کنیز در عرف جاهلیت‌شان و مقامی نداشت لذا برای اینکه با زنان آزاده که دارای مقام و شان بالای بودند اشتباه گرفته نشوند به کنیز اجازه پوششی به اندازه زن آزاد داده نمی‌شد تا شبیه زنان آزاد نشوند چون یکی از راه‌های تشخیص زن آزاد از کنیز داشتن پوشش بوده لذا با توجه به روایاتی که آورده شده مشخص می‌شود که در صورت پیروی نکردن کنیز و داشتن پوششی در سطح زن آزاد تنبیه می‌شدند.

از امام صادق (ع) روایت شده: بر آیه در نماز قناع نیست و نه بر مدبره و نه بر مکاتبه هنگامی که در او قناع در نماز شرط شود تا اینکه همه قیمت را پرداخت کند پس بر او جاری است هر آنچه که بر همه حدود بر مملوک جاری است. (حرعاملی، ۱۵۰-۱۴۹: ۱۴) و یا از امام صادق روایت است که از ایشان سؤال شده که آیا آیه می‌تواند سرش را در نماز بپوشاند، فرمود نه همانا پدرم هنگامی دید کنیزی در نماز سرش را پوشانده او را زد و فرمود خودت را شبیه زن آزاد نکن یا روایت شده از رسول خدا (ص) که فرمودند نماز زن مسلمان آزاد بدون پوشش سرصحیح نیست ولی کنیز نباید در نماز مقنعه بگذارد. (مغربی، ۱۳۸۵، ۱۷۷: ۱) توجه به عرف را حتی در سیره و روش معصومان (ع) نیز می‌توان دید که آن نشانگر این حقیقت است که شرایط و مصالح پیش آمده در زمان‌ها و مکان‌های مختلف موجب آن می‌شده که آن‌ها در موضوعی واحد احکام‌های متفاوتی را صادر کنند.

پیامبر (ص) به اصحاب خود فرمان می‌دهد که محاسن خود را خضاب کنند از علی (ع) در ارتباط با فرمایش پیامبر (ص) که فرمود رنگ ریش‌های خود را خضاب کنید و شبیه یهود نباشید سؤال شد حضرت فرمود: فرمان رسول الله (ص) در هنگامی صادر شد که جمعیت مسلمانان کم بوده اما اکنون که میدان مسلمانان فراخ گردیده و دعوت آن به همه جا رسیده هر کس آن کند که خواهد.^۱ (نهج البلاغه) یا از روایات استفاده می‌شود که اختیار تعیین نوع و مقدار جزیه به دست حاکم اسلامی است از این رو پیامبر در موارد متعدد نوع و مقدار جزیه را یکسان تعیین نکردند بعنوان نمونه زاره از امام صادق نقل می‌کند که رسول (ص) از اهل ذمه نگرفتن ربا و نخوردن گوشت خوک و ازدواج نکردن با خواهران و دختران برادر و خواهر را به عنوان جزیه پذیرفت در روایت دیگر نیز از امام صادق آمده است که رسول الله (ص) جزیه زنانی از اهل نجران را هفتاد برد قرار داد. (حرعاملی، ۹۵: ۱۱)

با توجه به آنچه که بیان شده می‌توان دریافت که عرف نقش مهمی در دریافت حکم شرعی می‌تواند داشته باشد و این که تغییرات آن می‌تواند حکم را تغییر داده و آن را متحول سازد.

یادآوری این نکته لازم است که وقتی عرف در مرز تغییرات قرار می‌گیرد ممکن است کاری از افراد صادر شود که برابر همان موازین عرف موضوعی دارای حکم حرمت باشد مثلاً اگر در جامعه شخصی لباسی را در جامعه متعارف نیست بپوشد و یا عملی که متعارف نیست انجام دهد در اصطلاح فقهی می‌گویند از زی (منش) خود خارج شده و اگر نگوییم مرتکب فعل حرام شده حداقل باید گفت کاری برخلاف مروت انجام

شده و موجب سلب عدالت وی می‌شود در حالی که پوشیدن آن لباس و یا استفاده از وسیله خاصی و یا انجام عمل فی حد ذاته شرعی ممنوع نیست اما چون شارع مقدس عرف را ملاک خویش قرار داده حکم به ناروا بودن این عمل می‌کند اگر عرف ان را ناروا بداند و بالعکس اگر هم زمان و در عرض آن عرف، عرف دیگری آن را مناسب و متعارف بداند شارع هم آن را روا تلقی می‌کند. (Harandi, 2015, 199-200)

برای توضیح بیشتر حدیثی از پیامبر آورده می‌شود ایشان فرمودند: من خرج عن زیه فدمه هدر یعنی کسی که از منش خاص خود خارج شود خونش بی بها خواهد بود. (مجلسی، ۱۴۰۳، ۱۲۲: ۱۰۷)

اما چون این عمل تکرار شود و موضوع رفته رفته حالت دیگری به خود می‌گیرد و چنان که پیشتر بود نیست در این حالت حکم سابق از آن برداشته می‌شود، هر چند ممکن است کسانی که قبلاً موجبات خروج موضوع را فراهم کرده‌اند مرتکب فعل حرام شده باشند ولی اکنون که موضوع پیشین نیست مرتکبین آن عمل عاصی محسوب نمی‌شوند. (Harandi, 2015, 199-200)

ج) مرجعیت عرف در استنباط احکام شرعی نزد فقهاء و مجتهدان

عرف به عنوان عنصری در شرع مورد پذیرش است در صورتی که در مسیر حکم شرعی نباشد و به تعبیر دیگر منطقه خالی باشد و گرنه اگر آنجا حکم شرعی باشد پس در آنجا جایی برای عرف نیست اما درستی بحث در این است که عرف منبعی برای حکم شرعی کلی مانند خبر واحد و اجماع منقول و شهرت می‌باشد و گرنه فقط به مجرد اینکه فقیه در تبیین مفاهیم یا تمییز مصادیق یا قاضی در قضاوت و پایان دادن دعوا به آن رجوع کند علتی نمی‌باشد که آن را از مسائل علم اصول شمرده همانا عرف و سیره زمینه‌ای است که فقیه و قاضی در موارد مختلفی از جمله موارد زیر بر آن اعتماد می‌کند.

- عرف آن منبعی برای فهم لغت و تشخیص معانی الفاظ و آنچه که برای آن وضع شده می‌باشد و معاجم لغت از عصر الخلیل (المتوفی ۱۷۰ ه ق) تا امروز براساس همین اصل رجوع به اهل لغت تألیف شدند.

- هنگامی که عقد بیع و اجاره و مانند آن واقع شد که موضوعی برای حکم شرعی است پس در مدخلیت شیء در صدقش یا صحتش یا مانعیتش از لحاظ شرع شک شود پس صحت نزد عرف دلیلی بر صحت آن موضوع نزد شرع است و اگر کشف شود به اینکه مفهوم بیع نزد عرف وسیع‌تر از آن جزء یا شرط مشکوک باشد پس آن واجب می‌شود پس کشف می‌کنیم که شرع نیز مانند آن است پس صحیح عرفی راهی می‌باشد برای صحیح شرعی مگر اینکه بر خلاف آن دلیل باشد و از کسانی که به آن تصریح کردند شیخ انصاری در اول متأخر بعد از فراغ از تعریف بیع گفت: هنگامی که گفتیم اسماء معاملات موضوعی برای معاملات صحیح نزد شارع هستند پس اگر شک کردیم در صحت بیع یا اجاره یا رهن درست است بر ما که کشف کنیم آنچه که آن نزد شارع صحیح است همان چیزی است که نزد عرف صحیح است براینکه صحیح نزد عرف راهی است برای آنچه که صحیح است نزد شارع مگر اینکه با دلیلی خارج شود.

- اگر اجمال را در حد غنا فرض کنیم پس مرجع آن عرف است پس هر چه از نظر عرف غناء نامیده می‌شود حرام است اگرچه شامل ترجیع و طرب نباشد.

- احیاء در شرع بدون تفسیر وارد شده مانند این سخن که فرمود: هر کس زمینی را احیاء کند آن زمین مال اوست پس چاره‌ای نیست در آن جزء رجوع به عرف و اعتماد بر آنچه که در عرف احیاء نامیده می‌شود.

- اینکه وارد شدن لفظ مئونه در سخن پیامبر (ص): خمس بعد المئونه و مفهوم عیال در وجوب فطریه و غیره آن پس مرجع تفسیر این مفاهیم عرف است چنانچه که مرجع در تفسیر استحاله و انقلاب نیز عرف است درحالی که استحاله یکی از مطهرات است مانند استحاله سگ با نمک یا تبدیل خمر به سرکه پس تشخیص در تعیین این دو مفهوم بر دوش عرف است. امام خمینی می‌گوید: رجوع به عرف در تشخیص

موضوع و عنوان فصیح است و گریزی از آن نیست هنگامی که موضوع برگرفته از دلیل لفظی باشد مانند وطن و صعید مغازه معدن حرز در سرقت و ارض موات و دیگر موضوعات که چه بسا فقیه در مصادیق آن به شک می‌افتد پس عرف آن مرجعی در تطبیق آن بر موردش است.

محقق اردبیلی در حفظ مال و دیعه گزار می‌گوید: اینکه حفظ به آنچه که عادت است به آن بر می‌گردد پس همانا امور مطلق غیر معین در شرع به عادت و عرف بر می‌گردد پس با عدم تعیین چگونگی حفظ واجب می‌شود حفظ آن آنچه عرف اقتضای آن را دارد... پس برای عرف نقش مهمی در فهم حکم شرعی و تطبیق آن بر مصداق وجود دارد اما آن نقش عرف دقیق است نه عرف تسامحی چنانکه امام خمینی در درس‌هایش بر آن تمرکز می‌کرد پس اگر در عرف به وزن ۹۹۹ کیلو را یک تن به حساب آورد آن عرف ارزشی ندارد برای اینکه آن عرف تسامح است اما عرف دقیق می‌گوید از یک تن یک کیلوگرم کم است. (سبحانی ۱۳۸۳: ۹۵) امام خمینی می‌گوید: بدان که مسائل فقهیه یا ثابت است به نص‌های صریح و یا ثابت است بوسیله اجتهاد و رأی و بسیاری از آن را که مجتهد بر اساس عرف زمانش بیان می‌کند اگر چه در زمان عرف حادث بر خلاف آنچه را که اول سخن گفته سخن بگوید بخاطر همین در شرایط اجتهاد گفته‌اند که باید حتما عادات مردم را بشناسد پس بسیاری از احکام با اختلاف زمان بخاطر تغییر عرف مردمش یا ایجاد ضرورت یا فساد اهل زمان مختلف می‌شوند بطوری که اگر حکم بر اساس آنچه اول بوده باقی بماند و از آن مشقت لازم شود و بر ضرر مردم و مخالف اصل مبتنی بر تخفیف و تیسر و دفع ضرر و فساد برای بقای جهان بر اساس کاملترین جایگاه و بهترین احکام می‌باشد. (علامه حلی، ۱۴۲۵، ۹۹: ۵)

اینکه کالا در چیزی مکیل یا موزون یا معدود باشد آن عرف بلدی است که در آن معامله می‌کنند و آن بر حسب اختلاف زمان و مکان مختلف می‌شود. (همان، ۱۰۹: ۵)

هنگامی که بین حکم شرعی منطوق و حکم شرعی دیگر غیرمنطوق ملازمه عادی باشد عرف از حکم معمول اول به حکم دوم انتقال می‌یابد اگرچه لفظی نباشد چنانکه دلالت می‌کند بر طهارت میت بعد از غسل سه گانه پس آن ملازمت دارد با طهارت ید غسل و چوبی که غسل بر آن انجام می‌شود و سایر ادوات نزد عرف:

۱- هنگامی که فروخت دابه را سپس در مفهومش اختلاف کردند پس مرجع آن لغت نیست بلکه آن متبادر در عرف متعاقبین است که آن اسب می‌باشد.

۲- هنگامی که فروخت گوشت را پس اختلاف کردند در مفهومش پس مرجع آن عرف دو طرفه معامله است که آن گوشت قرمز است نه گوشت سفید مانند ماهی و مرغ.

۳- هنگامی که وصیت کرد چیزی را به فرزندش (ولد) پس مرجع تفسیر (ولد) آن عرف است و آن در عرف فقط بر پسر اطلاق می‌شود نه دختر برخلاف فقه و کتاب قرآن که فرمود (أوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الأنثین).

۴- هنگامی که اختلاف کردند زوجان در اداء مهر پس مرجع آن عرف خاص است پس اگر عادت بر تقدیم مهر یا جزئی از آن قبل از زفاف جاری باشد و زوجه ادعا کند که پس از زفاف آن را نگرفته و زوج ادعا کند که آن را داده پس حاکم بر طایق عرف حاکم در جامعه حکم می‌کند.

۵- یا در اختلاف بایع و مشتری در داخل بودن توابع مبیع در بیع یا نبودن آن در این صورت نیز بر عرف حمل می‌شود.

۶- محقق اردبیلی: همان عرف آن مورد اعتماد است در تشخیص چیزی که مکیل و موزن است تا اینکه در آن ربای معاوضی جریان یابد.

۷- در تعیین حریم روستا به عرف رجوع می‌شود پس همانا براساس اختلاف عرف‌ها و عادت‌ها مختلف می‌باشد.

پس همانطور که مشخص شد عرف نقش مهمی در مشخص کردن موضوع (تبیین مفاهیم) یا تشخیص مصادیق یا تشکیل قرینه بر مقصود شارع چنانکه آن در ملازمات عادی یا مقصود متعاملین چنانکه آن حال در عرف‌ها و رسوم قومیه است یا تشخیص موضوع نزد شارع چنانکه شک باشد که آن چیز مکیل یا موزون است مرجع همه برای تشخیص مفاهیم یا موضوعات یا مقاصد می‌باشد. (سبحانی، ۱۳۸۳، ۹۹ و ۹۶ و ۹۵)

د) عرف در سه عرضه از اجتهاد اتفقیه تأثیر می‌گذارد

۱- در آداب و عادات و قوانین و مقررات اجتماعی انسان‌ها: اسلام آنچه را که عادات و مقررات اجتماعی باطل شناخته شده مانند معاملات ربوی تحریم کرده و آنچه را که لازم به اصلاح دیده اصلاح نموده مانند قراردادهای ازدواج و آنچه را که لازم به تأیید دیده تأیید فرموده مانند بیع سلم که از معاملات رایج مدینه بوده و بقیه را بدون منع به حال خود وا گذاشته.

۲- مفاهیم الفاظ و کلمات موجود در کتاب: البته باید گفت حجیت عرف در فهم کلمات هم مشروط به استمرار آن تا زمان معصومین است تا مصداق امضاء و تقریر قرارگیرد زیرا اگر کلمه‌ای در عرف کنونی به یک معنا و در عرف معاصر نزول قرآن به معنای دیگری باشد نمی‌توان براساس مفهوم عرف کنونی فتوا داد و در صورت شک آنچه می‌تواند راهگشا باشد "اصل عدم نقل" است؛ زیرا اگر بعد از فحص و تتبع نشانه‌هایی بر تغییر مفهوم لفظ در طول تاریخ نیافت با استناد به اصل عدم نقل یعنی عدم انتقال مفهوم سابق به مفهوم دیگری مفهوم فعلی را همان مفهوم صدر اسلام دانسته و بر اسای آن فتوی می‌دهد.

۳- دلالت التزامی کلمات بر اراده متکلم: مانند قضاوت عرف به اینکه هرگاه شارع حکم کند که مثلاً خمر بوده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۳۴۹ و ۳۴۸)

ه) نقش عرف در کشف جواز تکلیفی یا وضعی حکم

عقد تأمین و عقد امتیاز و عقد شرکت‌های تجاری با انواع سود که در عصر جدیدی نقش حیاتی در زندگی مردم دارند که این‌ها برای مشروعیت نیاز به دلیل واری عرفی دارند پس اگر بر آن‌ها دلیل شرعی دلالت کند آن دلیل گرفته می‌شود و گرنه احتیاج به عرف دارند. (سبحانی، ۱۳۸۳: ۹۹)

این اشکال نیست که در ثبوت مرجعیت عرف در ناحیه موضوعات و دلالات و استظهارات و بناءات و اعتبارات آن زیاد است همانا عرف در موارد مذکوره و مانند آن مرجعیت دارد هنگامی که به علم و یقین و بدون ظن و تخمین و مسامحه حکم کند جایز است برای شارع تخطئه عرف در جائی که حکم کرد یا بنا نهاد نظیر نهی در معاملات ربوی و معاملات مایه مسکر و غیر آن و اشکالی ندارد که نهی شارع خطای عرف را در آن موارد کشف می‌کند بلکه لازم است که تخطئه صریح باشد نسبت به عرف هرچند در موارد عرف ارتکازی باشد. (خرازی، ۱۴۲۲، ۱۶۷: ۵)

پس همانا شارع موضوعات احکامش را بر طبق آنچه که عرف عام می‌فهمد قرارداد و عرف خاص مخاطب خاص احکامش نیست لذا اکتفا به صدق موضوعات نزد خاص با عدم وضوح صدقش نزد عموم شکل می‌گیرد مانند مرگ که نزد پزشکان با ظهور مرگ پنهانی و مغزی صدق می‌کند ولی نزد عموم جزء با ایست قلب صدق نمی‌کند اگر چه با صدق مرگ نزد اطباء آگاه باشد پس با صدق خودش احکام مرگ نزد اطباء جاری نمی‌شود. (مغنیه، ۱۹۷۵: ۶۰)

مراد از عرف در مقابل عقل آن عرف تسامح نیست بلکه مراد از عقل عرف غیر تسامح دقیق می‌باشد ضرورت این است که الفاظ چنان که آن‌ها وضع شدند برای معانی نفس امریه در آن همچنین هنگام القای احکام بکار گرفته می‌شوند. پس کر و فرسخ و دم و سایر الفاظ متداول در القاء احکام شریعه فقط در معنای حقیقی واقعی بکار گرفته می‌شوند، پس کر برحسب وزن ۱۲۰۰ رطل عراقی بدون کم و زیاد می‌باشد نه اعم از آن و... و اگر چیزی دیگر اطلاق شود مسامحه است و تسامح عرفی در چیزی از موارد میزانی نیست نه در تعیین مفاهیم و نه در تشخیص مصادیق بلکه مراد از أخذ عرف آن عرف با دقت در تشخیص مفاهیم و مصادیق است اینکه تشخیص آن میزان است در مقابل تشخیص عقل برهانی دقیق. (خمینی، ۱۳۸۱: ۲۱۹-۲۱۸)

۱-۵- تنقیح موضوع با سیره و عرف گاهی ثبوتی است و گاهی اثباتی

۱- **تنقیح ثبوتی:** عبارت است از این که سیره موضوع واقعی حکم را به وجود می‌آورد و با تغییر مرحله دلالت آن موضوع تغییر نمی‌یابد مثل آنچه که در "امساک زوجه به معروف" مشاهده می‌شود این آیه دلالت می‌کند که باید نفقه همسر را به مقدار رایج در عرف پرداخت کرد. بنابراین برای بدست آوردن خصوصیات و ویژگی‌های آن به عرف مراجعه کرد بدین جهت نفقه در هر زمانی متناسب با آن زمان خواهد بود ... و نمی‌توان مرتبه پیش از امساک به معروف را به زمان بعد هم سرایت داد و این در حقیقت دخالت سیره و عرف در تکوین موضوع حکم شرعی به شکل توسعه دادن یا تضیق دایره آن می‌باشد.

۲- **تنقیح اثباتی:** عبارت است دخالت سیره در بیان موضوع در مرحله اثبات و کشف نه ثبوت مثل جائی که دلیل دلالت کند براین که اهل ایمان به شرط و پیمان خود پایبند هستند (المؤمنون) عند شروطهم) و از بنای عقلاء و سیره آن‌ها در خیار غبن بدست می‌آوریم که آن‌ها در بیع و معاوضه به از دست رفتن مالیت عوضین راضی نیستند و از خصوصیات جزئی دست بر می‌دارند ولی بر مالیت به مقداری که عرفا مساوی در عوض باشد اصرار می‌ورزند چون انسان متعارف به مقتضای قواعد عقلی به فوت شدن مالیت راضی نمی‌شود و این می‌فهماند که نباید میان عوض و معوض تفاوت فاحش وجود داشته باشد وگرنه رضایت به معاوضه محقق نمی‌شود.

در مجله اهل بیت (ع) از کتاب بحوث فی علم الأصول از جلد چهارم در مورد تفاوت نتیجه این دو تنقیح نقل شده:

نتیجه تفاوت میان تنقیح ثبوتی و اثباتی این است که اگر انسان مقتضای آن عمل نکند این خروج از سیره در تنقیح ثبوتی تأثیر ندارد بلکه حکم در حق وی نیز باقی می‌ماند؛ زیرا انعقاد سیره عقلاً به ایجاد فرد حقیقی برای موضوع منجر می‌شود بدین جهت مخالفت با آن تأثیری در تغییر حکم ندارد. برخلاف تنقیح اثباتی که نقش سیره در آن کاشف از قصد می‌باشد و از این رو اگر شخصی در موردی معین بر مخالفت خود بر عرف تصریح کند این مخالفت رافع حکم خواهد بود چون این تصریح کشف می‌کند که آن چه با سیره بدست می‌آید در آن مورد وجود ندارد سیره به هر دو شکلش حجت است بدون اینکه به دلیلی برای آن نیاز باشد؛ زیرا سیره موضوع حکم شرعی را تنقیح ثبوتی یا اثباتی می‌کند و بدین جهت در امثال این موارد قضیه به اثبات همزمانی سیره با زمان معصوم نیاز ندارد چرا که این مطلب در حکم کلی تشریح شده دخالتی ندارد و تنها در زمانی که می‌خواهیم حکم را برای آن اثبات کنیم به ملاحظه کردن وجود سیره نیازمندیم بلکه اگر سیره در زمان تشریح موجود باشد و پس از آن تغییر کند دیگر در زمان ما تأثیری نخواهد داشت. (مجله فقه اهل بیت، ۲۶۲- ۲۶۱: ۴۵)

اگر موضوعات احکام عرفی باشد و شارع برای تشخیص و بیان حدود بر نحواسته باشد اینجا شکی در مرجعیت عرف در تشخیص موضوعات احکام نیست و علت مرجعیت عرف عدم بیان موضوع توسط شارع است زیرا معنی ندارد که آن موضوع نزد عرف دارای معنی خاصی باشد و شارع خواهان معنی دیگری غیر از آنچه که عرف می‌فهمد باشد و با وجود آن موضوع را بیان نکرده باشد برغم اینکه خطایی که قرار داده در آن موضوع به هدف ترتیب اثر و حرکت بسوی آن است و به خاطر همین پس آن موضوع حکم شرعی فقط آن مفهوم که در نزد عرف بیان می‌شود را داخل می‌شود. (صنقور، ۱۴۲۸، ۳۲۳: ۲)

اما علامه حلی در مورد این مرجعیت عرف می‌گوید: همانا همه آن مماشاه با اصطلاح فنی است و گرنه عرف کجا و ماهی محکمه و محل آن کجاست همه آن نیست مگر فهم فقیه خودش. (حلی، ۱۳۸۳، ۳۶: ۱۱)

و) مرجعیت عرف برای اثبات یا نفی تحقق موضوع شرعی در عالم خارج

پس اگر فرض کنیم که شارع کسی است که مفهوم فقیر را مشخص کرده: فقیر کسی است که مالک قوت یک ساله‌اش نباشد پس امکان دارد که مکلفین به عرف مراجعه کنند برای تحقق اینکه زید مالک قوت یک ساله‌اش است یا نه و این یعنی مرجعیت عرف برای اثبات یا نفی موضوع شرعی در خارج و شکی نیست که عرف این صلاحیت را دارد بخاطر اینکه احکام شرعی جعل شده‌اند بر طریق قضایای حقیقی یا جعل شده‌اند بر موضوعات مقدره الوجود پس این یعنی اینکه شارع درصدد تحقق وجود موضوعات احکام در خارج و یا عدم وجود آنها نیست اینکه آن فقط شأن قضایای خارجی است و اینکه موضوع تحقق پیدا کرد یا نه از وظایف مکلفین است و واضح است که برای مکلفین برای احراز تحقق موضوع در خارج و یا عدم تحقق آن در خارج جزء رجوع به عرف وجود ندارد. اینکه اثبات تحقق موضوع یا نفی آن در نزد عرف با مختلف شدن جوامع و زمان‌ها و حالات مختلف می‌شود پس آیا آن مانع رجوع به عرف در شناخت تحقق موضوع یا عدم تحقق آن در خارج می‌شود؟ ظاهر اینست که مانع از رجوع نمی‌شود؛ مثلاً اگر فقیر از نظر شرعی کسی است که خرج خود و خانواده‌اش را در یکسال ندارد پس همانا ضابطه تحقق این موضوع در خارج به نظر عرف با اختلاف شرایط و جوامع مختلف نمی‌شود نهایت آنکه شرایط و متغیرات آن تبدیل مصادیق موضوعات به مفهوم مشخص و مطرح شد پس خرج کسی که مالک قوت است ممکن است برای یکسال کامل برای او کافی باشد بخاطر کم بودن افراد خانواده نداشتن واجب نفقه اضافه بطوری که اگر این فرد دارای افراد واجب نفقه شود یا خودش یا یکی از افراد خانواده‌اش مریض شود یا قیمت اجناس بالا رود پس پول او کفاف خرج خانواده اش را نمی‌کند در حالی که آن مقدار برای سال قبل کافی بود این چنین این هنگام جوامع مختلف می‌شود یا حاجات و نیازهای ضروری زیاد می‌شود پس واقع این است که ضوابط مختلف نمی‌شود و آن چیزی که مختلف می‌شود آن مصادیق موضوعات است پس چیز یکی است و مصادیق برای موضوع در زمانی می‌شود و مصادیق برای آن در زمانی دیگر یا جامعه ای دیگر و یا در حالت دیگری نمی‌شود. (صنقور، ۱۴۲۸، ۳۲۵-۳۲۳: ۲)

ز) عرف تأثیرگذار

لزوماً یادآور می‌شود که عرف مستقیماً در حکم اثری نمی‌تواند داشته باشد؛ بلکه از طریق نگاهی که عرف به موضوع می‌کند و معنای آن را تغییر می‌دهد در حکم مؤثر خواهد بود گرچه وقتی به تفاوت حکم توجه می‌شود به نظر می‌رسد حکم متفاوت گشته و واقعا هم تفاوت وجود دارد؛ اما این تفاوت نه از ناحیه تشریح و وضع حکم جدید است بلکه بخاطر تغییر موضوع است. وقتی مایعی که شراب است تغییر شیمیایی پیدا می‌کند و تبدیل به سرکه یا شیر می‌شود حرمت شرب این مایع از حرمت به حلیت تغییر می‌کند و

مردم می‌باشد نزد اصولیون به عنوان عرف و سیره پذیرفته می‌شود یکسان است که آن امور عقلی یا شرعی باشد. (بدری، ۱۴۲۸: ۱۸۹)

گاهی در تعبیرات فقهاء آن را (عرف را) بناء عقلاء می‌نامند و گاهی نیز به آن سیره عملی اطلاق می‌کنند عرف به این معنی اختصاص به گفتار و عمل پیدا می‌کند و از حوزه طبیعت خارج می‌شود در حالی که عادت شامل مسائل طبیعی مانند سن بلوغ نیز می‌گردد گرچه ظاهراً فقهاء عرف را مختص به عمل نمی‌شمارند بلکه در مورد تشخیص دلالت الفاظ و مفاهیم محاوره‌ای نیز آن را به عنوان یک اصل و دلیل مقبول مورد استناد قرار می‌دهند (مانند اصالة الظهور و اصالة الاطلاق) ولی با دقت روشن می‌گردد که نظر فقهاء در این موارد نیز همان عمل اکثریت مردم بطور مکرر و ارادی بر طبق این اصول و ضوابط دلالت‌های لفظی است. (عمید، ۱۴۲۱، ۲۱۴: ۲)

مراد از سیره و عرف در این بحث سیره پیامبر یا امامان نیست بلکه سیره عقلانی یا سیره متشرعه (مسلمانان) است از این تعریف‌های که از عرف شده بر می‌آید که عرف با معنای سیره عقلانی تفاوتی ندارد بدین جهت ما در بسیاری از مباحث می‌بینیم که میان سیره عقلانی و عرف جمع بسته‌اند. (مجله فقه اهل بیت، ۲۵۲: ۴۵)

بعد از بیان و تعریف انواع عرف قابل ذکر است منظور از عرفی که نگارنده در جهت اثبات تأثیر آن بر آمده عرف عامی است که مخالف با آموزهای دینی نباشد و به گونه‌ای باشد که مورد پسند عقل و مطابق با ذوق سالم و رای عموم باشد و اگر با رای و نظر عقلا مخالف و ناشی از بی‌مبالاتی در امور دینی باشد و با اهداف دین همراه نباشد نمی‌توان آن عرف را موثر در موضوع حکم شرعی دانست. در تعاریف‌های که از عرف ارائه شده مشخص می‌شود که بین عرف و عادت و سیره تفاوتی وجود ندارد برای همین در بسیاری از تعاریف بینشان جمع بسته شده است.

ز- ۱ تفاوت بین عرف و عادت:

بعضی بین این دو تفاوت قائل نشده‌اند اما بعضی دیگر برای آن دو تفاوت قائل شدند و می‌گویند بین آن دو دو فرق است:

۱. عرف از امور اجتماعی و گروهی است نه فردی ولی عادت که به خاص افراد مربوط است.
۲. در عادت حالت تکرار وجود دارد ولی در عرف تکرار مطرح نیست. (بدری، ۱۴۲۸: ۱۸۹)

ز- ۲ تفاوت بین عرف و سیره عقلاء

در مجله فقه اهل بیت از کتاب موجز المدخل للقانون و از کتاب المدخل الفقهي نقل شده: برخی گفتند بین عرف و سیره عقلاء فرق در این است که آنچه عقلاء انجام می‌دهند باید به باور خودشان نیکو و سودمند باشد ولی در عرف چنین چیزی ضرری نیست اما از موارد استعمال بر می‌آید که عرف معنایی عام و فراگیر دارد و عرف خاص و سیره عقلاء را نیز که از آن به عرف عام بنای عقلاء تعبیر شود شامل می‌گردد پس اصطلاح عرف اعم از دو اصطلاح سیره عقلاء و عرف خاص است. (مجله فقه اهل بیت، ۲۵۲: ۴۵)

نتیجه‌گیری

از یک سو عرف نقش بسیار مهمی در دیدگاه و برداشت فقهاء و نیز عملکرد افراد جامعه اسلامی با قید آنکه تعهد به انجام احکام دینی دارند وجود دارد و از سوی دیگر تغییر موضوعات عرفی می‌تواند موجب تغییرات حکم شرعی شود. عرف در موضوعات بسیار مهمی مثل ربا خواری که حرمت آن تا بدانجاست که در قرآن مجید آن را به منزله محاربه با خدا اعلام داشته نقش بسیار مهمی دارد تا بدانجا که در یک زمان در

مکانی عرف چنان است که مبادله یک کالا را (همجنس) ربا تلقی نمی‌کند چون محدود است و در جای دیگر همین کالا در مبادله‌اش ربا محقق می‌شود زیرا مکیل و یا موزون است افزون بر این وقتی به کتب فقهی مراجعه شود ملاحظه می‌شود که فقهاء در بسیاری از مسائل عرف را داور محکمه و بیان مسئله می‌دانند باز به عنوان نمونه متذکر می‌شود که در بیع وقتی سخن از کیل و وزن می‌آید فقهاء می‌گویند اگر طرفین نوع مکیال و میزان را تعیین نکرده باشند عرف غالب حاکم است. همچنین در باب نکاح وقتی سخن از نفقه به میان می‌آید که ملاک و محور آن شأنیت زن است چنین شأنیتی را فقهاء به عرف وا می‌نهند.

به قدری مسأله عرف به خصوص در تعیین موضوع اهمیت دارد که کمتر مسائل فقهی را می‌توان یافت که به نحوی در آن دخالت نداشته نباید فراموش کرد که در معانی واژه‌ها هم عرف تأثیر بسزائی دارد به عنوان مثال در بحث عدالت که محور بسیاری از احکام دینی است وقتی فقهاء می‌گویند عادل کسی است که گناه کبیره نکند و اصرار به صغیره نداشته باشد و همچنین کاری خلاف مروت انجام ندهد برای معنا کردن مروت و در نتیجه خلاف آنکاملاً مؤثر است بدین معنا که پاره‌ای از افعال را عرف مطابق با مروت می‌داند تمام این الفاظی که حامل احکام شرعی است می‌بایست به همان معنای که ذکر گشت حمل شود و نمی‌توان و نباید آن را بر معنای که امروز از آن‌ها می‌شود معنا کرد. چنانکه در بقیه الفاظی که هم در خصوص احکام شرعی بکار رفته چنین منظوری مورد توجه است یادآور می‌شود که بحث حقیقت شرعی و حقیقت متشرعه و حقیقت لغوی که در اصول مطرح است ناظر به همین نکته می‌شود.

اما در خصوص موضوعات مطلب عکس آن است که در معنای الفاظ حامل حکم گفته شده بدین معنا که در قسمت معنا تأکید بر آن بوده که هر آنچه را مخاطبان از معنای الفاظ بدست می‌آورند دیگران هم باید همان را مورد اتباع و پیروی قرار دهند ولی در خصوص موضوعاتی که دارای حکم می‌باشند می‌بایست افزون بر آن فهمیده شود موضوع محکوم به حکم شرعی چیست توجه می‌بایست کرد که این موضوع چه بسا در طول سال‌ها و یا در عرض جوامع موجود تغییر می‌یابد این تغییرات بر موضوعی که جنبه طبیعی دارد و دستخوش تحول می‌شود بسیار روشن و غیرقابل انکار است و نمونه کامل آن شراب یا خمر است که تبدیل به سرکه می‌شود معنی شراب واضح است موجودیتش در خارج و در طبیعت کاملاً مبرهن است ولی همین مایه چون به لحاظ فیزیکی تغییر می‌کند و ماهیت دیگری پیدا می‌کند حکم آن تغییر می‌کند یعنی مایه خاص که با وصف شراب بودن نوشیدنش حرام بود چون به سرکه تبدیل گردد حلال می‌شود در عرف هم موضوعاتی که متخذ از عرف است چه بسا در زمان حضور معصوم پاره‌ای از موضوعات یا مقدمه منحصر بفرد برای ارتکاب عمل زنا و یا متضمن این عمل بوده و لذا حکم به حرمت شده مثل نگاه کردن یا صدای خلخالی که بر پا داشتند یا شنیدن صدای زن "و کذا یحرم علی المرأه ان تنظروا إلی الاجنبی او تسمع صوته الا لضروره کالمعامله و الطب". ما وقتی این موضوعات دیگر متضمن آن مسئله مهم یعنی روابط ناپه‌نجان نباشند موضوعاً از علت حکم خارج خواهد همچنین تناقض و اختلافات میان روایات و نظر فقهاء را در بسیاری از موارد می‌توان با در نظر گرفتن تأثیر عرف حل نمود.

منابع و مأخذ

منابع فارسی:

۱. ابوالفتح جرجانی، سید امیر (۱۳۶۲ش). تفسیر شاهی (آیات الاحکام). تهران: نوید.
۲. ابوالفتح رازی، حسین بن علی. (۱۳۷۶ش). روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن. مشهد: قدس رضوی
۳. امامی، سید حسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی
۴. ترکاشوند، امیر حسین. (۱۳۸۹ش). حجاب شرعی در عصر پیامبر، تهران: بی چا
۵. جعفریان، رسول. (۱۴۲۸ق). رسائل حجابیه. قم: دلیل ما
۶. جعفری هرنودی، محمد. (۱۳۹۳ش). زن در اسلام و جاهلیت. تهران: نوگل
۷. جناتی شاهرودی، محمد ابراهیم. (بی تا). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی. بی جا: بی چا
۸. دورانت، ویل و آریل دورانت. بیتا. تاریخ تمدن. ترجمه‌ی اشعریون محسن. بی جا: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۹. زنجانی شبیری، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: رای پرواز
۱۰. طباطبائی بروجردی، آقا حسین. (۱۴۲۹ق) منابع فقه شیعه. تهران: انتشارات فرهنگ سبز
۱۱. عابدیان، میرحسین. (۱۳۸۹ش). عوامل مؤثر در تغییر حکم (مقاله). مجله متین، شماره ۱۵ و ۱۶، سایت حوزه. ۸۹/۱/۲۹
۱۲. عمید زنجانی، عباس علی. (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی. تهران: امیر کبیر
۱۳. فیض کاشانی، محمد حسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۲۹ق). رساله فیض کاشانی. تهران: مدرسه عالی شهید
۱۴. قرشی، سید علی اکبر. (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن. تهران: دارالکتب الاسلامیه
۱۵. قلی زاده، احمد. (۱۳۷۹ش). واژه شناسی اصطلاحات اصول فقه. تهران: نور الاصفیاء
۱۶. لعل نهر، جواهر. (۱۳۸۶). نگاهی به تاریخ جهان. ترجمه‌ی تفضلی محمود. تهران: امیر کبیر
۱۷. محمدی، علی. (۱۳۸۰ش). حجاب در ادیان الهی. قم: نور گستر
۱۸. ----- (بی تا). مجله فقه اهل بیت (ع) فارسی. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
۱۹. مطهری، سید مرتضی. (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار) فارسی، قم: بی چا
۲۰. مظفر، محمد رضا. (۱۴۱۰ق). اصول مظفر. ترجمه‌ی هدائی علیرضا. تهران: حکمت
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). دائره المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه علی بن ابی طالب (ع)
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴ش). تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه
۲۳. واعظی، محمد. (۱۳۹۲ش). وضعیت زن در جاهلیت (مقاله). انتشارات سایت خبرگزاری فارس، ۹۲/۲/۷
۲۴. یار شاطر، احسان. (۱۳۸۳ش). پوشاک در ایران زمین. ترجمه‌ی متین پیمان. تهران: امیر کبیر

فهرست منابع عربی:

۲۵. ابن سعد. محمد. (بی تا). طبقات الکبری (العلمیه). بیروت: دارصادر

۲۶. ابن منظور، ابولفضل جمال الدین محمد ابن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر- دار صادر
۲۷. ابن فارس، ابوالحسن. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغه. قم: حوزه علمیه
۲۸. اردبیلی، احمد بن محمد (مقدس اردبیلی). (بی تا) زبده البیان فی احکام القرآن. تهران: مکتبه المرتضویه
۲۹. اردبیلی، احمد بن محمد (مقدس اردبیلی). (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح الأذهان. قم: انتشارات اسلامی
۳۰. بحرانی، شیخ یوسف. (بی تا). الحدائق. قم: نشر اسلامی
۳۱. بدری، تحسین. (۱۴۲۸ق). معجم مفردات اصول الفقه مقارن. تهران: المشرق للثقافه و النشر
۳۲. جصاص، ابی بکر احمد بن علی الرازی. (۱۴۱۵ق). احکام القرآن. بیروت: دارلکتب العلمیه
۳۳. حرعاملی، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشیعه (اسلامیه). بیروت: دارالحیاء التراث العربیه
۳۴. حلی، (علامه) حسن بن یوسف. (۱۴۲۵ق). نهایه الوصول الی علم الاصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع)
۳۵. حلی، حسین. (۱۴۳۲ق). اصول فقه قم: مکتب الفقه و اصول المختصه
۳۶. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دارالفکر معاصر
۳۷. خرازی، محسن. (۱۴۲۲ق). عمده الاصول. قم: مؤسسه در راه حق
۳۸. خمینی، روح الله. (۱۳۸۱ش). الإستحصاب. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
۳۹. خوئی، سید ابوالقاسم و سید محمد تقی خوئی. بی تا. المبانی فی شرح العروه الوثقی. بی جا. بی چا
۴۰. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۱ش). مصباح الفقاهه. قم: مکتبه داورى
۴۱. دارمی، عبدالله بن بهرام. (۱۳۴۹ق). سنن الدارمی. دمشق: الاعتدال
۴۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ قرآن. لبنان: دار العلم- الدار الشامیه
۴۳. زمخشری، جارالله. (بی تا). تفسیر الزمخشری الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، بی جا. بی چا
۴۴. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۳ش). اصول الفقه المقارن فیما لا نص فیہ. قم: مؤسسه امام صادق (ع)
۴۵. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۳ش). رسائل اصولیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع)
۴۶. سجستانی، سلیمان ابن اشعث. (بی تا). سنن ابی داود. بیروت: دارالعربیه
۴۷. سعدی، ابو حبیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهی لغه و اصطلاحا. دمشق: دارالفکر
۴۸. سکویت، سلیمان. (بی تا). مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. بی جا. بی چا
۴۹. سیوطی، جلال الدین. (۱۳۶۵). الدار المنثور. بیروت: دارالفکر
۵۰. سیوری، فاضل مقدادبن عبدالله. (۱۳۹۳ش). کنز العرفان. ترجمه‌ی بخشایشی عقیقی. قم: نوید الاسلام
۵۱. شیخ صدوق، محمد بن علی. (۱۳۸۶ق). علل الشرایع. نجف: مکتبه الحیدریه
۵۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: مکتبه المرتضویه
۵۳. سنقر، محمد. (۱۴۲۸ق). المعجم الاصولی. قم: الطیار
۵۴. طباطبایی، علامه سید محمد حسین. (بی تا). المیزان فی التفسیر القرآن. قم: مؤسسه نشر اسلامی
- حوزه علمیه

۵۵. طبرسی، حسن. (۱۴۱۵ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: موسسه الاعلمی
۵۶. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی
۵۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: مکتبه المفید
۵۸. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة (شرح لعمه). قم: انتشارات داوری
۵۹. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۳۸۰ش). الروضه البهیة (شرح لعمه). قم: دارالتفسیر - اسماعیلیان
۶۰. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه
۶۱. علی، جواد. (بی تا). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. بی جا، بی چا
۶۲. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). العین. قم: نشر هجرت
۶۳. قلجی، محمد. (۱۴۰۵). معجم لغه الفقهاء. بیروت: دارالنفاس
۶۴. مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: دارالأحیاء الشرات
۶۵. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب للترجمه النشر
۶۶. مطهری، سید مرتضی. (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار) عربی. قم: بی چا
۶۷. مغربی، قاضی نعمان. (۱۳۸۵). دعائم الاسلام. قم: آل بیت
۶۸. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). الفقه علی المذاهب الخمسه مغنیه. بیروت: دارالتیاری جدید، دارالجواد
۶۹. مغنیه، محمد جواد. (۱۹۷۵م). علم اصول فقهی ثوبه جدید. بیروت: دارالعلم للملایین
۷۰. نویری، احمد بن عبدالله. (بی تا). نهایه الارب. بی جا. بی چا.
۷۱. واسطی زبیدی حنفی، محب الدین وسید محمد مرتضی حسینی. ۱۴۱۴ق. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر
۷۲. -----. (بی تا). مجله فقه اهل بیت (ع) عربی. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)

منابع انگلیسی:

73. Harandi, Mohammad Jafar, Slamic Order to Benefit from The Beauty And Sexuality, International Journal Of Hiology, Pharmacy And Allied Seiences, November, 2015

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۸

صص ۶۸۵ - ۶۹۴

تلقى جرم انگارانه از اقدام به خودکشی (ناموفق) و برخی صور مداخله در ارتکاب آن در حقوق جزایی ایران

پیمان حسین زاده^۱، ایرج گلدوزیان^۲

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

۲- استاد گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

(نویسنده مسئول)

چکیده

«خودکشی»، رفتاری است که در آن مرتکب به صورت (غالباً) ارادی و با میل و خواست باطنی به زندگی خود پایان می دهد. به واقع نوعی است از «قتل»، نه «مردن» که فاعل و مفعول آن از وحدت برخوردار می باشد. در حرمت این عمل بین فقها و حقوقدانان اجماع متقنی وجود دارد تا جایی که دست یازیدن به خودکشی را در زمره معاصی و گناهان کبیره قلمداد نموده اند لیکن بحث اصلی آن جا است که آیا با توجه به معیارهای جرم انگاری (بالأخص در نظام حقوقی حاکم بر کشور ما) - اگر نگوئیم نفس خودکشی - قلمرو و حواشی آن، همچون شرکت، معاونت، تسبیب و ... قابلیت قرار گرفتن در دایره شمول «جرم» و متعاقباً «مجازات» را در مفهوم عام و کلی دارد یا خیر؟ لذا در پژوهش حاضر، سعی گردیده موضع حقوق کیفری ایران نیز در این خصوص تبیین و سپس مستندات توجیهی در ارتباط با لزوم یا عدم لزوم جرم انگاری خودکشی و شقوق مختلف ارتکاب آن ضمن توجه به تحرکات هر چند ملایم و محتاطانه قانون گذار طی چندین سال اخیر مانند وضع بند «ب» ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه ای (۱۳۸۸) و یا مواد ۲۹۵ و ۳۷۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) عرضه گردد.

واژگان کلیدی: خودکشی، گناه، جرم، حرمت، مجازات.

* نویسنده مسئول miramts@yahoo.com

مقدمه

خودکشی که از آن تعبیر به «انتحار» نیز می‌گردد، یک امر تصادفی نیست بلکه با هدف و نقشه قبلی توأم با میل و اراده مرتکب به وقوع می‌پیوندد. به همین جهت منظور از این پدیده در علم حقوق، بررسی وضعیتی است که انسان عمداً خود را بکشد. بر خلاف دگر کشی که عناوین قتل غیر عمدی و خطایی مطرح می‌شود عنوان «خودکشی غیر عمد یا خطایی» مصداق و موضوعیت ندارد و قربانیان این واقعه تنها کسانی هستند که عالماً و عمدتاً دست به این اقدام می‌زنند در نتیجه می‌توان گفت که افرادی خاص، تحت شرایطی ویژه اقدام به خودکشی می‌کنند. به همین جهت فکر خودکشی، پدیده‌ای راکد و ایستا نیست بلکه امکان دارد با گذشت زمان و تغییرات مکان، کاهش یا افزایش یابد.

از منظر حقوق کیفری هرچند به تصور کلاسیک و سنتی، خودکشی جرم نبوده و بالتبع معاونت و مشارکت در آن نیز واجد جنبه جزایی نمی‌باشد لیکن فقدان نص صریح، مبنی بر جرم نبودن خودکشی در وهله نخست موجب این توهم خواهد بود که خودکشی و طرق مختلف نیل به آن، عمل مباحی است و انسان به جسم و جان خود، سلطه مطلق دارد و می‌تواند موجبات سلب حیات خویش را به دستان خود فراهم ساخته و یا حتی آن را با توجیهات گوناگون (من جمله رهایی از درد و رنج ناشی از بیماری و ...) به دیگری تفویض نماید. هر چند که جرم و قابل مجازات نبودن خودکشی به این علت باشد که مجازات خودکشی بی فایده و غیرعادلانه بنماید؛ بی فایده از این جهت که مقصر، مرده است و دیگر، وجود ندارد و غیر عادلانه از آن حیث که صدمه آن متوجه افراد بی‌گناه می‌شود و جنبه بازدارندگی ندارد، اما خودکشی نافرجام که در آن منتحر زنده می‌ماند، دعوت به خودکشی دیگری، اکراه به خودکشی، تظاهر به خودکشی (در قالب فعل حرام)، خودکشی مادر باردار، خودکشی حاجب از ارث و مسایلی از این دست، می‌تواند ذهن هر حقوقدانی را در مواجهه با آثار و تبعات منفی ناشی از این موضوع به خود مشغول ساخته و لاجرم به سوی تجزیم این رفتار نهی شده رهنمون سازد.

شایان ذکر است قانون‌گذار در سال‌های اخیر با وضع و تصویب مواد مختلفی نظیر ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۳۸۸) و به ویژه بند «ب» آن، همچنین مواد ۲۹۵ و ۳۷۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) با ذکر و استعمال واژگان و تعبیری عام و در عین حال تفسیرپذیر، سعی در إلقاء این مفهوم نموده که اَشکال مختلف خودکشی (جدای از فضای مجازی) و با پرهیز از بعضی تعارضات فقهی - حقوقی موجود در این زمینه قابلیت جرم انگاری را خواهد داشت چرا که فلسفه اصلی جرم انگاری در ممالکی که تحت تأثیر قواعد اخلاقی و انسانی منبعث از اسلام و سایر ادیان آسمانی هستند، حمایت از نقض ارزش‌های اخلاقی و کرامت انسانی و برقراری تعادل و نظم همگانی فراگیر در اجتماع می‌باشد که بدون تردید مواجهه کیفری با خودکشی و اقسام متعدد و متنوع ارتکاب آن می‌تواند مقنن را به اهداف فوق‌الاشاره نایل سازد.^۱ لذا در این گزیده سعی گردیده تا با بیان برخی از مستندات و تحرکات حقوق جزایی بر لزوم جرم انگاری این رفتار (در برخی از اَشکال و حالات) اشاره شود.

^۱ - پر واضح است جهت توجیه لزوم جرم انگاری در خصوص خودکشی، قلمرو و اطراف آن می‌بایست این عمل را همانند حقوق برخی کشورها نه نوعی از «مردن»، بلکه شکلی از «کشتن» و یا «قتل» فرض نمائیم چرا که در خودکشی، قاتل به جای تعرض به حیات دیگری، متعرض حیات خود گشته و به قتل خویش مبادرت می‌ورزد.

مداخله کنندگان و عوامل دخیل در خودکشی

گاهی فرد، بدون مداخله هیچ عامل (انسانی) دیگر به زندگی خویش پایان می‌دهد و هنگامی شخص با مشارکت فرد دیگری این کار را به سرانجام می‌رساند. زمانی افراد بدون این‌که فرد را در اجرای افعال (و یا ترک افعال) مادی قتل خودشان مشارکت دهند به نحوی وقوع آن را تسهیل کرده و یا وسایل ارتکاب آن را برای خود، فراهم می‌سازند و زمانی نیز وقوع خودکشی، نتیجه و معلول عمل کس یا کسان دیگری است که برای فرد خودکشی کننده راه حلی جز آن باقی نمانده است. اکراه بر خودکشی، تظاهر به خودکشی و خودداری از کمک به فرد در معرض خودکشی هم از جمله شقوق مختلف و در عین حال، متنوع ارتکاب این رفتار ممنوعه می‌باشند.

مباشرت در خودکشی

هر چند برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند «خودکشی تام» جرم نبوده و مجازاتی ندارد زیرا اعمال کیفر نسبت به خودکشی کننده واجد جنبه پیشگیری نیست و هر نوع عکس العمل قانونی، موجب لطمه مادی و معنوی فامیل و بستگان وی خواهد شد^۱. لیکن از غیر قابل مجازات بودن خودکشی نباید چنین نتیجه گرفت که سایر صدمات بدنی شخصی در صورتی که کسی به انگیزه خاص، شخصاً به خود وارد می‌کند (مثل این‌که آگاهانه عضوی از اعضای بدن خود را به منظور فرار از انجام خدمت وظیفه عمومی ناقص نماید) قابل مجازات نیست بلکه این قبیل صدمات شخصی بدنی به عنوان عمل مجرمانه، ممنوع و قابل مجازات می‌باشند (گلدوزیان، ۱۳۹۶)^۲.

بحث در جایی است که شخص اقدام به خودکشی کرده ولی زنده مانده است. آیا در این فرض می‌توان اقدام به جرم انگاری آن میزان از رفتار نمود؟

از آن جایی که مقنن نه خودکشی و نه شروع به آن را جرم نشناخته است نمی‌توان فردی را که در پایان دادن به زندگی خود، موفق نشده است تحت تعقیب قرار داد. ولی با این وجود قانون گذار در مواردی، [اورود] صدمه جسمانی به خود را جرم دانسته و می‌توان فردی را که در پایان دادن به زندگی خود، ناموفق بوده در صورت تطبیق با این موارد تحت تعقیب قرار دارد. به عنوان نمونه می‌توان به ماده ۵۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح اشاره نمود (مظاهری طهرانی، ۱۳۸۵).

اگرچه برخی بر این باورند که به دلیل فقدان وجودی خودکشی کننده در خودکشی تام جهت برخورد قانونی، جرم ندانستن خودکشی امری منطقی به نظر می‌رسد ولی چنین می‌نمایند که با عنایت بر حرمت

^۱ - «بکاریا» معتقد است؛ «خودکشی جرمی است که به نظر نمی‌آید بتواند موجب کیفری به معنای اخص شود زیرا این کیفر جز بر سر مردمی بی گناه (اقوام و خویشان متحر) یا بر پیکیری سرد و بی حس فرود نمی‌آید. اگر در مورد اخیر، مجازات از تازیانه زدن بر تندیسی بی جان تأثیر بیشتر بر موجودات جاندار ندارد در مورد نخست، اجرای مجازات بیدادگرانه و جابرانه است. اگر بر من خرده گیرند که این کیفر می‌تواند با این حال، انسانی را که تصمیم به خودکشی گرفته از این کار باز دارد در پاسخ می‌گویم کسی که از لذات زندگی به آرامی چشم می‌پوشد و از زندگی دنیای درون، متنفر است به حدی که بدبختی ابدی را بر آن برتری می‌دهد، مسلماً از اندیشه مجازات فرزندان یا خانواده‌اش که دور از ذهن و کم تأثیر است پریشان نخواهد شد». (بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه: اردبیلی، محمد علی، نشر میزان، چاپ هفتم، تابستان ۱۳۹۳، صص ۱۱۸ و ۱۱۴)

^۲ - مواد ۵۹ و ۳۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (مصوب ۱۳۷۱) و ۵۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (مصوب ۱۳۸۲).

آکید خودکشی در اسلام، جرم انگاری شروع به خودکشی، حداقل با اعمال تدابیر و اقدامات تأمینی و تربیتی و در قالب خدمات کلینیکی و پاراکلینیکی و نیز مراقبت‌های پزشکی و روانپزشکی در مورد شخصی که در اقدام به خودکشی، ناموفق بوده است واکنش علمی، منطقی و در عین حال مفید به حال فرد و جامعه قلمداد شود.

شرکت در خودکشی

با توجه به این که جرم بودن عمل اشتراکی از جمله شرایط تحقق شرکت در جرم است و همان طور که می‌دانیم خودکشی براساس قوانین جاری کیفری ایران، عملی مجرمانه نیست لذا حکم شرکت در خودکشی را با توجه به وجه مشترک آن با قتل که همان «إخراج روح» می‌باشد بایستی در موارد مربوط به قتل جستجو کرد. حکم شرکت در جنایت (که قتل هم جزئی از آن است) در ماده ۳۶۸ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، ذیل فصل ششم و تا انتهای ماده ۳۷۴ آماده است.

به نظر می‌رسد بایستی با شرکای در خودکشی براساس این مواد برخورد کرد، چرا که از طرفی هرگونه همکاری با کسی که دست به خودکشی می‌زند جرم محسوب می‌شود. فرض شرکت در خودکشی به این صورت قابل تصور است که فردی یک سر طنابی را که به گردن خود پیچیده است به دیگری داده و سر دیگر طناب را نگهداشته و هر دو نفر با کشیدن دو سر طناب، موجبات مرگ خودکشی کننده را فراهم سازند [که] به نظر می‌رسد در این فرض، اولیای دم مقتول بتوانند نصف دیه قاتل را به وی پرداخت کرده و او را قصاص نمایند (گلدوزیان، ۱۳۹۶).

تسبیب در خودکشی

در خصوص تسبیب و ضمان ناشی از آن دو قاعده کلی وجود دارد که فهم آن حائز اهمیت است اول این که؛ هر کاری که انجام آن از لحاظ موازین و مقررات شرعی (و البته قانونی) مجاز و مأذون باشد چنان چه موجب تلف شود مسئولیت کیفری نداشته و ضمان آور نیست. دوم آن که انجام هر کاری که از نظر شرعی و قانونی هیچ جواز و إذنی در آن نمی‌باشد (چنان چه موجب تلف گردد) از حیث کیفری، مسئولیت در پی داشته و موجب ضمان خواهد بود (گلدوزیان، حسین زاده، ۱۳۹۶).

با توجه به ضرورت اختیار مرتکب در تحقق خودکشی، هر عاملی که عمد یا اختیار وی را متزلزل یا زایل نماید موجب انتفاء عنوان خودکشی در این مفهوم خواهد بود. بنابراین تسبیب در خودکشی در فرضی مصداق دارد که مرتکب، قاصد و یا مختار نبوده بلکه در اثر فریب یا اجبار دیگری مبادرت به سلب عمدی حیات از خود می‌کند. در یک مفهوم کلی‌تر می‌توان گفت اگر خودکشی ناشی از سببی باشد که تأثیر آن از مباشرت، بیشتر باشد مسبب به عنوان قاتل عمدی، قابل تعقیب خواهد بود ولی تأثیر سبب و تشخیص اقوی بودن آن از مباشرت به راحتی میسر نیست و از مشکلات حقوق جزا است. فرض کنید دختری عقیف مورد تجاوز جنسی و ناموسی قرار می‌گیرد و وی به خاطر آبروی از دست رفته خود، دست به خودکشی می‌زند یا این که دختری پاکدامن در چنگال مردی شرور گرفتار می‌شود و به منظور حفظ عفت و شرافت خود، خویشتن را از پنجره ساختمانی به پایین پرتاب می‌کند و می‌میرد یا این که برای تن دادن به رابطه جنسی ناخواسته سیم برق را در دست می‌گیرد و با [جریان] برق، خودکشی می‌کند یا شخصی در اثر صدمات

جسمانی شدید به شدت مصدوم می‌شود به نحوی که او به دلیل آلام غیر قابل تحمل، دست به خودکشی می‌زند^۱ (مظاهری طهرانی، ۱۳۸۵).

معاونت در خودکشی

بنابر قوانین کیفری موجود، هر گاه عملی قانوناً جرم تلقی نشود إحتراز معاونت آن هم قابل تصور نیست. در مسأله معاونت در خودکشی، چون نفس ارتکاب خودکشی را قانون‌گذار جرم و قابل مجازات اعلام نکرده است به تبع آن معاونت در خودکشی نیز جرم تلقی نشده و فاقد کیفر است (ولیدی، ۱۳۸۰). با این حال، استناد به قواعد عام معاونت و پیروی از نظریه معاونت «استعاره‌ای یا عاریتی» در برابر اقدامی که از نظر شرعی، اخلاقی و نظم عمومی مردود است چندان قابل قبول نیست. قانون‌گذار در پاره‌ای از موارد، معاونت در جرم را به عنوان یک جرم خاص مورد توجه قرار داده و عملی را که ماهیتاً از مصادیق معاونت در جرم است نه به عنوان معاونت بلکه به عنوان جرم مستقلی مجازات می‌کند. به عنوان نمونه در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، قانون‌گذار در مواد متعددی تهیه وسایل ارتکاب جرم یا ارائه طریق ارتکاب آن را به عنوان جرم مستقل پذیرفته است. مانند مواد ۶۲۳ و ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲). در حوزه‌های امنیتی نیز قانون‌گذار در مواردی، تحریک به ارتکاب جرم را که از مصادیق معاونت در جرم است مستقلاً جرم انگاری کرده است و منتظر وقوع رفتارهای مجرمانه‌ای که معاون خواستار آن شده نمی‌نشیند. به عنوان مثال، ماده ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) برای کسی که مردم را به قصد بر هم زدن امنیت کشور به جنگ و کشتار با یکدیگر اغواء یا تحریک کند، صرف نظر از این که موجب قتل و غارت بشود یا نشود مجازات یک تا پنج سال حبس را تعیین کرده است.^۲ البته در برخی موارد، قانون‌گذار مصادیق رفتاری معاونت را حتی فراتر از آنچه قانون مجازات اسلامی مقرر نموده پیش‌بینی کرده است. به عنوان مثال، مطابق بند ۶ ماده واحده قانون مجازات اخلاص کنندگان در امنیت پرواز هواپیما و خرابکاری در وسایل و تأسیسات هواپیمایی (مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۴)، کسانی که از تهیه و تدارک آلات و اسباب جرم یا مقدمات ارتکاب جرایم مندرج در این قانون مطلع شده و جریان را به مقامات ذصلاح اعلام ننمایند به مجازات معاون محکوم خواهند شد.^۳

^۱ - در موارد دیگری مثل «دختران فراری» که اقدام به خودکشی می‌کنند نیز قاضی می‌تواند مسبب [مسببین] فرار و این خودکشی را که معمولاً پدران و مادران هستند به اتهام «کودک آزاری» تحت پیگرد قرار دهد. (کیخا، حسن، خودکشی در حقوق جنایی، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵)

^۲ - قانون‌گذار گاه در برخی از قوانین متفرقه نیز از این رویه متابعت نموده است همانند ماده ۴۰ قانون گذرنامه (مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰) و ماده ۲۵ قانون مطبوعات (مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۲).

^۳ - بزه «عدم اعلام جرم» بعضاً در مقررات کیفری ایران به چشم می‌خورد اما بند فوق الذکر در زمره موارد بسیار شاذ و نادری است که عدم اعلام جرم را نسبت به همگان جرم دانسته است و حال آن که در سایر موارد، عدم اعلام جرم فقط نسبت به برخی افراد، جرم تلقی شده است مانند عدم اعلام جرایمی نظیر ارتشاء، اختلاس، تصرف غیرقانونی یا کلاهبرداری در ادارات دولتی که مطابق ماده ۶۰۶ قانون تعزیرات، منحصرأ نسبت به رؤسا یا مدیران یا مسئولین سازمان‌های دولتی، جرم تلقی شده است (میرمحمد صادقی، حسین - ایزدیار، علی، مقاله «خودکشی مساعدت شده پزشکی: از مبانی جرم انگاری تا واکنش کیفری»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال نهم، شماره سی و دوم، بهار ۱۳۹۴، توضیحات ذیل پی نوشت شماره ۱۷، ص ۱۹۸).

مقنن ایرانی در بحث معاونت در جرم نه به نحو إطلاق، مستقل بودن آن را نفی کرده و نه مطلقاً آن را پذیرفته است بلکه این معاونت بستگی به نوع جرم و شرایط تحقق آن دارد. اما آن چه که از مواد قانونی مذکور مهم‌تر بوده و مرتبط با موضوع تحقیق حاضر نیز می‌باشد ماده ۷۴۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) است.^۱

هر چند که این اقدام قانون‌گذار در سال ۱۳۸۸ می‌تواند فتح بابی باشد جهت جرم‌انگاری سایر صور و اشکال خودکشی ولیکن پرسشی که می‌تواند در این خصوص مطرح شود آن است که چرا در حالی که اساساً خودکشی جرم نبوده و بالتبع معاونت در آن از طریق مادی همچون اعطاء سلاح و سم قاتله، تحریک و تشویق و ... جرم‌انگاری نشده و ارتکاب آن‌ها جرم محسوب نمی‌شود وفق بند «ب» ماده موصوف، معاونت در خودکشی از طریق «سامانه‌ها یا سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده» جرم‌انگاری شده است با این که ممکن است این قبیل اعمال از هزاران کیلومتر دورتر انجام گرفته و مرتکبین آن نیز هیچ‌گاه شناخته نشوند؟! به دیگر سخن، هنگامی که معاونت در خودکشی، ضمن پذیرش قبح عقلی و شرعی آن می‌تواند با استفاده از سامانه‌های مذکور، جرم باشد چرا بدون استفاده از آن‌ها جرم تلقی نشود؟

اولاً؛ نمی‌توان پاسخ روشنی برای این تناقض آشکار ارائه نمود بالأخص با توجه به این که قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نسبت به ماده ۱۵ قانون مذکور، مؤخر بوده و قانون‌گذار در قانون مؤخر التصویب کماکان بر رویه سلف گذشته عمل کرده و معاونت در خودکشی به روش‌های سنتی را جرم‌انگاری نکرده است. ثانیاً؛ ممکن است گفته شود موضوع ماده مذکور اساساً از مصادیق معاونت به عنوان جرم مستقل می‌باشد بدین توضیح که؛ چون معاونت در جرم، جرم است پس باید (نفس) خودکشی هم جرم باشد تا معاونت در آن مصداق یابد در غیر این صورت مصداق ندارد. ممکن است قانون‌گذار پیش‌بینی کرده باشد که اگر کسی «تحریک مؤثر» به خودکشی کند مرتکب، قابل مجازات است. اگرچه اصطلاحاً می‌گویند «معاونت در خودکشی»، ولی این اصطلاح از لحاظ حقوقی صحیح نیست بلکه یک جرم مستقل است یعنی اگر عمل تحریک کننده به خودکشی، معاونت و شرکت در خودکشی نیست ولی جرم است پس باید این عمل جرم مستقل باشد (ساوالانی، ۱۳۹۲). [در نتیجه] به نظر می‌رسد که این جرم، یک جرم خاص و مستقل است که تحقق آن حتی نیاز به رخ دادن خودکشی ندارد (کیخا، ۱۳۹۵) و از آن جایی که نفس مساعدت کردن در خودکشی دیگری با قطع نظر از نوع آلت جرم (یعنی چه از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی صورت گرفته باشد چه به طرق دیگر)، مذموم و ناپسندیده بوده و طبعاً مستوجب مجازات است و علت این که قانون‌گذار، جرم‌انگاری این اقدام را مقید به ارتکاب آن از طریق سامانه‌های مذکور نموده است [صرفاً] ذکر این ماده در قانون «جرایم رایانه‌ای» است (میرمحمد صادقی، ایزدیار، ۱۳۹۴)، جدای از پذیرش ارتکاب خودکشی به مثابه رفتاری قبیح از نظر عقلی و شرعی، نشان‌دهنده آن است که دیگر، ارتکاب خودکشی از طریق سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل داده نباید موضوعیتی داشته باشد. معهداً این پرسش اساسی کماکان باقی است که اگر معاونت در خودکشی به عنوان جرم مستقل، مفید و ضروری می‌باشد چرا در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نیز پیش‌بینی نگردیده است؟!^۲

^۱ - ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۳۸۸/۳/۵).

^۲ - برخی از اساتید حقوق جزا هم چون دکتر آزمایش معتقدند عدم جرم‌انگاری خودکشی در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) فلسفه خاصی ندارد زیرا از آن جایی که قانون جرایم رایانه‌ای (و بالأخص مبحث تحریک و ... دیگری به خودکشی از طریق سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی و یا حامل‌های داده) ترجمه متون جزایی فرانسه است، مترجم قسمت مربوط به خودکشی را که می‌بایست وارد متن قانونی جزای حاضر ما می‌شد ترجمه ننموده است.

تظاهر به خودکشی^۱

با توجه به تحریم اکید خودکشی که از اصل «حرمت إضرار به نفس» و قواعد فقهی نظیر «کل من إرتکب حراماً فلإمام تعزیره» یا «کَلِمَا أَضْرَ بِالْبَدَنِ فَهُوَ حَرَامٌ» قابل استنباط و استنتاج می‌باشد، تظاهر به ارتکاب خودکشی در قالب فعل «صرفاً حرام» و نه «غیرقانونی و غیر مجرمانه» را می‌توان تحت عنوان یک جرم مستقل و در عین حال خاص، شایسته جرم انگاری دانست یا همانند برخی جرایم علیه امنیت ملی، اعمالی را که از حیث رکن مادی حتی در حد «شروع به جرم» هم نیستند مثل ماده ۵۰۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵)، جرم و مستوجب مجازات تلقی نمود یا خیر؟

«تظاهر به عمل حرام» در این ماده به معنی وانمود کردن ارتکاب عمل حرام نیست بلکه مرتکب باید عمل حرامی را «واقعاً» در اُنظار و معابر عمومی مرتکب شود و صرف وانمود کردن ارتکاب فعل حرام را نمی‌توان مشمول مقررات این ماده دانست. حرامی که به آن تظاهر می‌گردد باید در قوانین و مقررات موضوعه جرم باشد تا مشمول شق اول ماده ۶۳۸ شود و در صورتی که فعل ارتکابی در قوانین موضوعه جرم نباشد و نفس ارتکاب آن نیز به گونه‌ای نباشد که «عفت عمومی» را جریحه‌دار کند (مانند خوردن گوشت خوک در اُنظار عمومی) مشمول مقررات این ماده نخواهد بود (باری، ۱۳۹۲). اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه مشورتی شماره ۷/۲۵۳۰-۱۳۷۲/۴/۷ در این زمینه اعلام داشته: «ماده ۱۰۲ قانون تعزیرات (۶۳۸) قانون مجازات اسلامی (۷۵)، حکم دو مورد را بیان کرده است: اول، تظاهر به عمل حرامی که آن عمل دارای کیفر است مانند تظاهر به شرب خمر. در این مورد علاوه بر کیفر عمل، تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیراً به مرتکب زده می‌شود. دوم، تظاهر به عمل حرامی که دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار می‌نماید. مجازات آن فقط تا ۷۴ ضربه شلاق است، اما اگر عمل حرام دارای کیفر نباشد و عفت عمومی را هم جریحه‌دار ننماید ماده ۱۰۲ (۶۳۸) قانون مجازات اسلامی (۷۵) شامل آن نمی‌شود» (شهری، ستوده جهرمی، ۱۳۷۵).

هر چند که نه در قانون مجازات اسلامی و نه در سایر قوانین موضوعه تعریفی از «علنی بودن» و یا «در اُنظار عمومی» به عمل نیامده ولیکن منظور از آن نوعاً به مکان‌هایی گفته می‌شود که مردم، بدون داشتن و نیاز به إذن و اجازه، حق حضور در محل مذکور را بیابند.^۲ با این وجود اگر فردی در اماکن، معابر و یا اُنظار عمومی به گونه‌ای وانمود کند که قصد خودکشی دارد و عملیات اجرایی در این خصوص را نیز آغاز کرده باشد لکن خودکشی واقع نگردد به نظر می‌آید عنصر مادی جرم در این مورد محقق گردیده و شخص مرتکب، قابل مجازات به صراحت ماده مذکور خواهد بود. هر چند که در دیدگاهی دیگر، با توجه به ماده مورد اشاره منظور از تظاهر این است که شخص، رفتار را که همان فعل حرام است انجام و به عملیاتی کردن آن خود را نشان دهد و به مفهومی، جرم در حال ارتکاب بوده یا ارتکاب یافته باشد و به مردم چنین وانمود نماید که این جرم را انجام داده است.

^۱ - «suicide gesture»؛ اقدام به خودکشی یا سایر رفتارهای خود تخریبی معمولاً برای جلب توجه و کمک دیگران بدون قصد جدی در کشتن خود.

^۲ - [هم چنین] مقصود از «معابر» اعم است از کوچه، خیابان، گذر و میدان و اعم است از این که معبر در داخل شهر باشد یا خارج آن و از طرف دیگر، حضور یا عدم حضور شاهد در حین ارتکاب جرم، شرط نیست (پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۵۲، ص ۳۶۸).

عملی که مرتکب انجام می‌دهد موجب بر هم زدن نظم عمومی جامعه و إخلال در نظم می‌شود لذا می‌توان رفتار مرتکب را با ماده ۶۱۸ قانون تعزیرات منطبق دانست در غیر این صورت با در نظر داشت دیدگاه‌های مختلف و وجود شبهه و رعایت قاعده «درء»، همچنین اعمال تفسیر مضیق در این فقهه نمی‌توان شخص متظاهر به خودکشی را مستوجب مجازات و کیفر دانست.

نتیجه‌گیری

۱ - بررسی مبانی ساختاری جرم انگاری در حقوق کیفری اسلام، نشان از حرمت دینی اعمالی نظیر «دعوت»، «تحریک»، «تشویق»، «ترغیب»، «تهدید» و ... دیگری به ارتکاب خودکشی و در نتیجه امکان ورود آن به حوزه حقوق جزا دارد. البته چنین اقدامی در نهایت، همانند تمامی حوزه‌های حقوق کیفری نیازمند ریزبینی، ظرافت عمل و دقت فراوان در تدوین مقرراتی جامع و مانع است.

۲ - نظر به اهمیت و خطر پاره‌ای از رفتارهای مجرمانه بدون این که مباشرت مادی در تحقق عمل مجرمانه مطرح باشد قانون‌گذار بعضی از مصادیق معاونت در جرم را به عنوان جرم مستقل شناخته است. بدین ترتیب که بدون توجه به جرم اصلی، معاون جرم را که صرفاً موجب وقوع جرم از طریق تحریک، ترغیب، تهدید، تطمیع، دسیسه و فریب و نیرنگ، ایجاد تسهیل در وقوع جرم، تهیه وسایل و یا ارائه طریق ارتکاب جرم گردیده به عنوان مباشر یک جرم خاص، مستوجب تعقیب و کیفر می‌داند که خودکشی نیز با توجهات معنون در بخش جرم انگاری می‌تواند از این قبیل موارد خاص باشد که مقنن از اصل کلی عاریتی بودن، عدول کرده است.

پیشنهادهای

با نگاهی مبتنی بر آموزه‌های سیاست جنایی اسلام می‌توان اذعان داشت که مقوله جرم و گناه در هم آمیخته و ضمن وجود رابطه عموم و خصوص مطلق بین این دو گزینه غالب گزاره‌هایی که از منظر دینی گناه محسوب می‌شوند به وصف کیفری نیز متصف اند. بر این اساس، شناسایی مواردی که گناه محسوب می‌شوند (من جمله خودکشی و اقدام به آن) و امر به عدم وقوع و نهی از دستیازی به آن می‌تواند به سهم خود در پیشگیری از خودکشی و در نتیجه کاهش گناه ناشی از این عمل (به مفهوم اعم) و جرم احتمالی حاصل از آن (در معنای اخص) مؤثر باشد.

با توجه به این که در قوانین کیفری جاری، خودکشی جرم نیست و بنابر نظریه معاونت استعاره‌ای (عاریتی)، کمک به فرد در پایان دادن به زندگی خود و نیز شروع به آن نمی‌تواند جرم و قابل مجازات باشد و از آن جایی که این دیدگاه این تفکر را القاء می‌کند که جرم نبودن خودکشی و به تبع آن معاونت و شروع به خودکشی به منزله شناختن حق مالکیت فرد بر جسم و جان خود است لذا پیشنهاد می‌گردد با توجه به تحریم اُکید خودکشی در شرع مقدس اسلام و نیز برخورد منفی افکار عمومی با آن رفتار معنون به عنوان جرم، اعلام گردند.

جرم انگاری خودکشی از یک سو منطبق با اصول موجهه جرم انگاری (مانند اصل صدمه یا زیان، پدر سالاری قانونی، اخلاق گرایی قانونی و کرامت انسانی) است و از سوی دیگر متکی به مبانی مستحکم فقهی (همچون قاعده حرمت إعانت بر إثم، احترام خون مسلمان و تعزیر فعل حرام) می‌باشد که این که پیش‌بینی جرمی مشابه در ماده ۷۴۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵، ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای ۱۳۸۸)، خود گواهی بر این مدعاست. در نتیجه پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار یا به موجب یک قانون خاص (در مواردی که ناظر بر «خودکشی مساعدت شده پزشکی»، «تحریک، ترغیب و یا تشویق به خودکشی»، «اکراه

به خودکشی» و «تسبیب در خودکشی» می‌باشد) یا با پیش‌بینی ماده‌ای در ذیل «جرایم علیه اشخاص و اطفال» در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵) اقدام به جرم انگاری این عمل نماید. بایسته هست دولت اقدام به تأسیس مراکز مداخله در بحران خودکشی در مراکز نظیر وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی یا سازمان بهزیستی کشور نموده و از ظرفیت‌ها و پتانسیل‌های موجود در NGO ها و سازمان‌های مردم‌نهاد نیز غافل نباشد تا در صورتی که فرد، تصمیم به خودکشی می‌گیرد با مراجعه به آن مراکز بتواند از تدابیر حمایتی لازم برخوردار گردد چرا که قطعاً اقدام این قبیل مراکز در جهت ایجاد سلامت روانی شخص و عدم اقدام به خودکشی تأثیرگذار بوده و می‌تواند به کاهش چشمگیر تکرار خودکشی کمک‌های شایانی کنند.

می‌توان در راستای پیشگیری از خودکشی ضمن توجه به ظرفیت‌های موجود در نظام کیفری ایران به ویژه بند «ب» ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۳۸۸) و سایر قوانین موجود، اقدام به فیلترینگ (مسدود ساختن) سایت‌هایی نمود که به «آموزش خودکشی» و مسائل مرتبط با آن اختصاص دارند.

با توجه به قابل پیشگیری بودن پدیده خودکشی، برخی از راه‌های پیشگیرانه عبارت خواهند بود از: تقویت ایمان مذهبی، توجه به خدا و قیامت و زندگی پس از مرگ، توجه و تأمین وضع معیشتی مردم، برقراری تفاهم اخلاقی در اعضای خانواده و رعایت احترام به یکدیگر، احترام به والدین و محبت به فرزندان، شرکت در کارهای دسته‌جمعی مانند بازهای سالم و در عین حال، مفرح، ازدواج، رفتن به اردوهای علمی، زیارت اماکن مقدس، صلح رحم و رفت و آمد با بستگان، دوستان و افراد موثق و مورد اطمینان، کنار نهادن آرزوهای بزرگ و طولانی و دور از دسترس و تقویت حس واقع‌بینی، مقایسه نکردن امور معیشتی و مالی خویش با دیگران به ویژه با آنانی که از نظر مادی در وضع بهتری هستند.

منابع و مأخذ

۱. قرآن مجید
۲. آقائی نیا، حسین (۱۳۹۲). حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (جنایات). تهران: نشر میزان.
۳. باتمانی، رضا. (۱۳۹۴). آسیب شناسی خودکشی، خودزنی و دگرزنی. تهران: انتشارات آریاداد.
۴. بکاریا، سزار. (۱۷۶۴). رساله جرایم و مجازات‌ها. (محمد علی اردبیلی، ۱۳۹۳). تهران: نشر میزان.
۵. شریفی خضارتی، امیر. (۱۳۹۳). خودکشی (مطالعه جرم‌شناسی، فقهی و حقوقی). تهران: انتشارات اندیشه عصر.
۶. شهری، غلامرضا؛ ستوده جهرمی، سروش. (۱۳۷۷). نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری از سال ۵۸ تا ۷۱. تهران: روزنامه رسمی.
۷. زراعت، عباس. (۱۳۹۲). شرح مختصر قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲). تهران: انتشارات ققنوس.
۸. عوده، عبدالقادر. (۱۴۰۳). حقوق جنایی اسلام. (اکبر غفوری، ۱۳۷۳). مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی.
۹. کیخا، حسن. (۱۳۹۵). خودکشی در حقوق جنایی. تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۶). حقوق جزای اختصاصی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۲). محشای قانون مجازات اسلامی. تهران: انتشارات مجد.
۱۲. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۶). بایسته‌های حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.

۱۳. گلدوزیان، ایرج؛ حسین زاده، پیمان. (۱۳۹۶). بسپط در قانون مجازات اسلامی. تهران: انتشارات جاودانه.

۱۴. ماهیار، آذر؛ نوحی، سیما؛ شفیعی، علیرضا. (۱۳۸۵). خودکشی. تهران: انتشارات ارجمند.

۱۵. مرادی، حسن. (۱۳۹۶). حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (جنایات). تهران: نشر میزان.

۱۶. ولیدی، محمد صالح. (۱۳۸۸). بایسته های حقوق جزای عمومی. تهران: انتشارات جنگل.

مقالات

۱۷. جعفر زاده، جعفر؛ آری، محمود؛ ابوالحسینی، علی اکبر؛ علی تبار فیروز جانی، محمد باقر. (۱۳۹۶).

۲۸. ادله حرمت خودکشی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران. (فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی)، سال سیزدهم، شماره چهل و نه: صفحه ۵۷ تا ۷۰.

۱۸. سروی پور، پگاه. (۱۳۸۹). بررسی خودکشی از دیدگاه فقه جزایی و حقوق کیفری ایران. (اصلاح و تربیت)، شماره ۸۹: صفحه ۱۸ تا ۲۵.

۱۹. شفیعی مازندرانی، سید محمد. (۱۳۸۹). ممنوعیت خودکشی از دیدگاه فقه اسلامی. (پژوهش

های فقهی)، سال ششم، شماره اول: صفحه ۳۹ تا ۵۳.

۲۰. کشوری، پوریا. (۱۳۹۱). خودکشی در حقوق کیفری ایران. (دادرسی)، سال شانزدهم، شماره ۹۵: صفحه ۳۶ تا ۳۷.

۲۱. محمدی، سید باقر. (۱۳۸۲). حق حیات انسان در اسلام. (صراط)، شماره ۱۳: صفحه ۹۴ تا ۱۲۷.

۲۲. میر محمد صادقی، حسین؛ ایزدیار، علی. (۱۳۹۴). خودکشی مساعدت شده پزشکی: از مبانی جرم انگاری تا واکنش کیفری. (حقوق پزشکی)، سال نهم، شماره سی و دوم: صفحه ۱۶۱ تا ۲۰۵.

پایان نامه ها

۲۳. محمدی زاویه، معصومه. (۱۳۹۰). مطالعه حقوقی - جرم شناختی خودکشی. پایان نامه کارشناسی

ارشد حقوق، گرایش جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

۲۴. مظاهری طهرانی، مسعود. (۱۳۸۵). جایگاه حق مرگ در حقوق کیفری. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق، گرایش جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه قم.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۸

صص ۶۹۵ - ۷۰۶

ظرفیت‌ها و چالش‌های نظام عدالت کیفری ایران در حوزه پیشگیری از جرم زمین‌خواری

میثم حسین پور^۱، جعفر کوشا^۲

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

۲- عضو هیات علمی دانشگاه شهید بهشتی.

(نویسنده مسئول)

چکیده

یکی از مشکلات عصر حاضر کشور، مسأله زمین‌خواری است که در اقتصاد کشور بی‌نظمی ایجاد کرده و به سرعت در حال پیشروی است. پدیده زمین‌خواری از طریق تغییر غیرقانونی کاربری و تصرف غیرقانونی اراضی در چند دهه اخیر به یکی از معضلات اجتماعی نگران‌کننده تبدیل شده است، به گونه‌ای که در رأس مفاسد بزرگ اقتصادی کشور قرار گرفته و با وجود اهمیت زمین‌خواری و تأکید مؤکد مقام معظم رهبری و سایر مقامات سیاسی بر مقابله با آن و تصویب قوانین و مقررات مختلف برای جلوگیری از تغییر غیرقانونی کاربری و تصرف غیرقانونی اراضی، این پدیده روز به روز افزایش نگران‌کننده می‌یابد. ظرفیت‌های نظام عدالت کیفری ایران در حوزه رسیدگی به جرم زمین‌خواری را نیز می‌توان در سه حوزه تقنینی، قضایی و اجرایی بررسی کرد. در زمینه پیش‌گیری از پدیده زمین‌خواری نیز نظام عدالت کیفری ایران جدای از ظرفیت‌های موجود با چالش‌های عدیده‌ای هم‌زمان از بعد پیش‌گیری کیفری و هم از بعد پیش‌گیری غیرکیفری مواجه است. که در این مقاله به اهم آن پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی: نظام عدالت کیفری، پیشگیری، زمین‌خواری، تصرف غیر قانونی.

مقدمه

قبل از انقلاب اسلامی، اراضی کشور به سه دسته اراضی دولتی، اراضی متعلق به خاندان شاهنشاهی و اراضی خصوصی (اربابی) تقسیم بندی می شدند. بعد از انقلاب، اراضی به دو دسته اراضی متعلق به دولت و اراضی متعلق به افراد و اشخاص خصوصی تقسیم شدند که این امر تکلیف دولت و دستگاههای متولی را برای صیانت از این اراضی مشخص نمود.^۱ مالکیت زمین تکلیف صیانت از آن را برای هر فرد، گروه یا سازمانی مشخص می نماید.

یکی از مهم ترین پدیده هایی که حقوق مالکانه ملی و مالکیت های دولتی و عمومی را خدشه دار می سازد، زمین خواری است. اساساً معضل زمین خواری ارتباط تنگاتنگی با نظام مالکیت زمین در هر کشور و نحوه ثبت و حفاظت از آن دارد. بدین ترتیب که در نظام های مبتنی بر مالکیت صرف جمعی و یا اشتراکی، یا مالکیت صرف دولتی و نیز مالکیت خصوصی زمین، احتمال بروز زمین خواری اندک است. چرا که زمین یا متعلق به جمیع مردم، یا دولت و یا بخش خصوصی است که در هر صورت مالک آن تلاش دارد بهترین حفاظت را از ملک خود به عمل آورد. اما در نظام هایی که مبتنی بر مالکیت دوگانه دولتی / عمومی و خصوصی هستند در صورت نقص نظام حمایت از مالکیت زمین، احتمال وقوع تصرف غیر قانونی زمین های دولتی یا عمومی بالا است.

در چند دهه اخیر پدیده زمین خواری به یکی از معضلات جدی حقوقی، اجتماعی، اقتصادی تبدیل شده و هر روز نیز این پدیده رو به افزایش است. متأسفانه پدیده زمین خواری محدود به محله، شهر، روستا، استان یا بخش خاصی نیست و در سراسر کشور به اشکال مختلف پراکنده شده است.

از این رو رسیدگی به جرم مذکور و پیش گیری از آن به یکی از موضوعات مهم در نظام عدالت کیفری ایران تبدیل شده است. از یک طرف، لزوم رسیدگی مؤثر، کارآمد، سریع، قاطع و بعضاً افتراقی به پدیده مذکور امری ضروری است. از طرف دیگر، اتخاذ راهکارها و اقدامات پیش گیرانه به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم زمین خواری و یا حداقل کاهش موارد ارتکاب آن باید به یکی از برنامه های مهم و مبنایی نظام عدالت کیفری تبدیل شود. رسیدگی و پیش گیری از جرم، نوعی واکنش اجتماعی، حقوق و کیفری در مقابل پدیده مجرمانه است که هر جامعه ای برای تنظیم روابط اجتماعی و حفظ اساسی ترین ارزش های حاکم بر جامعه، ناچار است به این دو ابزار متوسل شود. پیشگیری از جرم اقسام گوناگونی دارد که در یک تقسیم بندی به پیشگیری کیفری و غیر کیفری تقسیم می گردد.^۲ پیشگیری کیفری عمدتاً ماهیت کیفری داشته و بر عهده قوه قضائیه می باشد. مخاطبان این نوع پیشگیری مجرمان می باشد. اقدامات پیشگیرانه از جرم با جرم انگاری رفتارها و کیفر دادن مرتکبین این رفتارهای مجرمانه و اغلب در راستای پیشگیری از تکرار جرم انجام می گیرد. پیشگیری غیر کیفری شامل تدابیری است که ماهیت غیر کیفری داشته و بیشتر در راستای پیشگیری از بزه و نه تکرار آن اتخاذ می شود. پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی از جدید ترین طبقه بندی انواع پیشگیری غیر کیفری به شمار می آید. پیشگیری اجتماعی شامل اقداماتی است که درصدد تاثیر گذاری بر عوامل موثر بر ارتکاب جرم می باشد و عمدتاً بر تغییر محیط های اجتماعی و انگیزه های مجرمانه متمرکز می شود.^۳ در پیشگیری اجتماعی تاکید و تمرکز بر عوامل اجتماعی موثر در تکوین جرم است. این پیشگیری می کوشد تا با دستکاری و تغییر محیط و عوامل اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و...

^۱ خنیفر، حسین، درآمدی بر مفهوم آمایش سرزمینی، مجله آمایش سرزمین شماره ۲ بهار ۱۳۸۹

^۲ ابراهیمی، شهرام، جرم شناسی پیشگیری، جلد اول، انتشارات میزان ۱۳۹۰، ص ۲۸

^۳ ابراهیمی، همان منبع، ص ۷۸

ریشه‌های جرم را بخشکانند. مدل پیشگیری اجتماعی تاکید زیادی بر «دلایل ریشه‌ای» جرم دارد. در پیشگیری وضعی نیز، با توجه به شرایط بزه‌کار، نوع جرایم، اهداف و موضوعات جرم و خصوصیات بزه دیده، اقداماتی به اجرا گذاشته می‌شود که فرایند آنها از بین رفتن و یا تضعیف موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم خواهد شد. به منظور پیشگیری از ارتکاب جرم زمین خواری، به کارگیری تمامی مبانی و اقدامات پیشگیرانه فوق ضروری است.

هرگونه اقدام برای مقابله با این معضل، مستلزم بهره‌گیری از اطلاعات و رویکردهای حوزه‌های مذکور است در حال حاضر متولی برخورد با پدیده زمین‌خواری مشخص نیست و ضمناً قوانین از صراحت لازم و ابزارهای قانونی و قدرت لازم برای برخورد با این پدیده برخوردار نیست و ضعف قوانین موجود، امکان دور زدن و سوء استفاده را برای متخلفان فراهم کرده است.^۱

با توجه به عدم توجه کافی به پدیده‌خواری در محافل پژوهشی و آثار اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی این پدیده در اجتماع و داشتن خلاءهای قانونی و عدم مشخص بودن دقیق مصادیق و مبانی این پدیده در این نوشته ضمن تبیین ظرفیت ها و چالش های نظام عدالت کیفری در خصوص جرم زمین خواری مبانی پیشگیری از این پدیده واکاوی می‌گردد.

الف: تعاریف

۱- زمین خواری

زمین خواری اصطلاحی است که در جامعه و گفتمان‌های اداری رواج یافته است و حتی امروزه علاوه بر واژه مذکور، از واژه‌هایی مانند کوه‌خواری، دریاخواری و ... نیز استفاده می‌شود. لیکن در قوانین موضوعه و کتب حقوقی هیچ تعریفی از پدیده زمین‌خواری ارائه نگردیده است. علی‌رغم اینکه این پدیده، به عنوان یک آسیب اجتماعی جدی در جامعه مطرح شده است و مبارزه با آن جزء اولویتهای دستگاه‌های اجرایی و قضایی قرار گرفته است، ولی هیچ قانون یا مقرره‌های وجود ندارد تا اصطلاح مذکور را تعریف نموده و حدود و ثغور آن را مشخص سازد. این فقدان تعریف روشن باعث گردیده است تا افراد زمین‌خوار از همین ضعف قانون و عدم مشخص بودن حدود و ثغور پدیده مذکور، از منغذهای قانونی استفاده نمایند و به راحتی در غالب و پوشش قانونی اقدام به تصرف غیرقانونی صدها هکتار از اراضی ملی و دولتی کنند. ویژگی نخست پدیده مذکور را می‌توان از جنبه اقتصادی مورد مطالعه قرار داد و ویژگی دیگر آن را می‌توان از منظر زیست‌محیطی مطرح نمود. از جنبه اقتصادی قطعاً اثرات مخرب آن بر اقتصاد زمین و خصوصاً مسکن و ... بر کسی پوشیده نیست. و از منظر زیست‌محیطی نیز از آنجا که زمین‌های ملی شامل جنگلها، مراتع و اراضی جنگلی می‌شود، فلذا تعرض به این‌گونه زمین‌ها به طور مستقیم اثرات مخربی را متوجه محیط زیست می‌نماید. از این‌رو می‌توان گفت که تعرض به زمین‌های مذکور و از بین بردن جنگل‌ها و مراتع از مصادیق جرایم زیست‌محیطی محسوب می‌شوند. لذا این جرم نه تنها تحت عنوان یک جرم اقتصادی در قلمرو دانش حقوق کیفری و جرم‌شناسی قابل مطالعه است بلکه مستقیماً با حقوق محیط زیست و حقوق منابع طبیعی نیز مرتبط است. بنابراین با توجه به دو ویژگی بیان شده می‌توان گفت که مرتکبان این جرم از رهگذر تجاوز به محیط زیست و تخریب منابع طبیعی به تحصیل ثروت هنگفت و اختلال در نظام اقتصادی کشور مفسد فی‌الارض و در نهایت یک جرم اقتصادی می‌پردازند.

^۱ مقیمی، محمد رضا، بسترهای زمین خواری و روش های مقابله با آن، مجله کارآگاه، شماره ۱۱

^۲ نجفی ابرند آبادی، علی حسین، سخنرانی همایش ملی نظام عدالت کیفری مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۰۱

پدیده زمین‌خواری اساساً با نظام مالکیت زمین مرتبط است و در نظام‌های مبتنی بر مالکیت صرفاً جمعی یا اشتراکی، یا مالکیت صرفاً دولتی یا مالکیت خصوصی، بروز زمین‌خواری اندک است. چرا که زمین یا متعلق به جمیع مردم یا دولت است یا بخش خصوصی است که در هر صورت مالک آن تلاش دارد بهترین حفاظت را از ملک خود به عمل آورد. اما در نظام‌هایی که مبتنی بر مالکیت دوگانه عمومی و خصوصی هستند احتمال بروز زمین‌خواری بیشتر است. و در صورت نقض نظام حمایت از مالکیت زمین، احتمال وقوع تصرف غیرقانونی زمین‌های دولتی و عمومی بالا است.

مرتکب این پدیده می‌شوند که کشف آنها به سادگی میسر، زمین‌خواران با شیوه و شگردهای پیچیده نیست. بگونه‌ای که متهمان آنها از سال‌های قبل و به مرور زمان مرتکب زمین‌خواری شده‌اند، در حالی که پس از چندین ماه و گاهی پس از گذشت چند سال موضوع برملا شده است. لذا پدیده زمین‌خواری در سیاست کیفری کنونی جامعه ما چنان دارای اهمیت ویژه‌ای شده است که به یکی از دغدغه‌های اصلی قوه قضائیه شده است بنابراین با توجه به ضعف پژوهش‌ها در زمینه این پدیده، پدیده مذکور از جمیع جهات مثل تعریف، قلمرو، آسیب‌شناسی، عوامل، موانع و چالش‌های مبارزه و راهبردهای پیشگیرانه نیازمند تحقیق و بررسی کامل می‌باشد.

۲- پیشگیری

به طور کلی تعریف از پیشگیری در جرم‌شناسی موضوع چندان آسانی نیست. زیرا اغلب نویسندگان، به بررسی پیشگیری می‌پردازند، بدون آنکه از قبل، نسبت به تعریف و توجیه آن اقدام نمایند. پیشگیری از جرم اقسام گوناگونی دارد که در یک تقسیم بندی به پیشگیری کیفری و غیر کیفری منقسم میشود و به طور کلی هدف پیشگیری، کاهش شیوع و بروز طول مدت شیوع و ناتوانی باقیمانده از یک رخداد است و در سه سطح صورت می‌گیرد^۱

پیشگیری اولیه: عبارت است از برنامه‌ها و خدماتی که به جمعیت عمومی به منظور جلوگیری از وقوع یک رخداد ارائه می‌گردد.

پیشگیری ثانویه: عبارت است از برنامه‌ها و خدماتی که در مراحل اولیه بروز رخداد ارائه میشود و منجر به شناخت به موقع و جلوگیری از پیشرفت و طولانی مدت شدن آن میشود
پیشگیری ثالث: برنامه‌ها و خدماتی را در بر می‌گیرد که هدفشان، کاستن از شیوع آثار و ناتوانی حاصل از وقوع رخداد است.

پیشگیری کیفری: عمدتاً ماهیت کیفری داشته و بر عهده قوه قضائیه است که مخاطبان این نوع پیشگیری مجرمان هستند

اقدامات پیشگیرانه از جرم با جرم انگاری رفتارها و کیفر دادن مرتکبین این رفتارهای مجرمانه و اغلب در راستای پیشگیری از تکرار جرم انجام می‌گیرد. پیشگیری کیفری از زمین‌خواری در سه گفتار اصلاح نظام تقنینی و جرم انگاری، اصلاح شیوه کیفرگذاری و اصلاح نظام قضایی تقسیم و هر یک به صورت جداگانه بحث میشود.

زمین‌خواران از روشهای مختلف و پیچیده‌ای برای تصاحب اراضی ملی و دولتی و غارت بیت المال استفاده میکنند. موارد محدودی از این روشها که دارای ضمانت‌اجرای کیفری بوده و توسط قانونگذار جرم شناخته شده است، در فصل مربوط به عناوین مجرمانه زمین‌خواری بدانها پرداخته شد. لیکن روشهای بسیار دیگری وجود دارد که زمین‌خواران بوسیله آنها به زمین‌خواری می‌پردازند، و متأسفانه عمل ارتكابی

^۱ ابراهیمی، شهرام، پیشین، ص ۳۹

آنها نیز دارای هیچ عنوان مجرمانهای نبوده و افراد زمینخوار به راحتی از این ضعف و کاستی قوانین استفاده کرده و اقدام به تصرف و چپاول هکتارها اراضی متعلق به عموم مردم و دولت میکنند. لذا در بحث پیشگیری کیفری، یکی از مهمترین اقداماتی که باید مورد توجه قانونگذار قرار گیرد، پرداختن به روشهای مذکور و پیشبینی ضمانتاجراهای کیفری مناسب جهت جلوگیری از پرداختن افراد مختلف جامعه به آنها میباشد. زیرا رهیافت پیشگیری کیفری، اربابانگیزی فردی، جمعی و عبرتآموزی است تا بدین طریق از بزهکاری نخستین و تکرار جرم افراد در جامعه پیشگیری نماید

پیشگیری غیر کیفری: شامل تدابیری است که ماهیت غیر کیفری داشته و بیشتر در راستای پیشگیری از بزه و نه تکرار آن اتخاذ میشود. پیشگیری غیر کیفری عبارت است از: «جلوگیری از به فعل در آمدن اندیشه مجرمانه با تغییر دادن اوضاع و احوال خاصی که یک سلسله جرایم مشابه در آن به وقوع پیوسته یا ممکن است در آن اوضاع و احوال ارتکاب یابد. پیشگیری در این مفهوم مجموعه وسایل و ابزارهایی است که دولت برای مهار بهتر بزهکاری از دو طریق مورد استفاده قرار میدهد: از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرمز، 2- از طریق اعمال مدیریت^۱

مناسب نسبت به عوامل محیطی، فیزیکی و محیط اجتماعی که به نوبه خود، موجب فرصتهای ارتکاب جرم هستند. پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی از جدیدترین طبقه بندی انواع پیشگیری غیر کیفری به شمار می آید.^۲

پیشگیری اجتماعی شامل اقداماتی است که درصد تاثیر گذاری بر عوامل موثر بر ارتکاب جرم بوده و عمدتاً بر تغییر محیطهای اجتماعی و انگیزههای مجرمانه متمرکز میشود. اجتماعی را میتوان به پیشگیری جامعه مدار و رشدمدار تقسیم نمود. در پیشگیری اجتماعی تاکید و تمرکز بر عوامل اجتماعی موثر در تکوین جرم است. پیشگیری میکوشد تا با دستکاری و تغییر محیط و عوامل اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و... ریشه های جرم را بخشکند. مدل پیشگیری اجتماعی تاکید زیادی بر دلایل ریشههای جرم دارد اعمال راهکارهای پیشگیری اجتماعی در مورد اینگونه مجرمان چندان نمیتواند کارساز باشد، با وجود این اعمال راهکارهای پیشگیری اجتماعی میتواند تاثیرات مهمی بر کاهش پدیده زمینخواری داشته باشد.

پیشگیری اجتماعی

این نوع پیشگیری که به صورت علمی در دهه 1980 در انگلستان مطرح شد با توجه به شرایط بزهکار، نوع جرایم، اهداف ها و موضوعات جرم و خصوصیات بزه دیده، اقداماتی را به اجرا میگذارد که فرآیند آنها از بین رفتن و یا تضعیف موقعیت و فرصتهای ارتکاب جرم خواهد شد

در پیشگیری وضعی اقدامات پیشگیراننده از جرم، معطوف به گونههای ویژه ای از جرایم است که از طریق اعمال مدیریت و مداخله در محیط، کاهش فرصتهای جرم و افزایش خطرات ناشی از ارتکاب بزه که همواره مد نظر شمار زیادی از مجرمان است، با بزهکاری مقابله میکند.^۳

در پیشگیری وضعیتی میتوان با مداخله در محیط و مدیریت و کنترل بحران و موقعیتهای خطر، ضمن افزایش هزینه ارتکاب بزه برای بزهکاران و در نتیجه کاهش سود حاصله از ارتکاب جرم، سهولت ارتکاب بزه را به حداقل رسانده و از بزه دیده واقع شدن افراد در محیط اجتماعی جلوگیری به عمل آورد همانگونه که بیان

نوریان، مهدی، بررسی حکم اطلاع رسانی به فرصت های اقتصادی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲، سال ۴۳، زمستان

۱۳۸۹^۱

۲ صفری، علی، مبانی نظری پیشگیری وضعی از جرم، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۴، سال ۱۳۸۰، ص ۳۰

۳ گسن ریموند، جرم شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی نیا، تهران، انتشارات علامه طباطبایی ص ۱۳۴

شد پیشگیری وضعی یکی از گونه های پیشگیری غیرکیفری یا کنشی است که هدف آن کاهش موقعیتها و فرصتهای ارتکاب جرم است^۱. پیشگیری وضعی یعنی تغییر اوضاع و احوال و شرایط خاص که احتمال جرم در آن زیاد است به منظور دشوار نمودن، پر خطر کردن یا جاذبه‌زدایی ارتکاب جرم. این نوع از پیشگیری سه هدف را دنبال میکند: افزایش خطرات دستگیری، افزایش دشواری ها و کاهش منافع^{۲۰} در این نوع از پیشگیری تکنیکهای متعددی به کار برده میشود تا هم از نظر بالا بردن ریسک و هزینه جرم و هم بالا بردن امنیت خصوصی افراد و بزه‌دیدگان باعث کاهش ارتکاب جرم در جامعه گردد. این راهبردها از این تفکر نشأت میگیرد که عده زیادی از بزهکاران بالقوه کاملاً غیرعقلانی عمل نمیکند و از انطباق خود با وضعیت و موقعیتها ناتوان نمیشوند. در نتیجه تغییر در موقعیتهای نزدیک به جرم، آنها را مجبور به پذیرش این واقعیت میکند که منافع عدم ارتکاب جرم در وضعیت جدید، از ارتکاب آن بیشتر میباشد. در واقع به جای سرمایه‌گذاری در پیشآمادگی فردی بزهکار، با کمک تدابیر خاص، از طریق مداخله در موقعیتها، تصمیمهای بزهکاران تحتالشعاع قرار داده میشود. پیشگیری وضعی مشتمل بر اقداماتی است برای کاهش فرصتهای ارتکاب جرم که اولاً نسبت به جرایم خاصی اعمال میگردد؛ ثانیاً سعی در مدیریت محیط به شکلی نظاممند و دایمی دارد؛ ثالثاً ارتکاب جرم را دشوار، پرخطر و کمفایده میسازد و موجب تشدید مجازات مجرمین توسط قاضی میگردد مهمترین اقداماتی که از نظر پیشگیری وضعی در خصوص پدیده زمینخواری میتوان انجام داد اصلاح نظام ثبتی میباشد. زیرا ریشه بسیاری از زمینخواریهای صورت گرفته در جامعه ناشی از ضعف و کاستیهای موجود در این نظام کشور میباشد.^۲ بسیاری از اراضی ملی و دولتی به دلیل فقدان نظام ثبتی دقیق و کارآمد قربانی سوءاستفاده اشخاص زمینخوار گردیده و ایشان با آگاهی از منفذها و ضعفهای موجود در سیستم ثبتی کشور به راحتی و بدون اینکه جرم خاصی را مرتکب گردیده باشند، اقدام به تصاحب و تصرف هکتارها اراضی متعلق به عموم مردم مینمایند. در واقع یکی از عوامل مهمی که فرصت مجرمانه را برای افراد زمینخوار فراهم مینماید همین ضعف و کاستیهای موجود در نظام ثبتی میباشد که به دو قسمت عمده مشکلات موجود در سیستم فعلی ثبتی و عدم اجرای دقیق طرح کاداستر تقسیم میگردد که در ادامه اقداماتی که در راستای رفع کاستیهای مذکور و کاهش فرصتهای مجرمانه مینمایند انجام گیرد مورد بررسی قرار میگیرد در کنار ناهماهنگیها و رویه های اشتباه ثبتی میتوان ارتکاب برخی جرایم ثبتی را مشاهده نمود.

۳- عوامل به وجود آوردن پدیده زمین خواری

در مبحث جرم‌شناسی که رسالت اصلی آن علت‌شناسی جرایم می‌باشد، نخستین اقدام، پرداختن به علل بوجود آورنده جرایم می‌باشد، تا با ریشه‌یابی آنها، به پیشگیری و درمان این عوامل پرداخته شود. لذا در این بخش ابتدا به عوامل به وجود آورنده پدیده زمین‌خواری پرداخته و سپس با توجه به این عوامل به راه‌حل‌های مقابله با این پدیده و اقدامات پیشگیرانه در این خصوص ارائه می‌شود. موضوع مالکیت جنگل‌ها و مراتع و به طور کلی اراضی ملی و دولتی در حقوق ایران به سالهای خیلی قبل مالکیت خصوصی ((قانون ملی شدن جنگل‌ها)) بازمی‌گردد.

نیازپور، امیر حسین، سرعت بخشی به فرآیند کیفری، سازوکاری برای پیشگیری از بزهکاری، پژوهش حقوق و سیاست، سال

^۱ دوازدهم، بهار ۱۳۸۹، شماره ۲۸

^۲ راجیان اصل، مهرداد، رهیافتی نو به بنیادهای نظری پیشگیری وضعی از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۱، ۱۳۸۱

مبارزه با پدیده زمین خواری در عمل با موانع و چالش‌هایی رو به رو است که قبل از هر اقدامی می‌بایست جهت پیشگیری یا کاهش این پدیده شوم در جامعه، در جهت رفع این موانع و چالش‌ها کوشش نمود. هر نوع اقدام پیشگیرانه‌ای در خصوص این پدیده، مستلزم شناخت موانع و چالش‌های مذکور می‌باشد تا با رفع آنها بتوان اقدامات پیشگیرانه مورد نظر را عملیاتی کرده و به دور از هرگونه شعارپردازی به صورت اصولی و منطبق با چهارچوب جرم‌شناسی به علت‌شناسی این پدیده پرداخت و پیشنهادهای پیشگیرانه را در عمل پیاده نمود تا شاهد هرچه بیشتر کاهش این پدیده بسیار آسیب‌زننده به جامعه بود.

به طور کلی می‌توان عوامل ذیل را از اهم موارد نام برد ۱- ابهام اهداف مقنن در قوانین مربوط به اراضی ملی و دولتی ۲- انتقال بیضابطه اراضی ملی و دولتی و عدم نظارت بر اجرای طرح‌های مصوب ۳- فقدان مجازات مناسب ۴- سودآوری زمین ۵- فقدان سامانه جامع ثبتی ۶- فساد اداری برخی کارمندان و متولیان امور اراضی ملی و دولتی^۱

۴- موانع و چالش‌های مبارزه با زمین خواری

مبارزه با پدیده زمین‌خواری در عمل با موانع و چالش‌هایی رو به رو است که قبل از هر اقدامی می‌بایست جهت پیشگیری یا کاهش این پدیده شوم در جامعه، در جهت رفع این موانع و چالش‌ها کوشش نمود. هر نوع اقدام پیشگیرانه‌ای در خصوص این پدیده، مستلزم شناخت موانع و چالش‌های مذکور می‌باشد تا با رفع آنها بتوان اقدامات پیشگیرانه مورد نظر را عملیاتی کرده و به دور از هرگونه شعارپردازی به صورت اصولی و منطبق با چهارچوب جرم‌شناسی به علت‌شناسی این پدیده پرداخت و پیشنهادهای پیشگیرانه را در عمل پیاده نمود تا شاهد هرچه بیشتر کاهش این پدیده بسیار آسیب‌زننده به جامعه بود که می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود ۱- فقدان تعریف قانونی زمین‌خواری ۲- فقدان سازمان متولی خاص مبارزه با زمین‌خواری

ب: ظرفیت‌ها

اگرچه ظرفیت‌های نظام عدالت کیفری ایران در خصوص جرم زمین خواری بسیار ناچیز و محدود است، با این وجود، این مسئله را باید دو حوزه رسیدگی و پیش‌گیری بررسی کرد:

۱- **رسیدگی به جرم زمین خواری:** ظرفیت‌های نظام عدالت کیفری ایران در حوزه رسیدگی به جرم زمین خواری را نیز می‌توان در سه حوزه تقنینی، قضایی و اجرایی بررسی کرد. در ارتباط با ظرفیت‌های تقنینی باید گفت، در نظام حقوقی ایران قوانین و مقررات مختلفی در زمینه مالکیت بر زمین، حمایت از حقوق مالکانه و تغییر غیرقانونی کاربری و تصرف غیرقانونی زمین به تصویب رسیده است که امکان رسیدگی به برخی از مصادیق و جنبه‌های جرم زمین خواری را فراهم می‌آورد. از جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱- ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات، مصوب سال ۱۳۷۵؛ این ماده ضمن جرم انگاری تصرف غیر قانونی زمین، نحوه رسیدگی به آن را تشریح نموده است. تبصره ۱ این ماده مقرر می‌دارد که رسیدگی به جرم مذکور باید خارج از نوبت صورت بگیرد.

۲- قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب سال ۱۳۵۲؛ این قانون نیز ضمن جرم انگاری و تعیین مجازات برای تصرف غیرقانونی اموال غیر منقول، مقرراتی را برای رسیدگی به این جرم پیش‌بینی کرده است.

حسین میر محمد صادقی و اسلام رجبعلی تحلیل جرم زمین خواری از نظر حقوق کیفری ایران مجله حقوقی دادگستری سال ۱۳۸۱ شماره ۹۷

۳- شبیه مقررات قانون فوق را قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در چند ماده تکرار نموده است. در ارتباط با اینکه آیا قانون مذکور قانون قبلی را نسخ کرده است یا خیر اجمالاً باید گفت، با توجه به این که در قانون آیین دادرسی مدنی اشاره ای به تصرف عدوانی اموال منقول نشده است و نیز اینکه قانون قبلی و خاص نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد و عام موخر نمی‌تواند ناسخ خاص مقدم باشد و اینکه رسیدگی به دعاوی تصرف عدوانی مطابق قانون آیین دادرسی مدنی مستلزم تقدیم دادخواست است و رسیدگی مطابق قانون سال ۵۲ مستلزم آن نمی‌باشد، مرجع رسیدگی این دو قانون نیز کاملاً متفاوت از همدیگر می‌باشد، و در نهایت طبق نظریه شماره ۶۴۴۲/۷ - مورخ ۲۴/۹/۷۲ اداره حقوقی قوه قضائیه قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب سال ۱۳۵۲ معتبر و لازم الاجرا است، لذا قانون سال ۱۳۵۲ هنوز معتبر می‌باشد، هرچند قانونگذار در وضع قانون آیین دادرسی مدنی عنایت خاصی به قانون مذکور داشته و بعضی از مواد عیناً از آن قانون تکرار و رونویسی گردیده است.

در ارتباط با ظرفیت های قضایی در خصوص رسیدگی به جرم زمین خواری نیز باید گفت، پدیده زمین‌خواری در سیاست کیفری کنونی جامعه ما چنان دارای اهمیت ویژه ای شده است که به یکی از دغدغه‌های اصلی قوه قضائیه شده است. از این رو، از بُعد قضایی نیز ظرفیت هایی در جهت رسیدگی سریع تر و جامع تر به زمین خواری شکل گرفته است؛ از جمله آنکه در تهران دادرسی ویژه ای جهت رسیدگی به جرایم مربوط به زمین‌خواری تشکیل و اختصاص یافته است. همچنین رؤسای مختلف این قوه با صدور بخش نامه هایی، مراجع قضایی را به رسیدگی قاطع تر و سریع تر به پرونده های مربوط به زمین خواری توصیه نموده اند.

در حوزه اجرایی نیز باید گفت، به دنبال افزایش اقدامات متقابلانه در این زمینه، قوای مجریه و سازمان منابع طبیعی فعالیت های مناسبی را برای حفظ حقوق بیت المال آغاز کرده اند. همچنین در این راستا پلیس آگاهی ناجا با تشکیل معاونت مبارزه با جرایم اقتصادی در مهر ماه ۱۳۸۶، مأموریت مبارزه با زمین خواری را در دستور کار خود قرار داده است. به منظور تقویت روند مبارزه و مقابله با اقدامات متقابلانه در این زمینه، اقدامات خود را توسعه داده و با ارسال دستورالعمل و بخشنامه ها و هدایت واحدهای صفی در استان ها و شهرستان ها و استفاده از توان سایر سازمان ها و نهادهای نظارتی و تعامل با سایر دستگاه های دولتی به طور فعال وارد این عرصه شده است.^۱

۲- **حوزه پیش گیری از جرم زمین خواری:** در این حوزه نیز می توان به ظرفیت های نظام قضایی در دو بخش پیش گیری کیفری (پیشینی یا واکنشی) و پیش گیری غیرکیفری (پسینی یا کنشی) اشاره کرد. در بخش پیش گیری کیفری که به معنای جرم انگاری رفتارهای مجرمانه و تعیین مجازات به منظور جلوگیری از تکرار جرایم است، نظام عدالت کیفری ایران برخی عناوین مجرمانه خاص زمین خواری و برخی عناوین مجرمانه مرتبط با زمین خواری را پیش بینی کرده است. در خصوص جرایم خاص زمین خواری می توان به تجاوز و تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی و تقاضای ثبت ملک دیگری اشاره کرد. در مورد عناوین مجرمانه مرتبط با زمین خواری نیز می توان از تغییر غیر قانونی کاربری، دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی و افساد فی الارض نام برد.

با وجود این، در یک نظام حقوقی مطلوب همیشه پیشگیری از وقوع جرم نسبت به برخوردهای کیفری پس از وقوع آن از اهمیت بالاتری برخوردار است و بالطبع هرچه اهمیت و آثار ارتکاب جرمی بیشتر باشد به تناسب اهمیت پیشگیری از آن جرم نیز افزایش می‌یابد. ظرفیت های نظام حقوقی ایران در خصوص پیش

^۱ اسلام رجعلی دوست، بررسی حقوقی پدیده زمین خواری، پایان نامه دکتری دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۲۵

گیری غیرکیفری از جرم زمین خواری را نیز می توان به دو دسته پیش گیری وضعی و اجتماعی تقسیم کرد. در حوزه پیش گیری وضعی از جرم زمین خواری ظرفیت های بسیار محدودی در کشور ما وجود دارد. از جمله برخی مقررات ثبتي که امکان وقوع این جرم را محدود می کند و یا قانون حدنگاری یا طرح کاداستر که به تازگی جهت اجرا به سازمان ثبت اسناد و املاک ابلاغ گردیده است. با این همه، در حوزه پیش گیری اجتماعی که مربوط به آموزش، فرهنگ سازی و آگاه نمودن مردم جامعه است، ظرفیت های چندانی تا کنون شکل نگرفته است، مگر برخی برنامه های ترغیب کننده کشاورزی که اخیراً توسط دستگاه های اجرایی به منصفه ظهور رسیده است.

ج : چالش ها

نظام عدالت کیفری ایران در ارتباط با پدیده زمین خواری با چالش های متعددی مواجه است. این چالش ها را باید دو حوزه رسیدگی و پیش گیری از جرم مورد بررسی قرار داد:

۱- رسیدگی به جرم زمین خواری: با تلاش در شناخت این مسئله مشخص می شود که نظام عدالت کیفری ما با چالش ها و خلأهای متعددی نظیر عدم تعریف دقیق، عدم تعیین حوزه و محدوده، و در نهایت فقدان عنوان مجرمانه خاص نسبت به عمل ارتكابی بسیاری از زمین خواران مواجه است. قوانین و مقررات مصوب موجود به لحاظ پراکندگی و نداشتن قدرت بازدارنده و ضمانت اجرایی قوی و نداشتن تعریف مشخص و عنوان مجرمانه ای به نام زمین خواری کارساز نبوده و امکان رسیدگی به مصادیق متعدد این پدیده را فراهم نمی کند. به گونه ای که اصطلاح زمین خواری بیشتر در عرف اداری و اجتماعی رواج پیدا کرده است. علی رغم اینکه در گفتمان مسئولان و متولیان امور منابع ملی و دولتی و مسئولان دستگاه قضایی استفاده فراوانی از واژه زمین خواری می شود و حتی در کنار واژه مذکور، واژه هایی چون کوه خواری و دریاخواری نیز مصطلح شده است، لیکن تا کنون تعریف حقوقی دقیقی از واژه مذکور نگردیده و حدود و ثغور آن مشخص نشده است. مهم تر اینکه از لحاظ حقوق کیفری به طور دقیق معین نگردیده که پدیده زمین خواری در قوانین موضوعه فعلی کشور ما با چه عناوین مجرمانه ای قابل تطبیق و مجازات است.^۱ بدیهی است که تعیین چنین موضوعی مستلزم این است که بدواً دقیقاً مشخص شود که پدیده فوق شامل چه نوع زمین هایی می گردد تا بر اساس آن بتوان در قوانین مجازات اسلامی و سایر مقررات مربوطه، عناوین مجرمانه پیش بینی شده را با پدیده مذکور تطبیق داد.

از منظر قوانین شکلی نیز جز پیش بینی ضابطان خاص جرایم مربوط به زمین خواری از جمله ماموران جنگل بانی یا گارد جنگلی در قوانین خاص که اعتبار آنها نیز مبهم می باشد و تخصیص برخی شعبات ویژه دادگستری جهت رسیدگی به پرونده های زمین خواری، «آئین دادرسی افتراقی» خاصی جهت رسیدگی به پدیده روز افزون مذکور وجود ندارد که قطعاً در آینده نیاز به پیش بینی چنین آئین داری جهت مقابله هر چه بهتر با این پدیده که هم از نظر اقتصادی و هم از نظر زیست محیطی آثار زیانبار وسیعی در جامعه دارد، بیش از پیش احساس خواهد شد (میرمحمدصادقی و رجبعلی، ۱۳۹۶).

از نظر قضایی نیز متأسفانه تاکنون عزم جدی توسط قوه قضاییه برای رسیدگی هر چه بیشتر به پدیده زمین خواری و تعقیب و محاکمه زمین خواران وجود نداشته است. شاید یکی از مهم ترین دلایل این امر آن باشد که این جرم در بیشتر موارد توسط افراد یقه سفید و صاحبان قدرت ارتكاب می یابد و مراجع قضایی قدرت و عزم کافی برای مقابله با این پدیده را ندارند. یکی دیگر از کاستی های نظام قضایی در برخورد با زمین خواری، اطلاع رسیدگی به پرونده های مربوطه است. البته در این زمینه بخشنامه های متعددی از

^۱ اسلام رجبعلی، همان منبع، ص ۱۸۷

سوی رؤسای وقت قوه قضاییه مبنی بر رسیدگی سریع و خارج از نوبت صادر گردیده لیکن در عمل این مهم اتفاق نیفتاده است. چالش دیگر عدم تخصیص شعب ویژه رسیدگی به پرونده های زمین خواری در سراسر کشور می باشد. در شهر تهران و برخی از مراکز استانها این امر محقق شده، لیکن کافی نبوده و این شعب می بایست در تمامی استانها و شهرستان های مهم تشکیل شود.

۲- پیش گیری از جرم زمین خواری: پس از تعیین موانع و چالشهای مبارزه با زمین خواری، بحث مهم

دیگر در خصوص جرم‌شناسی پدیده زمین خواری، پیشگیری از این پدیده می‌باشد در زمینه پیش گیری از پدیده زمین خواری نیز نظام عدالت کیفری ایران با چالش های عدیده ای هم از بعد پیش گیری کیفری و هم از بعد پیش گیری غیرکیفری مواجه است. از بعد پیش گیری کیفری، اولاً با توجه به تنوع و تعدد شیوه های نوین زمین خواری، معلوم می شود که صرفاً روشهای تصرف عدوانی و تغییر غیرمجاز کاربری اراضی ملی مستقیماً دارای ضمانت اجرای کیفری هستند و بسیاری از روش های دیگر نظیر استفاده از رانت اطلاعاتی، واگذاری های غیرقانونی و سوءاستفاده از واگذاری های قانونی و تبانی با مسئولان و متولیان امور اراضی دولتی، دارای ضمانت اجرای کیفری نیستند و افراد زمین خوار به راحتی از این ضعف قوانین استفاده می کنند و مراجع قضایی و قانونی نیز به دلیل فقدان عنوان مجرمانه قادر به برخورد با این افراد نمی باشند. لذا قانونگذار باید در راستای اصلاح نظام تقنینی در این مورد اقدام و با پیش بینی ضمانت اجرای کیفری مناسب سعی در پیشگیری کیفری (واکنشی) از پدیده زمین خواری نماید. علاوه بر نقایص و کاستی های موجود در جرم انگاری روشهای مختلف زمین خواری، تعداد محدود عنوان مجرمانه ای هم که مستقیماً به این پدیده اختصاص دارد، از نظر کیفرگذاری و مجازات تعیین شده دچار ایراد و اشکال اساسی بوده و به هیچ عنوان پاسخگوی نیازهای امروز جامعه در برخورد با این پدیده شوم نمی باشد.

در خصوص چالش های مربوط به حوزه پیش گیری غیرکیفری وضعی از زمین خواری باید گفت، وجود شیوه‌های نوین زمین خواری به ویژه روش‌های فنی آن قدر متعدد و پنهانی می‌باشد که کشف آن بعضاً بسیار دشوار خواهد بود. بررسی شیوه‌های مذکور نشان داد که زمین خواری در املاکی که تثبیت نشده بویژه در اراضی محدوده شهر بیشتر شکل می گیرد و این پدیده بیشتر در اراضی ملی حادث می گردد. وضعیت موجود ثبت املاک دولت مطلوب نبوده و در مورد تعداد محدودی املاک دولت کاداستر انجام گردیده و بانک املاک جامع در این رابطه وجود ندارد و این مهم مهار کردن کلیه روشهای زمین خواری را با مشکل مواجه خواهد نمود و بالطبع برای مقابله بنیادین با جرایم مربوط به زمین در اولین گام می‌بایست مالکیت دولت را تثبیت نمود. بنابراین اولین چالش در این زمینه فقدان نظام جامع ثبتی است.

انتقال بی ضابطه اراضی ملی و دولتی و عدم نظارت بر اجرای طرحهای مصوب و فقدان سازمان متولی خاص مبارزه با زمین خواری، ضعف نهادهای نظارتی و فساد اداری برخی کارمندان و متولیان امور اراضی ملی و دولتی از دیگر چالش های موجود در این زمینه است.

در هر صورت، با واکاوی و دقت در قوانین و مقررات مربوط به اراضی ملی و دولتی مشخص می گردد که نه تنها قوانین و مقررات مذکور باعث جلوگیری از پدیده فوق نمی‌شود، بلکه در برخی موارد قانونگذار با وضع قوانینی باعث ترویج چنین پدیده‌ای می‌گردد. همچنین به دلیل اینکه عمدتاً زمین خواری توسط افراد یقه‌سفید جامعه انجام می‌پذیرد که دارای نفوذ و روابط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی هستند، وجود این قوانین متناقض و منفذهای موجود در آنها باعث سهولت کار افراد مذکور می‌شود. لذا نخستین اقدام در

برخورد با چنین پدیده شومی، از بین بردن چنین خلأهای قانونی و وضع قانونی جامع و هماهنگ با فلسفه وجودی منابع ملی و طبیعی در خصوص این پدیده می‌باشد.

در حوزه پیش گیری اجتماعی از زمین خواری نیز می توان به چالش های مثل عدم آموزش لازم و فرهنگ سازی مناسب، وضعیت نامناسب اقتصادی و نیز جامعه پذیری بالای مرتکبان این جرم اشاره کرد.

نتیجه گیری

افرادی که مرتکب زمین خواری در جامعه می گردند عموماً از مجرمین بقره سفید به شمار رفته سیاسی و اجتماعی هستند که از منفذها و کاستی‌های قوانین و مقررات در حوزه اراضی ملی و دولتی نهایت استفاده را برده و با به کار بردن روش‌های متنوع و متعدد و در برخی موارد پیچیده، هکتارها زمین از اراضی متعلق به عموم مردم و دولت را تصاحب و به نفع خویش مصادره و در این بین به ثروت‌های هنگفتی دست می‌یابند که هیچ زحمتی بابت آن متحمل نگردیده‌اند. برخی از روش‌های متداولی که زمین‌خواران جهت نیل به اهداف خویش به کار می‌برند در نظام تقنینی کنونی جامعه، جرمانگاری شده است که از جمله آنها، تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی و تغییر غیرمجاز کاربری اراضی عمومی که جهت اجرای طرح‌های مختلف کشاورزی و غیرکشاورزی به اینگونه افراد واگذار ۱۳۸۵ و اصلاحیه آن در سال ۱۳۷۴ می‌گردد و مشمول قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب می‌گردند، می‌باشد. لیکن بسیاری از روش‌های دیگری که افراد زمین‌خوار از آنها سود می‌برند در حال حاضر دارای هیچ عنوان مجرمانه‌ای نمی‌باشد که واگذاری‌های غیرقانونی، سوءاستفاده از واگذاری‌های قانونی اراضی ملی و دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی، استفاده از رانت اطلاعاتی، تبانی با کارکنان و مسئولان ذیربط در امور اراضی ملی و دولتی و... جزو این موارد می‌باشند. علی‌رغم اینکه «زمین خواری» به ضعف‌های نظام تقنینی فوق باید عدم تعریف و... نیز در کنار اصطلاح مذکور در ادبیات مسئولان «دریاخواری»، «کوه خواری» اصطلاحات جدیدی نظیر یکی از مباحث «زمین خواری» قضایی و اداری و رسانه‌ای جامعه متداول گردیده است و پدیده موسوم به مهم و رایج دستگاه قضا و قوه مجریه در وضعیت کنونی جامعه می‌باشد، هنوز تعریفی از این پدیده صورت نگرفته است تا حدود و ثغور آن مشخص و قانونی جامع به ابعاد آن هم از منظر سیاست کیفری و هم از جهت پیشگیری بپردازد. فقدان چنین امری باعث می‌گردد که افراد سودجو و فرصت‌طلب از همین ضعف قانونی استفاده نموده و دنبال روشی باشند که اراضی متعلق به بیت‌المال را تصاحب نموده و از مفر قانونی سوءاستفاده کرده و دستگاه قضایی نیز در برخورد با آنها دچار ضعف قانونی باشد. با توجه به اینکه ریشه بسیاری از زمین‌خواری‌ها، قوانین و مقررات مربوط به اراضی ملی و دولتی می‌باشد که اجازه واگذاری قطعی اینگونه اراضی را به اشخاص حقیقی و حقوقی می‌دهد و برخی از قوانین حتی تخفیف پنجاه درصدی نسبت به قیمت واقعی زمین‌های مذکور را پیش‌بینی نموده است و اساساً از همان زمان تصویب اولین قوانین مربوط به این حوزه، تا کنون، رویکرد هماهنگ و حمایتی نسبت به این سرمایه‌های ملی و زیست‌محیطی وجود نداشته، به نظر می‌رسد، در وهله اول می‌بایست مجلس شورای اسلامی اقدام به تصویب قانونی جامع و هماهنگ در خصوص کلیه اراضی ملی و دولتی که طبق اصل قانون اساسی و سایر قوانین خاص متعلق به عموم مردم و در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد، نموده و ضمن تعریف دقیق پدیده زمین‌خواری و اراضی مشمول آن، روش‌های زمین‌خواری نیز که در سیاست کیفری کنونی، دارای عنوان مجرمانه نمی‌باشد را جرمانگاری نموده و وظایف و اختیارات هر یک از ادارات و سازمان‌های دست‌اندرکار در امور اراضی ملی و دولتی، نظیر اداره منابع طبیعی، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری، سازمان امور اراضی، اداره اوقاف و امور خیریه و... نسبت به مقابله و برخورد با این پدیده را تعیین تا از جزیره‌های عمل نمودن آنها که بعضاً باعث ایجاد ناهماهنگی و زمینه ارتکاب زمین‌خواری می‌گردد، جلوگیری نموده و اقدامات پیشگیرانه مشخصی را

نیز جهت مقابله با آن پیش‌بینی نماید. از لحاظ جرم‌شناسی و مشخصاً جرم‌شناسی پیشگیری در خصوص پدیده زمین‌خواری، باید هم از لحاظ پیشگیری واکنشی یا کیفری، دست به اصلاح نظام تقنینی، نظام قضایی و نظام اجرایی نمود که پیشنهادهایی نظیر جرمانگاری روش‌هایی از زمین‌خواری که دارای عنوان مجرمانه نمی‌باشد، اصلاح شیوه کیفرگذاری و تشدید مجازات جرم تصرف عدوانی و تفکیک مجازات تصرف عدوانی نسبت به اراضی ملی و دولتی از اراضی خصوصی، رسیدگی سریع و قاطع نسبت به پرونده‌های زمین‌خواری، ایجاد هماهنگی و نظارت لازم نسبت به کارکنان ارگان‌های ذیربط در امور اراضی ملی و دولتی در جهت محافظت از اینگونه اراضی، پیگیری شکایت و اجرای حکم دادگاهها به صورت صحیح و اصولی و ... می‌تواند از منظر اینگونه پیشگیری کارساز باشد. هم از لحاظ پیشگیری کنشی اقدام به پیشگیری وضعی و اجتماعی از این پدیده نمود. به دلیل جامعه‌پذیری بالای افراد زمین‌خواری از لحاظ پیشگیری اجتماعی اقدامات توجیهی در زمینه کاهش پدیده مذکور در جامعه نمی‌توان انجام داد، لیکن از لحاظ پیشگیری وضعی اقدامات متعددی پیشنهاد می‌شود که از جمله آنها، اجرای سریع و کامل قانون حدنگاری (کاداستر) که به تازگی جهت اجرا به سازمان ثبت اسناد و املاک ابلاغ گردیده، علامت‌گذاری و مشخص نمودن محدوده زمین‌های ملی و دولتی و حصارکشی آنها در صورت امکان، اصلاح نظام اجرایی نظارت و محافظت از اینگونه اراضی، ایجاد هماهنگی بین تمامی دستگاه‌های متولی زمین‌های ملی و دولتی و ... بوده که از میان آنها به نظر می‌رسد که اجرای طرح حدنگاری (کاداستر) بسیار مفید فایده بوده و با مزایایی که اجرای این طرح دارد، بسیاری از زمینه‌های ارتکاب زمین‌خواری از بین رفته و برخورد با افراد متخلف و مجرم نیز به صورت شفاف‌تر و قاطع‌تر انجام خواهد شد.

منابع

- ابراهیمی شهرام پیشگیری جلد اول انتشارات میزان ۱۳۹۰
- بشیری عباس و دیگران حقوق کاربردی املاک و اراضی انتشارات جنگل ۱۳۹۲
- ابراهیمی شهرام تحلیل جرم شناختی جرایم اقتصادی مجله پژوهش حقوق کیفری شماره ۵ زمستان ۱۳۹۲
- جوهری مهدی مقابسه دعوای تصرف عدوانی و با خلع ید انتشارات فکرسازان ۱۳۹۴
- حاجیانی گل‌بینی علی جرایم ثبتی اسناد و املاک در حقوق ایران انتشارات نسل نو ۱۳۸۲
- جمال پور محسن عوامل موثر بر شکل‌گیری تغییر کاربری اراضی نشریه اقتصاد شماره ۲ زمستان ۱۳۹۴
- راجیان اصلی مهرداد رهیافتی نو به بنیان‌های نظری پیشگیری وضعی از جرم مجله حقوقی دادگستری شماره ۴۱ ۱۳۸۱
- مقیمی محمد رضا بسترهای زمین‌خواری و روش‌های مقابله با آن مجله کارآگاه شماره ۱۱
- پور، امیر حسین، سرعت بخشی به فرآیند کیفری، سازوکاری برای پیشگیری از بزهکاری، پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، بهار ۱۳۸۹
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (پیشگیری) دانشگاه تربیت مدرس دوره دکتری سال تحصیلی ۱۳۸۰
- احمدی سالار سیاست جنایی ایران در قلمرو جرایم ثبتی پایان‌نامه دوره ارشد حقوقی کیفری دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد علوم تحقیقات ۱۳۸۳
- حسین میر محمد صادقی و اسلام رجبعلی تحلیل جرم زمین‌خواری از نظر حقوق کیفری ایران مجله حقوقی دادگستری سال ۱۳۸۱ شماره ۹۷

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۸

صص ۷۰۷ - ۷۱۵

تحول اهداف آیین دادرسی کیفری در پرتو آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲: کشف حقیقت یا فصل خصومت

علی امیری^۱، غلامحسین کوشکی^۲

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبئی، امارات متحده عربی.

۲- عضو هیات علمی دانشگاه علامه طباطبائی.

(نویسنده مسئول)

چکیده

در سال‌های اخیر نظام عدالت کیفری ایران، در پی گسترش و پذیرش یک سیاست کیفری مشارکتی بوده است، تا بتواند بر مبنای آن شهروندان را در فرایند دادرسی کیفری مداخله دهد. این امر از اندیشه‌های قضازدایی نشأت می‌گیرد که براساس آن تلاش می‌شود با تأسیس نهادهای غیرکیفری، منازعات ناشی از پدیده مجرمانه به گونه‌ای مدیریت شود که رضایت بزه‌دیدگان جرم را حاصل نموده و توجیه‌پذیر نماید. تأسیس نهاد میانجی‌گری کیفری یکی از جلوه‌های سیاست کیفری مشارکتی است که در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ (ماده ۸۲) به صراحت پیش‌بینی گردیده است. این نهاد غیرکیفری، الهام گرفته از آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی است که تلاش آن بر اجتناب از توسل به ابزارهای کیفری حل منازعات است. بنابراین ظهور این نهاد غیر کیفری را می‌توان نوعی تحول در اهداف آیین دادرسی کیفری دانست، چرا که از گذشته‌های دور تاکنون هدف غایی دادرسی‌های کیفری همواره کشف حقیقت بوده است، اما با پیدایش نهاد میانجی‌گری کیفری مرزبندی‌های سنتی دعاوی حقوقی و کیفری تعدیل شده و نظام عدالت کیفری به سمت و سوی فصل خصومت میان طرفین دعوی کیفری گرایش پیدا کرده است.

واژگان کلیدی: نظام عدالت کیفری، پیشگیری، زمین خواری، تصرف غیر قانونی.

مقدمه

ترویج و گسترش اندیشه قضایی، از طریق احاله اختلافات ناشی از پدیده مجرمانه به نهادهای کدخدانمانه، نشان‌دهنده اهمیت فوق‌العاده ترسیم یک سیاست کیفری مشارکتی است. از حدود سه دهه قبل پاره‌ای از نظام‌های کیفری در پرتو تحولات جرم‌شناسی نوین، در صدد مشارکت دادن جامعه مدنی در فرایند عدالت کیفری برآمده‌اند. در این میان یکی از نهادها و تأسیس‌هایی که در پرتو اندیشه قضازدایی ابراز وجود کرد، میانجی‌گری کیفری بوده است. میانجی‌گری کیفری یکی از جلوه‌های عدالت ترمیمی است که توانسته است تا حدودی عدالت کیفری را به عدالت مدنی نزدیک کرده و مرزبندی‌های سنتی بین حقوق کیفری و مدنی را تعدیل کند. بنابراین پیش‌بینی نهاد میانجی‌گری کیفری به قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ که می‌توان آن را از رویکردهای نوین سیاست جنایی مشارکتی دانست، ضرورت وجود این نهاد غیرکیفری را برای تأمین رضایت بزه‌دیدگان از جرم را توجیه‌پذیر می‌نماید. براین اساس امروزه رفع منازعات ناشی از پدیده مجرمانه صرفاً از طریق نظام عدالت کیفری صورت نمی‌گیرد بلکه با الهام از آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی، سعی و کوشش بر اجتناب از توسل به فرایند کیفری قضایی طولانی و پیچیده و در مقابل، مشارکت دادن جامعه مدنی در امر حل و فصل منازعات ناشی از جرم است. به همین دلیل ورود این نهاد غیرکیفری به عرصه حقوق کیفری را می‌توان یکی از مظاهر تعدیل اهداف قانونگذار در دستیابی به کشف حقیقت و پذیرش نهاد فصل خصومت در دعاوی دارای ماهیت کیفری محسوب دانست، که در این نوشتار محقق به بررسی آن می‌پردازد.

گفتار نخست

اهداف و قلمرو آیین دادرسی کیفری

۱- تعریف میانجی‌گری

میانجی‌گری^۱ در اصطلاح، فرایندی است که شاکی و متهم را ترجیحاً در یک مکان بی‌طرف و زمان مناسب برای هر دوی آنها، در حضور یک شخص ثالث بی‌طرف به‌نام میانجی به‌منظور حل و فصل اختلافات در کنار هم قرار می‌دهد.^۲ میانجی‌گری کیفری در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ عرضه شد و از این جهت از نوآوری‌های این قانون محسوب می‌شود، لیکن این قانون تعریفی از میانجی‌گری ارائه نمی‌دهد، اما آیین‌نامه میانجی‌گری در ماده ۱ چنین مقرر می‌دارد: «فرایندی است که طی آن بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجی‌گر در فضای مناسب درخصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارت ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم گفتگو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد».^۳

۲- علل پیدایش میانجی‌گری کیفری در نظام عدالت کیفری

رسالت نظام عدالت کیفری دفاع از حقوق افراد و شهروندان و نیز دفاع از حقوق تضییع شده جامعه می‌باشد. در حقوق کیفری کلاسیک که جنبه کیفری و سرکوبگرانه دارد، دفاع از حقوق افراد و جامعه با اعمال مجازات‌های سخت و خشن صورت می‌گرفت و بزه‌دیده در فرایند دادرسی کیفری هیچ نقشی نداشت. این در

^۱ Mediation

^۲ نجفی ابرندآبادی، علی حسین، هاشم بیگی، حمید (۱۳۹۰)، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش،

چاپ چهارم، ص ۱۹۲.

^۳ آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب سال ۱۳۹۵/۷/۲۸ هیأت وزیران.

حالی است که گاه مصالح بزه‌دیده ایجاب می‌کند در سرنوشت دعوای کیفری خود نقش اصلی را ایفا کند و برای جبران ضرر و زیان خود محدود به مداخل کیفری نباشد.^۱ زیرا این برداشت که مجازات کیفری همواره بهترین راه برای حمایت از بزه‌دیده است چندان موجه نمی‌باشد. پیدایش میانجی‌گری کیفری به‌عنوان یک نهاد غیر کیفری می‌تواند تا حدودی حقوق افراد بزه‌دیده را تأمین کند، که از مهم‌ترین عوامل پیدایش آن می‌توان به بزه‌دیده‌محوری قوانین کیفری سال ۱۳۹۲ و اصل مقضی بودن تعقیب کیفری اشاره نمود.

۱-۲- بزه‌دیده‌محوری قوانین کیفری سال ۱۳۹۲

تجربه نشان داده است که دیدگاه «بزهکارمحور» حاکم بر نظام عدالت کیفری و سازوکارهای اجرایی آن موجب می‌شود تا شاکی و بزه‌دیده پس از مراجعه به نظام عدالت کیفری، دچار احساس «سرخوردگی، ناامیدی، عدم توجه کافی، سردرگمی و...» شوند که آنان را در معرض «بزه‌دیدگی ثانوی» قرار می‌دهد. عدالت ترمیمی تلاش در جهت اجتناب از همین فرایندهای اسمی رسیدگی در نظام عدالت کیفری است.^۲ بنابراین نظام عدالت کیفری رسمی، محلی برای اعمال نظر بزه‌دیده در مورد نحوه پاسخگویی به بزهکار نبوده، و حال آنکه فرایند عدالت ترمیمی این فرصت را به وی می‌دهد تا بتواند تا اندازه‌ای در تعیین پاسخ بزهکار و نحوه جبران خسارت دخالت نماید. همچنین توسل به روش میانجی‌گری کیفری هزینه‌های اجرای عدالت را کاهش می‌دهد و رنج شکایت و مشکلات مربوط به نظام عدالت کیفری رسمی را برای بزه‌دیده به همراه ندارد.^۳ بر این اساس قانونگذار کیفری با تدوین و تصویب ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری نقش بزه‌دیده به‌عنوان در طول دعوای کیفری، در حد زیادی مورد حمایت قرار گرفته است. این است موقعیت بزه‌دیده به عنوان جزئی از جامعه که می‌تواند به گونه‌ای در برقراری دوباره نظم عمومی مشارکت جوید.^۴ ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با ذکر عبارت «رعایت حقوق متهم و بزه‌دیده و جامعه» بر بزه‌دیده‌محوری این قانون تأکید کرده است. این عنوان که از نوآوری‌های قانون جدید محسوب می‌شود در قانون آیین دادرسی کیفری سابق (سال ۱۳۷۸) پیش‌بینی نشده بود.

۲-۲- اصل مقتضی بودن تعقیب کیفری

تعقیب جرم از مهم‌ترین وظایف دادسراست تا پس از تشکیل و تکمیل پرونده تحقیقات مقدماتی، زمینه محاکمه و صدور حکم توسط دادگاه فراهم گردد. از این تکلیف به‌عنوان اصل قانونی بودن یا اصل الزامی بودن تعقیب یاد می‌شود. اما، در نظر گرفتن ملاحظات دیگری ممکن است دادسرا را به این نتیجه برساند که خودداری از ادامه تعقیب به صلاح متهم و جامعه است، در حالی که تعقیب کیفری متهم باید مفید فایده و مناسب باشد. از این رو، اصل دیگری به‌نام اصل موقعیت داشتن یا مقتضی بودن تعقیب شکل گرفته که مکمل اصل نخست است.^۵ اصل موقعیت داشتن تعیب بدین معناست که دادستان باید مجاز باشد که در مواردی که تعقیب کیفری متهم به مصلحت جامعه نیست، تحت شرایط پیش‌بینی شده در قانون از تعقیب صرف نظر کرده و از ارسال پرونده به دادگاه خودداری نماید. در این حال، قانونگذار مقرر می‌نماید که به‌جای

^۱ نادری، سعید، کلانتری، کیومرث (۱۳۹۷)، میانجی‌گری کیفری و چالش‌های روبرو، فصلنامه حقوقی آرمان، سال دوم، شماره ۲ و ۳، ص ۵۶.

^۲ بهروزیه، محمد (۱۳۹۲)، پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانوی، در رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، به اهتمام معاونت اجتماعی و پیشگیری از جرم قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران، انتشارات روانشناسی و هنر، جلد دوم، ص ۸۵.

^۳ نادری، سعید، کلانتری، کیومرث، منبع پیشین، ص ۵۷.

^۴ ژرارلیز - ژینافلیزولا (۱۳۹۷)، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند - احمد محمدی، تهران، انتشارات مجد، ص ۷۷.

^۵ خالقی، علی (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی‌ام، تهران، انتشارات شهر دانش، ص ۵۱.

تعقیب کیفری، تدابیر دیگری به‌عنوان «جایگزین‌های تعقیب» در مورد متهم اتخاذ کرد.^۱ جایگزین‌های تعقیب کیفری یکی از دستاوردهای مهم رویکرد موقعیت داشتن تعقیب کیفری است که شیوه‌های عدالت ترمیمی نیز در آنها نقش فعالی را برعهده دارند. توسل به میانجی‌گری با توافق طرف‌های دعوا، مهم‌ترین تدبیر ترمیمی جانشین تعقیب است.^۲ همچنین جایگزین‌های تعقیب عمومی منطبق با قضا‌دایی است.^۳ در قانون آیین دادرسی سابق میانجی‌گری به‌عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب پیش‌بینی نشده بود اما پیش‌بینی آن در ماده ۸۲ از نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ محسوب می‌شود که به موجب آن مقام قضایی می‌تواند در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت قابل تعلیق، برای حصول سازش بین طرفین به میانجی‌گری ارجاع دهد.

بند سوم: اهداف و قلمرو کشف حقیقت در امور کیفری

اهداف و قلمرو آیین دادرسی کیفری از جمله مفاهیمی است که پرداختن به آن در مقدمه نوشتارهای حقوقی ضروری است، ولی اغلب نویسندگان این حوزه برای رسیدن سریع‌تر به مسائل جدی و فنی به سرعت از این موضوع می‌گذرند. اهداف آیین دادرسی کیفری در یک برداشت سنتی، فقط عمل جنایی و قابلیت انتساب آن به فرد بود، و در این خصوص تفاوتی بنیادین^۴ میان منافع اجتماع و فرد حاکم بوده است. حمایت از جمع مستلزم کیفر و سرکوبی سریع و حتمی همه جرایم است، بر عکس منافع فرد اقتضا می‌کند که بررسی بی‌طرفانه در مورد مجرمیت احتمالی صورت پذیرد. اما همراه با انقلاب تحقیقی، آیین دادرسی کیفری با هدفی متفاوت نسبت به گذشته ظاهر شد. به طوری که به دادرس کیفری اجازه داده شد تا متناسب با شخصیت بزهکار و حالت خطرناک او، رأی صادر کند و اجرای آن را با توجه به تحول حالت خطرناک او تنظیم کند. بدین ترتیب مکتب تحقیقی، قواعد آیین دادرسی را نه بر پایه عمل جنایی بلکه بر اساس شخصیت بزهکاران سازماندهی نمود.^۵ موضوع اساسی در حقوق کیفری، شناسایی متهم واقعی و انتساب جرم به او جهت اعمال مجازات قانونی است. اما باید دانست این امر در پرتو کشف حقیقت میسر است. کشف حقیقت به‌طور سنتی همواره هدف غایی دادرسی‌های کیفری بوده است. این هدف به صورت بنیادین در تعریف آیین دادرسی کیفری وجود داشته است.^۶ بنابراین بررسی‌ها نشان می‌دهد که در قوانین کیفری سابق اعم از قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری، هدف اولیه از جمع‌آوری ادله رسیدن به حقیقت امور و دستیابی به واقع بوده است. اما با توجه به تغییرات قانونگذاری در سال ۱۳۹۲ و تصویب موادی از قانون آیین دادرسی کیفری که صراحتاً ارجاع برخی از پرونده‌های کیفری را به میانجی‌گری کیفری پیش‌بینی نموده این دیدگاه تقویت می‌شود که قانونگذار بر آن است، که از هدف سنتی خود (کشف حقیقت) عدول کرده و به سمت و سوی فصل خصومت نیز توجه نماید. به همین دلیل در این مبحث ابتدا قلمرو نوین کشف حقیقت در قالب پاسخ‌های اجتماعی به جرم (بند ۱)، قلمرو نوین کشف حقیقت در قالب

^۱ همان منبع، ص ۵۳.

^۲ ساقیان، محمدمهدی (۱۳۹۱)، پیشگیری از تکرار جرم از گذر جایگزین‌های تعقیب جرم، در رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، به اهتمام معاونت اجتماعی و پیشگیری از جرم قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران، انتشارات میزان، جلد نخست، ص ۵۲۴.

^۳ کوشکی، غلام حسن (۱۳۸۹)، جایگزین‌های تعقیب دعوی عمومی در نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه، دوفصلنامه حقوق و سیاست، دوره ۱۲، شماره ۲۹، ص ۳۳۱.

^۴ Fundamental

^۵ Gassin, Raymond, «ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری»، (۱۳۸۵)، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوق دادگستری، شماره ۵۶-۵۷، ص ۲۲۷.

^۶ تعریف آیین دادرسی کیفری: «آیین دادرسی کیفری مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجی‌گری کیفری، صلح و سازش، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه وضع می‌شود.

توجه به بزه دیده (بند ۲)، قلمرو نوین کشف حقیقت در پرتو قضازدایی (بند ۳) و قلمرو کشف حقیقت در پرتو میانجی‌گری کیفری (بند ۴) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- قلمرو نوین کشف حقیقت در قالب پاسخ‌های اجتماعی به جرم

پس از یک دوره سلطه نسبتاً انحصاری حقوق، خصوصاً در قلمرو پاسخ به پدیده‌های مجرمانه، امروزه گرایش روزافزونی به سوی خروج از سیستم عدالت کیفری، قضازدایی^۱ و اجتماعی‌سازی هرچه بیشتر پاسخ به جرم و انحراف به‌وجود آمده، و در همسایگی حقوق کیفری، انواع جدید پاسخ‌های اجتماعی به موقعیت‌های مسئله‌دار شکل گرفته است.^۲ بدین ترتیب، نقش مردم و شهروندان علاوه بر تعیین نمایندگان قوه مقننه که مؤثر در امر قانونگذاری و جرم‌انگاری بود به مشارکت آنان در پاسخ به پدیده مجرمانه نیز توسعه یافت^۳ و در قالب دستاوردهای علوم جنایی، عنوان سیاست جنایی مشارکتی^۴ بدان اطلاق شده هسته اصلی حقوق کیفری، ارائه پاسخ و واکنش کیفری به جرم است. در این راه حاکمیت و دولت، عمده دغدغه خود را صرف پاسخ سریع و قاطع به پدیده مجرمانه می‌کند و بدین جهت ممکن است در پرتو قواعد رسمی آیین دادرسی کیفری، بزه‌دیده عنصری مطرود و متروک باقی بماند. به‌خاطر همین انتقادات وارد بر نظام عدالت کیفری سنتی، جبران خسارت وارده به بزه‌دیده و توجه به جایگاه او موجب رویکرد جدیدی به‌نام عدالت ترمیمی گردید.^۵ با افول نظام عدالت کیفری و ظهور این نوع عدالت، فصل نوینی از مداخلات جامعه محلی و نقش بخشی به این نهاد در روند اجرای عدالت گشوده شده است و افراد جامعه محلی که در گذشته در حد شاهد یا مجری حکم^۶ در اجرای عدالت مداخله داشتند، امروزه در لوای روش‌هایی چون میانجی‌گری کیفری، فرصت حضور در کانون اجرای عدالت را پیدا کرده‌اند. براساس این رویکرد، جبران خسارت و ضرر و زیان اشخاصی که در نتیجه وقوع جرم متضرر گردیده‌اند غایت و هدف اصلی تلقی می‌شود.^۷ به عبارت دیگر، امروزه یکی از جهت‌گیری‌های عمده آیین دادرسی کیفری دستخوش تحول و دگرگونی عمده‌ای شده به همین دلیل راهکارهایی به منظور گسترش شیوه‌های ترمیم آثار جرم در بطن فرایند کیفری ایجاد شده است.

۲- قلمرو نوین کشف حقیقت در قالب توجه به بزه‌دیده

از پایان سال‌های دهه ۱۹۶۰ تحت تأثیر نظریه‌های مختلف جامعه‌شناسی کیفری همانند نظریه برچسب‌زنی^۸ و جرم‌شناسی انتقادی^۹ که می‌توان آن را زیر عنوان کلی جرم‌شناسی واکنش اجتماعی^{۱۰} جمع کرد، رویکردی کاملاً اصیل و نوینی از هدف آیین دادرسی کیفری ارائه شد. نتیجه سیاست جنایی برگرفته از تجزیه و تحلیل‌های جامعه‌شناسی کیفری، جرم‌زدایی از رفتارهای جرم‌انگاری شده یا دست‌کم اتخاذ سیاست عدم مداخله نهاد عدالت جنایی و نیز حل و فصل ناکیفری اختلاف‌هایی که قانونگذار آنها را جرم نام‌گذاری

^۱ Desjudicialisation

^۲ احمدی، لیلیا (۱۳۹۳) میانجی‌گری روشی مؤثر در تحقق عدالت ترمیمی، فصلنامه مددکاری اجتماعی، دوره سوم، شماره یک، ص ۴۶.

^۳ حجتی، سیدمهدی (۱۳۹۶) میانجی‌گری راهکاری نو در دادرسی کیفری، روزنامه ایران، بخش اجتماعی، شماره ۵۲۴۳۷.

^۴ Partnership – Based Criminal Justice

^۵ کوشکی، غلامحسین (۱۳۹۲)، بررسی مهم‌ترین نوآوری‌های حمایتی و سازمانی لایحه آیین دادرسی کیفری در مرحله تحقیقات مقدماتی، مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ص ۵۱۲.

^۶ به عنوان نمونه می‌توان به حضور مردم در اجرای حکم سنگسار اشاره کرد.
^۷ غلامی، حسین، (۱۳۸۵)، عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت، ص ۹.

^۸ Labeling Theory

^۹ Radical Criminology

^{۱۰} Social Reaction Criminology

کرده، می‌باشد. بدین ترتیب از حقوق کیفری بدون کیفر حمایت شده است.^۱ از سوی دیگر از دهه ۱۹۷۰ به موازات جرم‌شناسی واکنش اجتماعی، جرم‌شناسی بزه‌دیده‌شناسی^۲ که هم‌سو با پیامدهای جرم‌شناسی واکنش اجتماعی و نظریه برجسب‌زنی بود، توسعه پیدا کرد.^۳ بزه‌دیده‌شناسی بزه‌دیده را در قالب آیین دادرسی کیفری جای داد. حقوق بزه‌دیده از جمله، حق بهره‌مندی از ترمیم و جبران خسارت یکی از ارکان تشکیل‌دهنده این اندیشه بود. از این رو نوع و الگوی جدیدی از عدالت یعنی عدالت ترمیمی^۴ در برابر عدالت تنبیهی کلاسیک شکل گرفت، که ترمیم رابطه اجتماعی میان بزه‌دیده و مرتکب جرم، هدف نهایی این برداشت از عدالت جنایی را تشکیل می‌دهد. بنابراین حقوق قربانیان جرائم یکی از مهم‌ترین موضوعات آیین دادرسی کیفری است و حال آنکه تا این اواخر برای بزه‌دیده در محاکمه کیفری به عنوان مدعی خصوصی حق ناچیزی شناخته می‌شد، اما امروزه بزه‌دیده در حقوق کیفری موقعیتی ممتاز دارد تا بدان حد که سخن از یک سیاست جنایی مبتنی بر حقوق بزه‌دیدگان است.

۳- قلمرو نوین کشف حقیقت در پرتو قضا‌دایی

در برنامه اول توسعه قضایی، به مواردی همچون افزایش میزان مشارکت شهروندان، استفاده از نهادهای شبه‌قضایی و کاهش توسل به مراجع قضایی توجه ویژه‌ای شد که نتایج آن را به صورت ملموس می‌توان در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ مشاهده نمود. در واقع قانون آیین دادرسی کیفری مذکور، ضمن به رسمیت شناختن حوزه مشارکت شهروندان در فرایند عدالت کیفری، نسبت به توسعه آن نیز اقدام کرده و تمایل بیشتری به سمت و سوی سیاست جنایی مشارکتی پیدا کرده است. این قانون رویکرد قوانین سابق را به دولتی بودن فرایند دادرسی کیفری متحول کرده و مشارکت دادن شهروندان و نهادهای جامعه را در جریان دادرسی‌های کیفری تا حدودی پذیرفته است. به علاوه در مواردی نیز با مورد توجه قرار دادن آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی شرایط مداخله شهروندان و نهادهای مردم‌نهاد را در امر دادرسی کیفری فراهم کرده است. از جمله آموزه‌های جدید سیاست جنایی مشارکتی که در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۹۲ به رسمیت شناخته شده، میانجی‌گری کیفری است. این تأسیس علاوه بر آنکه یکی از آموزه‌های مهم مکتب عدالت ترمیمی است یکی از روش‌های مرسوم قضا‌دایی نیز محسوب می‌شود. بدین ترتیب با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۹۲ و اصلاحات بعدی آن، تغییرات نوینی در این قانون صورت گرفت که راهی برای قضا‌دایی در فرایند رسیدگی کیفری تلقی می‌شود. بر این اساس «در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین مناسب حداکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجی‌گری ارجاع دهد...»^۵. به‌علاوه به موجب قسمت اخیر ماده ۱۹۲، بازپرس مکلف شده است، در جرایم قابل گذشت در صورت امکان، سعی در ایجاد صلح و سازش و یا ارجاع به میانجی‌گری کند. بنابراین در پرتو مطالعات جرم‌شناسی، آیین دادرسی کیفری نیز در جهت حمایت از بزه‌دیدگان در فرایند دادرسی کیفری متحول شده است، اختیار قاضی کیفری در ارجاع پرونده کیفری به میانجی‌گری کیفری برای ترمیم و جبران خسارت بزه‌دیده نمونه‌ای از این تحولات است.

^۱ Gassin Rymond، منبع پیشین، ص ۳۴۳.

^۲ Victimology

^۳ جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۸۴)، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، تهران، نشر دادگستر و بزه در فرایند کیفری، انتشارات خط سوم و بزه دیده شناسی، انتشارات شهردانش.

^۴ Restorative Justice

^۵ ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲.

گفتار سوم: قلمرو نوین کشف حقیقت در پرتو میانجی‌گری کیفری

الف) ماهیت غیرکیفری میانجی‌گری کیفری^۱

براساس آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۴/۹/۸، میانجی‌گری فرایندی است که طی آن بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجی‌گر در فضای مناسب درخصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارت ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم، گفتگو کرده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌شود. معنی لغوی میانجی‌گری، وساطت بین دو یا چند نفر است. واژه میانجی در دو معنی به کار می‌رود: نخست: وساطت بین دو طرف متخاصم به منظور عفو طرف متجاوز به وسیله قربانی یا زیان‌دیده به منظور رفع اختلاف و ایجاد صلح و سازش بین آنها، و دوم: پایمردی و وساطت نزد حاکم به سود مجرم و گناهکار به منظور عفو و بخشش خطای او یا تخفیف در مجازات وی. در فرهنگ اسلامی میانجی‌گری در هر دو معنا به کار رفته است.^۲ در لغت نامه فارسی، میانجی‌گری به معنای صلح و سازش میان دو کس، واسطه سازش و ایجاد تفاهم، آشتی دهنده و صلح دهنده آمده است.^۳ فرایند میانجی‌گری کیفری، از ابزارهای سرکوبگری که باعث گسست و اختلال بیشتر در جامعه می‌شود بهره‌ای نمی‌برد و با تمسک به روش‌های غیرکیفری از ایجاد اختلاف و اختلال و پس‌آمدهای ناشی از آن جلوگیری می‌کند.

میانجی‌گری که ریشه در اندیشه‌های قضازدایی از رهگذر احاله اختلاف‌های ناشی از پدیده مجرمانه به میانجی‌گری و قبول نوعی کدخدامنشی در حل و فصل منازعات دارد اهمیت و منزلت و نقشی غیرقابل انکار را در ترسیم سیاست عدالت کیفری مشارکتی ایفا کرده است.^۴ امروزه، تمایل کشورها به استفاده از میانجی‌گری کیفری به‌عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب کیفری است.^۵ زیرا میانجی‌گری کیفری، روشی برای حل و فصل درگیری‌های غیردوستانه با استفاده از فرد سوم، آموزش‌دیده به‌عنوان میانجی و جایگزین دادگاه است.^۶ چه اینکه با استفاده از میانجی‌گری عمل قضایی بهبود یافته و محیطی خصوصی و محرمانه تضمین می‌شود که در آن طرفین زیر بار تشریفات قانون دادگاه پایمال نشده و در نتیجه همیشه برخلاف محاکمه در دادگاه که در آن طرف برنده و بازنده‌ای که ادعا می‌کند حق او ضایع شده وجود دارد هر دو طرف راضی هستند.

ب) تعدیل قلمرو^۷ کشف حقیقت در پرتو میانجی‌گری کیفری در قوانین کیفری ۱۳۹۲

میانجی‌گری کیفری به روش‌های مختلفی انجام می‌شود، یا به ابتکار شخص میانجی و صرفاً به صورت دخالت و کوشش مصلحانه به منظور نزدیک کردن مواضع طرفین به یکدیگر و ایجاد سازش^۸ بین آنها به عمل می‌آید و یا با تعیین شخص ثالثی توسط دادگاه یا با تراضی طرفین به دخالت یک یا چند نفر به منظور حل

^۱ Mediation

^۲ احمدی، لیلا، (۱۳۹۳)، (منبع پیشین)، ص ۴۶.

^۳ عمید، حسن (منبع پیشین)، ص ۱۱۸۳.

^۴ Samavati Pirouz, Amir, Restorative Justice: Criminal Justice Gradually Balancing or its Changing. Tehran: Negae Binch (2006).

^۵ آشوری، محمد (۱۳۸۲)، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، چاپ یک، نشر گرایش، ص ۲۸۹، نقل از غلامحسین کوشکی (۱۳۹۲)، مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی، جلد دوم، نشر میزان، ص ۱۳.

^۶ Dimitrie Cantemir (2013), Perception of civil society on mediation in criminal. Procedia – social and Behavioral sciences, Christian university, (Translation), 1395.

^۷ Scope

^۸ Compromise

اختلاف و ایجاد سازش محقق می‌شود.^۱ صورت نخست تحت عنوان اصلاح ذات‌البین در آموزش‌های اخلاقی و حقوقی اسلامی مورد توجه و تأیید قرار گرفته است و شکل دوم، در قالب حکمیت یا داوری نمود پیدا می‌کند. در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸ میانجی‌گری کیفری به‌عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب دعوای عمومی پیش‌بینی نشده بود. ماده ۱۹۵ قانون مذکور با اشاره به تکلیف دادگاه در جهت اصلاح ذات‌البین مقرر می‌داشت: «در اموری که ممکن است با صلح طرفین قضیه خاتمه پیدا کند دادگاه کوشش لازم و جهد کافی در اصلاح ذات‌البین به عمل می‌آورد و چنانچه موفق به برقراری صلح نشود، رسیدگی و رأی مقتضی صادر خواهد نمود». ظاهر این ماده دلالت بر آن دارد که تلاش و جهد لازم برای اصلاح ذات‌البین، تکلیف دادگاه بوده و دادگاه در صورتی حق صدور رأی داشت که چنین تلاشی را به عمل آورده باشد. بنابراین برای اینکه ایرادی متوجه دادگاه نباشد، بایستی تلاش و جهد در صورت جلسه دادگاه قید می‌شد و طرفین آن را امضا می‌کردند. ضمانت اجرای این ماده نیز تعقیب انتظامی قاضی متخلف بود. همانطور که پیداست ماده ۱۹۵ از یک امر ایده‌آل و مطلوب و قابل ستایش یعنی اصلاح ذات‌البین نامبرده است. اما به فرض که قاضی فرصت و زمینه لازم برای اصلاح ذات‌البین را در اختیار داشت ولی تشخیص امکان اصلاح بین طرفین با او بود. بنابراین چنانچه امکانی در حصول سازش نمی‌دید و یا موضوع همچون منافیات عفت اساساً قابل سازش و گذشت نبود دادگاه تکلیفی در کوشش و تلاش برای حصول سازش نداشت. ماده ۱۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ نیز با پیش‌بینی ایجاد سازش بین طرفین و تکلیف بازپرس به این امر گرایش به اصلاح ذات‌البین دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «تحقیق از شاکی و متهم غیرعلنی و انفرادی است مگر در جرایم قابل گذشت که به آنها در دادسرا حتی‌الامکان به صورت توافقی رسیدگی می‌شود و بازپرس مکلف است در صورت امکان، سعی در ایجاد صلح و سازش و یا ارجاع به میانجی‌گری نماید». این ماده در قانون سال ۱۳۷۸ با این سبک و سیاق پیش‌بینی نشده بود و پیش‌بینی آن از نوآوری‌های قانون سال ۱۳۹۲ محسوب می‌شود. به طور کلی مشارکت انجمن‌های مردمی و سازمان‌های غیردولتی، یکی از جدیدترین پدیده‌هایی است که در روند فرایند کیفری شکل گرفته است. در واقع شیوه‌های سنتی حل و فصل اختلافات در خارج از نظام کیفری و توسط مراجع اجتماعی همانند میانجی‌گری، داوری و صلح و سازش که به‌صورت عرفی و غیررسمی در بسیاری از جوامع بشری متداول بوده است با پیدایش اندیشه‌های کیفرزدایی، قضازدایی^۲ و به‌ویژه عدالت ترمیمی دوباره مطرح و نوسازی شده است. قانونگذار ایرانی نیز با تصویب ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ به نقش غیرقابل انکار جامعه مدنی در فرایند میانجی‌گری‌های کیفری بی‌توجه نبوده و اعمال دستاوردهای عدالت ترمیمی را توأم با اعمال سیاست جنایی مشارکتی مورد پذیرش قرار داده است. این ماده در رابطه با امکان ارجاع موضوع به‌منظور حصول سازش میان بزه‌کار و بزه‌دیده در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت، بین تمایل قانونگذار به میانجی‌گری کیفری جامعه توأم با نظارت مقام قضایی است. چرا که ضمن توجه به سیاست جنایی مشارکتی که توأم با جلب همکاری شهروندان و نهادهای جامعه مدنی برای قضازدایی و پرهیز از استفاده از پاسخ‌های سرکوبگرانه به جرم است جلوه‌ای از عدالت ترمیمی است که تا اندازه‌ای عدالت کیفری را به عدالت مدنی نزدیک کرده و مرز سنتی بین حقوق کیفری و حقوق مدنی را کمرنگ می‌کند. بدین ترتیب قانونگذار در ماده مذکور با الهام از آموزه‌های مکتب عدالت ترمیمی و به‌منظور سازش طرفین و خارج ساختن پرونده‌های کم‌اهمیت از فرایند قضایی، ارجاع برخی از جرایم خاص را به میانجی‌گری کیفری پیش‌بینی نموده است. چه اینکه عدالت ترمیمی علاوه بر جستجوی روش‌های جبران خسارت زیان‌دیده در اندیشه بازپروری بزه‌کار نیز هست چون که جبران ضرر و زیان، حل و فصل مشکلات ناشی از جرم به منظور توافق و آشتی و پیشگیری از زیان‌های بیشتر از اصول کلی و اساسی مکتب عدالت ترمیمی می‌باشد. همچنان که گفته شد، میانجی‌گری روش یا آیین حل اختلافات است. فرایندی که طی آن بر ضرورت مذاکره

^۱ Tale zari, Ali (2010). Restorative Justice: New Strategy, Renaissance in criminal justice, Journal of Isfahan lawyers. 48 and 49.

^۲ Diversion

شرکت‌کنندگان با یکدیگر جهت حصول به یک توافق در خصوص دعوای کیفری مطروح تأکید و بر مبنای تصمیم‌سازی آزادانه و توأم با مشارکت طرفین نسبت به حل و فصل خصومت اقدام می‌شود.^۱ بدین ترتیب در حالیکه در سیستم عدالت کیفری رسمی، در اعمال کیفر و دیگر ضمانت اجراها به صورت یک طرفه و تحمیلی عمل کرده، بزهدکار قبل و بعد از محکومیت هیچ نقشی در تعیین سرنوشت خویش نداشته و از ابتدا تا انتهای ورود به چرخه نظام عدالت کیفری، حق انتخابی برای وی مقدور نیست، در فرایند میانجی‌گری کیفری مجرم آگاهانه و با علم و اختیار وارد فرایند میانجی‌گری می‌شود و در هر مرحله‌ای نیز می‌تواند از مشارکت خویش در این فرایند صرف‌نظر کرده و به سیستم دادرسی رجوع کند. پس در چنین فرایندی مجرم از یک نقش‌آفرینی منفعل در دستگاه عدالت کیفری به یک نقش‌آفرین فعال در میانجی‌گری تبدیل می‌شود و با مشارکتی که در این فرایند از خود بروز می‌دهد و بر مبنای امکاناتی که در اختیار دارد در فرایند عدالت ترمیمی، داوطلبانه نقش تعیین‌کننده ایفا می‌کند. بر این اساس هرچند که کشف حقیقت به‌طور بنیادین و سنتی به عنوان هدف و مقصود اصلی در دعوای کیفری ترسیم شده است اما قانونگذار در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با چرخشی هدفمند؛ از اطلاق قلمرو کشف حقیقت کاست و به سمت و سوی نسبت آن گام برداشت و به این ترتیب متهم اجازه داده شد تا با شاکی به توافق رسیده و رضایت وی را برای گذشت او اخذ نماید. بنابراین نظام کیفری ایران دیگر همانند گذشته به دنبال کشف حقیقت نیست و به فصل^۲ خصومت میان طرفین دعوای کیفری هم توجه و نظر دارد.

نتیجه‌گیری

در حقوق کیفری کلاسیک، هدف سنتی اعمال قوانین کیفری، کشف حقیقت و دستیابی به واقعیت امور در پرتو استفاده از ادله بوده است. فصل خصومت که مختص به دعوای حقوقی است در امور کیفری جایگاهی نداشت و مقام قضایی تمام تلاش و کوشش خود را صرف تعقیب مجرم برای کشف حقیقت می‌نمود. با توسعه روزافزون علوم جرم‌شناسی، بخصوص پیدایش علم بزهدیده‌شناسی، فصل نوینی از تعقیب کیفری آغاز شد که نتیجه‌ی آن محدود شدن دامنه اصل الزامی بودن تعقیب به‌وسیله اصل مقتضی بودن تعقیب بود. براساس این اصل، مقام تعقیب می‌تواند از جانشین‌های تعقیب کیفری که نمونه روشن آن میانجی‌گری کیفری است، استفاده کرده و به موقعیت و جایگاه بزهدیده اهمیت دوچندانی نسبت به گذشته بدهد. بنابراین میانجی‌گری کیفری که نمونه‌ای از بزهدیده‌شناسی حمایتی است، هدف آن پیشگیری از بزهدیدگی ثانویه از طریق حمایت‌های عاطفی و اجتماعی از بزهدیدگان و تأمین حقوق آنها توسط جامعه مدنی بدون تحمیل قواعد رسمی نظام عدالت کیفری است، زیرا در این نهاد غیرکیفری مدنی، بزهدکار و بزهدیده آگاهانه و داوطلبانه وارد فرایند میانجی‌گری شده و در تعیین سرنوشت قضایی خود نقش ایفا می‌کنند. بنابراین طرفین پرونده کیفری برخلاف دیدگاه انفعالی سابق نقش فعالی در فرایند رسیدگی کیفری پیدا می‌کنند. بر این اساس می‌توان گفت، ورود نهاد غیرکیفری و مدنی میانجی‌گری کیفری یکی از مظاهر تحول اهداف قانونگذار کیفری و به منزله پذیرش نهاد فصل خصومت به عنوان هدف ثانویه دخالت در امور کیفری تلقی و محسوب می‌شود. ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ این ایده را تقویت می‌کند.

منابع

^۱ غلامی، حسین (۱۳۸۵)، عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت، ص ۱۷ و ۲۰.
^۲ از دیدگاه علم منطق کلی ذاتی است که موجب امتیاز یک نوع از انواع دیگر یا موجب امتیاز یک ماهیت از ماهیات دیگر می‌شود. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به منطق صوری تألیف محمد خوانساری، ص ۹۵.

- احمدی، لیلا (۱۳۹۳)، میانجی‌گری روشی مؤثر در تحقق عدالت ترمیمی، فصلنامه مددکاری اجتماعی، دوره سوم، شماره یک.
- آشوری، محمد (۱۳۸۲)، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، چاپ یکم، نشر گرایش، مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی، جلد دوم، نشر میزان.
- بهروزیه، محمد (۱۳۹۲)، پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانوی، در رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، به اهتمام معاونت اجتماعی و پیشگیری از جرم قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران، انتشارات روانشناسی و هنر، جلد دوم.
- ساقیان، محمدمهدی (۱۳۹۱)، پیشگیری از تکرار جرم از گذر جایگزین‌های تعقیب جرم، در رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، به اهتمام معاونت اجتماعی و پیشگیری از جرم قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران، انتشارات میزان، جلد نخست.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی‌ام، تهران، انتشارات شهر دانش.
- حجتی، سیدمهدی (۱۳۹۲)، میانجی‌گری راهکاری نو در آیین دادرسی کیفری، روزنامه ایران، بخش اجتماعی، شماره ۵۲۴۳۷۷.
- عمید، حسن (۱۳۹۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- غلامی، حسین (۱۳۸۵)، عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت.
- کوشکی، غلامحسن (۱۳۹۲)، بررسی مهم‌ترین نوآوری‌های حمایتی و سازمانی لایحه آیین دادرسی کیفری در مرحله تحقیقات مقدماتی، مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی، جلد دوم، تهران، نشر میزان.
- کوشکی، غلامحسن (۱۳۸۹)، جایگزین‌های تعقیب دعوی عمومی در نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه، دوفصلنامه حقوق و سیاست، دوره ۱۲، شماره ۲۹.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۴)، بزه‌دیدة‌شناسی حمایتی، تهران، نشر دادگستر.
- ژرار لیز - ژینا فیلیز ولا (۱۳۷۹)، بزه‌دیده و بزه‌دیدة‌شناسی، ترجمه روح الدین کرد علیوند - احمد صمدی، تهران، انتشارات مجد.
- نادری، سعید، کلانتری، کیومرث (۱۳۷۹)، میانجی‌گری کیفری و چالش‌های روبرو، فصلنامه آرمان حقوقی، سال دوم، شماره ۲ و ۳.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، هاشم بیگی، حمید (۱۳۹۰)، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم.
- Gassin و Raymond (۱۳۸۵)، ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستریف شماره ۵۷-۵۶.

Samavati Pirouz, Amir, Restorative Justice: Criminal Justice Gradually Balancing or its Changing, Tehran: Negae Bineh (2006).

Dimitrie Cantemir (2013), Perception of civil society on mediation in criminal, Procedia – Social and Behavioral Sciences, Christian University.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۲

صص ۷۱۷ - ۷۳۱

پیشگیری کنشی از قاچاق کالا در سیاست جنایی تقنینی ایران

مسعود بسامی^۱، یوسف الماسی^۲

۱- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اسلام آباد، گروه حقوق، اسلام آباد، ایران.

۲- کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرمانشاه، گروه حقوق، کرمانشاه، ایران.

چکیده

قاچاق کالا از زمره جرایم مهمی است که علاوه بر زیان زدن برمنافع اقتصادی مردم، بر منافع اقتصادی حکومت نیز لطمه وارد می‌نماید و باعث اختلال در نظام اقتصادی کشور می‌گردد. لذا مبارزه با آن و نیز پیشگیری از وقوع آن همواره مورد توجه حکومت بوده است. در این میان یکی از روش‌های پیشگیری از ارتکاب بزه قاچاق، تدوین و تصویب قوانین موثر و کارآمد است. با توجه به این موضوع هدف از انجام پژوهش حاضر تعیین وضعیت سیاست جنایی تقنینی ایران در پیشگیری از قاچاق کالا و ارز می‌باشد. نتیجه پژوهش حاضر بیانگر آن است که قانونگذار ایران در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، برای اولین بار علاوه بر جرائم و مجازات‌ها، یک فصل مستقل به پیشگیری از قاچاق کالا اختصاص داد و به این سان در کنار حقوق کیفری ماهوی و شکلی، حقوق پیشگیری از قاچاق کالا را نیز به رسمیت شناخت. لیکن قانونگذار در قانون مذکور، سیاست خود را بر پیشگیری وضعی متمرکز ساخته و عمدتاً با توسل به فناوری‌های نوین درصدد دشوارسازی ارتکاب و افزایش خطر بزهکاری می‌باشد. ولی بر پیشگیری اجتماعی توجه چندانی نداشته که این امر از نواقص قانون محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: قاچاق کالا، پیشگیری وضعی، پیشگیری اجتماعی، سیاست جنایی تقنینی.

مقدمه

قاچاق کالا هم اکنون ذهن بسیاری از مدیران کشور ما را به خود مشغول کرده و بسیاری از دستگاه‌ها را نیز درگیر کرده است. گستردگی مرزهای جغرافیایی در کنار همسایگان دارای نظام‌های تقریباً بی‌ثبات و نیز وجود مبادی مختلف و شیوه‌های متنوع قاچاق مقابله با آن را دشوار کرده است؛ در حال حاضر قاچاق در عام و قاچاق کالا به نحو خاص از مشکلات بزرگ کشور است. این پدیده چندان ابعاد گوناگونی یافته و چنان تأثیرات منفی و مخربی در اقتصاد کشور گذارده که به ناچار بخش چشم‌گیری از امکانات ملی برای مقابله با آن بسیج شده است.

به رغم این تلاش‌ها و بنا بر اعتراف مکرر مسئولان، اقدامات به عمل آمده چندان اثری نداشته و فقط پاره اندکی از کل قاچاق کشف شده است. متأسفانه وجود برخی سیاست‌های اقتصادی خاص، مانند حمایت گسترده از تولید داخلی با استفاده از ابزارهای ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های تجاری، پرداخت یارانه‌های گسترده برای سوخت و کالاهای اساسی به مصرف‌کننده و نیز وجود مرزهای گسترده جغرافیایی مناسب، ایجاد امکان ورود کالای قاچاق دامنه و گسترش این معضل را افزایش داده است؛ از اینرو ناکارآمدی مقررات موجود از یکسو و تعدد نهادهای متولی، تنوع مقررات، و فعالیت نهادهای موازی از سوی دیگر، موجب شد لایحه جامع مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۸۱، تقدیم مجلس شود. این لایحه پس از فراز و نشیب فراوان، در سال ۱۳۹۰ مطرح و پس از دو سال بررسی در تاریخ ۱۳۸۱/۰۱/۱۸ به تصویب رسید و فصل دوم به پیشگیری از قاچاق اختصاص یافته است. با توجه به مباحث فوق سوال پژوهش حاضر این است که سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال پیشگیری از جرم قاچاق کالا و ارز چگونه است؟

پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای تدوین گردیده است. محتوای پژوهش در سه قسمت تنظیم شده است. گفتار اول به مفهوم شناسی تحقیق و بیان مفاهیم کلیدی تحقیق مانند مفهوم پیشگیری از جرم و مفهوم قاچاق پرداخته است. در گفتار دوم پیشگیری وضعی از جرم قاچاق کالا و ارز در سیاست جنایی تقنینی مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در گفتار سوم به واکاوی پیشگیری اجتماعی از جرم قاچاق کالا و ارز در سیاست جنایی تقنینی ایران پرداخته‌ایم.

گفتار اول: مبانی و مفاهیم

بند اول: مفهوم قاچاق

قاچاق کلمه‌ای ترکی و به معنای گریزانیدن می باشد. (احمدی، ۱۳۸۵: ۳۲) در ادوار آغازین قانونگذاری در ایران، جرم قاچاق در معنایی گسترده به کار رفته بود و تمامی اعمال ارتكابی که منجر به نقض مقررات اقتصادی و انحصارات دولتی می‌گردید را شامل می شد (الهام؛ میرخلیلی و پرهام‌فر، ۱۳۹۳: ۷۳). در ادوار بعدی قانونگذاری، معنای قاچاق، به ورود و خروج غیر قانونی کالا از مرز محدود شد، به عنوان مثال بند الف از ماده ۱۱ قانون انحصار تجارت خارجی مصوب ۱۳۱۱ مقرر می‌دارد: «کلیه اجناسی که برخلاف مقررات این قانون وارد مملکت شود قاچاق محسوب ...» ولی ارائه نشدن تعریف دقیق از قاچاق، باعث شد در تلقی از این جرم بین حقوقدانان و رویه‌ی قضایی آشفتگی دیده شود و شکاف عمیقی را بین مقنن و رویه‌ی قضایی حاکم، در برداشت از این جرم و دامنه‌ی شمول آن بوجود آورد (الهام؛ میرخلیلی و پرهام‌فر، ۱۳۹۳: ۷۳).

به نظر برخی نویسندگان قاچاق عبارت است از: فرار دادن مال خواه آن مال مربوط به درآمد دولت بوده و یا ورود و خروج و تولید و نقل و انتقال و خرید و فروش آن طبق قوانین و مقررات مربوطه ممنوع و غیر مجاز گردیده باشد. (محمد تقی جوان، به نقل از احمدی، ۱۳۸۵: ۳۳)

قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ در تعریف قاچاق کالا و ارز مقرر می‌دارد: «هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد و براساس این

قانون و یا سایر قوانین، قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد، در مبادی ورودی یا هر نقطه از کشور حتی محل عرضه آن در بازار داخلی کشف شود.»

برای ارائه‌ی تعریف صحیح از قاچاق می‌بایست اول دامنه‌ی جرم‌انگاری قاچاق را در ارتباط با سایر قوانین و مقررات معلوم و طی آن هدف مقنن از جرم‌انگاری بیان شود؛ آیا هدف حمایت از حقوق دولت است یا رعایت نظارت‌های قانونی یا هر دو؟ و دوم مشخص شود که آیا محل کشف کالای قاچاق بر حسب اینکه در مرز باشد یا مرکز می‌تواند در شمول عنوان قاچاق مؤثر باشد یا خیر؟

آن گونه که برخی فلاسفه‌ی حقوق کیفری پیشنهاد می‌دهند، اولین لازمه‌ی جرم‌انگاری یک عمل، آن است که رفتار بر اساس یک سری اصول نظری راجع به جرم‌انگاری در حیطه‌ی صلاحیت قضایی جامعه و یا اقتدار دولتی قرار گیرد. به عبارت دیگر، باید ثابت شود که براساس یک سری اصول و مبانی نظری، مداخله‌ی دولت در حوزه‌ی حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان از طریق ممنوعیت و یا ایجاد محدودیت کیفری مجاز است (حبیب زاده و زینالی، ۱۳۸۴: ۴).

معیار اصلی جرم‌انگاری قاچاق اصل صدمه است.^۱ هر دولتی برای جرم‌انگاری عملی که باعث ورود صدمه یا ایجاد خطر غیر قابل پذیرش به دیگران می‌شود توجیهات فراوانی دارد. جان استوارت میل تعبیری از اصل صدمه دارد که طبق آن تنها هدفی که قدرت سیاسی جامعه حق دارد به طور کامل به هر عضوی از جامعه مدنی اعمال قدرت کند، جلوگیری از ورود صدمه به دیگران است. تکیه‌ی اصلی اصل «صدمه» به عنوان یک اصل منفی و یا محدود کننده- محدود کردن حقوق کیفری از مجازات اعمالی است که به عنوان عمل غیر اخلاقی یا غیرقابل پذیرش است که صدمه‌ای برای دیگری ندارد. برای استفاده از مفهوم اصل صدمه در جرم‌انگاری قاچاق، می‌توان به تعریف فین برگ^۲ از صدمه اشاره کرد. بنابر تعریف وی، «صدمه»، ممانعت از منافع به وسیله‌ی فعل یا ترک فعل اشتباه از ناحیه‌ی دیگران است. این تعریف وابسته به این مفهوم است که هر فردی سهم مشروعی از منافع دارد (Ashworth, 2008, 30).

در جرم‌انگاری قاچاق، می‌توان ورود صدمه را هم به جامعه و هم به دولت مشاهده کرد؛ نخست: عدم پرداخت حقوق قانونی دولت است که این امر منجر به کاهش درآمدهای عمومی دولت می‌شود و دولت را در تأمین هزینه‌های عمومی در تنگنا قرار می‌دهد.

دوم: به دلیل ورود بی‌رویه‌ی کالاهای خارجی، امکان رقابت برای کالاهای تولید داخل سلب شده که این امر باعث تعطیلی صنایع داخلی و بیکار شدن بخشی از نیروی کار خواهد شد.

سوم: ورود کالاهای قاچاق به کشور بدون اعمال نظارت‌های قانونی است. بنابراین بسیاری از کالاهایی که وارد کشور می‌شوند از نظر بهداشتی، سلامت و ایمنی فاقد کیفیت لازم بوده که این موضوع باعث ورود صدمات غیرقابل جبرانی به جامعه می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که ایراد صدمه از ناحیه‌ی جرم قاچاق غیر قابل اغماض است. با توجه به این موضوع لازمه‌ی وقوع جرم قاچاق تحقق موارد زیر است:

۱- تحقق ورود و صدور کالا از کشور

۲- عدم انجام تشریفات قانونی یا تقلب در انجام تشریفات مربوط به ورود و خروج کالا

۳- عدم پرداخت حقوق و عوارض قانونی

۴- فرار از نظارت‌های قانونی

1. Harm principle
2. feinberg

با توجه به معیارهای ارائه شده پیشین، می‌بایست قاچاق را اینگونه تعریف کنیم: «قاچاق، وارد کردن کالا به کشور یا صادر کردن آن، بدون رعایت تشریفات قانونی است به نحوی که منجر به فرار از پرداخت مالیات‌ها و عوارض مقرر دولت و یا فرار از نظارت‌های قانونی شود.»

بند دوم: مفهوم پیشگیری

واژه‌ی «پیشگیری» از نظر لغوی به معنای جلوگیری و دفع می‌باشد (معین، ۱۳۸۷: ۱۵۸) و پیشگیری از جرم عبارت است از: هر اقدام سیاست جنایی با هدف تحدید امکان پیشامد جنایی از راه‌های گوناگون است، خصوصاً بدون تکیه بر تهدید کیفر یا اجرای آن. از نظر ایشان می‌توان پیشگیری را در دو مفهوم عام و خاص معنا کرد، یک نوع پیشگیری با استفاده از سلاح کیفر و نوع دیگر فصل جرم‌شناسی پیش‌گیرنده است با استفاده از ابزارهای غیر قهری و البته با مشارکت عموم مردم و مداخله نهادهای مدنی (اردبیلی، ۱۳۹۲: ج ۲، ۱۹). ماده یک قانون پیشگیری از وقوع جرم مصوب ۱۳۹۴/۶/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، در تعریف پیشگیری از جرم بیان می‌دارد: «پیشگیری از وقوع جرم عبارت است از پیش‌بینی، شناسایی و ارزیابی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم برای از میان بردن یا کاهش آن»

جرم‌شناسی پیشگیرانه در معنای پیش‌دستی کردن، پیشی گرفتن و به جلوی چیزی رفتن، مورد استفاده واقع می‌شود. یعنی با کاربرد فنون مختلف به منظور جلوگیری از وقوع بزهکاری، هدف به جلوی جرم رفتن و پیشی گرفتن از بزهکار است (ابراهیمی، ج ۱، ۱۳۹۶: ۱۳).

در دکترین در باب تعریف پیشگیری و مصداق‌های آن دو جهت‌گیری کلی دیده می‌شود. برخی از جرم‌شناسان مفهوم موسعی (عام) برای تدابیر پیشگیرانه قائل شده و گروهی دیگر پیشگیری را در مفهومی محدود و مضیق (خاص) بکار می‌برند (محمدنسل، ۱۳۸۷: ۳۵).

پیشگیری در معنای موسع که همان پیشگیری کنشی است؛ عبارت است از کلیه تدابیر و اقداماتی که ماهیت کیفری و غیرکیفری دارند که در یک جامعه و در یک گستره‌ی مشخص مثلاً یک شهر، در جهت کاهش نرخ جرم یا ممانعت از وقوع جرم، توسط دولت یا سازمان‌های مردم‌نهاد زیر نظر دولت طراحی و اجرا می‌شود. در این تعریف گفته می‌شود چون هدف پیشگیری از جرم است، استفاده از هر وسیله‌ای مجاز می‌باشد (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۳: ۱۲۳۷).

مفهوم پیشگیری کنشی، طیف وسیعی از اقدامات کیفری و غیرکیفری را در برمی‌گیرد. در مقابل مفهوم مضیق از پیشگیری قرار دارد که فقط تدابیر غیرکیفری را شامل می‌گردد (میرخلیلی، ۱۳۸۸: ۳۲).

پیشگیری از جرم در معنای مضیق، مجموعه تدابیر و اقدامات غیرکیفری با هدف مقابله با بزهکاری از طریق کاهش یا از بین بردن علل جرم‌زا و نیز اثرگذاری بر فرصت‌های پیش‌جنایی است، به گونه‌ای که بتوان با استفاده از ابتکارات و سازوکارهای غیرقهرآمیز بر شخصیت افراد، وضعیت پیش‌ازارتکاب جرم اثر گذاشت تا از رخ دادن بزه جلوگیری کرد (نیازپور، ۱۳۸۷: ۸).

بند سوم: انواع پیشگیری

از پیشگیری از جرم گونه‌بندی‌های متعددی بعمل آمده است. یکی از آن‌ها تقسیم‌بندی به پیشگیری اجتماعی (فردمدار) و پیشگیری وضعی (موقعیت مدار) می‌باشد. به تعبیر دیگر پیشگیری کنشی به دو نوع پیشگیری وضعی و پیشگیری اجتماعی تقسیم‌بندی می‌شود.

الف - پیشگیری وضعی

پیشگیری وضعی به مجموعه اقدام‌هایی گفته می‌شود که در جهت تسلط بر محیط و اوضاع پیرامونی مشرف بر جرم و نیز مهار آن انجام می‌شود، تا از این طریق افراد یا آماج‌ها را از بزه‌دیدگی محافظت نماید

(حاجی ده آبادی، ج ۵، ۱۳۸۲: ۲۸۹). این نوع پیشگیری به صورت علمی در دهه ۱۹۸۰ در انگلستان توسط سه دانشمند به نام‌های کلارک، کرنیش و می هیو، مطرح شد. که با توجه به شرایط بزهکار، نوع جرایم، اهداف و موضوعات جرم و خصوصیات بزه‌دیده، اقداماتی را به اجرا می‌گذارد که فرآیند آن‌ها از بین رفتن و یا تضعیف موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم خواهد بود. (نجفی توانا، ۱۳۹۰: ۵۵) این شکل از پیشگیری رویکرد جدیدی است که سعی دارد با اتکا بر آماج جرم یا بزه‌دیده به تبیین پیشگیری از جرم بپردازد. (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۶۸) از بین بردن اماکن و محلاتی که محل تجمع ولگردان، فواحش، توزیع کنندگان مواد مخدر، است، استقرار نیروهای انتظامی در اطراف پارک‌ها، مدارس، میادین، ایجاد گشت‌های محله، نصب دوربین‌های مدار بسته، از سازوکارهای پیشگیری وضعی می‌باشد. (نجفی توانا، ۱۳۹۰: ۵۶)

به عبارت دیگر پیشگیری وضعی شامل مجموعه اقدام‌ها و تدابیری است که به سمت تسلط بر شرایط پیرامونی جرم و مهار آن متمایل است. این امر از یک‌سو، از طریق کاهش وضعیت‌های ماقبل بزهکاری، یعنی وضعیت‌های پیش جنایی که وقوع جرم را مساعد و تسهیل می‌کند، و از سوی دیگر، با افزایش خطر شناسایی و احتمال دستگیری بزهکاران انجام می‌شود (خسروشاهی و منصوری، ۱۳۸۹: ۵۹).

در پیشگیری وضعی از جرم به جای مقابله با انگیزه ارتکاب جرم سعی در بستن راه‌های دستیابی مرتکب به موضوع جرم و افزودن زحمت و خطر ارتکاب جرم و کم‌فایده کردن آن برای مرتکب می‌شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۲: ۳۰).

براساس تعاریفی که از پیشگیری وضعی ذکر شد، بسیاری از تدابیر و راهکارهای این نوع پیشگیری از صدر اسلام و حتی در آیات قرآن و رهنمودهای پیامبر گرامی اسلام مورد توجه قرار گرفته است بسیاری از تأسیس‌ها و نهادهایی که تاریخ آن‌ها به زمان پیامبر (ص) باز می‌گردد؛ مانند امر به معروف و نهی از منکر، نهاد حسبه و نقش محتسب در کاهش جرایم، جرایم بازدارنده در راستای پیشگیری از جرایم شدیدتر، حمایت از بزه‌دیدگان بالقوه، حجاب، ضرورت مکتوب بودن معاملات یا اخذ شهود، اقدامات تامینی بازدارنده، محدود نمودن ابزار ارتکاب جرم یا ممنوعیت فروش سلاح به مجرمان، حرمت فروش انگور برای ساختن شراب، حرمت فروش چوب برای ساختن بت و امثال آن، مجموعه تدابیری هستند که می‌توان گفت به نوعی سعی در کاهش و گرفتن فرصت‌های مجرمانه از افرادی که قصد ارتکاب جرم را دارند، داشته و به گونه‌ای پیشگیری وضعی محسوب می‌شود (کرامتی معز و میرخلیلی، ۱۳۹۶: ۳)

«پیشگیری وضعی شامل اقدامات و روش‌هایی برای کاهش فرصت است به نحوی که: ۱- به سوی شکل کاملاً خاصی از جرم نشانه می‌رود؛ ۲- متضمن طراحی و مدیریت محیط بلا واسطه (صحنه و محل وقوع جرم) یا همان نظارت و تحت نفوذ در آوردن هر چه پایدارتر و سازمان یافته‌تر محل وقوع جرم است. ۳- زحمات و خطرات ناشی از اقدام برای ارتکاب جرم را افزایش داده و سود حاصله؛ در نظر مرتکبین را کاهش می‌دهد (دارابی، ۱۳۹۵: ۱۳۲-۱۳۱).

روشن است پیشگیری وضعی به علت شناسایی جرم و مطالعه‌ی عوامل بزهکاری از منظر مشکلات اجتماعی؛ اقتصادی توجهی نداشته و صرفاً به دنبال اتخاذ اقداماتی است که در تصمیم بزهکاران بالقوه تاثیر گذاشته و در شرایط مادی و فیزیکی ما قبل ارتکاب جرم موثر واقع شود. از سویی این تدابیر نتیجه‌ای مقطعی داشته و استفاده از ابزارهای لازم پیشگیری برای همگان مستلزم برخورداری عموم جامعه از تمکن مالی نسبتاً مطلوب بوده که این امر عملاً مقدور نیست؛ ضمن اینکه پدیده جایجایی بزهکاری در زمان و مکان دیگر به عنوان یکی از ایرادات جدی؛ در خصوص افسار مستمند جامعه نیز محقق شده و مجرمین را به اهداف فاقد تجهیزات و افراد فقیر هدایت می‌کند و از سوی دیگر اگر چه پیشگیری وضعی از گونه‌های

کنشی پیشگیری است اما طبعاً به موجب توسعه‌ی شبکه‌ی نظارتی و افزایش محدودیت‌ها؛ با کاهش برخی حقوق و آزادی‌های شهروندان همراه خواهد بود.

به هر روی منظور از موقعیت ارتکاب جرم شرایط محیطی؛ فیزیکی و اجتماعی است که احتمال وقوع حوادث جنایی را تحت تاثیر قرار می‌دهند به واقع در این شیوه‌ی پیشگیری از جرم؛ برنامه‌ریزان و مجریان در تلاش‌اند با ارائه‌ی راهکارهایی برای ارتکاب جرم؛ مانع ایجاد نمایند و به تعبیری ارتکاب جرائم و نرخ آن را به گونه‌ای که برای جامعه قابل تحمل باشد؛ مدیریت کنند (بابایی و نجیبیان، ۱۳۹۰: ۱۵۲).

با همه‌ی محاسن و معایبی که در خصوص پیشگیری وضعی مطرح می‌شود؛ امروزه خیلی از کشورهای توسعه یافته و جوامع مردم سالار نیز با طرح دلایل مختلف به سمت اولویت بخشی به اینگونه از پیشگیری و یا استفاده‌ی تلفیقی هم زمان با سایر شیوه‌ها دلالت شده‌اند (دارابی، ۱۳۹۵: ۱۳۳)؛ بنابراین پیشگیری وضعی برخلاف پیشگیری اجتماعی مبتنی بر تقویت ارزش‌های جامعه، متعالی کردن نهاد‌های آن، بررسی ریشه‌های بزهکاری و قطع آن نیست بلکه به طور ساده بر کاهش فرصت‌ها و موقعیت‌های ارتکاب جرم تکیه دارد. در واقع به جای پرداختن به انگیزه و نیت درونی افراد که تغییر آن‌ها دشوار می‌باشد سعی دارد راه‌های دستیابی مرتکب به موضوع جرم یا بزه‌دیده و افزایش زحمت و خطر برای مرتکب بپردازد تا از این رهگذر راهکاری عملی برای پیشگیری از وقوع جرم ارائه نماید.

ب- پیشگیری اجتماعی

پیشگیری اجتماعی، ایجاد تغییرات و اصلاحات فردی و محیطی است که منجر به جلوگیری از وقوع جرم به صورت پایدار و همیشگی می‌شود. این قسم از پیشگیری تلاش دارد که از تولید بزهکار یا بزه‌دیده جلوگیری کند. پیشگیری اجتماعی در واقع اقدامات مداخله‌ای در محیط عمومی و شخصی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی می‌باشد که هدف از آن کاهش ارتکاب جرم است. (نیازپور، ۱۳۸۷: ۴)

پیشگیری اجتماعی از جرم یکی از موضوعات اصلی مطالعات اجتماعی است که جایگاه ویژه‌ای در میان راهبردهای پیشگیرانه دارد. در این راهبرد، شرایط اجتماعی جرم‌زا، تشریک مساعی جامعه و نهاد‌های آن برای مقابله با پدیده‌ی مجرمانه و ارتباط میان کارایی و امروزه فرهنگ^۱ که وابسته به مرزهای جغرافیایی بوده است، جایگزین مطلوبیت فرهنگی بدون مرز شده است؛ به نحوی که تجربه‌های فرهنگی، دیگر بازتاب محیط و مختصات زندگی نبوده، بلکه انعکاس‌دهنده‌ی مطلوبیت فرهنگی است که با مفهوم مرز و جغرافیا وابستگی ندارد و برخاسته از مطلوبیتی فراگیر و جهانی می‌باشد. در چنین فضایی مرزهای حریم فرهنگ در برابر نفوذ جریان‌های مستمر و بی‌هویت فرهنگی از هم می‌پاشد و حریم فرهنگ‌پذیری و اجتماعی شدن به عنوان بنیان‌های پیشگیری اجتماعی از جرم، نفوذپذیر می‌شود. توجه اصلی در مدل پیشگیری اجتماعی از جرم، معطوف به علل و عوامل بنیادین وقوع جرم است و برنامه‌ها و سیاست‌های جامع و فراگیر فرهنگی در رأس مؤلفه‌های تأثیرگذار بر پیشگیری اجتماعی قرار دارند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

همواره پدیده‌های مجرمانه به عنوان چالشی مهم و اساسی در برابر ساختارها و بنیان‌های نظم اجتماعی مطرح بوده است. شناخت و تبیین جرم و پیشگیری از آن به عنوان راهبرد محوری و اصلی کنترل جرم، تابعی از شناخت و آگاهی از هستی و چیستی تحولات فرهنگی و اجتماعی در جوامع معاصر است. در پیشگیری اجتماعی نهاد‌های اجتماعی مانند خانواده، مدارس و رسانه‌ها تلاش می‌کنند که از بزه‌دیدگی افراد جامعه به ویژه کودکان، نوجوانان و جوانان جلوگیری کنند و فرصت‌های ارتکاب جرم را تا حد امکان کاهش

دهند؛ در این نوع پیشگیری، مسئولیت پلیس - که وظیفه حفظ آرامش شهروندان را بر عهده دارد - پررنگ تر و جدی تر است (شاطری پور، ۱۳۸۸: ۹۳).

پیشگیری اجتماعی از جرم، راهبردی است که به مشارکت اعضای جامعه در پیشگیری فعال از وقوع رفتارهای مجرمانه و دیگر آسیب‌های اجتماعی اولویت می‌دهد و علت وقوع جرم را در ساختارهای اجتماعی جستجو می‌کند (بیات و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۶).

در فضای جهانی شدن^۱، ساختارهای اجتماعی متحول می‌گردند و بر فرآیند جامعه‌پذیری افراد تأثیر می‌گذارند. جهانی شدن نه یک فرآیند، بلکه ترکیبی پیچیده از فرآیندهاست که علاوه بر گسترش روابط اجتماعی در سطح جهانی، گسترش روابط اجتماعی در سطح جهانی، گستره تأثیرپذیری اجتماعی را نیز افزایش می‌دهد. تحولات گسترده و فراگیر در ساختار روابط و نهادهای اجتماعی موجب تضعیف مؤلفه‌های مؤثر بر پیشگیری اجتماعی از جرم که بر جامعه‌پذیری افراد جامعه و وجود وفاق بنیادین بر ارزش‌ها مبتنی است، می‌گردد. پیشگیری اجتماعی از جرم به سبب ارتباط معنادار با عوامل تأثیرگذار اجتماعی، از پیامدهای تغییرات و تحولات اجتماعی گسترده تأثیر می‌پذیرد (نجفی توانا، ۱۳۹۱: ۷۳).

گفتار دوم: پیشگیری وضعی از جرم قاچاق کالا و ارز در سیاست جنایی تقنینی ایران

آقای کلارک در کتاب خود در چاپ ۱۹۹۷، شیوه‌های پیشگیری وضعی را به چهار دسته اصلی تقسیم کرد (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۶-۲۹۲). این چهار دسته از این قرارند:

- الف- دسته اول افزایش تلاش و زحمت (دشواری) مورد نظر که برای دستیابی به هدف لازم است.
- ب- دسته دوم افزایش خطرات مورد نظر برای ارتکاب جرم مانند دستگیری یا شناسایی مرتکب.
- ج- دسته سوم کاهش دستاوردهای مورد انتظار از جرم یا همان سود حاصله.
- د- دسته چهارم حذف معاذیر یا از بین بردن عواملی که باعث تحریک و تشویق فرد به ارتکاب جرم می‌شود.

دسته‌ها یا گروه‌های پیشگیری وضعی در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تجلی یافته که در ذیل به ذکر و بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول: اقدامات پیشگیری وضعی در راستای دشواری سازی ارتکاب قاچاق کالا و ارز

این گروه از روش‌های پیشگیری وضعی مرکب از چند شیوه می‌باشد که هدف از به کارگیری این روش‌ها تحت تأثیر قرار دادن میزان و وسعت تلاش‌ها و اقدامات لازم برای ارتکاب جرم از جانب مجرم می‌باشد. روش حمایت و حفاظت از آماج‌های جرم سعی دارد با استفاده از موانع فیزیکی و غیرفیزیکی سبب محدود شدن توانایی ارتکاب جرم گردد (اشراقی، ۱۳۹۳: ۳۸)؛ در نتیجه با انجام چنین اقداماتی قصد دارد توزیع قاچاق کالا و ارز را مشکل‌تر و با قرار دادن موانعی تلاش لازم برای ارتکاب جرم را افزایش دهند.

در این روش به راهبردهایی که به تغییر وضعیت، فرصت و موقعیت در مورد اشخاص اشاره دارد مانند کنترل ورودی‌ها و خروجی‌ها، ایجاد فضای قابل دفاع، جمع‌آوری ابزار و لوازم ارتکاب جرم ایجاد مانع برای خرابکاران و سارقان نظیر قفل‌ها، مصونیت بخشی به آماج‌ها، کنترل دسترسی نظیر ایجاد خندق و پل‌های متحرک و نرده‌کشی، منحرف نمودن بزهکاران، که جملگی منجر به ناتوان کردن فاعل از محقق ساختن نیت مجرمانه خود می‌شود می‌پردازد. سیاست جنایی اسلام نیز به این شیوه توجه و تأکید داشته که این امر در کلام برخی از دانشمندان اسلامی استفاده می‌گردد (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ۶۷).

به نظر کلارک و کرنیش هر چه زحمت ارتکاب جرم کمتر باشد، عده بیشتری از بزهکاران اقدام به ارتکاب جرم خواهند کرد. برعکس، هر چه زحمت بزهکاری و تلاش لازم برای دسترسی به آماج جرم بالاتر برود، افزایش بیشتری از ارتکاب جرم منصرف خواهند شد (گسن، ۱۳۷۶: ۶۱۷). آنان پنج تکنیک زیر را در این گروه جای دادند:

۱. سخت کردن آماج جرم^۱
۲. کنترل دسترسی به آماج جرم^۲
۳. غربال خروجی‌ها^۳
۴. منحرف کردن بزهکاران از آماج جرم^۴
۵. کنترل وسایل تسهیل کننده جرم^۵.

الف. الکترونیکی نمودن اسناد

از آنجایی که خارج کردن کالا از قلمرو گمرکی بدون انجام تشریفات قانون عمدتاً از طریق ارائه اسناد مثبت گمرکی مانند پروانه گمرکی، پته گمرکی، پروانه عبور، پروانه صادراتی، کارت مسافری و قبض سپرده موجب ترخیص کالا (موضوع بند اول ماده ۱۱۷) و مجوزهای کتبی خلاف واقع و جعلی (موضوع ماده ۳۳) صورت می‌پذیرد، قانونگذار با هدف حذف زمینه ارتکاب جرم، از یکسو، در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۲۹، گمرک را موظف ساخته است به منظور انجام کنترل‌های گمرکی از فناوری نوین، اطلاعات و پرتونگاری استفاده نماید و در بند ۷ همان آیین‌نامه و سازمان‌های مسئول کنترل را ملزم نموده که اسناد، مدارک، گواهی‌ها و مجوزهای مرتبط به گمرک را به صورت الکترونیکی به گمرک ارائه کنند. از سوی دیگر در بند ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ذیل فصل پیشگیری از قاچاق، وزارت امور اقتصاد و دارایی و راه و شهرسازی را با هدف افزایش دقت در کنترل و بازرسی کالا موظف نموده است، مبادی ورودی و خروجی و مسیرهای حمل و نقل را به امکانات فنی مناسب تجهیز و کلیه اسناد ورود، صدور، حمل و نقل و نظایر آن را الکترونیکی نماید. برخی از این اقدامات ارتکاب جرم را دشوار و برخی دیگر خطر دستگیری را افزایش می‌دهد.

ب. شناسه‌دار کردن انبارها

از آنجایی که وسایل نقلیه آبی، هوایی و وسایل نقلیه زمینی اعم از خالی یا حامل کالا که وارد قلمرو سرزمینی ایران می‌شوند براساس ماده ۱۰۲ و ۱۰۳ قانون امور گمرکی، مجاز نیستند بدون انجام تشریفات گمرکی کالایی را تخلیه یا بارگیری نمایند، از یک سو ماده ۱۱ به منظور حصول اطمینان از رعایت مقررات مربوط به کنترل‌های گمرکی، پیش‌بینی کرده است، کلیه کالاهای وارداتی به قلمرو گمرکی با شیوه‌هایی مانند مدیریت خطر، بازرسی، منظم یا اتفاقی، بکارگیری تجهیزات و شیوه‌های نوین بازرسی مورد بدرقه یا مراقبت قرار گیرد. از سوی دیگر بند ۳، ماده ۳، قانون امور گمرکی گمرک را موظف نموده است اماکن گمرکی، یعنی انبارها، باراندازها، اسکله‌ها، فرودگاه‌ها، ایستگاه‌های راه‌آهن که برای انباشتن و نگهداری کالا جهت انجام تشریفات گمرکی استفاده می‌شود را به ابزارهای پیشرفته و فناوری‌های نوین مجهز نماید؛ در همین راستا بند ۶ ماده ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا، وزارتخانه صنعت،

1. Harden Targets .
2. Control Access to Targets.
3. Screen Exits
4. Deflect Offenders from Target .
5. Control Crime Facilitators .

معدن و تجارت را موظف ساخته است تا با همکاری دستگاه‌های اجرایی ذیربط نسبت به شناسه‌دار کردن کلیه انبارها و مراکز نگهداری کالا، ثبت مشخصات مالک کالا، نوع و میزان کالاهای ورودی و خروجی اقدام کند. این دسته از اقدامات با دشوار نمودن ارتکاب قاچاق، مرتکب را به زحمت انداخته و هزینه ارتکاب را برای وی افزایش می‌دهد (ابراهیمی، ۱۳۹۵: ۱۴۰).

پ. انضباط بخشی به وسایل حمل و نقل

انجام عملیات حمل و نقل بین‌المللی و نیز ورود کالا به اماکن گمرکی و خروج کالا از آن، با تخلیه و تحویل و یا بدون تخلیه و تحویل کالا، در صورتی که با استفاده از فناوری نوین همراه گردد می‌تواند به حذف بسترهای ارتکاب جرم کمک کند. بر همین اساس بند چ ماده قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، تجهیز شناورها و وسایل حمل و نقل جاده‌های کالا به سامانه فنی ردیاب و نیز انضباط بخشی به تردد و توقف شناورها را الزامی نموده است.

بند دوم: اقدامات پیشگیری وضعی در راستای افزایش جاذبه زدایی ارتکاب قاچاق کالا و ارز

از آنجا که تعمیم نظریه اقتصادی و انتخاب معقول در مورد جرائم آنی قابل ایراد به نظر می‌رسد و از سوی دیگر در این دسته از جرائم، تحریک آنی جانشین تعقل و حسابگری می‌شود، پس به دنبال انتقادات وارد شده به عدم جامعیت تکنیک‌های پیشگیری فلسون و کلارک، دسته چهارم تکنیک‌های پیشگیری وضعی تحت عنوان کاهش تحریک^۱ ارائه شد. این تکنیک‌ها تلاش دارند با حذف یا کاهش اقدامات تحریک کننده، از انگیزش بزهکاران بالقوه جلوگیری و به این ترتیب وقوع جرائمی آنی را منتفی کنند. در زیر مجموعه این دسته از تدابیر، تکنیک‌های زیر قرار دارند:

۱. کاهش ناکامی و فشار^۲

۲. اجتناب از ستیزه^۳

۳. کاهش تحریک هیجانی^۴

۴. خنثی کردن فشار روانی^۵

۵. نهدی از تقلید^۶

پرداخت از طریق کارت‌های اعتباری به جای وجه نقد، کاهش میزان وجه نقد روزانه موجود در صندوق بانک، علامتگذاری اشیاء قیمتی، غیرفعال سازی دستگاه‌های الکترونیکی در صورت سرقت و نصب برچسب از جمله اقداماتی است که می‌تواند موجب حذف یا کاهش منفعت ناشی از ارتکاب جرم گردد. در همین راستا، قانونگذار به منظور تشخیص کالاهای قاچاق یا فاقد مجوز، مانند کالاهای جعلی، غیربهداشتی، غیراستاندارد، از یکسو ترخیص کالاهای تجاری را منوط به ارائه گواهی‌های دریافت شناسه کالا، شناسه

۱. از بین بردن جاذبه نیز یکی دیگر از روش‌های پیشگیری وضعی از جرم علیه اشخاص خواهد بود. بسیاری از راهبردها و شیوه‌های پیشگیری با هدف ناتوان سازی مجرمان و برخی از آن‌ها منحصراً با هدف منصرف نمودن مجرمان و جلوگیری از پیدایش و تشدید انگیزه و وسوسه‌های مجرمانه به کار گرفته می‌شوند. بالا بردن خطر شناسایی و دستگیری بزهکار، کاهش جاذبه‌های وسوسه انگیز و تحریک کننده محیطی از جمله مواردی هستند که با هدف انگیزه زدایی و منصرف نمودن مجرمان بالقوه از ارتکاب جرم صورت می‌گیرد و در واقع سعی می‌شود قصد و اراده مجرم بی اثر گردد. (رایجیان اصلی، ۱۳۸۳: ۱۵۶)؛ بالا بردن خطر شناسایی و دستگیری بزهکار، حفظ حجاب و پرهیز از آرایش توسط زنان در بیرون از خانه، نصب دوربین‌های مخفی و امثال آن‌ها از جمله مواردی است که به منظور جلوگیری از پیدایش انگیزه مجرمانه صورت می‌گیرد.

2. Reduce Frustration and Stress.

3. Avoid Disputes.

4. Reduce Emotional Arpusal.

5. Neutralize Peer Pressure.

6. Discourage Imitation.

رهگیری، ثبت گواهی و شناسه توسط گمرک نموده و از سوی دیگر توزیع و فروش کالاهای وارداتی در سطح بازار خرده فروشی در حالت عدم نصب این شناسه‌ها را قاچاق محسوب نموده تا از این طریق شهروندان را به جعلی، تقلبی، غیربهداشتی و غیراستاندارد بودن آنها آگاه و در نهایت به عدم خرید تشویق نماید. علاوه بر این، ماده ۱۴ همین قانون، دستگاه‌های تبلیغی، فرهنگی، پژوهشی و آموزشی را موظف ساخته است؛ برنامه‌های فرهنگی، آموزشی و ترویجی را برای جلوگیری از مصرف کالای قاچاق اجرا نمایند. به این ترتیب همانگونه که قانونگذار برای پیشگیری از سرقت و از بین بردن منافع و جاذبه‌های سرقت برای سارق، خرید مال مسروقه را جرم‌انگاری و مستوجب مجازات دانسته تا شهروندان با انصراف از خرید اموال مسروقه، موجب ترک تکرار سرقت از جانب سارق گردد، بر این اعتقاد است که پیشگیری از مصرف کالای قاچاق توسط شهروندان، به ویژه قاچاق کالای سلامت که به طور بالقوه زیست همه شهروندان را تهدید می‌کند در دراز مدت از قاچاق این نوع کالا جاذبه‌زدایی خواهد کرد. امری که تصور کسب منفعت از طریق قاچاق برای مرتکب را به حداقل می‌رساند.

بند سوم: اقدامات پیشگیری وضعی مبتنی بر کاهش سود قابل پیش‌بینی از جرم قاچاق کالا

این دسته از تکنیک‌ها نیز مبتنی بر نظریه انتخاب عقلانی و همچنین نظریه اقتصادی جرم هستند. مطابق نظریه‌های یاد شده، فرد بزهکار با سنجش میزان سود و زیان حاصله، زمانی ارتکاب جرم را انتخاب می‌کند که از نظر وی منافع حاصل از جرم ارزشمندتر از ضررها و خطرهای ناشی از ارتکاب آن باشد. پنج تکنیک در زیر مجموعه این دسته قرار می‌گیرند که عبارتند از:

۱. پنهان کردن آماج جرم^۱
۲. از دسترس خارج کردن آماج جرم^۲
۳. مشخص کردن اموال^۳
۴. بر هم زدن بازارهای غیرقانونی^۴
۵. از بین بردن سود^۵.

به نظر می‌رسد که پیشگیری وضعی از جرم بر این مفهوم مبتنی است که مجرمین دارای انگیزه در صورت حضور دیگران از جرم اجتناب خواهد نمود؛ به طور کلی در صورت وجود نظارت بر مجرمین، ردیابی اماکن و وضعیت‌ها توسط مدیران و متصدیان و همچنین وجود نگهبانان، احتمال ارتکاب جرم کمتر خواهد شد؛ در مقایسه باید دانست که جرایم سازمان‌یافته در شبکه‌های اجتماعی درگیر می‌شوند و به انحاء مختلفی وارد فرآیندهای قانونی تجارت می‌شوند؛ به علاوه آنکه حضور افراد مختلف در یک وضعیت که خود باعث آلودگی وضعیتی خاص می‌شوند، از یک طرف بزه‌دیدگان و یا مشتریان را به اشتباه قانونی بودن کالاها انداخته و از طرفی دیگر می‌تواند به ضعف در عملکرد متصدیان پیشگیری منتهی گردند؛ دلایلی که برای ضعف نظارت و نگهبانی ذکر کرده‌اند، برخی ناظر بر خلاق بودن مجرمین سازمان یافته، برخی ناظر بر ضعف نهادهای اجرای قانون و برخی دیگر نیز به ایجاد اشتراک در منفعت میان مجرمین و پیشگیری‌کنندگان یا افرادی که به عنوان مانع ارتکاب جرم ایفای نقش می‌کنند مرتبط می‌باشند؛ اشتراکی که در اثر دریافت رشوه و ارعاب از سوی مجرمین سازمان یافته به وجود می‌آید؛ در مطالعات برخی از نویسندگان با

1. Conceal Targets.
2. Remove targets.
3. Identify Property.
4. Disrupt Markets.
5. Dency Benefits

پیمایش‌هایی که انجام داده‌اند این امر روشن شده است که موارد وقوع قاچاق کالا یا معامله نسبت به کالاهای مسروقه بیشتر از تعداد موارد گزارش آن‌ها از سوی پلیس است؛ در این تحقیق که در سه منطقه انگلستان انجام شده است به این نتیجه رسیده‌اند که علت این امر آن است که ساکنان محلی و بخش‌های مشروع تجارت و همچنین مأموران پلیس، همه و همه به عنوان پیشگیری کنندگان، خود را در ارتکاب جرم منتفع می‌دانند و به همین دلیل نسبت به آن با تسامح برخورد می‌کنند (Tilley N and Hopkins ۴۴۸ M, 2008).

بر اساس این ملاحظات به منظور راهبردها و اثرات پیشگیرانه، در بافت‌های ارتکاب جرم نه تنها بایستی به شناخت کسانی که در بافت‌ها حضور دارند پرداخته شود بلکه بایستی علاوه بر آن تعامل و نحوه ارتباط آنان با یکدیگر را مورد ارزیابی قرار داد؛ بنابراین، وضعیت جرم که از سه نقش مختلف افراد شکل گرفته، یعنی مجرم، پیشگیری کننده و هوادار مجرم، بر اساس مطالب فوق‌الذکر ارتباط میان آنان بایستی به شکل فرآیند پیچیده تعامل افراد مجدداً تعریف گردد که می‌تواند به نتایج غیرقابل پیش‌بینی منتهی گردد.

گفتار سوم: پیشگیری اجتماعی از جرم قاچاق کالا و ارز در سیاست جنایی تقنینی ایران
بند اول: مشارکت فعال سازمان‌های مردم نهاد در قبال پیشگیری اجتماعی از جرایم قاچاق کالا و ارز

برای حمایت و پیشگیری از جرایم قاچاق کالا و ارز نباید تنها به بهره‌گیری از نیروهای رسمی اکتفا نمود. بلکه با استفاده از توان و کمک بخش‌های مختلف جامعه می‌تواند یاری‌گر بزه‌دیدگان شد. اگر جامعه بخواهد به صورت سازمان یافته به بزه‌دیدگان کمک نماید، سازمان‌های غیردولتی و یا مردم نهاد یکی از ابزار مؤثر آن است.

امروزه سازمان‌های غیردولتی یا مردم نهاد به عنوان نمایندگان جامعه در پیشبرد مسائل فرهنگی و اجتماعی جایگاه و نقش خطیر و اساسی‌ای دارند. حضور و نقش‌آفرینی این سازمان‌ها می‌تواند ضمن تأمین تضمین مشارکت عموم مردم، بر کارآمدی و اثربخشی سیاست‌ها و برنامه‌های مختلف کشور اثرگذار باشد. در نظام حقوقی ایران، مشارکت مردم در اداره جامعه یکی از موضوعات مهمی است که در اصول ۳، ۶، ۷، ۸، ۲۹، ۵۶، ۵۹ و ۱۰۴ قانون اساسی بر آن تأکید شده است. از دیدگاه مبانی دینی کمک و همراهی به اشخاص نیازمند از یک سو و از سوی دیگر نظارت بر فعالیت‌های اجتماعی از مصادیق بارز «امر به معروف و نهی از منکر» به عنوان تکلیفی اجتماعی به شمار می‌رود (رستمی، ۱۳۸۴: ۱۲۹).

شایسته است که برای تبیین جایگاه این سازمان‌ها، نخست به تعریف و مفهوم این سازمان‌ها اشاره شود. مطابق بند الف ماده ۱ «آیین‌نامه اجرائی تأسیس و فعالیت‌های غیردولتی»، «سازمان غیردولتی که در این آیین‌نامه سمن نامیده می‌شود، به تشکل‌هایی اطلاق می‌شود که توسط گروهی از اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیرحکومتی به صورت داوطلبانه با رعایت مقررات مربوط تأسیس شده و دارای اهداف غیرانتفاعی و غیرسیاسی می‌باشد». (آیین‌نامه مذکور طی تصویب‌نامه شماره ۵/۸۴ به شماره ۲۷۸۶۲ / مورخ ۸۴/۵/۸ به تصویب هیأت وزیران رسیده است).

در این ماده ویژگی‌هایی برای سازمان‌های غیردولتی گفته شده است. نخستین و اساسی‌ترین ویژگی این سازمان‌ها، غیردولتی بودن آن‌ها است. عمده‌ترین دلیل این موضوع، تأمین بسترهای استقلال شخصیتی و کارکردی تشکل‌های مذکور است (تیلا، ۱۳۸۳: ۲۵)؛ دومین ویژگی این سازمان‌ها، غیرسیاسی بودن آن‌ها است. هر چند در مفهوم کلان، فعالیت این سازمان‌ها در بلندمدت بر برنامه‌ها و نظام سیاسی اثرگذار است و

در نهایت سومین ویژگی این سازمان‌ها «غیر انتفاعی بودن» آن‌ها است. تفاوت بارز این سازمان‌ها با شرکت‌های تجاری و بنگاه‌های اقتصادی در همین موضوع است (محمدی، ۱۳۹۲: ۸۲).

اهمیت دادن به نقش فعال و مؤثر نیروهای اجتماعی در توسعه و اجرای برنامه‌های پیشگیری از جرم در سطح داخلی و نیز در سطح بین‌المللی و فرامرزی، مورد توجه توصیه نامه‌ها و رهنمودهای سازمان ملل متحد واقع شده است. در این رابطه به دولت‌ها پیشنهاد شده تا از توانمندی‌های رکن غیررسمی جامعه (در کنار رکن رسمی جامعه، یعنی دولت)، در جهت یاری رساندن به نظام عدالت کیفری استفاده کنند؛ دیدگاه و جهت‌گیری سازمان ملل متحد به سوی مفهوم جدیدی از جرم (که آن را یک پدیده کلی تلقی می‌کند)، مستلزم پذیرش این واقعیت است که مقابله با جرم، باید از طریق یک برنامه ریزی و سیاستگذاری وسیع در گستره اجتماعی دنبال شود.

همچنین تحول دیدگاه جامعه جهانی نسبت به پدیده مجرمانه و پیدایش اشکال نوین بزهکاری، افزایش جرایم سازمان یافته و جرایم فراملی در سطح جهانی و سرانجام ظهور و پیدایش دیدگاه‌های نوین در قلمرو علوم جنایی، سازمان ملل متحد را بر آن داشته که در کنار سازماندهی نظام عدالت کیفری پویا و مطلوب، با بهره‌مندی از یافته‌ها و دستاوردهای پژوهش‌ها و مطالعات جرم‌شناختی، توجه بیشتری به شرکت وسیع‌تر مردم و نهادهای مردمی در مراحل عدالت کیفری، پیشگیری از بزهکاری و اصلاح بزهکاران نشان دهد.

بند دوم: آگاهی و فرهنگ سازی عمومی در جهت افزایش کیفیت تولیدات داخلی و آثار

سوء مصرف کالای قاچاق

یکی از شیوه‌های پیشگیری از خرید و مصرف کالای قاچاق، همان‌طور که قانونگذار نیز در ماده ۱۴ از قانون مبارزه با قاچاق بر آن تأکید کرده است، اقدامات ایجابی، یعنی افزایش کیفیت تولیدات داخلی از یکسو و تبیین علمی خطرات و آثار مصرف کالای قاچاق سلامت مدار از طریق تدوین و اجرای برنامه آموزش همگانی نسبت به اشخاص در معرض خطر جرم قاچاق، موضوع بند ۱۱ و نیز انتشار تجارب مصرف کنندگان کالای قاچاق از سوی دیگر می‌باشد؛ مصرف کنندگانی که مبتلا به بیماری‌های دیردرمان شده‌اند. لذا تا زمانی شرط اول، یعنی افزایش کیفیت تولیدات داخلی محقق نشود، فرهنگ عمومی کالای قاچاق را با کیفیت تلقی نموده و به این ترتیب تدابیر پیشگیرانه وضعی و کیفری که عمدتاً بر مبنای یک افق کوتاه مدت و فایده مندی زود هنگام و مسکن گونه طراحی شده، خنثی خواهد شد.

بند سوم: محرومیت زدایی و ایجاد اشتغال در مناطق مرزی کشور

بدون شک بیکاری از بزرگترین و فراگیرترین مشکلات اقتصادی و اجتماعی جوامع حال حاضر در دنیا و با توجه به مهاجرت وارونه جمعیت مولد از روستا به شهر و افزایش جمعیت مصرف کننده شهری در سال‌های اخیر در کشور ما علیرغم تلاش‌های گسترده خدمت رسانی و آبادانی روستاها بعد از انقلاب اسلامی، بیکاری همراه با فقر اقتصادی، هزینه‌های زیادی را به جامعه تحمیل خطرات بسیاری را متوجه جامعه و دولت می‌نماید. بررسی وضعیت استان‌های مرزی نشان می‌دهد که برخلاف اقدامات انجام شده در سال‌های اخیر در راستای محرومیت زدایی، هنوز هم محرومیت‌های بسیاری وجود دارد؛ از یک طرف به علت خصوصیات جغرافیایی، آب و هوایی، نوع خاک و کمبود آب، زمینه‌ای برای اشتغال به کشاورزی وجود ندارد و از طرف دیگر بنا به دلایلی، فعالیت‌های صنعتی نیز در آنجا گسترش نیافته است.

بعضا تحت عنوان توجه به مرزنشینان و بهبود وضعیت معیشت آن‌ها، اجازه می‌دهند که حتی خلاف قوانین و مقررات عمل شده و قاچاق توسعه یابد بنابراین کمبود زمینه‌های اشتغال و امکانات زندگی در این

مناطق از عمده‌ترین علل گرایش مرزنشینان به ارتکاب جرم قاچاق است؛ لذا ضروری است به منظور رفع محرومیت و ایجاد اشتغال در مناطق مرزی در راستای پیشگیری ریشه‌ای و از بین بردن عوامل سوق دهنده افراد به سمت ارتکاب قاچاق اقداماتی اساسی صورت پذیرد.

نتیجه گیری:

قاچاق کالا و ارز یک جرم اقتصادی است و آثار سوء آن دامن نه تنها نظام اقتصادی بلکه زندگی و سلامت روزمره مردم را می‌گیرد. مهمترین تاثیرات این رفتار سودجویانه عبارتند از کاهش حقوق و عوارض دولتی، عدم تعادل در بازار رقابتی، تقویت توان شبکه‌های مجرمانه و به پیروی از آن گسترش فساد مالی و اداری از طریق تبانی و ارتشا و ایجاد اختلال در بخش تولید و توزیع کشور، علاوه بر این‌ها تأثیرات مخرب و منفی زیادی را بر عملکرد و کارکرد سیاست‌های تجاری و اقتصادی تحمیل می‌کند و این مسئله یکی از موضوعاتی است که ذهن بسیاری از مدیران دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی و غیردولتی از جمله کسبه و تجار را به خود مشغول نموده است. بزرگترین پیامد منفی این پدیده شوم، اختلال در نظام اقتصادی کشور می‌باشد که منجر به کاهش میزان اشتغال، کاهش تولید داخلی، کاهش درآمدهای دولت، برقرار نشدن عدالت مالیاتی، کاهش انگیزه سرمایه‌گذاری و بروز آثار منفی دیگری در جامعه می‌شود. با توجه به آثار سوء جرم قاچاق، قانونگذار برای اولین بار در سال ۱۳۹۲ در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، فصلی را به پیشگیری از این جرم اختصاص داد. تمرکز اصلی قانون بر پیشگیری وضعی استوار است. پیشگیری وضعی از قاچاق کالا عمدتاً با توسل به فناوری‌های نوین در صدد دشوارسازی ارتکاب و افزایش خطر بزهکاری می‌باشد. قانون فوق در پرتو تدابیری نظیر یکپارچه‌سازی و نظارت بر فرآیند تجارت در پی شفاف‌سازی زنجیره تأمین بوده است. از آنجا که امروزه پیشگیری وضعی از حالت سنتی به حالت فناورانه ارتقا یافته، موفقیت این برنامه‌ها در گرو به‌کارگیری ابزارهای فناورانه‌ای است که در اختیار کنشگران پیشگیری از وقوع جرم قرار می‌گیرد. پیشگیری اجتماعی از قاچاق کالا می‌تواند از ظرفیت‌های سازمان‌های مردم‌نهاد و رسانه‌ها استفاده کرد و با شفاف‌سازی و استخراج نقاط آسیب‌پذیر، یاور سازمان‌ها در پیشگیری و مبارزه با قاچاق شد. متأسفانه در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ پیشگیری اجتماعی چندان مورد توجه قرار نگرفته است لذا این موضوع از معایب سیاست جنایی تقنینی ایران در مبارزه با قاچاق کالا و ارز می‌باشد.

فهرست منابع

۱. ابراهیمی، شهرام، (۱۳۹۶)، جرم‌شناسی پیشگیری، جلد اول، تهران، چاپ چهارم، انتشارات میزان
۲.، (۱۳۹۵)، «پیشگیری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ چرایی، چیستی، چگونگی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸
۳. احمدی، عبدالله، (۱۳۸۵) جرم قاچاق، چاپ سوم، انتشارات میزان
۴. اشراقی، مهرداد؛ نقش موقعیت در پیشگیری از جرم، (۱۳۹۳)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام نور تهران
۵. الهام، غلامحسین؛ میرخلیلی، سید محمود؛ پرهام‌فر، امیر محمد، (۱۳۹۳)، «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۶۸.
۶. بیات، بهرام و دیگران؛ (۱۳۸۷)، پیشگیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع محور، تهران، معاونت اجتماعی نیروی انتظامی ایران
۷. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ سی و یکم، ۱۳۹۲.
۸. بابایی، محمد علی و نجیبیان، علی (۱۳۹۰)، «چالش‌های پیشگیری وضعی از جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵
۹. تیلا، پروانه، (۱۳۸۳)، «تأملی بر حقوق سازمان‌های غیردولتی در نگاهی ایرانی»، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۵ و ۶
۱۰. شاطری پوراصفهانی، شهید (۱۳۸۸)، «پیشگیری اجتماعی از وقوع جرم در کنوانسیون پالرمو (۲۰۰۰) و کنوانسیون مریدا (۲۰۰۳)»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۰
۱۱. حاجی ده آبادی، محمد علی (۱۳۸۲)، «پیشگیری از جرم»، مجموعه مقالات دانشنامه امام علی، جلد پنجم، تهران، مرکز نشر آثار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم
۱۲. حبیب زاده، محمد جعفر؛ زینالی، امیر حمزه، (۱۳۸۴)، «درآمدی بر برخی محدودیت‌های عملی جرم‌نگاری، ضرورت ارزیابی منافع و مضار ایجاد یک جرم»، مجله‌ی نامه‌ی مفید، شماره‌ی ۴۹
۱۳. خسروشاهی، قدرت الله و منصور، حیدر (۱۳۸۹)، «پیشگیری زودرس از بزهکاری با رویکرد خانواده مدار»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال پنجم، شماره ۱۶
۱۴. دارابی، شهرداد (۱۳۹۵)، پیشگیری از جرم در مدل مردم‌سالار سیاست جنایی، تهران، چاپ اول، انتشارات میزان
۱۵. رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۸۳)، رهیافتی نو به بنیان‌های نظری پیشگیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸
۱۶. رستمی، ولی؛ «سیاست جنایی مشارکتی در جمهوری اسلامی ایران»، (۱۳۸۴)، رساله دکتری، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران
۱۷. صفاری، علی، (۱۳۸۰)، «مبانی نظری پیشگیری از جرم»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۳ و ۳۴.
۱۸. کرامتی معز، هادی و میرخلیلی، سید محمود (۱۳۹۶)، «تعارض حریم خصوصی و پیشگیری وضعی از جرایم در سیاست جنایی اسلام»، مجموعه مقالات بسترهای پیشگیری از وقوع جرم در سیاست جنایی ایران، چاپ اول، انتشارات معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم دادگستری کل استان البرز

۱۹. گسن، ریموند، جرم‌شناسی نظری، (۱۳۹۲)، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، انتشارات مجد
۲۰. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی معین، (۱۳۸۷)، تهران، چاپ اول، انتشارات فرهنگ نما
۲۱. نجفی ابرنآبادی، علی حسین؛ هاشم بیگی، حمید، (۱۳۹۳)، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم
۲۲. نجفی ابرنآبادی، علی حسین؛ (۱۳۹۰)، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، به کوشش شهرام ابراهیمی، ویراست ششم
۲۳. نجفی توانا، علی؛ شاطری پور اصفهانی، شهید؛ (۱۳۹۱)، «پیشگیری اجتماعی از جرم در پرتو تحولات ناشی از جهانی شدن فرهنگ»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۴
۲۴. نجفی توانا، علی، (۱۳۹۰)، جرم‌شناسی، چاپ دهم، انتشارات آموزش و سنجش.
۲۵. نیاز پور، امیر حسین، (۱۳۸۷)، بزهکاری به عادت: از علت شناسی تا پیشگیری، چاپ نخست، انتشارات فکر سازان، تهران.
۲۶. محمد نسل، غلامرضا، (۱۳۸۷)، پلیس و سیاست پیشگیری از جرم، چاپ اول، دفتر تحقیقات پلیس پیشگیری ناجا، تهران.
۲۷. میرخلیلی، سید محمود (۱۳۸۸)، پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، تهران، چاپ اول، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
۲۸. میرمحمد صادقی، محمد (۱۳۸۲)، «پیشگیری از وقوع جرم، مجله مطالعات امنیت اجتماعی»، شماره ۲
۲۹. محمدی، گلشن (۱۳۹۲)، «نقش سازمان‌های مردم نهاد در دادرسی کیفری»، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان

30. Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, fifth edition, Oxford university press. ۲۰۰۸. p.30

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۵

صص ۷۴۵ - ۷۳۳

قانونگذاری در جمهوری فدرال آلمان

محمد رحیم بهبهانی^۱، احمد ساجدی^۲

۱- عضو هیأت علمی گروه حقوق، واحد کازرون، دانشگاه آزاد اسلامی، کازرون، ایران.
۲- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
(نویسنده مسئول: Ahmadsajedi@yahoo.com)

چکیده

مطالعه رویه قانونگذاری در آلمان^۱ ایجاب می‌کند تا در ابتدا به بررسی مختصر ساختار دو مجلس بوندستاگ (مجلس فدرال که نماینده عوام است) و بوندسرات (شورای فدرال - اتاق ایالات فدرال) بپردازیم.

۱. ساختار مجالس

آ. بوندستاگ

بوندستاگ مجلسی پرشمار و شلوغ محسوب می‌شود چرا که از زمان اتحاد، شامل ۶۶۲ نماینده می‌شود.^۲ گروه‌های پارلمانی - یا فراکسیون‌ها - زندگی پارلمانی آلمان را شکل می‌دهند و هماهنگ می‌کنند.^۱ این گروه‌ها شامل حداقل ۵٪ اعضای مجلس بوندستاگ می‌شوند که عضو یک حزب واحد و یا احزاب مختلفی

این مقاله ترجمه می‌باشد.

۱. این مقاله پژوهش م. فرومون را تکمیل و به روز می‌کند: رویه قانونگذاری در جمهوری فدرال آلمان، نشریه (Pouvoirs)، شماره ۱۶، ۱۹۸۱، ص ۱۴۳. علاوه بر جزوه‌های حقوق اساسی و تفسیرات قانون اساسی، ما در این مقاله از منابع زیر بهره برده‌ایم: Stern, Staatsrecht der BRD, t 2, 1980; Schneider, Gesetzgebung, 1982; Achterberg, Parlamentsrecht, 1984; Isensee/Kirschhoff, Handbuch des Staatsrecht, t 2, 1987 مقالات ه. کلاین، دلبیو، زه و ر. هرزوغ درباره ساختار و کارکرد مجالس (و) 3, 1988 مقاله ف. اوسنبول درباره رویه قانونگذاری Schneider/Zeh, Parlamentsrecht Und Parlamentspraxis, 1989; Ipsen, Staatsorganisationsrecht, 1992.

همچنین در این باره مجله‌ای تخصصی نیز وجود دارد:

Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)

۲. توزیع کرسیها پس از انتخابات ۲ دسامبر ۱۹۹۰ بدین شرح است:

اتحاد دموکرات مسیحی آلمان/اتحاد سوسیال مسیحی آلمان: ۳۱۹ کرسی؛ حزب سوسیال دموکرات ۲۳۹ کرسی؛ حزب لیبرال دموکرات: ۷۹ کرسی؛ اتحاد ۹۰/اسبز: ۸ کرسی؛ حزب سوسیال دموکرات: ۱۷ کرسی.

باشند که در هیچ ایالتی با یکدیگر رقابت انتخاباتی نداشته باشند (ماده ۱۰ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). «اعضای وابسته» نیز به این گروه‌ها افزوده می‌شوند. گروه‌های پارلمانی آزادانه سازماندهی می‌شوند اما اساسنامه آن‌ها^۱ دارای الگویی بسیار مشترک است: رییس فراکسیون که «دبیران پارلمانی» (Parlamentarischen Geschäftsführer) او را یاری می‌کنند. دبیران مذکور از سوی مجمع عمومی گروه مربوطه انتخاب می‌شوند و کارگروه‌هایی به آن‌ها می‌پیوندند. علاوه بر این گروه‌های پارلمانی همکاری را به طور مستقیم به کار می‌گیرند. علاوه بر سهم الزامی اعضا، فراکسیون‌ها منابع مالی خود را اساساً از بودجه عمومی (که همراه با بودجه بوندستاگ تخصیص داده می‌شود) تامین می‌کنند.^۲ از سال ۱۹۷۷، در محاسبه بودجه عمومی گروه‌های پارلمانی، افزایش بودجه‌ای به نفع گروه‌های پارلمانی اپوزیسیون در نظر گرفته می‌شود. ترکیب ارگان‌های پارلمانی (کمیسیون‌ها، شورای بزرگان، کمیسیون حل اختلاف) و همچنین توزیع مسئولیت‌ها (ریاست و معاونت بوندستاگ؛ ریاست کمیسیون‌ها) به نسبت تعداد اعضای گروه‌ها صورت می‌گیرد (ماده ۱۲ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ، که به منزله قانون عمومی در نظر گرفته می‌شود).

این مطلب را اضافه کنیم که فراکسیون‌ها طبق ماده ۹۳ بند ۱،۱ قانون اساسی، نهادهایی هستند «دارای حقوقی مخصوص... که از سوی قوانین داخلی یک ارگان فدرال عالی‌رتبه به آن‌ها اعطاء شده‌اند» و بنابراین آن‌ها مجاز به کنش در مقابل دادگاه فدرال قانون اساسی از طریق «اختلاف بین ارگان‌های قانونگذاری» می‌باشند.^۳

با این حال نمایندگانی که تعداد آن‌ها برای تشکیل یک فراکسیون کفایت نمی‌کند، می‌توانند یک «گروه» (Gruppe) ایجاد کنند (ماده ۱۰ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). این موضوع امروزه در مورد حزب سوسیال دموکرات و اتحاد ۹۰/سبزها صدق می‌کند. دادگاه فدرال قانون اساسی اخیراً توانسته است تصریح کند که یک حزب سیاسی دارای نماینده در بوندستاگ دارای حق اساسی برای تشکیل یک فراکسیون نیست^۴، اما «گروه بندی‌ها» باید در توزیع متناسب صندلی‌های کمیسیون‌ها در نظر گرفته شوند و نمایندگان آن‌ها باید در کمیسیون‌ها دارای حق رای باشند. این اصل درباره اعطای ریاست و معاونت کمیسیون‌ها صدق نمی‌کند. سرانجام اگر دادگاه مذکور حق برخورداری از بودجه عمومی را برای «گروه‌ها» قائل می‌شود، در

۱. وجود و ایفای نقش این گروه‌ها براساس اصل مشارکت احزاب در تشکیل اراده ملت تضمین شده است (ماده ۲۱ قانون اساسی). رجوع کنید به (BVerfGE)، ۱۴۳ (۱۶۰)، مورخ ۷ مارس ۱۹۵۳؛ ۴، ۱۰ (۱۴) مورخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۵۹؛ ۴۳، ۱۴۲ (۱۴۷) مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۶. فراکسیون‌ها به عنوان «تهادهای ضروری در حیات قانون اساسی» توصیف شده‌اند. بسیار پیش می‌آید که بین مدیران گروه‌ها و اعضای آن‌ها اختلاف پیش آید. در این هنگام با ابتکار عمل، نمایندگان تمام گروه‌ها به منظور حمایت از اصل آزادی فکری اعضای بوندستاگ در مقابل منافع حزبی گرد هم آورده می‌شوند (ورنر، نشریه (Z/Parl)، ۹۰/۳، ص ۴۰۴).

۲. سبزه‌ها همیشه از تجهیز فراکسیون‌های خود به آیین‌نامه سرباز زده‌اند.

۳. دادگاه قانون اساسی فدرال مشروعیت و قانونی بودن این روند را تایید کرده است: حکم مورخ ۱۹ ژوئیه ۱۹۶۶، (BVerfGE)، ۲۰، ۵۶ (۱۰۴).

۴. حکم مورخ ۷ مارس ۱۹۵۳، (BVerfGE)، ۲، ۱۴۳ (۱۶۰).

۵. حکم مورخ ۱۶ ژوئیه ۱۹۹۱، (BVerfGE)، ۸۴، ۳۰۴ (۳۲۵). یادداشتها: مورلاک، (Europäische Grundrechte Zeitschrift)، ۱۹۹۱، ص ۳۸۶. بوهم، نشریه (Z/Parl)، ۱۹۹۲/۵، ص ۲۳۱. اگر زمانی که ماده ۱۰ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ اصلاح شد، ۵٪ ضروری برای تشکیل گروه به طور آگاهانه با حد ۵٪ در سطح فدرال نظام انتخاباتی هماهنگ شد، این باعث نمی‌شود که تغییر سطح انتخاباتی باید بطور خودکار موجب انطباق مقررات شکل دهنده گروه‌ها شود. در پی حکم دادگاه قانون اساسی فدرال مورخ ۲۹ سپتامبر ۱۹۹۰ (رجوع کنید به: ژوانژان، نشریه فرانسوی حقوق اساسی، ۸، ۱۹۹۱، ص ۶۶۹) که خواستار منطقه ای کردن سطح ۵٪ (غرب/شرق) در مورد اولین انتخابات آلمان متحد شده بود، حزب دموکرات سوسیال در شرق موفق به پشت سر گذاشتن سطح ۵٪ شده بود بدون آن که تعداد نمایندگان آن به عدد لازم برای تشکیل یک گروه پارلمانی رسیده باشد.

نتیجه روش‌های محاسبه بودجه‌ای را نیز می‌پذیرد که از سوی بوندستاگ پیش‌بینی شده و در مقایسه با «فراکسیون‌ها» نامطلوب‌تر است.

دادگاه قانون اساسی همچنین در مورد یک نماینده تنها، حق عضویت در یکی از فراکسیون‌های بوندستاگ را به رسمیت شناخت بدون آنکه برای او در کمیسیون مربوطه حق رای قائل شود.^۱ ریاست بوندستاگ برای مدت یک دوره مجلس (۵ سال) از طریق رای مخفی انتخاب می‌شود. طبق عرف رییس بوندستاگ از میان مهمترین گروه پارلمانی انتخاب می‌شود. انتخاب معاونین نیز به همین طریق انجام می‌گیرد اما دبیران براساس پیشنهاد مشترک فراکسیون‌ها انتخاب می‌شوند. هیات ریسه (**Prasidium**)، رییس بوندستاگ و جانشینان او را قبل از هر جلسه شورای بزرگان گرد هم می‌آورد. شورای بزرگان علاوه بر رییس و جانشینان او، ۲۵ نماینده را که به نسبت تعداد اعضای هر گروه انتصاب شده‌اند در بر می‌گیرد و ارگان اصلی مشورت و تصمیم‌گیری بین فراکسیون‌ها بمنظور سازماندهی فعالیت‌های پارلمانی است. در بطن این ارگان بویژه «برنامه کاری» بوندستاگ تعیین می‌شود که هم شامل برنامه‌ریزی کلی برای یک سال و هم شامل دستور جلسات هفتگی می‌شود. تعیین این برنامه کاری موضوع یک تصمیم‌گیری حداکثری نیست. در این مورد باید توافق مشترک حاصل شود که این امر موجب حمایت از موقعیت اپوزیسیون می‌شود. همچنین توزیع ریاست کمیسیون‌های مختلف و انتصاب اعضای آنها به نسبت تعداد اعضای گروه‌ها در بطن شورای بزرگان انجام می‌گیرد.

تعداد کمیسیون‌های دائم در قانون اساسی تعیین نشده است. بعد از افزایش شدید تعداد کمیسیون‌ها در آغاز تاسیس جمهوری فدرال (تا ۵۰ کمیسیون در طول دو دوره اول بوندستاگ)، تعداد کمیسیون‌ها دقیقاً برابر با تعداد وزارتخانه‌هایی (در دولت) است که با آن دارای زمینه فعالیت مشترک می‌باشند. این کمیسیون‌ها می‌توانند درون خود «زیر-کمیسیون»هایی تشکیل دهند که در این صورت قانون نسبت گروه‌ها باید مراعات شود. به این کمیسیون‌های تخصصی، کمیسیون‌های دائم که موضوع آنها خاص است (کمیسیون دادخواست‌ها، کمیسیون نظارت بر انتخابات، کمیسیون مصونیت قضایی نمایندگان و آیین‌نامه داخلی...) و همچنین کمیسیون تحقیق و نظارت افزوده می‌شوند.

ب. بوندسرات^۲

مطابق با ماده ۵۱ قانون اساسی، «بوندسرات از اعضای دولت‌های ایالات مختلف تشکیل می‌شود که آنها را منصوب و خلع می‌کنند». تعداد نمایندگان مناطق مختلف یکسان نیست و تعداد آرای که یک ایالت در اختیار دارد، بر حسب جمعیت آن بین ۳ تا ۶ رای متغیر است.^۱ بنابراین هر دولت منطقه‌ای به تعداد

۱. حکم مورخ ۱۳ ژوئن ۱۹۸۹، (BVerfGE)، ۸۰، ۱۸۸ (با مخالفت قاضی مارونهلز و کریوس).

۲. در این باره بویژه رجوع کنید به:

Knies, Der Bundesrat, Zusammensetzung und Aufgaben, DOV, 1977, p. 575;

H. H. Klein, Der Bundesrat der BRD – die zweite Kammer, AoR, 1983, p. 329;

Pfitzer/Reuter, Der Bundesrat, 1987;

Herzog, in Isensee/Kirshhof, op. cit., t. 2, p. 467et s;

Wydukel, Der Bundsrat als zweite Kammer – Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren, DOV, 1989, p. 181.

۱. ماده ۵۱، بند ۲ قانون اساسی که این نوع تقسیم‌بندی را تعیین کرده بود، با توافقنامه اتحادیه مورخ ۳۱ اوت ۱۹۹۰ دستخوش تغییر شده است؛ این توافقنامه از طریق اعطای یک رای دیگر به ایالات دارای بیش از ۷ میلیون نفر جمعیت، تعداد نمایندگان مناطق پرجمعیت‌تر را افزایش می‌دهد. چهار ایالت که منحصراً در غرب واقع شده‌اند، بدین ترتیب دارای ۶ رای هستند.

(Rhénanie du Nord-Westphalie, Bavière, Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe) این سیستم یک نسبت واقعی جمعیت - رای را ایجاد نمی‌کند: کافی است یادآوری کنیم که تعداد آرای دو ایالت کوچک (Sarre و Brême) که در مجموع ۱,۷

آرایی که در اختیار دارد، نماینده منصوب می‌کند. این آراء باید بصورت کلی و همزمان اعلام شوند: یک ایالت قادر نیست آراء خود را تقسیم کند. از سوی دیگر اعضای بوندسرات به هنگام اعلام رای نسبت به دستورالعمل‌های دولت‌های متبوعشان متعهد هستند. علاوه بر این «اعضای عادی»، هر عضوی از دولت یک ایالت به لحاظ قانونی «عضو جانشین» بوندسرات محسوب می‌شود (ماده ۵۱، بند ۱ قانون اساسی). نخست وزیران ایالات مختلف نمی‌توانند از نظر قانون عضو بوندسرات باشند اما در عمل آن‌ها به عنوان عضو عادی در بوندسرات شرکت می‌کنند. بنابراین ملاحظه می‌کنیم که با توجه به ترکیب آن، بوندسرات از نظر ساختاری به قوه مجریه منطقه‌ای وابسته است. همچنین ماهیت غیر نمایندگی اعضا، آن را از مجلس پارلمانی به معنای واقعی متمایز می‌کند.

از نظر کارکردی، اگر بوندسرات در کارکردهای پارلمانی کلاسیک شرکت می‌کند (قانونگذاری، بودجه، نظارت بر دولت فدرال)، ویژگی منحصر به فرد آن به مشارکت مستقیم آن در کارکرد اجرایی فدرال مربوط می‌شود. بدون ورود به جزئیات باید بگوییم که به منظور هدایت و نظارت بر اجرای قوانین فدرال از سوی دولت‌های ایالتی - بطور مثال در چارچوب اعمال الزامات و محدودیت‌های فدرال نسبت به ایالات مختلف (ماده ۳۷ قانون اساسی) - بوندسرات بویژه نسبت به تأیید و ابلاغ برخی مقررات فدرال اقدام می‌نماید (ماده ۸۰ بند ۲ و ماده ۱۰۹ بند ۴ قانون اساسی) که به تدابیر گوناگون اتخاذ شده از سوی دولت فدرال به موجب مواد ۸۴ و ۸۵ قانون اساسی مربوط می‌شوند (بخشنامه‌های اداری عمومی و بویژه دستورالعمل‌های خاص).

این ارتباط ساختاری و کارکردی بین بوندسرات و قوه مجریه تردیدهایی را توجیه می‌کنند که در مورد کیفیت آن به عنوان یک مجلس پارلمانی و همچنین به عنوان پارلمان دوم در یک نظام دارای پارلمان دوگانه مطرح می‌شوند. رد راه‌حل ایجاد یک مجلس سنا - مانند مجلس سنای آمریکا - به سنت آلمان مربوط می‌شد (بوندسرات امپراطوری ۱۸۷۱ و رایکلیسرات جمهوری وایمار)، اما این امر بویژه به نخست وزیران ایالات مختلف - که به طور قابل توجهی بر فعالیت‌های شورای پارلمانی مسئول تهیه قانون اساسی اعمال نفوذ می‌کردند - اجازه می‌داد تا جایگاهی استراتژیک در بطن دستگاه دولتی فدرال برای خود فراهم نمایند.^۲ همچنین باید بگوییم که منافع منطقه‌ای بدون شک در آلمان با چنین مجلسی بهتر از «یک سنا» تأمین خواهد شد: برخلاف احزاب سیاسی آمریکا، احزاب آلمان بسیار متمرکز هستند و یک مجلس سنا در کنار بوندسرات به پایگاهی دیگر برای دستگاه‌های حزبی متمرکز در بطن دولت فدرال تبدیل خواهد شد. اگر چه بوندسرات نیز قطعاً از منطقه‌ای حزبی مصون نیست، با این حال جزء گرابی‌های منطقه‌ای (**Particularisme régional**) مکانی برای ابراز خود پیدا می‌کنند.

هیات ریسه (**Prasidium**) از یک رییس و سه معاون که برای یک دوره یکساله انتخاب می‌شوند، تشکیل می‌گردد. اعطای سمت‌های مذکور موضوع توافق کینینگشتاین ۳۰ اوت ۱۹۵۰ بین ایالات مختلف می‌باشد که به تناسب اهمیت جمعیت شناختی هر منطقه، به هر ایالت اجازه می‌دهد تا به نوبه خود ریاست «هیات ریسه» را بر عهده بگیرد. اعطای سمت معاونت نیز پیرو مقررات مشخصی است (معاون اول الزاماً ریاست سال بعد را بر عهده خواهد داشت). ریاست بوندسرات نقش جایگزین ریاست فدرال را در صورت بروز

ملیون جمعیت دارند، برابر تعدا آراء پرجمعیت‌ترین ایالت است (Rhénanie de Nord-Westphalie) که جمعیت آن ۱۷ میلیون نفر است.

۲. درباره موضوع بوندسرات در بطن مباحث شورای پارلمانی رجوع کنید به:

Morsey, in *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft. Beiträge zum 25 jährigen Bestehen des Bundesrates*, éd. Par le Bundesrat, 1974, p. 63.

مشکل و یا در زمان تعطیلات بر عهده دارد. در عمل ریاست و معاونت از سوی نخست وزیران ایالات انجام می‌شود.

شورای دائم (Standiger Beirat) که از نمایندگان ایالات مختلف در فدراسیون تشکیل می‌شود، از یکسو عملکردهای مشابه با عملکردهای شورای بزرگان در بوندستاگ را برعهده دارد و از سوی دیگر، ارتباط بین بوندسرات و دولت فدرال را تضمین می‌کند. بدین منظور دولت فدرال نمایندگان در جلسات هفتگی شورای دائم دارد.

کمیسیون‌های دائم به ازاء هر ایالت دارای حق رای، دارای یک عضو می‌باشند. لازم است این ویژگی یادآوری شود که براساس ماده ۵۲ بند ۴ قانون اساسی، ایالات می‌توانند کارمندان دولتی را به عنوان نمایندگان خود در کمیسیون‌ها منصوب نمایند. در عمل نیز همین قاعده اجرا می‌شود. این موضوع روشن می‌کند که جریان امور در بوندسرات بسیار تکنوکراتیک و بوروکراتیک است: در واقع جلسات بوندسرات بسیار کوتاه هستند و از اینرو فراهم آوردن مقدمات در کمیسیون‌ها نقش بسیار تعیین کننده‌ای دارد. دعوت به جلسات عمومی (جلساتی که تمام اعضاء در آن شرکت دارند) از سوی رییس بوندسرات صورت می‌گیرد و در صورتی که تشکیل جلسه از سوی دولت یا یک ایالت درخواست شده باشد^۱، این دعوت الزامی می‌شود. جلسات که در روزهای جمعه برگزار می‌شوند، اغلب با بحث مقدماتی مختصری در صبح روز برگزاری جلسه همراهند و در صورت درخواست یک دولت محلی، این بحث مقدماتی می‌تواند در اتاق شماره ۱۳ - یعنی در اتاق کنفرانس مدیر بوندسرات تمدید شود. در این بحث مقدماتی، تصمیمات نهایی به صورت محرمانه و پیش از جلسه عمومی علنی اتخاذ می‌شوند. مانند جلسات بوندستاگ، نماینده دولت فدرال نیز در جلسات بوندسرات شرکت می‌کند و در صورت درخواست، سخنان او نیز استماع می‌شود (ماده ۵۳ قانون اساسی).

۲. فرآیند قانونگذاری

الف. ابتکار قانونگذاری

براساس ماده ۷۶ بند ۱ قانون اساسی، لوایح قانونی از سوی دولت فدرال، «از بطن بوندستاگ» (Aus der Mitte des Bundestages) و یا از طرف بوندسرات ارائه می‌شوند. به استثناء مورد بسیار خاص مطرح شده در ماده ۲۹ بند ۴ قانون اساسی (بازنگری ساختار سرزمینی فدراسیون)، ابتکار مردمی به شکل پیش‌بینی شده در ماده ۷۳ قانون اساسی وایمار دیگر وجود ندارد.^۲ با این حال ابتکار عمومی در قانون اساسی بسیاری از مناطق پیش‌بینی شده است.

ابتکاری که از بطن بوندستاگ مطرح می‌شود: ماده ۷۶ آیین نامه داخلی بوندستاگ تصریح می‌کند که هر پیشنهادی - بجز اختیارات ویژه تعیین شده در مقررات داخلی، باید از سوی گروه‌های پارلمانی یا حداقل ۵٪ اعضای بوندستاگ ارائه شود. در مورد طرح‌های مربوط به قانون پارلمانی نیز مقررات به همین‌گونه است. در این جا نیز با نقش مقدم «فراکسیون‌ها» مواجه می‌شویم. بنابراین یک نماینده تنها حق ابتکار (برای پیشنهاد قانون) را ندارد. با این حال به منظور در نظر گرفتن شرایط استثنایی ناشی از اولین انتخابات در آلمان متحد، حق ابتکار پیشنهاد قانون برای «گروه‌های پارلمانی» در دوره کنونی (دوره دوازدهم) نیز به رسمیت شناخته شده است. دادگاه قانون اساسی فدرال پاسخ این مسئله را بوضوح تعیین نکرده که آیا این

۱. ماده ۵۲ قانون اساسی علاوه بر درخواست دولت، در مورد درخواستی که از طرف دو ایالت نیز انجام می‌شود، صدق می‌کند. اما ماده ۱۵ آیین‌نامه داخلی بوندسرات، ارسال دعوت‌نامه در مورد درخواست ارائه شده از سوی تنها یک ایالت را نیز الزامی می‌کند.

۲. ابتکار عمومی در زمان جمهوری وایمار در هفت مورد به کار گرفته شد که در تمامی موارد با شکست مواجه شد.

حق به رسمیت شناخته شده از سوی قانون اساسی وضع شده است.^۱ فراقسیون‌های اتحاد دولتی در عمل از سوی سرویس‌های وزارتخانه‌های دارای صلاحیت در زمینه نگارش طرح‌ها یاری خواهند شد. این کمک و یاری همچنین می‌تواند با موافقت وزیر به گروه‌های اپوزیسیون نیز ارائه شود. طرح که الزاماً با خلاصه‌ای از دلایل پیشنهاد آن همراه است، چاپ می‌شود و فرآیند تصویب می‌تواند با توجه به دستور جلسه حداقل سه روز پس از توزیع آن آغاز شود.

ابتکار دولتی: روند آماده سازی لوایح در دولت خود تابع «آیین‌نامه داخلی دولت فدرال» و «آیین‌نامه مشترک وزارتخانه‌های فدرال» است که با تدابیر دولتی ۱۱ دسامبر ۱۹۸۴ تکمیل شده‌اند. این متون بویژه مشاوره‌های مقدماتی و اجباری (ایالات، نمایندگان نواحی و سازمان‌های خصوصی) را پیش‌بینی می‌کنند. چنین مشاوره‌هایی می‌توانند از مقررات مربوط به قانونگذاری نیز نشأت بگیرند.^۲ با این حال دانستن این نکته دشوار است که عواقب عدم مشاوره برای یک قانون تصویب شده چه خواهد بود.^۳ جالب است بدانیم که شورای جامعه زبان آلمانی نظر خود را در مورد نحوه نگارش لوایح بیان می‌کند. اما بویژه مانند سوییس لایحه خطاب به وزیر دادگستری نوشته می‌شود که مسئول بررسی صحت حقوقی و مناسبت آن است. در این زمان تصویب آن در کابینه بر عهده دولت است. خاطر نشان می‌کنیم که برخلاف رویه هیات وزیران در فرانسه، در جلسه هیات دولت آلمان رای گیری انجام می‌شود: بنابراین یک لایحه باید اکثریت آراء را کسب کند تا بتواند تصویب شود.

هنگامی که لایحه از سوی دولت پیشنهاد می‌شود، در ابتدا باید به منظور «بررسی مقدماتی» به بوندسرات ارائه شود؛ بوندسرات شش هفته زمان دارد تا درباره لایحه پیشنهادی «تصمیم‌گیری» کند. دولت می‌تواند «استثنائاً» با اعلام فوریت، لایحه خود را سه هفته پس از ارائه آن به بوندسرات، به بوندستاگ بفرستد، بی آنکه بوندسرات هنوز نظر خود را اعلام کرده باشد. موضع اتخاذ شده از سوی بوندسرات باید بلافاصله پس از تعیین به بوندستاگ اعلام شود. باید اضافه کنیم که موضع بوندسرات با پاسخی از سوی دولت همراه خواهد شد که در جلسه هیات دولت تعیین و به بوندستاگ ارائه می‌شود. با این حال، این حق پاسخگویی از جانب دولت امکان تغییر و اصلاح لایحه ابتدایی را برای او فراهم نمی‌کند. در صورت تغییر در لایحه مذکور، لایحه‌ای جدید محسوب می‌شود که باید مجدداً مورد بررسی مقدماتی بوندسرات قرار بگیرد.

«بررسی ابتدایی» لایحه در بوندسرات این امکان را برای مجلس مذکور که از نمایندگان قوای مجریه مناطق مختلف تشکیل شده است، فراهم می‌کند تا بویژه توجه دیگران را به مشکلات احتمالی اجرای لایحه مورد نظر - که عموماً بر عهده ایالات است - جلب کنند. اتخاذ موضع بوندسرات در جلسات عمومی آن و پس از بحث و مشورت در کمیسیون‌ها صورت می‌گیرد. این «بررسی ابتدایی» در مورد تمام لوایح ارائه شده از سوی دولت الزامی است، خواه به قوانینی که نیازمند تایید بوندسرات هستند مربوط باشد یا نباشد. بسیار پیش می‌آید که به منظور مواجهه نشدن با بررسی مقدماتی بوندسرات، دولت لوایحی را که در واقع خود آماده کرده، به منظور ارائه به گروه‌های پارلمانی بسپارد.

ابتکار بوندسرات: در این مورد پیشنهاد از سوی بوندسرات به عنوان یک نهاد و نه از سوی یکی از اعضای آن ارائه می‌شود. بنابراین پیشنهاد مذکور دارای ماهیت یک تصمیم از سوی مجلس است که با

۱. حکم ۱۶ ژوئیه ۱۹۹۱، قبلاً نقل شده، ص ۳۲۸ و پس از آن.

۲. بطور مثال مطابق با ماده ۹۴ قانون فدرال درباره مشاغل عمومی، مشورت با سازمان‌های صنفی در مورد هر لایحه‌ای که جایگاه و موقعیت پرسنل را تحت تاثیر قرار می‌دهد.

۳. در این باره رجوع کنید به:

اکثریت آراء تصویب شده است. همچنین این پیشنهاد می‌تواند به قوانینی مربوط شود که تایید بوندسرات در مورد آن الزامی است و یا در زمینه قوانینی باشد که بوندسرات تنها دارای حق رای «تعلیق کننده» نسبت به آن‌هاست. متن پیشنهادی به دولت فدرال فرستاده می‌شود که سه ماه فرصت دارد تا آن را به همراه نظر خود به بوندستاگ منتقل کند. طبیعتاً این انتقال ضروری است.

ابتکار از سوی دولت دارای بیشترین وزن و درجه اهمیت می‌باشد و نرخ موفقیت آن بسیار بالاست. اگر بوندسرات نقشی غیرقابل حذف را در زمینه ابتکارات قانونگذاری ایفا می‌کند، رقم بالای قوانین تصویب شده بر پایه پیشنهادات بوندستاگ، تا حد زیادی با توجه به فرآیندی که در بالا تشریح شد، قابل توجیه است (ارائه لویچی که در واقع دولتی هستند، از جانب گروه‌های پارلمانی). ارقام مربوطه در آوریل ۱۹۹۲ که از سال ۱۹۴۹ جمع‌آوری و محاسبه شده‌اند، به شرح زیر می‌باشند:^۱

| بوندسرات | بوندستاگ | دولت | لویج |
|----------|----------|--------|---------------------------|
| ۴۳۴ | ۲۳۰۹ | ۳۹۸۳ | |
| ۱۲۶ | ۸۰۵ | ۳۳۳۸ | رای گیری شده ها |
| %۲۹,۰۳ | %۳۴,۸۶ | %۸۳,۸۱ | نرخ موفقیت |
| %۲,۹۱ | %۱۸,۵۹ | %۷۷,۷۰ | % قانونگذاری ^۲ |

ب. بحث مقابل بوندستاگ

ماده ۷۷ قانون اساسی تصریح می‌کند که: «قوانین فدرال از سوی بوندستاگ تصویب می‌شوند». تصویب قوانین در طی سه مرحله «ارائه» انجام می‌گیرد (ماده ۷۳ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). تعداد «ارائه‌ها» در قانون اساسی تعیین نشده است و اگر چه این امر بطور سنتی در آلمان اجرا می‌شود^۳، اما از نظر حقوق قانون اساسی رایج یک قاعده محسوب نمی‌شود.^۴

جز در صورت توصیه از سوی شورای بزرگان یا درخواست یک فراکسیون یا ۵٪ از نمایندگان اولین «ارائه» موجب آغاز بحث و تبادل نظر نمی‌شود. ارائه اول با ارجاع لایحه به کمیسیون دارای صلاحیت به پایان می‌رسد مگر اینکه به ابتکار یکی از کمیسیون‌ها یا ۵٪ نمایندگان، مجلس با اکثریت آراء - دو سوم نمایندگان حاضر -^۵ تصمیم به آغاز «ارائه» دوم بدون ارجاع به کمیسیون بگیرد (ماده ۸۰ بند ۲ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). در اغلب موارد یکی از کمیسیون‌های دائم نیز می‌تواند در این مورد یک «زیر-کمیسیون» به منظور بررسی لایحه تشکیل دهند (ماده ۵۰ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). ارجاع به یک کمیسیون تخصصی (که بدین منظور تشکیل شده) نیز امکان‌پذیر است. از سوی دیگر امکان دارد چندین کمیسیون «در موارد خاص» درگیر (بررسی لایحه) شوند. در این صورت یکی از کمیسیون‌ها که کاملاً درگیر (**federführender Ausschuß**) بررسی لایحه مورد نظر است (ماده ۷۹ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ)، به تنهایی مجاز به تهیه گزارش است. جلسات کمیسیون‌ها علنی نیست. مسئول تهیه گزارش از سوی ریاست

۱. منبع:

Ipsen, Staatsorganisationsrecht, 4^o éd, 1992, p. 85.

۲. خاستگاه ۱,۴۳٪ قوانین فدرال باقی مانده ذکر نشده است.

3. Jekewitz, Ein rationalisierter Irrtum. Zur Herkunft, Ausgestaltung und Nottwendigkeit von drei Lesungen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren, Der Staat, 15, 1976, p. 537.

۴. (BVerfGE), ۱, ۱۴۴ (۱۵۱), مورخ ۶ مارس ۱۹۵۲؛ ۲۹, ۲۲۱ (۲۳۴), مورخ ۱۴ اکتبر ۱۹۷۰. با این حال در قانون اساسی چندین ایالت تعداد «ارائه‌ها» در مقابل لندتاگ (مجلس ایالتی) تعیین شده است.

۵. اکثریت دو سومی نمایندگان می‌تواند در موارد خاص از اعمال مقررات آیین‌نامه داخلی معاف شود، مشروط بر این که این معافیت مخالف با مقررات قانون اساسی نباشد (ماده ۱۲۶ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ).

کمیسیون تعیین می‌شود (ماده ۶۵ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). گزارش باید علاوه بر توصیه‌های موجه کمیسیون، اظهارنظرهای اقلیت و مواضع اتخاذ شده در کمیسیون - که به عنوان نظر کمیسیون مطرح می‌شوند - را نیز در برگیرد (ماده ۶۶ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). فراکسیون‌های پارلمانی کارگروه‌هایی را ایجاد می‌کنند که بدل کمیسیون‌ها هستند و در آن‌ها خط مشی نمایندگانی تعیین می‌شود که در فعالیت کمیسیون‌ها مشارکت دارند.

دومین «ارائه» لایحه تنها دو روز پس از توزیع گزارش و بر پایه متن کمیسیون می‌تواند انجام شود مگر اینکه بوندستاگ با اکثریت آراء (دو سوم آراء) و به درخواست یکی از گروه‌های پارلمانی یا ۵٪ نمایندگان، تصمیم به پیش انداختن بحث و تبادل نظر بگیرد. این «ارائه» با ارائه گزارش آغاز می‌شود و تنها در صورت درخواست از سوی شورای بزرگان، یک فراکسیون یا ۵٪ از نمایندگان، با بحث و تبادل نظر عمومی دنبال می‌شود. خواه دومین «ارائه» با بحث عمومی همراه باشد یا خیر، بررسی لایحه به صورت ماده به ماده آغاز می‌شود. در پایان بحث درباره هر ماده، رای‌گیری انجام می‌شود. ترتیب و توالی مواد، ادغام برخی مواد و تقسیم برخی دیگر تنها بر پایه تصمیم بوندستاگ ممکن است (ماده ۸۱ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). اصلاحیه‌ها می‌توانند تا زمانی که موضوع مربوطه به رای‌گیری گذاشته نشده، پیشنهاد شوند. اقتدار و نفوذ گروه‌های پارلمانی در این مرحله کاهش یافته و یک یا چند نماینده نیز می‌توانند برای پیشنهاد اصلاحات، ابتکار عمل را بدست بگیرند (ماده ۸۲ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ). تصمیم به ارجاع تمام یا بخشی از متن به یک کمیسیون دیگر می‌تواند تا زمانی که بررسی ماده به ماده آن به پایان نرسیده باشد، تصویب شود. ارجاع لایحه به یک کمیسیون دیگر بسیار کم پیش می‌آید، اما با این حال می‌تواند بطور مثال در زمانی روی دهد که تصمیم دادگاه قانون اساسی که در میانه راه مداخله کرده، بر متن مورد بحث نتایج داشته باشد.

«ارائه» دوم می‌تواند به رد تمام لایحه منتهی شود که در این صورت فرآیند بطور قطعی پایان می‌یابد. اگر متن کمیسیون بدون تغییر تصویب شود، «ارائه» سوم بلافاصله آغاز می‌شود و به تصویب نهایی متن پس از بحث و تبادل نظر عمومی محدود می‌شود - البته در صورتی که چنین بحثی در آغاز «ارائه» دوم روی نداده باشد و در شرایط مشابه با «ارائه» قبل درخواست شده باشد. اگر اصلاحاتی تصویب شده باشد، «ارائه» سوم تنها دو روز پس از توزیع متن اصلاح شده آغاز می‌شود، مگر اینکه با شرایطی که قبلاً ذکر شد، تعجیل صورت بگیرد. هیچ اصلاحیه‌ای در طی خواندن متن جدید قابل پذیرش نیست مگر اینکه به تغییر اصلاحیه‌ای مربوط باشد که در طی «ارائه» دوم تصویب شده باشد و از سوی یک گروه پارلمانی یا ۵٪ نمایندگان درخواست شود. در عمل این اصلاحات با شکست مواجه می‌شوند و تنها هدف آن‌ها یادآوری عمومی مخالفت گروه‌های اقلیت با تمام یا بخشی از متن است. تا زمانی که رای جمعی اعلان نشده باشد، امکان ارجاع به کمیسیون وجود دارد. اگر کمیسیون محل ارجاع اصلاحاتی را در مورد متنی پیشنهاد بدهد که پس از «ارائه» دوم تصویب شده، فرآیند «ارائه» دوم دوباره از ابتدا براساس متن اصلاح شده آغاز می‌شود. اگر متن حاصل از «ارائه» دوم با اصلاحیه مواجه نشده باشد، «ارائه» سوم بلافاصله به رای‌گیری عمومی دنبال می‌شود. در غیر این صورت، رای‌گیری نهایی می‌تواند با درخواست یک گروه یا ۵٪ نمایندگان به بعد از توزیع متن اصلاح شده موکول شود (مواد ۸۴ تا ۸۶ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ).

رای نهایی که بجز موارد استثنایی (بازنگری قانون اساسی، برداشتن وتوی بوندسرات) مستلزم اکثریت رای‌دهندگان است، معمولاً با شمارش افراد نشسته و ایستاده صورت می‌گیرد. حضور حداقل نیمی از اعضای مجلس بواسطه ماده ۴۵ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ الزامی است. یک گروه پارلمانی یا ۵٪ نمایندگان می‌توانند خواهان بررسی این موضوع شوند که شرط حضور حداقلی نمایندگان رعایت نشده است. در این صورت آراء براساس فرآیند رای‌گیری از طریق ورودی‌های جداگانه (شمارش رای دهندگان) صورت

می‌گیرد. اگر حضور حداقلی رعایت نشده باشد، ریاست مجلس باید جلسه را مختومه اعلام کند. اگر این درخواست پیش از انجام رای‌گیری اعلام نشود (موردی که البته بسیار کم پیش می‌آید)، فرض بر این خواهد بود که شرط حضور حداقلی برآورده شده است. در این صورت تصویب قانون انجام شده و غیرقابل اعتراض خواهد بود، حتی اگر در واقعیت تعداد اعضای حاضر از نصف تعداد نمایندگان کمتر باشد. این مقررات آیین‌نامه داخلی از سوی دادگاه قانون اساسی فدرال نیز تایید شده که شکایتی مبنی بر عدم رعایت شرط حضور حداقلی را رد کرده است، به این دلیل که هیچ درخواستی برای بررسی شرط حضور حداقلی قبل از انجام رای‌گیری نهایی صورت نگرفته بود.^۱

ج. نقش بوندسرات و کمیسیون حل اختلاف

متنی که به ترتیب بالا تصویب شده است، «بلافاصله» از سوی ریاست بوندستاگ به بوندسرات ارسال می‌شود (ماده ۷۷ قانون اساسی). در این زمان بر اساس صلاحیتی که بوندسرات از آن برخوردار است باید موارد زیر را تشخیص دهد: در صورتی که قانون اساسی با صراحت پیش‌بینی کرده باشد (*Zustimmungsgesetze*)، متن مصوب باید به تایید بوندسرات برسد؛ در دیگر موارد مجلس ایالات تنها دارای حق رای «تعلیق کننده» (*Einspruchsgesetze*) می‌باشد. اگر از دیدگاه حقوقی، تایید استثناء باشد و رای تعلیق کننده قانون باشد، در عمل تعداد قوانینی که نیازمند تایید بوندسرات هستند، بیشتر از سایر قوانین اند.^۲

| | | | | | | |
|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|-------|
| ۱۹۶۹- ۱۹۷۲ | ۱۹۶۵- ۱۹۶۹ | ۱۹۶۱- ۱۹۶۵ | ۱۹۵۷- ۱۹۶۱ | ۱۹۵۳- ۱۹۵۷ | ۱۹۴۹- ۱۹۵۳ | |
| ۵۱,۷ | ۴۹,۴ | ۵۳,۴ | ۵۵,۷ | ۴۹,۸ | ۴۱,۸ | تایید |
| ۴۸,۳ | ۵۰,۶ | ۴۶,۶ | ۴۴,۳ | ۵۰,۲ | ۵۸,۲ | وتو |

| | | | | | | |
|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--|-------|
| ۱۹۸۷- ۱۹۹۰ | ۱۹۸۳- ۱۹۸۷ | ۱۹۸۰- ۱۹۸۳ | ۱۹۷۶- ۱۹۸۰ | ۱۹۷۲- ۱۹۷۶ | | |
| ۵۵,۲ | ۶۰,۶ | ۵۲,۲ | ۵۳,۷ | ۵۳,۲ | | تایید |
| ۴۴,۸ | ۳۹,۴ | ۴۷,۸ | ۴۶,۳ | ۴۶,۸ | | وتو |

بدون ورود به جزئیات باید بگوییم که علاوه بر قوانین مربوط به بازنگری قانون اساسی، قوانین مربوط به ساختار اداری ایالات و روابط مالی بین دولت فدرال و مناطق از جمله قوانینی هستند که تابع تایید بوندسرات می‌باشند. جا دارد تصریح کنیم که تایید بوندسرات برای تمام یک قانون انجام می‌شود، حتی اگر تنها بخشی از مقررات آن با توجه به محتوای خود مستلزم دریافت تایید از سوی بوندسرات باشد. از دیدگاه قانونگذاری، قانون یک واحد منسجم را شکل می‌دهد.^۱ این تفسیر که به کمک آن دادگاه قانون اساسی فدرال فعالیت بوندسرات را تایید کرده است، همچنین باعث می‌شود تا یک قانون که قانون مصوب پیشین را اصلاح می‌کند، نیازمند تایید دوباره بوندسرات نباشد، مشروط بر اینکه هیچ یک از مقرراتی که از نظر مادی تایید بوندسرات را در مورد قانون قبلی ضروری می‌ساختند، بواسطه قانون جدید دستخوش تغییر نشوند.

۱. در مورد قانون تجارت اسلحه که تنها با حضور ۳۶ نماینده تصویب شده بود. حکم مورخ ۱۰ می ۱۹۷۷، (BVerfGE)، ۳۰۸، ۴۴، (۳۲۰).

۲. منبع: Ipsen, op. cit., p. 112؛ ارقام برای هر دوره مجلس به صورت درصد بیان شده‌اند.

۱. (BVerfGE)، ۸، ۲۷۴ (۲۹۴)، مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۵۸؛ ۲۴، ۱۸۴ (۱۹۵)، مورخ ۹ اکتبر ۱۹۶۸. اما می‌توان مقرراتی را که مستلزم تایید هستند، از مقررات دیگر در قالب دو متن متمایز جدا کرد.

قانون آتی نیز در فرآیند قانونگذاری یک واحد منسجم را شکل می‌دهد و الزام به تایید آن، تنها باید در محتوای خود آن جستجو شود. بنابراین دادگاه قانون اساسی استدلال توازی فرآیندها را رد کرده است که براساس آن یک مقررات قانونی تایید شده از سوی بوندسرات - محتوای آن هر چه باشد - تنها می‌تواند بعد از تایید دوباره آن از سوی بوندسرات اصلاح شود.^۲

در مورد قوانینی که مستلزم تایید بوندسرات نیستند، این مجلس از زمان دریافت متن قانون مصوب در بوندستاگ، سه هفته زمان دارد تا مداخله کمیسیون حل اختلاف را درخواست نماید (ماده ۷۷، بند ۲ قانون اساسی). اگر چنین درخواستی صورت نگیرد، فرض بر این است که بوندسرات از حق مخالفت خود استفاده نکرده و قانون مذکور به طور قطعی تصویب می‌شود. از سوی دیگر بوندسرات نمی‌تواند بلافاصله از حق وتوی خود استفاده کند و ابتدائاً ملزم به درخواست مداخله از سوی کمیسیون حل اختلاف است.

کمیسیون حل اختلاف ساختاری متساوی (با تعداد اعضای مساوی) دارد: ۱۶ عضو از بوندسرات (یک عضو از هر منطقه) و ۱۶ عضو از بوندستاگ (به نسبت گروه‌ها). هدف این کمیسیون در صورت امکان دستیابی به راه حلی مشترک و قابل پذیرش برای دو مجلس بوندستاگ و بوندسرات است و دو قانون برای حمایت از ظرفیت چانه زنی این کمیسیون در نظر گرفته شده‌اند: محرمانه بودن جلسات به شدت تضمین شده است - و دسترسی به گزارشات در طی سه دوره مجلس متوالی ممنوع است؛ اعضای بوندسرات که در این کمیسیون شرکت می‌کنند، نسبت به دستورالعمل‌های (دولت‌های ایالتی) متعهد نیستند، موضوعی که برخلاف اصول حاکم بر مشارکت آن‌ها در فعالیت‌های بوندسرات است. آیین‌نامه داخلی کمیسیون مذکور از سوی بوندستاگ تصویب شده و به تایید بوندسرات رسیده است. نتایج مثبتی که این نهاد به آن‌ها دست یافته، شاهد عملکرد مفید آن می‌باشد.

باید اضافه کرد که اصلاحات پیشنهادی از طرف کمیسیون حل اختلاف نمی‌تواند بدون ارتباط با موضوع متن باشند. این کمیسیون از حق ابتکار عمل برخوردار نیست. تاثیر مفید پیشنهادات کاملاً جدیدی که از سوی کمیسیون مذکور ارائه می‌شود، کوتاه کردن و کنار گذاشتن هر نوع بحث پارلمانی - به دلیل ماهیت ساده فرآیند تصویب متن در بوندستاگ - است که درباره این پیشنهاد تصمیم‌گیری می‌کند (بحث عمومی وجود ندارد و تنها چند مورد «توضیحات» مختصر ارائه می‌شود؛ در کمیسیون مطرح نمی‌شود و حق پیشنهاد اصلاحیه وجود ندارد). بنابراین کمیسیون قانون اساسی فدرال سعی در محدود کردن صلاحیت کمیسیون مذکور نموده است. با این حال، این دادگاه پذیرفته است که کمیسیون در پیشنهاد مشترک خود مقررات لایحه‌ای دیگر را بگنجانند که تنها در مرحله «ارائه» اول مطرح شده باشد و این کمیسیون هنوز بطور رسمی در آن درگیر نشده باشد مشروط بر این که این مقررات با توجه به محتوای خود با متنی در ارتباط باشد که کمیسیون بطور رسمی در آن درگیر شده باشد.^۳

اگر کمیسیون حل اختلاف هیچ تغییر و اصلاحی در مورد متن مصوب بوندستاگ پیشنهاد ندهد، بوندسرات دو هفته زمان دارد تا حق وتوی خود را علیه متن مورد نظر اعمال کند. اگر بوندسرات در طول این مهلت واکنشی نشان ندهد، قانون به طور قطعی تصویب می‌شود. اما اگر کمیسیون اصلاحاتی را پیشنهاد دهد، طبیعتاً ضروری است تا تصمیم جدیدی از سوی بوندستاگ اتخاذ شود. در این صورت، تنها یک مرحله «ارائه» پیش‌بینی می‌شود که در طی آن هرگونه اصلاحیه جدید غیرقابل پذیرش است. بنابراین بوندستاگ تنها می‌تواند متن ابتدایی را تایید کند یا اینکه تغییرات پیشنهادی از سوی کمیسیون را بطور کامل یا جزئی تصویب کند (ماده ۹۰ آیین‌نامه داخلی بوندستاگ و ماده ۱۰ آیین‌نامه داخلی کمیسیون حل اختلاف).

۲. حکم ۲۵ ژوئن ۱۹۷۴، (BVerfGE)، ۳۷، ۳۶۳ (۳۸۰).

۳. (BVerfGE)، ۷۲، ۱۷۵ (۱۸۹ و ادامه)، مورخ ۱۳ می ۱۹۸۶؛ ۷۸، ۲۴۹ (۲۷۱)، مورخ ۸ ژوئن ۱۹۸۸.

سپس متن مصوب بلافاصله به بوندسرات فرستاده می‌شود که دو هفته زمان دارد تا مخالفت خود را با اعمال حق وتو اعلام نماید.

رای وتوی بوندسرات تنها خاصیت تعلیق کنندگی دارد. بوندستاگ می‌تواند به شرط فراهم آوردن اکثریت دارای صلاحیت، این رای وتو را باطل کند. اکثریت مذکور در اصل از اکثریت اعضای مجلس تشکیل می‌شود، مگر اینکه وتوی مورد نظر بیش از دو سوم آراء را در بوندسرات کسب کرده باشد که در این صورت، تنها با تصمیمی از سوی بوندستاگ می‌تواند باطل شود که به تصویب دو سوم رای دهندگان برسد بطوری که این تعداد حداقل شامل اکثریت مطلق اعضای بوندستاگ باشد (ماده ۷۷ بند ۴ قانون اساسی).

در مورد قوانینی که تابع تایید بوندسرات هستند: این قوانین برای اینکه به طور قطعی تصویب شوند نیاز به نظر مثبتی از سوی مجلس ایالات دارند که با اکثریت آراء اتخاذ شده باشد. تایید ضمنی وجود ندارد و سکوت مجلس دوم مانع از اجرایی شدن متن تصویب شده از سوی بوندستاگ می‌شود. در واقع بوندسرات می‌تواند سه رویکرد را اتخاذ کند: تایید متن مصوب بوندستاگ، حفظ سکوت و یا اتخاذ تصمیمی که از طریق آن صراحتاً از تایید متن مذکور خودداری کند. در این باره هیچ مهلتی وجود ندارد جز به پایان رسیدن دوره قانونی مجلس بوندستاگ که به منحل شدن تمام فرآیندهای تکمیل نشده منجر می‌شود (اصل عدم پیوستگی^۱): بوندسرات نمی‌تواند متن تصویب شده از سوی مجلسی که دوره قانونی آن به پایان رسیده، را تایید کند.

فرآیند حل اختلاف این بار می‌تواند دوباره به ابتکار بوندسرات و همچنین بوندستاگ (تصمیم با اکثریت آراء به درخواست یک گروه پارلمانی یا ۵٪ از نمایندگان) یا دولت فدرال آغاز شود. نگارش ماده ۷۷ قانون اساسی شفاف نیست. بنابراین تفسیر غالب آن ارائه می‌شود: بوندسرات می‌تواند درخواست مداخله (بمنظور حل اختلاف) بنماید اما باز هم در طی یک مهلت سه هفته‌ای، زیرا متن این شرط را بصورت کلی و بدون ایجاد تمایز بین طبقات مختلف قوانین مطرح می‌کند. امکان درخواست مداخله کمیسیون حل اختلاف از سوی بوندستاگ و دولت فدرال تابع شرط مهلت نیست. این دو ارگان همچنین برای اعمال حق درخواست مداخله کمیسیون، ملزم به انتظار برای دریافت نظر صریح بوندسرات مبنی بر عدم تایید قانون مورد نظر نیستند. برعکس نظر منفی بوندسرات ماهیتاً نمی‌تواند آن‌ها را از امکان درخواست حل اختلاف محروم کند. پاسخ به این سؤال مبهم‌تر است که آیا در صورت ناموفق بودن اولین اقدام به حل اختلاف، امکان تکرار این درخواست وجود دارد یا خیر - موضوعی که در هر صورت در مورد قوانینی که مستلزم تایید بوندسرات هستند، صدق نمی‌کند. برخی صاحب‌نظران معتقدند که هر ارگان می‌تواند بطور متوالی از حق خود برای درخواست حل اختلاف بمنظور بدست آوردن تایید مورد نظر استفاده کند.

واضح است که این بار تساوی قدرت در بین احزاب، فاکتورهای سیاسی چانه زنی را در بطن کمیسیون تغییر می‌دهد: ضرورتاً مطالبات بوندسرات در کفه ترازوی مذاکرات دارای وزن سنگین‌تری هستند. اگر پیشنهاد مشترک کمیسیون حل اختلاف متن مصوب از سوی بوندستاگ را تغییر دهد، ضروری است که مجلس مذکور دوباره نظر خود را اظهار نماید اما واکنش بوندسرات هیچ‌گاه با هیچ مهلتی محدود نمی‌شود و می‌تواند سکوت خود را حفظ کند، تایید کند و یا اینکه از تایید متن مورد نظر صراحتاً خودداری کند. در صورت عدم تایید یک متن از سوی بوندسرات، مشروط بر این که اقدام مجدد به درخواست حل اختلاف امکانپذیر باشد، متن مورد نظر تا پایان دوره قانونی بوندستاگ منسوخ نمی‌شود.

د. ابلاغ رسمی و انتشار قانون

1. Jekewitz, Der Grundsatz Diskontinuitat des Parlamentsarbeit, 1977.

ماده ۸۲ قانون اساسی اظهار می‌دارد که: «قوانینی که بطور قطعی مطابق با مقررات این قانون اساسی تصویب شده‌اند، پس از امضای دوم (تایید امضای اصلی اول) در روزنامه رسمی فدرال از سوی ریاست فدراسیون ابلاغ و منتشر می‌شوند». ابلاغ قانون در ابتدا شامل تنظیم متن اصلی قانون می‌شود که باید پس از امضای دوم از سوی وزیر دارای صلاحیت، به امضای رییس فدراسیون برسد. اما ریاست فدراسیون قانونی را ابلاغ می‌کند که «مطابق با مقررات قانون اساسی موجود به تصویب رسیده باشد». این جمله به او اجازه می‌دهد تا مشروعیت قانونی متنی را که باید ابلاغ کند، بررسی نماید،^۱ این نوع بررسی و نظارت از سوی ریاست فدراسیون در جمهوری وایمار نیز وجود داشته است (قانون اساسی ۱۱ اوت ۱۹۱۹، ماده ۷۰). این امر که نظارت مذکور بر مشروعیت فرآیند (صلاحیت فدرال، روش مشارکت بوندسرات و فرآیند) اعمال شود، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. متن ماده ۸۲ قانون اساسی بطور لفظ به لفظ دارای وضوح و قطعیت نیست: ریاست فدراسیون قانونی را ابلاغ می‌کند که مطابق با مقررات قانون اساسی «به طور قطعی به تصویب رسیده باشد» اما در متن آلمانی اصطلاح (*zustande gekommenes Gesetz*) به کار می‌رود که بطور مشخص تر روند تهیه متن، یعنی فرآیند را تداعی می‌کند. با این حال به نظر می‌رسد که امروزه عقیده غالب بر این است که رییس فدراسیون همچنین باید نظارتی «درونی» را بر مشروعیت محتوای قانون اعمال نماید.^۲

با نشان دادن ویژگی‌های فرآیند بازنگری و فرآیند تصویب بودجه این بحث را به پایان می‌بریم. قوانین مربوط به بازنگری قانون اساسی براساس فرآیندی تصویب می‌شوند که در مورد قوانین مستلزم تایید بوندسرات قابل اعمال است، تنها با این تفاوت که قوانین مذکور باید با رای مثبت دو سوم اعضای بوندستاگ تصویب و با دو سوم آراء بوندسرات تایید شوند. روند قوانین مربوط به مسائل مالی بسیار متفاوت از روند قوانین «عادی» است (مواد ۱۱۰ و ۱۱۳ قانون اساسی). لایحه این قوانین بطور همزمان به بوندستاگ و بوندسرات ارائه می‌شوند؛ بوندسرات شش هفته فرصت دارد تا در این مورد تصمیمی اتخاذ کند. علاوه بر این حق ارائه اصلاحیه از سوی اعضای پارلمان به ترتیب زیر محدود شده است: کاهش درآمدها یا افزایش هزینه‌ها نیازمند تایید از سوی دولت فدرال است. در این فرض ملاحظه می‌شود که قوه مجریه، قدرتی حقیقی برای مشارکت در تصمیم‌گیری درباره متنی با ماهیت قانونگذاری در اختیار دارد. اما تا جایی که می‌دانیم، این اختیار تا کنون اعمال نشده است. سرانجام بوندسرات در مورد قوانین مالی تنها دارای حق وتو می‌باشد.

خلاصه: این مقاله پس از یادآوری خطوط کلی ساختار دو مجلس قانونگذاری آلمان، در پی توصیف فرآیند پیچیده قانونگذاری همراه با جزییات است. این فرآیند در نهادهای فدرالی آلمان از یکسو تحت تاثیر سنت (نظام ارائه سه گانه)، قدرت و اهمیت گروه‌های پارلمانی (حق ابتکار عمل) و از سوی دیگر جایگاه ویژه «مجلس دوم» - بوندسرات - است.

۱. حکم مورخ ۳۰ ژوئیه ۱۹۵۲، (BVerfGE)، ۱، ۳۹۶ (۴۱۳).

۲. برای ملاحظه چندین مورد که ریاست فدراسیون از ابلاغ قانون سر باز زده است، رجوع کنید به:

Beguín, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA
آلمان. 1982, p. 82 et s.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۰

صص ۷۴۷ - ۷۷۱

مطالعه تطبیقی حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی و مقررات هامبورگ

مهديه پازوکی^۱، علی زارع^۲

۱- دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی
۲- استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران
Dr. alizare@gmail.com

چکیده

برای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی کنوانسیون‌های بین‌المللی بسیاری وضع شده است، کنوانسیون‌های مهمی نظیر قانون هارتر، قواعد بروکسل ۱۹۲۴، قواعد لاهه - ویزی، قواعد هامبورگ ۱۹۷۸ و روتردام ۲۰۰۹ که میزان مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی را ذکر کرده‌اند. با توجه به تحولاتی که در زمینه حمل و نقل دریایی طی چند دهه اخیر صورت گرفت، دیگر قواعد بروکسل، قواعد مناسبی در پاسخگویی به مسائل و مشکلات ناشی از حمل و نقل دریایی کالا نبود و تصمیم بر اصلاح این قواعد گرفته شد که نتیجه آن تحت عنوان پروتکل لاهه - ویزی در فوریه ۱۹۶۸ به تصویب رسید و در قواعد لاهه - ویزی در زمینه مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی تغییری داده نشد و قواعد بروکسل که در زمینه مسئولیت دارای استثنائات متعددی بود و با توجه به داده‌های فنی، حفظ آنها قابل توجیه نبود پروتکل اصلاحی آن را حفظ کرد و به دلیل برطرف نکردن انتظارات عمومی مورد استقبال کشورها قرار نگرفت. بسیاری از کشورها قواعد لاهه و لاهه - ویزی را مانع تحقق خواسته خود دانسته و تجدید نظر در آن را یک ضرورت تلقی کردند و با سعی و تلاش تعدادی از کشورها از طریق کنوانسیون تجارت و توسعه سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۸، قواعد هامبورگ را به منظور جایگزین کردن قواعد لاهه - ویزی تهیه و تصویب گردید و این کنوانسیون از اول نوامبر ۱۹۹۲، یکسال پس از تصویب بیستمین کشور امضاکننده لازم‌الاجرا شد و قابل ذکر است که مقررات هامبورگ هم به این علت که چیزی بیش از روزآمد کردن قواعد لاهه نبود، توفیقی پیدا نکرد و مقررات روتردام به عنوان کنوانسیون جدید ضمن اجتناب از افراط‌های مقررات هامبورگ، نقاط قوت آن را حفظ نموده و سعی کرده است که نقایص مقررات لاهه و لاهه - ویزی را برطرف نماید.

واژگان کلیدی: حمل و نقل دریایی کالا، متصدی حمل و نقل دریایی، قواعد لاهه - ویزی، مقررات هامبورگ

مقدمه

حمل و نقل دریایی کالا، پیشینه باستانی دارد و بالطبع مسائل ناشی از آن نیز از عمری به همان قدمت برخوردار است.

با توجه به اهمیت حمل و نقل دریایی و توسعه روزافزون آن در جهان، وجود قواعد حقوقی جهت ایجاد روابطی منظم در حمل و نقل دریایی ضروری بود. تدوین چنین مقرراتی از اواخر قرن نوزدهم شروع و کم‌کم تدوین گردید. تاکنون چندین کنوانسیون بین‌المللی در خصوص حمل و نقل دریایی کالا تصویب و اجرا شده است که یکی از اینها قواعد لاهه - ویزی می‌باشد که از طریق این اصلاحیه، تغییرات محدودی در معاهده بروکسل صورت گرفت از جمله اینکه واحد حمل، براساس بسته و وزن تصحیح گردید. کانتینر و پالت و وسایل مشابه آن به عنوان واحد حمل تلقی شدند اما در اصل مطلب یعنی در زمینه مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی تغییری داده نشد و به مرور زمان بسیاری از کشورها تجدید نظر در آن را یک ضرورت تلقی کردند که قواعد هامبورگ جایگزین آن گردید و قواعد هامبورگ با حفظ آورده‌های قواعد لاهه و پروتکل اصلاحی نظیر تأیید سیستم واحد - وزنی (بسته و وزن) علاوه بر اینکه قاعده مسئولیت با حذف استثنائات دستخوش تغییر شد، مدت و سقف آن تغییراتی پیدا کرد و بدین ترتیب بسیاری از خلأها و نارسایی‌های قواعد لاهه و لاهه - ویزی از جمله فقدان مسئولیت متصدی حمل و نقل در صورت تأخیر در تحویل برطرف گردید. اما با توجه به اینکه بیش از دو دهه از زمان لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون هامبورگ می‌گذرد، با وجود حمایت قاطع کشورهای جهان سوم از قواعد مزبور، این مقررات موفق به جایگزین شدن قواعد لاهه و لاهه - ویزی در جرگه بین‌المللی نشده است و شاید بی‌مهری کشورهای اروپایی صاحب دریا، نسبت به این معاهده از عمده دلایل آن باشد.

به موجب قواعد لاهه - ویزی، مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی ناشی از عدم احتیاط و بی‌مبالاتی وی در انجام وظایف می‌باشد و متصدی باربری برای خطراتی که ناشی از قصور او نیستند مسئولیتی ندارد. که این موارد در ماده ۴ قواعد لاهه و لاهه - ویزی پیش‌بینی شده است که مسئولیت متصدی باربری در قواعد لاهه - ویزی محدود به عدم رعایت احتیاط و قصور و اهمال در انجام وظایف است و بر اساس بند ۸ ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی متصدی باربری مجاز به کاهش میزان مسئولیت خود نیست اگرچه می‌تواند آن را افزایش دهد، و اثر کلی هر دوی قواعد لاهه و لاهه - ویزی تخفیف مسئولیت متصدی باربری در حد ماده ۳ است و این ماده وظیفه رعایت مراقبت‌های لازم (در واقع غفلت و تقصیر) را جایگزین مسئولیت مطلق کرده است.

در خصوص مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در بند یک ماده ۵ کنوانسیون هامبورگ، «متصدی حمل و نقل مسئول زیان ناشی از تلف، خسارت وارده به کالا و همچنین تأخیر در تحویل کالا است و چنانچه واقعه‌ای موجب تلف، خسارت یا تأخیر، طی مدتی که حسب ماده ۴ کالا تحت حفاظت متصدی حمل و نقل بوده، رخ داده باشد، متصدی حمل و نقل مسئول است مگر اینکه متصدی حمل و نقل ثابت کند که خود او یا مأموران یا نمایندگان کلیه اقداماتی را که به طور معقول جهت احتراز از واقعه و عواقب آن لازم بوده به عمل آورده‌اند.

موارد عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی مطابق قواعد هامبورگ در موارد خاص عبارت است از: آتش‌سوزی، حمل حیوانات زنده، مساعدت دریایی و حمل بر روی عرشه کشتی. هدف از نگارش این مقاله شناخت دقیق نسبت به حدود مسئولیت متصدیان حمل و نقل براساس قواعد لاهه - ویزی و مقررات هامبورگ در صنعت حمل و نقل دریایی در رابطه با مسئولیت حمل‌کنندگان کالا می‌باشد.

تمایل به جدید بودن موضوع مقاله از عمده دلایل پرداختن به این جنبه از قوانین و تلاش به بررسی قواعد لاهه - ویزی و مقایسه‌ی آن با مقررات هامبورگ می‌باشد. در این راستا عدم وجود منبع داخلی به خصوص درباره قواعد لاهه - ویزی برای درک درست مطلب را می‌توان از خلأهای تحقیقاتی برشمرد. البته با این وجود انتظار می‌رود با اتمام مقاله مورد نظر بتوان در توصیف و وضع قوانین کارآمدتر داخلی اقدام نمود.

روش تحقیق در مقاله پیش رو به صورت تحلیلی و توصیفی خواهد بود بدین صورت که با بررسی منابع موجود در خصوص عنوان مقاله ابتدا تلاش در شناسایی و شرح حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل دریایی به صورت تطبیقی می‌باشد و براساس قواعد منطقی حقوقی به تحلیل موضوع خواهیم پرداخت تا ابهامات موجود و جایگاه واقعی موضوع را ارائه نماییم.

بخش اول - موارد مسئولیت و معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی

هر یک از موارد مسئولیت و معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی به شرح ذیل می‌باشد:

گفتار اول - مبناى مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی

در سال ۱۹۶۸ نام جدیدی برای قوانین لاهه در نظر گرفته شد که به ویزی تغییر یافت همچنین پروتکل اصلاحات بروکسل، «قوانین لاهه» نامیده شد. این قوانین که توسط اکثر کشورها به جز آمریکا پذیرفته شده است سطح حدود مسئولیت‌های حمل و نقل‌کنندگان را افزایش می‌دهد و شامل محموله‌های کانتینری مقررات آن‌ها می‌شود. (Hewage, 2013, p. 9)

اصلاحیه‌های ویزی^۱، اصلاحیه‌هایی هستند که برای تکمیل مقررات لاهه‌ی ۱۹۲۴ به تصویب رسیده‌اند. این اصلاحیه‌ها در بعضی از کشورها همچون بریتانیا، کانادا، اغلب کشورهای اروپای غربی، ژاپن، هنگ‌کنگ و سنگاپور از قبل به تصویب رسیده و لازم‌الاجرا شده‌اند.

اصلاحیه‌های ویزی میزان محدودیت مسئولیت متصدیان حمل و نقل را تا حدود یک‌هزار دلار بالا برده است و آن‌ها را در قبال کلیه خسارات ناشی از «سهل‌انگاری» در حمل بار یا ناوبری کشتی مسئول شناخته است. متصدی حمل و نقل در صورتی مرتکب سهل‌انگاری در نظر گرفته می‌شود که می‌دانسته یا می‌بایست می‌دانسته که عملش می‌تواند باعث خسارت به محموله شود. (مختاری، ۱۳۸۱، ص ۲۵)

گفتار دوم - دوره زمانی مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی

دوره زمانی مسئولیت براساس قواعد لاهه - ویزی چنگک تا چنگک می‌باشد. علاوه بر این، تعهد به مراقبت دقیق و مناسب پس از آغاز حمل و نقل تنها در این دوره زمانی انتظار می‌رود. دوره زمانی‌ای که کالاها در تصرف متصدی هستند و بر اساس بند ۱ ماده ۱ قواعد لاهه - ویزی قانونمند شده است. تعهد متصدی از زمان دریافت محموله تا زمان تخلیه ادامه دارد و با تخلیه مناسب محموله تعهد پایان می‌یابد.

(Sefara, 2014, p. 16)

گفتار سوم - وظایف متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی

براساس ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی؛ ۱- حمل‌کننده بایستی ملزم گردد که قبل و در شروع سفر دریایی تلاش کافی به منظور آماده‌سازی مقدمات لازم را به عمل آورد:

الف - کشتی را معد و آماده جهت مسافرت دریایی نماید.

ب - خدمه، تجهیزات و تدارکات مناسب را فراهم کند.

ج - انبارها، سردخانه‌ها و یخچال‌هایی که کالا در آن‌ها حمل می‌شود، برای دریافت، حمل و نگهداری کالاها آماده کند.

۲- با لحاظ مقررات ماده ۴، حمل‌کننده بایستی بادقت و به نحو مناسبی کالاها را بارگیری، جابه‌جا، انبار، حمل، نگهداری، مراقبت و تخلیه نماید.

۳- بعد از تحویل کالاها به حمل‌کننده، خودش یا کارفرما یا نماینده حمل‌کننده به درخواست ارسال‌کننده، بارنامه دریایی تنظیم و موارد ذیل را در آن لحاظ نماید:

الف - علائم مشخصه به منظور شناسایی کالاها را همان‌گونه که ارسال‌کننده قبلاً به صورت نوشته فراهم نموده قبل از شروع بارگیری کالاها، به نحوی که این‌گونه علائم به صورت مهر روی کالاها الصاق یا در صورتی که بسته‌بندی باز شده باشد بر روی کالاها به وضوح نشان داده شود، یا روی جعبه‌ها یا پوشش‌هایی که کالاها در آن قرار دارد، به طوری که معمولاً تا آخر سفر دریایی به صورت خوانا باقی بماند.

ب - تعداد بسته‌ها یا قطعات، یا کمیت یا وزن بسته به مورد، مطابق با آنچه که ارسال‌کننده کتباً اعلام نموده است.

ج - وضعیت ظاهری و شرایط کالاها:

مشروط بر اینکه هیچ حمل‌کننده، کارفرما یا نماینده حمل‌کننده ملزم نباشد نسبت به اظهار یا ثبت علائم، تعداد، کمیت یا وزن کالاهایی که به دلایل قابل قبولی به صحت اطلاعات ارائه شده مشکوک بوده یا

وسيله مناسبی برای اندازه‌گیری آن نداشته باشد، اقدام نماید. (Ibid, p. 17)

۴- چنین بارنامه‌ای مدرک قابل قبولی برای تأیید دریافت کالا از سوی حمل‌کننده می‌باشد همان‌طور که در بخش ۳ بندهای الف، ب و پ تشریح گردیده است.

با این وجود در صورت انتقال بارنامه به شخص ثالث دارای حسن نیت، ارائه دلایل خلاف مندرجات بارنامه قابل قبول نمی‌باشد.

۵- فرض بر این است که ارسال‌کننده در هنگام ارسال کالاها، صحت علائم، تعداد، کمیت و وزن کالاها را به همان صورت که ارائه نموده، در مقابل حمل‌کننده تضمین کرده است و ارسال‌کننده بایستی کلیه

خسارات، صدمات و هزینه‌هایی را که به دلیل عدم صحت مشخصات اعلامی، به حمل‌کننده وارد شده را جبران نماید. حق حمل‌کننده در خصوص چنین جبرانی به هیچ وجه مسئولیت و تعهد او را تحت قرارداد حمل در قبال هر شخص دیگری غیر از ارسال‌کننده محدود نخواهد ساخت.

۶- در صورتی که هنگام انتقال کالاها به شخصی که برابر قرارداد حمل حق دریافت کالاها را دارد و یا قبل از آن، اعلامیه‌ای دال بر خسارت یا آسیب به کالاها و ماهیت عمومی چنین خسارت و آسیبی به صورت کتبی به حمل‌کننده ارائه نگردد و یا در صورتی که صدمات کالا در ظاهر مشخص نباشد، در خلال سه روز چنین اعلامیه‌ای به حمل‌کننده ابلاغ نشود، فرض بر این است که کالاها با اوصافی که در بارنامه قید گردیده از سوی حمل‌کننده تحویل گردیده است. اگر عیب کالاها ظاهر نباشد، این اعلامیه بایستی ظرف سه روز از تاریخ تحویل به حمل‌کننده ارائه گردد. (سیمایی صراف و یاری، ۱۳۹۳، صص. ۱۱۹ و ۱۲۰)

در صورتی که کالاها در زمان تحویل مورد بازرسی قرار گرفته باشد چنین اعلامیه کتبی نیاز نخواهد بود به استثنای مورد مندرج در پاراگراف ۶ مکرر^۱، حمل‌کننده و کشتی در هر صورت از تمامی مسئولیت‌های ممکن در قبال کالاها مبرا خواهند بود، مگر اینکه دعوا در خلال یکسال از تحویل کالاها یا یکسال از زمانی که بایستی تحویل داده می‌شدند اقامه شود. با این وجود این زمان ممکن است بر حسب توافق طرفین بعد از پیدایش علت دعوا افزوده شود.

در صورت وقوع هرگونه خسارت یا آسیب واقعی یا محتمل، حمل‌کننده و دریافت‌کننده کالا بایستی حداکثر تسهیلات لازم و معقول را برای بازرسی و کنترل کالاها به همدیگر ارائه نمایند.

۷- بعد از اینکه کالاها روی کشتی بارگیری شدند در صورت درخواست ارسال‌کننده، بارنامه صادره از سوی حمل‌کننده، کارفرما یا نماینده حمل‌کننده، باید به صورت بارنامه «کالای بارگیری شده» باشد، مشروط بر اینکه ارسال‌کننده قبلاً اسناد دال بر مالکیت کالاها را دریافت نموده باشد، بایستی آنرا در قبال دریافت بارنامه کالای بارگیری شده تسلیم حمل‌کننده نماید، اما بنا به انتخاب حمل‌کننده، چنین سندی می‌تواند در بندر محل بارگیری کالا از سوی حمل‌کننده، کارفرما یا نماینده حمل‌کننده با ذکر نام کشتی یا کشتی‌های حمل‌کننده و تاریخ یا تاریخ‌های بارگیری، صادر شود، در صورت صدور چنین سندی اگر جزئیات مندرج در بخش ۳ ماده ۳ را شامل شود، طبق مفاد ماده‌ی فوق می‌تواند به عنوان بارنامه کالای بارگیری شده تلقی گردد.

۸- هرگونه شرط، پیمان یا توافقی در قرارداد حمل درج شود که حمل‌کننده یا کشتی را در خصوص از بین رفتن یا ورود خسارت به کالاها از مسئولیت معاف نمایند یا در ارتباط این کالاها، مسئولیت ناشی از غفلت، تقصیر یا کوتاهی از وظایف و تعهدات مندرج در این ماده را در غیر از موارد مندرج در این کنوانسیون تقلیل دهد، باطل و بلاثر خواهد بود. اقدام به بیمه کردن کالاها به نفع حمل‌کننده یا شروط مشابه، به عنوان شرط کاهش دهنده مسئولیت حمل‌کننده تلقی خواهد گردید.

(www.klgeurope.com/files/1968.hague-visby)

اینک به برخی موارد به کار رفته در ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی اشاره خواهیم کرد:

۱. پاراگراف ۶ مکرر: دعوایی که برای جبران خسارت علیه اشخاص ثالث اقامه می‌شود، در صورتی که در خلال مدت مقرر از سوی دادگاه رسیدگی کننده طرح گردد، حتی بعد از انقضاء مهلت مقرر در پاراگراف قبلی نیز قابل رسیدگی خواهد بود. با این وجود زمان مقرر نباید کمتر از سه ماه باشد، شروع این مدت از روزی است که شخص مدعی خسارت، ادعایش را طرح یا در مقابل دعوای مطروحه علیه خود اقدام به دفاع نموده است.

بند اول - تعهد به اجرای راستی‌آزمایی برای حفظ آمادگی کشتی

در حقوق عرفی، تعهد تهیه کشتی با قابلیت دریانوردی^۱ توسط متصدی حمل و نقل در ابتدای سفر به صورت ضمنی در تمام قراردادهای حمل کالا در دریا وجود دارد. در گذشته، ضمانت اجرای این امر، مسئولیت مطلق متصدی حمل و نقل بوده است و شمول مسئولیت بر وی، ارتباطی به احراز علم یا قصور متعهد نداشته است. مقررات لاهه و لاهه - ویزی، این عقیده را به وسیله‌ی تعدیل وظیفه‌ی متصدی حمل و نقل، به «تلاش لازم»^۲ اصلاح نموده است. (شید، ۱۳۹۱، ص ۸۶)

قواعد لاهه و لاهه - ویزی با ذکر عبارت «تلاش لازم» به گونه‌ای مسئولیت مطلق متصدی حمل و نقل را تقلیل داده است، چنان که در جای دیگر در تکمیل ماده‌ی فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «نه متصدی حمل و نقل (حمل‌کننده) و نه کشتی (مالک کشتی) مسئول خسارات یا آسیب‌های ناشی از عدم قابلیت دریانوردی نیستند مگر آن که خسارات بر اثر فقدان تلاش لازم برای تهیه کشتی با قابلیت دریانوردی به وسیله متصدی حمل و نقل باشد». بنابراین قواعد مزبور تعهد متصدی حمل و نقل در این خصوص را تعهد به وسیله، قلمداد نموده است ولی وضع حکم به این نحو کلی و موسع و عدم تبیین مفهوم تلاش لازم، می‌تواند منجر به تفاسیر گوناگون و نهایتاً فرار متصدی حمل و نقل از مسئولیت شود. (همان منبع، ص ۸۶)

براساس این بند، تناسب کشتی در تمام ابعاد برای مواجهه با خطرات معمول دریایی که وقوع آن‌ها در طول سفر دریایی پیش‌بینی می‌شود و تحویل ایمن محموله در مقصد، این شامل بدنه کشتی و تجهیزات عاری از هرگونه خسارتش، عملکرد مناسب موتور کشتی، صلاحیت کارکنان کشتی و اسناد و دیگر مستندات می‌باشد که ممکن است برای مواجهه با خطرات معمول دریایی، تحت تأثیر تناسب کشتی و کارایی‌اش قرار گیرند. این بخش از تعهد صریحاً تحت شمول بند ۱ ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی قرار می‌گیرد.

یک کشتی باید به طور مناسب سازماندهی و تجهیز شود جز اینکه ممکن است برای حمل انواع خاصی از محموله نامتناسب باشد. از اینرو، آمادگی کشتی، تناسب کشتی برای حمل محموله مورد توافق (محموله قابل کشتیرانی) را تشکیل می‌دهد. یک کشتی ممکن است به طور کلی بتواند محموله را حمل کند اما برخی از محموله‌ها نیاز به ضوابط ویژه‌ای دارند همچون سردخانه، انبارهای تمیز و ... متصدی حمل و نقل که برای حمل انواع خاصی از کالاها با مالک محموله توافق کرده است باید تضمین کند کشتی‌اش آمادگی حمل آن محموله را دارد. (Sefara, 2014, pp. 11, 12)

قاعده کلی این است که یک کشتی نباید محموله قابل مخاطره را بپذیرد مگر اینکه برای حمل چنین محموله‌ای به طور مؤثر تجهیز شده باشد. تعهد متصدی حمل و نقل به اجرای راستی‌آزمایی برای ایجاد انبارها، سردخانه و بخش‌های خنک‌کننده و دیگر بخش‌های کشتی که کالاها در آن قرار می‌گیرد، تناسب و ایمنی برای پذیرش این کالاها، حمل و نقل و حفاظت، ارکانی هستند که کشتی را برای حمل محموله، واجد آمادگی می‌سازند. در اصل، بند ج ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی قابل حمل بودن محموله‌ی کشتی را ضروری می‌داند اگرچه باید تأکید شود که چنین عبارتی در قواعد یافت نشده است. (Ibid, p. 12)

کشتی حامل محموله ممکن است آمادگی نداشته باشد که در این صورت محموله می‌تواند به طور ایمن در انبار ذخیره شود هر چند به دلیل عیب موجود در موتور کشتی، خدمه، نقشه‌های جغرافیایی و ... نتواند به سمت مقصد حرکت کند، اما کشتی‌ای که توانایی حمل محموله را نداشته باشد همیشه فاقد آمادگی خواهد

1. Sea worthiness of the ship
2. Due diligence

بود. در ارزیابی وضعیت آمادگی کشتی باید ماهیت محموله‌ای که قرار است حمل شود، وضعیت آب و هوا، وضعیت سفر دریایی و ... را مورد توجه قرار داد.

قواعد لاهه - ویزی سه تغییر مهم نسبت به تعهد متصدیان حمل و نقل در رابطه با عدم آمادگی کشتی ایجاد نموده است: اول، یک شرط مطلق و ضمنی مبنی بر آمادگی کشتی بر اساس کامن لا را به تعهد به اجرای راستی آزمایی برای ارائه یک کشتی واجد آمادگی محدود کرده است. ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی قاعده سنتی انگلیسی - آمریکایی راجع به مسئولیت مطلق خسارت ناشی از عدم آمادگی کشتی را تا مسئولیت مبتنی بر بی‌مبالاتی تعدیل نموده است. براساس این قواعد حقوقی، عدم آمادگی کشتی که متعاقباً رخ می‌دهد و بوسیله راستی آزمایی پیش از آغاز سفر دریایی قابل کشف نیست یا عدم آمادگی که پس از آغاز سفر دریایی ایجاد می‌شود، سبب مسئولیت متصدی حمل و نقل نمی‌شود.

البته متصدیان حمل و نقل هنوز آزادند که با تضمین شرط صریح، آمادگی کشتی در قرارداد حمل و نقل کالاها، یک تعهد سنگینی بر عهده بگیرند. دوم، آزادی قراردادی برای فرار از مسئولیت راجع به آمادگی کشتی لغو شده است. نهایتاً، بار اثبات عدم آمادگی کشتی که قبلاً بر مدعی عدم آمادگی بود تغییر نموده است. براساس قواعد لاهه - ویزی، بار اثبات اینکه متصدی حمل و نقل یا کارکنان و نمایندگان به منظور حفظ آمادگی کشتی راستی آزمایی را اجرا نموده‌اند بر عهده متصدی حمل و نقل است. متصدی حمل و نقل تنها زمانی مسئول خسارت ناشی از عدم آمادگی کشتی است که نتواند اثبات کند قبل از آغاز و در آغاز سفر دریایی، به منظور شناسایی و اصلاح تمام شرایط عدم آمادگی کشتی، راستی آزمایی را اجرا نموده است.

(Ibid, pp. 12,13)

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا تعهد یک متصدی حمل و نقل به ارائه یک کشتی واجد آمادگی بر اساس قواعد لاهه - ویزی یک تعهد مستمر را تشکیل می‌دهد؟

مطالعه تحت اللفظی قواعد لاهه - ویزی نشان می‌دهد که تعهد آمادگی کشتی محدود می‌شود به انجام راستی آزمایی پیش از سفر دریایی و در آغاز آن. این مطالعه تحت اللفظی بدین معناست که راستی آزمایی پیش از بارگیری محموله آغاز شده و تا زمان بررسی ادامه دارد. به نظر نمی‌رسد تعهد مستمر باشد و پس از آغاز سفر دریایی خاتمه می‌یابد. متصدی حمل و نقل پیش از بارگیری و در طول بارگیری متعهد به ارائه یک کشتی واجد آمادگی است. اگر در حین انجام فرآیند بارگیری متصدی حمل و نقل ملزم به ارائه یک کشتی مجهز با ساختار بندی کامل و کارکنان ذیصلاح باشد، مقرر قواعد لاهه - ویزی مبهم است. در زمانی که کشتی آماده دریافت محموله مورد توافق است، غیرمنطقی است که از متصدی حمل و نقل بخواهیم در مرحله بارگیری یک کشتی مجهز با ساختار بندی کامل و کارکنان ذیصلاح ارائه کند. از اینرو، برای اجرای تعهد براساس این مقرر، ارائه یک کشتی مجهز، با ساختار بندی کامل و آماده بلافاصله پیش از آغاز سفر دریایی کافی است. عموماً، تعهد مندرج در قواعد لاهه - ویزی راجع به آمادگی کشتی در آغاز سفر دریایی خاتمه می‌یابد. **(Ibid, pp. 13, 14)**

مطالعه تحت اللفظی قواعد لاهه - ویزی نشان می‌دهد که دوره زمانی تعهد، قبل و در آغاز سفر دریایی است. یک کشتی که برای دریافت محموله مناسب نیست از همان آغاز فاقد آمادگی تلقی می‌شود. البته با فرض اینکه مفهوم آمادگی کشتی به قابلیت حمل محموله تسری می‌یابد و شامل تعهدات فهرست شده در تبصره های ب و ج بند الف ماده ۳ می‌باشد، تعهد عملاً در تمام سفر دریایی اعمال می‌شود. متصدی حمل و نقل پس از آغاز سفر دریایی می‌تواند با استناد به بند الف یا ب ماده ۶، خود را از مسئولیت خسارت ناشی از عدم آمادگی کشتی که پس از آغاز سفر دریایی رخ داده است برهاند، مگر اینکه عدم آمادگی کشتی با انجام راستی آزمایی قبل و در آغاز سفر دریایی قابل شناسایی نبوده باشد.

(Ibid, pp.14, 15)

در نتیجه تعهد به اجرای راستی آزمایی برای ارائه کشتی واجد آمادگی یک تعهد شخصی است و از این رو قابل واگذاری نیست. در رویه‌های قضایی مربوط به تعهد به حمل و نقل مناسب و دقیق محموله موضع مشابهی اتخاذ شده است. در نتیجه، متصدیان حمل و نقل با این استدلال که خسارت یا ضرر قابل انتساب به عملکرد پیمانکاران مستقلی است که آنها از خدمات‌شان استفاده می‌کردند نمی‌توانند از مسئولیت ناشی از مراقبت نامناسب فرار کنند.

در یک پرونده انگلیسی، پرونده "شرکت لش ریور تی علیه شرکت کشتی بخار هندی بریتانیایی"^۱، حکم داده شد که تعهد به نگهداری، مراقبت و حمل و نقل محموله یک تعهد غیرقابل واگذاری است. در قوانین لاهه - ویزی وظایف شرکت حمل، پیچیده و مجهول مشخص شده است هر چند براساس سیستم یکدست و یکپارچه مسئولیت مبتنی بر خطا، وظایف شرکت حمل بسیار مشخص‌تر می‌باشد. (Ibid, p.17)

بند دوم - جابه‌جایی مناسب و دقیق محموله

براساس قوانین لاهه - ویزی، شرکت حمل و نقل وظیفه دارد تا از کالا به هنگام بارگیری، چیدن و حمل بار و در آخر تخلیه و تحویل به طور صحیح و با دقت نگهداری کند. این قوانین بر شرکت‌های حمل اعمال می‌شود تا آن‌ها اقدامات لازم را برای جلوگیری از هرگونه آسیب و یا ضرر به کالا را به کار گیرند. همچنین با توجه به لیستی که از موارد استثنا ذکر شده است که براساس آن‌ها شرکت حمل و نقل مسئولیت هرگونه خسارت و یا زیان را بر عهده نخواهد داشت. (سیمایی صراف و یاری، ۱۳۹۳، ص ۱۲۲)

تعهد متصدی حمل و نقل به نظارت پس از حمل و نقل در بند ۲ ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی مندرج شده است. عبارت "متصدی به طور مناسب و دقیق" در مقرر نشان می‌دهد که تعهد به مراقبت از محموله قاطع است. علاوه بر این مقرر عبارت "راستی آزمایی" به کار رفته در ارتباط با تعهد آمادگی کشتی را تکرار نمی‌کند در عوض از عبارت به طور مناسب و دقیق استفاده می‌کند. دادگاه‌ها عبارت اخیر را در معانی متمایز تفسیر کرده‌اند و بنابراین تعهدات متمایزی ایجاد نموده‌اند. عبارت "دقیق" دارای معنای مضیقی است در حالی که عبارت به طور مناسب صرفاً از نقطه نظر اتخاذ مراقبت به طور دقیق یک رکن مهارت یا استفاده از سیستم مراقبتی را تشکیل می‌دهد. (Sefara, 2014, p.15)

البته، "زان ریچاردسون"^۲ استدلال می‌کند که دو عبارت، تفاوت عملی نسبتاً اندکی دارند. این تعهدات، مسئولیت بررسی محموله به محض دریافت را شامل می‌شود و بررسی می‌کند که آیا متصدی حمل و نقل حسب‌الواقع محموله را بارگیری، حمل و نقل و تخلیه نموده یا نه. در نتیجه، متصدی حمل و نقلی که تشخیص می‌دهد نمی‌تواند به طور مناسب و دقیق عملیات حمل و نقل را انجام دهد باید از دریافت کالاها امتناع کند.

قواعد لاهه - ویزی به صراحت بیان می‌کند که تعهد به اجرای راستی آزمایی برای حفظ آمادگی به دوره زمانی قبل یا آغاز سفر دریایی اعمال می‌شود. البته در خصوص تعهد حمل و نقل مناسب و دقیق، هیچ اشاره‌ای به وصف "قبل یا در آغاز سفر دریایی" نشده است. (Ibid, pp. 15,16)

بند سوم - تعهد به صدور بارنامه

یکی از وظایف شرکت حمل و نقل صدور مدارک و اسناد باربری است. این جزء تعهدات شرکت حمل و نقل است و قابل ذکر است که بر اساس قوانین هامبورگ، مدارک با جزئیات بیشتری نسبت به مدارک بر اساس قوانین لاهه - ویزی می‌باشد.

1. Leesh River Tea Co. v. British Indian Steam Navigation Co.
2. John Richardson

سومین مسئولیت متصدی حمل و نقل براساس قواعد لاهه - ویزی صدور بارنامه است. بند ۳ ماده ۳ بیان می‌دارد فرستنده می‌تواند از متصدی حمل و نقل تقاضا کند بارنامه‌ای صادر کند که حاکی از علائم راهنما، کمیت کالاها و وضعیت و شکل ظاهری آن‌ها باشد. البته همانطور که مفاد بند ۳ ماده ۳ نشان می‌دهد صدور بارنامه مبتنی بر درخواست فرستنده است. با این حال بارنامه از زمانی که صادر می‌شود به عنوان دلیل مستند دریافت کالاها در وضعیت مناسب به کار می‌رود. بنابراین، صدور بارنامه حاکی از تقصیر مفروض متصدی حمل و نقل برای خسارت وارده به محموله در طی دوره زمانی مسئولیت توصیف شده که براساس قواعد لاهه - ویزی می‌باشد. (Sefara, 2014, p. 17)

براساس این قواعد، یک متصدی حمل و نقل بارنامه را بدون هیچ عدم التزامی صادر می‌کند و بدین ترتیب، راهی برای سوءاستفاده باز می‌گذارد. در عمل، در بیشتر مواردی که محموله سرپوشیده یا در کانتینر بسته‌بندی شده‌اند متصدی حمل و نقل نمی‌تواند صحت اطلاعات ارائه شده بوسیله‌ی فرستنده را تأیید کند. زمانی که بارنامه بوسیله‌ی متصدی حمل و نقل صادر می‌شود، این متصدی است که به دلیل هرگونه عدم شفافیت در بارنامه در برابر گیرنده‌ی کالاها مسئول است و نه فرستنده. بارنامه زمانی که صادر می‌شود در حمل و نقل دریایی کالاها واجد اهمیت حیاتی است. در بند ۴ ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی آمده است یک بارنامه دلیل قاطع میان متصدی حمل و نقل و گیرنده و دلیل ظاهری میان متصدی حمل و نقل و فرستنده است. تعهد به صدور بارنامه وضعیتی معادل با قراردادهای حمل و نقل تحت حاکمیت قواعد لاهه - ویزی ندارد. فرستنده در ارتباط با صدور بارنامه ملزم به ارائه اطلاعات صحیح درباره وضعیت کالاها است. از طرف دیگر اگر تردید معقولی وجود داشته باشد که کالاها در وضعیت مناسبی نیستند متصدی حمل و نقل می‌تواند از صدور بارنامه امتناع کند. بند ۵ ماده ۳ بیان می‌دارد که فرستنده باید به دلیل هرگونه عدم صحت اطلاعات ارائه شده در بارنامه، خسارت متصدی حمل و نقل را جبران کند. (Ibid, p. 16, 17)

بند چهارم - عدم انحراف از مسیر مورد توافق

مسیر یک سفر دریایی غالباً در قراردادهای حمل و نقل دریایی کالا تعیین نمی‌شود. در فقدان چنین مقرره‌ای، مسیر مناسب، مسیر مستقیم جغرافیایی میان بنادر بارگیری و تخلیه است. البته از آنجایی که ممکن است دیگر مسیرهای عرفی دنبال شود، این فرضیه قابل رد است. انحراف مسیر عامدانه متصدی حمل و نقل می‌تواند محموله را در معرض خطرات اضافی قرار دهد که مالک محموله نتوانسته مورد توجه قرار دهد (مثلاً از طریق کسب بیمه نامه). تعهد متصدی حمل و نقل به عدم انحراف مسیر نامعقول صریحاً در قواعد لاهه - ویزی مندرج نشده است. البته به طور ضمنی در بند ۴ ماده ۶ هرگونه انحراف مسیر معقول را تجویز و بنابراین به طور ضمنی انحراف مسیر نامعقول را ممنوع می‌سازد.

این قاعده منطقیاً از این دیدگاه تبعیت می‌کند که وقتی کشتی به طور اختیاری از مسیر مورد توافق منحرف شده است مسئول خسارات وارده می‌باشد خواه خسارت ناشی از خطرات غیرقابل پیش‌بینی بوده یا موارد دیگر. واضح نیست در زمانی که هیچ خسارت یا ضرری ناشی نشده است آیا متصدی حمل و نقل تنها مسئول تأخیر ناشی از انحراف مسیر می‌باشد یا نه. زمانی که خسارتی ناشی می‌شود تحت شمول تعهد به مراقبت دقیق و مناسب قرار می‌گیرد. در نتیجه، متصدی حمل و نقل مسئول خسارت یا ضرر وارده می‌باشد.

(Ibid, p. 18)

گفتار دوم - موارد معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه -

ویزی

براساس ماده ۴ قواعد لاهه - ویزی؛ ۱- نه حمل‌کننده و نه کشتی هیچ‌کدام مسئول زیان یا خسارات وارده ناشی از عدم استحکام و آمادگی کشتی نخواهد بود مگر در صورتی که اهتمام جدی از سوی

حمل‌کننده برای آماده‌سازی کشتی و تضمین تجهیز کشتی به خدمه، تجهیزات و تدارکات لازم، آماده‌سازی و ایمن‌سازی انبارها، سردخانه‌ها و یخچال‌ها و سایر محل‌های حمل کالا برای دریافت، حمل و نگهداری کالاها مطابق ماده سه بخش یک، صورت نگرفته باشد در صورت بروز زیان یا آسیب به کالاها ناشی از عدم استحکام یا آمادگی کشتی بار اثبات در خصوص انجام اهتمام کافی به منظور آماده‌سازی کشتی بر عهده حمل‌کننده یا هر شخص دیگری که مدعی معافیت از مسئولیت مندرج در این ماده می‌باشد.

۲- کشتی و حمل‌کننده مسئولیتی در قبال زیان‌ها و صدمات ناشی از موارد ذیل را نخواهد داشت:

الف - اقدام، غفلت یا کوتاهی کارفرما، ملوان، ناخدا یا خدمه حمل‌کننده در راهبری و جهت‌یابی یا در هدایت کشتی.

ب - آتش‌سوزی، مگر اینکه به واسطه‌ی کوتاهی واقعی حمل‌کننده بوده یا ارتباط مستقیم با حمل‌کننده داشته باشد. (میرزائزاد جویباری و مرادی گوارشکی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۶)

پ - خطرات و اتفاقات یا تصادفات در دریا یا مسیرهای آبی قابل کشتیرانی.

ت - قوه قهریه

ث - جنگ یا حمله مسلحانه^۱

ج - اقدام از سوی تبهکاران و دشمنان عموم (معصومیان، ۱۳۹۵، ص ۱۶)

چ - بازداشت یا اعمال محدودیت از سوی حکام، مردم و یا مصادره مطابق قانون

ح - اعمال محدودیت‌های قرنطینه

خ - هرگونه اقدام یا ترک فعل منتسب به ارسال‌کننده یا مالک کالاها یا مأمورین و نمایندگان آنها

د - اعتصاب، تعطیل کردن کار یا توقف کار یا محدودیت‌های کارگری به هر دلیل، چه به صورت جزئی یا عمومی

ذ - شورش‌ها و اعتراضات مدنی

ر - نجات یا تلاش برای تضمین حیات یا اموال در دریا

ز - اتلاف میزان یا وزن یا هرگونه صدمات و زیان‌های ناشی از نقص ذاتی کالاها، کیفیت و یا عیوب کالاها

س - نقص در بسته‌بندی کالاها

ش - نقص در عدم کفایت یا نارسایی علائم

ص - عیوب مخفی که با اهتمام و دقت کافی قابل کشف نبوده است

ض - هرگونه دلیل دیگری که بدون تقصیر یا ارتباط با حمل‌کننده، یا بدون تقصیر و غفلت مأموران یا خدمه حمل‌کننده واقع شود اما بار اثبات دلایل بایستی بر عهده شخصی باشد که از مزایای این معافیت برخوردار می‌گردد و باید ثابت نماید که تقصیر واقعی یا دخالت او و یا تقصیر و غفلت خدمه‌اش هیچ‌کدام دلیل بروز زیان و آسیب‌های وارده به کالاها نبوده است.

۳- ارسال‌کننده کالا هیچ مسئولیتی در قبال زیان و آسیب‌های وارده به حمل‌کننده یا کشتی به هر دلیلی نمی‌باشد، در صورتی که اقدام، تقصیر یا غفلت ارسال‌کننده، مأمورین یا نمایندگان وی در بروز خسارت به کشتی یا حمل‌کننده دخیل نباشد.

۴- هرگونه تخطی به منظور حفظ یا تلاش برای نجات زندگی و یا اموال در دریا یا هرگونه تخطی معقول دیگر، نقض و تجاوز از مفاد این کنوانسیون و قرارداد حمل تلقی نمی‌گردد و حمل‌کننده مسئولیتی در خصوص زیان و آسیب‌های وارده به شرح فوق ندارد.

۵- الف - در صورتی که ماهیت و ارزش کالاها از سوی ارسال‌کننده کالا قبل از بارگیری اعلام نشود و در بارنامه درج نگردد، نه حمل‌کننده و نه کشتی در هیچ حادثه‌ای مسئولیتی در قبال زیان و صدمات وارده به کالاها یا در ارتباط با آن کالاها بیش از ده هزار فرانک برای هر بسته‌بندی یا سی فرانک برای هر کیلو از وزن خالص کالاها آسیب‌دیده نخواهد داشت، در صورتی که ارزش کالاها بیشتر از مبالغ فوق باشد.

ب - مبلغ کل قابل پرداخت بایستی با توجه به ارزش کالاها در محل و زمانی که مطابق قرارداد از کشتی تخلیه می‌گردند یا بایستی تخلیه می‌گردید، محاسبه خواهد شد.

ارزش کالاها بایستی براساس ارزش مبادلاتی آن‌ها محاسبه و تثبیت گردد و در صورت فقدان چنین قیمتی، ارزش معاملاتی فعلی در بازار و مطابق قیمت متداول کالاها مشابه از حیث نوع و کیفیت ملاک عمل خواهد بود.

۶- کالاهایی که ماهیتاً برای ارسال قابل اشتعال، منفجره یا خطرناک باشند در مواردی که حمل‌کننده، کارفرما یا نماینده وی با علم و اطلاع از ماهیت آن‌ها رضایت خود را به حمل اعلام نموده باشند، حمل‌کننده می‌تواند در هر مرحله قبل از تخلیه آن‌ها را بدون پرداخت هرگونه خسارتی، در هر محلی تخلیه نموده یا از بین ببرد یا اینکه خنثی نماید و ارسال‌کننده این‌گونه کالاها مسئول تمام خسارات و هزینه‌هایی است که مستقیماً یا به صورت غیرمستقیم از ارسال کالاها به طریق فوق ناشی گردیده باشد.

ماده ۴ مکرر - بند ۴ - خدمه یا نماینده حمل‌کننده در صورتی که ثابت شود زیان و آسیب وارده به کالاها در نتیجه فعل یا ترک فعل خدمه یا نماینده مذکور به قصد ایجاد زیان بوده یا به دلیل بی‌احتیاطی و با علم به اینکه احتمال ورود ضرر متصور است انجام داده باشد.

www.klgeurope.com/files/1968.hague-visby

قواعد لاهه - ویزی حقوق و مصونیت‌های متصدی حمل و نقل در ارتباط با تعهدات مندرج در ماده ۳ را بیان می‌دارد. متصدیان حمل و نقل مجاز نیستند خود را از تعهدات مندرج در قواعد لاهه - ویزی برهانند. از آنجایی که روابط در حمل و نقل دریایی کالاها بر حسب ماهیتشان قراردادی است، تحت‌الشعاع مفهوم تخلیه در قوانین عام قراردادی واقع می‌شوند. اگر رخداد غیرقابل پیش‌بینی یک قرارداد را غیرقابل اجرا یا بی‌فایده سازد، طرفین از تعهدات اولیه‌شان مبری می‌شوند. بدین منظور، مقرره‌ی فوق‌الذکر یک فهرست تفصیلی از ۱۷ مورد معاف‌کننده متصدی حمل و نقل از مسئولیت ناشی از خسارت یا ضرر براساس بند ۲ ماده ۶ ارائه می‌کند. از این فهرست عموماً با عنوان خطرات قابل پیش‌بینی یاد می‌شود. استثنائات منحصر به فرد عبارتند از: معافیت از قصور یا بی‌مبالاتی در کشتیرانی، قصور در مدیریت کشتی و معافیت آتش‌سوزی.

بند اول - آتش‌سوزی

بند ۲ ماده ۶ متصدی حمل و نقل را از خسارت یا ضرری که به علت آتش‌سوزی رخ داده است مبرا می‌سازد مگر اینکه آتش‌سوزی به سبب قصور بالفعل متصدی حمل و نقل رخ داده باشد. مطالعه تحت‌اللفظی این مقرره نشان می‌دهد در زمانی که آتش‌سوزی ناشی از بی‌مبالاتی خود متصدی حمل و نقل باشد او مسئول خواهد بود. در مورد مالکان کشتی مشاع، در برخی احکام مقرر شده است که تنها بی‌مبالاتی افسر یا کارمند ارشد منجر به مسئولیت متصدی حمل و نقل می‌شود نه بی‌مبالاتی یک کارمند یا نماینده صرف. اطفاء حریق که غالباً با استفاده از آب انجام می‌شود منجر به ورود خسارت به محموله می‌شود. برای

خساراتی از این دست، نباید هیچ مسئولیتی براساس قلمرو تعهد اعمال مراقبت وجود داشته باشد مگر اینکه متصدی حمل و نقل در اطفاء حریق بیش از حد مجاز از آب استفاده کرده باشد.

(Sefara, 2014, p. 26)

بند دوم - معافیت از قصور یا بی‌مبالاتی در کشتیرانی

کشتیرانی شامل فرماندهی و هدایت کشتی (از جمله استفاده از چراغ‌های دریایی، تجهیزات سیگنال و جهت‌یابی و همچنین پاسخ به سیگنال‌های دیگر کشتی‌ها و...) را در برمی‌گیرد.

"سوینلی"^۱ توضیح می‌دهد که معافیت از خطای جهت‌یابی ظاهراً از شروطی همچون حوادث کشتیرانی قابل پیش‌بینی ارائه شده در بارنامه ناشی شد و در طول دهه ۱۸۸۰ بوسیله **P & I clubs** درج آن در بارنامه ضروری شمرده شد. گمان برده می‌شود که منشأ این عیوب به دوره‌ای برمی‌گردد که مالک کشتی به محض قرارگیری در مه کنترلش بر کشتی را از دست می‌داد. این مفهوم همچنین در بند ۲ ماده ۶ قواعد لاهه - ویزبی متجلی شد در مفهومی که استثنائات و معافیت‌ها برای خطاهای ارتكابی بوسیله ناخدا، ملوان، ناوبر یا خدمه متصدی حمل و نقل قابل دسترس هستند. این عبارت نشان می‌دهد که اگر متصدی حمل و نقل خودش این خطاها را مرتکب شود، نمی‌تواند به این استثنائات استناد کند. (Ibid, p. 19)

بند سوم - قصور در مدیریت کشتی

مدیریت کشتی به معنای فعالیت‌های مرتبط با عملیات کشتی به جز فعالیت‌های جهت‌یابی تفسیر می‌شود. این مفهوم شامل وضعیت کشتی، بسته‌بندی و تجهیز می‌باشد. غالباً هیچ مرز مشخصی میان اقدامات مدیریت کشتی و اقدامات مدیریت محموله وجود ندارد. خطای مدیریتی یک فعل یا ترک فعل خطایی است که هدف اصلی آن معطوف کشتی، ایمنی، سلامت و عموماً مخاطرات است. مقرر در بند ۲ ماده ۶ به اقدامات ناشی از بی‌مبالاتی یا قصور در مدیریت محموله اشاره نمی‌کند. همانطور که بر اساس ماده ۲ قواعد لاهه - ویزبی ذکر شد، متصدی حمل و نقل ملزم به نظارت دقیق و مناسب پس از حمل می‌باشد. یک خطای ارتكاب یافته در خلال مراقبت از محموله منجر به نقض تعهد مندرج در این مقرر می‌شود. ماده ۶ قواعد لاهه - ویزبی خطاهای از این دست را رافع مسئولیت نمی‌داند. گاهی هم کشتی و هم محموله می‌تواند تحت‌الشعاع یک نوع بی‌مبالاتی قرار گیرند. در این صورت، یک متصدی حمل و نقل معمولاً می‌تواند خود را از مسئولیت مبری کند اما هر مورد باید بر حسب حقایق فردی پرونده تصمیم‌گیری شود. از این رو، درباره چگونگی توزیع خطر در این سناریوها، هیچ انسجامی در ساختارهای حقوقی وجود ندارد. در این اوضاع و احوال، دادگاه‌ها تمایل دارند در اصل به اموال متأثر از اقدام مورد بحث توجه کنند.

(Ibid, p.20)

در خصوص پرونده شرکت با مسئولیت محدود **Scindia Navigation** علیه شرکت با مسئولیت محدود پیرن^۲، محموله‌ای که انبار تیر بود در طول بارگیری توسط مالک کشتی به زمین خورد و آسیب دید. در این مرحله قبل از آن که کالاها از کشتی بگذرند، هنوز در تصرف فروشنده بودند. فروشنده متصدی حمل و نقل را برای کلیه ارزش خسارت ۹۶۶ پوند به جهت غفلت مورد تعقیب قرار داد.

موضوع از این قرار بود که آیا مالک کشتی می‌تواند از مزایای یک شرط معاف‌کننده که در قرارداد حمل و نقل به موجب قانون لاهه وجود داشت استفاده کند یا خیر؟ آیا فروشنده طرف قرارداد حمل و نقل محسوب می‌شود یا خیر؟

1. Sweenly
2. Pyrene

اعلام شد: ۱- صاحب کشتی حق برخورداری از مزایای مقرر در شرط محدودیت مسئولیت تا ۲۰۰ پوند را دارد و سقف ۲۰۰ پوند از موافقت‌نامه انجمن حقوق دریانوردی بریتانیا در اول آگوست ۱۹۵۰ که دیگر لازم‌الاجرا نیست گرفته شده است و محدودیت بر اساس قواعد لاهه - ویزی معمولاً بالاتر است.

۲- هر چند خریدار همان فرستنده بوده است، فروشنده طرف ضمنی قرارداد با متصدی حمل و نقل بوده است حتی اگر او به صراحت قرارداد را با متصدی حمل و نقل نبسته باشد.

استدلال پذیرفته شده این بود که خریدار و فروشنده و متصدی حمل و نقل همگی در یک سرمایه‌گذاری مشترک بوده‌اند بنابراین فروشنده ملزم به شرط معافیت می‌شود علیرغم اینکه صراحتاً طرف قرارداد حمل نبوده است.

(Hewage, 2013, p. 20)

گفتار سوم - مسئولیت متصدی حمل و نقل در صورت تأخیر در تحویل کالا با توجه به قواعد

لااهه - ویزی

در قواعد لاهه - ویزی هیچ مقرره‌ی مشخصی راجع به مسئولیت متصدی حمل و نقل برای تأخیر در تحویل محموله وجود ندارد. از اینرو، اگر در اثر تأخیر در تحویل محموله خسارت فیزیکی حاصل شود براساس این تعهد کلی به مراقبت مناسب و دقیق، عموماً قابل مطالبه است. قواعد لاهه - ویزی مشخص نمی‌کند که آیا خسارات اقتصادی به جز خسارات وارده به محموله همچون یک تأخیر صرف قابل مطالبه است یا خیر اما برخی کشورها بر اساس قوانین دریایی‌شان مسئولیت صریحی مقرر نموده‌اند.

(Sefara, 2014, p. 16)

گفتار چهارم - مدت اعمال و مدت مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد

لااهه - ویزی

براساس تعریف «حمل کالاها» در ماده یک، قسمت ث، از قواعد لاهه - ویزی که در حال حاضر تنظیم شده است، برای اعمال در خصوص محموله خشک است که شامل محدوده زمانی از لحظه بارگیری کالاها در کشتی تا زمان تخلیه آن‌ها از کشتی می‌باشد و چون اغلب در مورد کشتی تجاری مصداق دارد، متصدی حمل و نقل کالاها را قبل از بارگیری در عرشه بر عهده می‌گیرد و آن‌ها را به گیرنده در انبار بندر که تخلیه می‌شود تحویل می‌دهد. قابل ذکر است دوره‌های زمانی‌ای وجود دارد که کالاها در حفاظت متصدی حمل و نقل قرار دارد که قواعد لاهه - ویزی بر آن اعمال نمی‌شود. این باعث بلا تکلیفی می‌شود چون قواعد قابل اعمال ممکن است از بندری تا بندر دیگر متفاوت باشد چنین بلا تکلیفی با قوانین هامبورگ رفع می‌شود، برای این موارد بیان داشته است که دوره اعمال و همچنین دوره مسئولیت متصدی حمل و نقل تحت کنوانسیون این است که متصدی حمل و نقل در زمان بارگیری، در طول حمل و بندر تخلیه عهده‌دار کالاها می‌باشد، بنابراین در قرارداد بندر به بندر، قواعد معمولاً نسبت به کل دوره اعمال می‌شود که متصدی حمل و نقل عهده‌دار کالاها است.

(Hewage, 2013, p. 15)

همچنین قابل ذکر است قوانین هامبورگ، پیشرفت و بهبود زیادی بر قوانین لاهه - ویزی ایجاد کرده است آن‌ها حمل و نقل دریایی را یکنواخت کرده‌اند آن‌ها سیستم حمل بندر تا بندر را راه‌اندازی کرده‌اند.

بخش دوم - موارد مسئولیت و معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به

مقررات هامبورگ

موارد مسئولیت و معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی بر اساس مقررات هامبورگ به شرح

ذیل است که هر یک را بررسی خواهیم کرد:

گفتار اول - مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به مقررات هامبورگ

براساس بند یک ماده ۵ کنوانسیون هامبورگ؛ «متصدی حمل و نقل مسئول زیان ناشی از تلف، خسارت وارده به کالا، همچنین تأخیر در تحویل کالا می‌باشد به شرطی که حادثه‌ی موجب تلف، خسارت یا تأخیر طی مدتی که بر طبق ماده چهار، تحت حفاظت متصدی حمل و نقل بوده رخ داده باشد مگر اینکه متصدی حمل و نقل ثابت کند که خود او یا مأموران یا نمایندگانش کلیه اقداماتی را که به طور معمول جهت احتراز از واقعه و عواقب آن لازم بوده به عمل آورده‌اند.» (محمدزاده، ۱۳۷۳، ص ۲۶۰)

مطابق تفاهم‌نامه معاهده «هامبورگ»، مسئولیت متصدی حمل و نقل تحت این کنوانسیون، مبتنی بر «اصل تقصیر» یا «خطای مفروض» است. بدین معنی که حسب قاعده کلی، اثبات ادعا به عهده متصدی حمل و نقل است. اگرچه در برخی موارد، مقررات کنوانسیون، این قاعده را تغییر داده است. بنابراین متصدی حمل و نقل در رسانیدن سالم کالا به مقصد دارای مسئولیت است و از این مسئولیت مبری نمی‌شود، مگر با اثبات اینکه او و نمایندگان، رعایت اقدامات معقول را نموده‌اند. در این صورت با توجه به فرمول انتخابی در معاهده هامبورگ، در پاسخ به این سؤال که آیا مسئولیت متصدی حمل و نقل، مبتنی بر «تقصیر مفروض» یا «فرض مسئولیت»، اختلاف دیدگاه ایجاد شده است.

منشأ این اختلاف نظرها، اصطلاح انتخابی در معاهده هامبورگ یعنی «رعایت اقدامات معقول جهت احتراز از واقعه و عواقب آن» است. برخی مسئولیت متصدی حمل و نقل را مبتنی بر «تقصیر مفروض» می‌دانند. (تقی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۹۷)

در این خصوص بین پژوهشگران اختلاف نظر وجود دارد، برخی مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی را مطابق قواعد هامبورگ نزدیک به مسئولیت متصدی حمل و نقل هوایی مطابق بند یک ماده ۱۸ قواعد ورشو دانسته و فرض مسئولیت را برای متصدی حمل و نقل دریایی قائل هستند. بسیاری دیگر همچون پروفیسور رودیر و رمون گویو مسئولیت متصدی حمل و نقل را مبتنی بر تقصیر مفروض می‌دانند. لازم به ذکر است که تفاوت در فرض مسئولیت و فرض تقصیر این است که در مورد اول، متصدی حمل و نقل در صورتی از مسئولیت بری می‌شود که قوه قاهره یا موارد خارجی غیرقابل انتساب به خود را ثابت کند و در مورد دوم (فرض تقصیر)، متصدی حمل و نقل از مسئولیت بری می‌شود در صورتی که بی‌تقصیری خود را ثابت کند. (محمدزاده و وادقانی، ۱۳۸۱، صص ۸۸ و ۸۹)

آنچه از مذاکرات و نظرات هیأت‌های نمایندگی دریافت می‌شود این است که مقررات «هامبورگ» نسبت به مقررات «لاسه» در زمینه‌ی مبنای مسئولیت، نه تنها سهل‌انگاری به خرج نداده، بلکه تا حدودی سختگیری بیشتری هم دارد و نسبت به مقررات «لاسه» بیشتر منافع فرستندگان و به عبارتی صاحبان کالا را تأمین می‌نماید. (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، صص ۴۴۹ و ۴۵۰)

به نظر می‌رسد که معاهده هامبورگ در مقایسه با قانون دریایی ایران (و قواعد لاهه) دارای این امتیاز است که قاعده مسئولیت در قالبی ساده اگرچه قابل تفسیر بیان شده است و موارد استثنائی هفده‌گانه نیز حذف شده‌اند. البته لازم به ذکر است که، بعضی از موارد یاد شده به شکلی در قواعد هامبورگ حفظ شده‌اند یکی از این موارد مساعدت در دریا است. (بند ۴ ماده ۵) مورد دیگر خطرات ناشی از حمل حیوانات زنده یعنی عیب ذاتی (بند ۵ ماده ۵) و نیز آتش‌سوزی براساس سیستم تقصیر بنا شده است. (بند ۴ ماده ۵). (همان منبع، ص ۸۹)

گفتار دوم - مدت مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به مقررات هامبورگ

براساس ماده چهارم کنوانسیون ۱۹۷۸ در مورد حمل و نقل دریایی (قواعد هامبورگ)،

- ۱- مدت مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در مورد کالا مدت زمانی است که طی آن کالا در بندر بارگیری، زمان حمل و بندر تخلیه، تحت حفاظت او می‌باشد.^۱ (نامداری، ۱۳۹۶، ص ۷۳)
- ۲- مطابق بند یک این ماده، کالا تحت حفاظت متصدی حمل و نقل محسوب می‌شود:
الف - از لحظه‌ای که حمل و نقل‌کننده کالا را از اشخاص ذیل تحویل می‌گیرد:
یک - فرستنده یا شخصی که به حساب او عمل می‌نماید، یا
دو - یک مقام ذیصلاح یا شخص ثالث دیگری که حسب مقررات حاکم در بندر بارگیری می‌بایست کالا جهت ارسال به او سپرده شود.
ب - تا لحظه‌ای که متصدی حمل و نقل کالا را به انحاء ذیل تحویل دهد:
یک - تحویل به گیرنده، یا
دو - در مواردی که گیرنده از تحویل گرفتن کالا امتناع می‌نماید، قرار دادن کالا در اختیار وی مطابق قرارداد یا قوانین یا عرف تجاری حاکم در بندر تخلیه، یا
سه - تحویل به یک مقام ذیصلاح یا شخص ثالثی که مطابق قوانین و مقررات حاکم در بندر تخلیه، باید کالا به او تحویل گردد.
- ۳- قید متصدی حمل و نقل یا گیرنده در بند ۱ و ۲ این ماده به ترتیب شامل مأمورین و نمایندگان آن‌ها نیز می‌باشد. (محمدزاده، ۱۳۷۳، صص ۲۵۹ و ۲۶۰)

گفتار سوم - حدود مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به مقررات هامبورگ

براساس ماده ۶ مقررات هامبورگ؛

- ۱- الف: مسئولیت متصدی حمل و نقل در مورد زیان ناشی از تلف یا خسارت وارد به کالا، مطابق مقررات ماده ۵، به مبلغی معادل ۸۳۵ واحد محاسبه برای هر بسته یا هر واحد بار و یا ۲/۵ واحد محاسبه برای هر کیلوگرم وزن ناخالص کالای تلف شده و یا خسارت‌دیده محدود می‌باشد، بالاترین سقف قابل اجرا خواهد بود.
ب: در صورت تأخیر در تحویل کالا، مسئولیت متصدی حمل و نقل حسب مقررات ماده ۵ محدود به مبلغی معادل ۲/۵ برابر کرایه‌ی حمل قابل پرداخت برای کالاهایی که با تأخیر تحویل شده‌اند، می‌باشد؛ مشروط بر اینکه مبلغ مزبور متجاوز از کل کرایه حمل قابل پرداخت مقرر در قرارداد حمل و نقل دریایی کالا نباشد.
- ج: مجموع غرامات پرداختی متصدی حمل و نقل حسب قسمت الف و ب این بند در صورت تلف کل کالایی که به جهت حمل آن، مسئولیت متصدی حمل و نقل محرز است، به هیچ وجه نمی‌تواند از سقف تعیین شده طبق قسمت الف این بند تجاوز نماید. (همان منبع، صص ۲۶۱ و ۲۶۲).
- ۲- طبق بند یک این ماده بالاترین سقف مطابق قواعد ذیل محاسبه می‌گردد:
الف: هرگاه از یک کانتینر، یا پالت یا هر وسیله‌ی مشابه دیگری برای بارگیری کالا استفاده شده باشد، هر بسته یا واحدی که در بارنامه ذکر شده است، در صورت صدور بارنامه و در غیر این صورت در هر سند دیگری که حاکی از قرارداد حمل و نقل دریایی است، به همان نحوی که در وسیله بارگیری شده است، به عنوان بسته و یا واحد دیگر حمل تلقی می‌گردد. خارج از این مورد، کلیه کالاهای داخل وسیله به عنوان یک واحد حمل تلقی می‌شود.

1. Port to port: شیوه بندر به بندر

ب: در صورتی که خود وسیله‌ی حمل مفقود یا معیوب شده باشد، چنانچه وسیله‌ی مزبور تعلق به حمل و نقل‌کننده نداشته یا اینکه وی آنها را تهیه نکرده باشد، به عنوان یک واحد مجزا تلقی می‌گردد:

۳- واحد محاسبه عبارت است از واحد محاسبه‌ی مذکور در ماده ۲۶^۱،

۴- متصدی حمل و نقل و فرستنده می‌توانند با توافق یکدیگر سقف مسئولیت را به میزانی بالاتر از آنچه در بند ۱ پیش‌بینی شده است، تعیین نمایند. (همان منبع، صص ۲۶۱ و ۲۶۲)

گفتار چهارم - موارد معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به مقررات

هامبورگ

مقررات هامبورگ با وضع یک قاعده کلی در ماده ۵، متصدی حمل و نقل را در صورتی معاف از مسئولیت می‌داند که ثابت نماید خود او و یا مأمورانش، تمامی اقداماتی را که به طور معقول جهت احتراز از واقعه و عواقب آن لازم بوده به عمل آورده است. متصدی حمل و نقل برای معافیت به استناد این ماده، می‌بایست با اثبات علت وقوع و اثبات انجام تمامی اقدامات لازم برای احتراز از واقعه و عواقب آن، غیرقابل انتساب بودن آن را به خود اثبات نماید.

نکته قابل ذکر این است که مقررات هامبورگ با حذف موارد معافیت به صورت خاص به گونه مندرج در مقررات «لاسه»، معافیت متصدی حمل و نقل از مسئولیت را نسبت به مقررات «لاسه» مشکل‌تر نموده است و بدین ترتیب گام بزرگی در جهت منافع فرستندگان کالا برداشته است. برای نمونه در مورد خسارات ناشی از اعتصاب براساس مقررات «لاسه»، از آنجایی که این امر در زمره موارد معافیت برشمرده شده است، متصدی حمل و نقل با اثبات این امر که علت وقوع خسارت، اعتصاب کارکنان در بندر تخلیه بوده است از مسئولیت معاف می‌گردید، مگر اینکه فرستنده ثابت می‌کرد که متصدی حمل و نقل، مرتکب تقصیر و کوتاهی شده است. (تقی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۷۹)

حال آن که براساس مقررات هامبورگ، متصدی حمل و نقل علاوه بر اثبات اعتصاب به عنوان علت وقوع خسارت، همچنین باید غیرقابل انتساب بودن آن را به خود ثابت نماید و ثابت کند که تمام اقدامات لازم را برای احتراز از آن و عواقب آن انجام داده است، به عبارت دیگر اعتصاب برای او می‌بایست به عنوان «فورس ماژور» باشد، در غیر این صورت از مسئولیت معاف نخواهد شد.

به همین ترتیب سایر عوامل مندرج در پاراگراف ۲ ماده ۴ مقررات لاهه، زمانی می‌تواند موجب معافیت متصدی حمل و نقل بر اساس مقررات هامبورگ گردد که متصدی حمل و نقل علاوه بر اثبات آنها به عنوان علت وقوع خسارت، غیرقابل انتساب بودن آنها و یا خارجی بودن آنها را نسبت به خود اثبات نماید. (لازم به ذکر است که می‌بایست آتش‌سوزی را از این حکم استثنا کرد). (همان منبع، ص ۳۸۰)

بند اول - موارد تصریح شده معافیت متصدی حمل و نقل دریایی در مقررات هامبورگ

از موارد تصریح شده معافیت متصدی حمل و نقل دریایی در مقررات هامبورگ، شامل حمل حیوانات زنده، مساعدت دریایی، حمل کالا روی عرشه کشتی و آتش‌سوزی می‌باشد که هر یک را بررسی خواهیم کرد:

۱. براساس بند یک ماده ۲۶ مقررات هامبورگ؛ «واحد محاسبه مندرج در ماده ۶ این کنوانسیون عبارت است از حق برداشت ویژه طبق تعریف صندوق بین‌المللی پول، مبالغ مندرج در ماده ۶ بر اساس ارزش پول ملی در تاریخ صدور رأی یا یک تاریخ مورد توافق طرفین به واحد پول ملی کشور محاسبه می‌شود. ارزش پول ملی یک کشور متعاهد که عضو صندوق بین‌المللی پول است، بر حسب حق برداشت ویژه، طبق روش ارزیابی معمول صندوق بین‌المللی پول است، بر حسب حق برداشت ویژه طبق روش ارزیابی معمول صندوق بین‌المللی پول برای عملیات و معاملات، در تاریخ مورد بحث محاسبه می‌گردد. ارزش پول ملی یک کشور متعاهد که عضو صندوق بین‌المللی پول نیست بر حسب حق برداشت ویژه به طریق تعیین شده توسط همان کشور محاسبه می‌گردد.

بند دوم - حمل حیوانات زنده

مطابق بند ۵ ماده ۵ مقررات هامبورگ؛ «در مورد حمل حیوانات زنده، متصدی حمل و نقل مسئول تلف، خسارت یا تأخیر در تحویل که ناشی از خطرات ویژه مربوط به این قبیل ترابری‌ها است نخواهد بود، مشروط بر اینکه متصدی حمل و نقل ثابت کند که حسب رهنمودهای فرستنده که در ارتباط با حیوانات به او داده شده عمل نموده است و اینکه در اوضاع و احوال مربوطه، تلف، خسارت یا تأخیر قابل انتساب به این خطرات ویژه می‌باشد. در این حالت، فرض بر این خواهد بود که تلف، خسارت یا تأخیر در تحویل کالا، کلاً یا جزئاً ناشی از تقصیر متصدی حمل و نقل یا مأموران و نمایندگان او بوده است». (رسولی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، قواعد هامبورگ حمل حیوانات زنده را به عنوان یکی از موارد استثنایی، ضابطه‌مند کرده است برخلاف قانون دریایی ایران (و قواعد لاهه) که صراحتاً مورد را از قلمرو اجرایی خود حذف نموده است.^۱ (تقی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۸۱)

بنابراین در حالت کلی، متصدی حمل و نقل دریایی مسئول خسارات ناشی از حمل حیوانات زنده و تأخیر در تحویل آن است، مگر اینکه ثابت کند خسارت ناشی از خطرات ویژه این قبیل ترابری‌ها است (عیب ذاتی) و مطابق دستورات فرستنده عمل شده است، در این صورت باز هم، عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل قطعی نیست، زیرا صاحب کالا می‌تواند تقصیر متصدی و یا مأموران او را در ایجاد خسارت ثابت کند. (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۱، ص ۹۲)

بند سوم - مساعدت دریایی

مطابق بند ۶ ماده ۵ قواعد هامبورگ: «به جز خسارت مشترک، متصدی حمل و نقل در مورد تلف، خسارت یا تأخیر در تحویل که ناشی از تدابیر اتخاذ شده برای نجات افراد یا ناشی از تدابیر متعارف اتخاذ شده برای نجات اموال در دریا باشد، مسئولیتی ندارد». (رسولی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸)

برخلاف قانون دریایی ایران (و قواعد لاهه) که تفکیکی بین نجات اموال و اشخاص در دریا قائل نشده است، معاهده هامبورگ متصدی حمل و نقل را از بابت خسارات ناشی از اقدامات برای نجات اموال در دریا در صورتی معاف می‌داند که اقدامات انجام شده متعارف و معقول باشد، اما متصدی حمل و نقل را از مسئولیت ناشی از خسارات هر نوع اقدام برای نجات افراد در دریا مبری قرار می‌دهد، پر واضح است که در این مورد ارتکاب اشتباه از طرف متصدی حمل و نقل و یا نمایندگان او می‌تواند موجب مسئولیت او شود. (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۱، ص ۹۲)

بند چهارم - حمل کالا روی عرشه کشتی

در خصوص حمل کالا روی عرشه کشتی بند یک ماده ۹ قواعد هامبورگ مقرر می‌دارد که: «متصدی حمل و نقل می‌تواند کالا را بر طبق قرارداد منعقد با فرستنده کالا یا بر حسب عرف و عادت مسلّم رایج در تجارت خاص کالا یا بر طبق مقررات قانونی روی عرشه کشتی حمل کند».

بند سوم ماده ۹ قواعد هامبورگ مقرر می‌دارد؛ «در صورتی که کالا در نتیجه حمل غیرمجاز روی عرشه کشتی تلف شوند یا خسارت ببینند مؤسسه حمل و نقل دارای مسئولیت مطلق برای تلفات یا خساراتی است که صرفاً ناشی از حمل روی عرشه خواهد بود. به نظر می‌رسد که بار اثبات این مطلب که تلف یا خسارات یا تأخیر در تحویل کالا انحصاراً ناشی از حمل آن‌ها روی عرشه کشتی است بر عهده خواهان باشد، در صورت اثبات این امر که کالا در نتیجه حمل غیرمجاز روی عرشه کشتی تلف شده‌اند، خسارت

۱. مطابق بند ۳ ماده ۵۲ ق.د.ا (بند ج ماده ۱ قواعد لاهه): «حیوانات زنده و بارهایی که بر طبق مفاد قرارداد باربری باید روی عرشه کشتی حمل شوند و عملاً هم بدین ترتیب حمل شده باشند، مشمول قانون دریایی نخواهد بود».

دیده‌اند یا با تأخیر غیرمعقول روبرو شده‌اند متصدی حمل و نقل دیگر نمی‌تواند به بند یک ماده ۵ قواعد هامبورگ که مقرر می‌کند؛ «کارکنان یا نماینده‌های متصدی حمل و نقل برای جلوگیری از وقوع حادثه و پیامدهای آن تمام اقداماتی را که به طور معقول ضرورت داشته به عمل آورده‌اند استناد نماید». (صدیق، ۱۳۹۵، ص ۳۱۷)

مع‌الوصف بند ۹ ماده ۴ قواعد هامبورگ مقرر می‌دارد که؛ «حمل کالا روی عرشه‌ی کشتی برخلاف توافق صریح برای حمل آن در داخل کشتی به عنوان فعل یا ترک فعل متصدی حمل و نقل بر طبق ماده ۸ قواعد هامبورگ تلقی می‌شود». پیامد این فعل یا ترک فعل از دست دادن حق استناد به مقررات محدودیت مسئولیت مقرر در ماده ۶ خواهد بود گرچه مؤسسه حمل و نقل هنوز می‌تواند به مقررات مربوط به مرور زمان مقرر در ماده ۲۰ استناد کند. (همان منبع، ص ۳۱۷)

بند پنجم - آتش‌سوزی

در بند ۴ قسمت الف از ماده ۵ قواعد هامبورگ مقرر می‌دارد: «متصدی حمل و نقل در موارد ذیل مسئول می‌باشد:

- ۱- در صورت از بین رفتن یا خسارت به کالا در اثر آتش‌سوزی، مشروط بر اینکه مدعی اثبات نماید آتش‌سوزی در اثر قصور و مسامحه‌ی متصدی حمل و نقل یا خدمه‌ی او به وقوع پیوسته است.
- ۲- چنانچه مدعی ثابت نماید کلیه‌ی اقدامات لازم و منطقی به منظور خاموش کردن و جلوگیری از آتش‌سوزی یا تقلیل اثرات آن انجام نگرفته است».

در نتیجه کنوانسیون هامبورگ، آتش‌سوزی را از موارد عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل نمی‌داند، و وی را مسئول می‌شناسد، لیکن در اینجا خواهان یا صاحب کالا باید اثبات نماید که وی در انجام وظایف خود در حد یک متصدی مراقب، اهمال کرده است، البته در اینجا برخلاف معمول کنوانسیون‌های حمل و نقل، بار اثبات خطای متصدی حمل و نقل، بر عهده صاحب کالا افتاده است. (محمدزاده، ۱۳۷۳، ص ۲۶۰)

مقررات هامبورگ از میان ۱۷ مورد مندرج در پاراگراف دوم ماده ۴ مقررات لاهه، تنها به آتش‌سوزی اشاره می‌نماید. در حقیقت پس از اختلاف بر سر نگهداشتن دو مورد از موارد معافیت یعنی تقصیر در دریانوردی و اداره امور کشتی و دیگری آتش‌سوزی، بنا بر پیشنهاد «هیأت نیجریه‌ای» توافق بر این شد که معافیت در اثر تقصیر در دریانوردی را برداشته و تنها آتش‌سوزی را نگه دارند، که البته با توجه به پیشرفت‌های فنی صورت گرفته در زمینه دریانوردی و به لحاظ اینکه کشتی از این جهت کمتر موضوع خطرات قرار می‌گیرد، معافیت ناشی از اشتباه دریانوردی در قواعد هامبورگ حذف شده است. بدین ترتیب از بند الف قسمت ۴ ماده ۵ مقررات هامبورگ که مورد اشاره قرار گرفت دو نکته مشخص می‌گردد:

اول: اینکه در این ماده به صراحت بار اثبات تقصیر متصدی حمل و نقل بر دوش خواهان یا فرستنده کالا قرار گرفته است و بدین ترتیب ابهام موجود در مقررات لاهه که سبب اختلاف در رویه قضایی کشورها شده بود، مرتفع گردیده است.

دوم: اینکه به موجب این مقررات، متصدی حمل و نقل در قبال خسارات ناشی از آتش‌سوزی به سبب قصور و یا غفلت مأمورین و نمایندگان نیز مسئول قلمداد گردیده است و بدین ترتیب منافع فرستندگان کالا را بیشتر تأمین می‌نماید. (صدیق، ۱۳۹۵، ص ۳۱۶)

همچنین پاراگراف ۴ ماده ۵ مقررات هامبورگ، در جهت تسهیل اثبات علت آتش‌سوزی مقرر می‌دارد: «در حالتی که حریق در کشتی موجب تضييع کالا شود، بنا به تقاضای خواهان یا متصدی حمل و نقل و به منظور تعیین علت و نحوه آتش‌سوزی، یک بازرسی مطابق با رویه مرسوم کشتیرانی به عمل خواهد آمد و

به تقاضای خواهان یا متصدی حمل و نقل، نسخه‌ای از گزارش کارشناس در اختیارش قرار خواهد گرفت.» (محمدزاده، ۱۳۷۳، ص ۲۶۰)

کنوانسیون هامبورگ اگرچه در خصوص مسئولیت ناشی از اعمال مستخدمان و کارگران متصدی حمل و نقل، صریحاً مقرراتی وضع کرده و ابهام موجود در کنوانسیون بروکسل را برطرف ساخته است، لکن از یک نقص اساسی برخوردار است.

در کنوانسیون بروکسل، متصدی حمل و نقل که مدعی برخورداری از مزایای ماده ۴ و از جمله بند راجع به آتش‌سوزی بود، باید استحقاق خود را ثابت نماید و از جمله ثابت کند که علت آتش‌سوزی از عمل یا خطا یا تبانی او ناشی نشده است، لکن در کنوانسیون هامبورگ، متصدی حمل و نقل، در صورتی مسئول خسارات ناشی از آتش‌سوزی است که خواهان (صاحب کالا) ثابت نماید که آتش‌سوزی از قصور یا مسامحه متصدی حمل و نقل، یک موضوع مشکل بوده و نیاز به اطلاعات تخصصی و ابزار فنی پیچیده داشته و موجب می‌شود که در آینده در موارد بیشماری از دعاوی جبران خسارت، خواهان‌ها بازنده دعوی شوند.

بدین ترتیب متصدی حمل و نقل، پاسخگوی خسارات ناشی از آتش‌سوزی با منشأ نامعلوم نیست که از این جهت قواعد هامبورگ قابل انتقاد است. به علاوه با توجه به اینکه آوردن دلیل در این زمینه آسان نیست و بر عهده صاحب کالا گذاشته شده است، یعنی کسی که هنگام بروز آتش‌سوزی غایب است، انتقاد شدت بیشتری به خود می‌گیرد.

به هر حال در این رابطه، قواعد هامبورگ در مقایسه با قواعد لاهه، از این جهت که تقصیر متصدی حمل و نقل را اعم از تقصیر خود او و نمایندگان و مأموران او می‌داند، آورده‌ای قابل توجه است. (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۱، ص ۹۱)

در قضیه «گلادیولا»^۱ به سبب قصور کارکنان در بارگیری لوله‌های مناسب برای سوخت‌رسانی، در موتورخانه کشتی، حریق رخ داد و به علت اینکه کارکنان آموزش‌های لازم را برای آتش‌نشانی ندیده بودند، آتش با سرعتی بیشتر از آنچه می‌بایست توسعه پیدا کرد و سبب خسارت دیدن محموله کشتی شد و از آنجایی که متصدی حمل و نقل نتوانست اعمال مراقبت‌های لازم را برای قابل دریاوردی نمودن کشتی را ثابت نماید، شعبه ۹ دادگاه استیناف آمریکا وی را مسئول شناخت، در حالی که براساس مقررات هامبورگ نیز از آنجا که قصور و غفلت کارکنان در به کارگیری لوله‌های نامناسب سبب ایجاد حریق شده است و هم اینکه کارکنان آن‌طور که شایسته بوده نسبت به اطفاء حریق اقدام نکردند، متصدی حمل و نقل مسئول خواهد بود. (تقی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۸۶)

در دعوی **Earl and Stoddart v. Ellermans Wilson Lines** که در اثر قصور سرمهندس کشتی در مخزن سوخت کشتی، حریق صورت گرفت و از آنجا که آتش‌سوزی به سبب فعل یا خطای متصدی حمل و نقل صورت نگرفته بود، از مسئولیت معاف گردید.

براساس مقررات هامبورگ، از آنجا که تقصیر مأموران و نمایندگان متصدی حمل و نقل نیز سبب مسئولیت خواهد شد، متصدی حمل و نقل مسئول شناخته خواهد شد. (همان منبع، ص ۳۸۶)

گفتار پنجم - مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در خصوص اشکال ضرر در حمل و نقل

دریایی با توجه به مقررات هامبورگ

در حقوق دریایی، متصدی حمل و نقل دریایی با دریافت کالا این تعهد را به عهده می‌گیرد و این حق را برای مالک کالا ایجاد می‌کند که کالای دریافت شده را با همان خصوصیات، دریافت و در مدت زمان معینی

1. Gladiola

به بندر مقصد حمل نموده و تحویل دهد بنابراین اگر در تحویل کالا تأخیری صورت گیرد، در این صورت از حقوق مالک کالا است که متصدی حمل و نقل، مسئول خسارات ناشی از این تأخیر خواهد بود.

بند اول - خسارات ناشی از تأخیر در تحویل کالا

برای تحقق این امر، لازم است که:

اولاً - کالا در مهلت مقرر یا مهلت متعارف به مرسل‌الیه تحویل داده نشده باشد.

ثانیاً - تحویل کالا هنوز ممکن باشد.

تعریف جامع و کاملی که می‌توان از خسارت ناشی از تأخیر تحویل کالا به دست داد تعریفی است که در بند ۲ ماده ۵ مقررات هامبورگ آمده است به موجب این بند:

«تأخیر در تحویل، زمانی صدق می‌کند که در مدت زمانی که در قرارداد صریحاً توافق شده یا در غیر این صورت در مدت زمانی که برای یک متصدی حمل و نقل جدی (کوشا)، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال موجود در نظر گرفته می‌شود، کالا در بندر تخلیه پیش‌بینی شده در قرارداد حمل و نقل دریایی تحویل داده نشود».

لازم به ذکر است خسارتی که از تأخیر در تحویل کالا ناشی می‌شود هم می‌تواند خسارت مادی و فیزیکی به کالا باشد و هم شامل خساراتی می‌شود که صاحب کالا به دلیل عدم دسترسی به موقع به کالای خود متحمل گردد. (دستغیب، ۱۳۹۲، ص ۴۰)

ممکن است تأخیر در تحویل کالا، شامل خسارتی باشد که به کالا وارد می‌شود، اما نه خسارت مادی و فیزیکی، بلکه خسارتی که به دلیل عدم دسترسی به موقع صاحب کالا از نظر اقتصادی و در نتیجه عواملی مثل پایین رفتن ارزش کالا، از دست دادن مشتری یا بالا رفتن مالیات و عوارض گمرکی به او وارد می‌آید. (همان منبع، ص ۴۱)

در مقررات هامبورگ، در بند یک ماده ۵ آن، خسارت ناشی از تأخیر در تحویل کالا، همانند تلف کلی کالا و خسارات وارده به آن، به طور صریح به عنوان یکی از دلایل ایجاد مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی و از حقوق مالک کالا عنوان شده است و علاوه بر آن در بند سوم ماده ۵ مقررات هامبورگ، آمده است: «اگر تأخیر در تحویل کالا بیش از ۶۰ روز به طول بینجامد، خواهان این اجازه را دارد که کالا را تلف شده به حساب بیاورد و بر این اساس طرح دعوی کند.

گنجاندن این بند در مقررات هامبورگ، برای فرستنده کالا این مزیت را دارد که اگر کالا پس از انقضای این مدت به مقصد برسد، وی می‌تواند با توجه به اوضاع و احوالی که کالا در بندر تخلیه دارد و نیز با توجه به ارزش اقتصادی آن بین طرح دعوی بر مبنای تأخیر و تلف کالا یکی را انتخاب نماید. (محمدزاده، ۱۳۷۳، ص ۲۶۰)

بند دوم - تلف شدن کالا

از انواع دیگر ضرر، که در حمل و نقل دریایی کالا می‌توان از آن نام برد این است که کالایی که براساس قرارداد حمل تحویل متصدی حمل و نقل دریایی گردیده است از بین رفته و تلف شود که در این صورت نیز متصدی حمل و نقل مسئول جبران خسارت است البته این نوع ضرر دارای دو حالت است که به شرح ذیل می‌باشد:

الف - تلف کل کالا

زمانی که متصدی حمل و نقل قادر نباشد هیچ‌یک از اجزای محموله‌ای که بر طبق قرارداد حمل دریافت کرده است در بندر مقصد به دارنده بارنامه تحویل دهد، در اینجا می‌توان از تلف کل کالا سخن به میان آورد. با توجه به تعریف فوق از تلف کل کالا و دیگر تعاریف از آن می‌توان گفت:

معیار اصلی در تلف کل کالا، عدم تحویل آن در بندر مقصد است، هرچند که کالا حقیقتاً تلف نشده باشد. (دستغیب، ۱۳۹۲، ص ۴۲)

براساس بند سوم ماده ۵ مقررات هامبورگ^۱، تا ۶۰ روز پس از موعد مقرر برای تحویل کالا، کالا را تلف شده تلقی می‌نماید. (محمدزاده، ۱۳۷۳، ص ۲۶۰)

در مقررات هامبورگ، اماره‌ای که وجود دارد این است که کسی که به‌طور قانونی حق ادعای خسارت دارد می‌تواند ادعای تلف کالا بنماید. این اماره عبارت است از «عدم دریافت کالا پس از گذشت ۶۰ روز متوالی از تاریخ تحویل کالا».

قابل ذکر است که تأخیر در تحویل کالا تا چه زمان تلف کالا محسوب نمی‌شود در کنوانسیون بروکسل و به تبع آن در قانون دریایی ایران حکمی دیده نمی‌شود و این امر مزیت مقررات هامبورگ می‌باشد.

لازم به ذکر است که هیچ تفاوتی بین گم شدن کالا و از بین رفتن آن وجود ندارد و در هر دو وضعیت متصدی حمل و نقل، مسئول جبران در قبال تمام کالای تحویلی است. (دستغیب، ۱۳۹۲، ص ۴۳)

توضیح اینکه تلف ممکن است واقعی یا فرضی باشد. اگر محموله از نظر فیزیکی آسیب دیده و یا تلف شود خسارت یا تلف واقعی است اما اگر محموله به علت حوادث دریایی تغییر ماهیت داده و یا به طور کلی فاقد ارزش شود تلف فرضی است. (همان منبع، ص ۴۳)

ب - تلف قسمتی از کالا (تلف جزئی)

زمانی که متصدی حمل و نقل کالا را که از ارسال‌کننده تحویل گرفت برگ بارنامه را صادر می‌کند که در این بارنامه خصوصیات کالا از قبیل وزن و کیفیت آن و همچنین تاریخ دریافت و تاریخ تحویل درج شده است، بنابراین متصدی حمل و نقل مکلف است که کالا را بر اساس خصوصیات مندرج در بارنامه در بندر مقصد به مرسل‌الیه تحویل دهد. (همان منبع، ص ۴۳)

حال اگر کالای تحویلی در بندر مقصد کمتر از کالای دریافتی در بندر مبدأ باشد، در این صورت قسمتی از کالا تلف شده است. در این حالت گیرنده کالا برای ادعای خسارت می‌تواند در هنگام تحویل کالا و بازدید آن صورتجلسه در مورد کسری آن تنظیم کند یا مقدار کسری کالا را از طریق ارسال اخطار به متصدی حمل و نقل اعلام نماید اما اگر مرسل‌الیه این کارها را انجام ندهد، مجبور است که برای دریافت خسارت ادعای خود مبنی بر کسری کالا را به اثبات برساند.

هرگاه کالا به طور کلی یا به طور جزئی تلف شود، براساس یک قاعده کلی، خواهان (مدعی کسری یا تلف کالا) در صورتی که نتواند کالایی را جایگزین آن نماید، حق دارد قیمت روز کالا را به مقداری که در بازار فروخته می‌شود دریافت کند. (همان منبع، ص ۴۳)

همچنین می‌تواند عوایدی را که به دلیل در اختیار نداشتن کالا از دست داده است تا هنگام دریافت کالای جایگزین دریافت کند. البته اگر مثل کالا در بازار یافت شود، او حق دارد مثل آن کالا را بخواهد. با این وجود آنچه مرسل‌الیه می‌تواند بابت خسارات دریافت کند فقط تا میزان سقف قیمت کالای از بین رفته است. (همان منبع، ص ۴۳)

نتیجه‌گیری

در مقایسه‌ی حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل دریایی با توجه به قواعد لاهه - ویزی و مقررات هامبورگ، نتایج زیر به دست آمده است:

۱. بند سوم ماده ۵ مقررات هامبورگ: «شخصی که قانوناً ادعای خسارت در قبال از بین رفتن کالا را دارد، چنانچه محموله را طبق ماده ۴ پس از گذشت ۶۰ روز متوالی از تاریخ تحویل (طبق پاراگراف ۲) تحویل نگیرد می‌تواند محموله را از بین رفته تلقی نماید».

۱- یکی از تعهدات مبنایی متصدی حمل و نقل بر اساس قواعد لاهه - ویزی، تعهد به آمادگی کشتی است و قواعد لاهه - ویزی براساس ماده ۳، یک تعهد صریح در خصوص آمادگی کشتی را به متصدی حمل و نقل تحمیل می‌کند اما قواعد هامبورگ برخلاف قواعد لاهه - ویزی، مسئولیت صریحی به منظور ایجاد آمادگی کشتی بر مالکان کشتی تحمیل نمی‌کند اما فقدان تصریح، هیچ تفاوت عملی راجع به تعهد متصدی حمل و نقل در خصوص آمادگی کشتی ایجاد نمی‌کند و متصدی حمل و نقل همانند تعهدات مندرج در ماده ۳ قواعد لاهه - ویزی دارای مسئولیت گسترده‌ای است.

۲- قواعد هامبورگ تمام دوره مسئولیت متصدی حمل و نقل را که از بندر به بندر دیگری است را تحت پوشش قرار می‌دهند در حالیکه مسئولیت متصدی حمل و نقل به موجب قواعد لاهه - ویزی دوره زمانی که آغاز آن تحویل کالا روی عرشه کشتی است و پایان آن تخلیه کالا از روی عرشه کشتی است را در بر می‌گیرد.

۳- قواعد هامبورگ مسئولیت را در خصوص هر دوی متصدی حمل و نقل قراردادی و واقعی برقرار می‌کند که این خود بسیاری از مسایل مربوط به تشخیص متصدی حمل و نقل واحد که قواعد لاهه مقرر می‌دارد را کاهش می‌دهد. مضافاً قواعد هامبورگ حمل کالا روی عرشه را هم پوشش می‌دهد.

۴- قواعد هامبورگ برخلاف قواعد لاهه - ویزی فهرست تفصیلی مصونیت‌های مندرج در بند ۲ ماده ۶ قواعد لاهه - ویزی، فهرستی از استثنائات ارائه نمی‌کند. قابل ذکر است با توجه به سیستم مبتنی بر تقصیر، معقول به نظر نمی‌رسد که استدلال کنیم این استثنائات به عنوان دفاعیات بر اساس قواعد هامبورگ برای متصدی حمل و نقل قابل دسترس نیستند. اگر ثابت شود سبب خسارت، ضرر یا تأخیر یکی از اسباب فهرست شده در ماده ۶ قواعد لاهه - ویزی می‌باشد، به جز آنهایی که صریحاً براساس قواعد لاهه - ویزی حذف شده‌اند، انکار معافیت متصدی حمل و نقل از مسئولیت صریحاً نادرست است. اذعان می‌شود که بیش از ۱۷ مورد استثناء به جز دفاعیات تقصیر مدیریتی و کشتیرانی مندرج در قواعد لاهه - ویزی، به طور ضمنی در قواعد هامبورگ درج شده‌اند. زمانی که ذینفع محموله با اثبات اینکه در زمان کنترل متصدی حمل و نقل بر محموله دچار خسارت شده است، ادعایش را تأیید کند، قواعد هامبورگ تقصیر متصدی حمل و نقل را مفروض می‌دارد و یک متصدی حمل و نقل در مسیر رد فرضیه می‌تواند ثابت کند سبب واقعی خسارت، ضرر یا تأخیر عملیات جنگی، مخاصمات عمومی، شورشها یا آشوب‌های مدنی یا هر سبب مشابه دیگر احصاء شده در بند دوم ماده ۶ می‌باشد و متصدی حمل و نقل با انجام چنین کاری عدم تقصیر خود را اثبات می‌کند.

«پینگ فت»^۱ استدلال می‌کند که متصدی حمل و نقل در بیشتر وضعیت‌های تصریح شده براساس قواعد لاهه - ویزی، بر اساس قواعد هامبورگ از مسئولیت مبرا می‌شود. بنابراین علیرغم فقدان مقرر صریحاً معادل که بیان‌کننده استثنائات باشد، همان استثنائات مندرج در بند دوم ماده ۶ قواعد لاهه - ویزی، بر اساس قواعد هامبورگ نیز برای متصدی حمل و نقل در دسترس هستند.

۵- قواعد هامبورگ اجباراً در خصوص حمل و نقل دریایی کالا یعنی (بارگیری و تخلیه) به و از یک کشور عضو اعمال می‌شوند نه فقط حمل از یک کشور عضو.

۶- قواعد هامبورگ حاوی مقرراتی است در خصوص صلاحیت رسیدگی قضایی و حل و فصل اختلافات از طریق داوری و همین‌طور رابطه قواعد هامبورگ و دیگر عهدنامه‌های بین‌المللی.

۷- قواعد لاهه - ویزی مسئولیت برای تأخیر را پوشش نمی‌دهد در حالیکه قواعد هامبورگ پوشش می‌دهد.

۸- طبق قواعد لاهه - ویزی اطلاع از تلف شدن، خسارت یا تأخیر باید قبل یا همزمان با تحویل داده شود اگر تلف یا خسارت آشکار نیست، ظرف سه روز از تاریخ تحویل باید اطلاع داده شود. براساس قوانین هامبورگ، اطلاع نباید دیرتر از روز کاری بعد از تحویل باشد یا موقعی که تلف یا خسارت آشکار نیست، ظرف ۱۵ روز از تاریخ تحویل است.

هر دو قانون مقرر کرده‌اند که قصور در چنین اطلاع‌رسانی از تحویل بر حسب ظاهر دلالت بر تحویل کالاها به همان صورت توصیف شده در صورتحساب بارگذاری یا سند حمل و نقل است.

۹- در قواعد هامبورگ یک نظام مسئولیت متحدالشکل پذیرفته شده براساس تقصیر مفروض^۱ وجود دارد که متفاوت است از نظام دوگانه مسئولیت که در قواعد لاهه - ویزی اعمال می‌شود. در خصوص مسئولیت و بار اثبات دلیل به طور کلی قواعد هامبورگ در حد قابل توجهی منافع صاحبان کالا را تأمین می‌کند.

۱۰- براساس قواعد لاهه - ویزی، دکتترین، انحراف مسیر را به متصدی حمل و نقل اجازه می‌دهد که برای انحراف مسیر معقول از مسئولیت مبرا شود. هیچ مقررۀ صریحی در قواعد هامبورگ راجع به انحراف مسیر وجود ندارد. البته به دلیل مسئولیت مبتنی بر تقصیر در قواعد هامبورگ، خساراتی که در طول یک انحراف مسیر معقول با هدف نجات جان یا مال رخ می‌دهد، بدون تقصیر تلقی می‌شود و راهکار دفاعی برای متصدی حمل و نقل فراهم می‌کنند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱- کتاب

۱- تقی‌زاده ابراهیم، (۱۳۹۴)، حقوق حمل و نقل دریایی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد

- ۲- رسولی، محمد، (۱۳۹۴)، حقوق حمل و نقل، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل جاودانه
۳- صدیق، حسن، (۱۳۹۵)، اصول کلی حقوق دریایی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل جاودانه
۴- معصومیان، پروین، (۱۳۹۵)، حقوق دریایی تطبیقی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل جاودانه

۲- مقاله

- ۵- تقی‌زاده، ابراهیم، احمدی، افشین، پاییز و زمستان (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی حدود و مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون روتردام با کنوانسیون‌های بروکسل و هامبورگ، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲ دوره ۶
۶- سیمایی صراف، حسین، یاری، میثم، (۱۳۹۳)، تعهدات و مسئولیت‌های متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون روتردام؛ مطالعه تطبیقی با قانون دریایی ایران، کنوانسیون‌های بروکسل و هامبورگ، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۶
۷- شید، بابک، (۱۳۹۱)، مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی آزاد، دانشکده حقوق واحد تهران مرکزی، شماره ۱۸، دوره ۵
۸- محمدزاده، علیرضا، (۱۳۷۳)، کنوانسیون ۱۹۷۸ در مورد حمل و نقل دریایی «قواعد هامبورگ»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۲
۹- محمدزاده وادقانی، علیرضا، (۱۳۸۱)، مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۵
۱۰- میرزائزادجویباری، اکبرمیرزا، مرادی گوارشکی، محسن، (۱۳۸۵)، چالش‌های موجود در مسئولیت عامل حمل و نقل ترکیبی در کنوانسیون ژنو ۱۹۸۰ و تأملی در حقوق ایران، پژوهشنامه‌ی حقوق و علوم سیاسی، شماره دوم و سوم

۳- منابع الکترونیکی

- ۱۱- مختاری، مهدی، (اردیبهشت ۱۳۸۱)، امور حقوقی و داوری اتاق: حقوق بازرگانی بین‌المللی (۱۵) حمل کالا و مسئولیت متصدیان حمل (بخش اول)
<http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/182140>

۴- پایان‌نامه

- ۱۲- دستغیب، سیداحمدرضا، (۱۳۹۲)، مقایسه تطبیقی حقوق و تکالیف مالک کالا در قراردادهای سنتی و الکترونیکی در حمل و نقل دریایی، کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات
۱۳- نامداری، سبحان، (۱۳۹۶)، مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی: با نگاهی به مقررات روتردام ۲۰۰۸ و مقررات مندرج در قانون حمل و نقل دریایی ایالات متحده (COGSA)، کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد پردیس

ب) منابع انگلیسی

- 1- Articles in the Journal of the Internet
14- Hewage, S.W, (2013), Hague, Hauge – Visby and Hamburg Rules,
<http://www.rswworld.com>

- 2- Thesis
15- Sefara, A.A, (2014), basis of carrier's liability in carriage of goods by sea, Master thesis, University of Oslo Law

ج) سایت‌های حقوقی
16- www.klgeurope.com/files/1968-hague-visby

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۵

صص ۷۷۳ - ۷۸۴

مطالعه‌ای پیرامون نقش حقوقی متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا

فرامرز احمدیان فر^۱، مهدی زارع^۲، محمد رضانی^۳، دکتر بابک خسروی نیا^۴

۱- دانشجوی مقطع دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۲- عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

چکیده

هدف پژوهش تبیین نقش حقوقی متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا است. در تحقیق پیش‌رو، با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی با رویکرد روش کتابخانه‌ای و به شکل فیش‌برداری از اسناد و منابع انجام شد. یافته‌های پژوهش نشان داد که؛ حمل و نقل ترکیبی که امروزه رایج‌ترین نوع حمل و نقل در عرصه بین‌المللی است، نوعی از حمل و نقل است که در آن محموله بدون اینکه وقفه‌ای در وضعیت حمل آن بوجود آید، از کشوری به کشور دیگر توسط حداقل دو وسیله نقلیه متفاوت با نظام‌های حقوقی گوناگون، تحت مسئولیت شخص واحدی که عامل حمل و نقل ترکیبی نامیده می‌شود صورت می‌گیرد. در واقع این نوع حمل و نقل، محصول کانتینریزاسیون است. با پیدایش کانتینر در دهه ۶۰ قرن بیستم، امکان ادغام مراحل مختلف حمل- اعم از دریایی، زمینی، هوایی و ریلی- در قراردادی واحد فراهم گشت و بدین‌گونه حمل و نقل ترکیبی رواج یافت. مهمترین سند بین‌المللی راجع به حمل و نقل ترکیبی «کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا ۱۹۸۰» می‌باشد. در این پژوهش، ابعاد مختلف مسئولیت متصدی حمل و نقل ترکیبی و حقوق وی در کنوانسیون‌های بین‌المللی بخصوص کنوانسیون حمل و نقل «ژنو»، مورد بررسی قرار گرفت و نتیجه کلی مشخص شد که متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی در قبال خساراتی که از فعل یا ترک فعل کارگران و نمایندگان حادث شده مسئول می‌باشد و مبنای این مسئولیت تقصیر کارگران و نمایندگان اوست که موجب نقض تعهد قراردادی متصدی حمل می‌شود. بنابراین شخص زیان‌دیده حق دارد به جای مراجعه به کارگری که عامل زیان بوده، به خود متصدی حمل که طرف قرارداد حمل و نقل می‌باشد، مراجعه و خسارت وارده را از او مطالبه کند.

واژگان کلیدی: مسئولیت، متصدی، حمل و نقل ترکیبی، کنوانسیون بین‌المللی کالا.

مقدمه

اساساً حمل و نقل نقش برجسته‌ای در امور تجارت داخلی و خارجی دارد. امروزه توسعه‌ی اقتصادی بدون حضور در بازارهای جهانی، بدون استفاده از فناوری مدرن رقابتی و وجود شبکه‌ی حمل و نقل کارامیز نخواهد بود و از نقطه نظر اقتصاددانان این امر به حدی اهمیت دارد که می‌توان آن را کالبد و ستون فقرات توسعه تلقی نموده‌اند حمل و نقل در علم اقتصاد یکی از عوامل اصلی و محرک در رشد اقتصادی می‌باشد و گسترش و توسعه‌ی سطح کیفی و کمی خدمات حمل و نقل که سبب کاهش هزینه‌های جابجایی مواد اولیه و محصول نهایی تولید و نهایتاً قیمت تمام شده‌ی محصول می‌گردد. از طرف کاهش هزینه‌ها سبب می‌شود تا تولیدکننده به قیمت رقابتی‌تر دست یابد و این عامل در نگاه اقتصادی سبب رشد و توسعه‌ی بازار به دنبال آن رشد و توسعه صنعت و تجارت را در برخواهد داشت که از حلقه‌های اصلی رشد و توسعه‌ی اقتصادی است.

همچنین از مهمترین مباحث حقوقی، حمل و نقل است و عامل حمل و نقل مرکب، شخصی را گویند که در مقابل صاحب کالا، جابه‌جایی سالم کالا را از نقطه‌ای به نقطه دیگر توسط وسایل حمل گوناگون در ازای مبلغی متعهد می‌شود نخستین پرسشی که از جهت حقوقی در مورد شخص اخیر مطرح می‌گردد مسؤلیت اوست. نگاهی به این پرسش، موضوع بررسی این نوشتار است. گفته می‌شود که مسؤلیت عامل، مبتنی بر تقصیر مفروض است؛ اما ارائه برداشت خاص از پاره‌ای عبارات معاهده ژنو موجب تردید جدی در صحت این گفتار شده است. به هر حال، عامل در صورت احراز مسؤلیت، برای جبران خسارت از سقف قانونی بهره‌مند می‌باشد، و در صورت تقصیر عمدی و سنگین این سقف ساقط می‌شود که این فکر از ابداعات معاهده مزبور است و در این مبحث اصلی‌ترین نکته مسؤلیت متصدی حمل و نقل است. مسؤلیت متصدی حمل و نقل در نظام قانون مدنی، که در قالب عقد اجاره بیان شده است - به مانند امین است و تنها زمانی که او مرتکب تقصیر شود مسئول خواهد بود. در نظام قانون تجارت اصل بر مسؤلیت متصدی حمل و نقل است و تنها زمانی که او با یک حادثه غیرقابل پیش‌بینی و دفع روبرو باشد (حادثه فورس ماژور) مسؤلیت او زائل است. در نظام قانون دریایی، مسؤلیت متصدی حمل و نقل مفروض دانسته شده است ولی اثبات خلاف آن، با رعایت احتیاطات متعارفی که در امثال اینگونه موارد ضرورت دارد امکانپذیر است. همچنین معاهده بروکسل مصوب ۱۹۲۴ از قدیمی‌ترین قواعد حاکم در این زمینه قواعد هامبورگ مصوب ۱۹۷۸ از تازه‌ترین آن‌ها است.

حال با توجه به سؤال اساسی پژوهش، بررسی نوع، ماهیت، حدود و سقوط مسؤلیت عامل حمل و نقل مرکب، موضوع بررسی این نوشتار است و چون آشنایی با این سیستم می‌تواند چه به لحاظ تئوری و چه به لحاظ عملی، به هنگام بروز اختلاف و طرح دعاوی، مفید واقع شود؛ بنابراین در این نوشتار کوشش شده است که تا حد امکان پس از معرفی عامل حمل و نقل مرکب؛ مسؤلیت و حقوق متصدی حمل و نقل در مقررات کنواسیون حمل کالا مورد تحقیق قرار گیرد.

از سوی دیگر، در تحقیق حاضر با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی تلاش شده است تا به پرسش‌هایی از جمله ماهیت تعهد متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا ژنو ۱۹۸۰ از چه نوع است؟ و یا تعهد متصدی حمل و نقل ترکیبی در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا ژنو ۱۹۸۰ چه نوع تعهدی است و در نهایت این پرسش که آیا در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا ژنو ۱۹۸۰ متصدی حمل و نقل می‌تواند معاف از مسؤلیت باشد؟ پاسخ داده شود.

۱- حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی

حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی، عبارت است از جابجایی کالا از محل واقع در یک کشور به محل دیگری واقع در کشوری دیگر، توسط حداقل دو نوع وسیله حمل و نقل، تحت مسؤلیت شخصی واحد و براساس سند حمل واحد (اسکینی، ۱۳۷۸: ۸۸). این نوع حمل و نقل عبارت است از؛ حمل کالا توسط حداقل دو نوع وسیله حمل و نقل متفاوت، از محلی واقع در یک کشور که حمل کالا توسط عامل حمل و نقل مرکب به عهده گرفته می‌شود تا محل تعیین شده برای تحویل واقع در یک کشور متفاوت، که تحت یک قرارداد حمل و نقل مرکب صورت می‌گیرد. عملیات جمع‌آوری و تحویل کالا که در اجرای یک قرارداد تکنوعی صورت می‌گیرد به عنوان یک حمل و نقل مرکب تلقی نمی‌شود (ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۸۰ ژنو)

این حمل و نقل، امروزه در عرصه تجارت جهانی رایج است. ب در نتیجه با توجه به رواج این روش حمل، برای رفع چالش‌های حقوقی این روش حمل، کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی در ۲۴ مه ۱۹۸۰ تصویب شد و پذیرای الحاق کشورها نزد دبیر کل سازمان ملل متحد، گردیده است.

لازم به ذکر است که این کنوانسیون تاکنون، حد نصاب کافی را برای لازم‌الاجرا شدن به دست نیاورده است و ایران نیز تا به حال به این کنوانسیون ملحق نگردیده است.

قبل از تصویب این کنوانسیون برخی مجامع بازرگانی جهانی، مثل اتاق بازرگانی بین‌المللی، مقرراتی را برای استفاده در حمل و نقل ترکیبی تدوین نموده بودند؛ مقل مقررات یکنواخت سند حمل و نقل مرکب (نشریه ۲۷۳ اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۷۳). که تاکنون دوبار در سال‌های ۱۹۷۵ و ۱۹۹۱ اصلاح شده است و در صورت ذکر آن در اسناد حمل یا قراردادهای حمل و نقل، جایگزین مقررات تکمیلی حاکم بر قرارداد حمل می‌شود. اما این قواعد، قانون ملی یا بین‌المللی نیست و تنها ماهیتی اختیاری دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۲۹۰ و ۲۹۱، ۵۸، ۲۷ و ۲۸). در حکم توصیه‌هایی است که به طرفین قرارداد حمل و نقل ارائه می‌شود و فقط موقعی اجرا می‌شود که طرفین قرارداد حمل و نقل آن‌ها را پذیرفته باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ج. ۱: ۸۲، ۲۸۰). در حالی که مقررات کنوانسیون، در صورت الحاق هر کشوری به آن در حکم قانون آن کشور می‌باشد.

۲- مفهوم تصدی و متصدی حمل و نقل

آیا هرکس که اقدام به حمل و نقل کالا نماید، متصدی حمل و نقل تلقی می‌شود، یا اینکه تحت شرایط خاصی، می‌توان فردی را متصدی حمل و نقل دانست؟ الفاظ تصدی و متصدی در حقوق تجارت ما با نوعی ابهام همراه است (قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۱۴۰ و ۱۴۱) اما حقوقدانان در این مورد نظرانی داده‌اند؛ برخی گفته‌اند «تجاری که متخصص در کار حمل و نقل شدند، متصدی نامیده می‌شود» (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۳: ۲۲۱)؛ در مقابل، برخی معتقدند اگر شخص در مقابل حمل و نقل اجرت بگیرد، متصدی حمل و نقل خواهد بود (اشتری، ۱۳۵۸: ۷).

تصدی^۱، در فرانسه به تشکیلاتی اطلاق می‌شود که با به کارگیری تعدادی ابزار، عملیات خاصی را انجام می‌دهند. «لفظ تصدی زمانی مصداق پیدا می‌کند که با سازمانی سر و کار داشته باشیم که در آن، تعدادی ابزار، مانند ماشین آلات، نیر و رایانه به کار گرفته شده باشد و تعدادی کارمند هم مشغول به کار باشند» (اسکینی، ۱۳۷۸: ۸۸ و ۸۹). البته برای اطلاق متصدی، الزاماً تشکیل یک بنگاه یا شرکت تجاری لازم نیست؛ اما اشتغال به حرفه حمل و نقل به عنوان امری مداوم و مستقل لازم است تا بتوان چنین شخصی را به عنوان متصدی حمل و نقل مکشومول مقررات حاکم بر متصدیان حمل و نقل دانست. با وجود شرایط فوق،

1. interprise

می‌توان شخص را متصدی حمل و نقل تلقی کرد و مقررات قانون تجارت را بر فعالیت‌های او حاکم دانست؛ در غیر اینصورت در حمل و نقلی که به طور حرفه‌ای انجام نمی‌گیرد، مقررات قانون مدنی حاکم خواهد بود. اما در خصوص متصدی حمل و نقل باید گفت که طبق ماده ۳۷۷ قانون تجارت «متصدی حمل و نقل کسی است که در مقابل اجرت، حمل اشیا را به عهده می‌گیرد». این تعریف بسیار مجمل و مبهم است، دکترین نقص قانون تجارت در انحصار مفهوم تصدی به حمل "اشیاء" را با تفسیر گسترده از این کلمه به مفهومی اعم از مسافر و کالا جبران کرده است. اما با توجه به ماده ۳۸۸ این قانون که امکان مباشرت اشخاص دیگر غیر از خود متصدی حمل و نقل را به حمل کالا پیش‌بینی کرده و در این فرض که موضوع قرارداد حمل توسط حمل و نقل کننده دیگری انجام یابد، حمل‌کننده اصلی را مسؤول قلمداد کرده است، می‌توان نتیجه گرفت که متصدی حمل و نقل همان کسی است که یک طرف قرارداد حمل بوده و تعهد می‌کند کالای موضوع قرارداد حمل را در مقابل اجرت به مقصد منتقل کند؛ چه عملیات حمل را شخصا انجام دهد یا به شخص دیگری محول کند یا (با توجه به ماده ۵۱۶ قانون مدنی که انواع حمل کالا از راه خشکی، هوا و دریا را پیش‌بینی کرده است) برای انجام آن از یک نوع یا چند نوع وسیله حمل و نقل استفاده کند.

طبق بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی، متصدی حمل و نقل ترکیبی، شخصی است که رأساً یا توسط اشخاصی که از سوی وی اقدام می‌کنند، قرارداد حمل ترکیبی اقدام می‌کند و در قبال اجرای قرارداد حمل ترکیبی، پاسخگو می‌باشد (لوراسا، ۱۳۷۵: ۴۰). این تعریف با تعریفی که از تلفیق مواد ۳۷۷ و ۳۸۸ قانون تجارت و ماده ۵۱۶ قانون مدنی ایران به دست آمد، مشابهت زیاد دارد.

CC^۱: این متصدی حمل و نقل چند وجهی خود صاحب یا اداره کننده وسائط نقلیه زمینی یا هوایی نیست، بلکه می‌تواند با انعقاد قرارداد با دارندگان یا اداره کنندگان آن وسائط به حمل محموله مورد تصدی تا مقصد نهایی مبادرت کند.

NON Vessel^۲: این نوع از متصدی عاملی است که خود دارنده کشتی نیست، هر چند ممکن است بعضی از سایر وسائط مثلاً تعدادی کامیون را در اختیار داشته باشد. به عبارتی دیگر مالکیت یا داشتن وسائط نقلیه‌ای چون هواپیما، ریل و یا کشتی توسط عامل مذکور مرسوم نبوده یا استثنائی است (محمودزاده واقانی، ۱۳۷۷).

۳- ماهیت حقوقی عامل حمل و نقل مرکب

مطابق بند ۲ ماده ۱ معاهده ژنو (۱۹۸۰): «عامل حمل و نقل مرکب، عبارت است از هر شخصی که به حساب خود یا توسط شخص ثالث یک قرارداد حمل و نقل مرکب منعقد کرده و مسئولیت اجرای آن را به عهده می‌گیرد و به عنوان مأمور یا نماینده فرستنده یا حمل‌کننده‌های شرکت کننده در عملیات حمل و نقل مرکب عمل نمی‌کند.»

با توجه به اینکه حرفه عامل حمل و نقل مرکب از جهت حقوقی، بخوبی تعریف و تبیین نشده است، بنابراین هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی می‌تواند به این حرفه، اشتغال ورزد. در حال حاضر، مؤسسات حمل و نقل دریایی، زمینی، ترانزیترها و فورواردرها در کشورهای مختلف اقدام به ارائه چنین خدماتی می‌کنند (یاسری، ۱۳۸۵). آنچه حائز اهمیت می‌باشد این است که ارائه دهندگان این نوع خدمات باید علاوه بر داشتن مهارت و کاردانی لازم و تجربه کافی در ترکیب انواع حمل و نقل، از توانایی مالی و تجهیزات لازم برخوردار بوده و دارای نمایندگی‌های متعدد در محل‌های مختلف باشند. از آنجا که اهم وظایفشان نیز تنظیم

1. Operating MTO
2. Operating MTO

همکاری افراد و مؤسسات گوناگون در زنجیره حمل و نقل است، پس لازمه موفقیتشان داشتن شناخت قابل توجهی از انواع حمل و نقل تک نوعی است (محمد زاده وادقانی، ۱۳۷۲: ۱۲۸-۱۲۷).

با توجه به توضیحات داده شده می‌توان گفت عامل حمل و نقل مرکب، شخصی حقیقی یا حقوقی است که عملیات حمل و نقل را از ابتدا تا انتها سازماندهی کرده، به عنوان طرح عملیات؛ مسیر مناسب، نوع حمل و نقل و متصدی حمل مطمئن را انتخاب می‌کند و از آنجا که مسئولیت جابه‌جایی کالا را از مبدأ تا مقصد برعهده دارد، موظف است تا با برنامه‌ریزی صحیح و دقیق و انعقاد قراردادهای جداگانه به نام خود با سایر متصدیان حمل و نقل، محموله مورد قرارداد را سالم و سرفرار (به موقع) به مقصد برساند. اگرچه ممکن است که عامل حمل و نقل مرکب، عمل جابه‌جایی را در بخشی از مسیر به شخصه انجام دهد؛ ولی معمولاً عملیات حمل کالا توسط نمایندگان و مأموران وی یا سایر متصدیان حمل و نقل که طرف قرارداد جداگانه با او هستند؛ ورت می‌گیرد (<http://andishears.com>).

با توجه به اینکه مسئولیت حمل کالا به طریق مرکب از مبدأ تا مقصد بر عهده اوست، فقط مخاطب صاحب کالا (مشتری) نیز خود او خواهد بود. بر این اساس، عامل حمل و نقل مرکب دارای دو چهره است: از یک طرف در مقابل فرستنده متعهد به جابه‌جایی کالا از مبدأ تا مقصد است و جمع‌آوری، بارگیری، انجام عملیات گمرکی و ارسال کالا را برعهده دارد و با توجه به تراکم و شلوغی بنادر و سهولت و روانی جاده‌ها (یا بالعکس) بهترین مسیر را انتخاب می‌کند.

۴- حقوق عامل حمل و نقل مرکب

طرف قرارداد عامل حمل و نقل مرکب یعنی صاحبان کالا ملزم به انجام یک سری موارد می‌باشند که در غیر این صورت عامل بر حسب مورد دارای حق دریافت غرامت و مراجعه به آن‌ها حق تخلیه و تحویل دادن کالا و دریافت کرایه یا حق حبس خواهد بود. بنابراین در قرارداد حمل و نقل مرکب صاحبان کالا نه تنها ملزم به پرداخت کرایه می‌باشند بلکه متعهد به رعایت مواردی نیز می‌باشند که عدم رعایت آن‌ها موجب ایجاد امتیاز برای عامل می‌شود (www.lawnet.ir).

بنابراین متصدی حمل چند وجهی در مقابل تعهدات یاد شده حقوقی نیز دارد که عمده‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

۱- اظهار دقیق، درست و بدون غل و غش کالا توسط فرستنده

فرستنده مسئول صحت اظهارات خود در مقابل عامل است. عواقب ناشی از اظهارات نادرست و ناکافی و نیز عدم اظهارات به عهده فرستنده است. او باید از عامل بابت خسارات ناشی از موارد فوق رفع خسارت کند. اگر چه این وضعیت در میزان مسئولیت عامل در مقابل ثالث دارنده بارنامه با حسن نیت بی‌تاثیر است. در حقوق فرانسه چنانچه عدم صحت اظهارات فرستنده عمدی باشد قانون به عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل در مورد کسری و زیان ناشی از مخفی کاری فرستنده قائل است. البته شرط با بهره‌مندی متصدی حمل و نقل از این امتیاز این است که او دارای حسن نیت باشد (Gouilloud (M.T), 1988: p308).

۲- دریافت بدون قید و شرط کرایه و هزینه حمل:

کرایه عوض تعهد عامل به جابه‌جایی کالا در قرارداد حمل و نقل مرکب است. این مبلغ مشتمل بر اجرت عامل هزینه‌های حمل و نقل دیگر هزینه‌های فرعی است که به عهده صاحب کالا می‌باشد. هزینه فرعی مثل هزینه ناشی از نگهداری و هزینه‌های غیرقابل پیش‌بینی در هنگام تنظیم قرارداد نظیر هزینه ناشی از تصمیمات مقامات اداری که به عهده صاحب کالا است.

این مبلغ به عامل تعلق داشته و باید در هر صورت پرداخت شود به طور معمول عاملان حمل و نقل با قید شرط حق دریافت کرایه را بدون توجه به سرنوشت کالا برای خود محفوظ می‌داند (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۹).

۳- انتخاب مسیر و شیوه حمل در صورتی که دستور خاصی از فرستنده نگرفته و توافقی به عمل نیامده باشد.

۴- امحاء یا تخلیه محمولات خطرناک چنانچه از ماهیت این کالا توسط فرستنده آگاه نشده باشد و دریافت غرامت و دریافت هرگونه هزینه و ضرر و زیان از این بابت صاحب کالا موظف است تا کیفیت خطرناک کالا را به عامل خبر دهد. در صورت تصور صاحب کالا و چنانچه خود عامل هم نتواند به کیفیت خطرناکی کالا در هنگام یا بعد از تحویل گرفتن پی ببرد عامل حق تخلیه منهدم کردن یا بی‌اثر کردن کالاهای مزبور را دارد بدون اینکه از این بابت ملزم به جبران خسارت باشد. فرستنده مسئول زیان ناشی از ارسال چنین کالایی می‌باشد. اثبات اینکه امکان پی بردن به کیفیت خطرناک کالا برای عامل وجود داشته یا خیر به عهده ذی حق در کالا است.

۵- دریافت یک نسخه اصل از برنامه صادره زهر نویسی شده در ازاء تحویل کالا یا ترخیصیه مربوط به آن و توجه به این واقعیت که این سند متضمن سه ویژگی زیر است:

۱- به منزله رسید کالا است.

۲- به منزله قرارداد حمل است.

۳- مبین مالکیت کالا است و چون به منزله رسید کالا است باید در مقابل تحویل کالا در مقصد مسترد گردد. برهانی، ۱۳۹۱).

تحویل دادن عملی حقوقی است که با انجام آن مسئولیت عامل پایان می‌گیرد. گیرنده ملزم به تحویل گرفتن کالا است و اگر نه عاملی می‌تواند به هزینه و مسئولیت او اقدام به تخلیه کند. در قواعد عام حمل و نقل غالب کشورها در راستای اعمال این حق تخلیه کالا و فروش آن از طریق مزایده پس از مهلت معینی پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال در حقوق حمل و نقل فرانسه در صورت امتناع گیرنده از تحویل گرفتن کالا بعد از انقضای شش ماه از ارسال اخطاریه مبنی بر ورود کالا فروش کالا از طریق مزایده پیش‌بینی شده است (Rodiere ۱۹۶۸. p. ۴۰۹).

۵- حقوق متصدی حمل و نقل ترکیبی

صاحبان کالا به عنوان طرف قرارداد عامل حمل و نقل مرکب، ملزم به انجام مواردی هستند که در غیر این صورت عامل بر حسب مورد دارای حق دریافت غرامت و مراجعه به آن‌ها، حق تخلیه و تحویل دادن کالا و دریافت کرایه یا حق حبس خواهد بود. بنابراین در قرارداد حمل و نقل مرکب صاحبان کالا نه تنها ملزم به پرداخت کرایه می‌باشند بلکه متعهد به رعایت مواردی نیز می‌باشند که عدم رعایت آن‌ها موجب ایجاد امتیاز برای عامل می‌شود. این امتیازات یا به عبارتی دیگر الزامات صاحبان کالا عبارتند از: (محمد زاده وادقانی، همان: ۸۱)

الف: دریافت کرایه

کرایه عوض تعهد عامل به جابه‌جایی کالا در قرارداد حمل و نقل مرکب است. این مبلغ مشتمل بر اجرت عامل هزینه‌های حمل و نقل دیگر هزینه‌های فرعی است که به عهده صاحب کالا می‌باشد. هزینه فرعی مثل هزینه ناشی از نگهداری و هزینه‌های غیرقابل پیش‌بینی در هنگام تنظیم قرارداد نظیر هزینه ناشی از تصمیمات مقامات اداری که به عهده صاحب کالا است (همان)

ب: بررسی کالا و دریافت غرامت نسبت به اظهارات نادرست

حق بررسی کالا و دریافت غرامت نسبت به اظهارات نادرست صاحبان کالا را چنین می‌توان تبیین نمود که؛ بارنامه حاوی یک سری اطلاعات کلی در خصوص کمیت و کیفیت کالای موضوع حمل می‌باشد. این اطلاعات به ویژه از آن جهت حائز اهمیت است که بارنامه رسید دریافت کالا توسط عامل به نحوی که در آن قید شده می‌باشد. براساس همین اطلاعات است که مبلغ کرایه تعیین می‌شود. کنترل وضعیت کالا در ابتدا و انتها از حقوق عامل است. اما این بررسی در عمل آسان نیست به ویژه اگر کالا در کانتینر با وسایل مشابه قرار گرفته باشد. بنابراین گهگاهی وسوسه تقلب به فرستنده دست می‌دهد او با اعلام رقمی کمتر از ارزش کالا یا با مخفی کردن طبیعت کالا سعی می‌کند کرایه کمتری بپردازد. به هر حال فرستنده مسئول صحت اظهارات خود در مقابل عامل است. عواقب ناشی از اظهارات نادرست و ناکافی و نیز عدم اظهارات به عهده فرستنده است. او باید از عامل بابت خسارات ناشی از موارد فوق رفع خسارت کند. اگر چه این وضعیت در میزان مسئولیت عامل در مقابل ثالث دارنده بارنامه با حسن نیت بی‌تأثیر است. در حقوق فرانسه چنانچه عدم صحت اظهارات فرستنده عمدی باشد، قانون به عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل در مورد کسری و زیان ناشی از مخفیکاری فرستنده قائل است. البته شرط بهره‌مندی متصدی حمل و نقل از این امتیاز این است که او دارای حسن نیت باشد (همان: ص ۸۲-۸۱)

مطابق بند ۲ ماده ۱۲ معاهده ژنو "جبران زیان وارد بر عامل حمل و نقل مرکب که ناشی از عدم صحت یا فقدان نکات مذکور در بند ۱ این ماده است به عهده فرستنده خواهد بود. مسئولیت فرستنده حتی در صورت انتقال سند حمل و نقل مرکب به شخص ثالث به حال باقی می‌ماند. حق اخذ غرامت برای عامل حمل و نقل مرکب به هیچ وجه مسئولیت او را براساس قرارداد حمل و نقل در مقابل سایر اشخاص به جز فرستنده محدود نمی‌کند."

ج: حق تخلیه و بی‌اثر ساختن کالاهای خطرناک

صاحب کالا موظف است تا کیفیت خطرناک کالا را به عامل خبر دهد. در صورت قصور صاحب کالا و چنانچه خود عامل هم نتواند به کیفیت خطرناکی کالا در هنگام یا بعد از تحویل گرفتن پی ببرد، عامل حق تخلیه، منهدم کردن یا بی‌اثر کردن کالاهای مزبور را دارد بدون اینکه از این بابت ملزم به جبران خسارت باشد. فرستنده مسئول زیان ناشی از ارسال چنین کالایی می‌باشد. اثبات اینکه امکان پی بردن به کیفیت خطرناک کالا برای عامل وجود داشته یا خیر به عهده ذیحق در کالاست (همان: ص ۸۳-۸۲)

مطابق ماده ۲۳ معاهده ژنو ۱۹۸۰: قواعد ویژه در مورد کالاهای خطرناک:

۱- فرستنده کالای خطرناک به طریق مقتضی خطرناک بودن آن را با علامت‌گذاری یا نصب نشانه مشخص می‌کند.

۲- فرستنده هنگامی که کالای خطرناک را در اختیار عامل حمل و نقل مرکب قرار می‌دهد باید عامل حمل و نقل مرکب را از کیفیت خطرناک کالا و در صورت لزوم از اقدامات احتیاطی که باید به عمل آید مطلع سازد. چنانچه فرستنده تعهد مزبور را انجام ندهد و عامل حمل و نقل مرکب نیز به نحو دیگری به کیفیت خطرناک کالا آگاهی نیابد:

الف. فرستنده در مقابل عامل مسئول زیان ناشی از ارسال چنین کالایی است.

ب. کالاهای مزبور در هر لحظه حسب مقتضیات قابل تخلیه انهدام یا بی‌خطر شدن هستند، بدون اینکه غرامتی از این بابت پرداخت شود.

۳- در مواردی که مقررات قسمت ب بند ۲ این ماده قابل اجرا نباشد یا نتواند مورد استفاده قرار گیرد، چنانچه کالای خطرناک اشخاص یا اموال را در معرض خطر واقعی قرار دهد، حسب مقتضیات می‌توان

کالاهای مزبور را تخلیه منهدم یا بی‌خطر نمود، بدون اینکه گرامتی از این بابت پرداخت شود به استثنای مواقعی که تعهد به مشارکت در خسارت مشترک وجود داشته باشد یا اینکه عامل حمل و نقل مرکب حسب مقررات ماده ۱۶ مسئول باشد (همان)

د: مراجعه به فرستنده

مراجعه به فرستنده حقی است که برای هزینه‌های اضافی و خسارات ناشی از بسته‌بندی نامناسب صورت می‌گیرد.

بسته‌بندی کالا وظیفه‌ای است به عهده صاحب کالا او باید کالا را به طرز مناسبی بسته‌بندی کرده در صورت قصور در انجام آن باید از عهده خسارات و هزینه‌های اضافی ناشی از آن برآید. اگرچه کانتینر محافظ خوبی برای کالا محسوب می‌شود و از این جهت عاملی در جهت صرفه‌جویی هزینه‌های بسته‌بندی به حساب می‌آید، اما موجب صرفنظر کردن از باربندی درست در آن نیست. چنانچه کانتینر متعلق به عامل نباشد، وظیفه بارچینی در آن به عهده فرستنده است که در صورت اهمال باید جواجویی خسارات و زیان وارد بر عامل باشد (همان: ص ۸۴-۸۳)

ه: تحویل دادن کالا

تحویل دادن عملی حقوقی است که با انجام آن مسئولیت عامل پایان می‌گیرد. گیرنده ملزم به تحویل گرفتن کالا است و اگر نه عامل می‌تواند به هزینه و مسئولیت او اقدام به تخلیه کند. در قواعد عام حمل و نقل غالب کشورها در راستای اعمال این حق تخلیه کالا و فروش آن از طریق مزایده پس از مهلت معینی پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال در حقوق حمل و نقل فرانسه در صورت امتناع گیرنده از تحویل گرفتن کالا بعد از انقضای شش ماه از ارسال اخطاریه مبنی بر ورود کالا فروش کالا از طریق مزایده پیش‌بینی شده است. (همان)

مطابق قسمت دو و سه ماده ۱۴ معاهده ژنو در مواردی که گیرنده از تحویل گرفتن کالا امتناع می‌کند، قرارداد کالا در اختیار وی مطابق قرارداد حمل و نقل مرکب، قوانین یا عرف تجاری حاکم در محل تحویل یا تحویل به یک مقام ذیصلاح یا شخص ثالثی که مطابق مقررات حاکم در محل تحویل کالا باید به او سپرده شود پیش‌بینی شده است (همان)

۶- ماهیت مسؤولیت متصدی در قرارداد حمل و نقل ترکیبی کالا

الف: تقصیر متصدی در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی

ماده ۱۶ کنوانسیون ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد در مورد حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی، در مقام بیان مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل ترکیبی مقرر کرده است که «متصدی حمل و نقل ترکیبی در مقابل ضررهای وارده به کالا مسؤول است؛ مگر ثابت کند که خودش و یا خدمه و کارکنان و نمایندگان تمام تلاش خود را که به طور معقول برای جلوگیری از واقعه موجد خسارت و آثار و نتایج آن بوده اعمال کرده‌اند». (لوراسا، ۱۳۷۵:۴۰). به عبارتی دیگر، متصدی حمل و نقل اگر ثابت کند همه اقدامات لازم را اعمال کرده ولی باز هم نتوانسته جلوی خسارت را بگیرد، از مسؤولیت معاف می‌باشد. این حکم به منزله پذیرش فرض مسؤولیت متصدی حمل و نقل به صورت نسبی است که با اثبات تلاش و کوشش معقول و متعارف (یعنی عدم وقوع تقصیر) رد می‌شود. از سوی دیگر این حکم به معنی آن است که طبق مقررات کنوانسیون، تعهد متصدی حمل به صحیح و سالم رساندن کالا از نوع تعهد به سوبله، است نه تعهد به نتیجه؛ زیرا اگر تعهد او تعهد به نتیجه بود متصدی حمل برای معافیت از مسؤولیت باید وجود یک علت خارجی را ثابت می‌کرد؛ علت خارجی هم عبارت است از «هر حادثه مستقل از اراده متعهد؛ یعنی علتی که خارج از اختیار وی بوده یا قابل پیش‌بینی و رفع نبوده است. علت خارجی عبارت است از:

۱. تقصیر متعهدله؛ ۲. تقصیر ثالث؛ ۳. قوه قهریه؛ ۴. حادثه غیرمترقبه
(**economic Commission . 1998, p.2.Parag.4**) حال آنکه اثبات کوشش‌های لازم در انجام تعهد به این معنی است که هر چند علتی خارجی سبب خسارت نباشد، باز هم به دلیل اینکه متصدی حمل کوشش‌های لازم را به کار برده است، معاف از مسؤلیت می‌باشد (**Diana Faber.1996, p.505**)

ب: تعهد متصدی حمل و نقل ترکیبی در معاهده ژنو ۱۹۸۰

یکی از اهداف دنبال شده در معاهده ژنو ۱۹۸۰ این بود که در تعیین نوع مسؤلیت عامل، نظامی برقرار شود که پاسخگوی انتظارات تجاری کلیه کشورها بویژه کشورهای صاحب کالا باشد. فکر حاکم در این معاهده این بود که به موقعیت نسبی برتر متصدیان حمل و نقل در مقابل صاحبان کالا خاتمه داده شده و از این پس افراد اخیر مورد اجحاف متصدیان حمل و نقل قرار نگیرند.

در این فرآیند برخی موارد مسؤلیت عامل حمل و نقل ترکیبی بر اساس معاهده ژنو ۱۹۸۰ به شرح زیر مورد توجه قرار گرفته است.

۱. حصول اطمینان از اینکه کارکنان ذریبط آموزش‌های لازم را دیده و با معیارها و الزامات و شرایط ناظر بر این چرخه حمل‌آشنایی کافی دارند و به ویژه اینکه همکاران در مقاصد تحویل بار با ضرورت و چگونگی مبادله اسناد آشنایی دارند.

۲. حصول اطمینان نسبت به صدور صحیح وصولی اسناد حمل و سایر اسناد لازم.

۳. حصول اطمینان نسبت به اینکه شرایط عمومی صنفی وی به اطلاع مشتریان رسیده و مورد پذیرش آن‌ها قرار گرفته باشد.

۴. بذل توجه و دقت در انتخاب حمل‌کنندگان و عوامل اجرایی که ای عملیات حمل را به آن‌ها واگذار می‌کند و حصول اطمینان از اینکه این پیمانکاران دارای پوشش بیمه‌ای کافی و لازم هستند.

۵. اقدام به موقع و در صورت لزوم طرح دعوی قانونی علیه پیمانکارانی که موجب خسارت و ضرر و زیان مشتریان گردیده‌اند.

۶. توجه دقیق به این مصالح اساسی که متصدی از زمانی که کالا را در ید اختیار می‌گیرد تا زمانی که آن‌ها را در مقصد تحویل می‌دهد مسئول است.

۷. با صدور سند حمل چند وجهی، متصدی حمل چند وجهی در نقش کارک یا متصدی اصلی عمل می‌کند نه کارگزار و در این نقش دارای مسؤلیت شبکه ای است و مسؤلیت اشخاص ثالثی که از خدمات آن‌ها برای اجرای حمل استفاده می‌کند را برعهده دارد.

ج: مبنای مسؤلیت عامل حمل و نقل مرکب

ماده ۱۶ کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی ۱۹۸۰ ژنو که کاملاً شبیه متن پاراگراف اول ماده ۵ کنوانسیون هامبورگ است که مقرر می‌دارد: مطابق ماده ۱۶ معاهده: عامل حمل و نقل مرکب در صورتی مسؤل زیان ناشی از تلف، خسارت وارد به کالا و همچنین تأخیر در تحویل است که واقعه موجب تلف، خسارت یا تأخیر، طی مدتی که حسب ماده ۱۴، کالا تحت حفاظت او بوده، رخ داده باشد، مگر اینکه عامل حمل و نقل مرکب ثابت کند که خود او، مأمورین یا نمایندگان یا هر شخص دیگر یاد شده در ماده ۱۵، کلیه اقداماتی را که بطور معقول جهت احتراز واقعه و پیامدهای آن لازم بوده، به عمل آورده‌اند. بنابراین، عامل حمل و نقل مرکب نه فقط مسؤل اعمال و تقصیرات شخصی خود است؛ بلکه مسؤل اعمال و تقصیرات نمایندگان، مأموران و اشخاصی است که از خدماتشان در اجرای قرارداد حمل و نقل مرکب استفاده می‌کند. او مسؤل زیان ناشی از تلف، خسارت وارد به کالا و نیز تأخیر در تحویل است؛ مگر اینکه ثابت کند که خود او و هیچ یک از مأموران، نمایندگان و واسطه‌ها مرتکب تقصیری نشده و کلیه احتیاط‌های لازم را در جهت احتراز از

واقعه خسارت را به عمل آورده اند. پس مسئولیت عامل، مبتنی بر تقصیر با معکوس بودن بار اثبات دعوی است.

از سوی دیگر، اثبات بی تقصیری عامل حمل و نقل ترکیبی و عوامل او برای رهایی از مسئولیت کفایت نمی‌کند بلکه مضافاً باید ثابت کند کلیه احتیاط‌های لازم جهت احتراز از واقعه خسارت را نیز به کار گرفته شده است به دیگر تعبیر، رعایت یک سری موازین که از جانب یک فرد معقول (پدر خوب خانواده) انتظار می‌رود، از جانب عامل و عوامل او به عمل آمده است، بنابراین در ابتدا بار اثبات عدم وجود تقصیر به عهده عامل است، یعنی کسی که بر او فرض تقصیر وجود دارد (محمد زاده وادقانی، ۱۳۷۹: ۶۷) بنابراین عامل باید حسن مراقبت خود را در رسانیدن سالم کالا به مقصد به اثبات برساند (محمد زاده وادقانی، ۱۳۷۲: ۱۲۸)

مطابق ماده ۱۶ معاهده ژنو عامل مسئول زیان ناشی از تلف خسارت وارد به کالا و نیز تاخیر در تحویل کالا است. بنابراین وقتی هیچ یک از کالاهای به عهده گرفته شده تحویل داده نشوند (تلف کلی) و نیز وقتی کمبود وجود داشته باشد (تلف جزئی) و همین طور وقتی که کالا در هنگام تحویل آن از عامل به گیرنده در مقایسه با وضعیت زمان تحویل گرفتن آن در وضعیت بدتری باشد (نقصان) و همچنین وقتی تحویل با تاخیر صورت می‌گیرد عامل مسئول زیان وارده می‌باشد. امروزه مسئولیت ناشی از تاخیر در تحویل به عنوان یک اصل در اغلب معاهدات بین‌المللی حمل و نقل پذیرفته شده است. نقض قراردادی اعم است از عدم اجرای قرارداد (کلی و جزئی) سوء اجرا و اجرای با تاخیر آن.

۷- نتیجه‌گیری

اساساً وظایف، تعهدات و مسئولیت‌های متصدی حمل و نقل حسب قانون حاکم بر قرارداد حمل تعیین می‌شود. با این وصف وظیفه اصلی متصدیان حمل و نقل، اعم از متصدی حمل و نقل زمینی، دریایی یا هوایی انتقال صحیح کالا و مسافر از مبدا تا مقصد در مدت حمل است و عامل حمل و نقل مرکب واسطه‌ای بین مالک کالا و متصدیان حمل و نقل است بنابراین متفاوت از متصدی حمل و نقل است. خلاء حقوقی موجود در این زمینه در حقوق داخلی محسوس است. به هر حال در غیاب قواعد خاص به نظر می‌رسد که اگر شخصی اقدام به انعقاد قرارداد حمل و نقل مرکب نماید همانند متصدی حمل و نقل مشمول قواعد مربوط به ویژه مواد ۳۸۶، ۳۸۷ و ۳۸۸ قانون تجارت می‌شود. همچنین عاملان حمل و نقل مرکب برای حصول اطمینان در وصول کرایه و سایر هزینه‌های مرتبط با حمل کالا با درج شرط در قراردادهای حمل و نقل مرکب تضمین لازم از جمله حق حبس کالا را در مقابل گیرنده خارجی پیش‌بینی می‌کنند.

متصدی مسئول خسارات وارده بر اشیاء و اشخاص در مدت مذکور است مگر آنکه بتواند یکی از جهات معافیت از مسئولیت را، حسب قانون حاکم، به اثبات برساند. بنابراین متصدی حمل، افزون بر اینکه در برابر مسافر مسؤلیت داشته در قبال بار همراه وی و نیز کالاهایی که فرستنده به وی می‌دهد نیز مسؤول می‌باشد. از این رو مسؤولیت مدنی متصدی حمل و نقل در برابر مسافر و بار و کالا، در کنوانسیون‌ها و رویه‌های قضایی بین‌المللی مطرح می‌باشد.

بنابراین در تحقیق حاضر تلاش شده است تا ضمن معرفی کنوانسیون ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد راجع به حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی مسؤولیت متصدی حمل و نقل ترکیبی را مبتنی بر تقصیر قرار داده است؛ همچنین در صورتی که صاحب کالا وقوع ضرر را ثابت کند، تقصیر متصدی حمل و نقل را مفروض دانسته و او را مسؤول می‌داند. مطابق بند ۴ ماده ۲۸ کنوانسیون، عامل حمل و نقل ملزم به پرداخت هزینه‌های دادرسی‌ای که شخص ذیحق در جریان دادرسی متحمل شده است به او (شخص ذیحق) می‌باشد، مشروط به

اینکه هزینه‌های دادرسی که در جریان آن مقررات مذکور مورد استناد می‌باشد، براساس قانون کشور محل دادرسی تعیین شده باشد.

در عرصه حمل و نقل ترکیبی متصدی حمل مسئول خساراتی است که توسط کارگران و نمایندگان او وارد می‌شود. ماده ۱۵ کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی در این خصوص چنین مقرر کرده است: "با رعایت ماده ۲۱، متصدی حمل و نقل ترکیبی در قبال فعل یا ترک فعل کارگران خود، مشروط بر اینکه در حدود وظایف استخدامی خود عمل کنند و فعل یا ترک فعل هر شخص دیگری که متصدی حمل از خدمات او برای اجرای قرارداد حمل ترکیبی استفاده می‌کند، مشروط بر آنکه این اشخاص در مقام اجرای قرارداد اقدام کرده باشند، مسئول است و این مسئولیت به همان گونه‌ای است که اگر خود متصدی حمل آن فعل یا ترک فعل را مرتکب می‌شد، مسئول می‌بود."

از سوی دیگر، نتیجه کلی پژوهش بیانگر این است که؛ مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون‌های تک نوعی متنوع است. مبنای مسئولیت در کنوانسیون لاهه (بروکسل) ۱۹۲۴ و کنوانسیون ورشو ۱۹۲۹، مبتنی بر تقصیر مفروض است. کنوانسیون هامبورگ ۱۹۷۶، کنوانسیون **CMR**، کنوانسیون **CIM**، کنوانسیون مونترال ۱۹۹۹، و کنوانسیون ملل متحد در مورد مسئولیت بهره برداران پایانه‌های حمل و نقل در تجارت بین‌الملل ۱۹۹۴ مبتنی بر مسئولیت مفروض هستند.

ماده ۱۶ کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بر نظریه تقصیر مفروض استوار گردیده است و طبق این ماده مسئولیت زمانی متوجه عامل است که زیان طی مدتی که کالا تحت حفاظت اوست وارد شده باشد و رابطه علیت بین تقصیر وی یا عوامل خسارت وجود داشته باشد و همواره ثابت گردد که حادثه زیانبار نتیجه فعل عامل است و نه نتیجه یک عامل خارجی. ولی لزوم اثبات حادثه خارجی غیر قابل اجتناب که باعث خسارت شده است، مبنای مسئولیت را به فرض مسئولیت نزدیک می‌سازد و آن را به فرض مسئولیت مبدل می‌کند.

منابع و مأخذ

فهرست منابع فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، ۱۳۷۸، حقوق تجارت (کلیات معاملات تجاری...)، تهران، انتشارات سمت، چ. ۱.
۲. اشتری، محمد، ۱۳۵۸، مسؤولیت مدنی متصدی حمل و نقل زمینی، پایان نامه دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران،
۳. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، ۱۳۵۳، حقوق بازرگانی، تهران، بی نا، چ. ۴.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۳، حقوق تعهدات، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج. ۱
۵. قاسم زاده، سیدمرتضی، ۱۳۷۸، مبانی مسؤولیت مدنی، نشر دادگستر، چ. ۱.
۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۲، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسؤولیت مدنی)، تهران، کتابفروشی دهخدا، چ. ۱.
۷. لورراسا، میشل، ۱۳۷۵، مسؤولیت مدنی، ترجمه محمد اشتری، تهران، نشر حقوقدان، چ. ۱
۸. محمد زاده وادقانی، علیرضا. ۱۳۷۲، ترابری چند نوعی و نارسایی قانون داخلی، "مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی"، ش سی ام، دی ماه
۹. محمد زاده وادقانی، علیرضا، ۱۳۷۹، مسؤولیت و حقوق عامل حمل و نقل مرکب در معاهده ژنو ۱۹۸۰، "مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی"، دوره پنجاه، دی ماه
۱۰. یاسری، ابراهیم، ۱۳۸۵، حمل و نقل ترکیبی کانتینر با استفاده از واگن رویکردی نو در ایران، تهران، "هشتمین همایش حمل و نقل ریلی"

فهرست منابع انگلیسی

1. Diana Faber, "The Problem Arising from Multimodal Transport", Lloyd's Maritime and Commercial law, quarterly, Nov.1996, p.505
2. fconomic Commission for Europe, "Inland transport Committee, possibilities for reconciliation and harmonization of civil liability regimes governing combined transport", 1998, p.2.Parag.4.
3. Remond Gouilloud (Martine),Droit maritime, ed. Pedone ,1988 ,p. 330.
4. Rodiere (R), Traite general de droit maritime, T. II, dalloz.۱۹۶۸ p.۴۰۹.
5. <http://www.andisheasr.com/index.php/-08-20-08-2012/12-48-08-20-08-2012-23-28-06-17-11-2012-175/23-51>
6. <http://www.lawnet.i>

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۳

صص ۷۸۵ - ۷۹۹

ارزیابی و تحلیل قوانین حاکم بر احوال شخصیه در نظام حقوقی ایران و حقوق

بین‌الملل^۱

محمدامین دادفر^۱، بابک وثوقی فرد^۲

۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، واحد امارات متحده عربی

۲- استادیار گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران

(نویسنده مسئول: vosooghi.fard@yahoo.com)

چکیده

احوال شخصیه برخاسته از حقوق روم است و از دو عنصر اساسی اهلیت و وضعیت تشکیل شده است و حاصل نوعی تقسیم‌بندی می‌باشد که احوال مدنی را به دو قسم احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می‌کند؛ احوال شخصیه عبارت از عناوینی است که موجب تحقق حالتی در شخص نسبت به شخصی دیگر می‌شود که قانون بر آن اثری مترتب کرده است. با توجه به اهمیت و تعدد مقررات حاکم بر آن در مورد اتباع ایرانی و خارجی مقیم ایران، لزوم روشن شدن مفهوم و قلمرو موضوع احوال شخصیه ضروری است که در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد؛ ایران از جمله کشورهایی است که احوال شخصیه افراد را مشمول قانون دولت متبوع آن‌ها می‌داند؛ ماده ۶ قانون مدنی قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه را تایید نموده و مقرر می‌دارد قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح، طلاق، اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران و لو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهند بود. در این مقاله نگارندگان با روش تحلیلی - توصیفی از طریق مطالعه کتابخانه‌ای به دنبال ارزیابی و تحلیل قوانین حاکم بر احوال شخصیه در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل هستیم.

واژگان کلیدی: تابعیت، احوال شخصیه، حقوق ایران، حقوق بین‌الملل.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری تخصصی با عنوان «ماهیت و آثار تابعیت در احوال شخصیه با تاکید بر حقوق ایران و حقوق بین‌الملل و فقه امامیه» در رشته حقوق بین‌الملل عمومی در دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات متحده عربی بوده است.

مقدمه

برای تشخیص تابعیت عملی یا موثر باید قراین و اوضاع و احوال را در نظر گرفته و ببینیم که فرد در عمل به کدام دولت بیشتر وابستگی و تعلق دارد. از این لحاظ باید به بررسی محل سکونت، زبان، تابعیت همسر شخص، گذرنامه ای که مورد استفاده قرار داده و... پرداخته شود و به این امور توجه داشت. ذکر این نکته در این راستا لازم و ضروری است مفهوم تابعیت عملی ابتدا در رویه قضایه بین‌المللی پذیرفته شده و پس از آن در رویه قضایی بعضی کشورها از جمله فرانسه مورد قبول واقع گردیده است.

حقوقدانان اسلامی و به خصوص اندیشمندان امامی تردید نکرده‌اند که عرف بین‌المللی همان عقل است و می‌دانیم که عقل از منابع پذیرفته شده حقوق اسلامی است. از طرف دیگر احکام حکومتی با تصمیماتی که حاکم اسلامی به جهت ضرورت نظم جامعه اسلامی اتخاذ می‌کند سرنوشت ساز بوده و از جمله منابعی که به ویژه در روابط بین‌المللی ملت مسلمان و دیگر ملت‌ها سرنوشت ساز خواهد بود. بنابراین شک نباید کرد که اموری همچون تابعیت در روابط بین‌الملل از جمله ضروریات زندگی بین‌المللی که مورد قبول عقلای آگاه امت‌های مختلف قرار گرفته است و همچنین بعضی از تحلیلگران مبانی دیگری را نیز برای پذیرش این قواعد مورد نظر قرار داده‌اند یکی از این مبانی اعتقاد به احکام ثانویه و تاثیر آن در پاسخگویی به نیازهای ارتباط متعارف میان ملت مسلمان با ملت‌های دیگر می‌باشد و در قوانین و مقررات اسلامی، تابعیت معنا و مفهوم گسترده‌تری دارد و مبنای آن را پذیرش اسلام (تابعیت ایمانی) یا قبول حکومت اسلامی و عضویت در آن (تابعیت پیمانی) تشکیل می‌دهد، یعنی از دیدگاه مقررات اسلامی اشخاصی اتباع دولت اسلامی محسوب می‌شوند که اسلام آورده باشند یا تحت عنوان قراردادی که با امام مسلمانان یا یکی از مسلمانان منعقد می‌کنند حکومت اسلامی و اجرای قوانین آن را پذیرفته باشند همین امر باعث شده است ماهیت تابعیت در قوانین و مقررات اسلامی با آنچه در حقوق عرفی رایج است تفاوت‌هایی داشته باشد و بحث تابعیت را که در آثار فقهاء به آن کمتر اشاره شده است مورد بررسی قرار دهیم تا روشن شود که از نظر آن‌ها چه کسانی اتباع دولت اسلامی محسوب می‌شوند به هر حال هر انسانی (حتی انسان‌های بی‌تابعیت) از حق تمتع برخوردارند، فلذا تبیین تابعیت در هر کشوری بستگی خاص به قانونگذاری آن کشور دارد و قانون آن کشور وظیفه دارد که با مشخص کردن وضعیت تابعیت اشخاص تکلیف حقوق آن‌ها در تمامی زمینه‌ها، مخصوصاً در زمینه احوال شخصیه را مشخص سازد. حال ما درصدد آن هستیم که با بررسی آثاری که تابعیت در احوال شخصیه دارد در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل به بررسی و ماهیت موضوع بپردازیم.

۱. قوانین حاکم بر احوال شخصیه در حقوق ایران

این بحث زمانی مطرح می‌شود که تعارض قوانین در حقوق موضوعه و تعارض احکام مذهبی و دینی در فقه به وجود آید. تعارض هم زمانی به وجود می‌آید که پای یک (عامل خارجی) در حقوق موضوعه و (اقلیت مذهبی یا دینی) در فقه در میان آید. البته در نظام‌های دینی تفکیک حقوق موضوعه از فقه نادرست است چه در اینجا باید از (قانون فقهی) یا (فقه قانونی) سخن گفت. در چنین حکومت‌هایی (عام لخرجی) و اقلیت دینی با هم نسبت بیشتری پیدا می‌کند بر فرض مثال ازدواج موقت زن و مرد ایتالیایی در ایران تابع قانون کدام کشور است؟ و دادگاه کدام قانون را باید اجرا کند؟ در پرونده درخواست طلاق زوجه ایرانی از زوج پاکستانی‌اش دادگاه قانون کدام کشور را اجرا کند؟ یا تقسیم میراث ایرانی اهل سنت بر چه مبنایی انجام می‌شود براساس قانون مدنی ایرانی فقه اهل سنت؟ و... ما این بحث را ابتدا بر مبنای دو محور حقوق و فقه جداگانه بررسی می‌کنیم و در آخر به مقایسه و تطبیق خواهیم پرداخت.

۱-۱. احوال شخصیه بیگانگان از نظرگاه حقوق

حقوق بین الملل خصوصی به تقسیم جغرافیایی اشخاص می پردازد و به همین خاطر از تابعیت و اقامتگاه بحث می کند و این سؤال را مطرح می کند که احوال شخصیه بیگانگان مقیم در کشور تابع اقامتگاه اوست یا تابع قانون کشور متبوع او؟ البته این سؤال زمانی مطرح می شود که اول قانون صلاحیتداری که آن مسأله مورد تعارض را توصیف می کند، روشن گردد. در پاسخ به این که چه قانونی بر احوال شخصیه بیگانگان حاکم است، کشورها بیش تر از دو نظر پیروی کرده اند: ۱. قانون اقامتگاه ۲. قانون ملی.

۱-۱-۱. قانون اقامتگاه

اقامتگاه رابطه ای است حقوقی، همراه با بعضی از خصایص سیاسی که بین اشخاص و حوزه معینی از دولت برقرار می شود (نصیری، ۱۳۷۲: ج ۱، ۸۰)؛ شرط اقامت این نیست که حتما تبعه آن کشور باشد. پس اقامتگاه تقسیم مادی اشخاص است. در مقابل تابعیت تقسیم معنوی افراد می باشد. ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی مقرر می دارد: اقامتگاه هر شخصی محلی است که شخصی در آن جا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آن جا باشد. اگر محل سکونت شخص غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز مهم امور وی اقامتگاهش محسوب می شود. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آن ها خواهد بود.

سه اصل کلی بر اقامتگاه

سه اصل کلی بر اقامتگاه حاکم است:

۱. هر شخصی باید اقامتگاه داشته باشد.

۲. هیچ شخصی نباید بیش از یک اقامتگاه داشته باشد.

۳. اقامتگاه یک امر دائمی نیست.

کشورها در مورد اصل وحدت اقامتگاه اختلاف نموده اند. بیشتر کشورها از جمله فرانسه، انگلیس و سوییس، اصل وحدت اقامتگاه را پذیرفته اند، قانون مدنی نیز آنرا پذیرفته است (م ۱۰۰۳ ق. م) اما تعدادی مثل آلمان آنرا نپذیرفته اند و قانون مدنی افغانستان نیز از این دسته تبعیت نموده (قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۱، مصوب سال ۱۳۵۵)؛ در مورد این که قانون اقامتگاه بر احوال شخصیه افراد حاکم باشد یا قانون ملی، کشورها رویه واحدی اتخاذ نکرده اند. سیستم حقوقی انگلوساکسن قانون اقامتگاه را به عنوان قانون حاکم بر احوال شخصیه برگزیدند. طرفداران این تفکر که بیش تر هماهنگی اجتماعی و سیاسی افراد یک کشور را در نظر دارند، می خواهند قانون واحدی بر تمام افراد یک کشور حاکم باشد تا علاوه بر آن که اصل تساوی حقوق افراد رعایت شود، پیروان عادات و مذاهب مختلف به یکدیگر نزدیک تر شده و هماهنگی اجتماعی بیشتری پیدا نمایند (نصیری، ۱۳۷۲: ج ۱، ۱۹۷)؛ ساوینی^۱ که بنیان گذار نظریه اقامتگاه است به منافع دولت ها نمی اندیشد او می گوید: تابعیت رابطه ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین فرد و دولت است وقتی که شخصی از کشوری به کشور دیگری می رود و آن جا را مرکز مهم امور خود و نیز محل سکونت خود برمی گزیند هر چه این اقامت طولانی تر می شود معمولا پیوندهای سه گانه مذکور بین فرد و دولت ضعیف تر شده و رابطه وی با محل اقامتش قوی تر می شود. در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی نمی توان واقعیت ها را نادیده گرفت و حقوق کشورهایی مثل فرانسه و سوییس اخیرا به این نظر گرایش پیدا کرده است (پروین، ۱۳۸۷: ۲۷۲)

1. savigny

۱-۲-۱. قانون ملی

قاعده صلاحیت (قانون دولت مطبوع) را اولین بار نویسندگان کدسیویل فرانسه در مورد حل تعارض قوانین مطرح کردند. این راه حل را بسیاری از کشورهای جهان از جمله اروپا پذیرفتند و مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز در نیمه دوم قرن نوزدهم آن را تأیید نمود و همچنین در قراردادهای سیاسی چند جانبه ۱۹۰۲ م ۱۹۰۵ م لاهه مورد قبول واقع گردید. این قاعده استثنائاتی هم دارد که از جمله آن نظم عمومی است. امتیازی که قانون ملی دارد این است که اولاً با هدف قوانین شخصی همخوانی دارد، زیرا این قوانین اصولاً برای حمایت افراد وضع می‌شوند که مستلزم دوام و استمرار است و با جا به جا شدن افراد تغییر نمی‌کند و در نتیجه، از این طریق تزلزلی در ارکان خانواده و ثبات و استقرار آن که هدف اساسی قوانین شخصی است روی نمی‌دهد (نصیری، ۱۳۷۲: ج ۱، ۱۹۸)؛ ثانیاً با قاعده معروف حقوق بین‌الملل (نزاکت بین‌المللی) که مبتنی بر رعایت عدالت در صحنه بین‌الملل و احترام به دیگران است، سازگار می‌باشد (امامی، ۱۳۹۳: ج ۱، ۱۰۱).

نکته آخر این که قانون مدنی ایران، از قاعده دولت متبوع پیروی نموده است و در ماده ۷ قانون مدنی به صراحت این مطلب را بیان می‌کند و به نظر غالب حقوقدانان جز استثنائات خاص و مشروط، وجود معاهده را با دولت خارجی که شخص تابع آن است لازم نمی‌دانند (الماسی، ۱۳۹۵: ۱۵۱) و حتی برخی از استادان فن می‌گویند: اگر کشوری احوال شخصیه بیگانه را تابع قانون کشور محل اقامت کند و اعمال قانون خارجی را موکول به داشتن معاهده و رفتار متقابل کند این امر نشانه عقب ماندگی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۴)

۱-۲-۲. آثار تابعیت بر ازدواج در حقوق بین‌الملل

تأثیر تابعیت در ازدواج، مربوط به مرحله ایجاد حق یا تعیین شرایط و موانع ازدواج است و حال آن که تأثیر ازدواج در تابعیت مربوط به مرحله تأثیر بین‌المللی حق یا آثار ازدواج (حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر) است. ۱- قانون حاکم بر شرایط و موانع ازدواج منظور از شرایط و موانع ازدواج شرایط ماهوی از قبیل سن لازم برای ازدواج، رضای طرفین و موانع ازدواج مانند مانع ناشی از قرابت یا سایر موانع مذکور در قانون است؛ ولی منظور از شرایط شکلی مربوط به ازدواج که مطابق ماده ۹۶۹ قانون مدنی، تابع قانون محل تنظیم سند ازدواج و قانون محل وقوع عقد ازدواج است، مسایل مربوط به مراسم عقد ازدواج، ثبت ازدواج و مانند اینهاست. مثلاً این که ازدواج باید طبق سند رسمی انجام گیرد یا نیازی به سند رسمی ندارد، جزء شرایط شکلی نکاح تلقی می‌شود. ازدواج جزء نهادهایی است که آثار آن محدود و منحصر به طرفین عقد ازدواج نیست و دایره شمول آن به فرزندان نیز سرایت می‌کند و لذا قانونگذار، علاوه بر آن که ثبات و دوام خانواده را مدنظر قرار داده و رابطه زن و شوهر را تحت نظارت خود قرار داده، حقوق و تکالیف آنان را در قبال فرزندان نیز مورد توجه قرار داده است. در مورد حقوق و تکالیف پدر و مادر و فرزندان، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر داشته است: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است.» و در مورد حقوق و تکالیف زن و شوهر پس از وقوع عقد ازدواج در ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی آمده است: «همینکه نکاح بطور صحیح واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.» برخی از آثار ازدواج، مربوط به روابط غیر مالی زن و شوهر است، مانند: تکالیف مربوط به حسن معاشرت با یکدیگر و معاضدت به یکدیگر در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزندان در ریاست شوهر بر خانواده و اختیار شوهر در تعیین منزل و همچنین منع زن از اشتغال به حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد. (مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۵ قانون مدنی)

برخی آثار دیگر، آثاری است که راجع به روابط مالی زن و شوهر است؛ مانند: مهر (مواد ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ قانون مدنی)، نفقه (مواد ۱۱۰۶ تا ۱۱۱۳ قانون مدنی) و جهیزیه که در عرف کشور ما لوازم و اثاث مورد نیاز برای زندگی مشترک است که توسط خانواده زن برای او تدارک می یابد. اگر چه جهیزیه در زندگی مشترک مورد استفاده واقع می شود ولی چون مطابق ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی: «زن مستقلاً می تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می خواهد بکند.» جهیزیه نیز مانند مهر جزء دارایی زن است و او می تواند هرگونه تصرفی در آن ها بنماید (نصیری، ۱۳۷۱: ۵۲).

قانون کشورها نسبت به زنهایی که با مردان خارجی و زنهای خارجی که با مردان تبعه همان کشور ازدواج می کنند، متفاوت است و از یک شیوه، تبعیت نمی کند. قانونگذار ایران نیز در مواد ۹۸۷-۹۸۶ قانون مدنی از دو رویه متفاوت تبعیت کرده است. طبق ماده ۹۷۶ ق.م. زن غیرایرانی که شوهر ایرانی اختیار کند به تابعیت ایران نائل می گردد و همانند تابعیت اکتسابی از حقوق و تکالیف مربوط به اتباع برخوردار می شوند. بند ۶ این ماده تصریح می کند، هر زن تبعه خارج که شوهر ایرانی اختیار کند ایرانی محسوب می شود؛ به این معنی که اگر شوهر در مدت زناشویی از تابعیت ایران خارج شود زن مزبور به تابعیت ایرانی باقی خواهد ماند؛

مگر اینکه طبق ماده ۹۸۸ ق.م. اجازه دولت برای ترک تابعیت شامل زن مزبور نیز بشود. همچنین با پایان یافتن ازدواج (فوت یا طلاق شوهر) این تابعیت از بین نمی رود. در ماده ۹۸۷ ق.م. آمده: «زن ایرانی که با تبعه خارجه مزاجت می نماید به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند مگر آنکه مطابق قانون مملکت زوج، تابعیت شوهر به واسطه وقوع عقد ازدواج به زوجه تحمیل شود».

با بررسی تطبیقی ماده ۹۷۶ ق.م. با ماده واحده ۱۰۶۰ ق.م. نوعی ناهماهنگی قانونی معلوم می شود. برابر ماده واحده، فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی، هر چند در ایران بدنیا آمده باشند، خارجی محسوب می گردند. بنابراین اخذ شناسنامه ایرانی برای طفل متولد شده در ایران با توجه به تابعیت خارجی طفل در زمان تولد، منوط به اخذ و تحصیل بعدی تابعیت ایران است. یعنی قانونگذار نه تنها تابعیت اصلی از نوع نسبی را برای اینگونه افراد همانند نسب پدری، نپذیرفته است، بلکه حتی تابعیت اصلی از نوع ارضی را نیز همانند مشمولین بند ۴ ماده ۹۷۶ ق.م. که راجع به مادران خارجی پذیرفته، نسبت به مادران ایرانی قبول نکرده است.

با وضع این ماده واحده دولت مکلف است تابعیت ایرانی به اطفال متولد شده از مادران ایرانی در ایران، پس از ۱۸ سالگی و در صورت احراز شرایط مذکور اعطا نماید؛ در حالی که قبل از وضع این ماده واحده دولت مخیر به اعطای تابعیت ایرانی به این افراد بود و قاعداً شرایط موضوع ماده ۹۷۹ ق.م. و شرط سکونت موضوع آن ماده باید رعایت می شد.

همچنین برابر مقررات قبلی، چنانچه ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی با رعایت ماده ۱۰۶۰ ق.م. صورت گرفته باشد، درخواست تابعیت و به تبع آن درخواست صدور شناسنامه ایرانی برای طفل ممکن نبود. در حالی که به موجب ماده واحد مذکور، دولت مکلف است برای ازدواج هائی که بدون رعایت ماده ۱۰۶۰ ق.م. صورت گرفته، پروانه ازدواج صادر نماید تا امکان درخواست تابعیت ایرانی فراهم گردد. طبق ماده واحده امکان درخواست تابعیت ایرانی برای طفل، منوط به احراز شرایطی می باشد. با این شرایط دولت برای ازدواج های صورت گرفته بین زنان ایرانی با مردان خارجی، پروانه ازدواج صادر می نماید، هر چند ازدواج بدون اجازه دولت صورت گرفته است. این شرایط عبارتند از:

«فرزند حاصل از این ازدواج قبل از تصویب این قانون به دنیا آمده باشد یا تا یک سال پس از تصویب قانون در ایران متولد گردد؛ به سن ۱۸ سالگی رسیده باشد؛ سوءپیشینه کیفری یا امنیتی نداشته باشد؛

درخواست تابعیت ایرانی را نموده و اعلامیه رد تابعیت غیر ایرانی را تکمیل، امضاء و تسلیم نموده باشد؛ ولادت طفل در ایران توسط وزارت کشور احراز و تأیید شده باشد». اگر این شرایط احراز شود، مراحل ذیل محقق می‌گردد:

- چنانچه برای ازدواج بین زن ایرانی و مرد خارجی قبلاً پروانه ازدواج صادر نشده باشد، پروانه ازدواج صادر خواهد شد.

- برای پدر طفل که خارجی محسوب شود، پروانه اقامت در ایران صادر می‌گردد.

- فرزندان موضوع این ماده قبل از تحصیل تابعیت نیز مجاز به اقامت در ایران می‌باشند. به هر حال معافیت از شرط اقامت در ایران برای اطفال متولد شده از ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی تنها در صورتی است که ازدواج قبلاً طبق ماده ۱۰۶۰ ق.م. صورت گرفته باشد، در غیر این صورت تحصیل تابعیت ایرانی طبق این ماده واحده با رعایت کلیه شرایط مندرج در ماده ۹۷۹ ق.م. صورت خواهد گرفت. بدین ترتیب این فرزندان از حق اقامت در ایران تا سن ۱۸ سالگی برخوردارند و پس از رسیدن به سن ۱۸ سالگی می‌توانند درخواست تابعیت ایرانی نمایند و دولت در چارچوب شرایط مقرر در ماده واحده مذکور مکلف به اعطاء تابعیت ایرانی به این گونه اطفال است.

احوال شخصیه که از مباحث مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است، تحت تأثیر تابعیت اشخاص است و قوانین تابعیت کشورهای مختلف در مورد نحوه بدست آوردن تابعیت و از دست دادن آن، احکام متفاوتی دارند. نتیجه قهری تأثیر تابعیت در احوال شخصیه پدیدآمدن تعارض چند قانون ملی در مورد احوال شخصیه خصوصاً ازدواج و طلاق است.

تأثیر تابعیت در ازدواج (در مرحله ایجاد رابطه زوجیت) و تأثیر ازدواج در تابعیت (در مرحله آثار ازدواج، یا تأثیر بین‌المللی رابطه زوجیت در کشورهایی مطرح می‌شود که احوال شخصیه اشخاص تابع قانون دولت متبوع آن‌هاست. علت تأثیر تابعیت در ازدواج، آن است که در حقوق بین‌الملل خصوصی بعضی کشورها، مانند ایران، ازدواج تابع قانون دولت متبوع شخص است و از این رو برای تعیین شرایط و موانع ازدواج ابتدا باید، معلوم شود که هر فردی تابع چه دولتی است. از سوی دیگر، ازدواج مختلط در عین حال که تابع قانون دولت متبوع طرفین عقد ازدواج است، در تابعیت زن اثر می‌گذارد و سبب تغییر تابعیت زن می‌گردد.

بنابراین تعارض چند قانون ملی، در مورد ازدواج و طلاق، معلول تعارض قوانین تابعیت کشورها و در نتیجه معلول تابعیت مضاعف یا اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی است. مقایسه یا مقارنه حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای مختلف روشن می‌سازد که تعارض چند قانون ملی، راه‌حل‌های متفاوتی دارد. در صورت اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی، بعضی کشورها قاعده اعمال قانون اقامتگاه را پذیرفته‌اند و بعضی دیگر قاعده اعمال قانون ملی را اتخاذ کرده‌اند.

۲. آثار تابعیت بر طلاق در حقوق بین‌الملل

۲-۱. طلاق و آثار آن

همانگونه که در مبحث مربوط به ازدواج، شرایط و موانع ازدواج جدای از آثار ازدواج مورد بررسی قرار گرفت در این مبحث نیز باید علل و موجبات طلاق و آثار طلاق جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱-۱. قانون حاکم بر علل و موجبات طلاق

در مورد طلاق که یکی از طرق انحلال عقد نکاح است، برای تعیین و اعمال قانون واجد صلاحیت، دو نکته باید، مورد توجه قرار گیرد. نخست آنکه، در مورد طلاق خارجیا نباید، ابتدا مسأله اهلیت تمتع یا داشتن حق طلاق حل شده باشد، یعنی طلاق باید، در قانون دولت متبوع آنان به رسمیت شناخته شده باشد؛^{۳۰} زیرا در قوانین بعضی کشورها ممکن است طلاق پذیرفته نشده باشد و انحلال ازدواج فقط با مرگ

زن و شوهر یا یکی از آنها قابل تحقق باشد. دیگر آنکه، حکومت قانون خارجی بر مسأله طلاق فقط در مورد مسایل ماهوی، یعنی علل و موجبات طلاق است ولی در خصوص مسایل تشریفاتی و غیر ماهوی مانند: آیین دادرسی که برای گرفتن طلاق باید رعایت گردد، به قانون خارجی مراجعه نمی‌شود. مثلاً هرگاه یک زن و مرد خارجی دارای تابعیت متفاوت، در دادگاه ایران درخواست طلاق نمایند، دادگاه باید مطابق قانون آیین دادرسی مدنی ایران به دعوی طلاق رسیدگی نماید و حکم صادر کند، اگرچه قانون آیین دادرسی مدنی خارجی تشریفات خاصی را در مورد رسیدگی به درخواست طلاق مقرر کرده باشد؛ زیرا در یک کشور دو قسم آیین دادرسی (یکی برای اتباع داخله و دیگری برای اتباع خارجه) نمی‌تواند وجود داشته باشد. اما تشخیص اینکه مسأله مطروحه راجع به آیین دادرسی است یا شرایط ماهوی طلاق، بر عهده دادگاهی است که رسیدگی به دعوی می‌کند؛ زیرا توصیف مسایل شکلی و ماهوی یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون قابل اعمال، تأثیر می‌گذارد و باید مطابق قانون دولت متبوع محکمه یا قانون مقر دادگاه به عمل آید. مثلاً هرگاه در قانون دولت متبوع دادگاه پیشبینی شده باشد که محاکم می‌توانند، به تقاضای هر یک از متداعیین مسأله را ارجاع به حکمیت نمایند. در چنین موردی هر گاه یکی از زوجین خارجی درخواست حکمیت کند، دادگاه باید تقاضای او را بپذیرد؛ زیرا ارجاع به حکمیت جزء شرایط ماهوی طلاق نیست؛ بلکه از مسایل مربوط به نحوه رسیدگی به دعوی است (الماسی، ۱۳۹۵: ۱۷۶).

حال باید دید در صورتی که زن و شوهر تابعیت‌های متفاوت داشته باشند، برای تشخیص علل و موجبات طلاق، قانون چه کشوری را باید مناط اعتبار قرار داد؟

در حقوق فرانسه، پیش از تصویب قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ که مفاد ماده ۳۱۰ قانون مدنی را روشن‌تر ساخته و قاعده حل تعارض جدیدی را مقرر داشته است، راه‌حل رویه قضایی فرانسه، در این جهت استقرار یافته بود که قانون حاکم بر طلاق زن و شوهری که اختلاف تابعیت دارند، قانون اقامتگاه مشترک زوجین است. خواه زوجین هر دو خارجی باشند یا یکی از آنها فرانسوی باشد و خواه اقامتگاه مشترکشان در فرانسه باشد یا در خارج فرانسه و در صورتیکه زن و شوهر اقامتگاه مشترک نداشته باشند، طلاق آنها تابع قانون فرانسه، به عنوان قانون مقر دادگاه است.

به موجب قانون جدید که راه حل جدیدی در مورد طلاق زن و شوهر دارای تابعیت مختلف، ارائه داده است: «طلاق و افتراق» تابع قانون فرانسه است، وقتی که زن و شوهر، تبعه فرانسه باشند، اقامتگاهشان در فرانسه باشد، هیچ قانون خارجی خود را واجد صلاحیت نداند، در حالی که دادگاه‌های فرانسه برای رسیدگی به دعوی طلاق و افتراق واجد صلاحیت باشند».

در حقوق مصر و سوریه، هرگاه زوجین تابعیت واحدین داشته باشند، قانون حاکم بر طلاق، قانون دولت متبوع زوج خواهد بود. بند دوم ماده ۱۳ قانون مدنی مصر که حکم آن شبیه بند دوم ماده ۱۴ قانون مدنی سوریه است، مقرر داشته است: «در مورد طلاق، قانون دولت متبوع زوج در هنگام طلاق، حاکم می‌باشد. ولی در مورد تطلیق (طلاق) که به حکم دادگاه واقع می‌شود و انفصال (افتراق) قانون دولت متبوع زوج هنگام اقامه دعوی ملاک خواهد بود.» ظاهراً قانونگذاران مصر و سوریه به این علت حکم طلاق را از تطلیق و افتراق جدا کرده‌اند که طلاق با اراده شوهر واقع می‌شود؛ ولی تطلیق و افتراق با حکم دادگاه؛ از این رو تغییر تابعیت فرد، در فاصله زمانی بین اقامه دعوی و صدور حکم، منجر به طرح مسأله تعارض متحرک نخواهد شد (متولی، ۱۳۷۹: ۱۸۱).

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، حکم مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی که در خصوص آثار ازدواج یا روابط شخصی و مالی زوجین ملاحظه گردید، در مورد طلاق زوجین دارای تابعیت مختلف، قابل اعمال است. بنابراین راه‌حل حقوق ایران در این مورد نیز مشابه راه‌حل حقوق مصر و سوریه است، با این تفاوت که

در حقوق فقط قانون حاکم بر آثار ازدواج معین شده است و در مورد طلاق قانونگذار ایران سکوت اختیار کرده است.

تفاوت دیگری که میان حقوق ایران و حقوق مصر و سوریه وجود دارد، این است که در حقوق مصر و سوریه، هم در مورد آثار ازدواج و هم در مورد طلاق و تطلیق و افتراق مشخص شده است که تابعیت شوهر در چه زمانی مناط اعتبار است؛ چنان که در خصوص آثار ازدواج و طلاق، تابعیت شوهر در زمان ازدواج و طلاق و در مورد تطلیق و افتراق تابعیت شوهر، در زمان اقامه دعوی ملاک قرار داده شده است و حال آنکه در این مورد نیز، قانون ایران ساکت است. از این رو در حقوق کشور ما این پرسش به میان می‌آید که هرگاه شوهر تغییر تابعیت بدهد، قانون دولت متبوع او در چه زمانی ملاک خواهد بود؟

بعضی از حقوقدانان که طرفدار اصل اعتبار و شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه هستند، بر این عقیده‌اند که هر گاه یکی از زوجین (در اینجا شوهر که تابعیت او ملاک است) تغییر تابعیت دهد و دیگری در تابعیت خود باقی بماند، بهتر است، به لحاظ رعایت حق ثابت قانونی که شخص در زمان ازدواج مطیع آن بوده، مناط اعتبار باشد و نه قانون دولت جدیدی که شخص تابعیت آن را تحصیل کرده است.

به نظر می‌رسد، بهتر است در این مورد براساس اصول تعارض‌های متحرک عمل شود و آخرین تابعیت شخص، ملاک عمل قرار گیرد؛ زیرا زمانی که فردی تغییر تابعیت می‌دهد و تابعیت جدیدی به دست می‌آورد، در واقع آثار تابعیت سابق قطع می‌شود و آثار تابعیت جدید از زمان صدور سند تابعیت جدید ظاهر می‌شود؛ از این رو حقوق و تکالیف ناشی از تابعیت پیشین قطع و حقوق و تکالیف ناشی از تابعیت جدید شروع می‌شود. بنابراین، در صورت تغییر تابعیت، برای تعیین قانون حاکم بر طلاق، باید آخرین تابعیت شخص مناط اعتبار واقع شود. از این رو دادگاه ایران باید برای اجرای حکم مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران قانون دولت متبوع شوهر در زمان بروز آثار نکاح (در مورد روابط شخصی و مالی زوجین) و در زمان طلاق را مناط اعتبار قرار دهد (متولی، ۱۳۷۹: ۱۸۱).

۲-۱-۲. قانون حاکم بر آثار طلاق

آثاری که در رابطه زن و شوهر، در دوران پس از طلاق مطرح می‌شود، مربوط به عده است. رجوع در ایام عده (که از نهادهای فقه اسلامی است و در حقوق کشورهای غیراسلامی وجود ندارد)، نفقه زوجه مطلقه و همچنین استفاده زن از نام خانوادگی شوهر از آثار طلاق است.

عده، یکی از آثار طلاق است که در حقوق همه کشورهای اسلامی وجود دارد و در حقوق بعضی کشورهای غیراسلامی مثل فرانسه نیز پیش‌بینی شده است. قانون مدنی ایران در تعریف آن آورده است: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن، زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی‌تواند، شوهر دیگر اختیار کند.» و مواد ۱۱۵۱ تا ۱۱۵۷ احکام آن را بیان کرده است.

رجوع در ایام عده نیز که از نهادهای فقه اسلامی است و در کشورهای غیراسلامی وجود ندارد، یکی دیگر از آثار طلاق است که احکام آن در مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ قانون مدنی بیان شده است.

نفقه زوجه مطلقه نیز یکی از آثار طلاق است که در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی به آن تصریح گردیده است: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد. اما اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در اینصورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت» (تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق)

یکی دیگر از آثار طلاق، استفاده زن از نام خانوادگی شوهر است که حکم آن در ماده ۴۲ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ مقرر گردیده است: «زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت می‌باشد

از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق، ادامه استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازه همسر خواهد بود. »

پرسشی که مطرح می‌شود، این است که مسایل مربوط به روابط زن و شوهر، پس از طلاق تابع چه قانونی خواهد بود؟ آیا همان قانونی که حاکم بر طلاق است، بر آثار طلاق نیز حاکم خواهد بود؟ مثلاً با توجه به اینکه نفقه یکی از آثار مالی نکاح است و در صورت اختلاف تابعیت زوجین، تابع قانون دولت متبوع شوهر است (ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران) آیا نفقه زوجه مطلقه نیز که از آثار طلاق است، تابع قانون دولت متبوع شوهر خواهد بود؟

در حقوق فرانسه، همان قانونی که حاکم بر علل و موجبات طلاق است بر آثار طلاق نیز حاکم است. در حقوق انگلیس، بطور کلی قانون یکی بر چگونگی و امکان وقوع طلاق حاکم است، بر آثار طلاق و روابط مالی زن و شوهر، پس از وقوع طلاق نیز حاکم خواهد بود و دادگاهی که برای رسیدگی به اصل طلاق واجد صلاحیت است، این صلاحیت را هم دارد که تعیین نماید طلاق نسبت به زن و شوهر و فرزندان آنها چه آثاری خواهد داشت.

در حقوق مصر نیز، قانون حاکم بر آثار طلاق نسبت به زن و شوهری که از یکدیگر جدا شده‌اند، همان قانون حاکم بر طلاق است در پایان بر این امر تأکید می‌شود که قانون حاکم بر آثار طلاق، در روابط پدر و مادر و فرزندان ممکن است، با قانون حاکم بر آثار طلاق در روابط زن و شوهری که از یکدیگر جدا شده‌اند تفاوت داشته باشد.

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز همان قانونی که حاکم بر علل و موجبات طلاق است، اصولاً بر آثار طلاق نیز، حاکم خواهد بود. مثلاً در پاسخ به پرسشی که در مورد نفقه زوجه مطلقه مطرح شد، می‌توان گفت با توجه به اینکه نفقه یکی از آثار مالی رابطه زوجیت است، در صورتی که زوجین تابعیت‌های متفاوت داشته باشند، همانگونه که در زمان وجود رابطه زوجیت مطابق مفاد ماده ۹۶۳ قانون مدنی، تابع قانون دولت متبوع شوهر است، پس از انحلال نکاح نیز تابع همان قانون خواهد بود. البته همانطور که در حقوق مصر نیز ملاحظه گردید، در روابط پدر و مادر و فرزندان، پس از حکم طلاق، ممکن است غیر از قانونی باشد که بر روابط زن و شوهر حاکم است. در حقوق بین‌المللی خصوصی ایران نیز وضع بر همین منوال است و آثار طلاق در ارتباط با فرزندان آنان و تکالیف پدر و مادر درباره نگهداری فرزندان و نفقه آنها حکم جداگانه‌ای دارد و ممکن است، قانون حاکم بر آنها با قانون حاکم بر آثار طلاق در ارتباط با زن و شوهری که از یکدیگر جدا شده‌اند متفاوت باشد (ماده ۹۶۴ قانون مدنی ایران).

۲-۲. تبیین مستند و مستدل قانون حاکم بر احوال شخصیه در قانون ایران

برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در حقوق موضوع کشورهای مختلف معمولاً دو عامل مورد توجه قرار می‌گیرد؛ یک اقامتگاه و دیگری تابعیت.

دلایل طرفداران اعمال قانون اقامتگاه: ارتباط هر فرد با کشوری که در آنجا اقامت دارد بیش از ارتباط او با کشور اصلی خود می‌باشد و ممکن است فرد مادام‌العمر در خارج از کشور اصلی خود زندگی کند؛ بدون اینکه اصلاً وطن خود را دیده باشد. همچنین فردی که در کشوری اقامت می‌گزیند نباید نسبت به سایر سکنه آن کشور مزایایی داشته باشد، بلکه باید تابع همان قوانین و مقرراتی باشد که در مورد سایر افراد اعمال می‌گردد. این ترتیب علاوه بر این که حاکمیت قانون محل اقامت را حفظ می‌کند منافع افراد را نیز بهتر تأمین می‌نماید؛ زیرا اشخاصی که به سرزمینی مهاجرت می‌کنند معمولاً قانون آنجا را بهتر از قانون کشور اصلی خود می‌شناسند.

دلایل طرفداران اعمال قانون ملی: اعمال قانون اقامتگاه با غایت اجتماعی قوانین راجع به احوال شخصیه منافات دارد؛ زیرا قوانین شخصی اصولاً برای حمایت افراد و تثبیت وضعیت خانوادگی و تشخیص اهلیت آن‌ها وضع شده و لذا بایستی از جمله قوانین برون مرزی بوده و نسبت به اتباع یک دولت ولو اینکه مقیم در خارجه باشند اجرا گردد و اگر غیر از این باشد وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد دچار تزلزل می‌شود؛ چه با جا به جا شدن اشخاص ممکن است احوال شخصیه آن‌ها دستخوش تغییر و تبدیل قرار گیرد؛ مثلاً ممکن است طفلی در کشور خود دارای نسب مشروع و در کشور دیگر نامشروع تلقی شود.

اعمال کدام یک این دو قاعده بهتر است؟ این موضوع یک موضوع نسبی است و برحسب کشورهای مختلف متفاوت است. البته با اعمال قانون ملی ثبات وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد بهتر تأمین می‌شود. کشورهای مهاجرپذیر اصولاً تمایل دارند که قانون اقامتگاه را اعمال کنند. قانون مدنی ایران در مواد ۶ و ۷ قاعده قانون ملی را به صراحت پذیرفته است.

قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان شیعه براساس ماده ۶ و ماده واحده قانون موسوم به «جازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» مصوب تیرماه ۱۳۱۲ دادگاه‌ها را مکلف کرده است که در مورد احوال شخصیه اقلیت‌های مذهبی ایرانی قواعد و عادات مذهب آنان را اجرا نمایند.

نقد استاد به ماده واحده ۱۳۱۲: مستند اصلی ما اصل ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی است نه این ماده واحده (فایل b2، ۳۵ دقیقه)

مسئله اختلافی، مسئله توصیف‌هاست؛ زیرا در خصوص اینکه چه مسائلی داخل دسته احوال شخصیه است ممکن است بین قانون ایران و قانون خارجی تعارض بروز کند؛ بدین صورت که قانون ایران مسئله‌ای را جزء احوال شخصیه نداند و حال آنکه قانون خارجی آن را جزء احوال شخصیه بداند یا بالعکس. موارد استثنای (فایل b2، دقیقه ۵۵) (آل کجیاف، ۱۳۹۶: ج ۱، ۸۲).

۲-۳. قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه

۱. نظم عمومی؛ ۲. احاله؛ ۳. نسب؛ ۴. اهلیت؛ ۵. اشخاص بدون تابعیت؛ ۶. اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی

احاله: مطابق ماده ۹۷۳ قانون ایران احاله درجه اول یعنی احاله به قانون ایران را قبول و احاله درجه دوم یعنی؛ احاله به قانون کشور ثالث را رد کرده است.

نسب: زمانی که نسب فردی مورد تردید واقع شود چون تابعیت منوط به صحت نسب می‌باشد و تا زمانی که اثبات نسب به عمل نیاید تابعیت فرد و در نتیجه قانون ملی او معلوم نیست، لذا اعمال قانون ملی را غیر ممکن می‌گردد (به جهت دور منطقی) مواجه می‌سازد و ناگزیر باید قانون دادگاهی که دعوی در آن مطرح است را صلاحیت‌دار شناخت.

اهلیت: در اینصورت برای تشخیص اهلیت باید به قانون مقرر دادگاه رجوع نمود نه به قانون ملی شخص؛ زیرا تابعیت یکی از موضوعات مهم حقوق عمومی است و یک عامل تقسیم افراد بین دولت‌هاست و لذا اهلیت لازم برای تبدیل تابعیت باید به موجب قانون دولتی تشخیص داده شود که مسئله به دست آوردن و یا از دست دادن تابعیت آن مطرح است. در قانون ایران شرط اهلیت برای تقاضای تحصیل تابعیت ایران با رسیدن به سن هجده سال تمام و برای تقاضای ترک تابعیت ایران با رسیدن به سن بیست و پنج سال تمام حاصل می‌گردد؛ مورد دو ماهلیت برای معامله کردن: قاعده این است که اهلیت بیگانگان برای معامله کرد نباید طبق قوانین دولت متبوع آنان تشخیص داده شود (م ۷ق.م). در تأیید این معنی قسمت اول ماده ۹۶۲ ق.م مقرر می‌دارد: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود...». اما اطلاق این بخش مشکلاتی در پی خواهد داشت؛ زیرا طرف ایرانی که سن رشد خود را طبق قانون ایران

هجده سال تمام می‌داند معمولاً از سن رشد مقرر در قوانین خارجی آگاهی ندارد و هر گاه طرف خارجی صح معامله را به نفع خود نبیند به استناد اینکه طبق قانون دولت متبوع خود اهلیت برای معامله کردن ندارد خواهد توانست از انجام تعهدی که در قبال طرف ایرانی به عهده گرفته است خودداری نماید. با توجه به این مشکل قانونگذار در قسمت دوم ماده ۹۶۲ این مسئله را حل کرده و با این بیان که «اگر یک نفر تبعه خارجی در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتیکه مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد، در صورتیکه قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد». فلسفه این حکم، تأمین ثبات در معاملات واقع در ایران و حفظ حقوق اتباع ایران است. توجه شود که ماده ۹۷۲ استثنای ماده ۷ بوده و لذا در موضع تفسیر باید به قدر متیقن اکتفا کرد و فقط در حوزه اموال منقول دانست. (این نکته در ماده ۹۶۲ تصریح نیز شده است).

اشخاص بدون تابعیت: اشخاصی هستند که اتباع هیچ دولتی نبوده و قانون ملی ندارند تا بر احوال شخصیه آنان حکومت کند. در ایران اعمال قانون اقامتگاه نسبت به احوال شخصیه به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته نشده است. بنابراین با توجه به ماده ۵ ق.م که کلیه سکنه ایران را مطیع قوانین ایران دانسته و اینکه ماده ۷ این قانون اعمال قانون ملی را نسبت به احوال شخصیه اتباع بیگانه در حدود معاهدات پذیرفته؛ یعنی آن را منوط به وجود عهدنامه با دولت متبوع بیگانه کرده است چاره‌ای نیست جز آنکه در مورد این اشخاص قانون ایران را به عنوان مقر دادگاه (نه به عنوان قانون اقامتگاه) به موقع اجرا گذاریم (نظر استاد دانش‌پژوه در خصوص در حدود معاهده این است این قید برای جایی است که معاهده‌ای هست نه اینکه منوط به وجود معاهده باشد و معاهده شرط این ماده باشد؛ به بیان دیگر گفته شده در حدود معاهده نه به شرط معاهده)

۲-۴. دارا بودن اهلیت تمتع جهت اجرای حقوق

درست است که قسمت اول ماده ۹۵۸ ق.م بیان داشته «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود...» ولیدر بعضی موارد و حسب قوانین خاص و در موارد خاص این حق در زمان و یا مکان خاصی از وی سلب شده و شخص فاقد اهلیت می‌شود یعنی اهلیت تمتع از وی سلب و به تبع آن اهلیت استیفاء نیز زایل می‌شود چون دیگر اصلاً حقی وجود ندارد که اجرا شود. مثلاً قانون راجع به تملک اموال غیر منقول اتباع خارجه مصوب ۱۳۱۰ که تملک اراضی مزروعی برای بیگانگان منع شده و اتباع خارجه حق داشتن املاک مزروعی در ایران را ندارند.

و بعضاً شخص دارای اهلیت تمتع است ولی دارای اهلیت استیفاء نیست مثل صغیر، محجور و... که نمی‌توانند مثلاً حق مالکیت خود را مستقیماً به اجرا گذارند و یا از آن استفاده نمایند.

در ماده ۹۶۱ که بیان می‌دارد: جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود:

۱ - در مورد حقوقی که قانون آن را صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده است.

۲ - در مورد حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده.

۳ - در مورد حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد.

در مورد احوال شخصیه، یعنی وضعیت و اهلیت افراد، دو راه حل متفاوت، در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها، پیش‌بینی شده است. در حقوق موضوعه بعضی کشورها قاعده‌ای پذیرفته شده که به موجب آن احوال شخصیه افراد اصولاً تابع قانون دولت متبوع آن‌هاست؛ (مواد ۶ و ۷ قانون مدنی ایران و ماده ۳ قانون مدنی فرانسه) ولی در کشورهای وابسته به نظام انگلیسی - آمریکایی قاعده اعمال قانون اقامتگاه، نسبت به احوال شخصیه افراد، مورد قبول واقع شده است.

بی آن که دلایل ترجیح یکی از دو قاعده بر دیگری مورد بررسی قرار گیرد، صرفاً یادآور، می‌شود که در صورت قبول قاعده اعمال قانون اقامتگاه مسأله تعارض چند قانون ملی نسبت به احوال شخصیه مطرح نمی‌شود؛ چرا که، در روابط شخصی و خانوادگی بر فرض که طرفین رابطه (مثلاً زن و شوهر یا پدر و مادر و فرزندان) تابعیت‌های متفاوت داشته باشند با رجوع به قانون اقامتگاه تکلیف مسأله روشن می‌شود. اما در صورت قبول قاعده اعمال قانون ملی یا قانون دولت متبوع شخص (این پرسش مطرح می‌شود که در صورت اختلاف تابعیت، در روابط شخصی و خانوادگی کدام قانون ملی را باید واجد صلاحیت دانست.

تعارض چند قانون ملی در دادگاه‌های کشورهای می‌تواند مطرح می‌شود که احوال شخصیه افراد را، تابع قانون ملی می‌دانند، همچنان که مسأله تعارض تابعیت‌ها (یا تعارض قوانین تابعیت) نیز که حل آن مقدم بر حل مسأله تعارض چند قانون ملی است، در دادگاه‌های چنین کشورهایی قابل طرح است؛ زیرا در نظام انگلیسی - آمریکایی دادگاه‌ها باید، ابتدا مصادیق احوال شخصیه را تشخیص دهند تا در صورتی که موضوع را، داخل در دسته احوال شخصیه دانستند، قانون اقامتگاه را در مورد آن اجرا کنند.

بنابراین دادگاه‌های کشورهای وابسته به نظام انگلیسی - آمریکایی، در مسایل مربوط به احوال شخصیه، نه با تعارض تابعیت‌ها، یعنی پدیده تابعیت مضاعف و فقدان تابعیت (یا بی‌تابعیتی)، مواجه‌اند و نه با تعارض چند قانون ملی، در مورد احوال شخصیه.

از آن جا که ایران جزء کشورهایی است که احوال شخصیه افراد را، تابع قانون دولت متبوع آن‌ها می‌داند، باید در یک بخش، علل بوجود آمدن تعارض بین چند قانون ملی، مورد بررسی قرار گیرد و در بخشی دیگر راه‌حل تعارض‌ها مطالعه و بررسی شود.

تعارض چند قانون ملی، گاه معلول تابعیت مضاعف است (اعم از این که به صورت تابعیت مضاعف اصلی باشد یا اکتسابی). زمانی هم تعارض چند قانون ملی در اثر تغییر تابعیت یکی از اعضای خانواده است که وحدت تابعیت در کانون خانواده را از بین می‌برد. گاهی نیز این تعارض معلول اعمال تابعیت سرزمینی است و آن در موردی است که طفلی در خارج از قلمرو و دولت متبوع والدین متولد می‌شود. مورد دیگر ازدواج مختلط است، که در نتیجه آن زن و مردی که تابعیت‌های متفاوت دارند، پس از ازدواج نیز، هر کدام تابعیت‌های خود را حفظ می‌کنند و خانواده‌ای تشکیل می‌شود که وحدت تابعیت در کانون آن حکمفرما نیست (الماسی، ۱۳۹۵: ۸۷).

ممکن است قانون دولت متبوع یکی از طرفین حق نفقه را برای زن شناخته باشد، ولی قانون دولت متبوع طرف دیگر چنین اثری را بر عقد نکاح بار نکرده باشد یا این که قانون ملی شوهر حق ریاست شوهر بر خانواده را پذیرفته باشد و حال آن که قانون ملی زن چنین حقی را برای شوهر شناخته باشد. اگر در مرحله ایجاد حق اعمال قانون ملی زن و مرد را مطلقاً می‌توان پذیرفت، به آن علت است که در صورت غیرقابل جمع بودن دو قانون، رابطه زوجیت به وجود نخواهد آمد و کانون خانواده تشکیل نخواهد شد؛ ولی در مرحله تأثیر بین‌المللی حق، تنها اعمال یک قانون را می‌توان پذیرفت و آن قانون حاکم بر رابطه یا کانون واحد است.

قانون حاکم بر روابط یا کانون خانواده ممکن است، قانون اقامتگاه باشد یا قانون دولت متبوع یکی از طرفین رابطه. در حقوق بین‌الملل خصوصی بعضی از کشورها مانند: فرانسه و سویس در صورتی که زوجین دارای تابعیت‌های متفاوت باشند، آثار ازدواج آن‌ها تابع قانون اقامتگاه مشترک است و هرگاه زن و شوهر دارای تابعیت مختلف، اقامتگاهشان در دو کشور متفاوت باشد و جدای از یکدیگر زندگی کنند، قانون مقر دادگاه اعمال می‌گردد. در حقوق بعضی از کشورها مانند مصر و سوریه و عراق (ماده ۱۳ قانون مدنی مصر،

ماده ۱۴ قانون مدنی سوریه و ماده ۹ قانون مدنی عراق) در صورت اختلاف تابعیت زن و شوهر، قانون دولت متبوع شوهر را واجد صلاحیت می‌دانند (سلجوقی، ۱۳۹۱: ۱۲۳)

در حقوق بین الملل خصوصی کشورهایی که برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه، عامل تابعیت را بر عامل اقامتگاه، ترجیح داده و قاعده‌ای را پذیرفته‌اند که به موجب آن، فرد از حیث احوال شخصیه خود، تابع قانون دولتی است که تابعیت آن را دارد، تابعیت و ازدواج در یکدیگر تأثیر دارند. تابعیت در ازدواج مؤثر است برای آن که ازدواج اتباع اگر چه مقیم در خارج باشند، تابع قانون دولت متبوع آن‌هاست (ماده ۶ قانون مدنی ایران). ازدواج نیز در تابعیت اثر دارد؛ برای آن که تابعیت شخص، در اثر ازدواج، ممکن است تغییر پیدا کند. (مواد ۹۸۶ و ۹۸۷ قانون مدنی ایران).

نتیجه‌گیری

احوال شخصیه عبارت از عناوینی است که موجب تحقق حالتی در شخص نسبت به شخصی دیگر می‌شود که قانون بر آن آثاری مترتب کرده است. با توجه به اهمیت و تعدد مقررات حاکم بر آن در مورد اتباع ایرانی و خارجی مقیم ایران، لزوم روشن شدن مفهوم و قلمرو موضوع احوال شخصیه ضروری بود که در این مقاله روشن شد.

احوال شخصیه برخاسته از حقوق روم است و از دو عنصر اساسی اهلیت و وضعیت تشکیل شده است و حاصل نوعی تقسیم‌بندی می‌باشد که احوال مدنی را به دو قسم احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می‌کند. از ورود این واژه به قاموس واژگان حقوق اسلامی کمتر از یک قرن می‌گذرد. فقها این اصطلاح را در معنای بسیار محدود مباحث نکاح و طلاق استفاده کرده‌اند. به این ترتیب خواسته یا ناخواسته از شیوه دولت‌های نوظهور ممالک اسلامی تبعیت نموده‌اند. پس از سقوط امپراطوری عثمانی ابتدا محاکم را به دو دسته عرفی و شرعی تقسیم کردند و احوال شخصیه را در صلاحیت محکمه شرع قرار دادند. به تدریج موضوعاتی را از صلاحیت آن خارج کردند و در نهایت چیزی جز مباحث نکاح و توابع آن باقی نماند. بعد از مدتی بسیاری از ممالک اسلامی محکمه شرع را هم منحل نمودند و به جای آن دادگاه خانواده را تأسیس کردند. از آنجایی که احکام در فقه یک امر تعبدی و توفیقی نیستند، در طول تاریخ فقه، فقهای شیعه و سنی تقسیم‌ها و بخش‌بندی‌های متعددی از آن‌ها را ارائه داده‌اند و امکان ارائه تقسیم‌بندی‌های جدیدتری نیز وجود دارد. به نظر می‌رسد هیچ محذور شرعی در پذیرش تقسیم‌بندی احوال شخصی و احوال عینی وجود ندارد. بلکه این تقسیم که احکام انسان را از اموال جدا می‌سازد با دیدگاه اعتقادی دین اسلام در خصوص خلقت انسان با توجه به فضیلت و کرامت عظیم وی نسبت به حیوانات و اشیاء، هم سازگار است. از طرفی روش مشهور فقهی علیرغم این که جامع و مانع نیست، بسیار کلی نیز می‌باشد. با توسعه روزافزون مسائل و گسترش نامحدود علم فقه، ضرورت ارائه تقسیم‌بندی‌های عینی‌تر و جزئی‌تری احساس می‌شود.

در مورد نکاح این موضوع قطعی و بدون اختلاف است که از موضوعات احوال شخصیه می‌باشد، ولی مصادیق جدیدی از روابط جنسی اشخاص، مانند قرارداد زندگی مشترک یا پیوند همجنسی، از موضوعات احوال شخصیه نیست.

مقررات حاکم بر قابلیت نکاحی دو شخص ایرانی دارای کیش و مذهب متعدد، مقررات مذهبی هر یک از آنان است و در صورتی آن‌ها می‌توانند با هم ازدواج کنند که به استناد مقررات مذهبی آن‌ها ازدواج هر کدام با دیگری مجاز باشد؛ ولی مقررات حاکم بر نکاح آنان در صورتی که هر دو مقررات قابل جمع باشد، باید نکاح برطبق مقررات جامع‌تر، یعنی مقررات مذهبی که شرایط بیش‌تری را ضروری می‌داند، منعقد شود. در صورتی که مقررات مذهب و کیش طرفین قابل جمع نباشد و معارض باشد، انعقاد نکاح به استناد تعارض مقررات ممکن نیست.

طلاق و ارث و وصیت، که در اصل دوازده قانون اساسی شمرده شده است، از موضوعات احوال شخصیه است. همچنین نسب، ولایت و سرپرستی نیز که در قانون اساسی و قانون عادی به آن اشاره نشده، از موضوعات احوال شخصیه است.

در مورد اهلیت نیز هرچند در ماده ۷ ق.م.ا.تبع بیگانه از این حیث تابع قانون دولت متبوع خویش محسوب شده‌اند؛ ولی تمام اتباع ایرانی اعم از شیعه و غیرشیعه و مسلم و غیر مسلم تابع قانون رسمی کشور محسوب شده و این مورد تابع مقررات مذهبی آنان نیست که به نظر می‌رسد اهلیت حکم قانونی است و از موضوعات احوال شخصیه نیست تا تابع مقررات مذهبی هر شخص قرار گیرد.

خارجیان مقیم ایران در مبحث احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند مگر اینکه معاهده‌ای بین دولت ایران و دولت متبوع تبعه خارجی در این مورد باشد. با توجه به اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی، خارجیان مسلمان مقیم ایران حتی در صورت وجود معاهده، تابع قانون مذهبی خود (در مورد احوال شخصیه) هستند. نگاهی به تحولات اخیر در کشورهایی که عنصر تابعیت را به عنوان عامل تعیین کننده برگزیده‌اند نشان می‌دهد که توجه به عناصر ارتباطی عینی مثل محل اقامت، محل سکونت، پیوند با سرزمین بیشتر شده و از نقش تابعیت به عنوان عنصر ارتباطی که همیشه واقعی نیست و یا لااقل تا آن حد که به نظر می‌رسد عینی نیست، کاسته شده است. با توجه به تحولات فوق و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بازنگری در تفسیر قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و احیانا برخی اصلاحات پس از یک مطالعه و مشورت همه جانبه، ضروری است.

فهرست منابع

۱. الماسی، نجادعلی (۱۳۹۵)؛ **تعارض قوانین**، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ سی‌ام.
۲. آل کجباف، حسین (۱۳۹۶)؛ **بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد اول، تهران: انتشارات جنگل، چاپ پانزدهم.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۹۳)؛ **حقوق مدنی**، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ سی و پنجم.
۴. پروین، فرهاد (۱۳۸۷)؛ **حقوق شهروندی در سیره نبوی و در حقوق ایران**، پژوهش‌های اجتماعی و اسلامی، شماره ۷۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)؛ **حقوق اموال**، تهران: انتشارات گنج دانش.
۶. سلجوقی، محمود (۱۳۹۱)؛ **بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی**، تهران: انتشارات میزان، چاپ سیزدهم.
۷. متولی، سید محمد (۱۳۷۹)؛ **قانون حاکم بر فرزندخواندگی از نظر مقررات داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی ایران**، شماره ۱۷۰.
۸. نصیری، مرتضی (۱۳۷۱)؛ **حقوق چند ملیتی**، تهران: نشر دانش امروز، چاپ اول.

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۶

صص ۸۰۱ - ۸۱۲

بررسی عهدنامه‌های بین‌المللی مبتنی بر آموزه‌های دینی

محمدعلی راغبی^۱، داود کریمی‌مرید^۲، تورج روحانی^۳

۱- استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران

۲- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران

۳- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران

چکیده

روابط میان حاکمیت‌های مستقل در جامعه جهانی عمدتاً در قالب عرف‌ها و معاهدات بین‌المللی، تشکیل دهنده مقررات و قوانینی است که از آن تعبیر به «حقوق بین‌الملل» می‌شود. این روابط و مراودات ممکن است در زمینه‌های اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و ... باشد که در چارچوب معاهدات بین‌المللی خود را نمایان می‌سازد. با این حال دین مبین اسلام به جهت هدف جهان شمول آن که سعادت دنیا و آخرت ابناء بشر است، یک نظام حقوقی جامع که مخاطب آن همه انسان‌ها می‌باشند ارائه نموده است هدف اصلی شریعت مقدس اسلام ایجاد حکومت واحد جهانی است. در عین حال تا فراهم شدن زمینه‌ها ایجاد موعود، موازین و مقررات مکتب حقوقی اسلام بالقوه علاوه بر افراد، قابلیت اعمال در روابط میان کشورها را نیز دارد. این در حالی است که کشورهای دیگر به خاطر اختلاف در فرهنگ و سنت‌ها، به سادگی پذیرای آن موازین چنان که شایسته است نیستند. با این وجود منابع اسلامی به ویژه قرآن کریم و سنت پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) مجموعه‌ای عظیم و مترقی از مقررات و قوانین در زمینه‌های مختلف مانند حقوق معاهدات، حقوق بشر، حقوق بشر دوستانه، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، حقوق دیپلماتیک و کنسولی و نیز ملاک‌های قابل اعمال در بسترهای جدید حقوق بین‌الملل را ارائه کرده است که هر یک به طور مستقل جای پژوهش و تحقیق در خور را دارند. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی و با هدف شناخت جایگاه و ارزش عهدنامه‌های بین‌المللی از دیدگاه اسلام نگاشته شده است. سوال اصلی تحقیق عبارتست از اینکه، عهدنامه‌ها بین‌المللی از چه جایگاه و ارزشی در آموزه‌های دینی برخوردار می‌باشند؟

واژگان کلیدی: تعهدات، حقوق بین‌الملل، آموزه‌های دینی

مقدمه

انعقاد معاهدات از دیرباز در جوامع متمدن بشری به جهت رعایت احترام متقابل و حفظ حدود و حریم‌های حکومتی مورد توجه بوده و اهتمام حاکمان و دولتمردان در ایجاد روابط تجاری و بازرگانی را می‌توان در قبل از میلاد مشاهده نمود. این امر در ادامه زندگی بشر و افزایش جمعیت و قلمروهای حکومتی، مسیر پر فراز و نشیبی را طی نموده و با عمل به این نوع معاهدات توسط رهبران مذهبی و دینی اعم از دانشمندان و پیامبران الهی که دارای مناصب حکومتی بودند بویژه پیامبر اکرم (ص)، به آن اعتبار و عینیت بخشیده است

هدف اصلی وجود این نوع معاهدات، ایجاد روابط سالم و مسالمت‌آمیز در سایه صلح و دوستی و احترام متقابل به حقوق ملت‌ها است تا مانع هر نوع کشتار و تجاوزگری شود. اعتبار این معاهدات بسته به رویکرد بین‌المللی دولت‌ها و عمل به شروط و اصول حاکم بر این نوع تعهدات می‌باشد. وجود جنگ‌های جهانی اول و دوم و حملات دول مستکبر که هیچگونه قائل به احترام حقوق متقابل کشورها و ملل نیستند و در پی جهان‌گشایی و منفعت‌طلبی خود، حتی حاضر به ایفای تعهدات وعده داده خود در مقابل ملل ضعیف نشدند، اعتبار این قبیل معاهدات را در عرصه بین‌الملل متزلزل می‌نماید. (برارپور، ۱۳۹۰: ۲۹)

ضرورت بحث:

اصول حاکم بر معاهدات در مکتب اسلام از قواعد و شاخص‌های مهمی تشکیل شده و با تأکیدات قرآنی و روایی همراه می‌باشد. رعایت تعهدات و ایفای به عهد در ابعاد حاکمیتی و بین‌المللی در احکام اسلامی مهم و اساسی دانسته شده و انجام آن به عنوان یک اصل مهم در ایفای عهد می‌باشد و ارزش تلقی می‌شود. اسلام با توجه به رسالت جهان‌شمولی خود این اصول سیاستی و حاکمیتی را در قالب مباحث دینی و ارزشی نهادینه نموده و این امر در سیره حکومتی رسول اکرم (ص) و امام علی (ع) کاملاً مشهود است. احکام حکومتی موجود در حاکمیت اسلام بیانگر عمق توانمندی تفکر سیاسی منتسب به اسلام بوده که با اشراف کامل بر تمامی ابعاد بین‌المللی به آن ارزش و اعتباری پایدار بخشیده است. وجوه برتری این اصول بر آنچه که امروزه در معاهدات بین‌المللی طی کنوانسیون‌ها و منشورات و میثاق‌های بین‌المللی به آن متعهد می‌شوند این است که رعایت و اصالت بخشی به این اصول در جامعه‌ای که حاکمیت آن از دل ارزش‌های والای انسانی نشأت گرفته باشد، و قرآن و سیره اهل بیت (ع) بر آن حاکم گردد به یقین بسی پایدارتر و قابل اعتمادتر از سایر حاکمیت‌ها بوده که در ابتدایی‌ترین تعهدات خود با تناقض‌های رفتاری متعهدین همراه است. لذا جامعه‌ای که حاکمیت آن از آن خدا باشد و خدا محوری در آن حاکم گردد به یقین رعایت اصول و پایبندی به آن در مجامع بین‌المللی نهادینه‌تر و قابل اعتمادتر خواهد بود.

در پی ظهور دولت‌های اسلامی و حاکمیت اسلام در عرصه سیاست‌گذاری‌های مملکتی و به جهت ارتباط با جهان خارج و پیشبرد سطح تعاملات بین‌المللی، ایجاد معاهدات با رعایت شرایط لازم ضرورتی دوچندان پیدا نموده است. از جمله پیامدهایی که موجب می‌شود تا ضرورت رعایت این اصول حاکم بر معاهدات، دوچندان شود، وجود جنگ‌های منطقه‌ای مانند حمله عربستان به یمن، حملات آمریکا به عراق و افغانستان و یا جنگ اسرائیل با انتفاضه فلسطین اشغالی می‌باشد. (شهریاری، ۱۳۹۴: ۱۳)

عهدنامه ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات

کشورهای طرف عهدنامه حاضر، با توجه به نقش اساسی معاهدات در تاریخ روابط بین‌المللی با تشخیص اهمیت روز افزون معاهدات به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل و به عنوان وسیله‌ای برای توسعه همکاری مسالمت‌آمیز بین ملت‌ها و قطع نظر از نظام اجتماعی و سیستم حکومتی آن‌ها، با درک این که اصل رضایت آزادانه و اصل حسن نیت و قاعده الزام‌آور بودن تعهدات بصورت جهانی مورد قبول قرار گرفته

است، با تایید اینکه اختلافات مربوط به معاهدات، مانند دیگر اختلافات بین‌المللی، باید به طریق مسالمت‌آمیز و طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل حل و فصل شود، با بخاطر آوردن تصمیم ملت‌های عضو سازمان ملل برای ایجاد شریطی که تحت آن بتوان عدالت و احترام به تعهدات ناشی از معاهدات را حفظ کرد و با در نظر داشتن اصول حقوق بین‌الملل منعکس در منشور ملل متحد، مانند اصل تساوی حقوق ملت‌ها و حق آن‌ها در تعیین سرنوشت خود، اصل تساوی حاکمیت کشورها و استقلال آن‌ها، اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها، اصل ممنوعیت تحدید به اعمال زور یا اعمال زور، و اصل احترام و رعایت جهانی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی همه افراد، با اعتقاد به اینکه تدوین و توسعه مترقیانه حقوق معاهدات که در این عهدنامه تحقق پذیرفته است، در نیل به مقاصد سازمان ملل به نحوی که در منشور ملل متحد بیان شده یعنی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی. توسعه روابط دوستانه و دستیابی به همکاری بین ملت‌ها، کمک خواهد کرد، عهدنامه ۱۹۶۹ وین را منعقد کردند.

بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات وین معاهده رابه قرار زیر تعریف می‌کند. معاهده عبارت است از یک توافق بین دولت‌ها است که به صورت کتبی منعقد شده مشمول حقوق بین‌الملل باشد، صرف نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد. بر طبق این تعریف، اولاً توافق دولت‌ها لازم است، که البته بعداً در سال ۱۹۸۶ توافق سازمان‌های بین‌المللی نیز به آن اضافه گردید. ثانیاً کتبی بودن توافق دولت‌ها مورد اشاره قرار گرفته است. بنابراین قراردادهایی که به صورت شفاهی صورت می‌گیرد و در قالب سند در نیاید معاهده نیست. ثالثاً موضوع باید مشمول حقوق بین‌الملل باشد و هرگونه توافقی بین تابعان حقوق بین‌الملل معاهده نیست. (مدنی، ج ۲، ص ۲۳۰)

مفهوم معاهده در حقوق بین‌الملل اسلامی

ریشه معاهده از عهد است که به معنای قول یا تعهد می‌باشد. معاهده اسم فعل عاهد به معنای بستن پیمان میان دو شخص است. عهد، میثاق، پیمان یا توافقی است که هرگاه بسته و به اجرا گذاشته شود به تعهد و پایبندی نیاز دارد. عهد همچنین مفاهیم امان و ذمه را نیز در بر می‌گیرد. اهل عهد مردم یا افرادی هستند که در بستن قرارداد شرکت دارند. معاهده هم عمل انعقاد قرارداد میان دو طرف و هم خود پیمان حاصله می‌باشد. (بسول، ۱۳۸۹، ص ۲۲۲) معاهده ترجمه کلمه *treaty* انگلیسی و در قانون مدنی آنجا که در ماده ۹۷۴ به معاهدات نظر دارد، با عنوان عهد بین‌المللی از آن نام برده است. عهدنامه معاهده‌ای است که با تشریفات کاملاً رسمی در خصوص اساسی‌ترین روابط بین دو یا چند کشور منعقد می‌شود. (مدنی، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۲، ص ۲۶۶)

در تاریخ اسلام معاهدات منعقد بین حکومت اسلامی و سایر دول و امم که به نام‌ها مهاده یا مواده نیز مرسوم گردیده است، نوعی معاهده تلقی می‌شود که با امضای آن آثار ویژه حقوقی ایجاد می‌گردد. معاهده در اسلام به معنای وسیع کلمه به کار رفته است، به نوعی که توافق با یک قبیله یا بعضی از اقوام و طوایف نیز به عنوان معاهده معتبر و لازم تلقی می‌شود. بعلاوه معاهدات در اسلام مشمول قواعد بین‌المللی به نحوی که در حقوق بین‌المللی غربی و معاصر پذیرفته شده است، نمی‌گردد؛ زیرا هم در شرع و هم در عرف جوهر معاهده به اراده ازاد طرفین محدود و وابسته است. (عنایت، ۱۳۷۰، ص ۲۰)

در اسلام تردید در مشروعیت معاهدات بین‌المللی نیست، چون انعقاد آن‌ها راه و وسیله‌ای است برای تحقق اهداف عالی اسلام و امام و پیشوای مسلمین می‌تواند با غیرمسلمانان موافقتنامه‌هایی را چنانچه به صلاح دین و امت باشد و یا موجب تالیف قلوب آنان به سمت مسلمین گردد، منعقد نماید. البته حقوق بین‌الملل اسلامی دارای مبادی و مبانی بسیاری است، ولی می‌توان تمامی آن‌ها را به دو اصل بنیادین عدالت و اخلاق برگرداند. در حقوق معاهدات یک مورد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است و

آن ضرورت عدم مغایرت معاهده با اخلاق حسنه است. در گذشته این اعتقاد وجود داشت که معاهدات بین‌المللی نباید با اخلاق بین‌المللی معارض باشد و در مواردی نیز که معاهداتی را که برخلاف اخلاق حسنه منعقد شده بود، باطل اعلام کرده‌اند. برخی از حقوقدانان معتقدند که داخل کردن چنین مفاهیمی در حقوق بین‌الملل نه تنها مثر ثمر نیست، بلکه بی‌نظمی و هرج و مرج را در جامعه بین‌المللی مستولی خواهد نمود. ولی با این حال نمی‌توان تصور کرد که قاعده آمره و اخلاق حسنه بین‌المللی در حقوق بین‌الملل جایگاهی ندارد؛ زیرا اساساً هر جامعه مایه حیاتی خود را از قواعد برتری می‌گیرد که نظم عمومی و اخلاق حسنه ایجاد می‌کند. (قربان نیا، ۱۳۷۸، ص ۱۱۶ - ۱۲۰)

اصل وفای به عهد

در اصل لزوم ایفای تعهدات و وفای به عهد و پیمان هیچ شک و شبهه‌ای وجود ندارد چرا که با نادیده انگاشتن آن دیگر هیچ نظام حقوقی و اخلاقی پایداری نیز وجود نخواهد داشت. تمامی مذاهب به اصل وفای به عهد و رعایت مشروط قراردادهای توصیه کرده‌اند. در دین مسیحیت آمده است که پیمان هر چند با کافران منعقد شود، باید وفا گردد، اگرچه در اثنای جنگ‌های صلیبی این ندا به گوش می‌رسید که پیمان شکنی گناه است، ولی وفای به عهد در قبال کافران گناهی است بزرگتر. (قربان نیا، ۱۳۷۸، ص ۱۲۵)

کانت متفکر توانای آلمانی که به معیار خاصی در تشخیص اخلاقی بودن افعال اعتقاد داشت، نیز وفای به عهد را از دستورات مسلم اخلاق می‌دانست. وی که متدین به دین مسیحیت بود و از کودکی با تعلیمات اخلاق دین پرورده شده بود، به وجود حسن عمل اعتقاد راسخ داشت.

این اصل در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین مورد اشاره قرار گرفته و در ماده ۲۶ آن قید شده است: «هر معاهده معتبری برای طرفین آن لازم‌الاجرا است و باید آن را با حسن نیت اجرا نماید.» وفای به عهد یکی از اصولی است که به جرات می‌توان گفت در تمامی ادیان و مکاتب مورد توجه و اشاره قرار گرفته است و هیچ عقل سلیمی را نمی‌توان یافت که از این اصول سر باز زند، چرا که نتیجه آن چیزی جز هرج و مرج و نابودی تمدن بشری نخواهد بود. دین اسلام نیز همانند سایر ادیان آسمانی پیش از خود توجه ویژه‌ای بر وفای به عهد داشته چنانکه قرآن کریم در آیات مختلف به آن اشاره می‌کند. از جمله در آیه ۱ سوره مبارکه مائده: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادهای [خود] وفا کنید.» در ذیل این آیه نوشته‌اند احترام به تمام پیمان‌ها، قراردادهای، موافقتنامه‌ها، عهد نامه‌ها و به طور خلاصه عقود و نیز رعایت دستورهای آسمانی مربوط به رفاه فرد و اجتماع نخستین گام درست در راه روابط اجتماعی است. عقود شامل پیمان‌های خداوند متعال با بندگان و نیز پیمان‌های متقابل انسان‌ها با یکدیگر است؛ بنابراین منظور از آیه احترام و وفاداری نسبت به تمام قوانین دینی و اجتماعی است (اشراق، بی تا، ص ۴۰۲)

حضرت امام خمینی (ره) کلیه قراردادهایی را که دولت اسلامی با استقلال کامل آن را تعهد کرده است، برای خود الزام‌آور می‌دانست. نمونه بارز آن پذیرش قطعنامه ۵۹۸ بود که امام اعلام کرد «من باز تاکید می‌کنم که ما در سیاست خود برای رسیدن به صلح در چارچوب قطعنامه شورای امنیت جدی هستیم و هرگز پیشقدم در تضعیف آن نخواهیم بود. (پور احمدی، ۱۳۸، ص ۵۴۶)

با این حال هر چند از نظر اصول حقوقی کلاسیک، وفای به عهد قاعده‌ای مطلق و قابل اجرا درباره کلیه تعهدات بین‌المللی می‌باشد مع ذلک به علت سوءاستفاده‌هایی که از آن به عمل آمده است، خصوصاً در دوران‌های اخیر، بسیاری از محققان را بر آن داشته که شمول آن را محدود نمایند و حتی اعلام کنند در مواردی که به اصل تساوی متعاهدین خدشه وارد شده است، وفای به عهد الزام‌آور نخواهد بود. تئوری معاهدات «غیرمتعادل و نامساوی» که به موجب آن موافقتنامه‌های تحمیلی و یک جانبه‌ای که کشورهای استعماری به نفع خود با دولت‌های تحت سیطره امضاء نموده‌اند، قابل رد و فسخ می‌باشد، در سال‌های اخیر

اعتبار و ارزش بیشتری یافته است. مشابه این مفهوم نیز در آثار برخی از فقهای متأخر مشاهده می‌شود که به موجب آن اصل وفای به عهد نمی‌تواند در مقابل استقلال و صیانت حکومت اسلامی مورد استفاده قرار گیرد. (عنایت، ۱۳۷۰، ص ۴۵)

آرتور توس بام در کتاب تاریخ مختصر حقوق بین‌الملل در مورد وفای به عهد و پیمان در اسلام و قرآن کریم می‌نویسد:

«اصول معتقدات اسلامی، چه در زمینه مسائل دینی و چه در سایر مواضع، هیچ نوع راه‌گریز و معافیته از الزامات عهدنامه‌ها باقی نمی‌گذارد. قرآن کریم به خصوص نقض و شکستن سوگند را نهی میکند و بر حفظ قول و وفای به عهد تأکید خاص دارد. در آن دوران این عقیده نیز وجود داشت که در صورت اقتضای منافع اسلام، معاهدات را پیش از سررسید می‌توان باطل کرد ولی در این حال نیز باز یک اخطار رسمی ظاهراً لازم و ضروری شمرده می‌شد.» (توس بام، ۱۳۳۷، ص ۷۶)

دلایل اعتبار معاهدات بین‌المللی در آموزه‌های دینی:

آیات

در قرآن کریم، آیات متعددی ناظر به اعتبار و نقش قراردادهای در زندگی اجتماعی است. اسلام همان‌گونه که به احکام فردی اهمیت می‌دهد، به مقررات اجتماعی نیز عنایت ویژه دارد. قرآن کریم در یک دستور عام همه مؤمنان را به رعایت تعهدات و قراردادهای فرا می‌خواند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به عقود (قراردادها) وفا کنید.

براساس روایات اسلامی و سخنان مفسران بزرگ، سوره «مائده» آخرین و یا از آخرین سوره‌هایی است که بر پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله نازل شده است. (مکارم شیرازی، ج ۴، ص ۲۴۳) در این سوره - به دلیل همین موقعیت خاص - برخی مفاهیم بنیادین مورد تأکید قرار گرفته است؛ از جمله اصل وفای به عهد و احترام به قراردادهای در زندگی اجتماعی (داخلی و بین‌المللی) که در نخستین آیه به آن اشاره شده است. فقیهان مسلمان بر اساس مفاد این آیه شریفه، قاعده مهم «اصاله اللزوم فی العقود» را استنباط کرده‌اند؛ قاعده‌ای که در سرتاسر فقه و حقوق اسلامی به آن استناد می‌شود؛ یعنی همه پیمان‌ها و قراردادهای - البته با لحاظ ضوابط کلی اسلام در خصوص قراردادهای - لازم‌الاجراست. (طباطبایی، ج ۵، ص ۲۸۵)

اصطلاح «العقود» در آیه شریفه، مطلق است و به تمام جنبه‌های زندگی انسان اعم از عقیده و عمل ناظر است؛ یعنی از پیمان‌های فطری و توحیدی تا قراردادهایی که مردم در زندگی اجتماعی می‌بندند، همه را دربر می‌گیرد. آیه شریفه از یکسو، انواع معاملات و قراردادهای سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، نظامی و اجتماعی را که بر موازین صحیح و عقلایی استوار باشد، شامل می‌شود؛ و از سوی دیگر، ناظر به پیمان‌هایی است که میان «بندگان» و «خدا» و یا میان «مردم» و «رهبری» بسته شده است.

احترام به پیمان و لزوم عمل به آن ریشه فطری دارد. هر انسانی لزوم عمل به پیمان را در نخستین مدرسه تربیت، یعنی فطرت و سرشت انسانی می‌آموزد و از آن الهام می‌گیرد. کودکان در آغاز زندگی، با سرشت پاک خود، عمل به پیمان را لازم می‌دانند. پیمان‌شکنی را نکوهش می‌کنند و از پیمان‌های توخالی برخی پدران و مادران ناراحت می‌شوند. در عین حال، کودکان با این احساس، رشد می‌کنند. به خاطر فطری بودن این اصل در جامعه انسانی، نقض عهد و پیمان‌شکنی از رذایل اخلاقی شمرده می‌شود و ضربات شکننده و جبران‌ناپذیری بر شخصیت و انسانیت فرد، وارد می‌سازد و در صحنه‌های سیاسی، هیچ چیز رسواتر از پیمان‌شکنی نیست. تنها ملتی عزیز است که به تعهدات خود عمل کنند و آن‌ها را محترم بشمارند.

قرآن مجید، دستور می‌دهد تا به عهد و پیمان خود پیوسته وفادار باشیم و بدانیم که در برابر خدا مسئولیم. همو می‌فرماید:

«وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ؛ به عهد الهی وفا کنید. این چیزی است که خداوند شما را به آن سفارش کرده است تا متذکر شوید» (انعام ۱۵۲)

و نیز می‌فرماید:

«وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا؛ به پیمان‌های خود وفادار باشید زیرا از پیمان‌ها سؤال خواهد شد» (اسراء ۳۴)

و در آیه دیگری هم آمده است:

«وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ؛ آنان (مؤمنین) به امانت و عهد و پیمان خود وفادارند». (مؤمنون: ۸)

این سه آیه جایگاه پیمان را در قرآن روشن می‌سازد و اهمیت ویژه آن را بیان می‌کند. نادیده گرفتن پیمان‌ها، جز خودخواهی و بی‌اعتنایی به حقوق دیگران و سبک شمردن شخصیت آن‌ها علتی ندارد و افراد خودخواه و پیمان شکن از دید پیامبر اکرم نکوهش شده‌اند. چنان که ایشان فرموده است: «لا دینَ، لیمن لا عهد له» آن کس که به پیمان خود وفادار نیست، مسلمان نیست.

«وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ؛ چه کسی به پیمانش پای بندتر از خداست». (توبه: ۱۱۱) خداوند منان، کمترین احتمال پیمان شکنی را نسبت به خود قاطعانه مردود می‌شمارد.

«فَلَنْ يَخْلِفَ اللَّهُ عَهْدَهُ؛ خداوند هرگز پیمان شکنی نمی‌کند». (بقره: ۸۰)

آن‌گاه بندگان مؤمن خود را نیز به وفاداری و پای بندی به تعهداتشان فرا می‌خواند و از نقض عهد و بی‌وفایی باز می‌دارد. خداوند در آیه‌ای با بیان نشانه‌های خردمندان حق جو بیش از هر چیز، وفای به عهد و پیمان را گوشزد می‌کند: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ لَا يَنْقُضُونَ الْعِمَّاتِ؛ آن‌ها کسانی هستند که به عهد الهی وفا می‌کنند و پیمان را نمی‌شکنند». (رعد: ۲۰)

خداوند حکیم، در آیه دیگری، وفاداری به هر پیمانی را از مؤمنان می‌خواهد و می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها وفا کنید». (مائده ۱)

رسول اکرم صلی الله علیه و آله وسلم نیز وفای به عهد را از شرایط اساسی ایمان می‌داند و حضرت امیر علیه السلام نیز در فرمان خود به مالک اشتر، به اهمیت این مسئله در اسلام و جاهلیت اشاره می‌کند و آن را مهمترین و عمومی‌ترین قانون اجتماع می‌شمارد.

به صراحت آیه شریفه، خداوند اعتبار قرارداد را برتر از حق اخوت اسلامی قرار داده است. البته اعتبار قراردادها مادامی است که نقضی از جانب مقابل صورت نگیرد. در غیر این صورت، عقدی نیست تا الزامی در کار باشد: «فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» (توبه: ۷)؛ مادام که طرف بر پیمانش وفادار است، شما نیز وفاداری کنید. خداوند پرهیزگاران را دوست دارد.

رعایت پیمان‌ها حتی در برابر دشمنان

وفای به عهد، تنها در محدوده روابط داخلی مسلمانان خلاصه نمی‌شود، بلکه مسلمانان موظفند در برابر بیگانگان، کافران و دشمنان نیز به تعهدات خود پای بند باشند. قرآن مجید، بزرگترین دشمن اسلام را یهود و مشرکان می‌داند. آنجا که می‌فرماید:

«لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا». «(مائده: ۸۲)

یهود و مشرکان را لجوج‌ترین دشمن نسبت به افراد با ایمان می‌یابی.

همین قرآن، هر زمان که پای پیمان به میان می‌آید، دستور می‌دهد که مسلمانان پیمان‌های خود را حتی با این گروه‌ها حفظ کنند و چیزی از آن کم نکنند. در آیه‌ای می‌فرماید:

«إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ؛ مگر با آنان که در نزدیکی مسجد الحرام پیمان بستید تا آنان به پیمان خود وفادارند، شما نیز وفادار باشید. همانا خداوند پرهیزکاران را دوست می‌دارد.» (توبه: ۷)

با توجه به نکوهشی که قرآن درباره پیمان شکنان می‌کند، می‌توان از نظر اسلام در این باره به خوبی باخبر شد. برای مثال، در این آیه آمده است:

«وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَنْتَهُونَ؛ اگر آنان پیمان‌های خود را شکستند و در آیین شما طعن زدند، سران کفر را بکشید. برای آنان پیمانی نیست. شاید آنان بپرهیزند.» (توبه: ۱۲)

در آیه دیگر با شدت هر چه تمام‌تر دستور می‌دهد که با پیمان شکنان نبرد کنید؛ چنان که می‌فرماید:

«أَلَا تَقَاتِلُونَ قَوْمًا نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ؛ چرا با گروه پیمان شکن نبرد نمی‌کنید.» (توبه: ۱۳)

در اهمیت حفظ پیمان، همین بس که اگر در میدان نبرد، فردی از دشمن بخواهد از منطق اسلام آگاه شود، آن گاه درباره گرایش به اسلام تصمیم بگیرد، به حکم قرآن، باید به او امان داد و پیمان بست تا سخن خدا و منطق قرآن را به خوبی بشنود. هرگاه بخواهد به اردوگاه خود بازگردد، باید او را با کمال احترام به آنجا بازگرداند و این حقیقت در این آیه به خوبی منعکس شده است:

«وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ؛ هرگاه مشرکی امان بخواهد تا سخن خدا را بشنود، به او امان بده تا کلام الهی را گوش کند، آن گاه او را به جایگاه خود بازگردان.» (توبه: ۶)

نکته قابل ذکر در این بحث، این مورد است که به همان اندازه که درباره وفاداری به عهد و پیمان تأکید شده، از پیمان شکنی و بی‌وفایی نکوهش شده است. قرآن کریم، بیشترین زبان ناشی از پیمان شکنی را متوجه شخص پیمان شکن می‌داند و می‌فرماید: «فَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَى نَفْسِهِ؛ هر کس پیمان شکنی کند، در حقیقت به زبان خویش پیمان شکنی کرده است.» (فتح: ۱۰)

سلب اعتماد عمومی، یک از بزرگترین آثار پیمان شکنی است. احساس اعتماد متقابل، پشتوانه محکمی برای فعالیت‌های اجتماعی است. اگر وفای به عهد، از جامعه انسانی رخت بریند و پیمان‌ها یکی پس از دیگری شکسته شود، سرمایه بزرگ اعتماد عمومی به غارت خواهد رفت و جامعه به ظاهر متشکل، به اجزایی پراکنده تبدیل می‌شود.

روایات:

از مهمترین دلایل اعتبار قراردادهای بین‌المللی احادیثی است که از پیامبر اکرم (ص) و معصومین (ع) روایت شده است. در این زمینه، روایات بسیاری از پیامبر اکرم (ص) شده است که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود:

- «المسلمون عند شروطهم الا ما خالف كتاب الله»؛ مسلمانان در گرو قرارها و پیمان‌های خود هستند، جز مواردی که مخالف کتاب خدا باشد. (بحار الانوار، ص ۲۷۷)
- «لا دين لمن لا عهد له»؛ کسی که به عهد خود وفا نکند، دین ندارد. (بحار الانوار، ص ۸)
- «المؤمنون عند شروطهم»؛ مؤمنان در گرو پیمان‌شان هستند. (بحار الانوار، ۱۶۷)
- «من ظلم معاهدا او كلفه فوق طاقته فانا حججه يوم القيامة»؛ کسی که به هم‌پیمانانش ستم کند و یا او را بیش از توانش تکلیف کند، در روز قیامت من شخصا طرف حساب او هستم. (احمد بلادری، ص ۲۲۹)

- «من کان یؤمن باللّه و الیوم الآخر فلیف اذا وعد» هر که به خدا و روز قیامت ایمان دارد، باید به وعده‌ای که می‌دهد وفا کند. (کلینی، ص ۱۶۷)

در منابع روایی احادیث فراوانی در رابطه با پیمان شکنی آمده است. معصومین علیه السلام پیمان شکنی و فسخ بی مورد معاهده را مورد تقبیح قرار داده و سخنان زیادی را در مذمت آن ایراد فرموده‌اند که در ذیل به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌گردد:

پیامبر خدا صلی الله علیه و آله:

«لن یهلک الناس حتی یتغدروا من أنفسهم» (ری شهری، ج ۸، ص ۳۶۲)

مردم هرگز هلاک نشوند، مگر آن‌گاه که با خود پیمان شکنی کنند.

پیامبر خدا صلی الله علیه و آله: خداوند متعال فرمود:

«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بی ثم غدّر، و رجل باع خراً فأكل ثمنه، و رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه العمل و لم یؤفه أجره و رجل أعطانی صفتة ثم غدّر» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۴۸۶)

سه کسند که روز قیامت من خصم آن‌ها هستم: مردی که با من پیمان بندد و سپس خیانت کند، مردی که انسان آزادی را [برده کند و او را] بفروشد و بهایش را بخورد و مردی که مزدوری را اجیر کند و از او کاملاً کار بکشد و مزدش را به طور کامل نپردازد.

امام علی علیه السلام:

«أربعة أسرع شیء عقوبة... و رجل عاهدته علی أمر فوفیت له و غدّر بک...» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۵۵)

چهار چیز زودترین کیفر را دارد، و مردی که با او پیمان ببندی و تو بر آن امر وفا کنی و او پیمان شکنی کند.

نهج البلاغه:

در سخنان امام علی علیه السلام در زمینه معاهداتی که بسته شده و وفای به آن معاهدات رهنمودهای ارزنده و آموزنده‌ای آمده است. از جمله آن‌ها سخنان حضرت پس از هجوم لشکریان معاویه به شهر انبار و ربودن زیور آلات زنان ذمی. متن سخنان امام علیه السلام بدین شرح است:

«شب و روز، در نهان و آشکارا، شما را به نبرد با این قوم فرا خواندم و گفتم که پیش از آنکه سپاه بر سرتان کشند، بر آن‌ها بتازید. به خدا سوگند، به هیچ قومی در خانه‌هایشان تاخت نیاوردند. مگر آنکه زبون خصم گشتند. شما نیز آن قدر از کارزار سر بر تافتید و کار را به گردن یکدیگر انداختید و یکدیگر را نصرت ندادید، تا هر چه داشتید به باد یغما رفت و سرزمینتان جولانگاه دشمنانتان گردید. و اکنون، این مرد غامدی است، که با سپاه خود به شهر انبار در آمده است. و حستان بن حستان البکری را کشته است و مرزدارانتان را رانده است و کار را به آنجا رسانیده‌اند که شنیده‌ام که یکی از آن‌ها بر زن مسلمانی داخل شده و دیگری، بر زنی از اهل ذمه و، خلخال و دستبند و گردنبند و گوشواره‌اش را ربوده است. و آن زن جز آنکه آنا لله... گوید و از او ترحم جوید چاره‌ای نداشته است. آن‌ها پیروزمندان، با غنایم، بی آنکه زخمی بردارند، یا قطره‌ای از خونشان ریخته شود، بازگشته‌اند. اگر مرد مسلمانی پس از این رسوایی از اندوه بمیرد، نه تنها نباید ملامتش کرد بلکه مرگ را سزاوارتر است» (سید رضی، ۱۴۱۴، ص ۳۵)

ملاحظه می‌کنیم که معاهدات سیاسی و اجتماعی بسته شده میان مسلمانان با غیرمسلمانان از چنان اهمیتی برخوردار است که امام علی علیه السلام در اظهار تالم و تاسف خود از جنایات سپاه اموی همان اندازه از تضییع حقوق اهل ذمه متالم است که نسبت به مسلمانان چنین حسنی دارد.

امام علی علیه السلام در رابطه با صلح و معاهده با دشمن نیز در عهدنامه خود به مالک اشتر نخعی فرماندار مصر چنین می‌نویسد:

«وَلَا تَدْفَعَنَّ صَلْحًا دَعَاكَ إِلَيْهِ عَدُوَّكَ وَلِلَّهِ فِيهِ رِضَىٰ فَإِنَّ فِي الصُّلْحِ دَعَاً لِيَجُودِكَ، وَرَاحَةً مِنْ هُمُومِكَ، وَأَمْنًا لِبِلَادِكَ، وَلَكِنَّ الْحَذَرَ كُلَّ الْحَذَرِ مِنْ عَدُوِّكَ بَعْدَ صَلْحِهِ، فَإِنَّ الْعَدُوَّ رَبَّمَا قَارَبَ لِيَتَغَفَّلَ فَخُذْ بِالْحَزْمِ، وَأَتِهِمْ فِي ذَلِكَ حُسْنَ الظَّنِّ. (سید رضی، ۱۴۱۴، ص ۳۸۰)

«آن صلح را که دشمن به تو پیشنهاد می‌کند، اگر مورد رضای خدا باشد رد مکن، زیرا در صلح راحت برای سپاه و آرامش برای تو و امنیت برای کشور است، ولی جدا بر حذر باش از دشمن بعد از صلح نمودنش، زیرا دشمن بسیاری از اوقات برای غافل گیر کردن نزدیک می‌شود، بنابراین دور اندیش باش و خوش بینی را متهم کن.»

«وَإِنْ عَقَدْتَ بَيْنَكَ وَبَيْنَ عَدُوِّكَ عَقْدَةً، أَوْ الْبَسْتَهُ مِنْكَ ذِمَّةً، فَحُطُّ عَهْدِكَ بِالْوَفَاءِ، وَارِزْ ذِمَّتَكَ بِالْأَمَانَةِ، وَاجْعَلْ نَفْسَكَ حِنَّةً دُونَ مَا أُعْطِيتَ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ فِرَاطِ اللَّهِ شَيْءٌ النَّاسُ أَشَدُّ عَلَيْهِ اجْتِمَاعًا، مَعَ تَفَرُّقِ أَهْوَالِهِمْ، وَتَشَتَّتِ أَرَائِهِمْ، مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْعُهُودِ. وَقَدْ لَزِمَ ذَلِكَ الْمُشْرِكُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ دُونَ الْمُسْلِمِينَ لِمَا اسْتَوْبَلُوا مِنْ عَوَاقِبِ الْعُدْرِ؛ فَلَا تَعْدِرَنَّ بِذِمَّتِكَ، وَلَا تَخِيْسَنَّ بَعْدَكَ، وَلَا تَحْتَلِنَ عَدُوَّكَ، فَإِنَّهُ لَا يَجْتَرِي عَلَى اللَّهِ إِلَّا جَاهِلٌ شَقِيٌّ، وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ عَهْدَهُ وَذِمَّتَهُ أَمْنًا أَفْضَاهُ بَيْنَ الْعِبَادِ بِرَحْمَتِهِ، وَحَرِيمًا يَسْكُنُونَ إِلَىٰ مَنَعَتِهِ، وَيَسْتَفِيضُونَ إِلَىٰ جَوَارِهِ، فَلَا إِذْغَالَ وَلَا مُدَالَسَةَ وَلَا خِدَاعَ فِيهِ. (سید رضی، ۱۴۱۴، ص ۸۰)

«و اگر با دشمن پیمان بستنی به آن وفا کن و با رعایت امانت به تعهد خویش پایبند باش و با دل و جان در انجام آن بکوش، چه، هیچ یک از واجبات الهی نیست که مردم با همه اختلاف نظرهای که دارند، بر آن اتفاق نظر داشته باشند، مانند وفای به عهد. و مشرکان نیز در بین خودشان جدای از مسلمین آنرا محترم شمرده‌اند، زیرا عواقب پیمان شکنی را دیده بودند پس به تعهد خویش جفا و خیانت مکن و از خیانت به دشمن بر حذر باش، چه آنکه بر خدا گستاخی نکند جز نادان بدبخت و خداوند با رحمت خویش، عهد و پیمانش را محیط امن و حریم آسایش بندگان قرار داده، تا در حمایت او پناه گیرند، بنابراین فساد تدلیس و نیرنگ محکوم است»

«وَلَا تَعْقُدْ عَقْدًا تُجَوِّزُ فِيهِ الْعِلَلَ، وَلَا تُعَوِّلَنَّ عَلَىٰ لِحْنِ قَوْلٍ بَعْدَ التَّأَكِيدِ وَالتَّوَثُّقِ وَلَا يَدْعُوَنَّكَ ضَيْقُ أَمْرٍ، لَزِمَكَ فِيهِ عَهْدُ اللَّهِ، إِلَىٰ طَلَبِ انْفِسَاخِهِ بِغَيْرِ الْحَقِّ، فَإِنَّ صَبْرَكَ عَلَىٰ ضَيْقِ أَمْرٍ تَرْجُو انْفِرَاجَهُ وَقَضَلَ عَاقِبَتِهِ، خَيْرٌ مِنْ عُدْرٍ تَخَافُ تَبِعَتَهُ، وَأَنْ تُحِيطَ بِكَ مِنَ اللَّهِ فِيهِ طَلِبَةٌ، لَا تَسْتَقْبِلُ فِيهَا دُنْيَاكَ وَلَا آخِرَتَكَ» (سید رضی، ۱۴۱۴، ص ۳۸۱)

«پیمانی مبنی که در آن تأویل را راه تواند بود و پس از بستن و استوار کردن پیمان برای بر هم زدن به عبارت‌های دو پهلو که در آن‌ها ایهامی باشد، تکیه ننماید. و مبدا که سختی اجرای پیمانی که بر گردن گرفته‌ای و باید عهد خدا را در آن رعایت کنی، تو را به شکستن و فسخ آن وادارد، بی آنکه در آن حقی داشته باشی. زیرا پایداری تو در برابر کار دشواری که امید به گشایش آن بسته‌ای و عاقبت خوشش را چشم می‌داری، از غدری که از سرانجامش بیمناک هستی بسی بهتر است. و نیز به از آن است که خداوندت بازخواست کند و راه طلب بخشایش در دنیا و آخرت بر تو بسته شود»

بنابراین از نظر امام علی علیه السلام پیمان و معاهده باید دارای ویژگی‌های زیر باشد:

۱. امام علی علیه السلام در ایمن نامه مسائل مهمی در ارتباط با دشمنان و طرز برخورد با آن‌ها در صلح و جنگ را بیان می‌نماید. ایشان می‌فرمایند هرگز صلحی را که از جانب دشمن پیشنهاد می‌شود و رضای خدا در آن است را رد مکن. تعبیر «ول ... فیہ رضی» اشاره به صلحی عادلانه دارد و همچنین می‌تواند اشاره به این موضوع نیز باشد که گاه برخی از افراد تندرو راضی به صلح نمی‌شوند در حالی که رضای خداوند

در آن است یا بر عکس آن گاهی افراد راضی به صلح می‌شوند و به آن مشتاق‌اند در حالی که خداوند از آن راضی نمی‌باشد مانند آنچه در صفین به وقوع پیوست. بنابراین خواست و رضای خداوند در هر پیمان و معاهده‌ای نخستین اصل می‌باشد.

۲. صلح در صورتی که مورد رضا و تایید خداوند باشد برای امت اسلامی ۳ فایده و ثمره خواهد داشت: راحتی برای لشکر، ثمره‌ای برای رهبر، فایده‌ای برای کشور.

۳. تاکید امام بر دور اندیشی و عدم غفلت از مکر و حيله دشمن؛ چرا که پیشنهاد صلح دشمن همیشه صادقانه نیست و ما از نیت واقعی او اطلاعی نداریم بنابراین باید به صورت مداوم و پیوسته بر اعمال دشمن و حسن انجام معاهده نظارت تام و کامل داشته باشیم و در عین حال بنا به فرمایش قرآن «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَأَخْرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ۗ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ» آمادگی لازم برای مقابله با دشمن را داشته باشیم به دست آوریم.

۴. با اینکه اصل در اسلام خوش بینی و حسن ظن است اما امام در اینجا می‌فرماید: «حسن ظن و خوش بینی را در اینجا کنار بگذار.» چرا که طرف مقابل دشمن است و از هر راهی برای ضربه زدن به سپاه اسلام استفاده می‌کند.

۵. امام دلایلی برای وفای به عهد ذکر می‌کنند: نخست در طول تاریخ و در میان همه قبایل وفای به عهد لازم شمرده است. دوم؛ حتی مشرکان نیز وفای به عهد را لازم می‌دانند. سوم؛ در اسلام وفای به عهد یکی از اصول مسلم است.

۶. امام در پایان دستورات و رهنمودهایی را نیز در رابطه با عهد و پیمان بیان می‌فرماید: نخست نهی شدید از پیمان شکنی دوم؛ پیمان شکنی و خیانت در عهد نوعی دشمنی با خداست، زیرا او دستور به وفای به عهد داده است. سوم؛ هرگز پیمانی را که در آن تعبیراتی است که جای اشکال یا احتمال سوء استفاده توسط دشمن وجود دارد منعقد مساز. چهارم؛ ایشان سپس می‌فرماید: تو نیز بعد از تاکید و عبارات محکم عهدنامه تکیه بر برخی تعبرات سست و آسیب‌پذیر برای شکستن پیمان منما.

نتیجه‌گیری

دین اسلام مجموعه‌ای از دستورات برای حفظ ارزش‌های دینی و اخلاقی است و انسان را خلیفه و جانشین خداوند در زمین می‌داند. بنابراین لازم است که انسان اخلاقی الهی داشته و در مراودات خود جانب حق را رعایت نماید. از این رو اسلام برای او چارچوب و قواعدی را بیان فرموده است. قواعد جامعی که تمامی ابعاد زندگی بشر را در بر می‌گیرد و معاهدات تنها گوشه‌ای از آن می‌باشد که به دلیل اهمیت زیاد آن و تاثیراتی که ممکن است بر اسلام و زندگی مسلمانان وارد کند، مورد تاکید قرار گرفته و در قرآن و روایات معصومین علیه السلام توجه زیادی به آن شده است. اصل وفای به عهد و احترام به قراردادهای سابقه دیرینه در تاریخ زندگی بشر دارد. زندگی اجتماعی زمانی سامان می‌یابد که روابط انسان‌ها در ابعاد گوناگون داخلی و بین‌المللی آن عاقلانه و منطقی تنظیم گردد. این واقعیت در روابط بین‌المللی مهمتر می‌نماید. گستردگی و پیچیدگی روابط بین‌المللی، فزون‌خواهی بعضی از کشورها و افزایش رویه بی‌اعتمادی میان تابعان حقوق بین‌الملل، نقش قراردادهای و رعایت تعهدات بین‌المللی را بیش از پیش آشکار می‌سازد.

حقوق قراردادهای در اسلام از جایگاه خاصی برخوردار است. افزون بر دلایل نقلی، سیره پیشوایان دین نشانگر این واقعیت است که اصل وفای به قرارداد اساس روابط بین‌المللی اسلام را تشکیل می‌دهد؛ فریب و نیرنگ در نظام حقوقی اسلام جایگاهی ندارد. در این نظام مقدس، رعایت پیمان و احترام به قراردادهای محدود به حقوق نیست، بلکه از نشانه‌های ایمان به شمار می‌رود. در پژوهش حاضر اصل وفای به عهد در

معاهدات بین‌المللی را بررسی و تبیین نمودیم سپس دلایل اعتبار معاهدات را در سه بخش مورد ارزیابی قرار دادیم آیاتی را که در رابطه با معاهدات وارد شده بود را مورد تحلیل و بررسی قرار دادیم و می‌توان گفت مهمترین پیام این آیات ضرورت وفای به عهد و پیمان است. البته این ضرورت تا هنگامی مورد تاکید است که بر خلاف مصالح اسلام و مسلمین نباشد. سپس ارزش معاهدات در روایات و در نهج البلاغه را مورد بررسی قرار دادیم و نامه مشهور امام علی علیه السلام به مالک اشتر را به عنوان نمونه‌ای اسلامی برای معاهدات بین‌المللی در سطح جهانی مورد تحلیل قرار دادیم. در نهایت آنچه از مجموع تمام این مطالب دانسته شد این است که معاهدات به عنوان شاخصه تبادل‌ات و روابط میان دولت‌ها و حکومت‌ها، در دین اسلام از اهمیت و ارزش زیادی برخوردار است. در ۱۴۰۰ سال پیش که بشر غرق در توحش و بی فرهنگی بود، دین اسلام قوانینی را در جهت انعقاد معاهدات بین‌المللی و حفاظت و حراست از آن بیان نموده است. قواعد و مقرراتی که پایه و اساس قوانین بین‌المللی امروز از جمله کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص معاهدات بین‌المللی شده است.

منابع:

۱. قرآن کریم و نهج البلاغه
۲. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین
۳. اشراق، محمد کریم، تاریخ و مقررات جنگ در اسلام، تهران، نشر فرهنگ اسلامی، بی تا
۴. برارپور، ابراهیم (۱۳۹۰)، اصول حاکم بر معاهدات بین‌المللی از منظر فقه شیعه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
۵. بسول، لیبب احمد (۱۳۸۹)، معاهدات بین‌المللی در اسلام، ترجمه مهدی شفیعیان، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)
۶. پور احمدی، حسین (۱۳۸۹)، اسلام و روابط بین‌المللی، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام
۷. روزبهانی، محمد رضا (۱۳۹۴)، مقدمه علم حقوق، تهران، کتاب آوا
۸. سید رضی، محمد بن حسین موسوی (۱۴۱۴)، نهج البلاغه، قم، موسسه نهج البلاغه
۹. شریفی طراز کوهی، حسین (۱۳۷۵)، قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی، تهران، انتشارات وزارت خارجه
۱۰. شهریاری، سعید (۱۳۹۴)، بررسی و تبیین جایگاه معاهدات بین‌المللی از منظر قرآن و تعالیم اسلامی، کنفرانس مطالعات فرهنگی
۱۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۱۲. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۱۳. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۶۰)، تفسیر المیزان، جلد ۵، نشر دارالفکر
۱۴. عنایت، حسین (۱۳۷۰)، تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران، بی‌جا انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
۱۵. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۷۸)، اخلاق و حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات سمت
۱۶. کلینی، ابو جعفر (۱۴۰۷)، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه
۱۷. مجلسی، محمد بن باقر بن محمد تقی (۱۴۱۰)، بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الطهار علیهم السلام، بیروت، موسسه الطبع و النشر
۱۸. محمدی ری شهری (۱۳۷۵)، محمد، میزان الحکمه، کتابخانه دیجیتال مدرسه فقاقت
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۵)، تفسیر نمونه، نشر تهران
۲۰. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۷)، حقوق بین‌الملل عمومی، بی‌جا، انتشارات پایدار
۲۱. نوس بام، آرتور (۱۳۳۷)، تاریخ مختصر حقوق بین‌الملل، ترجمه احمد متین‌دفتری، تهران، امیر

کبیر

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۵

صص ۸۱۳ - ۸۳۰

نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری و مرجع آن

مصطفی امرایی^۱، محمدرضا کونانی^۲، علی احمدپور^۳

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)

۲- کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

۳- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

طبق ماده‌ی ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۱، یکی از مسئولیت‌های ادارات راهنمایی و رانندگی و مراکز تعویض پلاک، صرفاً بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، اخذ جریمه‌ها و دیون که در صدر ماده‌ی ۲۹ قانون موصوف به آن اشاره شده است و در ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۸ هیئت وزیران نیز که مجوز صدور شناسنامه مالکیت پلاک، بیان شده بود اما نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود، از این رو، دارندگان وسایل نقلیه مکلفانند قبل از هرگونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند که این امر نیز بر اساس آخرین بخشنامه صادره به شماره ۱۰۰/۶۹۰۰/۹۰۰۰ مورخ ۹۵/۱۲/۲۱ از سوی رئیس دستگاه قضا هم اعلام گردید که خاتمه دهنده‌ی مناقشات موجود بین دفاتر اسناد و نیروی انتظامی، است با این بیان که: هرگونه نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری بر عهده‌ی دفاتر اسناد رسمی گذاشته شد چرا که آنچه که از یافته‌ها و نتایج این تحقیق به دست آمد این بود قوانین مربوط به تخلفات رانندگی در شمار قوانین امری قرار می‌گیرد که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی و در نتیجه تراضی اشخاص برخلاف مقررات وضع شده، از نظر قانون‌گذار، مردود می‌باشد. از این رو نگارنده در تحقیق پیش رو، به شیوه‌ی توصیفی- تحلیلی و با مطالعه‌ی روش کتابخانه‌ای سعی دارد به تبیین و تحلیل ضرورت فرایند انتقال مالکیت وسایل نقلیه موتوری و مرجع حاکم آن بپردازد.

واژگان کلیدی: تعهدات، حقوق بین‌الملل، آموزه‌های دینی

مقدمه

ثبت عقود و قراردادهای و اعمال حقوقی از قدیم‌الایام رواج داشته است سابقه‌ی تنظیم سند در ایران به عهد باستان بر می‌گردد و در کتاب مقدس کلیمیان آمده است که ایرانیان در دادگاه‌ها به ادله متوسل می‌شده‌اند، با ظهور اسلام و جای و ساری شدن احکام مترقی آن که اکثراً در کتاب آسمانی آن بیان شده است. در آیات ۲۸۲ تا ۲۸۴ از سوره مبارکه بقره به استفاده از سند در روابط حقوقی مردم اشاره شده و مباحث بسیار گسترده‌ای را در خصوص سند مطرح کرده است. خودبه‌خود ایرانیان نیز با توجه به علاقه‌شان به اسلام و گرایش سریع آن‌ها به دین مبین اسلام از این منبع وحی تأثیر پذیرفته و آیات و احکام آن را به مرحله اجرا درآورده و اغلب معاملات و روابط حقوقی خود را با تنظیم نوشته‌ای مسجل و مستحکم می‌نمودند و در موقع روز اختلاف یا تردید یکی از طرفین، آن نوشته به عنوان مدرک و دلیل اثبات صحت ادعایی که از آن‌ها به کار گرفته می‌شد. اما بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در بهمن‌ماه سال ۱۳۵۷، موضوع سند وضعیت دوگانه و متناقضی یافته است. زیرا از یک سو، سند به عنوان رایج‌ترین دلیل اثبات دعاوی جایگاهی رو به رشد یافته و از سوی دیگر، ارزش اثبات‌کنندگی سند با مداخله مقنن در مواردی رو به کاهش و نزول گذاشته است. از نظر ارزش اثباتی سند، مباحث علمی زیادی پدید آمده است. تحولات به وجود آمده در فناوری اطلاعات و ارتباطات نیز عامل دیگری است که جایگاه سند را در نظام حقوقی ایران تحت تأثیر قرار داده است. زیرا جامعه‌ی بشری به وضعیتی رسیده که مفاهیم و مقالات تنها به صورت مکتوب ارائه نمی‌شوند بلکه ماهیتی چندرسانه‌ای پیدا کرده‌اند و حجم عظیمی از اطلاعات و مطالب بر روی محمول‌های فیزیکی کم حجم مانند دیسکت‌ها، سی‌دی‌ها و سایر حافظه‌های الکترونیکی، قابل ثبت و ضبط می‌باشند. کشور ما نیز از این وضعیت بی‌تأثیر نبوده و امروزه بخش عمده‌ی مبادلات بر روی فاکس و اینترنت و اطلاعات رایانه‌ای انجام می‌شود. اما حقوق در پذیرش این مدارک به عنوان سند تردید دارد و هر گاه که رویه قضایی در برابر ایراد نسبت به اصالت و اعتبار سند الکترونیکی قرار گیرد درباره‌ی ترجیح نیازها بر سنت‌ها دچار سرگردانی شده و به دودلی می‌افتد. قراردادهای مهم و مستمر، هنوز هم به صورت کتبی درمی‌آید و به امضای دو طرف می‌رسد و ابزارهای تازه نتوانسته وسایل قدیمی را از میدان به در کند.

۱- مفهوم مالکیت

۱-۱- تعریف لغوی و اصطلاحی

مالکیت به معنای مالک بودن حقی است که انسان نسبت به شیئی دارد و پدیده‌ی هوایی‌اند هرگونه تصرفی در آن بکند به جز آن چه که مورد استثنای قانون قرار گرفته است (عمید، ۱۳۶۰: ۲۶۲). در اصطلاح مالکیت عبارت است از حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر آنکه قانون استثناء کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۹۹).

۱-۲- تعریف فقهی

تعاریف زیادی برای مالکیت در متون فقهی و غیر فقهی آمده است که با توجه به آن‌ها می‌توان چنین گفت: «مالکیت رابطه‌ای است اعتباری بین مال از یک طرف و بین شخص (حقیقی یا حقوقی) از طرف دیگر که بر اساس آن مالک پدیده‌ی هوایی‌اند هر تصرف معقولی را که مایل باشد در آن انجام دهد. در حقیقت مالکیت فقط یک اعتبار عقلایی است. عقلاً چیزی را که در دست کسی قرار دارد (متعلق به اوست) علقه‌ای بین او و چیزی که در اختیار وی می‌باشد این رابطه، منشأ تسلط وی بر آن چیز است و یا اینکه آنچه را که اعتبار می‌کنند عبارت است از همان تسلط» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۵۳).

ملکیت مفهومی روشن است، اما برای آنکه بتوان این مفهوم را پایه و اساس دیگر مباحث قرار داد، می‌بایست تعریفی از آن ارائه داد. همان‌گونه که برخی از لغویین «ملک» و «مالکیت» را به آثار آن معنا

کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۰، ج ۱۳، ۴۳) همچنین شیخ انصاری (ره) ملکیت را نسبتی میان مالک و مملوک قرار داده است (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۴، ۷۹) که از یک حکم تکلیفی انتزاع می‌شود، اما در جای دیگر از ملکیت به سلطنت فعلیه یاد کرده است. (همان، ۳۶۸)

۱-۳- تعریف حقوقی

مالکیت مهم‌ترین حق عینی است و عبارت از رابطه‌ای است بین شخص و شی که به وی حق همه گونه تصرف و انتفاع را می‌دهد. مالکیت حقی است مطلق و انحصاری؛ زیرا به صاحب آن اجازه می‌دهد هر گونه تصرفی در مال خود بکند و هر نوع بهره‌ای از آن ببرد، مگر آنچه به موجب قانون استثناء شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۰۵-۱۰۸). این قاعده در فقه قاعده تسلیط نام دارد (صفایی، ۱۳۷۹، ۶۸).

۱-۴- جایگاه مالکیت در فقه امامیه

برخی از فقها تصریح کرده‌اند که لفظ مالکیت دارای حقیقت شرعیه نیست، بنابراین برای شناخت مفهوم مالکیت نیازی به مراجعه به متون شرعی نیست.

نراقی در این باره می‌فرماید: معنای مالکیت و مالیت و ملک و مال، معنایی عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع و یا دلیل شرعی نیست بلکه در این زمینه همانند سایر الفاظ که فاقد حقیقت شرعیه است باید به عرف و لغت مراجعه کرد. (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۱۳) همین فقیه در کتاب دیگرش می‌نویسد «و المرجع فی کون الشیء ملكا و مالا الی العرف حیث انه لا دلیل شرعی علی بیان» (نراقی، ۱۴۰۵، ج ۲، ۳۷۱).

دقت در کلام سایر فقهای که به تعریف مالکیت پرداخته‌اند نشان می‌دهد که اگرچه آنان به این مطلب تصریح نکرده‌اند اما به طور ضمنی به آن اذعان و اعتراف داشته‌اند و به همین دلیل در تعریف مالکیت به جای استناد به ادله شرعی، به ارتکاز عرف و عقلا و نیز برداشت عمومی مردم از مفهوم آن بسنده کرده‌اند. بنابراین مالکیت مفهوم عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و مفهوم عرفی، احکام و آثاری را بر آن مترتب کرده است و لذا برای شناخت ماهیت آن باید به عرف مراجعه کرد.

۲- مفهوم سند

۲-۱- تعریف لغوی و حقوقی سند

سند در لغت به معنای آنچه بدان اعتماد کنند آمده است و به صورت نوشته یا گفته یا حتی پیکره‌ای سنگی، شی سفالی، سکه‌ای فلزی، لباس یا ... باشد. حقوقدانان نیز از این معنای لغوی دور نشده و سند را هر تکیه‌گاه و راهنمای مورد اعتماد دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۶، ۶۵). که بتواند اعتقاد دیگران را به درستی ادعا جلب کند؛ خواه نوشته باشد یا گفته و اماره و قرار (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۷۵). در بیان مفهوم سند حقوقدانان برای آن سه معنا ذکر کرده‌اند:

۲-۲- مفهوم سند در معنای عام و خاص

سند در مفهوم عام، به معنای هر تکیه‌گاه مورد اعتماد است. بنابراین وقتی گفته می‌شود: فلان حدیث دارای سند معتبر است یا فلان سند تاریخی درباره‌ی رویدادی ارائه شده است، مفهوم عام سند مورد نظر می‌باشد.

در مفهوم خاص، سند هر نوشته‌ای است که قابل استناد باشد. از جمله: اعلام کتبی اشخاص یا تصدیق‌نامه، نظر کارشناس، صورت‌جلسه تحقیق محلی، متن قوانین و آئین‌نامه‌ها و ... در این مفهوم، سند معادل معنای «دلیل» را دارد (مدنی، ۱۳۷۶: ۸۰ و ۲۷۵).

۲-۳- مفهوم اخص و اصطلاحی سند

در معنی اخص یا اصطلاح حقوقی، سند عبارت است از «هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد» و این همان چیزی است که در بند ۲ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی تحت عنوان «اسناد کتبی»، جزء دلایل اثبات دعوا و مهم‌ترین دلیل اثباتی احصا شده و با قید «کتبی بودن»، از مفهوم عام سند جدا گردیده است. بنابراین «نوشته‌ای که به منظور تحقق بخشیدن اثبات واقعه‌ی حقوقی تنظیم می‌شود، در اصطلاح حقوقی سند نامیده می‌شود (حسینقلی نژاد، ۱۳۷۴، ۶۳).

۲-۴- انواع سند

در این قسمت به انواع سند؛ یعنی از لحاظ عادی و رسمی بودن آن به ترتیب مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۴-۱- سند عادی

تعریف سند عادی مستنبط از ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی در بیان مصادیقی سند رسمی و مبتنی بر مفهوم مخالف آن، «سند عادی نوشته‌ای است که توسط اشخاص تنظیم می‌شود بدون اینکه مأمورین رسمی دخالتی در تنظیم آن داشته باشند. در این راستا ماده ۱۲۹۳ همان قانون مقرر می‌دارد: «هر گاه سند به وسیله یکی از مأمورین رسمی مهمی تنظیم اسناد تهیه شده، لکن مأمور، صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته و یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد، سند مزبور در صورتی که دارای امضا یا هر طرف باشد، عادی است. کافی است که سندی فاقد یکی از ارکان سند رسمی باشد، در این صورت فقط به شرط داشتن مهر یا امضا، سند عادی خواهد بود اما به صراحت ماده ۱۳۰۱ قانون مدنی: «امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاکننده، دلیل است؟ بنابراین سندی که به وسیله افراد تنظیم می‌شود مانند نام‌های خصوصی، دفاتر تجاری، اسنادی که معمولاً بین افراد در معاملات تنظیم می‌گردد و سندی که نزد مأمورین رسمی خارج از حدود صلاحیت خود تنظیم می‌نماید مانند سند معامله که پلیس تنظیم کند و سندی که مأمور رسمی بدون رعایت مقررات مربوطه تنظیم نماید. مانند آنکه سند رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی در دفتر اسناد رسمی در دفتر نماینده ثبت نشود همگی جز اسناد عادی هستند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۶، ۱۶۶).

۲-۴-۲- سند رسمی

در قانون مدنی و قانون ثبت اسناد و املاک، تعریفی صریح و روشن از سند رسمی نشده بلکه در ماده‌ی ۱۲۸۷ قانون مدنی، مصادیق سند رسمی احصاء شده و قانون‌گذار، هر سندی که جزء یکی از این موارد باشد را به عنوان سند رسمی مورد پذیرش دانسته است. این موارد عبارت‌اند از:

- اسنادی که در اداره‌ی ثبت اسناد و املاک تنظیم شده باشند.
 - اسنادی که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شده باشند.
 - اسنادی که نزد سایر مأمورین رسمی تنظیم شده باشند.
- البته رسمی بودن این اسناد مشروط به رعایت دو شرط زیر می‌باشد:
۱. مأمور تنظیم کننده، صلاحیت تنظیم آن را داشته و در حدود صلاحیت و اختیارات قانونی خود اقدام به تنظیم آن سند نموده باشد.
 ۲. مقررات مربوط به تنظیم سند توسط مأمور تنظیم کننده آن رعایت شده باشد.
- با عنایت به مراتب، در تعریف اصطلاحی سند رسمی گفته شده: نوشته‌ای است که به وسیله‌ی یکی از مأمورین دولتی در حدود صلاحیت آن‌ها طبق مقررات مربوطه تنظیم شود (امامی، ۱۳۷۱: ۶۷). ثبت سند است که به حق، جنبه‌ی رسمی می‌دهد و تنظیم سند بدون ثبت آن در نزد یکی از مراجع مذکور به تنهایی

کافی برای رسمی تلقی شدن سند نمی‌باشد فلذا پس از تنظیم سند باید به ثبت برسد. ماده‌ی ۱۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مقرر می‌دارد: هیچ سندی را نمی‌توان تنظیم و در دفتر اسناد رسمی ثبت نمود مگر آنکه موافق با مقررات قانون باشد. به موجب این «تنظیم سند مقدمه ثبت آن است و ثبت سند در دفتر رسمی که از طرف سازمان ثبت چاپ شده است انجام می‌شود» (حمیتی واقف، ۱۳۸۴: ۱۱۷). سند رسمی با تعریفی که به موجب قانون مدنی در این خصوص شده است، از نظر حقوق ثبت و مقررات ثبتی متفاوت می‌باشد. به موجب مقررات ثبتی، سند رسمی فقط اسنادی را شامل می‌شود که با رعایت مقررات قانونی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شده باشند. بر این اساس بین تعاریف ارائه شده رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد، به این معنی که تعریف قانون مدنی از اسناد رسمی اعم از تعریفی است که در مقررات ثبتی از آن استنباط می‌شود و هر سندی که از نظر قانون ثبت، رسمی می‌باشد از نظر قانون مدنی نیز رسمی خواهد بود (ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی). اما ممکن است سندی از نظر قانون مدنی رسمی باشد ولی از نظر قانون ثبت، رسمی نباشد، مانند: شناسنامه تنظیمی توسط مأمور ثبت احوال یا گواهینامه رانندگی یا احکام دادگاه‌ها...

۲-۴-۳- انواع سند رسمی از حیث ماهیت

با توجه به این که وجه مشترک رسمی تلقی شدن سند، تنظیم آن توسط مأمور رسمی در حیطه صلاحیت خود با رعایت تشریفات و مقررات قانونی مربوط است، بر این اساس اسناد رسمی را به چهار دسته تقسیم‌بندی کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۴: ۲۹۰-۲۹۱) که عبارت‌اند از:

- ۱) **اسناد قانونی:** مانند قوانین و صورت جلسات مصوبات جلسه عمومی مجلس شورای اسلامی و کمیسیون‌های تخصصی آن، فرمان‌ها و تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی.
 - ۲) **اسناد اداری:** مانند دستورهای صادره از ادارات لشکری و کشوری، قراردادهای تنظیم شده به شکل اداری به وسیله شهرداری‌ها و شورای شهر، پروانه‌های صنفی و ساختمانی و نظارتی، اسناد درج‌شده در صندوق‌ها و دفاتر ثبت عمومی و اسناد مربوط به ثبت احوال شخصی.
 - ۳) **اسناد قضایی:** مانند احکام و قرارهای دادگاه‌ها، صورت مجلس‌ها و گزارش‌های اصلاحی، معاینه محلی و تحقیق محلی بازپرسان و مدیران دفاتر، سایر برگ‌های تصدیق و تنظیم شده در مقام دادرسی و تأمین دلیل.
 - ۴) **اسناد تنظیمی در دفاتر ثبت:** مانند اظهارنامه‌ها و صورت مجلس ابلاغ وجه و ثبت وقایع از جمله وقوع جرم‌ها و تصادم‌ها. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۹۵).
- یکی از حقوقدانان برجسته، (همان)، نوع دیگری از اسناد رسمی تحت عنوان اسناد تنظیم شده با صلاحیت اداری را نیز به این تقسیم‌بندی اضافه کرده و اسناد مربوط به اعمال حقوقی که به وسیله مأموران رسمی ثبت می‌شوند مانند اعلام حجر و رفع آن، فرزندخواندگی و سرپرستی از کودکان بی‌سرپرست، وصیت‌نامه‌های سری و خودنوشت و اسناد تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی را جزء این دسته از اسناد رسمی محسوب نموده است.

۲-۵- شرایط تنظیم و ثبت اسناد رسمی

در این قسمت ابتدا شرایط ماهوی تنظیم و ثبت اسناد رسمی و سپس شرایط شکلی آن به ترتیب مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۵-۱- شرایط ماهوی

- **مداخله مأمور رسمی در تنظیم سند:** مأمور رسمی اعم از مأمور دولتی اسمت زیرا ممکن است کس مأمور رسمی باشد ولی مأمور دولتی (مستخدم و کارمند) نباشد. مانند سردفتر اسناد رسمی و سردفتر ازدواج و طلاق که وابسته به قوه قضائیه هستند. فلذا صرف دولتی بودن مأمور، در رسمی تلقی شدن

سند تنظیمی، موضوعیت نداشته و مأمور غیردولتی که از طرف مرجع صلاحیت‌دار کشور به آن سمت تعیین شده باشد (امامی، ۱۳۸۴، ج ۶، ۶۸)، پدیده‌هایی‌اند سند رسمی تنظیم نماید. بر این اساس منظور از مأمور رسمی، شخصی است که مأموریت او در قانون پیش‌بینی شده باشد (شمس، ۱۳۸۰، ج ۳، ۱۴۱). بر حسب این تعریف، مأمورین شهرداری، اعضای هیئت‌مدیره کانون وکلای دادگستری، کانون کارشناسان رسمی دادگستری و مؤسسات و سازمان‌هایی که با اجازه قانون تأسیس شده‌اند جزء مأمورین رسمی هستند. با توجه به مراتب، پروانه ساختمان یا گواهی پایان کار صادره از شهرداری و نیز پروانه وکالت صادره از کانون وکلا برای وکیل و پروانه کارشناسی صادره از کانون کارشناسان دادگستری برای کارشناس، جزء اسناد رسمی است که توسط مأمورین رسمی در حیطه صلاحیت آن‌ها و با توجه به مقررات قانونی مربوطه تنظیم شده‌اند (بازگیر، ۱۳۷۷: ۲۶۶). همچنین «رای دادگاه، گزارش اصلاحی، صورت‌جلسه‌های دادرسی، نظر هیئت‌منصفه یا کارشناسی، اسناد مربوط به قانون‌گذاری، امور اداری و مالیاتی و شهرداری و ثبت احوال و بسیاری از این قبیل در زمره اسناد رسمی است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۹۱).

صلاحیت مأمور رسمی تنظیم کننده سند: مأمور رسمی که اقدام به تنظیم سند می‌نماید، برای رسمی تلقی شدن سند مذکور باید آن مأمور، صلاحیت قانونی تنظیم سند را داشته و از حدود اذن داده شده به وی برای تنظیم سند خارج نگردد. صلاحیت مأمور اعم از ذاتی و نسبی است منظور از صلاحیت ذاتی این است که مأمور باید در نوع امری که سند آن را تنظیم می‌کند صالح باشد. به عنوان مثال مأموری که برای ثبت دفتر املاک معین شده فقط برای انجام آن امر صلاحیت دارد و برای انجام امور دیگر مانند ثبت اسناد در دفتر اسناد رسمی یا تنظیم سجل احوال، صلاحیت نخواهد داشت (امامی، ۱۳۸۴، ج ۶، ۶۸). چون تنظیم این اسناد حسب مورد، در صلاحیت سردفتر یا مأمور اداره ثبت احوال می‌باشد. منظور از نسبی بودن صلاحیت، حدود اختیارات مأمور می‌باشد نسبت به امری که از طرف مقام صلاحیت‌دار به او محول گردیده است، با این معنی که مکان و زمان وضعیت حقوقی اشخاصی که سند برای آنان تنظیم می‌شود را رعایت کرده باشد، به عنوان مثال: مأموری که از طرف اداره ثبت احوال، مأمور ثبت متوفیات بیگانگان حوزه تهران می‌باشد، صلاحیت ثبت متوفیات بیگانگان سایر حوزه‌ها را ندارد (همان). بنابراین، اقدام مأمور انتظامی یا شهرداری به تنظیم سند رسمی معامله یا تنظیم سند رسمی در خارج از حوزه صلاحیت سردفتر یا دخالت او در معاملات مربوط به خویشان نزدیک یا اموری که در آن ذی‌نفع است، فاقد اعتبار به عنوان سند رسمی به علت خروج از مرز اختیار باشد. اما این اسناد با رعایت ماده ۱۲۹۳ قانون مدنی، سند و حدود صلاحیت می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۹۳). اما این اسناد با رعایت ماده ۱۲۹۳ قانون مدنی، سند عادی محسوب خواهد شد.

لزوم رعایت مقررات قانونی مربوط در تنظیم سند: برای اینکه سند تنظیمی مأمور رسمی در حیطه صلاحیت وی، رسمی تلقی شود، رعایت تشریفات که قانون آن‌ها را مقرر کرده، ضرورت دارد. در این خصوص، ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، تنظیم سند بر طبق مقررات قانونی را برای رسمی محسوب تمدن سند، شرط اساسی اعلام نموده است. ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات قانونی مربوط به تنظیم سند، عادی تلقی شدن آن سند به شرط دارا بودن امضا یا مهر طرف می‌باشد. تشریفات تنظیم سند به دو دسته تقسیم می‌شود:

(۱) **تشریفات که رعایت آن‌ها در تنظیم سند ضروری است و عدم رعایت آن‌ها اسناد را اثر رسمیت می‌اندازد:** این تشریفات شامل تمام تشریفات است که در قانون و یا آئین نامه اجرایی قانون برای تنظیم سند پیش‌بینی شده است (امامی، ۱۳۸۴، ج ۶، ۷۰). به عنوان مثال امضای

صورت مجلس یا سند قرارداد با اقرارنامه توسط مأمور رسمی یا امضای شاهدان معرف و تصدیق، دو طرف در اسناد تنظیم شده در محضر رسمی و تاریخ امضای سند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۹۳).

۲) **تشریفاتى که عدم رعایت آن‌ها سند را از رسمیت نمی‌اندازد:** مواردی مانند: «عدم رعایت مقررات راجع به حق تمبر که به اسناد تعلق می‌گیرد، نتیجتاً هر امری که قانون، رعایت آن را در تنظیم سند لازم دانسته است، چنانچه عده تأثیر آن در رسمیت سند به وسیله قانون مسلم نگردد، باید رعایت آن را مؤثر دانست. زیرا اطلاق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی که می‌گوید: «بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است»، ایجاب می‌نماید هر امری را که قانون یا آئین نامه به دستور قانون نوشته شده باشد مقرر دارد، از جمله تشریفاتى است که شرط رسمیت سد می‌باشد و عدم رعایت آن، مانع از رسمیت سند خواهد بود (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱، ۶۹). بنابراین سند وقتی رسمی شناخته می‌شود که دارای شرایط سه‌گانه یکی از آن‌ها مفقود باشد، یعنی تنظیم سند توسط غیر مأمور رسمی، یا توسط مأمور رسمی فاقد صلاحیت یا تنظیم آن بدون رعایت مقررات و ترتیبات قانونی چنین سندی بنا به حکم ماده ۱۲۹۳ قانون مدنی، به شرط داشتن امضا یا مهر طرف عادی تلقی خواهد شد و قابلیت انکار و تردید و حتی ادعای جعلیت را خواهد داشت.

۲-۵-۲- شرایط شکلی

علاوه بر شرایط ماهوی که رعایت آن‌ها ضروری است، برخی تشریفات شکلی هم وجود دارند که رعایت آن‌ها به موجب مقررات ثبتي ضروری است این تشریفات عبارت‌اند از: تنظیم سند بر روی اوراق رسمی چاپی تهیه‌شده توسط سازمان ثبت اسناد و املاک (آدابی، ۱۳۸۸: ۱۷۵-۱۷۶)، لزوم تنظیم آن به زبان فارسی، پرداخت مالیات و عوارض قانونی و حق‌التحریر و حق‌الثبت سند مگر در مواردی که به حکم قانون از پرداخت آن‌ها معاف شده باشند. لزوم امضا و مهر سند توسط سردفتر و داشتن تاریخ، شماره سند تنظیمی و نیز قانونی که به آن بهای اوراق گفته می‌شود. البته عدم رعایت آن‌ها سند را از رسمیت نمی‌اندازد.

۳- وظایف و الزامات اداره راهنمایی و رانندگی در خصوص نقل و انتقال وسایل نقلیه

در تقسیم‌بندی قوانین به امری و تکمیلی، بدون تردید، قوانین مربوط به تخلفات رانندگی در شمار قوانین امری قرار می‌گیرد که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی و در نتیجه تراضی اشخاص برخلاف مقررات وضع شده، از نظر قانون‌گذار، مردود می‌باشد (محبی، ۱۳۹۵: ۱۶۹-۱۷۳). با این وصف، قدرت اجبار کننده قانون که فصل مشترک تمام مصوبات قوهی مقننه است، در قوانین امری از صراحت بیشتری برخوردار است؛ بنابراین تخییر مندرج در ماده‌ی ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹^۱ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۱/۶/۱۸ خلاف دلایل وضع و فلسفه تصویب قانون است.

۱- ماده‌ی ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹) قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۱/۶/۱۸ مقرر می‌دارد: در این آیین‌نامه اصطلاحات زیر در معانی مشروح مربوط به کار می‌روند: الف - بررسی اصالت وسیله نقلیه: مطابقت مشخصات و مشخصات فنی وسیله نقلیه با اسناد مسلم‌الصدر و سوابق شماره‌گذاری توسط کارشناس راهنمایی و رانندگی. ب - تعویض پلاک: فک پلاک متعلق به مالک از روی وسیله نقلیه و اختصاص پلاک به منتقل‌الیه و ثبت اطلاعات منتقل‌الیه به عنوان آخرین مالک در سامانه شماره‌گذاری و صدور سند مالکیت و کارت شناسایی خودرو و نصب پلاک مربوط به مالک جدید بر روی وسیله نقلیه. پ - دیون معوق: مالیات و عوارض پرداخت نشده وسیله نقلیه تا زمان تعویض پلاک. ت- جریمه‌ها: جریمه‌های مربوط به تخلفات رانندگی با وسیله نقلیه مورد معامله تا زمان انتقال مالکیت. ث- مراکز تعویض پلاک: مراکز خدمات خودرویی که با مجوز و تحت نظارت راهنمایی و رانندگی فعالیت می‌نمایند.

چرا که بررسی اصالت وسیله نقلیه، احراز هویت دارندگان وسایل نقلیه، اخذ گواهی دیون معوق توسط راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین‌شده، سپس تنظیم سند نقل و انتقال در دفتر اسناد رسمی و آنگاه تعویض پلاک خودرو، جز با حضور و استقرار دفاتر اسناد رسمی در مراکز تعویض پلاک، عملی نمی‌گردد و اگر هم به جز این روش توصیه گردد، با عنایت به ضرورت تکریم ارباب رجوع، باعث صعوبت و سختی انجام آن برای مراجعین به مراکز و دفاتر خواهد گردید. علاوه بر آن، اگرچه در عبارت قانون از ادات تکلیف استفاده نگردیده اما از آنجایی که هدف قانون‌گذار در وضع قوانین، اخبار از امری نبوده بلکه تعیین تکلیف موضوعی خاص می‌باشد، استناد به عبارت «پدیده‌ هوایی‌اند» در تبصره‌ی یک؛ «نیروی انتظامی پدیده‌ هوایی‌اند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد»، نافی تکلیف نیروی انتظامی در فراهم آوردن امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی در محل مراکز تعویض پلاک نمی‌باشد.

همچنین اطلاق و عموم عبارت «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود» در صدر ماده‌ی ۲۹ قانون، ناظر به تکلیف تمامی دارندگان وسایل نقلیه به حضور در دفاتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند نقل و انتقال است. استثنا شدن وسایل نقلیه وارداتی و خودروهای ساخت داخل که سابقه شماره‌گذاری در سامانه راهنمایی و رانندگی ندارند از شمول آیین‌نامه و تبعاً اختصاص یا تعویض پلاک بدون تنظیم سند نقل و انتقال در آیین‌نامه اجرایی ماده‌ی ۷ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۰/۸/۷ نص صریح ماده‌ی ۲۹ قانون و معتبر شمردن اسناد عادی مالکیت خودرو به رغم نهی قانون‌گذار و محرومیت دولت از وصول حقوق قانونی مترتبه می‌باشد. لذا اجرای صحیح قانون، مستلزم اصلاح آیین‌نامه در سال ۱۳۹۱ شد که انتظار می‌رود هیئت‌وزیران با اصلاح آیین‌نامه و در غیر این صورت، ریاست مجلس شورای اسلامی، حسب اختیارات قانونی، پس از تطبیق و ابطال موارد خلاف قانون، زمینه‌ی اجرای دقیق ماده‌ی ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و تبعاً حفظ حقوق اشخاص و دولت را فراهم نمایند.

موضوع دخالت پلیس در امر نقل و انتقال خودروها چند سال است که مطرح و تعقیب شده است. در ابتدا با طرح موضوع «طرح ملی تعویض پلاک خودروها» مراکزی تحت عنوان «مراکز نقل و انتقال خودروها» در سراسر کشور بدون آن‌که مصوبه قانونی داشته باشد، تأسیس شد و با ترتیب دادن مصاحبه‌های متعدد، مسئولین پلیس راهور در رسانه‌ها مردم را از مراجعه به دفاتر اسناد رسمی بر حذر داشته و آن را گویی یک جرم نابخشودنی عنوان و تلقی نمودند و به مردم القا کردن که تنها باید برای نقل و انتقال خودرو، به مراکز مزبور مراجعه نمایند و نقل و انتقال خودرو را در صلاحیت ذاتی خود دانستند اما پس از آن‌که با مخالفت قانونی کانون سردفتران و دفتریاران روبه‌رو شدند و کانون سردفتران و دفتر باران موضوع را به مسئولین کشور گزارش نمودن، مجبور شدند از طریق هیئت دولت، ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی را به تصویب برسانند تا جنبه‌ی قانونی به اقدامات خود ببخشند. لیکن خوشبختانه در ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه مزبور، هیئت دولت، موضوع نقل و انتقال مالکیت خودرو و تعویض پلاک خودرو را از یکدیگر تفکیک نموده و تنها بخش تعویض پلاک را در صلاحیت پلیس دانسته و بر آن تأکید نمودند. هم‌چنین با مداخله‌ی رئیس وقت سازمان ثبت از اقدامات غیرقانونی پلیس راهور جلوگیری شد و با انجام مصاحبه‌ها و مذاکراتی، این نهاد انتظامی را تشویق نمودند که توافق‌نامه‌ای با کانون سردفتران و سازمان ثبت منعقد کنند تا دفاتر اسناد رسمی به طور دوره‌ای در مراکز مزبور مستقر گردیده و پس از تعویض پلاک خودروها امر نقل و انتقال رسمی خودروها را در همان مراکز تعویض پلاک به انجام برسانند و بدین ترتیب تلاش‌های پلیس راهور را در جهت حذف دفاتر اسناد رسمی از فرایند نقل و انتقال خودروها خنثی نمودند و حتی برای نشان دادن حسن نیت خود و با وجود تأکید بر جدا بودن موضوع نقل و انتقال مالکیت خودروها و امر تعویض پلاک خودروها،

برای حل مشکلات ناشی از عدم تنظیم معاملات خود در دفاتر اسناد رسمی خودداری نموده بودند و تصور می‌کردند که با اعلام پلیس دیگر نیازی به ثبت معاملات خودرو نیست و تعویض پلاک کافی است؛ در این مقطع زمانی، مسئولان سازمان ثبت، توافق نمودند که دفاتر اسناد رسمی، معاملات بعدی خودروهای مزبور را به استناد شناسنامه‌های خودرو که در آن دوره توسط پلیس راهور صادر شده بود، به ثبت برسانند تا این مشکل نیز حل شود و لیکن متأسفانه، مسئولان پلیس راهور، برخلاف توافق مزبور، بعداً از حضور سردفتران در مراکز مزبور جلوگیری نمودند و اجازه ندادند تا توافق‌نامه تداوم‌یافته و به طور کامل به اجرا درآید و در مقابل، از طریق مجلس و هیئت دولت در پی آن بوده‌اند که در مقررات گوناگون که به تصویب مراجع مذکور می‌رسد، موادی را اضافه نمایند تا به پلیس راهور اجازه داده شود که رأساً معاملات راجع به خودروها را بدون نیاز به مراجعه به دفاتر اسناد رسمی به انجام برساند. امری که تاکنون ادامه داشته و آخرین بار شاهد هستیم که در مجلس شورای اسلامی در مقرراتی که راجع به راهنمایی و رانندگی در دست تصویب می‌باشد، ماده‌ای را پیشنهاد داده‌اند که پلیس راهور رأساً به نقل و انتقال خودروها مبادرت ورزد. لیکن خوشبختانه، با درایت اعضای کمیسیون قضایی مجلس، این بار نیز با اصلاح ماده پیشنهادی پلیس راهور مقرر شد؛ نه تنها امر نقل و انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد بلکه تعویض پلاک نیز به دفاتر مزبور محول شود و این ماده در کمیسیون قضایی مجلس با اکثریت مطلق آرا به تصویب رسید.

۴- الزام به نقل و انتقال وسایل نقلیه در دفاتر اسناد رسمی

تمامی عنوان‌های مرتبط با این مبحث کاملاً مطابق با ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و آئین‌نامه اجرایی آن در سال ۱۳۹۱ می‌باشد:

۴-۱- رعایت تشریفات قانونی در دفاتر اسناد

با تصویب ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و آئین‌نامه اجرایی آن در سال ۱۳۹۱ نقل و انتقال اموال منقول مانند اموال غیرمنقول الزامی است و در کلیه‌ی مجالس قانون‌گذاری کشور، دفاتر اسناد رسمی به عنوان مرجع نهایی تنظیم اسناد انتقال وسایل نقلیه موتوری تلقی شده و حتی در قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷، و قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵، دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند هنگام تنظیم هرگونه سند در مورد وسایل نقلیه موتوری زمینی مشخصات بیمه‌نامه‌ی شخص ثالث آن‌ها را در اسناد تنظیمی درج نمایند و در مقررات مربوط به وصول عوارض خودرو نیز دفاتر اسناد رسمی مکلف شده‌اند شماره و تاریخ برگه مفصلاً حساب عوارض شهرداری و یا قبض پرداختی را در سند تنظیمی انتقال خودرو درج نمایند. بنابراین قانون‌گذار در بحث وظایف اختصاصی نیروی انتظامی به نحوه‌ی شماره‌گذاری خودرو و اختصاصاً شماره ملی خودرو و مجوز دریافت مبلغ مربوط و واریز آن به حساب خزانه بسنده کرده و مجدداً وظایف تخصصی هر دو نهاد را از یکدیگر تفکیک نموده و حتی تمایلی جهت الزام نیروی انتظامی به کنترل وضعیت نظام‌وظیفه متعاملین وسایل نقلیه موتوری که خارج از بحث تخصصی تعویض پلاک خودرو است، نشان نداده و کنترل آن را کمافی سابق به عهده دفاتر اسناد رسمی گذارده است (بلغاری، ۱۳۸۸: ۸۷).

صلاحیت ذاتی دفاتر اسناد رسمی به منظور تنظیم و ثبت اسناد بر همگان مبرهن است به گونه‌ای که با این اسناد وسیله اثبات مالکیت وسایل نقلیه مشخص و تعیین می‌گردد و هیچ‌گونه نیازی به تعویض پلاک وجود ندارد. با تنظیم و ثبت اسناد و ارائه خلاصه‌ای از اسناد به ادارات راهنمایی و رانندگی، این مراکز مراتب ثبت آن را در شماره‌گذاری انجام می‌دهند. لازم است قانون‌گذار برای پایان بخشیدن به این مناقشات

به‌صراحت و روشنی مراتب تنظیم اسناد برای نقل و انتقال خودرو با یک بار و برای همیشه تبیین و ضرورت آن را بیان نماید.

تقدم و تأخر تعویض پلاک برای اسناد خودرو وجود ندارد. اگر متعاملین برای تعویض پلاک خودرو به مراکز ذی‌ربط مراجعه نمودند این مراکز اقدام به تعویض پلاک نمایند. در غیر این صورت، با تنظیم سند رسمی در دفترخانه‌ها تصویری از سند برای درج در مراتب و سوابق پلاک به اداره راهنمایی و رانندگی ارسال گردد. انتقال اسناد اتومبیل در دفاتر اسناد رسمی اعم از مالیات، حق الثبت و عوارض شهرداری اخذ و به حساب‌های مربوطه واریز می‌شود، بخشی از منابع درآمدی دولت است که در تنظیم بودجه به آن توجه می‌شود و عیناً آن وجوه برای رفاه مردم در ردیف‌های مخصوص هزینه می‌شوند و پرداخت‌کننده مالیات و عوارض و حق ثبت، خود، نیز از وجوه واریزی منتفع می‌گردد. ماده‌ی ۴۲ قانون ارزش افزوده که راجع به مجوز دریافت مالیات و عوارض است، اشاره شد. و مجوز وصول حق ثبت اسناد ماده‌ی ۱۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۲۷/۱۱/۱۳۸۰ که مواد ۱۲۳ و ۱۲۴ اصلاحی قانون ثبت را به شرح زیر اصلاح نمود؛ ماده‌ی ۱۲۳- تعرفه ثبت کلیه اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم درصد مبلغ مندرج در سند... خواهد بود.

چنانکه واضح است متولیان و مسئولان ثبت اسناد رسمی در کشور، دفاتر اسناد رسمی بوده و مسئول وصول حق ثبت اسناد هستند. در اسناد اتومبیل، میزان حق ثبت به میزان نصف مالیات متعلقه به خودرو مورد معامله است. آنچه که مورد نظر حاکمیت و دولت است در اجرای اصل ۴۴ ق.ا. کوچک نمودن دولت و واگذاری قسمتی از امور و وظایف دولت به بخش خصوصی است و تصویب ماده‌ی ۲۹ قانون فوق‌الذکر نیز در همین راستا بوده است. ادارات راهنمایی و رانندگی که مجری اصلی قانون خواهند بود در اجرای هرچه بهتر مواد قانون به منطوق و مفاهیم آن توجه بیشتری مبذول و با حفظ متن شناسنامه‌های قبلی (برگ سبز) و عدم تغییر متن برگ‌های سبز به سند مالکیت! و درج فیش مالیات و فیش عوارض در قسمت انتهایی برگ‌های مذکور از القای غیرقانونی این‌که برگ سبز سند رسمی مالکیت خودرو است، اجتناب ورزند تا آیین‌نامه مربوطه نیز در راستای اجرای هرچه بهتر و صحیح‌تر قانون تهیه و به تصویب هیئت وزیران برسد.

همچنین، رأی قاطع مورخ ۱۰ / ۱۱ / ۹۵ کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی و نیز نظریه مورخ ۹۶/۲/۲۵ معاونت حقوقی ریاست جمهوری نشان می‌دهد سه قوه کشور بر نقل و انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی تأکید دارند و برگ صادره توسط پلیس را سند مالکیت خودرو نمی‌دانند. شایان توجه است یکی از مشکلات فعلی سرمایه‌گذاری بخش خصوصی که در چند سال اخیر به شدت مورد حمایت نهادهای قانون‌گذاری بوده است، نبود بخش خصوصی کارا و باتجربه در فعالیتهای ذی‌ربط است که بعضاً باعث شکست سرمایه‌گذاری و بازگشت وظایف ارجاعی به دولت شده است. بنابراین دفاتر اسناد رسمی، با گسترش وسیع در یک سال اخیر، نه تنها در این موضوع بلکه می‌توانند در رسیدن به یکی از اهداف بسیار مهم دولت و قوه قضائیه مبنی بر کاهش وظایف تصدی‌گری در ابعاد حقوقی و قضایی مؤثر واقع شوند. اگرچه با تصویب ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی به اختلاف نظر پدید آمده، پایان داده شد مع‌هذا با بررسی دوباره‌ی قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرائم رانندگی که در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس مطرح و رسیدگی گردیده بود و به نحوی تنظیم اسناد انتقال وسایل نقلیه به صورت ناقص در ماده‌ی ۲۹ قانون تخلفات راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۹ آمده است لیکن با مناقشات بسیار سرانجام با ارسال بخشنامه از سوی دستگاه قضا در مورخ ۲۱ / ۱۲ / ۹۵ تلاش در تبیین و تفکیک وظایف دفاتر اسناد رسمی و نیروی انتظامی در تنظیم اسناد انتقال خودرو شد که به رفع ابهام در ماده‌ی یادشده، شد؛ واگذاری و استفاده از وسایل نقلیه به صورت رسمی در دفاتر اسناد رسمی در اولویت قرار گرفت. اما اصولاً افراد را نمی‌توان از

مکتوب کردن توافقات و معاملات اولیه خود به صورت عادی محروم ساخت. از نظر سیاق قانون گذاری، مردم را می توان به انجام شماره گذاری در مراکز تعویض پلاک به نام خود و سپس انتقال قطعی در دفاتر اسناد رسمی ترغیب و ملزم کرد. با وجود این، بنا به جهاتی از قبیل حفظ نظامات عمومی، مصالح عامه، منافع ملی و اقتضائات اجتماعی - اقتصادی و قضایی در اعمال حقوقی خاصی علاوه بر اعلام اراده و قصد مشترک متعاقبین و رعایت قواعد عمومی قراردادها، تشریفات خاص و متناسبی از طرف مقنن، لازم و ضروری گردیده است. به نحوی که هم اغراض شهروندان با تکیه بر «اصل آزادی اراده» در حوزه حقوق خصوصی برآورده می شود و هم اهداف قانون گذار. از این منظر، برای اشخاص ذی ربط و همچنین برای مأمورین، مقامات رسمی و قضات و سایر اشخاص، تکالیف و التزاماتی به وجود می آید.

لازم است مورد دیگری را که به رعایت مقررات و تشریفات قانونی در نقل و انتقال خودرو مربوط می باشد، به مواد یادشده اضافه گردد و این، خود، مصداقی از ظهور اراده مقنن در این خصوص است. به طوری که ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب اسفندماه سال ۱۳۸۹ به تصریح و تلویح، حکم خاصی در تشریفات تنظیم سند خودرو اعلام می دارد. بدین معنا که هرگاه موضوع نقل و انتقال، خودرو باشد صرف نظر از قالبی که برای نقل و انتقال مشخص می شود پس اجری تشریفات مقدماتی، منحصرأ و با تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی امکان پذیر خواهد بود. از این رو، اسناد عادی تنظیم شده در نمایشگاه های اتومبیل و نیز برگ سبز؛ سند مالکیت خودرو، معمول به در واحدهای تعویض پلاک پلیس راهور، در برابر اشخاص ثالث از قبیل شرکت های بیمه جهت تنظیم قرارداد بیمه مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری و نیز دادگاه ها به منظور توثیق بیمه نامه در قبال خسارات اشخاص زیان دیده ناشی از تصادفات رانندگی و در مراجع ذی ربط انتظامی جهت تعویض پلاک، اصولاً قابل استناد نبوده و در مراجع قضایی دلیل اثباتی برای احراز مالکیت، محسوب نخواهد گردید. (نایی، ۱۰: ۱۳۹۰) تشریفات که رعایت آن در تنظیم سند رسمی لازم باشد همان است که «قانون یا آیین نامه ای که به دستور قانون نوشته شده...» مقرر می دارد تشریفات مزبور به دو دسته تقسیم می شوند نخست تشریفات که رعایت نکردن آن ها سند را از رسمیت نمی اندازد و دسته دوم تشریفات که عدم رعایت آن ها مانع می شود که سند رسمی توصیف شود (شمس، ۱۳۹۳: ۱۳۹).

همچنین، در این راستا، شورای نگهبان قانون اساسی طی بند ۱۱ نظریه شماره ۰۹/۳۰/۸۹۲۹ - ۱۳۸۹/۴/۲۳ به دلیل عدم صراحت در التزام به ثبت رسمی معاملات اتومبیل و عدم وصول درآمدهایی نظیر حق الثبت و مالیات و عوارض و حقوق دولتی، تبصره ماده ۲۹ لایحه تصویبی را جهت رفع ابهام به مجلس شورای اسلامی عودت کرد که تبصره مذکور نهایتاً به عنوان ماده ۲۹ قانون مذکور اصلاح شد که مقرر می دارد: نقل و انتقال خودرو باید به موجب سند رسمی صورت گیرد لازم به ذکر است که حق الثبت مورد نظر شورای نگهبان، به موجب ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت^۲ به حساب سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و

۲- ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت به شرح زیر اصلاح می شود: تعرفه ثبت کلیه اسناد در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم درصد مبلغ مندرج در سند و در موارد اسنادی که موضوع آنها انتقال منافع می باشد هرگاه منافع به طور عمومی انتقال داده شود حق الثبت از منافع ده ساله اخذ خواهد شد.

تبصره ۱ - مبنای وصول حق الثبت اسناد و در مورد املاک به شرح بند (ع) ماده ۱ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ و در مورد انواع خودروهای سبک و سنگین اعم از سواری و غیر سواری و ماشین آلات راه سازی و کشاورزی و موتورسیکلت اعم از تولید داخل یا وارداتی حسب مورد، مأخذ محاسبه مالیات نقل و انتقال و یا ارزش اعلام شده توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی می باشد. تبصره ۲ - حق الثبت اسناد وکالت برای فروش وسایل نقلیه موتوری و ماشین آلات راه سازی و مصرفی و کشاورزی و موتورسیکلت و نظایر آن ها مطابق حق الثبت سند قطعی آن ها می باشد. ماده ۱۲۴ - حق الثبت اسنادی که تعیین قیمت موضوع آن ها ممکن نباشد و انجام گواهی هر امضاء و صدور رونوشت برای هر برگ و فسخ و

مالیات وفق ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ به حساب خزانه واریز می‌شود و ۴۲٪ حق الثبت وفق بند ۱ ماده ۱۷ قانون اساسنامه هلال‌احمر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۷^۳ به حساب سازمان مذکور واریز می‌شود. وفق تبصره ۱ ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷، دفاتر اسناد رسمی مکلف گردیدند که قبل از تنظیم هر نوع سند بیع قطعی، صلح، هبه و وکالت برای فروش انواع خودرو، رسید پرداخت مالیات نقل و انتقال و رسید یا گواهی پرداخت عوارض شهرداری را اخذ و در اسناد تنظیمی شماره و تاریخ فیش بانکی را قید نمایند.

لذا انتقال رسمی وسایل نقلیه در دفاتر اسناد رسمی، از تکالیف قانونی بوده و حذف سند رسمی انتقال نه تنها موجب کاهش وصول مالیات، عوارض و حق الثبت پیش‌بینی شده است بابت نقل و انتقال خودرو می‌شود که در نامه شماره ۱۱۸۱۰/۱۴۸۳۵۱ - ۱۳۸۹/۷/۱۰ معاونت حقوقی ریاست جمهوری به آن اشاره شده بلکه برخلاف صریح ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹ است. لازم به ذکر است که وفق تبصره ۷ ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده، نیروی انتظامی جمهوری اسلامی (ادارات راهنمایی و رانندگی) فقط و فقط هنگام نقل و انتقال خودروهای دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی مکلف به ثبت انتقال در سوابق (پس از اخذ نسخه پرداخت‌شده قبض مالیات نقل و انتقال) شده است.

علاوه بر آنچه که یادآوری شد، لازم است مورد دیگری را که به رعایت مقررات و تشریفات قانونی در نقل و انتقال خودرو مربوط می‌باشد، به مواد یاد شده اضافه گردد و این، خود، مصداقی از ظهور اراده مقنن در این خصوص است. به‌طوری که ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب اسفندماه سال ۱۳۸۹ به تصریح و تلویح، حکم خاصی در تشریفات تنظیم سند خودرو اعلام می‌دارد. بدین معنا که هرگاه موضوع نقل و انتقال، خودرو باشد صرف‌نظر از قالبی که برای نقل و انتقال مشخص می‌شود پس از تشریفات مقدماتی، منحصرًا و با تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی امکان‌پذیر خواهد بود. از این رو، اسناد عادی تنظیم شده در نمایشگاه‌های اتومبیل و نیز برگ سبز (سند مالکیت خودرو؟!) معمول به در واحدهای تعویض

اقاله معاملات و هر نوع گواهی که از ادارات ثبت گرفته می‌شود به پنج هزار (۵۰۰۰) ریال افزایش یافته و برای المثنی سند، علاوه بر پانزده هزار (۱۵۰۰۰) ریال بهای دفترچه دویست و پنجاه هزار (۲۵۰۰۰۰) ریال نیز حق‌الثبت دریافت خواهد شد. کلیه قوانین و مقرراتی که مغایر با این قانون باشد و نیز هر گونه معافیت از حق‌الثبت به استثناء قانون معافیت کلیه دانشجویان بورسیه و اعضای هیئت‌علمی که جهت تحصیلات عالی یا استفاده از فرصت‌های مطالعاتی به خارج از کشور اعزام می‌گردند از حق‌الثبت اسناد مربوط به سپردن تعهد رسمی مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۲ به موجب این قانون لغو می‌گردد، بندهای الحاقی به ماده (۱۰).

۳- ماده ۱۷ قانون اساسنامه هلال‌احمر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۷ مقرر می‌دارد: منابع مالی جمعیت علاوه بر آنچه که قانون در گذشته مشخص نموده است عبارت است از:

- ۱) چهل و دو درصد از درآمد حاصل از حق‌الثبت اسناد رسمی.
- ۲) پنجاه و پنج درصد از محل درآمد یک درصد کارمزد ثبت سفارش‌ها.
- ۳) یک ریال از هر مراسله سفارشی و بیمه اعم از داخله و خارجه و مبلغ دو ریال از هر امانت پستی اعم از داخله و خارجه و مبلغ دو ریال و نیم از هر تلگراف اعم از داخله و خارجه که به وسیله‌ی الصاق تمبر خیریه از فرستندگان دریافت می‌شود.
- ۴) اغانات، عواید و اموالی که در اجرای تصمیمات و مصوبات مراجع و سازمان‌های دولتی و شهری اختصاص به جمعیت داده می‌شود و همچنین اغانات مردمی و کمک‌های خارجی.
- ۵) کمک‌های دولت به منظور تامین منابع مالی کافی و تقویت و تحکیم نیروی جمعیت که باید همه ساله، ردیف اعتباری به عنوان اعانه در بودجه کل کشور منظور گردد.

۶) معادل یک درصد قیمت هر بلیط هواپیما و کشتی که از هر مسافر باید اخذ و به حساب جمعیت واریز گردد. تبصره- کمک‌های دولت که همه ساله در ردیف اعتباری به عنوان اعانه در بودجه کل کشور منظور می‌گردد، طبق این اساسنامه و مقررات و ضوابط خاص جمعیت به مصرف می‌رسد. دولت موظف است علاوه بر مبلغ فوق در شئون مختلف، بذل مساعدت و همکاری لازم را با جمعیت بنماید.

پلاک پلیس راهور، در برابر اشخاص ثالث از قبیل شرکت‌های بیمه جهت تنظیم قرارداد بیمه مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری و نیز دادگاه‌ها به منظور توثیق بیمه‌نامه در قبال خسارات اشخاص زیان‌دیده ناشی از تصادفات رانندگی و در مراجع ذی‌ربط انتظامی جهت تعویض پلاک، اصولاً قابل استناد نبوده و در مراجع قضایی دلیل اثباتی برای احراز مالکیت، محسوب نخواهد گردید. که این طرز تلقی از مصادیق نقض اغراض قانون‌گذار بوده و موجب بروز مشکلات حقوقی و اجرایی عدیده‌ای برای شهروندان و مراجع ذی‌ربط بوده و مانع فعالیت و پیاده‌سازی اهداف قانون‌گذار حکیم گردیده و در نهایت موجب اختلال در نظم عمومی به نظر می‌رسد. با تصویب ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و آئین‌نامه اجرایی آن در سال ۸۹ نقل و انتقال اموال منقول مانند اموال غیرمنقول الزامی است که در ماده یک آئین‌نامه مذکور مقرر می‌نماید: نقل و انتقال و تغییر مالکیت وسایل نقلیه به موجب سند رسمی تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد دفاتر اسناد رسمی مکلفاند قبل از تنظیم سند انتقال، گواهی اداره راهنمایی و رانندگی مبنی بر تعویض پلاک را اخذ و با رعایت ماده ۲۹ قانون تخلفات رانندگی و این آئین‌نامه و سایر مقررات جاری مبادرت به تنظیم و ثبت سند نمایند.

۴-۲- عدم صدور سند نقل و انتقال قبل از مراجعه دارنده به تعویض پلاک

ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۱ اعلام می‌دارد: دفاتر اسناد رسمی مجاز به صدور سند نقل و انتقال وسیله نقلیه قبل از مراجعه دارندگان وسایل نقلیه به ادارات راهنمایی و رانندگی و یا مراکز تعویض پلاک نمی‌باشند. نقل و انتقال و تغییر مالکیت وسایل نقلیه به موجب سند رسمی تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد دفاتر اسناد رسمی مکلفاند قبل از تنظیم سند انتقال، گواهی اداره راهنمایی و رانندگی مبنی بر تعویض پلاک را اخذ و با رعایت ماده ۲۹ قانون تخلفات رانندگی و این آئین‌نامه و سایر مقررات جاری مبادرت به تنظیم و ثبت سند نمایند در صورت استتکاف مراکز تعویض پلاک خودرو از صدور برگ تأییدیه، دفاتر اسناد رسمی می‌توانند نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال خودروها اقدام نمایند به دنبال اطلاعیه‌ی انتشار کانون سردفتران و دفتر یاران، بر اساس مصوبه ۹۲/۳/۹۸۳۱۱ هیئت‌مدیره کانون سردفتران و دفتر یاران، چنانچه اطلاعات واصله مبین بر استتکاف مراکز تعویض پلاک خودرو از صدور برگ تأییدیه جهت نقل و انتقال رسمی خودروها در دفاتر اسناد رسمی صحت داشته باشد، دفاتر اسناد رسمی می‌توانند شناسنامه مالکیت صادره به نام خریدار را به منزله تأییدیه نقل و انتقال تلقی کرده و نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال خودروها به استناد شناسنامه صادره اقدام نمایند. امتناع مراکز تعویض پلاک خودرو از صدور برگ تأییدیه در خصوص تنظیم سند انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی، هیئت‌مدیره کانون سردفتران و دفتر یاران، چنانچه اطلاعات واصله مبنی بر استتکاف مراکز تعویض پلاک خودرو از صدور برگ تأییدیه، دفاتر اسناد رسمی می‌توانند نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال خودروها اقدام نمایند، لذا به استناد ماده ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است مالکیت خریداران وسایل نقلیه تنها با تنظیم سند رسمی در دفاتر رسمی محرز می‌گردد و صدور شناسنامه مالکیت توسط مراکز تعویض پلاک از لحاظ احراز و اثبات مالکیت خریداران وسایل نقلیه فاقد وجهت قانونی و بی‌اعتبار است. تا برای رسمیت یافتن مالکیت خودروی خریداری شده، پس از تعویض پلاک نسبت به تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی اقدام نمایند. در غیر این صورت پرداخت حق الثبت و مالیات نقل و انتقال و عوارض هنگام تنظیم سند که قانون بر عهده فروشنده‌گان گذارده است به انضمام جرائم مربوط به عدم تنظیم سند، بر عهده خریدار خواهد بود.

لذا وجود محدودیت در منابع اقتصادی و نامحدودی دامنه نیازهای مالی افراد ایجاب می‌نماید که سوابق روابط مالی و اموال منقول افراد ثبت و ضبط گردد و از این حیث موجبات اطمینان خاطر افراد جامعه از بابت

مصون بودن مالکیتشان فراهم آورد از طرفی دانستن نام مالکان و صاحبان انواع حقوق از دیگر اهداف قانون‌گذار اخذ مالیات حاکم بر آن اموال به عنوان یکی از و چندوچون حقوقشان به عنوان نهادی شناخته شده که در تسهیل و تسریع معاملات اقتصادی نقش منابع درآمد برای دولت بوده است لذا با ثبت معاملات امکان فرار مالیاتی کاهش به سزایی دارد و بدیهی است تسهیل معاملات در امور اقتصادی و دادوستد و پول مؤثر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ۱۳۷)، یکی دیگر از دلایل ثبت اسناد کاهش دعاوی می‌باشد. چنانچه مشکلات حقوقی عدم ثبت معاملات در خارج از دفاتر اسناد رسمی حل گردد و احتمالاً به شکل قانونی معاملات خودرو در اداره راهنمایی و رانندگی، توسط اشخاصی که اطلاعات حقوقی و ثبتی نداشته و مسلماً نمی‌توانند تمامی ضوابط فعلی حاکم بر دفاتر اسناد رسمی را که شامل است بر احراز هویت، وضعیت خدمت سربازی، اهلیت متعاملین، تأیید وکالت‌نامه‌های فراوان در نزد فروشندگان، شناسایی اشخاص ممنوع معامله، محجورین، بازداشت اتومبیل‌ها که توسط محاکم به دفاتر اسناد رسمی اعلام گردیده، اسناد جعلی در ید اشخاص، اوراق سرقتی از دفاتر اسناد رسمی که سرپال آن‌ها به دفاتر بخشنامه شده، شناسنامه‌های سفید سرقتی از ثبت احوال که سرپال آن‌ها به دفاتر اسناد رسمی اعلام شده، مطالبه گواهی انحصار وراثت و گواهی واریز مالیات بر ارث و بسیاری موارد دیگر... رعایت نمایند.

از این رو، اهداف حقوقی قانون ثبت را از موارد مختلف قانون و مقررات ثبتی می‌توان استخراج نمود تنظیم روابط حقوقی اشخاص اعتبار بخشیدن به انواع قراردادهای، قرارها، معاملات و تعهدات به منظور جلوگیری از اختلافات و طرح دعاوی در مراجع قضایی یا تسهیل در احقاق حق از جمله این اهداف می‌باشد نظر به اینکه هر یک از حقوق مادی و غیرمادی موضوع ثبت ممکن است روزی از حالت ثبات و استقرار درآمده و موضوع اختلاف دعوا و ترافع قرار گیرد مقررات ثبت با آثار تبانی مترتب بر آن کاملاً به کار می‌آید و در خدمت انتظام جامعه قرار می‌گیرد (شهری، ۱۳۷۳: ۴).

بنابراین دارنده سند رسمی در صورت بروز اختلافات با انواع امتیازات که قانون‌گذار برای مدرک و مستند وی قائل شده است می‌تواند موضوع مورد اختلاف را به نفع خود به اثبات برساند از طرفی دیگر اختلافات یا ناشی از ندانستن حقوق و تکالیف است یا ناشی از عدم آگاهی از چندوچون وقایع یا اعمال حقوقی حقوق ثبت به سبب جنبه اثباتی مذکور و به دست دادن ابزار و وسایلی برای اثبات وقایع و اعمال حقوقی حقوق ثبت به سبب جنبه اثباتی مذکور و به دست دادن ابزار و وسایلی برای اثبات وقایع و اعمال حقوقی جایی برای اختلاف در این‌گونه مسائل باقی نمی‌گذارند لذا در این خصوص دعاوی کاهش خواهد یافت و کسی به علت ندانستن و عدم اطلاع از حق و حقوق خود دعاوی واهی مطرح نخواهد کرد و با ایجاد امکان دسترسی به سوابق ضبط شده تا حد امکان از بروز معاملات معارض جلوگیری می‌کند و از جهت رسیدگی محاکم و فراغت دادرسی در رسیدگی به دعاوی راجع به املاک ثبتی است که نهایتاً قضات را در رسیدگی به پرونده مربوطه و اصدار حکم به نفع صاحب سند یاری می‌دهد.

نظر به اینکه هر یک از حقوق مادی و غیرمادی موضوع ثبت ممکن است روزی از حالت ثبات و استقرار درآمده و موضوع اختلاف دعوا و ترافع قرار گیرد مقررات ثبت با آثار تبانی مترتب بر آن کاملاً به کار می‌آید و در خدمت انتظام جامعه قرار می‌گیرد (همان).

بنابراین دارنده سند رسمی در صورت بروز اختلافات با انواع امتیازات که قانون‌گذار برای مدرک و مستند وی قائل شده است می‌تواند موضوع مورد اختلاف را به نفع خود به اثبات برساند از طرفی دیگر اختلافات یا ناشی از ندانستن حقوق و تکالیف است یا ناشی از عدم آگاهی از چندوچون وقایع یا اعمال حقوقی حقوق ثبت به سبب جنبه اثباتی مذکور و به دست دادن ابزار و وسایلی برای اثبات وقایع و اعمال حقوقی حقوق ثبت به سبب جنبه اثباتی مذکور و به دست دادن ابزار و وسایلی برای اثبات وقایع و اعمال

حقوقی جایی برای اختلاف در این گونه مسائل باقی نمی‌گذارند لذا در این خصوص دعاوی کاهش خواهد یافت و کسی به علت ندانستن و عدم اطلاع از حق و حقوق خود دعاوی واهی مطرح نخواهد کرد و با ایجاد امکان دسترسی به سوابق ضبط شده تا حد امکان از بروز معاملات معارض جلوگیری می‌کند و از جهت رسیدگی محاکم و فراغت دادرسی در رسیدگی به دعاوی راجع به املاک ثبتی است که نهایتاً قضات را در رسیدگی به پرونده مربوطه و اصدار حکم به نفع صاحب سند یاری می‌دهد و دارنده سند رسمی بدون هیچ‌گونه دغدغه خاطری دفاع خود را به اعتماد و تکیه بر آن انجام می‌دهد. از این رو، به منظور فرآیند بازنگری در اصالت خودرو و تطابق آن با اسناد و مدارک و تعیین پلاک انتظامی برای شخص خریدار، چنین مراکزی ایجاد شده‌اند. این مراکز صرفاً به منظور نظارت بر ادامه روند اصالت خودرو تأسیس گردیده‌اند و یک وظیفه اداری را انجام می‌دهند.

لذا، نکته‌ای که حائز اهمیت است نیروی انتظامی هر زمان و هرگاه که به خودرو مشکوکی برخورد نماید پدیده‌های هوایی‌اند با توان بالای خود اصالت آن را تشخیص دهد و هیچ‌گونه نیازی به ایجاد چنین مراکز عریض و طویل تعویض پلاک خودرو نمی‌باشد و از طرفی هم‌چنین موجب سردرگمی و هزینه‌های مضاعف برای خریداران خودرو می‌گردد. صلاحیت ذاتی دفاتر اسناد رسمی به منظور تنظیم و ثبت اسناد بر همگان مبرهن است به گونه‌ای که با این اسناد وسیله اثبات مالکیت وسایل نقلیه مشخص و تعیین می‌گردد و هیچ‌گونه نیازی به تعویض پلاک وجود ندارد. با تنظیم و ثبت اسناد و ارائه خلاصه‌ای از اسناد به ادارات راهنمایی و رانندگی، این مراکز مراتب ثبت آن را در شماره‌گذاری انجام می‌دهند. هم‌چنین همان طور که گفته شد در ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، هیئت دولت، موضوع نقل و انتقال مالکیت خودرو و تعویض پلاک خودرو را از یکدیگر تفکیک نموده و تنها بخش تعویض پلاک را در صلاحیت پلیس دانسته و بر آن تأکید نمودند. هم‌چنین با مداخله‌ی رئیس وقت سازمان ثبت از اقدامات غیرقانونی پلیس راهور جلوگیری شد و با انجام مصاحبه‌ها و مذاکراتی، این نهاد انتظامی را تشویق نمودند که توافق‌نامه‌ای با کانون سردفتران و سازمان ثبت منعقد کنند تا دفاتر اسناد رسمی به طور دوره‌ای در مراکز مزبور مستقر گردیده و پس از تعویض پلاک خودروها امر نقل و انتقال رسمی خودروها را در همان مراکز تعویض پلاک به انجام برسانند. چرا که؛ در مورد وسایل نقلیه موتوری، از آنجا که این دسته در شمار اموال منقول قرار دارند به طور معمول باید تصرف در آن‌ها اماره مالکیت باشد اما مقرراتی در این زمینه وجود دارد که پذیرش این نظر را مشکل می‌نماید.

- اولاً: در خصوص پلاک‌های انتظامی منصوب بر وسایل نقلیه موتوری که امکان شناسایی مالک را فراهم می‌سازد و یا این که متصرف خودرو مرتکب تخلفاتی گردیده است که از طریق مالک اتومبیل، راننده متخلف شناسایی و تحت تعقیب قرار می‌گیرد و البته هیچ دلیلی وجود ندارد که مالک پلاک، الزاماً مالک خودرو محسوب گردد و هم‌چنین مالکیت پلاک خودرو هیچ دلیل مناسبی برای احراز مالکیت خودرو نیست و این دو مقوله متفاوت‌اند که خلط آن‌ها مشکلات عدیده‌ای را ایجاد خواهد نمود.
- ثانیاً: تنظیم سند رسمی برای معاملات انواع وسایل نقلیه موتوری وسیله اثبات مناسبی جهت مالکیت آن می‌باشد که هم از لحاظ احراز وقوع معامله آسان بوده و مشکلات اسناد عادی را نداشته و احراز مالکیت به سادگی امکان‌پذیر است.

دفاتر اسناد رسمی در سراسر ایران گلوگاه وصول مالیات، عوارض، حق الثبت، مالیات بر ارث، اجاریات دارایی، شهرداری و سایر مطالبات دولت و اشخاص می‌باشد و چنانچه ثبت معاملات خودرو از دفاتر گرفته شود وصول آن‌ها در پرده‌ای از ابهام قرار خواهد گرفت و عدم وصول حق الثبت معاملات خودرو کسری بودجه فراوانی به دولت تحمیل خواهد نمود و جبران آن ممکن نخواهد بود، زیرا وصول حق الثبت به جز از

طریق ادارات ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی با قوانین موجود امکان‌پذیر نیست و با توجه به سیاست کنونی نظام و تلاش همه‌جانبه جهت اشتغال‌زایی و رفع بحران بیکاری نباید طرح‌هایی مطرح گردد که نه تنها اشتغال‌زایی در پی نخواهد داشت بلکه زمینه بیکاری جمعی دارای کار را فراهم نماید.

از دیگر اهداف قانون‌گذار به عنوان یکی از اهداف اقتصادی اخذ مالیات به عنوان منبع درآمدی برای دولت بوده است چرا که با ثبت معاملات و انتظام و سازماندهی آن‌ها از فرار مالیاتی جلوگیری می‌شود و دولت می‌تواند از این منبع مهم درآمدی بهره‌مند شود محدودیت منابع اقتصادی دنیا و نامحدود بودن دامنه آرزو و نیازمندی‌های آدمی ایجاب می‌کند تا با ایجاد محدودیت و ثبت و ضبط سوابق برخی حقوق مالی و اموال غیرمنقول امکان مراجعه و اثبات مالکیت آن‌ها را فراهم نموده و در مقابل اشخاص ثالث به اعمال حقوقی انسان‌ها بخشیده و از این حیث موجبات اطمینان خاطر افراد جامعه را بابت مصون بودن مالکیتشان فراهم آورد از طرف حقوق ثبت با فراهم ساختن امکان بررسی و تحقیق در مورد ویژگی‌ها و خصوصیات اموال و برخی حقوق موضوع فرد و دانستن نام مالکان و صاحبان انواع حقوق حاکم بر آن اموال و چندوچون حقوقشان به عنوان نهادی شناخته شده در تسهیل و تسریع معاملات اقتصادی نقش به سزا دارد و بدیهی است تسهیل معاملات در امور اقتصادی و دادوستد پول موثر است.

۴-۳- تشریفات بودن نفل و انتقال وسایل نقلیه در دفاتر اسناد رسمی

سر دفتران و دفتریاران در صورتی می‌توانند نسبت به تنظیم و ثبت معامله‌ای اقدام نمایند که مالکیت فروشنده یا انتقال‌دهنده حق را احراز نمایند در صورت تنظیم سند و ثبت آن بدون احراز مالکیت مسئولیت مدنی ناشی از ایجاد خسارت به خریدار یا انتقال‌گیرنده و نیز مسئولیت انتظامی از نظر عدم رعایت نظامات و قوانین را خواهند داشت هرچند که ماده ۲۲ ق.ث بیان می‌دارد: «همین که ملکی مطابق قانون در دفاتر املاک به ثبت رسیده دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وارث ثبت می‌شود که انحصار وراثت آن‌ها محرز و در سهم‌الارث بین آن‌ها توافق بوده و یا در صورت اختلاف حکم نهایی در آن باب صادر شده قانون‌گذار در مطلع ماده‌ی ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی با بیان عبارت «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود...» عقود و معاملات این مال منقول را همانند اموال غیرمنقول، مشمول حکم ماده‌ی ۴۸ ق.ث.^۴ دانسته که مطابق آن:

- اولاً: بدون تنظیم سند رسمی، نقل و انتقال خودرو میسر نمی‌باشد.
- ثانیاً: وفق ماده‌ی یک قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتر یاران، تنظیم این سند در صلاحیت اختصاصی دفاتر اسناد رسمی است و تنظیم، ثبت یا صدور آن توسط سایر مراجع، موافق قانون نمی‌باشد.

۴- بر اساس نظر مشورتی اداره حقوقی الف) ماده‌ی ۴۸ قانون ثبت اسناد تاکنون نسخ نگردیده و مانند گذشته اعتبار دارد بنابراین مفاد ماده ۴۸ مذکور که مقرر می‌دارد هر سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از محاکم پذیرفته نخواهد شد لازم‌الرعایه است.

ب) البته وجود مواد فوق هیچ‌گاه مانع از آن نبوده و نمی‌باشد که در دادگاه دلایل و مدارکی را که ممکن است برای اثبات انجام معامله ابراز بشود نپذیرند. مثلاً "چنانچه کسی اقرار به امری نماید که دلیل حقانیت طرف است خواستن دلیل دیگر برای ثبوت آن حق لازم نیست. بنابراین اقرار به وقوع عقد بیع از طرف بایع (فروشنده) در دادگاه تحقق بیع و حق حاکمیت مشتری بر مبیع را ثابت می‌نماید و مشتری می‌تواند الزام به تنظیم سند رسمی انتقال را از دادگاه تقاضا نماید (نظریه مشورتی شماره ۷/۳۶۷۵ - ۶۲/۸/۱۱ اداره حقوقی).

- ثالثاً: مراجع و محاکم صرفاً کسی را که منتقل الیه سند رسمی تنظیم در دفاتر اسناد رسمی است، به عنوان مالک خواهند شناخت.

به این ترتیب، نقل و انتقال خودرو نیز در شمار عقود تشریفاتی قرار گرفته و هرگونه تعویض پلاکی مستلزم اجرای تشریفات قانونی نقل و انتقال و بدواً تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی است و هرگونه ترتیبی مخالف این وضعیت، به لحاظ مغایرت با نظر قانون‌گذار مردود است. به عبارت دیگر، با تفکیک مرجع انتقال مالکیت از مرجع تعویض پلاک، فرض تعویض پلاک خودرو بدون ثبت رسمی نقل و انتقال در دفترخانه، محال است؛ فرضی که از طرف واضع آیین‌نامه مورد توجه قرار نگرفته است. مواد ۹۲ الی ۹۵ و ۹۹ ق. ت.^۵ نیز تصریح و دستور به اجرای مفاد کلیه اسناد رسمی دارند.

نتیجه گیری

مرجع نهایی صدور اسناد وسایل نقلیه موتوری و نقل و انتقال آن بر اساس بر اساس ماده‌ی ۴ آیین‌نامه‌ی ماده‌ی ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۹۱ و بر اساس آخرین بخشنامه به شماره‌ی ۱۰۰/۶۹۰۰/۹۰۰۰ مورخ ۹۵/۱۲/۲۱ که خاتمه دهنده‌ی مناقشات موجود بین دفاتر اسناد و نیروی انتظامی، از سوی رئیس دستگاه قضا بود بر عهده‌ی دفاتر اسناد رسمی می‌باشد و بعد از طی مراحل تعویض پلاک خودرو و رجوع به ادارات راهنمایی و رانندگی و انجام تشریفات قانونی پیش از ثبت سند رجوع به دفاتر اسناد رسمی برای ثبت وسایل نقلیه موتوری الزامی است و در این مرحله شخص حتماً باید قبل از آن مجوز صدور تعویض پلاک خودرو را برای ثبت قانونی در این دفاتر را انجام داده و دفاتر مربوطه نیز ابتدا طی تشریفات قانونی مانند توجه به در دست داشتن مدارک حاصله از سوی مراجع راهنمایی و رانندگی جهت ثبت اسناد انتقال وسایل نقلیه در دفتر مخصوص و عدم صدور سند نقل و انتقال قبل از مراجعه دارنده به تعویض پلاک، همچنین توجه ویژه به ثبت سند افراد ممنوع معامله داشته باشند که تمامی این مباحث با ذکر قوانین و تحلیل مواد مرتبط با ثبت وسایل نقلیه موتوری با ذکر بخشنامه و آراء صادره مورد بررسی قرار گرفته است.

۵- ماده ۹۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد: مدلول کلیه‌ی اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

- آدابی، حمیرضا. (۱۳۸۸). حقوق ثبت تخصصی. تهران: جنگل.
- آذربایجانی، علیرضا. (۱۳۶۹). شرایط و موانع اجرای مفاد اسناد رسمی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی.
- انصاری، مرتضی، (۱۳۸۲)، مکاسب، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- اسماعیلی، علیرضا، دعاگویان، داوود، اسدیان، ابراهیم. (۱۳۹۰). بررسی نقش اجرای طرح ملی تعویض پلاک در احراز اصالت وسایل نقلیه، مطالعات مدیریت ترافیک، دوره ۵، شماره ۱۹، زمستان ۸۹، صص ۷۳-۹۴
- امامی، حسن. (۱۳۷۱). حقوق مدنی. ج ۶، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- (۱۳۷۷). حقوق مدنی. ج ۱، تهران: انتشارات کتاب‌فروشی اسلامیه.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۷۷). آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی. تهران: ققنوس.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۳). حقوق ثبت: ثبت املاک. تهران: گنج دانش.
- (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسینی نژاد، حسینقلی. (۱۳۷۴). ادله اثبات دعوا. تهران: نشر میزان.
- شمس، عبدالله. (۱۳۸۰). آیین دادرسی مدنی. ج ۱، تهران: میزان
- (۱۳۹۳). آئین دادرسی مدنی دوره پیشرفته. ج ۲، تهران: نشر دراک.
- ستاد طرح ملی تعویض پلاک وسایل نقلیه کشور. (۱۳۸۰). تهران، مطالعات تطبیقی نحوه اعطای پلاک در سایر کشورها.
- ستاد طرح ملی تعویض پلاک وسایل نقلیه کشور. (۱۳۸۰). تهران: طرح مطالعاتی نحوه واگذاری پلاک به اشخاص.
- شهری، غلامرضا. (۱۳۷۳). حقوق ثبت اسناد و املاک. تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۷۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی اشخاص و اموال. تهران: میزان.
- طباطبایی یزدی، کاظم، (۱۴۲۱ق)، حاشیه مکاسب، ج ۱، قم، موسسه اسماعیلیان.
- عمید، حسن. (۱۳۶۰). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). اموال و مالکیت. تهران: نشر دادگستر.
- (۱۳۸۴). اثبات و دلیل اثبات. ج ۱، تهران: میزان.
- (۱۳۹۰). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
- (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها. ج ۲، تهران: میزان.
- محبی، محمود. (۱۳۹۵). حقوق ثبت اسناد: تشکیلات و مقررات دفاتر اسناد رسمی نحوه عملی تنظیم و ثبت سند رسمی، تهران: خرسندی.
- مدنی، سید جلال‌الدین. (۱۳۷۶). ادله اثبات دعوا. تهران: گنج دانش

تأثیر تعدد جرایم حدی در تعیین کیفر از منظر قانون مجازات اسلامی و فقه امامیه

جلال بیگزاده، محسن رهامی^۱، مرتضی ناجی زواره^۲

۱- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲- دانشیار مدعو گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول) mrahami@ut.ac.ir

۳- استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

در حقوق کیفری عرفی تعدد جرم در تعیین مجازات، از علل عام مشدده کیفر محسوب می‌شود، و لیکن در حقوق کیفری شرعی در صورت تعدد جرایم ارتكابی با مجازات ثابت، جزء در موارد نادر، تعدد جرم در تشدید مجازات تأثیری ندارد؛ گرچه تحقق انواع تعدد جرم، همچون حقوق کیفری عرفی، در حقوق کیفری شرعی نیز قابل تحقق است، و لیکن تعیین کیفر در فرض تعدد جرایم حدی برخلاف تعدد جرایم مستوجب مجازات‌های عرفی از قاعده واحدی تبعیت نمی‌کند.

فقها بنا بر مصالح خاصی که برای اعمال کیفر در نظر دارند در فرض تعدد جرایم حدی به صورت مادی، گاه قائل به تداخل مجازات‌ها و گاه قائل به جمع مجازات تمام جرائم ارتكابی هستند، بدون اینکه قائل به تشدید مجازات به علت تعدد جرایم ارتكابی باشند. در فرض تعدد اعتباری جرایم حدی، گاه فقهاء و به تبع آن مقنن قائل به اعمال مجازات عنوان‌اشدند و گاه قائل به جمع مجازات تمام عناوین مترتب بر فعل واحدند. در صورت تعدد نتایج ناشی از فعل حدی واحد، فقها و مقنن به علت حمایت از حق الناس قائل به اعمال کیفرهای متعدد به تعداد بزه‌دیدگان از فعل واحدند، در حالیکه در فرض مجموع جرایم حدی دارای عنوان مجرمانه خاص، به نظر فقها قول به اعمال مجازات خاص مدنظر شارع مقدس برای مجموع جرایم ارتكابی صائب است.

واژگان کلیدی: تعدد جرم، تعدد اعتباری، تعدد واقعی، تعدد نتیجه.

مقدمه

ارتکاب جرم از آن رو که منجر به اخلال در نظم عمومی جامعه می‌گردد مستوجب مجازات است. اعمال مجازات بایستی به نحوی تعیین و اجرا شود که نظم از دست رفته از اجتماع تا سرحد امکان اعاده شود. گاه ممکن است از شخص واحد جرایم متعددی به منصف ظهور برسد به نحوی که مشمول قواعد راجع به تعدد جرم باشد.

در حقوق کیفری عرفی تعدد جرم از جمله عوامل عام مشدده کیفر به حساب می‌آید. تعدد با این اوصاف وصف حالت شخصی است که مرتکب حداقل دو رفتار مجرمانه گردیده، البته با این شرط که دومی را قبل از صدور حکم محکومیت قطعی برای جرم اولی مرتکب شده باشد. این نوع ارتکاب جرم نشان از حالت خطرناک چنین مجرمینی دارد و مجرم را مستحق مجازات بیشتری می‌نماید؛ چرا که اصولاً عدالت ایجاب می‌نماید بین کسی که به صورت اتفاقی مرتکب جرمی گردیده و کسی که بارها نظم عمومی جامعه را با قصد قبلی مختل نموده است تفاوت گذاریم؛ یعنی برای شخص دوم مسئولیت کیفری بیشتری قائل شویم. تعدد جرم در یک تقسیم‌بندی ساده؛ به تعدد واقعی و تعدد اعتباری از سوی حقوقدانان کیفری تقسیم شده است.

در تعریف تعدد واقعی جرم برخی از حقوقدانان بر این باورند، «تعدد واقعی جرم عبارت است از ارتکاب جرایم متعدد، بدون اینکه متهم برای اتهامات متعدد پیشین خود به محکومیت قطعی رسیده باشد، خواه جرایم متعدد در فواصل کوتاهی ارتکاب یافته باشد؛ چنانکه برای تعقیب و محکومیت متهم زمان کافی موجود نبوده، خواه متهم متواری بوده و یا جرایم او به دلایل گوناگون کشف نشده باشد». (اردبیلی، ۱۳۹۵، ۱۷۹)

در تعریف تعدد معنوی جرم، یکی از حقوقدانان بر این باور است، «گاهی یک جرم با آنکه نتیجه ارتکاب رفتار مادی واحد است، ولی دارای اوصاف و عناوین جزایی متعدد است و چنین به نظر می‌رسد که در آن واحد جرائم متعددی واقع گردیده است». (پیمانی، ۱۳۷۵، ۱۴)

تعاریف مذکورگرچه از سوی حقوقدانان مطرح گردیده است و ناظر بر مجازات‌های عرفی است و لیکن بر جرائم مستوجب مجازات‌های شرعی؛ همچون حدود در فرض تعدد جرم صدق می‌کند. توضیح این نکته لازم است بحث تعدد جرم در فقه سنتی، آنطوری که در حقوق جزای عرفی معمول و مرسوم است قابل بررسی نیست؛ زیرا فقه سنتی فاقد حقوق جزای عمومی مدون و مجزا از حقوق جزای اختصاصی است، مضافاً اینکه فقها در بحث تعدد جرایم و به تبع آن، تعدد مجازات‌ها، قائل به وحدت و یگانگی اعمال این قاعده در همه موارد نیستند؛ در این مقاله سعی بر آن است به مسائل تعدد جرم در حدود و رابطه آن در تعیین کیفر پرداخته شود، با این توضیح که آیا تعدد جرم در حدود شرعی همچون تعدد جرم در مجازات‌های عرفی باعث تشدید مجازات می‌گردد؟ آیا انواع تعدد جرم؛ اعم از مادی، معنوی، نتایج متعدد ناشی از فعل واحد و مجموع جرایم دارای عنوان مجرمانه که در حقوق کیفری عرفی مورد بحث قرار می‌گیرد در جرایم حدی به عنوان مصداقی از مجازات‌های شرعی قابلیت تحقق را دارا هستند یا نه؟

۲- تعریف و ویژگی مجازات‌های حدی

۲-۱- تعریف حد

پیش از ورود به بحث تعدد جرم در حدود، مناسب است با تعریف حد آشنا شویم. حد در لغت و منابع شرعی دارای معانی متفاوتی از هم است. مرحوم راغب اصفهانی در مفردات درباره معنای حد می‌گوید، «حد عبارتست از واسطه میان دو چیز که از اختلاط آن دو چیز محافظت می‌کند». (راغب اصفهانی، ۱۴۳۰، ۳۴۷) صاحب کتاب «الفقه علی المذهب الاربعه» نیز درباره معنای لغوی حد می‌فرماید، «حد، عبارت است از منع کردن و مانع شدن است؛ به این معنی که مانع از اختلاط و وقوع اشتراک دو چیز می‌شود». (جزیری، ۱۴۲۸، ۴۱۳) در همین راستا فقها با توجه به بعضی از معانی لغوی حد، اصطلاحاً نوع خاصی از مجازات‌های شرعی را با الهام از منابع روایی تحت عنوان حدود نامگذاری نموده‌اند.

بنابراین می‌توان گفت جرایم مستوجب حد، جرایمی هستند که در کتاب و سنت مجازات ثابتی برای آن پیش‌بینی نشده است. برخی از فقهای امامیه به تعریف برخی از فقهای اهل سنت؛ همچون ابوحنیفه در مورد حدود پرداخته‌اند، وی «حد را کیفری می‌داند که میزان آن کاملاً مشخص و مضبوط است، مضافاً اینکه حتماً باید در جرایم حق‌الله بوده و مشمول حق‌الناس نمی‌گردد». (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۴۵) حال آنکه برخی دیگر از فقهای عامه ضابطه ابوحنیفه در تعریف مجازات‌های حدی؛ یعنی حق‌اللهی بودن حدود را مردود دانسته‌اند. (ابن قدامه، ۱۴۰۳، ۳۶۴) دیدگاه اخیر نیز از سوی فقهای امامیه پذیرفته شده است که به نظر با ماهیت این کیفر شرعی مطابقت بیشتری دارد. (محقق حلی، ۱۴۱۷، ۱۴۷)

۲-۲- ویژگی‌های مجازات‌های حدی

تمام کیفرهای سرکوبگر دارای خصایص و ویژگی‌های مختص خود هستند که باعث تفکیک هر یک از دیگری می‌گردند، گرچه در تعریف حدود، گفته شد حد مجازاتی است مضبوط و مقدر که شارع مقدس آن را در خصوص ارتکاب جرایم خاصی واجب کرده است و لیکن این بدان معنا نیست که بر تمام مجازات‌های حدی یک ویژگی کاملاً یکسان حکم فرماید. مجازات‌های حدی اعم از؛ حق‌الناس و حق‌الله یا اختلاطی از این دو، دارای ویژگی‌هایی است که اهم آن‌ها به قرار ذیل است؛ اولین ویژگی این مجازات‌ها ناظر به میزان و اندازه آن است، میزان مجازات‌های حدی به نحو صریح از سوی شارع مقدس در کتاب یا سنت تعیین گردیده است و به هیچ روی تعدی از آن جایز نیست. بنابراین می‌توان گفت اصل تفرید مجازات‌ها در آن‌ها به حداقل ممکن می‌رسد؛ مثلاً در ارتکاب زنا غیرمحصنه، مجازات هر یک از طرفین صد تازیانه تعیین گردیده است، که جزء در موارد استثنایی تعدی به آن جایز نیست.

دومین ویژگی مجازات‌های حدی ناظر بر نوع و ماهیت حقی است که قرار است با اعمال مجازات هدف قرار گیرد؛ چنانکه مثلاً در ارتکاب سرقت حدی در مرتبه اول قطع دست راست سارق و در زنا محصنه، سلب حیات زانی با شیوه خاصی به عنوان مجازات شرعی مدنظر شارع است.

سومین ویژگی مجازات‌های حدی لازم‌الاجرا بودن آن‌ها است؛ چرا که در صورت صدور حکم و قطعیت آن هیچکس، جزء در موارد مصرحه‌ی شرعی حق تعویق، تعلیق و یا تخفیف آن را ندارد، حتی کفالت و شفاعت در این مجازات‌ها از سوی هیچکس پذیرفته نشده است.

ویژگی دیگر مجازات‌های حدی، ناظر بر شخص اقامه‌کننده حدود است. در بین فقهای متقدم و متاخر در رابطه با شخص مجری مجازات حدی دو نظر متفاوت وجود دارد. عده‌ای از فقها قائلند در زمان غیبت امام معصوم (ع) اجرای حد به دلیل غیبت ایشان مجاز نیست. (حلی، ۱۴۱۰، ۲۴۸) حال آنکه عده‌ای دیگر قائلند که غیبت امام معصوم (ع) در اجرای حدود که لازم‌الاجراست مدخلیتی نداشته و اجرای آن حتماً منوط به حضور امام معصوم (ع) نمی‌باشد. (خویی، ۱۴۲۸، ۲۲۴)

ویژگی دیگری که برای مجازات‌های حدی بر شمرده‌اند، طریقه اثبات این جرایم است، به نظر فقها ادله‌ی اثبات جرایم حدی موضوعیت دارد نه طریقی؛ یعنی همان دلایلی که شارع مقدس تشریح نموده است قادر به اثبات جرایم حدی جهت اجرای مجازات می‌باشد و لاغیر. (حرعاملی، ۱۴۱۲، ۱۴۶)

۲-۳- تعدد جرایم مستوجب حد

پس از آنکه معنای تعدد جرم مشخص و به ویژگی‌ها و تعریف مجازات‌های حدی پرداخته شد، حال نوبت به بحث اصلی؛ یعنی تأثیر تعدد جرایم حدی در تعیین کیفر این جرایم می‌پردازیم. در این بند انواع تعدد جرم؛ اعم از واقعی، اعتباری، تعدد نتایج ناشی از فعل واحد و مجموع جرایم دارای عنوان خاص مجرمانه در حدود را بررسی و نحوه تعیین کیفر در فروض مذکور مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۳-۱- تعدد مادی جرایم حدی

در مورد تعدد مادی جرایم حدی، قانونگذار کیفری ایران در ماده ۱۳۲ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن دست به تاسیس اصلی مهم زده است، به این نحو که، «در جرایم موجب حد، تعدد جرم، موجب تعدد مجازات است، مگر در مواردی که جرایم ارتكابی و نیز مجازات آن‌ها یکسان باشد».

بنابراین مقنن در ماده مذکور با تبعیت از فتاوی فقهای امامیه بین فرضی که جرایم متعدد حدی مشابه و دارای مجازات یکسان باشند با فرضی که رفتار مادی مجرمانه متفاوت یا دارای مجازات متفاوت باشد، تفاوت گذارده است، به عبارت دیگر فرضی که ماهیت رفتار ارتكابی یا مجازات رفتارهای متعدد مشابه باشد، بنابر مفهوم مخالف فراز آخر ماده مذکور، مجازات‌های حدی در هم تداخل می‌نمایند. حال آنکه چنانچه رفتارهای متعدد حدی یا مجازات‌های واجبه برای هر رفتار ماهیتاً متفاوت باشد، حکم به جمع تمام مجازات‌ها داده است.

از این رو در تعدد مادی جرائم حدی مشابه- فرضاً شرب چند باره خمر یا زناى متعدد غیر محصنه- ارتكاب هر تعداد از آن قبل از اجرای حد، رویکردی حقوق بشری در اعمال مجازات را مدنظر قرار داده و مرتکب را صرفاً مستوجب یک مجازات حدی بی کم و کاست دانسته است، در حالیکه در حقوق جزای عرفی به نظر جرم‌شناسان، خطر چنین مجرمینی به لحاظ حرفه‌ای شدن در ارتكاب نوع خاصی از جرم بیش از مجرمینی است که جرایم متعدد ولی متفاوت از هم مرتکب می‌شوند، که به این دلیل مستحق مجازات بیشتری هستند. (Mona، ۲۰۰۲، ۱۰۷)

برخورد مقنن در ماده مذکور مستنبط از فتاوی فقهای امامیه می‌باشد؛ چرا که مرحوم خوبی (ره) در مسئله ۱۶۵ کتاب حدود درباره ارتكاب حدود مشابه می‌فرماید، «چنانچه شخصی بارها مرتکب زنا شود و آن زناها با اقرار یا شهادت ثابت شود صرفاً اجرای یک حد بر زانی واجب است». (خویی، همان منبع، ۱۶۵)

آن مرحوم مدعی است در این مورد بین فقهای امامیه هیچ اختلافی نیست؛ گرچه بر این فتوا ادعای اجماع نموده است. نکته دیگری که از فتوای مرحوم خوبی (ره) استفاده می‌شود این است که در این مسئله وی متعرض نوع زناها که ممکن است برخی مستوجب تازیانه و برخی مستوجب مجازات دیگر باشند نگردیده است؛ چرا که به صورت مطلق فرموده است، «اگر شخصی چند مرتبه زنا کند...» و قیدی در خصوص نوع زناها در مسئله مذکور مشاهده نمی‌شود. و لیکن برای رفع اجمال فتوای مذکور بایستی به مسئله ۱۷۱ وی متوسل شد، معظم له در این مسئله بر این باور است، «اگر بر شخصی در آن واحد چند حد واجب گردد، ابتدا از حدی باید اجرا شروع شود که زمینه اجرای حدود دیگر فوت نگردد». ایشان برای فهم بیشتر این مسئله مثالی راجع به وجوب دو حد جلد و رجم بر یک شخص در آن واحد زده است، به نظر وی در این فرض ابتدا تازیانه سپس رجم اجرا می‌شود. (خویی، همان منبع، ۷۲)

مرحوم محقق نجفی نیز در خصوص ارتكاب زناهای متعدد، اما مشابه، نیز بر این باور است؛ چرا که می‌فرماید، «زناى متعدد از سوی مرد حر یا مملوک، با یک زن یا چند زن و نیز در یک یا چند روز فقط مستوجب یک حد واحد است، البته در صورتی که برای هیچ یک حدی اجرا نگردیده باشد». (محمد نجفی، ۱۴۰۴، ۱۹۵)

نکته‌ای که در این فتوا مورد توجه فقهای عظام قرار گرفته است توجه به جنبه پاک‌کنندگی کیفر حد است؛ به باور فقها اسباب تعدد در فرض مذکور در هم تداخل نموده و صرفاً مستوجب حدی واحد می‌باشند؛ چرا که تعدد مسببات بر شخصی که با مُسبب - مجازات - اول پاک و طاهر گردیده است فاقد اثر وضعی، بلکه ممکن است جنبه انتقام و تعذیب از اجرای مجازات‌های بعدی به ذهن متبادر شود.

در حالی که در فرض تعدد مادی جرائم حدی، که هر یک به لحاظ ماهیت رفتار ارتكابی متفاوت از دیگری است حکم کاملاً متفاوت است. قانونگذار در فراز نخست ماده ۱۳۲ ق.م.ا قائل به این است که مجازات‌های متعدد حدی مختلف با هم جمع می‌گردند. فرضاً اگر شخصی مرتکب شرب خمری شده باشد، زناى غیر محصنه و سپس سرقتی حدی نیز انجام داده باشد، حکم مسئله، جمع تمام مجازات‌ها با همدیگر

است؛ یعنی علاوه بر اجرای ۱۸۰ تازیانه از باب شرب خمر و زنا ی غیر محصنه، مجرم باید تن به قطع دست راست به علت ارتکاب سرقت حدی دهد.

در فرض مذکور گرچه تعدد مادی جرائم حدی به اعلی درجه از سوی مرتکب حادث گردیده است و لیکن به دلیل آنکه مجازات‌های حدی مضبوط و مقدراند، به علت تعدد ارتکاب قابل افزایش نیستند. تعدد واقعی جرائم مستوجب حدود در فقه نیز دقیقاً باعث جمع تمام کیفرهای واجبه است نه تشدید آنها؛ در این خصوص فتوایی از مرحوم صاحب شرایع وجود دارد که می‌فرماید، «هرگاه بر کسی تازیانه به واسطه زنا ی غیر محصنه و سنگسار به واسطه زنا ی محصنه جمع شود، اول تازیانه زده می‌شود سپس رجم اجرا می‌شود. همین‌طور هرگاه بر شخصی در آن واحد چند حد واجب شود، اجرا از حدی شروع می‌شود که با اجرای آن زمینه اجرای حدود دیگر از بین نرود». مرحوم شهید ثانی در شرح این فتوا می‌فرماید، «هرگاه دو یا چند حد بر مکلفی واجب شود، اگر جمع بین آنها ممکن باشد و با هم منافاتی نداشته باشند مستوفی اجرا مخیر است که به هر یک می‌خواهد شروع کند و اگر جمع بین آنها منافات داشته باشد وی مکلف است ابتدا از حدی شروع کند که زمینه اجرای حدود دیگر از بین نرود تا بدین ترتیب بین حقوقی که واجب است تحصیل گردند جمع شود، از این رو در صورت وجوب حد جلد و رجم بر شخص واحد، ابتدا حد جلد سپس حد رجم اجرا می‌گردد». (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴۳)

بنابراین در فرض تعدد جرایم حدی به صورت تعدد واقعی، فقها و به تبع آنها مقنن ضابطه‌ای دوگانه را پذیرفته‌اند؛ به این نحو که در جرائم متعدد حدی با ماهیت واحد و دارای مجازات با ماهیت عینی واحد، مجازات‌ها در هم تداخل پیدا می‌کند؛ یعنی بدون اینکه مجازات تشدید شود صرفاً یک مجازات قابل اعمال است. در حالی که در جرائم متعددی حدی با ماهیت مختلف یا دارای مجازات با ماهیت عینی متفاوت، حکم، جمع تمام مجازات‌های واجبه است بدون اینکه به علت تعدد جرم، مجازات هر یک از جرایم تشدید گردد.

البته مقنن در ماده ۱۳۲ که ناظر به مرحله اجرای حکم است، برخلاف فتاوی مشهور فقها، سه تبصره در راستای حفظ حقوق محکوم علیه تفنین نموده است؛ گرچه اعمال آنها مقید به شرایطی شده است. مثلاً مقنن در تبصره ۱ ماده ۱۳۲ تصریح کرده است. «چنانچه مرتکب به اعدام و حبس یا اعدام و تبعید محکوم گردد تنها اعدام اجرا می‌شود». در این تبصره مقنن به اهداف اصلاحی کیفرها توجه تام نموده است و بر این باور است، اجرای کیفر دیگر بر محکومی که قرار است با اجرای مجازات اعدام، سلب حیات شود نه تنها هیچ اثر اصلاحی ندارد بلکه ممکن است شائبه انتقام نیز در بر داشته باشد؛ گرچه بهتر بود این تبصره به صورت عام جمع هر کیفری با اعدام را مسقط مجازات غیر سالب حیات اعلام می‌کرد.

تبصره ۲ ماده ۱۳۲ نیز مقرر دیگری است که در قوانین مجازات قبلی در باب حدود مسبوق به سابقه نیست و به نظر، مقنن در راستای کیفرزدایی در این خصوص گام برداشته است؛ گرچه مقید کردن اعمال آن به ارتکاب دو یا چند جرم حدی در راستای هم و در یک واقعه خلاف شریعت سمحه و سهله دین مبین در خصوص اجرای مجازات‌های حدی است، بلکه بهتر آن بود که مقنن این تبصره را طوری نگارش می‌نمود که در هر حال چنانچه مجازات دو جرم حدی با مجازات اشد و اخف در دو واقعه مجزا از هم بر شخص واحد واجب می‌گردید باز صرفاً به جزای مجازات اشد اکتفا می‌شد.

تبصره سوم ماده ۱۳۲ نیز در فرض تعدد جرم زنا بین زن و مرد واحد، قائل به اجرای مجازات اشد گردیده است؛ گرچه این تبصره دارای این خاصیت است که در راستای کیفرزدایی و اصل برائت ذمه مرتکب از تحمل جمع کیفرها گامی اساسی برداشته است و لیکن بهتر بود به علت فلسفه کیفرهای حدی، قاعده درء و اصل برائت، اعمال آن مقید به ارتکاب زناهای متعدد بین زن و مرد خاص نمی‌گردید.

۲-۳- تعدد معنوی جرائم حدی

گاه رفتار واحد حدی منجر به ارتکاب متعدد محرمات مدنظر شارع یا مقنن می‌گردد. به عبارت بهتر در تعدد اعتباری جرم، رفتار واحدی به لحاظ عنصر مادی جرائم ارتکاب یافته است و لیکن این عنصر مادی همزمان مشمول چند مقررۀ کیفری است و حتی چنین به نظر می‌رسد که چندین جرم ارتکاب یافته است. گرچه تمام جرائم موضوع مجازات‌های مندرج در قانون مجازات اسلامی قابلیت آن را دارند به نحو تعدد اعتباری ارتکاب یابند، و لیکن مقنن صرفاً در ماده ۱۳۱ ق.م.ا به تعدد اعتباری جرائم تعزیری پرداخته و حکم تعدد اعتباری در حدود را به سکوت برگزار نموده است.

در قانون مجازات اسلامی سابق نیز گرچه تعدد اعتباری جرائم حدی به صراحت برخلاف جرائم تعزیری مورد اشاره مقنن قرار نگرفته بود و لیکن مصادیقی از آن از سوی مقنن مورد اشاره قرار گرفته بود که یادآور تعدد اعتباری جرائم در حدود بود. شاهد مثال این نوع تعدد، ماده ۱۰۶ ق.م.ا ۱۳۷۰ بود که مقرر می‌داشت، «زنا در زمان‌های متبرکه؛ چون اعیاد مذهبی، رمضان، جمعه و مکان‌های شریفی؛ چون مساجد، علاوه بر حد موجب تعزیر است». گرچه این ماده با توجه شهرت فقهی آن، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حذف گردیده و ما علت آن را نمی‌دانیم ولیکن مصادیق دیگری از این نوع تعدد جرم در قانون ۱۳۹۲ کماکان مورد توجه مقنن قرار گرفته است. مثالی که می‌توان برای این فرض در قانون مذکور متصور شد بند «ت» ماده ۲۲۳ قانون مذکور می‌باشد که ناظر بر زنا یا اکره است که موجب اعدام زانی است. حال آنکه اگر زانی در این فرض غیر محصن باشد با توجه به ماده ۲۳۰ ق.م.ا حد وی صد تازیانه است. بنابراین اگر زانی غیر محصنی مرتکب زنا یا اکره شود رفتار وی مشمول دو عنوان زنا یا اکره غیر محصنه و زنا یا اکره است. در این فرض مقنن اعمال مجازات عنوان اشد؛ یعنی اعدام را بر مرتکب واجب می‌داند، نه جمع مجازات زنا یا اکره غیر محصنه و زنا یا اکره.

در فقه امامیه نیز مصادیق تعدد اعتباری جرائم حدی به وفور مورد توجه فقها قرار گرفته است. مرحوم خویی درباره ارتکاب زنا از سوی شخص غیر محصن ولی به اکره می‌فرماید، «اگر زانی غیر محصن با زنی به اکره زنا کند رفتار وی واحد ۲ عنوان زنا یا اکره غیر محصنه می‌باشد که در این فرض، مجازات اشد؛ یعنی قتل اعمال می‌گردد، نه جمع بین حد جلد و حد قتل با شمشیر». (خویی، همان منبع، ۲۴۱) ایشان در این فرض قائل‌اند که بین فقهای امامیه در این فرض اختلافی نیست و مجازات اخف به نفع مجازات اشد ساقط می‌شود.

مرحوم محقق در شرایع الاسلام فرض دیگری از تعدد اعتباری جرم را بیان می‌کند. معظم له می‌فرماید، «هر کس در ماه رمضان یا در مساجد و مشاهد مشرفه اعم از شب یا روز مرتکب زنا شود علاوه بر اجرای حد، تعزیر بر وی نیز لازم است». (محقق حلی، همان منبع، ۱۸۷)

بنابراین با توجه به آنچه گفته شد واکنش کیفری تعدد اعتباری جرم چه در قانون مجازات اسلامی و چه در فقه امامیه واکنش واحدی نیست؛ چرا که در پاره‌ای از موارد تعدد اعتباری جرائم حدی، هم فقها و هم مقنن - فرض ارتکاب زنا در زمان یا مکان شریف - قائل به جمع کیفر حد و تعزیر گردیده‌اند، در حالی که در برخی فروض دیگر - زنا یا اکره به غیر محصن - مجازات عنوان اشد لازم دانسته شده است، نه جمع بین دو کیفر اخف و اشد.

۳-۳- تعدد نتایج ناشی از رفتار حدی واحد

تا قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تعدد نتایج ناشی از فعل واحد نه در جرائم حدی بلکه در هیچ جرمی سابقه تقنینی نداشته است. گرچه رویه قضایی کم و بیش با این موضوع آشنا بوده و آن را سابقاً از مصادیق تعدد اعتباری می‌دانست. و لیکن همان‌طوری که اشاره شد، مقنن اولین بار در تبصره ۱ ماده ۱۳۴ به نتایج متعدد ناشی از فعل واحد، آن هم صرفاً در تعزیرات پرداخته و کماکان حکم تعدد نتایج ناشی از فعل حدی واحد به سکوت برگزار گردیده است.

در فقه امامیه در خصوص تعدد نتایج ناشی از فعل واحد حدی، قاعدۀ صریحی وجود ندارد و لیکن با مذاقه در فتاوی فقها به صورت موردی به این نوع از ارتکاب جرم پرداخته شده است. اکثر فقها بر این باورند،

«چنانچه از رفتار حدی واحد، نتایج مجرمانه متعددی حاصل شود مرتکب باید برای هر نتیجه، به صورت مجزا مجازات گردد».

بهترین مثال فرض مذکور ارتکاب رفتار مجرمانه واحد قذف است که در آن واحد بزه‌دیدگان متعدد دارد. مرحوم خوبی در مسئله ۲۰۳ کتاب حدود در کتاب تکمله المنهاج در این باره می‌فرماید، «چنانچه کسی جماعتی را با یک لفظ واحد قذف نماید، اگر همگی خواهان اجرای حد باشند یک حد اجرا می‌شود و لیکن اگر تک تک شکایت و خواهان اجرای حد باشند برای شکایت هر یک، حد جداگانه‌ای اجرا می‌شود». (خوبی، همان منبع، ۳۱۳) مرحوم نجفی نیز در این باره بر این باور است، «هرگاه کسی جماعتی را با لفظ واحدی قذف کند به این نحو، که بگوید همگی شما زناکارید و همگی با هم درخواست اجرای حد نمایند، صرفاً اجرای یک حد کفایت می‌کند، و اگر جداگانه مطالبه حد نمایند برای هر یک اجرای یک حد واجب است». (محمد نجفی، همان منبع، ۶۳)

در قانون مجازات اسلامی عین فتوای مذکور در قالب ماده ۲۵۷ ق.م.ا نمود یافته است، که مقرر می‌دارد، «کسی که چند نفر را با یک لفظ قذف نماید هر کدام از قذف شدگان می‌تواند جداگانه شکایت نماید و در صورت صدور حکم، اجرای آن را مطالبه کند».

در ماده مذکور مقنن برای رفتار مجرمانه واحد که در آن واحد، بزه‌دیدگان متعدد دارد مجازات‌های متعدد به تعداد بزه‌دیدگان را لازم دانسته است. هدف شارع مقدس و به تبع آن مقنن در این ماده حمایت از حق الناس و اصل برائت ذمه بزه‌دیدگان از بزه انتسابی است. در حالی که مثلاً در فرض سرقت حدی، گرچه چند نفر به صورت مشاعی در مال مسروق شریک می‌باشند، حتی با فرض وصول سهم هر یک از شرکاء به حد نصاب سرقت حدی؛ گرچه حق مالکیت هر یک از مالباختگان مورد تعرض واقع گردیده است و لیکن برای تمام آن‌ها صرفاً یک حد سرقت اجرا می‌شود؛ گرچه سرقت تا قبل از رفع امر نزد حاکم نیز کاملاً بزه‌ی حق الناسی است. حتی مقنن در ماده ۲۵۳ ق.م.ا.پا را از این نیز فراتر گذاشته و مقرر داشته است، «کسی که به قصد نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری، الفاظی غیر از زنا یا لواط به کار ببرد که صریح در انتساب زنا یا لواط به افرادی از قبیل، همسر، پدر، مادر، خواهر یا برادر مخاطب باشد، نسبت به کسی که زنا یا لواط را به او نسبت داده است، محکوم به حد قذف و درباره مخاطب اگر به علت این انتساب اذیت شده باشد، به مجازات توهین محکوم می‌گردد». بنابراین با توجه به جمع حد و تعزیر، فرض مقنن این است که از رفتار واحد مجرمانه، جرایم متعدد ارتکاب یافته است و از آن رو جمع مجازات حد و تعزیر را بر فعل واحد لازم دانسته است.

گرچه در حقوق کیفری عرفی آنچه مستلزم مجازات است رفتار مجرمانه؛ اعم از فعل یا ترک فعل است نه نتایج متعددی که از فعل واحد به منصفه ظهور می‌رسد. گارو حقوقدان فرانسوی در این باره بر این باور است، «براساس یک نظر، جرم یک فعل است؛ یعنی حرکت برای تغییر در محیط خارج، بنابراین هرگاه یک فعل بیشتر انجام نشده باشد، یک جرم بیشتر اتفاق نیفتاده است، بنابراین فعل نسبت به نتیجه فعل استقلال دارد، در نتیجه اگر فعل واحد، نتایج متعدد به بار آورد در این صورت مرتکب، جرم واحدی مرتکب شده است، نه جرایم متعدد». (گارو، ۱۳۴۳، ۲۸۹)

از این رو به نظر، آنچه فقها را به صدور این فتاوا واداشته است توجه به حقوقی است که با ارتکاب جرم واحد مورد تعدی واقع گردیده است، نه توجه به نظریاتی که مبانی حقوقی صرف دارند، بنابراین می‌توان گفت هدف از جمع کیفر نتایج متعدد، در این قبیل موارد، بیشتر جنبه استحقاقی و جبرانی داشتن کیفر است تا اهداف اصلاحی آن. بنابراین گرچه در جرائم حدی ابتدا حق الله تعطیل می‌گردد و لیکن پاره‌ای از حدود همچون زنا یا قذف، افزون بر صدمه دیدن جامعه از ارتکاب جرم، خسارت مادی یا روحی جبران نشدنی به بزه‌دیده نیز وارد می‌گردد که هدف شارع از اعمال مجازات علاوه بر اعاده نظم از دست رفته جامعه، جبران خسارات مادی و معنوی بزه‌دیده نیز می‌باشد. (نوبهار، ۱۳۸۸، ۱۸)

۴-۳- عناوین مجرمانه خاص در حدود

گاه شارع مقدس و به تبع آن مقنن تحت سیاست کیفری خاص، دو یا چند عنوان مجرمانه که هر یک در عالم خارج بزه‌ی مستقل به حساب می‌آیند را بزه واحدی به شمار می‌آورد و برای مرتکب آن بنا بر مصلحت خاص، مجازاتی در نظر گرفته می‌شود که با هیچ یک از قواعد ارتکاب فعل واحد و یا افعال متعدد مجرمانه همخوانی ندارد.

در حقوق کیفری عرفی، مثلاً در حقوق انگلستان، نیز به چنین اوصاف مجرمانه‌ای پرداخته شده است. در کشور مذکور در صورتی که مجموع رفتارهای مرتکب دارای وصف خاصی باشد، دادگاه نمی‌تواند برای هر عنوان، مجازاتی جداگانه تعیین کند؛ چرا که در رویه دادگاه‌های انگلستان در فرض ارتکاب جرم سرقت به عنف که استفاده از سلاح هم می‌تواند از مصادیق آن باشد، معمولاً اتهام حمل سلاح غیرمجاز به عنوان اتهام مستقل در نظر گرفته نمی‌شود. (Ashworth, ۲۰۰۲، ۲۴۰)

عده‌ای از حقوقدانان فرض مذکور را از مصادیق تعدد اعتباری جرم به حساب می‌آورند و بر این باورند که تعدد جرایم در این فرض اعتباری است، بنابراین تعیین مجازات متعدد برای اوصاف متعدد محمل قانونی ندارد. (اردبیلی، همان، ۱۸۹) در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان فرض مذکور را از مصادیق تعدد واقعی جرائم به شمار می‌آورند؛ چرا که به نظر آن‌ها در عالم خارج چند فعل مجرمانه که هر یک واجد عنوان خاصی است ارتکاب یافته است. (شامبیانی، ۱۳۹۵، ۳۱۶)

گرچه در فرض مذکور ممکن است ترکیبی از تعدد جرم، به شکل واقعی و معنوی در برخی از موارد موجود باشد، اما آنچه تعیین‌کننده موضوع است اراده قانونگذار است؛ چرا که مقنن تحت سیاست خاص موضوع را زیر عنوان مجموع جرایم واجد عنوان خاص مجرمانه با مجازات خاص آورده است و اکثراً هم در آن‌ها قائل به تشدید مجازات گردیده است.

قانونگذار در ماده ۶۸۳ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ فرضی را مصوب نموده است که یادآور مجموع جرائم دارای عنوان خاص مجرمانه است. ماده مذکور مقرر داشته است، «هر نوع نهب و غارت و اتلاف اموال و اجناس و امتعه یا محصولات که از طرف جماعتی بیش از سه نفر به نحو قهر و غلبه واقع شود چنانچه مرتکب محارب شناخته نشود به حبس از ۲ تا ۵ سال محکوم خواهد شد».

در ماده مذکور گرچه نهب و غارت عبارتند از استیلاء بر مال دیگری به نحو قهر و غلبه یا اتلاف اموال که مستلزم تخریب اموال بزه‌دیده نیز می‌باشد که لازمه آنورود به عنف به ملک دیگری وفق ماده ۶۹۱ همان قانون می‌باشد، حتی ممکن است در این فرض با توجه به واژه‌ی غلبه، ورود با جرح یا حتی قتل نیز همراه باشد، چنانچه سوءنیت خاص مرتکب در این فرض، محاربه؛ یعنی بر هم زدن امنیت عمومی مردم با کشیدن سلاح باشد، خود این نیت نیز بزه جداگانه‌ای است، و لیکن مجموع این افعال وصف خاصی یافته و مقنن، مرتکب را مستحق همان مجازات محارب می‌داند، نه جمع جرائم ارتکابی مندرج در این ماده، وذلین چون محاربه بزه‌ی حدی و مستوجب مجازات مقدر است، مجازات مرتکب در این فروض تشدید نگردیده است. در فقه امامیه نیز مصادیقی از مجموع جرائم دارای عنوان خاص مجرمانه به چشم می‌خورد. فقها در فرض تحقق محاربه، حد آن را تخییراً یکی از مجازات‌های کشتن، صلیب، قطع دست راست و پای چپ و تبعید ذکر کرده‌اند؛ اما به باور برخی از فقهای امامیه، در اعمال مجازات محاربه باید به نحوه جرم ارتکابی توجه گردد، شیخ طوسی از جمله‌ی این فقهاست. به باور ایشان اگر مجموع جرائم ارتکابی محارب طوری باشد که هم منجر به سلب امنیت عمومی مردم گردیده و هم فرد یا افرادی را کشته باشد، محارب صرفاً کشته می‌شود؛ یعنی وی را تحویل اولیای دم می‌دهند تا وی را بکشد چنانچه وی اعلام رضایت نمود، حاکم مکلف است وی را از باب محاربه بکشد، و لیکن اگر کسی را نکشته باشد ولی در ضمن محاربه اموال مردم را به قهر و غلبه گرفته باشد دست راست و پای چپ وی قطع می‌شود، ولی اگر تنها سلاح کشیده باشد و صرفاً مردم را ترسانده باشد فقط تبعید می‌شود، حال آنکه چنانچه محارب، ضمن محاربه کسی را مجروح نموده باشد صرفاً به صلیب کشیده می‌شود. (طوسی، ۱۴۱۸، ۷۲۰) مرحوم صاحب جواهر و خویی نیز همین قول را پذیرفته‌اند. (خویی، همان منبع، ۳۱۸ و نجفی، همان منبع، ۵۷۶)

بنابراین گر چه محارب علاوه بر تجرید سلاح، که خود مستلزم حمل سلاح به عنوان بزه جداگانه و قدرت‌نمایی در آن واحد می‌باشد، چنانچه ضمن محاربه کسی را نیز مقتول یا مجروح نموده و یا اموال کسی را به نحو قهر و غلبه برده باشد گرچه هر یک از این اعمال دارای مجازات مجزا به عنوان رفتار مجرمانه مجزا می‌باشند و لیکن پاره‌ای از فقها بر این باورند مجموع این جرائم وصف خاص یافته و محارب را مستحق مجازات خاص عمل ارتكابی با توجه به مجازات‌های مصرحه در آیه ۳۳ سوره مائده می‌نماید نه اینکه حاکم مخیر باشد برای ارتكاب بزه محاربه، به هر نحو یکی از مجازات‌های مقرر را اعمال نماید.

۴- نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در مورد تعدد جرائم مستوجب مجازات‌های حدی گفته شد به این نتیجه می‌رسیم که گرچه مقنن صرفاً به انواع تعدد جرم؛ یعنی تعدد اعتباری، تعدد مادی، تعدد نتیجه و مجموع جرائم دارای عنوان خاص مجرمانه در تعزیرات پرداخته است، و لیکن فقهای امامیه قرن‌ها پیش نیز کاملاً با این مفاهیم مأنوس بوده‌اند و در قالب فتاوی خود در حدود به تفصیل به این مفاهیم پرداخته‌اند. و لیکن فقها برخلاف حقوقدانان عرفی، در هر یک از فروض تعدد جرائم حدی، بنا بر مصالح خاص از قاعده‌ی به خصوصی استفاده کرده‌اند. چنانچه در فرض تعدد واقعی جرائم مشابه مستوجب مجازات حدی مشابه - مثلاً تعدد شرب خمر یا زنا یا غیر محصنه - با عنایت به قواعد فقهی - اصولی مندرج در بحث تداخل اسباب، صرفاً یک مجازات را قابل اعمال می‌دانند، حال آنکه در فرض تعدد واقعی جرائم مختلف حدی - فرضاً ارتكاب شرب خمر و زنا یا غیر محصنه و قذف - قائل به جمع مجازات تمام اسباب حادثه گردیده‌اند. به نظر در فرض اول فایده اجتماعی کیفر و در فرض دوم نیل به عدالت استحقاقی کیفرها مدنظر فقها بوده است.

در فرض تعدد اعتباری جرائم حدی نیز فقها از قاعده دوگانگی برای تعیین کیفر بزهکاران سود جستند؛ چرا که فرضاً در ارتكاب زنا یا به عنف از سوی زانی غیر محصن قائل به مجازات عنوان اشدند در حالی که در فرض ارتكاب زنا در زمان یا مکان مشرفه قائل به جمع کیفر حد با تعزیرند؛ به نظر در فرض اول، فقها و به تبع آن مقنن، به جنبه ارعایی مجازات‌ها نظر داشته‌اند، حال آنکه در فرض دوم بیشتر توجه مقنن، که برگرفته از منویات فقها است، به جنبه سرکوبی و ناتوان‌سازی مجرمین است تا اهداف اصلاحی کیفر.

در جمع مجازات‌های حدی به تعداد بزه‌دیدگان در فرض تعدد نتایج ناشی از فعل واحد مجرمانه - قذف بزه‌دیدگان متعدد با یک لفظ - فقها و به تبع آن‌ها مقنن به جنبه جبرانی کیفر نظر داشته‌اند تا اهداف اصلاحی یا ارعایی آن؛ چرا که با گذشت تمام بزه‌دیدگان تمام کیفرهای واجبه ساقط می‌گردند و یا اگر برخی از بزه‌دیدگان گذشت نمایند در اجرای حدودی که متعلق حق سایرین قرار گرفته است تأثیری ندارد.

در فرض مجموع جرائم دارای عنوان خاص مجرمانه، که هم در فقه و هم در قانون مجازات اسلامی مصادیقی همچون محاربه برای آن وجود دارد، فقها و مقنن بیشتر به جنبه‌ی توان‌گیری مجازات‌ها نظر داشته‌اند تا اهداف دیگر کیفر؛ چرا که تعیین کیفر به نحوی صورت گرفته است - قتل، دار زدن یا قطع دست راست و پای چپ - که با اعمال آن‌ها مجرم دیگر قادر بر ارتكاب جرم نمی‌باشد. بنابراین با توجه به آنچه گفته شد اولاً در حدود شرعی نیز امکان تحقق انواع تعدد جرم همانطوری که مورد توجه حقوقدانان، در حقوق عرفی قرار گرفته، قرن‌ها قبل مورد توجه فقها واقع گردیده است ولی فقها با توجه به مصالح خاصی که در اعمال مجازات‌ها مدنظر داشته‌اند، در شیوه اعمال کیفر از قواعد چندگانگی سود جستند که به حق می‌توان گفت برخی از این روش‌های از جمله تداخل کیفرها در فرض تعدد جرائم مادی مشابه باعث کیفر زدایی و رویکردی حقوق بشری به کیفرها از منظر فقها داده است.

منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ ۱۲، تهران، نشر میزان.
۲. ابن زهره، حمزه بن علی، (۱۳۱۷)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، چاپ ابراهیم بهادری.

۳. ابن قدامه، محمد بن احمد، (۱۳۱۷)، المغنی، جلد ۹، چاپ سوم، بیروت، ناشر دارالکتب العلمیه.
۴. پیمانی، ضیاء‌الدین، (۱۳۷۵)، جزوه درسی «بررسی تطبیقی و تاریخی قاعده تعدد جرم»، قم، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی.
۵. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۲۸ ه.ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد پنجم، چاپ دوم، بیروت، نشر دارالکتب العلمیه.
۶. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۰ ه.ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، نشر موسسه بعثت.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲ ه.ق)، وسائل الشیعه، باب ۲، جلد ۱۸، نشر موسسه آل‌البیت.
۸. خوبی، ابوالقاسم، (۱۴۲۸ ه.ق)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۱، چاپ سوم، قم، نشر موسسه امام خمینی.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۳۲۰)، المفردات فی غریب القرآن، با تصحیح سید محمدگیلانی، چاپ ۳، بیروت، نشر دارالمعرفه.
۱۰. شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی ۳، چاپ ۳، تهران، انتشارات مجد.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۸ ه.ق)، الخلاف، قم، چاپ جامعه مدرسین قم.
۱۲. عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۳ ه.ق)، مسالک الافهام، جلد سوم، قم، نشر مؤسسه المعارف اسلامی.
۱۳. گارو، رنه، (۱۳۴۳)، مطالعات نظری و علمی در حقوق جزا، ترجمه سید ضیاء‌الدین نقابت، تهران، نشر ابن سینا.
۱۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۷ ه.ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، نشر موسسه اسماعیلیان.
۱۵. نجفی، شیخ محمد، (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام، جلد ۴۳ و ۴۱، بیروت، انتشارات دار الاحیاء‌لتراث العربی.
۱۶. نوبهار، رحیم، (۱۳۸۸)، مقاله «اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی مستوجب حد»، فصلنامه مفید، شماره ۲۳، تهران.

17. Ashworth, Andrew (2006), 'Sentencing and Criminal Justice', Cambridge university press.

18. Zibert, Leo, (2006), Punishment and retribution, Ashgate publisher.

شیوه‌های متکثر فردی کردن مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران و فرانسه

امیر سماواتی پیروز^۱، سینا نجفی^۲

۱- استادیار و عضو هیات علمی گروه حقوق واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران (نویسنده مسئول)
۲- دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

فردی کردن مجازات‌ها از مهمترین مسائلی است که در حقوق کیفری جهان امروز مورد توجه فعالان عرصه حقوق کیفری قرار گرفته است. بعد از شکست الگوی کیفری در مبارزه با افزایش نرخ جرائم و تکرارکنندگان جرم، موضوع اصلاح و درمان و بازپروری مجرمان مورد توجه قرار گرفته است. تحقیق حاضر به بررسی تکثرگرایی و فردی کردن مجازات جرایم در حقوق ایران و فرانسه پرداخته است. یافته‌های تحقیق بیانگر این امر است که در حقوق فرانسه، همانند بسیاری از کشورها که تحقیقات مقدماتی را، قاضی تحقیق یا بازپرس انجام می‌دهد. دستور تشکیل پرونده شخصیت بر عهده او نهاده شده است. قانون آیین دادرسی کیفری این کشور پس از تصریح به این امر که قاضی تحقیق مجاز است از طریق توسل به «کمیته تعلیق مراقبتی و کمک به زندانیان آزاد شده» و یا هر شخصی که صلاحیت داشته باشد نسبت به انجام دادن تحقیقات لازم پیرامون وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم تحقیق کند. موضوع انجام دادن آزمایش‌های علمی را مدنظر داشته است. در حقوق ایران علیرغم نوآوری‌هایی قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ در مواردی چون تعلیق مجازات، متاسفانه ضرورت فردی کردن مجازات‌ها و تشکیل پرونده شخصیت هنوز آنگونه که باید و بویژه در مورد بزرگسالان و حتی در جرایم مهم احساس نشده است.

واژگان کلیدی: فردی کردن مجازات‌ها، حقوق ایران، حقوق فرانسه، پرونده شخصیت.

مقدمه

علوم جدید، چون پزشکی، زیست‌شناسی، روانشناسی و روانکاوای نشان داده‌اند که افراد از نظر ساختار جسمی و روانی از یکدیگر متمایزند و با توجه به این اختلافات نمی‌توان برای همه مرتکبان یک نوع مجازات و یا یک نوع اقدام تامینی در نظر گرفت. گاه ممکن است کیفر یا اقدام تامینی که در یک مرتکب می‌تواند موجب بیداری و اصلاح او گردد، در مورد بزهکار دیگر هیچگونه تاثیری نداشته باشد یا حداکثر بتواند تاثیر کلی بر جای گذارد به همین جهت «فردی کردن مجازات» مدتهاست مورد توجه دانشمندان حقوق کیفری قرار گرفته است. پس از انقلاب فرانسه اصل «قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» اختیارهای فراوان قضات را محدود نمود و در واقع تضمینی برای حفظ حقوق و آزادی‌های فردی بود. بر مبنای این اصل، مجازات معینی برای هر یک از جرایم توسط قانونگذار انقلابی در نظر گرفته می‌شد و قاضی پس از اثبات مجرمیت، وی را به همان مجازات ثابت و معین محکوم می‌کرد. از سوی دیگر، اجرای مجازات‌های ثابت که فقط به عمل مجرمانه توجه داشت و بین مرتکبان مختلف با ویژگی‌های متفاوت و شرایط روحی و جسمی گوناگون هیچگونه تفاوتی در برخورد و مجازات قایل نبود و حق عفو را در موارد مخصوص نمی‌پذیرفت، خود موجب بروز مشکلات و طرح انتقادات فراوانی می‌گردید. در نهایت از اوایل قرن نوزدهم حق عفو دوباره برقرار شد و قانون جزای سال ۱۸۱۰ فرانسه به قاضی اختیار داد که با توجه به ویژگی‌ها، شرایط و حالت‌های مرتکب بین حداقل و حداکثر پیش‌بینی شده در قانون، مجازاتی برای او انتخاب کند. این امر توسط قانونگذاران دیگر کشورها نیز مورد استقبال قرار گرفت و در قوانین کیفری بسیاری از ممالک جهان گنجانده شد.^۱

اگرچه با تعیین حداقل و حداکثر برای مجازات‌ها، دست قضات برای رعایت حال و شرایط مرتکبان تا حدودی باز شد، ولی با این حال عدم توجه کامل به بزهکار و مسائل و مشکلات او از انتقادات اصولی مکتب تحقیقی حقوق جزا نسبت به عقاید مکتب کلاسیک است. امروزه «فردی کردن مجازات» یکی از هدف‌های اساسی حقوق جزا را تشکیل می‌دهد به تدریج همراه با فردی شدن هر چه بیشتر مجازات‌ها، از جمود و قاطعیت کامل اصل «قانونی بودن مجازات‌ها» کاسته می‌شود.^۲

لازمه اعمال و اجرای فردی کردن مجازات‌ها، توجه به شخصیت است. پیشرفت‌های علمی و تحقیقات انجام شده اصل آزادی اراده مورد نظر مکتب کلاسیک را مورد تردید قرار داد و ضرورت انطباق واکنش اجتماعی با ویژگی‌های شخصیتی کسی که نظم اجتماعی را مختل کرده است امری ضروری تشخیص داده شد. نظر به اینکه مجازات نه هدف که وسیله‌ای جهت دفاع جامعه از خود در مقابل بزهکاری است؛ شناخت شخصیت مجرم به منظور تشخیص واکنش مناسب و استفاده از ابزارهای جدید سیاست جنایی مانند تعلیق، تعلیق مراقبتی، آزادی مشروط و غیره، در کنار تحقیقات ناظر به عمل مجرمانه در طول قرن ۲۰ از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شده است. بنابراین دیگر نمی‌توان به سوابق اداره کل کیفری یا به اطلاعاتی که به سرعت در مورد وضع اخلاقی متهم جمع‌آوری می‌شود، بسنده کرده و آزمایش شخصیت که از آن به آزمایش «پزشکی، روانپزشکی و اجتماعی» تعبیر می‌شود، برای شناخت ویژگی‌های بیولوژیک، روانی و وضعیت خانوادگی و اجتماعی کسی که در تعارض با ارزش‌های مورد حمایت قرار می‌گیرد و از آن به «پرونده شخصیت» تعبیر می‌شود، امری ضروری است به جرایم مهم ارتكابی از سوی بزرگسالان نیز سری یافت. مقررات استاندارد سازمان ملل متحد برای دادرسی ویژه نوجوانان که به مقررات پکن معروف شده و موضوع قطعنامه ۴۰/۳۳ مصوب مجمع عمومی مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ قرار گرفته است در بند ۱۶ با عنوان گزارش‌های تحقیق اجتماعی مقرر می‌دارد: «در کلیه موارد، به استثنای مورد مربوط به جرایم فرد، پیش از اتخاذ تصمیم نهایی و صدور حکم، پیشینه و شرایط زندگی نوجوانان یا شرایط ارتكابی جرم بررسی خواهد گردید تا صدور حکم عادلانه توسط مرجع ذیصلاح را تسهیل نماید.»^۳

۱. صاعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ هفتم، ج ۲، ۱۳۷۶، ص ۱۳۶

۱. احمدی ابهری، سید محمد، کتاب اسلام و دفاع اجتماعی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، بهار ۱۳۷۷، ص ۱۵۱

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص ۱۲۷ و ۱۲۸

براساس آنچه گفته شد تحقیق حاضر درصدد بررسی فردی کردن فضایی مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران و فرانسه است. سوالات تحقیق را می‌توان بدین شکل مطرح کرد که فردی کردن فضایی مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران و فرانسه به چه صورت است؟ به عبارتی شیوه‌های مختلف و متکثر فردی کردن قضایی مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران و فرانسه کدام است؟ از طرفی چالش‌های فردی کردن قضایی مجازات‌ها کدام است؟ به منظور بررسی و پاسخ سوالات فوق، ابتدا، مفهوم فردی کردن مجازات و انواع آن تبیین شده، سپس شیوه‌های مختلف و متکثر فردی کردن مجازات در حقوق کیفری ایران و در ادامه حقوق کیفری فرانسه تبیین شده، سپس به مهمترین چالش قضایی کردن مجازات‌ها و راهکار آن پرداخته شده و در نهایت نتیجه‌گیری بیان شده است.

۱- فردی کردن مجازات

۱-۱- مفهوم اصل فردی کردن مجازات

فردی کردن مجازات‌ها یعنی، شناخت شخصیت واقعی مرتکب با توجه به عوامل مختلف تاثیرگذار در ارتکاب جرم، با استفاده از نظریه کارشناسان علوم مختلف و تعیین مجازات مناسب با شخصیت مرتکب به نحوی که باعث اصلاح و درمان مرتکب شود و باعث بازگشت مرتکب به آغوش جامعه و خانواده شود. در معنای گسترده‌تر فردی کردن یعنی اصلاح و تربیت مرتکب با استفاده از جایگزین‌های حبس و کیفرزدایی و جرم‌زدایی به نحوی که جامعه بیمار نیز بتواند همراه با مرتکب اصلاح شده و از میکروب‌های فاسدکننده پاک شود تا بتواند تکامل یافته و افراد اجتماع را نیز در مسیر تکامل یاری دهد.^۱

به طور کلی نتایج حاصله از تشکیل این قبیل پرونده‌ها و لزوم شناسایی مجرم موجب گردیده که از نیمه دوم قرن ۲۰ این امر مورد توجه کامل قرار گیرد. به طوری که در اغلب کنفرانس‌های بین‌المللی حقوق جزا یکی از موضوعات مهم مورد بحث، تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد و در بسیاری از قوانین ممالک مختلف این مساله به تصویب رسیده و حتی در قوانین کشورهای سوسیالیستی لزوم تشکیل چنین پرونده‌ای، پیش‌بینی شده است.^۲

در راستای فردی کردن مجازات‌ها، لزوم تشکیل پرونده شخصیت در قوانین کیفری به طور صریح و مشخص امری اجتناب‌ناپذیر باشد تا از این طریق بتوان هم در اصلاح و بازسازی مجرمین و مداوای آنان و هم در دفاع از اجتماع و برقراری هر چه بهتر نظم عمومی، گام‌های موثر و بهتری برداشت. زیرا بسیاری از مجرمین هستند که خصوصیات شخصیتی آنان به گونه‌ای است که می‌توان آن‌ها را با تدابیر مناسب اصلاح کرد و به عنوان فرد مفید و اجتماعی به جامعه تحویل داد. به گونه‌ای که اگر این مجرمین بدون تحقیق از خصوصیات روانی آنان به طور مستقیم روانه زندان گردد چه بسا ممکن است به عنوان فردی که خطری جدی و مهلک برای جامعه دارند به اجتماع باز گردند.

۱-۱-۱- مراحل فردی کردن مجازات

۱-۱-۱-۱- در مرحله قضاوت

هرگاه قانونگذار به قضات این اختیار را داده باشد که بتواند با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، مجازات و اقدام تامینی و تربیتی را منطبق با شخصیت و خصوصیات مرتکب سازد، در این صورت به آن فردی کردن قضایی می‌گویند، به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت اصل فردی کردن، به این نوع از فردی کردن بتوان، فردی کردن در معنای خاص آن نامید، همچنین باید گفت مهمترین مرحله از مراحل فردی کردن واکنش اجتماعی نیز همین مرحله می‌باشد.

۲. محمودی، غلام حسین، فردی کردن مجازات‌ها و آثار آن در جلوگیری از تکرار جرایم، اراک، پایان نامه، ۱۳۸۷، ص ۲۸

۱. طریقتی، شکرالله، مقدمه ای بر روانشناسی و روانپزشکی کیفری، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۲، ص ۱۲۷

در این نوع از فردی کردن قضایی مکلف نبوده و در اعمال تخفیف، تشدید، تعلیق ... مختار می‌باشد، و در صورت صلاحدید اقدام به اعمال آن می‌نماید. ماده ۲۲ ق.م.ا. در مورد اعمال تخفیف و تبدیل مجازات، ماده ۲۵ ق.م.ا. در مورد تعلیق مجازات، ماده ۵ قانون اقدامات تأمینی و ... از مصادیق این نوع از فردی کردن می‌باشند.

در این شیوه از فردی کردن مجازات، قاضی با استفاده از اختیاراتی که به وی اعطا شده است به متناسب کردن مجازات با شرایط و اوضاع و احوال مرتکب اقدام می‌کند. به عنوان مثال با رعایت ویژگی‌های وی مجازات شدیدتر یا خفیف‌تر برای او تعیین می‌کند و یا مجازاتش را معلق می‌نماید. آزادی مشروط زندانیان نیز از دیگر مواردی است که به حکم قاضی «فردی کردن» محقق می‌شود.

فردی کردن قضایی مجازات به این معنی است که قاضی کیفری پس از تشکیل پرونده شخصیت برای مرتکب، در کنار پرونده کیفری و پس از مطالعه دقیق نظر کارشناسان علوم مختلف و شناسایی دقیق شخصیت واقعی مرتکب، اقدام به تعیین مجازات مناسب با شخصیت وی نماید به گونه‌ای که باعث اصلاح وی و مانع تکرار جرم شود. و اینگونه فردی کردن قضایی در کشور ما، باتوجه به اینکه قضات محاکم اختیارات محدودی دارند، به اینصورت که اصل فردی کردن مجازات‌ها محسوب می‌شود، اعمال نمی‌گردد.

در نظام حقوقی کشورهای انگلوساکسون، اختیارات قاضی در سنجش میزان مسئولیت کیفری مرتکب، مطلق است. مثل کشورهای آمریکایی و برخی کشورهای اروپایی. اما در کشور فرانسه، قاضی براساس اختیاری که از قانون کسب می‌کند می‌تواند مجازات را با توجه به مواد قانونی فردی نماید. که بعدها براساس تحول‌هایی که در کشورهای اروپایی رخ داد، این قانون اصلاح شد (با اختیاراتی به نسبت وسیعی که به قضات دادگستری داده شده است آن‌ها می‌توانند با توجه به شخصیت مرتکب و سایر شرایطی که باعث بزهکاری او شده است مجازات مناسبی تعیین کنند).^۱ در حالی که قانون جزایی ما گرفته شده از حقوق فرانسه بود و حال هم که قوانین فعلی تصویب شده است، قضات ما فاقد چنین اختیاراتی می‌باشند و پایه و اساس هر مجازات بر تکیه به قانون است و به موجب قانون اقدام به فردی کردن می‌نمایند.^۲ همان گونه که در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشعار داشته است: «... و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد...». تلافی جویی، جبران گناه، اقتضای عدالت، انتقام، تقبیح و مذمت جرم، بازدارندگی، تربیت جامعه، سلب حقوق، بازپروری از انگیزه‌های فردی کردن قضایی مجازات می‌باشند.

۱-۱-۱-۱- مرحله اجرای حکم

هدف از اجرای مجازات‌ها از تحمیل عذاب و شکنجه به مجرم تغییر پیدا کرده و هدف ارشادی، تربیتی به خود گرفته است. به اقتضای این تغییر، در هدف و رسالت حقوق کیفری، محل اجرای مجازات‌ها نیز که قبلاً زندان‌هایی با دخمه‌هایی تنگ و تاریک و فاقد هرگونه امکان رفاهی و بهداشتی بود به ساختمان‌های مجهز و مهیا با امکانات ضروری فردی، تغییر پیدا کرده است.

با وجود تمام این تغییرات و پیشرفت‌هایی که در سیستم اجرای مجازات زندان پیش آمده باز عدالت کیفری تأمین نمی‌شود و لزوم توجه به تفاوت‌های فردی و تفاوت در جرایم ارتكابی مجرمین زندانی و تفاوت در میزان خطری که از جانب آنان جامعه را تهدید می‌کند؛ لازم است که رفتار و کردار زندانیان در زندان لحاظ شود و در صورتی که فرد زندانی در شرایطی قرار گرفت که نیازی به ادامه حبس وی نباشد، زمینه‌های آزادی وی فراهم شود. بدین جهت، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت برای زندانی احساس می‌شود. پس لازم است که افرادی که حکم مجازات آن‌ها صادر می‌شود و وارد زندان می‌شوند برایشان پرونده شخصیت تشکیل شود و آن‌ها از لحاظ سلامت، اخلاق، رفتار و... مورد شناسایی قرار گیرند و مدارک آن‌ها در پرونده زندانشان

۱. صاعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، گنج دانش، تهران، ج ۲، ۱۳۷۶، ص ۱۳۹

۲. قانون مجازات اسلامی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، آذر ماه ۱۳۹۲، ص ۱۸

بایگانی شود و علاوه بر آن حسن اخلاق و سلوک آن‌ها نیز در این پرونده ثبت شود. تشکیل پرونده شخصیت در این مرحله می‌تواند آثار بسیار مثبتی همراه داشته باشد.

۲- شیوه‌های متکثر فردی کردن مجازات در حقوق ایران

فردی کردن مجازات‌ها در حقوق عرفی کنونی بسیار متنوع‌تر از گذشته است تا جایی که از مرحله تعقیب تا مرحله یا اجرای مجازات را در بر می‌گیرد. دادستان، بازپرس، قاضی و ماموران اجرایی مجازات در این فرآیند نقش خود را ایفا می‌کنند. در این قسمت از تحقیق تلاش شده است شیوه‌های متکثر فردی کردن قضایی مجازات در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱- تعویق صدور حکم

جهت صدور قرار تعویق، حصول شرایط خاصی ضروری است و بدون تحقق آن شرایط، صدور قرار تعویق وجاهت قانونی نخواهد داشت. برخی از این شرایط، مربوط به جهات هشت‌گانه تخفیف، مندرج در م ۳۸ ق. م. ا است و برخی نیز در م ۴۰ همان قانون، تصریح شده است. طبق م ۴۰ ق. م. ا تعویق محکومیت، فقط در جرایم مستوجب تعزیر؛ میسر است و در مورد سایر جرایم اعم از حدود، قصاص و دیات امکان تعویق وجود ندارد. لازم به ذکر است که فقط مجازات‌های تعزیری درجه شش تا هشت، می‌توانند مشمول تعویق واقع شوند و در خصوص دیگر تعزیرات امکان تعویق وجود ندارد.

شاید گفته شود که منع شمول تعویق به تعزیرات دیگر، موجب محرومیت از توجه و ارفاق به آن گروه از بزهکاران می‌شود که همانند دیگران در معرض زیان‌های ناشی از محکومیت می‌باشند و اگر هدف از تعویق، کاهش جمعیت کیفری زندان، اصلاح مجرم و جلوگیری از تکرار جرم است، چه تفاوتی می‌کند که درجه مجازات جرم ارتكابی چه می‌باشد؟^۱ در پاسخ باید اذعان شود که از آنجا که یکی از مبانی تعویق، ارفاق به بزهکاران غیر خطرناک است شاید از نظر قانونگذار؛ شدت جرم ارتكابی نشانه خطرناکی مجرم و عدم استحقاق وی تلقی شود.

همچنین لازم است اشاره کنیم که به تصریح م ۴۷ ق.م.ا قانونگذار اجازه تعویق محکومیت در برخی از جرائم را نداده است که صرفنظر از وجود ابهام در تعریف برخی از جرائم مذکور در این ماده (همچون جرم سازمان یافته و جرایم اقتصادی) به نظر می‌رسد چون مجازات این جرائم، از جمله تعزیرات درجه پنج و بیشتر است فلذا ذاتاً غیر قابل تعویق تلقی می‌شوند و نیازی به ذکر مجدد آن جرائم در م ۴۷ ق. م. ا نبود.

۲-۲- تعلیق مجازات

در طول جریان دادرسی قاضی از ابتدای رسیدگی تا زمان صدور حکم قطعی ممکن است از نهادهای مختلفی برای تخفیف مجازات و یا تعلیق آن استفاده کند که هدف از استفاده از همه نهادهای مزبور به طور کلی برگشت بزهکار به جامعه و اصلاح نهایی اجتماعی به وسیله دستگاه قضایی است و این برخورد خود نوعی ترسیم و اصلاح ساختارهای رفتاری افراد جامعه تلقی می‌شود. یکی از نهادهایی که از قدیم‌الایام مورد نظر قانونگذاران در تمامی جوامع بوده است، نهاد تعلیق مجازات است.

مطابق ماده ۴۰ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ «در جرائم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتكاب جرم گردیده است در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد: الف- وجود جهات تخفیف ب- پیش‌بینی اصلاح مرتکب پ- جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران ت- فقدان سابقه کیفری مؤثر.

الف - وجود جهات تخفیف

جهات تخفیف را می‌توان از شرایط مربوط به بزه‌کار دانست چراکه احراز جهات تخفیف از شرایط مربوط به بزه‌کار است که کسب نموده یا برای او ایجاد شده است. از شرایطی که در ماده ۴۰ ق.م.ا برای صدور قرار تعویق یا تعلیق پیش‌بینی شده وجود جهات تخفیف برای مجرم می‌باشد. وجود جهات تخفیف خود می‌تواند نشان از روحیه مجرم داشته باشد مجرمی که به اصطلاح قسی‌القلب است نمی‌تواند از جهات تخفیف با توجه به اوضاع جهات آن برخوردار باشد.

جهات تخفیف در ماده ۳۸ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ این چنین آمده:

- گذشت شاکی یا مدعی خصوصی
- همکاری مؤثر متهم در شناسایی شرکا یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیاء حاصله از جرم یا به کار رفته برای ارتکاب آن
- اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم
- اعلام متهم قبل از تعقیب یا اقرار مؤثر وی در حین تحقیق و رسیدگی
- ندامت، حسن سابقه و یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیماری
- کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن
- خفیف بودن زیان وارده به بزه‌دیده یا نتایج زیانبار جرم
- مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم»

وضع اجتماعی و سوابق زندگی محکوم علیه از شرایط جهات تخفیف در ماده ۳۸ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ است. مشخص است که موقعیت اجتماعی افراد و سوابق زندگی آن‌ها اعم از تحصیلی و شغلی و شخصی، برای دادگاهی که می‌خواهد مجازات محکوم را معلق نماید قابل بررسی و دقت است. باید بین بزه‌کاری که از سابقه روشن و سالمی برخوردار نیست و فردی که سوابق او دلالت بر درستی رفتار و اعمال او دارد تفاوت قائل شد.

همچنین اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است. با توجه به موقعیت اجتماعی افراد و سوابق ایشان باید به اوضاع و احوالی که در آن شرایط بزه‌کار به ارتکاب جرم کشیده شده است توجه شود. چه شرایطی وجود داشته و موقعیت و وضعیت چگونه بوده که بزه‌کار به جرم دست بازیده و مسائلی در این زمینه‌ها که باید با دقت مورد بررسی قرار گیرد.

«نکته قابل ذکر در خصوص احراز این شرط اینست که در حال حاضر، تشخیص استحقاق مجرم با رعایت این شرط از طرف دادگاه، غالباً نظری است؛ با وجود این، چون نهاد تعلیق مجازات اساساً بر پایه ارفاق و اغماض استوار می‌شود؛ لذا اعطای آن با توجه به تحقیقات اجمالی که دادگاه معمولاً در بررسی وضعیت اجتماعی و سوابق زندگی مجرم به عمل می‌آورد، برای اعطای تعلیق اشکالی ندارد.»^۱

ب) پیش‌بینی اصلاح مرتکب

قاضی دادگاه می‌باید مجرم را با صدور تعلیق یا تعویق چه به صورت ساده و یا چه به صورت مراقبتی قابل امکان اصلاح بداند در غیر اینصورت موردی برای صدور قرار تعویق یا تعلیق وجود نخواهد داشت چراکه اصولاً یکی از فلسفه‌های تعویق و تعلیق اصلاح مرتکب می‌باشد.

در خصوص این بند باید گفت که این بند مبهم بوده راه را برای تفسیر و اعمال نظرهای سلیقه‌ای باز گذاشته که در شأن قانون مجازات نمی‌باشد. بهتر می‌بود در چنین مواردی از معیارهای عینی‌تر مثل بندهای ج و چ ماده ۳۸ استفاده می‌شد تا اعمال نظرهای سلیقه‌ای حقوق افراد را تضییع نکند.^۲

۱. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص ۹

۲. همان، ص ۱۴۸

ج) جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران

همچنین از دیگر شرایطی که با احراز آن قاضی می‌تواند قرار تعویق و یا تعلیق صدور حکم را صادر نماید احراز این مورد است که مجرم ضرر و زبانی را که از عمل تخلف‌آمیز وی ایجاد شده را جبران نماید یا اینکه ترتیبات جبران آن را به نحو مؤثر و تعهدآوری بر قرار نماید.

د) فقدان سابقه کیفری مؤثر

در قانون مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۴۰ آنکه مربوط به شرایط تعویق و تعلیق صدور حکم و مجازات می‌باشد فقدان سابقه محکومیت کیفری را از شرایط صدور تعویق صدور حکم دانسته است که در ماده ۴۶ ق.م.ا ۱۳۹۲ که مربوط به تعلیق مجازات می‌باشد به آن ماده ارجاع داده شده که در ماده ۴۶ ق.م.ا ۱۳۹۲ بدین صورت آمده است: «در جرائم تعزیری درجه سه تا هشت دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر برای تعویق صدور حکم، اجرای تمام یا...» همچنین ماده ۵۵ ق.م.ا ۱۳۹۲ بجای ماده ۳۴ ق.م.ا آمده که: «هرگاه پس از صدور قرار تعلیق، دادگاه احراز نماید که محکوم دارای سابقه محکومیت کیفری مؤثر یا محکومیت‌های قطعی دیگری بوده است که در میان آن‌ها محکومیت تعلیقی وجود داشته و بدون توجه به آن اجرای مجازات معلق شده است، قرار تعلیق را لغو می‌کند. دادستان یا قاضی اجرای احکام نیز موظف است در صورت اطلاع از موارد فوق، لغو تعلیق مجازات را از دادگاه درخواست نماید. حکم این ماده در مورد تعویق صدور حکم نیز جاری است.» همچنین باید متذکر شد که مقررات مربوط به تعلیق مجازات درباره کسانی که به جرائم عمدی متعدد محکوم می‌شوند قابل اجرا نیست، همچنین اگر درباره یک نفر احکام قطعی متعددی در مورد جرائم عمدی صادر شده باشد که در بین آن‌ها محکومیت معلق نیز وجود داشته باشد دادستان مجری حکم موظف است فسخ قرار یا قرارهای تعلیق را از دادگاه صادرکننده بخواهد.

نکته دیگر این است که در صورت تکرار جرم و وجود محکومیت کیفری مؤثر امکان تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات نمی‌باشد. همچنین باید متذکر گردید که محکومیت‌های مرتکب در خارج از ایران مانع از استفاده تعلیق اجرای کیفر در ایران نمی‌باشد. مبنای این امر اصل عدم اعتبار احکام جزایی دادگاه‌های خارجی می‌باشد.^۱

۲-۳- جزای نقدی

در قانون مجازات ۱۳۹۲، جزای نقدی و جزای نقدی روزانه در زمره مجازات‌های جایگزین حبس شمرده شده است. مطابق ماده ۶۴ این قانون مجازات‌های جایگزین حبس عبارت از دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه‌دیده و سایر اوضاع و احوال تعیین و اجرا می‌شود.

انواع مجازات‌های جایگزین حبس عبارتند از: دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی که هر یک از این مجازات‌ها به جز محرومیت از حقوق اجتماعی در مواد بعدی تعریف شده‌اند که در مواد بعدی به آن اشاره‌ای نشده است؛ اگر بپذیریم که حقوق اجتماعی موضوع این ماده همان مواردی است که در ماده ۲۶ این قانون بیان شده، اما در عین حال لازم بود که مدت محرومیت در این ماده مشخص شود.

شرایط عمومی بهره‌مندی از مجازات جایگزین حبس و از جمله جزای نقدی و جزای نقدی روزانه به موجب ماده ۶۴ عبارتند از: تعزیری بودن جرم ارتکابی، گذشت شاکی خصوصی در جرائم غیرقابل گذشت و وجود حداقل یکی از جهات تخفیف مجازات به شرح ماده ۳۸ این قانون.

با توجه به عبارت «و اوضاع و احوال» در این ماده در صورت گذشت شاکي خصوصی و وجود حداقل یکی از جهات تخفیف، سایر شرایط حصری نیست. در صورت وجود شرایط، دادگاه می‌تواند حداکثر به دو نوع از مجازات جایگزین حکم دهد. مجازات جایگزین حبس مخصوص جرائم غیرقابل گذشت است. پیش‌تر نیز اشاره شد براساس ماده ۸۵ قانون مجازات ۱۳۹۲ جزای نقدی روزانه عبارت است از یک هشتم تا یک چهارم درآمد روزانه محکوم که به شرح زیر مورد حکم واقع می‌شود و با نظارت اجرای احکام وصول می‌گردد:

الف- جرائم موضوع بند (الف) ماده (۸۳) تا یکصد و هشتاد روز
ب- جرائم موضوع بند (ب) ماده (۸۳) یکصد و هشتاد تا سیصد و شصت روز
پ- جرائم موضوع بند (پ) ماده (۸۳) سیصد و شصت تا هفتصد و بیست روز
ت- جرائم موضوع بند (ت) ماده (۸۳) هفتصد و بیست تا هزار و چهارصد و چهل روز
براساس تبصره ماده فوق محکوم موظف است در پایان هر ماه ظرف ده روز مجموع جزای نقدی روزانه آن ماه را پرداخت نماید.

مشکلی که این ماده با آن روبه‌رو است این است که ممکن است در طول مدت پرداخت جزای نقدی به هر دلیلی به ناگاه میزان درآمد فرد تغییر کند و کاهش یا افزایش یابد. اگر کاهش یابد در این حالت محکوم باید فشار بسیار بیشتری را تحمل کند و این عادلانه نیست و اگر افزایش یابد پرداخت مبلغ جزای نقدی برای وی آسان‌تر می‌شود و دیگر جزای نقدی جنبه مجازات بودن خود را به شکل سابق نخواهد داشت. همچنین مسئله تورم نیز نباید فراموش شود. با توجه به نرخ بالای تورم در کشور ما اگر قرار باشد تا فرد مدتی مبلغ مشخصی را بپردازد و هزینه‌های زندگی نیز در کنار آن افزایش یابد باز نیز فشار بیشتری به فرد وارد می‌شود و شرایط برایش بسیار دشوار تر خواهد شد. بنابراین بهتر است تا امکان تجدیدنظر در میزان جزای نقدی روزانه حاصل شود تا مجازات عادلانه‌تر و اثربخش‌تر باشد. در عین حال ویژگی مثبت آن نیز این است که جزای نقدی همیشه عاملی برای فرار ثروتمندان از مجازات و فشار بر روی افراد فقیرتر بوده است اما با استفاده از جزای نقدی روزانه به جهت اینکه مبلغ آن متناسب با درآمد محکوم تعیین می‌گردد حداقل در مدت زمانی که به طول می‌انجامد تا مبلغ جزای نقدی پرداخت گردد فشار وارده بر هر دو گروه تا حدودی تعدیل و شبیه به هم می‌شود.

۲-۴- تخفیف مجازات

در قانون مجازات ۱۳۷۰ تخفیف مجازات در شرایط تکرار جرم پیش‌بینی نشده بود و از ظاهر قانون نیز چنین برمی‌آمد که قانونگذار نخواست است درباره مرتکب تکرار جرمی که واجد شرایط تخفیف مجازات است ارفاقی قائل شود اما این ایراد را داشت که مجرم را از اقرار به ارتکاب جرم و معرفی سایر شرکاء و تسهیل کشف جرم منصرف می‌نمود چون در هر حال در شیوه برخورد مراجع قضایی نسبت به آنان تأثیری نداشت قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۳۹ به درستی به این مطلب اشاره کرده و تخفیف در شرایط تکرار جرم را پذیرفته است که اقدامی بسیار ارزشمند است لذا مرتکب جرم جدید در صورت تکرار جرم با داشتن شرایط مقرر در ماده ۳۸ از این تخفیف بهره‌مند شود.
مطابق ماده ۱۳۹- در تکرار جرم در صورت وجود جهات تخفیف به شرح زیر عمل می‌شود:

۱. الف- در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها حداکثر سه ماه حبس است، تا شش ماه
۲. ب- در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها نود و یک روز تا شش ماه حبس است و جرائمی که نوع و میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، شش ماه تا یک سال
۳. پ- در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها بیش از شش ماه تا یک سال است، یک تا دو سال
۴. ت- در جرائم غیرعمدی که مجازات قانونی آن‌ها بیش از یک سال است، دو تا چهار سال

الف- چنانچه مجازات قانونی دارای حداقل و حداکثر باشد، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا میانگین حداقل و حداکثر مجازات تقلیل دهد.
ب- چنانچه مجازات، ثابت یا فاقد حداقل باشد، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا نصف مجازات مقرر تقلیل دهد.
تبصره- چنانچه مرتکب دارای سه فقره محکومیت قطعی مشمول مقررات تکرار جرم یا بیشتر از آن باشد، مقررات تخفیف اعمال نمی‌شود.

۲-۵- حبس خانگی

همانگونه که ظاهر کلام نیز نشان می‌دهد منظور از حبس خانگی یا حبس در منزل یا بازداشت خانگی، الزام فرد به حضور در منزل و خودداری از عبور و مرور آزادانه است و در واقع منزلش در حکم سلول زندان است.^۱ اما این به معنی این نیست که تمامی افراد محکوم باید در تمام طول محکومیت خود در خانه بمانند و حق خروج را نداشته باشند بلکه ممکن است نسبت به ساعاتی خاص از یک شبانه روز اعمال گردد و فرد حق خروج از محل سکونت خود را در ساعات مشخص شده نداشته باشد. همچنین زمانی که سخن از حبس خانگی به میان می‌آید اصولاً عموم مردم به یاد مجرمین سیاسی می‌افتند در حالی ما در اینجا، این مجازات را بیشتر در رابطه با مجرمین جرایم عمومی و عادی و به دیده یک مجازات جایگزین حبس مدنظر داریم. اگر به مجموعه قوانین خود نگاهی بیندازیم، متوجه می‌شویم که قانونگذار ایران تا چندی پیش از نهاد سودمند حبس خانگی سخنی به میان نیاورده و به پیش‌بینی آن نپرداخته بود. البته در طول تاریخ نمونه‌هایی از حبس خانگی به چشم می‌خورد که اکثراً نیز با هدفی جز جایگزینی حبس به مفهوم مورد نظر ما بوده است و اصولاً هم بر مبنای قانون مشخصی نبوده و همواره وجود یک خلأ قانونی در این زمینه احساس می‌شده است. با این حال مواردی هم بوده است که در آن حبس خانگی در معنای واقعی جایگزینی حبس بوده‌اند. از جمله آن‌ها می‌توان به برخی از شعبات دادگاه اطفال اشاره نمود که اقدام به صدور آرای در زمینه اعمال کیفر حبس خانگی نموده‌اند. به عنوان نمونه شعبه ۲۱۲۰ دادگاه عمومی تهران که رسیدگی به پرونده‌های اطفال و نوجوانان را به عهده دارد در مواردی چون دادنامه ۱۷۵ سال ۱۳۷۹ به مجازات حبس خانگی رأی داده است. هر چند در آرای صادره روند مشخصی برای اجرای آن پیش‌بینی نشده است. (همان، ص ۱۵۲) در حال حاضر در قانون مجازات فعلی، از حبس خانگی آنگونه که شایسته است بهره‌ای برده نشده اما در دو مورد بدان اشاره‌هایی شده است.

۲-۵-۱- در رابطه با اطفال و نوجوانان

تبصره ۲ ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی در رابطه با اطفال و نوجوانان بزهکار و مجازات آن‌ها بیان می‌دارد: «دادگاه می‌تواند با توجه به وضع متهم و جرم ارتكابی، به جای صدور حکم به مجازات نگهداری یا جزای نقدی موضوع بندهای (الف) تا (پ) این ماده، به اقامت در منزل در ساعاتی که دادگاه معین می‌کند یا به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته حسب مورد برای سه ماه تا پنج سال حکم دهد.» اصولاً نمی‌توان اطفال و نوجوانان را جزو رده مجرمین خطرناک دانست. ضمیر کودکان به نحوی است که آسانتر از بزرگسالان با کمی تدبیر و استفاده از شیوه‌های درست اصلاح و تربیت می‌توان آن‌ها را به راه درستی که باید در پیش بگیرند هدایت کرد. توسل به این روش نوین سبب می‌شود تا طفل یا نوجوان بزهکار ملزم شود تا اوقات تعطیل یا بیکاری خود را در منزل بگذراند و از آثار منفی مراکز نگهداری سنتی زندان یا کانون‌های اصلاح و تربیت در امان بماند در این صورت هم قادر خواهیم بود تا فرد را تحت نظارت و مراقبت قرار دهیم و هم امکان ادامه فعالیت‌های قانونی و مفیدش را مهیا سازیم و او را از جامعه و خانواده

۱. حبیب زاده، محمدجعفر، و علی حسین نجفی ابراندآبادی و ابوالفتح خالقی، حبس خانگی، مجله مدرس علوم انسانی، دوره پنجم، شماره ۴، ۱۳۸۰، ص ۱۴۸

نیز دور نگه نداریم. (همان) اینگونه ارتباط او با دوستان و افراد نزدیکش قطع نشده و به فردی منزوی و گوشه‌گیر تبدیل نخواهد شد. همچنین ادامه ارتباط او با محیط مدرسه و امکان ادامه تحصیل نیز می‌تواند ویژگی مثبت دیگر حبس خانگی در رابطه با نوجوانان است.

۲-۵-۲- در رابطه با بزرگسالان

نمی‌توان روش پیش‌بینی شده در ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی را مستقیماً حبس خانگی بدانیم اما در نهایت، امکان استفاده از بازداشت خانگی وجود دارد. این ماده اشعار می‌دارد: «در جرایم تعزیری درجه پنج تا درجه هشت، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه (سیستم) های الکترونیکی قرار دهد.»

حبس خانگی بیشتر به نوعی منع رفت و آمد در محل‌های خاص و در زمان‌های معین به حساب می‌آید و فرد بیشتر محدودیت عبور و مرور پیدا می‌کند معمولاً نیز نظارت الکترونیکی همراه با مجازات‌هایی چون حبس خانگی و یا منع اقامت یا اجبار به اقامت در محلی خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر این مبنا به موجب ماده ۶۲، دادگاه این امکان را دارد که برای مجرمی که مرتکب جرم تعزیری تا درجه پنج شده است با وجود شرایط مذکور در ماده ۳۹ در خصوص تعویق مراقبتی صدور حکم، حکم به حبس خانگی تحت نظارت سیستم‌های الکترونیکی بدهد. با توجه به اهداف پیش‌بینی شده برای این نوع حبس و فایده‌هایی که بر آن مترتب است و همچنین تجربیات مفیدی که در دیگر کشورها به دست آمده است، حبس خانگی می‌تواند راهکار مفیدی به عنوان یکی از جایگزین‌های حبس به مفهوم سنتی آن در محیط زندان باشد. ضمن آنکه رنج و عذابی که به محکوم تحمیل می‌شود بسیار کمتر از حبس در محیط نامناسب زندان است و آسیب وارده به خانواده محکوم نیز به جهت دوری عضو از اعضای خانواده تا حد امکان کاهش می‌یابد و از بار مالی بر روی دوش دولت و مالیات‌دهندگان نیز کاسته می‌شود.

قانون مجازات، اختیار تعیین یک مجازات مفید فایده و مناسب حال فرد مجرم که بیشترین تأثیر اصلاحی و تربیتی را دارد و در عین حال کمترین زیان را نیز وارد می‌سازد را بر عهده قاضی پرونده قرار داده است و در واقع قاضی، مسئول انتخاب کارآمدترین نوع مجازات از بین مجازات‌هایی که برای برخی جرم‌ها در نظر گرفته شده است. تشخیص اینکه با توجه به جرم انجام شده توسط مجرم فرد خاطی این نوع از مجازات شامل حالش می‌شود یا خیر به وسیله قاضی صورت می‌گیرد. یعنی اگر فرد طبق تشخیص قاضی شرایط به خصوصی را داشته باشد می‌تواند به این نوع مجازات به جای رفتن به زندان محکوم شود بنابراین دادگاه اگر تشخیص دهد که با حبس خانگی به بهترین شکل می‌توان فرد را اصلاح نمود می‌تواند با پشتوانه نظارت الکترونیکی حکم به این مجازات بدهد.

۲-۶- نظام نیمه آزادی

در ایران، روش نیمه‌آزادی نخستین بار در آئین‌نامه زندانها مصوب ۱۳۵۴ شمسی پیش‌بینی شد. طبق ماده ۵۱ این آئین‌نامه: «آن عده از زندانیانی که واجد شرایط اشتغال به کار در مؤسسات صنعتی و کشاورزی خارج از زندان می‌باشند در صورتی که در مؤسسات مذکور برای آنان شغلی متناسب با استعداد و تخصص آنها نباشد می‌توانند با استفاده از روش نیمه‌آزادی در مؤسسات دولتی یا خصوصی به کار گمارده شوند. در این صورت علاوه بر شرایط مذکور در ماده ۵۰ باید از مابقی مجازات آنان بیش از یکسال باقی نمانده باشد». لذا اجرای این روش در صورتی ممکن بود که در مؤسسات صنعتی و کشاورزی وابسته به زندان‌ها که نوعی زندان باز تلقی می‌شد، شغلی متناسب با قریحه و توان محکومان یافت نمی‌شد. صرف‌نظر از اینکه شرط مذکور با اهداف روش نیمه‌آزادی منطبق نبود و اصولاً اشتغال بکار در خارج از زندان صورت اجرای این روش را توجیه نمی‌کند معلوم نیست چگونه این تأسیس در مقررات جدید زندان‌ها مصوب ۱۳۶۰ شورای عالی قضایی که از بسیاری جهات نسبت به آئین‌نامه قبلی مزیت و برتری دارد لغو گردید.

فصل هفتم بخش دوم قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، طی مواد ۵۶ و ۵۷ به شناسایی و تبیین نظام نیمه آزادی پرداخته و آن را شیوه‌ای دانسته که محکوم می‌تواند در زمان اجرای حکم حبس، فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، حرفه آموزی، درمانی و نظایر این‌ها را در خارج از زندان انجام دهد و با نظارتی مستمر، اجرای این فعالیت‌ها زیر نظر مراکز نیمه آزادی است که در سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی تأسیس می‌شود؛ همچنین حیطه اختیار عمل قضات برای حکم به اعمال نظام نیمه آزادی برای مجرمان را مشخص کرده و محکومان قطعی به حبس‌های تعزیری درجه ۵ تا ۷ را مشروط به گذشت شاکی، سپردن تأمین مناسب، تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و درمان اعتیاد یا بیماری محکوم را با رضایت وی، مشمول این نظام قرار داده است به علاوه محکومانی که دوره حبس آن‌ها به میانه رسیده نیز می‌توانند در طول دوره تحمل مجازات در صورت دارا بودن شرایط قانونی، صدور حکم نیمه آزادی را تقاضا کنند و دادگاه موظف به رسیدگی خواهد بود.

۲- شیوه‌های متکثر فردی کردن مجازات در حقوق فرانسه

قانونگذار فرانسه در جهت اعمال سیاست فردی کردن قضایی مجازات و همچنین جلوگیری از اجرای مجازات‌های کوتاه مدت در کنار نهادهایی همچون تعلیق ساده و تعلیق توأم با آزمایش، تاسیس معافیت از مجازات، تعویق صدور حکم^۱ و اقدامات جانشین حبس را نیز پیش‌بینی کرده است. بر طبق ماده ۵۹-۱۳۲ قانون جزای فرانسه حکم معافیت از مجازات زمانی صادر می‌شود که شرایط زیر توسط قاضی صادر کننده حکم احراز گردد:

۱- بازپذیری اجتماعی بزهکار محقق شده باشد ۲- خسارت وارده بر مجنی علیه ترمیم شده باشد ۳- اختلال ناشی از ارتکاب جرم در جامعه بر طرف شده باشد. با جمع شرایط بالا که به نوعی نشانگر برطرف شدن حالت خطرناک فرد مرتکب است، قضایی صادرکننده حکم می‌تواند دست به فردی کردن کیفر زده و مجرم را معاف از مجازات نماید.^۲

تعویق صدور حکم به معنای تعویق انداختن صدور حکم برای مدت مشخصی به منظور اصلاح و بازسازی فرد و در جهت تحقق فردی کردن مجازات‌ها می‌باشد فرق مهم بین تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات اینک در تعلیق نه تنها حکم محکومیت صادر می‌گردد ولی اجرای آن معلق می‌شود بلکه این اقدام در سبج کیفری او ثبت می‌شود.

در مورد فلسفه پیش‌بینی این نهاد توسط قانونگذار فرانسه باید گفت نهاد پروباسیون در نتیجه تعلیق ساده وارد نظام کیفری فرانسه شد، تعلیق آزمایش (پروباسیون) نیاز به پرسنل کافی جهت نظارت قرار دادن مجرم داشت و توفیق این نهاد منوط به همکاری مجرم با دستگاه قضایی است، بنابراین چنانچه محکوم مبادرت به همکاری لازم با دستگاه قضایی ننماید. اثر تعلیق آزمایش محو می‌گردد. به دلیل این ایرادها قانونگذار فرانسه در سال ۱۹۸۹ تاسیس به نام تعویق صدور حکم را پیش‌بینی کرد.^۱ تاسیس تعویق صدور حکم به دو روش ساده و آزمایش می‌باشد.

۳-۱- تعویق صدور حکم

۳-۱-۱- تعویق ساده صدور حکم

مطابق ماده ۶۰-۱۳۲ قانون جزای فرانسه زمانی که بازپذیری بزهکار، جبران خسارت بزه‌دیده و رفع اختلال در جامعه در شرف تحقق باشد، دادگاه می‌تواند صدور مجازات بزهکار را به تعویق بیندازد، به موجب ماده ۶۰-۱۳۲ ق-ج. فرانسه، تصمیم نهایی در مورد صدور حکم محکومیتی، یکسال پس از نخستین تصمیم

۱. رایجین اصلی، مهرداد، بزه‌دیده در فرآیند کیفری، تهران، خط سوم، ۱۳۸۱، ص ۱۲۷.
۲. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، جرم‌شناسی (اقدامات و کیفرهای جایگزین زندان؛ ص ۵۴۸.
۱. همان، ص ۵۴۷.

تعویق اتخاذ می‌گردد، تعویق صدور حکم متضمن اعلام مجرمیت متهم است و دادگاه دیگر در مورد مجرمیت او حق اظهار نظر ندارد.^۲

مسئول کنترل مدت یکسال قاضی اجرا می‌باشد، در صورت انجام تکلیفات و عدم ارتکاب جرم در این مدت، حکم تعویقی صادر نخواهد شد و در سجل او ثبت نمی‌شود.^۳

یکی دیگر از شرایط لازم برای تعلیق صدور حکم، حضور متهم در دادگاه است، بنابراین تعویق حکم به صورت غیابی ممکن نیست، زیرا لازم است تا قاضی با حضور متهم به بررسی حالات او بپردازد، یعنی با در نظر گرفتن شخصیت متهم اقدام به فردی کردن می‌نماید.

۳-۱-۲- تعویق آزمایشی صدور حکم

در این تاسیس قاضی اقدامات نظارتی، کمکی و تکالیف مشخصی را از متهم می‌خواهد تا در فرجه مزبور فرد انجام بدهد، چنانچه متهم تکمین نکند قاضی اجرای مجازات می‌تواند پیش از پایان مدت آزمایشی از دادگاه صدور حکم مجازات او را درخواست نماید ولی در صورت انجام تکالیف معین، دادگاه می‌تواند متهم را از مجازات معاف کند یا صدور حکم را برای بار دیگر به زمان دیگری به تعویق بیندازد همچنین دادگاه می‌تواند صدور حکم را با تعلیق آزمایشی همراه سازد.^۱ تعلیق آزمایشی صدور حکم از وظایف دادگاه جنحه است (۶۳-۱۳۲)

۳-۲- تعلیق اجرای مجازات

برخی از حقوقدانان معتقدند تهدید به اجرای مجازات اثری موثرتر از خود مجازات بر محکوم علیه دارد و در پیشگیری از ارتکاب جرم در آینده موثر است.^۲ همچنین ارتکاب جرم همواره نشانه‌ای قطعی بر خطرناکی مجرم نیست، با تردید در این موضوع (حالت خطرناک فرد) بهترین راه حل این است که قاضی مجرم را در یک دوره مورد مشاهده و بررسی قرار دهد و در طول این دوره، به دنبال اثرات خطرناکی یا عدم خطرناکی وی باشد. در صورت احراز خطرناکی مجرم، مجازات نسبت به وی اعمال می‌شود و چنانچه خطرناکی وی ثابت نشد، با معاف کردن وی از مجازات، از تاثیرهای نامطلوب زندان به یک شخص شریف و غیرخطرناک جلوگیری شود.^۳ همچنین با تعلیق اجرای مجازات از تورم کیفری جلوگیری می‌شود.

قانونگذار فرانسه سه نوع تعلیق را پیش‌بینی کرده است: ۱- تعلیق ساده که برای نخستین بار در قانون ۲۶ مارس ۱۸۹۱ آن را وارد حقوق فرانسه کرد. ۲- تعلیق آزمایشی یا تعلیق مراقبتی که با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۹۸۵ به تقلید از حقوق انگلستان وارد حقوق کیفری فرانسه گردید و در مواد ۷۳۸ تا ۷۴۷ این قانون آمده ۳- تعلیق همراه با انجام کارهای عام المنفعه که به مناسبت الغای قانون «امنیت و آزادی» بوسیله قانون یا ژوئن ۱۹۸۳ (ماده‌ی ۷۴۷-۱ قانون آ.د.ک.) سازمان یافت.^۱

۲. استفانی کاستون، لواسور، ژرژوبونک، برنار، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادیان، جلد دوم؛ انتشارات علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۸۵۶.

۳. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۵۸۱.

۱. استفانی، همان، ص ۸۵۸.

۲. Stefani, Levaseur, Bouloc., Droit penal General, ۱۹۹۶, p: ۵۰۲.

۳. Rober, Jacques - Henri., Droit penal General, ۱۹۹۲, p: ۷۲۴.

۱. آشوری، محمد آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، سمت، چاپ ۱۲، ۱۳۸۶، ص ۱۷۸.

۲-۲-۱- تعلیق ساده

تعلیق ساده عبارت است از اختیار قاضی در معلق کردن اجرای مجازات تعیین شده در برخی از شرایط این تعلیق محکوم علیه را اگر در مدت ۵ سال مرتکب جرم جدیدی نشود، از تحمل مجازات معاف می‌کند.^۲ عدم ارتکاب جرم در واقع نشان‌دهنده‌ی عدم حالت خطرناک است، اگر فرد در این مدت مرتکب جرم جدیدی شود در واقع قاضی در ارزیابی نخستین در مورد خطرناک نبودن مجرم، اشتباه کرده است، بنابراین هم مجازات نخستین هم مجازات جرم جدید را باید متحمل شود.^۳

تعلیق اجرای مجازات شیوه‌ای برای اجتناب از اجرای کیفر حبس صادر شده در حکم است، ولی به مرور زمان کیفرهای محدود کننده و سالب حق و را هم در بر گرفت. محکومیت به زندان تادیبی برای جرم‌های عمومی تنها هنگامی مانع تعلیق می‌شود که دادگاه فرانسوی آن را صادر کرده باد ولی، اینکه محکومیت به علت عضو خصوصی یا مرور زمان اجرا نشده باشد، اهمیت چندانی ندارد.^۴

تعلیق در فرانسه شامل جرایم سیاسی، نظامی، جرایم جنایی، جنحه‌ای که کیفر حبس آن‌ها برابر یا کمتر از ۵ سال و مجرم‌ان بی‌سابقه یا مجرم‌انی که بیش از ۵ سال پیش از ارتکاب آخرین جرم به محکومیت جدیدی محکوم نشده‌اند را در برمی‌گیرد.^۵

تعلیق اجرای مجازات اشخاص حقوقی مشروط بر این است که این اشخاص در زمینه جرایم جنحه‌ای یا جنایی دارای پیشینه محکومیت کیفری بیش از ۴۰۰ هزار فرانک و در زمینه خلاف دارای پیشینه محکومیت به جزای نقدی بیش از ۱۰۰ هزار فرانک در مدت ۵ سال پیش از ارتکاب جرم تحت بررسی نباشد (مواد ۳۰-۱۳۲ و ۲۳-۱۳۲ ق.ج.ف). در صورت اجتماع تمامی شرایط اعطای تعلیق اجرای مجازات، قاضی هرگز مکلف به تعلیق اجرای مجازات نیست و مناسب بودن تعلیق را با توجه به شخصیت مجرم و محیط اجتماعی وی ارزیابی می‌کند.^۱

۲-۲-۲- تعلیق مراقبتی (پروباسیون)^۲

تعلیق مراقبتی نهادی است که با جلوگیری از اجرای مجازات زندان تادیبی کوتاه مدت و پیش‌بینی نوعی تعبیر و مراقبت، زمینه اصلاح و بازپروری مجرم‌ان را فراهم می‌آورد. این نوع تعلیق تنها اشخاص حقیقی را شامل می‌شود. هر چند اعطای این تعلیق برای قاضی الزام‌آور نیست، به لحاظ تضمین‌های مناسب و نظام‌مندی که برای مدت مراقبت در نظر گرفته شده است، بسیار مورد حکم قرار می‌گیرد مواد ۴۰-۱۳۲ تا ۵۳-۱۳۲ ق. جزای جدید و مقررات مواد ۷۳۸ و مواد بعدی آ.د.ک. به تعلیق مراقبت اختصاصی یافته است. این مقررات را قانون تطبیق (مواد ۹۹ تا ۱۰۸) اصلاح کرده است.^۳

حقوقدانان فرانسوی نهاد تعلیق آزمایش یا مراقبتی را نوعی عبور از میان مجازات و اقدامات تامینی دانسته‌اند، زیرا آزمایش‌هایی که در مدت تعلیق به بزهکار تحمیل می‌شود، همزمان نقش سرزنش‌آمیز (کیفر) و اصلاح‌کننده و پیشگیرانه (اقدام تامینی) را ایفا می‌کنند.^۴ سابقه تاریخی این نهاد به یک نهاد قرون

۲. آشوری، محمد، همان، ص ۱۷۸.

۳. Rassat, Michele, Droit pénal général, Pas d'illustrations, ۲۰۱۴, p: ۶۱۲.

۴. stefeni, etal..., Droit penal General, ۱۹۹۶, p, ۵۰۲.

۵. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص

۱. آشوری، محمد، همان، ص ۱۸۱.

۲. probation.

۳. استفانی، و... همان، ص ۸۵۰.

۴. همان.

وسطایی به نام **Recognizance** باز می‌گردد که بعدها به ورود نظام حقوقی کامن لا به نهاد پروبیشن^۵ انگلیسی - آمریکایی مشهور شد. پروبیشن در سال ۱۹۵۸ وارد نظام حقوقی فرانسه شد به پروباسیون تغییر نام داد. این نهاد بر خلاف تعلیق ساده جرایم سیاسی را در بر نمی‌گیرد ولی جرایم نظامی تحت شمول آن قرار می‌گیرد. اعطای تعلیق مراقبتی در صورتی امکانپذیر است که دادگاه متهم را به مناسبت ارتکاب جنحه یا جنایات عمومی حداکثر به ۵ سال زندان محکوم کرده باشد (ماده ۴۱ - ۱۳۲ ق.ج.ج.). این تعلیق همانند تعلیق ساده سایر مجازات‌ها را شامل نمی‌شود. در مورد مجازات‌های جزای نقدی و اقدام‌های مختلفی که به عنوان جانشین مجازات‌های زندان تادیبی پیش‌بینی شده‌اند، اعطا نمی‌شود.^۱

قاضی اعطای تعلیق را با توجه به شخصیت مجرم و دیگر مسائل مربوط به موضوع ارزیابی کرده و وی را از نتایج محکومیت به خاطر ارتکاب جرم جدید در مدت مراقبت و نیز پیامدهای سرپیچی تدابیر کنترل یا تعهدهای ویژه‌ای که تحمیل می‌شود، آگاه می‌کند (ماده ۴۰ - ۱۳۲ ق.ج.ج.). در تعلیق مراقبتی برخلاف تعلیق ساده فرد مکلف به رعایت یک سلسله اقدامات و تعهدات خاصی است. این اقدامات در سه گروه قابل دسته‌بندی هستند. یکم: اقدام‌های نظارتی (۴۴ - ۱۳۲ ق.ج.ج.)، دوم: اقدام‌های کمکی (۴۶ - ۱۳۲ ق.ج.ج.)، سوم: تعهدهای تعیین شده از سوی دادگاه (۴۵ - ۱۳۲ ق.ج.ج.).^۲

۳-۲-۳- تعلیق همراه با کارهای عام المنفعه

در واقع این تعلیق نوعی از تعلیق توأم با آزمایش است و شرایط لازم برای تعلیق توأم با آزمایش در آن رعایت می‌گردد، ولی آزمایش آن محدود به یک کار عام‌المنفعه است. تفاوت تعلیق همراه با کار عام‌المنفعه با تعلیق توأم با آزمایش در این است که اولی با انجام کار معین در ساعات مقرر (حداقل ۴۰ و حداکثر ۲۴۰ ساعت در مدت ۱۸ ماه) خاتمه می‌یابد. ولی در دومی محکوم باید کلیه آزمایش‌های مقرر در قالب تکلیفی که برای او مشخص شده را تحمل کند. پس در تعلیق همراه با کار عام‌المنفعه خصیصه حاکم (کارکردن) است، در حالیکه در پروباسیون، خصیصه حاکم کلیه تکالیف عمومی و خاص مقرر در حکم است.^۳ تعلیق همراه با کار عام‌المنفعه ممکن است به دو شکل مورد حکم قرار گیرد: ۱- به عنوان مجازات اصلی در جرایم همچون: سرقت، کلاهبرداری، تخریب عمومی و....

۲- به عنوان مجازات‌های تکمیلی در صورتی که شخصی به علت ارتکاب یک جنحه محکوم شده باشد و نیز در صورتی که مرتکب به علت ارتکاب برخی خلاف‌ها محکوم شده باشد، کار عام‌المنفعه به پیشینه قضایی محکوم توجه نمی‌شود و شخصی که دارای پیشینه تکرار جرم است، نیز می‌تواند از این تاسیس استفاده کند.^۱

۳-۲-۳- سایر مجازات‌های جایگزین حبس

این جایگزین‌ها به دلیل‌هایی هستند که یا در دادنامه یا پس از صدور حکم (در زمان اجرای مجازات) مطرح می‌شوند. در فرانسه جایگزین‌های حبس در زیر بحث فردی کردن مجازات (شخصی کردن مجازات) آمده است. قانونگذار فرانسوی در عنوان سوم قانون جزا با عنوان کیفرها در ماده ۲۴ - ۱۳۲ صراحتاً به اصل فردی کردن مجازات‌ها اشاره کرده است. بنابراین این اصل از بحث‌های آموزه‌ای خارج شده و لباس قانونی به خود پوشیده است، به موجب این ماده در محدوده‌های تعیین‌شده در این قانون، دادگاه بر حسب اوضاع و

۵. پروبیشن با ابتکار یک کفاش آمریکایی (جان اگوستونی) و سپس به ابتکار قاضی هیل در بیرهنگام ایجاد شد. بریا مطالعه بیشتر ر.ک. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، و.. دانشنامه جرم‌شناسی، ص ۲۷۷.

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به کتاب آشوری، محمد، همان، ص ۱۸۵.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به کتاب آشوری، محمد، همان، ص ۱۸۶ - ۱۸۷.

۳. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، همان، ص ۵۷۴.

۱. آشوری، محمد، همان، ص ۱۹۶.

احوال ناظر بر جرم و شخصیت مباشر آن به صدور مجازات مبادرت می‌ورزد و رژیم اجرای آن را تعیین می‌کند.^۲ اقدامات جایگزین حبس در زمان صدور حکم را چنین می‌توان بر شمرد:

۳-۲-۱- جزای نقدی

جزای نقدی به عنوان یکی از مجازات‌های دارای دو کارکرد است: ۱- به عنوان پاسخی مستقل به جرم در کنار سایر مجازات‌ها، این کارکرد اصلی‌ترین وظیفه برای جزای نقدی است. ۲- کارکرد دوم جزای نقدی، جایگزینی بجای مجازات زندان است، این کارکرد جزای نقدی جهت اجتناب از اعمال حبس‌های کوتاه مدت و به منظور جلوگیری از توالی فاسد حبس‌های کوتاه مدت (که از آن به پیش «داوری بدتر از درد» نیز تعبیر کرده‌اند)، توسط قانونگذاران مختلف پیش‌بینی گردیده است. میزان جریمه نقدی یا به شکل ثابت است یا نسبی که حدود و اختیار قاضی در تعیین آن نیز به همین اعتبار مشخص شده است.

الف- جزای نقدی ثابت^۱

جریمه‌ای که مبلغ آن را قانونگذار بطور مطلق تعیین حداقل و حداکثر پیش‌بینی کرده است جریمه‌ای که فاقد حداقل و حداکثر باشد، قاضی حق فردی کردن را ندارد.^۲ در این شیوه تعیین جریمه نقدی، بیشتر خطرناکی جرم و پیامدهای ناگوار احتمالی آن مدنظر قانونگذار است تا وضعیت مجرم شیوه‌ای که بیشتر مرسوم است، تعیین حداقل حداکثر میزان جریمه نقدی است، در این شیوه اختیار قاضی در تعیین مجازات متناسب با وضع مالی مجرم و نوع جرم و در نتیجه، افزایش اثر ارعابی - اصلاحی مجازات بیشتر است.^۳

ب- جزای نقدی نسبی^۴

این نوع جریمه نقدی براساس واحد و مبنای خاص قانون، احتساب می‌گردد. مثلاً حسابدار از وجوه صندوق حسابداری بر باید یا مامور کارپردازی اختلاسی نماید، اگر میزان ضرر و زیان وارده بیش از ۱۰۰۰ فرانک باشد مجازات آن حبس جنایی از ۱۰ تا ۲۰ سال حبس است و اگر میزان ضرر و زیان وارده کمتر از ۱۰۰۰ فرانک باشد، مجازات آن حبس جنایی از ۲ تا ۵ سال است (مواد ۱۷۱ و ۱۷۲ قوانین کیفری فرانسه) فلسفه جریمه نقدی متغیر یا نسبی به عنوان مجازات این است که با تعیین جریمه‌ای بیش از درآمدهای ناشی از جرم، مجرم را از تلاش برای بدست آوردن سود نا مشروع باز دارد. دادگاه با توجه به وضعیت ارتکاب جرم، درآمد و الزامات متمم، مبلغ جزای نقدی را تعیین کرده و می‌تواند بنا به عمل مهم درمانی، خانوادگی، شغلی یا اجتماعی طرز پرداخت مجازات را تقسیط نماید.^۵ بنابراین باید گفت چون جریمه نقدی تقسیط‌پذیر است و می‌توان آن را متناسب با شخصیت مجرم و حالت خطرناک مرتکب آن نمود ابزار مناسبی برای فردی کردن مجازات‌ها محسوب می‌گردد. یکی از جایگزین‌های نوین در حقوق فرانسه بجای مجازات زندان جریمه‌های روزانه است که میزان آن با درآمد روزانه مجرم ارتباط و پیوستگی دارد. فرانسه در سال ۱۹۸۳، نظام جریمه نقدی را پذیرا شد. در نظام جریمه روزانه، مبلغ و میزان جریمه، در دو مرحله مشخص می‌شود: در مرحله نخست، قاضی بر حسب نوع و اهمیت جرم، شمار روزهای پرداخت را در یک محدوده قانونی (حداقل و حداکثر قانونی) معین

۲. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، همان، ص ۵۴۱.

۱. Fixed Fine

۲. نجفی ابرند آبادی، علی حسن؛ همان، ص ۵۷۲.

۳. آشوری، محمد؛ همان، ۲۰۸.

۴. proportional Fine

۵. دانش، تاج زمان؛ حقوق زندانیان و علم زندان‌ها؛ چاپ دوم موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۰۸

می‌کند در مرحله دوم؛ قاضی به تناسب درآمد مجرم، مبلغ جریمه روزانه را تعیین می‌کند.^۱ جریمه‌های روزانه فقط برای بزرگسالان و در جرایم جنحه‌ای قابل اعمال است و در جرایم نظامی سیاسی و نسبت به اشخاص حقوقی قابلیت اعمال ندارد این جریمه هم در موارد کیفری مستقل و هم در مواردی جانشین حبس است. در این کیفر قاضی مختار است بر اساس دو معیار اقدام به صدور این کیفر نماید: ۱- درآمد و مخارج محکوم ۲- اوضاع و احوال و شدت جنحه ارتكابی.

برای تعیین میزان قسط‌های جریمه نقدی و فردی کردن هر چه بیشتر این مجازات، رویت متهم و ملاقات حضوری متهم، توجه به حساب بانکی، فیش‌های مالیاتی، هزینه‌ها و بدهی‌های او، وضعیت تاهل یا مجرد و ی نیز ضروری است.^۲

۲-۱-۲-۳- جایگزین‌های محروم‌کننده یا سالب حقوق

در این جایگزین‌ها، بعضی از حقوق اجتماعی و یا شخصی و یا مالی از محکوم سلب می‌شود مجازات‌های سالب حقوق به عنوان مجازات اصلی یا تبعی و یا تکمیلی به محکوم تحمیل می‌شود مواردی همچون محرومیت از اراده اموال شخصی در مدت تحمل حبس، محرومیت از حقوق اجتماعی، محرومیت از حقوق عمومی، محرومیت از داشتن دسته چک، محرومیت از شرکت در انتخابات و ... از مصادیق مجازات‌های سالب حقوق است.

۳-۱-۲-۳- بازداشت خانگی (حبس در منزل)

حبس خانگی، در معنای واقعی خود یک سلسله ضمانت اجراهای محدودکننده است که از تحمیل منع رفت و آمد شبانه تا حبس در منزل در ساعات‌های غیر کاری مجرم را در بر می‌گیرد.^۱ حبس خانگی ضمانت اجرای «بنیادینی» است که نظارت و مجازاتی بیش از تعلیق مراقبتی و مجازاتی کمتر از زندان پیش‌بینی می‌کند برای نظارت افرادی که در مورد آن‌ها ضمانت اجرای حبس در منزل اعمال می‌شود از فناوری نظارت الکترونیکی استفاده می‌شود اعمال این مجازات هزینه کمتری نسبت به زندان در پی دارد و همچنین اعمال آن متناسب با سیاست‌های اصلاحی و درمانی بزهکار^۲ و در راستای متناسب کردن مجازات حبس با خصوصیات زندانی خواهد بود.

۳-۱-۲-۴- نظارت الکترونیکی

نظارت الکترونیکی نیز به عنوان یک ضمانت اجرای جایگزین مجازات زندان عمل می‌کند، بهره‌وران نظارت الکترونیکی ابزارهایی را دو مچ دست یا گردنشان می‌بندند که علامت‌های آن‌ها را با اداره نظارت می‌فرستد بدین ترتیب مجرم فقط حق رفتن به سر کار یا شرکت در برخی فعالیت‌های مشخصی را دارد، در بقیه اوقات، در منزل زندانی شده و رفت و آمدش کاملاً نظارت می‌شود.

۱. رک. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بنیادین؛ چاپ دوم، ۱۳۸۵، صص ۳۸۴ و ۳۸۵؛ نجفی ابرند آبادی، علی حسین؛ همان، ۵۸۳

۲. جانی پورف علی کرم؛ جایگزین‌های مجازات زندان؛ پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ص ۱۲۸

courseless, Thomas F; correction and the criminal Justice ; wadsworth publishing company, ۱۹۹۸; p. ۳۶۲

۱

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بنیادین، چاپ دوم، ۱۳۸۵، صص ۳۹۱-۳۹۹

۲. برای مطالعه بیشتر رک. آشوری محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بنیادین، چاپ دوم، ۱۳۸۵، صص ۴۰۰-۴۱۴

نظارت الکترونیکی به خودی خود به عنوان یک ضمانت اجرا تلقی نمی‌شود، بلکه برای یک ضمانت اجرای تبعی و وابسته به حبس در منزل یا تعلیق مراقبتی فشرده و برای اطمینان از پیروی مجرم از شرایط مقرر برای وی محسوب می‌شود. در آغاز، عمده‌ترین بهره‌وران برنامه‌های نظارت الکترونیکی را محکومان به جرایم راهنمایی و رانندگی مهم تشکیل می‌دادند ولی از سال ۱۹۸۹، مجرمان علیه اموال و مجرمان مواد مخدر، بزرگترین طبقه را تشکیل می‌دهند.

نکته‌ای که باید خاطر نشان ساخت اینک جایگزین‌های اخیر الذکر که غالباً برای مجرمان غیر خشن یا با درجه حالت خطرناکی کم و یا در مورد مجرمان بدون پیشینه کیفری مورد استفاده قرار می‌گیرد. به گونه‌ای که مقام قضایی، این مجرمان را با توجه به ویژگی‌ها و عدم سابقه کیفری و .. سزاوار تحمل حبس ندانسته و اقدام به متناسب کردن مجازات حبس با خصوصیات این افراد می‌نماید؛ به همین خاطر است که در حقوق فرانسه جایگزین‌های حبس در زیر عنوان اصل فردی کردن مجازات‌های می‌آید.

۳-۲-۱-۵- آزادی مشروط

آزادی مشروط عبارت است از آزادی مجرم پیش از اتمام مدت مجازاتش تحت شرایطی که مقام اعطا کننده مقرر می‌کند. بنابراین هرگاه طرز کار و رفتار و اعمال زندانی رضایت بخش بوده و مدت معینی از دوره محکومیت را گذرانده باشد قبل از اتمام مدت محکومیت بایستی با استفاده از آزادی مشروط، از زندان آزاد و تحت مراقبت و هدایت و حمایت قرار بگیرد.^۲

در مقام جمع‌بندی از این بحث می‌توان بیان داشت، اصل تفرید کیفری در قالب‌های مختلفی در فرانسه شکل قانونی به خود گرفته است، به گونه‌ای که قانونگذار مجرم را به حال خود رها نکرده و سعی در اصلاح و باز سازی وی می‌نماید و وقوع جرم را تنها هشدار برای جامعه در جهت توجه بیش از پیش به مرتکب آن می‌داند بدین معنا که قانونگذار، قاضی را محدود به مجازات‌های ثابت و غیرقابل تعدیل نمی‌نماید، بلکه با پیش‌بینی اختیاراتی برای قاضی صادرکننده حکم یا قضات اجرای احکام باید به رسمیت شناختن نمادهایی همچون تعویق صدور حکم، تعلیق تعقیب بایگانی کردن پرونده و... به محکم نمودن شالوده و اساس اصل فردی کردن در راستای جامعه‌پذیری و اصلاح مرتکب اقدام نموده است بنابراین در نظام مجازات رسانی نباید تنها به جرم ارتكابی توجه نمود، توجه به مرتکب و ویژگی‌های وی یکی از اصول دادرسی منصفانه است.

۴- چالش‌های فردی کردن قضایی مجازات و راهکارها

به نظر می‌رسد مهمترین چالش اصل فردی کردن مجازات‌ها تعارض با اصل تساوی مجازات‌ها باشد. زیرا تبعیض در مجازات مجرمین به لحاظ تفاوت‌های فردی و لزوم برخورد متناسب با آن‌ها که اصل فردی کردن مجازات‌ها را بر این اساس استوار نموده است اساساً با اصل تساوی مجازات‌ها مغایرت دارد.

فردی کردن مجازات‌ها به معنی واقعی کلمه ایجاب می‌کند نقش مقنن را در مسأله مجازات حذف کرده و تمامی اختیارات را در این خصوص به قاضی محکمه بسپاریم تا او با توجه به خصوصیات و نیازهای یک مجرمین، مجازاتی در خور حال آنان تعیین نماید. همچنانکه در حقوق جزای اسلام اولین برداشت از مفهوم تعزیرات که در عبارت معروف «بما یراه الحاکم» متجلی شده است منطبق بر این دیدگاه می‌باشد. در اسلام نظرات قاضی برحسب اوضاع و شرایطی که جرم واقع شده و احوال مجرمین، مختلف می‌شود و کیاست و فراست و صداقت قاضی در این مورد، نقش مؤثری را ایفا می‌کند.^۱ لذا برخی از مؤلفین حقوق از این هم پا را فراتر نهاده‌اند و پیشنهاد نموده‌اند که به جای مجازات‌های کنونی باید نظام مجازات‌ها غیرمعین

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بینابین، ص ۱۱۳

۲. Levasseur G ;chavanne .A ,Droit pénal général, ۱۰^e éd., Cujas, Paris, ۱۹۷۲, p.۲۱۷.

۱. صانعی، پرویز، منبع پیشین، جلد دوم، ص ۱۴۵

اعمال شود به این معنی که وقتی دادگاه مجرمیت متهم را احراز نمود به صدور حکم محکومیت اکتفا کند. زیرا، تعیین قطعی مجازات در زندان با توجه به میزان پیشرفت زندانی در طریق زندگی اجتماعی و اصلاح حال او باید صورت گیرد.^۱

در قانون مجازات اسلامی مجازات‌های تعزیری تقسیم‌بندی شده است که این اقدام مغایر فردی کردن مجازات‌هاست. قانونگذاران در گام نخست نمی‌بایست جرایم تعزیری را در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از نوع مقدر و با تقسیم‌بندی درجات هشتگانه قید می‌نمودند چرا که از دیدگاه شرعی مجازات‌های تعزیری کیفی‌های غیرمقدر معین گردیده است تا بتوان بواسطه شناسایی شخصیت که دربرگیرنده عوامل جسمی، روحی، روانی و... می‌باشد. مجازاتی متناسب با شخصیت مرتکب تعیین و سپس آن را اجرا نمود. این در حالی است که در قوانین موجود تناسب مجازات بر جرم تنها بر پایه استحقاق و سزادهی می‌باشد حکم فرماست و تعیین چنین مجازات‌هایی در راستای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها می‌باشد. در مجازات‌های تعزیری اصل فردی کردن از اهمیت و جایگاه ویژه‌ای نسبت به اصل قانونی بودن برخوردار است.

به عنوان راهکار چالش مورد اشاره، می‌توان به ارتباط نزدیک دو اصل فردی کردن مجازات و تساوی مجازات‌ها اشاره کرد. در واقع، این دو اصل مانعاً الجمع نیستند و به فرض قاطع اظهارنظر نمود. علاوه بر اینکه در حقوق کیفری قاضی می‌تواند از نتایج اصل قانونی بودن مجازات‌ها، خصوصاً تفسیر مضیق قوانین کیفری بهره جسته نسبت به متهمینی که استحقاق کمک دارند؛ مساعدت نموده و زمینه معافیت آن‌ها را از مجازات یا حداقل تخفیف، فراهم نماید.

به عبارتی دیگر مجازات‌های از پیش تعیین شده‌ای که قضات براساس حداقل‌ها و حداکثرها تعیین می‌نمایند هرگز نمی‌تواند در راستای اصلاح‌پذیری مرتکب و شناسایی شخصیت آن نقش مفیدی را ایفا نماید. در جرایم تعزیری شناسایی شخصیت از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و می‌بایست نوع، میزان و کیفیت مجازات‌ها را براساس مطالعه پرونده شخصیت مرتکب توسط قاضی تعیین گردد و نه به گونه‌ای که در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر گردیده است، زیرا چنین تعریفی از تعزیر نه تنها برای جامعه نامناسب بلکه در راستای اصلاح‌پذیری مرتکبان کارآمد نمی‌باشد. از این روی می‌بایست با آرایه آموزش‌های لازم قضات خبره را بر منصب قضاوت نشانند که با مطالعه پرونده شخصیتی مرتکب مجازاتی متناسب تعیین و اجرا نماید. بهتر است بگوییم شناسایی شخصیت می‌بایستی در مرحله تحقیقات مقدماتی پیش از صدور قرار مجرمیت اعمال شود اگرچه این امر به اطلاع روند دادرسی می‌انجامد. اما می‌توان از برانگیخته شدن حس انتقامجویی مرتکبانی که پرونده آن‌ها در مراحل صدور حکم منجر به براءت گردیده جلوگیری نمود.

علاوه بر این، فقدان اختیارات کافی قضات چالش دیگری در فردی کردن مجازات‌هاست. قضات باید آنقدر اختیار داشته باشند که بتواند کیفر را تا آنجا تخفیف دهند که مطابق با شخصیت واقعی مجرم گردد و هم باعث اصلاح وی و هم مانع تکرار جرم گردد. البته منظور ما اینجا این نیست که افراد مجازات نشوند یا قضات بتوانند از این اختیارات استفاده نموده و عده‌ای را از مجازات بگریزانند. ما این ادعا را بر این مبنا استوار می‌کنیم که کسی که در مقام قضاوت باید قرار بگیرد یا گرفته است، انسانی است بی‌طرف، متخصص، عادل، و تمام شرایط علمی و معنوی را برای یک قضاوت عادلانه برخوردار است. ما فراموش نکرده‌ایم که در مطالعه حقوق کیفری، هرگاه قضات اختیارات تام یافته‌اند، سخت‌ترین مجازات‌ها را بر افراد بیگناهی که فقط به خاطر نداشتن ابزارهای لازم نتوانستند بیگناهی خود را ثابت نمایند، تحمیل نموده‌اند. یا برعکس انسان‌های جنایتکار به خاطر استفاده از رانت‌های قدرت از دام حداقل مجازات‌ها نیز گریخته‌اند. هر حکومتی در ابتدا باید بهترین انسان‌ها را در قوه قضائیه خود به کار گیرد. چون اینان مجریان عدالتند و در صورتی که نتوانند عدالت را اجرا کنند حکومت به فساد آلوده خواهد شد. جامعه امروز با پیشرفت تکنولوژی و پیشرفت

در ابعاد دیگر می‌طلبید که رسیدگی‌های کیفری نیز مرحله‌ای شود. و هر مجری عدالتی، در قضاوت خود احساس نماید که قضاوت او مورد قضاوت دیگران نیز واقع خواهد شد. دیگر آن دوران به پایان رسیده است که یک قاضی در میز قضاوت بنشیند و شاکی با مراجعه به وی حکم دعوای خود را بگیرد. راهکار استفاده از تعدد قضات در هر دعوا می‌تواند مانع خودسری‌های قضات در زمینه اختیاراتی که برای تخفیف مجازات به آن‌ها داده شده است بشود. هر چند امروزه ابزارهای کنترل اعمال قضات کم نیست و آرا نیز در مراحل مختلف قابل تجدید نظر هستند و بسیاری از دادگاه‌ها نیز تخصصی شده‌اند.

۵- نتیجه‌گیری و پیشنهادها

نتیجه‌گیری

حقوق کیفری پس از پذیرش و تقویت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که بسیاری از اصول نشأت گرفته از آن می‌باشند، سعی در تعدیل و متناسب نمودن واکنش اجتماعی با ویژگی‌ها و خصوصیات مرتکب جرم نمود، به گونه‌ای که تکیه را از جرم ارتكابی بر مرتکب جرم و اصلاح و بازسازی وی گذاشت و با پذیرش اصل فردی کردن واکنش اجتماعی افقی وسیع و امیدوارکننده در پیش روی حقوق کیفری و جرم‌شناسی قرار داد. در واقع اصل فردی کردن واکنش اجتماعی به عنوان یکی از اصول پیشرفته و مترقی جهان در راستای تکمیل خلائهای ناشی از اعمال اصل قانونی بودن، بر روند محاکمه، زرادخانه‌های کیفری و هر واکنشی در قبال بزهکار حاکم گردید.

در واقع اصل فردی کردن مجازات، چترهای خود را در سطحی بسیار وسیع اعم از تشکیلات و نهادهای مبارزه با جرم، تعقیب متهم، محاکمه و صدور حکم در قبال وی، اجرای مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی و .. گسترانیده و موجب انسانی‌تر گشتن حقوق کیفری و رعایت عدالت و انصاف در همه سطوح گردیده است بدین معنا که با شناسایی شخصیت و ویژگی‌های جسمانی، روانی و اجتماعی فرد (شخص) توسط قانونگذار، مقامات تعقیب‌کننده جرم، قاضی صادرکننده رای، مقامات اجرای حکم، اقدام به متناسب نمودن واکنش اجتماعی می‌شود. البته باید خاطر نشان ساخت، اعمال اصل فردی کردن خود نیاز به رعایت پیش شرط‌هایی همچون پیش‌بینی این اختیار برای قاضی توسط قانونگذار، تشکیل پرونده شخصیت، لزوم آموزش دیدن قضات جهت اجرای عادلانه فردی نمودن واکنش اجتماعی، دارد. با رعایت این شروط اصل فردی کردن در راستا و همگام با اصولی همچون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصل، تساوی مجازات‌ها و .. قرار می‌گیرد.

با توجه به مزایا و محاسنی که اجرای این اصل در بر دارد، از عنوان اصل فردی کردن واکنش اجتماعی استفاده گردیده، تا در قیاس با اصل فردی کردن مجازات‌ها بتوان هر واکنشی که در راستا و همگام با این اصل است، در تمامی سطوح را در دایره شمول آن قرار داد، بگونه‌ای که در مرحله تعقیب با استفاده از نهادهایی همچون دادرسی افتراقی، تعلیق تعقیب، رعایت تناسب در صدور قرار تأمین کیفری، ترک تعقیب، میانجیگری؛ در مرحله صدور حکم با استفاده از نهادهایی همچون، عوامل تخفیف‌دهنده قضایی، عوامل تخفیف‌دهنده قانونی؛ در مرحله تعقیب با استفاده از نهادهایی همچون دادرسی افتراقی، تعلیق تعقیب، رعایت تناسب در صدور قرار تأمین کیفری، ترک تعقیب، میانجیگری؛ در مرحله صدور حکم با استفاده از نهادهایی همچون، عوامل تخفیف‌دهنده قضایی، عوامل تخفیف‌دهنده قانونی؛ در مرحله اجرای حکم با استفاده از نهادهایی همچون، آزادی مشروط، عفو، توبه؛ اصل فردی کردن را اعمال نمود. باید اضافه نمود رعایت عدالت و انصاف قضایی لزوماً به معنای تخفیف و مسامحه با بزهکار نیست، در برخی از شرایط تشدید در مجازات و واکنشی در برابر مرتکب و برخوردی شدیدتر با وی، خود در راستای عدالت و از مصادیق اصل فردی کردن محسوب می‌شود، تعدد و تکرار از ابزارهای تشدید فردی کردن مجازات مرتکبین هستند که با ارتکاب متعدد و مکرر جرایم به کرات قوانین جزایی را نقض نموده و دارای حالتی خطرناک‌تر نسبت به مرتکبین جرم واحد می‌باشند.

نظام حقوق فرانسه که همواره به عنوان یکی از پیشرفته‌ترین نظام‌های حقوقی مطرح می‌باشد، به اصل فردی کردن توجهی ویژه داشته است و یا پیش‌بینی نهادها، مقامات و مقدمات خاصی در جهت اعمال اصل فردی کردن حرکت کرده است و با الهام از جرم‌شناسی بالینی درصدد اصلاح و درمان مرتکب و در جهت باز سازگاری و باز پذیرش مرتکب گام برداشته است، به گونه‌ای که با ارتکاب جرم جدا از مرتکب آن برای جامعه نیز وظایفی شناسایی کرده است

پیشنهادها:

در پایان می‌توان به منظور عملی نمودن صحیح اصل فردی کردن پیشنهادهای ذیل را مطرح نمود: ۱- پیش‌بینی و به رسمیت شناختن قوانینی که اجازه فردی کردن مجازات را به قاضی بدهد. ۲- لزوم تشکیل پرونده شخصیت در کنار پرونده کیفری، در حقوق کیفری ایران فقط در مرحله اجرای مجازات حبس جهت طبقه‌بندی زندانیان تشکیل پرونده شخصیت مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. با توجه به اینکه تشکیل پرونده شخصیت از پیش شرطها و لوازم اصل فردی کردن است، لزوم مکلف نمودن قضات به توجه به آن در تمامی سطوح دیده می‌شود. ۳- لزوم دیدن دوره‌های روانشناسی قضایی برای قضات کیفری، به منظور شناسایی درست بزهکار جهت برخوردی صحیح و در راستای درمان، اصلاح و باز سازگاری مجرم.

فهرست منابع:

۱. احمدی ابهری، سید محمد، کتاب اسلام و دفاع اجتماعی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم. بهار ۱۳۷۷
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، نشر میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۹
۳. استفانی کاستون، لواسور، ژرژوبونک، برنار، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادیان، جلد دوم؛ انتشارات علامه طباطبایی، ۱۳۷۷
۴. آشوری محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بنیادین، چاپ دوم، ۱۳۸۵
۵. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان و مجازات‌های بنیادین؛ چاپ دوم، ۱۳۸۵
۶. آشوری، محمد آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، سمت، چاپ ۱۲، ۱۳۸۶
۷. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۹
۸. جانی پور، علی کرم؛ جایگزین‌های مجازات زندان؛ پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۵
۹. حبیب زاده، محمد جعفر، و علی حسین نجفی ابراندآبادی و ابوالفتح خالقی، حبس خانگی، مجله مدرس علوم انسانی، دوره پنجم، شماره ۴، ۱۳۸۰
۱۰. دانش، تاج زمان؛ حقوق زندانیان و علم زندان‌ها؛ چاپ دوم موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲
۱۱. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده در فرآیند کیفری، تهران، خط سوم، ۱۳۸۱.
۱۲. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ هفتم، ج ۲، ۱۳۷۶.
۱۳. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، گنج دانش، تهران، ج ۲، ۱۳۷۶
۱۴. طریقتی، شکرالله، مقدمه‌ای بر روانشناسی و روانپزشکی کیفری، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۲
۱۵. قانون مجازات اسلامی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، آذر ماه ۱۳۹۲
۱۶. محمودی، غلام حسین، فردی کردن مجازات‌ها و آثار آن در جلوگیری از تکرار جرایم، اراک، پایان نامه، ۱۳۸۷
۱۷. ملک اسماعیلی، عزیز ا...، حقوق جزای عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵
۱۸. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۷
۱۹. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۷
۲۰. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵
۲۱. Courless, Thomas F; correction and the criminal Justice ; wadsworth publishing company , ۱۹۹۸.
۲۲. Levasseur G ;chavanne .A ,Droit pénal général, ۱۰^e éd., Cujas, Paris, ۱۹۷۲
۲۳. Rassat, Michele , Droit pénal général, Pas d'illustrations, ۲۰۱۴, p: ۶۱۲.
۲۴. Rober, Jacques –Henri., Droit penal General, aris : Presses universitaires de France, ۱۹۹۲.
۲۵. Stefani, G. Levasseur, G. Bouloc, B., Droit penal General, Dalloz , ۱۹۹۶.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۵

صص: ۸۶۳-۸۷۸

مطالعه حقوقی مشروعیت تحریم‌های فرامنشوری در پرتو قواعد داخلی و بین‌المللی علیه ایران

حسین اخوان^۱، ابومحمد عسگرخانی^۲، سیدباقر میرعباسی^۳

۱- دانشجوی دکتری گروه حقوق بین‌الملل، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی

۲- استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۳- دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده

تحریم‌های فرامنشوری از بحث‌های جدی در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود که با ابزاری قهرآمیز در جهت اجبار و فشار در دستیابی به اهداف سیاست خارجی کشورها به کار می‌رود. تحریم‌های فرامنشوری نوعی اقدام یکجانبه در دست قدرت‌های بزرگ اقتصادی جهان است. تحقیق حاضر کوششی است علمی در راستای بررسی و تحلیل ماهیت حقوقی تحریم‌های فرامنشوری در پرتو قواعد داخلی و بین‌المللی است. یافته‌های حاصل از تحقیق حاکی از آن است تحریم‌های فرامنشوری ابزاری سیاسی برای سیاست‌های خارجی دولت‌ها محسوب می‌شود هر چند دلایلی در رویه اجرایی داخلی کشورهای اقتصادی در مشروعیت اعمال تحریم مورد استناد است لیکن در حقوق بین‌الملل فاقد مبنای حقوقی می‌باشد.

کلمات کلیدی: تحریم‌های فرامنشوری، حقوق بین‌الملل، سیاست خارجی، قواعد داخلی، قواعد

بین‌المللی

مقدمه

تحریم‌ها اصولاً علیه کشورهای متخلف از تعهدات بین‌المللی مطرح و به طور بین‌المللی (منشوری) و یکجانبه (فرامنشوری) اعمال می‌گردد. ادبیات تحریم نتیجه سیاست جهان معاصر است که با تاسیس سازمان ملل متحد وارد مرحله جدیدی شد و ابزاری شد تاثیرگذار در پیشبرد اهداف خاص جامعه جهانی و کشورهای قدرتمند اقتصادی؛ در واقع تحریم - به خصوص تحریم‌های اقتصادی - به عنوان یک اهرم فشار در جهت تعدیل رفتار کشورها به کار می‌رود تا به تعهدات بین‌المللی خود بازگردند تحریم‌های یکجانبه اثرات غیرقابل جبرانی بر کشورهای هدف می‌گذارد تحریم‌های منشوری و فرامنشوری هیچ‌گاه بهترین روش حل و فصل اختلافات بین‌المللی نبوده ولی آخرین روش قبل از توسل به زور می‌باشد. تحریم، امروزه به عنوان جنگی غیرمسلحانه و ابزاری نرم ولی تاثیرگذار، در کانون توجه کشورهای شمال و وسیله‌ای برای فشار به یک کشور مورد استفاده قرار می‌گیرد. لذا اعمال فشار بر دولت هدف از طریق محروم کردن آن از برخی امتیازات و منزوی ساختن این کشور به لحاظ سیاسی و اقتصادی و اجتماعی در جامعه بین‌المللی و وادار کردن آن به گردن نهادن به درخواست‌های شورای امنیت و سایر قدرت‌های اقتصادی، با رسالت منشور ملل متحد است تحریم‌ها در مفهومی دیگر، نوعی جنگ اقتصادی محسوب می‌گردند. در کنفرانس توسعه ملل متحد موسوم به «انکتاد»^۱ قطعنامه‌ای با عنوان عدم قبول اقدامات قهرآمیز صادر شده است و همچنین ماده ۱ میثاق بین‌الملل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تحریم را ناقض اصل مالکیت بر منابع طبیعی عنوان نموده است. اعلامیه ۲۵ ژوئن ۱۹۹۳ وین حق توسعه را حق جهانی و جدا ناشدنی حقوق اساسی بشر تعریف کرده است با ملاحظه قطعنامه ۲۵۲۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد تحت عنوان «اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه»، در خواهیم یافت که همکاری میان دولت‌ها بر طبق منشور ملل متحد مورد تأکید واقع شده است.

ابعاد حقوقی تحریم‌های فرامنشوری (یکجانبه)

تحریم‌هایی که مربوط به روابط دو کشور باشد را «تحریم‌های یک جانبه یا اولیه» می‌گویند. تحریم‌های اولیه نوعی اقدام متقابل است که از جانب یک کشور علیه کشور ناقض قواعد حقوق بین‌الملل، اعمال می‌گردد. لازم به ذکر است، «اقدام متقابل نوعی تلافی محسوب می‌شود و به این نکته نیز باید توجه کرد که تلافی از اشکال قصاص می‌باشد و فی نفسه عملی است غیر قانونی ولی به علت مسبوق بودن به یک عمل غیر قانونی دیگر، اعمال می‌شود (rennac, ۲۰۱۲, p.۷) و هدف از آن، متوقف کردن اعمال غیرقانونی از سوی یک کشور می‌باشد. در این نوع تحریم، یک کشور از برقراری روابط اقتصادی و تجاری و یا تبادل خدمات یا سایر روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی با کشور دیگر امتناع می‌ورزد؛ این نوع تحریم‌ها به روابط خاص دو کشور منتهی و دامنه شمول آن محدود به مبادلات اقتصادی دو کشور است و میزان اثرگذاری آن بستگی به نفوذ اقتصادی کشور تحریم کننده دارد (Ibid, p. ۹). تحریم اولیه به مشابه جنگی است که توسط یک کشور علیه دیگری تحمیل می‌شود. در تحریم‌های اولیه سه دیدگاه متفاوت وجود دارد. در مباحث پیش روی، به منظور روشن‌تر شدن ابعاد این قبیل تحریم‌ها و نظریات مربوطه، مروری خواهیم داشت بر ابعاد تحریم‌های فرامنشوری اعمال شده بر حق توسعه جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

تحریم‌های فرامنشوری و مکتب حاکمیت کشور ایران

از منظر تاریخی، این نظریه به طور مشخص از اواسط قرن هجدهم توسط اشخاصی همچون واتل، حقوقدان سوئیس عنوان گردید. از دید این گروه وظایف و تکالیفی که یک دولت نسبت به کشور خویش دارد نسبت به تکالیف آن دولت در قبال کشورهای دیگر و جامعه بین‌المللی در اولویت قرار دارد (زهرانی،

۱. UNCTAD

۱۳۷۶، ص. ۱۸). این اصل در حوزه فکری طرفداران مکتب حاکمیت کشورها جایگاه ویژه‌ای دارد و این مکتب برخاسته از نگرش اثبات‌گرایانه در حقوق بین‌الملل است (ظریف و میرزایی، ۱۳۷۶، ص. ۱۳) و این موضوع مطرح است که، چون کشورها دارای حاکمیت هستند، می‌توانند در تنظیم روابط خارجی خود با دیگر کشورها آزادانه عمل کنند. این قاعده هم در روابط سیاسی و هم روابط اقتصادی وجود دارد. بنابراین نظر، یک کشور برای پیشبرد اهداف سیاسی خویش می‌تواند کشور دیگری را تحت فشار اقتصادی قرار دهد (شعرخوانی، ۱۳۸۷، ص. ۶۵). طرفداران این نظریه، برای تأیید نظر خود به آراء قضایی و پاره‌ای از قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل استناد می‌نمایند. در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص شکایت نیکاراگوئه علیه آمریکا در ۱۹۸۶ آمده است: در صورت فقدان یک معاهده یا نوعی تعهد روشن قانونی، هیچ کشوری مکلف نیست که روابط تجاری خاصی را بیش از آنچه که به مصلحت می‌داند ادامه دهد (گزارش دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۶) همچنین در قطعنامه‌های مجمع عمومی از جمله قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ اصل حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی خود مورد تأیید قرار گرفته است (giumelli&ivan, ۲۰۱۳, p. ۱۵) اعلامیه ۱۹۷۴ درباره حقوق و وظایف اقتصادی با اتکا به اصل آزادی ملل در تعیین سرنوشت خود، هر یک از اعضای جامعه بین‌المللی را در انتخاب طرف مقابل خود در داد و ستد آزاد گذاشته است (ماده ۴ منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولت‌ها). ماده یک (بند دوم) میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ نیز اعلام می‌دارد که کلیه ملت‌ها می‌توانند برای نیل به اهداف خود، منابع و ثروت‌های طبیعی خود را بدون لطمه به تعهدات ناشی از همکاری اقتصادی بین‌المللی مبتنی بر منافع مشترک و حقوق بین‌الملل، آزادانه به مصرف برسانند (حسینی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸). بطورکلی، این دیدگاه هنوز از حمایت قضایی و بین‌المللی برخوردار است. بر این اساس می‌توان چنین استنباط کرد هر آنچه را که در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده است، در صلاحیت داخلی کشورها قرار دارد. شایان ذکر است این اصل تا زمانی مورد استقبال قرار دارد که حاکمیت کشورها در اولویت نسبت به جامعه بین‌الملل باشد و منافع یک کشور بر منافع مشترک عام برتری داشته باشد (همان منبع، ص. ۳۰).

تحریم‌های فرامنشوری و مکتب بی‌طرفی در استفاده از منابع

نظریه دوم، «نظریه بی‌طرفی» است. این دیدگاه ما بین دو رویکرد «حاکمیت کشور» و «منع قانونی» قرار دارد. این نظریه، جنگ مستقیم اقتصادی از سوی یک کشور علیه کشور دیگر را مجاز می‌داند، ولی بدنال آن است که اثرات مضر و زیان‌آور آن را بر روی طرف‌های ثالث به حداقل رساند. رویکرد بی‌طرفی آنچه را که به عنوان تحریم اولیه شناخته می‌شود مجاز می‌داند (فلاح اسدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰)؛ ولی محدودیت‌هایی برای نوع ثانویه آن قائل شده است. در حالی که از دید نظریه حاکمیت کشور، هیچ تفاوت قابل ملاحظه‌ای بین درجات مختلف تحریم وجود ندارد و هر کشوری مجاز است از برقراری روابط اقتصادی با دیگران به هر دلیلی امتناع کند، مکتب بی‌طرفی معتقد است تفاوت چشمگیری بین انواع گوناگون تحریم‌ها وجود دارد در حالی که از دید مکتب حاکمیت کشور، تفاوتی بین درجات تحریم وجود ندارد و هر کشوری با توجه به محدوده سرزمینی خود می‌تواند روابط اقتصادی خود را محدود نماید (عنابستانی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳).

تحریم‌های فرامنشوری و مکتب منع قانونی

سومین مکتب در حقوق بین‌الملل مکتب منع قانونی است. براساس «مکتب منع قانونی» نه تنها تحریم ثانویه، بلکه تحریم اولیه نیز مجاز نیست. این نظریه که از دو رویکرد قبلی جدیدتر است، عمدتاً از نظریه‌های اقتصادی - سیاسی کلاسیک لیبرال ناشی شده است. اقتصاددانان سیاسی کلاسیک - لیبرال، مدافعان سرسخت تجارت آزادند، لذا هرگونه اختلال عمدی و آگاهانه در جریان طبیعی و عادی معاملات اقتصادی را موجب خسارت و آسیب به اقتصاد جهانی می‌دانند (زهرانی، ۱۳۷۶، ص. ۱۹) البته در تأیید این نظریه، حقوقدانان بین‌المللی، خصوصاً از کشورهای در حال توسعه، دلایلی برای غیر مجاز بودن تحریم‌های یک

جانبه در حقوق بین‌الملل ارائه کرده‌اند. به اعتقاد آن‌ها، اقدامات یک جانبه دولت‌ها برای اعمال اقدامات اقتصادی قهرآمیز علیه سایر دولت‌ها هیچ مبنایی در حقوق بین‌الملل ندارد. یکی از دلایلی که عمدتاً از سوی کشورهای در حال توسعه مطرح می‌شود، آن است که بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد در خصوص تعهد اعضا از خودداری از توسل به زور تنها شامل زور نظامی نمی‌باشد (ظریف و میرزایی، ۱۳۷۶، ص. ۳۲) بلکه زور سیاسی و اقتصادی را نیز در بر می‌گیرد طرفداران این نظریه معتقد هستند کشورهای جهان به معنای واقعی کلمه یک جامعه بین‌المللی را تشکیل می‌دهند آن‌ها در اقدامی مشترک و جمعی به سوی هدفی مشترک که همانا ایجاد ساختار اقتصادی جهانی به شکلی که در آن همه کشورها به لحاظ رشد و موفقیت به بالاترین سطح ممکن دست یابند حرکت می‌کنند (همان منبع، ص. ۳۶).

تحریم‌های ثانویه و مهار دوگانه

تحریم‌های ثانویه نوعی از اعمال محدودیت‌های تجاری و اقتصادی و نوعی از ابزار قدرت‌های اقتصادی جهان است که به لحاظ شکلی شبیه تحریم‌های یک جانبه و اولیه می‌باشد که از جانب یک کشور علیه کشور دیگر اعمال می‌شود (Pawlak, 2016, p. 4) ولی آثار آن از محدودیت سرزمین یک کشور فراتر رفته و دامنه گسترده‌تر برون مرزی را در بر خواهد گرفت این نوع تحریم تنها متوجه کشور هدف نیست بلکه علیه طرف‌های ثالث نیز هست که با کشور هدف در حال داد و ستد و معامله هستند. شایان ذکر است، تحریم‌های ثانویه متوجه کشورهای بی‌طرف هم می‌شود (زهرانی، ۱۳۷۶، ص. ۱۹). این نوع از تحریم، بدون توجه به اهداف تجاری و اقتصادی و منافع و خواست سایر اعضاء جامعه بین‌المللی یا سایر کشورها و بر خلاف اصول و موازین بین‌المللی اعمال می‌شود. تحریم‌های ثانویه عموماً، مغایر با تفاهم مورد قبول از صلاحیت بین‌المللی و مبتنی بر اعمال صلاحیت برون مرزی می‌باشد و مغایر با حقوق بین‌الملل است (استرن، ۱۹۹۷، ص. ۷). دانینگ^۱ معتقد است توسل به تحریم‌های ثانویه تا حدی مبین فقدان اجماع بین‌المللی دولت‌ها در خصوص اعمال سیاست مناسب به کشور مورد تحریم می‌باشد (دانینگ، ۱۹۹۸، ص. ۱۸۵ - ۱۸۶) به عنوان مثال قانون داماتو آمریکا علیه ایران یک تحریم ثانویه^۲ است. در این نوع تحریم آمریکا کشورهای دیگر را در صورت معامله با ایران مورد مجازات قرار می‌دهد و تمام اشخاص حقیقی تحت قلمرو قضایی خود را از تجارت با کشور ایران باز می‌دارد و به طور نامعقولی درصد مجازات شرکت‌هایی است که کاملاً در خارج از ایالات متحده مشغول فعالیت‌های تجاری به موجب قوانین داخلی خود می‌باشند (Malka, 2016, p. 12) و هدف آن اجبار اشخاص خارج از قلمرو قضایی ایالات متحده به رفتار مطابق قانون مذکور است و این به عنوان تجاوزی به حق حاکمیت دولت‌ها محسوب می‌شود در تحریم ثانویه اعمال آن از قلمرو صلاحیت یک کشور فراتر رفته و آثار محدودیت تجاری و اقتصادی آن به سایر کشورها نیز سرایت می‌کند. تحریم‌های ثانویه ویژگی فرا سرزمینی دارد و ضمن تاثیر در روند اقتصادی کشور هدف علیه طرف‌های ثالثی است که با کشور هدف در حال داد و ستد و معامله تجاری هستند. به عبارت ساده‌تر به عنوان یک شرط ضمن عقد در معاملات تجاری گنجانده می‌شود (تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۷، ص. ۲۱) که در صورت خودداری از رعایت این شرط از تجارت‌های بعدی با کشور ذینفع محروم می‌شوند. تحریم‌های ثانویه به علت فرا سرزمینی بودن، فاقد اعتبار هستند و به نظر می‌رسد یک قانون نمی‌تواند خود را ورای مرزهای تصویب به کشورهای ثالث تحمیل کند (همان منبع، ص. ۲۵).

ممنوعیت‌های تحریم‌های خصوصی یکجانبه علیه دولت جمهوری اسلامی ایران

وادار کردن کشور خارجی یا اتباعش یا حتی دولت متبوع خود به انجام رفتار مشخصی از طریق افراد، تحریم خصوصی نامیده می‌شود (فیوضی، ۱۳۹۲، ص. ۵۴). نخستین تحریم سرزمینی بزرگ، در بین

۱. Daning

۲. secondary boycott

سال‌های ۱۹۰۵ تا ۱۹۳۱، توسط مردم چین صورت گرفت. در این فاصله زمانی یازده تحریم بوسیله گروه‌های بازرگانی چینی سازماندهی گردید که ۹ مورد از آن‌ها علیه واردات از ژاپن بود. از جمله تحریم‌های بسیار مؤثر مردم چین بین سال‌های ۱۹۳۱ تا ۱۹۳۳، پس از اشغال منچوری توسط ژاپن انجام شد که هدفش تجارت ژاپنی‌ها بود. این تحریم خوب سازماندهی شده بود (همان منبع، ص ۵۵) و توانست حمایت نیمه رسمی دولت حاکم چین را به دست آورد. در زمان تحقیق و تفحص جامعه ملل، نماینده چین ادعای ژاپن را که تحریم بایستی محکوم گردد را رد کرد و بر اهمیت آن به عنوان وسیله صلح آمیز دفاع از خود که نسبت به یک ملت یاغی نظامی‌گرا قابل استفاده می‌باشد، تأکید نمود. نمونه‌های دیگری از تحریم‌های خصوصی می‌توان ذکر کرد: تحریم مردم هندوستان علیه انگلستان (۱۸۹۶، ۱۹۰۵، ۱۹۳۰)، تحریم مردم ترکیه علیه امپراطوری اتریش - مجارستان (۱۹۰۹، ۱۹۰۸) و تحریم مردم مصر علیه انگلستان و... از دهه ۱۹۲۰ نیز اتحادیه‌های کارگری زیادی تحریم‌هایی را علیه حکومت‌های دیکتاتوری و دیگر رژیم‌ها آغاز نمودند (آزادبخت، ۱۳۸۶، ص ۱۸) برای نمونه، کارگران باراندازها و اتحادیه‌های ملوانان، غالباً از کار بر روی کشتی‌های کشورهای تحریم شده، کشتی‌هایی که در بندرهای مورد تحریم لنگر می‌انداختند و یا کشتی‌هایی که بار کشورهای تحریم شده را حمل می‌کردند، خودداری می‌نمودند. از این جمله‌اند: اقدام مؤسسه بین‌المللی کارگران ساحلی علیه کوبا (۱۹۶۲)، اقدام باراندازهای هلندی علیه آفریقای جنوبی (۱۹۶۳)، اقدام باراندازهای ایتالیایی علیه یونان (۱۹۶۹) و اقدام باراندازهای مختلف علیه شیلی (۱۹۷۳)، معمولاً با الهام از تحریم‌های دولتی رسمی، شرکت‌های اصلی، شرکت‌های چند ملیتی، محدودیت‌هایی را در مورد رفتار تجاری شرکت‌های وابسته‌شان، اعمال می‌نمودند (همان منبع، ص ۱۹). تحریم‌های خصوصی معمولاً مطابق با حقوق ملی مورد قضاوت قرار می‌گیرند؛ مگر اینکه دولت آن‌ها را آغاز کرده یا دستور داده باشد یا به وسیله معاهدات دوجانبه یا چندجانبه، دولت متعهد شده باشد که جلوی تحریم را بگیرد (هاشمی، ۱۳۸۶، ص ۲۰) و اگر مشخص شود که یک تحریم خصوصی غیرقانونی بوده تنها در موارد نادری همچون موارد مربوط به نقض قواعد حمایت از زندگی و اموال بیگانگان، مسئولیت بین‌المللی دولت مطرح خواهد شد (فیوضی، ۱۳۹۲، ص ۲۷). تداوم تحریم‌های خصوصی در دهه‌های اخیر به واسطه مبادلات بین‌المللی و تجارت بین‌الملل که تابع قواعد خاص حقوق بین‌الملل است، بسیار کمرنگ‌تر شده است، چرا که باعث مسئولیت بین‌المللی دولت می‌شود و جبران خسارت را به دنبال خواهد داشت.

تحریم مالی یکجانبه علیه دولت جمهوری اسلامی ایران

تحریم مالی نوعی از تحریم‌های هوشمند و به عنوان ابزار سیاسی و نه جایگزینی برای سیاستی خاص، اعمال می‌شوند. تحریم‌های مالی بر جنبه‌های پولی و اقتصادی یک کشور تمرکز دارند و اگر در اقتصاد یک کشور ابزارهای مالی آن مسدود شوند، برقراری تجارت با سایر کشورها عملاً غیر ممکن می‌شود تحریم‌های مالی به لحاظ تخریب زیر ساخت‌های اقتصادی، کاهش ظرفیت‌های تولید را به دنبال خواهد داشت (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۱) و در نهایت کاهش رفاه عمومی را در پی خواهد داشت. از این رو، هر چه کشور هدف به طور ذاتی سرمایه زیادی داشته باشد موثرتر خواهد بود، چرا که هدف تحریم مالی، دارایی‌های کشور هدف است (ابراهیمی، ۱۳۸۷، ص ۸). تحریم‌های مالی با هدف کاهش منابع و دارایی‌های موجود در بانک‌های خارجی و سایر منابع خارجی کشور هدف صورت می‌پذیرد. به عنوان مثال در اجرای قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت در سال ۲۰۱۰، دارایی‌های هواپیمایی جمهوری اسلامی ایران که عضو اتحادیه حمل و نقل هوایی «پاتا» می‌باشد توسط این نهاد بین‌المللی، مسدود گردید. در تحریم‌های مالی امکان استفاده از منابع و دارایی‌های جدید نیز از بین می‌رود به این ترتیب، دلایل کاملاً انسانی آن از چشم تحریم‌کنندگان دور می‌ماند. مسدود کردن دارایی‌ها، آثار و عواقب ناگواری را بر زندگی خصوصی افراد نیز بر جای می‌گذارد (همان منبع، ص ۱۰). تحریم‌های مالی محدودیت‌ها و فشارهایی بر روابط مالی کشور هدف اعمال می‌کند؛ بطوری که سرمایه‌گذاری و تامین مالی و معاملاتی کشور هدف تحت فشار قرار می‌گیرد. تحریم‌های مالی حوزه‌های گسترده‌تری را از قبیل: ممنوعیت بیمه‌ها و سایر خدمات مالی، ایجاد محدودیت‌های بانکی،

ممنوعیت نقل و انتقالات مالی، بلوکه نمودن دارایی‌های خارجی کشور هدف، ایجاد ممنوعیت در خرید و فروش نفت خام و فرآورده‌های نفتی، ایجاد اختلال در گشایش اعتبار اسنادی برای تجار، ایجاد موانع در جذب سرمایه‌گذاری خارجی نیز از اهداف تحریم‌های مالی به شمار می‌آید.

الف) تحریم‌های مسافرتی یکجانبه

تحریم‌های مسافرتی نیز یکی دیگر از انواع تحریم‌های هوشمند است که منشاء خلق این نوع تحریم در استکهلم، بر می‌گردد که با موضوع تحریم هدفمند ایجاد شد. در این نوع تحریم، افراد خاصی به واسطه رابطه ارگانیک با حکومت کشور هدف از مسافرت به کشورهای خاصی منع می‌شوند. شایان ذکر است، در تحریم‌های مسافرتی، تعویق و لغو دیدارهای رسمی و.. نیز مورد نظر قرار می‌گیرد.

ب) تحریم‌های تجاری یکجانبه

تحریم تجاری نیز یکی دیگر از انواع تحریم‌های هوشمند می‌باشد. در این نوع تحریم کالا و خدمات خاصی مورد تحریم قرار می‌گیرد (نظیر تحریم نفتی ایران از طرف اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۲) و در آن فروش مستقیم یا غیرمستقیم و یا هر نوع تجهیزات مرتبط با موضوع تحریم محدود می‌گردد (فلسفی، ۱۳۷۴، ص. ۶). تحریم‌های تجاری شامل سهمیه‌بندی، تحدید و توقف کلی صادرات و واردات، رد هر نوع همکاری تجاری با کشور هدف، اعمال سیاست تبعیض‌آمیز تعرفه‌ای، تعلیق و لغو موافقتنامه‌های تجاری و پروژه‌های مشترک، ممنوع کردن صادرات هر نوع تکنولوژی، متوقف کردن معاملات تجاری در حال انجام، قطع، تعلیق و لغو کمک‌های فنی و برنامه‌های آموزشی نیز از اهداف تحریم تجاری می‌باشد (همان منبع، ص. ۸).

ج) تحریم‌های با دستکاری

این نوع تحریم، جامعه کشور مورد هدف را مدنظر قرار می‌دهد و الزاماً پیامی روشن برای حکومت ندارد. تحریم با دستکاری به جای سعی در اجبار طرف مقابل سعی در تحریک و تهییج مردم و جامعه دارد (ابراهیمی، ۱۳۸۷، ص. ۲۸). هدف اینگونه تحریم‌ها ایجاد فاصله بین مردم و رهبرانشان است؛ به حدی که رهبران مواضع قدرتمند خویش را از دست بدهند. مخاطبین این نوع تحریم‌ها عموم مردم هستند و هدف آن‌ها بیگانه ساختن آن‌ها از رهبران است. این نوع تحریم در صدد تاثیرگذاری بر جامعه‌ای برای تغییر سیاست حکومت خود است (همان منبع، ص. ۳۰)؛ به تعبیری می‌توان گفت، خط و مشی تحریم‌های با دستکاری بی‌ثبات‌سازی یا سرنگونی جامعه کشور هدف است و به دنبال متزلزل کردن نظم اجتماعی و سیاسی جامعه است.

د) تحریم‌های اجباری

این نوع تحریم برخلاف تحریم با دستکاری متوجه رهبری و نفوذ بر آن است نه خود جامعه. از این رو تحریم اجباری باید دربرگیرنده پیامی روشن برای حکومت باشد که بیانگر تغییر سیاست مورد نظر از جانب رهبری کشور هدف است (توسل جهرمی، ۱۳۸۳، ص. ۱۰) و برای اینکه مطرود جامعه خود نشود، تسلیم می‌شوند. اما این نیز ممکن است رهبران کشور هدف بر مبنای محاسبه عقلانی و یافتن بهترین راه‌حل برای کشورشان به تغییرات خواسته شده گردن نهند. نکته‌ای که در تحریم‌های اجباری قابل ملاحظه است این است که اینگونه تحریم‌ها کمتر به اهداف سیاسی خود دست می‌یابند (همان منبع، ص. ۱۳).

غیرمشروع بودن تحریم‌های فرامنشوری در حقوق بین‌الملل

در اعتبار اعمال تحریم‌های یکجانبه و ثانویه از لحاظ حقوقی حتی در بهترین حالات آن، جای تردید وجود دارد و به وضوح نقض حقوق بین‌الملل در تحریم‌های یکجانبه و ثانویه ملاحظه می‌گردد. جامعه

بین‌المللی تنها حدود این اختیارات را به سازمان ملل متحد آن هم در وضعیت‌های خاص که تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی باشد، داده است؛ از این منظر اقدامات یکجانبه دولت‌ها برای اعمال اقدامات اقتصادی قهرآمیز علیه سایر دولت‌ها هیچ مبنایی در حقوق بین‌الملل نداشته و مجمع عمومی سازمان ملل متحد بارها این قبیل اقدامات را به عنوان وسیله‌ای جهت دستیابی به اهداف سیاسی تقبیح کرده است (تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۷، ص. ۷۳). در این قطعنامه‌ها مجمع عمومی سازمان ملل متحد از کشورهای پیشرفته که دارای قدرت اقتصادی هستند می‌خواهد که از موضع برتر خود به عنوان ابزاری برای اعمال فشار اقتصادی با هدف ایجاد تغییر در سیاست‌های اقتصادی، سیاسی، تجاری و اجتماعی علیه کشورها استفاده نکنند. همچنین تصریح نموده است، کشورهای پیشرفته و توسعه یافته می‌بایست از اعمالی که باعث محدودیت تجاری، محاصره اقتصادی و ممنوعیت معامله و سایر مجازات‌های اقتصادی مغایر با منشور ملل متحد علیه کشورها در حال توسعه را به عنوان شکلی از اجبار سیاسی که بر توسعه اقتصادی، سیاسی و اجتماعی این کشورها (کشورهای در حال توسعه) را که اثرگذار است، خودداری نمایند (زمانی، ۱۳۷۷، ص. ۲). باوت^۱ معتقد است در مواردی که اقدامات اقتصادی منجر به نقض تعهدات عهدنامه‌ای خاص یا اصلی از حقوق بین‌الملل گردد، غیر قانونی است. لیلیچ^۲ بر این باور است که اجبار اقتصادی حتی در خشن‌ترین شکل آن تنها هنگامی رواست که منطبق با اقدامات مجاز بین‌المللی اعمال شود و فراتر از آن مبنایی حقوقی یافت نشود (تاموشات، ۱۳۸۶، ص. ۸). در اعمال تحریم‌های یکجانبه می‌توان به تحریم در بخش حمل و نقل هوایی ایالات متحده علیه جمهوری اسلامی ایران اشاره نمود که از اواخر دهه ۸۰ شروع شده و تا حال ادامه دارد و علیرغم تلاش وافر متخصصان و کارشناسان داخلی به منظور به حداقل رساندن آثار ناشی از تحریم‌های اعمال شده، تأثیرات منفی خود را بر توسعه در این بخش و همچنین ایمنی فعالیت‌های هوانوردی کشورمان بر جای گذاشته است (همان منبع، ص. ۱۲). جمهوری اسلامی ایران در راستای تحریم‌های فوق‌الذکر که نقض آشکار تعهدات بین‌المللی از جانب آمریکا است، اقداماتی حقوقی و قانونی انجام داده است، ولی متأسفانه تاکنون منجر به نتیجه قطعی نشده است. با عنایت به این که صنعت حمل و نقل هوایی بخشی از تجارت بین‌المللی آزاد است، تحریم در این بخش، تأثیرگذار و مانع از توسعه حمل و نقل هوایی می‌باشد و همچنین، مانع از دستیابی به این حق بشری و جلوگیری از رشد و افزایش ایمنی در بخش حمل و نقل هوایی می‌باشد (Malka, ۲۰۱۶, p. ۳). صنعت حمل و نقل هوایی از جمله صنایع پر جاذبه در دنیا است. در حال حاضر مطابق آخرین آمارها، هزاران فروند هواپیمای مسافری، میلیاردها مسافر را در سال جابجا می‌کنند و برخی از شرکت‌های بزرگ هواپیمایی مانند: بریتیش ایرویز، ایرفرانس، لوفت هانزا، در اروپا و امریکن ایر و ایرکانادا در امریکای شمالی، هر کدام گردش مالی بالای ۵ میلیارد دلار در سال دارند (ibid, p. ۸)؛ بنابراین با اطمینان می‌توان گفت، صنعت هواپیمایی همانند خون در رگ حیات اقتصاد جهانی است و بدون بهره‌مندی از این فناوری پیشرفته ادامه حیات اقتصادی کشورها اگر غیر ممکن نباشد، بی‌تردید بسیار دشوار خواهد بود؛ لذا تحریم‌ها مانع از رشد این صنعت است. با توجه به این که فناوری ساخت هواپیما در دنیا منحصر به چندین شرکت بزرگ نظیر: هواپیما سازی بوئینگ و ایرباس و هواپیما سازی روسیه مهمترین آن‌ها هستند که اکثر کشورها از مصرف‌کنندگان هواپیماهای مسافربری آن‌ها محسوب می‌شوند و این فناوری نیز در دنیا در حال پیشرفت است و با اعمال تحریم دستیابی و توسعه این صنعت عملاً نقض می‌شود و این حقی است که کاربرد انسانی دارد نه سیاسی چرا که وقتی ایمنی یک هواپیما در خطر باشد امنیت جان مسافران آن در خطر است و جان هزاران نفر مردم بیگناه به مخاطره می‌افتد (شریف، ۱۳۷۳، ص. ۲۱) بطور کلی، تحریم‌های یکجانبه در پرتو سه اصل عدم مداخله، اقدام متقابل و فرا سرزمینی بودن تحریم‌ها قابل بررسی می‌باشد. در ادامه به صورت جداگانه به هر یک از موارد مذکور پرداخته خواهد شد.

۱. Bavet

۲. Liliche

غیرمجاز بودن تحریم‌های فرامنشوری در پرتو اصل عدم مداخله

تحریم‌های یکجانبه، ناقض اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها است این اصل در رویه دولت‌ها وجود دارد و به نحو قاطعی پذیرفته شده و از وجود اجماعی حقوقی میان دولت‌ها حمایت می‌کند. اصل عدم مداخله در کنوانسیون مونته‌ویدئو در مورد حقوق و وظایف دولت‌ها در سال ۱۹۹۳ در ماده ۸ به آن اشاره شده است و در اسنادی نیز نظیر منشور سازمان کشورهای آمریکایی ۱۹۴۸ در ماده ۱۵ این منشور، پذیرفته شده است (Versailles, ۲۰۱۶, p. ۲)، در ماده ۸ منشور اتحادیه عرب در سال ۱۹۴۵ نیز مورد توجه قرار گرفته است، منشور سازمان وحدت آفریقا در سال ۱۹۶۳ در ماده ۳ این منشور به حقوق دولت‌ها توجهی ویژه داشته است. با توجه به ماده ۳۲ منشور حقوق و وظایف و تکالیف اقتصادی دولت‌ها اعلام می‌دارد: «هیچ دولتی نمی‌تواند از اقدامات اقتصادی، سیاسی، یا هر نوع دیگر از این اقدامات برای مجبور کردن دولتی دیگر به منظور فرمانبرداری از آن در اعمال حق حاکمیت خود استفاده نماید یا این اقدامات را تشویق کند (ibid, p. ۴). بند ۲ قطعنامه ۲۱۳۱ اجلاس ۲۰ مجمع عمومی در ۱۹۶۵ نیز مقرر می‌دارد: «هیچ دولتی نمی‌تواند از اقدامات اقتصادی سیاسی یا هر نوع دیگر از این اقدامات را تشویق کند یا تضمین هر نوع امتیازی را از آن دولت مطالبه نماید. همچنین قطعنامه‌های شماره ۲۶۲۵ و ۳۲۸۱ به اصل عدم مداخله دولت‌ها تاکید دارد (بیگدلی، ۱۳۸۳، ص. ۳۲). تحریم‌ها به نوعی نظم اقتصادی و داخلی بازار یک کشور را برهم می‌زند به نحوی که فعالیت‌های هدف دار تولیدی در روند خود دچار مشکل می‌شوند و اثرات زیانباری در تخریب زیر ساخت‌های اقتصادی یک کشور را در برداشته و باعث کاهش تولید و در نهایت بر هم زدن رفاه و آرامش یک جامعه گشته و آن را دچار بر هم ریختگی می‌کند (همان منبع، ص. ۲۶).

غیرمجاز بودن تحریم‌های فرامنشوری در پرتو اصل اقدام متقابل

اقدام متقابل به عنوان یک اصل پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل می‌تواند از جانب یک کشور علیه کشور دیگر اعمال گردد ولی دامنه مواردی را که دولت لطمه دیده می‌تواند به استناد اقدام متقابل به اجبار اقتصادی یا سیاسی متوسل شود را محدود می‌کند (شایگان، ۱۳۸۰، ص. ۳۲)؛ نخست این که دولت لطمه دیده یا قربانی تنها حق دارد به اقدامات متقابلی که در حقوق بین‌الملل تعیین و محدود شده است، متوسل شود. دوم این که توسل به انواع خاصی از اقدام متقابل ممنوع است. کمیسیون حقوق بین‌الملل، هر نوع اجبار اقتصادی یا سیاسی شدید به منظور به خطر افتادن تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت‌ها را در زمره اقدامات متقابل غیرقانونی، فهرست کرده است (Wilson, ۲۰۱۵, p. ۱۲). با برداشت موسع از ایده کمیسیون حقوق بین‌الملل، چنین به نظر می‌رسد که معمولاً تحریم‌های یکجانبه صرفنظر از ایرادات حقوقی وارد بر آن، به علت سیاست‌های اعمالی در جهت همسو کردن کشور هدف با جامعه بین‌المللی است و این نکته را تداعی می‌کند که نمی‌تواند به عنوان اقدام متقابل لحاظ گردد لذا فاقد وجهت قانونی خواهد بود. با توجه به سوابق تحریم‌ها که معمولاً از جانب کشورهای پیشرفته علیه کشورهای در حال توسعه اعمال می‌گردد، به نظر نمی‌رسد از جانب این کشورها نقضی علیه آن‌ها صورت بگیرد که متوسل به اقدام متقابل باشند. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که روند جهانی شدن و رشد فزاینده تجارت بین‌الملل موجب شده است که کشورها نیازهای اقتصادی خود را از طریق تبادل یکدیگر تامین کنند نه با اقدام متقابل با هدف وادار ساختن کشور تحریم شده به تغییر رفتار و خط‌مشی سیاسی، آن هم از طریق تحمیل فشارهای اقتصادی که به ندرت موفقیت آمیز بوده است. در واقع، از دید کشور تحریم‌کننده تحریم‌ها پاسخی هستند به اقداماتی که از دید حقوق بین‌الملل خطا نامیده می‌شوند؛ در این باره، هابز که واقع‌گرا است معتقد است مجازات می‌بایست در چهارچوب حکومت قانون و اقتدار مشروع قابل فهم باشد، بدین معنی که اولاً باید قانون وجود داشته باشد که بتوانیم بگوییم کشوری تخطی از یک قانون نموده و ثانیاً، حکومت مشروعی باید وجود داشته باشد که با آن خاطی برخورد کند (صادقی و طارم سری، ۱۳۸۵، ص. ۳۲). در سطح بین‌المللی نه قانون مشخص است و نه حکومت مشروع پس تنبیه و مجازات عملی نیست و لذا از دید ایشان، این اعمال

مجازات یا تحریم نیست بلکه یک اقدام خصمانه است که در شرایط جنگ اعمال می‌شود؛ از این رو در سطح بین‌المللی، هیچ مجازاتی نمی‌تواند وجود داشته باشد (همان منبع، ص. ۳۶).

غیرمجاز بودن تحریم‌های فرامنشوری در پرتو اصل فرا سرزمینی بودن تحریم‌ها

اصل فراسرزمینی بودن تحریم‌ها نیز از نظر حقوق بین‌الملل غیرمجاز می‌باشد و مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قطعنامه‌های شماره ۱۹/۴۷ و ۵۰/۱۰^۱ ضمن اظهار نگرانی از اعمال قوانین و مقررات دولت‌های عضو که آثار محدودیت‌های فرا مرزی آن‌ها، حاکمیت داخلی سایر دولت‌ها و منافع مشروع واحدها یا اشخاص دارای صلاحیت و همین‌طور آزادی تجارت و کشتیرانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، خودداری نمایند (به‌کیش، ۱۳۸۸، ص. ۷) و همچنین بار دیگر تقاضای خود را از همه دولت‌ها تکرار می‌کند که اعلام و اعمال این قوانین و مقررات به گونه‌ای منطبق با تعهداتشان به موجب منشور سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل که در ضمن آن بر آزادی تجارت و کشتیرانی تأکید دارند، خودداری کنند. این قطعنامه‌ها از دولت‌ها می‌خواهند که چنین قوانینی را لغو نمایند. قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد تشریح می‌کند که هیچ دولتی حق ندارد به هر دلیلی به طور مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی و یا خارجی دولتی دیگر مداخله کند. مجمع عمومی در قطعنامه‌های دیگری نظیر، ۲۶۲۵ که در سال ۱۹۷۰ منعقد شده است، تأکید به این موضوع دارد که هیچ کشوری حق استفاده از فشار اقتصادی، سیاسی یا هرگونه فشار دیگری برای مجبور کردن کشور دیگر برای تبعیت از حاکمیت کشور متقابل باشد را ندارد (زمانی و میدانی، ۱۳۸۵، ص. ۲۲) و بر اصول حقوق بین‌الملل در خصوص روابط دوستانه و همکاری میان ملل توجه دارد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۶ قطعنامه‌ای تحت عنوان «حذف تدابیر اقتصادی» به شماره A/RES / ۵۱/۲۲ تصویب نمود. در بند ۲ این قطعنامه، واضعان این قوانین را ملزم به حذف قوانین یک جانبه با ویژگی فرا سرزمینی نموده و در بند ۳ از کلیه کشورها می‌خواهد که تدابیر اقتصادی یکجانبه با ویژگی فرا سرزمینی را به رسمیت نشناسند (همان منبع، ص. ۲۶). قطعنامه‌های ۵۸/۱۹۸ سال ۲۰۰۳ و همچنین قطعنامه ۶۲/۱۸۳ در سال ۲۰۰۷ فشار اقتصادی با ویژگی فرا سرزمینی را محکوم کرده است. هر چند این قطعنامه‌ها الزام‌آور نیستند و نمی‌توان گفت مفاد آن ویژگی عرفی پیدا کرده است؛ اما، تخطی کشورهای غربی از اصول این قطعنامه‌ها، بیانگر بی‌احترامی به تمام کشورهای رأی دهنده به این قطعنامه‌هاست که عموماً هم جهان سومی هستند.

تحریم‌های فرامنشوری و نقض قواعد مسلم حقوق بین‌الملل

تحریم‌های فرامنشوری اعمالی از طرف کشورهای اروپایی و علی‌الخصوص ایالات متحده آمریکا علیه ایران اصول بدیهی یا همان چیزی که در حقوق بین‌الملل به آن ارگا اومنس^۲ گفته می‌شود را نقض می‌کند این اصول عبارتند از:

الف) نقض حق حیات

بدون تردید اصلی‌ترین حقی که در زمره حقوق بشر به حساب می‌آید و از آن به عنوان مادر حقوق بشر نام برده می‌شود به هیچ وجه قابل تعلیق و تهدید نیست حق حیات است. نقض این حق صرفاً با اعدام و کشتار رخ نمی‌دهد بلکه مانع امرار معاش شدن هم خود مصداق نقض حق حیات است (وکیل و عسگری، ۱۳۸۳، ص. ۱۹) و تحریم‌های اعمالی علیه صنعت نفت و بانک ملی ایران کاملاً علیه امرارمعاش ایران است؛

۱. General assembly resolution ۴۷/۱۹ ۲۴ November ۱۹۹۲

۲. general assembly resolution ۵۰/۱۰

۳. Erga omnes

چرا که بخش اعظم تامین معاش ایرانیان^۱ از محل نفت است و بانک مرکزی در واقع صندوق مالی همه ملت است و تحریم این دو بدون شک نقض حق حیات ملت ایران است چرا که نمی‌تواند پول تحصیل کنند و یا پولی ذخیره کنند (همان منبع، ص. ۲۲) تا با آن امرارمعاش نمایند. تحریم‌ها از سوی دیگر آثار خطرآفرین دیگری را نیز ایجاد کرده است که ظاهراً واضحین تحریم با اطلاع دقیق از این آثار مرگبار، اقدام به تشدید و موثر کردن تحریم‌ها نموده‌اند؛ از این جمله در گزارش ۲۰۱۲ کنگره آمریکا به اثر تحریم‌ها بر روی وضعیت انسانی ایران اشاره شده است. این گزارش نتیجه تحریم‌های آمریکا بر صنعت هوایی در ایران را از سال ۱۹۹۵، کشته شدن ۱۷۰۰ مسافر و کاهش سفرهایی هوایی در ایران عنوان می‌کند (katman, ۲۰۱۲, p. ۶۴). این گزارش تاکید می‌کند چنین آثاری نیز از جهت ایجاد جو روانی علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، مد نظر بوده است (Ibid, p. ۶۵)

ب) نقض حق توسعه

حق توسعه از محوری‌ترین موضوعات اسناد نسل سوم حقوق بشر است که از حقوق مسلم کشورهای در حال توسعه به واسطه استعماری که علیه آن‌ها روا داشته است، این حق در میثاق بین‌الملل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مهمتر از آن در اعلامیه حقوق و تکالیف اقتصادی دولت‌ها ۱۹۷۴ با اجماع پذیرفته شده و از حقوق بین‌الملل، عام محسوب می‌گردد. لازم به ذکر است، این حق واجد دو موضوع است:

- ✓ تلاش کشورها برای توسعه خود که مورد احترام سایر دول و سازمان‌های قرار بگیرد.
- ✓ کشورهای توسعه یافته تمامی تلاش مادی و تکنولوژیک خود را جهت کمک به کشورهای جنوب و در حال توسعه مصرف دارند.

هر دو گزاره حق توسعه با تحریم علیه ایران نقض شده است چرا که کشورهای تحریم‌کننده که همگی از کشورهای توسعه‌یافته محسوب می‌شوند، هیچگاه حق توسعه ایران را به رسمیت نشناخته‌اند (tsebelis, ۱۹۹۰, p. ۲). برای مثال در دستیابی ایران به انرژی هسته‌ای همچنان آن را با خلل متعددی مواجه کرده و از سوی دیگر خود موانع متعددی را در مقابل آن قرار داده‌اند و هیچ کمکی نیز به تلافی روزهای استعمار پرداخت نکرده‌اند.

ج) نقض حق تعیین سرنوشت

از اساسی‌ترین اصول حقوق بین‌الملل و حقوق بشر، حق تعیین سرنوشت ملت‌ها در حوزه سیاسی، مدنی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است به این ترتیب هر ملتی حق دارد هر نوع نظامی را در کشور خود مبتنی بر کلیات حقوق بشری استوار کند و هیچ شخصی اعم از کشور یا سازمان بین‌المللی حق دخالت و ورود در مسائل آن کشور را ندارد (متقی، ۱۳۷۸، ص. ۲۳) و تحریم به عنوان ابزاری که ماهیتاً مجازات غیرنظامی محسوب می‌گردد نافی این اصل است چرا که ملیت هدف را مجبور به انجام عمل ناخواسته‌ای می‌نماید. تحریم‌های غرب علیه ایران به هدف تغییر نظر ایرانیان در خصوص نظامی که مستقر کرده‌اند و یا انرژی هسته‌ای که هم اکنون جزئی از هویت آن‌ها شده است بدون هیچ تردیدی نقض حق تعیین سرنوشت آن‌ها در حوزه سیاست و اقتصاد است (ممتاز، ۱۳۹۰، ص. ۵). در توضیح این نکته لازم به ذکر است که برخی عنوان کرده‌اند که قید هر حقی عدم اصرار به غیر است و حق ایرانیان در داشتن سلاح هسته‌ای چون ممکن است ایران از این انرژی بهره‌ای نظامی ببرد و به حقوق سایرین تجاوز کند باید معلق گردد (همان منبع، ص. ۷). کسانی که چنین ادعایی را در قالب اینکه ممکن است ایران به صلاح هسته‌ای دست پیدا کند، مطرح می‌نمایند، خود باید دقت داشته باشند که اگر چنین استدلالی با امکان وقوع در مورد ایران مطرح می‌گردد در مورد خود آن‌ها که از صلاح هسته‌ای استفاده و دست به نسل‌کشی در هیروشیما و ناکازاکی با بمب اتم، نسل‌کشی در ویتنام با سلاح بیولوژیک و سمی، نسل‌کشی در عراق با سلاح‌های اورانیوم ضعیف شده و.. زده‌اند با قطعیت مطرح می‌شود (abisaab, ۲۰۰۱, p. ۶)، پس آن‌ها باید تمامی

۱. gpo

فعالیت‌های خود در زمینه هسته‌ای و بیولوژیک و شیمیایی را معلق کنند چون اساساً حق داشتن این صنایع و فناوری‌ها را به علت اضرار قطعی ندارند. نکته دوم اینکه، استدلال‌های مطروح سرشار از مغالطه است چرا که عبارت قید هر حقی، عدم اضرار به غیر است. صرفاً اثبات می‌کند که حق نباید در مقام نقض حق دیگری بر بیاید ولی اثبات اینکه دیگران به گمان خود باید حقوق دیگری را معلق کنند از گزاره مذکور قابل درک نیست.

د) نقض تعهدات قراردادی در تحریم‌های فرامنشوری

از تعهدات بین‌المللی که اعتبار آن‌ها غیرقابل تردید است، مخصوصاً آنکه طرفین تعهد همواره در اشکال مختلف به دوام تعهد ناشی از قرارداد اظهار کنند (علی زاده ۱۳۸۰ ص ۲۹)، عهدنامه مودت میان دو کشور ایران و آمریکا است که حتی بعد از انقلاب و هم اکنون طرفین علی‌الخصوص طرف آمریکایی در دیوان داوری ایران و آمریکا به آن استناد می‌کنند. بر این اساس طرفین حق انجام رفتارهای خصومت‌آمیز و علیه منافع یکدیگر را ندارند. در حالی که این عهدنامه همچنان باقی و حاکم است وضعیت تحریم اساساً قابل قبول نیست چرا که نقض تعهد قراردادی محسوب می‌شود و البته از سوی دیگر ناقض استدلال‌های طرف آمریکایی در بقای عهدنامه مودت می‌باشد (همان منبع، ص ۳۳).

ن) نقض آزادی تجارت در تحریم‌های فرامنشوری

از اصول موافقتنامه‌ها و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله موافقتنامه تریپس (ماده ۶۴) و اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل و حیات متمدنانه انسان در وضعیتی که جهانی شدن به صورت پروژه - پروسه در حال پیگیری است ناگزیر از آزادی تجارت است (Young, ۲۰۱۵, p. ۲۰). سازمان جهانی تجارت و پیمان گات مبین این ضرورت است. در چنین حالتی، تحریم آن هم علیه کشوری که بخش عمده‌ای از انرژی جهان را تولید می‌کند به دو معنا است:

- تجارت آزادی برای کشور مورد تحریم شناسایی نشده است.
- تجارت آزاد به علت ناامنی در بازار، دچار ریسک و اخلاص حاد می‌شود و سایرین از انجام تجارت آزاد روی برگردان می‌شوند و از تجارت جهانی دوباره به سمت تجارت ملی روی برگردان خواهد شد.

و) نقض منع توسل به زور در اعمال تحریم‌های منشوری

توسل به زور در هر قالبی بعد از حکومت منشور ممنوع شده است؛ به این معنا که هر ابزاری که به معنای توسل به زور باشد، مطرود است. منشور اقدام خودسرانه و خارج از منشور را نیز مطرود اعلام می‌کند و قطعنامه ۵۱/۹۱ نیز تدابیر یک جانبه اقتصادی را نهی کرده است (بزدان فام، ۱۳۸۵، ص ۴). مجموع اسناد بین‌المللی حتی قبل از منشور هرگونه توسل به زور را صرفاً در مقام مقابله به مثل و دفاع مشروع که باید خط واقعی و قطعی و اقدام متناسب از قبل احراز شود پذیرفته و سایر اقدامات را نقض بنیادین حقوق بین‌الملل می‌داند (همان منبع، ص ۷)؛ به علاوه نکته توسل به زور، اصل برابری میان دولت‌ها را که از معاهده برتر است نیز نقض می‌کند. تحریم یکجانبه به این ترتیب به عنوان اقدامی خودسرانه بنیاد حقوق بین‌الملل را زیر سوال می‌برد چرا که اقدامی است که اجبارآمیز برای نفی استقلال و برابری دولت‌ها محسوب می‌شود.

ه) نقض نظم عمومی بین‌المللی و صلح اقتصادی در اعمال تحریم‌های فرامنشوری

از مهمترین مفاهیم و محوری‌ترین ارکان منشور تامین صلح جهانی است به این معنا که حتی شورای امنیت نیز نمی‌تواند تصمیمی بگیرد که ناقض صلح جهانی و از مصادیق آن صلح اقتصادی باشد. می‌دانیم که از عوامل اساسی برقراری صلح روابط درهم تنیده دولت‌ها مبتنی بر همکاری اقتصادی است؛ در نتیجه هر

قدر به نقض همکاری اقتصادی دولت‌ها کمک شود به نامنی و نقض صلح کمک شده است. تحریم نفتی و اقتصادی ایران علی‌الخصوص تحریم بانک مرکزی ایران به معنای قطع ارتباط شبکه نفتی - گازی بخش عمده‌ای از کشورها با ایران و با هم است به علاوه آنکه در روابط اقتصادی ایران با بخش جنوبی خلیج فارس که همچنان بحران‌های سیاسی قابل توجهی به دلایل متعددی حاکم بر آن است، اثر منفی گذاشته و همه چیز را در منطقه ناپایدارتر خواهد کرد (عامری، ۱۳۷۷، ص. ۳۷). نکته دیگر آنکه، عدم تامین انرژی در جهان به دلیل تحریم ایران، می‌تواند موجب آشوب‌ها و ناراضی‌ها و یا بحران‌های سیاسی - اقتصادی جدیدی در جهان و همچنین تشدید بحران‌های موجود در غرب شود؛ چرا که، عدم تامین انرژی به معنای خوابیدن صنایع و سرمایه‌های متعددی در سراسر جهان، بیکاری کارگران، تورم جرائم ناشی از ناراضی‌ها، حمایت از تروریسم و رفتارهای ترغیب کشورهایمانند عربستان و عراق به افزایش تولید نفت خود بحران‌زاست چون از یک سو تعهدات آن‌ها را در نظم بین‌المللی و در قالب اپک را نفی می‌کند و از سوی دیگر در کشورهایی که خود ناپایدار و منشاء رفتارهای تروریستی قابل توجهی در جهان هستند موجب انباشت پول غیر مولد می‌شود (همان منبع، ص. ۳۹).

غیرمجاز بودن تحریم‌های فرامنشوری در پرتو قواعد آمره

این دیدگاه که کشورها و شورای امنیت دست کم به قواعد آمره ملتزم می‌باشند، مورد مناقشه نیست (زمانی، ۱۳۷۷، ص. ۳۲۵) آنچه که درباره آن اتفاق نظر وجود ندارد این است که آیا فقط شورای امنیت منحصرأ ملزم به رعایت قواعد آمره می‌باشد یا کشورها نیز ملزم به رعایت این قواعد هستند. طبق ماده ۵۳ عهدنامه ۱۹۶۹ وین قاعده آمره حقوق بین‌الملل قاعده‌ای است تخلف‌ناپذیر که تنها از طریق یک قاعده بعدی حقوق بین‌الملل با همان ویژگی پذیرفته شده و به رسمیت شناخته شده است. به رغم برخی ابهامات، ایرادات و کاستی‌ها می‌توان به عنوان یک تعریف کلی از قواعد آمره پذیرفت این عقیده که شورای امنیت فقط ملزم به رعایت قواعد آمره می‌باشد (همان منبع، ص. ۳۲۷). پذیرفتنی نیست؛ زیرا این نهاد به عنوان یک رکن اصلی سازمان ملل متحد، باید وظایف خود را براساس اساسنامه سازمان و نیز قواعد عام حقوق بین‌الملل و قواعد آمره و همچنین معاهدات بین‌المللی انجام دهد. این نکته را نیز باید مدنظر قرار داد که قاعده آمره منبع مستقلی محسوب نمی‌گردد؛ بلکه وصف و ویژگی سایر منابع حقوق بین‌الملل از جمله معاهدات عام و حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشد (پیله فروش، ۱۳۹۱، ص. ۱۱). به عبارت دیگر، قواعد آمره از حیث منشأ تکوین و تکامل همواره به معاهدات عام و حقوق بین‌الملل عرفی متکی هستند نتیجه‌ای که از احراز شخصیت حقوقی بین‌المللی سازمان‌های بین‌المللی استنباط می‌گردد این است که این سازمان‌ها علاوه بر آنکه باید وظایفی را بر مبنای اساسنامه خود انجام دهند، به همان ترتیب ملزم به رعایت کلیه اصول حاکم بر حقوق معاهدات، در رابطه با معاهداتی هستند که به عنوان یک شخصیت حقوقی بین‌المللی با دولت‌ها و یا سایر سازمان‌های بین‌المللی منعقد می‌نمایند (شریف، ۱۳۷۳، ص. ۶۶). دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی ۲۰ دسامبر ۱۹۸۰ در خصوص تفسیر معاهده ۱۹۵۱ میان سازمان بهداشت جهانی و دولت مصر اشعار می‌دارد، سازمان‌های بین‌المللی تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشند و بر این اساس موظف به رعایت تعهدات ناشی از قواعد عام حقوق بین‌الملل، اساسنامه خود و معاهداتی که ممکن است عضو آن باشند، خواهند بود (ICJ, ۱۹۹۲, P. ۱۰۰). قواعد آمره می‌تواند محدودیت‌های شناخته شده متعددی را که از اصول کلی حقوق بین‌الملل و عرف استنباط می‌شود، تکمیل نماید. عنوان فصل سوم طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، در نقض شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام می‌باشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود اشعار می‌دارد آن دسته از قواعد آمره که صراحتاً پذیرفته شده و مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، عبارتند از: ممنوعیت تجاوز، ژنوسید، برده‌داری، تبعیض نژادی، جنایات بر ضد بشریت، شکنجه و حق تعیین سرنوشت. سایر مصادیقی که در تفسیر کمیسیون آمده است عبارتند از: تجارت برده و آپارتاید، ممنوعیت شکنجه طبق تعریف ماده ۱ کنوانسیون ضد شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات‌های وحشیانه، غیرانسانی یا موهن و قواعد اساسی حقوق بشردوستانه بین‌المللی، قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه.

فهرست مذکور عمداً به صورت تمثیلی تنظیم گردیده و جنبه حصری ندارد (همان منبع، ص. ۲۳) و برای تکمیل آن باید تفسیر شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد را نیز مدنظر قرار داد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز، قواعد آمره را در ارتباط با موجبات زوال وصف متخلفانه و مشروعیت اقدامات متقابل نیز مورد اشاره قرار داده است. از آنجایی که تحریم‌های اقتصادی همانند اقدامات متقابل اعمالی واکنشی محسوب می‌شوند و برای آنکه از مشروعیت برخوردار باشند، در دارا بودن برخی از شرایط با اقدامات متقابل وجه مشترک دارند، نظر کمیسیون به تحریم‌های اقتصادی نیز قابل تعمیم می‌باشد. ضمن آنکه برخی از دیدگاه‌های کمیسیون بیانگر قواعد عرفی و یا اصول کلی حقوقی است. طبق قسمت (د) بند (۱) ماده ۵۰ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، اقدامات متقابل نباید بر تعهدات ناشی از قواعد آمره، تأثیر بگذارند. چنانکه کمیسیون در تفسیر ماده ۲۶ بیان داشته است، به عنوان مثال ژنوسید توجیه‌کننده ژنوسید متقابل نیست؛ بر این اساس، اصولاً اتخاذ تحریم‌های اقتصادی مغایر با موازین حقوق بشر در قبال نقض حقوق بشر مجاز نخواهد بود، مگر آنکه در چارچوب اصول ضرورت و تناسب، اهمیت حقوق بشری که هدف تحریم‌های اقتصادی حمایت از آنهاست، بیش از حقوقی باشد که از رهگذر اعمال تحریم‌های اقتصادی نقض می‌شوند. سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد به تعارض میان تصمیمات کشورها، شورای امنیت و قواعد آمره تسری می‌یابد یا خیر؟ طبق ماده ۱۰۳ منشور «در صورت تعارض میان تعهدات اعضاء ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آنها طبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به موجب منشور، مقدم خواهد بود»؛ در این مورد دو نکته وجود دارد؛ نخست اینکه ماده ۱۰۳ منشور صرفاً به تعهدات اعضاء سازمان ملل متحد اشاره نموده است و نه تعهدات ارکان سازمان از جمله شورای امنیت. لذا، به نظر می‌رسد که ماده ۱۰۳ در مقام بیان ارجحیت منشور بر هر معاهده دیگر در چارچوب نظام حقوقی ملل متحد می‌باشد؛ از آنجایی که روابط میان ارکان سازمان و اعضاء آن و نیز تصمیمات ارکان سازمان نسبت به دولت‌های عضو و غیرعضو، باید در چارچوب این نظام حقوقی تنظیم و اجراء گردد، ماده ۱۰۳ منحصر به دولت‌های عضو نبوده و سازمان ملل متحد و ارکان آن را نیز شامل می‌شود. و دوم اینکه، هر چند مقررات منشور از جمله ماده ۱۰۳ در معاهده‌ای چند جانبه وضع گردیده که ارکان سازمان طرف آن معاهده نبوده‌اند، اما این امر مانع از تسری این ماده و به طور کلی مقررات منشور به سازمان و ارکان آن نخواهد بود. از حیث حقوقی سازمان موجودیتش را از سند مؤسس می‌گیرد اما طرف سند مؤسس نمی‌باشد. با این وجود، کلیه ارکان چنین سازمانی باید مقررات معاهده مؤسس را رعایت کنند دلیل این امر را باید در موضوع معاهده منشور ملل متحد یافت (بیگدلی، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۷). در نتیجه شورای امنیت باید منشور را بر هر معاهده بین‌المللی دیگری که اعضاء ملل متحد و یا خود سازمان طرف آن محسوب می‌شوند، مقدم دارد. نکته دوم این است که ماده ۱۰۳ صرفاً به تعارض تعهدات قراردادی با منشور اشاره دارد. مفهوم و شامل تعارض تعهدات ناشی از قواعد آمره با تعهدات منطبق با منشور نمی‌شود؛ زیرا قاعده آمره به عنوان مفهومی ما فوق حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده عمل می‌کند (همان منبع، ص. ۱۴۸). کمکی که ماده ۱۰۳ منشور می‌تواند در مورد تعارض میان یکی از تصمیمات شورای امنیت و یک تعهد مهم معاهداتی به شورا بنماید، نمی‌تواند به تعارض میان یک قطعنامه شورای امنیت و قاعده آمره تسری یابد. منطقی است که سازمان ملل متحد و به ویژه شورای امنیت به عنوان حافظ حقوق اساسی جامعه بین‌المللی، خود نمی‌تواند تصمیمی اتخاذ یا اقدامی به عمل آورد که با قواعد بنیادین نظم حقوقی بین‌المللی تعارض داشته باشد (شایگان، ۱۳۸۰، صص. ۴۰-۴۱). روشن است که منشور ملل متحد حداقل در عالم حقوق همواره در معرض تهدید بطلان از طریق ایجاد یک قاعده آمره بین‌المللی می‌باشد و در صورت تحقق این امر، تجدیدنظر در منشور ضروری خواهد گردید؛ زیرا وجدان جامعه بین‌المللی با پذیرش قاعده آمره مغایر با منشور ملل متحد، در واقع اراده خود را جهت تجدیدنظر در منشور ظاهر ساخته است (همان منبع، ص. ۴۷). به این لحاظ با مسامحه می‌توان گفت، قاعده آمره می‌تواند زیر بنای قانون اساسی در جامعه بین‌المللی قرار گیرد و به همین دلیل منشور ملل متحد در پرتو اوامر و نواهی آن قرار می‌گیرد؛ زیرا در تحلیل نهایی معاهده‌ای بین‌المللی با ویژگی‌های خاص خود می‌باشد و نه بیشتر و در سلسله مراتب حقوقی، قاعده آمره بر آن حکومت می‌نماید

(شریف، ۱۳۷۳، ص. ۸۱). شورای امنیت در ایفای مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نسبت به کلیه دولت‌ها اعم از عضو و غیرعضو می‌تواند اتخاذ تصمیم نماید. قواعد آمره مندرج در معاهدات بین‌المللی نیز بر منشور مقدم می‌باشند و شورای امنیت نباید آن‌ها را نقض نماید؛ بنابراین علیرغم سیاق ماده ۱۰۳ که منشور را مافوق سایر معاهدات قرار داده است، شورای امنیت حق ندارد از آن دسته از تعهدات قراردادی که از حقوق اساسی فرد در زمان صلح و در خلال مخاصمات مسلحانه حمایت می‌کنند تخطی نماید. از جمله این تعهدات، قواعد آمره می‌باشند که ذینفع اختیار اعراض از حقوق ناشی از آن را ندارد. نکته مهم این است که برخی از تعهدات حقوقی الزام‌آور مطلق وجود دارند که نه تنها دست دولت‌ها بلکه دست شورای امنیت را می‌بندند در نتیجه شورای امنیت موظف است در وضع برنامه‌های تحریم اقتصادی، قواعد آمره را در نظر بگیرد و حتی این قواعد را بر مقررات منشور نیز مقدم دارد بر این اساس، شورای امنیت، به عنوان مثال باید در اعمال تحریم‌های اقتصادی، حق حیات را که جزء قواعد آمره می‌باشد، رعایت نماید. برخی از نویسندگان معتقدند که حق حیات صرفاً از افراد در برابر سلب خودسرانه حیات از طریق اعدام، ناپدیدشدن، شکنجه و امثال آن حمایت می‌نماید و به سلب حیات از طریق گرسنگی یا عدم تأمین نیازهای اساسی از قبیل غذا، امکانات اولیه بهداشتی و مراقبت پزشکی تسری نمی‌یابد (اسلامی و نقدی، ۱۳۹۵، ص. ۲۳). کمیته حقوق بشر با چنین برداشت مضیقی از مفهوم حق حیات موافق نیست. این کمیته در نخستین تفسیر خود در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می‌نماید: «کمیته به این موضوع توجه دارد که حق حیات غالباً به نحو مضیق مورد تفسیر قرار گرفته است مفهوم صحیح حق ذاتی حیات در ماده ۶ را نمی‌توان به نحو مضیق تعبیر نمود و حمایت از این حق مستلزم آن است که دولت‌ها اقدامات ایجابی اتخاذ نمایند» (همان منبع، ص. ۴۵). براساس این دیدگاه، برنامه‌های تحریم نباید مانع از دستیابی مردم به حداقل کالاها و خدمات اساسی لازم برای حیات پایدار گردد؛ بنابراین جامعه بین‌المللی با توجه به التزام به قواعد آمره، نباید تحریم‌های اقتصادی را به نحوی اعمال نماید که حق حیات را خدشه‌دار نماید؛ بدیهی است تحریم‌های کامل و گسترده علیه کشورها، مردم را از دستیابی به غذا و دارو و سایر نیازهای اولیه محروم می‌سازد و مغایر با قاعده آمره احترام به حق حیات در معنای وسیعی که کمیته حقوق بشر برای آن قایل شده است، خواهد بود (mirshahi, ۲۰۱۲, p. ۲۳).

نتیجه‌گیری:

یافته‌های حاصل از تحقیق حاکی از آن است تحریم‌های فرامنشوری ابزاری سیاسی برای سیاست‌های خارجی دولت‌ها محسوب می‌شود هر چند دلایلی در رویه اجرایی داخلی کشورهای اقتصادی در مشروعیت اعمال تحریم مورد استناد است لیکن در حقوق بین‌الملل فاقد مبنای حقوقی می‌باشد تحریم‌های اقتصادی به طور کلی به جهت اجبار یا تاثیرگذاری بر یک کشور و به منظور تغییر رفتار غیرقانونی آن اعمال می‌گردد. در واقع رویکرد واضع تحریم‌ها در قبال عملکرد و سیاست‌های دولت از مجرای تدابیر اقتصادی محدودکننده متجلی می‌شود. اکثر تحریم‌ها در راستای پایان دادن به ماجراجویی نظامی یک دولت، محکومیت آزمایش‌های هسته‌ای، نقض حقوق بشر، ایجاد تزلزل در هیئت حاکمه یک کشور و تضييع برخی از موضوعات مرتبط با سیاست خارجی اعمال می‌گردد در تحریم‌های فرامنشوری، گاهی کشوری ممکن است دامنه تحریم را گسترش داده و از برقراری روابط بازرگانی مالی و سایر روابط با سایر کشورهای مورد تحریم، خودداری نماید که اصطلاحاً این نوع تحریم، تحریم یکجانبه نام دارد که گاهی کشور تحریم‌کننده از قلمرو داخلی آن نیز فراتر رفته و همچون قانون داماتو آمریکا علیه ایران برای کشورها و یا شرکت‌هایی که با کشور تحریم شده روابط مالی و غیره برقرار نمایند، مجازات تعیین می‌کند.

باید به این نکته توجه کرد که هدف از تحریم همان وادار کردن کشور تحریم شده به انجام رفتار معین یا وارد کردن خسارت به آن کشور می‌باشد. تحریم‌ها از دیگر تدابیر اقتصادی است که در راستای عدم پیشرفت و جلوگیری از اهداف اقتصادی یک کشور نظیر تعرفه‌های غیر موجه، ممنوعیت صادرات یا واردات اعمال می‌گردد.

فهرست منابع:

۱. بهکیش، محمد مهدی (۱۳۸۱)، اقتصاد ایران در بستر جهانی شدن، تهران، انتشارات نشر نی.
۲. تاموشات، کریستان (۱۳۸۶)، حقوق بشر، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی، بنیاد حقوق ایران، نشر میزان.
۳. زهرانی، مصطفی (۱۳۷۶)، نظریه‌های تحریم اقتصادی، نشر وزارت امور خارجه.
۴. شایگان، فریده (۱۳۸۰)، شورای امنیت و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. شریف، محمد (۱۳۷۳)، بررسی دکترین نامحدود بودن صلاحیت شورای امنیت، تهران، انتشارات اطلاعات.
۶. صادقی، سیفالله و طارم سری، مسعود (۱۳۸۵)، فرهنگ توصیفی اصطلاحات تجاری بین‌المللی و سازمان تجاری بین‌المللی و سازمان تجارت جهانی، تهران، موسسه مطالعات و تحقیق‌های بازرگانی.
۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا و همکاران (۱۳۸۸)، نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۳)، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران، انتشارات گنج دانش.
۹. عنابستانی، ابوالحسن (۱۳۹۲)، تحریم‌های اقتصادی و حقوق بنیادین بشر، موسسه مطالعات و تحقیق‌های حقوق شهر دانش.
۱۰. فیوضی، رضا (۱۳۵۲)، مسئولیت بین‌المللی و نظریه حمایت سیاسی، تهران، انتشارات مرکز مطالعات عالی بین‌المللی.
۱۱. موسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد (۱۳۸۷)، تحریم‌های اقتصادی آثار و پیامدها، سیاست‌ها و راهکارها، تهران، موسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد.
۱۲. وکیل، امیر ساعد و عسگری، پوریا (۱۳۸۳)، حقوق بین‌الملل اقتصادی، تهران، مجمع علمی مجد.
۱۳. ابراهیمی، معصومه (فروردین ۱۳۸۷)، اثرات تحریم اقتصادی آمریکا بر ایمنی حمل و نقل هوایی، مجله اقتصاد حمل و نقل، شماره ۲۷۳.
۱۴. اسلامی، محسن و نقدی، فرزانه (۱۳۹۵)، ابزارهای تحریم و سیاست خارجی آمریکا در قبال ایران، فصلنامه روابط خارجی سال هشتم، شماره ۴.
۱۵. آزاد بخت، فرید (تابستان ۱۳۸۶)، جایگاه پیشرفت در نظام امنیت جمعی نوین با تاکید بر اصلاحات ساختاری ملل متحد، فصلنامه مطالعات بین‌المللی ICJ.
۱۶. توسل جهرمی، منوچهر (بهار ۱۳۸۳)، حق توسعه در نظریه و عمل، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۰.
۱۷. حدادی، مهدی (۱۳۸۴)، تحریم‌های بین‌المللی: ابزار سیاست ملی یا ضمانت اجرایی بین‌المللی، فصلنامه حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱.
۱۸. زمانی، سید قاسم و سادات میدانی، سید حسن (۱۳۸۵)، عملکرد شورای امنیت در پرونده هسته‌ای ایران از ارجاع تا تحریم، مجله تحقیق‌های حقوقی.
۱۹. زمانی، سید قاسم (۱۳۷۷)، جایگاه قواعد آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی، شماره ۲۲.
۲۰. زهرانی، مصطفی (بهار ۱۳۷۶)، تحریم‌های اقتصادی از نظر تا عمل، مجله سیاست خارجی، سال یازدهم، شماره ۱.
۲۱. ظریف، محمدجواد و میرزایی، سعید؛ (بهار ۱۳۷۶)، تحریم‌های یکجانبه آمریکا علیه ایران؛ مجله سیاست خارجی؛ شماره ۱، سال یازدهم.
۲۲. فلسفی، هدایت الله (۱۳۸۴)، توالی معاهدات مربوط به حقوق بشر، همبودی و تعارض تعهدات دولت‌ها، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی شماره اول.

۲۳. متقی، ابراهیم (۱۳۸۷)، تاثیر نظام‌های تابع بین‌المللی بر سیاست خارجی و الگوی مداخله‌گری قدرت‌های بزرگ، فصلنامه راهبرد شماره ۱۷.
۲۴. ممتاز، جمشید (۱۳۶۰)، تحریم اقتصادی و حقوق بین‌الملل عمومی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۲۵. مولایی، یوسف (زمستان ۱۳۸۹)، حق توسعه از ادعای سیاسی تا مطالبه حقوقی: فصلنامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دوره ۴۰، شماره ۴.
۲۶. ولی زاده، اکبر (بهار ۱۳۹۰)، رهیافت و نظریه‌های کارایی تحریم در اقتصاد سیاسی بین‌المللی، فصلنامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۷. یزدان فام، محمود (زمستان ۱۳۸۵)، تحریم‌های بین‌المللی و امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال نهم، شماره چهارم، شماره مسلسل ۳۴.
۲۸. شعرخوانی، سارا (۱۳۸۷)، بررسی اثرات تحریم تجاری و مالی بر اقتصاد ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد اقتصاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

منابع انگلیسی

۲۹. Abi – Saab, George the concept of sanction in international law in united nation sanction and international law Vera gowlland debbas. kluwer law international ۲۰۰۱
۳۰. Abi-Saab, George, The Concept of Sanction in International Law, in: V. Gowlland-debbas (ed.), United Nations and International Law, The Hague: Kluwer Law International Publication, ۲۰۰۱
۳۱. Giumelli B.F. & Ivan.P.۲۰۱۳ The effectiveness of EU sanctions European policy center
۳۲. R. Rennie Atterbury, Unilateral sanctions: Relearning forgotten American society of international law proceeding, I ۹۹۷.
۳۳. Teebelis. G.۱۹۹۶ Are sanctions effective? Agame theoretic analysis The journal of conflict resolution
۳۴. Versailles, B. ۲۰۱۶ The economic implications of Iran's economic sanction relief
۳۵. Wilson; piter (۲۰۰۱). The economic factor in international relation, I.B. tauris publishers, London.
۳۶. Young. K. E. ۲۰۱۵ Post sanctions prospects for Gcc-iran trade. In h. ibish(ed). Confrontation or
۳۷. Farnaz Mirshahi, The UN ۱۲۶۷ Sanctions Regime: Due Process and Intelligence Evidence, ۲۰ I ۲, available at: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1۸۰۷/۳۳۴۳۲/1/Mirshahi_Farna_z_۲۰۱۲۱1_LLM_thesis.pdf
۳۸. Malka, H. ۲۰۱۶. US Israel ties after the agreement global forecast
۳۹. Pawlak p. ۲۰۱۶ iran after the nuclear deal. European Parliamentary research service

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴

صص: ۸۸۹-۸۷۹

نظریه مسئولیت کیفری؛ در قلمرو «یکپارچگی» یا «چند پارچگی»

حجت قهرمانی فرا^۱، دکتر باقر شاملو^۲، دکتر مهدی صبوری پور^۳، دکتر سیدمهدی احمدی موسوی^۴

۱- دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران

۲- دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Baghershamloo@gmail.com

۳- استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

۴- استادیار گروه حقوق، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران

چکیده

رویکرد فقهی مقنن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ در حوزه مجازات‌های حد، قصاص و تعزیر، موجب ایجاد نظامی افتراقی در اغلب نهادهای حقوق جزا گردیده است. تلقی مزبور، در بستر، تعدد و تکرار جرم، آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم، مرور زمان و... مبرهن و مشخص بوده و این منظر افتراقی، در بدنه مسئولیت کیفری نیز وارد و چارچوب این ضلع از حقوق کیفری عمومی را تحت تاثیر قرار داده است. از یک سو در قالب ماده ۱۴۰، مقنن در اصل تحقق مسئولیت کیفری، بلوغ، عقل و اختیار را در حدود، قصاص و تعزیرات به هیأتی واحد و بصورت «یکپارچه» و همسان مورد حکم قرار داده و در قسمت اخیر این مقرر صرفاً «اکراه در قتل» را مشمول استثناء می‌داند. از طرف دیگر، در احکام پراکنده و متعدد- ارتکاب جرم مستوجب حد و قصاص در افراد بالغ کمتر از هجده سال، شرایط مسئولیت در حدود، مستی، جنون، اکراه، شرایط عمومی قصاص ...- از قاعده کلی موصوف عدول کرده است. تخصیص اکثر در مقررات پراکنده حکایت از «چند پارچگی» احکام موصوف دارد. این پژوهش با روشی توصیفی - تحلیلی و رویکردی انتقادی، در سه قسمت بیان اصل و استثناء آن، تخصیص اکثر و عدول از قاعده و تفکیک اهلیت عبادی از اهلیت جزائی، این شیوه عملکرد قانونگذار را ناشی از نگاه عبادی در وضع مقررات مارالذکر، استنباط که با تفکیک «اهلیت عبادی» از «اهلیت جزائی» می‌توان به وضع نظامی «یکپارچه» و هماهنگ با حفظ احکام مسلم شرع مقدس دست یافت.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری، حد، قصاص، تعزیر، یکپارچگی، چند پارچگی.

مقدمه

در تبیین مفهوم مسئولیت کیفری، ارکان و شرایط آن حقوقدانان هم‌داستان نیستند. فقیهان اسلامی نیز اگر چه مسئولیت کیفری را به عنوان موضوعی مستقل^۱ و به نحوی که در حقوق عرفی مطرح گردیده، مطرح نظر قرار نداده‌اند اما از مجموع مباحث جزائی در بخش‌های حدود، قصاص، دیات و تعزیرات می‌توان دیدگاه‌های آن‌ها را استخراج و مورد مذاقه قرار داد. با تمرکز بر دیدگاهی که مسئولیت کیفری را پاس‌نگویی در قبال جرم و الزام به تحمل تبعات جزائی ناشی از آن می‌داند (معنای بالفعل) و اینکه از این منظر در تحقق آن، تکوین جرم، اسناد مادی، اسناد معنوی، اهلیت جزائی و رکن روانی (تقصیر) همگی در عرض یکدیگر واجد اهمیت و موثر تلقی می‌گردند، از یک طرف و از سوی دیگر با کار بست این معنا، در قلمرو انواع کیفر- حد، قصاص و تعزیر- و نهایتاً ورود در قلمرو و قانونگذاری، که در وضع حاضر، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، محور پژوهش قرار می‌گیرد، مقنن؛ کتاب اول را به کلیات مواد عمومی، مجازات‌ها، جرایم، شرایط و موانع مسئولیت کیفری، ادله اثبات و مسائل متفرقه، کتاب دوم را به حدود، کتاب سوم را در قصاص و دیات را در کتاب چهارم، مورد تقنین قرار داده که تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده نیز مصوب ۷۵/۳/۲، موضوع کتاب پنجم این قانون قرار گرفته که فی‌الحال باید با چهار کتاب موصوف مورد لحاظ قرار گیرد. در رهگذر وضع مناسبات بین دولت و افراد در حوزه پدیده جرم، قانونگذار ایرانی، با نگاهی مبتنی بر موازین فقهی و نیز توجه به مؤلفه‌های حقوق عرفی، نهایتاً مقررات خود را وضع نموده است. با وصف تمایز بین مجازات‌های شرعی؛ قصاص و حد با تعزیر، سیستم «چند پارچه‌ای» را در اغلب نهادهای حقوق کیفری اختیار کرده است- در نحوه تعیین و اعمال کیفر و تخفیف آن، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، نظام نیمه آزادی، آزادی مشروط، مرور زمان، گذشت شاکی، توبه، قاعده درأ، تعدد و تکرار جرم و...- با دقت در مبانی و آثار احکام، مجازات‌های شرعی را از تعزیرات متمایز انگاشته است.^۲ این تمایز مصرح به بدنه مسئولیت کیفری نیز وارد و به نظر تا اعماق این نهاد حقوقی را هم، در برگرفته است. از آنجا که اصولاً، اساس تحقق مسئولیت را نباید و نمی‌توان با نوعیت کیفر معادل سازی کرد، مقنن در ماده ۱۴۰ این قانون به صراحت، مقرر می‌دارد؛ «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل که حکم آن در کتاب سوم (قصاص) آمده است.» شیوه آرایش این ماده و مفاد و منطوق و هم مفهوم آن، مؤید این مدعاست که از دیدگاه قانونگذار اصل تحقق مسئولیت کیفری، به صورت یکسان و «یکپارچه» در حد، قصاص و تعزیر منوط به وجود عقل، بلوغ و اختیار است و تنها استثناء آن حکم «اکراه در قتل» است. اگر صدر ماده را قاعده بدانیم و قسمت اخیر آن را استثناء، از حیث قانون نویسی و ضوابط آن، در جای جای دیگر قانون با تخصیص اکثر^۳ و عدول از قاعده و تضاد مفهومی مواجه خواهیم شد. در ماده ۲۱۷، جرایم مستوجب حد، «علم به حرمت» را در تحقق مسئولیت به شرایط آن اضافه گردیده است، در حوزه موانع مسئولیت؛ جنون، صغر، اکراه، مستی، این تمایز به راحتی استنباط می‌گردد. مدلول و منطوق ماده ۹۱، ارتکاب جرایم مستوجب حد و قصاص را توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال، در حکمی قابل تأمل با تمییز آن از تعزیرات، مورد حکم قرار داده

۱. علی اشرف، دلفانی، مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲، ص ۲۷.
 ۲. «ترسیم دو نظام کاملاً متمایز و افتراقی برای رویارویی با جرم در قالب تقسیم بندی حد- تعزیر با ویژگی‌هایی که در فقه جزائی اسلام مطرح شده را به دشواری می‌توان بر بنیادی عقلایی یا عرفی مانند شدت و ضعف جرایم یا میزان اهمیت ارزش‌های مورد حمایت استوار نمود.» رحیم، نوبهار، جستاری در مبانی تقسیم بندی حد- تعزیر در فقه کیفری اسلام مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، ص ۲۴۸.
 ۳. در برخی موارد آنچه به واسطه «تخصیص» در تحت حکم عام قبلی می‌ماند، بسیار کمتر از مقداری است که به واسطه «تخصیص» از شمول حکم آن خارج شده است. در چنین وضعیتی باید گفت عام، کلیت خود را از دست داده و به کار بردن الفاظ عام در چنین مقامی نادرست و به دور از اصول بلاغت و فصاحت است. نک، صفر، بیگ زاده، شیوه‌نامه نگارش قانون، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۷۰.

که از منظر این پژوهش، با انتقاد مواجه گردیده است. شرایط عمومی قصاص نیز از حیث شیوه قانون نویسی و اصول وضع قانون با این چالش مواجه است. این نوشتار با استقصای در مقررات موضوعه، سعی در بررسی و تحلیل این موضوع دارد که آیا مقنن ایرانی، در وضع ضوابط حوزه مسئولیت کیفری - در حد، قصاص و تعزیر - از یک نظام «یکپارچه» بهره برده است یا نظر بر مدیریت آن در نظامی «چندپارچه» دارد؟ و چنانچه با رویکردی افتراقی مجازات‌های شرعی از عرفی، متمایز گردیده باشد، مبنای این تمایز چه بوده و راه برون رفت از آن در جهت رسیدن به نظامی هماهنگ که باب استنباط‌های متهاافت را باز نکند، البته در راستای اتقان و مراعات موازین شرع مقدس اسلام چیست؟

۱- بیان اصل و استثنای آن

۱-۱ بیان اصل

اصل در لغت به معنای پایه و ریشه است. در اصطلاح پنج معنی برای اصل ذکر شده است. ۱. اصل در برابر فرع؛ مثل: «الخمیر اصل النبیذ». یعنی حکم نبیذ از خمیر گرفته شده. ۲. دلیل، مثل: «الاصل فی هذه المسئله الكتاب و السنه» یعنی دلیل این مسئله کتاب و سنت است. ۳. رجحان؛ مثل: «الاصل فی الکلام الحقیقه» یعنی وقتی مردد شدیم بین حمل کلام بر معنای حقیقی یا مجازی، حمل بر معنای حقیقی ارجح است. ۴. قاعده؛ مثل: قال النبی (ص) «بنی الاسلام علی خمسہ الاصول» اسلام بر پنج قاعده بنا نهاده شده است. ۵. وقتی دسترسی به احکام واقعی ممکن نباشد به آنچه که برای تشخیص احکام ظاهری قانونگذاری شده اطلاق می‌گردد. مثل استصحاب، برائت^۱.

با لحاظ «اصل» در معنای «قاعده» کلیت ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی را در ذیل فصل شرایط مسئولیت کیفری، باید از جنس یک اصل کلی به لحاظ مؤلفه‌های قانونگذاری و قانون نویسی تلقی کرد. گو اینکه از دیدگاه مقنن، مسئولیت کیفری در حد، قصاص و تعزیر «تنها» زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد. به لسانی؛ بلوغ، عقل و اختیار، شرایط تحقق مسئولیت کیفری‌اند و تفاوتی نمی‌کند که جرم ارتکابی از نوع حدی یا تعزیری یا از جرایم مستوجب قصاص باشد. در این فصل، قانونگذار شرط یا شروط دیگری را مد نظر قرار نداده است و با وضع قاعده کلی، در چارچوب مقرر مزبور، شرایط تحقق اساس مسئولیت کیفری را مورد حکم قرار داده است.

۲-۱ استثنای حکم

پرسش اینست که آیا قاعده کلی مقرر در ماده ۱۴۰ مورد ذکر، واجد استثناء یا استثنائاتی نیست؟ که در این رهگذر مقنن، در قسمت اخیر آن، صراحتاً با ذکر واژه «به جز» استثنائی بر این اصل وارد نموده است. این استثناء، مربوط به «اکراه در قتل» است. که آنرا به کتاب سوم «قصاص» ارجاع داده است.^۲ فقه امامیه متضمن دو دسته روایات در مورد اکراه بر قتل است. دسته اول ناظر به روایاتی است که به طور عام در مورد اکراه وارد شده‌اند.^۳ دسته دوم نصوص خاصی هستند که صرفاً در مورد اکراه به قتل بیان شده‌اند^۴ و در این رهگذر مشهور فقهای امامیه، اکراه در قتل را مجوز قتل نمی‌دانند و قاعده اکراه را قاعده امتنان دانسته و عدم مسئولیت مکره را خلاف امتنان تلقی می‌کنند.^۵ دیدگاه اقلیت اما، متفاوت است و اکراه در بستر قتل را

۱. عیسی، ولاتی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، نشر نی، چاپ یازدهم، تهران ۱۳۹۳، ص ۹۴.

۲. ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی: «اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد.»

۳. حدیث رفع از این دسته است؛ «رفع عن امتی تسعه الاشیاء، الخطاء و النسیان و ما استکرهوا علیه ...»

۴. از جمله روایت راجع به امر به قتل (حدیث زاره) و روایات تقیه، که دلالت بر منع جواز قتل در شرایط اکراه دارند.

۵. خلیل، قبله‌ای خوبی، (۱۳۸۰)، قواعد فقه (بخش جزا)، سمت، تهران، چاپ اول، ص ۲۵.

هم محقق می‌دانند. مرحوم آیت‌ا... خوبی از این دسته فقها است. صرفنظر از دیدگاه‌های فقیهان^۱ در اساس تحقق یا عدم تحقق اکراه در قتل چنانچه یکی از شرایط و ارکان مسئولیت را اختیار بدانیم، نوعیت جرم (قتل یا غیر قتل)، نمی‌تواند موثر در زوال یا عدم زوال مسئولیت تلقی گردد. حاصل اینکه در وضع حاضر مقنن ایرانی، با تبعیت از نظر مشهور فقیهان حکم اکراه در قتل را استثناء قاعده کلی مقرر در صدر ماده ۱۴۰ عنوان کرده است.

۲. تخصیص اکثر و عدول از قاعده

قانونگذار قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۱/۲/۱، در کتاب اول و در کلیات با ذکر قاعده‌ای کلی شرایط تحقق مسئولیت کیفری را با وصف «یکپارچگی» در حد و قصاص و تعزیر و در چاقوب ماده ۱۴۰ بیان و در قسمت اخیر این ماده، استثناء آن را به تصریح و با استخدام واژه «به جز» ناظر بر اکراه در قتل معرفی می‌کند. از سوی دیگر در مواد پراکنده، به تقریر احکامی پرداخته که موجب حدوث این شبهه می‌گردد، که مقنن از قاعده کلی موصوف عدول کرده و استثناء مندرج در ماده مزبور را در مواردی توسعه داده است و نیز می‌توان در مواد مربوطه، به نوعی تضاد در مبانی قانونگذاری و «چند پارچگی» احکام معتقد گردید که ذیلاً به مصادیق مهم آن پرداخته می‌شود:

۲-۱ افراد بالغ کمتر از هجده سال

به موجب این ماده: «در جرایم موجب حد یا قصاص هر گاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد. حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند.» این حکم، اگر چه به جهت دست و دلبازی نکردن در اجرای مجازات حدی و مستوجب قصاص، در این رده سنی، در جای خود قابل تحسین است اما از حیث مبانی و شرایط مسئولیت کیفری قابل دفاع نیست. **اولاً؛** اگر به حسب صریح ماده ۱۴۰، عقل، شرط مسئولیت تلقی گردیده است. چنانچه مرتکب ماهیت جرم را درک نکند یا در رشد و کمال عقل وی شبهه باشد، به ظن مقنن و شیوه آرایش ماده ۱۴۰ اساساً نباید مسئول تلقی گردد.^۲ نه اینکه موجبات تغییر در میزان و کیفیت مجازات را فراهم آورد.^۳ **ثانیاً؛** این حدوث شبهه در حد و قصاص و تمیز آن از تعزیر، مبتنی بر چه مؤلفه‌ای است؟ اگر بنا بر عدم درک ماهیت جرم باشد و ...، اتفاقاً این شبهه در تعزیرات بیشتر است. یک نوجوان ۱۶ ساله، ماهیت جرم پولشویی یا اخلال در نظام ارزی را ممکن است درک نکند یا جرم زنا و یا لواط و شرب خمر! اگر بنا بر احتمال عدم درک باشد، جایگاه واقعی آن در حوزه تعزیرات است که بعضی از انواع این جرایم از غموض و پیچیدگی خاصی برخوردارند نه جرایم طبیعی (مشمول حد و قصاص) که در پائین‌ترین رده سنی بصورت

۱. نک. حسن شاه ملک پور، فقه جزایی استدلالی، تحلیلی بر جرایم حدی و احکام قصاص در فقه امامیه، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۳، ص ۱۸۷ به بعد، راجع به دیدگاه‌های غیر مشهور.
 ۲. «چنانچه نوجوان بالغ به آشفتگی روانی دچار شده باشد، به میزانی که درک درستی از واقعیات امور نداشته باشد و یا از نظر عقلی رشد کافی نیافته باشد، برخلاف عقیده قانونگذار اصولاً از مجازات معاف است.» محمد علی، اردبیلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ سی و دوم، بهار ۱۳۹۳، ص ۲۰۴.
 ۳. مسئولیت کاهش یافته با مبانی علمی مورد پذیرش آنچنان که در حقوق برخی کشورها راه یافته است، با شیوه و ماهیت عملکرد قانونگذار ایرانی در جامع ضوابط حوزه مسئولیت در وضع حاضر قابل جمع نمی‌باشد. گفته شده: «یکی از نوآوری‌های قانون جدید، توجه به رشد کیفری در جرایم مستوجب حق یا قصاص و تئوری مسئولیت نقصان یافته در این ماده است.» نک، محمد ابراهیم، شمس ناتری، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی عمومی، جلد اول، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۲۹. همچنین بنگرید؛ محمد جعفر حبیب زاده، سپیده میر مجیدی، هنجین، مطالعه تطبیقی مسئولیت کاهش یافته در حقوق کیفری ایران و انگلستان: مفهوم، مبناها و جلوه‌ها، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۹۱.

طبیعی انسان‌ها از درک آن عاجز نیستند. وفاداری و التزام به نظریه معروف که پایان نه سال قمری برای دختران و پانزده سال قمری برای پسران را سن بلوغ و سن مسئولیت کیفری می‌داند و عدم تفکیک اهلیت عبادی و حقوقی از مسئولیت کیفری، از یک سو و از سوی دیگر اسناد بین‌المللی مهم در خصوص کودکان و حقوق آن‌ها،^۲ همچنین شدت مجازات‌ها به ویژه کیفر اعدام که بر حساسیت موضوع می‌افزاید، موجبات وضع چنین مقرره‌ای گردیده است. مضافاً اینکه حکم موضوع ماده ۹۱، به لحاظ مبانی با مدلول ماده ۱۲۰ در باب قاعده در آن که حدوث شبهه در شرایط مسئولیت کیفری را موجب عدم اثبات جرم یا شرط می‌داند، در تعارض قرار می‌گیرد.^۳

۲-۲ شرایط مسئولیت کیفری در حدود

این ماده مقرر می‌دارد: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.» این حکم در ذیل مواد عمومی کتاب دوم، حدود، آمده و علم به حرمت را بر شرایط مسئولیت در حدود افزوده است. گو اینکه از دیدگاه مقنن استثناء قسمت اخیر ماده ۱۴۰ تنها نیست. در حدود علم به حرمت نیز شرط است که با وصف و درج عبارت «تنها زمانی...» در ماده ۱۴۰ مزبور، هماهنگ نیست.^۴ راجع به علم قانون و نقش آن در حقوق جزا، سه دیدگاه کلی مطرح است.^۵

اگر چه مقنن در چارچوب ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی جهل به حکم را مانع کیفر ندانسته و عدم امکان تحصیل علم را عادتاً و عذر محسوب شدن شرعی آن را مستثنی کرده است. اما کلیت ماده ۱۴۰ به عنوان یک قاعده و درج استثناء در ذیل آن به صورت متصل با شیوه نگارش ماده ۲۱۷ هم در شکل قانونگذاری و هم در مفاد آن موجه تلقی نمی‌گردد.

۲-۳ مستی

مقنن در ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مسلوب‌الاختیار بودن ناشی از مستی را همسو با کلیت ماده ۱۴۰، رافع مسئولیت معرفی کرده است. رفع مسئولیت به دلالت ماده ۱۴۰ مزبور، علی القاعده هم نسبت به حد است هم مربوط به قصاص و هم راجع به تعزیر. حال آنکه در بستر ماده ۳۰۷ و در شرایط

۱. نک، رحیم نوبهار، سن و مسئولیت کیفری: بازخوانی نظریه مشهور فقهای امامیه، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره دوم، پائیز و زمستان ۱۳۹۱، صفحات ۱۸۵-۱۶۱.

۲. ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی اعدام کودکان را منع می‌کند و نیز ماده ۳۷ پیمان نامه حقوق کودک که در سال ۱۳۷۲ دولت جمهوری اسلامی ایران به آن پیوست، ممنوعیت اعدام و سلب حیات و حبس ابد غیر قابل بخشش برای کودکان را مورد توجه قرار داده است.

۳. راجع به قاعده در آن یا منع ثبوت حد با وجود شبهه، بنگرید به؛ جلیل امیری تفسیر قانون در حقوق جزا، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۲۸ به بعد.

۴. «و کما یسقط الحد عن المکره، یسقط عن جهل التحريم»، همانگونه که حد از مکره ساقط است از کسی که به حرمت عمل جاهل بوده نیز ساقط است. شرایع الاسلام، المحقق الحلی، جلد چهارم، ص ۹۴۹. «و لو ادعی جهل التحريم قبل مع الامکان، بأن یكون قریب العهد بالاسلام و مثله یخفی عنه، و الا فلا» اگر متهم مدعی جهل به حرمت عمل ارتكابی باشد در صورت امکان جهل از سوی وی، قبول می‌شود مانند آنکه تازه مسلمان باشد و نوعاً شخصی مانند وی نسبت به حرمت جاهل باشد در غیر این صورت ادعای وی پذیرفته نیست. علامه حلی، قواعد الاحکام، جلد سوم، ص ۵۵۳.

۵. نک؛ سید منصور میرسعیدی، مسئولیت کیفری، جلد اول، قلمرو و ارکان، نشر میزان، چاپ سوم، زمستان ۹۰، ص ۱۷۶ به بعد.

۶. در حقوق انگلستان جرم قتل عمدی که تحقق آن نیازمند «سوء نیت خاص» است، مستی موجب عدم تحقق این سوء نیت و در نتیجه عدم مسئولیت وی می‌شود. نک. حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۱)، جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، چاپ بیست و چهارم، پاییز ۹۶، ص ۳۱۹.

عمومی قصاص، مستی در زمان ارتکاب جنایت را با وصف مسلوب الاختیار بودن از موارد سقوط قصاص می‌داند اما اعمال تعزیر را بر مست مسلوب الاختیار مقرر داشته است. این اعمال تعزیر در حالی مورد جواز مقنن قرار گرفته که به حکایت ماده ۱۴۰، عقل و اختیار شرط مسئولیت است! تبصره ذیل ماده ۲۶۳ نیز در بیان حکم سب نبی، مقرر می‌دارد: «هرگاه سب در حالت مستی یا غضب یا به نقل از دیگری باشد و صدق اهانت کند موجب تعزیر تا هفتاد و چهار ضربه شلاق است.» که اگر مراد مقنن همان مست مسلوب الاختیار باشد، اعمال تعزیر در تبیین با ماده ۱۴۰ مورد اشاره است.

۲-۴ جنون

«عقل» به تصریح مقنن در ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، یکی از شرایط تحقق مسئولیت کیفری است. طبعاً فقدان این شرط موجب زوال مسئولیت خواهد شد. بر این مبنا قانونگذار در چارچوب ماده ۱۴۹^۱، اختلال روانی مرتکب در زمان ارتکاب جرم - به نحوی که فاقد اراده و قوه تمییز گردد - عامل رافع مسئولیت کیفری دانسته است. با انقسام جنون به جنون حین ارتکاب جرم و بعد از ارتکاب جرم، آنچه که مسلم است در نظام قانونگذاری ایران جنون در حین ارتکاب جرم، رافع مسئولیت کیفری تلقی می‌گردد و در این میان، نوعیت جرم ارتكابی از این جهت که از جنس حد یا قصاص یا تعزیر باشد، تاثیری در رفع مسئولیت نخواهد داشت و در همه این جرایم، جنون به یک نحو عمل خواهد کرد. اما با التفات به مفاهیم مسئولیت کیفری و تعاریف ارائه شده بین حقوقدانان، از یک سو و از طرف دیگر، تمرکز بر حدوث جنون بعد از ارتکاب جرم در بستر مقررات موضوعه شاهد تمایز بین حدود و قصاص با تعزیرات خواهیم بود. جنون بعد از ارتکاب جرم نیز به اعتبار اینکه حکم قطعی صادر گردیده است یا اینکه قبل از صدور حکم قطعی، حادث گردد، مبنای تمایز احکام آنها طی ضوابط مقرر معرفی شده است.^۲

صرفنظر از تعارضاتی که در حوزه حقوق شکلی در باب حصول جنون قبل از صدور حکم قطعی - در توجه به نوع جرم - وجود دارد تا آنجا که به موضوع پژوهش مربوط می‌شود، قانونگذار در صورت حادث شدن جنون، بعد از قطعیت حکم، راه و رسم خود را در چارچوب مجازات‌های شرعی - حد و قصاص - از تعزیرات جدا نموده است. از مجموع مقررات وضع شده، در قانون مجازات اسلامی و نیز قانون آئین دادرسی کیفری، اینطور بر می‌آید که جنون و بیماری روانی و جسمی محکوم علیه بعد از صدور حکم قطعی چنانچه مجازات از نوع تعزیر باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی وی شود، اجرای مجازات به تعویق خواهد افتاد. (مواد ۵۰۲ و ۵۰۳ ق. آ.د.ک.) در صورتی که در مجازات تعزیری امیدی به بهبودی محکوم علیه بیمار نباشد قاضی اجرای احکام کیفری، پس از احراز بیماری محکوم علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات، با ذکر دلیل پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات به مرجع صادر کننده رای قطعی ارسال می‌کند. (ماده ۵۰۲ ق. آ.د.ک.) که در این حالت دادگاه صادر کننده حکم قطعی با احراز موضوع، مجازات تعیین شده را به کیفر مناسب دیگر تبدیل خواهد کرد. لکن چنانچه مجازات از نوع حد و قصاص باشد، بدو ماده ۵۴۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مقرر می‌دارد: « احکام حدود و سایر احکام راجع به قصاص و دیات طبق مقررات مربوط اجرا می‌-

۱. ماده ۱۴۹ مقرر می‌دارد: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بود، به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد.»

۲. «در تعریف مسئولیت کیفری اتفاق نظر وجود ندارد، با این حال، می‌توان تعریف‌های گوناگونی را که حقوقدانان برای آن ارائه داده‌اند، به یکی از سه تعریف زیر احاله و ارجاع داد:

۱- مسئولیت کیفری عبارت است از: «قابلیت» یا «اهلیت» شخص برای تحمل تبعات جزائی رفتار مجرمانه خود.

۲- مسئولیت کیفری عبارت از اینست که تبعات جزائی رفتار مجرمانه مشخص بر او «الزام» یا «تحمیل» گردد.

۳- «الزام» یا «مجبور بودن» شخص نسبت به تحمل تبعات جزائی رفتار مجرمانه خود.» سید منصور، میر سعیدی، پیشین، ص ۲۱

۳. نک، تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲-تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی.

شود» لذا باید در این خصوص به قانون مجازات اسلامی مراجعه کرد. در تبصره ماده ۱۵۰ این قانون آمده است: «هر گاه مرتکب یکی از جرایم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حد ساقط نمی‌شود.» حکم مندرج در تبصره مزبور، مبتنی بر قاعده عدم سقوط حد با عارض شدن جنون و لزوم اجرای حد در حال جنون است. برای این قاعده، به سه دلیل: صحیحۃ ابن عبیده، اطلاق ادله حدود و استصحاب استناد شده است.^۱

اگر چه بیشتر فقها اعم از قدما،^۲ متأخران و معاصران معتقد به این قاعده هستند، در مقابل برخی فقهای معاصر، همچون: آیت... گلپایگانی، آیت... شیرازی، آیت... منتظری، اجرای حد در حال جنون را مشکل دانسته‌اند. در قصاص نیز چنین قاعده‌ای وجود دارد. عدم سقوط قصاص با عروض جنون پس از ارتکاب جنایت، قاعده‌ای است که در کتاب‌های فقهی در قسمت قصاص نفس مطرح شده و فقهای شیعه و غیر آنان،^۳ این را پذیرفته‌اند.

حاصل اینکه، اگر چه حکم عام مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، قدر متیقن شرط عقل در حین ارتکاب جرم را مناط در تحقق مسئولیت کیفری قلمداد نموده است، اما با التفات به تعاریف مطروح بین حقوقدانان راجع به مسئولیت کیفری، اساساً تحمل مجازات بر مجنون و لو اینکه قبلاً جرم اثبات گردیده باشد، به اعتبار حد یا قصاص بودن، با مبانی مسئولیت کیفری در حقوق مدرن، همخوانی نداشته و قابل دفاع نیست. لذا تمایز حدود و قصاص از تعزیرات؛ از این حیث، با شیوه قانونگذاری و قاعده انگاری به وصف عمومیت ماده ۱۴۰ و خروج از این قاعده، به توصیف حاضر، در تباین است.

۲-۱۵- اکراه

«یکی از شروط تکلیف در انسان، اختیار است و اختیار گاه در مقابل اجبار و گاه در مقابل اکراه و گاه در مقابل اضطرار به کار برده می‌شود.»^۴ صرفنظر از اختلافات در معانی و ماهیت اجبار و اکراه و اقسام آن‌ها، با تمرکز بر این مهم که در نقطه مقابل اختیار، اکراه قرار دارد و از سویی به موجب صراحت ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، اختیار شرط مسئولیت کیفری است. نتیجه اینکه با وصف زوال اختیار یا وجود اکراه، مسئولیت کیفری علی القاعده باید منتفی گردد، چه اینکه جرم از نوع حد باشد چه تعزیر و چه اینکه مشمول قصاص و استثناء آن نیز حکم اکراه در قتل است که توصیف آن در خلال مباحث آمده است. اما مقنن در ذیل فصل موانع مسئولیت کیفری، در مقام بیان حکم اکراه در چارچوب ماده ۱۵۱ بدو اکراه غیر قابل تحمل را مانع کیفر می‌داند و در ادامه این ماده در جرایم تعزیری، اکراه کننده را مستوجب کیفر فاعل جرم قلمداد می‌کند اما باز در قسمت اخیر آن در جرایم موجب حد و قصاص به مقررات مربوط ارجاع داده است.

۱. همچنین بنگرید به ائین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعلام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری به شماره ۴۴۴/۰۱/۱۵۶۲- مورخ ۸۲/۶/۲۷ رئیس قوه قضائیه: «عروض جنون، ارتداد و یا بیماری محکوم یا مستحاضه بودن محکوم علیها مانع اجرای حد یا قصاص یا اعدام نیست...»
 ۲. نک، قواعد فقه جزائی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)، احمد حاجی ده آبادی، قم پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷، چاپ سوم، تابستان ۹۱، ص ۲۲۵.
 ۳. در میان فقهای متقدم، برخی همچون شیخ مفید، شیخ طوسی و شیخ صدوق، با استناد به روایتی از ابان بن تغلب، دیوانه زنا کار را مستحق مجازات و اجرای حد شرعی (همچون عاقل) دانسته‌اند. در متن روایت مزبور از قول معصوم (ع) آمده است: همین که دیوانه زنا کرد، پس لابد التذاذ جنسی را فهم و درک کرده است. به نقل از: ابوالقاسم خوبی، مبانی تکملة المنهاج، جلد دوم، ترجمه علیرضا سعید، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۹۳.
 ۴. این قدمه در کافی می‌نویسد: «قصاص با عروض جنون ساقط نمی‌شود چون حق الناس است و مانند حقوق الناس با جنون ساقط نمی‌گردد» به نقل از: احمد حاجی ده آبادی، همان، ص ۴۰۱.
 ۵. سید جلال الدین قیاسی و عادل ساریخانی، حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، جلد سوم، مسئولیت کیفری (ارکان، مسئولیت، علل موجهه، عوامل رافعه)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۵، ص ۲۸۷.

اینکه اختیار از شرایط عامه تکلیف است نزد فقیهان اختلافی وجود ندارد و در حقوق اسلامی، نقش اکراه و اجبار در رفع مسئولیت تحت قاعده‌ای مسلم در آمده است. قانونگذار قانون مجازات اسلامی نیز با قاعده انگاری این موضوع در قالب ماده ۱۴۰ اساساً اکراه را مانع کیفر تلقی اما در مقام بیان حکم اکراه در انواع مجازات‌های (حد و قصاص و تعزیر)، یکسان عمل نکرده است. مقنن در مقام بیان عامل اکراه، در رفع مسئولیت، بعد از پذیرش آن در چارچوب ماده ۱۵۱، جرایم مستوجب تعزیر را از حد و قصاص، جدا نموده است. با فرض زوال مسئولیت مکره، در جرایم تعزیری، اکراه کننده را واجد مجازات فاعل جرم معرفی کرده است. اما در قسمت اخیر ماده مقرر می‌دارد: «... در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود» با بررسی مقررات مربوط در جرایم مستوجب حد (مواد ۲۱۷ تا ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) مقنن برغم وعده داده شده، حکمی راجع به اکراه در جرایم مستوجب حد ندارد. و تکلیف اکراه کننده در این دسته جرایم روشن نیست.^۱ دیدگاه‌های مطروحه در توجیه چگونگی تعیین کیفر مکره، از لابلای ضوابط قانونی نیز، شیوه قانونگذاری حاضر را موجه نمی‌نماید. حاصل اینکه، در پرتو «اختیار» به عنوان شرط مسئولیت کیفری و در آن سو، معرفی اکراه به عنوان عاملی در جهت رفع مسئولیت به شرح موصوف، شایسته است مقنن که اکراه را با ارائه یک قاعده کلی، موجب رفع مسئولیت کیفری، در حد، قصاص و تعزیر می‌داند، آثار و احکام آن را نیز بصورت «یکپارچه» مورد تقنین قرار دهد، لذا جدا سازی حد و قصاص از تعزیر، به سیاق مزبور، موجبات سردرگمی و بلا تکلیفی در روند رسیدگی‌ها گردیده و نتیجتاً تشتت آراء قضائی را در پی خواهد داشت.

۲-۶ شرایط عمومی قصاص

علامه حلی، در قواعد در بیان شرایط عمومی قصاص؛ آن را شامل پنج مورد می‌داند: اول تساوی در آزاد و برده بودن، دوم تساوی در دین، سوم قصاص شونده پدر مقتول نباشد، چهارم تساوی در عقل و پنجم محقون الدم بودن مقتول.^۲ امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله با اضافه نمودن بلوغ، شرایط عمومی قصاص را به شش مورد افزایش داده‌اند.^۳ به موجب ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد»

با ملاحظه گفتمان و نحوه کلمات فقیهان در مقام بیان شرایط عمومی قصاص، گو اینکه از نظر مقنن، در شرایط تحقق مسئولیت مرتکب جنایت (جرایم علیه تمامیت جسمانی)، قصاص وقتی ثابت می‌شود که شروط مزبور نیز موجود باشد. اگر ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی که بلوغ، عقل و اختیار را در قصاص - مانند حد و تعزیر - صرفاً شرط مسئولیت قلمداد کرده است با ماده ۳۰۱ مزبور، در کنار هم مورد تحلیل و واکاوی قرار دهیم، عبارات مندرج در ماده ۱۴۰ با محتوای ماده ۳۰۱ از حیث اصول و ضوابط قانون نویسی و

۱. اکراه در زنا با دیگری که در بند «د» ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی آمده است، از جنسی متفاوت است چرا که در اینجا فرد اکراه کننده، خود، مرتکب جرم زنا می‌گردد. البته در خصوص زنا، حسب اینکه مردی زنی را به زنا با خود وادار کند یا مردی که زنی، مردی را وادار به زنا با خود کند و نیز آن جا که ثالثی آن‌ها را وادار به زنا نماید. هم در فقه و هم بین حقوقدانان موضوع محل تأمل و بررسی قرار گرفته است. بنگرید - تحلیل فقهی - حقوقی اجبار و اکراه در حدود و تعزیرات، علی مزیدی شرف آبادی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۱۴۱ به بعد.

۲. مادر هم در صورت قتل فرزند قصاص می‌شود و فقها بر این حکم اتفاق نظر دارند. منتها اسکاوی از رأی عامه که بر قیاس و استحسان مبتنی است پیروی کرده، مادر را از کیفر معاف می‌داند. نک، ابوالقاسم گرگی، حدود، قصاص و تعزیرات، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۱، ص ۱۵۶.

۳. علامه الحلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۹۳.

۴. «الشرط الرابع والخامس، العقل والبلوغ، فلا یقتل المجنون سواء قتل عاقلاً او مجنون، نعم تثبت الدیه علی العاقلته، و لا یقتل الصبی بصبی و لا ببالغ و إن بلغ عسراً او بلغ خمسة اشبار، فعمده خطأ حتی یبلغ حد الرجال، فی السن أو سائر الامارات، و الدیه علی العاقلته»، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۴، ص ۲۹۲.

قانونگذاری، صائب بنظر نمی‌رسد. چرا که با ذکر عبارت «... تنها زمانی محقق است...» در ماده ۱۴۰، این معنا را القا و افاده می‌کند که اصل تحقق مسئولیت در قصاص، شرط دیگری نمی‌خواهد، اما در ماده ۳۰۱ ثابت شدن قصاص را با وصف سه شرط دیگر مورد پذیرش قرار داده است که حکایت از این واقعیت دارد، عمومیت حکم ماده ۱۴۰، در باب تحقق قصاص و استثناء اخیر آن در خصوص اکراه در قتل، (به صورت متصل) هم در شیوه آرایش و هم به لحاظ مفهومی، با عبارات و روح ماده ۳۰۱، همسو و منطبق نیستند. به عبارت آخری، با وصف لزوم وجود شرایط مندرج در ماده ۳۰۱، در تحقق قصاص، شیوه تنظیم ماده ۱۴۰، به لحاظ اصولی ناموجه خواهد بود.

۳- تفکیک اهلیت عبادی از اهلیت جزائی

مؤدای نظریه معروف در میان فقهای امامیه، اهلیت عبادی و حقوقی را از مسئولیت کیفری تفکیک نمی‌کند. راجع به سن، پایان نه سال قمری برای دختران و پانزده سال قمری را برای پسران، ملاک مسئولیت قرار داده شده است. گفته می‌شود: «دخالت سن در این باره نمی‌تواند به نحو موضوعیت باشد. دخالت سن حداکثر از نوع طریقی است.»^۱ بحث مشروعیت عبادات اطفال از مباحث مهم فقهی بوده، که فقیهان امامیه در این باره سه دیدگاه ارائه داده‌اند، برخی معتقدند عبادت کودک مشروعیت دارد. دیدگاهی دیگر عبادت کودک را دارای حالت تمرینی می‌داند و نهایتاً از منظری، عبادت کودک صحیح است اما مشروعیت ندارد. قول اول قول مشهور فقهای شیعه است. شیخ طوسی در مبسوط آورده است: «هرگاه کودک نیت روزه کند روزه او صحیح است و روزه او روزه کامل شرعی خواهد بود.»^۲ در حقوق جزا، حداقل «مطابق دیدگاه عده‌ای رفتار جزائی صغیر و مجنون، نظیر قتل و سرقت عاری از رکن روانی است، پس نمی‌توان بر صدور این قبیل رفتارها از مجنون یا صغیر عنوان جرم اطلاق کرد.»^۳ براساس این نظریه، رکن روانی با اجزاء تعریف شده آن در کودکان، محقق نمی‌گردد.

عدم تفکیک اهلیت جزائی؛ «مجموعه‌ی صفاتی که به منظور انتساب جرم به انسان، به عنوان مرتکب آن و مسئول دانستن او، قبل از تحمیل و تحمل کیفر، باید احراز شود»^۴ از حیث بن مایه مسئولیت کیفری با اهلیت عبادی، آنچنان که در گفتمان فقیهان امامیه در متون فقهی وجود دارد، از طرفی، اقتباس مقنن قانون مجازات اسلامی از شیوه مزبور، موجب ایجاد نوعی ناهماهنگی در وضع مقررات راجع به مسئولیت کیفری گردیده است.

معرفی سن معین به عنوان سن بلوغ از یک سو، موضوع سن مسئولیت - مبتنی بر موازین فقهی - از طرف دیگر قائل شدن به تحقق مسئولیت کیفری به صورت تدریجی - آنچنان که در مواد ۸۸ تا ۹۵، قانون مجازات اسلامی آمده است - همزمان لحاظ مفاد کنواسیون حقوق کودک و اینکه در اسناد بین‌المللی برای سنی که در آن بتوان یک نوجوان را از نظر عقل و منطق دارای مسئولیت کیفری دانست معیار مشخص بین‌المللی وجود ندارد، باعث وضع مقرراتی متناقض گردیده است. از جمله این احکام، حکم مقرر در ماده ۹۱ این قانون که عدم درک ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن یا ایجاد شبهه در رشد و کمال عقل افراد بالغ زیر هجده سال در جرایم مستوجب حد و قصاص را موجب تغییر در نوع کیفر، از حد و قصاص به تعزیر تلقی نموده، که علیرغم محاسن این مقرره، تکلیف سازه‌ها و ساختار مسئولیت کیفری را مشخص نمی‌کند و واجد نقص تئوریک و مبنایی است.

۱. رحیم نوبهار، سن مسئولیت کیفری، پیشین، ص ۱۸۲.

۲. شیخ طوسی، المبسوط، المکتبه المرتضویه، بی جا، ۱۳۸۷، ه.ق. ص ۲۷۸.

۳. به نقل از سید منصور میر سعیدی، پیشین، ص ۵۶.

۴. سیددریدموسوی مجاب؛ نقش اراده در مسئولیت کیفری، عنصرروانی در حقوق بین‌المللی کیفری و حقوق کیفری ایران به اهتمام مهدی مومنی، انتشارات نوبان، چاپ اول، پاییز ۹۵. ص ۹۳.

این نوع نگاه عبادی در مقوله‌های اجتماعی که ماهیتاً ناظر به اداره امور جامعه‌اند،^۱ در قلمرو قانونگذاری موجبات ایجاد تعارض و تضاد و خروج از اصول وضع قانون خواهد شد، اگر چه گفته شده است، «به دلیل ویژگی‌های مسئولیت کیفری تفکیک اهلیت کیفری از دیگر اهلیت‌های حقوقی و عبادی بلا مانع به نظر می‌رسد. این دیدگاه ملهم از آموزه‌های دینی و توسعه همان رویکردی است که شارع، خود اصل آن را در حوزه تصرفات اقتصادی صریحاً پذیرفته است.»^۲ و نیز: «با توجه به اینکه گوهر و بنیاد مسئولیت کیفری، رشد و آگاهی فکری است و این عنصر به تدریج در فرد انسانی شکل می‌گیرد، موقوف شدن اصل و مراتب مسئولیت کیفری به میزان رشد و آگاهی، بسیار طبیعی و معقول است، بر خلاف آنچه گفته می‌شود، قانونگذاری بر این مبنا مایه هرج و مرج می‌شود، این شیوه مبنای عمل بسیاری از کشورها است آن جوامع به دلیل پایبندی به این شیوه دچار هرج و مرج نشده‌اند.»^۳

بنظر پیچیدگی و غموض مسئولیت کیفری در جوامع امروزی از یک سو، رویکرد عبادی در وضع مقررات این حوزه از سوی دیگر موجبات وضع مقررات «چندپارچه» و غیر منسجم گردیده است.

نتیجه‌گیری

فقیهان اسلامی، موضوع مسئولیت کیفری را به عنوان موضوعی مستقل مطرح و مورد بحث قرار نداده‌اند بلکه در خلال مباحث حدود، قصاص و دیات مسائل آن را تبیین نموده‌اند. در حقوق عرفی، حقوقدانان، مسئولیت کیفری را به عنوان یکی از اضلاع حقوق جزای عمومی، به عنوان یک موضوع مستقل مورد تحلیل و توجه قرار داده و از جنبه‌های گوناگون مبانی آنرا واکاوی نموده‌اند. در این رهگذر مقنن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در کلیات و ذیل مواد عمومی بخشی را به شرایط و موانع مسئولیت کیفری، اختصاص داده و در رأس این مقررات، در چارچوب ماده ۱۴۰، با بیان قاعده‌ای کلی سعی در تبیین قواعد حوزه مسئولیت کیفری به صورت «یکپارچه» دارد ولی در طی ضوابط مندرج در موانع آن و مباحث حدود و قصاص و مقررات دیگر، به وضع موادی مبادرت ورزیده است که مفاداً در تطابق کامل با قاعده مقرر در ماده ۱۴۰ مزبور نیست و از مجموع این مواد «چند پارچگی»، ضوابط مسئولیت کیفری، بین حد، قصاص و تعزیرات، استخراج می‌گردد. این «چند پارچگی» در مواردی (مثل ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی) از حیث قواعد کلی غیر قابل توجیه بوده و اختلاط مؤلفه‌های حقوق عرفی با ضوابط فقه به نهجی که مقنن اعمال نموده موجبات این ناسازگاری گردیده است. این «چندپارچگی» ناشی از رویکرد عبادی قانونگذار ایرانی به مقوله‌های اجتماعی که ناظر به مدیریت جامعه و کنترل پدیده بزهکاری می‌باشد استنباط، که همزمان توجه مقنن به قواعد و مؤلفه‌های حقوق عرفی به این تعارض دامن زده که نهایتاً به نظر می‌رسد، با تفسیری زمان‌مند و نگاهی غیر عبادی به مقررات حوزه مسئولیت کیفری در یک فصل کلی و در نظامی «یکپارچه» صرفنظر از نوعیت کیفر - حد، قصاص و تعزیر - به صورت مشترک به وضع مقررات در باب مسئولیت کیفری پرداخت و مورد استثناء قواعد کلی را، با استقصای در آموزه‌های شرع مقدس اسلام به حداقل رساند. تفکیک اهلیت عبادی از اهلیت جزائی به شرحی که استدلال شد و با وصفی که به اعتقاد برخی اندیشمندان اسلامی، مخالف موازین شرع نخواهد بود، در ایجاد موازینی «یکپارچه» که موجبات جلوگیری از تشتت در رویه قضائی خواهد گردید، کارساز و مؤثر خواهد بود.

۱. «دسته‌بندی و تقسیم محقق بدین گونه است که ابواب فقه را بر چهار قسم دانسته است؛ عبادات، عقود، ایقاعات و احکام. این تقسیم بر این اساس است که کارهایی که انسان باید بر میزان شرعی آن‌ها را انجام دهد یا به نحوی است که قصد تقرب به خداوند در آن‌ها شرط شده است یا چنین نیست» نک. مرتضی مطهری، کلیات علوم اسلامی، انتشارات صدرا، چاپ شانزدهم، تهران، ۱۳۹۳، ص ۳۳۹.

۲. نوبهار، سن و مسئولیت کیفری پیشین، ص ۱۷۶.

۳. همان، ص ۱۷۸.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۳.
۲. امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. بیگ زاده، صفر، شیوه‌نامه نگارش قانون، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران: ۱۳۸۳.
۴. حاجی ده آبادی، احمد، قواعد فقه جزائی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
۵. حبیب زاده، محمد جعفر، سپیده میر مجیدی هاشجین، مطالعه تطبیقی مسئولیت کاهش یافته در حقوق کیفری ایران و انگلستان: مفهوم میناها و جلوه‌ها، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱.
۶. حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، جلد ۴، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۷. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد سوم، قم، دفتر نشر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۸. خمینی، سیدروح ا...، تحریر الوسیله، جلد ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۶.
۹. دلفانی، علی اشرف، مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
۱۰. شاه ملک پور، حسن، فقه جزایی استدلالی، تحلیل در جرایم حدی و احکام قصاص در فقه امامیه، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۳.
۱۱. شمس ناتری، محمد ابراهیم، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کیفری، جلد اول، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۱۲. طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، جلد ۸، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۱ ش.
۱۳. قبله‌ای، خویی، خلیل، قواعد فقه، (بخش جزا)، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۱۴. گرجی، ابوالقاسم، حدود، قصاص و تعزیرات، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
۱۵. قیاسی، سیدجلال الدین و ساریخانی، عادل، حقوق جزای عمومی الاسلام (حقوق موضوعه، مسئولیت کیفری (ارکان مسئولیت، علل موجهه، عوامل رافعه) جلد سوم، قم: پژوهشگاه حوزه دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۶. مزیدی، شرف آبادی، علی، تحلیل فقهی - حقوقی اجبار و اکراه در حدود و تعزیرات، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۷. مطهری، مرتضی، کلیات علوم اسلامی، انتشارات صدرا، چاپ شانزدهم، تهران، ۱۳۹۳.
۱۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکلمه المنهاج، جلد دوم، ترجمه علیرضا سعید، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۹. موسوی مجاب، سید درید، نقش اراده در مسئولیت کیفری، عنصر روانی در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق کیفری ایران به انضمام مهدی مؤمنی، تهران، اشارات نوین، چاپ اول.
۲۰. میرسعیدی، سید منصور، مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان، جلد اول، تهران، میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۲۱. میر محمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۱)، جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۶.
۲۲. نوبهار، رحیم، سن و مسئولیت کیفری؛ بازخوانی نظریه مشهور فقهای امامیه، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره دوم، ۱۳۹۱.
۲۳. _____، جستاری در مبانی تقسیم بندی حد - تعزیر در فقه کیفری اسلام، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، ۱۳۹۲.
۲۴. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی، اصطلاحات اصول، تهران: نشر نی، چاپ یازدهم، ۱۳۹۳.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶

صص: ۸۹۱-۹۰۸

تبیین مبانی حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیک در حقوق موضوعه ایران

یونس امرایی^۱، ابراهیم عبدی پور فرد^۲

۱- دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبئی، امارات متحده عربی

unes.amraie@gmail.com

۲- دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

E.abdipour.qom.ac.ir

چکیده

گسترش روابط تجاری و پیشرفت تکنولوژی که با توسعه فناوری اطلاعات رفته رفته مفاهیم جدیدی را در عرصه تجارت و حقوق ایجاد کرده است که از شرکت‌های تجاری الکترونیکی به عنوان یکی از مفاهیم جدیدی که در سایه تکنولوژی ایجاد شده است یاد کرد. بلاشک همواره با ایجاد مفاهیم و اشکال جدیدی خلاقانه نوآوری در عرصه‌های حقوقی بیش از پیش ضرورت‌ها و مباحث حقوقی به چشم می‌خورند. در این میان شرکت‌های تجاری الکترونیکی که اساس و بنیاد کار خود را بر کسب و کار الکترونیکی قرار داده‌اند هویت خود را با مفهوم تجارت الکترونیکی گره زده‌اند؛ از طرفی با پیشرفت و گسترش جنبه‌های فناوری و توسعه شرکت‌های تجاری الکترونیکی و تاثیرات گسترده‌ای که در حوزه روابط تجاری و حقوقی اشخاص ایجاد کرده نیاز پرداختن به چالش‌ها و ابعاد حقوقی این قسم شرکت‌ها بیش از پیش احساس می‌شود؛ لذا در این پژوهش سعی و تلاش می‌گردد تا با بررسی مسائل و مباحث حقوقی مربوط به شرکت‌های تجاری الکترونیکی به پاسخگویی نیازهای شرکت‌های فعال در این حوزه و بسط و گسترش مباحث حقوق تجارت سنتی با توجه به نیازها و پتانسیل‌های حقوقی شرکت‌های تجارت الکترونیکی با توجه به ابعاد آن پرداخته شود.

واژگان کلیدی: شرکت‌های تجاری الکترونیکی، حقوق تجارت الکترونیک، حقوق فناوری اطلاعات و

ارتباطات، اینترنت

مقدمه

دنیای نوین تجارت، مجموعه‌ای است پر رقابت که همواره از عامل‌های بازار مانند، اقتصاد، اجتماع و تکنولوژی به منظور موفقیت هر چه بیشتر بهره می‌گیرد. از این رو پیشرفت‌های فناوری و رشد هر روزه تکنولوژی هر لحظه دروازه‌های جدیدی را بر روی دنیا تجارت الکترونیک می‌گشاید. تجارت الکترونیک که خود راهی نوین در باب کسب و کار و گسترش تجارت به حساب می‌آید با محدود کردن تجارت از طریق تاسیس شبکه‌های مستقل و سازماندهی شده براساس پروتکل‌های غیر اختصاصی^۱ طی یک روند باز انتخاب در حقیقت می‌توان گفت تجارت ۲۰۱۰، ۱۹۵ Muller et al, در بستر فضای اینترنت جای گرفته است الکترونیک با گسترش و افزایش قدرت رقابتی و انتخاب تولید کنندگان و مصرف کنندگان به عنوان یکی از مباحث روز در میان روابط تجاری اشخاص خصوصاً در کشورهای توسعه نیافته و در حال توسعه تبدیل شده است چرا که تجارت الکترونیک با زیر پوشش قرار دادن انواع معاملات و ضمن ایجاد یک شبکه ارتباطی الکترونیکی میان بنگاه‌های اقتصادی (ارتباط بنگاه - بنگاه)^۲ و بنگاه‌های اقتصادی با مصرف کنندگان و بلعکس (بنگاه - مصرف کننده^۳ و مصرف کننده - بنگاه^۴) و مصرف کنندگان با یکدیگر^۵ همچنین با ایجاد بستر لازم در میان بنگاه‌های اقتصادی و دولت (بنگاه - دولت^۶) و شهروندان با دولت را (دولت - شهروندان^۷) و دولت‌ها را با یکدیگر^۸ موجبات تسهیل روابط تجاری و بازرگانی را در دنیا تکنولوژی فراهم ساخته است. در این میان، برخی از شرکت‌های تجاری روی به الگوی خاص آورده‌اند که با قبول ترکیبی بنگاه - بنگاه - مصرف کننده^۹ سعی می‌کنند تا که کالاها و خدمات را از طریق شرکت‌های واسطه‌ای در اختیار مصرف کننده نهایی قرار دهند. آنچه که در این ساختار در رابطه با تبعیت از مقررات سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی^{۱۰} به مدل بنگاه - بنگاه ارجحیت دارد کسب و کارهای تجارت الکترونیک با سرمایه خارجی است. با این وجود، برخی شرکت‌های تجاری الکترونیکی بزرگ ترجیح می‌دهند تا از مدل بنگاه - مصرف کننده استفاده کنند. (Mittal and Verma, ۲۰۱۵)

کشورها در دهه‌های اخیر به خوبی دریافته‌اند که با کوچکترین کوتاهی در حوزه تجارت الکترونیک به زودی به طور کامل از میدان تجارت جهانی کنار رفته و تمام منافع خود را در عرصه تجارت بین‌المللی از دست خواهند داد و مجبور خواهند شد تمام بهره و سود خود را در حوزه تجارت بخصوص تجارت الکترونیک را به کشورهای توسعه یافته صنعتی که همگام با این تجارت گام برداشته‌اند بسپارند. بنابراین مسلم است سرعت پیشرفت تکنولوژی و تاثیرات آن در حوزه تجارت الکترونیک نیاز به واکنش‌های سریع دولت‌ها و شرکت‌ها را در این حوزه روزافزون کرده است. از طرفی سرعت روزافزون پیشرفت در حوزه تجارت الکترونیکی و شرکت‌های تجاری الکترونیکی نیاز به توسعه متناسب قوانین و قواعد حقوقی افزایش می‌دهد، بنابراین می‌توان گفت تغییرات سریع مولفه‌های دنیای تجارت باعث ایجاد فرصت‌ها و تهدیدهای مختلفی شده است. لذا در این پژوهش سعی داریم تا با بررسی ابعاد و مسائل حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیکی به بررسی و تبیین فرصت‌ها و چالش‌های حقوقی در این حوزه بپردازیم؛ چرا که، فعالیت‌های تجاری شرکت‌ها از طریق راه‌هایی اطلاعاتی که قلمرو تجارت الکترونیک را تشکیل می‌دهد نیازمند به تحلیل و بررسی حقوقی می‌باشد بنابراین از آنجایی که در این باب هیچ پیشینه یا نمونه مشابهی وجود ندارد که بتوان بر پایه آن

۱. nonproprietary protocols.
۲. Business to Business (B^۲B)
۳. Business to consumer (B^۲C)
۴. Consumer to Business (C^۲B)
۵. Consumer to Consumer (C^۲C)
۶. Business to Government (B^۲G)
۷. Government to Citizen (G^۲C)
۸. Government to Government (G^۲G)
۹. Business to Business to Consumer (B^۲B^۲C)
۱۰. Foreign Direct Investment (FDI)

تعهدات، مخاطرات و مسئولیت حقوقی بالقوه شرکت‌های تجارت الکترونیک را تعریف کرد (Keen et al., ۲۰۰۰: ۳۵)؛ ضرورت پرداختن به مباحث و مسائل مربوط به حقوق تجارت الکترونیک مخصوصاً مسائل و مباحث حقوقی مربوط به شرکت‌های الکترونیک از اهمیت و ضرورت به سزایی برخوردار است؛ از طرفی نیز روشن است مباحث زمان، مکان و مقررات ملی و منطقه‌ای به شکل سنتی که در قواعد حاکم بر حقوق تجارت است؛ عموماً به طور مستقیم قابل اجرا و اعمال با توجه به ضرورت‌ها و نیازهای روز مباحث تجارت الکترونیک نیست و نیاز به بسط و گسترش نظامات و قواعد سنتی حقوق تجارت مبتنی بر شرایط منحصر به فرد انجام کسب و کار از طریق شرکت‌های تجاری الکترونیکی بدیهی و مسلم است.

شرکت‌های تجاری الکترونیکی که در بستر و محیط وب و اپلیکیشن‌ها می‌تواند مکان پهناوری برای تجارت داشته باشد، اما همانگونه که بسیاری از شرکت‌های تجاری الکترونیکی دریافته‌اند، برخی اشتباهات حقوقی و یا فنی ساده می‌تواند منجر به بروز تهدیدات تجاری قابل ملاحظه‌ای در مدت زمانی کوتاهی به همراه داشته باشد؛ بنابراین مهم است که شرکت‌های تجاری الکترونیکی از تعهدات حقوقی خود آگاه و به قوانین مربوطه پایبند باشند؛ لذا در پژوهش حاضر سعی می‌شود تا با توصیف و تحلیل حقوقی تعهدات شرکت‌های تجاری الکترونیکی نهایت می‌شود تا مشکلات و اشتباهات را به حداقل سطح ممکن برسانیم.

(Team, ۲۰۰۹) در این میان، لزوم توجه به تداخل حوزه‌های صلاحیت قضایی در تجارت الکترونیک، شاید مهمترین بعدی باشد که باید از سوی شرکت‌های تجاری الکترونیکی مورد توجه قرار بگیرد؛ چرا که حتی شرکت‌های که حتی قصد گسترش فعالیت‌های خود در سطح بین‌المللی ندارند به صرف قرار گرفتن در بستر و فضای ناشی از اینترنت به خودی خود از حوزه حقوق داخلی و ملی کشورها فراتر رفته و این مسئله زمانی قوت می‌گیرد که فروشنده و خریدار در کشورهای متفاوتی ساکن باشند چرا که ممکن است قوانین مغایری در حوزه صلاحیت هر یک از آن‌ها قابل اعمال باشد که بر آن‌ها حاکم شود.

(Tang, ۲۰۰۴: ۱۳۴۶) برای مثال می‌توان به موردی اشاره کرد که خرید یا فروش کالا یا خدماتی در کشوری قانونی باشد در قوانین موضوعه ایران یا کشور ثالث غیرقانونی و حتی جرم باشد؛ اگرچه دادگاه‌های کشورها اصولاً قوانین حوزه‌ی صلاحیت دیگر کشورها را بر شرکت‌های ذیل حوزه‌ی صلاحیت خود قابل اعمال نمی‌دانند، اما به دلیل برخی تفاوت‌ها در ثبت شرکت‌های تجاری الکترونیکی با ثبت شرکت‌های سنتی و نیز مغایرت احتمالی محل ثبت اینگونه شرکت‌ها با محل ثبت دامنه‌ی وب سایتی که شرکت از آن استفاده می‌کند، احتمال تداخل حوزه‌های صلاحیت قضایی در رسیدگی به دعاوی حقوقی مربوط به شرکت‌های تجاری الکترونیکی زیاد است. بنابراین به منظور اجتناب از پیچیدگی‌ها و هزینه‌های حقوقی، لازم است تا این موضوع به دقت مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد. علاوه بر این، بسیاری از حوزه‌های صلاحیت قضایی قوانینی دارند که از حریم خصوصی شهروندان شان حمایت می‌کنند

بنابر آنچه که تا به اینجا بیان شد و افزایش حجم فعالیت‌های تجاری که ضرورت ایجاد چارچوب حقوقی که شرکت‌های تجاری الکترونیکی در آن به انجام فعالیت‌های خود پرداخته ضروری و قابل اهمیت است لذا در پژوهش حاضر، سعی و تلاش می‌شود تا به مطالعه و بررسی مسائل حقوقی در حوزه شرکت‌های تجاری الکترونیکی پرداخته شود.

۱- پیشینه و اقسام تجارت الکترونیک

تکنولوژی و دانش همواره تاثیرات خود را به صورت مستقیم و غیرمستقیم در حوزه تجارت بر جایی می‌گذارد. تجارت الکترونیک از پدیده‌های بسیار مهم منبعت از فناوری اطلاعات و ارتباطات است که تحولی بس شگرف در حجم و شیوه تجارت و کسب و کار ایجاد کرده است (حسینی و همکاران، ۱۳۸۷: ۱). لذا می‌توان گفت که یکی از مهمترین آثاری که تا به امروز پیشرفت تکنولوژی در حوزه تجارت از خود برجایی گذاشته است بلاشک می‌تواند پیدایش تجارت الکترونیکی قلمداد شود؛ به عنوان یک تعریف ساده از تجارت الکترونیک باید گفت تجارت الکترونیک یعنی انجام معاملات از طریق شبکه یا خرید و فروش محصولات و خدمات از طریق فروشگاه‌های اینترنتی تحت وب این موارد می‌توانند شامل خرید و فروش عمده یا خرده

کالاهای فیزیکی و غیرفیزیکی مانند محصولات غذایی یا نرم‌افزارهای کامپیوتری و ارائه خدمات به مشتریان نظیر مشاوره‌های پزشکی یا حقوقی و یا دیگر موارد تجاری مانند تبادل کالا با کالا، راه‌اندازی مناقصات و مزایدات باشد به طور کلی می‌توان تراکنش‌های مالی، بازرگانی، اطلاعاتی و خدماتی میان موسسات، خریداران و جوامع مجازی را در قالب تجارت الکترونیک گنجانده. لازم به ذکر است که تجارت الکترونیک یک مفهوم جدید نیست و استفاده از فناوری‌های الکترونیکی در انجام امور بازرگانی و تجاری نمونه‌های مهم تبادل الکترونیکی داده‌ها (EDI) به سال‌ها قبل باز می‌گردد. لذا شاید بتوان پیشینه و نقطه آغاز تجارت الکترونیکی را از ۲۶ اکتبر ۱۹۹۳ قلمداد کرد که به دستور بیل کلینتون، رئیس جمهور وقت ایالات متحده، پروژه عظیم «تبادل الکترونیک اطلاعات» در این کشور کلید خورد و به موجب آن دولت ایالات متحده ملزم شد تا خرید کالا و خدمات را از طریق تجارت الکترونیکی انجام دهد، با این واقع در حقیقت تجارت سنتی و مبتنی بر کاغذ در دنیا بیش از پیش رو به افول گذاشت (باجاج و ناگ، ۱۳۷۶: ۲۷). طبق برخی ارزیابی‌ها، در تجارت سنتی حدود ۷ درصد ارزش مبادلات جهانی تنها صرف تهیه و مبادله‌ی اسناد مربوطه می‌شود. برآوردهای انجام شده نشان می‌دهد که با بهره‌گیری از تجارت الکترونیکی به جای روش‌های سنتی مبتنی بر کاغذ بین ۲۱ تا ۷۰ درصد صرفه‌جویی در فعالیت‌های مختلف تجاری حاصل می‌گردد (نبی‌فیضی، ۱۳۸۲: ۱). در واقع از سال ۱۹۹۴، اینترنت قابلیت‌های تجاری خود را علاوه بر جنبه‌های علمی و تحقیقاتی به نمایش گذاشت، موسسات تجاری و بانک‌ها در کشورهای پیشرفته اولین نهادهایی بودند که تلاش جدی خود را برای استفاده هر چه بیشتر از این جریان به کار گرفتند، که محصول تلاش آن‌ها نیز را می‌توان بانکداری الکترونیکی امروزی قلمداد کرد. بعد از آن در حقیقت مشخص شد که اینترنت بستر بسیار مناسبی برای انواع فعالیت‌های بانکداری و اقتصادی به شمار می‌رود. به طوری که از در بررسی تاریخچه تجارت الکترونیک در می‌یابیم که بورس‌های اوراق بهادار نیز جز موسسات دیگری بودند که به سرعت فعالیت خود را با روند پیشرفت اینترنت در مقایسه با روش‌های قدیمی، به دلیل سرعت و دقت بالا، به موفقیت‌های بی‌نظیر دست یافتند. در واقع ایجاد و توسعه اینترنت و وب، باعث خلق فرصت‌های زیادی برای توسعه و پیشرفت زیر ساخت‌ها و کاربردهای تجارت الکترونیک گردید. از این رو کاربرد تجارت الکترونیک در کاهش هزینه‌ها و تسهیل و روان سازی تجارت ملی و منطقه‌ای سبب شده است تا بازرگانی الکترونیک به نحو بسیار زودرس و غیر منتظره‌ای در تمام سطوح اقتصادی اعم از ملی، منطقه‌ای و جهانی گسترش یابد.

۱-۱ ضرورت شکل‌گیری تجارت الکترونیک

رشد روزافزون فناوری به ویژه فناوری ارتباطات و اطلاعات چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌المللی باعث دسترسی افراد بسیاری به اینترنت شده است. این رشد بالای دسترسی عموم مردم به اینترنت باعث شده است تا امکان تجارت و کسب و کار از طریق اینترنت یا به عبارت بهتر تجارت الکترونیک و کسب و کار الکترونیکی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار شود. ویژگی‌ها و مزایای تجارت الکترونیکی از قبیل جهانی نمودن تجارت، برداشتن محدودیت‌های زمانی و مکانی، کاهش قیمت منابع جهت خرید، افزایش درصد فروش، عدم وجود محدودیت زمانی در معاملات، دسترسی آسان به اطلاعات لازم، کاهش چشم‌گیر هزینه‌های معاملاتی و بسیاری دیگر از مزایای تجارت الکترونیک، ضرورت توجه به این پدیده و تلاش برای توسعه‌ی آن را آشکار می‌سازد (نصیری‌یار و مظلومی‌خمسه، ۱۳۸۴: ۴۰).

۱-۲ شرکت‌های تجاری الکترونیکی

تجارت الکترونیک که در قالب مدل‌های متنوع خود در عرصه‌های مختلف نیاز اشخاص در حال فعالیت بود رفته رفته نیاز به گسترش و ایجاد قالب‌های نو و متناسب با فعالیت‌های تجاری خود را احساس کرد از طرف دیگر از آنجایی که تجارت و کسب و کار الکترونیکی می‌تواند در بطن خود زمینه‌ساز پیدایش شرکت‌های تجاری الکترونیکی باشد. بر این اساس برخی کارشناسان معتقدند در آینده‌ای نه چندان دور، بسیاری از شرکت‌های تجاری به شکل سازمان‌های مجازی فعالیت خواهند کرد که در آن‌ها دیگر خبری از

دفاتر پر تحمل و کارکنان پر تعداد نخواهد بود. بنابراین شرکت‌های تجاری الکترونیکی بر مفهوم سازمان‌های مجازی متکی هستند. حال سؤال اینجاست که سازمان‌های مجازی دقیقاً چه نوع سازمان‌هایی هستند و چه تفاوت‌هایی با سازمان‌های معمولی خواهند داشت. با توجه به وجود پرسش‌ها و ابهامات عدیده در باب مفهوم نوظهور سازمان‌های و شرکت مجازی می‌توان اظهار نمود که فلسفه وجودی سازمان‌های مجازی هم به مانند مفهوم ((واقعیت مجازی)) است. بر مخاطب پوشیده نمی‌باشد که واقعیت مجازی همان تجربه‌ای است که انسان از طریق آفریدن صوت و تصویر برای به نمایش درآوردن حقیقت آن را به وجود آورده است. در واقع سازمان‌های مجازی دارای ورودی‌ها و خروجی‌هایی شبیه به شرکت‌های سنتی هستند، با این تفاوت مهم که روشی که برای ارزش‌آفرینی و ایجاد ارزش افزوده مورد استفاده قرار می‌دهند کاملاً متفاوت و متمایز است. (Hindle, ۲۰۰۸: ۲۶۷)

برای تبیین و درک بهتر این موضوع بهتر به نظر می‌رسد بیشتر به بررسی سازمان‌های مجازی بپردازیم؛ اصطلاح سازمان مجازی، نخستین بار توسط موشویتس^۱ (۴۰۴-۳۳۵: ۱۹۸۶) در سال ۱۹۸۶ مطرح شد. با این حال، دیوید^۲ و مالون^۳ (۱۹۹۲) اولین کسانی بودند که به طور دقیق و سازگار در کتاب تحت عنوان «شرکت مجازی: ساختار و احیای شرکت برای قرن ۲۱»، ایده‌ی بنگاه مجازی را مطرح کردند. بر این اساس، سازمان مجازی حیطة‌ی وسیعی از فعالیت‌های سازمانی اقتصادی و غیراقتصادی را پوشش می‌دهد. کسب و کارهای الکترونیکی شامل کار در خانه، کار تلفنی، صنایع کوچک و متوسط مجازی تا شبکه‌های بزرگ اینترنتی کسب و کار در حیطة فعالیت‌های اقتصادی قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، در سایر بخش‌ها نیز سازمان‌های مجازی خصوصاً در همکاری میان مؤسسات علمی، گروه‌ها و سازمان‌های غیرانتفاعی و غیردولتی کاربرد وسیعی دارند (Byrne, ۱۹۹۳).

امروزه سازمان مجازی به مثابه شبکه‌ای پویا از سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات و حتی افراد مستقلی تعریف می‌شود که در قالب اشکال گوناگون فعالیت‌های کسب و کار گروهی، تحت یک نام مشخص که الزاماً نام واقعی هیچ یک از اعضای شبکه نیست، به صورت موقت یا دائمی گرد هم آمده‌اند تا با تسهیم هزینه‌ها، قابلیت‌های محوری، ریسک‌ها و امکانات، از فرصت‌های کسب و کار بر روی یک بستر فناوری اطلاعات و نیز با به کارگیری فناوری اطلاعات، استفاده کنند. بنابراین مفهوم سازمان‌های مجازی دوایر یا افراد مستقلی هستند که به طور مرتب از طریق به کارگیری فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات با هم کار می‌کنند تا بتوانند در دنیای کنونی بر دیگر سازمان‌ها برتری داشته باشند. آن‌ها توانایی‌های خود را با هم ترکیب کرده و در قالب یک شرکت با هم فعالیت می‌کنند. سازمان‌های مجازی با بهره‌گیری از قابلیت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات با کاهش حضور فیزیکی برای انجام فعالیت‌های گروهی برای رسیدن به اهداف مشخصی تلاش می‌کنند. به عبارت دیگر سازمان‌های مجازی به شکل جدید از شرکت‌ها اطلاق می‌شود که مشخصه‌ی آن‌ها جمع شدن گروهی از افراد، ایده‌ها، دانش و توان مالی است که از لحاظ جغرافیایی پراکنده بوده و برای رسیدن به اهدافی واحد، از طریق فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات با یکدیگر در تماس بوده و کسب و کار در آن‌ها نیز اساساً بر پایه‌ی تجارت الکترونیکی قرار دارد (رفیع‌زاده، ۱۳۹۲: ۳). نکات برجسته‌ای نیز در تعاریفی که دیگران از سازمان مجازی ارائه داده‌اند وجود دارد: انعطاف‌پذیری مهمترین ویژگی سازمان‌های مجازی است (انجمن حسابداران مدیریت کانادا)؛ اطلاعات محور اصلی شرکت‌های مجازی خواهد بود (دیوید و مالون)، ویژگی اصلی سازمان مجازی آن است که لازم نیست برای ارائه‌ی خدمات، همه افراد سازمان همیشه یا برخی اوقات کنار هم باشند، به عبارتی سازمان وجود دارد ولی قابل رؤیت نیست. به عبارت دیگر، سازمان مجازی آن یک شبکه است نه یک دفتر (چارلز هندی) (مجد، ۱۳۷۸: ۴۸). از همه‌ی تعاریف ارائه شده می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که اساس فعالیت سازمان‌های مجازی بر پایه‌ی فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات قرار داشته و درجه‌ی اهمیت اینگونه سازمان‌ها ارتباط مستقیمی با شدت کسب و کار و تجارت

۱. Abbe Mowshowitz
۲. William H. Davidow
۳. Michael S. Malone

الکترونیکی آن‌ها دارد. بنابراین کسب و کار و تجارت در سازمان مجازی ماهیتی نوآورانه، همکارانه، هم‌فزاینده و پویا در قالب عملیات شبکه‌ای در میان اعضا (شرکت‌های تشکیل‌دهنده) دارد که به صورت فرهنگ سازمانی مشخص نیز در عملکرد کلیت سازمان بروز می‌کند. در سازمان مجازی گرایش کلی به سوی از بین رفتن سلسله مراتب عرضی و نیز کاهش نیاز به عملیات و ساختارهای فیزیکی است تا بدین وسیله بهره‌وری بیشتری میان اعضای شبکه به وجود آید. امکان پراکندگی جغرافیایی اعضا و وابستگی نمودار سازمانی و شکل روابط، به شرایط تشکیل شبکه با توجه به اهمیت ارتقای اثربخشی عملیات آن از ویژگی‌های ساختاری اینگونه سازمان‌ها است (تابنده، ۱۳۸۵: ۵۲). امروزه سازمان‌های مجازی مجموعه‌ای گسترده از ساختارهایی به شدت متغیر و سیال هستند که برای تحقق اهداف خود چندان نیازمند کارمند و کارگر نیستند. یکی از نمونه‌های مشهور سازمان‌های مجازی شرکتی به نام ویرجین گروپ^۱ است که در حال حاضر بیش از ۵ درصد بازار نوشیدنی‌های کولا در انگلستان را در اختیار دارد، در حالی که تعداد کل کارکنان آن از انگلستان یک دست فراتر نرفته است. در واقع این شرکت واقعاً مجازی تمام تمرکزش را روی کلیدی‌ترین و حساس‌ترین حوزه فعالیت در بخش نوشیدنی‌ها، یعنی بازاریابی قرار داده است و سایر بخش‌های تولیدی و خدماتی خود شامل خط تولید و توزیع را برون‌سپاری کرده است. سازمان‌های مجازی دارایی‌های فیزیکی اندکی دارند و ایجاد ارزش افزوده در آن‌ها از طریق تمرکز بر دارایی‌های متحرک و غیرحقیقی یعنی دانش و نه دارایی‌های ثابت مانند کارخانه‌ها و ماشین‌آلات است.

۱-۳ پیشینه شرکت‌های تجاری الکترونیکی

بنا به تعریفی که از شرکت‌های تجاری الکترونیکی در این پژوهش ارائه شد، سابقه‌ی اینگونه شرکت‌ها به زمان ورود شرکت‌های تجاری سنتی به عرصه‌ی تجارت و کسب و کار الکترونیکی بازمی‌گردد. شرکت‌های تجاری تماماً الکترونیکی نیز همگام با پیشرفت‌های حوزه‌ی تجارت الکترونیک به وجود آمدند و اینکه شرکت‌های باسابقه‌ای بودند که با تغییر راهبرد و رها نمودن تجارت سنتی، اساس تجارت خود را بر مبنای تجارت الکترونیکی بازسازی نمودند.

در واقع از هنگامی که فناوری اطلاعات اقتصاد را دستخوش دگرگونی نمود و با عبور از موانع دوگانه زمان و مسافت موقعیت‌های بی‌شماری را برای شرکت‌های تجاری فراهم نمود، بسیاری از شرکت‌های تجاری به جای تهدید قلمداد نمودن فضای جدید، در صدد بهره‌گیری از فرصت‌های آن برآمده و خود را شرایط جدید همساز نمودند. به همین دلیل، امروزه برخی از بزرگترین و معتبرترین شرکت‌های فعال در عرصه‌ی تجارت الکترونیک، از سابقه‌ای طولانی در بازارهای سنتی برخوردار هستند. شرکت روسی اوزون^۲ یکی از نمونه‌های موفق انطباق شرکت‌های سنتی با فضای مجازی و تجارت الکترونیک محسوب می‌شود. این شرکت خرده‌فروشی وقتی اقبال روس‌ها به اینترنت را مشاهده کرد با تغییر استراتژی خود و ارائه‌ی خدمات از طریق اینترنت تنها طی ۱۰ سال توانست خود را از سطح یک شرکت معمولی به بزرگترین فروشنده کالا در روسیه تبدیل نماید. جالب اینکه این اتفاق در کشوری رخ داده که ضریب نفوذ اینترنت در آن تنها حدود ۵۰ درصد است، پول نقد رواج زیادی در اقتصاد آن دارد و اعتماد عمومی به خرید اینترنتی در آن بسیار پایین است (دنیای اقتصاد، ۱۳۹۳). با این وجود، اوزون توانسته به خوبی از فضای جدید تبادل الکترونیک اطلاعات در روسیه استفاده نماید و به جایگاهی شبیه آمازون در این کشور دست یابد.

با این وجود، سابقه‌ی اغلب شرکت‌های عظیم تجاری الکترونیکی به دوران پس از ظهور اینترنت بازمی‌گردد. آمازون را می‌توان بی‌شک یک برند بی‌رقیب در تجارت الکترونیک به شمار آورد. این شرکت فعالیت جدی خود را در سال ۱۹۹۵ با عنوان فروشگاه آنلاین کتاب، آغاز کرد و سپس اقدام به فروش محصولات نو یا دست‌دوم از طریق اینترنت نمود. شرکت آمازون هم اکنون کتاب، سی‌دی، دی‌وی‌دی،

۱. Virgin Group

۲. Ozon

بسته‌های نرم‌افزاری و حتی کفش و لباس نیز عرضه می‌کند و امروزه بیشترین درصد فروش را در بین سایر فروشگاه‌های اینترنت دارد. وب‌گاه آمازون، بخش اعظم از کسب و کار این شرکت به شمار می‌آید، که طیف وسیعی از خدمات و کالاها، از طریق آن عرضه می‌گردد. از ویژگی‌های این وب‌گاه، امکان ورق زدن و مطالعه نسخه الکترونیکی اغلب کتاب‌هایی است، که در این وب‌سایت برای فروش گذاشته شده است. این شرکت همچنین با کمک تکنولوژی‌های نوین چاپ و تولید کتاب، اقدام به ارائه کتاب‌هایی بر اساس سیستم چاپ بنا بر تقاضا نموده است، که در این روش به جای چاپ و انبار کتاب در تعداد وسیع، تنها با نگهداری فایل الکترونیکی کتاب‌ها، پس از سفارش مشتری، اقدام به چاپ و تولید یک یا چند نسخه از کتاب نموده، آن‌ها را به آدرس مشتری ارسال می‌کند. این شرکت در سال ۲۰۱۴ معادل ۶۳ درصد فروش آنلاین کتاب و ۴۰ درصد کل فروش کتاب دنیا را از طریق خرده‌فروشی به دست آورد. این میزان فروش، رکوردی جهانی بود که یک فروشگاه وبسایتی به آن دست یافت (ایرنا، ۱۳۹۴).

ای. بی دیگر شرکت تجاری الکترونیکی موفق در سطح جهانی محسوب می‌شود. این شرکت که کار خود را از سال ۱۹۹۶ با ایجاد وب‌سایتی شامل یک صفحه ساده اینترنتی آغاز نمود، در ادامه مزایده‌هایی را که محدود به حراج اثاثیه‌ی منزل و بازار کهنه‌فروشی‌ها بودند، به مکان تجارت الکترونیکی مرغوب تبدیل کرد. در حال حاضر فروش هر نوع کالایی از عتیقه و جواهرات تا کامپیوتر و اتومبیل و حتی بیمه اتومبیل برای این شرکت حدود ۳۰ میلیون مصرف‌کننده به ثبت رسانده است. ذکر نمونه شرکت‌های موفق در عرصه تجارت الکترونیک که گوی سبقت را از هم‌تایان سنتی خود ربوده‌اند، فراوان بوده و به این دو مورد محدود نمی‌شود. اما نگاهی به لیست این شرکت‌ها همچون یاهو، اوراکل، سیسکو، گوگل، تنسنت، علی‌بابا و ... نشان می‌دهد بسیاری از آن‌ها تازه تأسیس بوده و تجربه‌چندانی در بازارهای سنتی نداشته‌اند و تنها ظهور فناوری‌های نوین ارتباطات و اطلاعات زمینه‌ساز پیدایش آن‌ها بوده است.

۲- مبانی حقوقی تجارت الکترونیک

حقوق تجارت الکترونیک را می‌توان یکی از گرایش‌های جدید حقوق به شمار آورد که با توجه به جایگاه و پیشرفت جنبه‌های مختلف تجارت الکترونیک در جهان تجارت نیاز به نوعی چهارچوب و قواعد حمایتی خاص در نظام حقوقی مدون و منظم دارد؛ می‌دانیم که حقوق تجارت مجموعه قواعدی است که بر روابط دادوستد و اعمال تجاری آن استوار می‌باشد و برخلاف حقوق مدنی که روابط تمامی افراد جامعه را شامل می‌شود، حقوق تجارت به وضع قواعدی ویژه برای خرید و فروش، تجار و اعمال تجاری می‌پردازد، گرچه در مواردی که راه‌حل صریحی در حقوق تجارت پیش‌بینی نشده باشد می‌بایست قواعد سایر حوزه‌های حقوقی به ویژه حقوق مدنی مراجعه می‌شود (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۱-۲۲). به همین منوال، حقوق تجارت الکترونیک نیز مجموعه قواعد ناظر بر معاملات بین‌بنگاه - مصرف‌کنندگان یا معامله بین دو بنگاه و یا معامله بین دو مصرف‌کننده در فضای الکترونیکی است؛ بنابراین می‌توان منابع حقوق تجارت الکترونیک را در قواعد خاص حقوقی این حوزه یا در حقوق تجارت و یا سایر قوانین موضوعه جستجو نمود. از آنجا که تجارت الکترونیکی پدیده‌ای نسبتاً جدید به حساب می‌آید، قواعد حقوقی ویژه ناظر بر آن هنوز به خوبی شکل نگرفته است و از این رو چه در سطح بین‌المللی و چه در سطح کشورها کمتر با مجموعه قواعد منسجمی که ناظر بر این حوزه باشد مواجه هستیم. از این رو برخی نویسندگان حقوق با استناد به ویژگی‌ها و ابعاد رو به گسترش تجارت الکترونیکی با آن به مثابه رشته‌ای نوپیدا در حقوق برخورد کرده، همانگونه که برای شاخه‌های سنتی حقوق منابعی بیان می‌شود، منابع حقوق تجارت الکترونیکی را برشمردند. این منابع عبارتند از (نوری، ۱۳۸۴: ۱۱۵-۱۱۶):

۱. قانون، اعم از قوانین ملی مانند قانون تجارت، مدنی، مسئولیت مدنی و قانون تجارت الکترونیکی؛ قوانین منطقه‌ای مانند دستورالعمل فروش از راه دور در اتحادیه اروپا (صادر در ۱۹۹۷ و لازم‌الاجرا از ژوئن

۲۰۰۰) برای کشورهای عضو این اتحادیه؛ قوانین بین‌المللی از جمله قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال^۱ (۱۹۹۶) و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا^۲ (۱۹۸۰).
۲. عرف و رسوم تجاری، مانند ماده ۳۴۴ قانون مدنی و مواد ۳۴۹، ۳۶۶ و ۳۶۷ قانون تجارت ایران و ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.

۳. مقررات خاص و متحدالشکل که به عنوان قانون ناظر بر تجارت الکترونیک انتخاب می‌شوند، مانند اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی تدوین شده از سوی مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی^۳ در روم.

۴. اصول کلی حقوقی مانند قاعده‌ی لزوم وفای به عهد.

۵. آرای دادگاه‌ها و مراجع داوری.

۶. عقاید اندیشمندان علم حقوق.

در نظام حقوقی ایران ضمن موارد مطروحه فوق‌الذکر منبع هفتم ای در این باب وجود دارد که عبارت از فقه، نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که مبتنی بر آموزه‌های اسلامی و احکام و قواعد شرعی و فقهی می‌باشد از این رو قوانین و قواعد حاکم بر تجارت الکترونیکی و شرکت‌های تجاری الکترونیکی در ایران می‌بایست منطبق با موازین شرعی و عرفی باشد.

۲-۱- تشکیل شرکت‌های تجاری الکترونیکی در ایران

در نظام حقوقی ایران نیز بنا بر ضرورت و اهمیت تشکیل شرکت‌های تجاری الکترونیکی با توجه به قواعد و قوانین موجود این شرکت‌ها شناسایی شده‌اند و به منظور رعایت حقوق سهام‌داران و حفظ منافع عمومی مشتریان و کارگزاران این قسم شرکت‌ها ترتیبات و قواعد خاصی در نظر گرفته شده است. لذا شرکت‌های تجاری الکترونیکی در ایران همچون سایر شرکت‌ها، برای کسب هویت حقوقی نیازمند طی فرآیند ثبت در اداره کل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیر تجاری سازمان ثبت و اسناد جمهوری اسلامی ایران می‌باشند. گرچه شکل و قالب حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیکی نیز اساساً تفاوتی با شرکت‌های سنتی ندارد اما وجه افتراق آنان عمدتاً به نحوه‌ی فعالیت شرکت و مجوزهای لازم برای تأسیس مربوط می‌شود. به عبارت بهتر، موضوع فعالیت شرکت تجاری الکترونیکی می‌تواند تمام موضوعات ممکن برای شرکت‌های سنتی را شامل شود به این شرط که بدون لحاظ نمودن ویژگی‌های تجارت الکترونیک یعنی تکیه بر فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات، قادر به فعالیت نباشد. بی‌شک در چنین حالتی باید در تعیین موضوع فعالیت شرکت به این مهم اشاره شده باشد، وگرنه شرکتی که بتواند بدون تکیه بر تجارت الکترونیک و بهره‌گیری از فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات فعالیت نماید، یک شرکت تجاری الکترونیکی محسوب نمی‌شود. بنابراین اگرچه اکثر شرکت‌های تجاری امروزه از تسهیلاتی که فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات از جمله تجارت الکترونیک در اختیار آن‌ها گذاشت، استفاده می‌کنند؛ اما فرضاً چنانچه روزی این تسهیلات از دسترس خارج شود، شاید فعالیت آن‌ها کند شود اما متوقف نخواهد شد. در مقابل، فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی با حذف فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات ممکن نخواهد بود. در واقع می‌توان این نکته را وجه تمایز و تفکیک شرکت‌های تجاری الکترونیکی از شرکت‌های سنتی قلمداد کرد. با این همه، نه در قانون ثبت شرکت‌های ایران و دستورالعمل‌های اداره کل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری و نه در هیچ قانون یا حتی پژوهشی علمی، به تعریف یا موضوع شرکت‌های تجاری الکترونیکی اشاره‌ای نشده است. بنابراین چون هیچ تعریف حقوقی یا قابل اجماعی در خصوص شرکت‌های تجاری الکترونیکی وجود ندارد، می‌توان با جرح و تعدیل‌هایی در آن، تعریفی متفاوت از شرکت‌های تجاری

۱. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce

۲. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

۳. The International Institute for the unification of Private law (UNIDROIT)

الکترونیکی ارائه داد که نتایج و تحلیل‌های متفاوتی به همراه داشته باشد. علاوه بر تعریفی که پژوهش حاضر از شرکت‌های تجاری الکترونیکی ارائه داده است، شرکت تجاری الکترونیکی دست کم به چهار قسم دیگر از شرکت‌های تجاری نیز قابل اطلاق می‌باشند که در ادامه به صورت اختصار به هر یک می‌پردازیم.

قسم اول- شرکت تجاری که موضوع آن، تولید کالا یا ارائه خدمات الکترونیکی است.
قسم دوم- شرکت تجاری که موضوع آن، تولید کالا/اطلاعات یا ارائه خدمات مربوط به فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات است.

قسم سوم- شرکتی که ساختار عملیاتی و فعالیت آن در بستر الکترونیکی جریان دارد و فروش محصولات/اطلاعات یا ارائه خدمات با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات صورت می‌پذیرد.
قسم چهارم- شرکتی تجاری که بخش بزرگی از فعالیت‌های آن به صورت الکترونیکی و از راه دور انجام می‌شود.

واضح است که برخی از این اقسام چهارگانه ممکن، ذیل تعریف پژوهش حاضر از شرکت تجاری الکترونیکی قرار می‌گیرند، به ویژه نوع سوم آن. تعریف پژوهش حاضر از شرکت تجاری الکترونیکی کاملاً عملیاتی است، به این معنی که با مشاهده هر شرکت و رصد ساختار و فعالیت‌های آن می‌توان سریعاً دریافت که آیا شرکت مذکور در صورت حذف ابعاد فناوری‌های نوین ارتباطات و اطلاعات از جمله تجارت الکترونیک صرفاً به دردرس خواهد افتاد و یا اینکه کاملاً متوقف خواهد شد. در ادامه با تکیه بر این تعریف، اشکال و قالب‌های حقوقی ممکن برای اینگونه شرکت‌ها ارائه و مزایا و معایب هر کدام از آن‌ها با توجه به ویژگی‌های خاص شرکت‌های تجاری الکترونیکی ذکر شده است.

۲-۲- تبیین و بررسی تابعیت شرکت‌های تجاری

یکی از مباحث مهم و تاثیرگذار در روند حل تعارضات و اختلافات شرکت‌های تجاری بحث تابعیت شرکت‌های تجاری می‌باشد معمولاً تابعیت شرکت به موجب قوانین بیشتر کشورها از طریق محل ثبت آن مشخص می‌شود. اصول تابعیت در کشور ما در جلد دوم قانونی مدنی در کتاب دوم از مواد ۹۷۶ تا ۹۹۲ آمده است. در خصوص شرکت‌های تجاری نیز ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰ ش مقرر می‌دارد: «هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد شرکت ایرانی محسوب است» و از طرفی به موجب ماده ۵۹۱ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ ش «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آن‌ها در آن مملکت است» و به موجب ماده ۵۹۰ قانون یاد شده: «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجا است». لذا عملاً بین دو نص یاد شده تعارض وجود دارد؛ به این صورت که قانون ثبت شرکت‌ها که اختصاص به ثبت شرکت دارد و نه دیگر اشخاص حقوقی، برای اینکه شرکتی ایرانی شمرده شود، دو شرط را لازم دانسته است:

شرط اول تشکیل شرکت در ایران،

شرط دوم وجود مرکز اصلی شرکت در ایران.

ولی به موجب ماده ۵۹۱ قانون تجارت که اعم از شرکت‌های تجاری و مؤسسات غیرتجاری است، صرف وجود اقامتگاه شرکت (اداره شخص حقوقی) در کشور ایران را برای ایرانی بودن آن کافی دانسته است. در تفسیر این تعارض دو نظر متفاوت ارائه شده است؛ به این صورت که یکی از استادان حقوق تجارت ایران معتقد است: «چون قانون تجارت بعد از قانون ثبت شرکت‌ها تصویب شده است، قانون تجارت را باید ناسخ قانون ثبت شرکت‌ها تلقی کرد» (اسکینی، ۱۳۷۹، ص ۶۴) و بعضی دیگر (ستوده و تهرانی، ۱۳۸۰، ص ۲۰) حاکمیت قانون ثبت شرکت‌ها را پذیرفته‌اند. همچنین به نظر برخی (دمیرچیلی، ۱۳۸۰، ص ۵۹۱) چون موضوع ماده ۵۹۱ قانون تجارت «اشخاص حقوقی» اعم از اشخاص حقوقی خصوصی و حقوقی عمومی است و ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌ها فقط درباره شرکت‌هاست و قانون عام لاحق ناسخ خاص سابق نیست؛ پس در این خصوص قانون ثبت شرکت‌ها حاکم است. بر مبنای این نظر شاید بتوان گفت قانون ثبت شرکت‌ها فقط درباره تعیین تابعیت شرکت‌های ایرانی است، ولی ماده ۵۹۱

متضمن قاعده حل تعارض است. به عبارت دیگر، از نظر قواعد حل تعارض ایران، اشخاص حقوقی تبعه کشوری شمرده می‌شوند که اقامتگاه (مرکز اداری) آن‌ها در آن کشور باشد. به نظر می‌رسد که خاص بودن مقررات قانون ثبت شرکت‌ها دلیل موجهی برای تعیین تابعیت شرکت‌ها باشد. همچنین در تفسیر تعارض یاد شده میان قانون تجارت و قانون ثبت شرکت‌ها گفته شده است: «...اگر قاضی ایرانی بخواهد معلوم کند که شرکت ایرانی است یا خارجی باید به ماده یک قانون ثبت شرکت‌ها رجوع کند، ولی اگر بخواهد به تعیین تابعیت شرکتی مبادرت کند که غیر ایرانی است، باید به قانون تجارت رجوع کند...» (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۹۹).

در کشورهای مختلف روش‌های متفاوتی از جمله اقامتگاه واقعی، محل تأسیس شرکت، مرکز عملیات شرکت، محلی که شرکت از آنجا کنترل می‌شود. البته در خصوص هر کدام از این به عنوان معیار تعیین تابعیت شرکت‌ها پذیرفته شده است معیارها و ارکان تعاریف متفاوتی ارائه شده است. و لذا تلفیق این دو ماده (۵۹۰ و ۵۹۱) گاه ایجاد اشکال می‌کند. برای توضیح بهتر این مطلب، سه فرض زیر را از یکدیگر تفکیک کنیم:

الف) شرکتی در ایران تشکیل شده و اقامتگاه قانونی آن نیز در ایران است؛ چنین شرکتی ایرانی است.
ب) شرکتی در ایران تشکیل شده، ولی اقامتگاه قانونی آن در ایران نیست؛ چنین شرکتی، شرکت خارجی محسوب می‌شود و در عین حال، دارای تابعیت کشوری است که اقامتگاه قانونی‌اش در آن است (ماده ۵۹۱ قانون تجارت).

ج) شرکتی در ایران تشکیل نشده، اما اقامتگاه قانونی آن در ایران است. مشکل اصلی در مورد این فرض بروز می‌کند. در واقع این شرکت از دید ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌ها، خارجی است؛ زیرا یکی از ملاک‌های مندرج در ماده مزبور، یعنی تشکیل شرکت در ایران، در موردش صدق نمی‌کند. ولی از دید ماده ۵۹۱ قانون تجارت، شرکت ایرانی است؛ چرا که اقامتگاه قانونی شرکت در ایران است. به عبارت روشن‌تر، قانون ثبت شرکت‌ها به ما می‌گوید که شرکت خارجی است، زیرا در ایران تشکیل نشده است؛ در حالی که قانون تجارت شرکت را ایرانی معرفی می‌کند، چون اقامتگاه آن در ایران است. این تضاد را می‌توان چنین حل کرد: چون قانون تجارت بعد از قانون ثبت شرکت‌ها تصویب شده است، قانون تجارت را باید ناسخ قانون ثبت شرکت‌ها تلقی کرد و گفت که در این مورد خاص، شرکت تابعیت ایرانی خواهد داشت، حتی اگر در خارج تشکیل یا ثبت شده باشد. بدین ترتیب، راه حل‌های حقوق ایران را می‌توان چنین خلاصه کرد:

- اگر شرکت در ایران تشکیل شود و مرکز اصلی آن در ایران باشد، ایرانی است.
- اگر شرکت در خارج تشکیل شده و اقامتگاه قانونی آن در خارج باشد، خارجی است. در این صورت طبق ماده ۵۹۱ قانون تجارت، شرکت تابع کشوری است که اقامتگاه قانونی آن در آنجا واقع است.
اگر شرکت در خارج تشکیل شده، ولی اقامتگاه قانونی آن در ایران باشد، باید آنرا ایرانی تلقی کرد.
البته بر اصول مذکور، دو استثنا وارد است. اول اینکه به موجب بند ج از ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸)، «هر بانکی که بیش از ۴۰ درصد سرمایه‌ی آن متعلق به اشخاص حقیقی اتباع خارج یا اشخاص حقوقی خارجی باشد، از نظر این قانون، بانک خارجی محسوب می‌شود و باید تحت عنوان بانک خارجی به ثبت برسد. از نظر این ماده هر شخص حقوقی که ۱۰۰ درصد سرمایه‌ی آن متعلق به اشخاص حقیقی اتباع ایران نباشد، خارجی تلقی می‌شود.

استثنای دوم راجع به شرکت‌های هواپیمایی است که اگر بیش از ۴۹ درصد سهام‌شان متعلق به اتباع بیگانه باشد، به حکم مقررات تأسیس مؤسسات حمل و نقل هوایی و دریایی، خارجی تلقی می‌شوند. بدین ترتیب، در مورد سیستم حقوقی ایران نیز می‌توان گفت که در تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در ایران اصل بر این است که تابعیت شرکت‌ها بسته به مرکز اصلی آنها است، مگر در مواردی که قانون خاصی، چنان که گفتیم، تابعیت شخص حقوقی را با کنترل آن توسط صاحبان سرمایه مرتبط دانسته باشد.
لذا علی‌الاصول در حقوق ایران، مرکز شرکت و تابعیت آن با هم مرتبطند و برای اینکه شرکتی تغییر تابعیت دهد، لازم است که اقامتگاه قانونی آن از ایران به خارج منتقل شود. برعکس، شرکتی که در خارج

تشکیل شده و اقامتگاه قانونی آن هم در آنجا واقع شده، برای اینکه ایرانی بشود باید مرکز اصلی‌اش در ایران باشد.

زمانی که صحبت از شرکت تجاری الکترونیکی می‌شود، موضوع تابعیت اینگونه شرکت‌ها نیز برجسته‌تر می‌شود؛ چراکه حذف فاصله‌های مکانی و کاهش فاصله‌های زمانی در فضای الکترونیکی، امکان همکاری بین‌المللی و چند ملیتی را نیز افزایش می‌دهد. اما همانگونه که در بالا توضیح داده شد، مادامی که اقامتگاه قانونی شرکت تجاری الکترونیکی در ایران باشد، دارای تابعیت ایرانی محسوب می‌شود.

۳- بررسی ماهیت حوزه فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیک

یکی دیگر از مهمترین مباحثی که در باب حوزه شرکت‌های تجاری مورد بحث و مطالعه قرار بگیرد موضوع فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی است شرکت‌های تجاری الکترونیکی از حیث ماهیت و موضوع و حتی تشکیلات تا از قواعد حاکم بر شرکت‌های سنتی تبعیت می‌کند اما آنچه که در این بین می‌تواند و می‌بایست وجه افتراق شرکت‌های تجاری الکترونیک از شرکت‌های سنتی باشد موضوع فعالیت هر یک از آنان است؛ موضوع فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی متمایز از دیگر شرکت‌های تجاری است و به تبع آن، طبق قوانین ایران نیازمند مجوزهای خاصی در این زمینه هستند. اساساً تعیین موضوع شرکت در شرف تأسیس از اهمیت بالایی برخوردار است، چرا که موضوع فعالیت هر شرکت نشان‌دهنده‌ی هویت آن شرکت است.

شرکت‌های تجاری الکترونیکی همچون سایر شرکت‌های تجاری، شرکت‌هایی هستند که در موضوع فعالیت آن‌ها (بند ۲ اساسنامه) موارد مربوط به امور بازرگانی قید گردیده باشد. موضوعات تجاری نیز عموماً عبارتند از انجام خرید، فروش، توزیع، صادرات و واردات کلیه کالاهای مجاز بازرگانی و اخذ و اعطای نمایندگی شرکت در کلیه‌ی نمایشگاه‌ها و سمینارها و همایش‌های داخلی و خارجی. بنابراین ملاک اصلی برای تجاری بودن یک شرکت، موضوع شرکت است. حال چنانچه هدف، تشکیل شرکت تجاری الکترونیکی باشد، تمامی این موضوعات باید در حیطه‌ی تجارت و کسب و کار الکترونیکی گنجانده شوند. به ویژه اینکه فعالیت خرید و فروش کالاها یا خدمات باید اساساً به صورت الکترونیکی تعریف شود. به عبارت بهتر، وجه تمایز شرکت‌های تجاری الکترونیکی از سایر شرکت‌های تجاری در درجه‌ی نخست به انجام الکترونیکی فعالیت‌های شرکت باز می‌گردد.

در خصوص الزامات اخذ مجوز فعالیت، مستندات و مدارک از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و مراجع دولتی و عمومی برای شرکت‌های تجاری الکترونیکی، اداره کل ثبت شرکت‌های سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در آخرین دستورالعمل ثبتی خود اعلام نموده که شرکت‌های تجاری با «موضوعات مربوط به تجارت الکترونیک» نیازی به اخذ مجوز قبل از ثبت موضوعات ندارند. با این وجود، آن دسته از شرکت‌های تجاری الکترونیکی که به طور خاص خواهان فعالیت در حیطه‌ی پول الکترونیک و اوراق بهادار الکترونیکی هستند، باید در زمان ارسال مدارک مستنداتی دال بر بلا مانع بودن ثبت اینگونه شرکت‌ها که از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (پول الکترونیک) و سازمان بورس و اوراق بهادار (اوراق بهادار الکترونیکی) صادر شده باشد به مراجع ثبتی ارائه نمایند (اطلاعیه در خصوص موضوع فعالیت اشخاص حقوقی، ۱۳۹۳).

در سال ۱۳۸۸ نیز آئین‌نامه اخذ مجوز فعالیت در محیط مجازی از سوی وزارت صنعت، معدن و تجارت ایران صادر و ابلاغ گردید که تا به امروز به عنوان مرجع فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی مورد استناد قرار گرفته است. بر این اساس، در حوزه‌ی کسب و کارهای آنلاین به دو دسته مجوز نیاز است؛ نخست مجوزهای عمومی که نمونه‌ی بارز آن نماد اعتماد الکترونیک است و دوم، مجوزهای اختصاصی هر صنف. مجوزهای عمومی کسب و کار الکترونیک برای تمامی کسب و کارهای آنلاین عمومیت داشته و صرفنظر از حوزه‌ی فعالیت و تخصص، دریافت آن الزامی است. از جمله این مجوزها نماد اعتماد الکترونیکی و پروانه کسب و کار است. نماد اعتماد الکترونیکی نشانه‌ای است که از طرف مرکز توسعه تجارت الکترونیکی وابسته به وزارت صنعت، معدن و تجارت ایران تحت شرایطی به عنوان تأییدیه به شرکت‌ها و فروشگاه‌های

الکترونیکی داده می‌شود. این نماد در واقع نشانه‌ای نمادین است که منحصرأ توسط مرکز توسعه تجارت الکترونیکی صادر شده و به کسب و کارهای الکترونیکی مجاز با هدف سامان‌دهی، احراز هویت و صلاحیت آن‌ها اعطا می‌گردد. این نماد پس از بررسی وب‌گاه و احراز هویت و صلاحیت مالک (حقیقی یا حقوقی) آن برای مدت یکسال صادر می‌گردد. طبق قوانین این مرکز، سایت‌هایی که در آن فرآیند فروش کالا یا خدمات صورت نمی‌گیرد نیازی به این نماد ندارند (معرفی مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، ۱۳۹۲).

مجوزهای اختصاصی نیز شامل همان مجوزهای گروه صنفی است. به عنوان نمونه برای فروش الکترونیکی محصولات سمعی و بصری یا فرهنگی مثل کتاب به مجوز وزارت ارشاد، برای محصولات الکترونیکی حوزه سلامت و درمان به مجوز وزارت بهداشت و درمان بوده و یا هر صنفی نیاز به پروانه اختصاصی همان صنف یا اتحادیه دارد. علاوه بر این، شرکت‌های تجاری الکترونیکی باید سایت خود را صرفنظر از نوع فعالیت در ستاد ساماندهی سایت‌های اینترنتی وزارت ارشاد اسلامی ثبت نمایند تا در ادامه‌ی فعالیت با مشکل مواجه نشوند.

۳-۱ چالش‌ها و مسائل حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیکی

روند شتابان حجم تجارت الکترونیکی در جهان نشان از تمایل و علاقه بنگاه‌های اقتصادی و مصرف‌کنندگان در استفاده از تجارت الکترونیکی است. بدون شک توسعه کاربردی تجارت الکترونیک یکی از حلقه‌های لازم برای افزایش کارایی تجاری اقتصاد ملی است. تجارت الکترونیک به معنای خرید و فروش کالاها، خدمات و اطلاعات از طریق شبکه‌های رایانه‌ای مثل اینترنت و ... می‌باشد که از ویژگی‌های بارز اینترنت پوشش جهانی آن است. که به همین دلیل شرکت‌ها می‌توانند از طریق اینترنت فعالیت‌های بازاریابی و صادراتی خود را افزایش دهند. تجارت الکترونیکی روشی جدید جهت ورود و نفوذ به بازارهای بین‌المللی محسوب می‌گردد. دلایل موفقیت کشورهای توسعه یافته در تجارت الکترونیکی، دسترسی به دانش و فناوری نوین بودجه‌های هنگفت برای تحقیق و توسعه و وفور سرمایه، نیروی انسانی، متخصص، قوانین و مقررات منعطف، مدیریت پویا و ... می‌باشد. ولی در کشورهای در حال توسعه در این زمینه فاصله زیادی با کشورهای پیشرفته ایجاد شده است که دلایل اصلی این شکاف عدم وجود زیرساخت‌های مناسب، آگاهی عمومی و فرهنگ استفاده از تجارت الکترونیکی است که به آن شکاف دیجیتالی می‌گویند. راهبردهای اساسی توسعه تجارت الکترونیکی عبارتند از: ۱- آگاه سازی ۲- دسترسی و زیرساخت‌ها ۳- مسائل قانونی و حقوقی ۴- حمایت از بخش خصوصی ۵- سیاست‌های خاص بخشی ۶- دولت الکترونیکی ۷- بانکداری و پرداخت الکترونیکی می‌باشد که با ظرافت سنجی در عوامل مذکور فوق می‌توان این دستاورد مبادلات الکترونیکی را با امنیت تمام خدمت به شهروندان در این راستا، گامی مهم برای اعتلای کشور نهاد. (عطاشنه و همکاران: ۱۳۹۰: ۱)

لذا از این گذر به چالش‌های قانونی و مسایل حقوقی خاص شرکت‌های تجاری الکترونیکی که اغلب به ابعاد و ویژگی‌های حقوقی کسب و کار الکترونیکی و تجارت الکترونیک باز می‌گردد. توسعه تجارت الکترونیک به چارچوب مناسب قانونی نیاز دارد تا شرکت‌ها و افراد را در مورد حفاظت کافی آن‌ها در هنگام تبادلات مالی مطمئن سازد. با وجود تدوین برنامه جامع توسعه تجارت الکترونیک ایران توسط معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی در قالب برنامه چهارم توسعه کشور، هنوز این برنامه مصوب شده چالش‌های فراوانی در هماهنگی با دستگاه‌های مختلف ذی‌ربط داشته و با اجرایی کردن آن با تهیه زیرساخت‌های لازم فاصله دارد. از طرفی ضعف قوانین موجود در زمینه مسائل حقوقی، گمرک و مالیات و نیز عدم وجود قوانین مدون مناسب در زمینه برخورد با جرائم الکترونیکی، مانع جدی در این را محسوب می‌شود. به طور کلی موانع و چالش‌های تجارت الکترونیک در ایران را می‌توان به طور مثال بیان کرد، فقدان زمینه‌های حقوقی لازم برای استفاده از تجارت الکترونیک، از قبیل مقبول نبودن اسناد و امضای الکترونیکی در قوانین جاری کشور به عبارت بهتر، مواجهه با مسایل حقوقی تجارت الکترونیک برای شرکت‌های تجاری الکترونیکی موردی نیست، بلکه ذاتی و دائمی است. بنابراین درک این چالش‌ها و پرهیز از مشکلات حقوقی

احتمالی مرتبط با آن‌ها برای مدیران اینگونه شرکت‌ها حیاتی است. روشن است که شرکت‌های تجاری الکترونیکی ضمن رعایت قوانین و قواعد عام براساس نوع و ماهیت شرکت خود مستلزم رعایت قواعد و قوانین خاص پیرامون تجارت الکترونیکی و تجارت الکترونیک بسته به نوع و ماهیت خود و حوزه فعالیت خاص خود هستند. در واقع، آشنایی صرف با فن تجارت، برای تداوم و موفقیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی کافی نیست و مدیران اینگونه شرکت‌ها به همان نسبت که از حوزه‌ی تجارت سررشته دارند باید در حوزه‌ی فناوری اطلاعات و مسایل حقوقی مربوط به آن نیز آگاهی داشته باشند.

۳-۲ ضعف جاری در حل مسایل حقوقی شرکت‌های تجاری الکترونیکی

با گسترش کاربرد فناوری اطلاعات و ارتباطات و فناوری‌های مرتبط با آن در تجارت، کشورهای دنیا و از جمله کشورهای در حال توسعه به منظور بهره‌گیری کامل از این فناوری‌ها دست به توسعه زیرساخت‌های مورد نیاز این کار زدند. از جمله حیاتی‌ترین زیرساخت‌های این کار، زیرساخت حقوقی توسعه‌ی شرکت‌های تجاری الکترونیکی و کسب و کار الکترونیکی است که محیط امنی را برای دو طرف معامله مهیا می‌نماید (عزیزی و همکاران: ۱۳۸۴: ۶۵). در واقع، توسعه‌ی شرکت‌های تجاری الکترونیکی به چارچوب مناسب قانونی نیاز دارد تا اینگونه شرکت‌ها را در مورد حفاظت کافی در هنگام انعقاد قراردادها و تبادلات مالی و اطلاعات مراقبت نماید. در ایران نیز با وجود تصویب قانون تجارت الکترونیک و تدوین برنامه‌ی جامع توسعه تجارت الکترونیک ایران در قالب برنامه چهارم توسعه کشور، این مصوبات هنوز چالش‌های فراوانی در هماهنگی با دستگاه‌های ذی‌ربط داشته و اجرایی کردن آن‌ها فاصله‌ی زیادی با زیرساخت‌های حقوقی فعلی دارد. از طرفی ضعف قوانین موجود در زمینه مسایل حقوقی، گمرک و مالیات و نیز عدم وجود قوانین مدون مناسب در زمینه برخورد با جرایم الکترونیکی، مانعی جدی در این را محسوب می‌شود (جعفرنژاد و همکاران، ۱۳۸۸: ۳).

۳-۳ تعارضات قوانین داخلی و بین‌المللی مربوط به شرکت‌های تجاری الکترونیکی

از مسایل و موضوعات خاص حقوقی و مهمی که در مورد فعالیت‌های شرکت‌های تجاری الکترونیکی مطرح می‌شود، مبحث تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم بر این شرکت‌ها است؛ بدلیل اینکه فعالیت و انعقاد قراردادهای تجاری از سوی اینگونه شرکت‌ها در سطح گسترده و فراملی بسیار بیشتر از شرکت‌های تجاری سنتی است.

قبل از بررسی مفهوم و چیستی تعارض قوانین، باید دانست که علت پیدایش مسأله تعارض قوانین این است که یک رابطه‌ی حقوقی خصوصی به واسطه‌ی دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور مرتبط می‌گردد که در صورت حدوث این حالت با توجه به اصول و قواعد حاکم بر رفع چنین تعارضاتی باید دانست که کدام سیستم حقوقی را می‌توان بر مسأله مورد نظر حاکم دانست. (یعقوبی، ۱۳۸۸: ۱۱)

لذا باید عنوان نمود که علت بروز تعارض قوانین دخالت یک یا چند عامل خارجی در مسأله و مشکل ایجاد شده می‌باشد. چنانچه اگر یک رابطه حقوقی تنها به قانون یک کشور مربوط شود، بحث تعارض قوانین مفهومی ندارد؛ چراکه رابطه مزبور تابع حقوق داخلی خواهد بود و دلیل آن عدم وجود و دخالت هیچ عامل خارجی می‌باشد.

با دقت در آثار نویسندگان مختلف در باب تعارض قوانین میتوان مصادیقی از عامل خارجی را مورد شناسایی قرار داد؛ که از جمله آن عبارتند از: وجود محل انعقاد عقد در خارج، خارجی بودن یکی از متعاملین، تنظیم یافتن سند در کشورهای خارجی، وقوع مال مورد معامله یا عمل و واقعه حقوقی در خارج و در نهایت وجود تابعیت و اقامتگاه خارجی برای افراد.

بر این اساس، چنانچه خریدار و فروشنده کالا، اطلاعات یا خدمات هر کدام در کشورهای متفاوتی ساکن باشند، اولین مسأله‌ای که مطرح می‌شود این است که کدام قانون بر رابطه‌ی قراردادی آن‌ها اعمال خواهد شد؟ البته تعیین مقررات داخلی یک کشور با عنوان کلی قانون حاکم لزوماً مساوی با اعمال آن بر

تمام جنبه‌های قرارداد نیست؛ زیرا ممکن است دادگاه‌ها از اجرای کلی یا جزئی قانونی که به موجب تراضی طرفین یا قواعد حل تعارض بر قرارداد، قابل اجرا شناخته شده است، به بهانه‌ی اختلاف آن با نظم عمومی، قواعد آمره و ... خودداری نمایند.

نظریه اکثریت حقوقدانان این است که در تعارض بین ماده ۵۹۰ قانون تجارت و ۱۰۰۲ قانون مدنی می‌توان بیان نمود که مرکز عملیات اداری شرکت، اقامتگاه شرکت محسوب می‌شود. در ماده یک قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰ نیز موید این امر است که هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد، شرکت ایرانی محسوب می‌شود.

مهمترین فواید و دلایل تعیین اقامتگاه شرکت به شرح ذیل است:

۱. تعیین تابعیت شرکت مستلزم مشخص نمودن اقامتگاه آن است؛
۲. طلبکاران شرکت برای اقامه دعوا علیه شرکت می‌توانند به دادگاهی که اقامتگاه شرکت در حوزه آن واقع است مراجعه کنند. همچنین است دعاوی مربوط به اصل شرکت و دعاوی بین شرکت و شرکاء و اختلافات حاصله بین شرکاء؛
۳. دادگاه صالح برای صدور حکم ورشکستگی شرکت دادگاه محل اقامت شرکت است؛
۴. صلاحیت محلی اداره متولی ثبتی در خصوص تأسیس و تغییرات اشخاص با توجه به اقامتگاه شرکت اقدام گردد.

با جمیع موارد فوق در رویه عملی در محاکم قضایی و همچنین دستگاه‌های حاکمیتی، اقامتگاه اشخاص حقوقی بر مبنای آدرس شرکت که در مرجع ثبت شرکت‌ها به ثبت می‌رسد، تشخیص داده می‌شود و تا زمانی که آدرس و محل اصلی شرکت نزد مرجع ثبت شرکت‌ها ثبت و در روزنامه رسمی منتشر نگردد به عنوان اقامتگاه شرکت تلقی نمی‌گردد.

ممکن است تعیین یا تغییر اقامتگاه شرکت تحت عنوان اصلاح مواد اساسنامه یا اصلاح کل اساسنامه توسط ارکان شرکت ارائه و با تغییر کلی اساسنامه آگهی گردد. لذا در این صورت لزوم آگهی اصلاح آدرس شرکت به صورت مشخص در سامانه‌های الکترونیکی ثبت شرکت‌ها امری ضروری می‌باشد و از طرفی ممکن است تغییر اقامتگاه به صورت مشخص و با دستور تغییر محل شرکت و یا تغییر آدرس صورت پذیرد که در این صورت با رعایت تشریفات تغییر محل به صورت جداگانه اصلاح می‌گردد.

قانون تجارت الکترونیکی ایران در زمینه تعارض قوانین و دادگاه‌های الکترونیکی ساکت می‌باشد از طرفی نیز در قانون نمونه تجارت الکترونیکی انسیترال نیز حکم خاصی در این زمینه موجود نیست. در حقوق داخلی ایران لحن ماده ۹۶۸ قانون مدنی به گونه‌ای است که حکایت از محدود نمودن آزادی اراده طرفین قرارداد در صورتی که هر دو طرف ایرانی باشد دارد. به موجب این ماده، «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» از نظر اکثر حقوقدانان، مفاد ۹۶۸ قانون مدنی آمره به حساب می‌آید و طرفین عقد غیر از مواردی که هر دو تبعه بیگانه باشند نمی‌توانند قرارداد خویش را که در ایران منعقد می‌نمایند تابع قانون کشور دیگری قرار دهند. چنانچه برخی از حقوقدانان نیز به حق گفته‌اند قائل شدن به آمره بودن قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی برخلاف منطق حقوقی بوده و مشکلاتی در مراودات بین‌المللی به وجود می‌آورد و لذا این قاعده حل تعارض فقط در قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا خواهد بود (ابادری فومشی، ۱۳۸۶: ۳۸۹-۳۹۱).

در مجموع نیز به دلیل تنوع و پیچیدگی فعالیت‌های شرکت‌های تجاری الکترونیکی، نمی‌توان به موجب یا در ضمن قانون خاصی به تعیین حاکم بر فعالیت‌های برون‌مرزی اینگونه شرکت‌ها اقدام کرد، زیرا فعالیت‌های اینگونه شرکت‌ها ممکن است با عنوان و توصیف‌های حقوقی گوناگونی وابسته باشند که احصای تمام موارد به حکم عقل و عرف از اختیار مقنن خارج است. برای تعیین دقیق، عملی و عادلانه قانون حاکم بر قراردادهای مذکور در وهله‌ی اول دادگاه یا مرجع داور باید تمام تلاش خود را برای احراز قانون مورد تراضی طرفین به کار گیرد. البته، انتخاب قانون حاکم نمی‌تواند از اشارات معمولی و کم اهمیت در قرارداد

استنباط شود، بلکه تراضی ضمنی طرفین، در این امور باید از صراحت متعارف برخوردار باشد. در صورت سکوت طرفین، دادگاه صالح باید بدون دلیل قانون داخلی، با رعایت معیارها و موازین حقوقی و در نظر گرفتن نظریه‌های مقبول و پذیرفته شده، قانون حاکم را که لزوماً قوانین و مقررات داخلی نیست، مبنای تصمیم‌گیری خود قرار دهد.

در این خصوص، ذکر دو نکته لازم به نظر می‌رسد. نخست اینکه دادگاه در تعیین قانون حاکم بر فعالیت‌های برون‌مرزی شرکت‌های تجاری الکترونیکی باید به این امر توجه نماید که قرارداد با قانون کدام کشور یا کشورها بیشترین ارتباط را دارند، تا از این طریق بهترین قانون را در مورد قرارداد اجرا نماید. در تشخیص بیشترین ارتباط، عرف، اوضاع و احوال قضیه، کنوانسیون‌های بین‌المللی و خصوصیت فراملی قرارداد الکترونیکی باید لحاظ شود. دوم اینکه دادگاه نباید بیهوده بر دامنه محدودیت‌های وارده بر قانونی که با تراضی طرفین یا با اجرای قواعد حل تعارض بر قراردادهای الکترونیکی حاکم شده، بیفزاید. تفسیر وسیع از قواعد آمره و نظم عمومی داخلی علاوه بر اینکه موجبات بی‌عدالتی را فراهم می‌سازد، سوء تعبیری مبنی بر غیرقابل انعطاف و خشک بودن مقررات داخلی در نزد تجار سایر کشورها به وجود می‌آورد که خود مانعی در راه تعامل و ارتباط گسترده میان شرکت‌های تجاری الکترونیکی ایرانی و سایر کشورها خواهد بود (کریمی، ۱۳۹۴: ۲).

شرکت‌های تجاری الکترونیکی بنا به ماهیت فعالیت‌های خود که اساساً مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات است، نیازمند درک ماهیت حقوق فضای مجازی و قوانین حاکم بر آن هستند. در عین حال، با توجه به جدید بودن موضوع شکل‌گیری شرکت‌های تجاری الکترونیکی و پدید آمدن کسب و کار الکترونیکی، نیاز شدیدی به فهم ابعاد حقوقی آن و تدوین قوانین لازم برای مدیریت فضای معاملات آنلاین احساس می‌شود. به عبارت دیگر، همزمان با گسترش این حوزه از تجارت، نیازهای حقوقی مرتبط با آن نیز در حال رشد است و مدیران شرکت‌های تجاری الکترونیکی باید ضمن به یاد داشتن استلزامات حقوقی مربوط به تجارت الکترونیک، در کنار حقوقدانان به بسط مفاهیم حقوقی این حوزه و سامان بخشیدن به قوانین خاص آن کمک نمایند. تدوین قوانین و مقررات حقوقی یک حوزه‌ی تخصصی، تنها با تعامل فعال قانونگذاران، حقوقدانان و متخصصین آن حوزه شدنی است؛ وگرنه چنین قوانینی در عمل قابلیت تحقق را نخواهند داشت.

در ایران، همچون سایر کشورهای دیگر، شرکت‌های تجاری الکترونیکی، در درجه‌ی اول یک شرکت محسوب می‌شوند و لذا قوانین مربوط به ثبت شرکت‌ها و نیز قانون مدنی ایران بر آن‌ها حاکم است. به عنوان نمونه، مراحل ثبت اینگونه شرکت‌ها همچون دیگر شرکت‌های تجاری است و برای تشکیل نیازمند طی تشریفات قانونی سنتی هستند. اینگونه شرکت‌ها در ایران اغلب در قالب شرکت سهامی خاص به ثبت می‌رسند و به همین دلیل، طی این فصل فرآیند ثبت تأسیس شرکت‌های سهامی خاص تشریح شد. با این همه، مختصات قانونی و آثار حقوقی ثبت شرکت‌های تجاری الکترونیکی در برخی ابعاد می‌تواند تفاوت‌هایی هر چند اندک با دیگر شرکت‌های تجاری سنتی داشته باشد که به آن‌ها نیز در این فصل پرداخته شد؛ از جمله نام، تابعیت، دارایی و شعب شرکت. پرداختن به چالش‌های قانونی و مسایل حقوقی خاص شرکت‌های تجاری الکترونیکی از دیگر مباحث این فصل بود که در حد کلیات به آن‌ها اشاره شد. چرا که این چالش‌ها بیش از آنکه به شرکت بودن آن‌ها باز گردد، به فعالیت‌های آن‌ها مربوط می‌شود.

نتیجه‌گیری

تجارت الکترونیک امروزه در حال گسترش است و با پیشرفت‌های تکنولوژی اشکال و صورت‌های جدیدی در روابط تجاری اشخاص در حال ظهور است با این همه در سال‌های اخیر مقالات و کتاب‌های زیادی در رابطه با تجارت الکترونیک منتشر شده است که بسیاری از آن‌ها به تعریف و تشریح چیستی آن پرداخته‌اند. اهمیت مطالعه و بررسی نظام حقوقی حاکم بر تجارت الکترونیک به خصوص بر شرکت‌های تجاری الکترونیکی امروزه پیش از پیش می‌باشد؛ چرا که در عرصه رقابت در حوزه تجارت الکترونیک و

فعالیت شرکت‌های تجاری الکترونیکی خصوصاً در باب پیشبرد اکثر کشورهای جهان در صدد بهره‌گیری بهینه از هر حداقلی برای پیشبرد منافع خود هستند و با داشتن حداکثر منابع و سرمایه‌های مادی و معنوی و علیرغم وجود پتانسیل‌های لازم در این حوزه هر روز فاصله خود را با دیگران در حوزه‌های مختلف خصوصاً تجارت الکترونیک و شرکت‌های تجاری الکترونیکی بیشتر می‌کنیم و قطعاً نسل‌های آینده این خطر را هرگز بر ما نخواهد بخشید. با مطالعه و بررسی در حوزه شرکت‌های تجاری روشن است که شرکت‌های تجاری، بنیاد و اساس فعالیت‌های خود را مبتنی بر انجام معاملات در فضای مجازی قرار داده‌اند، گرچه تاریخچه‌ی ظهور شیوه تجارت الکترونیک و شرکت‌های تجاری الکترونیکی به دهه‌های اخیر بر می‌گردد اما نیاز بازار و پتانسیل‌های که در سایه پیشرفت ثانیه‌ای تکنولوژی سبب رونق و پیشرفت این جنبه از تجارت شده است که نیاز به مطالعه و رشد منابع و مباحث حقوقی متناسب با پیشرفت حوزه عملیاتی و فعالیت‌های این جلوه از حقوق تجارت پیش از پیش به چشم می‌خورد خصوصاً در ایران که با توجه به وسعت منابع و پتانسیل‌های تجاری که وجود دارد این ضرورت بیش از پیش به چشم می‌خورد از طرفی ضرورت شناخت اعتبار شرکت‌های تجاری الکترونیک و قراردادهای و فعالیت‌های تجاری آن‌ها از مهمترین دغدغه‌ها و نگرانی‌های موجود در این عرصه می‌باشد. چرا که در حوزه تجارت الکترونیک مفاهیم امنیتی بسیاری را در بردارد که اعتماد عمومی فریبنده، مانع اولیه رشد تجارت الکترونیک است.

با مطالعه در مباحث مفتوحه مبین است که شرکت‌های تجاری الکترونیکی بنا به ماهیت فعالیت‌های خود که اساساً مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات است، نیازمند درک ماهیت حقوق فضای مجازی و قوانین حاکم بر آن هستند. در عین حال، با توجه به جدید بودن مباحث و موضوعات متنوع با توجه به سرعت پیشرفت علوم ارتباطات و متاثر شدن حقوق تجارت الکترونیک از آن و از طرفی شکل‌گیری شرکت‌های تجاری الکترونیکی و پدید آمدن کسب و کار الکترونیکی، نیاز شدیدی به فهم ابعاد حقوقی آن و تدوین قوانین لازم برای مدیریت فضای معاملات آنلاین احساس می‌شود. به عبارت دیگر، همزمان با گسترش این حوزه از تجارت، نیازهای حقوقی مرتبط با آن نیز در حال رشد و توسعه می‌باشد و مدیران شرکت‌های تجاری الکترونیکی باید ضمن به یاد داشتن استلزامات حقوقی مربوط به تجارت الکترونیک، در کنار حقوقدانان به بسط مفاهیم حقوقی این حوزه و سامان بخشیدن به فعالیت‌های خود بر مبنای قوانین خاص این حوزه نمایند. تدوین قوانین و مقررات حقوقی یک حوزه تخصصی، تنها با تعامل فعال قانونگذاران، حقوقدانان و متخصصین آن حوزه شدنی است؛ وگرنه چنین قوانینی در عمل قابلیت اجرایی شدن را نخواهند داشت.

در ایران، همچون سایر کشورهای دیگر، شرکت‌های تجاری الکترونیکی، در درجه‌ی اول یک شرکت محسوب می‌شوند و لذا قوانین مربوط به ثبت شرکت‌ها و نیز قانون مدنی ایران بر آن‌ها حاکم است و لذا شرکت‌های تجاری الکترونیک ضمن رعایت قواعد و اصول عام تعیین شده در ضمن قانون تجارت و رعایت حدود شرعی و عرفی خود می‌بایست به صورت خاص از قواعد و قوانین حوزه تجارت الکترونیک و قوانین خاصه‌ای که در ارتباط با حوزه فعالیت آن‌ها است پیروی نماید.

منابع

۱. ابادری فومشی، منصور (۱۳۸۶)، قانون تجارت در رویه قضایی، تهران: نشر خرسندی.
۲. ابهری علی‌آباد، حمید (۱۳۸۲)، زمان و مکان وقوع عقد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۳. باجاج، ک.ک. و ناگ، دیجانی (۱۳۷۶)، از مبادله الکترونیکی اطلاعات تا تجارت الکترونیکی، ترجمه ایرج بهنام مجتهدی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۴. تابنده، احمد (۱۳۸۵)، «کاربرد سازمان مجازی در کسب و کار»، ماهنامه تدبیر، شماره ۱۷۲، شهریورماه، ۵۲ - ۵۵.
۵. رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸)، مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۲)، حقوق تجارت (جلد اول)، تهران: نشر دادگستر.
۷. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۲)، حقوق تجارت، تهران: نشر دادگستر.
۸. حسینی، سید حمید خداداد، علی بیات، عباس ابراهیمی و محمد صفری کهره (۱۳۸۷)، «شناسایی و اولویت‌بندی موانع و چالش‌های پیاده‌سازی تجارت الکترونیک در ایران با رویکرد فازی»، مجموعه مقالات سومین کنفرانس بین‌المللی مدیریت بازاریابی، دانشگاه علامه طباطبایی.
۹. جعفرنژاد، احمد؛ سجادی‌پناه، علی؛ صفوی میرمحله، سیدرحیم و اجلی قشلاجوقی، مهدی (۱۳۸۸)، «بررسی موانع و آرایه راهکارهای بکارگیری تجارت الکترونیک در زمینه توسعه صادرات فرش دستیافت ایران»، پژوهشنامه بازرگانی، دوره سیزدهم، شماره ۳۷، صص ۱-۳۴.
۱۰. مجد، منصور (۱۳۷۸)، «سازمان مجازی چیست؟»، ماهنامه تدبیر، شماره ۹۸، آذرماه، ۴۷-۴۹.
۱۱. نبی فیضی چکاب، غلام (۱۳۸۲)، «وضعیت حقوقی و قانونی تجارت الکترونیک در ایران و جهان»، مجموعه مقالات اولین همایش بین‌المللی تجارت الکترونیک، تهران: انجمن علمی تجارت الکترونیک ایران.
۱۲. نصیری‌یار، مریم و حمید مظلومی خمسه (۱۳۸۴)، «بازاریابی در محیط تجارت الکترونیک»، ماهنامه تدبیر، شماره ۱۵۷، خرداد، صص ۳۹-۴۲.
۱۳. نوری، سیدمسعود (۱۳۸۴)، «اصول حقوقی تجارت الکترونیک با تأکید بر قانون تجارت الکترونیک ایران»، حوزه و دانشگاه، ۱۱ (۴۴): ۱۰۷-۱۳۰.

مقالات پایگاه‌های الکترونیکی

۱۴. اطلاعیه در خصوص موضوع فعالیت اشخاص حقوقی (۱۳۹۳)، اداره کل ثبت شرکت‌های سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، قابل دسترس در:
<http://sherkat.ssaa.ir/SubjectView/tabid/1857/Code/1530/Default.aspx>
۱۵. دنیای اقتصاد (۲۶ شهریور ۱۳۹۳)، «فقدان زیرساخت حقوقی»، شماره ۳۲۹۹، قابل دسترس در:
<http://donya-e-qtasad.com/news/828759>
۱۶. کریمی، جواد و همکاران (۱۳۹۴)، «تجارت الکترونیک و حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین)»، حقوق خصوصی (دانشگاه سمنان)، قابل دسترس در:
<http://javad-karimi-law.mihanblog.com/post/9>
۱۷. معرفی مرکز توسعه تجارت الکترونیک؛ پروژه‌ها و برنامه‌ها (۱۳۹۲)، مرکز توسعه تجارت الکترونیک، قابل دسترس در:

http://www.ecommerce.gov.ir/about_us.html

References:

۱۸. Byrne, J. (۱۹۹۳), "The Futurists Who Fathered the Ideas", Bloomberg, ۸ February, Available: <https://www.bloomberg.com/news/articles/۱۹۹۳-۰۲-۰۷/the-futurists-who-fathered-the-ideas>
۱۹. Hindle, T. (۲۰۰۸), *The Economist Guide to Management Ideas and Gurus*, Economist Books.
۲۰. Tang, Z. (۲۰۰۴), "Jurisdiction and Consumer Contract in E-Business", *The Fourth International Conference on Electronic Business (ICEB ۲۰۰۴)*, Beijing, pp. ۱۳۴۴-۱۳۴۹.
۲۱. Team, S. (۲۰۰۹), "eBusiness and the law: What's required to run an e-commerce business?", *Startups*, Available: <http://startups.co.uk/ebusiness-and-the-law-whats-required-to-run-an-e-commerce-business>
۲۲. Keen, P., Balance, C., Chan, S. and Schrupp, S. (۲۰۰۰), *Electronic Commerce Relationships: Trust by Design*, New Jersey: Prentice Hall PTR.
۲۳. Mittal, P. and Verma, Sh. (۲۰۱۵), "Probe e-commerce firms for FDI law violations: Delhi HC to govt", *Live Mint*, ۲۰ November, Available: <http://www.livemint.com/Politics/hfgwvQopVg\`nyI\`vsXG^N/Delhi-HC-asks-govt-to-probe-۲۱-ecommerce-websites-for-FDI-1.html>
۲۴. Murray, J. (۲۰۱۱), "Cloud network architecture and ICT", *IT Knowledge Exchange*, ۱۸ December, Available: <http://itknowledgeexchange.techtarget.com/modern-network-architecture/cloud-network-architecture-and-ict/>

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۹

صص: ۹۰۹-۹۲۳

جهانی شدن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با تاکید بر اسناد منطقه‌ای

مجید شعبانی^۱، علی نجفی توانا^۲

۱- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲- استادیار دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

چکیده

دومین پروتکل کنوانسیون حمایت از منافع عالی کشورهای اروپایی مصوب ۱۹۹۷، الگوی مشترکی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را وضع نموده، که نظام‌های حقوقی، در وضع قوانین داخلی از ساختار و قواعد این سند اقتباس نموده‌اند. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، قلمرویی جهانی به شمار می‌رود که در عرصه نظام‌های مختلف حقوقی مورد مناقشه قرار گرفته است. از آنجا که فعالیت اشخاص حقوقی در جوامع کنونی رو به تزاید بوده است، به موازات نوع، ماهیت و شرایط آن‌ها، زمینه‌ی ارتکاب جرایم سازمان یافته، فنی و مرکب فراهم گردیده، که موجبات نگرانی کنشگران عرصه عدالت کیفری را فراهم ساخته است. به طور کلی، نظام‌های حقوقی داخلی، به تاسی از مفهوم جهانی شدن پدیده بزهکاری اشخاص حقوقی و مسئولیت کیفری آن‌ها، مکانیسم دوگانه‌ای اتخاذ نموده‌اند؛ مکانیسم نخست، مجازات اشخاص حقوقی براساس اعمال و رفتار عضو حقیقی؛ مکانیسم دوم، مسئولیت کیفری شخص حقوقی به عنوان شخصیت مستقل از اعضاء متشکله آن. با بررسی مبانی نظری مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌توان چنین استنتاج نمود، اغلب کشورها، صرف‌نظر از جزئیات به تبعیت از اسناد بین‌المللی ساختار مشابهی دارند و از مکانیسم اول، به عنوان مدل غالب بهره برده‌اند.

واژگان کلیدی: اسناد منطقه‌ای، مسئولیت نیابتی، شخص حقوقی، جهانی شدن.

مقدمه

جهانی شدن فرآیندی ناشی از گسترش فعالیت‌های حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. یکی از مناقشه برانگیزه‌ترین پیامدهای این فرآیند، در سطح کلان، بزهکاری و در سطح خرد، بزهکاری اشخاص حقوقی است. مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی، به لحاظ نقش عمده‌ای که امروزه اینگونه از اشخاص در قلمرو فعالیت‌های مختلف اقتصادی، تجاری، بازرگانی، تولیدی و صنعتی دارند، موضوعی محلی و مربوط به یک جامعه معین نیست؛ بلکه در همه کشورها، این مسأله به صورت جدی مطرح است. چراکه، مؤسسات تولیدی بعضاً در حریم شهرها به نحوی موجب آلودگی محیط زیست شده یا بر اثر عدم رعایت مقررات یا نقض اصول ایمنی کار، در کارخانجات و کارگاه‌های تولیدی، صنعتی، ساختمانی و غیره جان هزاران کارگر را در معرض تهدید قرار می‌دهند. شرکت‌های بازرگانی نیز در عرصه تجاری و در انجام مبادلات اقتصادی، با سوءاستفاده از موقعیت شخص حقوقی، به طرق گوناگون از طریق کلاهبرداری، خیانت در امانت، ورشکستگی به تقلب و تقصیر، نقض مقررات مالیاتی، پولشویی و ارتشاء، اموال و وجوه مردم را به تاراج برده، یا منافع طلبکاران و سهامداران را در معرض تضییع قرار داده و یا در کسب درآمدهای عمومی و مالیاتی دولت و رقابت سالم خلل ایجاد می‌نمایند.

بنابراین، از نیمه قرن بیستم و در پی گسترش فعالیت اشخاص حقوقی و ظهور جرایم زیست محیطی، فساد مالی، قاچاق، سازمان یافته، و... نظام جهانی (در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای نظیر سازمان ملل متحد و شورای اروپا) مصمم گردید تا ورای محدودیت‌های حاکم بر حقوق جزا با اتکا بر مبانی نظری همچون مسؤلیت نیابتی، شخصیت ثانویه، فرهنگ سازمانی و غیره، مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی را بپذیرند که این جنبش، نظام کیفری داخلی کشورهای پیش گامی نظیر انگلستان، آمریکا، کانادا و فرانسه را نیز به خود ملحق ساخت.

به عنوان نمونه اولیه در حوزه فراملی می‌توان به انحلال شرکت اقیانوس آرام^۱ از ۱۷۱۹ تا ۱۷۲۱ و فساد مالی آن به دنبال افشای اسناد مالی محرمانه و اخذ رشوه اشاره نمود. در خصوص گستره و نتایج جرایم اشخاص حقوقی و آثار آن بر روی سهامداران، بانک‌های عامل و بازار جمعی در دهه اخیر، فساد مالی شرکت انرون و وردکام^۲ در ایالات متحده، پرونده کلاهبرداری شرکت پارمالات^۳ در ایتالیا و پرونده‌های فساد مالی شرکت زیمنس^۴ در آلمان نمونه‌های روشنی هستند. در جوامع لیبرال و به ویژه در اقتصاد بازار آزاد، آزادی اعمال تجاری بدون مداخله دولت، عاملی انتقادی از حیث سیستمی محسوب می‌گردد. با توجه به گستره پرونده‌های پیش گفته، ضرورت واکنش مناسب از سوی جامعه جهانی و نظام‌های حقوقی داخلی کشورها امری اجتناب ناپذیر می‌نماید. دومین پروتکل کنوانسیون حمایت از منافع عالی کشورهای اروپایی مصوب ۱۹۹۷، الگوی مشترکی از مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی را وضع نموده، که نظام‌های داخلی به عنوان یک ضرورت جهانی و با هدف پیشگیری از آثار و پیامدهای جرایم اینگونه از اشخاص در وضع قوانین راجع به چگونگی و استقرار مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی از این سند گرفته برداری نموده‌اند.

۱. جهانی شدن مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی

به نظر می‌رسد در تحلیل و بررسی مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی در قلمروی جهانی، بایستی به تقسیم‌بندی و مرزبندی پردازیم. اول- در محدوده اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری^۵، که با توجه به ماهیت جرائم چهارگانه پیش‌بینی شده در این اساسنامه^۶، دولت‌ها و اشخاص حقوقی عمومی موضوع بحث هستند. دوم- جرایم ارتكابی از سوی اشخاص حقوقی (اعم از عمومی و خصوصی) از طریق شرکت‌ها و

۱. South sea company.

۲. Enron and wordcom.

۳. Parmalat.

۴. Siemens.

۵. Rome statute of international criminal court.

۶. نسل کشی، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی، تجاوز.

سازمان‌ها در اسناد فراملی و منطقه‌ای. و سوم- توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در سطح نظام‌های داخلی

۱-۱. جرائم بین‌المللی کیفری

در بحث جرائم بین‌المللی کیفری و رسیدگی به آن‌ها در ادوار مختلف از سوی دادگاه‌های موقت بین‌المللی و دیوان بین‌المللی کیفری که به موجب اساسنامه رم مصوب ۱۹۹۸، مرجع کیفری بین‌المللی دائمی محسوب می‌گردد و به تبع آن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در این حوزه، دو مرحله قابل تفکیک است. مرحله اول، قبل از تصویب اساسنامه رم و قبل از تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری. مرحله دوم، پس از تصویب اساسنامه رم و با تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری.

قبل از تصویب اساسنامه رم و پیشتر از آن، قبل از تشکیل دادگاه‌های موقت کیفری در حوزه جرائم بین‌المللی، صرفاً مسئولیت دولت‌ها به رسمیت شناخته شده بود و افراد مسئولیتی نداشتند. فلسفه این امر بر این نظر مبتنی بود که دولت واحدی است متشکل از افراد انسانی و در صحنه بین‌المللی نیز این دولت است که به ایفای نقش می‌پردازد. براساس رساله کلاسیک حقوق بین‌الملل اوپنهایم منتشره در سال ۱۹۹۲، در برابر تقصیر یا اعمال ناقض تعهدات بین‌المللی، مسئولیت با دولت است نه افراد تابعه. لذا دولت به عنوان یک شخصیت حقوقی بین‌المللی مستقل، دارای مسئولیت بود.^۲ پیش از آن در سال ۱۹۷۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل مفهوم جرائم بین‌المللی دولت‌ها را در ماده ۱۹ پیش‌نویس موادی راجع به مسئولیت دولت مورد پذیرش قرار داد.^۳

ماده ۱۹ این پیش‌نویس عمل یک دولت را صرفنظر از ماهیت تعهد نقض شده، از لحاظ بین‌المللی، نامشروع تلقی نموده بود، و در صورتی جنایت می‌دانست که زیر پا نهادن آن در راستای محافظت از منافع اساسی جامعه بین‌الملل و از سوی تمام اعضای این جامعه، جنایت بین‌المللی به شمار رود. از جمله در جهت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، توسل به زور برای حفظ سلطه برخلاف حق خود مختاری مردم یک کشور، نقض گسترده تعهدات بین‌المللی در راستای حمایت از حقوق بشر، برده‌داری، نسل‌زدایی و تبعیض نژادی و غیره. ایده مبنایی قواعد مندرج در مواد این پیش‌نویس ناشی از دیدگاه‌های گارسیا آمادور^۴ نخستین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌المللی راجع به مسئولیت دولت بود.^۵

این ایده در سال ۱۹۷۶ به واسطه تلاش‌های دیگر گزارشگر ویژه کمیسیون، پروفیسور روبرتو آگو^۶ کامل‌تر شد و منجر به ارائه پیش‌نویس راجع به مسئولیت دولت گردید. با این حال دولت زمانی دارای مسئولیت ناشی از جنایت است که اعمال صورت گرفته از سوی اشخاص به عنوان ارکان آن دولت، قابل انتساب بدان باشد. پس از آن، بعد از جنگ جهانی دوم و با شروع محاکمات دادگاه نظامی نورنبرگ و دادگاه نظامی بین‌المللی خاور دور، ایده مسئولیت کیفری فردی، ذهن اندیشمندانی همچون کلسن را معطوف خود نمود و منجر به ایجاد تحولی عظیم در این شاخه از حقوق بین‌الملل شد.^۷

از سوی دیگر، همزمان برخی کشورها در جهت پذیرش شناسایی مسئولیت فرد در صحنه بین‌المللی مقاومت نمودند. در گزارشی که گزارشگر ویژه مرکز حقوق بشر سازمان ملل متحد مورد ارزیابی قرار داده

۱. Adhoc courts.

۲. Jennings, Robert, oppenheim international law, ۱ th edition, longman publication, ۱۹۹۲, p ۵۰۹.

۳. خزانی، منوچهر؛ نجفی ابرند آبادی، علی حسین، درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا، مجله حقوقی، ش ۱۸-۱۹، ۱۳۷۴، ص ۲۴.

۴. Garcia Amador.

۵. ساک، کریانگ؛ چای ساری، کیتی، حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: یوسفیان، بهنام؛ اسماعیلی، محمد، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص ۲۱.

۶. Por. Roberto ago.

۷. Gattini, andera, kelsens contribution to international criminal law, vol ۲, ۲۰۰۴, p ۴۰۵.

آمده است: «اینکه فرد، موضوع حقوق بین‌الملل قرار گیرد، مسئله‌ای است که هنوز محل اختلاف است؛ از این رو تدوین آموزه‌ای که هم انعکاس دهنده توافق عمومی از سوی حقوقدانان نظام‌های مختلف حقوقی بوده و هم با رویه دولت‌ها در نظام جهانی منطبق باشد، مشکل به نظر می‌رسد. هدف اصلی حقوق بین‌المللی کلاسیک تنظیم روابط بین دولت‌هاست و افراد انسانی صرفاً غایت مقصد آن محسوب می‌گردند.^۱

تشکیل جلسات مقدماتی دیوان و در ادامه، ایجاد محاکم موردی یوگسلاوی و رواندا، روند تکمیل مسئولیت کیفری فردی را تسریع نمود و نهایتاً در اساسنامه تصمیمی رم به اوج خود رسید. در این سند فقط افراد، موضوع مسئولیت کیفری بوده و دولت‌ها و موجودیت‌های انتزاعی، بنا به تعبیر به کار برده شده در اعلامیه نورمبرگ، نمی‌توانند موضوع حقوق کیفری بین‌المللی باشند. ماده ۲۵ اساسنامه با عنوان مسئولیت کیفری فردی اشعار می‌دارد: «۱- دیوان، مطابق این اساسنامه نسبت به اشخاص حقیقی صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. ۲- کسی که یکی از جرایم مشمول صلاحیت دیوان را مرتکب شود، به طور فردی مسئول و مستحق مجازات بر اساس این اساسنامه خواهد بود».^۲

در جریان مذاکرات مقدماتی اساسنامه، برخی از دولت‌ها مانند فرانسه تلاش نمودند تا اشخاص حقوقی را نیز تحت صلاحیت دیوان قرار دهند. اما با توجه به اینکه نظام حقوقی برخی کشورها، اشخاص حقوقی را از شمول قانون کیفری خارج می‌دانستند، این ایده مورد پذیرش تصمیم‌گیران واقع نگردید. البته باید اذعان داشت مسئولیت کیفری فردی در حقوق بین‌المللی کیفری تا حدودی متفاوت از مسئولیت کیفری فردی در حوزه حقوق داخلی کشورها است. چراکه، در اساسنامه رم، مقامات بلندپایه و فرماندهان هر چند مستقیماً و مباشرتاً مرتکب جرم نگردیده باشند، با توسل به نهادهایی همچون مباشر معنوی و اقدام مشترک کیفری مسئول هستند، به نحوی که با شمول کلیه اقسام دخالت در ارتکاب جنایات بین‌المللی، فلسفه تاسیس دیوان بین‌المللی کیفری بر آورده شده است.

پس از این مقدمه بایستی سوال کرد، علت تغییر مسئولیت دولت‌ها به مسئولیت کیفری فردی بر چه مبانی استوار بوده است؟ به نظر می‌رسد با توجه به مبانی جرم‌انگاری در اساسنامه رم و دیگر اسناد مرتبط بین‌المللی، از جمله، تضمین صلح و امنیت جهانی، اعمال عدالت جهانی، حفظ نظم جهانی، ارباب و پیشگیری، ممانعت از بی‌کیفری، حمایت از بزه‌دیدگان و تسکین آلام آن‌ها، جملگی بر این مهم استوار هستند که برآورده کردن این مبانی صرفاً از طریق مجازات مقامات بلندپایه و فرماندهان نظامی قابل تحقق است. چه اینکه غالب جنایات بین‌المللی با توجه به شرایط و ویژگی‌های آن‌ها، نتیجه خودسری و سیاست غلط حکمرانان است تا دولت‌ها به ماهو دولت. یکی دیگر از علل وقوع جنگ‌های جهانی اول و دوم را می‌توان در عدم پیش‌بینی جرائم و مجازات‌ها به طور نظام‌مند و در لوای اصل قانونی بودن در سطح بین‌الملل از یک سو و فرار افراد از مسئولیت به بهانه مسئولیت دولت‌ها در سایه نظریه اقدام دولت و سیاسی بودن نظام حقوقی بین‌المللی از سوی دیگر دانست. لذا ارزش‌های فرد محور مورد تاکید قرار گرفته و افراد به عنوان تابعان اصلی حوزه حقوق بین‌المللی کیفری قرار گرفتند. این مهم در شکل‌گیری حقوق کیفری جهانی که اصولاً نیازمند فرد برای اعمال مجازات و تحلیل مبانی مسئولیت است، بسیار موثر واقع گردید. می‌توان رویکرد جدید حقوق بین‌الملل را نسبت به حقوق بین‌الملل کلاسیک، خروج از ماهیت توصیه‌ای و هنجارمند شدن قواعد بین‌المللی از یک سو و خروج از رویکرد دولت محوری و اعمال واکنش‌های کیفر مدار و فردی بودن مسئولیت کیفری از سوی دیگر تلقی نمود که دارای مبانی فلسفی و توجیه عقلانی است. به عبارتی عدالت کانتی مبتنی بر عقلانیت در اعمال مجازات‌ها و نگاه سنتی به کیفردهی در آراء تدوین‌کنندگان اساسنامه رم، بیشتر به چشم می‌خورد.

۱. Brownlie, ibid, p ۵۶.

۲. محمد نسل، غلامرضا، مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۵، ص ۳۱.

در پایان باید اذعان نمود اگرچه با اساسنامه رم هیچ فرد یا مقام یا فرمانده قادر نخواهد بود با تمسک به عمل دولت یا مسئولیت جمعی از تبعات و ضمانت‌های اجرایی آن ایمن باشد،^۱ اما عدم پیش‌بینی مسئولیت کیفری دولت‌ها، نقیصه بزرگ اساسنامه رم است. چشم انداز و دورنمای حقوق کیفری بین‌المللی در این حوزه اصلاح اساسنامه رم از طریق پیش‌بینی مسئولیت کیفری دولت‌ها در کنار مسئولیت کیفری فردی به تبعیت از حقوق کیفری مدرن و نظام داخلی کشورها خواهد بود.

۲-۱. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در پرتو اسناد بین‌المللی

امروزه، مسئولیت اشخاص حقوقی در قبال اعمال کیفری مستخدمین آن‌ها، عموماً در سطح منطقه‌ای پذیرفته شده است. معاهدات بین‌المللی در حوزه حقوق کیفری اقتصادی از حیث قواعد، مشتمل بر مقرراتی راجع به مجازات‌های شخص حقوقی است. این نگرش را می‌توان سیر تحول یک تاریخ بیست ساله دانست. در دهه ۱۹۸۰ برجسته‌ترین اقدام در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، توصیه شورای اروپا بوده است که به لحاظ ماهیت آن شورا، الزام‌آور نبود. تا اینکه در اواسط دهه ۱۹۹۰، اتحادیه اروپا، این ضابطه را مورد باز اندیشی قرار داده و تعهدات الزام‌آوری را ابداع نمود. سند مرکزی، دومین پروتکل کنوانسیون حمایت از منافع مالی جوامع اروپایی در سال ۱۹۹۷ است که هر چند تا سال ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا نگردید اما اثر شگرفی بر روی تدوین قوانین اروپایی بعد از سال ۱۹۹۷ بر جای گذارد. در سطح اروپا، تا به امروز سه اقدام مشترک^۲ و چهار طرح دستورالعملی که مقررات وضع شده آن عمدتاً از پروتکل دوم کنوانسیون فوق منبعث گردیده، وضع شده است.

همچنین، هشت معاهده بین‌المللی از سوی شورای اروپا از سال ۱۹۹۸ تاکنون مقرراتی راجع به مسئولیت اشخاص حقوقی وضع گردیده که شباهت ساختاری زیادی با مدل پروتکل دوم دارد. این توسعه و پیشرفت محدود به سطح اروپا نبوده، بلکه جهانی است. سه کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص تروریسم مالی (۱۹۹۹)، جرایم سازمان یافته (۲۰۰۰) و ارتشاء (۲۰۰۳)، اشخاص حقوقی را مورد شناسایی قرار دادند. کنوانسیون مبارزه با فساد مالی مقامات دولتی مصوب ۱۹۹۷ نیز در همین راستا قرار دارد. در کنار این مقررات تعدادی توافقنامه‌های منطقه‌ای^۳ و اسناد حقوقی نرم^۴ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را ترویج نموده‌اند.

ساختار مشترک این اقدامات بین‌المللی، دیدگاهی باز مرتبط با نوعی از مسئولیت است که دولت‌های عضو یا طرفین معاهده بایستی در نظام‌های داخلی راجع به اشخاص حقوقی آن را مورد پذیرش قرار دهند. دولت‌ها در انتخاب بین ضمانت‌های اجرایی مدنی یا اداری و کیفری مخیراند، به شرط آنکه چنین ضمانت‌های اجرایی موثر و بازدارنده باشد.

بازتاب این مقررات نه تنها منجر به تعریف مشترکی از ضمانت اجرای کیفری در سطح بین‌المللی نشده بلکه حاکی از قواعد داخلی متنوع است که در مقایسه با حقوق کیفری کلاسیک نمی‌توان آن را ضمانت اجرای کیفری واقعی قلمداد نمود.^۵

۱. جعفری، فریدون، دیوان کیفری بین‌المللی و جهانی سازی حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۸

۲. عبارت از: اول- اقدام مشترک ۹۷/۱۵۴ مصوب ۱۹۹۷ در خصوص قاچاق انسان و بهره‌کشی جنسی از کودکان. دوم- اقدام مشترک ۹۸/۷۴۲ مصوب ۲۱ دسامبر ۱۹۹۸ در خصوص جرم‌انگاری مشارکت در جرایم سازمان یافته از سوی دولت‌های عضو اتحادیه اروپا. سوم- ۹۸/۷۴۲ مصوبه ۲۲ دسامبر ۱۹۹۸ در خصوص ارتشاء در بخش خصوصی.

۳. مانند کنوانسیون آمریکایی ضد فساد مصوب ۱۹۹۶، پروتکل آفریقایی ضد فساد مصوب ۲۰۰۱، کنوانسیون اتحادیه آفریقا راجع به پیشگیری و مبارزه با فساد مصوب ۲۰۰۳.

۴. مانند سند FATF (اف ای تی اف) که معیارهای بین‌المللی در خصوص پولشویی، تروریسم مالی و گسترش تولیدات هسته‌ای از سوی اشخاص حقوقی را وضع نموده و مصوب سال ۲۰۱۲ میلادی است.

۵. Pieth, mark and Ivory, R, corporate criminal liability, vol ۹, springer press, ۲۰۱۱, p ۱۷۷.

بنابر آنچه گفته شد، در دو دهه‌ی اخیر، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به ویژه اشخاص حقوقی دولتی و عمومی در عرصه‌ی اسناد بین‌المللی مفهوم تازه‌ای پیدا نموده است. این مهم، در جرائم سازمان‌یافته در حوزه‌ی مسائل مالی و اقتصادی نظیر قاچاق، فساد مالی، پول‌شویی و... نمود بیشتری پیدا نموده است.

۳-۱. توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام‌های داخلی

از منظر سنتی، نظام‌های حقوقی داخلی در واکنش نسبت به بزهکاری اشخاص حقوقی مکانیسم کیفردهی دوگانه پیش‌بینی نموده‌اند. مکانیسم اول، مجازات شخص حقوقی در قبال اعمال و رفتار عضو انسانی نماینده شخص حقوقی، که در عمده موارد ضمانت اجرای کیفری اعمال می‌گردد. برخی از این دست ضمانت اجراها در دهه اخیر عمدتاً در قبال جرائم اقتصادی افزایش یافته است.

مکانیسم دوم، مسئولیت کیفری شخص حقوقی به عنوان شخصیت مستقل از اعضای تشکیل‌دهنده آن. اینکه چه نوع ضمانت اجرایی، کیفری محسوب می‌شود، به طور گسترده‌ای بین کشورهای مختلف رویه‌های متفاوت به چشم می‌خورد. در اغلب کشورهای دارای نظام کامن‌لای، همسان سازی مسئولیت اشخاص حقوقی در نظام عدالت کیفری مشهود است. در نقطه مقابل کشورهای دارای حقوق نوشته (رومی ژرمنی) به ویژه آلمانی زبان با راه‌حل کیفری به دلایل جزمی مخالفت ورزیده و در عوض به ضمانت اجراهای اداری و جزای نقدی روی آورده‌اند. برای نمونه تا سال ۱۹۹۰ فقط انگلستان و ایرلند به عنوان کشورهای سنتی کامن لایی و دانمارک از سال ۱۹۲۶، هلند از سال ۱۹۵۱، پرتغال از سال ۱۹۸۴، ضمانت‌های اجرای کیفری را در مقابل مسئولیت اشخاص حقوقی پیش‌بینی نموده‌اند.

به هر حال از سال ۱۹۹۰ این تصویر کاملاً تغییر نموده است. اغلب کشورها به ویژه در اروپا در زمینه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نظام‌مند شدند. حتی نظام‌های مضیقی که با مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی کاملاً مخالفند، در دهه اخیر درهای عدالت کیفری خود را به روی تعقیب اشخاص حقوقی باز نموده‌اند. به عنوان مثال سوئیس از سال ۲۰۰۳، اشخاص حقوقی را در صورتی که امکان تعقیب اشخاص حقیقی نباشد یا شخص حقوقی تدابیر مراقبتی در جهت پیشگیری از جرم اتخاذ نموده باشد، مسئول قلمداد می‌نماید.

تا سال ۲۰۱۴ تنها کشورهایی مثل آلمان، لتونی و یونان هنوز مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نپذیرفته‌اند.

در حقوق ایران، پس از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ و نظام‌مند شدن مبحث مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و پیش‌بینی مجازات در قبال جرایم ارتكابی آنان، به تاسی از جهانی شدن مفهوم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مقنن مبادرت به وضع قوانین خاص نمود که ساختار و قواعد هر یک حسب شرایط، اوضاع و احوال موجود و نوع و ماهیت جرایم قابل ارتكاب از سوی اشخاص حقوقی و همچنین گونه‌های اشخاص متفاوت است.

یکی از قوانین پس از تصویب قانون مجازات اسلامی، قانون تقویت و توسعه نظام استاندارد مصوب ۱۳۹۶ است که در فصل چهارم در تبیین جرایم و مجازات‌های موضوع قانون که راجع به حمایت از تولید کالاها و ارائه خدمات استاندارد است از ماده ۴۰ به بعد اشخاص حقوقی را نیز به عنوان مرتکب جرایم موضوع قانون پیش‌بینی نموده است.^۱

۱. مطابق ماده ۴۱ قانون در صورتیکه واحدهای تولیدی و خدماتی اقدام به تولید کالا یا خدمات پایینتر از کیفیت استاندارد نمایند به جرمه، تعطیلی واحد، الزام به بهسازی و اصلاح، فروش و امحای کالا و... محکوم می‌شود. همچنین به موجب ماده ۴۶ این قانون، هر شخص حقیقی یا حقوقی که به نحوی به امور تولید و تجارت و دادوستد اشتغال دارد چنانچه مرتکب تقلب در مقیای و وسایل سنجش شود به حبس تعزیری درجه شش و یا جزای نقدی درجه ۳ یا هر دو مجازات محکوم می‌شود. به نظر می‌رسد در این ماده، مقنن توجه به تناسب مجازات با شخصیت

یکی دیگر از قوانین مهم در این حوزه، قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ است که به موجب ماده ۲ این قانون، اشخاص، دستگاه‌ها و مؤسسات اعم از دولتی و غیردولتی و دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است و تمامی اشخاص مستقر در مناطق آزاد تجاری - صنعتی، مناطق ویژه اقتصادی، شهرک‌ها و نواحی صنعتی موظفند تا مقررات این قانون را رعایت نمایند.

همچنین مطابق ماده ۱۷، مالکان، مسؤولان یا رؤسای مراکز اداری، بهداشتی، درمانی، خدماتی، عمومی و تجاری که موجبات آلودگی هوا را فراهم کنند در صورتی که پس از یک مرتبه تذکر کتبی توسط سازمان، اقدامی برای رفع آلودگی در مهلت مقرر انجام ندهند، به جزای نقدی درجه هشت موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، حسب مورد محکوم می‌شوند و در صورت تکرار، علاوه بر حداکثر جزای نقدی مذکور، با درخواست سازمان و حکم مرجع قضائی صالح به تعطیلی موقت از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شوند.

به نظر می‌رسد مقنن در این قانون، بدون توجه به استثنای اشخاص حقوق عمومی (در مواردی که اعمال حاکمیت میکنند) در قانون مجازات اسلامی با توجه به حساسیت زمانی و جغرافیایی در بحث آلودگی هوا و نتایج زیانبار آن، برای اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز مجازات‌هایی مثل تعطیلی موقت و جزای نقدی مقرر نموده است. از دیگر قوانینی که متأثر از قانون مجازات اسلامی در راستای تبیین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بوده، بایستی به موارد زیر اشاره کرد: بند ب ماده ۱۴ قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی و تبصره یک ماده ۲۹ و بند ث ماده ۷۰ قانون مزبور، ماده ۳۴ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴، قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۹۷، ماده ۱۵ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ریشه کنی تجارت غیرقانونی محصولات دخانی مصوب ۹۴، قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۹۴، ماده ۲۰ لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۷^۱

۲- الگوی غالب در تبیین ساختار مسئولیت

الگوی مسئولیت کیفری از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است. حتی در بین معاهدات بین‌المللی نیز شاهد ساختارهای متفاوتی از مسئولیت کیفری هستیم اما صرف نظر از جزئیات اغلب کشورها به تبعیت از اسناد بین‌المللی در تبیین قواعد به ساختار مشابهی استناد می‌نمایند.

به نظر می‌رسد، دومین پروتکل کنوانسیون حمایت از منافع عالی کشورهای اروپایی مصوب ۱۹۹۷، الگوی مشترکی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را وضع نموده است که سایر کشورها در تبیین و وضع قوانین داخلی از آن ساختار گرفته برداری نموده‌اند.

ماده ۳ این کنوانسیون در تبیین این ساختار چنین اشعار نموده است: «شخص حقوقی در صورت اجتماع شرایط ذیل دارای مسئولیت کیفری است: اولاً- شخص حقیقی؛ ثانیاً- در موقعیتی راهبردی مبتنی بر اختیار نمایندگی که صلاحیت اتخاذ تصمیم یا صلاحیت اعمال کنترل را دارد؛ ثالثاً- در محدوده یک سازمان که شخص حقوقی نامیده می‌شود به استثنای دولت‌ها، اشخاص حقوقی عمومی که اعمال حاکمیت می‌کنند و سازمان‌های بین‌المللی عمومی؛ رابعاً- در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرمی شود یا فقد نظارت یا کنترل او منتهی به جرایم اشخاص تحت کنترلش در راستای منافع شخص حقوقی شود.»

پروتکل همچنین مقرر می‌نماید، شخص حقوقی ممکن است در کنار اشخاص حقیقی مسئول شناخته شود. به نظر می‌رسد فارغ از جزئیات امر، در عمل اغلب نظام‌های اروپایی، شیوه پروتکل را اتخاذ کرده‌اند.

حقوقی ننموده و از ساختار و قواعد حاکم بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی بی‌بهره مانده است.

۱. در این لایحه که در انتظار تصویب شورای نگهبان است مقنن شرکت‌ها، موسسات، انجمن‌ها و یا مجامع سیاسی، مذهبی، صنفی و... که مستقل از دولت هستند را در راستای جرایم موضوع قانون قابل مجازات دانسته است.

قانون مجازات اسلامی ایران نیز در همین راستا این قواعد را از کشور فرانسه اقتباس نموده است؛ هر چند اغلب کشورهای اروپایی از جمله انگلستان، سوئیس، بلژیک و... دارای ساختار مشابهی با فرانسه هستند.

۱-۲. معیارهای مشترک

پروتکل دوم کنوانسیون حمایت از منافع عالی کشورهای اروپایی، از مدل فردگرایانه تبعیت نموده است. به این عنوان که مسئولیت شخص حقوقی، عصاره جرم ارتكابی شخص حقیقی قلمداد می‌گردد. بدین معنا که جرم ارتكابی مستخدم برای تعیین مسئولیت شخص حقوقی کافی است. این ساختار تجویزی است برای انتساب رفتار و تقصیر مجرمانه به شخص حقوقی. تفاسیر این ساختار بر ساخت نظریه نمایندگی با مبانی مسئولیت نیابتی است که شخص حقوقی را به عنوان یک موجود اندامی می‌داند، که متشکل از مجموعه‌ی مستخدمین و کارکنان است.

پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی فراتر از مسئولیت اشخاص، الزاماتی را در نظام‌های حقوقی کیفری عرضه می‌کند. مبانی راجع به تقصیر جزایی فردی را می‌توان در تفکرات مذهبی همچون ممنوعیت تکفیر شخص حقوقی از سوی پاپ چهارم از سال ۱۲۵۰ یافت که منتهی به ایراد بیانیه‌ای با این مضمون گردید: «شخص حقوقی دارای نفس و روح نیست که بتوان اراده نماید و جسمی هم ندارد که ضربه بزند...» همچنین بایستی به مبانی تمرکز حقوق کیفری بر روی رفتار بشری از ابتدای عصر روشنگری اشاره نمود. مع الوصف، واقعیت اجتماعی موجود در همه این سیستم‌ها نه تنها نشان داد که این افکار عمرشان سپری شده بلکه مبانی حقوق کیفری نیز نسبت به نظریه کلاسیک انعطاف بیشتری از خود نشان داد.

۲-۲. محدودیت‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

همانطور که پروتکل دوم نشان می‌دهد شکل اولیه مدل فردی صرفاً جنبه نظری داشته و به لحاظ وضع محدودیت برای جلوگیری از مسئولیت فراگیر و سنگین اشخاص حقوقی، مرتباً اصلاح شده است. این محدودیت‌ها یا از طریق عوامل عینی ایجاد شده است؛ مثل اینکه شخص بایستی در راستای محدوده‌ی فعالیت‌های شرکت عمل نموده باشد و یا از طریق عوامل ذهنی؛ مثل اینکه در زمان ارتكاب عمل، ضروری است فعل ارتكابی در راستای منافع شرکت صورت گرفته باشد.

به نظر می‌رسد این شرایط در جهت استثنای دو امر اساسی وضع شده است که مبین انتساب عنصر مادی و روانی ارتكابی از سوی نماینده و اعضا به شخص حقوقی است. محدودیت اول اینکه، رفتارهای شخصی به شخص حقوقی متصل و مرتبط نشود. این محدودیت در جهت تبیین عنصر مادی به منظور انتساب آن به شخص حقوقی است. بنابراین اگر نماینده در محدوده قلمرو و فعالیت شرکت (یا به نام شرکت) مرتکب رفتار مجرمانه‌ای شود، عنصر مادی جرم به وقوع پیوسته و به شخص حقوقی منتسب می‌گردد. در غیر این صورت رفتار شخصی محسوب خواهد شد. محدودیت دوم اینکه، رفتار ارتكابی در راستای منافع شخص حقوقی باشد. به عبارت دیگر اگر رفتار شخصی مستقیماً به دارایی و اموال شخص حقوقی خسارت وارد نماید، عنصر روانی جرم منتسب به شخص حقوقی مخدوش و مسئولیت کیفری مستقر نمی‌شود. برای مثال تصرف غیرقانونی اموال شرکت از سوی نماینده یا تبانی مستخدم با دیگری برای بردن مال شرکت، در جهت منافع شخص حقوقی به حساب نمی‌آید. به لسان دیگر رفتار مجرمانه در جهت مضار اموال و منافع مادی شرکت نباشد. پس مقصود این نیست که ضرورتاً جرم ارتكابی برای تحصیل منفعت باشد، بلکه کافی است شخص حقوقی خود از حیث مادی (مالی) بزه دیده نباشد. بنابراین جرم امنیتی (مثل افشای اسرار) که از سوی نماینده شخص حقوقی ارتكاب یافته اگر چه منافع مادی برای شرکت نداشته است، همچنان موجب استقرار مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی می‌شود. در جرایم غیر عمدی که نیازی به احراز عنصر روانی نیست در واقع ضرورتی به احراز این شرط وجود ندارد.

۲. مسائل مطروحه

۳-۱. استثنای اشخاص حقوقی عمومی و دولتی

برخورد نظام‌های مختلف در خصوص مسئولیت اینگونه از اشخاص متفاوت است. برخی کشورها اشخاص عمومی را به طور کامل مستثنا نموده‌اند. برخی دیگر ضابطه‌مند عمل ننموده و بطور نسبی آن‌ها را استثنا کرده‌اند. اکثریت کشورها راه‌حل مختلفی را برگزیده‌اند که از سوی پروتکل دوم هم اتخاذ شده است. دولت و سازمان‌های بین‌المللی عمومی همچنین موسسات عمومی در موارد اعمال حاکمیت، مستثنا هستند. این بدین معناست که موسسات عمومی غیردولتی که در بازار اقتصادی و تجارت مداخله دارند، مسئول قلمداد می‌شوند. این راه‌حل تضمین می‌نماید که آن دسته از نهادهای عمومی که با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی از این حیث برابری می‌کنند (مثل شرکت راه‌آهن، شهرداری و غیره) دارای این حق انحصاری نیستند. در حالیکه اقدامات عمومی در بکارگیری حق انحصاری دولت بر پایه استفاده از قدرت نمی‌تواند تحت رژیم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی قرار گیرد.

در نظام کیفری ایران مقنن در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی رویکرد عدم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی را اتخاذ نموده است؛ اما با این وجود، قید "...در مواردیکه اعمال حاکمیت می‌کنند..." این بحث را باز نموده که اعمال و رفتارهای اشخاص حقوقی حقوق عمومی بجز اعمال حاکمیت چه مواردی را شامل می‌شود و اساساً مرزبندی رفتارهای اشخاص مزبور در حقوق عمومی چگونه است؟ تقسیم اعمال دولت به دو دسته اعمال حاکمیت و تصدی‌گری اولین بار به وسیله علمای حقوق اداری فرانسه مطرح شد، و در وضعیت فعلی در حقوق ایران از حقوق فرانسه اقتباس گردیده است. البته علت وجود این طبقه‌بندی به پذیرش مسئولیت مدنی دولت متکی است که محاکم فرانسه بدو دولت را مسئول پرداخت خسارتی که از اعمال حاکمیتی پدید می‌آید، تلقی نمی‌کردند. در آن زمان اعمال دولت نسبتاً محدود به اعمال قدرت بود. توسعه مداخلات در امور اقتصادی و پرداختن به فعالیت‌هایی که به بخش خصوصی تعلق دارد، زمینه را برای پذیرش مسئولیت دولت در مورد فعالیت‌های غیر حاکمیتی ایجاد کرد.

وظایف اداری بر حسب اینکه تصدی آن در حال استفاده از اقتدار عمومی است یا خیر؛ به عمل حاکمیتی و تصدی تقسیم می‌شود. بعضی از وظایفی که مستلزم استفاده از اقتدار عمومی است اساساً پاسخگوی نیازهایی هستند که نهادهای دولتی برای آن ایجاد گردیده‌اند. هدایت روابط خارجی، دفاع، حفظ نظم، وصول مالیات و ... وظایفی هستند که جزء ثابت‌ترین فعالیت‌های اداری محسوب می‌شوند که حتی در لیبرال‌ترین کشورها به دولت تعلق دارد و در این کشورها نیز هرگز پذیرفته نشده که حفظ نظم و امنیت عمومی به بخش خصوصی واگذار شود. با این وصف دامنه وظایف حاکمیتی در چند دهه اخیر تغییر کرده است.

برخی از متخصصان حقوق عمومی معتقدند که تئوری تفکیک اعمال دولت به تصدی و حاکمیتی نمی‌تواند مبنایی مناسب برای اصلاح ساختار سازمان اداری و ترسیم اصول و فروع این ساختار باشد و برای اثبات ادعای خود معتقدند که اولاً، امروزه در کشورهایی که مبدأ این تئوری بوده‌اند، این تئوری منسوخ شده است. دوم، پیش‌بینی و ایجاد شخصیت حقوقی مستقل برای برخی از مؤسسات دولتی که برای مقاصد غیرتجاری ایجاد شده‌اند، ناشی از اقتضات اداری و عملی بوده که ایده آن از شرکت‌های بازرگانی اقتباس شده است.^۱

به عنوان یک قاعده کلی، در حقوق انگلستان بدون دسته‌بندی اشخاص حقوقی به نهج مذکور، اصولاً در مقوله نهادهای عمومی، شاهد تفکیک آن به عمومی و دولتی نبوده و صرفاً از نهادهای عمومی سخن گفته می‌شود که دارای صلاحیت عمومی از حیث سیاست عمومی هستند.^۲ همچنین معیار تفکیک نهادهای خصوصی از عمومی، شرکت‌ها هستند.

۱. رستمی، ولی و کمرخانی، ایام، اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدی دولت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، پاییز ۹۴، ص ۴۴۰.

۲. Pieth, mark and Ivory, R, ibid, p ۲۱۲.

در حقوق انگلیس شخصیت شرکت‌ها^۱ از ثبت آن‌ها ناشی می‌شود.^۲ باید اذعان نمود که در حقوق انگلستان اگرچه نهادها و سازمانهای عمومی همچون شهرداری‌ها امکان تعقیب کیفری دارند اما دولت^۳ به معنای عام کلمه (به معنی نهادهای حاکمیتی و دولتی)، از تعقیب کیفری معاف است. هر چند نهادهای وابسته به دولت بسته به نوع فعالیت و نوع جرم ارتكابی حسب مورد قابل تعقیب کیفری هستند. قانون قتل غیرعمد اشخاص حقوقی و قتل مصوب ۲۰۰۷، شخص حقوقی را از حیث شمول مسئولیت کیفری موضوع جرایم آن قانون، شامل سازمان‌های دولتی لیست شده در قانون، نیروی پلیس و نهادهایی که شخصیت حقوقی ثبت شده ندارند، فرض نموده است. همچنین قانون ارتشاء مصوب ۲۰۱۰، در ماده ۲۳ خود، شخص حقوقی را از حیث تسهیل و معاونت در رشاء و ارتشاء مشتمل بر موسسات تجاری^۴ می‌داند.

شایان ذکر است، برخی نظام‌های حقوقی مثل کانادا اصطلاحات بسیار موسعی در تعیین انواع شخص حقوقی وضع نموده‌اند. قانون کانادا در اصلاحات ۲۰۰۴، مسئولیت کیفری شخص حقوقی را شامل سازمان‌های عمومی، جامعی، شهرداری، کانون‌های غیرانتفاعی و حتی تجمعات متشکل از افراد حقیقی وضع می‌نماید.^۵

۳-۲. جرایم قابل انتساب

در حقوق عرفی، سیاهه جرائم است که براساس آن می‌توان شخص حقوقی را مسئول یا غیرمسئول قلمداد نمود. برخی کشورها همه جرائم را مشمول دانسته و برخی استثنائاتی در خصوص جرائم خاص که صرفاً قابل ارتکاب از سوی اشخاص حقیقی هستند، وضع نموده‌اند؛ مثل زنا و شهادت کذب. برخی نیز سیاهه جرائم قابل ارتکاب از سوی شخص حقوقی را یک به یک برشمرده‌اند که اغلب شامل جرائم مرتبط با جرائم اقتصادی و فساد مالی است. همچنان که موضوع و نوع فعالیت اقتصادی اشخاص حقوقی کاملاً متغیر است، دقیقاً مقررات قابل نقض از سوی آن‌ها نیز به همان تعبیر تفاوت می‌کند. برای برخی موسسات و شرکت‌ها، ارتکاب فساد مالی ممکن است ریسک بیشتری داشته باشد، در حالی که برخی دیگر ممکن است در زمینه تولید سالم، امنیت و یا در زمینه محیط زیست امکان وقوع جرم داشته باشند. این بدین معناست که ترسیم سیاهه جرائم که تمامی جوانب متصوره یا حتی در برخی حوزه‌های مهم را پوشش دهد، تقریباً غیرممکن است.

بدین سان، هرچند در حقوق خارجی، جرایم اشخاص حقوقی^۶ و امکان ارتکاب آن از سوی این گونه از اشخاص مطالعات جدی و کتب مختلفی را به رشته تحریر درآورده است، در حقوق ما کاملاً مغفول مانده است؛^۷ اما با توجه به مواد مختلف قانون مجازات اسلامی راجع به مجازات اشخاص حقوقی، امکان بررسی ارتکاب جرایم اشخاص حقوقی با ملحوظ نظر قرار دادن مجازات‌های حد، قصاص، دیه و تعزیر میسر می‌نماید.

لایحه قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۴ را با عنوان مجازات‌های اصلی شخص حقیقی، وضع نموده بود که با ایراد شورای نگهبان مبنی بر اینکه برخی از مجازات‌ها در خصوص اشخاص حقوقی هم قابل اعمال است به شکل فعلی اصلاح گردید. لذا ماده ۱۴ فعلی اصل را بر اطلاق مجازات‌ها نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی

۱. Incorporation.

۲. Blumberg, Philip I, the multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate personality, oxford university press, ۱۹۹۳, p ۲۳۹.

۳. Crown.

۴. Pieth, mark and Ivory, R, ibid, p ۱۵.

۵. Commercial organizations.

۶. Ibid, p ۱۵.

۷. Corporate Crimes.

۸. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: سیمپسون، سالی اس، ترجمه: دانش ناری، حمید، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.

قرار داده است. اینکه کدام یک از مجازات‌های مذکور در ماده قابل انطباق با شخصیت حقوقی اشخاص حقوقی است از جهات متعدد مورد اختلاف حقوقدانان است.

برخی معتقدند، شرایط مقرر در ماده ۱۴۳ قانون، صرفاً راجع به جرایم حدی و تعزیری است و در خصوص مسئولیت مدنی و کیفری که مبتنی بر جنایات است حکم همان است که در تبصره ماده ۱۴ آمده است.^۱ برخی نیز اعتقاد دارند فقط جرایم مستوجب حد از شمول جرایم قابل ارتکاب توسط شخص حقوقی خارج هستند اما امکان انتساب جرایم عمدی علیه اشخاص که مستوجب قصاص است، اگرچه سخت ولی ممکن می‌نماید.^۲ و استدلال می‌نمایند اگرچه قصاص مجازات اولیه و اصلی در برابر جنایات عمدی است، لکن تنها مجازات قابل اعمال در مورد این جرایم نیست و میتوان با وحدت ملاک از مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی شخص حقوقی را به تعزیر محکوم نمود.^۳

به نظر می‌رسد هر دو نظر با ایراداتی مواجه است. با توجه به ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اصل بر مجازات شخص حقیقی قرار گرفته است. ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی نیز اگرچه به نحو اطلاق مجازات‌ها را بر شمرده، اما با وضع تبصره در نظر داشته، از بین مجازات‌های چهارگانه در حقوق کیفری ایران صرفاً دیه و تعزیر قابلیت انتساب به شخص حقوقی داشته باشد. این نظر با توجه به استدلال ذیل تقویت می‌شود:

اولاً- شخصیت حقوقی اشخاص حقوقی بگونه ایست که قصاص و حد قابلیت انطباق بدان را ندارد. غالب حدود مجازات‌های جسمی است که ویژه شخصیت‌های مادی و حقیقی بوده نه انتزاعی و فرضی. در مورد قصاص نیز همین استدلال صادق است. از سوی دیگر حتی اگر فرض شود امکان ارتکاب جرایم عمدی علیه تمامیت جسمانی افراد از سوی اشخاص حقوقی محال نیست، با توجه به اصل بودن مجازات شخص حقیقی و اینکه همواره اینگونه جرایم از سوی شخص حقیقی نماینده ارتکاب می‌یابد، اعمال قصاص نسبت به نماینده، امکان محکومیت مضاعف قصاص (یا هر مجازات دیگر جایگزین مثل حبس همانند ماده ۶۱۲ و ۶۱۴) را ساقط می‌نماید.

ثانیاً- مقنن در ماده ۲۰ مجازات‌های مختص اشخاص حقوقی را بر شمرده که دلالت بر این نکته اساسی دارد محوریت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در مجازات‌های تعزیری است و در مورد حدود و قصاص چنین رویکردی نداشته است.

ثالثاً- شیوه نگارش ماده ۱۴ و تصریح به دیه و تعزیر و روح حاکم بر سایر مواد مربوطه، دلالت بر هدف مقنن بر عدم امکان انتساب حد و قصاص بر اشخاص حقوقی دارد.

۴. رویکردهای نوین

مدل فردی پیش گفته، اگرچه دارای تاریخ طولانی بوده و همچنان رایج و شایع است، با این حال در چند سال اخیر نه تنها مدل فردی ارتقا پیدا نموده بلکه با هدف پیشرفت و توسعه از طریق مختلف شاهد استحاله مفهوم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی هستیم. رویکرد کلاسیک بالاخص در زمینه پیشگیری از جرائم اشخاص حقوقی موفق عمل ننموده است؛ چرا که کشورهایی همچون ایالات متحده که تجربه دیرینه با این الگو داشتند به سرعت مبادرت به اصلاح و تغییر آن نمودند. دلیل عمده این است که مدل فردی عمدتاً بر روی رفتار مستخدم تمرکز می‌نماید و مجموعه شرکت یا شخص حقوقی و اثر قطعی آن بر روی عملکرد مستخدم مغفول مانده است. این بدین معناست که ویژگی عمده اعمال و رفتار در شرکت‌ها (اشخاص حقوقی)، جو شرکت و تاثیر شدید آن بر روی رفتار مستخدمین مورد محاسبه و ارزیابی قرار نگرفته است. دیگر اینکه، مجازات‌های اشخاص حقوقی عمدتاً مالی و پولی هستند. این مجازات‌ها ممکن است، کمی باشد؛ مثل قوانین ضد تراست اتحادیه اروپا؛ یا اینکه کلی باشد؛ مثل جرائمی که در سیستم فدرالی ایالات

۱. جعفری، مجتبی، همان، ص ۲۸.

۲. موسوی مجاب، سید درید، همان ص ۱۵۹.

۳. همان، ص ۱۶۰.

متحده از حیث فردی کردن مجازات یعنی شخصیت مجرم طراحی شده‌اند. لذا به زدودن قصور شرکت‌ها که منجر به نقض قوانین شده، نمی‌انجامد و در نتیجه تاثیر پیشگیرانه زیادی در آن‌ها دیده نمی‌شود.^۱ مدل‌های جایگزین در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی که عمدتاً بر پیشگیری تمرکز داشته، سیر تکامل دوگانه داشته است: اول، با نظریه تبعیت (یا التزام) و دوم، کنترل و نظارت مراقبتی.

۴-۱. نظریه تبعیت

نظریه تبعیت، موثرترین پیشرفت را در دهه اخیر در حوزه تجارت کشور انگلستان و ایالات متحده بجا گذاشت. تبعیت به زبان ساده به معنی التزام به قواعد و مقررات است. جنبه مرتبط این توسعه که اصطلاحاً برنامه تبعیت (الزام) نامیده می‌شود مشتمل بر تمامی اقداماتی است که التزام به مقررات را تضمین می‌نماید. مبانی آن ردیابی از دهه ۱۹۳۰ دارد آنجا که در پی راه‌حلهایی برای مشکل مباشر - عامل به ویژه از سوی برل و مینز ارائه گردید. تفکیک مالکیت و ابزارهای کنترلی که مدیریت هنگام تصمیم‌سازی به نام شرکت، ترسی از اموال شخصی آن نداشته باشد در دهه ۱۹۵۰ در حوزه مقررات آنتی تراست، اولین برنامه التزام را برای مبارزه با نقض مقررات آنتی تراست ارائه نمود. با جنبش اخلاق حرفه‌ای در دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ مسئله پیشگیری از جرم سرفصل مباحث شرکت‌ها و بازرسیین قرار گرفت. توسعه دستورالعمل‌های نهایی فدرالی برای تعیین ضمانت اجرا در دهه ۱۹۸۰ تداوم رویکرد اخلاق حرفه‌ای در سطحی نوین را ممکن ساخت. این رویه تا سال ۱۹۹۱ وضع دستورالعمل تعیین مجازات اشخاص حقوقی فراتر از یک کد اخلاقی مکتوب ادامه داشت. چنانکه ضروری می‌دانست شرکت‌ها مبانی پیشگیرانه کاملی را تنظیم و التزام را با مفاهیم انتظامی ترکیب نمایند. از سال ۱۹۹۱ التزام نه تنها در تمامی حوزه‌های حقوقی گسترش یافت بلکه در قاره اروپا بسیار هم محبوب بود.^۲

۵- کنترل و نظارت مراقبتی

در حالی که، التزام و تبعیت مطلوب جامعه آمریکایی بود، اروپا به مفهوم حقوقی نارسایی سازمانی پرداخته و توسعه پیدا کرد. در آلمان وقتی که مالک شرکت یا مدیر، وظیفه نظارتی خود را نقض می‌کرد جرم انتظامی شکل می‌گرفت. این نظر نارسایی سازمانی و نظارت را به عنوان مبانی واقعی یا صحیح مسئولیت اشخاص حقوقی می‌دانست.^۳

تیدین آلمانی حقوقدانی بود که به عنوان یک کارشناس حقوق در تهیه پروتکل دوم نقش داشت و ایده‌های او در سطح اروپا مورد استفاده قرار گرفت. در پروتکل دوم نظریه وی تبدیل به قانون شد. همچنان که در سطح مقررات داخلی نیز مسئولیت شخص حقوقی نه تنها بر پایه مبانی جرائم نماینده قانونی و در راستای منافع شخص حقوقی شکل گرفت، بلکه فقد نظارت و کنترل مدیران راهبردی که منجر به ارتکاب جرم از ناحیه اشخاص تحت کنترل و در راستای منافع شخص حقوقی می‌شد را نیز در بر می‌گرفت. بنابراین نظارت مراقبتی و کنترل، عناصر کلیدی در رفع مسئولیت شرکت هستند. برنامه التزام به عنوان یک اقدام پیشگیرانه کاملاً با این مفاهیم منطبق است.^۴

قانون قتل شرکت‌ها و قتل غیرعمد اشخاص حقوقی مصوب ۲۰۰۷ که در سرتاسر بریتانیا اعمال می‌شود با نظریه التزام حتی یک گام جلوتر اتخاذ نموده است. شرکت مسئول است اگر در مسیر و راستای مدیریتی و سازماندهی فعالیت‌های آن علت مستقیم قتل یا نقض شدید وظیفه مرتبط مراقبتی باعث مرگ از سوی شرکت شود. مدیریت ارشد باید نقش اساسی را در نقض شدید ایفا نماید. در عین حال مسئولیت شخص حقوقی در این موارد وابسته به جرم ارتكابی از سوی هیچ شخص در محدوده شرکت نیست. استاندارد

۱. Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parr, M., Tiedemann, K., Vogel, j, *ibid*, p ۲۲۶.
 ۲. *ibid*, p ۲۲۸.
 ۳. *ibid*, p ۲۲۹.
 ۴. *ibid*, p ۲۲۹.

ضروری برای مسئولیت صرفاً سازمان (تنظیم) مراقبتی و نظارت است (که بر عهده مدیر ارشد قرار داشته) که منتهی به مرگ دیگری شده است.

از دیگر قوانین متأثر از رویکردهای نوین، بایستی به قانون ارتشاء مصوب ۲۰۱۰ اشاره نمود. این قانون که قصور در پیشگیری از جرم ارتشاء از سوی سازمان‌های تجاری را جرم‌انگاری نمود. این مقررہ اشعار نموده است، سازمان تجاری مرتکب جرم شده است، اگر یک شخص حقیقی با مساعدت آن سازمان به شخص دیگری رشوه داده تا منفعت یا امتیازی را برای آن سازمان تحصیل نماید.^۱ قابل توجه اینکه اگر سازمان احراز نماید که در راستای فرهنگ آن شخص حقوقی تشریفات لازم را برای پیشگیری یا عدم ارتکاب جرم رعایت نموده است، از مسئولیت معاف می‌باشد.

این قوانین جدید، تأکید عمده‌ای بر روی ساختار شخص حقوقی و در پیشبرد مسائل ما وقع نسبت به مقررات پیشین دارد. آن‌ها تأثیر مجموعه شرکت بر روی مستخدمین و افزایش پیش‌بینی و پیش‌نگری که شرکت‌ها بایستی در اتخاذ اقدامات مقتضی در جهت کاهش ریسک قانون‌شکنی فراهم نمایند، به رسمیت شناخته‌اند. لذا ضرورت دارد شرکت‌ها به طور فعال در پیشگیری از جرم مشارکت داشته و در نتیجه، کاربست پیشگیری در مرکز قواعد کیفری و مقررات شخص حقوقی بیش از پیش مشهود است.

نتیجه‌گیری

ظهور مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را باید متأثر از جهانی شدن پدیده بزهکاری و گسترش حوزه فعالیت شرکت‌های چندملیتی، فراملی، صنعتی، اقتصادی و... در جهت ماهیت و نوع فعالیت آن‌ها دانست. لذا، با ظهور جرایم سازمان یافته، زیست محیطی، فساد مالی، قاچاق و... نظام جهانی (در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای نظیر سازمان ملل متحد و شورای اروپا) مصمم گردید تا ورای محدودیت‌های حاکم بر حقوق جزا با اتکا بر نظریاتی چون مسئولیت نیابتی، شخصیت ثانویه، فرهنگ سازمانی و... مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را بپذیرند که این جنبش، نظام کیفری داخلی کشورهای پیش‌گامی نظیر انگلستان، آمریکا، کانادا و فرانسه را به خود ملحق ساخت.

در این راستا، متعاقب تلاش‌های اولیه در اسناد متعدد بین‌المللی، دومین پروتکل کنوانسیون حمایت از منافع عالی کشورهای اروپایی مصوب ۱۹۹۷، الگوی مشترکی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را وضع نموده، که نظام‌های داخلی به عنوان یک ضرورت جهانی و با هدف پیشگیری از آثار و پیامدهای جرایم اینگونه از اشخاص در وضع قوانین راجع به چگونگی و استقرار مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از این سند گرفته برداری نموده‌اند.

پروتکل دوم از مدل فردگرایانه تبعیت نموده است به این عنوان که مسئولیت حقوقی عصاره جرم ارتكابی شخص حقیقی قلمداد می‌گردد. در شکل مبنایی، بدین معناست که جرم ارتكابی مستخدم برای تعیین مسئولیت شخص حقوقی کافی است. این ساختار تجویزی است برای انتساب رفتار و تقصیر مجرمانه به شخص حقوقی. تفاسیر این ساختار از نظریه‌ای که شخص حقوقی را به عنوان یک موجود اندامی که در آن مجموعه‌ی مستخدمین، شخص حقوقی هستند تا رویکرد توصیف واقعی که شخص حقوقی را ضرورتاً متصل به شخص حقیقی می‌داند، متغیر بوده است.

با این وجود، در دهه اخیر، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یک پدیده جهان شمول، با ارتقای الگوی فردگرایانه پیش گفته، با هدف پیشرفت، توسعه و پیشگیری، دچار استحاله گردیده است. این بدین معناست که ویژگی عمده اعمال و رفتار در شرکت‌ها (اشخاص حقوقی)، جو شرکت و تأثیر شدید آن بر روی رفتار مستخدمین مورد محاسبه و ارزیابی قرار نگرفته است و به علاوه مجازات‌های اشخاص حقوقی عمدتاً مالی و پولی هستند که تأثیر چندانی از حیث کمی و کیفی بر پیشگیری از جرایم اینگونه از اشخاص ندارد.

۱. Bribery Act ۲۰۱۰.

بدین سان، الگوهای جایگزین در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی سیر تکامل دوگانه داشته که از دهه ۱۹۸۰ میلادی آغاز شده است. اول، با نظریه تبعیت (التزام) و دوم، کنترل و نظارت مراقبتی. هدف این برنامه‌ها ارائه یک نظام مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است که بیشتر بر روی مابانی و ساختار سازمانی تأکید دارد. از این رو، در صورت فقد نظارت از سوی شرکت و عدم وجود سازمان مراقبتی، شخص حقوقی مسئول شناخته می‌شود. به علاوه، برخی جرائم ارتكابی مستخدمین، در صورت عدم اقدام سازمانی مقبول و لازم در جهت پیشگیری از بروز چنین وضعیتی به استقرار مسئولیت کیفری شخص حقوقی می‌انجامد. پیشنهاد می‌گردد، ابزارهایی در خصوص نظارت یا کنترل شخص حقوقی نسبت به مستخدمین و کارکنان مربوطه، در حقوق ایران پیش‌بینی گردد. در دهه اخیر نظام‌های حقوقی با تمرکز بر پیشگیری از جرایم اشخاص حقوقی بر فرهنگ سازمانی، کنترل و نظارت از طریق برنامه‌هایی نظیر التزام و مدیریت سازمانی، مقررات جدیدی را وضع نموده‌اند، که خلاء آن در قوانین ایران کاملاً محسوس است. نتیجه اینکه، مواردی که فقدان نظارت یا کنترل از سوی شخص حقوقی، منجر به ارتكاب جرم از سوی اعضای تشکیل دهنده یا مستخدمین می‌گردد، به شرایط استقرار مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی افزوده گردد.

فهرست منابع و مآخذ:

الف- فارسی:

- ۱- اشتیاق، وحید، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، رساله دکتری حقوق کیفری، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۶.
- ۲- جعفری، فریدون، دیوان کیفری بین المللی و جهانی سازی حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
- ۳- خزانی، منوچهر؛ نجفی ابرند آبادی، علی حسین، درآمدی بر پیش نویس قانون بین الملل جزا، مجله حقوقی، ش ۱۸-۱۹، ۱۳۷۴.
- ۴- رستمی، ولی و کمرخانی، ایام، اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدی دولت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، پاییز ۹۴.
- ۵- ساک، کریانگ؛ چای ساری، کیتی، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه: یوسفیان، بهنام؛ اسماعیلی، محمد، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- ۶- سیمپسون، سالی اس، جرایم شرکتی، قانون و کنترل اجتماعی، ترجمه: دانش ناری، حمید، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
- ۷- صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰.
- ۸- عبدی، مهدی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و فرانسه، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- ۹- محمد نسل، غلامرضا، مجموعه مقررات دیوان بین المللی کیفری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
- ۱۰- میرسعیدی، منصور، مسئولیت کیفری، جلد اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.

ب- انگلیسی:

11-Alves, C, Criminal Liability of legal person in English legal system, London: university of Warwick press, ۲۰۱۳.

- ۱۲-Ashworth, A, Principles of criminal law, second edition, oxford university press, ۱۹۹۲.
- ۱۳-Blumberg, philip I, the multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate personality, oxford university press, ۱۹۹۳, p ۲۳۹.
- ۱۴-Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parr, M., Tiedemann, K., Vogel, j, ibid, p ۲۲۶.
- ۱۵-Gattini, andera, kelsens contribution to international criminal law, vol ۲, ۲۰۰۴, p ۴۰۵.
- ۱۶-Jennings, Robert, oppenheim international law, ۱ th edition, longman publication, ۱۹۹۲, p ۵۰۹.
- ۱۷-Pieth, mark and Ivory, R, corporate criminal liability, vol ۹, springer press, ۲۰۱۱, p ۱۷۷.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۴

صص: ۹۲۵-۹۳۷

پاسخ‌های حاکم بر جرایم سایبری و راهبردهای پیاده‌سازی اهداف کیفر

امین امیریان فارسانی^۱، مریم سلطانی بهلولی^۲، سیف‌الدین بازوند^۳

۱- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان) اصفهان، ایران. (نویسنده مسئول)

۲- استادیار گروه حقوق، واحد تهران پرند، دانشگاه آزاد اسلامی، پرند، ایران.

۳- کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و مدرس دانشگاه.

چکیده

پاسخ به جرائم سایبری یکی از چالش‌برانگیزترین موضوعات مربوط به این جرائم است؛ به‌گونه‌ای که جرائم سایبری عموماً با کیفرهایی که قانون‌گذار برای آن پیش‌بینی کرده، تناسب واقعی نداشته است. چراکه قانونگذار متأسفانه به شناخت درستی از جرائم سایبری و خطرناکی آن نرسیده و همانند سایر جرائم با آنها برخورد می‌نماید و در مواقعی نیز این برخورد بسیار کمتر از موارد مشابه جرائم سنتی است. جرم‌انگاری و تعیین واکنش‌های تأدیبی و کیفری متناسب با جرائم سایبری نه‌تنها مجرمین و محکومان را با اعمال اقدامات تهریبی و ترذیلی از ارتکاب مجدد این جرائم باز می‌دارد، بلکه صرف جرم محسوب گردیدن یک اقدام و پیش‌بینی واکنش متناسب در مقابل آن، خود می‌تواند عاملی مؤثر در منصرف نمودن افراد مستعد بر ارتکاب جرم باشد. در ارتباط با جرائم سایبری، با توجه به اینکه منافع حاصل از این جرائم به تناسب گستردگی این فضا و گمنام بودن مجرمین سایبری زیاد می‌باشد، باید در مقابل آن سیاست کیفری متناسب به‌نحوی ایجاد گردد تا بتوان با بالا بردن هزینه ارتکاب جرم به‌عنوان عاملی بازدارنده در مقابل بزه‌کاران بالقوه‌ی این جرائم قرار گرفت. از آنجاکه جرائم سایبری بسیار گسترده و پیچیده‌تر از قبل شده است، سیاست کیفری کشورها را وادار می‌کند که تمرکز بیشتری به ارزیابی مجدد شدت جرائم و مجازات‌ها داشته باشند. از این‌رو، ابتدا بایستی این امر که تا چه میزان در جرائم سایبری اهداف مجازات‌ها رعایت می‌شود و چالش‌هایی را که برای دستیابی به اهداف مجازات‌ها در قلمرو جرائم سایبری وجود دارد مورد مذاقه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: اسناد منطقه‌ای، مسئولیت نیابتی، شخص حقوقی، جهانی شدن.

مقدمه

یکی از راهکارها و همچنین دستاوردهای برپایی و برقراری نظم در جامعه، اصولاً جبران زیان‌های ناشی از بی‌نظمی‌هاست. با این کار جامعه نشان می‌دهد که آسیب‌دیدگان را در برابر ناهنجاری‌ها و هنجارشکنی‌ها تنها نگذاشته و از آنها، چه در هنگام پیشگیری از آسیب‌ها و چه در برخورد با بزهکاران پشتیبانی می‌کند. این نیاز، به‌ویژه هنگامی احساس می‌شود که جامعه در برابر تهدیدها و آسیب‌های نوین و ناشناخته‌ای قرار می‌گیرد که در صورت برخورد یکسان با سایر جرائم، در این صورت نه می‌تواند از آنها مصون باشد و نه در صورت واکنش در برابر آنها امید دارد که از پشتیبانی شایسته‌ای برخوردار شود.

جرم‌انگاری و تعیین واکنش‌های تأدیبی و کیفری متناسب با جرائم سایبری نه تنها مجرمین و محکومان را با اعمال اقدامات تریبی و ترذیلی از ارتکاب مجدد این جرائم باز می‌دارد، بلکه صرف جرم محسوب گردیدن یک اقدام و پیش‌بینی واکنش متناسب در مقابل آن، خود می‌تواند عاملی مؤثر در منصرف نمودن افراد مستعد بر ارتکاب جرم باشد. در تدوین نوع قوانین همواره باید این امر را مدنظر قرار داد که مجرمین بالقوه بسته به نتایج برآورد هزینه و نفع، فعالیت‌های مشروع یا نامشروع را مرتکب می‌شوند. این افراد هنگام تصمیم‌گیری برای ارتکاب اعمال نامشروع، خطر دستگیری و میزان مجازات را به‌عنوان هزینه جرم در نظر می‌گیرند و میزان آنرا نسبت به منافع اقتصادی رفتار موردنظر، در صورتی که با موفقیت انجام شود، می‌سنجند و اگر منافع بر هزینه‌ها برتری یابد آنگاه مرتکب جرم می‌گردند.^۱ در ارتباط با جرائم سایبری، با توجه به اینکه منافع حاصل از این جرائم به‌تناسب گستردگی این فضا و گمنام بودن مجرمین سایبری زیاد می‌باشد، باید در مقابل آن سیاست کیفری متناسب به‌نحو ایجاد گردد تا بتوان با بالا بردن هزینه ارتکاب جرم به‌عنوان عاملی بازدارنده در مقابل بزهکاران بالقوه این جرائم قرار گرفت.

ضمانت اجراها واکنش یا پاسخی، به جرم ارتکابی یک شخص مسئول یا غیر مسئول، که در گام نخست، باید گفت؛ ضمانت اجراها ماهیتی واکنشی دارند؛ و واکنش از جانب دولت صورت می‌گیرد؛ زیرا ماهیت حقوق کیفری، عمومی و دولتی بوده، و تنها دولت شایستگی اعمال مجازات‌ها را دارد. شایان ذکر است؛ عامل جرم ارتکابی برای تحمل ضمانت اجراها لزوماً مسئول کیفری نیست؛ و ممکن است، بر یک شخص غیر مسئول نیز ضمانت اجراها بار گردد؛ با این حال اصلی‌ترین ضمانت اجراها یعنی کیفر فقط بر مسئول کیفری بار می‌شود. آنچه در ضمانت اجراهای جرایم رایانه‌ای اهمیت دارد، این که مجازات‌ها، باید همگام با جدید بودن این جرایم، شکلی جدید به خود گرفته؛ تا بتوانند ویژگی متناسب بودن، بازدارندگی و مؤثر بودن را به خوبی به نمایش بگذارند؛ اما زمانی که به قانون جدید جرایم رایانه‌ای رجوع می‌شود؛ در این قانون مقنن تنها به مجازات‌های سنتی چون حبس و جزای نقدی توجه داشته؛ و در مورد تکرار جرم جرایم رایانه‌ای، رویکردی نوین از خود به جای گذاشته است؛ از مجازات‌های نوینی که در برخی کشورها به اعمال آنها اهمیت نشان داده اند عبارتند از: محرومیت از کار با رایانه^۱، استفاده از دانش‌های فنی مرتکبین در پروژه‌های مختلف، مجبور کردن آنها به انجام کارهای عام المنفعه؛ مانند آموزش دادن به عامه‌ی مردم، که خود بزه دیده می‌تواند یکی از این اشخاص باشد؛ و هم چنین یاد دادن شیوه‌های امنیتی حفظ اطلاعات به بزه دیده. بنابراین لازم به نظر می‌رسد؛ که در زمینه ضمانت اجراها قانون‌گذار توجه بیشتری نشان دهد.

ضمانت اجرای کیفری که در برابر یک رفتار مجرمانه صورت می‌گیرد؛ اعم است از اصلی، تمیمی و تبعی که مورد حکم قرار می‌گیرند؛ و شایان ذکر است، این اقدامات ناظر به واکنش پس از جرم هستند و با اقدامات پیشگیرانه قبل از وقوع جرم متمایز هستند.

^۱ به‌عنوان مثال «کون مینیک بزرگترین نفوذگر رایانه‌ای در دنیا، محکوم شد تا ۵ سال از استفاده از سامانه رایانه‌ای محروم گردد (Casey, ۲۰۱۱, p ۱۲)

۱- مجازات‌های اصلی حاکم بر جرایم سایبری

آنچه در ارتباط با جرائم سایبری حائز اهمیت است واکنش به آن یا اتخاذ ضمانت اجراها نسبت به محکومین به جرائم سایبری است. در سال‌های اخیر، شدت و کثرت جرائم سایبری سبب شده تا حقوق کیفری کشورها بر خلاف رویکرد متعارف در جرائم سنتی، با شدیدترین مجازات‌ها با این قبیل از بزهکاران برخورد افتراقی کنند؛ به‌گونه‌ای که در حقوق کیفری امروز و با لحاظ جمیع مقررات می‌توان پرده از یک راهبرد کیفری دوگانه برداشت. به این نحو که بزهکاران به دو دسته استثنایی یا خطرناک و معمولی یا دانه‌ریز طبقه‌بندی می‌شوند تا گروه اول با برخوردی شدید و سزاگرا کنترل یا ناتوان شده و گروه دوم با برخوردی ملایم‌تر و بعضاً اصلاحی به دامن اجتماع بازگردند؛ درحالی‌که پیش از تحولات معاصر ناشی از ظهور جرائم فنی، هر دو گروه می‌توانستند از کیفرهای اصلاحی بهره‌مند گردند. برای مثال، در حال حاضر انگلستان این سیاست دوگانه را مدیریت می‌کند. این مدیریت، اصل تفکیک واکنش در برابر جرائم شدید و جرائم سبک نامیده می‌شود. بدین‌سان در زمینه سیاست تعیین مجازات، بزهکاران مزمن و خطرناک به حبس‌های طولانی محکوم می‌شوند، امری که به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا خود را به‌عنوان حامی جامعه در برابر این دسته از بزهکاران معرفی کنند؛ درحالی‌که برعکس بزهکاران اصطلاحاً آفتابه‌دزد، به‌جای حبس به کیفر نقدی یا مجازات‌های اجتماعی محکوم می‌شوند (Faiza, ۱۹۹۹, p ۵۸).

۱-۱- کیفر اعدام

در خصوص مجازات اعدام امروزه مخالفان و موافقان زیادی وجود دارد که عده ای معتقد به حذف مجازات اعدام و عده ای دیگر معتقد به اجرای این مجازات هستند که این کشمکش‌ها کماکان وجود دارد. با این وجود، امروزه علی‌الاصول در اکثر کشورهای اروپایی و آمریکایی، مجازات اعدام حذف شده و دیگر کاربردی ندارد. از طرفی در برخی از کشورهای آسیایی مجازات اعدام به‌عنوان یک مجازات اصلی کاربرد داشته و همواره تعداد زیادی از افراد به این مجازات محکوم می‌شوند. با این وجود، در برخی کشورها در مورد تعدادی از جرائم سایبری مجازات اعدام اجرا می‌شود که برای نمونه می‌توان به نظام قضایی پاکستان و ایران اشاره کرد. (مهرا، ۱۳۸۶، ص ۸۳)

در لایحه قانونی پیشگیری از بزه‌های الکترونیکی مصوب ۲۰۰۸ قوه مجریه پاکستان برای مرتکب اقدام تروریستی سایبری، کیفر اعدام پیش‌بینی شده است. بر پایه ماده ۱۷ این مصوبه، تروریست سایبری کسی است که «با قصد انجام اقدام تروریستی، به رایانه یا شبکه رایانه‌ای یا سیستم الکترونیکی یا افزارهای الکترونیکی یا دیگر افزارهای دسترس‌پذیر دست یابد یا سبب دستیابی شود و از این طریق به‌طور آگاهانه مرتکب اقدام تروریستی شود یا شروع به آن کند». طبق بند ۲ ماده گفته شده، مرتکب تروریسم سایبری اگر سبب مرگ کسی گردد به اعدام ... محکوم خواهد شد

در قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ ایران در برخی از موارد اگر جرم سایبری به‌صورت سازمان‌یافته باشد و یا مرتکب، رفتار مجرمانه را حرفه‌ای خود قرار دهد، با ضمانت اجرای کیفری شدید اعدام روبه‌رو می‌شود. قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۴ از قانون مذکور مقرر می‌دارد، در صورتی که مرتکب جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی را حرفه خود قرار دهد یا به‌طور سازمان‌یافته علیه ارزش مذکور مرتکب جرم شود، مجازات اعدام را پیش‌بینی کرده است. البته باید دانست که کیفر اعدام در جایی اعمال می‌گردد که شخص مفسد فی‌الارض شناخته شود که در اینجا باید پذیرفت از نظر قانون‌گذار، جرم سایبری به جرم امنیتی تبدیل گردیده است که با شدیدترین ضمانت اجرای کیفری یعنی اعدام با آن مقابله می‌نماید. گفته شده: «احاله مجازات این جرائم به جرائم مستلزم حد شاید به‌نوعی بیانگر این باشد که مقنن بخواهد اهمیت جرم را در حد افساد فی‌الارض قرار دهد و ارباب و بازاریان آنرا افزایش دهد ولی در قبال مضرات آن، این توجیه قابل قبول نیست. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۷)

همچنین قانون‌گذار در بند «ه» ماده ۲۶ قانون مذکور اشاره دارد به اینکه «اگر جرم در سطح گسترده‌ای ارتکاب یافته باشد»، حسب مورد مرتکب به بیش از دوسوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر در جرم ارتکابی،

محکوم می‌گردد. صرف‌نظر از اینکه قانون‌گذار خواسته با تشدید کیفر درجه‌ای بیشتر از بازدارندگی را تأمین نماید، سؤال قابل طرح این است که اگر فردی یکی از انواع جرائم رایانه‌ای را در سطح گسترده مرتکب شود، آیا با وجود تحصیل شرایط مقرر در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، وی مفسد فی‌الارض بوده و مستحق اعدام است و یا وفق ماده ۲۶ قانون جرائم رایانه‌ای صرفاً مجازات حبس یا جزای نقدی مقرر در این قانون، تشدید می‌شود؟ به بیان دیگر در صورت ارتکاب جرم رایانه‌ای در سطح گسترده کدام‌یک از قوانین مزبور قابلیت اجرا دارد؟

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی نظر به جرائم ارتكابی در محیط واقعی دارد و درصدد است با جرم انگاری جدید افساد فی‌الارض به مبارزه با جرائمی بپردازد که در دنیای فیزیکی رخ می‌دهد

آثار فیزیکی آن بسیار گسترده است. اگر نظر قانون‌گذار بر این بود که جرائم سایبری هم داخل در عنوان مجرمانه ماده ۲۸۶ باشند بایستی صراحتاً آنرا ذکر می‌کرد چراکه؛ اولاً قانون مجازات جدید مصوب ۱۳۹۲ بوده و بعد از قانون جرائم رایانه‌ای به تصویب رسید و ثانیاً، تحقق عنوان افساد فی‌الارض با شرایط آن در ماده ۲۸۶ بندرت اتفاق می‌افتد، نه مانند جرائم سایبری که گستردگی آثار آن جزو خصوصیات ذاتی آن محسوب می‌شود؛ و هم چنین از آنجایی که در بسیاری از موارد، جرائم سایبری دارای آثار گسترده هستند لذا در صورت داخل بودن جرائم رایانه‌ای در عنوان مجرمانه ماده ۲۸۶ بایستی در اکثر موارد بزهکاران سایبری اعدام شوند که به نظر برخلاف روح ماده ۲۸۶ و مقصود قانون‌گذار است.

۱-۲- کیفر حبس

کیفر حبس یکی از بهترین ضمانت اجراها برای کسانی است که جرائم سایبری را مرتکب می‌شوند و در این میان، حبس طولانی مدت یکی از مهم‌ترین و مناسب‌ترین ضمانت اجراها برای کیفر بزهکارانی است که به جهت موقعیت شغلی و مالی یا مکان وقوع جرم، به طرق مختلف توان فرار از مجازات، مانند فرار به خارج از کشور یا پنهان شدن در مکان‌هایی که از دسترس مراجع تعقیب به دور است را دارند. در واقع مجازات‌های طولانی در مورد بزهکارانی که مرتکب جرائم شدید و سنگینی شده اند و نیز در مورد مجرمان حرفه‌ای اجتناب‌ناپذیر است. شدت و خطرناکی جرم به دو روش قابل تشخیص است: میزان خسارت ناشی از عمل مجرمانه و میزان قابلیت سرزنش و تنبیه بزهکار. از این‌رو، میزان و شدت مجازات، به‌منظور افزایش کارکرد مؤثر بازدارندگی آن باید تدریجی باشد؛ چنانکه هر چه جرم شدیدتر باشد، مجازات آن نیز شدیدتر شود. در غیر این صورت، نمی‌توان با وسیله دیگری مرتکبان را از ارتکاب شدیدترین جرائم، منصرف کرد. به‌عنوان مثال، در صورتی که مجازات جرم نگهداری اسلحه گرم با مجازات جرم قتل یکسان باشد، دلیلی وجود ندارد که مجرم از ارتکاب قتل در جریان سرقت مسلحانه انصراف حاصل کند. زیرا صرف‌نظر از نتیجه، مجازات هر دو مورد یکی است. بنابراین، تشدید تدریجی مجازات، سود و لذت بالقوه را برای مرتکبان بالقوه جرائم شدیدتر از بین می‌برد و بنابراین آنان را از ارتکاب این جرائم بازخواهد داشت و بزه دیدگان را نیز در برابر صدمات شدیدتر حمایت بیشتری خواهد کرد. در مورد جرائم سایبری، در نظام‌های مختلف حقوقی سختگیری بیشتری در خصوص این جرائم نسبت به موارد کلاسیک وجود دارد که حاکی از برخورد متمایز نسبت به جرائم سایبری می‌باشد، و در این راستا هم از حبس ابد و هم از حبس‌های موقت طولانی مدت استفاده شده است.

۱-۲-۱- حبس ابد

در موارد خاص که به سبب شدت جرم، حضور مجرم در جامعه به زیان جامعه است، مجازات قابل اعمال، حبس ابد است.^۱ برای مثال طبق بند ۲ ماده ۱۷ قانون پیشگیری از بزه‌های الکترونیکی مصوب ۲۰۰۸ پاکستان، در مواردی که شخصی مرتکب شدیدترین جرم سایبری یعنی اعمال تروریستی سایبری شود، بنا

به مراتب نتایج حاصله از ارتکاب جرم و در صورتی که عالمانه و عامدانه مرتکب اقدام تروریستی سایبری شود یا شروع به آن کند، مجازات حبس ابد پیش‌بینی شده است. (شمس ناتری، ۱۳۸۰، ص ۲۷۰)

در قوانین ضد تروریسم عموماً رویکرد گروه تروریستی حاکم بوده است تا جرم تروریستی و از این حیث اقدام تروریستی توسط گروه تروریستی از هر سنخ که باشد خطرناک جلوه داده شده و برای آنها حبس‌های طولانی مدت و در مواردی حبس ابد پیش‌بینی شده است؛ برای مثال طبق ماده ۶ قانون ضد تروریسم سایبری ۲۰۰۶ کشور انگلستان، فراگیری یا آموزش دیگران در زمینه فعالیت‌های تروریستی مستوجب حداکثر ده سال زندان است. در این قانون مجازات تبلیغ و تشویق و انتشار هرگونه اطلاعاتی که ممکن است برای ارتکاب اقدامی تروریستی مفید باشد، حداکثر هفت سال حبس می‌باشد (مواد ۱ و ۲ قانون) و برای هرگونه آماده‌سازی یا تأمین برای تروریسم مجازات حداکثر حبس ابد پیش‌بینی شده است (ماده ۵).

۱-۲-۲- حبس موقت طولانی مدت

در برخی از صور جرائم رایانه‌ای یا جرائم مرتبط، به سبب شدت جرم از یک طرف و سازمان‌یافتگی از طرف دیگر، مجازات حبس پیش‌بینی شده شدید است. بررسی مجازات‌های پیش‌بینی شده در جرائم سایبری در حقوق کیفری برخی کشورها، این ادعا را اثبات می‌کند. در حقوق کیفری ایران کیفر شدیدترین جرائم سایبری یعنی اقدامات تروریستی سایبری برخلاف رویه معمول قانون‌گذاری ایران مجازات محاربه نیست و بلکه طبق ماده ۱۱ قانون جرائم رایانه‌ای، حبس از سه تا ده سال است. در ماده مزبور آمده: «هر کس به قصد خطر انداختن امنیت، آسایش و امنیت عمومی اعمال مذکور در مواد (۸، ۹ و ۱۰) این قانون را علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی که برای ارائه خدمات ضروری عمومی به کار می‌روند، از قبیل خدمات آب، برق، گاز، مخابرات، حمل‌ونقل و بانکداری مرتکب شود، به حبس از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

ولی همین جرم می‌تواند بر اثر بروز برخی کیفیات که برجسته‌ترین آنها سازمان‌یافتگی است مشمول کیفیات مشدده گردد. طبق ماده ۲۶ قانون جرائم رایانه‌ای، «در موارد زیر، حسب مورد مرتکب به بیش از دوسوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد:

د) جرم به‌صورت سازمان‌یافته ارتکاب یافته باشد...».

درباره تروریسم سایبری موضوع ماده ۱۱ قانون جرائم رایانه‌ای^۱ بیش از هر چیز دو بند آخر ماده ۲۶ یعنی گستردگی سطح ارتکاب و سازمان‌یافتگی می‌تواند نمود پیدا کند که پیش‌بینی کیفر تشدید یافته، حداقل راهکار مناسبی برای مقابله با حالتی است که رفتارهای موضوع ماده ۱۱ از طریق گروه‌های تروریستی که عموماً سازمان‌یافته هستند، ارتکاب می‌یابد.

مورد دیگر در اعمال حبس طولانی مدت را می‌توان در بند «ج» ماده ۳ قانون مذکور مشاهده کرد. یعنی در مواقعی که شخصی به‌طور غیرمجاز داده‌های سری را افشاء و یا در اختیار دولت، سازمان، شرکت یا گروه بیگانه یا عاملان آنها قرار دهد، به حبس از پنج تا پانزده سال محکوم خواهد شد. در آوریل ۲۰۰۲ مجلس نمایندگان آمریکا، کیفر زندان کلاهبرداری‌های اینترنتی و مخابراتی را از پنج سال به ده سال افزایش داد و تنها چند ماه بعد که قوه مجریه و رئیس‌جمهور درصدد اجرای آن برآمدند، مجلس نمایندگان به یک‌باره مجازات ده سال زندان را به بیست سال حبس افزایش داد. (Lowell, ۲۰۰۳, p ۶۲)

در برخی موارد نیز قانون‌گذار تشدید مجازات را فقط با توجه به سمت عمومی مرتکب جرم قرار داده است. این مورد از جمله کیفیات مشدده شخصی است که به‌واسطه‌ی وجود یک ویژگی خاص یا صفت معین در شخص بزه‌کار اعم از مباشر، شریک جرم یا معاون، مجازات تشدید می‌شود. کیفیات مشدده‌ی شخصی صرفاً باعث تشدید مجازات شخصی می‌شود که دارای آن ویژگی یا صفت خاص است. در ماده ۲۶ قانون جرائم رایانه‌ای آمده: «در موارد زیر، حسب مورد مرتکب به بیش از دوسوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد:

^۱ البته در صدق عنوان تروریسم به جرم موضوع ماده مذکور اختلاف نظر وجود دارد. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید: پاکزاد، بتول، تروریسم سایبری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتیف ۱۳۸۸.

الف) هر یک از کارمندان و کارکنان اداره‌ها و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها و موسسه‌ها و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسسه‌هایی که زیر نظر ولی فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسسه‌هایی که با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند.

و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأموران به خدمت عمومی اعم از رسمی و غیررسمی به مناسبت انجام وظیفه مرتکب جرم رایانه‌ای شده باشند در اینجا، مجازات جرم ارتكابی، صرفاً به دلیل کارمند بودن شخص مرتکب تشدید شده است.

۱-۳- مجازات‌های مالی

مجازات مالی، عبارت است از اخذ مال اعم از منقول یا غیرمنقول از محکوم‌علیه که عموماً به‌صورت جزای نقدی یا مصادره‌ی اموال اعمال می‌شود. کیفرهای مالی در واقع تحدید اموال و دارایی‌های شخص محکوم‌علیه‌می‌باشد که از قدیمی‌ترین پاسخ‌های کیفری به بزهکاری تلقی می‌گردد. امروزه با توجه به شرایط اقتصادی حاکم بر جهان، کیفرهای مالی به‌عنوان یک پاسخ کیفری مناسب از طرف حقوقدانان و جرم‌شناسان علی‌الخصوص در جرائم مالی تلقی گردیده است و حتی سعی در اعمال گسترده این مجازات‌ها در بزهکاری‌های غیرمالی وجود دارد.

۱-۳-۱- جزای نقدی نسبی

جزای نقدی یکی از کارآمدترین ضمانت اجراها در کنترل برخی از جرائم سایبری است. به جهت اینکه اکثراً این جرائم با انگیزه مالی و اقتصادی ارتکاب می‌یابند، جزای نقدی بیش از معادل مال به دست آمده، خود لگامی است بر هوای سرکش فرد و مجرایی است تا فرد، با حسابگری بتواند هزینه‌ی جرم را با سود آن بسنجد و در نهایت از ارتکابش منصرف شود. با دقت در قوانین موجود در این زمینه، مشخص می‌شود که قانون‌گذاران کیفری، در تعیین میزان این کیفر نقدی و نحوه اجرای آن، از سیاست‌های گوناگونی پیروی کرده‌اند، تا کارایی آن را با در نظر گرفتن وضعیت بزهکار از یک‌سو و ماهیت جرم ارتكابی از سوی دیگر حفظ کنند. در این راستا، میزان جزای نقدی، گاهی به‌صورت ثابت و گاه به‌صورت نسبی تعیین گردیده است؛ همچنین در پی آشکار شدن معایب جریمه‌های نقدی ثابت، نوع دیگری از جزای نقدی، تحت عنوان جزای نقدی روزانه مطرح شده است (کاظمی، ۱۳۸۶، ص ۴۷)

۱-۳-۲- جزای نقدی ثابت،

مقدار پولی است که قانون‌گذار به‌عنوان کیفر تعیین می‌کند و جریمه‌ای است که قانون‌گذار بدون محاسبه نفعی که از جرم عاید مجرم شده، یا زبانی که در اثر ارتکاب جرم به دیگران وارد شده، مقرر می‌کند. این جریمه ممکن است دارای حداقل و حداکثر باشد. مقصود از جزای نقدی نسبی، مقدار پولی است که میزان آن برحسب مورد، بر اساس معیار خاصی که در قانون مصرح است، محاسبه می‌شود؛ به عبارت دیگر، جریمه نسبی جریمه‌ای است که قانون‌گذار آن را به حسب مورد، معادل یا دو برابر یا نصف ضرر ناشی از جرم یا نفع حاصله از آن تعیین می‌کند. جزای نقدی نسبی در مواردی است که اوضاع، احوال و شرایط جرم، به‌گونه‌ای است که نمی‌توان مبلغی را از پیش تعیین و مقرر کرد، چه به‌صورت معین و چه به‌صورت حداقل و حداکثر. به همین دلیل، مقنن مصلحت دانسته که مسئله تعیین مبلغ را به سکوت برگزار کرده و تنها با ارائه راه‌حلی منطقی برای قاضی، بین مجازات و جرم تناسب ایجاد کند.^۱

درواقع فلسفه‌ی جریمه نقدی متغیر یا نسبی به‌عنوان مجازات این است که با تعیین جریمه‌ای بیش از درآمدهای ناشی از جرم، مجرم را از تلاش برای به دست آوردن سود نامشروع باز دارد. در این روش، مقنن

^۱ تحقیقات نشان می‌دهد ۷۲ درصد جرایم سایبری با انگیزه کسب منافع مالی، ۱۴ درصد با انگیزه مسائل غیر اخلاقی، ۳ درصد با انگیزه انتقام جویی و تسویه حساب فردی در رقابت‌های شغلی و ۱۱ درصد نیز با انگیزه افتخار به توانایی و سرگرمی، ارتکاب می‌یابند.

قصد دارد در ترازوی سنجش سود و زیان عمل، کفه ترازو را به سود عدالت کیفری سنگین‌تر سازد تا مجرمان سود خود را در پرهیز از آن عمل بجویند. از جمله موارد تعیین جریمه نقدی نسبی در ماده ۵۶۱ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات) آمده است. به موجب ماده مذکور، «مرتکب قاچاق اموال تاریخی - فرهنگی، افزون بر مجازات‌های مقرر، به پرداخت جریمه، معادل دو برابر قیمت اموال موضوع قاچاق ملزم است. بنابراین در جرائم خطرناک و شدیدی که میزان عواید حاصله از جرم در ابتدا مشخص نیست، تعیین جزای نقدی ثابت چندان کارایی و بازدارنده نیست. (ابوذری، ۱۳۸۸، ص ۵۴)

در همین راستاست که به‌طور مثال در ماده ۳۱۷ از قانون جزای آلمان که به ایجاد اختلال در سیستم‌های ارتباطات راه دور می‌پردازد، آمده: «کسی که با ایجاد اختلال در یک سیستم ارتباط راه دور عمومی از کار آن جلوگیری کند و یا آنرا به خطر بیندازد، به‌طوری‌که عملکرد یکی از اجزای آنرا مختل کند، آسیب برساند، از بین ببرد یا غیرقابل‌استفاده کند و یا جریان برقی را که برای دستگاه در نظر گرفته شده است، قطع کند، به مجازات حبس تا مدت پنج سال یا پرداخت جریمه نقدی محکوم می‌شود». و یا کسی که با قصد فراهم آوردن سود مالی غیرقانونی برای خود یا شخص ثالث، با سوءاستفاده از رایانه به شخص دیگر زیان برساند، بر طبق ماده ۲۶۳ (الف) از قانون جزا به جرم کلاهبرداری کامپیوتری به مجازات حبس تا مدت پنج سال یا پرداخت جریمه نقدی محکوم می‌شود.

متأسفانه قانون‌گذار در قانون جرائم رایانه‌ای برخلاف عموم جرائم اقتصادی که از سیستم جزای نقدی نسبی استفاده می‌کرده، برای جرائم رایانه‌ای جزای نقدی ثابت و معین را ملاک عمل قرار داده است که مغایرت آشکار با اهداف بازدارندگی جرائم سایبری دارد. به‌طور مثال در ماده ۱۳ از قانون مذکور، در خصوص مجازات جرم کلاهبرداری رایانه‌ای آمده: «... علاوه بر رد مال به صاحب آن به ... جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال ... محکوم خواهد شد».

همانطور که ملاحظه می‌گردد میزان عواید حاصل از کلاهبرداری در ابتدا به هیچ عنوان قابل تعیین نیست تا بتوان با تعیین جزای نقدی ثابت اثر بازدارندگی کیفر را حفظ نمود. همچنین جرم قاچاق ترافیک موضوع ماده ۲۴ قانون جرائم رایانه‌ای که در صورت ارتکاب ضابطه میلیاردها دلار خسارت وارد می‌نماید، فقط با جزای نقدی ثابت از یکصد میلیون ریال تا یک میلیارد ریال، همراه است.

در جرائم سایبری بایستی برای حفظ اثر بازدارندگی جزای نقدی، میزان آنرا با آثار و تبعاتی که جرم سایبری به‌جا می‌گذارد، تعیین نمود تا تناسب بین جرم و مجازات نیز رعایت گردد. یعنی ارزش و عواید مجرمانه‌ای را که مستقیماً از جرم به دست می‌آید ملاک احتساب جزای نقدی قرار داده شود. از این‌رو، با توجه به جنبه‌ی بازدارندگی و ترهیبی جزای نقدی، و به‌منظور احتراز از تغییر مکرر میزان جزای نقدی، بایستی قانون‌گذار جزای نقدی را به‌صورت نسبی تعیین می‌نمود که با کاهش ارزش پول نیز در میزان جزای نقدی تغییری حاصل نشود و اهداف کیفری آن محفوظ بماند.

۲- راهبردهای ویژه در پیاده‌سازی اهداف مجازات‌ها

محیط سایبر از همان بدو ظهورش علی‌رغم وجود نظم فنی فوق‌العاده، از منظر رفتار کاربران محیطی مبتنی بر آنارشیسم و هرج و مرج بوده است. به موازاتی که این شبکه به لحاظ فنی رشد داشته، از لحاظ رشد ساختارهای اخلاقی و کنترل‌کننده که هر محیط برای استقرار نظم به آنها نیازمند است بسیار عقب‌مانده است. قواعد مرتبط با جرائم‌سنجی یا عموماً ریشه در فرهنگ و اخلاق جامعه داشته و یا بعضاً در طی زمان بخشی از فرهنگ جامعه شده‌اند. بنابراین، ارتکاب بزه علاوه بر نقض قوانین، تعرض به ارزش‌ها و نرم‌های اجتماعی نیز محسوب می‌شوند. این نرم‌ها دوگونه کارکرد دارند: از یک‌سو با درونی شدن ارزش‌های اجتماعی، فرد هنگام مواجهه با بزه نوعی فشار درونی احساس می‌کند. این مکانیسم خودکنترلی^۱ عاملی برای پیشگیری از جرم محسوب می‌شود. از سوی دیگر نگرانی از ننگ و رسوایی حاصل از دستگیری، محکومیت و

^۱. Self-control

مجازات، بزهکار بالقوه را شدیداً آزار می‌دهد. یعنی افراد زیادی به این علت بزهکار نیستند که یا باورهای درونی آنها را کنترل می‌کند و یا نگرانی از قضاوت بد دیگران مانع از تخلف و قانون‌شکنی می‌شود. بنابراین، فضای سایبر یک فضای سرد و بی‌روح تکنولوژیک است که آنچه وجدان جمعی، هنجارهای هدایتگر، اخلاق جمعی و نظایر آن نامیده می‌شود و در هر جامعه‌ای مبانی نظم را بنیان می‌نهد در آن هنوز آن‌طور که باید و شاید معنادار نیست. در هر جامعه و محیطی، برخی نهادهای کنترل اجتماعی به‌صورت سلسله‌مراتبی در قالب نظارت و اطاعت فرودست از فرادست ناظر کردار و کارکرد افراد است. اما محیط سایبر یک محیط آزاد است و فارغ از هرگونه هنجارهای اجتماعی و سلسله‌مراتب هر می‌نظارتی و فرمان‌برداری است. در واقع آن گره‌ها و علقه‌هایی که سبب می‌گردد شخص در درون خود نوعی حس تحت نظارت بودن را احساس کند - اعم از اینکه این حس بیرونی و با نظارت مجری قانون یا مردم و یا درونی و ناشی از هنجارها و قواعدی همچون اخلاق یا ترس ناشی از بی‌آرویی و امثال آن باشد - چندان وجود ندارد. یک علت عمده این امر به این خاطر است که چنین فضایی محیط ملموسی نیست که دائماً تحت دیدگان کنترل و نظارت نهادهای نظارتی و عوامل اجتماعی بازدارنده از تخلف باشد؛ بلکه یک محیط خاموش و منفعل است که خلوتگاه مناسبی را برای مرتکبین جرائم سایبر فراهم کرده است. به بیان دیگر، «فضای سایبر دارای یک نظام عرضی است و نه یک نظام طولی و برخلاف جوامع انسانی، ساختار آن مبتنی بر سیستم سلسله‌مراتبی بالا به پایین نیست که نهادهای بالادست بر نهادهای پایین‌دست حاکم و ناظر باشند، بلکه در آن از نظام قدرت و کنترل تمرکززدایی شده و هر شخصی در کنار قرار می‌گیرد و هیچ نهاد بالادستی بر آن حاکمیت ندارد که امر کنترل و ایجاد نظم را در آنجا عهده دار باشد البته این معضل بیشتر به جهت نوین بودن این پدیده می‌باشد و در وضعیت کنونی به جهت گره خوردن سازوکارهای زندگی با قابلیت‌های فضای سایبر به‌ناچار

بایستی جلوی تهدیدهای احتمالی سایبری و اثرات منفی آن را گرفت (Brenner ۲۰۰۴, p: ۵۵)

سزادهی و اعمال مجازات از دیرباز به‌عنوان راهکاری در راستای اعاده نظم عمومی و ترمیم جراحاتی که در اثر عمل بزهکار بر پیکره جامعه وارد آمده، مورد توجه نظام‌های حقوقی مختلف قرار گرفته است. اعمال ابزارهای اجبارکننده و قهرآمیز حقوق کیفری به‌عنوان یکی از اشکال واکنش اجتماعی علیه بزهکاری و پیشگیری از تکرار جرم، تابع رسالت‌ها و اهدافی است که در دوران معاصر به‌عنوان امری اجتماعی مورد قبول جوامع قرار دارد. اعمال مجازات بر بزهکارانی که در فضای سایبری مرتکب جرم می‌شوند نیز بایستی از این اهداف تبعیت کند؛ آنچه بایستی مورد مذاقه قرار گیرد، چگونگی برخورد با چنین جرائم و بزهکارانی است که زمینه را جهت رسیدن به این اهداف میسر می‌سازد، چراکه همان‌طور که در ادامه خواهیم دید رسیدن به اهداف کیفرها در قلمرو جرائم سایبر با چالش‌های اساسی همراه است.

۲-۱- تناسب

اندیشه تناسب میان جرم و مجازات قرائتی نوآورانه از سنت سزادهی است. منظور از تناسب میان بزه و کیفر این است که مجازات و محرومیتی که برای بزهکار تعیین می‌شود باید متناسب با لطمه‌ای باشد که در نتیجه عمل بزهکارانه وی بر جامعه وارد شده است. این اندیشه تحت عنوان نظریه «استحقاق یا مجازات شایسته نیز مطرح شده و مدت‌هاست که به‌عنوان یک استدلال زیربنایی برای توجیه عملکرد دستگاه عدالت کیفری در رابطه با تعیین و اعمال مجازات‌ها بکار می‌رود و بیشترین تأثیر را در سه محور، بر ساختار مجازات‌ها گذاشته است

۱- بزهکار - شخصاً باید پاسخگوی رفتار خود باشد.

۲- تمامی بزهکاران باید به سزای اعمال ناشایست خود برسند.

۳- مجازات نباید از شدت بزه ارتكابی یا درجه تقصیر مرتکب کمتر یا بیشتر باشد.

رعایت این اصل در رابطه با جرائم ارتكابی در فضای سایبر بسیار دشوار شده و به یکی از بحث‌برانگیزترین ابعاد سیاست کیفری جوامع در این حوزه تبدیل شده است.

جرائم سایبری ماهیت خاصی دارند: نخست آنکه، به‌ظاهر خفیف و کم‌اهمیت به نظر می‌رسند. دوم، عمدتاً بدون هرگونه اعمال خشونت یا بدون تماس جسمی و رودرویی با بزه دیده انجام می‌شوند. سوم آنکه، نوعاً از سوی بزه‌کارانی به وقوع می‌پیوندند که از هوش، تخصص و توانایی علمی و فناورانه سطح بالا و ظاهری آراسته برخوردارند. این بزه‌کاران نه‌تنها در پی انجام بزه، از کرده خود پشیمان نمی‌شوند بلکه آنرا عملی غرورآفرین توصیف می‌کنند. چهارم آنکه، نتایج حاصل از این جرائم گاه آن‌چنان مخرب و جبران‌ناپذیر است که تعیین مجازات متناسب با شدت و وخامت آثار زیان‌بار عمل را به معمای دشواری تبدیل می‌کند که گذر از آن فشار سنگینی را بر دستگاه عدالت کیفری وارد می‌سازد.

تولید و توزیع ویروس‌های رایانه‌ای که به‌آسانی تکثیر شده و در سراسر شبکه جهان گسترش و پخش می‌گردد، یکی از این اعمال تلقی می‌شود. در نتیجه ارتكاب این بزه، ممکن است کلیه اطلاعات موجود در رایانه اشخاص حقیقی و حقوقی برای همیشه نابود گردد، یا مرتکب ممکن است با استفاده از این شیوه برای مدتی کنترل رایانه بزه دیده را در دست بگیرد و او را از انجام فعالیت‌های مرتبط با آن رایانه محروم سازد. در چنین مواردی بی‌آنکه کوچک‌ترین ملاقات و رویارویی میان بزه‌کار و بزه دیده صورت گرفته یا عمل خشونت باری رخ داده باشد، ممکن است خسارت‌های هنگفت و بعضاً جبران‌ناپذیری به بزه دیده وارد آمده باشد. موارد شدید دیگر نیز قابل تصور هستند. سوءاستفاده از داده‌پیام‌های شخصی افراد، جاسوسی اطلاعات، افترا و نشر اکاذیب در سطح شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای و حتی سوءاستفاده جنسی و انجام فعالیت‌های هرزه‌نگارانه مرتبط با گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه یعنی زنان و کودکان، همگی نمونه‌هایی هستند که شاهد این مدعا تلقی می‌شوند.

در چنین مواردی چگونه می‌توان در رابطه با تعیین مجازات استحقاقی بزه‌کار تصمیم گرفت و آنرا تابعی از شدت و وخامت عملکرد بزه‌کار و نتایج مجرمانه ناشی از عمل او دانست و به تأثیر، کفایت و کارآمدی مجازات به‌منظور پیشگیری از تکرار مجدد جرم امیدوار بود؟ در این زمینه می‌توان به پرونده نفوذگری به نام «وتک بودن^۱ اشاره کرد. او پس از اخراج و از دست دادن شغل خود در شرکت سیستم‌های هوشمند مدیریت زباله‌ها با نام تجاری «ماروشی شایر»^۲ در اقدامی انتقام‌جویانه مبادرت به نفوذ در سیستم‌های رایانه‌ای شرکت نموده و موجب ورود میلیون‌ها لیتر پساب صنعتی به داخل رودخانه و از بین رفتن آبزیان بشمار شد. قاضی پرونده توانست با استناد به مقررات قانونی او را به دو سال محرومیت از آزادی محکوم کند، ولی با در نظر گرفتن ابعاد زیست‌محیطی و فاجعه‌بار بزه مرتکب، آیا این یک مجازات متناسب تلقی می‌شود؟ و آیا قادر است مرتکب را از تکرار مجدد جرم باز دارد؟ این چالشی است که همواره در رابطه با جرائم ارتكابی در فضای مجازی با آن روبه‌رو هستیم. طبع این جرائم و ابعاد وسیع آثار زیانباری که به دنبال دارد به‌گونه‌ای است که تعیین مجازات متناسب با عمل بزه‌کار و دستیابی به هدف ارباب و پیشگیری از تکرار جرم را دشوار می‌سازد. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۳، ص ۵۸۵)

۲-۲- تقبیح عمومی

اعمال مجازات از سوی جامعه بیانگر نفرت و انزجار عمومی از بزه ارتكابی تلقی می‌شود. جامعه از طریق اعمال مجازات، اعلام می‌کند که به هیچ روی قادر به تحمل بزه‌کاری و نقض اوامر و نواهی قانون‌گذار نیست. قضات کیفری نیز غالباً در هنگام صدور احکام خود بر نفی و تقبیح عملکرد بزه‌کار تأکید داشته، او را شایسته دریافت چنین مجازاتی اعلام می‌کنند

^۱. Votek

Boden

^۲. Maroochy Shire

به‌عنوان نمونه می‌توان به جملاتی استناد کرد که در یکی از پرونده‌های کیفری مرتبط با چنین جرائمی به کار رفته است: «من معتقدم شدت و وخامت این جرائم به حدی است که استفاده از مجازات حبس را توجیه‌پذیر می‌سازد. ضمناً باید در نظر داشت که جامعه نیز حاضر به تحمل چنین جرائمی نیست. جامعه امروزین ما بیش از پیش به فناوری‌های مرتبط با رایانه وابسته است. چنین اعمالی تهدیدی جدی علیه سودمندی فناوری به شمار می‌رود و معتقدم قضاات باید در هنگام صدور حکم و تعیین مجازات به‌گونه‌ای عمل کنند که تصمیم آنها بیانگر شدت و سنگینی این قبیل جرائم باشد...»

۲-۳- ارباب

ارباب یکی از اهداف اصلی مجازات‌هاست. استفاده از ابزارهای قهرآمیز کهن‌ترین سلاح جوامع انسانی در مبارزه با جرم بوده است.^۱ تهدید به مجازات در حقوق کیفری مدرن دو هدف عمده را دنبال می‌کند. در رساله جرائم و مجازات‌های بکاریا (۱۷۶۴) اصول راهبردی ارباب تدوین گردیده است. نخست آنکه، اجرای مجازات باید فایده‌ای در برداشته باشد. مجازات باید به‌گونه‌ای باشد که فرد را پیش از ارتکاب جرم به محاسبه سود و زیان ناشی از جرم برانگیزد (بکاریا، ۱۳۸۰، ص ۱۳۱). مسئله‌ای که از آن تحت عنوان پیشگیری اولیه یاد می‌شود. این اندیشه بعدها توسط بنتام بسط داده شد. نظریه «حسابگری جزایی» او مبتنی بر تکنولوژی ظاهر است و بر سه عنصر حتمیت، قطعیت و سرعت در اجرای کیفرها تأکید می‌کند. (پرادل، ۱۳۸۱، ص ۵۸۶)

از این هدف مهم تحت عنوان ارباب عام یا پیشگیری عام یاد می‌شود که یکی از ابعاد مهم پیشگیری کیفری از جرم تلقی می‌شود. درعین حال باید توجه داشت که حفظ کرامت انسانی و رعایت حقوق و آزادی‌های افراد اقتضا دارد که این پیشگیری نیز در پرتو اصول حقوق بشری مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (مواد ۱۵-۱) و اعلامیه جهانی حقوق بشر (مواد ۱۱-۲) سازماندهی شود.^۱ دومین اصل اینکه مجازات باید به‌گونه‌ای تعیین و اعمال گردد که موجب بازداشتن بزهکار از ارتکاب مجدد جرم شود. مسئله‌ای که از آن تحت عنوان ارباب خاص و یا پیشگیری خاص یاد می‌شود باید بررسی کرد که در جرائم سایبری نیز می‌توان از مجازات به‌عنوان حربه‌ای مؤثر در جهت ارباب استفاده کرد باید چنین ادعان داشت که این مهم تنها در صورتی امکان‌پذیر خواهد بود که با بهره‌گیری از بررسی‌ها و پژوهش‌های علمی نشان داده شود که اولاً، چند درصد از چنین بزهکارانی از میزان مجازاتی که مجدداً ممکن است متعاقب اعمال مجرمانه برایشان در نظر گرفته شود آگاهی دارند؟ و ثانیاً، در صورت آگاهی از میزان مجازات تا چه حد احتمال می‌دهند که یک‌بار دیگر مورد پیگرد قانونی و محکومیت کیفری قرار گیرند؟ برخی تحقیقات نشان می‌دهد که غالب بزهکاران حتی کسانی که مدت‌هاست به‌صورت حرفه‌ای در فضای مجازی مرتکب جرم می‌شوند از میزان دقیق کیفرهایی که به‌موجب قانون بر عملکرد آنها بار می‌شود و نیز از عملکرد قضاات دادگاه‌ها در رابطه با فعل خود، اطلاع دقیقی ندارند. حتی گروه‌های بزهکاری متشکل از نفوذگران حرفه‌ای وجود دارند که عمدتاً به این تجاهل دامن می‌زنند تا امکان بهره‌کشی از نفوذگران تازه‌کار و انجام اعمال مجرمانه از طریق آنان را برای خود حفظ کنند. این مسائل موجب می‌شود که بعضی از این قبیل بزهکاران قادر به تصمیم‌گیری دقیق در خصوص مورد نبوده و در برابر وسوسه‌های ارتکاب چنین جرائمی به‌آسانی تسلیم شوند.

^۱ وی در ۲۶ دسامبر ۱۹۹۶ به دسترسی غیر مجاز به اطلاعات مجرمانه شرکت‌های موتورولا، نوکیا، سان، نول و ان ای سی فعال در صنعت رایانه، تلفن‌های همراه، ارائه خدمات اینترنتی و آموزشی و نیز به نقض حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای متهم شد. محاکمه او ۴ سال به طول انجامید و در تمام این مدت زندانی بود. در سال ۲۰۰۰ قاضی او را به گذراندن ۱۱ ماه دیگر در زندان و ممنوعیت استفاده از رایانه و تلفن‌های همراه یا هر نوع وسیله دسترسی به اینترنت تا سال ۲۰۰۳ محکوم کرد. او پیش از این محکومیت، بواسطه سرقت نرم افزارهای تولیدی شرکت تولید تجهیزات رقومی، به ارزش یک میلیون دلار به یک سال حبس تعلیقی محکوم شده بود. ظاهراً این مجازات هیچ یک از اهداف مجازات‌ها در خصوص پیشگیری از تکرار جرم را تأمین نکرد.

مشکل عمده دیگری که دستیابی به هدف ارباب را دشوار می‌سازد این است که بزهکاران در فضای سایبر، بعضاً از مجرمانه و غیرقانونی بودن عمل خودآگاهی ندارند. حتی برخی از مجرمین سابقه‌دار در دادگاه ادعا می‌کنند که سوءنیت مجرمانه نداشته‌اند و اعمال آنها صرفاً بر مبنای ارضاء حس کنجکاوی یا خودنمایی در میان همسالان بوده است. برخی دیگر می‌پنداشته‌اند که در بهره‌برداری بلاعوض از محصولات و خدماتی که به صورت «روی خط» ارائه می‌شود محق هستند. در یکی از پرونده‌های ورود و دستیابی غیرمجاز به اطلاعات پایگاه‌های تجارت الکترونیکی در سال ۲۰۰۱، مرتکب که نوجوان هفده ساله‌ای بود و پیش از آن در یک پرونده نفوذ غیرمجاز به یک پایگاه الکترونیکی فروش آثار صوتی و عوض کردن صفحه ورودی پایگاه به دو ماه حبس تعلیقی محکوم شده بود، مدعی شد خود را مجاز به چنین اقداماتی می‌دانسته، زیرا در صفحه ورودی پایگاه‌های بزه دیدگان، از جملاتی که نشانگر ممنوعیت ورود و دسترسی غیرمجاز باشد، استفاده نشده است. او به سه سال تعلیق مراقبتی محکوم شد و قاضی پرونده به هدف ارباب بزهکار و پیشگیری از تکرار جرم توسط وی اشاره و آنرا به‌عنوان مبنایی برای صدور رأی خود اعلام کرد.

به نظر می‌رسد بزهکارانی در فضای سایبری وجود دارند که از ماهیت مجرمانه اعمال خود بی‌اطلاعند. در چنین شرایطی افزایش شدت مجازات‌ها با هدف دستیابی به «ارباب» نمی‌تواند کارکرد مؤثری داشته باشد و با اطلاعرسانی دقیق از متن قوانین موضوعه و تبیین اوامر و نواهی مقنن در حوزه جرائم مبتنی بر فناوری و آگاهی بخشی عمومی از میزان کیفی‌هایی که در انتظار چنین مرتکبینی قرار دارد، به نحو مؤثرتری می‌توان ارباب را در ابعاد مختلف جلوه عملی بخشید. به عبارت دیگر «فرهنگ‌سازی عمومی» در این زمینه می‌تواند دستگاه عدالت کیفری را در زمینه کنترل جرم و جلوگیری از بزهکاری مجدد یاری رساند.

۲-۴- اصلاح و بازپروری

اصلاح یا هم‌نوا کردن دوباره بزهکاران با ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی به معنای ایجاد فرصت‌های جدید به‌منظور نجات آنها از دنیای بزهکاری است. این امر از دیرباز به‌عنوان یکی از اهداف مهم و رسالت‌های فایده‌گرایی مجازات‌ها مطرح بوده و به دادگاه‌ها این اختیار را می‌دهد که از طریق اعمال ضمانت اجراها مجرم را به سمت قانون‌گرایی و فراگیری قواعد اجتماعی سوق دهند. البته در این مسیر رعایت اخلاق جرم‌شناختی و موازین حقوق بشری امری اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

واکنش اجتماعی با ویژگی‌های جسمی، روانی و اجتماعی بزهکاران؛ و این فرایند در خصوص بزهکارانی که در معرض تکرار جرم قرار دارند باید با بهره‌گیری از نیروهای متخصص انجام پذیرد. جامعه می‌تواند از طریق سلب آزادی بزهکار و قرار دادن او در محیطی که تابع قوانین و مقررات لازم‌الرعایه است، با استفاده از دانش و مهارت علمی و فنی متخصصین، بزهکار را به سمت مولد بودن و قانون‌گرایی تشویق و ترغیب کند و از او شهروندی مطیع قانون بسازد. در این محیط رفتارهای منحرفانه بزهکار به چالش کشیده می‌شود، مسئولیت‌پذیری را می‌آموزد و با ارتقای سطح فرهنگ، دانش و مهارت‌های اجتماعی بر اعتماد به نفس او افزوده می‌گردد. (غلامی، ۱۳۸۳، ص ۵۴)

به نظر می‌رسد که در رابطه با بزهکاران سایبری نیز دستیابی به این هدف امکان‌پذیر باشد. در این زمینه می‌توان به اظهارات یکی از این بزهکاران پس از طی دوره ۸ ماهه مجازات زندان اشاره کرد. «سیمون والور» بزهکار ۲۲ ساله‌ای که به خاطر تولید ویروس «گووکار» که در سال ۲۰۰۳ برای صنعت رایانه در سراسر دنیا مشکلات بی‌شماری ایجاد کرد، به ۸ ماه زندان محکوم شد پس از آزادی در مصاحبه خبری با «بی‌بی‌سی» اظهار داشت: «من از اشتباهاتم درس گرفته‌ام. دیگر هیچ‌گاه ویروس تولید نخواهم کرد. هیچ‌گاه اجازه نخواهم داد که حفره‌های امنیتی سیستم‌های رایانه‌ای برملا شده و در سطح شبکه گسترش یابد ... زندانی شدن بسیار ناگوار است. (دانش، ۱۳۸۱، ص ۴۰۳) این تلخ‌ترین تجربه زندگی من بود با در نظر گرفتن اینکه پیشگیری از تکرار جرم از اهداف اصلی اعمال ضمانت اجراهاست و اصلاح و بازپروری بزهکاران یکی از راه‌های مؤثر در دستیابی به این هدف تلقی می‌شود.

نتیجه گیری

آنچه از سیاست کیفری در قبال جرائم رایانه‌ای ایران قابل ترسیم است، تاب چنین تعاملی با استراتژی جرم را ندارد و قانون مذکور که نمود مجازات‌ها را در بخش یک در فصول یک تا هشت تعیین کرده، نه تنها بدون توجه به ماهیت جرائم رایانه‌ای، بلکه بدون توجه به اهمیت جرم حتی در مقایسه با نوع مشابه سنتی آن می‌باشد تأملی بر میزان حبس و جزای نقدی در قبال جرائم رایانه‌ای، حاکی از عدم بازدارندگی متناسب با این جرائم و مجرمین آنها، می‌باشد. به نظر می‌رسد که تدوین یک سیاست کیفری، تکلیفی است که هدف تدوین‌کنندگان، ساقط کردن این تکلیف بوده اما برای رفع این تکلیف در تمامی مدتی که برای تدوین این قانون هزینه می‌شده است تنها فکر حاکم موضوعیت حبس‌زدایی بوده است؛ در حالی که این چنین موضوعیت دادن به حبس‌زدایی، نه تنها نقض غرض وجودی دستگاه عدالت کیفری است بلکه آفتی برای آن محسوب می‌شود. نگاهی اجمالی به کیفرهای تعیین شده برای جرائم رایانه‌ای در فصول یاد شده در آن قانون، این امر را نشان می‌دهد که نه تنها هیچ تناسخی با رویکرد سخت‌گیرانه تئوری سزادهی ندارد بلکه با رویکردهای دیگر نیز نمی‌تواند هیچ‌یک از اهداف مجازات‌برشمرده شده در جرائم سایبری را برآورده سازد. نتیجتاً این نوع مجازات‌های قانون مذکور، از لحاظ کمیت و کیفیت نمی‌تواند با هیچ‌یک از آموزه‌های نوین کیفرشناسی و جرم‌شناسی تعامل داشته باشد. چراکه حقوق کیفری معاصر، بر مفهوم «قابلیت سرزنش» بنا نهاده شده است. لذا هرچه نتایج و پیامدهای یک عمل بزرگ‌تر باشد، «سرزنش» و «مجازات» شدیدتر خواهد بود و بین این دو رابطه نزدیک و مستقیم وجود دارد و میزان سرزنش و مجازات تابعی از شدت نتایج و پیامدهای جرم است و هر چه قابلیت سرزنش فرد بیشتر باشد، مسلماً مسئولیت کیفری بیشتری برعهده دارد.

نکته قابل توجه در خصوص اعمال رویکرد افتراقی در حیطه‌ی مجازات در کنار اعمال رویکرد نوین نظریه بازدارندگی در قبال جرائم سایبری، شناور کردن مجازات بزهکاران این دسته از جرائم است. زیرا این مجرمان از تنوع و گوناگونی شخصیتی بیشتری نسبت به سایر مجرمان برخوردارند. لذا باید اختیار قضات را در تعیین کیفر افزود تا بزهکاران را نه بیش از آنچه سودمند است و نه بیش از آنچه عدالت اقتضا دارد مجازات کنند. درواقع دادرسان باید بتوانند در دعوای مختلف، متناسب با شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر آن کیفر را تعیین کنند. «نظام نرمش‌ناپذیر مبتنی بر قانون، احساس بی‌عدالتی ایجاد می‌کند؛ زیرا توانایی دستیابی به همه معیارهای بالقوه مرتبط با تعیین کیفر عادلانه را ندارد؛ صرف‌نظر از اینکه نمی‌تواند نیازهای بازپرورانه مجرم را دربرگیرد». این امر در مورد جرائم سایبری که دارای بزهکاران متنوع و با شرایط مختلف است، و نیز شدت و ضعف این جرائم، نمود بیشتری دارد.

به‌طور مثال، انجام خدمات عام‌المنفعه به‌جای مجازات، یکی از جلوه‌های نوین عدالت ترمیمی است. عدالت ترمیمی که به آن عدالت احیاکننده نیز گفته می‌شود، تفکر جدیدی است که بر ترمیم و مقابله با آثار جرم در جامعه و به‌ویژه از طریق مشارکت ارکان مختلف جامعه مدنی (بزه دیده، بزه‌کار و مردم) تکیه دارد. کار عام‌المنفعه درعین حال یکی از مصادیق مهم مشارکت مردم در فرایند اصلاح و درمان بزهکاران است و به مجرم نشان می‌دهد که هرچند جامعه از مجرمیت او متأثر شده است، می‌تواند به او به‌عنوان عنصری سودمند و سازنده - نه مخرب و زیانکار - نیز بنگرد. فرایند مزبور یک فلسفه عدالت ترمیمی را به همراه دارد که بر مبنای آن بزهکار یک سری خدمات عام‌المنفعه عمومی را انجام می‌دهد که این امر منجر به اشتغال و کسب تجربه‌های نوین می‌شود. خوشبختانه بستر اجرای این راهبرد در خصوص مجرمین رایانه‌ای به جهت برخورداری از تخصص کافی کار با رایانه، بسیار هموار و مساعد است. به جرئت می‌توان ادعا کرد، درجه مهارت و تخصص برخی از این بزهکاران از بسیاری مهندسان و تکنسین‌های رایانه‌ای بالاتر است.

فهرست منابع

- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، برگردان: نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.
• دانش، تاج زمان، مجرم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟ چاپ نهم، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۸۱
• غلامی، حسین، تکرار جرم، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳
• نجفی ابرند آبادی، علی حسین، کیفرهای جامعه مدار، دیباچه در بولک، برنار، کیفرشناسی، چاپ پنجم
• تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵
• جلالی فراهانی، امیر حسین، استناد پذیری ادله‌ی الکترونیکی در امور کیفری، فصلنامه تخصصی فقه و
• حقوق شماره ۱۵، زمستان ۱۳۸۶
• کاظمی، قباد، ردیابی، ضبط و مصادره عواید مالی ناشی از فساد در چهارچوب عدالت کیفری یا خارج از آن،
• مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، ۱۳۸۸
• مهرا، نسرين، کیفر و چگونگی تعیین آن در فرآیند کیفری انگلستان (با تکیه بر کارکردهای کیفر)، مجله
• تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶
• محمودی جانکی، فیروز، نظام کیفردهی هدفها و ضرورتها، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات)، چاپ
• اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸
• نجفی ابرند آبادی، علی حسین و حبیب زاده، محمد جعفر زاده و بابایی، محمد علی، جرائم مانع (جرائم
• بازدارنده)، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳
• ابوذری، مهنوش، جرم‌شناسی جرائم سایبری، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی
• دانشگاه تهران، ۱۳۸۸
• پاکزاد، بتول، تروریسم سایبری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید
• بهشتی، ۱۳۸۸
• شمس ناتری، محمد ابراهیم سیاست کنونی ایران در قبال جرائم سازمان یافته یا رویکردی به حقوق «
• رساله دکتری دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، «جزایی بین المللی». ۱۳۸۰
• انصاری، باقر، حقوق رسانه، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰
• صادقی، حسین، مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی، رساله دکتری در رشته حقوق خصوصی، دانشکده
• حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶
• کاظمی، قباد، ردیابی، ضبط و مصادره عواید مالی ناشی از فساد در چهارچوب عدالت کیفری یا خارج از آن،
• مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، ۱۳۸۶
- Abe David Lowell, and Kathryn Arnold, Corporate Crime after ۲۰۰۰: A New Law Enforcement Challenge, American Criminal Law review, volume ۴۰. ۲۰۰۳.
Brenner, Susan, Cybercrime Matrics: Old Wine, New Bottle? Virginia Journal of Law & Technology, ۲۰۰۴.
Esen, Rita, Cyber Crime: a growing problem, the journal of criminal law, vol ۶۶, ۲۰۰۲.
Faiza, Patel, Crime without frontiers, Journal of international Law and Policy, ۲۲ N.Y.U. ۱۹۹۹.

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۴

صص: ۹۵۲-۹۳۹

تحلیل روانشناختی - جنایی نظریه فروید در بزهکاری از منظر قرآن و احادیث

مجید آقایی^۱، محمد رضا زاده سلطان آباد^۲

۱- عضو هیات علمی گروه حقوق، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلامشهر، ایران.

۲- کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

چکیده

پی بردن به ویژگی‌های روانی افراد در راستای شناسایی علل وقوع جرایم، نقطه تلاقی جرم‌شناسی و روانشناسی است. این پژوهش به شیوه تحلیلی - توصیفی و با ابزار کتابخانه‌ای به دنبال این هدف است که با بیان نظریه روانشناختی جرم از منظر فروید و تطبیق آن با دیدگاه‌های فقه امامیه (قرآن و احادیث) به صحت و سقم دیدگاه فروید در حوزه روانشناسی جنایی در فقه امامیه بپردازد و اثبات نماید که قرآن جامع علوم بوده و مطالب روانشناسانه جرم قرن‌ها جلوتر از فروید در شریعت محمدی با غنا و قدرت و استحکام فوق‌العاده‌ای بیان گردیده است. مفاهیم نهاد، خود و فراخود فروید در قالب نفس اماره، نفس ملهمه و نفس لوامه در فقه با وسعت و دقت بیشتر بیان گردیده است. تفاوت‌های جدی بین وجدان اخلاقی فروید و نفس لوامه قرآن وجود دارد. لوامه قرآن ملامت و پشیمانی نفس درباره ارزش‌های واقعی و فطری است. در دیدگاه فروید وجدان اخلاقی از ناسازگاری بخش‌های روانی و ارزش‌های خانوادگی یا اجتماعی است، خواه درست باشد یا نادرست. عقده ادبپ که معیار مهمی در عقاید فروید است به همراه آتاویسم روانی محکوم به رد است.

واژگان کلیدی: فروید، روانشناسی جنایی، آتاویسم روانی، جرم‌شناسی، عقده ادبپ

مقدمه

بشر سال‌ها فکر می‌کرد که فرد بزهکار فردی است که در اغلب اوقات مبتلا به نوعی دیوانگی دارای منشا غیبی و الهی است. (نجفی توانا، ۱۳۸۵: ۱۷۸) نظریه تسخیر بیمارار روانی از جانب ارواح شریر که برخوردی غیرعلمی و فاقد پشتوانه‌ی علمی است تا قرن نوزدهم ادامه یافت. (فروید، ۱۳۷۹: ۹) ظهور افکار لومبروزو در قرن نوزدهم تا حدی این دیدگاه روانی را محدود نمود. مسیر جدید حرکتی دانشمندان را از دیدگاه دیوانه مجبور بودن بزهکار، به سمت عدم تعادل در شخصیت مجرم سوق داد و جرم را ناشی از عوامل روانی و بیولوژیکی و واکنش متقابل آن‌ها دانست. شخصیت‌شناسی در ارتباط به پی‌بردن به کنه روان افراد، شرط لازم بود. شناسایی علل رفتار بزهکارانه در این دیدگاه در شخصیت نامتعادل خلاصه می‌شود این شخصیت می‌تواند ناشی از عوامل فیزیولوژیکی نظیر ارث و یا عوامل محیطی و اجتماعی نظیر تعلیم و تربیت باشد. گام اول تکامل انسان، شناخت خود اوست. امیرالمؤمنان علی (ع) فرمودند: «معرفة النفس انفع المعارف» (خوانساری، ۱۳۵۹، ج: ۶: ۱۴۸) «سودمندترین دانش‌ها خودشناسی است». همچنین ایشان در خصوص بزرگترین پیروزی و رستگاری می‌فرمایند: «نَالَ الْفَوْزَ الْأَكْبَرَ مَنْ ظَفَرَ بِمَعْرِفَةِ النَّفْسِ» «کسی که به شناخت خود دست یابد به بزرگترین رستگاری و پیروزی رسیده است». برقراری ارتباط بین آیه ۲۹ سوره حجر که روح خدایی انسان است و فرموده امیرالمؤمنین در خودشناسی را پیامبر مکرم اسلام (ص) تکمیل فرمودند. خاتم النبیین صلی الله علیه و آله فرمودند: «مَنْ عَرَفَ نَفْسَهُ فَقَدْ عَرَفَ رَبَّهُ». (همان، ۱۷۲) «کسی که خود را بشناسد همانا پروردگارش را شناخته است» جرم‌شناسی^۱ رشته‌ای معطوف به انسان است. براساس فرمایشات معصومین، شناخت انسان سودمندترین و بهترین دانش‌هاست که مقدمه‌ای و لازمه‌ای حیاتی در شناخت منبع فضایل و انوار مقدسه، یعنی ذات اقدس اله است. لذا جرم‌شناسی بدون شناخت انسان قابل تصور نیست که شناخت انسان به شناخت خداوند منتهی شده و وعده خداوند در قرب خویش در آیات ۵۴ و ۵۵ سوره قمر محقق خواهد شد. جرم‌شناسی می‌کوشد ابعاد مختلف انسان‌ها را بشناسد و ارتباط آن‌ها را با جرایم و انحرافات کشف نموده و راه‌حل غلبه و کاهش آن‌ها را ارائه نماید، تا اولاً: انحراف صورت نگردد و ثانیاً: از تکرار انحراف جلوگیری نماید تا از انحطاط کامل منحرفین جلوگیری و آنان را به آغوش جامعه برگرداند. امری که رسالت نهایی آموزه‌های اسلامی و فقه امامیه است. لذا جرم‌شناسی و شاخه‌های آن در موضوع و هدف با قرآن اشتراک دارند. موضوع انسان است و هدف انسانیت و شناخت عواملی نظیر عوامل روانی ارتکاب جرم، تا پیشگیری صورت گیرد. پیامبر مکرم اسلام (ص) در حدیثی متواتر و معروف، بعثت خویش را تنها برای تکمیل مکارم اخلاقی می‌داند. ایشان می‌فرمایند: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ». (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج: ۶۸: ۳۸۲) تاثیرات روحی و عدم تعادل در روان افراد بر شخصیت آن‌ها اثر گذارده و اختلال در رفتار را در پی خواهد داشت. در روانشناسی جنایی^۲ و جرم‌شناسی روانی که کاملاً مرتبط با روانپزشکی جنایی^۳ و روانشناسی قضایی^۴ است، به دنبال علل و عوامل روانی جرم و خصوصیات روانی بزهکار هستیم تا بزهکار در متن خانواده و جامعه بررسی شود و در این مسیر روان بزهکار را از جامعه جدا نمی‌داند و او را از خصوصیات حیاتی نیز دور نمی‌داند. محوریت با عوامل روانی است لیکن تاثیر عوامل زیستی و جامعه‌شناختی نیز مدنظر بوده و تاثیر متقابل این عوامل با عوامل روانی در علت‌شناسی وقوع جرایم حائز اهمیت است. شخصیت مرکب از خصایص بیرونی و درونی است که ذاتی یا اکتسابی بوده و معرف هویت انسان‌هاست. از نظر روانی قوای عاقله عواطف، تمایلات و نیروهای ارادی و سلوک و رفتار با شدت و ضعف و درجات متفاوت در ساختن شخصیت افراد نقش عمده‌ای را ایفا می‌کند. تقسیم‌بندی‌های متفاوت از رفتار آدمی بر حسب اهمیت یک عامل معین بر عوامل دیگر در این گرایش از جرم‌شناسی شکل می‌گیرد. عده‌ای غرایز و عده‌ای هوش و عده‌ای رفتار را مورد اهمیت قرار می‌دهند. هدف از مطالعه شخصیت بزهکاران،

۱. Criminology
۲. Criminal Psychology
۳. Criminal Psychiatry
۴. Judicial Psychology

انطباق آن‌ها با جامعه است تا از رفتارهای نابهنجار دوری گزینند. شخصیت جنایی^۱ در واقع، وضع و حال مشترک کسانی است که آن را در مقام قبول یا جستجوی اوضاعی قرار می‌دهد که خارج یا مخالف با هنجارهای مخالف مورد قبول آن است. (همان، ۱۵۹)

بر همین اساس تعریف مجرم به چهار دسته زیر انجام می‌شود:

۱- ناکرده بزه: شخصی است که در فهرست بزهکاران قرار نگرفته است. اعم از اینکه وجدانی سختگیر داشته یا با تقوی باشد و دامن او به جرم نیالوده باشد یا محتاط و محتال بوده و ردی از جرم خود برجا نگذاشته یا به دست عدالت گرفتار نیامده. (به اصطلاح دم به تله نداده است). کلیه کسانی که سوء پیشینه ندارند در این دسته محسوب می‌شوند. ۲- جنایتکار موقت: که اساساً جنایتکار شهوانی است. ۳- جنایتکار کاذب: کسی است که رفتار خود را با وجدان اجتماعی گروه محدودی که وابسته به آن است مطابقت می‌دهد. بزهکار سیاسی، انقلابی معتقد به حرمت جنگ و خونریزی و عدم جواز کاربرد هر نوع سلاح برای مجروح کردن یا کشش آدمی جزء این گروه محسوب می‌شوند. ۴- جنایتکار راستین: کسی است که به دلیل رضایت در جدایی یا خروج از پیکر جامعه درصدد الحاق به جامعه‌ای که از آن بریده برنمی‌آید. او طالب امنیتی نیست که برخاسته از جامعه‌پذیری باشد. او امنیت خود را در جدایی یا عزلت و بی‌قیدی می‌یابد. (همان، ۱۶۰) آقای ژان پیناتل^۲ هسته مرکزی شخصیت جنایی را در کنار متغیرهای آن مدنظر قرار می‌دهد. این هسته مرکزی مربوط به فعالیت‌ها و استعدادهای بدنی، عقلی، نیازهای غذایی و جنسی و ناپختگی بیماری و ناستواری در آموزش حرفه و عقب‌ماندگی تحصیلی و معیارهایی است که عموماً معرف انطباق‌پذیری است، می‌باشد. (همان، ۱۶۲).

خویشن‌بینی یا خودمحوری و عدم قدرت پیش‌بینی یا کهنگیری هیجانی و پرخاشگری و بی‌تفاوتی عاطفی که در فصول قبلی در خصوص آنان توضیح داده شد، چهار رکن این شخصیت جنایی است. این ویژگی‌ها آستانه مقاومت افراد را تحت تاثیر قرار می‌دهد و افراد را به ورطه بزهکاری می‌غلطاند. این مسئله که هوش در وقوع جرم موثر است مورد پذیرش قرار گرفته است. هوش بین مجرمین توزیع شده است برخی بسیار باهوش و برخی کم‌هوش هستند. نمود هوش را در مجرمین روانی، مجرمین یقه آبی و یقه سفید و مجرمین به عادت و اخیراً مجرمین یقه طلایی می‌توان مشاهده کرد. مجرمین روانی^۳ بسیار کم‌هوش یا فاقد هوش و مجرمین یقه آبی و مجرمین به عادت هوش کمتر و مجرمین یقه سفید و یقه طلایی دارای هوش بالاتری هستند. زیگموند فروید^۴ به عنوان مهمترین نظریه‌پرداز در این عرصه با تکیه به مفهوم آتاویسم روانی و امیال سرکوفته بشری نظیر عقده ادبپ سعی در تحلیل علت وقوع جرم نمود. دین مبین اسلام با تکیه بر قرآن و وحی و احادیث و روایات و با پذیرش فرض جامعیت در قرآن و بیان آن از لسان پیامبر(ص) و معصومین علیهم السلام با عمق و غنای وصف‌ناپذیر در این خصوص مطالبی را بیان می‌کند.

سوالات تحقیق:

- ۱- اصول بنیادین نظریه فروید در روانکاوی جرم چیست؟
- ۲- دیدگاه فقه امامیه در خصوص نظرات فروید در حوزه روانشناسی جنایی چیست؟

پیشینه تحقیق:

به جرات می‌توان گفت که در حوزه جرم‌شناسی روانی و تطبیق آن با مسایل فقهی تاکنون مقاله‌ای به رشته تحریر در نیامده است و محققین در کتب جرم‌شناسی و روانشناسی در خصوص عقاید فروید مطلب

۱. Criminal character
۲. Jean Pinatel
۳. PscgologicalOffender
۴. Zigmond Freud

فراوان نگاشته‌اند لیکن در حوزه مطالعه تطبیقی قلم فرسایی ننموده‌اند و از این حیث پژوهش حاضر بی‌سابقه و دارای نوآوری در این حوزه می‌باشد.

فرضیه‌های تحقیق:

- ۱- به نظر می‌رسد آتاویسم روانی و عقدا ادیپ در کنار تقسیم شخصیت انسان به نهاد و خود و فراخود اصول بنیادین نظریه فروید در حوزه روانشناسی جنایی است.
- ۲- به نظر می‌رسد دیدگاه‌های فقهی در غالب موارد نظریه فروید را محکوم به رد می‌داند.

تعاریف و مفاهیم:

مفهوم روانشناسی جنایی و جرم‌شناسی روانی:

روانشناسی جنایی شاخه‌ای از روانشناسی عمومی است که با ابزار مختلف نظیر تست‌های مختلف صرفاً به تجزیه و تحلیل خصوصیات روانی بزهکار می‌پردازد و روانشناسی قضایی نیز شاخه‌ای از روانشناسی عمومی است که در رسیدگی‌ها و در دستگاه‌های قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. طرز رفتار، گفتار و نوشتار شاکی و متهم و شهود و حتی مامورین که بیانگر شخصیت آن‌هاست موضوع روانشناسی قضایی است. رسالت این شاخه از روانشناسی شناخت شخصیت افراد دخیل در پرونده، قضایی است. روانپزشکی جنایی نیز به مطالعه بزهکاران از نظر پزشکی و روح و روان می‌پردازد. یک علم بنیادی که کاربردهای آن در قلمرو روانپزشکی قانونی قرار می‌گیرد. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۱، ۸ و ۱۴) جرم‌شناسی چهار راه علوم است دانشی ترکیبی که هدفش شناخت عوامل وقوع جرم و تحلیل زمینه‌های ارتکاب جرایم است. جرم‌شناسی روانی شاخه‌ای از جرم‌شناسی است که به دنبال کشف علل روانی جرم است شناخت شخصیت مجرمین و یا تحقیق در خصوص چگونگی تشکیل و تکوین شخصیت جنایی و کشف عوامل روانی موثر در بروز جرم یکی از موضوعات اصلی در جرم‌شناسی روانی است. (کی‌نیا، ۱۳۷۳، ج ۱: ۴۹)

مفهوم آتاویسم روانی:

آتاویسم^۲ به معنای بازگشت عادت نهفته در نسل‌ها پیشین می‌باشد (والک لیت، ۱۳۸۶: ۳۹) این مفهوم از سوی سزار لومبروزو با الهام از نظرات داروین^۳ مطرح گردید (آقایی، ۱۳۹۶: ۱۰۰) وی معتقد بود که مجرمین شبیه به نیاکان خود بوده و به اشکال نوین تکامل رجعت می‌کنند (Burk, ۲۰۰۹: ۶۵). آتاویسم رجعت به مخلوقات پیش از انسان است که دارای خوی وحشیگری بوده‌اند می‌باشد (Reid, ۲۰۰۳: ۸۸) الهام‌گیرندگان از نظریه داروین، معتقدند که مجرمین همان انسان‌هایی هستند که تحول آن‌ها در بند شده است و آن را باز پیدایش ژنتیک یعنی رجعت به قبل از تکامل نامیده‌اند. مجرمین در این دیدگاه کسانی هستند که سیر تحولی آن‌ها کاملاً طی نگردید و نوعی نیاگرایی جسمانی و انحطاط و رجعت به اصل داشته‌اند. ظهور منش و ویژگی‌های اجداد وحشی و جنایتکار در بین مجرمین، ناشی از توقف در تکامل آن‌ها و سیر قهقرایی آن‌هاست (آقایی، ۱۳۹۷: ۱۰۸)

نظریه روانکاوی جنایی فروید:

زیگموند فروید معتقد بود اعمال غیرارادی بزهکارانه انسان مربوط به امیال به ظاهر سرکوفته و ارضاء نشده است که در خفایای مجهول انسان فعالیت و پایداری می‌کند و باعث رفتار غیرطبیعی انسان می‌شود.

۱. LegalPsychiatry

۲. Atavism

۳. Darwin

بنابراین باید راه نفوذ این ورطه تاریک و مجهز را دریافت و با به یاد آوردن و بیرون راندن آن‌ها بیمار را سبکسار ساخت. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۲).

در تقسیم شخصیت انسان، فروید ابتدا به سه مفهوم اشاره می‌کند: ۱- هوشیار که توام با آگاهی است و ناهوشیار که شامل نیروهای سوق‌دهنده در پس تمام رفتارهاست که شامل خاطرات سرکوفته و عواطف موجود است و مخزن نیروهایی است که نمی‌توانیم آن‌ها را ببینیم و یا کنترل کنیم و ۲- نیمه‌هوشیار که مخزن خاطرات، ادراک و افکاری است که ما به صورت هوشیار از آن آگاه نیستیم ولی می‌توانیم با تلاش به سمت هوشیار آن را هدایت کنیم، اشاره می‌کند. نیروهای جنسی سرکوب شده در قالب ناهوشیار قرار می‌گیرد که نیروهای هدایت‌گر برای رفتار هوشیارانه است و علاوه بر آن منبعی برای احساس گناه و روان رنجوری و روان‌پریشی است. ۳- هوشیار (ال وینفری، ۱۳۸۸: ۱۳۹) فروید با تجدیدنظر در این تقسیم‌بندی، سه ساختار جدید را معرفی می‌کند: ۱- نهاد: ترکیبی از غرایز و تمایلات و خواسته‌های فرد که تنها اصرار دارد این تمایلات او ارضاء شود. (کریمی، ۱۳۸۷: ۶۹) انسان در این قسمت از شخصیت، لذت طلب محض است. ۲- خود: میانجی دنیای طفل و غرایز درون اوست. (شارف، ۱۳۸۱: ۵۹) عامل محدودکننده نهاد که اگر نبود، نهاد با اصرار کورکورانه فرد را به تباهی می‌کشاند. نهاد می‌گوید با برادر و خواهر کوچکتر دعوا نکن. خود می‌گوید این درگیری و خشونت تنبیه والدین را به دنبال دارد و مانع از درگیری می‌شود، پس خود کنترل‌کننده نهاد است. خود به وسیله ادراک، افکار، احساسات و اعمال که در حیطه فعالیت شعور روشن است با محیط خارج روبرو می‌شود. بنابراین خود قسمتی از شخصیت آدمی و عامل اجرایی شخصیت است که به طور خودآگاه اعمال را بررسی می‌کند و مسائل زندگی را ارزیابی و درباره آن‌ها قضاوت می‌کند و از تلفیق آن‌ها راه‌حلی می‌یابد و در صورت لزوم دستگاه‌های دفاعی را به وجود می‌آورد و آن‌ها را بکار می‌برد. خود با در اختیار داشتن احساس، ادراک و شعور خواسته‌های نهاد را با مقتضیات محیط و امکانات اجتماعی آن وفق می‌دهد و موجودی سازگار و اجتماعی می‌شود. تبعیت از اصل واقع‌بینی و حقیقت‌جویی و تاثیرپذیری از منطق و استدلال‌های عقلی و رشد یافتن به وسیله آموزش و پرورش و تجربه از ویژگی‌های خود است. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۲: ۲۲۲) این در حالی است که در نهاد و به طور ناخودآگاه و غیر مرئی تمام غرایز دوران سببیت جریان دارد. شوق به ارتکاب جنایت و تمام رذایلی که در سده‌های تاریک توحش معمول بوده در نهاد متظاهر می‌کند و هیچ آموزش و پرورش تاکنون قادر نشده است که انسان را از مخاطره برگشت ناگهانی یا سیر قهقراپی یا رجوع به اصل حفظ کند. (همان، ۲۰۱۸: ۳) - فراخود: بخش اخلاقی و اجتماعی شخصیت است. (ساعتچی، ۱۳۷۹: ۹) کنترل فرا خودی در کنار کنترل اجتماعی، نهاد را کاملا کنترل می‌کند. ساز و کار شبیه وجدان که در مقابل نهاد قرار می‌گیرد. در این مرحله کنترل فقط کنترل بیرونی نظیر کنترل والدین نیست، بلکه فرد به رشدی می‌رسد که به کنترل درونی می‌رسد. گزینه لذت‌جویی در نهاد توسط قوه خود، که عاقل است و بدی را می‌سنجد و نهاد را محدود می‌کند، کنترل می‌گردد و آرام آرام ارزش‌های اجتماعی و اخلاقی که توسط خود ساخته شده‌اند و جزء شخصیت فرد هستند توسط فراخود نگهداری می‌شوند و وجدان معنی پیدا می‌کند. فراخود ناموس اخلاقی شخص است. سطح اعلائی شخصیت که از خود انتقاد می‌کند هر زمان خود بخواهد با نهاد همکاری کند و گزینه‌های واپس‌زده نهاد را مورد قبول قرار دهد، فراخود ممانعت می‌کند. هرگاه خود، اسیر نهاد نشود و از فرامین فراخود سرپیچی کند از طرف فراخود توبیخ و مجازات می‌شود. احساس شرم و گناه و نگرانی کرده و برای فرار از این احساس به استقبال کیفر و مجازات می‌رود. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۲۴) انرژی، منبع رفتار است. انرژی روانی عمدتاً از انرژی غریزی است. (شیخ آبادی، ۱۳۸۶، ۴۰) گزینه نیروی اصلی برانگیزنده است که رفتار را سوق می‌دهد و ذهن این انرژی را به میل تبدیل می‌کند. پس گزینه حالت جسمانی نیست بلکه نیاز جسمانی است که به حالت ذهنی، یعنی میل، تبدیل می‌شود. (شولتز و دیگران، ۱۳۸۶، ۵۶) گزینه در جریان فعالیتش بر ذهن که روان انسان است اثر می‌گذارد و فرد را به سمت امیال که ناشی از غرایز است سوق می‌دهد که این امیال با محدودیت‌های قانونی و اجتماعی همراه است. در صورت انجام این امیال ممنوعه انحراف یا جرم ارتکاب می‌یابد. امیال برانگیخته شده از نهاد به دوراهی می‌رسد. یا ارضای سریع و اطاعت از نهاد را انتخاب کرده که

این انتخاب در صورت غیر مشروع بودن عنوان جرم به خود می‌گیرد. (یعنی خود تسلیم نهاد می‌شود) در این مرحله فراخود شروع به کنترل و بلوکه کردن خود می‌کند. فراخود ناسالم یا فراخود تخریب‌گر قادر نیست تا اندیشه‌ی بد از رفتار بد را متمایز نماید. لذا ممکن است فراخود ناسالم ما را به ویژگی‌های شخصیت جنایی پیناتل برساند. رفتار مجرمانه با عملکرد فراخود در ارتباط است. سو رفتار و روابط فرد مجرم با والدین و محرومیت از داشتن والدین رشد مطلوب فراخود را دچار اختلال می‌کند. (ال وینفری، ۱۳۸۸، ۱۴۵) فراخود ایده‌آل را معرفی می‌کند و در طلب کمال است. این کمال جویی فراخود را دچار خودشیفتگی و حب‌الذات می‌کند و در این حب‌الذات کمال‌گرا می‌شود. رفتار پدر و مادر به عنوان معیار و ندای اخلاقی برای فرد سبب می‌شود تا فرد خود را با آن‌ها تطبیق دهد. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۲۶) صرف‌نظر از عنصر رفتار ناهوشیارانه و نهاد و وجدان و غریزه و جبر در دیدگاه‌های فروید باید به عقده ادیپ^۱ در پسران اشاره کرد که نقش عمده و حیاتی در رشد و کنترول فراخود یا همان وجدان دارد. براساس این نظریه پسران در ابتدا مادرشان را موضوع عشق می‌دانند. اما به تدریج پی می‌برند که او موضوع عشق پدرشان نیز هست. بدین ترتیب پدر در تصاحب مادر به رقیب پسر تبدیل می‌شود و پسر واهمه دارد که پدر قضیب او را قطع کند پس پسر با چشم‌پوشی از مادر به عنوان موضوع عشق و هماهنگ‌سازی خود را، از این تنگنا می‌رهد. او در جبران چشم‌پوشی از مادر در آینده قادر خواهد بود زنان دیگر را در مقام موضوع عشق برگزیند. (هومر و لاکان، ۱۳۹۴: ۱۳۵) این فرآیند در زمانی که کودک هویتش را با والد از جنس خودش شناسایی می‌کند و امیال جنسی خودش را سرکوب می‌کند باعث تشکیل فراخود می‌شود. "فروید" معتقد است اگر غلبه کودک بر عقده ادیپ (عقده الکترا مشابه عقده ادیپ در دختران است) در پسران کاملاً موفق نبوده باشد فراخود، قدرت و رشد کافی نمی‌یابد. (سفیری، ۱۳۷۹، ۷) عقده ادیپ در دیدگاه فروید سبب ضعف وجدان یا بی‌وجدانی فرد خواهد شد. فروید معتقد است «مرگ مایه» یا نیروی مرگ غریزه‌ای عمومی و مهم در وجود انسان است. نیروی نهفته‌ای در درون انسان که اگر محدود نشود به زودی به تخریب‌گری منتهی می‌شود. غریزه مرگ مبنای پرخاشگری و خشونت علیه دیگران است. غریزه‌ای که نیروی خود را به بیرون معطوف کرده و بر دیگران پرخاشگری صورت می‌گیرد. (همان) این نوع مکانیزم دفاعی تحت عنوان «جابجایی»^۲ است که طی آن فرد خشم خود را نه بر شخص اصلی بلکه بر اشخاص دیگر نظیر اعضای خانواده تخلیه می‌کند. موقعیت‌های خاص روانی پاسخ‌های خاص زیر را می‌تواند به دنبال داشته باشد ۱- سرکوبی: اساساً چیزی که مایه درد و ناراحتی است انکار می‌شود. حذف غیر ارادی چیزی از هوشیاری است. ۲- انکار: تلخی و دردناکی حادثه آنقدر زیاد است که شخص دوست ندارد آن را باور کند و به تحریف آن می‌پردازد. مثلاً قریب الوقوع بودن مرگ را انکار می‌کند. ۳- دلیل‌تراشی یا فرافکنی: درست جلوه دادن رفتار انحرافی با عذر و بهانه‌های گوناگون و یا آن را به گردن دیگران انداختن است. ۴- جابجایی: خالی کردن عصبانیت روی اشخاص دیگر و تخلیه تمایلات غریزی از یک موضوع پرخطرتر به موضوعات کم‌خطرتر. ۵- بازگشت: روی آوردن به رفتارهای ناپخته‌تر، وقتی قدرت کافی برای حل یک معضل نباشد، مثلاً قهر کردن یا گاز گرفتن یا گریه کردن. ۶- همانندسازی: دست زدن به همانندسازی در موقع بروز ناکامی. تقلید رفتار شیرانه از دوستان ناباب. ۷- فرونشانی: خویشنداری سنجیده فرد در موقع بروز اختلالات است. (هنرپوران، ۱۳۸۶، ۱۹) نیروهایی که در فرآیند زندگی دخالت می‌کند و تضمین‌کننده بقای انسان است همان غرایز زندگی هستند که غریزه جنسی در راس آن است که بیشترین اثر را در شخصیت فراهم می‌سازد. غریزه مرگ یا مرگ مایه، پایه و اساس تمام اشکال رفتار ظالمانه است. "آلفرد آدلر" و "کارل یونگ" تاثیر جنسیتی که فروید بر آن تاکید می‌کرد را مورد انتقاد قرار دادند. آلفرد آدلر و پیروانش بر احساس حقارت در فرد تاکید کردند و یونگ کلید مهم رفتار بزهدکارانه را هماهنگی حاصل شده میان ضمیر هوشیار و ناهوشیار اعلام می‌کند. (ال وینفری،

۱. OedipusComplex
۲. Movement

۱۳۸۸: ۱۴۷) دیدگاه‌های فروید و طرفدارانش را در روانکاوی جرم باید جستجو کرد. روان را باید درمان کرد تا رفتار بزهکارانه را کاهش داد یا محو نمود.

رویا و خواب در تحلیل رفتارهای فروید، عامل دیگر است. او می‌گوید: رویا تحقق یک میل است. پس برای تعبیر آن باید قبلاً به آثار روزانه و عکس‌العمل‌های وقایع روز یا روزهای گذشته که پس از خود تاسف، اندوه و یا یک میل ناراضی به جا می‌گذارد، پی برد. زیرا رویا موجب تحقق مستقیم و واضح تمایلات کامیاب شده را فراهم می‌سازد. امیال و اخورده و کامیاب نشده هنگام خواب آزاد شده و در عرصه شعور به جولان در می‌آید. تار و پود رویا از ناکامی است و بنابراین در اساطیر یونانی رویا هدیه‌ای است که خدایان در خواب برای ما می‌فرستند و در بیداری از ما پس می‌گیرند. رویا تجسم تظاهرات حیات نفسانی در اثنای خواب است. حال اگر این حیات کمی به حیات بیداری شبیه باشد در عوض با اختلاف بسیار مهمی از آن جداست. فروید معتقد است حتی تغییر در رویاها با وجدان اخلاقی^۱ یا فراخود یا من برتر در ارتباط است. تغییر شکل خواب‌ها و عجیب و غریب به نظر رسیدن خواب‌ها ناشی از سانسور است. سانسور رویا ناشی از وجدان اخلاقی است. این وجدان همان نفس ملامتگر است که سانسور می‌کند. مسائلی که شخص جرات فکر کردن به آن‌ها را ندارد یا منافی نزاکت است؛ یا آن را متوحشانه می‌داند سانسور شده و به صورت دگرگون شده‌ای نمود می‌یابد. (کی‌نیا، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۴ و ۲۳)

نگاه روان‌کاوانه فروید و طرفدارانش بر این قضایا اشاره دارد: ۱- انسان را موجودی مجبور و جبرگرا می‌داند. نیروهای نامرئی که درون ما هستند ما را به سمت جرم و بزهکاری سوق می‌دهد. ۲- تاثیر مسائل جنسی و عامل روانی - جنسی در دیدگاه آنان از عوامل اصلی توجیه جرایم است. ۳- عقده‌ی ادیپ و عدم کنترل آن را زمینه‌ساز بسیاری از انحرافات، جنایات نظیر پدرکشی، قمار، الکلیسم، خودکشی^۲، اعتیاد به مواد مخدر و انواع انحرافات جنسی است. (همان، ۲۳) ۴- غریزه مرگ یا مرگ‌مایه نیز از غرایزی است که موجب انحرافات است. ۵- تمایل به لذت‌جویی و خود، کنترل‌کننده محدود نهاد بود و فراخود یا وجدان، کنترل درونی را در جلوگیری از انحرافات برعهده دارد. وجدان اخلاقی و فراخود به یک مفهوم استفاده می‌شود به این معنی که وجدان اخلاقی را آدمی با خود به دنیا نمی‌آورد بلکه آن را محصول تربیت و تماس دائم فرد با اجتماع و لزوم سازش با آن می‌شناسد. (سیاسی، ۱۳۴۲: ۱۰۰) نهاد آدمی در نگاه فروید در حال تحول از توحش تاکنون است. در انسان تمامی آثار آتوایسم جریان دارد. برگشت ناگهانی و سیر قهقراپی و رجوع به اصل همواره در انسان وجود دارد و گاه و بیگاه از او رفتاری سر می‌زند که رجوع به اصل سفلی و حیوانی را می‌سازد. آتوایسم یا نیاگرایی روانی که فروید به آن معتقد است، شاید با تمرین و مجاهدت بسیار اصلاح شود ولی قابل حذف نیست. امری که لومبروز با دیدگاه آتوایسم‌زیستی بدان معتقد بود وجانی بالفطره قابل اصلاح نمی‌دانست. نیروی نهاد را فروید «لی‌بی‌دو» می‌نامد که به معنای دوست داشتن و عشق ورزیدن است که کودک با نیروی عشق که در او وجود دارد به دنبال تشفی انگیزه‌های لذت‌بخش خود است. (همان، ۲۱۹) «لی‌بی‌دو» خاصیت انرژی‌زایی روانی دارد و هدفش ارضای کامل جنسی است. در همین راستا است که فروید معتقد است در میان جامعه متمدنی که قوانینش قتل و زنا را ممنوع کرده است، افراد متمدن و با فرهنگ، شور جنسی خود را به وسیله‌ی محارم خویش تسکین نمی‌دهند و خشم و پرخاشگریشان را با آدم‌کشی متجلی نمی‌سازند ولی با این احوال از ارضای شور جنسی و تسکین شهوت و مردم‌آزاری و انجام اعمال ممنوع نظیر دزدی، آزار دیگران، جعل، کلاهبرداری، قاچاق، فحشا و افترا بستن غفلت نمی‌ورزد و به طور کلی از هیچ نوع عمل غیرانسانی و مخالف اخلاق و ضد اجتماعی که مجازاتی از طرف قانون برایش در نظر گرفته شده فرو نمی‌گذارد و از ارتکاب آن بیم و هراسی به دل راه نداده و احساس نفرت و بی‌زاری نمی‌کند. (فروید، ۱۳۵۷: ۴۴)

۱. Moral Conscience

۲. Suicide

دیدگاه روانکاوی جنایی فقهی:

آنچه در دیدگاه فروید در قالب اجبار و آتویسم روانی بیان می‌گردد در اسلام و فقه امامیه و احادیث و روایات مطرود و باطل است. در فقه امامیه هر چند بنابر آیات، انسان مختار و نظریه جبر باطل است و سه دلیل عمده که عبارتند از: ۱- پاداش و کیفر ۲- ارسال پیامبران و انزال کتاب آسمانی ۳- اوامر و نواهی الهی، برای آن آورده‌اند؛ که تنها انسان مختار و شایسته این سه امر است. لیکن این به معنای استقلال انسان در اعمال خویش نیست که بتواند بدون تکیه به حول و قوه الهی کاری انجام دهد. از این رو در روایات متعددی آمده است که خداوند نه بندگان را به عمل مجبور می‌کند و نه آن را به خود وا می‌نهد تا هر چه می‌خواهند انجام دهند. (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ۲ و ۶۷) و این همان معنای امر بین امرین است. فعلی که از انسان صادر می‌شود هم فعل اوست و هم فعل خداوند. بدین معنی که انسان از نظر وجودی ممکن است و همان طور که در وجودش به خداوند وابسته است در افعال نیز به او وابسته است. (حسینی تهرانی، ۱۳۶۵ک ۵۵۷) انسان اصولاً موجودی مختار بوده و جبر در آن راه ندارد و مفاهیم نهاد، خود و فراخود را در قرآن و احادیث باید در نفس اماره، نفس ملهمه و نفس لواحه جستجو کرد. نفس در میان واژه‌شناسان در معانی مختلفی مورد استفاده قرار گرفته‌است. "ذات"، حقیقت شیء که برای تاکید به کار می‌رود. بزرگ‌منشی، اراده، چشم‌زخم، روح، خون، قوه تمیز، جسد، ترکیب جسد و روح، خروج نسیم و هوا، امرگران‌بها، توسعه، برادر و آب استفاده شده است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۱۸) علامه طباطبایی نفس انسان را همان خود انسان معنا می‌کند. (طباطبایی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۲۸۵) نزدیکی معنای روح و نفس سبب شده است علما این دو واژه را در یک معنا به کار برند.

با مطالعه دقیق در فرهنگ احادیث ملاحظه می‌شود انسان واجد سه امر است: روح، نفس، بدن. در حدیث از معصوم آمده است: «فقال علیه السلام ان تعالی خلق الروح و جعل لها سلطانا و سلطانها نفس فاذا نام العبد خرج روح و بقیه سلطانه فیمر به جیل من الملائکه و جیل من الجن فهما کان من الرویا الصادق و من الملائکه و مهما کان من الرویا کاذبه و من الجن». (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۵: ۴۱) در این حدیث عناصر سازنده علاوه بر بدن، نفس و روح نیز معرفی شده است. علامه مجلسی در شرح و بیان روایت می‌گوید منظور از نفس در اینجا روح حیوانی است یا نفس ناطقه انسانی است و سلطنت آن در روح برای آن است که متعلق به تن است و چون روح حیوانی نابود شود، پیوند نفس ناطقه از تن منقطع شود. (همان) پس روح و تن دو معقوله مستقل و روح در حیطة و سلطنت نفس است. امام صادق (ع) می‌فرماید: «ان الله لا یکرّم الروح الکافر و لکن یرکّم ارواح المومنین و انما کرامه النفس و دم به الروح». (قمی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۲۲) خداوند روح کافر را گرمی نمی‌کند ولی ارواح مومنین را گرمی می‌دارد و آن به دلیل کرامت هر وجود به روح داشتن است. نهاد در آیه ۵۳ سوره یوسف به نفس اماره تعبیر می‌شود: «وَمَا أَبْرَأُ نَفْسِي إِنِ النَّفْسُ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ إِلَّا مَا رَحِمَ رَبِّي إِنَّ رَبِّي غَفُورٌ رَحِيمٌ» من هرگز نفس خویش را تبرئه نمی‌کنم که نفس سرکش بسیار به بدی امر می‌کند مگر آنچه که را پروردگارم رحم کند. پروردگارم غفور و رحیم است. سیر نزولی و طبیعت جسمانی و صفات حیوانی شخصیت انسان در نفس اماره جمع است. مانند کودک جز به تمایلات و نیازهای خود هیچ چیز برایش اهمیت ندارد و پایین‌ترین سطح شخصیت انسان که هوا و هوس و شهوت و لذت‌های جسمانی و دنیوی بوده مسلمانان در نقش اماره نمود پیدا می‌کند خداوند در آیه ۷۰ سوره مائده می‌فرماید: لَقَدْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَأَرْسَلْنَا إِلَيْهِمْ رَسُولًا قَلَّمَا جَاءَهُمْ رَسُولٌ مِّنَّا مَا لَا تَهْوَىٰ أَنفُسُهُمْ قَرِيبًا كَذِبًا وَقَرِيبًا يَقْتُلُونَ مَا از فرزندان بنی‌اسرائیل پیمان گرفتیم و به سویشان پیامبرانی روانه کردیم هر بار پیامبری چیزی برخلاف دلخواهشان برایشان آورد گروهی را تکذیب می‌کردند و گروهی را می‌کشتند. مخالفان دعوت انبیا را به مخالفت می‌کشاند و دعوت انبیا برخلاف هوای نفس است؛ چون آن را محدود می‌کند. منظور از هوای نفس، همان کشش‌های شبه‌غریزی است. نفس اماره به دلیل همین هوای نفس است که اماره بالسوء می‌شود؛ یعنی خواسته‌های شبه‌غریزی نفس سبب کشش نفس می‌شود و نفس به سمت این نیازها کشیده می‌شود. کشش نفس به سمت شهوت جنسی، نیاز به غذا، راحتی و دیگر نیازهای بیولوژیک، جزء طبیعت نفس است. اما طبیعت نفس که جنبه حیوانی انسان است، این است که انسان را به تأمین این نیازها فرمان بدهد. اما

عقل، شرع، فطرت و دین، این خواست‌ها را کنترل و مدیریت می‌کنند. یکی از خصوصیات دیگر نفس این است که بدی‌ها را در نظر انسان می‌آراید خداوند در آیه ۹۶ سوره طه می‌فرماید: «قَالَ بَصُرْتُ بِمَا لَمْ يَبْصُرُوا بِهِ فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ فَنَبَذْتُهَا وَكَذَلِكَ سَوَّلْتُ لِي نَفْسِي. این سخن سامری است. گفت: من چیزی دیدم که دیگران ندیدند، از زیرپای فرستاده خدا یک مشت خاک برداشتم و در گوساله ریختم. اینگونه نفسم این کار زشت را در نظر من زیبا جلوه داد و مرا وسوسه کرد. این تعبیر در مورد کار بسیار زشت برادران حضرت یوسف نیز آمده است.

میرالمومنین (ع) می‌فرماید: «ان النفس لاماره بالسوء و الفحشاء فمن ائتمنها خائنه ومن استنام اليها الهلكته و من رضى عنها أوردته شر الموارد». نفس همواره به بدی و زشتی فرمان می‌دهد. پس هر کس به نفس خویش اعتماد کند به او خیانت می‌ورزد و هر که به آن دل خوش کند نفس به او خیانت می‌ورزد و هر که به آن دل خوش کند نفس او را به هلاکت می‌افکند و هر که از آن خشنود شود نفس او را به جایگاه بد درآورد. (تمیمی آمدی، ۱۳۹۲، ۲۳۷). امیرالمومنین (ع) می‌فرماید: «من يعلم يتعاهد النقص من نفسه غلب عليه الهوى و من كان في نقص فالموت خير له» هر کس به عیب خود رسیدگی نکند هوا و هوس بر او چیره می‌گردد و هر که نقص داشته باشد مرگ برایش بهتر است. (شیخ صدوق، ۱۳۷۶، ج ۳: ۳۹۳) امیرالمومنین (ع) پس از جنگ نهروان بر کشتگان خوارچ گذشت و فرمود: بدا به حال شما و آن کسی که فریبتان داد و به شما زیان رساند شیطان گمراه‌کننده و نفس‌های بد فرمان که آنان را با آرزوهای خام فریب دادند و ایشان را به میزان فراخ گناهان و نافرمانی‌ها کشانیدند (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۳: ۳۵۶). امیرالمومنین (ع) در نامه ۳۰ از نهج البلاغه در خصوص نفس اماره و نکوهش آن می‌فرماید: «به راستی که نفس تو، تو را به شر و بدی و ادا ساختن و در گمراهی فرو برده و در مهلکه‌ها انداخته و راه‌های درستی و رستگاری را بر تو صعب‌العبور ساخته‌است». نفس اماره به نفس بد فرمان تعبیر شده است. از پیامبر سوال می‌شود که جهاد اکبر چیست؟ ایشان جهاد اکبر را مبارزه با نفس می‌داند و سپس می‌افزاید: «افضل الجهاد من جاهدنفسه‌التي بين جنبيه»: برترین جهاد، جهاد کسی است که با نفس خود مبارزه کند. نفسی که بین دو پهلو اوست. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۱: ۵۱۸). منظور از میان دو پهلو همان شهوات می‌باشد. این همان نفسی است که پیوسته خواهان نافرمانی و معصیت است. (سیدرضی، ۱۳۹۲: ۲۳۹)

نفس اماره دو ویژگی دارد: ۱- مطیع هوا و هوس. ۲- کینه‌توزی و دشمنی: در آیه ۳۰ سوره مائده خداوند سبحان می‌فرماید: «فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ» پس بیاراست برای او دلش کشتن برادر خویش را پس او برادرش را کشت و از زیان کاران گردید. ترغیب نفس اماره سبب می‌شود قابیل برادرش هابیل را به واسطه کینه‌توزی و دشمنی بکشد. نفس انسان فریبکار است، انسان را فریب می‌دهد تا به هواهای خود برسد قابیل که در آتش حسد می‌سوزد، خواسته نفسش این است که هابیل را از سر راه خود بردارد. پیامبرزاده هم اگر اسیر فریبکاری نفس خویش شد، به ورطه هلاکت خواهد افتاد. این یکی از خصوصیات مهم نفس است. این حالت را حتی با روش‌های تجربی نیز می‌توان دریافت.

در آیه ۱۷۶ از سوره‌ی اعراف فرمان بالنفس اماره رابه سگ تشبیه کرده است و در این آیه آمده است: «وَاتَّبَعِ هَوَاهُ فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ الْكَلْبِ إِنْ تَحْمِلَ عَلَيْهِ يَلْهَثُ أَوْ تَتْرَكُهُ يَلْهَثُ ذَلِكَ»: و او از هوای نفس پیروی نمود. سرگذشت او همانند داستان سگ است که اگر به آن حمله کنی زبان از دهان بیرون می‌آورد و اگر رهايش نمایی باز زبانش را خارج می‌سازد. پیامبر در تشبیه نفس اماره می‌فرماید: «و من النفس كمثل النعامه تاكل كثير و اذا حمل عليها لانظير و مثل الدفلى لونه حسن و طعمه مر»: مثل نفس مثل شترمرغ است که زیاد می‌خورد ولی وقتی چیزی روی او گذاشتی پرواز نمی‌کند و مثل نفس، مثل خرزهره است که رنگش زیباست اما طعمش تلخ است. (ری شهری، ۱۳۸۴، ج ۹، ۶۰) امام زین‌العابدین (ع) در مناجات فرمود: الهی به تو شکایت می‌کنم که همواره به بدی فرمان می‌دهد و به سوی گناه می‌شتابد و به معاصی تو آزمند است. پر از عذر و بهانه است و آرزوی دراز دارد. اگر به او گزندی رسد بی‌تابی می‌کند و اگر خیر و برکتی رسد بخل می‌ورزد. شیفته بازی و سرگرمی است آکنده از غفلت و بی‌خبری است. من را به سوی گناه می‌شتاباند و در کار تو به من وعده امروز و فردا می‌دهد (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۹۴۳: ۱۴۳)

واژه‌ی نهاد که آن را فروید مطرح می‌کند همان نفس اماره‌ای است که در قرآن و روایات کرارا از آن یاد شده است: اما خود، در تدابیر فروید به نفس ملهمه در روانشناسی اسلامی و آیات و قرآن شناخته می‌شود. این نفس، نفس الهام‌گراست که به او الهام می‌شود که در زندگی چه راهی را انتخاب کند و از چه راهی پرهیز کند. خداوند در آیه‌ی ۸ تا ۹ سوره شمس به این نفس اشاره می‌کند: «وَتَنفُسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا». سوگند به نفس انسانی و خدایی که در آفرینش او را تنظیم کرده و سپس دو نیروی فجور و تقوا را به او داده است. (تا بدی و نیکی خویش را بداند) هر کس نفس خود را تزکیه کرد رستگار و هر کس آن را تباه ساخت از عنایت الهی محروم ماند. سپس نفس ملهمه اصول اخلاقی خوب و بد را درک می‌کند. قرآن شریف این هدایت را تکوینی و نقش الهام‌کننده را تمیزدهنده خوب و بد از کانال هدایت تکوینی می‌داند تا همه خلقیات پسندیده و ناپسند را تشخیص دهند. در این نفس دو نیرو وجود دارد که یکی شر است و دیگری خیر و این بیان دلالت بر اختیار آدمی است، که در گزینش یکی از دو راه، خود یا همان من آدمی باید اصل لذت در نهاد یا نفس اماره را به فراموشی بسپارد و انگیزه‌های ابتدایی و غریزی را تغییر دهد و به اشتغالات معنوی مشغول شود تا بتواند با نفس اماره مقابله کند. خداوند در آیه ۱۵ سوره زمر می‌فرماید: «قُلْ إِنَّ الْخَاسِرِينَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنْفُسَهُمْ» بزرگترین باختن‌ها این است که انسان خود را ببازد. منظور از خود همان نیروی اختیار است که به نیروی نهاد غلبه پیدا کرده و او را از انحراف باز می‌دارد. آیت‌الله مطهری در تقابل نفس ملهمه و نفس اماره می‌گوید: دو نفس به معنای این که دو شخص باشد وجود دارد. یک نفس وجود دارد، که درجات دارد. در درجه دانی و پست وقتی پایش را از گلیش درازتر می‌کند باید جلوی پایش را گرفت. (مطهری، ۱۳۸۵: ۱۳۷)

در بیان آیت‌الله مطهری به این نتیجه می‌رسیم که حد پست نفس همان نفس اماره و نفسی که دارای اختیار است و می‌تواند اماره را تضعیف یا تقویت کند، همان نفس ملهمه است. در این مرحله قوای پست و حیوانی آخرین درجات قوت و توان خود را به کار می‌برند تا موقعیت خود را نگاه‌دارند. ایشان در این مرحله دچار انقلاب‌ها و طوفان‌های سایر در انتخاب خیر و شر است. این نفس را نفس عاقله می‌گویند. امیرالمومنین (ع) می‌فرماید: ای مردم، به تربیت نفس‌های خود بپردازید و آن را از آزمندی به عادت‌هایشان بازدارید و فرمودند: «ذُرُوءُ الْغَايَاتِ لَا يَنَالُهَا إِلَّا دَوُوُ التَّهْذِيبِ وَ الْمَجَاهِدَاتِ»: به اوج اهداف نرسند مگر کسانی که در راه تذهیب نفس تلاش کنند.

در روایات دیگر از امیرالمومنین (ع) می‌خوانیم: «المرء حیث وضع نفسه ریاضه و طاعته فان نهما تنزهت وان دنسها تدنست»: موقعیت نفس آدمی به ریاضیت و طاعتی است که در پیش می‌گیرد. پس اگر نفس خود را پاک گرداند نفس او پاک می‌گردد و اگر آن را آلوده گرداند آلوده می‌شود و همچنین فرمودند: هر چه دانش فرد زیادتر شود اهتمام بر نفس بیشتر شود و توان خود را در راه تربیت و اصلاح آن به کار گیرد. (ری شهری، ۱۳۸۴، ج ۱۲: ۳۱۶ و ۳۱۷) نفس لوامه و آنچه که فروید آن را فراخود یا من برتر می‌خواند همان وجدان یا نفس ملامتگر است. در آیه دوم از سوره القیامه خداوند سبحان می‌فرماید: «وَلَا أُقْسِمُ بِالنَّفْسِ اللَّوَّامَةِ»: و سوگند به نفس ملامتگر. در آیه اول از سوره القیامه خداوند می‌فرماید: «لَا أُقْسِمُ بِیَوْمِ الْقِيَامَةِ». خداوند سوگند به روز رستاخیز یاد می‌کند. این دو آیه در کنار هم ارتباط معنایی و مفهومی دارد و آن قاضی خطاناپذیری است که در هر دو مورد یعنی قیامت و نفس ملامتگر وجود دارد که نمی‌توان او را گمراه کرد. عذاب وجدان، کیفی است که در نفس لوامه وجود دارد و قیامت قاضی به نام رب جلیل دارد که به حساب و کتاب‌ها رسیدگی خواهد کرد. محکمه وجدان و قیامت شاهدهی به نام نفس لوامه دارد و خداوند می‌فرماید: «كَفَىٰ بِنَفْسِكَ الْيَوْمَ عَلِيكَ حَسِيبًا»: نفست برای حسابرسی تو کافیست. (سوره اسراء، آیه ۱۴) علامه محمدتقی جعفری وجدان را امین‌ترین پیک الهی خوانده است و این امر را بیان می‌کند که: ما در تبه‌کاران خجالت، شرمندگی و ندامت مشاهده نمی‌کنیم، زیرا وجدان که امین‌ترین پیک الهی است در نهاد آن‌ها مرده است. (جعفری، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۸۰) در تفسیر آیه دوم از سوره القیامه آمده است که: مراد از نفس لوامه نفس مومن است در دنیا. او را به معصیت و کفر در طاعت خدا سرزنش می‌کند و در روز قیامت به سؤدش می‌رساند. بعضی گفته‌اند مراد از آن مطلق نفس انسانی است چه نفس مومن و درستکار و چه نفس

کافر و گناهکار. زیرا نفس به‌طور کلی انسان را در روز قیامت ملامت می‌کند. زیرا نفس کافر صاحب خود را به خاطر کفر و گناهش سرزنش می‌کند و نفس مومن شخص مومن را به‌خاطر کم‌طاعتی و انجام ندادن کارهای نیک بیشتر ملامت می‌کند. بعضی هم گفته‌اند مراد از نفس، نفس انسان کافر است که در روز قیامت او را به خاطر کفر و معصیتی که در دنیا کرده ملامت می‌کند. همچنان که خدای متعال فرموده است: «وَأَسْرُوا النَّدَامَةَ لَمَّا رَأَوْا الْعَذَابَ». وقتی عذاب را دیدند ندامت خود را پنهان می‌دارند. (همان، ۳۱۵ و ۳۱۴) شباهت‌هایی بین وجدان اخلاقی فروید با روانشناسی قرآن وجود دارد، لیکن تفاوت‌های جدی هم وجود دارد. لوازمه قرآن ملامت و پشیمانی نفس درباره ارزش‌های واقعی و فطری است. در حالی که در دیدگاه فروید وجدان اخلاقی از ناسازگاری بخش‌های روانی و ارزش‌های خانوادگی یا اجتماعی است، خواه درست باشد یا نادرست، تفاوتی در وجدان اخلاقی ندارد. فروید محرومیت جنسی را زیربنای بسیاری از انحرافات می‌داند. عقیده او در عقده ادیپ بیانگر همین مطلب است لیکن قرآن تاکید بر این دارد که محرومیت جنسی لزوماً موجب آسیب نیست.

در آیه ۳۳، سوره نور خداوند سبحان می‌فرماید: «وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُعْطِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». و کسانی که وسایل ازدواج نمی‌یابند باید خویش‌داری کنند تا خدا از بخشش خود آنان را توانگر سازد. اسلام در مورد تنظیم مسائل جنسی در جامعه اهمیت زیادی قائل است لیکن محرومیت جنسی را موجب آسیب نمی‌داند. در احادیث و روایات آمیزش در نزد فرزندان و یا در اتاقی که فرزندان خوابیده‌اند و همچنین بر جدا کردن رختخواب دختران و پسران از سنی خاص تاکید شده است. جدایی مادر از فرزند در روایات مورد اشاره است. امام باقر(ع) می‌فرماید: «يفرق بين الغلمان والفساد والساء في المفاجع اذا بلغوا عشر بسنين»: بایستی بستر خواب پسر بچه ده ساله را از زن‌ها جدا کنید. (طبرسی، ۱۳۷۷، ۲۲۳) و پیامبر(ص) فرمودند: موقعی که فرزندان شما هفت ساله، شدند بستر خوابشان را از یکدیگر جدا کنید. (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲۳: ۱۱۴) دیدگاه فروید با بیان قرآن و احادیث معصومین محکوم به رد است. زیرا جدایی پسران از مادران روشی در تربیت جنسی آن‌ها است. روشی که ائمه معصومین که مصون از خطا و اشتباه هستند نمی‌توانند منتهی به عقیده‌ای به نام ادیپ که سر منشا انحراف است، باشد. زیرا معصوم به مقدمه باطل که به انحراف بیانجامد فتوا نمی‌دهد. مضافاً بر این که معلوم نیست فروید به چه استدلال و دیدگاهی عقده ادیپ را سرمنشا انحرافات زیادی می‌داند. دلیل فروید اثبات نشده وازمبانی عقلی فاصله دارد. صرف‌نظر از موارد مذکور از نظر قرآن و احادیث در نظریات فروید در خصوص نهاد و خود و فراخود، قرآن کریم و روایات پیشرو و پیشقدم بوده و فروید مطلب جدیدی را عنوان نکرده‌است.

نتیجه‌گیری:

اتحاد و وحدت موضوع وهدف بین جرم‌شناسی به عنوان چهار راه علوم با قرآن ورسالت پیامبر خاتم (ص) جرم‌شناسی و علوم مرتبط با آن نظیر روانشناسی جنایی را رد اعلی درجه سودمندی قرار داده است. تصور جرم و علت آن در قالب نوعی مرض روانی که ناشی از سیر قهقرایی انسان‌های مجرم است در قالب اتاویسم روانی فروید مطرح می‌گردد. تصور انسان به عنوان موجودی مسخ شده فاقد اراده و تمسک به اجبار در کنار تصورات عقدا ادیپ و تقسیم شخصیت انسان در سه قلب نهاد، خود و فراخود بنیان نظری و فکری فروید و طرفداران اوست.

در فقه امامیه انسان موجودی مجبور نبوده و استقلال کامل نیز ندارد زیرا جبر برخلاف عدالت خداوند سبحان است و انکار عدالت به انکار صفات ثبوتیه خداوند ختم گردیده و کفر است و اعتقاد به استقلال کامل نیز اعتقاد به عدم نقش ذات باریتعالی در امور است که این امر نیز کفر است. اسلام امر بین الامرین را ملاک می‌داند. عقده ادیپ فاقد پشتوانه علمی و تجربی بوده و در اسلام آنچه‌انکه بیان گردید دستورات تربیتی خاص در سنین مختلف در امور جنسی مطرح است و عقده ادیپ و نقش آن در آینده مجرمانه مورد تایید نیست. اما آنچه که در روانکاوای جنایی فروید مطرح گردیده و در فقه امامیه و قرآن کریم وجود دارد تقسیم‌بندی فروید در شخصیت انسان‌ها است که با تعابیر نهاد، خود و فراخود شناخته می‌شود. این

شخصیت که در فقه از آن به نفس تعبیر می‌گردد در نفس اماره و نفس ملهمه و نفس لواحه قابل رویت است. خداگرایی فطری بشر سبب می‌گردد که اینبار حقانیت قرآن از لسان فروید مطرح شود و این قدرت و وعده خداست. آنچه که جرم‌شناسان و روانکاوان جنایی نظیر فروید به عنوان نظریه نوین علمی و مبدع دیگه‌نویین بودن، به خود نسبت می‌دهند قرن‌ها جلوتر در قرآن و لسان معصومین علیهم السلام با غنا و استحکام بیشتر مطرح گردیده است. تاکید بر عوامل صرفاً روانی در وقوع جرم و عدم توجه به مسایل زیست‌شناختی و جامعه‌محور از دیگر نقایص و ایرادات دیدگاه فروید می‌باشد. امری که در قرآن و احادیث مورد توجه خاص قرار گرفته است.

منابع و مأخذ:

- قرآن کریم
- آقایی، مجید، (۱۳۹۷) جرم شناسی در پرتو فقه امامیه، تهران، نشر آوا.
- آقایی، مجید، (۱۳۹۶)، مکاتب کیفی، تهران، انتشارات خرسندی.
- ال وینفری، توماس، (۱۳۸۸)، نظریه جرم‌شناسی، ترجمه سیدرضا افتخاری، نشر دانشگاه آزاد، واحد گناباد.
- آقاییوسفی، علیرضا و دیگران، (۱۳۸۶)، روانشناسی عمومی، تهران، نشر دانشگاه پیام نور
- پارسا، محمد، (۱۳۸۳)، زمینه نوین روانشناسی، تهران، نشر شریعت.
- پی، فرانک و دیگران، نظریه‌های جرم‌شناسی، (۱۳۸۳)، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، تهران، نشر میزان.
- تیممی آمدی، عبدالواحد بن محمد، غرر الحکم و درر الکلم، (۱۳۹۳)، ترجمه‌ی محمد مهدی شهرضا، قم، نشر صبح پیروزی.
- جعفری، محمدتقی، تفسیر و نقد و تحلیل مثنوی، ج ۱، تهران، نشر اسلامی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، المفردات فی التقریب القرآن، بیروت، نشر دارالعم.
- ری شهری، محمد، میزان الحکمه، (۱۳۸۴)، ج ۱۲، قم، نشر دارالحدیث قم.
- ری شهری، محمد، میزان الحکمه، (۱۳۸۴)، ج ۹، قم، نشر دارالحدیث قم.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، (۱۴۰۹م)، ج ۹، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- ساعتچی، محمود، (۱۳۷۹)، نظریه‌های مشاوره و روانی‌درمانی، تهران، نشر ویرایش.
- سفیری، مسعود، (۱۳۷۹)، کالبد شکافی خشونت، نشر نی.
- سیاسی، علی اکبر، (۱۳۴۲)، روان‌شناسی جنایی، نشر دانشگاه تهران.
- سید رضی، (۱۳۹۲) نهج البلاغه، ترجمه‌ی محمد دشتی، قم، نشر یاسین نور.
- شارف، ریچارد، (۱۳۸۱)، روان‌درمانی و مشاوره، ترجمه مهرداد فیروزبخت، تهران، نشر رسا.
- شاملو، سعید، (۱۳۸۲)، مکتب‌ها و نظریه‌ها در روان‌شناسی شخصیت، تهران، نشر رشد.
- شولتز، دوان، پی و سیدنی آلن، (۱۳۸۶)، نظریه‌های شخصیت، ترجمه‌ی یحیی سید محمدی، تهران، نشر ویرایش.
- شولتز، دوان، (۱۳۸۴)، نظریه‌های شخصیت، ترجمه‌ی یوسف کرمی و همکاران، تهران، نشر ارس باران.
- شیخ صدوق، (۱۳۷۶)، عیون اخبار الرضا، ج ۲، تهران، نشر جهان.
- طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۷)، مکارم الاخلاق، قم، نشر آل‌البیت.
- علامه طباطبائی، (۱۳۷۵)، تفسیر المیزان، ج ۱، تهران، دارالکتاب الاسلامیه.
- فروید، زیگموند، (۱۳۵۷)، آینده یک پندار، هاشم رضی، تهران، نشر آسیا.
- فروید، زیگموند، (۱۳۷۹)، مهمترین گزارش‌های آموزشی تاریخ روانکاوی، ترجمه سعید شجاع شفتی، تهران، نشر ققنوس.
- قمی، علی بن ابراهیم، (۱۳۷۶)، تفسیر قمی، ج ۲، تحقیق سید طیب موسوی جزایری، قم، نشر دارالکتاب.
- کاپلان، هارواد، (۱۳۷۶)، خلاصه روانپزشکی علوم رفتاری، ترجمه نصرت‌الله پور افکاری، تهران، نشر شهر آب
- کریمی، یوسف، روانشناسی شخصیت، تهران، نشر ویرایش ۱۳۸۷
- کلینی، رازی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۲)، اصول کافی، ج ۱، ترجمه محمدباقر کمره‌ای، تهران، نشر اسوه.
- کی‌نیا، مهدی، (۱۳۸۰)، روان‌شناسی جنایی، ج ۱، تهران، نشر رشد.
- کی‌نیا، مهدی، (۱۳۷۳)، مبانی جرم‌شناسی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران.

- کی‌نیا، مهدی، (۱۳۷۳)، مبانی جرم‌شناسی، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران.
- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالنوار، ج ۵۸، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالنوار، ج ۳۳، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالنوار، ج، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالنوار، ج ۶۹، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالنوار، ج ۲۳، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- مطهری، مرتضی، (۱۳۸۵)، انسان کامل، تهران، نشر صدرا.
- نجفی توانا، علی، (۱۳۸۵)، ناهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران، انتشارات آموزش و سنجش.
- هنرپروران، نازنین، (۱۳۸۶)، مبانی بهداشت روانی، تهران، نشر شریعت.
- هومر، شون و لاکان، ژان، (۱۳۹۴)، بحران روانکاوی، ترجمه محمدعلی جعفری و سید محمد ابراهیم طاهایی، تهران، نشر ققنوس.

منابع انگلیسی:

- Burk, Roger Hopkins (۲۰۰۹) ani trodution tocrimi nological Theory. Trid Edition Wilian. publi sning
- Reid, suejitus (۲۰۰۳) Crime and Criminology Ten th Edition. McGrow-Hill, New york

بررسی تطبیقی حمایت از زنان بزه دیده در فرایند عدالت کیفری در پرتو جنایات جنگی و خشونت علیه زنان

طیبه شاهرخی^۱، فرهاد میرزائی^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی

۲- استاد یار گروه حقوق، واحد بوئین زهرا، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

بررسی در خصوص حمایت‌هایی چه در قالب حمایت‌های لازم از زنان بزه دیده از حیث قضایی و نیز قانونی در حقوق بین الملل و هم چنین در حقوق کیفری ایران به صورت مختلف چه در اسناد بین المللی و چه در قوانین موضوعه کشورها ملاحظه می‌گردد لذا با این تحقیق در صدد می‌باشیم تا با بررسی جرایم خشونت آمیز علیه زنان که بعضاً در اسناد بین الملل شاهد حمایت‌های گوناگون می‌باشد در جهت حمایت از زنان در برابر جرایم علیه آنان و نیز بررسی خشونت نسبت به زنان که هم در اسناد بین الملل و نیز در قوانین داخلی اکثر کشورها پیش بینی گردیده است ا ارائه راهکارهای علم و عملی و مستند به قوانین داخلی و نیز با استناد به اسناد بین الملل در جهت حمایت از زنان در قبال رفتارهای مجرمانه علیه ایشان و نیز در راستای حفظ کرامت انسانی زنان و مقام انسانی آنان بر آییم. هم‌اکنون متاثر از اسناد بین الملل اقدامات قانونی و نیز حمایت‌های مختلفی از زنان که بزه دیده خشونت می‌باشند مقرر شده است. در کشور ما نیز قوانین متعددی در جهت حمایت از زنان در قبال کلیه اشکال خشونت به تصویب رسیده که این قوانین را می‌توان در چهارچوب سه دسته کلی مبنی بر حمایت از زنان در برابر جرایم علیه تمامیت معنوی و نیز حمایت از زنان در برابر جرایم جنسی و اعمال منافع عفت و نیز جرایم علیه تمامیت جسمانی که مشتمل بر کلیه صور خشونت جسمی می‌گردد از آنجا که اکثر کشورها به اسناد بین المللی که در جهت حمایت از زنان بزه دیده تصویب شده ملحق گردیده اند بنا براین با روش تحلیل - توصیفی تلاش در جهت پردازش به پاسخ‌های درخور و مناسبی مبنی بر ارائه راهکارهای قانونی در جهت حمایت از زنان بزه دیده نمودیم.

واژه‌های کلیدی: بزه دیده- بزه دیده شناسی - حمایت از زنان بزه دیده - فرآیند کیفری - پیشگیری از جرم

بیان مسأله

با افزایش نرخ جرایم و افزایش تمام بزه‌دیدگان ناشی از آن به ناچار مطالعه‌ی راجع به آن برای علما و خصوصاً حیطة علوم انسانی توجیه‌پذیر و دارای اهمیت می‌باشد تا سیاست‌مداران را برای ارائه خدمات معتبر و حمایت از آنان کمک نماید. رفتار محترمانه با بزه دیده یکی از حقوق انسانی و اخلاقی محسوب می‌گردد. بزه دیده همانند هر انسان دیگری شایسته احترام است. همه افراد و دست‌اندرکاران سازمان‌ها و نهادهای دولتی و غیردولتی که در سطح ملی و بین‌المللی به گونه‌ای با بزه‌در ارتباط هستند باید این مهم را مورد توجه و نظر خود قرار دهند که متأسفانه در تئوری و نه در عمل مورد تحقیق و پژوهش واقع نشده است. مطالعه و بررسی دقیق این مسأله و متعاقب آن بررسی ابعاد و راهکارهای حمایتی قانونگذار از بزه دیدگان می‌تواند از طریق ارائه اطلاعات و آمار دقیق، در سیاست حفظ جان و سلامت جسمانی و روانی بزه دیدگان راهگشا باشد.

زنان به عنوان گروهی ویژه از بزه دیدگان در اغلب اوقات در فرآیند کیفری قرار گرفته، این در حالی است که امروزه بسیاری از کشورها به مدد بحث‌های مربوط به بزه‌شناسی حمایتی درصدد ارائه الگوهای مناسب حمایتی در هر یک از مراحل تحقیقی، قضائی و اجرایی نسبت به زنان بزه دیده هستند. لزوم چنین الگوهایی برای حمایت از زنان بزه دیده جرایم جنسی به تبع ویژگی‌های آسیب‌پذیری زنان از یک سو و ماهیت جرایم جنسی از سوی دیگر، از اهمیت بیشتری برخوردار خواهد بود.

دیدگاه بزه دیدگان و ارزیابی آنان در رابطه با چگونگی و ابعاد حمایت کیفری موجود در شناخت نقاط ضعف و قوت ارکان نظام عدالت کیفری در زمینه حمایت این دست و اجتناب از بزه دیدگی مجدد آنان حائز اهمیت باشد. از همین رو این تحقیق درصدد رفع خلأ و ارائه راهکارهای علمی و عملی در ای زمینه می‌باشد. خسارت‌زدایی قانونگذار ایرانی نه تنها با پیش‌بینی

سازه‌کارهای سنتی جبران خسارت بلکه با وقوف بر تحولات کیفری و متأثر از نظام‌های پیشرو به هر دو رویکرد علمی، حمایتی، بزه دیده شناسی را وارده حقوق موضوعه نموده یا در تلاش برای این امر است. در نظام حقوقی ایران جایگاه قانونی برای جبران این ضررها توسط بزه‌کار وجود دارد. قانون مسئولیت مدنی در بعضی موارد به خوبی به این مسأله پرداخته است. اما جبران ضرر معنوی از طرف دولت و نهادهای غیردولتی برای بزه دیده در این نظام پیش بینی نشده است و جا دارد که در لایحه حمایت از بزه دیدگان این مهم توجه شود. بدین سان می‌توان گفت که نظام حقوقی ایران به طور سنتی و متأثر از حقوق جزایی اسلامی توجه به بزه دیده به خصوص جنبه‌ی مشارکتی دارد و نقش درخوری به وی در فرایند دادرسی کیفری اعطا نموده هر چند در این زمینه کمبود و کاستی‌هایی دارد که توجه به پیشرفت‌های صورت یافته در سایر کشورها، ایده مناسبی پیش‌روی ما قرار می‌دهد تا بتوانیم جایگاه مناسب‌تری را در بزه دیده در فرایند دادرسی کیفری و حمایت‌های وسیع‌تری از وی به عمل آوریم. در همین راستا در صدد پاسخ به زیر سوالات هستیم:

۱- در پرتو جنایات جنگی علیه زنان، نقش زنان به عنوان بخش مهم از بزه دیدگان آسیب‌پذیر در فرایند عدالت کیفری مورد چه حمایت خاصی بوده است؟

۲- شاخص‌ترین حمایت از زنان بزه دیده در حقوق ایران و اسناد بین الملل چه بوده است؟

الف. جنایات جنگی و جرایم خشونت آمیز علیه زنان

مبحث اول: بررسی جنایات جنگی علیه زنان

براساس گزارش سازمان بهداشت جهانی (W.H.O) بعد از جنگ جهانی دوم تاکنون ۱۵۰ جنگ مهم اتفاق افتاده است که بی عدالتی براساس جنسیت یکی از شاخصه‌های آن بوده که شدیداً زنان را تحت تأثیر قرار داده است. بنابراین معمولاً زن بودن جمعیت غیرنظامی عامل مضاعف برای تحت خشونت قرار گرفتن آنها بوده است. زنان در موقعیت‌های مناقشات مسلحانه، اشغال بیگانه، جنگ‌های تجاوز کارانه، حتی جنگ‌های داخلی، تروریسم و گروگان‌گیری بسیار نسبت به خشونت آسیب‌پذیرند. هر چند که اجتماعات، یکپارچه‌گر فتار پی‌آیندها مناقشات مسلحانه و تروریسم می‌شوند. اما زنان و دختران به دلیل جنسیت و منزلتی که در جامعه دارند سخت آسیب می‌بینند. علاوه بر ارتکاب خشونت‌های جنسی علیه زنان در مناقشات مسلحانه اعم از بین‌المللی و درگیری‌های داخلی، جنگ‌ها و مناقشات مسلحانه آثار منفی دیگری نیز برای زنان به دنبال دارد از قبیل: شکنجه، سوء تغذیه، جدایی از همسر و فرزندان و انواع تبعیضاتی که در زمان مهاجرت و پناهندگی به یک کشور برای آنان پیش می‌آید.^۱

گفتار اول: حقوق بشردوستانه بین‌المللی و خصوصیات آن

منشأ حقوق بشردوستانه بین‌المللی را می‌توان برگرفته از اصول اساسی بشریت و مرکب از مجموعه متفاوت و گوناگونی از اصول معاهدات، قواعد عرفی و رویه‌ها دانست. محور اصلی حقوق بشردوستانه بین‌المللی حمایت از قربانیان جنگ، زندانیان جنگی و غیرنظامیان است. در حقوق مفهوم حقوق بشردوستانه بین‌المللی تعاریف چندی ارائه گردیده است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با توجه به پیشنهادات هلال احمر کشورها در تعریف این قسم از حقوق می‌گوید:

«قوانین بین‌المللی ناشی از معاهدات یا عرف‌های خاص به منظور حل مشکلات بشردوستانه که به طور مستقیم برگرفته از درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی است همچنین حق طرفین محاصره در استفاده از ابزار روش‌های جنگی به دلایل بشردوستانه و حمایت از افراد و اموالی که به نوعی تحت تأثیر جنگ قرار گرفته‌اند از دیگر اهداف آن است.»

بند اول: مبانی حاکم بر حقوق بشردوستانه بین‌المللی

قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی که از کنوانسیون‌های ژنو در واقع نشأت گرفته‌اند از ویژگی آمرانه برخوردارند. در موارد متعدد از این کنوانسیون‌ها صراحتاً لفظ «دولت‌های متعهد ملزمند» به کار رفته است. ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۴۹ وین قاعده آمره حقوق بین‌الملل را این گونه تعریف می‌کند: «قاعده آمره حقوق بین‌الملل قاعده‌ای است که جامعه بین‌المللی متشکل از دولت‌ها آن را به عنوان قاعده پذیرفته باشند به گونه‌ای که انحراف از آن مجاز نبوده و تنها با قاعده بعدی حقوق بین‌الملل با همان ویژگی قابل تغییر می‌باشد».^۲

قاعده آمره دارای چنان اهمیتی است که اگر معاهده‌ای در زمان انعقاد با یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل در تعارض باشد آن معاهده فاقد اعتبار خواهد شد. حتی قواعد آمره جدید می‌توانند مفاد معاهدات موجود را بی‌اعتبار سازند. از دیگر ویژگی‌های

۱ - برای اطلاع بیشتر ر.ک: حسین میرمحمد صادقی، حقوق جزای بین‌المللی، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۷، ص ۱۱۴

۲ - آزمایش، علی، تقریرات درس حقوق جزای بین‌الملل، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۷۸-۷۷، ص ۲۴.

حقوق بشردوستانه بین‌المللی یا به عبارتی حقوق جنگ حاکمیت دو اصل مهم تفکیک (تمایز) و تناسب می‌باشد. به موجب اصل تفکیک (تمایز) که در ماده ۴۸ پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو مورد اشاره قرار گرفته است در جنگ‌ها و مناقشات مسلحانه نظامیان باید میان اهداف نظامی و غیرنظامی از جمله زنان و کودکان تمییز و تفکیک قائل شد.

بند دوم: حقوق افراد

در مقدمه منشور سازمان ملل متحد مصوب ۲۴ اکتبر ۱۹۴۵ آمده است: «ما مردم ملل متحد با تصمیم به محفوظ داشتن نسل‌های آینده از بلایای جنگ که دو بار در مدت یک عمر انسانی افراد بشر را دچار مصائب غیرقابل بیان نموده و به اعلام مجدد ایمان خود به حقوق اساسی بشر و به حیثیت و ارزش شخصیت انسانی و به تساوی حقوق بین زن و مرد و همچنین ملت‌ها اعم از کوچک و بزرگ و به ایجاد شرایط لازم برای حفظ عدالت و احترام به الزامات ناشی از عهدنامه‌ها و سایر منابع حقوق بین‌المللی و کمک به ترقی اجتماعی و شرایط زندگی بهتر با آزادی بیشتر و برای نیل به این هدف‌ها: زیستن در حال صلح با یکدیگر با روحیه حسن همجواری...» بر این مطلب در اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و نیز میثاق‌های مدنی و سیاسی نیز تاکید شده است. این اصول دولت‌ها را ملزم و متعهد به رعایت حقوق افراد از جمله زنان در جریان درگیری‌های مسلحانه اعم از بین‌المللی و داخلی می‌نماید.

همچنین طبق مواد ۱۷ و ۱۸ و ۲۰ قرارداد دول متخاصم باید سعی نمایند زنان تازه‌زا را از مناطق محاصره شده خارج نمایند و بیمارستان‌هایی که برای این قبیل زنان تشکیل می‌گردد از مصونیت برخوردار بوده و در هیچ مورد نباید مورد حمله قرار گیرند بلکه در هر زمان باید توسط دولت متخاصم محترم شمرده و حمایت گردند. ماده ۲۰ قرارداد مذکور تا آنجا پیش می‌رود که حتی کارکنانی که به طور منظم و منحصر مامور اداره بیمارستان‌های کشوری هستند به همراه مامورین جستجو و حمل و معالجه زنان تازه‌زا نیز محترم شمرده و در پرتو حمایت خود می‌گیرند. وفق ماده ۲۲ ناوهای هوایی که منحصراً مخصوص حمل زنان تازه‌زا می‌باشند وارد حمله قرار نخواهند گرفت.

اما مهم‌ترین ماده قرارداد چهارم ژنو ماده ۲۷ آن است که مسأله تجاوز جنسی به زنان به عنوان یک جرم علیه حیثیت و شرافت زن و نه یک خشونت جسمی برخوردار شده است. شاید این امر را بتوان دلیل عدم موفقیت مجامع بین‌المللی در جلوگیری از این جرم در جنگ‌ها دانست. هر چند کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ و پروتکل الحاقی اول آن ۱۹۷۷ اشاره‌ای به خشونت جنسی علیه زنان به عنوان یک جرم جنگی ننموده است لیکن چون اموری مانند شکنجه، رفتار غیرانسانی و آسیب شدید جسمی را بیان داشته است می‌توان خشونت جسمی را نیز جزء آنها تلقی نمود. علاوه بر این که حقوق بین‌المللی عرفی نیز که بر پایه رفتار مستمر دولت‌ها و اصول کلی مورد قبول اکثر کشورها می‌باشد خشونت جنسی و تجاوزات به عنف در مناقشات مسلحانه را یک جرم جنگی به حساب می‌آورد.^۱ لازم به ذکر است کشور ما طی قانون اجاره الحاقی دولت ایران به قراردادهای معروف به قرارداد ژنو ۳۴/۹/۳۰ پیوسته است.

گفتار دوم: جایگاه حمایت از زنان در مناقشات مسلحانه

در راستای احترام به حقوق بشردوستانه بین‌المللی و به ویژه حمایت از زنان و دختران در مناقشات مسلحانه، با توجه به این که پایان جنگ سرد به بروز تغییرات در سطح بین‌المللی منجر شده و از رقابت میان ابرقدرت‌ها کاسته است؛ خطر بروز مناقشه مسلحانه جهانی تقلیل یافته و در عین حال روابط بین‌المللی بهبود پذیرفته و نویدهای صلح میان کشورها فزونی گرفته است. معذک علی‌رغم کاهش خطر مناقشه جهانی جنگ‌های تجاوزکارانه، مناقشات مسلحانه، سلطه بیگانه و اشغال خارجی به صورت استعمار و صور دیگر، جنگ‌های داخلی و تروریسم همچنان بسیار از بخش‌های جهان را گرفتار خود ساخته است.

بند اول: اعلامیه مجمع عمومی پیرامون حمایت از زنان و کودکان در موقعیت‌های اضطراری و مناقشات مسلحانه

۱۹۷۹

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مقدمه اعلامیه ۱۹۷۹ با تاکید بر این که زنان و کودکان در طول جنگ‌ها و درگیری‌های نظامی قربانی اعمال غیرانسانی و متحمل عواقب زیان‌آور و شدید آن می‌شوند و آگاهی از این که زنان و کودکان در بسیاری از مناطق جهان به ویژه در نواحی که دستخوش آشوب، سرکوبی، جنگ تحمیلی، استعمارگری، تبعیض نژادی، سلطه بیگانه و انقیاد کشورهای دیگر است تحت خشونت قرار می‌گیرند، اعلام می‌دارد که علی‌رغم محکومیت و سرزنش عمومی و صریح و

روشن، استعمارگری، تبعیض نژادی و اشغال بیگانه این اعمال همچنان ادامه می‌یابد و بسیاری از افراد بشر از جمله زنان و کودکان را قربانی می‌سازد.

بر اساس ماده ۲ این اعلامیه، استعمال سلاح‌های شیمیایی و باکتریایی در جریان عملیات نظامی نقض فاحش پروتکل ۱۹۲۵، کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو و اصول حقوق بشردوستانه بین‌المللی دانسته شده است چرا که این اعمال زنان بی‌دفاع و کودکان را در معرض خطرات شدید قرار می‌دهد. از این رو باید شدیداً محکوم گردد. به موجب ماده ۳ تمامی دولت‌های طرف اعلامیه متعهد شده‌اند که کلیه اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشردوستانه بین‌المللی ۱ جمله کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های آن را در مورد حمایت از زنان و کودکان اجرا نمایند.

بند دوم: اعلامیه رفع خشونت علیه زنان

اعلامیه رفع خشونت علیه زنان مصوب ۱۹۹۳، ماده ۱۵ خود را به بحث پیرامون وضعیت زنان در مناقشات مسلحانه اختصاص داده است. این ماده تاکید می‌کند بر این نکته که دولت‌های عضو آسیب‌پذیری زنان را در برابر خشونت در وضعیت‌های تعارضات مسلحانه و نیز قتل عمد، شکنجه و تجاوز به عنف سیستماتیک، اسارت جنسی و آبستنی اجباری مورد توجه خاص قرار دهند.

بر اساس قسمت (A) این ماده دولت‌ها به منظور حمایت از زنان در طول جنگ‌ها باید حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حداقل استانداردهای مربوط به حقوق بشر که در اسناد بین‌المللی ذکر شده رعایت نمایند. از سوی دیگر دولت‌ها ملزم به تضمین امنیت زنان در طول جنگ‌ها و بعد از آن شده‌اند. از دیگر مسائلی که در این اعلامیه به آن اشاره شده است فراهم نمودن امکان دسترسی به موقع زنان به کمک‌ها و همکاری‌های سازمان‌های بشردوستانه می‌باشد، علاوه بر این که به موجب ماده ۱۵ این اعلامیه ارتکاب خشونت علیه زنان به هر شکل در طول جنگ‌ها ممنوع می‌باشد دولت‌ها باید برای مرتکبین چنین اعمالی مجازات‌های سخت و شدید تعیین و اجرا نمایند.

بند سوم: کنفرانس پکن

سند کنفرانس پکن در بند ۱۲ خود ابقای صلح و امنیت در سطوح جهانی، منطقه‌ای و محلی همراه با جلوگیری از خط مشی‌های تجاوز و پاکسازی قومی و حل و فصل مناقشات مسلحانه برای حمایت از حقوق بشر مربوط به زنان و کودکان دختر و نیز امحای جمیع صور خشونت علیه آنها و کاربرد آنها به عنوان یک سلاح و تاکتیک جنگی را حائز اهمیت زیادی اعلام می‌نماید و مانند اعلامیه رفع خشونت علیه زنان موضوع خشونت علیه زنان مورد اشاره قرار داده و راهکارهای ویژه برای مبارزه با آن پیشنهاد می‌نماید.

در قسمت اخیر بند ۱۳۱ کارپایه پکن به پاره‌ای از موارد نقض حقوق بشو زنان در جنگ‌ها اشاره می‌کند که شامل نقض کلان حقوق بشر، به ویژه به صورت نسل‌کشی، پاک‌سازی قومی به عنوان یک استراتژی جنگی و پی‌آمدهای آن و تجاوز به عنف از جمله تجاوز به عنف نظام یافته در موقعیت‌های جنگی، ایجاد مهاجرت توده‌وار پناهندگان و آوارگان روبه‌هایی شنیع‌اند که قویاً محکوم می‌شوند و باید بی‌درنگ متوقف گردند و در عین حال مرتکبین این جنایات نیز باید به کیفر برسند. در بند ۱۳۲ سند کنفرانس پکن نیز بر اصول مقرر در کنوانسیون ژنو راجع به حمایت از غیرنظامیان در زمان جنگ و پروتکل الحاقی آن مصوب ۱۹۷۷ تاکید شده است.

بند چهارم: اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری (۱۹۹۸)

در این اساسنامه اصطلاح «جرائم علیه بشریت» مورد اشاره قرار گرفته و در موارد مختلفی کیفرخواست‌ها و احکام صادره بر این اساس تنظیم و صادر شده اند تشکیل ش اما آن دادگاه ویژه ای است و تنها صلاحیت رسیدگی به جنایت جنگی یوگسلاوی را دارا می‌باشد.

طی قطعنامه شماره ۸۰۸ سال ۱۹۹۳ شورای امنیت سازمان ملل دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق را ایجاد نمود و مقر آن در شهر لاهه هلند قرار داد. اساسنامه آن در ۳ می توسط دبیرکل به شورای امنیت تسلیم گردید و بر اساس قطعنامه ۸۲۷ به اتفاق آرای مورد تصویب شورای امنیت قرار گرفت. بر طبق اساسنامه این دادگاه بایستی به جرایمی چون جرایم جنگی، نسل‌کشی و جرایم علیه بشریت رسیدگی نماید. دادگاه در ژوئیه ۱۹۹۷ اولین رأی خود را در مورد یکی از جنایتکاران جنگی صرب به نام «دوشان تادیچ» ۳۸ ساله متهم به قتل، شکنجه، پاکسازی قومی، دام‌های دسته جمعی و تجاوزات جمعی صادر نمود و وی را به ۲۰ سال حبس محکوم نمود و توصیه کرد تا قبل از گذراندن ۱۰ سال حبس مشمول عفو نگردد. به طور کلی اقدامات دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی طبق اساسنامه آن و قواعد دادرسی آن انجام می‌گیرد. در اساسنامه

این دادگاه جرم تجاوزات جنسی صراحتاً جزء جرایم جنگی محسوب شده است.^۱

بند پنجم: پکن +۵ و خشونت علیه زنان در جنگ‌ها

بخشی از مسائلی که در اجلاس زنان در سال ۲۰۰۰ میلادی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، پیرامون وضعیت زنان در مناقشات مسلحانه اعم از داخلی و یا بین‌المللی می‌باشد سند اجلاس ابتدا به بیان پیشرفت‌هایی که در این زمینه از زمان تصویب کنفرانس پکن به دست آمده می‌پردازد و بعد به موانع و مشکلات در این رابطه می‌پردازد. سند اجلاس ۲۰۰۰ زنان پیرامون دستاوردها چنین بیان می‌کند که شناخت وسیع‌تر و گسترده‌تری از آثار مخرب مناقشات مسلحانه بر زنان به وجود آورده است. در سطوح ملی و بین‌المللی در برخورد با خشونت علیه زنان در جنگ‌ها اقداماتی از جمله افزایش تلاش‌ها و جهت خاتمه دادن به بی‌کیفر ماندن مرتکبین این گونه اعمال در جنگ‌ها به عمل آمده است. دادگاه‌های بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا کمک مهمی به برخورد با خشونت علیه زنان در مناقشات مسلحانه نموده‌اند. سند اجلاس ۲۰۰۰ همچنین به لحاظ تاریخی تصویب مقررات رم در مورد تأسیس دادگاه کیفری بین‌المللی را که تجاوز به عنف، برگی جنسی، فحش‌های اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری و دیگر اشکال خشونت‌های جنسی را جرم جنگی تلقی می‌نمایند و نیز آنها را جرایم علیه بشریت اعلام می‌کند به عنوان یکی از مهم‌ترین دستاوردها در زمینه حقوق زنان معرفی می‌کند.

مبحث دوم: خشونت نسبت به زنان

خشونت نسبت به زنان در ابعاد جسمی، جنسی و روانی حقیقت تلخ است که زندگی میلیون‌ها نفر از زنان جهان را از هر قشر و طبقه‌ای تحت تاثیر قرار داده است. خشونت حصارهای فرهنگی و مذهبی را در می‌نوردد و مانع از این می‌شود که زنان بطور کامل در جامعه سهیم باشند.

گفتار اول: انواع خشونت علیه زنان

اعلامیه رفع خشونت از زنان اولین سند بین‌المللی حقوق بشر است که بطور استثنایی و انحصاری دقیقاً به مسئله خشونت علیه زنان پرداخته است.

این اعلامیه در نهمین کنگره سازمان ملل متحد در مورد پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین در دسامبر ۱۹۹۳ به تصویب رسیده است. اما دو سال بعد یعنی در ۱۹۹۵ در پکن سند چهارمین کنفرانس جهانی زن به تصویب رسید که کلیه مسائل مربوط به زنان را مورد بحث قرار داده است و بطور مفصل و کامل به بحث پیرامون خشونت علیه زنان پرداخت در قسمت دال این اعلامیه ذیل عنوان خشونت علیه زنان در بند ۱۱۳ تعریف دقیقی از خشونت علیه زنان ارائه می‌کند: اصطلاح خشونت علیه زنان به هر فعل خشونت بار مبتنی بر جنسیت اطلاق می‌گردد که به آسیب دیدگی یا رنج جسمانی، روانی یا جنسی منتهی می‌شود یا ممکن است منتهی شود از جمله تهدید به ارتکاب این گونه افعال، اجبار و سلب خودسرانه آزادی، خواه در زندگی خصوصی یا عمومی.^۲

بر این اساس خشونت شامل فعل مثبت می‌شود و ترک فعل را در بر نمی‌گیرد. با قید جنسیت، تعریف خشونت علیه زنان و مردان تفکیک می‌شود.

از اعمال خشونت‌آمیز که توسط دولت‌ها ارتکاب می‌شوند مثالی را بیان نداشته است. در کنار این تقسیم‌بندی از انواع دیگری از خشونت در بندهای ۱۱۴، ۱۱۵ و ۱۱۶ صحبت می‌کند که شامل نقض حقوق بشر مربوط به زنان در موقعیت‌های مناقشات مسلحانه به ویژه قتل، تجاوز به عنف سیستماتیک، بردگی، جنسی و آبستنی تحمیلی است. همین طور عقیم‌سازی تحمیلی و سقط جنین تحمیلی، کاربرد اجباری و تحمیلی داروها جلوگیری از آبستنی، کشتن نوزادان دختر و جنسیت‌گزینی پیش از زایمان را نیز در برمی‌گیرد.

جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص از جمله زنان در واقع مبین مفهوم خشونت جسمی علیه افراد از جمله زنان می‌باشد. این دسته از جرایم مهم‌ترین جرایمی است که حق حیات آدمی و اصل مصونیت از تعدی و تعرض را هدف قرار داده و همواره در قوانین جزایی شدیدترین واکنش کیفری را به دنبال داشته است. ایراد صدمه بدنی گاهی منتهی به حدوث مرگ که سنگین‌تر نتیجه مجرمانه است شده و گاه نیز نتایج خفیف‌تری را به صورت جنایت بر اطراف که موجب قطع یا نقص و زایل شدن

۱ - میرمحمد صادقی، حسین، منبع پیشین، ص ۸۴.

۲ - سند چهارمین کنفرانس جهانی زن کار پایه عمل و اعلامیه پکن، ترجمه علی آرین و علی میرسعید قاضی، انتشارات دفتر امور زنان ریاست جمهوری، چاپ اول، سال ۱۳۷۵ ص ۱۱۰.

منافع آن است در پی دارد.^۱

این دسته از جرایم، جرایمی هستند که زنان بسیار بیشتر از مردان در مقابل آنها آسیب می‌پذیرند. لذا نیاز به حمایت‌های بیشتری در قبال اینگونه رفتارهای خشونت بار دارند اعم از اینکه خشونت‌های جسمی در محیط خانه و یادر اجتماع علیه آنان ارتکاب شود اما خشونت‌های خانگی در جامعه ما نرخ بیشتری را به خود اختصاص داده است. گزارشگر سازمان ملل کمیسیون حقوق بشر در گزارش ۴ مارس ۱۹۹۴ خود پیرامون خشونت‌های خانوادگی چنین می‌گوید: خشونت‌های خانوادگی خشونت است در حوزه خصوصی و عموماً میان افرادی رخ می‌دهد که به سبب صمیمیت، ارتباط خوبی یا قانونی به یکدیگر پیوند خورده اند. صرف نظر از بی‌طرفی ظاهری این واژه خشونت خانوادگی، تقریباً همواره جرم وابسته به جنسیت خاص محسوب می‌گردد که مردان به زنان روا می‌دارند. اگر عکس آن اتفاق یافتند و زن در مقابل مرد از خود خشونت نشان دهد این رویداد به ندرت آمار مربوط به سرشت وابسته به جنسیت خاص خشونت خانوادگی را تحت تاثیر قرار می‌دهد. در هر صورت این وقایع بیشتر زمانی بروز می‌کنند که زن می‌کوشد تا در مقابل تجاوز مرد از لحاظ جسمی از خود دفاع کند. طبق شواهد دیوان عدالت ایالات متحده زنان یازده بار بیشتر از مردان قربانی خشونت خانوادگی می‌شوند.^۲

بند اول: خشونت فیزیکی

همانطوری که قبلاً هم اشاره شد، یکی از صور خشونت براساس نتیجه ایجاد شده خشونت جسمی است شامل اعمالی نظیر ضرب و جرح، قطع اندام جنس و سایر رویه‌های زیان انگیز برای زنان نیز خشونت‌های مربوط به جهیزیه که ممکن است از سوی خانواده، اجتماع یا دولت ارتکاب یابد و نتایج آن به صورت شکستگی، پارگی، جراحت، کبودی، آسیب‌های داخلی، ضربه‌های مغزی، آسیب اعضای تناسلی، عدم توانایی در وضع حمل، سقط جنین، بیماری‌های دیگر و گاهاً مرگ زن ظاهر می‌شود.^۳ مطالعه ای در سال ۱۳۷۹ در خصوص بررسی خشونت فیزیکی توسط همسر علیه زنان مراجعه کننده به مراکز پزشکی قانونی صورت گرفته است. نتایج این مطالعه بیانگر آن بود که میزان آسیب‌های ناشی از خشونت فیزیکی همسر علیه زن و وضعیت اشتغال زنان با هم ارتباط دارد (آزار جسمی در زنان شاغل کمتر است) از طرف دیگر شکایت از همسر آزاری بیشتر در زنان و مردان دارای تحصیلات پایین و مردان دارای تحصیلات پایین مشاهده شدو در ضمن بیش از ۹۰ درصد قربانیان سه بار یا بیشتر مورد ضرب و شتم شوهر خود قرار گرفته بودند.^۴

بند دوم: خشونت جنسی

خشونت جنسی یا آزار جنسی شامل اعمالی نظیر سوء استفاده جنسی از کودکان دختر درون خانواده، تجاوز به عنف، عمل جنسی به زور از ناحیه شوهر و آزار رسانی و ارباب جنسی در محل کار می‌باشد. زنانی که مورد خشونت جسمی قرار می‌گیرند دچار صدمات روانی، عصبی و عاطفی می‌شوند که بر کل رفتارهای آنها نسبت به جنس مرد تاثیر منفی می‌گذرد. خشونت و آزار جنسی ممکن است در محیط خانواده، اجتماع و یا محل کار روی دهد در این موارد زنان درگیر مسئله‌ای می‌شوند که گاهی برای همیشه سری باقی می‌ماند و در صورت افشا ممکن است به بی‌آبرویی یا از دست دادن شغل بینجامد. بنابراین زنان در این موارد غلب ناچار به تحمل و عدم گزارش به پلیس می‌شوند.

بند سوم: خشونت روحی، روانی

در ردیف خشونت روانی باید گفت که عبارت است از نوعی خشونت که حیثیت، آبرو، شرافت و اعتماد به نفس زن را خدشه‌دار می‌کند. این رفتار به صورت انتقاد ناروا، تحقیر، بددهانی، تمسخر، توهین، فحاشی، کنایه، تهدیدهای مداوم به طلاق یا ازدواج مجدد، اعمال می‌شود.

آثار سوء این نوع خشونت می‌تواند عدم اعتماد به نفس، احساس ناامنی، افسردگی، بازسازی رفتار خشونت‌آمیز در بچه‌ها، عدم موفقیت کودکان در تحصیلی عدم کارآیی زن در محیط کار و.. می‌باشد. خشونت روانی ابزار نیرومندی است که در سایه آن زنان و دختران تابع و مطیع مردان می‌شوند این خشونت در زندگی شغلی و اجتماعی نیز اعمال می‌شود و به سرکوبی زنان در محیط کار و تقلیل حس جاه‌طلبی در آنان می‌انجامد. مردان گاهی زنان همکار خود را به قدری دست کم می‌گیرند و آنها را چنان ناتوان می‌انگارند که به تدریج زنان باور می‌کنند که فاقد کارایی بوده و نمی‌توانند با مردان به رقابت برخیزند در نتیجه

۱ - صادقی، محمدادی، حقوق جزای اختصاصی (۱) انتشارات میزان، چاپ اولف پاییز ۸۶ ص ۲۵

۲ - حقوق بشر و خشونت علیه زنان، مجله فرزانه، دوره سوم، ش ۸، زمستان ۷۵، صص ۷۹-۹۲

۳ - کار، مهرانگیز، پژوهشی درباره خشونت علیه زنان در ایران، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ اول ۷۹، ص ۲۹۲

۴ - ویژگی‌های فردی قربانیان، همسر آزاری در مراجعین به مراکز سازمان پزشکی انونی، افتخار، حسن و دیگران، فصلنامه علم پژوهشی رفاه اجتماعی، سال سوم،

بهار ۸۳، شماره ۱۲، ص ۲۶۰

حاشیه‌نشین شده و از متن کنار می‌روند.^۱

گفتار دوم: پاسخ‌های حقوق کیفری در قبال جرایم خشونت آمیز علیه زنان (حقوق ایران، اسناد بین‌المللی)

زنان به دلیل موقعیت آسیب‌پذیر خویش، بیشتر در معرض خشونت قرار دادند. به همین دلیل نیازمند حمایت‌های خاص در برابر جرایم خشونت آمیز هستند. در این مبحث به بررسی و تشریح اقداماتی می‌پردازیم که در اسناد بین‌المللی و نیز حقوق کیفری ایران در جهت حمایت از زنان در برابر جرایم خشونت آمیز پیش‌بینی شده است. بنابراین در گفتار اول به بررسی کلیه اسناد و اقداماتی می‌پردازیم که در سطح بین‌الملل برای مبارزه با خشونت علیه زنان تصویب و انجام شده است و سپس در گفتار دوم موضع حقوق کیفری ایران در قبال جرایم خشونت آمیزی که علیه زنان ارتکاب می‌یابد را بررسی می‌کنیم.

بند اول: اقدامات بین‌المللی در قبال خشونت علیه زنان

امروزه سازمان‌های بین‌المللی و در رأس آنها سازمان ملل متحد نهادها و نمایندگی‌های تخصصی آن، بانک جهانی و بانک توسعه امریکا، موضوع خشونت علیه زنان را در دستور کار خود قرار داده‌اند. برنامه‌های آنان ارتباط بین حقوق بشر، بهداشت و مشارکت زنان در عرصه‌های سیاسی و فرهنگی را با شرایط گسترده‌تر خشونت علیه زنان به عنوان موضوعی توسعه یافته برقرار می‌کند. این سازمانها قادرند با استفاده از تخصص و اعتبارشان برای جمع‌آوری اطلاعات و مبارزه با خشونت علیه زنان نقش مهمی ایفا کنند این سازمانها اصولاً با تشویق برنامه‌های حمایتی که توسط دولت‌ها و سازمانهای غیردولتی اداره می‌شود در راه مبارزه با خشونت علیه زنان در سراسر دنیا فعالیت می‌کنند. در همین راستا سازمان ملل متحد اقدام به تهیه و تصویب اسنادی در جهت نفی خشونت علیه زنان و حمایت از زنان در برابر خشونت نموده است که در ذیل به بررسی این اسناد می‌پردازیم.

۱- اعلامیه رفع خشونت علیه زنان در ۱۹۹۳

در سپتامبر ۱۹۹۲ میلادی کمیسیون مقام زن یک گروه اجرایی میان دوره‌ای را برای تهیه پیش‌نویس اعلامیه رفع خشونت علیه زنان دعوت نمود. هیات‌های نمایندگی ۴۸ کشور عضو شرکت کننده در این اجلاس از ۴۱ مرد و ۵۸ زن تشکیل شده بودند. این گروه به اتفاق آراء متن پیش‌نویس اعلامیه را مورد تصویب قرار داده به سی و هفتمین اجلاس کمیسیون مقام زن تقدیم کردند که سرانجام مجمع عمومی طی قطعنامه ۴۸/۱۰۴ خود در ۲۰ دسامبر ۱۹۹۳ آن را تصویب نمود. این اعلامیه دارای یک مقدمه و ۶ ماده می‌باشد و در واقع اولین سند بین‌المللی می‌باشد که بطور اختصاصی در رابطه با خشونت علیه زنان تنظیم و تصویب گردیده است و همه اشکال آن را محکوم می‌کند.

۲- کار پایه عمل پکن ۱۹۹۵

چهارمین کنفرانس جهانی زن در چهارم دسامبر ۱۹۹۵ میلادی برابر با ۱۳ شهریور ۱۳۷۴ شمسی با حضور نزدیک به ۱۷۰۰۰ نفر شرکت کننده، از جمله ۶ هزار نماینده ۱۸۹ کشور جهان بیش از ۴۰۰۰ نماینده سازمانهای معتبر غیردولتی و انبوهی از کارمندان خدمات بین‌المللی و ۴ هزار نماینده رسانه‌ها برگزار گردید.^۲ در ۱۵ سپتامبر برابر با ۲۴ شهریور ماه با صدور یک اعلامیه و تصویب یک سند نهایی به کار خود پایان داد.^۳

اعلامیه این کنفرانس در ۳۸ بند و کار پایه عمل آن در ۳۶۱ بند به عنوان برنامه عمل در ۱۲ محور بحرانی شامل: زنان و فقر، آموزش و پرورش زنان، زنان و بهداشت، مهمتر از همه خشونت علیه زنان و زنان و مناقشات مسلحانه، زنان و اقتصاد، مکانیسم‌های نهادین برای پیشرفت زنان، زنان در قدرت و تصمیم‌گیری، حقوق بشر مربوط به زنان، زنان و رسانه‌های گروهی، زنان و محیط زیست و کودکان دختر و سرانجام اقدامات اساسی و ترتیبات مالی که باید در سطوح ملی و منطقه‌ای و بین‌المللی اتخاذ گردد تنظیم شده است. در کنفرانس پکن خشونت مبتنی بر جنسیت که در واقع به عنوان مانعی در مسیر پیشرفت و برخورداری زنان از حقوقشان یاد شده است. قسمت (دال) کارپایه پکن به بحث پیرامون شون علیه زنان اختصاص داده شده است.

شناخت علل و پی‌آیندها و نیز موارد بروز آن و اقداماتی که برای مبارزه با آن اید معمول داشت از کنفرانس نایروبی به این سو سوخت گسترش یافته است. زنان و دختران کم و بیش در همه جوامع در معرض سوء استفاده‌های جسمانی، جنسی و روانی قرار می‌گیرند که مرزهای درآمد، طبقه و فرهنگ را درمی‌نوردد. منزلت نازل اجتماعی و اقتصادی زنان می‌تواند در آن واحد

۱ - کار، مهرانگیز، پژوهشی، درباره خشونت علیه زنان در ایران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ اول ۱۳۷۹، ص ۳۵۴

۲ - سند چهارمین کنفرانس جهانی زن، کارپایه عمل و اعلامیه پکن، ترجمه علی آرین و علی میر سعید قاضی، تهران، دفتر امور زنان در نهاد ریاست جمهوری، ۱۳۷۵، ص ۹

۳ - همان ص ۷۴

علت و پی‌آیند خشونت علیه زنان باشد.^۱

۳- اجلاس پکن +۵ (سال ۲۰۰۰)

بیست و سومین نشست ویژه مجمع عمومی سازمان ملل، زنان ۲۰۰۰ برابری جنسی، توسعه و صلح برای قرن ۲۱ نیویورک ۹-۵ ژوئن سال ۲۰۰۰ و اعلامیه سیاسی و سند نهایی را به نام اقدامات و ابتکارات بیشتر برای اجرای اعلامیه و کارپایه عمل پکن تصویب کرد. مشتمل بر بیش از ۲۰۰ پاراگراف در چهار بخش: مقدمه، دستاوردها و موانع، چالش‌های جاری و اقدامات در سطوح مختلف به تصویب رسید.

این اجلاس با حضور ۱۸۸ هیات دولتی و ۱۲۵۰ نماینده از سازمانهای غیردولتی کشورهای مختلف در مقر سازمان ملل برگزار گردید. از ایران نیز یک هیات دولتی به ریاست خانم دکتر زهرا شجاعی مشاور رئیس جمهوری و رئیس مراکز امور مشارکت زنان در این اجلاس شرکت کردند که متشکل از ۵ نفر از مراکز امور مشارکت زنان و ۲ نفر از وزارت امور خارجه بودند. مسائلی از قبیل وضعیت زنان پناهنده، نفی فحشا و استعمار جنسی، اشکال مختلف سوء استفاده جنسی از زنان در رسانه‌های جمعی توسط ایران مورد تاکید قرار گرفت. کوفی عنان دبیر کل سازمان ملل متحد در مقدمه اجلاس زنان ۲۰۰۰ پیرامون اعلامیه پکن چنین توضیح می‌دهد: اعلامیه و کارپایه عمل پکن یکی از استثنایترین اسنادی است که از تجمع دولتها متبلور شده و از زمان ایجادش زنان بطور چشمگیری پیشرفت کرده‌اند. آنها بیشتر زندگی می‌کنند سلامت‌تر زندگی می‌کنند و از نظر اقتصادی فعال‌ترند و کارهایشان به رسمیت شناخته می‌شود. حقوق بشر آنان بطور فزاینده‌ای مورد احترام قرار گرفته و خشونت علیه زنان امروزه یک عمل غیرقانونی در تقریباً همه کشورها محسوب می‌شود. اما هنوز زنان متحمل بار نامتناسب فقر، بی‌سوادی، سوء تغذیه و خشونت هستند.

در برخی از جوامع هنوز حقوق اساسی زنان انکار می‌شود. این مطلب واضح است که با وجود پیشرفت‌های بسیار مهمی که به عمل آمده کارهای زیادی هنوز باقی مانده است در جهت رسیدن به برابری بین زنان و مردان. کوفی عنان هدف از اجلاس زنان ۲۰۰۰ را مرور و بررسی پیشرفت در انجام کارپایه عمل پکن و تصدیق مجدد آرمان اساسی منشور ملل متحد اعلام می‌دارد.

بند دوم: اقدامات حقوق کیفری ایران در قبال خشونت علیه زنان

قانونگذار داخلی در رابطه به حمایت از زنان در برابر جرایم خشونت بار در قالب تدابیر عام و کلی نسبت به همه افراد اعم از زن و مرد اقدام نموده است و در مورد قتل عمد و ضرب و جرح عمدی نسبت به همه افراد اعم از اینکه بزه دیده زن باشد یا مرد پیر باشد یا جوان مجازات واحدی مقرر داشته است. در مورد ضرب و جرح و قطع اعضای جنسی که میان زن و مرد متفاوت می‌باشد مواد قانونی جداگانه‌ای جهت حمایت از هر یک مقرر داشته است. قوانین ناظر به مجازات خشونت‌های جسمی علیه افراد از جمله زنان مطلق و بی‌قید و شرطند و تفاوت نمی‌کنند که عامل قتل و ضرب و جرح شوهر زن بوده و یا فرد بیگانه‌ای باشد. در حالی که نرخ خشونت‌های خانگی و شدت آن به مراتب بیشتر از انواع سایر خشونت‌ها می‌باشد. انسانها در زندگی اجتماعی اختلاف نظر پیدا می‌کنند انسان باغ و رشد یافته نحوه سلوک و زندگی مسالمت‌آمیز با هم‌نوعش را تجربه می‌کند و در صورتی که اختلافی بروز نماید اعمال و کردارش را کنترل می‌کند اما آنگاه که کنترل بر خود ندارد و پای زور و خشونت به میان می‌آید انون در مابیل او می‌ایستد. پس چگونه است که در اختلافات خانوادگی و زناشویی قانون دخالت جدی و موثری ندارد؟ چرا مرد در مناسبات اجتماعی بیرون از خانه حدود و ثغور انسانی را باید مدنظر داشته باشد و از اعمال خشونت و زور خودداری ورزد اما در روابط با همسر خویش اجازه هر گونه خشونت را به خود بدهد؟ همسرش را مورد ضرب و جرح قرار داده و یا حتی به قتل برساند چراکه عرف جامعه این آگاهی را به زن نداده است که در مقابل خشونت مرد جاهل بایستد و این زن است که چنبره‌های عرف و سنت دست و پای او بسته‌اند،^۲ اما قانون چگونه از او حمایت می‌کند؟

۱- حمایت از زنان در برابر قتل عمد

صرف نظر از اینکه قانونگذار قبل و بعد از انقلاب اسلامی در حمایت از افراد در برابر خشونت‌های جسمی و مصداق شدید آن یعنی قتل عمد میان زن و مرد هیچگونه تفاوت قائل نشده است یا به عبارتی دیگر بدون توجه به جنسیت قربانی خشونت و عامل آن مجازات واحدی را برای اشکال گوناگون قتل عمد مقرر داشته است. اما در مقام مقایسه میان سیاست‌گذاری‌های کیفری پیرامون مجازات قتل عمد در قبل از انقلاب اسلامی و بعد از انقلاب تفاوت فاحشی مشاهده می‌شود. بعد از انقلاب

۱- همان، ص ۹۰

۲- خشونت علیه زنان، مجله زنان، ش ۱۸، ص ۹

براساس فقه و حقوق اسلامی کلیه قوانین جزایی اصلاح گردید و به پیروی از اجماع فقها برای قتل عمد و جرح عمدی مجازات قصاص وضع گردید. اما در هیچ یک از دو قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حمایت ویژه‌ای از زنان در برابر قتل عمد به ویژه قتل‌هایی که از ناحیه شوهر زنان را تهدید می‌کند به عمل نیامده است و خشونت نسبت به زنان تابع حمایت‌های عمومی است. از آنجا که برای اشراف بیشتر لازم است که سابقه قبلی قوانین را نیز مورد اشاره قرار دهیم. عده‌ای براین عقیده‌اند که آنچه موجب افزایش دیهٔ مرد نسبت به زن شده است موقعیت اقتصادی و مسئولیت کامل مرد در تأمین امور معیشتی می‌باشد، چرا که براساس ضوابط حقوقی و عرف غالب جامعه، مرد تکیه‌گاه اقتصادی خانواده محسوب می‌شود، از این رو صدمات شدیدی که از تلف شدن مرد متوجه وضع معیشتی خانواده می‌شود، با لطمه‌ای که به سبب مرگ زن در آن خانواده ایجاد می‌شود، غالباً قابل مقایسه نیست. لذا قانون‌گذار با هدف جلوگیری از فروپاشی اقتصاد خانواده و به منظور تأمین امکان ادامه مناسب زندگی، دیهٔ بیشتری را در ازاء قتل مرد پیش‌بینی کرده است. (صادقی، ۱۳۷۸، ۲۶۰ و زراعت، ۱۳۷۸، ۱۴۳).

۲- حمایت از زنان در برابر ضرب و جرح

از دیگر اشکال خشونت‌های جسمی که زنان در برابر آن بسیار آسیب‌پذیر می‌باشند ضرب و جرح می‌باشد که بویژه در محیط خانوادگی زنان از سوی مردان خانواده بویژه شوهر تهدید می‌کند.

در بخش اسناد بین‌المللی دیدیم که نخستین ابزار و کارآمدترین وسیله‌ای که جهت پیشگیری از خشونت علیه زنان در نظر گرفته می‌شود قوانین با ضمانت اجرای کیفری می‌باشد. حال ببینیم قانونگذار ما چه برخوردی در مجازات مرتکبین خشونت نسبت به زنان نموده است.

۳- حمایت از زنان باردار در برابر ضرب و جرح و اذیت و آزار

زنان باردار به لحاظ وضعیت جسمی خاصی که دارند نیاز به حمایت بیشتر نسبت به سایر زنان دارند لذا قانونگذار کیفری کشور ما نیز با آگاهی بر این امر چه قبل از انقلاب و چه بعد از آن اقدام به وضع مقرراتی جهت مجازات ارتکاب اذیت و آزار نسبت به زنان باردار نموده است. زنان باردار علاوه بر نیاز به حمایت‌های کیفری در برابر جرایم نیاز بیشتری به ارائه خدمات پزشکی، بهداشتی و درمانی دارند که در جای خود به آن نیز اشاره خواهد شد ولی آنچه موضوع اصلی این قسمت را تشکیل می‌دهد بررسی روند قانونگذاری از قبل از انقلاب تاکنون در مجازات مرتکبین خشونت‌های جسمی و زنان باردار می‌باشد. طبق آمار جهانی در میان زنانی که در سنین باروری هستند وسعت مرگ و ناتوانی حاصل از خشونت علیه زنان با مرگ و ناتوانی حاصل از سرطان برابر بوده و از عواقب ناشی از سوانح رانندگی و ملاریا بیشتر است.^۱

۴- حمایت از زنان در برابر خشونت های جنسی

خشونت‌های جنسی نسبت به زنان عمدتاً شامل تجاوز به عنف و دیگر اعمال جنسی به زور می‌باشد. برای تشریح بهتر موضوع و بررسی روند قانونگذاری در زمینه حمایت از زنان در برابر تجاوزات جنسی ابتدا به بررسی مقررات قانونی مجازات عمومی در این خصوص می‌پردازیم و سپس قانون مجازات اسلامی و حمایت‌هایی را که در برابر تجاوزات جنسی از زنان به عمل آورده است را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۱- حمایت از زنان در برابر رباییش

در قانون حمایت عمومی ماده ۲۰۹ فریب زن برای عمل منافی عفت را مستوجب مجازات حبس از ۲ تا سال مقرر می‌داشت. در حال حاضر فقدان نص خاصی در رابطه با فریب زن برای عمل منافی عفت را می‌توان با ماده ۶۲۱ قانون تعزیرات جبران نمود. البته به نظر می‌رسد بهتر بود قانونگذار در جهت حمایت بیشتر از زنان با توجه به آسیب‌پذیری بیشتر آنان در برابر آدم ربایی برای ربودن زنان و دختران مجازات شدیدتری وضع می‌نمود چراکه قبح و زشتی و آثار و تبعات ربودن زنان و دختران در دید عرف و جامعه به مراتب بیشتر است و نتایج شدیدتر و بدتری متوجه آنان خواهد کرد. ماده ۶۲۱ مقرر می‌دارد: هر کس به قصد مطالبه وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگر به عنف یا تهدید یا حيله یا به هر نحو دیگر شخصاً یا توسط دیگری شخصی را برباید یا مخفی کند به حبس از ۵ تا ۱۵ سال محکوم خواهد شد. در صورتی که سن مجنی علیه کمتر از ۱۵ سال تمام باشد یا ربودن توسط وسایل نقلیه انجام پذیرد یا به مجنی علیه آسیب جسمی یا حیثیتی وارد شود مرتکب به حداکثر مجازات تعیین شده محکوم خواهد شد و در صورت ارتکاب جرایم دیگر به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌گردد. آن قسمت از کیفیت مشدده تحت عنوان ورود آسیب حیثیتی به مجنی علیه را می‌توان به ویژه ناظر به زنان و دختران ربوده شده دانست. در پایان مجدداً اشاره می‌کنیم که با توجه به اینکه ربایش زنان و دختران خطرناک‌تر و عواقب سوء به مراتب

بیشتری دارد لذا بهتر است برای آن مجازات شدیدتری مقرر شود.

۲-۴- حمایت از زنان در برابر توهین و تعرض در اماکن عمومی

برخلاف نظر برخی آزارهای جنس نسبت به زنان به قتل و تجاوز محدود نمی شود هر چند امار این فجایع نیز بسیار است اما مزاحمت‌های جنسی علیه زنان انواع بسیار دارد که همواره در رفتارهای اجتماعی شاهد آن بوده‌ایم. مزاحمت‌هایی که نه تنها در آمار نمی گنجد بلکه گاهاً مسبب اصلی از دید عرف خود زنان معرف می‌شوند. قانونگذار به منظور حمایت از زنان در برابر مزاحمت‌های خیابانی برای اولین بار در ماده ۳ لایحه قانون راجع به مجازات حمل چاقو و انواع دیگر اسلحه سرد و اخلال در نظم و امنیت و آسایش عمومی مصوب ۱۵ آبان ماه ۱۳۳۶ هر گونه مزاحمت خیابانی برای زنان را ممنوع و آن را نوعی توهین تلقی و برای آن مجازات حبس از ۲ ماه تا ۸ ماه مقرر نمود ماده ۳: هر کس در اماکن عمومی یا معابر معترضو یا مزاحم زنی بشود و یا با الفاظ و یا حرکات مخالف شئون و حیثیت به او توهین نماید به حبس از ۲ ماه تا ۸ ماه محکوم خواهد شد. قانونگذار برای این جرم بسیار اهمیت قائل شده و در ماده ۵ همین قانون رسیدگی دادگاه را خارج از نوبت قرار داده بود. قانونگذار به این نکته توجه داشته که مزاحمت‌های خیابانی چون اغلب گذرا هستند زنان فرصت چندانی برای اقامه شکایت نداد. لذا برای تشویق آنان به شکایت رسیدگی را خارج نوبت مقرر کرده بود. ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: هر کس در اماکن عمومی یا معابر معترض یا مزاحم اطفال یا زنان بشود یا با الفاظ و حرکات خلاف شئون و حیثیت به آنان توهین نماید به حبس از ۲ ماه تا ۶ ماه و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

نتیجه‌گیری

روند رو به رشد خشونت علیه زنان دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و در رأس آنها سازمان ملل متحد را بر آن داشته است که اقدام به تصویب اسناد متعدد بین‌المللی نمایند. این اسناد متأثر از دستاوردهای بزه‌دیده‌شناسی که زنان را در گروه بزه‌دیدگان ضعیف که نیاز به حمایت‌های ویژه دارند قرار می‌دهد تنظیم شده‌اند و اعمالی نظیر قتل، ضرب و جرح، سوء استفاده‌های خانوادگی، تجاوز به عنف، رابطه جنسی اجباری از سوی شوهر، قطع اندام جنسی، خشونت‌های مرتبط با جهیزیه، جنسیت‌گزینی پیش از زایمان و سقط جنین دختر، خرید و فروش زنان و روسپی‌گری اجباری، حاملگی اجباری و عقیم‌سازی اجباری را در مناقشات مسلحانه به عنوان نقض فاحش حقوق اساسی و بنیادین بشری زنان و حقوق بشردوستانه بین‌المللی اعلام می‌نمایند و از دولت‌ها می‌خواهند که کلیه اقدامات لازم در جهت حمایت از زنان را در برابر این گونه اعمال غیر انسانی به عمل آورند این گونه اقدامات جنبه انحصاری نداشته و صرفاً به تدابیر قانونی محدود نمی‌شوند بلکه از دولت‌ها می‌خواهند که علاوه بر وضع مجازات‌های مناسب برای مرتکبین این اعمال و یا تقویت و اصلاح قوانین موجود در این رابطه اقدامات لازم را نیز جهت جبران خسارت زنان قربانی به صورت مالی و غیرمالی به عمل آورند. خشونت علیه زنان و گستره رو به رشد آن رفته رفته توجه و حساسیت دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را به مثابه امری مربوط به حقوق بشر به خود معطوف داشت. کمیسیون مقام زن با قطعنامه ۱۹۴۶ شورای اقتصادی و اجتماعی تأسیس شد تا در موضوعات مربوط به ارتقای حقوق زنان در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فعالیت نماید. از زمان تأسیس این کمیسیون اسناد متعدد مهمی در راستای حمایت از حقوق زنان به تصویب رسید. البته قبل از تأسیس این کمیسیون و حتی سازمان ملل و جامعه ملل نیز قراردادهایی جهت تأمین زنان در برابر جرایمی چون بردگی به تصویب رسیدند. با وجود اسناد متعدد باز هم شاهد آنیم که حقوق بشر زنان در سراسر دنیا در معرض نقض است علل عدم کارایی این اسناد را می‌توان به این ترتیب عنوان کرد: یکی از مشکلات در مسیر اجرای اسناد بین‌المللی بی‌توجهی آنها نسب به ارزش‌های اخلاقی و مذهبی آنها نسب به ارزش‌های اخلاقی و مذهبی است. با وجود اینکه اغلب اصول اسناد حقوق بشر منافاتی با اصول مذهب ندارند ولی در عمل خط مشی ارگان‌های سازمان ملل منجر به بی‌اعتنایی بر مفاهیم مذکور می‌گردد. از سوی دیگر عدم همکاری دولت‌ها دیگر مانع اجرای مفاد این اسناد است چرا که اساس مشرثمر بودن فعالیت‌های حقوق بشر سازمان مل همکاری دولت‌های عضو و خواست واقعی آنان به رعایت و احترام حقوق و آزادی اساسی انسان‌هاست. با این حال اعلام ترتیبات و مقرراتی در جهت شناسایی حیثیت و ارزش ذاتی انسانی زن و برابری او با مرد و تأکید بر دادن حقوق مساوی با مردان در تمامی زمینه‌ها امکان احراز هرگونه شغل و منصب و طرح و بیان این امور و ایجاد جوّ و موج جدید در نحوه نگرش نسبت به زن موفقیت بزرگی برای زنان محسوب می‌شود نمی توان آثار مثبت آنها را به کلی انکار نمود. مفاد این اسناد از سوی دولت‌ها و جوامع انسانی به درستی که اگر کاملاً اجرا گردد در بسیاری از زمینه‌ها خدمت بزرگی به زنان شده است. به طور کلی کنوانسیون‌ها و دیگر توافقات تشریفاتی موجب قاعده‌مند شدن مناسبات بین‌المللی کشورها و خاستگاه تعهدات رسمی جهان است. اهمیت این گونه اسناد از آن روست که نه تنها دولت‌های عضو را به

مراعات آن متعهد می‌نماید، بلکه معمولاً وسیله ارزشیابی و سنجش اقدامات دولت‌های عضو و غیرعضو در صحنه مناسبات بین المللی نیز می‌باشد. کشور ما نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد و به منظور حمایت از زنان به پاره‌ای از اسناد از جمله قراردادهای منع خرید و فروش ۱۹۰۴، ۱۹۱۰، ۱۹۲۳ منع تصاویر مستهجن ۱۹۱۰، ۱۹۲۳ و کنفرانس پکن و اجلاس زنان ۲۰۰۰ پیوسته است. جمله خلأهای قانونی در عناوین مجرمانه: روسپی‌گری و امرار معاش از طریق فحشا، مشخص نبودن جرم متقاضیان فحشا، خرید و فروش دختران توسط زنان قواد، قاچاق و تکدی‌گری زنان و دختران فراری، پیش‌بینی علل مشدده در قانون در رابطه با ارتباط نامشروع زن شوهردار و دختران باکره، تشدید مجازات زانی که با جراحی و ترمیم پرده بکارت به تدلیس در ازدواج می‌پردازند، دوست‌های غیرمشروع دختران یا پسران بدون اطلاع خانواده، خلوت کردن زنان و مردان نامحرم، رفتارهای غیرانسانی زنان نسبت به شوهر از نظر فیزیکی یا عاطفی، ترک زندگی خانوادگی، استفاده از پوشش و آرایش خلاف عفت عمومی، بی‌حجابی، بدحجابی توسط زنان و

علاوه بر خلأهای قانونی فوق، خلأهایی نیز در مجازات‌های زنان بزه‌کار وجود دارد که استفاده از کارشناسی نه تنها می‌تواند در اثبات جرم مؤثر واقع شود، بلکه می‌تواند برای جلوگیری از تکرار جرم، مجازاتی متناسب با شخصیت مجرم، تعیین نماید.

منابع

- ۱- آراین، علی و میرسعید قاضی، علی، سند چهارمین کنفرانس جهانی زن، مرکز امور زنان ریاست جمهوری، انتشارات برگ زیتون، ۱۳۷۵
- ۲- آزمایش، علی، تقریرات درس حقوق جزای بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۷۸-۱۳۷۷
- ۳- آشوری، محمد، عدالت کیفری، مجموعه مقالات، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۴- اشتری، بهناز، قاچاق زنان، بردگی معاصر، انتشارات اندیشه برتر، ۱۳۸۱.
- ۵- پیرویان، ویلیان، سیمای زن در جهان - تایلند، مراکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری، انتشارات برگ زیتون، ۱۳۷۷.
- ۶- حسینی‌نژاد، حسنقلی، حقوق کیفری بین‌الملل، انتشارات میزان، ۱۳۷۳.
- ۷- دادمرزی، سیدمهدی، فقه استدلالی، انتشارات طه و سمت، ۱۳۷۸.
- ۸- رنجبران، قاسم، حمایت از زنان بزه دیده در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۸۴.
- ۹- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی - تعزیرات، انتشارات فیض، ۱۳۸۸.
- ۱۰- سیاسی، علی اکبر، روانشناسی جنایی، جلد اول، کتابخانه ابن سینا.
- ۱۱- شاهسون، پریچهره، سیمای زن در جهان - هند، مرکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری، انتشارات برگ زیتون، ۱۳۷۷.
- ۱۲- شاکریان، شاهرخ، فقیری، شکوه و منتصر اسدی، فاطمه، مجموعه کنوانسیون‌های بین‌المللی، تصویبی دولت ایران، ۵ مجلد، انتشارات اداره کل قوانین و مقررات، ۱۳۷۶.
- ۱۳- شهید ثانی، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، تدوین محمدرضا آیتی و علیرضا امینی، انتشارات سمت، ۱۳۷۸.
- ۱۴- صادقی، محمدهادی، حقوق جزای اختصاصی ۱، انتشارات میزان، ۱۳۷۶.
- ۱۵- عبادی، شیرین، تاریخچه اسناد حقوق بشر در ایران، انتشارات روشنگران مطالعات زنان، ۱۳۷۲.
- ۱۶- فرنچ، مارلین، جنگ علیه زنان، ترجمه توراندخت تمدن، انتشارات علمی، ۱۳۷۳.
- ۱۷- فن‌گلان، گرهارد، حقوق بین‌المللی عمومی ۱ و ۲، ترجمه سیدداوود آقایی و محمد حسین حافظیان، انتشارات میزان، ۱۳۷۹.
- ۱۸- قلی‌پور، رافیک و روشندل، جلیل، سیمای زن در جهان - کره جنوبی، مرکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری، انتشارات برگ زیتون، ۱۳۷۷.
- ۱۹- کار، مهرانگیز، پژوهشی درباره خشونت علیه زنان در ایران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۷۹.
- ۲۰- کی‌نیا، مهدی، روانشناسی جنایی، جلد اول، انتشارات رشد.
- ۲۱- کاسسهف آنتونیو، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلانتریان، دفتر خدمات حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۷۰.
- ۲۲- کشاورز، بهمن، مجموعه محشای قانون تعزیرات، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۲۳- گسن، ریموند، جرم‌شناسی نظری، ترجمه دکتر مهدی کی‌نیا، انتشارات مجد، ۱۳۷۴.

- ۲۴- لپز، زرار و فیلیزولا، ژینا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند و احمد محمدی، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.
- ۲۵- مجله کارگاه آموزشی خشونت علیه زنان، مرکز مطالعات حقوق بشر دانشگاه تهران، تهران: ۱۳۷۹.
- ۲۶- مجله کارگاه آموزشی خشونت علیه زنان، مرکز مطالعات حقوق بشر، دانشگاه تهران، سمنان، ۱۳۸۰
- ۲۷- مجله علمی- پژوهشی رفاه اجتماعی، سال سوم، بهار ۱۳۳، شماره ۱۲.
- ۲۸- مجله وضعیت زنان جمهوری اسلامی ایران، دفتر یونیسف، ۱۳۷۷.
- ۲۹- مرتضوی، نسرین، جایگاه زنان بزه‌دیده در قلمرو سیاست جنایی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، مجتمتع آموزش عالی قم، ۱۳۷۵.
- ۳۰- مهدوی ثابت، محمدعلی، تقریرات درس حقوق جزای بین‌الملل، کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- ۳۱- مهرپور، حسین، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.
- ۳۲- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات میزان، ۱۳۷۷.
- ۳۳- نیکو حرف مفخم، حسن، حمایت از زنان و کودکان در حقوق بشردوستانه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- ۳۴- نجفی توانا، علی، جرم‌شناسی، تهران، ۱۳۸۴.
- ۳۵- توحهی، عبدالعلی؛ اندیشه حمایت از بزه‌دیدگان و جایگاه آن در گستره جهانی و سیاست جنایی تقنینی ایران، مندرج در علوم جنایی .

تحلیل جامعه‌شناختی حضانت کودک از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

دکتر اکبر احمدی^۱، سودابه طاهری^{۲*}

۱- عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ورامین

۲- دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد ورامین

چکیده

دوران کودکی یکی از حساس‌ترین و سرنوشت‌سازترین دوره زندگی است. شخصیت و اساس خصوصیات اخلاقی کودک در همین دوران پیریزی می‌گردد. بهترین مکان برای رشد و نمو کودک محیط خانواده است. یکی از مهم‌ترین اهداف حقوق خانواده تقویت نهاد خانواده و پاسداری از قداست و حفظ و بقای آن و نیز حمایت از مادران و فرزندان است. موضوع حضانت یکی از مباحث پیچیده‌ی حقوق خانواده می‌باشد که با وجود مطالعات گسترده پیرامون آن از سوی حقوقدانان و فقهاء، هنوز مسائلی در آن ناشناخته باقی مانده است. حضانت اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا کرده است. در قوانین جمهوری اسلامی ایران تعریفی از حضانت ارائه نشده و در قانون مدنی تحت عنوان نگهداری و تربیت اطفال به حضانت اشاره شده و البته تعریف حضانت به عرف و رویه قضایی واگذار شده است هیچ یک از ابویین حق ندارند از حضانت طفلی که به آن‌ها سپرده شده خودداری کنند و در صورت امتناع از سوی دادگاه ملزم می‌شوند و چنانچه الزام مؤثر نباشد هزینه حضانت طفل در درجه اول از پدر وجد پدری و سپس از مادر اخذ خواهد شد.

۱. مقدمه:

خانواده تأثیر مستقیم و بسیاری در تربیت کودک دارد. سهم عمده و اصلی تربیت کودک در درون خانواده شکل می‌گیرد؛ زیرا در دوران کودکی، تقریباً در تمام وقت در کنار خانواده است. دوران کودکی یکی از حساس‌ترین و سرنوشت‌سازترین دوره زندگی است. شخصیت و اساس خصوصیات اخلاقی کودک در همین دوران پیریزی می‌گردد. بیشتر نابسامانی‌ها و بزهکاری‌های رفتاری در بزرگسالی ریشه در دوران خردسالی و کودکی دارد. پایه اصلی شکل‌گیری شخصیت کودک در دوران هفت سال اول است همان دوران حساس که کودک در کنار والدین خود به سر می‌برد. تا این زمان هیچ مشکلی از هر جهت وجود ندارد؛ اما دلایلی همچون فوت هریک از والدین یا هر دو، طلاق ابویین این کانون پُر مهر را از هم می‌پاشد و کودک را با بحران‌های جسمانی و عاطفی شدید روبرو می‌سازد. حضانت کودک در این زمان رخ می‌دهد زمانی که هیچ پیوندی بین زن و شوهر وجود ندارد و یکی از موضوعات بحث برانگیز حقوقی و فقهی بوده است. از یک طرف مصالح جسمی و روحی کودک در نظر است و از طرفی حقوق و تکالیف هریک از والدین باید مورد توجه قرار گیرد و به همین دلیل است که پدر یا مادر، معمولاً در اثبات ذی حق بودن خود بر نگهداری از کودک مشترک، پافشاری می‌کنند. در این کشاکش، حکم قانون فاصل نزاع است. اما قانون که متنی نوشته در مجموعه‌های قانونی است، در مواردی با عواطف، بیگانه است و دادرسی نیز که به مانند شخص بی طرف عمل می‌کند، حق اجتهاد در مقابل نص را ندارد و ملزم به اجرای قانون است. باری حضانت اطفال نیز از این قاعده مستثنی نبوده و درباره آنان به حداقل مزایای حقوقی اکتفا شده است. امید است که حریم قانون حمایت اطفال وسیع‌تر گشته، مواردی را که تاکنون فقط اخلاق یا فقه به آن توجه می‌نمودند بتوان تاحدامکان وارد قلمرو حقوق نمود.

۲. طفل:

قانون‌گذار ایران طفل را تعریف نکرده است. کتب فقهی نیز کمتر به تعریف طفل و روشن کردن معنای آن پرداخته‌اند. قانون مدنی اصطلاح طفل را بکار برده است و بدون تعریف آن را مرادف با صغیر دانسته است. حقوقدانان نیز هر گاه از طفل

یاد کرده‌اند آن را به معنای صغیر دانسته‌اند. طفل یا صغیر در اصطلاح حقوق به کسی گفته می‌شود که از نظر سنی به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد.

۳. اهمیت طفل در اسلام

اسلام به موضوع اطفال توجه خاصی مبذول داشته و سعی نموده است با فرامین آسمانی خود عواطف انسانی ما را برانگیخته برای این طبقه بی‌دفاع، موقعیتی شایسته به وجود بیاورد تا جایی که آیات متعددی درباره‌ی اطفال نازل گردیده است، که مجموع این آیات ۵۶ می‌باشد. لکن آیاتی که ارتباط مستقیم با حضانت طفل پیدا می‌کند درباره‌ی موضوعات زیر است:

شیر دادن به عنوان وظیفه مادران؛

مدت شیر خوارگی؛

وضعیت شیر خوارگی بعد از طلاق مادر؛

سپردن طفل به دایه؛

نفقه مادر طفل؛

نهی از کشتن طفل؛

پسر خواندگی؛

۴. حضانت:

حضانت از ریشه حَضَن است که به فتح و کسر حاء خوانده می‌شود. حَضَن از زیر بغل تا تهی گاه سینه و ما بین دو بازو می‌باشد. حضانت در بر گرفتن و پرورش و دایگی طفل است و پرنده یا مرغ که تخم را زیر بال و پر می‌گیرد تا جوجه درآید. چون مادر، طفل را در بین بازوان و سینه قرار می‌دهد لذا گفته می‌شود که حضانت نموده است. به پدر حاضن و به مادر حاضنه و به طفل محضون گفته می‌شود، فقها از آن به حق الحضانة تعبیر می‌کنند. معانی: «در زیر بال گرفتن، در بر گرفتن، در دامن خود پروردن، پروراندن» نیز برای حضانت ذکر شده است. فقها عموماً حضانت را در معنای ولایت بر طفل می‌دانند و بدون اختلاف زیادی آنرا در کتب خود نقل کرده‌اند حقوقدانان حضانت را سلطه و اقتداری می‌دانند که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است

۵. رابطه ولایت و حضانت:

در فقه حضانت را نوعی ولایت می‌دانند. صاحب جواهر از علامه حلی و شهید ثانی نقل کرده است که در معنای حضانت گفته‌اند: حضانت، ولایت و سلطنت است بر پرورش و آنچه بدان مرتبط است. صاحب جواهر در پاسخ به کلام فوق می‌گوید: اگر مراد آن است که حضانت مانند دیگر ولایات که قابل اسقاط نیست و مادر باید بدون مزد آن را انجام دهد، دلیلی بر آن نیست، بلکه در ادله، خلاف آن دیده می‌شود، زیرا حضانت به خواست مادر معلق شده و او را احق دانسته‌اند. در این صورت بر او واجب نیست، می‌تواند آن را اسقاط کند و دستمزد مطالبه کند، مگر آنکه در این موضوع، اجماع اقامه شود که چنین نیست، بلکه در سخن فقها تحریری از اصل مسئله نیست. قانون مدنی ایران نیز بین ولایت و حضانت طفل تفاوت قائل شده است. حضانت را مربوط به طرز نگاهداری و تربیت او می‌داند و ولایت را ناظر بر امور مالی و حقوقی مالی طفل می‌داند. در مورد مدت حضانت و ولایت نیز قبلاً تفاوت وجود داشت، هر چند در حال حاضر این تفاوت منتفی شده است، به طوری که ولایت و حضانت با رسیدن به سن بلوغ پایان می‌یابند لکن ممکن است ولایت بعد از سن بلوغ نیز در مواردی تا رسیدن به سن رشد ادامه پیدا کند. رویه قضایی کشور ما نیز در این زمینه راه‌گشا نیست.

۶. حضانت حق و تکلیف پدر و مادر:

بسیاری از حقوقدانان با توجه به ماده ۱۱۶۸ ق.م که می‌گوید: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است». حضانت حق است زیرا در صورت تمرد یکی از والدین طرف دیگر حق دارد آنرا خواسته و متخلف را به انجام آن مجبور کند؛ شناسایی این حق برای والدین مانع از آنست که دادگاه بتواند، جز در مواردی که قانون مقرر داشته است آنان را از این حق محروم کند (ماده ۱۱۷۵ ق.م). پدر و مادر به استناد این حق می‌توانند اجرای حق خود را از دادگاه بخواهند؛ حق حضانت به پدر یا مادر اختیار می‌دهد تا برای تمتع و اجرای حق خود اقامه دعوی نماید اما حضانت از آن جهت تکلیف است زیرا مسئولیت‌های ناشی از نگاهداری و محافظت بر عهده مکلف است؛ می‌توان مستنکف از اجرای تکلیف را ملزم به انجام آن کرد؛ پدر و مادر نمی‌توانند در قبال اجرای تکلیف خود بر حضانت دستمزد بگیرند؛ برخی حقوقدانان معتقدند قرارداد راجع به

واگذاری یا اسقاط آن و پرداخت وجه التزام از سوی پدر و مادر بی اعتبار است: نگاهداری طفل تکلیف ابویین است، پس نمی‌توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی این اختیار خود را به مصلحت طفل به کار برند

۷. اولویت پدر و مادر بر حضانت

حضانت باید بر عهده اشخاص صالح این امر که پدر و مادر در صورت نبود آنها ولی قهری یعنی جد پدری می باشد. اما تأمین نیازهای کودک در حد مطلوب، تنها در محیط خانواده و با مشارکت و همکاری پدر و مادر میسر می‌نماید. این موقعیت که مناسب ترین ساختار برای رشد کودک خانواده است، به هیچ وجه شگفتی آور نیست. هرچه باشد خانواده حاصل یک میلیون ساله تکامل بشر است و از این رو حتماً ارزشی برای بقای نوع انسان دارد. (برون فن برنر، ۱۹۷۳). کودکی که از نظر ضعیف و ناتوان است، از یکسو، به دامن پرمهر و محبت مادر و از سوی دیگر به حمایت و همکاری و همراهی پدر احتیاج دارد. بر این اساس، تا زمانی که بنیان خانواده مستحکم و پا برجاست و تا وقتی که هرکدام از والدین برای استحکام و برقراری و ادامه این بنا می کوشند و تا زمانی که کودک در پناه این سنگر محکم، آرامش دارد، این پرسش که کدامیک از پدر و مادر بر حضانت کودک اولویت دارند، محلی نخواهد داشت. بحث از اولویت حضانت، زمانی رخ می‌نماید که بنیان خانواده به سستی گراید و بنای آن در هم ریزد؛ زن و شوهر از هم جدا شوند یا به هر دلیلی جداگانه زندگی کنند. مشکل حضانت و نگهداری کودک، اولین نتیجه طبیعی و ثمره تلخ ویران شدن بنیان خانواده است. بحث از حق رضاع و حضانت در قرآن، در ردیف آیات طلاق مطرح می‌شود. راه‌های مختلفی برای پرورش این گونه فرزندان، فرض می‌شود که برای انتخاب بهترین آن‌ها، به بررسی هریک می پردازیم:

۱. مناسبترین فرد در این شرایط، برای پرورش و تربیت کودک، مادر است و شاید که طفل، تمام دوره حضانت را نزد مادر باشد.
۲. بهترین شخص برای رسیدگی به طفل در این موقعیت حساس، پدر است و باید خردسال در اختیار پدر باشد و ایام کودکی را نزد وی سپری کند.
۳. بهترین گزینه برای نگهداری و تربیت کودک، همچون دوران پیش از جدایی، مشارکت پدر و مادر است، با این تفاوت که کودک مدتی در اختیار مادر تحت تربیت پدر باشد. این راه نیز دوگونه تصور می‌شود: نخست اینکه در سال‌های آغازین، که توانایی کودک کم‌تر و نیاز وی به توجه و مراقبت بیشتر است، در اختیار مادر و پس از آن، در اختیار پدر قرار گیرد؛ فرض دوم، عکس این صورت است، ابتدا نزد پدر و پس از چند سال، در اختیار مادر گذارده شود
۴. راه دیگر آنست که کودک را از آنان بگیرند و به نزدیکان یا اشخاص دیگر یا سازمان‌های مکمل بسپارند تا از وی مواظبت کنند و او را پرورش دهند.

۸. تفاوت حضانت و تربیت

می‌توان از جهات موضوع، شروع تکلیف و ضمانت اجرا بین حضانت و تربیت تفاوت گذاشت که در ذیل به بررسی همه این جهات می پردازیم. حضانت از نظر موضوع با تربیت تفاوت دارد؛ زیرا به طوری که در مبحث حضانت توضیح داده شد حضانت بیشتر امر مادی کودک را در بر می‌گیرد و تربیت امر معنوی را. به عبارت دیگر حضانت اساساً ناظر به جسم کودک است و مربوط به نگاهداری و مواظبت وی در برابر خطرات مادی و ونظیر حوادث و سوانحی که جسم طفل را به مخاطره می‌اندازد. از نظر شروع تکلیف باید گفت که بین حضانت و تربیت تفاوت وجود دارد؛ زیرا تکلیف حضانت همزمان با ولادت نوزاد آغاز می‌شود ولی زمینه شروع تربیت حداقل می‌توان تربیت عمومی و اختصاصی را از هم تفکیک کرد. چنان که گفته شد تربیت عمومی مدتی بعد از ولادت، هر چند در سنین پائین آغاز می‌گردد، ولی تربیت اختصاصی که با آموزش دانش و حرفه همراه است از سن تمیز شروع می‌شود. حضانت و تربیت از نظر ضمانت اجرا با هم تفاوت دارند در باب حضانت هرگاه معلوم شود کسی که حضانت طفل به او محول گردیده از انجام تکالیف مربوط به آن امتناع کرده است پس از اثبات این امر، دادگاه بر طبق ماده ۱۳ ق.ح.خ. متخلف را به پرداخت جریمه محکوم می‌کند و در صورت تکرار یا در صورتی که مصلحت طفل اقتضاء کند، دادگاه می‌تواند علاوه بر جریمه حضانت طفل را به شخص دیگری واگذار نماید به علاوه طبق قانون ۱۳۶۵ ممکن است شخصی که علی‌رغم حکم دادگاه طفل را به دارنده حق حضانت تحویل نمی‌دهد یا در اجرای حکم اخلال می‌کند به زندان افکنده شود تا زمانی که به حکم دادگاه راجع به حضانت تمکین نماید. شایان ذکر است که تربیت کلی و عمومی کودکان و نوجوانان برای ابویین بیشتر جنبه اخلاقی دارد و برای مسامحه یا غفلت والدین در این زمینه ضمانت اجرای مادی خاص پیش بینی نشده است، ولی برای مسامحه ابویین در تعلیمات اجباری ضمانت اجرای مادی در نظر گرفته شده است.

۹. عوامل سقوط حضانت در حقوق و فقه:

برخی علل و عوامل وجود دارد که باعث می‌شود دارنده حق حضانت نتواند حق خود را اعمال و اجرا نماید. حقوقدانان در خصوص مفهوم و ماهیت این علل و اسباب اختلاف نظر دارند. برخی اصطلاح «عوامل سقوط حق حضانت» و برخی دیگر «موانع اجرای حق حضانت» را اختیار کرده‌اند. عده‌ای دیگر نیز تحت عنوان «موارد سقوط حق حضانت» به این بحث می‌پردازند، بدون اینکه دلیل‌گزینه‌ش این عنوان را ذکر یا مفهوم آنرا روشن سازند. دکتر کاتوزیان در تفاوت این دو مفهوم دلایلی را ذکر می‌کنند و سپس عنوان مورد نظر خود را اختیار می‌کنند که به لحاظ اهمیت به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱. هرگاه عاملی حق حضانت پدر و مادر را به حالت تعلیق نگه دارد، بدین معنی که تا آن عامل وجود دارد حضانت را نتوان به صاحب حق واگذار، ولی پس از زوال مانع دوباره وضع به حالت عادی بازگردد، آنرا مانع از اجرای حق حضانت می‌نامند.
 ۲. هرگاه حادثه‌ای حق نگهداری و تربیت فرزند را برای همیشه از بین ببرد، باید آنرا از عوامل سقوط حضانت شمرده مثل: مرگ.
 ۳. گاهی به عواملی که مانع از اجرای حق حضانت است، به این اعتبار که به طور موقت و مشروط حق پدر و مادر را از بین می‌برد عامل سقوط حضانت نیز گفته می‌شود که تنها با مسامحه می‌توان آنرا بکار برد.
- در فقه نیز از این عوامل به مسقطات حق حضانت تعبیر شده است و به تفاوت این دو عنوان چندان توجهی نشده است. در فقه عامه و امامیه و نیز قانون مدنی به بحث و بررسی پیرامون عوامل سقوط حضانت پرداخته شده است. در فقه اهل بیت در خصوص شمار عوامل سقوط حضانت اختلاف نظر وجود دارد لکن با استقراء در کتب فقهی امامیه معلوم می‌شود که فقهای امامیه ۴ شرط قائل هستند. این شروط بدین شرح اند:

۱. جنون
۲. ازدواج مادر
۳. کفر
۴. عوامل لازم به ارزیابی نوعی دادگاه

۱۰. بحث و بررسی:

درباره‌ی حضانت و نگهداری طفل سخن زیاد گفته شده و ممکن است که این مبحث در بقیه سیستم‌های حقوقی جهان نیز مورد مطالعه و مقایسه قرار گیرد ولی نتیجه همه بررسی‌ها یک چیز خواهد بود و آن اینکه حقوق نتوانسته‌اند آنطور که باید نسبت به حفظ، نگهداری و تعلیم و تربیت و از همه مهم‌تر آماده ساختن طفل برای زندگی اجتماعی به کمال مطلوب برسند. اصولاً مگر می‌شود تربیت روحی و رفع احتیاجات یک انسان را به دادگاه واگذار نمود. در زندگی کودک و رابطه آن با پدر و مادر هزاران نکته لطیف و ظریف وجود دارد که حقوق نه می‌خواهد نه می‌تواند آن‌ها را پیش بینی نموده و دستگاه قضایی نیز در اجرای آن به قدر متیقنی اکتفا می‌کند. «در خانواده نمی‌توان حقوق و اخلاق را از هم جدا ساخت و مرز بین قواعد آن دو را به دقت رسم کرد». مسائل خانوادگی، نکاح، طلاق و رابطه ابوبین با اطفال مسائلی نیست که تنها در چارچوب قوانین حل و فصل شوند و یا قانون حمایت خانواده بتواند آنرا به کمال برساند بلکه اینها مسائلی است که افراد جامعه بایستی آن‌ها را درک نموده بخواهند و دوست داشته باشند انجام دهند. چگونه می‌توان با چند ماده قانون و محکمه‌ای ناآشنا با مشکلات کودکان در زندگی روزمره یک پدر و پسر و یا یک مادر و دختر دخالت نموده و در تمام اوقات اعمال آن‌ها را زیر ذره بین انتقادات حقوقی قرار داد آیا چنین کودکی که در خردسالی با حقوق و مسائل آن روبرو شده، کودک خالی از عقده‌های روانی بار خواهد آمد؟ برعکس اگر انجام این کار را به روح و عاطفه و اخلاق و وجدان اجتماع بسپارید و آن‌ها را به اهمیت مسئله واقف سازید نتیجه‌ای بهتر خواهید گرفت. حقوق کودک نیز از این ماجرا دور نمانده و وظایف خانواده و اجتماع نسبت به او تنها در وجدان اخلاقی افراد آن هم نه همه افراد، بلکه عده‌ای صاحب دل، متوقف مانده است و سرنوشت او را فقط در خلاء ۱۲ ماده قانون مدنی (مواد ۱۱۶۸ الی ۱۱۷۹) و ۴ ماده قانون حمایت خانواده (۹ و ۱۲ و ۱۳ و ۱۸) بیان داشته‌اند و تازه این مقررات در صورت وجود اختلاف بین ابوبین در حضانت طفل مطرح می‌شود و به عنوان قواعد امره اختلافات آن‌ها را بر سر کودک علی‌الظاهر حل می‌نماید. سخن در این است که کودکی که در مسیر اختلافات قرار گیرد و بخواهیم با مقررات سرنوشت او را تعیین کنیم نفس اختلاف و مراجعه به دادگاه و برخورد با قضات حرفه‌ای احياناً دور از لطافت و ظرافت ایام کودکی خود صدمه‌ای بر روح و روان طفل است. زیرا زمان او زمان لبخندها و خوش بینی‌ها و خوش باوریهاست نه آشنایی با مسائل حقوقی حضانت و مشمول آن قرار گرفتن در هر حال در مورد کودک و مقررات حضانت او باید ترتیبی داده شود که از اختلافات و نابسامانیهای او پیشگیری شود. ولذا باید به این مطلب توجه داشته باشیم: «تحولات سنین کودکی، تضادها و تناقضات مربوط به محیط و شرایط مختلفه تأثیر بسزایی در آینده کودک و شخصیت و زندگی و به طور کلی سرنوشت وی دارد.» کلیه متخصصان اتفاق

نظر دارند که تأثرات اولین سال‌های زندگی در پرورش کودک و آینده او بسیار مهم است و چه بسیار از مشکلات جوانان در دوره‌های مختلف زندگی که بر اثر تربیت نادرست سال‌های اول زندگی یا فقدان تربیت و عدم توجه به مشکلات و معضلات جسمانی و روانی آن‌ها در این دوره می‌باشد. با این ترتیب ملاحظه می‌شود که برای حمایت کودک و آماده ساختن او برای یک زندگی صحیح وجود جمعاً ۱۶ ماده در حقوق مدنی ایران از نظر کمی و کیفی چقدر کم و ناقص می‌باشد و با ایده آل حقوقی او که: «هر کودک این حق را دارد که مادری آموزنده و باسواد و نیز پدری که از توجه و اندیشه و... بهره مند باشد، داشته باشد.» ملاحظه می‌شود که تنها حمایت و حضانت مربوط به زمان تولد به بعد طفل نمی‌باشد و زمان قبل از ولادت نیز مطرح است زیرا از نظر سلامت کودک، این زمان نیز بسیار مؤثر می‌باشد و بجاست که مادر او در حین بارداری تحت معاینات روانکاوی لازمه قرار گیرد، وقتی نوع تغذیه مادر، طرز تفکر، روابط زن با شوهر، آرامش اعصاب و بالاخره آرامش خانوادگی چنین حملی در سلامت کودک آینده دارای اهمیت کامل می‌باشد. با توجه به قانون و فقه یکی از مهم‌ترین اهداف حقوق خانواده تقویت نهاد خانواده و پاسداری از قداست و حفظ و بقای آن و نیز حمایت از مادران و فرزندان است بر اساس اصول ۲۱ و ۱۵۶ قانون اساسی، قانون باید از مادران در دوران بارداری و حضانت، حمایت کند و نیز در صورت نبودن ولی شرعی قیمومیت فرزندان به مادران شایسته سپرده شود. دادگاه در کلیه مواردی که مبادرت به صدور گواهی عدم سازش می‌کند باید ترتیب اطمینان بخشی را در خصوص نگهداری و حضانت و میزان نفقه اطفال با توجه به وضعیت مالی و اخلاقی زوجین و با در نظر گرفتن مصلحت صغار تعیین کند و به موجب قانون مدنی نگهداری طفل پسر تا ۲ سال و دختر تا ۷ سالگی با مادر و پس از آن با پدر است و چنانچه مادر در مدتی زمانی که نگهداری طفل به او سپرده شده مجنون شده یا ازدواج کند حق حضانت از او سلب می‌شود. هیچ یک از ابویین حق ندارند از حضانت طفلی که به آن‌ها سپرده شده خودداری کنند و در صورت امتناع از سوی دادگاه ملزم می‌شوند و چنانچه الزام مؤثر نباشد هزینه حضانت طفل در درجه اول از پدر وجد پدری و سپس از مادر اخذ خواهد شد. چنانچه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر و مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد دادگاه می‌تواند با تقاضای بستگان، قیم یا رئیس حوزه قضایی ترتیب مقتضی دیگری را برای حضانت کودک اتخاذ کند. مواردی که می‌تواند از مصادیق تغییر حضانت باشد عبارت است از: اعتیاد زبان آور به الکل، مواد مخدر، قمار، اشتها به فساد اخلاق و فحشا، ابتلا به بیماری روانی به تشخیص پزشکی قانونی، سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضد اخلاقی مانند: فساد، فحشا، تکدی گری، قاچاق، تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف. چنانچه به حکم دادگاه حضانت و نگهداری طفل برعهده کسی قرار گیرد و پدر یا مادر یا هر شخص دیگری مانع از اجرای حکم شود یا از استرداد طفل خودداری کند، دادگاه تا زمان اجرای حکم شخص ممتنع را بازداشت می‌کند. در صورتی که به علت طلاق یا هر علت دیگری ابویین در یک منزل سکونت نداشته باشند دادگاه برای هر یک از ابویین که طفل تحت حضانت او نیست حق ملاقات تعیین و تعیین جزییات این ملاقات با دادگاه خانواده است. نکته قابل توجه این است که قانون مدنی، بسیاری از مواد قانونی خود را بر اساس فقه امامیه و روایات بیان شده تدوین نموده است. (مطابق قانون و فقه با یکدیگر) اما در جاهایی نیز به خطا رفته است، که باید توجه هر چه بیشتر قانونگذاران را به خود معطوف دارد. تا بتوانند قدم‌هایی را در جهت اصلاح این مواد بردارند.

برای مثال: در قانون مدنی طبق ماده ۱۱۶۸ ق.م: حضانت حق و تکلیف پدر و مادر است. در مورد پدر که حرفی نیست. اما مادر طبق قانون در حضانت تکلیف دارد و باید به لوازم آن پایبند باشد. با تحقیق در فقه می‌توان گفت مشهور فقها معتقدند که حضانت نسبت به مادر یک حق است و جنبه تکلیفی ندارد، و این حق نیز قابل اسقاط است. پس مفاد ماده ۱۱۶۸ ق.م مستند فقهی و شرعی نداشته و مخالف با نظر مشهور فقها است.

از این دست اشکالات که خلأهای قانونی و ابهاماتی در مواد قانونی (عدم تطابق با فقه) را بیان می‌دارد در ماده‌های دیگر قانون مدنی نیز مشاهده می‌گردد. مانند: مواد ۱۱۷۲ ق.م، ماده ۱۱۷۰ ق.م، ۱۱۷۱ ق.م، ماده ۱۱۷۳ ق.م و....

به هر تقدیر با توجه به اختلاف نظرات فقها و حقوقدانان، به نظر می‌رسد باید این مسائل مورد تحقیق قرار گیرد و رویه واحدی برای محاکم مشخص گردد.

۱۱. نتیجه:

در قانون مدنی اولویت در امر حضانت برای پسران تا ۲ سال و برای دختران تا ۷ سال به مادر اختصاص دارد (ماده ۱۱۶۹ ق.م) و این موضوع به عنوان یک قاعده آمره پذیرفته شده است (ماده ۱۱۷۲ ق.م) و تنها هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد ... (ماده ۱۱۷۳ ق.م) اعتبار این قاعده از بین می‌رود. پس در قانون مدنی، (اولویت) قاعده‌ای امری است تا خلاف آن ثابت شود و دادگاه‌ها نیز مجبورند از آن تبعیت نمایند مگر اینکه انحطاط اخلاقی و عدم مواظبت والدین ثابت شود. در قانون حمایت

خانواده (اولویت) بر اساس فرض قانونی تعیین نمی‌گردد تا دادگاه‌ها نیز مکلف به تبعیت از آن باشند بلکه مسئله اولویت، با آزادی عمل وسیله‌ی محاکم تعیین می‌گردد. لکن آزادی عمل دادگاه‌ها مطلق نمی‌باشد بلکه ملاک‌های سه‌گانه‌ای برای آنان در قانون مقرر گردیده که در چهارچوبه آن، اولویت را مورد حکم قرار دهند. ملاک‌های مزبور عبارتند از وضع اخلاقی و مالی والدین و مصلحت اطفال (ماده ۱۲ ق.ح.خ). در قانون مدنی ایران برای اینکه دادگاه بتواند اولویت را نفی کند بایستی (عدم مواظب والدین و انحطاط اخلاقی) آنان ثابت شود در حالی که در قانون حمایت خانواده دادگاه می‌تواند بدون طرح مسئله انحطاط اخلاقی اولویت را از میان پدر و مادر صالح به آنکه اصلح است واگذار نماید. بدیهی است در صورت تساوی موقعیت اخلاقی و مالی والدین، با سکوت قانون حمایت خانواده ناگزیر بایستی از قاعده‌ی اولویت قانون مدنی تبعیت نمود زیرا زمینه‌ی حقوقی حضانت در حقوق ایران در قانون مزبور تعیین گردیده است.

از طرفی گرچه ملاک‌های مقرر در قانون حمایت خانواده (وضع اخلاقی و مالی والدین و مصلحت اطفال) در قانون مدنی نیز مقرر گردیده (مفاد و مفهوم مواد ۱۱۷۲ و ۱۱۷۳ ق.م) لکن اختلاف بین دو قانون در این است که در قانون مدنی ملاک‌ها برای والدین قبول می‌شود تا خلاف آن ثابت گردد در حالی که در قانون حمایت خانواده پس از احراز ملاک‌ها، اولویت واگذار می‌شود.

این نکته را نیز یادآور می‌شوم که گرچه آزادی محاکم در امر ارجاع اولویت فقط اختصاص به زمان انحلال نکاح دارد (مواد ۹، ۱۲، ۱۳ و ۱۸ ق.ح.خ) و در زمان ازدواج بایستی از قاعده اولویت قانون مدنی استفاده نمود، لکن استدلال مخالفی نیز می‌توان عنوان کرد و آن توجه به روح قانون حمایت خانواده است که از آن چنین استفاده می‌شود که قانونگذار راه حضانت را در قسمت اولویت به کلی تغییر داده و آزادی عمل دادگاه مورد توجهش بوده است.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن ادریس، سائر، گردآوری شده در سلسله ینابیع الفقهیه، ج ۲۵، چ اول، ۱۴۱۰ هـ ق.
۳. امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی»، کتابفروشی اسلامی، چاپ هجدهم، تهران، بی‌تا.
۴. بهجت، سیستانی - صافی، «مجموعه‌ی آرای فقهی قضایی در امور حقوقی»، مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضائیه، چاپ اول، قم، ۱۳۸۱ ش.
۵. ابراهیمی، حائری، «حق حضانت و نگهداری کودک»، کاوشی نو در فقه، دفتر تبلیغات اسلامی، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۱۴۱.
۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، «حقوق خانواده»، شرکت انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۵ ش.
۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، «مقدمه‌ی علم حقوق»، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۴۶ ش.
۸. حلی، محقق، «شرائع الاسلام»، اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۲، ص ۲۹۰؛ نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۹۵؛ علامه حلی، «قواعد الاحکام»، مؤسسه‌ی النشر الاسلامی، چاپ اول، ج ۳، ص ۱۰۲.
۹. علامه حلی، «مختلف الشیعه»، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۵، ج ۷، ص ۳۱۰.
۱۰. شهری، غلامرضا و دیگران، «مجموعه قوانین و مقررات حقوقی»، دفترهای اول تا سوم، انتشارات روزنامه‌ی رسمی، تهران، ۱۳۸۱؛ (دفتر سوم، جهاد دانشگاهی علامه طباطبایی)، تهران، ۱۳۸۳.
۱۱. شیخ طبرسی، تفسیر مجمع البیان، بی‌تا، ج ۱ و ۲، ۱۳۷۹ ق.
۱۲. فخرالدین، طریحی، «مجمع البحرین»، انتشارات مرتضوی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۵.
۱۳. میتنا، احمد، «مجموعه رویه قضایی حقوقی»، انتشارات رهام، تهران، ۸۲-۱۳۸۱.
۱۴. مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضائیه، «آسیب‌شناسی فقهی قوانین حقوقی (قانون مدنی)»، دوره‌ی دو جلدی، ۱۳۸۲.
۱۵. معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه، «رویه‌ی قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده»، انتشارات جنگل، دوره‌ی ۵۸ جلدی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷.
۱۶. معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی، ج ششم، تهران، ۱۳۸۰.
۱۷. معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه، «سن بلوغ و رشد کودک»، تهران، ۱۳۸۲ ش.
۱۸. جبعی العاملی، زین‌الدین - مکی العاملی، محمدبن جمال‌الدین (شهید اول و ثانی)، «الروضه‌ی البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة»، انتشارات مؤسسه‌ی الاعلی للمطبوعات، بیروت، بی‌تا.

نسبت سنجی تمرکز زدایی در مناطق آزاد صنعتی تجاری ایران (با تأکید بر مبهم بودن شخصیت حقوقی سازمان مناطق آزاد)

محمد باران زهی^۱، علی اکبر گرجی ازندریانی^۲

۱. پژوهشگر دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد زاهدان

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

در نظام تمرکز زدایی پاره‌ای از اختیارات اداری دولت و نهادهای مرکزی به واحدهای محلی مانند شوراها و شهرداریها سپرده میشود. کلیه اختیارات واحدهای محلی اعطایی است و باید در پرتو اصولی مانند تمامیت ارضی و حاکمیت ملی اعمال شوند. واضح است که شوراها محلی فقط در چهارچوب تفویض اختیار از سوی قدرت مرکزی اعمال صلاحیت میکنند و فاقد صلاحیت های حاکمیت ستیز هستند. نظام اداری ایران حتی به مفهوم اولیه کلمه هم از روش های تمرکز زدایی اداری بهره نگرفته است. یکی از راهکارهای جبران خلا تمرکز زدایی در ایران توسل به روش مناطق آزاد تجاری و صنعتی است. هدف اصلی از ایجاد چنین مناطقی گریز از مقررات دست و پاگیر کشور در حوزه تجارت، صنعت و حرکت پرشتاب تر به سمت رونق اقتصادی و توسعه است. اما پرسشی که کمتر مورد توجه حقوقدانها قرار گرفته آن است که مناطق آزاد دارای کدام ساختار نهادی و اداریاند و میزان استقلال اداری آنها چقدر است؟ آیا با حجم اندک استقلال نهادهای اداری مناطق آزاد تحقق اهداف مورد نظر ممکن است؟

کلیدواژگان: تمرکز زدایی، شخصیت حقوقی، مناطق آزاد تجاری صنعتی

مقدمه

در ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۲ چنین آمده است: «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می‌گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است اداره می‌شود. این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصراً براساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود»^۱.

حال بر اساس آن چه در این ماده مطرح شده است می‌توان نکات ذیل را ابتدا استخراج نمود سپس با توجه مفاهیم و نکات قابل تامل به جایگاه حقوقی ذکر شده در این ماده هم‌گام محلی برای رد مصوبات مربوط به مناطق آزاد تجاری - صنعتی توسط شورای نگهبان شده است اشاره نمود.

۱) اداره مناطق آزاد توسط سازمانی که با شخصیت حقوقی مستقل و تحت عنوان شرکت ایجاد و سرمایه آن متعلق به دولت خواهد بود؛

۲) در ادامه قانون‌گذار - اگر چه مفهوم شرکت دولتی را برای مناطق آزاد تبیین نموده بود - با عبارت «این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصراً براساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد» سازمان مناطق آزاد را از یک نظام حقوقی ویژه و خاص برخوردار نموده است با این تذکر که مستثنی نمودن مطلق از سایر مقررات عمومی خود جای تامل و بحث دارد آن هم در شرایطی که اولاً این مناطق توسط مصوبه مجلس ایجاد می‌شوند ثانیاً دارای بودجه دولتی هستند ثالثاً رییس جمهوری و اعضای دولتی عضو سازمان مناطق آزاد هستند. البته در ادامه سعی می‌گردد بر اساس قانون مدیریت خدمات کشوری و نیز قانون تجارت علاوه بر تبیین و بیان ویژگی‌های شرکت‌های دولتی و تجاری، سایر شخصیت‌های حقوقی مذکور در قانون را مورد بررسی مختصر قرار داد؛

^۱ ماده ۵ در قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۲

۳) در همان ماده ۵ اشاره شده است که سازمان مناطق آزاد «منحصراً براساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد» و به نحوی یک نظام حقوقی ویژه برای آن قایل شده است؛

۴) و در نهایت و در پایان ماده ۵ اشاره شده است «...در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساسنامه، [شرکت سازمان مناطق آزاد یا شرکت های تابعه] تابع قانون تجارت خواهند بود».

۱- تبعیت از نظام حقوقی ویژه

مناطق آزاد چنان چه از نامشان پیداست از شمول حداقل برخی از قوانین و مقررات مجری در بقیه قلمرو کشور (سرزمین اصلی) مستثنی می باشند. به عبارت دیگر این مناطق یک ویژگی خارج از قلمرویی دارند؛ یعنی این که از جهات مختلفی از قبیل مقررات مربوط به صادرات و واردات، مقررات راجع به پول و بانکداری، مقررات راجع به ورود و خروج اتباع خارجی، مقررات راجع به شرکت ها و حتی در برخی موارد مقررات راجع به اشتغال و تامین اجتماعی، مشمول قوانین و مقررات معمولی نمی باشند و تابع رژیم خاصی هستند. ۱

در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران نظیر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران این امر مورد توجه مقنن قرار گرفته است؛ به عنوان نمونه در قانون مربوطه آمده است که «مناطق آزاد از تسهیلات و امتیازات موضوع این قانون برخوردار خواهند بود» ۲ و در تکمیل این ماده چنین آمده است: «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است اداره می شود. این شرکت ها و شرکت های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصراً براساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود» ۳. البته در قانون برنامه چهارم توسعه نیز این بحث امتیاز به این مناطق مورد تاکید

۱. فاضل حمید، (۱۳۷۱)، «نقش مناطق آزاد در جلب سرمایه های خارجی»، پایان نامه کارشناسی

ارشد، دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی دانشگاه تهران، ص ۱۷۰.

۲. تبصره ماده ۱ در قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال

۳. ماده ۵ در قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۲

قانونگذار قرار گرفته بود که «محدوده آبی مناطق آزاد که قلمرو آن با رعایت مسائل امنیتی و دفاعی با پیشنهاد هیئت وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید از امتیازات قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲/۶/۷ و اصلاحات بعدی آن برخوردار خواهد بود»^۱.

پس سیاست امتیازات دولتی مساله ای دیگر در جذب سرمایه گذاری داخلی است اگر دولت بتواند در سیاست های امتیاز دهی خود تغییراتی را اعمال دهد به طوری که طرف دیگر از این امتیازات بهره ای ببرد، این مساله خود باعث افزایش تقاضا برای سرمایه گذاری داخلی میگردد، امتیازات دولتی نیز از طریق سیاست گذاری های مدیران ارشد می تواند در جهت جذب سرمایه نهاده شده و در آینده نیز از طرف دیگر باعث کاهش بار اقتصادی منفی ناشی از سرمایه گذاری خارجی توسط سرمایه گزاران بر کشور گردد.^۲

البته شایان ذکر است بین دو مفهوم منطقه آزاد تجاری و ویژه تفاوت های اساسی وجود دارد؛ برخی از مهم ترین تفاوت های مناطق آزاد و ویژه را می توان در موارد زیر خلاصه کرد:
(۱) معافیت مالیاتی به مدت ۱۵ سال در مناطق آزاد وجود دارد و در مناطق ویژه اقتصادی تخفیف مالیاتی طبق مقررات داخل کشور است.

و در خصوص مالیات نیز اشخاص حقیقی و حقوقی که در منطقه به انواع فعالیت های اقتصادی اشتغال دارند، نسبت به هر نوع فعالیت اقتصادی در منطقه آزاد از تاریخ بهره برداری مندرج در معجوز به مدت پانزده سال از پرداخت مالیات بر درآمد و دارایی موضوع قانون مالیات های مستقیم معاف خواهند بود و پس از انقضاء پانزده سال تابع مقررات مالیاتی خواهند بود که با پیشنهاد هیأت وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.^۳ البته مبنای استفاده از

^۱ - بنده ماده ۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه

^۲ . A. radhna, Aggarwal (2005), "Performance of Export Processing Zones: A Comparative Analysis of India, Srilanka and Bangladesh".p.4-5.

Website: www.icrier.org

^۳ - ماده ۱۳ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

معافیت های مالیاتی زمان شروع فعالیت (بهره برداری) مندرج در مجوز است که از سوی سازمان های یاد شده (حسب مورد) اعلام می شود. ۱

البته لازم به ذکر این نوع معافیت مالیاتی و یا بهتر است بگوییم این نوع قانونگذاری خود می تواند تداعی کننده شکل نظام وحدت انضمامی هم باشد که قانونگذاری متنوع و دستگاه تقنین یکی است؛ و به واقع مرتبه ای بالاتر از عدم تمرکز می باشد.

۲) خرده فروشی کالا در مناطق ویژه اقتصادی فقط برای اتباع خارجی امکان پذیر است. لیکن در مناطق آزاد خرده فروشی برای اتباع خارجی و داخلی امکان پذیر می باشد.

۳) مقررات روادید برای اتباع خارجی در مناطق ویژه بر اساس ضوابط داخل کشور است ولی در مناطق آزاد روادید در مرزهای ورودی اعطاء می شود.

۴) مقررات کار و بیمه اجتماعی در استخدام اتباع خارجی در مناطق آزاد تابع مقررات خاص مناطق می باشد ولی در مناطق ویژه اقتصادی تابع مقررات داخل کشور است. ۲

در مجموع می توان چهار خصیصه برای مناطق آزاد برشمرد: معافیت گمرکی، معافیت مالیاتی، تسهیلات اداری، استقلال اداری. ۳

۱-۱- سرمایه گذاری خارجی در مناطق آزاد و مراحل آن

۱-۱-۱- سرمایه گذاری خارجی در مناطق آزاد

مهم ترین ابزار برای توسعه صادرات صنعتی مناطق آزاد جذب سرمایه های خارجی است. ایجاد بستر قانونی مناسب اولین پیش شرط برای جذب سرمایه به مناطق آزاد است. به همین دلیل در قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تمهیدات قانونی قابل توجهی - در مقایسه با قوانین سرزمین اصلی - برای دستیابی به این ابزار مهم فراهم شده است. براساس ماده ۲۰ قانون مزبور، ورود و خروج سرمایه و سود حاصل از فعالیت های اقتصادی در هر یک از مناطق آزاد است.

^۱ - بخشنامه سازمان امور مالیاتی کشور به شماره ۲۰۰/۹۵/۵۰ به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۱

^۲ . مقدسی علیرضا (۱۳۸۹)، «مناطق آزاد: اصول، مفاهیم، کارکردها و راهکارها»، به نقل از سایت اینترنتی زیر:

<http://www.aftabir.com/articles>

^۳ . سایت مناطق آزاد ایران

مقررات اجرایی این قانون برای سهولت بخشیدن به اهداف این ماده میزان مشارکت سرمایه گذاران خارجی در فعالیت های اقتصادی منطقه را به هر نسبتی از مشارکت آزاد کرده است.

در این قانون اختیارات هیأت وزیران ناشی از «قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه های خارجی» مصوب سال ۱۳۳۴ و آیین نامه های اجرایی آن در محدوده مناطق آزاد به شورای عالی مناطق آزاد تفویض شده است. بر این اساس شورای مزبور نیز مقرراتی به منظور جذب سرمایه های خارجی و با محدودیت های کمتر از قانون مصوب سال ۱۳۳۴ تدوین کرد.

به موجب مفاد آیین نامه مقررات سرمایه گذاری در مناطق آزاد شمال و...، کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از ایرانی و خارجی و سازمان های بین المللی طبق این مقررات می توانند به طور مستقل یا با مشارکت سازمان و شرکت های تابع آن و یا با مشارکت یکدیگر در مناطق آزاد سرمایه گذاری کنند. سرمایه هایی مشمول این مقررات می شود که:

- ۱) در فعالیت های مجاز در هر منطقه به کار برده شود.
- ۲) مراحل کامل اخذ مجوز سرمایه گذاری و ثبت سرمایه مندرج در این مقررات را رعایت کند.
- ۳) مستلزم اعطای امتیاز حقوق انحصاری به سرمایه گذار توسط سازمان منطقه آزاد، نباشد.

۱-۲-۱- مراحل سرمایه گذاری

مراحل سرمایه گذاری در مناطق آزاد تقریباً از تمرکز شدید فاصله دارد. با این توضیح که سرمایه گذار در مناطق آزاد می تواند پس از تکمیل پرسشنامه، و صدور مجوز توسط سازمان منطقه آزاد مربوط، سرمایه خود را به چهار شکل ممکن (نقدی، ماشین آلات، حقوق مالکیت معنوی و سود حاصل از سرمایه گذاری)، به منطقه وارد کند. تمامی واحدهایی که به موجب مجوز سرمایه گذاری در منطقه ایجاد می شوند مکلفند همه ساله گزارش عملکرد و صورتهای مالی خود را به سازمان ارسال کنند. صورت های مالی باید به تأیید مؤسسه حسابرسی مورد وثوق سازمان رسیده باشد. براساس مقررات مزبور، سرمایه گذاران می توانند سهام یا سهم الشرکه خود را با موافقت سازمان منطقه به سرمایه گذاران دیگر واگذار کنند. در این صورت انتقال گیرنده از هر نظر جانشین سرمایه گذار اول می شود. بنا به ماهیت سرمایه

گذاری، یکی از مسایل مهمی که همیشه در جلب و جذب سرمایه خارجی مطرح می شود، تضمین و حمایت این سرمایه ها در مقابل ملی شدن و مصادره و جبران خسارات وارده - در کشور مقصد - است. ۱

براساس مقررات سرمایه گذاری مناطق آزاد، حقوق قانونی سرمایه گذاران خارجی تضمین می شود و اگر سرمایه سرمایه گذاران خارجی در مواردی براساس قانون و به نفع عموم ملی شود و یا این که از سرمایه گذاران مزبور سلب مالکیت شد، جبران عادلانه خسارت ها به عهده سازمان است.

به دلیل اهمیت این موضوع، ماده ای خاص در متن قانون چگونگی اداره مناطق آزاد ۲ به این مطلب اختصاص دارد. بدین ترتیب سازمان هر منطقه می تواند با تصویب هیأت وزیران (شورای عالی مناطق آزاد)، از محل دارایی های خود یا از طریق عقد قرارداد با بان کها و مؤسسات اعتباری و شرکت های بیمه نسبت به تضمین سرمایه های خارجی در مقابل خسارات ناشی از سلب مالکیت و ملی شدن تا حد تعهدات مندرج در قراردادهای مربوط اقدام کند. به رغم تضمین های فوق، دو مشکل عمده بر سر راه سرمایه گذاری های خارجی به منظور جذب در مناطق آزاد وجود داشت.

اول این که، سرمایه گذاران خارجی، به لحاظ امکانات محدود مالی سازمان مناطق آزاد، تضمین آن ها را کافی نمی دانند. برای مثال سرمایه هر یک از مناطق به موجب اساسنامه آن ها ۱۰۰ میلیارد ریال و یا براساس بهای فعلی ارز، فقط در حدود ۱۲ میلیون دلار است. این میزان سرمایه برای تضمین میلیاردها دلار سرمایه خارجی در یک دوره بلندمدت به هیچ وجه کافی به نظر نمی رسد.

دوم این که، اگر چه قانون چگونگی اداره مناطق آزاد مقرر کرده است که سازمان های مناطق آزاد هر منطقه مجازند با عقد قرارداد با شرکت های بیمه، سرمایه های مورد نظر را تضمین کنند، در سراسر متن این قانون هیچ اشاره ای به چگونگی تأسیس و فعالیت شرکت های بیمه در مناطق آزاد نشده است. به منظور جلوگیری از مشکلات فوق، به پیشنهاد هیأت وزیران و

۱. مهرزاد مظلومی، «قانون چگونگی مناطق آزاد تجاری صنعتی جمهوری اسلامی ایران»، همان،

صص ۶۹-۷۰.

۲. ماده ۲۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد

تصویب مجلس شورای اسلامی، ماده ۲۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، اصلاح و ماده ۲۸ به قانون مزبور الحاق شد. مطابق با ماده ۲۱ □ حقوق قانونی سرمایه گذاران خارجی که پذیرش سرمایه آن ها به تصویب هیأت وزیران رسیده است، مورد تضمین و حمایت است. اگر در مواردی قانون سرمایه سرمایه گذاران مزبور را به نفع عموم ملی اعلام کند یا اینکه از سرمایه گذاران یاد شده سلب مالکیت شود □ جبران عادلانه خسارت به عهده دولت است. یکی دیگر از نکاتی که سرمایه گذاران داخلی و خارجی به آن توجه بسیار دارند، قوانین مالیاتی منطقه ای است که در آن مبادرت به سرمایه گذاری می کنند. به موجب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، اشخاص حقیقی و حقوقی که در مناطق آزاد به فعالیت های اقتصادی اشتغال دارند، از تاریخ بهره برداری مندرج در مجوز، به مدت ۱۵ سال از پرداخت مالیات بر درآمد - موضوع قانون مالیاتهای مستقیم - معاف خواهند بود. از این رو، سرمایه گذاران داخلی و خارجی در یک دوره بلند مدت قادر خواهند بود بدون پرداخت مالیات به فعالیت اقتصادی در مناطق آزاد مبادرت ورزند.

۱-۲-۱- حمایت های حقوقی در جهت برداشتن موانع سرمایه گذاری خارجی

۱-۲-۱-۱- انگیزه ها و معافیت های موجود در مناطق آزاد

در مناطق آزاد خصوصا کشورهای در حال توسعه، معافیت ها و انگیزه های خاصی در ارتباط با سرمایه گذاران خارجی اعمال می شود که عبارتند از:

- اصل مجاز بودن سرمایه گذاری خارجی

- کاهش تشریفات و سهولت امور اداری

- معافیت های گمرکی و مالیاتی

حال در ادامه به هر کدام از موارد مربوط پرداخته می شود.

الف- اصل مجاز بودن سرمایه گذاری خارجی

بدیهی است که مجاز دانستن سرمایه گذاری برای خارجیان در کشورها و مناطق آزاد آن ها ضروری ترین شرط سرمایه گذاری است. لزوم امکان سرمایه گذاری امری بدیهی است اما

مجاز بودن سرمایه گذاری خارجی در برخی کشورها موجب تردیدهایی گردیده است و برخی که متمایل به اقتصاد دولتی هستند با آن مخالفت نموده اند.^۱

موضوع در خصوص ایران نیز همواره با تردیدهایی مواجه بوده است و منشأ این تردیدها قانون اساسی است^۲ که مقرر می دارد: «دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است».

اشکالات اجرایی پدید آمده از اصل ۸۱ قانون اساسی، به خاطر عدم ثبت شعب شرکت های خارجی در ثبت شرکت ها، دولت را در سال ۱۳۶۰ بر آن داشت که سوالی را بدین شرح در نزد شورای نگهبان مطرح نماید:

«آیا شرکت های خارجی طرف قرارداد با دستگاه های دولتی ایران که در کشور خود به ثبت رسیده و فعالیت دارند می توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیت های خود در حدود قراردادهای منعقد شده با دولت جمهوری اسلامی ایران به ثبت رسیده و فعالیت نمایند یا خیر؟»

در پاسخ نامه مذکور، نظر شورا به شرح زیر اعلام گردید:

«شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده اند می توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیت های خود در حدود قراردادهای منعقد شده، طبق ماده ۳ قانون ثبت شرکت ها به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند و این امر با اصل ۸۱ قانون اساسی مغایرت ندارد».^۳

بدنی ترتیب ملاحظه می شود که شورای نگهبان قراردادهای شرکت های خارجی با دولت را قانونی قلمداد نموده و آن ها را مغایر با اصل ۸۱ ندانسته است و فلذا چنین استنباط می شود که شورای نگهبان قراردادهای منعقد شده را چون، عنوان امتیاز نداشته قانونی و معتبر دانسته است.^۴

۱. حدادی مهدی، «شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، همان، ص ۱۳۴.

۲. اصل ۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. مجموعه اساسی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، آذر ماه ۱۳۹۱، چ دوم، ص ۱۲۴.

۴. هاشمی محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، چ دوم، تهران، انتشارات میزان، چ نهم، ۱۳۸۳، صص ۱۹۶-۱۹۴.

اما در خصوص مناطق آزاد بحث فوق با توجه به ماده ۵ مقررات سرمایه گذاری در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران، به نظر می رسد بحثی پایان یافته تلقی شود. این ماده اشعار می دارد: «سرمایه گذاران خارجی می توانند در فعالیت های اقتصادی منطقه به هر نسبتی مشارکت نمایند».

و ماده ۲ مقررات فوق الذکر مقرر می دارد:

«کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی و موسسات اعم از ایرانی و خارجی و سازمان های بین المللی طبق این مقررات می توانند مستقلاً و یا با مشارکت سازمان ها و شرکت های تابع آن یا با مشارکت یکدیگر در مناطق آزاد سرمایه گذاری نمایند و سرمایه پذیرفته شده آنان مشمول این مقررات می شوند».

دو ماده فوق در راستای تفسیر شورای نگهبان بوده و با هدف تاسیس مناطق آزاد هم خوانی دارد و مشارکت بین سرمایه گذاران خارجی و داخلی مورد تاکید این مقررات گرفته است. اما در خصوص مناطق آزاد بحث فوق با توجه به ماده ۵ مقررات سرمایه گذاری در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران، به نظر می رسد بحثی پایان یافته تلقی شود. این ماده اشعار می دارد: «سرمایه گذاران خارجی می توانند در فعالیت های اقتصادی منطقه به هر نسبتی مشارکت نمایند».

و ماده ۲ مقررات فوق الذکر مقرر می دارد:

«کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی و موسسات اعم از ایرانی و خارجی و سازمان های بین المللی طبق این مقررات می توانند مستقلاً و یا با مشارکت سازمان ها و شرکت های تابع آن یا با مشارکت یکدیگر در مناطق آزاد سرمایه گذاری نمایند و سرمایه پذیرفته شده آنان مشمول این مقررات می شوند».

دو ماده فوق در راستای تفسیر شورای نگهبان بوده و با هدف تاسیس مناطق آزاد هم خوانی دارد و مشارکت بین سرمایه گذاران خارجی و داخلی مورد تاکید این مقررات گرفته است.

ب- کاهش تشریفات و سهولت امور اداری

از دیگر مشوق های سرمایه گذاری خارجی در مناطق آزاد، تسریع تشریفات مربوط به آن می باشد. آن چه مسلم است سرمایه گذاری در سرزمین اصلی کشور ایجاد کننده منطقه آزاد به دلایل زیادی با تشریفات فراوان مواجه است؛ سرمایه گذاری در سرزمین اصلی همیشه موکول

به گذشتن از موانع بسیار متنوع و مختلفی است که در پیچ و خم ادارات و وزارتخانه های متعددی وجود دارد از طرفی قوانین راجع به سرمایه گذاری، بسیار پیچیده و متورم می باشد به علاوه مقاومت و بازدارندگی میروهای فشار و نهادهای صاحب نفوذ در طبقه ی دیوان سالار کشور را نباید از نظر درو داشت. همه عوامل فوق الذکر باعث می شود که سرمایه گذاران تمایل چندانی به سرمایه گذاری در چنین کشورهایی نداشته باشند. ۱

کشورهایی که اقدام به ایجاد مناطق آزاد می کنند، برای تشویق سرمایه گذاران خارجی تشریفات سرمایه گذاری در مناطق آزاد را به حداقل رسانیده اند. معمولاً در این کشورها زمانی که قانون برای وجود آوردن مناطق آزاد از سوی قوه مقننه تصویب می شود قانون مکمل دیگری نیز همراه با آن به تصویب می رسد که بر طبق آن سازمان مستقلی به وجود می آید که اداره ی مناطق آزاد را بر عهده می گیرد و بدین ترتیب ارتباط سرمایه گذاران با سرزمین اصلی و تشکیلات اداری مستقر در مرکز به حداقل ممکن کاهش می یابد؛ زیرا کلیه اختیارات و وظایف وزارتخانه ها به این سازمان تفویض می شود و همه وظایف را سازمان منطقه آزاد انجام می دهد. ۲

ج-معافیت های گمرکی و مالیاتی

در مناطق آزاد بر حسب نوع آن، ورود و خروج کالا و نیز وارد کردن مواد خام و صادر کردن فراورده های تولید شده از پرداخت عوارض گمرکی و نیز مالیات، معاف هستند؛ البته بسته به این که کشور دارنده مناطق چه مقدار طالب جذب سرمایه گذاری خارجی باشد ارایه این تسهیلات از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، برای مثال مواد خام لازم برای تولید اقلام صادراتی را می توان بدون پرداخت عوارض گمرکی، صرف نظر از محدودیت های کلی موجود در اقتصاد داخلی، وارد منطقه پردازش صادرات کرد و فراورده های تولید شده را نیز می توان بدون پرداخت مالیات صادرات، عوارض فروش و غیره صادر نمود، حتی شرکت های فعال در منطقه ی پردازش صادرات غالباً در خرید مواد خام و کالاهای واسطه ای از عرضه کنندگان بومی، از تسهیلات یارانه ای برخوردار می شوند و این تلاشی است برای تشویق

۱. ابراهیم خانی حسین، بررسی تطبیقی حقوق کار در مناطق آزاد تجاری (ایران-چین- امارات)، تهران، نشر آریان، چ اول، ۱۳۸۴، ص ۳۹.

۲. حدادی مهدی، «شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، همان، صص ۱۳۷-۱۳۶.

پیوندهای این شرکت ها با اقتصاد کشور میزبان از طرف دیگر شرکت های فعال در منطقه پردازش صادرات غالباً برای سه تا ده سال از قید مقررات پرداخت مالیات عادی بر درآمد معاف هستند. این شرکت ها اغلب موفق می شدند با مذاکره و تهدید به عزیمت به یک کشور دیگر این دوره معافیت مالیاتی را افزایش دهند در یک جمع بندی می توان اظهار داشت که سرمایه گذاران خاریج در مناطق آزاد از طیف وسیعی از امتیازات و مشوق هایی که در اقتصاد قابل دسترسی نیست برخوردارند. ۱

۱-۲-۲- تضمینات

یکی از مهم ترین مباحث سرمایه گذاری خارجی، موضوع تضمینات اعطایی به سرمایه گذاران خارجی است؛ سرمایه گذار پیش از اقدام به سرمایه گذاری باید مطمئن باشد که سرمایه او هم چنین منافع وی در امنیت کام قرار دارد و نیز باید مطمئن گردد که ابزارهای حقوقی و اداری به منظور حفاظت از سرمایه در طی تحولات مختلف سیاسی و اجتماعی به نحو مطلوب قابل دستیابی است.

کشورهای متمایل به سرمایه گذاری خارجی با توجه به مقتضیات حقوقی و اجتماعی کشور خود روش های مختلفی برای حمایت و در نتیجه جذب سرمایه های خارجی به مناطق آزاد در پیش گرفته اند. ۲

الف- تضمینات عدم ملی کردن یا جبران خسارات عادلانه

یکی از تهدیدهایی که متوجه سرمایه گذاری خارجی است و موجب عدم اشتیاق سرمایه گذاری خارجی می گردد خطر سلب مالکیت و ملی کردن دارایی خارجی می باشد. برخی از قوانین به منظور تشویق سرمایه گذاری خارجی، اصولاً حق ملی کردن سرمایه خارجیان را از خود سلب نموده اند. ۳

۱. ابراهیم خانی حسین، بررسی تطبیقی حقوق کار در مناطق آزاد تجاری (ایران-چین- امارات)، همان، صص ۴۱-۴۰.

۲. حدادی مهدی، «شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، همان، ص ۱۳۸.

۳. ابراهیم خانی حسین، بررسی تطبیقی حقوق کار در مناطق آزاد تجاری (ایران-چین- امارات)، همان، ص ۴۱.

برخی از کشورها، هر چند اصل امکان ملی کردن دارایی خارجی را در راستای منافع عمومی محفوظ داشته اند اما پرداخت غرامت مربوط را تضمین کرده اند. در ایران در خصوص موضوع روش مشابهی اتخاذ شده است. چنان که می دانیم در اصل ۴۳ قانون اساسی نظام اقتصادی کشور به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم شده است و بخش خصوصی فقط تا جایی مورد حمایت قانونگذار اعلام شده است که معارض با منافع عمومی نباشد. بنابراین در ایران نمی توان روش عدم ملی کردن مطلق را اتخاذ نمود، در واقع حق ملی کردن دارایی حق اساسی دولت است و حتی به وسیله قانون عادی نیز نمی توان از آن عدول کرد. بنابراین تنها روشی که باقی می ماند، امکان پرداخت خسارت به صاحب سرمایه است؛ این امر درباره مقررات سرمایه گذاری مناطق آزاد مورد پیش بینی قرار گرفته است.^۱

بعضی از کشورها به ویژه کشورهای آسیایی تا جایی پیش می روند که سود عادلانه سرمایه گذاری های خارجی را علاوه بر اصل سرمایه تضمین می نمایند این امر باعث می گردد که بسیاری از سرمایه گذاری ها بدون ترس از حوادثی که ممکن است به زیان و موجب از دست رفتن سرمایه آن ها در مناطق آزاد منجر گردد، امکانات و سرمایه های خود را به منطقه آورند. لیکن عده ای را عقیده بر این است که وقتی بر حسب مزیت های نسبی هزینه های سرمایه گذاری بر این نوع واحدها را پایین می آوریم و انواع معافیت های مالیاتی و گمرکی را برای آن ها فراهم می کنیم، مشکل ملی کردن یا سلب مالکیت را هم با تضمین دولت برای سرمایه گذار بر طرف می کنیم دیگر لزومی به تضمین سود سرمایه گذاری ها نیست.^۲

ب- تضمین انتقال سرمایه و سود

هدف سرمایه گذار خارجی از سرمایه گذاری در مناطق آزاد، ماندن و بقا ابدی سرمایه در منطقه آزاد نیست، بدیهی است که سرمایه گذار در صورتی مایل به فعالیت خواهد بود که در صورت لزوم بتواند سرمایه خود را از مناطق آزاد خارج نماید و به هر محل که مایل است منتقل کند؛ این مساله در مورد سود حاصل از فعالیت از سرمایه گذاری نیز صادق است، زیرا زمانی که سرمایه گذار نتواند از سود حاصل از فعالیت خود به طور دلخواه استفاده نماید مسلماً هیچ گاه اقدام به ریسک انجام سرمایه گذاری نخواهد کرد. امکان خروج سرمایه به اضافه

^۱. ماده ۱۰ مقررات سرمایه گذاری در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران

^۲. حدادی مهدی، «شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، همان، ص ۱۳۸.

سودهای متعلق به آن از مشوق های مهم سرمایه گذاری در منطقه آزاد است چرا که عدم امکان خروج سرمایه از مناطق آزاد به معنی محدودیت اختیار سرمایه گذار بوده و مانعی در جذب سرمایه خارجی می باشد. ۱

ج- حل و فصل اختلافات

یکی از بحث بر انگیز ترین موضوعات در مناطق آزاد و به ویژه سرمایه گذاری های خارجی، موضوع چگونگی حل و فصل اختلافات آنان با سازمان ها و نهادهای دولتی و به خصوص نهاد اداره کننده مناطق آزاد است. روشن است که سرمایه گذار خارجی به طور معمول به نهادهای قضایی کشور محل سرمایه گذاری نمی تواند اعتماد کامل داشته باشد و قوانین ماهوی مورد اجرا در کشور محل سرمایه گذاری را ممکن است منافی منافع خود بداند، سرمایه گذاران خارجی در این مورد پیش از هر گونه سرمایه گذاری، موضوع فوق الذکر را با مدیران و مقامات کشور محل سرمایه گذاری مطرح نموده، در خصوص آن به گفتگو می پردازد. از طرفی می دانیم که اعمال حاکمیت قانون و صلاحیت های قضایی کشور محل سرمایه گذاری از اصول مربوط به حاکمیت یک کشور بر سرزمین آن است و بدین سان عدول از اجرای این حاکمیت در موارد استثنایی ممکن است پذیرفته شود اما کشورهای متقاضی سرمایه گذاری خارجی بسته به درجه شدت نیازشان به سرمایه خارجی، در این مورد مهم، قائل به امتیاز می شوند و از طرفی ضمن توافق با سرمایه گذار به قوانینی غیر از قوانین کشور خود جهت حکومت بر قرارداد رضایت می دهند و از طرفی دیگر صلاحیت قضایی رسیدگی و اجرای قوانین مورد توافق را نیز دادگاه های کشور سلب و معمولاً به داوری مورد توافق واگذار می نماید. ۲

۲- جایگاه حقوقی نهاد اداره کننده مناطق آزاد

مطابق با قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می گردد و سرمایه

۱. پیشین، صص ۱۴۱-۱۴۰.

۲. ماده ۸ قانون مناطق آزاد و ماده ۱۶ مقررات سرمایه گذاری مناطق آزاد.

آن متعلق به دولت است اداره می شود این شرکت ها و شرکت های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصرأ بر اساس این قانون و اساسنامه های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود»^۱.

سازمان توسط هیات مدیره متشکل از سه یا پنج نفر اداره خواهد شد. اعضا هیات مدیره توسط هیات وزیران انتخاب خواهند شد. مدیر عامل سازمان که ریاست هیات مدیره را به عهده خواهد داشت، به موجب حکم ریاست جمهوری و از میان اعضا هیات مدیره منصوب و بالاترین مقام اجرایی در زمینه های اقتصادی و زیربنایی منطقه می باشد. انتخاب مدیر عامل و اعضای هیات مدیره برای مدت سه سال بوده و انتخاب مجدد آنان بلامانع است. عزل مدیر عامل و اعضا هیات مدیره با همان مراجع انتخاب کننده می باشد. هیات وزیران مسئولیت و اختیار مجامع عمومی سازمان هر منطقه را به عهده دارد.^۲

سازمان هر منطقه مجاز است با تصویب هیات وزیران نسبت به تشکیل شرکت های لازم که طبق موازین قانون تجارت تشکیل می شود، اقدام نماید.^۳ در این ارتباط در قانون مربوطه اختیارات و وظایفی برای سازمان در نظر گرفته شده است که از آن جمله می توان به موارد زیر اشاره نمود:

- سازمان و شرکت های تابع آن مجاز هستند قراردادهای لازم را با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی منعقد نمایند و با سرمایه گذاران داخلی و خارجی با رعایت اصول قانون اساسی برای انجام طرحهای عمرانی و تولیدی مشارکت کنند. اختلاف ها و دعاوی ناشی از قراردادهای منعقد شده بر حسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف، رسیدگی و حل و فصل می شود.^۴

- وزارتخانه ها، سازمانها، موسسه ها و شرکتهای دولتی و وابسته به دولت می توانند برای ارائه تسهیلات و خدمات در محدوده هر منطقه قراردادهای لازم را در حدود مصوبه های هیات

^۱. ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

^۲. ماده ۶ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

^۳. ماده ۷ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

^۴. ماده ۷ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

وزیران با سازمان یا شرکتهای تابع آن منعقد نمایند. شرایط این گونه قراردادها به نحوی خواهد بود که موجب حفظ موقعیت رقابتی منطقه در مقابل مناطق آزاد سایر کشورها گردد. ۱

- سازمان هر منطقه می تواند با تصویب هیات وزیران در مقابل انجام خدمات شهری و فراهم نمودن تسهیلات مواصلاتی، بهداشت، امور فرهنگی، آموزشی و رفاهی از اشخاص حقیقی و حقوقی ساکن منطقه عوارض اخذ نماید. ۲

- صدور مجوز برای انجام هر نوع فعالیت اقتصادی مجاز، ایجاد بنا و تاسیسات و تصدی به انواع مشاغل توسط اشخاص حقیقی و حقوقی، در مورد مشاغلی که متصدی مستقیم ندارند در محدوده منطقه فقط در اختیار سازمان می باشد. ۳

۳- نظریه ماهیت دوگانه (دولتی و غیر دولتی بودن سازمان مناطق آزاد)

طبق این استدلال، سازمان مناطق از ماهیتی دوگانه برخوردار هستند. به این صورت که از لحاظ برخی جنبه ها در حکم یک نهاد دولتی هستند و مشمول قوانین و مقررات دولتی می شوند و از لحاظ برخی جنبه های دیگر، در حکم یک نهاد غیر دولتی بوده و تابع قوانین و مقررات بخش های غیر دولتی است. علت طرح این دیدگاه به جهت آن است که میان مجموعه قوانین و مقررات و آرایبی که از ابتدای انقلاب اسلامی تا به الان صادر شده است یک جمعی صورت گرفته باشد تا مجبور نباشیم به واسطه تعارض این مقررات، هر دو دسته (قوانین ناظر به دولتی بودن این موسسات و قوانین ناظر به غیر دولتی بودن این نهاد ها) قوانین را طرد نماییم؛ چرا که هر دو دسته از قوانین و مقررات هم چنان معتبر و لازم الاجرا هستند و دلیلی قانونی بر لغو یا نسخ آن ها وجود ندارد. لذا استدلالی که می توان این تعارض را مرتفع کند این است که یا تابع دیدگاه قبلی شویم و یا این که طبق این دیدگاه جدید برای سازمان های مناطق آزاد ماهیتی دوگانه را تصور نماییم.

به ویژه که در یک دهه گذشته و با توجه به ابلاغیه مقام معظم رهبری در خصوص نحوه اجراء اصل ۴۴ قانون اساسی (۱۳۸۴/۳/۱)، سیاست های کلی نظام در امور اقتصادی تغییر یافته و بر پایه بخش غیر دولتی استوار شده است؛ که نتیجه آن «کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در

۱. ماده ۷ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

۲. ماده ۷ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

۳. ماده ۷ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

تصدی فعالیت های اقتصادی» و تغییر نقش دولت از مالکیت و مدیریت مستقیم بنگاه به سیاست گذاری و هدایت و نظارت می باشد.^۱ لذا در راستای کوچک سازی حجم تصدی های دولت تنها مواردی که دولت حق فعالیت اقتصادی دارد به صورت خاص تصریح و احصاء شده است. که نتیجه این سیاست اقتصادی جدید این است که اصل بر غیر دولتی بودن فعالیت های اقتصادی است مگر صراحتاً دولتی بودن آن فعالیت در قوانین و مقررات اظهار شده باشد.

۱-۳- تسری مفهوم و ماهیت قواعد شرکت ها بر مناطق آزاد
اگر چه مناطق آزاد، باید دارای نظام حقوقی ویژه و خاص باشند اما تعارضات در مواد قانون و نیز رویکرد عملی مجلس، شورای نگهبان، قوه مجریه، نهادهای نظارتی و حتی هیات عالی نظارت مجمع تشخیص مصلحت نظام (که در فصل بعدی اشاره خواهد شد) به نحوی بوده است که عملاً این نهاد را در ذیل شرکت های دولتی تلقی نموده اند و شرایط حاکم بر شرکت های دولتی را بر آن تسری داده اند و آن استقلال اداری که مد نظر برای تحقق شخصیت حقوقی مستقل این نهاد خارج از دخالت های دولت باشد را فراهم نکرده است.

۲-۳- تابع مقررات قانون تجارت بودن مناطق آزاد
همان طور که اشاره شد در پایان ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۲ مقرر شده است «...در موارد پیش بینی نشده در این قانون و اساسنامه، [شرکت سازمان مناطق آزاد یا شرکت های تابعه] تابع قانون تجارت خواهند بود». اما آن چه مسلم است همان طور که در گفتار پیشین هم مورد توجه قرار گرفت نمی توان نهاد اصلی سازمان یا منطقه آزاد را در قالب این نوع شرکت مورد عنایت قرار داد و احکامی مانند ثبت و انحلال را با توجه به مرجع تاسیس که مجلس شورای اسلامی است را مورد استناد قرار داد. پس همان طور که تصریح شده است نهادهای ذیل قانون مناطق آزاد، صرفاً در موارد پیش بینی نشده در قانون و اساسنامه مناطق آزاد تابع قانون تجارت هستند.

^۱. یوسف رونق، اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، موسسه توسعه و بهبود مدیریت انتشارات فرمنش، چ اول، ۱۳۸۷، ص ۸-۱۲.

در حقوق ایران اگر چه شرکت تجاری تعریف نشده است، لکن با شمارش شرکت های مشمول قانون تجارت تحت عنوان شرکت های تجاری، به نظر می رسد قانونگذار با قبول قالب و شکل به نحو منعکس در ماده ۲۰ قانون تجارت، خود را از تعریف مفهوم شرکت تجاری بی نیاز دیده است. ۱ با این حال، در سرفصل مربوط به هریک از شرکت ها، برخی اوصاف ناظر به آنها بیان شده است، که نمی توان آن را تعریف به معنای خاص به شمار آورد. صرف نظر از تعریف شرکت تجاری، در تشخیص تجاری بود یک شخصیت حقوقی (شرکت) ابهامی وجود ندارد، چراکه معیار تجاری دانستن یک شرکت نه موضوع فعالیت آن، بلکه قالب پیش بینی شده در ماده ۲۰ مرقوم است.

قانونگذار در ماده ۲ لایحه اصلاحی بر بازرگانی بودن شرکت سهامی با فرض غیر تجاری بودن موضوع فعالیت آن تأکید نموده است. با وجود این، علی رغم تأکید برخی از اساتید حقوق تجارت، ۲ ذکر عبارت «برای امور تجاری» در توصیف شرکت غیر سهامی ۳ به معنای الزام به تجاری بودن موضوع فعالیت شرکت احصا شده نیست، بلکه شمول مقررات حقوق شرکت ها و قانون تجارت بر هر شرکتی در قالب های گفته شده در ماده ۲۰ صرف نظر از نوع فعالیت آن هاست. به دیگر سخن، مراجع مربوطه، شرکت مثلا با مسؤولیت محدودی را که فعالیت آموزشی می کند، در صورت ناتوانی از پرداخت دیون خود، بدون توجه به موضوع غیر تجاری آن، تابع مقررات ورشکستگی به شمار می آورد.

گواه بر استدلال یاد شده، برخوردار مراجع قانونی و دولتی با مدارس غیرانتفاعی است که در قالب شرکت با مسؤولیت محدود تشکیل گردیده بودند. نهادهای مربوطه و از جمله اداره مالیات ها و اداره تصفیه و ورشکستگی، بدون توجه به ماهیت آموزشی این مدارس، آنها را

^۱ - تفرشی محمد عیسی، «معرفی شرکت تجاری»، مجموعه مقالات حقوقی، بخش نخست، انتشارات کانون وکلای دادگستری آذربایجان شرقی و اردبیل، ۱۳۷۹، ص ۱۰۳.

^۲ - پیشین، ص ۱۱۲.

^۳ - در مورد ۹۴ (شرکت با مسؤولیت محدود)، ۱۱۶ (شرکت تضامنی)، ۱۴۱ (شرکت مختلط غیر سهامی) و ۱۸۳ (شرکت نسبی) عبارت «برای امور تجاری» آمده است، لکن در ماده ۱۶۲ ناظر به تعریف شرکت مختلط سهامی عبارت مزبور، جزو تعریف ذکر نشده است، که به نظر می رسد بیشتر ناشی از مسامحه قانونگذار باشد تا خروج این عنصر از تعریف شرکت مختلط سهامی، زیرا اگر شرکت مختلط غیر سهامی متضمن عنصر تجاری بودن باشد، به طریق اولی شرکت مختلط سهامی باید در تعریف خود این عنصر را دارا باشد.

مشمول قانون تجارت می‌دانست. بر همین اساس و به علت مشکلات حاصل برای این گونه شرکت ها و شرکای آنها، اداره مربوطه در وزارت آموزش و پرورش، مدارس مزبور را مکلف به تغییر ساختار از شرکت با مسئولیت محدود به مؤسسه غیر تجاری نمود. دلیل دیگر در تحکیم استدلال بالا، تشکیل و فعالیت بیشتر بیمارستان ها در چهارچوب شرکت با مسئولیت محدود است. چرا که این تشکیلات علی‌رغم آن که به صراحت موضوع خود را «تأسیس، بهره‌برداری و اداره مراکز درمانی» و یا عباراتی مانند آن ها اظهار می‌دارند، و بایستی غیر تجاری محسوب شوند، لکن با آن ها همانند سایر شرکت های با مسئولیت محدود با موضوع مثلا واردات و صادرات برخورد می‌گردد. ۱

تنها شرکتی که در میان شرکت های شمارش شده در ماده ۲۰ قانون تجارت در سال های اخیر موضوع بحثهای جدی بود، شرکت تعاونی است، چرا که علی‌رغم مقررات مبهم و دو پهلوئی مواد ۱۹۰ تا ۱۹۴ قانون تجارت در خصوص شکل تأسیس چنین شرکت هایی، ۲ تصویب قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۰، نه تنها به رفع ابهامات کمکی ننموده، بلکه موجب تشدید اختلاف در این خصوص نیز گردیده است، چرا که به موجب ماده یک، اهداف هفتگانه قانون مزبور بیان شده، بدون آن که هیچ یک از آنها ناظر به امور بازرگانی باشند، بلکه بیشتر در راستای ایجاد عدالت اقتصادی-اجتماعی و تعدیل ثروت قرار دارند. افزون بر آن، تبصره یک ماده ۵۴ قانون یاد شده شرکت های تعاونی را از حیث انحلال و تصفیه مشمول قانون تجارت دانسته است، که به نظر می‌رسد این گونه شرکت ها از سایر جهات (تشکیل و فعالیت و اداره) بایستی احکام قانون تعاون و اساسنامه نمونه وزارت مربوطه را رعایت نمایند؛ امری که بخوبی از ماده ۶۹ قانون بر می‌آید. بنابراین، قانونگذار به هر دلیل، شرکت های تعاونی را از شمول مقررات قانون تجارت جز در انحلال و تصفیه

^۱ - پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت های تجاری ایران؛ بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، پژوهش های حقوق عمومی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، شماره ۱۴ و ۱۵، صص ۸۷ و ۸۶.

^۲ - زیرا قانونگذار از یک سو شرکت های تجاری را در هفت قالب احصا نموده و از سوی دیگر، شرکت تعاونی را در قالب شرکت سهامی قابل تشکیل دانسته است. ایراد بر این شیوه قانونگذاری آن است که شرکت های سهامی و تعاونی در عین حال که دو قالب مجزا هستند، یکی از آنها مطابق اصول دیگری ممکن است تأسیس شود و فعالیت نماید.

خارج ساخته است، و منحصرأ تابع قانون بخش تعاون قرار داده است. ۱ البته، با نگاه دقیق تر به ظاهر و مفهوم ماده بالا، به نظر می رسد عدم تطبیق اساسنامه شرکت های تعاونی موجود با قانون تعاون و اساسنامه نمونه وزارت تعاون صرفاً چنین شرکتی را از مزایای قانون مزبور محروم نموده است، در نتیجه، شرکت از هر جهت هم چنان تابع قانون تجارت خواهد بود. شایان یاد آوری می داند که اگر چه قانونگذار مبادرت به فعالیت تجاری در خارج از قالب های ماده ۲۰ را مشمول مقررات شرکت های تضامنی دانسته است، ۲ لکن این حکم را که اصطلاح شرکت های عملی را وارد فرهنگ حقوق تجارت نموده، به سختی می توان نوع هشتمی از شرکت تجاری به شمار آورد، بلکه باید ضمانت اجرای تخلف از مقررات قانون تجارت و قانون ثبت شرکتها تلقی نمود. با توضیحات بالا و اینکه نظام بازرسی شرکت های تعاونی ۳ متفاوت از سایر شرکت های ششگانه مذکور در ماده ۲۰ قانون تجارت در قانون بخش تعاون تعبیه شده، لذا این بررسی ناظر به همان شش شرکت نخست ماده ۲۰ است

الف- اثر ثبت بر وضعیت شرکتها

همان طوری که طفل در بدو تولد احتیاج به اخذ شناسنامه دارد، شرکت تجاری نیز که دارای شخصیت مستقل از شرکاء می باشد، در موقع تأسیس باید به اداره ثبت اعلام گردد تا در دفاتر ثبت شرکتها ثبت گردد و تأسیس شرکت به اطلاع عموم برسد. همان طوری که شناسنامه، طفل را به دنیا نمی آورد، ثبت شرکت نیز طبق قانون تجارت ایران مولد شخصیت حقوقی نیست، بلکه ثبت شرکت تأیید وجود شرکت است که قبل از ثبت تأسیس شده و شخصیت حقوقی پیدا کرده است. ۴ زیرا ماده ۵۸۳ قانون تجارت بدون اشاره به ثبت شرکتها مقرر می دارد: «کلیه شرکت های تجاری مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند» در صورتی که در ماده بعد شخصیت حقوقی تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری را موقوف به تاریخ ثبت

۱- اسکینی ربیعا، حقوق تجارت- شرکت های تجاری، ج دوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۷، ص ۶۹.

۲- ماده ۲۲۰ قانون تجارت

۳- تفرشی محمد عیسی، «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت (۱۳۱۱)»، فصلنامه علوم انسانی، ش ۱۴، ۱۳۷۹، ص ۳۹.

۴. تفرشی محمد عیسی، «معرفی شرکت های تجاری» کتاب مقالات حقوقی کانون وکلا مرکز ۱۳۷۹ - CD مجموعه مقالات حقوقی تهیه علی مکرم ۱۳۸۲.

می‌کند. بنابراین ثبت شرکت تأیید وجود شرکت است. ۱ مع‌ذالک باید توجه کرد که حتی ثبت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها، به این معنا نیست که شرکت واقعاً وجود دارد و هرگاه معلوم شود که ثبت شرکت بدون توجه به سایر شرایط تشکیل آن انجام گرفته است، شرکت باطل خواهد شد؛ مانند وقتی که ثبت شود یکی از شرکاء اهلیت امضای قرارداد شرکت را نداشته است یا بدون قصد بوده؛ چون اگر چنین عواملی وجود نداشته باشد؛ قرارداد شرکت نمی‌تواند موجود باشد و حتی ثبت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها نمی‌تواند به آن موجودیت قطعی اعطا کند و هر ذی‌نفعی به رغم ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها، حق تقاضای ابطال آن را خواهد داشت. ۲ در کنار این نظر که ثبت صرفاً جنبه اعلامی داشته و اثر تکوینی ندارد نظر دیگری وجود دارد که قانونگذار ما مانند قانونگذار فرانسه، تحصیل شخصیت حقوقی شرکت را موقوف به ثبت آن نزد مرجع ثبت شرکت‌ها نکرده و ثبت شرکت در مرجع ثبت شرکت‌ها را شرط ادامه حیات آن قرار داده است. ۳ نظر سومی هم وجود دارد که اثر ثبت را در وضعیت حقوقی شرکت‌ها اثر تکمیلی می‌داند. ۴ شایان ذکر است که تعدد نظرها در مورد شرکت‌های سهامی مطرح می‌شوند.

ب- نظارت بر شرکت‌های تجاری

۱) نظارت بیرونی

مقصود از نظارت بیرونی، شیوه‌ای از بازرسی شرکت است که در انتخاب یا نصب و چگونگی کار آن شرکاء هیچ‌گونه نقشی ندارند و ضمناً رکنی از ارکان شرکت به شمار نمی‌آید. ۵

پرسشی که در آغاز این بحث شایان طرح است؟ به عبارت دیگر، آیا سازمان و نهادی خارج از شرکت برای نظارت بر عملکرد مدیران و فعالیت‌های شرکت تعبیه شده است تا در صورت

۱. ستوده حسن، حقوق تجارت، ج ۲، انتشارات میزان، چ چهارم، ۱۳۸۰، ص ۳۵۱.

۲. اسکینی ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، ج ۱، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۷۸، ص ۹۶.

۳. اسکینی ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، ج ۲، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۷۸، ص ۴۷.

۴. نصیری محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چ سیزدهم، ۱۳۸۴، ص ۱۲۶.

۵- پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت‌های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، پژوهش

حقوق عمومی، ش ۱۶ و ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۹۰ و ۸۹.

مراجعه ذی نفع و یا احراز وقوع نابسامانی و تخلف در شرکتی، بدون نیاز به مراجعه به دادگاه و تحمل روند طولانی و پرهزینه قضایی، رأساً به بررسی موضوع پردازد؟

مرجع ثبت شرکت ها سازمان ویژه مرتبط با شرکت های تجاری است. سازمان و ادارات دیگری را که به اعتبار وظایف قانونی خود در ارتباط با شرکت های تجاری قرار می گیرند، نمی توان مراجع نظارتی به شمار آورد، چرا که مثلاً وظیفه اداره مالیات ها وصول مطالبات دولت از شهروندان بابت مالیات است و در این خصوص تمایزی میان اشخاص حقوقی و حقیقی و تاجر و غیر تاجر به چشم نمی خورد و صرفاً بر حسب طبیعت و نوع فعالیت اشخاص، میزان تعهدات آنان بابت مالیات متفاوت است. در نتیجه، جایگاه و کارکرد ادارات ثبت شرکت ها شایسته بررسی و توجه ویژه است. امر ثبت شرکت ها و نیز ثبت و آگهی صورتجلسات و تصمیمات مهمی که به موجب قانون، ثبت و آگهی آنان برای آگاهی عموم ضروری است، بر عهده مرجع مزبور قرار گرفته است. به دیگر سخن، نهاد یاد شده، نه فقط متصدی امر ثبت شرکت ها به عنوان مرحله نهایی تأسیس آن ها محسوب می گردد، بلکه کارکردی فراتر از عنوان خود؛ یعنی ثبت برخی از تصمیمات شرکاء و شرکت را نیز بر عهده دارد. بر این اساس، دولت و نهادهای دولتی و حتی تنها مرجع مرتبط با امور شرکت ها؛ یعنی مرجع ثبت شرکت ها، هیچ گونه دخالتی بر چگونگی فعالیت شرکت های تجاری و عملکرد مدیران به عمل نمی آورند. ۱

۲) مراجع قضایی

ممکن است گفته شود که در نظام حقوقی ایران، دادگاه را می توان مرجع کنترل از بیرون به شمار آورد، چرا که مرجع قضایی در مقررات پراکنده قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن در موارد مختلف، حق ورود به شرکت و بررسی امور آن را با تعیین کارشناس و خبیره دارا هستند. این دیدگاه نمی تواند صحیح باشد، زیرا مرجع قضایی در تعریف ساختار شرکت، جزیی از آن به شمار نمی رود، و اقدام دینفع در طرح شکایت یا دعوی به ورود و دخالت مقامات قضایی در امور شرکت می انجامد. بعلاوه، هر شهروند با مراجعه به مراجع قضایی مجاز به طرح شکایت و یا دعوی علیه هر شخص حقیقی یا حقوقی است و هیچ شخص یا قانونی نمی تواند این

۱- پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، همان، ص

حق را محدود و یا شهروندان را از چنین امکانی ممنوع سازد. در نتیجه، سازوکار مزبور را نمی‌توان نظارتی یا حتی شبه نظارتی تلقی نمود، بویژه آنکه اگر وقوع تخلفی در شرکت متضمن ارتکاب جرمی با جنبه عمومی باشد، بدون نیاز به اقدام ذی‌نفع و به صرف آگاهی دادستان از آن، مقام مزبور به منظور حفظ حقوق عامه و جلوگیری از برهم خوردن نظم عمومی مداخله خواهد نمود. انتقاد بالا نسبت به تلقی حق مراجعه ذی‌نفع به مرجع قضایی به عنوان نهاد نظارتی خارج از شرکت وارد به نظر می‌رسد، زیرا همان گونه که گفته شد، این حق عمومی بوده و در ارتباط با شرکت های تجاری خصوصیتی در آن مشاهده نمی‌گردد.

نکته دیگری که در همین خصوص شایان توجه به نظر می‌رسد، تعریف ذی‌نفع است. در قانون و نیز رویه قضایی ایران هیچ تعریف یا راهنمایی در مورد اینکه، ذی‌نفع چه شخصی یا اشخاص هستند وجود ندارد. آیا تعریف ذینفع تنها شامل سهامداران شرکت است و یا بستانکاران ثالث، طرفهای قرارداد و کارکنان شرکت را نیز در بر می‌گیرد؟ یا آنکه باید از این چهارچوب هم فراتر رفت و جامعه را هم که بر اثر شکوفایی فعالیتهای اقتصادی و کارکرد سالم و سودآور شرکتهای تجاری شکوفا و به علت سقوط آنها در ورطه مشکلات، در نتیجه فعالیت زیانبار مدیریت ناصحیح آنها، متأثر می‌گردد، از مصادیق عنوان ذی‌نفع به شمار آورد؟ مگر نه آن است که در حالت اخیر جامعه به عنوان یک کل با شمار فزاینده بیکاران، رشد بزهکاری و گسترش نابهنجاریهای روانی ناشی از تعطیلی بنگاههای اقتصادی مستقیا آسیب خواهد دید؟ آیا منافع جامعه همیشه با منافع فردی و گروهی اعضای شرکتهای تجاری در انطباق کامل قرار دارد تا بتوان همزمان همه آنها را ذی‌نفع منظور نظر قانونگذار به شمار آورد؟ پاسخ بدین پرسش به روشنی منفی است، زیرا در بسیاری از موارد حفظ حقوق عمومی با منافع سهامداران و حتی اشخاص ثالث بستانکار شرکت برخورد دارد. در نتیجه، قرار دادن همه عناوین بر شمرده در بالا در تعریف ذی‌نفع حداقل در زمان واحد، موجب تعارض منافع میان آنان و عدم امکان اعمال قاعده فراگیر نسبت به موضوع می‌گردد. مشکل به نظر می‌رسد که حقوق ما، با وصف سکوت مقررات قانونی و رویه قضایی در این

خصوص، تاب تحمل چنین تفسیری را داشته باشد و ناگزیر بایستی به درک عرف از ذی نفع در خصوص یک شرکت تجاری مراجعه نمود. ۱

۳) سازمان های نظارتی دولتی-عمومی

با توجه به آن چه درباره نظارت بیرونی بر شرکت های تجاری گفته شد، دیدگاه نظام حقوق شرکت های ایران در این خصوص، فارق از تفکیک عمومی یا خصوصی یا دولتی و غیر دولتی بودن شرکت های تجاری است، در حالی که قانونگذار شیوه های مختلف نظارت را برای نهادهای عمومی و دولتی مقرر داشته است. سازوکارهایی از این دست را در قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور و قانون محاسبات عمومی بخوبی می توان ملاحظه نمود.

بند الف ماده ۲ این قانون که حیطه حاکمیت بازرسی موضوع قانون یاد شده با به عنوان اصلی ترین وظیفه سازمان تبیین می نماید، چنین مقرر می دارد: «بازرسی مستمر کلیه وزارتخانه ها و ادارات و نیروهای نظامی و انتظامی و مؤسسات و شرکت های دولتی و شهرداری ها و مؤسسات وابسته به آنها و دفاتر اسناد رسمی و مؤسسات عام المنفعه و نهادهای انقلابی و سازمان هایی که تمام یا قسمتی از سرمایه یا سهام آنان متعلق به دولت است، یا دولت به نحوی از انحاء بر آنها نظارت یا کمک می نماید...» ۲

همان گونه که مقرر قانونی بالا صراحت دارد، شرکت های دولتی و نیز مؤسسات و در نتیجه شرکت های وابسته به شهرداری ها مشمول نظارت مستمر سازمان بازرسی کل کشور هستند. با توجه به عنوان سازمان مزبور و کارکردهای قانونی آن، سازمان بازرسی کل کشور را بایستی مرجعی با وظیفه خاص بازرسی دانست. به همین علت، این سازمان مصداق روشن سازوکار نظارت از بیرون به شمار می رود. در ارتباط با شرکت های متعلق یا وابسته به نهادهای انقلابی و یا متعلق یا وابسته به مؤسسات عام المنفعه، برخلاف شرکتهای دولتی یا مؤسسات وابسته به شهرداری، ماده قانونی بالا ساکت است و ممکن است گفته شود با توجه به منطوق و مفهوم این ماده، تنها شرکتهای دولتی و مؤسسات وابسته به شهرداری، مشمول نظارت سازمان

۱- پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، همان، ص ۹۲-۹۱. (به نقل از منبع زیر:

Mohammad Reza Pasban' "A Review of directors' liabilities of an insolvent company in the us and England" The Journal of Law, 2001 January, p.p. 33-46.

۲- قانون تشکیلات سازمان بازرسی کل کشور، مصوب سال ۱۳۶۰.

بازرسی کل کشور بوده و شرکتهای متعلق و یا وابسته به نهادهای انقلابی و مؤسسات از این امر مستثنی هستند. با ملاحظه ساختار مقرر قانونی مورد بحث، تحلیل بالا قابل پذیرش می‌نماید. به نظر می‌رسد اگر چه شیوه نگارش متضمن به شمار نیوردن شرکتهای متعلق و یا وابسته به نهادهای انقلابی، مؤسسات عام‌المنفعه و سازمانهای دریافت‌کننده کمک از دولت است، لکن اشکال پدید آمده بیشتر ناشی از مسامحه قانونگذار است تا اراده خارج نمودن شرکتهای موصوف از شمول نظارت سازمان یاد شده، چرا که هیچ ویژگی متمایزی جهت برخورد متفاوت با شرکتهای دولتی از شرکتهای متعلق و یا وابسته به نهادها و سازمانهای یاد شده وجود ندارد. رویه سازمان بازرسی کل کشور نیز عدم تمایز میان شرکت‌های دولتی و شرکت‌های متعلق یا وابسته به نهادهای انقلابی و عمومی است. در نتیجه، کارکرد و جایگاه سازمان بازرسی کل کشور نسبت به شرکت‌های وابسته یا متعلق به نهادهای مذکور در بند الف ماده ۲ مرقوم می‌تواند مصداق نظارت از بیرون به شمار رود.

با این حال، ایرادی که ممکن است به برداشت بالا وارد شود، به حوزه صلاحیت سازمان مزبور باز می‌گردد، زیرا که اشخاص موضوع بازرسی سازمان یاد شده، دولت و نهادهای عمومی بدون توجه به تجاری یا غیر تجاری بودن آنها هستند. آن سازمان همان گونه که بر مؤسسات آموزشی یا غیر تجاری دیگر مشمول تعریف بند الف ماده ۲ پیش گفته اعمال نظارت می‌نماید، شرکتهای تجاری موضوع مقرر قانون یاد شده را نیز در کنترل خود دارد. بنابراین، جایگاه قانونی و کارکرد سازمان بازرسی کل کشور را نمی‌توان با مفهوم بازرسی از بیرون منطبق دانست. ۱

قانون تجارت ایران و لایحه اصلاحی آن تنها مکانیزم نظارت خارجی بر شرکت را - البته اگر این راهکار را بتوان نظارت خارجی تلقی نمود - در رابطه میان ذی‌نفع و مرجع قضایی ترسیم نموده است، که موجب دخالت دادگاه از طریق تعیین حسابرس یا کارشناس ذی‌صلاح برای رسیدگی به ادعای ذی‌نفع می‌گردد.

بررسی نقش سازمانها و نهادهایی که امکان تلقی آنها به عنوان بخشی از مکانیزم نظارت از بیرون وجود دارد، و ملاحظه موضوع حقوق ایران، حاکی از آن است که راهکار نظارت از

^۱ - پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت‌های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، همان، ص ۹۴-۹۳.

بیرون برای شرکتهای تجاری در این نظام به طور خاص تعبیه نگردیده است. در واقع، هیچ سازمان دولتی و یا نهاد مدنی خواه رأسا و یا با درخواست ذی نفع مجاز به ورود شرکت و انجام تحقیق به منظور کشف روند ناصحیح امور و یا اعمالی که موجب تضییع حقوق سهام داران اقلیت یا بستانکاران و حتی منافع عموم جامعه شده است، نیست. این امر از آن جهت قابل درک است که مقررات قانون تجارت ایران و از جمله شرکت های تجاری برگرفته از حقوق فرانسه است و این نظام حقوقی نیز هیچ گونه راهکاری برای نظارت بر امور شرکت های تجاری بیرون مقرر نداشته است.

ب- نظارت درونی توسط خود شرکت

در حقوق شرکت های ایران، کنترل و نظارت بر شرکت های تجاری در واقع همان نظارت از درون است که بازرسان شرکت واگذار شده است. به منظور تحلیل جایگاه و کارکرد این رکن از ارکان تشکیل دهنده شرکت، با وصف خلأ در رویه قضایی، ناگزیر بایستی به مقررات قانونی و دیدگاه های نویسندگان حقوقی به عنوان منابع حقوقی توجه نمود؛ اگر چه حقوقدانان نیز بیشتر به شرح و تفصیل مقررات قانونی پرداخته اند، نه ملاحظه کاستی ها و ارائه راه حل های مناسب جهت انطباق نقش واقعی نهاد مزبور با نیازهای موجود. بعلاوه، همان گونه که خواهیم دید، قانونگذار ایرانی تنها برای شرکت های سهامی وجود بازرس را الزامی دانسته و سایر شرکتهای را بی نیاز از نظارت و کنترل تلقی نموده است. البته، برای شرکت با مسؤلیت محدود دارای بیش از دوازده شریک وجود هیأتی را پیش بینی نموده باشد.

برای نخستین بار و به تاسی از حقوق فرانسه، تهیه کنندگان قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ سه ماده؛ یعنی مواد ۶۲ تا ۶۴ این قانون را به ارگان کنترل کننده شرکت سهامی با عنوان مفتشان یا کمیسرها اختصاص دادند. در دو ماده نخست وظایف مفتشان به صورت کلی بیان گردیده و در ماده آخر مسؤلیتهای آنان و آثار حاصل از این مسؤلیتها مشمول قواعد ناظر به رابطه وکیل و موکل دانسته شده بود، که توصیفی نارسا و نامناسب برای جایگاه بازرس شرکت بود.^۱

^۱ - ستوده تهرانی حسن، حقوق تجارت، ج دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۹۴.

با اصلاح قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ و وضع لایحه اصلاحی قانون تجارت - که آن را بایستی قانون شرکتهای سهامی نامید - نظام حاکم بر بازرسی شرکتهای سهامی دگرگون گردید که در مقایسه با مقررات پیشین از جهات متعددی قابل توجه است.

با وصف تفکیک شرکت های سهامی به عام و خاص، نظام بازرسی مربوط به این دو شرکت نیز متمایز گردید؛ به گونه ای که در شرکت سهامی از نوع اول، بازرسان باید از ویژگیها و صلاحیتهای خاصی برخوردار باشند که در آیین نامه مربوطه مقرر شده است. در حالی که قانونگذار برای بازرسان شرکت سهامی خاص هیچ گونه ویژگی و صلاحیت خاصی را ضروری ندانسته است، لایحه اصلاحی قانون تجارت برخلاف سلف خود، مقررات مفصل و جزئی تری را در خصوص حدود وظایف و مسئولیتهای بازرسان پیش بینی نموده است.

لایحه مزبور درباره شرایط انتخاب بازرسان قانونی شرکت های سهامی خاص، هیچ ویژگی و شرط معینی را مقرر نداشته، لکن صرفاً به شرایط اساسی و ممنوعیت ها اشاره نموده است، در حالی که انتخاب بازرسان برای شرکت های سهامی عام مشمول شرایطی دانسته شده که به آیین نامه پیشنهادی وزارت اقتصاد و مصوب کمیسیون اقتصاد دو مجلس وقت واگذار گردیده است.

ماده ۱۴۴ این لایحه به عنوان مقررہ آغازین بر بخش ناظر بر بازرسان، شیوه انتخاب و بر کناری آنان را پیش بینی نموده است، در حالی که تبصره ماده مزبور حکم دیگری را که در خصوص شرایط انتخاب بازرسان شرکت های سهامی عام می باشد، مورد توجه قرار داده است. ماده مرقوم اشعار می دارد:

«در حوزه هایی که وزارت اقتصاد اعلام می کند، وظایف بازرسی شرکت ها را در شرکتهای سهامی عام اشخاصی می دانند ایفا کنند که نام آنها در فهرست رسمی بازرسان شرکتهای درج شده باشد. شرایط تنظیم فهرست و احراز صلاحیت بازرسی در شرکتهای سهامی عام و درج نام اشخاص صلاحیتدار در فهرست مذکور و مقررات و تشکیلات شغلی بازرسان تابع آیین نامه ای است که به پیشنهاد وزارت اقتصاد و تصویب کمیسیون های اقتصاد مجلسین قابل اجرا خواهد بود.»

در اجرای مقررہ قانون مزبور، دو سال بعد «آیین نامه اجرای تبصره ماده ۱۴۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۲۴ اسفندماه ۱۳۴۷ درباره انتخاب بازرسان شرکت های

سهامی عام» به تصویب کمیسیون اقتصاد دو مجلس سنا و شورای ملی رسید. این آیین‌نامه در ماده ۶ علاوه بر تعیین شرایط اشخاص داوطلب بازرسی، شیوه و راهکار انتخاب این گونه داوطلبان و تأسیس کانونی به همین منظور را مدنظر قرار داده بود.

در ماده ۱ شرایط داوطلبان امر بازرسی بدین شرح مقرر شده است: ۱- داشتن حسن شهرت و نداشتن پیشینه کیفری مؤثر؛ ۲- داشتن درجه لیسانس یا بالاتر در یکی از رشته‌های متناسب با وظایف و مسؤولیت های بازرسی به تشخیص کمیسیون مذکور در ماده ۲؛ ۳- داشتن حداقل پنج سال تجربه متناسب با وظایف و مسؤولیت های بازرسی به تشخیص کمیسیون مذکور در ماده ۲؛ ۴- عدم اشتغال به نمایندگی مجلس؛ ۵- عدم اشتغال به طور تمام وقت در مؤسسات وابسته به دولت و شهرداریها و مؤسسات وابسته به آن. مطابق ماده ۲ احراز صلاحیت داوطلبان بر عهده کمیسیونی مرکب از نمایندگان وزرای اقتصاد، دادگستری و دارایی و نیز دو نماینده از اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، گذاشته شده بود.

ماده ۵ آیین‌نامه، تشکیل کانونی با عنوان «کانون بازرسان شرکت های سهامی عام» را مشروط به رسیدن شمار بازرسان به سی نفر، پیش‌بینی نمود. با تشکیل کانون مزبور وظیفه «انتخاب و تنظیم فهرست داوطلبان بازرسی شرکت های سهامی عام و رسیدگی به سلب صلاحیت و اعلام آن» بر عهده کانون واگذار گردید. با این حال، تأیید فهرست بازرسان توسط کمیسیون یاد شده صورت می‌گرفت.

تبصره ماده ۱۴۴ مورد بحث، علی‌رغم آمره بودن آن، بدون دلیل مشخص و قابل توضیحی هیچ‌گاه به اجرا در نیامد، که در این میان نقش سازمانهای مرتبط با شرکتهای سهامی عام قابل تأمل است.

مرجع ثبت شرکت ها مکلف به خودداری از پذیرش مدارک مربوط به تأسیس شرکت های سهامی عامی بوده که صورتجلسه مجمع عمومی مؤسس آنها نام بازرس یا بازرسان بجز واجدان شرایط مقرر در تبصره ماده ۱۴۴ و آیین‌نامه مربوطه را در خود داشته است. مرجع یاد شده همچنین نمی‌بایست صورتجلسات مجمع عمومی عادی تنظیم شده بدون رعایت مقررات مزبور را به ثبت می‌رسانید. صرف‌نظر از جایگاه و حدود و اختیارات مرجع ثبت شرکت ها- که تنها مرجع مستقیماً درگیر امور شرکت های تجاری است- در کشور ما هیچ نهاد دیگری در این زمینه مسؤول شناخته نشده است.

سازمان ها و مراجع دیگری هم ممکن است به اعتبار کارکرد و وظایف ذاتی خود در ارتباط با شرکت های تجاری قرار گیرند، بدون آن که این رابطه ویژه این مراجع و شرکت های تجاری باشد. برای مثال، به موجب ماده ۸۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت، مجمع عمومی پس از پایان سال مالی بایستی به حساب های سالیانه و تراز مالی شرکت رسیدگی نماید. حکمی که در ماده ۵۴ همان قانون با ضمانت اجرای کیفری برای مدیرانی که تا شش ماه پس از پایان سال مالی شرکت مجمع از چهار ماه فراتر رود، مرجع مالیاتی دخالت نموده، مفاد ماده ۱۱۰ قانون مالیات های مستقیم را اعمال می نماید. هم چنین مراجع دیگری مانند شهرداری ها و سازمان حفاظت محیط زیست در راستای وظایف قانونی خود بر برخی عملکردهای شرکت های تجاری نظارت می نمایند، لکن این گونه نظارت ها در راستای اعمال حاکمیت دولت و جامعه از سوی سازمان های دولتی و نهادهای عمومی نسبت به همه شهروندان-اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی- صورت می پذیرد و خاص شرکت های تجاری نیست.

به علت عدم اجرای مقررات تبصره ماده ۱۴۴ لایحه اصلاحی از یک سو و نارسایی نظام بازرسی شرکت های تجاری دولتی از سوی دیگر، دولت به جای تضمین اجرای مقررات مزبور و یا پیش بینی راهکار مناسبی برای کنترل شرکت های تجاری، ترجیح داد تا راه حل مورد نظر خود را به شرکت های دولتی محدود سازد.

بر این اساس، در سال ۱۳۶۲ لایحه تشکیل سازمان حسابرسی از تصویب مجلس گذشت تا هم نسبت به شرکت های دولتی نقش بازرسی قانونی را ایفا کند و هم نظارتی کلان را بر این مؤسسات اعمال نماید. اساسنامه این سازمان با تأخیر چهار ساله؛ یعنی در سال ۱۳۶۶ به تصویب رسید، و موجب رسمیت یافتن سازمان مزبور گردید.

نهادی حرفه ای و غیر دولتی را به منظور نظارت بر کار حسابداران رسمی با عنوان «جامعه حسابداران رسمی ایران» پیش بینی نمود. حدود و ضوابط مربوط به چگونگی استفاده از خدمات و گزارش های حسابداران رسمی مطابق تبصری ۴ آن قانون به آیین نامه ای واگذار گردید که مقرر بود توسط هیأت وزیران و با پیشنهاد وزیر امور اقتصاد به تصویب برسد. آیین نامه اجرایی تبصره ۴ مورد بحث هفت سال بعد؛ یعنی در سال ۱۳۷۹ از تصویب هیأت وزیران گذشت.

علاوه بر شرکت های تجاری، آیین نامه مزبور، شرکت های عمومی و دولتی و برخی از شرکت های خصوصی را نیز در برمی گیرد. با وجود این، شمول قانون مزبور بر شرکت های خصوصی دارای محدودیت هایی است، چرا که به موجب بند «الف» ماده ۱۲ آیین نامه اجرایی ماده ۴ مرقوم، شرکت های پذیرفته شده یا متقاضی پذیرش در بازار بورس اوراق بهادار و شرکت های تابع و وابسته به آنها و طبق بند «ب» همان ماده شرکت های سهامی عام و شرکت های تابع و وابسته به آن ها، مکلف به کارگیری حسابرس و بازرس قانونی از میان مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی، هستند. این درحالی است که بر اساس بند «ز» شرکت های سهامی خاص و سایر شرکت های تجاری که از جهت درجه اهمیت، حساسیت و حجم فعالیت و میزان فعالیت در مرتبه معینی قرار دارند، با تشخیص وزارت امور اقتصادی، مکلف به رعایت حکم آیین نامه مورد بحث هستند.

عدم رعایت مقررات مزبور، ضمانت اجرای مذکور در ماده ۳ آیین نامه را در پی دارد که به موجب آن: «صورت های مالی اشخاص موضوع ماده (۲) که فاقد گزارش «حسابرسی و بازرسی قانونی» یا «گزارش حسابرسی» موضوع این آیین نامه باشد، در هیچ یک از وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی، شرکت های دولتی، بانک ها و بیمه ها، مؤسسات اعتباری غیر بانکی، سازمان بورس اوراق بهادار و مؤسسات و نهادهای عمومی و غیر دولتی معتبر نمی باشد و به نفع اشخاص مزبور قابل استناد نخواهد بود»^۱.

نتیجه گیری

از اولین نکاتی که در زمان ایجاد هر منطقه آزاد و ویژه جدید باید مورد توجه قرار گیرد بررسی عملکرد مناطق آزاد و ویژه فعلی و رفع مشکلات فراوان آنهاست. زیرا متأسفانه مناطق آزاد و ویژه فعلی به دلیل ضعف های ساختاری و عملکردی در تحقق اهداف قانونی خود به خصوص در حوزه هایی نظیر جذب سرمایه و توسعه صادرات به صورت کامل موفق نبوده اند. مناطق آزاد تجاری در ایران که با هدف توسعه تجارت، صادرات، اشتغال و سرمایه گذاری شکل گرفته اند بنابر دلایلی هم چون عدم بیان روشن در خصوص استقلال اداری این

^۱ - پاسبان محمد رضا، «نظام بازرسی در شرکت های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، همان، ص

مناطق در قوانین، نتوانسته اند چندان به اهداف مورد نظر دست یابند، البته پایبند نبودن و اجرایی نشدن کامل تکالیف قانون چگونگی اداره مناطق آزاد را می توان از مصادیق عدم تحقق استقلال اداری نیز نام برد. از طرف دیگر تحقق عدم تمرکز اداری در مناطق آزاد منوط به اجرایی شدن خصایص موردی مانند اعطای شخصیت مستقل حقوقی، نظارت قیمومتی و نظام انتخاب در آن مناطق است امری که باید با تاکید بر اصولی مانند اصل آزادی اداری و اصل تقدم اجرا توسط واحدهای محلی مورد توجه قرار گیرد؛ لذا ضروری است نحوه اداره، استخدام، و حتی انتخاب و انتصابات در مناطق آزاد بر اساس مولفه های سه گانه مربوطه باشد و حدود اختیارات گسترده هیأت وزیران در امور مالی و اداری مناطق محدودتر و در معنای واقعی و حقوقی و بدون ابهام نظارت قیمومتی باشد.

منابع و مأخذ

- ابراهیم خانی حسین، (۱۳۸۴) بررسی تطبیقی حقوق کار در مناطق آزاد تجاری (ایران-چین-امارات)، تهران، نشر آریان، چ اول.
- اسکینی ربیعا، (۱۳۷۸) حقوق تجارت، شرکت های تجاری، ج ۱، انتشارات سمت، چ سوم.
- اسکینی ربیعا (۱۳۷۷) حقوق تجارت- شرکت های تجاری، ج دوم، تهران، انتشارات سمت.
- پاسبان محمد رضا (۱۳۸۴) «نظام بازرسی در شرکت های تجاری: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۱۶ و ۱۵، پاییز و زمستان.
- تفرشی محمد عیسی (۱۳۷۹) «معرفی شرکت تجاری»، مجموعه مقالات حقوقی، بخش نخست، انتشارات کانون وکلای دادگستری آذربایجان شرقی و اردبیل.
- تفرشی محمد عیسی، (۱۳۷۹) «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱»، فصلنامه علوم انسانی، ش ۱۴.
- تفرشی محمد عیسی، «معرفی شرکت های تجاری» کتاب مقالات حقوقی کانون وکلا مرکز ۱۳۷۹ - CD مجموعه مقالات حقوقی تهیه علی مکرّم ۱۳۸۲.
- حدادی مهدی، (۱۳۷۶) «شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- رونق یوسف (۱۳۸۷) اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، موسسه توسعه و بهبود مدیریت انتشارات فرمنش، چ اول.

- ستوده تهرانی حسن (۱۳۸۰) حقوق تجارت، ج ۲، انتشارات میزان، چ چهارم.
- ستوده تهرانی حسن (۱۳۷۵) حقوق تجارت، ج دوم، تهران، نشر دادگستر.
- فاضل حمید، (۱۳۷۱)، «نقش مناطق آزاد در جلب سرمایه های خارجی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی دانشگاه تهران.
- نصیری محمد (۱۳۸۴) حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چ سیزدهم.
- هاشمی محمد، (۱۳۸۳) حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، ج دوم، تهران، انتشارات میزان، چ نهم.
- مجموعه اساسی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، آذر ماه ۱۳۹۱، چ دوم.
- مقدسی علیرضا (۱۳۸۹)، «مناطق آزاد: اصول، مفاهیم، کارکردها و راهکارها»، به نقل از سایت اینترنتی زیر:

<http://www.aftabir.com/articles>

- سایت مناطق آزاد ایران

www.freezones.ir

-Mohammad Reza Pasban, "A Review of directors' liabilities of an insolvent company in the us and England" The Journal of Law, 2001 January.

- radhna, Aggarwal (2005), "Performance of Export Processing Zones: A Comparative Analysis of India, Srilanka and Bangladesh".

-Website: www.icrier.org

قوانین و مقررات

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون برنامه چهارم توسعه
- قانون تشکیلات سازمان بازرسی کل کشور، مصوب سال ۱۳۶۰.
- قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۰
- قانون چگونگی اداره مناطق آزاد مصوب سال ۱۳۷۳
- بخشنامه سازمان امور مالیاتی کشور به شماره ۲۰۰/۹۵/۵۰ به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۱

بررسی مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه

و حقوق ایران

احسان کارگران بافقی^۱، محمد رضانی^۲، مهدی زارع^۳، بابک خسروی نیا^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۴. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

چکیده

شرط خلاف مقتضا ممکن است موجب دگرگونی و تحول در مقتضای اطلاق عقد گردد، اعم از اینکه آثار عرفی و شرعی عقد مطلق را حذف نماید بدون اینکه اثر جدیدی ایجاد کند و یا با حذف این آثار و لوازم، موجب آثار جدیدی بر مبنای توافق صورت گرفته در قالب شرط باشد. به علاوه ممکن است مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد نمایان گردد. در این حالت، بر اساس عقیده سنتی، تنافی بین عقد و شرط، بطلان هر دو را در پی خواهد داشت. اما بر مبنای دیدگاه نوین می‌توان بر این عقیده بود که، شرط خلاف مقتضای عقد، موجب تحول در مقتضا می‌شود که این تحول و دگرگونی، صور مختلفی دارد که حسب مورد دارای آثار و نتایج مختلفی خواهد بود. به طور که تحول در مقتضا گاهی موجب زوال مقتضا شده، بدون اینکه بتوان مقتضای عقد جدیدی را تصور نمود و گاهی تحول در مقتضا با حذف مقتضای عقدی که به ظاهر درج شده، مقتضای عقد جدیدی را در پی خواهد داشت.

در این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته، مصادیق این نوع تحول که به تبع درج شرط خلاف مقتضای ذات عقد محقق می‌گردد، مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه

قابل بیان است که؛ از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه؛ بیع بلائمن، اجاره بدون اجاره‌بها، عقد مضاربه و مزارعه و از جمله مصادیق آن در حقوق ایران؛ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، اجاره مشاخره، ماده ۱۷۹ قانون دریایی، اجاره به شرط تملیک، تحول برات از سند تجاری به سفته یا سند عادی، تغییر عنوان عقد وقف خاص به ارث جهت اخذ مالیات، شرط سقوط ضمان و شرط پرداخت غرامت در صورت مستحق‌للغیر در آمدن مبیع است.

واژگان کلیدی: شرط ضمن عقد، خلاف مقتضای ذات عقد، تحول عقد

مقدمه

شرط یا التزامی که در عقد یا قرارداد به نفع یا ضرر طرفین یا نفع شخص ثالث درج می‌شود، یک نوع تعهد فرعی که طرفین ضمن تعهد اصلی می‌آورند. در حقوق امامیه هر کس بخواهد تعهد یا شرطی نماید که الزام‌آور باشد باید به صورت شرط ضمن عقد باشد. در اصطلاح حقوقی نیز هر شرطی که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد شرط ضمن عقد نامیده می‌شود، ولو آنکه مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد.

مقتضای ذات عقد، اثر و نتیجه مستقیمی است که لازمه مطلق عقد می‌باشد و مراد از عدم مخالفت با مقتضای عقد که در زمره شروط صحت شرط آمده، عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد می‌باشد. به این معنی که هیچ شرطی نمی‌تواند از مقتضای ذات عقد تخلف کند. به عبارتی دیگر، اثر مقتضای ذات عقد عبارت است از امری که عقد بدون آن منعقد نمی‌شود و تحقق ماهیت منوط به وجود آن است. به گونه‌ای که اگر این مقتضا منتفی شود، عقد لغتاً یا عرفاً یا شرعاً منتفی می‌شود.

ممکن است مخالفت شرط، با مقتضای ذات عقد باشد. در این حالت دیدگاه سنتی بر این امر استوار است که تنافی در مجموعه عقد و شرط موجب بطلان هر دو آنها می‌باشد اما بر مبنای دیدگاه نوین معتقدیم اگرچه شرط خلاف مقتضا موجب تحول در مقتضا می‌شود اما این تحول صور مختلفی دارد که حسب مورد دارای آثار و نتایج مختلفی خواهد بود. به این صورت که تحول در مقتضا گاهی موجب زوال مقتضا شده و به عبارت دیگر مقتضای عقد معدوم گشته

بدون اینکه بتوان مقتضای عقد جدیدی را تصور نمود و گاهی تحول در مقتضا به این صورت است با حذف مقتضای عقدی که به ظاهر درج شده مقتضای عقد جدیدی قابل تصور خواهد بود. با این اوصاف این مسأله قابل طرح می‌باشد که، مطابق فقه امامیه و حقوق ایران، مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد کدام است؟

مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد را می‌توان در دو مبحث مجزا تحت عنوان؛ مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه و مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران مورد بررسی قرار داد.

۱- مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه
از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه را می‌توان بیع بلا ثمن، اجاره بدون اجاره‌بها، عقد مضاربه و مزارعه دانست.

۱-۱: بیع بلا ثمن

ثمن به بهایی اطلاق می‌شود که کالا در برابر آن معامله شده است؛ خواه با ارزش متعارف کالا در بازار برابر باشد یا بیشتر و یا کمتر باشد و تفاوت آن با قیمت در همین است؛ زیرا «قیمت» عبارت است از ارزش کالا در بازار و نزد عرف که از آن به «ثمن المثل» تعبیر می‌شود. ثمن همچون مثنی (مبیع) از ارکان عقد بیع به شمار می‌رود و مالیت داشتن، مملوک بودن، معلوم بودن از جهت جنس و وصف از شرایط آن است. (بحرانی، ۱۳۸۰، ۴۶۰ و خوئی، ۱۴۰۲، ۴۷۱)

۱- «قد صرحوا بأنه يشترط العلم بالثمن قدرا و وصفا و جنسا، قبل إيقاع عقد البيع، فلا يصح البيع بحكم أحد المتبايعين أو أجنبي إجماعا. و لا بالثمن المجهول القدر، و ان كان مشاهدا، لبقاء الجهالة، و ثبوت الغرر المنفي معها، خلافا للشيخ في الموزون) و ان صحة المعاملات لا تتوقف على مالية العوضين نوعا والعقلاء والعرف شاهدان على هذا المدعى، لصحة بيع مالا مالية له نوعا كما إذا اراد شراء خط والده مع فرض انه ردی ولا يساوی عند العقلاء بشئ إلا أنه يبدل بازائه المال بداعي أنه خط والده، فالمالية النوعية غير معتبرة في صحة البيع بوجه، وأما تعريف المصباح المنير فلا اعتبار له لانه في مقام شرح الاسم وليس بصدد بيان ما يعتبر في ماهية البيع وحقته.»

قاعده در عقد بیع این است که در مقابل مبیع، ثمن قرار گیرد. از این رو بیع بدون ثمن را معاملات فاسد دانسته‌اند (علامه، ۱۳۷۹، ۸۵) و مبیع مقبوض و نیز منافع مقبوض در ید مشتری، مقبوض به عقد فاسد محسوب می‌شود و حسب قاعده گیرنده باید ضامن باشد و در صورت تلف، از عهده ضامن برآید، در حالی که مشتری ضامن تلف مبیع نیست و به همین دلیل این مورد از موارد نقض قاعده محسوب می‌شود.

ممکن است طرفین عقد، انتقال کالایی را اراده نمایند اگرچه با لفظ بیع این مبادله صورت می‌گیرد ولی در واقع، بیع نیست. به عبارتی دیگر شخصی به عنوان مالک کالایی را بدون دریافت عوضی به شخص دیگر انتقال دهد.

بیع بلا ثمن علی الاصول از مصادیق بیع فاسد محسوب نمی‌شوند و به دیگر سخن، صدق قاعده مستلزم آن است که یک عقد دارای مصادیق مختلف صحیح و فاسد باشد و مورد فاسد به علت فساد از شمول عقد مزبور خارج نشود. در چنین فرضی چنانچه عقد در حالت صحت موجب ضمان به ثمن المسمی باشد، در فرض فساد موجب ضمان به ثمن واقعی خواهد بود؛ ولی بیع بلا ثمن اصولاً از شمول صدق بیع خارج‌اند و نمی‌توانند نقضی بر قاعده محسوب شوند. در نتیجه اگر طرفین توافق نمایند که کالایی به مالکیت دیگر درآید مشروط بر اینکه دریافت کننده (منتقل الیه) در عوض آن بها یا ثمنی نپردازد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیع نیست بلکه قرارداد مذکور نه تحت عنوان بیع بلکه به عنوانی قراردادی مستقل و صحیح شناخته می‌شود.

از طرفی دیگر چنانچه قید «بلا ثمن» در توافق طرفین باشد، خود قرینه‌ای بر هبه می‌باشد. به عبارتی دیگر قصد طرفین صریحاً بر تملیک عینی بوده بدون دریافت عوضی در مقابل آن که این بر عقد هبه دلالت می‌کند.

۲-۱: اجاره بدون اجاره بها

اجاره قراردادی است که بر طبق آن یک شخص (موجر) خانه یا آپارتمان یا مغازه خود را به شخص دیگری (مستأجر) برای مدت معین و در ازای اجاره بها به اجاره واگذار می‌کند. علی القاعده تملیک منفعت در عقد اجاره به عوض معلوم یعنی اجاره بهاست. (نوری، ۱۳۷۵، ۴۴)

اگر عینی به اجاره فاسد در اختیار مستاجر قرار گیرد، بی تردید نسبت به منافع موجب ضمان است، همان طور که در صحیح آن چنین است؛ یعنی همان طور که در عقد اجاره صحیح، مستاجر مسئول پرداخت اجرت المسمی است، در عقد فاسد نیز، حتی نسبت به منافع غیر مستوفات، مسئول پرداخت اجرت المسمی خواهد بود؛ زیرا عین در ید او بوده و منافع - هر چند غیر مستوفات - نیز به تبع عین در ید او قرار داشته است. اما در مورد عین مستاجر این قاعده صادق نیست؛ زیرا در اجاره صحیح، مستاجر ضامن عین نیست، چون امین است و جز در مورد تعدی و تفریط مسئول پرداخت خسارت نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۶۷) حال اگر عین از طریق اجاره فاسد در اختیار مستاجر قرار گرفته باشد، مستاجر ضامن عین است و در صورت تلف، مسئول پرداخت خسارت است که این امر، نقضی بر قاعده محسوب می شود؛ زیرا در عقد اجاره صحیح، مستاجر ضامن عین مستأجره نیست، ولی در اجاره فاسد ضامن آن است.

در پاسخ به این نقض، به عقیده بسیاری از فقیهان، از جمله ابن ادریس در سرائر، و علامه حلی در تذکره، محقق کرکی در جامع المقاصد و شیخ انصاری در مکاسب، در اجاره فاسد، منفعت، مشمول اصل قاعده و عین مشمول عکس قاعده است. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۹۷-۹۸) ^۱ به عقیده این بزرگواران در عقد فاسد هم مانند اجاره صحیح گیرنده ضامن عین نیست.

برخی فقها با این نظریه مخالفند و بیان داشته اند: در اجاره صحیح مستاجر چون امین است ضامن نیست، ولی در اجاره فاسد چنین نیست؛ بنابراین، مستأجر - خواه به فساد اجاره عالم باشد خواه جاهل - ضامن عین است. او این نظریه را به استنباط خود از کلمات اصحاب نسبت داده است. (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ۱۹۱)

^۱ - «بقي الكلام في رجوع البائع إلى الوكيل المفروض بناء على انحلال العقد ورجوع المبيع أنا ما قبل التلف إلى ملك البائع فوقع التلف في ملك البائع بتفريط من الوكيل فيكون ضامنا للبائع من جهة الاتلاف أو البد؟ والصحيح هو الثاني لانه لم يتلف ولكن بسبب تأخيره وتفريطه في الاقباض صارت يده يد ضمان وخرج عن كونه يدا أمانة فالضمان - أي ضمان الوكيل للبائع - يكون ضمانا واقعا أي بالمثل أو القيمة كل في مورد لا ضمان المسمي ولا وجه لاحتماله أصلا.»

با این اوصاف، چنانچه عینی معین در تصرف دیگری قرار گیرد بدون آنکه بین طرفین توافق در خصوص پرداخت عوض یا اجاره بها در مقابل تملیک منفعت صورت گیرد، قرارداد مذکور اجاره نیست. حتی اگر شرطی بین طرفین صورت گیرد تملیک منفعت بدون عوض باشد حتی اگر قرارداد با لفظ اجاره باشد، در مقام تفسیر اراده طرفین دو فرض قابل تصور است: فرض اول اینکه طرفین مطلقاً قصد انعقاد عقد اجاره را دارند و درج شرط، تحت عنوان عدم پرداخت اجاره بها، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است و قصد قرارداد و شرط مذکور در تعارضند و اراده مذکور منتج به عقد نمی شود و اصطلاحاً عقد باطل است. فرض دوم اینکه طرفین نه با قصد انعقاد عقد اجاره، بلکه صرفاً با این هدف که عینی معین در تصرف دیگری قرار گیرد و از آن منتفع گردد با لفظ اجاره بدون اجاره بها، قراردادی را منعقد می کنند که این فرض در قالب اذن اباحه قابل توجیه است.

۱-۳. عقد مضاربه و مزارعه

عقد مضاربه به قراردادی اطلاق می شود که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تامین سرمایه (نقدی) می گردد، با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله، هر دو طرف شریک باشند. در مضاربه می توان شرایطی را در ضمن قرارداد مطرح کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۱۲) یکی از این شرایط، شرط پذیرش ضرر احتمالی از طرف مشتری (شریک) است.

مزارعه نیز یکی از عقود شرعی است که به موجب آن یکی از طرفین قرارداد، زمینی را برای مدت معین به طرف دیگر واگذار می کند تا در آن زراعت کرده محصول را به نسبتی که با هم توافق می کنند بین خود تقسیم کنند. طرف اول را مزارع و طرف دوم را زارع یا عامل می گویند.

مزارعه را می توان یکی از روشهای تامین نیازهای مالی در بخش کشاورزی دانست. بانکها در قرارداد مزارعه همیشه نقش مزارع را خواهند داشت بنابراین زمانی می توانند اقدام به مزارعه کنند که بخواهند زمین یا سایر عوامل تولید یا تلفیقی از آن دو را در اختیار زارع قرار دهند. قرارداد مزارعه با تقسیم محصول و تحویل سهم بانک خاتمه می یابد. در مواردی ممکن است

بانک مایل باشد سهم محصول خود را توسط عامل به فروش برساند، در این حالت موضوع به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد ذکر خواهد شد.

به عقده برخی فقها، (محقق حلی، ۱۳۷۱، ۲۱۱) در مضاربه حصه ای از سود براساس توافق بین طرفین مقرر می شود، بدون اینکه اجرتی برای عمل قرارداد شده و این نظر مطابق دیدگاه مشهور در فقهاست و اجماع بر مشروعیت آن دلالت می کند. آیه مبارکه «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» (نساء، ۲۹) و نیز حدیث متواتر مستند آن است. آنچه باید بدان توجه شود این است که تمام سود باید به طور مشاع معلوم شود و در صورتی که برای یکی از دو طرف عقد، ربح معین شود و باقی آن برای طرف دیگر باشد به اجماع فقیهان باطل و بی اثر است. (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۳۶۸)

برخی دیگر از فقها در تفسیر نظریه مذکور بحث حقوقی مفیدی را مطرح می کنند. در صورتی که مالک سرمایه در عقد بگوید: «این مال را از باب مضاربه در اختیار داشته باش و ربح آن برای من باشد»، مضاربه فاسد می شود، اگرچه ممکن است این عمل را (بضاعت) بدانیم، زیرا مفهوم و معنای این عمل حقوقی (بضاعت) است. در واقع در اینجا مالی داده شد تا با آن کاری انجام شود به این شرط که ربح از آن مالک باشد بدون اینکه اجرتی برای عامل منظور شود. در حقیقت این عمل توکیل در تجارت به طور تبرعی است که لفظ خاصی برای آن لازم نیست و عبارت مذکور در اینجا مالک سرمایه دلیل بر آن است، اگرچه لفظ (مضاربه) در آن به کار رفته است اما می توان از آن بضاعت را اراده کرد، زیرا قائل شدن به اراده بضاعت ولو مجازاً بهتر از الغای آن است.

محقق حلی سپس در درستی این نظریه تردید می کند؛ زیرا هر لفظی ظاهر در معنای حقیقی است و معنای حقیقی اعم از صحیح و فاسد است. در اینجا مضاربه در معنای عقد فاسد به کار رفته و این امر با بضاعت که اقدام بر تبرع در عمل است تفاوت دارد. (محقق حلی، همان، ۲۱۵)

مشهور چنین عملی را مضاربه می دانند. البته اگر قرینه حالی یا مقالی بر این اقدام تبرعی باشد، بضاعت است، اما باید دانست که هیچ دلالتی بر قصد به جز ظاهر لفظ صادر از گوینده نیست و

فرض این است که در این مورد واژه «مضاربه» به کار رفته و از این رو مضاربه فاسد است. (نجفی، همان، ۳۶۹)

در فرع دیگری نیز این بحث مطرح می شود که؛ اگر برای یکی از دو طرف ربح به طور معین، مشخص شود و بقیه بین آنان مشترک باشد مضاربه فاسد است. دلیل فساد را برخی این می دانند که اطمینانی به حصول زیاده وجود ندارد و شرکت محقق نمی شود. (محقق حلی، همان، ۱۱۳-۱۱۵)

برخی، دلیل فساد را فقدان دلیل بر صحت عقد می دانند نص و فتوا بر صحت، منحصر به جایی است که تقسم سود به اشاعه یا در حکم آن باشد (نجفی، همان، ۳۳۵) و بدون تعیین سهم مشاع، در شمول اطلاعات صحت مثل «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» نسبت به آن تردید حاصل می شود و اصل اولی در معاملات فساد است. اگرچه تصمصص هم در این صورت به بطلان حکم می کنند. فتاوا نیز به صراحت این مورد را باطل می دانند. محقق حلی در فرع دیگری بیان داشته؛ اگر مالک در ایجابش بگوید: با این مال تجارت کن و ربح آن برای من باشد این عمل حقوقی، ابضاع یا بضاعت است و اگر بگوید ربح برای تو باشد، قرض است. (نجفی، همان، ۳۶۶ و ۳۶۷)

از این نظر انتقاد می شود که بین این مورد و مورد قبل تفاوتی وجود ندارد جز اینکه در مورد اول واژه مضاربه به کار رفته و در اینجا اگر چه قصد مضاربه بوده اما لفظ مضاربه به کار نرفته است و این امر مشخص نمی کند که آنها بضاعت را اراده کرده اند یا قرض را، مگر اینکه دعوی انصراف به بضاعت و قرض شود یا عبارت را ولو به دلیل اصالت صحت حمل بر این دو عمل حقوقی کنیم. صاحب جواهر در این زمینه بیان داشته؛ اگر مالک قصد بضاعت و قرض داشته باشد بدون تردید صحیح است اما اگر قصد مضاربه داشته باشد مضاربه فاسد است و تصریح به واژه مضاربه در عقد شرط نیست. (همان، ۳۶۸)

۲- مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران

از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران را می توان قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، اجاره مشاخره، ماده ۱۷۹ قانون دریایی، اجاره به شرط تملیک، تحول برات از سند تجاری به سفته یا سند عادی، تغییر عنوان عقد وقف خاص به ارث

جهت اخذ مالیات، شرط سقوط ضمان و شرط پرداخت غرامت در صورت مستحق للغير در آمدن مبیع دانست.

۱-۲: قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و اجاره مشاھرہ

به موجب ماده ۳ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶؛ «در مواردی که اجاره نامه تنظیم شده باشد میزان اجاره بها همان است که در اجاره نامه قید شده و هر گاه اجاره نامه تنظیم نشده باشد به میزانی است که بین طرفین مقرر یا عملی شده است و در صورتی که میزان آن معلوم نشود با رعایت مقررات این قانون از طرف دادگاه میزان اجاره بها به نرخ عادلہ روز تعیین می شود.» در این خصوص عدم تعیین اجاره بها ابطال عقد را در پی ندارد بلکه عقد اجاره به قوت خود باقی است. در نتیجہ اگر طرفین عقد اجاره شرط نمایند که اجاره بها معین نشود، اگر چه ظاهراً شرط خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است ولی عدم تعیین اجاره بها، باعث بطلان عقد نخواهد شد.

اجاره مشاھرہ نیز قرارداد اجاره است که در آن مدت مشخص نگردیده بلکه طرفین شرط می کنند که به ازای هر ماهی که مورد اجاره در تصرف مستأجر می باشد، ماهیانه مبلغی پرداخت گردد. قاعدتاً در عقد اجاره باید مدت تعیین گردد و ذکر مدت از جمله ارکان عقد اجاره است. (علامه، ۱۳۷۹، ۸۸) حال در این فرض (اجاره مشاھرہ) طرفین با توافق شرط می کنند که مدتی معین نگردد (شرط خلاف مقتضای ذات عقد اجاره) و به ازای هر ماهی که مال مورد اجاره موضوع منفعت قرار می گردد، بهایی پرداخت گردد. در این مورد نیز عقد اجاره باطل نیست بلکه صرفاً اراده طرفین شرایطی را ایجاد کرده که به نوعی اذن ضمنی برای استفاده از مالی به دیگری داده می شود.

۲-۲: ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران

در ماده ۲۰۶ قانون مدنی معامله اضطراری به طور مطلق معتبر و نافذ بیان شده است. اعم از اینکه از موقعیت مضطر سوء استفاده شده باشد یا خیر. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی مقرر شده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین بوسیله دادگاه باطل

و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد و یا کم است دادگاه می تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید. طبق ماده ۱۷۹ قانون دریایی قرارداد نجات دریایی در وضعیت خطر بسته می شود و از طرف شخصی که در معرض خطر است قرارداد اضطراری است. (طالب احمدی، ۱۳۹۲، ۱۶۲) این حکم نشانه برداشتن مرز سنتی میان اکراه و وضعیت اضطراری دانسته و سوء استفاده از وضعیت اضطراری را یکی از عوامل موثر در وضعیت حقوقی قرارداد شمرده است.

۲-۳: اجاره به شرط تملیک

اجاره از جمله عقود معوض و تملیکی است که به لحاظ اهمیت و نقشی که در روابط اجتماعی دارد، مورد توجه روزافزون قانونگذاران قرار گرفته است، به نحوی که مهم ترین مبحثی که بعد از بیع مواد متعدد و فراوانی را در بین عقود معین، به خود اختصاص داده، عقد اجاره است. شکل ساده اجاره به شرط تملیک سابقه ای طولانی دارد. برخی آغاز آن را در سه هزار سال پیش، زمانی که فنیقی ها کشتی های خود را به شکل خاصی به ملوانان و دریانوردان اجاره می دادند و شکل رسمی و تکامل یافته آن را به اوایل دهه ۱۹۵۰ میلادی مربوط دانسته اند. تنها تعریفی که از اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران موجود می باشد، برای اولین بار در ماده یک آیین نامه موقت اجرایی اجاره به شرط تملیک مصوب ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار عنوان گردید. براساس آن اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط شده است، مستأجر در پایان مدت اجاره، عین مستأجره را در صورت عمل به شرایط قرارداد مالک گردد. اصطلاح عقد اجاره به شرط تملیک در تبصره ۳ و مواد ۱۰ و ۱۲ و بند ۶ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مجدداً به کار گرفته شده است لیکن در قانون مزبور هیچگونه تعریف صریحی از این عقد نوظهور عنوان نگردیده است و تنها تعریف همان است که گفته شد. براساس تعریف مزبور شرطی در قرارداد اجاره درج می گردد که مستأجر (مشروط له) با پرداخت اقساط اجاره، حق تملک کالا را خواهد داشت. تملیک کالا برحسب اینکه شرط

مندرج در قرارداد از نوع نتیجه یا شرط فعل باشد متفاوت خواهد بود. ظاهر تعریف حکایت از این امر دارد که شرط از نوع نتیجه می‌باشد زیرا مستأجر در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد عین مستأجره را مالک می‌شود و این انتقال مالکیت خود به خود و به نفس اشتراط حاصل می‌گردد. با وجود این برخی از حقوقدانان معتقدند شرط تملیک، شرط فعل است و نه شرط نتیجه، بدین معنا که در پایان مدت اجاره بانک مالکیت مورد اجاره را به مشتری منتقل خواهد کرد، بنابراین در عقد اجاره به شرط تملیک، رابطه بین مشتری و بانک رابطه استیجاری خواهد بود. (خاوری، ۱۳۶۹، ۳۵)

پس بر این مبنا اگر شرط مندرج در قرارداد را تنها شرط فعل قلمداد کنیم، بدیهی است که ایفای کلیه تعهدات از جانب مستأجر تنها برای او حق تملیکی ایجاد میکند که این حق تملک نیز تعهد به انتقال عین مستأجره را برای بانک به دنبال خواهد داشت. لذا قراردادی که فیما بین طرفین واقع می‌شود تنها عقد اجاره‌ای است که با ایجاب بیع همراه است و لذا انعقاد عقد بیع، که به تبع حق تملک ایجاد شده برای مستأجر متصور است، منوط به انشای اراده مستأجر و اعلام قبولی مبنی بر بیع است که در این صورت نیز انتقال مالکیت واقع می‌گردد، چنانچه در تأیید این نظر نیز عنوان شده است، آنچه واقع می‌شود اجاره است که با وعده یک طرفی بیع همراه شده و در شمار اجاره‌های اعتباری است، در واقع نیاز بیع به انتخاب مستأجر و وقوع عمل حقوقی دیگر، وجود آن را از اجاره متمایز می‌کند لذا در صورتی که شرط تملیک در ضمن عقد منجر به حصول مالکیت عین مستأجره برای مستأجر شود، عقد دوم تابع بیع خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۷۹)

امروزه به اشتباه عقد اجاره به شرط تملیک را دارای این ویژگی می‌دانند که خود به خود یا به انتخاب مستأجر به تملیک عین منتهی می‌شود. لیکن باید در فرضی که مالکیت خود به خود منتقل می‌شود با فرضی که اختیار تملیک برای مستأجر ایجاد می‌شود، قایل به تفاوت شویم. این نوع قراردادها این گونه هستند که در نوع اول کالای مورد نظر یا ملک در اختیار مصرف کنند قرار می‌گیرد و ثمن آن را در اقساط معینی و در طی مدت خاص پرداخت می‌نماید. لیکن شرط می‌گردد همزمان با پرداخت آخرین قسط مالکیت خود بخود به طرف مقابل منتقل گردد. در این نوع قرارداد بدیهی است که قصد مشترک طرفین از ابتدا چیزی جز انتقال نبوده

است و آنچه محرک اصلی متعاقدين بوده است انتقال مالکیت مال مورد مصرف بوده است. لیکن انتقال مالکیت را به زمان مؤخری که پرداخت آخرین قسط توافق شده است، به تأخیر انداخته‌اند.

اجاره به شرط تملیک به جهت شباهت دوگانه‌ای که به عقود بیع و اجاره دارد، در مباحث حقوقی با عقود مزبور مختلط شده است و نظریه‌های متفاوتی در این باب ارائه گردیده است که هر یک در جای خویش قابل تأمل می‌باشد، لیکن آنچه در بررسی ماهیت هر عقدی بیش از هر چیز مورد توجه واقع می‌شود، توجه به قصد و اراده مشترک طرفین می‌باشد که اجاره به شرط تملیک نیز از این قاعده مستثنی نخواهد بود.

از سوی دیگر اگر اجاره به شرط تملیک را عقدی مختلط از بیع و اجاره بدانیم، بررسی تاریخی عقود مختلط در فقه امامیه خالی از وجه نخواهد بود، مضافاً به اینکه برای رسیدن به ماهیت اصلی و حقیقی اجاره به شرط تملیک توجه به تعاریف موجود در حقوق ایران و خصوصاً حقوق تطبیقی که از این حیث بسیار غنی می‌باشد از اهمیت وافری برخوردار می‌باشد. امروزه به اشتباه عقد اجاره به شرط تملیک را دارای این ویژگی می‌دانند که خود به خود یا به انتخاب مستأجر به تملیک عین منتهی می‌شود، لیکن باید در فرضی که مالکیت خود به خود منتقل می‌گردد با فرضی که اختیار تملک برای مستأجر ایجاد می‌شود قائل به تفاوت شویم. این نوع قراردادها، اینگونه هستند که در نوع اول کالای موردنظر یا ملک در اختیار مصرف‌کننده قرار می‌گیرد و ثمن آن را در اقساط معینی و در طی مدت خاص پرداخت می‌نماید، لیکن شرط می‌گردد همزمان با پرداخت آخرین قسط مالکیت خود به خود به طرف مقابل منتقل گردد، در این نوع قرارداد بدیهی است که قصد مشترک طرفین از ابتداء چیزی جز انتقال مالکیت نبوده است و آنچه محرک اصلی متعاقدين بوده است انتقال مالکیت مال مورد مصرف بوده است، لیکن انتقال مالکیت را به زمان مؤخری که پرداخت آخرین قسط توافق شده است به تأخیر انداخته‌اند، لذا نباید آن را اجاره به شرط تملیک دانست، بلکه در حقیقت بیعی است که انتقال مالکیت تا پرداخت آخرین قسط به تأخیر افتاده است که از آن به بیع اقساطی^۱ یاد

می‌شود و نه بیع مؤجل، زیرا در بیع مؤجل مالکیت در زمان وقوع عقد منتقل می‌گردد ولی پرداخت ثمن به زمان مؤخری موکول می‌گردد، حال آنکه در فرض مزبور وضع گونه دیگری دارد، یعنی انتقال مالکیت تنها با پرداخت آخرین قسط ثمن و انجام تعهدات طرف مقابل خود به خود صورت می‌گیرد.

۲-۴: تحول برات از سند تجاری به سفته یا سند عادی

برات سندی است که به موجب آن صادرکننده به دیگری دستور می‌دهد مبلغ معینی را در سررسید معین یا عندالمطالبه (به محض درخواست دارنده) به شخص ثالث یا به حواله‌کردن او پرداخت نماید. شخصی که برات را صادر می‌کند صادرکننده برات، مُحیل یا برات‌کش نام دارد، کسی که پرداخت وجه برات را می‌پذیرد برات‌گیر یا محال‌علیه یا قبول‌کننده برات است و به دارنده برات محال‌له می‌گویند.

از جمله ویژگی‌های و شرایط ذاتی برات این است که حداقل سه شخص (صادرکننده، دارنده برات و برات‌گیر) در آن دخیل هستند. حال اگر بین صادرکننده برات و دارنده برات توافقی صورت گرفت که به موجب آن شرط شود دارنده برات را به دیگری ارائه ندهد، یعنی جهت نقد کردن برات را به برات‌گیر ارائه ندهد، در این صورت شرط خلاف مقتضای ذات برات است ولی با این وجود روابط قراردادی آنها پابرجاست به نحوی که برات صادرشده، نوعی سفته یا سندی تجاری بین دو نفر تلقی می‌گردد

۲-۵: تغییر عنوان عقد وقف خاص به ارث جهت اخذ مالیات

اموالی که برای سازمان‌ها و مؤسسه‌های مذکور در ماده ۲ قانون مالیات‌های مستقیم مورد وقف یا نذر یا حبس واقع گردد به شرط تأیید سازمان‌ها و مؤسسه‌های مذکور از جمله اموالی است که از شمول مالیات بر ارث خارج است^۱ و به موجب ماده ۳۸ قانون مذکور؛ «اموالی که به موجب نذر یا وصیت حسب مورد به وراثت منتقل می‌شود به نرخ مذکور در ماده (۱۷) این

^۱ - ماده ۲۴ قانون مالیات‌های مستقیم

قانون و در صورتی که به غیر وراثت به استثنای اشخاص مذکور در بند (۳) ماده (۲۴) این قانون، منتقل شود مشمول مالیات بر درآمد اتفاقی خواهد بود. در مواردی که منافع مالی مورد نذر یا وصیت باشد و همچنین منافع مالی که مورد وقف و حبس است، اشخاص منتفع از منافع به استثنای اشخاص مذکور در بند (۳) ماده (۲۴) این قانون نسبت به منافع هر سال مشمول مالیات بر درآمد خواهند بود.»

با مذاقه در موارد مذکور این نکته به دست می‌آید که اگرچه اموال به عنوان وقف خاص برای موقوف‌علیهم خاص (وراثت) قرار داده می‌شود و طبق ماده ۲۴ قانون مالیات‌های مستقیم وقف از مالیات معاف است، ولی قانونگذار در این مورد خاص، اشخاص منتفع از منافع مورد وقف را مشمول مالیات بر درآمد قرار داده است.

۲-۶: شرط سقوط ضمان و شرط پرداخت غرامت در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع کسی که کالایی را فروخته یا خریداری کرده و بیم دارد که ثمن یا ثمن در واقع مال دیگری باشد، می‌تواند کسی را بر جبران زیان احتمالی که از ناحیه پرداخت ثمن یا تحویل کالا در فرض مال دیگری بودن، متوجه او می‌شود، ضامن بگیرد تا در صورتی که معلوم شود یکی از آن دو مال دیگری است، مضمون له به ضامن رجوع و زیان وارد شده را از وی دریافت کند. (کرکی، همان، ج ۵، ۳۲۲)^۱ به ضمانت جبران زیان ثمن پرداختی یا ثمن تحویل شده، ضمانت عهده یا درک گویند.

ضمانت در هر موردی است که بطلان معامله از اول ثابت گردد، مانند آنکه معلوم شود کالای فروخته شده مال دیگری (غیر فروشنده) است و صاحب مال، معامله را اجازه ندهد و یا معامله فاقد شرطی از شرایط صحّت باشد. همان‌گونه که ضمانت عهده به نفع خریدار صحیح است، به

^۱ - «و ضمانت العهده للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، و ضمانت عهده إن ظهر

نفع فروشنده نیز صحیح می‌باشد، به شرط آنکه معلوم شود ثمن پرداخت شده مال دیگری است.^۱ (علامه حلی، همان، ۳۳۰ و بحرانی، همان)

نتیجه‌گیری

۱- از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در فقه امامیه را می‌توان بیع بلائمن، اجاره بدون اجاره‌بها، عقد مضاربه و مزارعه دانست و از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران را می‌توان قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، اجاره مشاخره، ماده ۱۷۹ قانون دریایی، اجاره به شرط تملیک، تحول برات از سند تجاری به سفته یا سند عادی، تغییر عنوان عقد وقف خاص به ارث جهت اخذ مالیات، شرط سقوط ضمان و شرط پرداخت غرامت در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع دانست.

۲- بیع بلائمن علی‌الاصول از مصادیق بیع فاسد محسوب نمی‌شوند و به دیگر سخن، صدق قاعده مستلزم آن است که یک عقد دارای مصادیق مختلف صحیح و فاسد باشد و مورد فاسد به علت فساد از شمول عقد مزبور خارج نشود. در نتیجه اگر طرفین توافق نمایند که کالایی به مالکیت دیگر درآید مشروط بر اینکه دریافت‌کننده (منتقل‌الیه) در عوض آن بها یا ثمنی نپردازد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیع نیست بلکه قرارداد مذکور نه تحت عنوان بیع بلکه به عنوانی قراردادی مستقل و صحیح شناخته می‌شود. از طرفی دیگر چنانچه قید «بلائمن» در توافق طرفین باشد، خود قرینه‌ای بر هبه می‌باشد. به عبارتی دیگر قصد طرفین صریحاً بر تملیک عینی بوده بدون دریافت عوضی در مقابل آن که این بر عقد هبه دلالت می‌کند.

۳- چنانچه عینی معین در تصرف دیگری قرار گیرد بدون آنکه بین طرفین توافقی در خصوص پرداخت عوض یا اجاره بها در مقابل تملیک منفعت صورت گیرد، قرارداد

^۱ - «وهذا الضمان عندنا صحیح إن كان البائع قد قبض الثمن، وإن لم یکن قد قبض، لم یصح» و (فی جواز ضمان العهده، و هو أن یضمن عهده الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع فی کل موضع یتبث فیہ بطلان البیع من أصله، بأن یكون مستحقاً لغیر البائع»

مذکور اجاره نیست. حتی اگر شرطی بین طرفین صورت گیرد تملیک منفعت بدون عوض باشد حتی اگر قرارداد با لفظ اجاره باشد، در مقام تفسیر اراده طرفین دو فرض قابل تصور است: فرض اول اینکه طرفین مطلقاً قصد انعقاد عقد اجاره را دارند و درج شرط، تحت عنوان عدم پرداخت اجاره بها، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است و قصد قرارداد و شرط مذکور در تعارضند و اراده مذکور منتج به عقد نمی شود و اصطلاحاً عقد باطل است. فرض دوم اینکه طرفین نه با قصد انعقاد عقد اجاره، بلکه صرفاً با این هدف که عینی معین در تصرف دیگری قرار گیرد و از آن منتفع گردد با لفظ اجاره بدون اجاره بها، قراردادی را منعقد می کنند که این فرض در قالب اذن اباحه قابل توجیه است.

۴- از جمله مصادیق تحول عقد به تبع شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران را می توان قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، اجاره مشاھر، ماده ۱۷۹ قانون دریایی، اجاره به شرط تملیک، تحول برات از سند تجاری به سفته یا سند عادی، تغییر عنوان عقد وقف خاص به ارث جهت اخذ مالیات، شرط سقوط ضمان و شرط پرداخت غرامت در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع دانست.

۵- به موجب ماده ۳ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶؛ عدم تعیین اجاره بها ابطال عقد را در پی ندراد بلکه عقد اجاره به قوت خود باقی است. در نتیجه اگر طرفین عقد اجاره شرط نمایند که اجاره بها معین نشود، اگرچه ظاهراً شرط خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است ولی عدم تعیین اجاره بها، باعث بطلان عقد نخواهد شد.

۶- اجاره مشاھر نیز قرارداد اجاره است که در آن مدت مشخص نگردیده بلکه طرفین شرط می کنند که به ازای هر ماهی که مورد اجاره در تصرف مستأجر می باشد، ماهیانه مبلغی پرداخت گردد. قاعدتاً در عقد اجاره باید مدت تعیین گردد و ذکر مدت از جمله ارکان عقد اجاره است. حال در این فرض (اجاره مشاھر) طرفین با توافق شرط می کنند که مدتی معین نگردد (شرط خلاف مقتضای ذات عقد اجاره) و به ازای هر ماهی که مال مورد اجاره موضوع منفعت قرار می گردد، بهایی پرداخت

- گردد. در این مورد نیز عقد اجاره باطل نیست بلکه صرفاً اراده طرفین شرایطی را ایجاد کرده که به نوعی اذن ضمنی برای استفاده از مالی به دیگری داده می شود.
- ۷- طبق ماده ۱۷۹ قانون دریایی قرارداد نجات دریایی در وضعیت خطر بسته می شود و از طرف شخصی که در معرض خطر است قرارداد اضطراری است. این حکم نشانه برداشتن مرز سنتی میان اکراه و وضعیت اضطراری دانسته و سوء استفاده از وضعیت اضطراری را یکی از عوامل موثر در وضعیت حقوقی قرارداد شمرده است.
- ۸- امروزه به اشتباه عقد اجاره به شرط تملیک را دارای این ویژگی می دانند که خود به خود یا به انتخاب مستأجر به تملیک عین منتهی می شود، لیکن باید در فرضی که مالکیت خود به خود منتقل می گردد با فرضی که اختیار تملک برای مستأجر ایجاد می شود قائل به تفاوت شویم. این نوع قراردادها، اینگونه هستند که در نوع اول کالای مورد نظر یا ملک در اختیار مصرف کننده قرار می گیرد و ثمن آن را در اقساط معینی و در طی مدت خاص پرداخت می نماید، لیکن شرط می گردد همزمان با پرداخت آخرین قسط مالکیت خود به خود به طرف مقابل منتقل گردد، در این نوع قرارداد بدیهی است که قصد مشترک طرفین از ابتداء چیزی جز انتقال مالکیت نبوده است و آنچه محرک اصلی متعاقدين بوده است انتقال مالکیت مال مورد مصرف بوده است، لیکن انتقال مالکیت را به زمان مؤخری که پرداخت آخرین قسط توافق شده است به تأخیر انداخته اند، لذا نباید آن را اجاره به شرط تملیک دانست، بلکه در حقیقت بیعی است که انتقال مالکیت تا پرداخت آخرین قسط به تأخیر افتاده است که از آن به بیع اقساطی یاد می شود و نه بیع مؤجل، زیرا در بیع مؤجل مالکیت در زمان وقوع عقد منتقل می گردد ولی پرداخت ثمن به زمان مؤخری موکول می گردد، حال آنکه در فرض مزبور وضع گونه دیگری دارد، یعنی انتقال مالکیت تنها با پرداخت آخرین قسط ثمن و انجام تعهدات طرف مقابل خود به خود صورت می گیرد.
- ۹- از جمله ویژگی ها و شرایط ذاتی برات این است که حداقل سه شخص (صادرکننده، دارنده برات و براتگیر) در آن دخیل هستند. حال اگر بین صادرکننده برات و دارنده برات توافقی صورت گرفت که به موجب آن شرط شود دارنده برات را به دیگری

ارائه ندهد، یعنی جهت نقد کردن برات را به براتگیر ارائه ندهد، در این صورت شرط خلاف مقتضای ذات برات است ولی با این وجود روابط قراردادی آنها پابرجاست به نحوی که برات صادرشده، نوعی سفته یا سندی تجاری بین دو نفر تلقی می‌گردد.

۱۰- ضمانت در هر موردی است که بطلان معامله از اول ثابت گردد، مانند آنکه معلوم شود کالای فروخته شده مال دیگری (غیر فروشنده) است و صاحب مال، معامله را اجازه ندهد و یا معامله فاقد شرطی از شرایط صحت باشد. همان‌گونه که ضمان عهده به نفع خریدار صحیح است، به نفع فروشنده نیز صحیح می‌باشد، به شرط آنکه معلوم شود ثمن پرداخت شده مال دیگری است.

فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایه الاصول، نشر خاتم الانبیاء، اصفهان، ۱۳۸۶.
۲. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، ج ۵، نشر انوار الهدی، ۱۴۱۸.ق.
۳. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج ۱، مکتبه الصادق، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۲.
۴. بحرانی، الشیخ یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۱۸، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۳۸۰.
۵. خاوری، محمودرضا، حقوق بانکی، انتشارات مرکز آموزش بانکداری، چاپ اول، ۱۳۶۹.
۶. خوئی، السید ابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۲.ق.
۷. طالب احمدی، حبیب، حقوق نجات دهنده در معاهدات بین المللی نجات دریایی و قانون دریایی ایران، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۲.
۸. طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۲، نشر مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸.ق.
۹. علامه، مهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، انتشارات مانی، اصفهان، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۰. قشقایی، حسین، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در نظام حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۸۷.

۱۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۱.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، معاملات معوض - تملیکی، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
۱۴. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، نشر دارالهدی، تهران، دارالکتب اسلامیة المکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
۱۶. محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، نشر علوم انسانی، تهران، ۱۳۸۸.
۱۷. مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۸۳.
۱۸. موسوی بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ق.
۱۹. موسوی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول، ج ۲، نشر الفقاهه، قم، ۱۳۸۰.
۲۰. نوری، رضا، عقود و ایقاعات در حقوق مدنی، نشر پاژنگ، چاپ اول، بهار ۱۳۷۵

ادغام شرکت‌های سرمایه و آثار آن نسبت به شرکا و اشخاص ثالث

محمد افراس^۱، بابک خسروی نیا^۲، مهدی زارع^۳، محمد رمضانی^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد لارستان

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

۴. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

چکیده

شناسایی شخصیت حقوقی مستقل برای شرکت‌های تجاری هر چند از لحاظ حقوقی دارای مزایایی می‌باشد، اما این ویژگی خصوصاً در شرکت‌های سرمایه‌ای ممکن است باعث ایجاد خطراتی برای شرکا و اشخاص ثالثی که قصد مبادلات و مراودات تجاری با این نوع شرکت‌ها را در سر دارند و یا از قبل قراردادهایی با این شرکت‌ها منعقد نموده و یا اقدام به سرمایه‌گذاری همانند اعطا وام، خرید اوراق مشارکت و غیره نموده‌اند، از جمله موضوعات مهم حقوقی، اقتصادی و اجتماعی می‌باشد. در مقاله حاضر که به شیوه تحلیلی-توصیفی نگارش شده، سؤال اصلی این است که آیا قانونگذار ایران حمایت‌های قانونی لازمه را جهت حمایت از حقوق این اشخاص در قوانین در ارتباط با موضوع ادغام شرکت‌های سرمایه‌ای نموده است؟ و یا اینکه پیش‌بینی‌های کافی ریسک سرمایه‌گذاری در این شرکت‌ها را کاهش داده است یا خیر؟ با بررسی صورت گرفته مشخص می‌گردد که قانون تجارت مقرره خاصی در ارتباط با موضوع ادغام شرکت‌های سرمایه‌ای پیش‌بینی ننموده اما در سایر قوانین مصادیقی همانند عدم تأثیر ادغام شرکت‌ها در قرارداد کار کارگران و انتقال حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده به

شرکت جدید جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث ملاحظه می‌گردد و در مقابل نواقصی از جمله لحاظ نکردن حق اعتراض برای طلبکاران و دارندگان اوراق مشارکت و عدم پیش‌بینی حق خروج و اعتراض به فرایند ادغام برای شرکایی که به ادغام رضایت ندارند، در حقوق تجارت ایران مشهود می‌باشد.

واژگان کلیدی: ادغام، اشخاص ثالث، شرکت سهامی، شرکت بامسئولیت محدود

مقدمه

یکی از شیوه‌های افزایش سرمایه، تهیه و تأمین منابع مالی لازم جهت توسعه فعالیت‌های اقتصادی و بازرگانی و سودآوری بیشتر شرکت‌های سهامی و به طور کلی سرمایه‌ای ادغام می‌باشد. همچنین ادغام راه کار مناسبی جهت از بین بردن یا کم کردن واسطه‌ها و دلالتان سودجو و کاهش نهایی قیمت خرید کالاها و مواد اولیه و اجناس تولیدی برای شرکت‌هایی که با یکدیگر روابط تجاری دارند، می‌باشد. به اضافه ادغام می‌تواند به عنوان یک راه کار عملی جهت جلوگیری از ورشکستگی و یا انحلال شرکت‌های سهامی باشد. کما اینکه مطابق ماده ۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ که مقرر می‌دارد: «در موقع تأسیس، سرمایه شرکت‌های سهامی عام از پنج میلیون ریال و سرمایه شرکت‌های سهامی خاص از یک میلیون ریال نباید کمتر باشد. در صورتی که سرمایه شرکت بعد از تأسیس به هر علت از حداقل مذکور در این ماده کمتر شود باید ظرف یک سال نسبت به افزایش سرمایه تا میزان حداقل مقرر اقدام به عمل آید یا شرکت به نوع دیگری از انواع شرکت‌های مذکور در قانون تجارت تغییر شکل یابد وگرنه هر ذینفع می‌تواند انحلال آن را از دادگاه صلاحیت‌دار درخواست کند. هرگاه قبل از صدور رأی قطعی موجب درخواست انحلال منتفی گردد دادگاه رسیدگی را موقوف خواهد نمود». که می‌توان شرکت در شرف انحلال را که ممکن است آثار و تبعات اقتصادی و اجتماعی زیان بار و غیرقابل جبرانی داشته باشد را با شرکت دیگری ترکیب نمود. مصداق دیگر مورد ماده ۱۴۱ قانون فوق می‌باشد که بیان می‌دارد: «اگر بر اثر زیان‌های وارده حداقل نصف سرمایه شرکت از میان برود، هیأت مدیره مکلف است بلافاصله مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام را دعوت نماید تا موضوع انحلال یا بقای

شرکت را مورد شور و رأی واقع شود. هرگاه مجمع مزبور رأی به انحلال شرکت ندهد باید در همان جلسه و با رعایت مقررات سرمایه شرکت را به مبلغ سرمایه موجود کاهش دهد. در صورتی که هیأت مدیره برخلاف این ماده به دعوت مجمع عمومی فوق‌العاده مبادرت ننماید و یا مجمعی که دعوت می‌شود نتواند مطابق مقررات قانونی منعقد گردد هر ذینفع می‌تواند انحلال شرکت را از دادگاه صلاحیت‌دار درخواست کند. که در این مورد نیز ادغام با سایر شرکت‌های موجود می‌تواند به عنوان یک شیوه مفید جهت جلوگیری از فروپاشی شرکت‌های سهامی باشد. دلایل دیگری نیز وجود دارند که همگی می‌توانند پذیرش ادغام را در نظام حقوقی ایران موجه جلوه دهند از جمله: تبدیل کارگاه‌هایی که به صورت سنتی و دستی فعالیت می‌کنند به کارخانه‌های صنعتی، مدرن و نیمه‌مدرن که توان رقابت با سایر شرکت‌های موجود در سطح داخلی و یا حتی بین‌المللی را داشته باشند (صقری، ۱۳۹۳، ص ۲۰۱)، ساماندهی و افزایش توان مدیریتی شرکتها با یکی شدن دو یا چند شرکت و همین‌طور جهت در اختیار گرفتن بازارهای فروش و تولید فرآورده‌های مرغوب و با کیفیت بهتر می‌باشد. به همین لحاظ است که علمای علم اقتصاد معتقد به مفید بودن ادغام می‌باشند چرا که ادغام سبب می‌شود تا روش‌های تولید در جهت صرفه جویی در هزینه‌ها و حذف شیوه‌های مدیریتی ناکارآمد شود و شرکت رو به بهبودی بگذارد. (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳، صص ۳۸۲-۳۸۳) البته نانویس نماند پاره‌ای اوقات ممکن است ادغام با هدف محو و از بین بردن رقبای بازار باشد و یا به انحصار مبدل گردیده به این معنا که به جای بازارهای رقابتی و چندقطبی که سبب رونق و شکوفایی اقتصادی و تجاری می‌باشد به تمرکز منجر گردد که این امر از نظر اصول رقابت یک امر نامطلوب می‌باشد؛ چرا که عدم تمرکز سبب رشد و پویایی بازار شده و باعث بهبود کارایی نیروهای بازار می‌شود که این امر به نوبه خود، سبب افزایش رفاه مصرف‌کننده، افزایش عدالت توزیعی و محدود کردن اعمال قدرت در بازار و ایجاد انگیزه برای نوآوری می‌گردد. (باقری و رشوند، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص ۶۵) بنابراین به طوری که می‌بینیم ممکن است ادغام با اهداف متفاوتی شکل بگیرد و این عمل حقوقی ممکن است مضراتی برای حقوق اشخاص ثالثی که در ارتباط با شرکت می‌باشند، داشته‌باشد که نیازمند ارائه راه کارهای ویژه جهت نظارت بر آن می‌باشد. این اشخاص را می‌توان در دو دسته عمده یکی اشخاصی

که در این شرکت‌ها به عنوان شریک سرمایه‌گذاری کرده‌اند و دیگری سایر اشخاص ثالث همانند دارندگان اوراق قرضه و اوراق مشارکت و طلبکاران شرکت، مورد بررسی قرار داد. با این اوصاف این مسأله قابل طرح می‌باشد که؛ قانونگذار در مقابل ادغام شرکت‌های سرمایه، چه حمایت‌هایی از حقوق اشخاص ثالث در این نوع شرکت‌ها در نظر گرفته است؟ در رابطه با حقوق اشخاص ثالث و ادغام شرکت‌های سرمایه از جمله مؤلفه‌هایی که مورد توجه می‌باشد، انتقال حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده به شرکت ادغام‌کننده، حقوق اشخاصی است که مبادرت به خرید اوراق مشارکت نموده‌اند و نیز حقوق طلبکاران و حق اعتراض آنها می‌باشد. با این رویکرد در این مقاله، طی مباحثی مجزا به بررسی این موارد پرداخته می‌شود.

۱. تعریف ادغام

ادغام در لغت به معانی متعددی از جمله درهم کردن، فرا گرفتن چیزی چیز دیگر را (عمید، ۱۳۸۹، ص ۷۸) و درآوردن حرفی در حرف دیگر، حرفی را در حرف دیگر فرو بردن (معین، ۱۳۸۴، ص ۵۸) آمده است. در معنای اصطلاحی در قانون تجارت ایران و همین‌طور لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ که مهترین قوانین ما راجع به شرکت‌های تجاری می‌باشند و حتی در فصل نهم قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران و مشخصاً ماده ۵۳ آن که به امکان ادغام شرکت‌های تعاونی اختصاص دارد، تنها به چگونگی ادغام، شرایط و آثار آن بسنده نموده و تعریفی از ادغام ارائه نشده است. بنابراین برای یافتن تعریفی از واژه ادغام ناگزیریم به نظرات نویسندگان حقوقی مراجعه کنیم. دکتر اسکینی ادغام را این چنین تعریف می‌نماید: «ادغام دو یا چند شرکت وقتی حاصل می‌شود که یا شرکتی شرکت دیگری را امحا و در خود حل کند، یا دو یا چند شرکت در هم حل شده، شرکت جدیدی از آنها بوجود آید». (اسکینی، ۱۳۹۱، ص ۵۵) ادغام موجب انحلال شرکت‌هایی که از بین می‌روند، می‌شود، بدون اینکه اموال و دارایی شرکت تصفیه شود. در واقع اموال و دارایی شرکت‌هایی که در نتیجه ادغام منحل می‌شوند به شرکت ادغام‌شونده یا جدید منتقل می‌گردد. برخی دیگر از حقوقدانان ادغام شرکت‌های تعاونی را تبدیل شدن دو یا چند شرکت تعاونی به یک شرکت تعاونی می‌دانند. (حسینی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۸) در یک تعریف قانونی، بند

۱۶ ماده اول قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ادغام چنین تعریف شده است: «اقدامی که بر اساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند». (قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه ج.ا.ا.) این تعریف دارای نقیصی بوده از جمله اینکه در ابتدای آن مقنن بدون مشخص کردن ماهیت حقوقی ادغام آنرا به «اقدام» توصیف نموده است این در حالی است که بدون شک ادغام یک عمل حقوقی دو یا چند جانبه تلقی شده و دارای ماهیت قراردادی می‌باشد، چرا که جهت انجام آن توافق و رضایت مدیران دو یا چند شرکت (شخص حقوقی) ضروری می‌باشد. بنابراین بهتر می‌بود که قانونگذار در تعریف فوق بجای اصطلاح «اقدام» از واژه قرارداد یا توافق استفاده می‌کرد. با توجه به جمیع جهات گفته شده در فوق می‌توان ادغام را این چنین تعریف نمود: «قراردادی است بین دو یا چند شرکت سهامی که موجب محو شخصیت حقوقی یک، دو یا چند شرکت سهامی طرف قرارداد می‌گردد و کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام (شرکت‌های سهامی محو شونده) به شرکت سهامی پذیرنده ادغام یا شرکت سهامی جدید منتقل می‌شود و دارندگان سهام شرکت یا شرکت‌های سهامی محو شده، مالک عوض تعیین شده در قرارداد می‌گردند». (عیسایی تفرشی، ۱۳۹۵، ص ۱۶۵)

۲. انواع ادغام

ادغام در حقوق ایران با توجه به شکل و ماهیت آن که به عنوان ترکیب تجاری می‌باشد، بدین مفهوم می‌باشد که کنترل و اداره یک، دو یا چند شرکت تجاری تحت کنترل یک شرکت تجاری در آید. از این دیدگاه، ادغام را به ادغام عملی و ادغام قانونی (واقعی) تقسیم می‌کنند. فلسفه این تقسیم‌بندی آن است که در ادغام از نوع اول شخصیت حقوقی شرکت با شرکت-های ادغام‌شونده بعد از ادغام باقی می‌ماند، اما در نوع دوم شخصیت حقوقی آنها پس از ادغام از بین می‌رود. (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۴) البته ادغام را از جنبه‌های دیگری نیز تقسیم

نموده‌اند مثلاً تقسیم به لحاظ اقتصادی، تأثیر اراده طرفین و ... که در این مقاله مدنظر ما نمی‌باشند.

۳. انواع ادغام قانونی

ادغام قانونی یا واقعی خود به دو دسته تقسیم می‌گردد که نوع اول که به آن ادغام ساده و یا یک جانبه گفته می‌شود عبارت است از قراردادی بین دو یا چند شرکت که به موجب آن بدون تصفیه، شخصیت حقوقی شرکت‌های طرف قرارداد محو و کلیه حقوق و تعهدات شرکت یا شرکت‌های محوشونده به یکی از آنها منتقل می‌شود. در این نوع ادغام شرکت جدیدی بوجود نمی‌آید، فقط شرکت‌های طرف قرارداد در یکی از آنها ترکیب می‌گردند، مانند اینکه شرکت سهامی «الف» که در زمینه تولید قطعات خودرو فعالیت دارد با شرکت سهامی «ب» که در حوزه ساخت و تولید خودرو فعالیت می‌کند ادغام شود. در این حالت تمام حقوق و دارایی شرکت «الف» (اعم از حقوق و دارایی مثبت و منفی) به شرکت «ب» منتقل می‌گردد و شخصیت حقوقی آن از بین رفته و شرکت سهامی «ب» به عنوان جانشین و قائم‌مقام آن محسوب می‌شود. در واقع گفت آنچه که در این نوع ادغام رخ می‌دهد، الحاق یک شرکت به شرکت موجود دیگری می‌باشد. در مقابل ادغام ساده، ادغام مرکب یا ادغام دو یا چند جانبه داریم که قراردادی است که به موجب آن دو یا چند شرکت با یکدیگر ترکیب شده به طوری که شخصیت حقوقی شرکت‌های موجود بدون انجام عملیات تصفیه زائل و یک شرکت جدید بوجود آید، که البته به این نوع از ادغام، ادغام مرکب قانونی یا ترکیبی نیز گفته می‌شود. (سکوتی‌نسیمی، ۱۳۹۵، صص ۱۳۸-۱۳۹)، مثلاً شرکت سهامی «الف» که در زمینه تولید لباس و پوشاک مردانه فعالیت دارد با شرکت سهامی «ب» که در زمینه تولید پوشاک و لباس زنانه فعال می‌باشد، با همدیگر ترکیب شوند به نحوی که شخصیت حقوقی شرکت‌های «الف» و «ب» محو گردیده و شرکت جدید «ج» تشکیل شود. در ایران در قوانین خاص می‌توان مصادیقی از آنها را مشاهده کرد مانند شرکت ملی فولاد ایران که از ترکیب شرکت ملی صنایع فولاد ایران و شرکت ملی ذوب آهن ایران تشکیل شده است. (لایحه قانونی ادغام شرکت ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۸)

۴. اثر ادغام بر شرکا و سهامداران

ادغام باعث می‌شود که حقوق شرکاء شرکت‌های طرف ادغام، دستخوش تغییراتی گردد. اثر این تحول در رابطه با شرکای شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده بیشتر می‌باشد. شرکای شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده وارد در شرکت جدیدی می‌شوند. بنابراین، حقوق و یا مسئولیت‌هایی که در شرکت خود داشته‌اند که با توجه به قرارداد ادغام به همان ترتیب یا به صورت تشدید یا تقلیل یافته از حیث نوع تعهدات خود به شرکت جدید انتقال می‌یابد و این امور ممکن است مورد رضایت سهامداران و شرکا نباشد. امری که باید با دادن حق اعتراض و قائل شدن حق خروج از شرکت برای آنها محفوظ نگه داشته شود. با توجه به این امر که ادغام ممکن است بر حقوق شرکا یا سهامداران اثر بگذارد در قانون برخی از کشورها حق خروج از شرکت برای آنها در نظر گرفته شده است. (بیگی حبیب آبادی، ۱۳۸۲، ص ۲۲)

۴-۱. دست‌یابی شرکا یا سهامداران به عوض

شرکای شرکت ادغام‌شونده در برابر انتقال اموال و دارایی شرکت سابق به شرکت ادغام‌کننده به میزان واقعی از شرکت‌های مذکور سهام یا سهم‌الشرکه دریافت می‌کند. اما بحث در ارتباط با وضعیت خاص و ویژه سهامداران یا سهم‌الشرکه‌داران در شرکت ادغام‌کننده یا جدید مسأله- ای می‌باشد که قطعاً مورد توجه شرکا یا سهامداران می‌باشد، خصوصاً سهامداران یا سهم-الشرکه‌دارانی که در اساسنامه یا شرکت‌نامه امتیازاتی برای آنها در نظر گرفته شده باشند. به عنوان مثال ممکن است برخی از سهامداران، سهام ممتاز در اختیار داشته باشند و یا برای عده- ای از آنها سهام موسس یا انتفاعی لحاظ شده باشد.

با توجه به اصول کلی حقوقی از آنجا که در ادغام، سهامداران یا سرمایه‌داران باید در همان وضعیت خاصی که در شرکت خود داشته‌اند با حفظ همان حقوق و مزایا وارد در شرکت ادغام‌کننده شوند با تصویب ادغام چنانچه شرطی مبنی بر حذف امتیاز یا امتیازهای مقرر برای سهام یا سهم‌الشرکه ممتاز توسط طرفین عقد ادغام صورت نگیرد؛ کلیه حقوق و امتیازات سابق برای شرکا یا سهامداران باقی می‌ماند، چنانچه شک در از بین رفتن این حقوق داشته باشیم با اصل استصحاب اصل را بر بقاء حقوق مذکور قرار می‌دهیم. در تأیید این نظر می‌توانیم به ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و ماده

۱۰۵ قانون پنجم برنامه توسعه پنج ساله جمهوری اسلامی ایران اشاره کرد که در هر دو ماده قانونگذار به صراحت از انتقال تمام حقوق و تعهدات شرکت‌های ادغام‌شونده به شرکت ادغام‌کننده یا جدید حکم نموده است.

بنابراین دارندگان سهام ممتاز، انتفاعی و سهام مؤسس را هر عنوانی بدهیم طلبکار، سهامدار و شریک در نفع، ادغام نمی‌تواند باعث از بین رفتن حقوق آنها گردد و شرکت‌های ادغام‌کننده ملزم به رعایت حقوق آنها مطابق قواعد و مقررات ادغام می‌باشند، چرا که گفتیم شرکت‌های ادغام‌کننده به عنوان قائم‌مقام شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده محسوب می‌شوند و ذمه این شرکت‌ها به صورت مستقیم و دست‌نخورده به ذمه شرکت‌های ادغام‌کننده یا جدید انتقال می‌یابد.

۴-۲. حق شرکا یا سهامداران در خروج از شرکت

سهامداران یا شرکای شرکت می‌توانند عدم تمایل خود در ادامه شراکت را بعد از ادغام اعلام نمایند. شرکت ادغام‌کننده یا جدید مکلف است معادل قیمت سهام یا سهم‌الشرکه را به آنها پرداخت نماید. در حالت عادی شرکای شرکت، حق اخراج شریک را از شرکت تجاری ندارند و حتی با وجود اختلاف میان آنها تا جایی که موضوع به دادگاه ارجاع نشده است، حیات شرکت ادامه می‌یابد.

قانون تجارت ایران در خصوص خروج ارادی شریک از شرکت مورد خاصی را پیش‌بینی نکرده است، هر چند که انتقال سرمایه و سهم‌الشرکه‌ی شریک در شرکت‌های اشخاص و مختلط با رضایت سایر شرکا امکان‌پذیر می‌باشد. اما در شرکت‌های سرمایه‌ای یعنی شرکت‌های با مسئولیت محدود و سهامی، چه اقدامی باید انجام داد؟ اگر قائل به اعمال تبصره ماده ۱۳۶ قانون تجارت در این خصوص باشیم بدون شک از منظر حقوق تجارت و اصول حاکم بر آن یعنی اصل سرعت در انجام امور بازرگانی کاملاً مغایر می‌باشد و اگر قائل به رضایت شرکا در خروج از شرکت باشیم، می‌توان گفت به شریک مخالف ادغام، اجازه انتقال سهم‌الشرکه خود را به دیگر اعضاء باید داد و برای این امر نیز باید مهلت متناسب و معقولی در نظر بگیریم والا اگر این مورد صورت نپذیرد، عملاً ادغام شرکت با مسئولیت محدود غیرقابل انجام می‌گردد. اما در خصوص شرکت سهامی باید با توجه به نص ماده ۴۱ لایحه اصلاحی که مقرر

می‌دارد: «در شرکت‌های سهامی عام نقل و انتقال سهام نمی‌تواند مشروط به موافقت مدیران شرکت یا مجامع عمومی صاحبان سهام بشود». بین شرکت سهامی عام و خاص تفکیک قائل شویم. در نوع اول به لحاظ اینکه سهامداران بصورت آزادانه حق نقل و انتقال سهام را دارند در عمل ایراد خاصی بوجود نمی‌آید، چرا که سهامداران بدون هیچ‌گونه محدودیتی حق انتقال اوراق سهام خود را دارند. لیکن با توجه به مفهوم مخالف ماده مذکور در شرکت سهامی خاص می‌توان نقل و انتقال سهام را مثلاً مشروط به موافقت مدیران شرکت یا تصمیم مجمع عمومی نمود، که در این مورد نیز همانند شرکت با مسئولیت محدود می‌توان گفت بهتر است مهلت متناسب و معقولی جهت انتقال سهام آنها در نظر گرفته شود. هر چند که مطابق ماده ۱۵ لایحه موصوف امضاء ورقه تعهد سهم به خودی خود به منزله قبول اساسنامه و تصمیمات مجامع عمومی از جمله مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام در خصوص ادغام شرکت است، می‌باشد.

ممکن است این ایراد مطرح شود که با خروج شریک از شرکت با مسئولیت محدودی که با دو شریک تشکیل شده است موجبات انحلال شرکت قبل از ادغام گردد. برای رفع این ایراد می‌توان دو راه حل برای موارد مختلف ارائه داد. اول: در مواردی که شریک شرکتی که از دو شریک تشکیل شده است بخواهد از حق خروج از شرکت استفاده کند. در فرضی که محتمل باشد به شریک مذکور این حق را بدهیم که یک ماه بعد از ادغام با انتقال سهم‌الشرکه خود یا بازخرید سرمایه خود از شرکت خارج شود. دوم: در مواردی که تعداد شرکا شرکت بیشتر از حداقل‌های قانونی باشد، یک ماه از تاریخ اعلام پیش‌نویس ادغام در روزنامه کثیرالانتشار شرکت، شریک حق خروج از شرکت را داشته باشد. پذیرش این موارد نه تنها تضادی با اصل نسبی بودن قراردادهای ندارد بلکه شرایط ادغام را هم برای شرکتهای و شرکای شرکت به نوعی تسهیل می‌نماید.

۳-۴ حق شرکا یا سهامداران در شرکت ادغام‌کننده یا جدید

شخصیت حقوقی شرکت ادغام‌کننده یا جدید حفظ می‌شود و فقط ممکن است اساسنامه آن اصلاح و یا تغییر پیدا کند. حال سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا سهامداران و یا شرکا این شرکتهای نیز مثل مورد قبل حق خروج از شرکت خود را دارند یا خیر؟ به نظر می‌رسد

تمام حقوقی که شرکا در شرکت خود داشته‌اند برای آنان محفوظ می‌باشد، اما اگر قرار به تغییر و اصلاح اساسنامه یا شرکت‌نامه هم وجود داشته باشد خود شرکا یا سهامداران با اعمال این اصلاحات یا تغییرات در اساسنامه یا شرکت‌نامه رضایت داده‌اند.

در صورتی که نیاز به بالا بردن تعهدات و سرمایه شرکت وجود داشته باشد به نوعی که این بالا بردن تعهدات باعث افزایش تعهدات سهامداران یا شرکا شرکت شود، به نظر می‌رسد مانند مبحث قبل می‌توان باید برای آنها حق خروج از شرکت را قائل باشیم.

۵. اثر ادغام نسبت به اشخاص ثالث

به طوری که مورد اشاره قرار گرفت ادغام شرکت‌های تجاری دارای آثاری برای سهامداران یا شرکا شرکت‌های طرف ادغام می‌باشد قطعاً اشخاصی نیز که با این شرکت‌ها مبادلات و مراوداتی داشته‌اند نیز حقوق آنها تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. اصولاً اشخاص در روابط تجاری و اقتصادی خود ممکن است طلبکار و بدهکار داشته باشند که شرکت‌های تجاری نیز از این قاعده مستثنی نیستند بنابراین ادغام سبب تغییر طلبکار یا بدهکار برای آنها می‌گردد. به عنوان مثال شخصی که از شرکت «الف» مطالباتی دارد با ادغام این شرکت با شرکت «ب»، پس از ادغام بستانکار شرکت «ب» می‌شود. علاوه بر این ممکن است شرکت یا شرکت‌های طرف ادغام طلبکاران دیگری مانند دارندگان اوراق مشارکت یا طلبکاران عادی داشته باشد. بنابراین، آثار مذکور را نسبت این اشخاص مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۵-۱. اثر ادغام بر دارندگان اوراق مشارکت

با اعلام غیر شرعی بودن انتشار اوراق قرضه توسط شورای محترم نگهبان، قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت در سال ۱۳۷۶ وارد در قوانین ایران گردید، ماده ۲ قانون مذکور به تعریف اوراق مشارکت اختصاص یافته است که آن را چنین تعریف می‌نماید: «اوراق مشارکت، اوراق بهادار با نام یا بی‌نامی است که به موجب این قانون به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های موضوع ماده ۱ را دارند واگذار می‌گردد. دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود. خرید و فروش این اوراق مستقیماً و یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می‌باشد». با توجه به ماده ۱ این قانون شرکت‌های تجاری

بخش خصوصی صرفاً اگر شرکت‌های سهامی اعم از عام و خاص و همین‌طور شرکت تعاونی تولید می‌توانند اوراق مشارکت صادر نمایند. با توجه به اینکه در حال حاضر شرکت‌های سهامی در حقوق تجارت ایران حق صدور اوراق مشارکت دارند، بحث از تأثیر ادغام بر دارندگان اوراق مشارکت در شرکت‌های سهامی قابل توجه می‌باشد و بدون شک ادغام می‌تواند بر حقوق دارندگان این نوع اوراق در این شرکت‌ها مؤثر باشد.

مطابق ماده ۱۲ آئین‌نامه اجرایی قانون فوق‌الذکر به منظور صدور این نوع اوراق بانک مرکزی برای صدور مجوز جهت انتشار اوراق مشارکت از باب حصول اطمینان در بازپرداخت این اوراق تأمین‌های لازم را از صادرکنندگان، با نظر خود، دریافت می‌کند. (پاسبان، ۱۳۹۵، ص ۳۲۱ و عیسائی تفرشی، ۱۳۹۵، ص ۱۷۸-۱۷۷)

بنابراین با توجه به اعطا تضمین و تأمین کافی از شرکت‌های صادرکننده، وثایق مذکور جهت تضمین حقوق دارندگان این اوراق تا زمان تصفیه باقی خواهد ماند و ادغام تأثیری بر این تضمین‌ها نخواهند داشت.

۵-۲. اثر ادغام بر سایر طلبکاران

بطور کلی می‌توان طلبکاران شرکت سهامی را به سه دسته تقسیم کرد: ۱. طلبکارانی که طلب آنها موجه می‌باشد. ۲. طلبکارانی که در زمان ادغام طلب آنها حال باشد. ۳. طلبکارانی که موعد طلب‌ها آنها منقضی گردیده و به هر علتی به مطالبات خود نرسیده‌اند.

بر اساس مواد قانون مدنی به دو صورت شخص یا اشخاص دیگری می‌توانند، مطالبات طلبکار را پرداخت و یا تعهد به پرداخت نمایند که یا مطابق بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مذکور با تبدیل متعهد، امکان تغییر مدیون وجود دارد و یا وفق مقررات قانونی عقد ضمان یا حواله، طلب‌های دائن را شخص دیگری تعهد به پرداخت نماید مانند مبحث قائم‌مقامی که شرکت ادغام‌کننده یا جدید به عنوان قائم‌مقام عام شرکت ادغام‌شونده تلقی می‌گردد. نکته‌ای که در اینجا محل بحث و مورد سوال می‌باشد این است که برای انتقال تعهدات شرکت ادغام‌شونده به شرکت ادغام‌کننده یا جدید باید با رضایت طلبکاران شرکت ادغام‌کننده وجود داشته باشد یا خیر؟

برای یافتن پاسخ سؤال فوق در ابتدای امر می‌توان به مقررات قانونی مواد ۱۹۳ تا ۱۹۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در ارتباط با مبحث کاهش اختیاری سرمایه مراجعه کرد

که قانونگذار مقرر نموده، در شرکت سهامی طلبکارانی که منشأ طلب آنها قبل از تاریخ انتشار آخرین آگهی موضوع ۱۹۲ لایحه قانون مذکور می باشد، می توانند اعتراض خود را ظرف دو ماه از تاریخ نشر آخرین آگهی به دادگاه اعلام نمایند. به لحاظ شباهت موضوع مورد بحث با کاهش اختیاری سرمایه می توان این چنین استدلال کرد که طلبکاران شرکت ادغام شونده نیز باید حقوقی مشابه حقوق طلبکاران در کاهش اختیاری سرمایه را داشته باشند و بدون پرداخت مطالبات آنها یا دادن تضمین کافی، جهت بازپرداخت طلب های آنها، ادغام صورت نپذیرد.

پذیرش نظر فوق مخالف یکی از اصول اساسی حقوق تجارت یعنی اصل سرعت در امور تجاری و نیاز مبرم و فوری به ادغام شرکت ها جهت پیشبرد اهداف بازرگانی و اقتصادی می باشد چنانچه قائل به پذیرش امور مذکور در خصوص ادغام شرکت ها باشیم، اعطا این مهلت ها به صورت خودکار زمینه کندی ادغام شرکت های تجاری را فراهم می نماید.

با وجود نص صریح قانونی یعنی ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱۰۵ قانون پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران با این محتوا که تمام حقوق و تعهدات شرکت های ادغام شونده به شرکت ادغام کننده یا جدید انتقال می باید موجبات پذیرفتن تئوری قائم مقامی عام شرکت های ادغام کننده یا جدید باشیم که این موضوع را می توان از این دیدگاه فراهم آوریم.

بنابراین به عنوان نتیجه می توان گفت که با توجه به اینکه تمامی حقوق و تعهدات شرکت ادغام شونده به شرکت ادغام کننده منتقل می شود و اموال و دارایی شرکت ادغام شونده که به شرکت ادغام کننده انتقال می یابد، خود به عنوان وثیقه و تضمین بازپرداخت دیون شرکت ادغام شونده می باشد. امری قابل دفاع که در خصوص ترکه متوفی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

ممکن است تعدادی از طلبکاران جهت اطمینان برای بازپرداخت مطالبات خود اقدام به اخذ رهن یا وثیقه نسبت به اموال و دارایی شرکت ادغام شونده نموده باشند، این دسته از طلبکاران که طلب های آنها دارای وثیقه یا تضمیناتی می باشد، ادغام هیچ گونه اختلالی به این حقوق آنها وارد نمی کند. چرا که این امر کاملاً مطابق با قائم مقامی عام شرکت ادغام کننده یا جدید می باشد.

۳-۵. اثر ادغام بر بدهکاران شرکت

یکی از اسباب سقوط تعهدات طبق بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی تبدیل متعهدله می‌باشد. در صورتی که انتقال دین بدهکار به شرکت ادغام‌شونده را همانند تبدیل متعهدله بدانیم، مدیون و متعهدله باید توافق نمایند که تعهد مدیون در برابر شخص متعهدله، به تعهد او در برابر ثالث (شرکت ادغام‌کننده یا جدید) تبدیل شود و با قبول ثالث، تعهد اول ساقط می‌گردد و تعهدی جدید در برابر ثالث ایجاد می‌گردد. (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۲) پذیرش این استدلال اولاً: موجب طولانی شدن فرایند ادغام می‌گردد، ثانیاً: با اصل سرعت در امور تجاری کاملاً مغایرت دارد و ثالثاً: با هدف ادغام شرکت‌های تجاری هماهنگ نمی‌باشد. چرا که رضایت مدیون برای تبدیل تعهد لازم است و همین امر ممکن است باعث ایجاد تأخیر در امر ادغام می‌گردد. از طرف دیگر ادغام، اصولاً تأثیری بر بدهکار از جهت ادای دین نمی‌گذارد، یعنی اینکه ادغام موجب تأخیر یا تعجیل در پرداخت دین نمی‌گردد.

استدلال دیگر که می‌توان در ارتباط با تأثیر ادغام بر مدیون شرکت ارائه داد این است که گفته شود این امر همانند با انتقال طلب می‌باشد. به این علت که در انتقال طلب نیازی به تراضی مدیون در انتقال به شخص ثالث نمی‌باشد. در توجیه این استدلال گفته شده است که «طلب، جزء اموال بستانکار است و هر صاحب مال می‌تواند مال خود را به هر شخصی بخواهد انتقال دهد، بدون اینکه اراده شخص دیگری در آن تأثیر داشته باشد، در صورتی که برای تبدیل تعهد، قصد و رضای مدیون ضروری است، چه اینکه، تبدیل تعهد مستلزم پیدایش تعهد جدید است و هیچ تعهدی بدون اراده متعهد آن به وجود نخواهد آمد». (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۳)

در تأیید این استدلال می‌توان به اصول کلی حاکم بر روابط بازرگانی و احکام قوانین برنامه توسعه جمهوری اسلامی ایران دانست، از طرف دیگر با پذیرفتن قاعده‌ی کلی قائم‌مقامی به محض ادغام شرکت ادغام‌کننده یا جدید، جانشین شرکت ادغام‌شونده می‌گردد.

بنابراین به عنوان نتیجه می‌توان گفت در خصوص تأثیر ادغام بر وضعیت بدهکاران شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده، به طور معمول ادغام اثری نسبت به بدهکاران شرکت ادغام‌شونده ندارد با این استدلال که شرکت ادغام‌کننده یا جدید قائم‌مقام شرکت ادغام‌شونده می‌باشد و مدیون ملزم می‌باشد دین خود را به قائم‌مقام بپردازد.

۶. اثر ادغام بر قراردادهای شرکت

هر کدام از طرفین ادغام ممکن است عقود و قراردادهایی با دیگران منعقد نموده باشند، سوالی که مطرح می‌باشد این است که تکلیف این حقوق و تعهدات پس از ادغام به چه نحو می‌باشد؟ آیا این حقوق و تعهدات به شرکت قائم‌مقام منتقل می‌شوند یا اینکه انتقال باعث اسقاط تعهد، انحلال یا انفساخ قرارداد می‌گردد؟

برای جواب دادن به سوالات فوق باید این مهم را که قبلاً به عنوان مبنای ادغام پذیرفتیم که ادغام موجب قائم‌مقامی شرکت ادغام‌کننده یا جدید می‌گردد را مد نظر قرار دهیم.

۱-۶. اثر ادغام بر قرارداد کارگران شرکت

یکی از مهمترین آثار ادغام در خصوص قرارداد کار کارکنان و کارگران طرف قرارداد ادغام با شرکت طرف ادغام می‌باشد؛ که این آثار می‌تواند شامل عدم تمایل کارگر برای همکاری با شرکت جدید و یا در قالب تعدیل نیرو باشد. در این باره قانون برنامه پنجم توسعه پیش‌بینی شده است، پس از ادغام، مزایای پایان کار کارکنان شرکت‌های ادغام‌شونده مطابق قانون کار توسط شرکت مزبور به کارکنان یاد شده پرداخت می‌شود. ماده ۱۲ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ به صراحت در این مورد بیان می‌دارد که: «هر نوع تغییر حقوقی در وضع مالکیت کارگاه از قبیل فروش یا انتقال به هر شکل، تغییر نوع تولید، ادغام در موسسه دیگر، ملی شدن کارگاه، فوت مالک و امثال اینها، در رابطه قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است موثر نمی‌باشد و کارفرمای جدید، قائم‌مقام تعهدات و حقوق کارفرمای سابق خواهد بود.» با توجه به صراحت مذکور ادغام نمی‌تواند باعث حذف کارگران گردد، حکم این ماده در حقوق ایران یک امر جدید می‌باشد که اولاً: مفهوم کارگاه را در حقوق ما به رسمیت شناخته است، ثانیاً: کارفرما نمی‌تواند با استناد به اصل نسبی بودن قراردادها و اینکه در استخدام کارگران دخالتی نداشته است و هنگام انعقاد قرارداد، طرف قرارداد نبوده، به صورت یک جانبه این گونه قراردادها را فسخ نماید (عراقی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۹). در قوانین برنامه چهارم و پنجم توسعه موضوع کارگران و کارمندان را به ماده ۱۲ قانون کار ارجاع داده‌اند، اما در خصوص نیروی کار مازاد موضوع را به قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل و نوسازی صنایع کشور و ماده ۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶

ارجاع داده است. با توجه به قوانین مذکور در صورت خروج توافقی کارگران از کارگاه، آنها در برابر هر سال سابقه خدمت، دو ماه از آخرین حقوق خود را به عنوان پاداش دریافت می‌کنند.

۶-۲. اثر ادغام بر سایر قراردادهای شرکت

در یک تقسیم‌بندی قانون مدنی عقود را به عقد لازم و جایز تقسیم نموده است. مطابق ماده ۱۸۵ قانون مذکور عقد لازم عقدی است که هیچ کدام از طرفین قرارداد حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد مشخص. و ماده ۱۸۶ ق.م. عقد جایز را چنین تعریف نموده است: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است».

سابق بر این گفته شد که به موجب ادغام، شرکت ادغام‌کننده جانشین و قائم‌مقام شرکت یا شرکت‌های ادغام شونده می‌شود. نتیجه این قائم‌مقامی با توجه به اصول و قواعد حقوقی سبب انتقال تمامی اموال و دارایی شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده به شرکت‌های ادغام‌کننده یا جدید می‌شود.

نکته‌ای که در این خصوص وجود دارد این است که آیا با انجام عمل حقوقی ادغام معاملات جایز و لازم به شرکت جدید یا ادغام‌کننده منتقل می‌شود یا خیر؟ همان‌گونه که می‌دانیم طرفین قرارداد می‌توانند شروطی را ضمن عقد قرار دهند، یکی از این شروط ممکن است شرط مباشرت متعهد باشد که در این حالت امکان انتقال تعهد به دیگری موجود نمی‌باشد، مگر اینکه مشروطه نسبت به این موضوع رضایت داشته باشد. (توکل کرمانی، ۱۳۸۹، ص ۴۳-۴۲) مطابق موازین حقوقی برخی از قراردادها غیر قابل انتقال به دیگران می‌باشند، همانند عقد وقف. این عقد واجد ویژگی‌های خاص خود می‌باشد به این دلیل که حقوق و تعهدات متقابلی برای طرفین قرارداد به وجود نمی‌آید بنابراین بخاطر همین خصوصیت قابلیت انتقال به غیر را ندارد. همچنین قابل ذکر است که معدومی که به تبعیت از موجود، موقوف‌علیهم محسوب می‌شود انتقال گیرنده محسوب نمی‌شود. در توجیه این دیدگاه گفته شده است که موقوف‌علیهم به صورت کلی از بدو تشکیل عقد، طرف عقد وقف می‌باشند. با انعقاد عقد وقف عین مال حبس می‌گردد و بنابراین مالکیت از مالک سلب و ساقط می‌شود و موقوف‌علیه هم که صرفاً حق

انتفاع از منافع عین موقوفه را دارد و هیچ گونه مالکیتی نسبت به عین و منافع ندارد در نتیجه نه مالک و نه موقوف علیه مالکیتی ندارند که بتوانند آن را به دیگری انتقال دهند. (شعاریان، ۱۳۹۴، ص ۶۶)

پذیرش این نظریه در ارتباط با اشخاص حقوقی بعید می باشد چرا که با پذیرش نظریه قائم-مقامی شرکت ادغام کننده یا جدید به عنوان جانشین شرکت ادغام شونده در عقد وقف می-گردد، همین طور است در خصوص عقودی که قید مباشرت شده باشد، به این علت که با قبول نظریه قائم مقامی عام در ادغام که محدوده آن بسیار گسترده تر از قائم مقامی ورثه می باشد تمام حقوق و تکالیف که عقود و قراردادها هم جزئی از آن محسوب می شود به شرکت ادغام کننده یا جدید منتقل می گردد.

یکی از حقوقدانان در ارتباط با انتقال عقود جایز چنین بیان کرده است: «عقود جایز نیز به صورت ارادی قابل انتقال می باشد. مضاربه که عقد جایز محسوب می شود به صراحت ماده ۵۵۴ با اجازه مالک قابل انتقال می باشد. همچنین به نحوی که قبلاً ذکر شد وکیل می تواند با داشتن اختیار توکیل، وکالت را به دیگری منتقل سازد به نحوی که وکیل دوم رابطه حقوقی مستقیم با موکل (اصیل) پیدا کند. بنابراین، می توان گفت انتقال ارادی قرارداد اختصاص به عقود لازم نداشته و در عقود جایز نیز مصداق می یابد». (شعاریان، ۱۳۹۴، ص ۶۷-۶۶)

برای اثبات گفته های فوق می توان به نص قانونی موجود در خصوص ادغام شرکت های تجاری یعنی مواد ۴۰ و ۱۰۵ قوانین چهارم و پنجم برنامه توسعه اشاره کرد که به عنوان مثال ماده ۱۰۵ قانون مذکور این چنین مقرر نموده است: «... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت های موضوع ادغام، به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می شود. ...» در این ماده قانونگذار به صراحت و به طور مطلق به انتقال کلیه حقوق و تعهدات شرکت-های ادغام شونده به شرکت های ادغام کننده یا جدید اشاره نموده است و قاعدتاً عقود جایز نیز مشمول این کلیت می گردند.

۷. اثر ادغام بر دعاوی له و علیه شرکت

موضوع دیگری که قابل بحث و بررسی می باشد این است که شرکت ادغام شونده ممکن است در محاکم قضایای اقدام به طرح دعوا نموده و یا اینکه دعای علیه وی مطرح شده باشد. حال

نکته این است که ادغام چنین شرکتی که دعاوی در مراجع قضاوتی دارد چه وضعیتی پیدا می‌کند؟

همانند بسیاری از موارد که در آئین دادرسی مدنی قانونگذار در خصوص آنها سکوت کرده است و راه حل صریحی برای آن ارائه ننموده است، موضوع انتقال ارادی موضوع مورد دعوا می‌باشد. مقنن فقط در ماده ۱۰۵ قانون دادرسی مدنی در خصوص قائم مقام قهری دعوا که در اثر مرگ یا حجر می‌باشد حکم به توقیف دادرسی و ادامه آن بعد از تعیین کردن جانشین و تقاضای ذینفع نموده است. بنابراین، در این خصوص رویه قضایی هم با توجه به سکوت قانون در انتقال ارادی، ارائه طریق ننموده است. (خدابخشی، ۱۳۹۳، ص ۳۱۳-۳۱۲)

جهت پاسخ به پرسش مطرح شده به نظریات حقوقدانان آئین دادرسی مدنی می‌بایست مراجعه نمود. یکی از برجسته‌ترین آنها در ارتباط با این موضوع چنین بیان می‌نماید: «۴۹۷- انتقال دعوا- گفته شد که دعوا به مفهوم اخص، توانایی قانونی مدعی حق ترضیع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح و به مفهوم اعم منازعه و اختلافی است که در مرجع قضاوتی مطرح شده است. بنابراین، به طور کلی دعاوی به مفهوم اخص، بین اشخاص در طول حیات آنها به طور ارادی به موجب عقود (معین و غیرمعین) همراه با حق اصلی قابل انتقال و پس از مرگ آنها، قهراً همراه با حقوقی که دعاوی ضامن اجرای آنها می‌باشند، به وراثت منتقل می‌شود. در نتیجه اگر مالک ملکی نسبت به ملک همجوار، ادعای حق المجری داشته باشد و در همین حال ملک خود را به فروش برساند و یا فوت نماید، نظر به اینکه حق اصلی ادعایی (حق المجری) حسب مورد، به خریدار یا وراثت منتقل شده، دعاوی حق المجری که تضمین کننده حق اصلی مزبور است نیز به آنها منتقل می‌شود.

با انتقال حق اصلی، علی‌الاصول همواره دعوا نیز منتقل می‌شود. اما در مواردی که حق اصلی دارای ویژگی منحصراً شخصی است، علاوه بر اینکه به موجب عقود قابل انتقال نمی‌باشد، با فوت ذی حق نیز به وراثت منتقل نمی‌گردد و نتیجتاً انتقال دعاوی مربوط نیز منتفی می‌باشد؛ دعاوی طلاق و تمکین از این جمله‌اند و با فوت صاحب حق زایل می‌گردند. انتقال دعوا نه تنها نسبت به ذی حق، بلکه نسبت به شخصی که حق علیه اوست، علی‌الاصول مشمول احکام فوق-الذکر است». (شمس، ۱۳۹۴، ص ۲۸۰-۲۷۹)

با مطالعه نظریات حقوقدانان می‌توان این چنین استنباط نمود که اکثر آنها قائل به انتقال دعوا در صورت انتقال موضوع دعوا می‌باشند.

رویه قضایی ایران نیز در ارتباط با موضوع انتقال ارادی دعوا نظر خاصی ارائه نداده است اما در حکم شماره ۲۲۳-۱۳/۱۲/۱۳۱۸ در خصوص انتقال مورد دعوا در جریان دادرسی چنین اظهار نظر نموده است: «در صورتی که مدعی علیه در خلال جریان دعوی ملک مورد ادعا را به دیگری انتقال دهد، طرف دعوی از آن به بعد منتقل الیه بوده و به طرفیت او محاکمه جریان و خاتمه خواهد یافت و اصرار قرار عدم توجه دعوی در چنین موردی موجب نقض است». (رویه معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضائیه ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی، ۱۳۹۲، ج ۳، چاپ سوم، نشر جنگل، ص ۴۱) با توجه به رویه گفته شده و نظریات حقوقدانان چنین به نظر می‌رسد که با توجه به عدم وجود نص صریح قانونی در قوانین کنونی موضوع انتقال دعوا به عنوان یک اصل در آئین دادرسی مدنی قابل دفاع می‌باشد.

ممکن است شرکت‌های موضوع ادغام به طرفیت یکدیگر در محاکم قضایی اقدام به طرح دعوا نموده باشند که در حال رسیدگی می‌باشد، ادغام باعث می‌شود که دعوا در هر مرحله از رسیدگی که باشد دادگاه قرار عدم استماع دعوا صادر نموده که نتیجه آن خروج پرونده از جریان رسیدگی می‌باشد. صدور قرار عدم استماع دعوا به این خاطر است که این امکان وجود دارد که قرارداد راجع به ادغام به هر دلیلی باطل و یا فاقد اعتبار گردد، طرفین ادغام می‌توانند مجدداً با طرح دعوای سابق، رسیدگی به اختلاف را از محکمه خواستار شوند.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

با مطالعه مطالبی که مورد بررسی قرار گرفت و هدف این مقاله که شناسایی و تجزیه و تحلیل حقوق اشخاص ثالث در مقابل ادغام شرکت‌های سرمایه در نظر گرفته‌است، نتایج ذیل حاصل شده و به همراه آن نگارنده پیشنهاداتی به شرح آتی بیان می‌دارد.

۱. شرکاء یا سهامداران حق خروج از شرکت را دارند و ادغام موجب از بین رفتن حقوق مکتسب آنها نمی‌گردد، و می‌توان چنین استدلال کرد که در ادغام مزایا و امتیازات صاحبان سهام به شرکت جدید منتقل می‌شود و در واقع با توجه به اصل استصحاب حقوق سابق آنها ساقط نمی‌گردد.

۲. در ارتباط با حقوق اشخاص ثالث و تاثیری که ادغام بر آنها می‌گذارد به این نتیجه رسیدیم که طلبکاران حق اعتراض نسبت به ادغام ندارند ولی حقوق آنها در هر حال محفوظ می‌باشد و در برابر شرکت ادغام کننده یا جدید به حقوق سابق خود استناد می‌نمایند. در این ارتباط طلبکاران را می‌توان به دارندگان اوراق مشارکت، دارندگان مطالبات دارای وثیقه و طلبکاران عادی تقسیم نمود، در ارتباط با دو مورد اولی که تضمین‌های سابق به قوت خود باقی می‌ماند اما در ارتباط با طلبکاران عادی شرکت ادغام شونده، حق اولوی نسبت به اموال این شرکت‌ها برایشان در نظر گرفته می‌شود. بدهکاران شرکت ادغام شونده بدهی خود را به شرکت ادغام کننده یا جدید می‌پردازند.

۳. در ارتباط با قراردادهای شرکت ادغام شونده به این نتیجه رسیدیم که کلیه قراردادها به شرکت ادغام کننده یا جدید منتقل می‌گردد و لازم یا جایز بودن این قراردادها تاثیری بر انتقال آنها ندارد. در خصوص قرارداد کار کارگران و کارمندان این شرکت‌ها نیز ادغام خلی در آن ایجاد نمی‌کند و صرفاً این افراد حق خروج از کار خود را دارند.

پیشنهاد می‌شود در تدوین قانون جدید در رابطه با ادغام شرکت‌ها موارد ذیل در قانون اعمال شود:

۱. با توجه به موقت بودن قانون برنامه توسعه، توصیه می‌گردد در قانون تجارت جدید موادی در ارتباط با تعریف ادغام، انواع آن و شرایط و محدودیت‌های قانونی جهت ادغام شرکت‌های تجاری در قانون در نظر گرفته شود.

۲. پیشنهاد می‌گردد قانون تجارت حق خروج از شرکت را برای شرکا در ظرف مهلت مقرر قانونی از تاریخ انتشار آگهی ادغام لحاظ شود و همین حق در خصوص مواردی که ادغام باعث زائل شدن حقوق و امتیازات آنها شده و یا سبب بالا رفتن میزان تعهدات آنها شود، در نظر گرفته شود.

۳. پیشنهاد می‌شود مقنن سازوکارهایی نیز ارائه دهد که موجب ایجاد تمرکز قدرت و همینطور انحصار فعالیت‌های تجاری توسط شرکت‌های طرف ادغام نگردد و باعث زیان سایر اشخاص حقیقی تاجر و یا شرکت‌های تجاری با سرمایه کمتر نگردند.

۴. توصیه می‌گردد جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث از جمله طلبکاران و دارندگان اوراق مشارکت در هنگام ادغام یک مدت زمان مشخص قانونی در نظر گرفته شود که این اشخاص ذی‌نفع بتوانند در این زمان به دادگاه اعتراض نمایند.

منابع

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق شرکت‌های تجاری، ۱۳۹۱، ج ۱، چاپ شانزدهم، نشر سمت.
۲. باقری، محمود، رشوندبوکانی، مهدی، حقوق رقابت و دفاع از تمامیت بازار در فقه امامیه، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸.
۳. بیگی حبیب آبادی، احمد، کنترل دو یا چند شرکت تجاری (۱)، ۱۳۸۲، فصلنامه قضاوت، سال دوم، شماره ۴.
۴. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، زمستان ۱۳۹۵، چ دوازدهم، انتشارات سمت.
۵. توکلی کرمانی، مجید، انتقال تعهد در حقوق ایران، ۱۳۸۹، چاپ اول، نشر جنگل.
۶. حسنی، حسن، حقوق تعاونی‌ها، ۱۳۸۱، چاپ اول، نشر سمت.
۷. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی قواعد عمومی دعاوی، ۱۳۹۳، چاپ دوم، نشر شرکت سهامی انتشار.
۸. رویه معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی، ۱۳۹۲، ج ۳، چاپ سوم، نشر جنگل.
۹. سکوتی‌نسمی، رضا، حقوق شرکت‌های تجاری، ۱۳۹۵، ج اول، چ اول، انتشارات مجد.
۱۰. شعاریان، ابراهیم، انتقال قرارداد، ۱۳۹۴، چاپ اول، نشر شهر دانش.
۱۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، ۱۳۹۴، ج ۳، چاپ بیست و ششم، نشر دراک.
۱۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ۱۳۹۰، چاپ ششم، انتشارات مجد.
۱۳. صقری، محمد، حقوق بازرگانی شرکت‌ها، ۱۳۹۳، جلد اول و دوم، چاپ اول، نشر شرکت سهامی انتشار.
۱۴. عراقی، سید عزت‌الله، حقوق کار (۱)، تابستان ۱۳۹۱، چ سیزدهم، انتشارات سمت.
۱۵. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید (جیبی)، ۱۳۸۹، (ویراستار عزیزالله علیزاده)، چ اول، انتشارات راه رشد.

۱۶. عیسائی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری شرکتهای سهامی عام و خاص، ۱۳۹۵، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
۱۷. عیسائی تفرشی، محمد، تعریف ادغام قانونی (واقعی) شرکت‌های سهامی و انواع آن از لحاظ حقوقی (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران) ۱۳۹۱، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳.
۱۸. غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن، ۱۳۹۳، چاپ اول، نشر میزان.
۱۹. قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰، چ اول، انتشارات جنگل.
۲۰. لایحه قانونی ادغام شرکت ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۸.
۲۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی)، ۱۳۸۴، چ هفتم، انتشارات سرایش.

آثار قاعده استیمان بر قلمرو مسئولیت مدنی امین در حقوق ایران و فرانسه

راحله نوذری^۱، بابک خسروی نیا^۲، محمد رمضانی^۳، مهدی زارع^۴

۱. رشته حقوق خصوصی - دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان.

۲. استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان.

۳. استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان.

۴. استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان.

چکیده

مسئولیت مدنی در نظام های مختلف حقوقی، در مقایسه با بسیاری از شاخه های حقوق، بیشترین همسانی را با یکدیگر داشته و با توجه به روند جهانی شدن حقوق و اقتصاد و راه یافتن علوم و فنون غربی به کشورهای جهان سوم، این همانی روز به روز در حال افزایش است. اهمیت مسئولیت مدنی تا آنجا است که «اصل ضرر نزدن به دیگری به لزوم جبران ضرر ناروا» را یکی از سه اصل موضوعه، اخلاق و حقوق دانسته اند. تحولات اجتماعی و عوض شدن چهره تمدن بشری، اهمیت مسئولیت مدنی را دو چندان کرده است. بدین ترتیب قاعده استیمان در حقیقت استثنایی بر قاعده ضمان ید است. چرا که به موجب مفاد قاعده ضمان ید، اصل این است که هر کس مال دیگری را تصرف کند ضامن آن است و در قبال مالک مسئولیت دارد و در صورت تلف و نقص باید از عهده خسارت برآید و چنانچه مالک، منافع زمان تصرف را مطالبه کند متصرف، ضامن پرداخت است. مبنای مسئولیت مدنی در قانون فرانسه نیز تقصیر به عنوان عامل زیان یا خطری که ایجاد نموده یا تضمین قانون گذار در حمایت از حقوق

اشخاص معرفی شده است لذا اربابان و متبوعین در انجام وظایفی که به کارکنان و تابعان خود محول ساخته اند، مسئول خسارت ناشی از اعمال آنها می باشند.

کلید واژه‌ها: مسئولیت مدنی، امین، استیمان، تعدی و تفریط، ضامن.

مقدمه

در هر موردی که شخص موظف به جبران خسارت دیگری باشد در برابر او مسئولیت مدنی دارد یا ضامن است. بنابراین مسئولیت مدنی هنگامی بوجود می آید که کسی ملزم به ترمیم نتایج خساراتی باشد که به دیگری وارد کرده است. به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی وقتی تحقق پیدا می کند که شخص در برابر دیگری جوابگو باشد زیرا معقول نیست که شخص در برابر خودش، از لحاظ حقوقی مسئول باشد. چنین مسئولیتی در مواردی عنوان می شود که یکی مسئول و دیگری زیان دیده باشد و در اغلب موارد حتی الامکان باید سعی شود که ضرر وارده به زیان دیده به طور کامل جبران شود و هدف قواعد مسئولیت مدنی این است که هیچ زبانی بدون جبران نماند و در مقابل فاعل یک عمل زیان آور را نمی توان ملزم به جبران خسارت نمود مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد و تقصیر وی نیز باید اثبات شود و مسئولیت اثبات تقصیر هم به عهده ی زیان دیده است. بدین ترتیب زیان دیده کافی است که اثبات کند در نتیجه عمل مسئول حادثه، دچار خسارت شده و دیگر از اثبات تقصیر معاف است و همچنین اینکه زیان دیده علاوه بر اینکه ورود زیان را باید اثبات نماید، تقصیر مسئول حادثه منجر به خسارت را نیز باید اثبات نماید.

در حقوق فرانسه تا سال ۱۹۹۱ میلادی مسئولیت های مدنی ناشی از عمل غیر به موارد مصرح در ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه محدود بود و به صورت مضیق تفسیر می شد؛ اما با صدور تصمیمی مشهور به «بلیک» در حقوق این کشور، نه تنها موارد مسئولیت ناشی از عمل غیر به گونه ای موسع تفسیر می شود، بلکه در کتب جدید مسئولیت مدنی از اصلی به نام « اصل مسئولیت ناشی از عمل غیر» یاد می شود. این نوع از مسئولیت در تالیفات جدید بر چند قسم است: که یکی از اقسام آن «مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع» است. ممکن است مشابهت این مسئولیت با مسئولیت کارفرما ناشی از عمل کارگر شائبه ی یکسانی این دو را موجب شود، این

در حالی است که این نظریه فراتر از بحث مسئولیت کارفرما ناشی از عمل کارگر است. در حقوق فرانسه این مسئولیت در قسمتی از ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه آمده است؛ اربابان و متبوعین در انجام وظایفی که به کارکنان و تابعان خود محول ساخته اند، مسئول پرداخت خسارت ناشی از اعمال آنها می باشند. این بند از ماده ی مذکور از سال ۱۸۰۴ تا کنون بدون تغییر باقی مانده است (یزدانیان، ۱۳۹۱، ص ۳۷)

نقش قاعده استیمنان در مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فرانسه

قاعده استیمنان در حقیقت استثنایی بر قاعده ضمان ید است. چرا که به موجب مفاد قاعده ضمان ید، اصل این است که هر کس مال دیگری را تصرف کند ضامن آن است و در قبال مالک مسئولیت دارد و در صورت تلف و نقص باید از عهده خسارت برآید و چنانچه مالک، منافع زمان تصرف را مطالبه کند متصرف ضامن پرداخت است. بر این اصل استثنائاتی وارد شده است که در فقه تحت عنوان قاعده استیمنان مطرح می گردند. مفاد اجمالی این قاعده این است که چنانچه شخصی بر مال دیگری استیلا یا بدام مادام که تعدی یا تفریط نکند ضامن نیست. منظور از عدم ضمان این است که اگر مال مورد تصرف تلف شود مثل و یا قیمت از شخص امین قابل مطالبه نیست این قاعده در متون فقهی چنین آمده است: «امین ضامن نیست مگر با تعدی و تفریط» از امانی بودن خارج و ضمانی می شود و طبعاً تلف و نقصی که تحت ید ضمانی محقق می گردد بر عهده متصرف است.

ضامن دانستن امین موجب اضرار بدون جهت به اوست بویژه در مواردی که کالا به عنوان امانت شرعی در اختیار او باشد که هیچ دلیل موجهی برای تحمیل چنین ضرری بر امین وجود ندارد. از این رو، عدم ضمان امین مقید به عدم تعدی و تفریط است قانون مدنی هم در تمام مواردی که شخص به عنوان امین ضامن نیست اگر تعدی و تفریط کند او را ضامن می داند. (مواد ۶۸۰، ۵۸۴، ۵۵۶، ۴۹۳ و... قانون مدنی) (عبداللهی بنستانی، صص ۱۶۱-۱۶۰)

در فرانسه موقعی که به سبب تقصیر خود، شخصی خسارتی به دیگری وارد سازد مسئول جبران آن خسارت است. حال بر این فرمول ساده دو تبصره اضافه می کنیم. (امین فر، ۱۳۱۹، ص ۵۴۸)

- ۱- امینی که به سبب تقصیر او خسارت وارد آمده لازم است قانون او را مسئول اعمال خود بشناسد تا در مورد معین بتوان او را محکوم به جبران خسارت کرد.
 - ۲- امین فقط به سبب عمل خود مسئول واقع نمی شود گاهی به سبب عمل دیگران و با اشیا و دام هایی که در اختیار او هستند نیز مسئول می باشد.
- از این دو قسمت شق اول دامنه مسئولیت مدنی را تضییق می کند زیرا اشخاصی را از جبران خسارت معاف می دارد مانند صغیر و دیوانه. شق دوم به عکس، دامنه مسئولیت مدنی را توسعه می دهد زیرا شخص را نه تنها مسئول عمل خود بلکه مسئول عمل اشخاصی که در تحت حمایت و یا نگهداری او هستند و یا اشیا و دام هایی که در اختیار او می باشند نیز قرار می دهد. (آجیرلو، جدی، ۱۳۹۵، ص ۳)

موارد تطبیق قاعده استیمان در حقوق ایران و فرانسه

قاعده ی استیمان یا مالکی است که امین به جهت اذنی که مالک در نگهداری از مال و یا در تصرف اموالش به او می دهد، ضامن شناخته نمی شود و یا امین بودن او به جهت شرعی و قانونی است که امانت شرعی یا قانونی گفته می شود که هر کدام از دو نوع امانت یاد شده در احکام فقهی و قانون مدنی مصادیقی دارد. که در ذیل به موارد تطبیقی از آن اشاره می کنیم.

الف- موارد تطبیق امانت مالکی (عقدی)

۱- وکیل در عقد وکالت

در کتب فقهی نسبت به ضامن نبودن وکیل آمده است: وکیل امین است و نسبت به آنچه که در اختیارش است تلف گردد ضامن نیست جز در صورت تفریط یا تعدی. (محقق حلی، ۱۴۲۰ه.ق، ج ۲، ص ۳۵۰) در قانون مدنی ماده ای که صراحتاً بر عدم ضمان وکیل دلالت کند ذکر نشده ولیکن از قید تقصیر وکیل که در ماده ۶۶۶ آمده است: «هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً مسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود»، به خوبی متوجه می شویم که وکیل بدون تقصیر که همان تعدی و تفریط می باشد، ضامن نیست.

قانون مدنی فرانسه عقد وکالت را این گونه مشخص می‌سازد که: «وکالت عقدی است که توسط آن شخصی به دیگری توانایی انجام کاری را برای موکل و به نام او می‌دهد» (ماده ۱۹۸۴، بند اول). از ماده ۱۹۸۴ این گونه بر می‌آید که وکیل لزوماً یک شخص، حقیقی یا حقوقی است. دلیل اینکه ذکر چنین حقیقت مسلم و پیش پا افتاده‌ای لازم آمده است، آن است که برخی نویسندگان در نوشتن خلاف آن تردید نکرده‌اند، به این صورت که تصریح می‌کنند در خصوص عقودی که به طور الکترونیکی منعقد می‌شود یک پردازنده (که به طور عام تر رایانه نامیده می‌شود) می‌تواند وکیل قرار بگیرد. ماده ۱۹۸۴ قانون مدنی در اصطلاح «انجام کاری» نیز مبهم است: این اصطلاح باعث می‌شود این تصور به وجود آید که وکالت می‌تواند هر موضوعی داشته باشد، یعنی هم اعمال مادی و هم اعمال حقوقی. اما در حقیقت، با تصریح به اینکه وکیل به نام موکل عمل می‌کند (و نه فقط به حساب او)، ابهام را از این جهت برمی‌دارد: آن نشان می‌دهد که موضوع این عقد، علی‌الاصول نمی‌تواند چیزی جز انجام اعمال حقوقی باشد.

در قانون مدنی فرانسه نمایندگی اساس وکالت است که به صورت اولاً و بالذات می‌تواند شامل اعمال حقوقی گردد؛ این دو جنبه به صورت تنگاتنگی به هم مربوطند. قانون صراحتاً از آن حرفی نمی‌زند. در مجموع، وکالت عقد رضایی، دوجانبه و «در عوض شخصیت طرف» (خدمت دوستانه) است که توسط آن موکل به وکیل خود که این تعهد را می‌پذیرد، توانایی می‌دهد که برای او و به نام وی عملی را تحت عنوان نمایندگی منعقد سازد.

<http://vekalat.info/vakil/448>

۲- مستودع در عقد ودیعه

ودیعه در زمره ی امانت مالکانه است زیرا مالک با اختیار خود و در اثر قراردادی که با دیگری منعقد می‌سازد مال خویش را به منظور حفاظت و نگهداری به دیگری تحویل می‌دهد و بدین وسیله مالک مستودع را نایب خود قرار می‌دهد، ویژگی ودیعه از سایر امانات مالکانه این است که در آنها نیابتی که داده می‌شود به منظور سایر تصرفات است. مثل اینکه مالک به دیگری وکالت می‌دهد تا خانه ی او را بفروشد یا مالک منزلش را اجاره به شخص مستاجر می‌دهد، حفاظت و مراقبت در موارد اجاره، وکالت، عاریه، مضاربه و... جنبه ی فرعی و تبعی دارد اما

مقصود اصلی در عقد ودیعه دادن نیابت صرفاً برای حفظ مال است، لذا قواعد و ادله ی مربوط به امانت، رابطه ی امین با مالک و مسئولیت های ناشی از این رابطه در عقد ودیعه مطرح می شود و ودیعه را امانت به معنای خاص می نامند. بنابراین هر چند ودیعه در کنار اجاره، وکالت و... به عنوان امانت مالکی محسوب می شود اما امانت اصطلاحی و به معنای خاص همان ودیعه است و در عرف هم اجاره، مضاربه، وکالت و ... را امانت نمی دانند.

در متون فقهی به صراحت به ضامن نبودن مستودع (گیرنده ی ودیعه) اشاره شده است. محقق حلی آورده است: «الودیعه امانه لایضمنها المستودع الا مع التفريط او العدوان» (محقق حلی، ۱۴۲۰ه.ق، ص ۲۴۶)

در قانون مدنی از مواد متعددی به ضامن نبودن امین، مستقیم یا غیر مستقیم اشاره شده است. در ماده ۶۱۴ ق.م.آ آمده است: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد مگر در صورت تعدی و تفریط». این حکم گرچه در فصل مربوط به ودیعه ذکر شده است ولیکن مخصوص باب ودیعه نیست بلکه در همه ی مواردی که مالی به عنوان امانت مالکی یا شرعی در دست کسی قرار می گیرد، شخص امین است و مادام که مرتکب تعدی و تفریط نشود ضامن نخواهد بود.

در قانون فرانسه «ودیعه در معنای خاص، عقدی اساساً مجانی می باشد» (ماده ۱۹۱۷) در قدیمی ترین نظر، کمترین دست مزد مورد توافق به نفع مستودع این ودیعه را به اجاره کار و خدمات، یعنی عقد شرکت بدل می ساخت. مسلماً ماده ۲-۱۹۲۸ مقرر می دارد هنگامی که برای مستودع دست مزدی شرط شده باشد، مسئولیت او با شدت بیشتری ارزیابی می شود، و مخالفان این نظر از آن نتیجه می گیرند که، ودیعه می تواند با دستمزد باشد. پاسخ آن است که منظور از ماده ۲-۱۹۲۸ قانون مدنی به هیچ وجه تعریف ودیعه نیست تا با ماده ۱۹۱۷ در تعارض قرار بگیرد. این ماده صرفاً بیان می دارد که در زمان شرط دست مزد برای مستودع، قاعده ای که مستودع را ملزم می سازد تا در نگهداری اموال ودعی همان مراقبتی را که برای اموال خود انجام می دهد، به عمل آورد، باید با شدت بیشتری اعمال شود. بنابر نظر دوم، که با اقبال بخش بزرگی از دکترین مواجه می شود، شرط دست مزد به نفع مستودع، لزوماً عقد ودیعه را به عقد اجاره کار و خدمات مبدل نمی سازد. بر اساس این نظر ماده ۲-۱۹۲۸ به روشنی بیان می دارد

که ودیعه می‌تواند بی‌آنکه اصالت خود را از دست بدهد، با دست‌مزد باشد اصالت عقد ودیعه از موضوع آن، و نه از نتیجه مالی آن منبث می‌شود. ماده ۲-۱۹۲۸ تنها به توضیح چند دستورالعمل مربوط به مسئولیت مستودع بسنده می‌کند. کلیت مقررات از این ماده مشتق نمی‌شوند، بلکه منشأ آنها در تعهد به نگهداری است که در الفاظ حقوقی، کارکرد اقتصادی این عقد را بیان می‌دارد. (<https://vakil.net> /)

۳- مستعیر در عقد عاریه

عاریه هم از موارد و مصادیق امانت مالکانه است که مالک برای انتفاع مستعیر مال خود را مجاناً در اختیار او قرار می‌دهد و از باب اینکه مستعیر امین است بر او ضمان نیست. موضوع عدم ضمان مستعیر در فقه شیعه معروف و مشهور است، به عنوان نمونه به چند مورد از قول فقها اشاره می‌کنیم:

شیخ طوسی: «اذا ثبت جواز العاریه فهی امانه غیر مضمونه الا ان یشترط صاحبها» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۴۹)

محقق حلی: «ولو نقص من العین شی او تلفت بالاستعمال من غیر تعد لم یضمن» (محقق حلی، ۱۴۲۰ه.ق، ص ۴۰۸)

شهید اول: و هی (العاریه) امانه لا یضمن الا بالتعدی او التفريط» (عاملی، بی تا، ص ۱۲۵)

ابن فهد حلی: «العاریه من الامانات الخاصه و الاصل فیها عدم الضمان عند الفرقه» (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۱)

در قانون مدنی نیز از چند ماده، ضامن نبودن مستعیر استفاده می‌شود که به عنوان نمونه دو ماده‌ی زیر ذکر می‌گردد:

ماده ۶۴۰ق.م: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفريط یا تعدی.»

ماده ۶۴۱ ق.م: «مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست مگر اینکه در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده بر خلاف متعارف استفاده کرده باشد.»

مقصود از منقصت ناشی از استعمال، استهلاکی است که به تدریج در اثر استعمال پیدا می شود و این نوع منقصت چون مورد اذن معیر می باشد ضمان آور نیست بر خلاف نواقصی که در اثر تعدی یا تفریط حاصل می شود. (طاهری، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۳۶۵) در قانون فرانسه نیز عاریه که عقدی عینی است، تنها با واگذاری مال مورد عاریه به خود مستعیر یا شخص ثالثی شکل می گیرد که آن را دریافت داشته و به حساب مستعیر در اختیار می گیرد. در نتیجه آن، عدم اجرای همراه با تقصیر تعهد به عاریه تنها می تواند به اعطای خسارت منجر شود.

<http://www.hoghooghdanan.com/index.php/comparative-law/1720>

۴- مستاجر در عقد اجاره

از مصادیق دیگر امانت مالکی، ید مستاجر است که در شرایط متعارف و بدون تعدی و تفریط ضامن نیست، در این خصوص نیز به عباراتی از قول فقیهان اشاره می شود:

قاضی ابن براج طرابلسی در خصوص اختلاف موجر و مستاجر نسبت به اجرت «اذا اختلفا فی ذلک کان القول قول المستاجر مع یمینه لانه امین» (قاضی طرابلسی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۳۶)

ابوالمکارم ابن زهره حلبی: «و متی تعدی المستاجر ما اتفقا علیه من المده...ضمن الهلاک اوالنقص» (حلبی، بی تا، ص ۶۰۱)

ابن حمزه طوسی: «و ان تلف من غیر تفریط منه (المستاجر) لم یضمن» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۷۱۱)

شهید اول: «و لا یضمن المستاجر العین الا بالتعدی او التفریط (عاملی، بی تا، ص ۱۵۵) محقق حلی: «اذا تعدی فی العین المستاجرہ ضمن قیمتہا وقت العدوان» (محقق حلی، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۲، ص ۴۲۲)

محقق حلی ضمان مستاجر را مقید به تعدی کرده، گاهی لفظ تعدی یا تفریط به تنهایی ذکر می شود ولی هر دو عنوان مقصود است، که در اثر آن مستاجر ضامن می شود.

محقق حلی ضمان مستاجر را مقید به تعدی کرده، گاهی لفظ تعدی یا تفریط به تنهایی ذکر می شود ولی هر دو عنوان مقصود است، که در اثر آن مستاجر ضامن می شود.

بر اساس ماده ۶۳۱ قانون مدنی، عین مستاجر در دست مستاجر امانت است و نیز ماده ۴۳۹ ق.م. بیان داشته است: مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست به این معنا که اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود ولی اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است، اگر چه نقص در نتیجه ی تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد نمی گردند.

در قانون فرانسه طبق مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه اگر مستاجر به عنوان امین مرتکب تقصیر یا مسامحه گردد و از این رو به موجد خسارتی برساند ملزم به جبران آن می باشد و از عمدی یا غیر عمدی بودن خسارت وارده از سوی مستاجر ذکری نمی شود. همچنین در حقوق فرانسه طبق ماده ۱۷۴۳ قانون مدنی فرانسه، اگر اجاره رسمی یا دارای تاریخ معین و مقدم بر تاریخ انتقال باشد، منتقل الیه قائم مقام موجد خواهد بود و نیز مانند حقوق ایران، اگر مدت عقد اجاره مشخص نشود و نیز پرداخت اقساط مال الاجاره از قرار روز، ماه یا سال تعیین نگردد، عقد اجاره باطل خواهد بود.

۵- مرتهن در عقد رهن، ماده ۷۸۹ ق.م.

رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر.

مطابق ماده فوق عین مرهونه در دست مرتهن به عنوان امانت بوده و قوانین حاکم بر امین بر مرتهن جاری است، همچنین هر گاه رهن با بری شدن ذمه ی راهن منحل شود صفت امانت مرتهن از بین نمی رود مگر اینکه مالک مال خود را مطالبه نماید به بیان دیگر از هنگام قرار گرفتن عین مرهونه در تصرف مرتهن رابطه ی بین آن دو (راهن و مرتهن) به دو عقد رهن و ودیعه تحلیل می شود رهن با بری شدن راهن منحل می شود و ودیعه با فسخ مالک یا اگر قائل باشیم ودیعه نیز با براءت ذمه ی مالک از بین می رود. حداقل اذن مالک تا هنگام مطالبه ی مالی باقی است، زیرا همانطور که فقها بیان کرده اند در امانت مالکی، رد امانت فوراً واجب نیست بلکه وجوب رد، موقوف به مطالبه مالک است، بر خلاف امانت شرعی که رد امانت در اسرع وقت ممکن به صاحبانش واجب است چه اساساً در این گونه موارد اذن شارع و جواز شرعی تصرف در مال غیر، به این خاطر است که شخص مال را به صاحبانش برساند و از نقص

و تلف جلوگیری گردد. (فاضل، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۷۶) بنابراین در خصوص رهن هم که امانت مالکی است بعد از براءت ذمه مدیون و قبل از مطالبه ی مالک، مال در ید مرتهن همچنان امانت است و مرتهن متصرف، امین به شمار می آید. ماده ۷۹۰ ق.م هم در این ارتباط چنین می گوید: بعد از براءت ذمه مدیون رهن در ید مرتهن امانت است لکن اگر با وجود مطالبه، آن را رد ننماید، ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد.

ماده ۲۰۷۵ قانون مدنی فرانسه نیز ناظر به رهن دین است. به موجب این ماده هنگامی که مورد رهن، دین می باشد بر اساس یک سند رسمی و یا سند خصوصی به ثبت رسیده، باید مراتب به بدهکار دین مورد رهن ابلاغ گردد و یا اینکه مراتب رهن دین توسط مدیون به موجب یک سند رسمی مورد قبول قرار بگیرد بر اساس مفاد این ماده صحت رهن دین صرفاً منوط به وجود نوشته در این خصوص شده است. با این حال رویه قضائی شرط دیگری در نظر گرفته است و آن این است که می بایست سند حاوی طلب نیز تسلیم مرتهن شود (رای ۱۱ ژوئن ۱۸۴۶ دیوان عالی کشور فرانسه) این تشریفات به این جهت است که ممکن است منافع اشخاص ثالث به وسیله عقد رهن در معرض تهدید و تضییع قرار گیرد در وهله اول بدهکار دین مورد رهن، که شخص ثالثی نسبت به قرارداد رهن به حساب می آید، پس از عقد رهن ممکن است عهده خود را نسبت به بدهکاری جدید (مرتهن) مشغول بیند و به همین دلیل اطلاع وی از این رهن مناسب است و از طرف دیگر بستانکاران رهن نیز اشخاص ثالثی قلمداد می گردند که منافع آنان به عقد رهن بسته است، چرا که میزان رهن عمومی اموال بدهکارشان (رهن) تنزل پیدا می کند و از این جهت ممکن است در صورت اعسار وی متضرر گردند. (ژاک گستن، ۱۹۹۴، ش ۰۴۲۲) به منظور رعایت حقوق اشخاص ثالث، هم قانونگذار و هم قضات کوشیده اند تا دو شرط مذکور برای صحت رهن دین وجود داشته باشند، حتی نویسندگان قانون تجارت فرانسه که طبق قاعده می بایست نسبت به موضوع سهل گیرتر باشند و بیشتر بر تسهیل روابط تجاری تاکید ورزند در مورد رهن دین، همان مقررات قانونی مدنی را حاکم دانسته اند^۱ رویه

¹ - edoc ud 2075 elcitraL cd snoitislpisid xua egored sap tscn tl " eriannoissec el tnod sereilibom secnaerc sel enrecnoc iuq ec ne liviC ud noitacifingis al rap euq sreit sed dragel a isias ette tuep en• ruetibed ua etiaf tropsnart

قضائی نیز به نوبه خویش ابلاغیه موضوع ماده ۲۰۷۵ قانون مدنی را از شرایط اساسی صحت عقد رهن دین قلمداد نموده است و هیچ یک از حقوق متعلق به بستانکار مرتهن را بر عقد رهن دینی که فاقد شرط موضوع ماه مزبور باشد مترتب نمی گرداند(دادگاه استان پاریس ۱۰ اکتبر ۱۹۶۴) شایان ذکر است که قضات تفسیرهای گوناگونی از دو شرط فوق در اجرا ارائه کرده اند، ولی روح حاکم بر رویه قضائی، در عین حال که حفظ حقوق اشخاص ثالث است، حفظ حقوق مرتهن و موثر قلمداد نمودن عقد است. به عبارت دیگر سعی بر این است که به هر دلیلی خلل در صحت عقد وارد نشود. بنابراین، یکی از شرایط صحت رهن دین تسلیم سند آن می باشد، به نحوی که تا مدت‌ها اعتقاد بر این بود که دین بدون سند نمی توان موضوع یک رهن واقع شود. به وسیله رای مورخ ۱۰ مه ۱۹۸۳ دیوان عالی کشور فرانسه، رویه قضائی در این مورد تغییر جهت می دهد و اعلام می کند که ابلاغ به بدهکار دین مورد رهن، زمانی که تسلیم مادی آن به وسیله سند ممکن نباشد، به منزله تسلیم دین مورد رهن قلمداد می گردد بدین صورت عملاً در این گونه موارد عدم قبض مال مرهون، حتی به صورت قبض سند، غیر محل به صحت عقد تشخیص داده شده و سعی گردیده از اعلام بطلان عقد رهن خودداری شود مادامی که ممکن است این سعی در حقوق بانکی بیشتر قابل شهود باشد.

<http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=458>

۶- عامل در عقد مضاربه (مضارب)

ماده ۵۵۶ ق.م مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تعدی یا تفریط. از این رو، عقد مضاربه که گاه «قراض» نیز نامیده می شود، عمل حقوقی ویژه ای است که از ترکیب چندین عقد به وجود آمده است و مانند بیع یا وکالت ماهیت حقوقی بسیط و مستقل ندارد؛ زیرا از سویی صاحب سرمایه به عامل وکالت می دهد تا به حساب او تجارت کند و از سوی دیگر اصل سرمایه و اموالی را که از آن محل تهیه می شود به امانت به عامل می سپارد (ماده ۵۵۶ ق.م.). به اضافه، اگر از تجارت سودی به دست آید مالک و مضارب در آن شریکند و به این اعتبار می توان مضاربه را پیمانی برای ایجاد شرکت دانست. شاید به دلیل ماهیت مختلط و پیچیده این عقد باشد که نظیر این عقد را در زمره عقود معین

حقوق کشورهای غیراسلامی نمی یابیم. به عنوان مثال قانون مدنی فرانسه اشاره ای به این عقد نکرده است. (<http://rasulrezaie.blogfa.com/post-160.aspx>)

۲- ولی و قیم در باب ولایت و قیمومت

ولی کسی است که از طرف شرع مقدس و قانون، سرپرستی و اداره اموال بعضی از محجورین را به عهده دارد و آن عبارت است از پدر و جد پدری که نسبت به صغیر تا سن بلوغ و نسبت به مجنون و سفیه که جنون و سفاهت متصل به دوران کودکی باشد ولایت دارند، اما نسبت به مجنون و سفیهی که جنون و سفاهتشان پس از بلوغ عارض شده باشد ولایت ندارند بلکه ولایت بر آنان از آن حاکم شرعی است هر چند که احتیاط در جلب موافقت پدر و جد پدری است. (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، صص ۱۳ و ۱۵) در اصطلاح حقوقی به پدر و جد پدری ولی قهری اطلاق می شود در صورت نبودن پدر و جد پدری ولایت بر صغیر و مجنون و سفیهی که جنون و عدم رشد آنها متصل به زمان صغرشان باشد بر عهده ی وصی منصوب از طرف آنان است، وصی هم کسی است که از طرف ولی (پدر و جد پدری) برای زمان پس از فوت ولی معین می شود و اگر پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان نباشد ولایت از آن حاکم شرع خواهد بود. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۶، ص ۱۰۱) طبق ماده ۱۱۹۴ ق.م. پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص نامیده می شود. تا زمانی که ولی قهری یا وصی او محجور را تحت سرپرستی خود نگه داشته و به کارهای او می رسد نوبت به ولایت حاکم شرعی و به تعبیر قانون به دادستان یا دادگاه مدنی خاص نمی رسد. یعنی ولایت حاکم در طول ولایت ولی قهری و وصی اوست نه در عرض آن، مفاد ماده ۷۳ ق.م هم همین مطلب است.

قیم هم کسی است که از طرف حاکم شرع یا از طرف دادگاه مربوطه برای سرپرستی محجور و نگهداری اموال او در مواردی که ولی خاص نداشته باشد منصوب می گردد و مطابق ماده ۱۲۲۷ ق.م «فقط کسی را محاکم و ادارات و دفاتر اسناد رسمی به قیمومیت خواهند شناخت که نصب او مطابق قانون توسط دادگاه به عمل آمده باشد.

به طور کلی ولی خاص (پدر، جد پدری و وصی) و ولی عام (حاکم شرعی و قیم منصوب از ناحیه ی حاکم) در قانون مدنی به پیروی از احکام فقه امامیه به عنوان امین محسوب شده اند و امین بودن آنها هم به لحاظ اینکه از جانب شرع و قانون می باشد، امانت شرعی و قانونی است. ماده ۶۳۱ ق.م می گوید: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است، بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها، ضامن نمی باشند. مگر در صورت تفریط یا تعدی. (عبداللهی بنستانی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶)

در حقوق فرانسه اصطلاحی که نزدیک به ولایت قهری است اصطلاح (autorite parentale) ولایت ابوینی است که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئیه ۱۹۷۰ جایگزین اصطلاح قدیمی قدرت پدری (paternelle Puissance) شده است. با بکار بردن اصطلاح اول به جای دوم قانونگذار فرانسه خواسته است اعلام کند که: اولاً رابطه بین ابوین و اطفال دیگر یک رابطه ناشی از تسلط و قدرت شخصی آنان نیست و به تعبیر دیگر، اختیارات ابوین مخصوصاً پدر نسبت به اطفال در شمار حقوق و امتیازات فردی و مطلق نیست بلکه ولایتی است که برای حمایت از طفل به آنان واگذار شده است و در واقع مجموعه ای از حقوق و تکالیف است. در قدیم رابطه پدر و فرزند را یک حق و قدرت مطلق نسبت به شخص تلقی می کردند، هرچند که مفسران قانون و حقوقدانان فرانسوی آنرا تعدیل کرده بودند. ثانیاً این ولایت برخلاف گذشته اختصاص به پدر ندارد و مشترکاً برای پدر و مادر شناخته شده و آنان از این لحاظ برابر هستند. قبل از قانون ۱۹۷۰ ولایت و قدرت مذکور اساساً به پدر تعلق داشت و اگر هم مادر را بالقوه دارای این سمت می دانستند، حق اعمال آن را به شوهر به عنوان رئیس خانواده اختصاص می دادند.

به موجب قانون ۱۹۷۰ که بعضی از مواد قانون مدنی فرانسه را اصلاح کرده است، هرگاه پدر و مادر مشروع زنده باشند و رابطه نکاح آنان منحل نشده و هر دو صلاحیت اعمال حقوق و تکالیف خود را داشته باشند، «ولایت ابوینی» به هر دو تعلق خواهد داشت و منحصر به پدر و مادر خواهد بود. البته اجداد و جدات (اعم از پدری و مادری) نیز دارای پاره ای امتیازات نسبت به طفل، حتی در زمان حیات پدر و مادر، هستند. چنان که می توانند با او مکاتبه کنند یا

او را ملاقات نمایند و نمی توان آنان را جز با حکم دادگاه و دلایل موجه از این حق محروم کرد (ماده ۴- ۳۷۱ بند ۱ قانون مدنی). همچنین اجداد می توانند از طرف صغیر حتی در زمان حیات پدر و مادر قبول هبه کنند. معهداً اختیارات اجداد در زمان حیات و در صورت اهلیت و شایستگی ابوبین استثنائی است و اجداد و جدات دارای ولایت ابوبینی *autorite parentale* نیستند و اصولاً نمی توانند در کار پدر و مادر مداخله کنند.

ولایت ابوبینی مشترکاً بوسیله پدر و مادر اعمال می شود و این اصل در قانون ۱۹۷۰ دوبار (در مواد ۲۱۳ و ۳۷۲ اصلاحی) اعلام شده است. البته در صورت بروز اختلاف بین پدر و مادر هر یک از آنان می توانند به قاضی قیمت *juges des tuteurs* برای حل اختلاف رجوع کند و در موارد استثنائی مخصوصاً در مورد ازدواج به رضایت یکی از ابوبین کافی است و وحدت نظر و توافق آنان لازم نمی باشد.

آنچه گفتیم در زمینه امور غیر مالی بود. اما در زمینه اداره اموال صغیر، با اینکه اصولاً پدر و مادر باید مشترکاً اقدام کنند و در این زمینه هم باید برابر باشند، قانونگذار فرانسه برای تسهیل کار و تسریع در اداره امور صغیر از این تساوی تا حدی عدول کرده و مقرر داشته است که اداره قانونی اموال *administration lecale* بوسیله پدر و با همکاری مادر انجام خواهد شد (ماده ۳۸۳ قانون مدنی فرانسه). همکاری مادر در اعمال ناقله *actes de disposition* یعنی اعمال مهمی که قیم فقط با اجازه شورای خانواده می تواند انجام دهد (مانند فروش غیر منقول و اوراق بهادار، صلح رهن و اجاره به مدت زائد بر ۹ سال) لازم است و همکاری بدین معنی است که پدر بدون موافقت مادر نمی تواند این اعمال را به نمایندگی از محجور انجام دهد. اما در اعمال اداری *administration actes d* یعنی اعمال کم اهمیتی که قیم به تنهایی و بدون اجازه مقام دیگر می تواند انجام دهد (مانند فروش اشیاء منقول مورد استفاده در زندگی عادی، اجاره به مدت ۹ سال یا کمتر و اقامه دعوی مالی) پدر می تواند مستقلاً به عنوان امین اقدام کند و نیازی به همکاری و موافقت مادر ندارد.

هرگاه یکی از ابوبین توانایی یا لیاقت اعمال ولایت را نداشته باشد، اعمال ولایت به موجب حکم دادگاه به دیگری واگذار می گردد (ماده ۳۷۳ قانون مدنی) هرگاه طلاق یا تفریق

جسمانی بین زوجین واقع شود، اعمال ولایت به طرفی محول می شود که دارای حق حضانت است. البته طرف دیگر حق ملاقات با طفل را خواهد داشت (ماده ۳۰۲ به بعد و ماده ۲-۳۷۳) در صورت فوت یکی از ابویین، اعمال ولایت به آنکه زنده است تعلق خواهد یافت (ماده ۱-۳۷۳) با این تفاوت که اداره اموال محجور تحت نظارت دادگاه قرار خواهد گرفت. هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند ولایت ابویینی اصولاً ساقط می شود (ماده ۴-۳۷۳). معهذنا بعضی از آثار آن برای اجداد و جدات (پدری و مادری) باقی می ماند. اینان علاوه بر حق ملاقات و مکاتبه با طفل حق موافقت با ازدواج صغیر را خواهند داشت (ماده ۱۵۰ بند ۱)

در قانون فرانسه عزل یا انزال پدر و مادر از سمت ولایت و از دست دادن حقوق ناشی از ولایت جزئاً یا کلاً به طور موقت یا دائم در موارد خاصی پیش بینی شده است و قانون فرانسه در این زمینه دارای تفصیلی بیشتر از قوانین کشورهای اسلامی است. به طور کلی، در حقوق فرانسه، در موارد حجر یا عدم لیاقت یا ناتوانی یا محکومیت به بعضی از جرائم یا تفویض حقوق به دیگری، ولایت ساقط خواهد شد .

علاوه بر ولایت ابویینی که ویژه پدر و مادر است در حقوق فرانسه یک نهاد حقوقی به نام ولایت قانونی *tutelle legale* وجود دارد که مخصوص اجداد و جدات است . هرگاه پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری برای سرپرستی طفل، وصی معین نکرده باشد، ولایت بر محجور به حکم قانون به جد یا جده ای که از لحاظ درجه قرابت به طفل نزدیکتر است واگذار می گردد و چون ولایت ناشی از حکم مستقیم قانون است لذا آن را ولایت قانونی نامیده اند.

در صورتی که چند نفر جد و جده در درجه مساوی وجود داشته باشند، شورای خانواده می تواند ولایت را به یکی از آنان محول کند یا وظائف ولایت را تقسیم و نگاهداری طفل را به یکی از آنان و اداره اموال او را به دیگری واگذار نماید. به هر حال اختیارات جد، در صورتی که ولی قانونی (امین) شناخته شود، محدودتر از اختیارات پدر و مادر است و مانند اختیاراتی است که به وصی *tuteur testamentaire* و قیم منتخب شورای خانواده *tuteur datif* واگذار شده است. این اشخاص زیر نظر شورای خانواده و قاضی قیمت انجام وظیفه می نمایند. به طور کلی رژیم *tutelle* که به موجب قانون مصوب ۱۹۶۴ اصلاحات مهمی در آن انجام شده است شامل ولایت قانونی جد یا جده نیز می گردد .

از این رو، در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی، پدر و مادر به عنوان امین، از لحاظ ولایت قهری برابر هستند. این تحولی است که با قانون ۱۹۷۰ در فرانسه ایجاد شده است و قبلاً پدر در درجه اول قرار داشته و مقدم بر مادر بوده است. حتی امروز با اینکه اداره اموال صغیر که از آثار ولایت به شمار می آید اصولاً باید به عهده پدر و مادر باشد و آنان، طبق اصل برابری، باید متساویاً و مشترکاً در این زمینه اقدام کنند، اداره قانونی اموال صغیر در درجه اول به عهده پدر است که با همکاری مادر آن را اعمال می کند و حتی در اعمال اداری صرف، این همکاری لازم نیست و پدر می تواند مستقلاً اقدام کند.

بنابراین چیزی از نابرابری گذشته و تقدم پدر بر مادر در اداره امور صغیر هنوز در حقوق فرانسه دیده می شود و این نابرابری را بعضی چنین توجیه کرده اند که در زمینه اداره اموال، اشخاص ثالث که با صغیر طرف معامله واقع می شوند، در واقع می خواهند یک نفر مسئول در برابر خود داشته باشند و مهم این است که طفل یک نماینده قانونی داشته باشد که مخصوصاً در صورت بروز اختلاف و دعوی از منافع او دفاع کند.

به هر حال، اختلاف مهم و چشمگیری که حقوق فرانسه در مورد ولایت قهری یا حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی دارد همان برابری پدر و مادر در حقوق فرانسه و تقدم پدر بر مادر در حقوق کشورهای اسلامی است. این اختلاف بارز بین حقوق فرانسه و حقوق بعضی دیگر از کشورهای غربی که جزء خانواده حقوق نوشته (رومی و ژرمنی) و دارای تمدن مشترک با فرانسه هستند نیز مشهود است: قانون مدنی سوئیس اعلام می دارد که اقتدار (ولایت) پدری *Puissance paternelle* مشترکاً به وسیله پدر و مادر اعمال می شود. لیکن در صورت بروز اختلاف بین آنان، تصمیم پدر قاطع خواهد بود. قانون بلژیکی مصوب ۸ آوریل ۱۹۶۵ اختیار اخذ تصمیم را به پدر می دهد، در عین اینکه به مادر امکان می دهد که به دادگاه رجوع کند. قوانین اسپانیا، اتریش، هلند و ایتالیا به صراحت تفوق و تقدم پدر در اعمال ولایت را پذیرفته اند. لیکن در آلمان تساوی کامل پدر و مادر در این زمینه قبول شده است.

[http://www.aftabir.com/articles/view/social/law/c4c1267265396_irans_rights_p\(1.php/](http://www.aftabir.com/articles/view/social/law/c4c1267265396_irans_rights_p(1.php/)

نتیجه گیری

عدم ضمان امین در صورتی که مرتکب تعدی یا تفریط نشود یعنی قاعده ی استیمنان، بر خلاف تصور عده ای، قاعده ی مستقل و تام است و به قاعده «علی الید» قابل تحویل نیست. این قاعده مشروط است به اذن مالک شی به عنوان علت محدثه و رفتار متصرف، رعایت حدود اذن بدون خیانت، به عنوان علت مبقیه. استیمنان به دلیل قاعده بودن استثنا ناپذیر است و مواردی که موهم استثناء شده قابل دفع و پاسخ اند. استثنائات پنداری یاد شده غالباً یا ناشی از خلط خروج تخصصی و خروج تخصصی است و یا برخاسته از عدم تمایز ضمان معاوضی و ضمان حقیقی است. بنابراین در قاعده ی استیمنان هر گاه مالک یا قائم مقام قانونی و شرعی اذن در تصرف یا حفظ مال را به شخص دیگری بدهند و در مقابل عوضی هم دریافت نکنند ید چنین شخصی امانی تلقی شده و به حکم قاعده استیمنان ضمان و مسئولیتی در کار نخواهد بود. از سویی دیگر مسئولیت مدنی امین در حقوق تعهدات، عنوانی است برای بیان الزام قانونی جبران ضررهای ناروا. خواه این ضرر از شکستن پیمان و نقض عهد حاصل آید یا از تخطی از تکلیف عمومی احتیاط و عدم اضرار به غیر. در حقوق فرانسه نیز اگر امین عملی را انجام دهد که منجر به خسارت شود لذا ملزم است خسارت ناشی از عمل خود را جبران نماید. به عبارت دیگر مسئولیت مدنی امین در حقوق فرانسه عبارت است از اینکه: موقعی که به سبب تقصیر امین خسارتی به دیگری وارد شود، امین مسئول جبران آن خسارت می باشد.

منابع

- ۱- امین فر، ۱۳۹۱، مسئولیت شخص راجع به عمل خود (قانون مدنی فرانسه)، مجموعه حقوقی، شماره ۱۶۶، تهران.
- ۲- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، بی تا، مفتاح الکرامه، دار الحیا التراث العربی، بیروت، لبنان.
- ۳- حلبی، ابن زهره، بی تا، غنیه النزوع، انتشارات جهان، تهران.
- ۴- حلبی، ابن فهد، ۵۱۴۰۷ق، المذهب البارع، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۵- طاهری، حبیب الله، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

- ۶- طوسی، ابن حمزه، ۱۴۰۸ ه.ق، الوسیله الی نیل الفضیله، جلد اول، نشر مکتب مرعشی، قم.
- ۷- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط، مکتب المرتضویه، جلد چهارم، تهران.
- ۸- عبداللهی بنستانی، محمد، ۱۳۹۴، نقش احسان و استیمان در مسئولیت مدنی، فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره ۱، تهران.
- ۹- فاضل، مقداد، ۱۳۸۴، کنزالعرفان، انتشارات نوید اسلام، چاپ دوم، قم.
- ۱۰- قاضی طرابلسی، ابن براج، ۱۴۱۱ ه.ق، جواهر الفقه، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۱۱- گستن، ژاک، ۱۹۹۴، آثار قرارداد، نشریه ال.ژ.د.ژی، شماره ۰۴۲۲.
- ۱۲- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن بن یحیی، ۱۴۲۰ ه.ق، شرایع الاسلام، موسسه معارف اسلامی، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران.
- ۱۳- موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۷۹، تحریرالوسیله، موسسه تنظیم و نشر آثار، چاپ دوم، قم.
- ۱۴- نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۲، جواهرالکلام، نشر دارالکتب الاسلامیه، جلد ۲۶-۲، تهران.
- ۱۵- هوشیاری آجیرلو، لیلا، جدی، سهیل، ۱۳۹۶، مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد زاهدان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زاهدان.
- ۱۶- یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۱، مطالعه تطبیقی طرح قاعده مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر در حقوق ایران و فرانسه، مجله حقوق، شماره ۴ (علمی پژوهشی isc).

<https://vakil.net>

<http://www.hoghooghddanan.com/index.php/comparative-law/1720>

<http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=458>

http://www.aftabir.com/articles/view/social/law/c4c1267265396_irans_rights_p1.php/

<http://vekalat.info/vakil/448>

<http://rasulrezaie.blogfa.com/post-160.aspx>

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۸

صص ۱۰۴۵ - ۱۰۵۸

مبانی فقهی و حقوقی جرائم در حکم محاربه

روح الله آهنگران^{*}

۱- دانشجوی دکترا و دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم رشته فقه و اصول

چکیده

اگرچه در خصوص گستره الحاق و تعمیم اختلاف نظر وجود دارد و بعضی تعمیم حکم را صرفاً ناظر به مجازات جرم اصلی به فرعی دانسته و دیگران به تعمیم تمامی احکام و آثار تأکید می‌ورزند، اما ظهور لفظ و اطلاق و عموم آن به ویژه الزام قاعده تبعیت فرع از اصل و دلالت التزامی و رویه قضایی و تسالم حقوقدانان عموماً به تعمیم تمامی آثار و احکام تنظیری جرم اصلی به فرعی تأکید می‌ورزند بدان دلیل که در این گونه موارد در حقیقت دخول در مصادیق و موضوع حکم مراد می‌باشد از این نظر می‌توان بهره برد و قائل بود در خصوص جرایم در حکم محاربه نیز تمامی احکام و آثار جرم محاربه به جرایم در حکم آن تعمیم پیدا می‌کند. در این مقاله به مبانی فقهی و حقوقی جرائم در حکم محاربه، بررسی واژه "جرم انگاری"، تعریف محاربه از دیدگاه فقها پرداخته شده است

واژه‌های کلیدی: جرائم، حکم محاربه، جرم انگاری، دیدگاه فقها.

مقدمه

محاربه در ادبیات عرب مصدر باب مفاعله که ماضی آن "حارب" از ریشه ثلاثی مجرد حرب است. و معنای لغوی آن نقیض «سلم» یعنی آشتی است: "حرب الرجل ای سلبه المال و ترکه

بلا شی^۱. "دارالحرب" به بلاد کفر و مشرکان گویند که بین آنان و مسلمانان، صلح برقرار نیست. در قرآن کریم نیز واژه ی حرب و محاربه به کار رفته است و یکی از معانی آن همان مقاتله و جنگیدن است و به معنی جنگ و کارزار به کار می رود.^۲ بنابراین، واژه مزبور از نوعی مقاتله گرفته شده که در آن از ابزار قدرت و زور استفاده می شود.

بر اساس این تعریف بین محاربه به معنای مقاتله، و منازعه به معنای خصومت و عداوت تفاوت قائل می شویم. زبیدی در تاج العروس گوید: حرب در برابر سلم است و این دو واژه نقیض یکدیگرند. از این رو به «قتال»، «حرب» گفته می شود.^۳ قاموس قرآن نیز "حرب" را به معنای جنگ آورده است و به خاطر همین معنا "محراب" مسجد را که محل جنگ با شیطان و هوای نفس است به این نام نامیده اند.^۴ و علامه طباطبایی در تفسیر المیزان حرب را در برابر سلم به معنای آشتی بیان نموده است.^۵ در لسان العرب نیز آمده الحرب اصله السلب. پس می توان گفت محاربه به معنی جنگیدن دو طرف با یکدیگر است و حرب به معنای سلب است. جنگ را به این خاطر حرب می گویند که در آن، سلب جان صورت می گیرد. در محاربه هم از افراد سلب امنیت می شود و همچنین یعنی غارت مال انسان و ترک آن شخص "بالتحریک نهَبُ مال الانسان و ترکه لا شیء له" به گونه ای که هیچ چیزی برایش نماند.^۶

استعمال کلمه محاربه برای جنگ یا درباره سلب و غارت مال با ملاحظه این واقعیت است که جنگ و غارت اموال هر دو ملازم با اضطراب و ناامنی برای طرفین و وجود حالت تضاد و دشمنی بین آن دو است که گاهی به صورت ربودن مال و گاهی به صورت غضب و زمانی به صورت جنگ و درگیری نظامی جلوه می کند. پس کلمه حرب الزاماً به مفهوم جنگ نیست بلکه به معنای مطلق ناسازگاری و مبارزه است و جنگ و درگیری نظامی مصداقی از آن است.

مبانی فقهی و حقوقی جرائم در حکم محاربه

۱. الوئیس معلوف، المنجد فی اللغه، ص ۱۲۴.

۲. ابن منظور، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، ص ۳۰۳.

۳. الحسینی الواسطی النجفی، محب الدین محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۱، ص ۳ و ۴.

۴. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۲، ص ۱۱۴.

۵. طباطبایی تفسیر المیزان، ج ۱۵، ص ۳۶۰، چاپ دوم ۱۳۹۰

۶. ابن منظور، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، ص ۳۰۴.

در قرآن کریم و همچنین در قوانین مصوب بعد از انقلاب شمول عنوان محاربه محدود به مواردی که کسی دست به اسلحه می برد دانسته نشده است. در قرآن آیه ۱۰۷ سوره توبه در مورد ساختن مسجد ضرار از سوی ابو عامر راهب به قصد ایجاد جنگ روانی و اختلاف بین مسلمین و آیات ۲۷۸ و ۲۷۹ سوره بقره در مورد ربا خواری در این زمینه قابل ذکر است. در قوانین پس از انقلاب، مصوب مجلس شورای اسلامی و کمیسیون قضایی آن یا مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز می توان جرایمی را یافت که محاربه، در حکم محاربه، افساد فی الارض محسوب گشته اند و یا در شرایطی می توانند چنین محسوب شوند. در حالیکه این جرایم هیچ ارتباطی با سلاح و دست به اسلحه بردن ندارند.

گاهی قانون گذار از برخی از ضوابط و اصول جزایی عدول می کند و مجازات یک جرم را برای جرم دیگر بدون وجود رابطه علیت میان آن دو جرم و بدون توجه به اصل مسلم تناسب جرم و مجازات به کار می گیرد.

برخی از جرائم در حکم محاربه محسوب گشته اند و با در شرایطی می توانند چنین محسوب شوند. در حالی که هیچ ارتباطی با سلاح و دست به اسلحه بردن ندارند. این جرم در قوانین مختلف پیش بینی شده است. ملاک اصلی مقنن برای کیفر محاربه در این جرائم "توجه به قصد مرتکب و ملاحظه آثار ناشی از اعمال وی" مبنی بر اخلال در نظام و شکست جبهه اسلام و... بوده است.

با نگاهی به قانون می توان گفت که قانون گذار ایران برای شمول عنوان محاربه نسبت به عمل مرتکب، بیش از آنکه به ضابطه ی "دست به اسلحه بردن" توجه داشته باشد، به قصد مرتکب دائر بر مقابله و معارضه ی با نظام و یا آثار ناشی از اعمال وی در ضربه زدن به نظام توجه داشته است. و به عبارت دیگر یکی از دو ضابطه نوعی و شخصی را برای تشخیص عنوان محاربه به کار برده است. ضابطه اول در قیودی مثل قیود زیر، که در قوانین مختلف مورد اشاره قرار گرفته اند، انعکاس یافته است:

سببیت برای فساد عامه، اخلال در امنیت عمومی، افساد و اخلال در نظام، شکست جبهه اسلام، اسارت یا تسلیم نیروهای خودی، تسلط دشمن بر اراضی؛ مواضع یا افراد خودی، وارد شدن تلفات جانی به نیروهای خودی، ورود ضربه ی موثر به نیروهای مسلح، تقویت دشمن و نظایر اینها.

بدین ترتیب هر گاه رفتار مرتکب در عمل موجب بروز یکی از نتایج سوء فوق شود، عمل وی از یک جرم ساده به جرم محاربه و افساد فی الارض تغییر ماهیت خواهد داد. از سوی دیگر، گاهی با اعمال یک ضابطه شخصی یا ذهنی مرتکب به دلیل قصدی که در ایجاد اخلال و بر هم زدن امنیت، یا مقابله و معارضة ی با نظام، یا براندازی، یا همکاری با دشمن و نظایر آنها داشته است محارب و مفسد فی الارض محسوب گردیده است. البته گاهی وجود یکی از دو ضابطه کافی دانسته شده است. چنانچه تبصره یک ماده ۷۲ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح سابق مصوب سال ۱۳۷۱ اشعار می‌داشت: "در صورتی که انجام اعمال فوق به قصد براندازی حکومت و ایجاد فساد باشد (ضابطه شخصی یا ذهنی) یا در مواردی که در نتیجه‌ی اعمال مذکور لطمات جبران ناپذیری به عملیات نظامی وارد آید (ضابطه عینی یا نوعی) مرتکب به مجازات محارب محکوم می‌شود."

تعریف محاربه از دیدگاه فقها

محاربه در فقه اسلامی به طور مشروح مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در کتب معتبر فقهی در کتاب «حدود» باب مستقلی برای آن گشوده شده و مجازات محارب از حدود الهی به حساب آمده است زیرا حدود و اندازه آن در اسلام و مخصوصاً در قرآن مجید تعیین و مشخص شده است و ما در این جانظرات فقهی و شرعی برخی از فقهای بزرگ اسلام را نقل می‌کنیم.

شیخ مفید در کتاب المقنعه می‌فرماید:

«کسی که بر روی مردم سلاح بکشد و آن‌ها را بکشد و به عنوان یاغی قلمداد شود، کشته می‌شود یا به دار آویخته می‌گردد.»^۱

هنگامی که اهل دغاره در سرزمین اسلام سلاح کشیده و اموال مردم را تصاحب کنند، امام در مورد آنها مخیر است که آنها را با شمشیر به قتل برساند، یا به دارشان بکشد تا بمیرند و یا دست و پای آنها را در خلاف جهت یکدیگر قطع کند، یا آنها را از شهر به مکان دیگر تبعید کند و کسی را مامور کند تا در هیچ مکانی مستقر نشوند، مگر اینکه آنها را از آنجا به مکانی دیگر تبعید کنند تا زمانی که آثار توبه و اصلاح در آنها نمایان شود. اما اگر شمشیر کشیده و

۱. مفید، محمد بن محمد، المقنعه فی الاصول و الفروع، ص ۸۰۵.

کسی را کشته باشند، کشتن آنان در هر حال واجب است، چه با شمشیر، چه با دار زدن، تا اینکه بمیرند و نباید آنها را بر روی زمین زنده گذارد.

«دغاره» به معنای ربودن است. در روایت است: «لاقطع فی الدغاره المعلنه»، یعنی در ربودن ظاهر و آشکار حد قطع جاری نمی‌شود.

به هر حال شیخ مفید در مورد دزدانی که آشکارا دزدی می‌کنند هنگامی که دزدی آنها همراه با کشیدن سلاح باشد، می‌فرماید: «امام در مورد آنها در بین حدود چهارگانه ای که در آیه شریفه آمده مخیر است»^۱، گویا وی محارب را به کسی که برای ترساندن مردم و ربودن اموال آنها شمشیر کشیده، تفسیر کرده است.

حقیقت آن است که از کلام شیخ مفید بیش از این استفاده نمی‌شود که حکم آیه در مورد اهل «دغاره» جاری می‌شود و کلام او دلالت ندارد که عنوان «محارب» مختص به این گروه است. لذا منافاتی ندارد که «محارب» دارای معنایی کلی باشد که هم شامل اهل دغاره شود و هم کسانی را که در مقابل حکومت اسلامی قیام مسلحانه نموده اند در بر گیرد.

تعریف ابن براج از محاربه:

«محارب کسی است که از «اهل ریه» باشد و سلاح بکشد، در خشکی یا دریا، در شهر یا غیر

آن، در سرزمین اسلام یا در سرزمین شرک، شب باشد یا روز»^۲.

ظاهر کلام وی حاکی از آن است که بر صرف کشیدن سلاح، اگر چه برای ترساندن مردم نباشد، عنوان محارب صادق است، مگر اینکه گفته شود: جمله "من کان من اهل الریه" در صدر کلام وی، بر این قید دلالت دارد که سلاح کشیدن باید به منظور ترساندن مردم باشد.

محقق حلی:

«محارب کسی است که به منظور ترساندن مردم سلاح کشیده است، در خشکی یا دریا، شب یا

روز، در شهر یا جای دیگر.»

ایشان در مختصر النافع نیز گفته است:

«محارب کسی است که به منظور ترساندن رهگذران سلاح بکشد، در خشکی یا دریا، شب یا

روز، اگر چه بنابر قول اشبه به واقع اهل چنین کاری نباشد.»^۱

۱. همان، ص ۸۰۴.

۲. ابن براج، المذهب، ج ۲، ص ۵۵۳.

صاحب جواهر:

«کلمات وی در شرح عبارت محقق ظهور در پذیرش تعریف شرایع دارد، بلکه ظاهر کلام وی حاکی از این است که این تعریف مورد اجماع فقها است.»^۲
شهید اول:

ایشان درباره محاربه می گوید: «و هی تجرید السلاح برا أو بحرا لیلا أو نهارا لإخافه الناس فی مصر و غیره من ذکر أو أنثی قوی أو ضعیف»^۳ محاربه عبارت است از بیرون کشیدن سلاح، اعم از اینکه در خشکی باشد یا دریا، شب باشد یا روز، به قصد ترساندن مردم؛ در شهر باشد یا غیر شهر، محارب مرد باشد یا زن، قوی باشد یا ضعیف.

شهید ثانی دو نکته را درباره تعریف شهید اول در لمعه بیان می فرماید که عبارت است از: اطلاق عبارت شهید اول در تعریف محاربه همانند عبارت سایر فقهاء شامل صغیر و بالغ می گردد، و دلیل آن عمومیت ادله است، اما تعمیم حکم به صغیر با اشکال مواجه بوده زیرا اجرای حد به ویژه اگر قتل باشد مشروط به تکلیف می باشد؛ و ابن جنید اسکافی بلوغ را در محارب شرط دانسته است و شهید اول در کتاب شرح ارشاد شرط بودن بلوغ در محارب را ترجیح داده است و این نظر شرطی پسندیده و نیکوست.

همچنین شهید اول در تعریف محاربه، «بیرون کشیدن سلاح» را شرط کرد به تبعیت از روایت می باشد، و اگر این قید در روایت ذکر نشده بود بهتر بود که این قید را در تحقق محاربه شرط ندانیم؛ از این رو اگر کسی صرفاً سنگی به دست بگیرد یا عصایی را بردارد، یا کسی را به شدت بگیرد محارب محسوب می شود، زیرا آیه شریفه عمومیت دارد.^۴

صاحب ریاض:

ایشان نیز محارب را کسی می داند که با سلاح چه شمشیر باشد یا غیر آن همانند سنگ و مثل آن، چه در شهر باشد یا غیر شهر، روز باشد یا شب باشد و قصد آن ترساندن مردم نیز باشد در حکم محاربه بوده و فرقی میان زن و مرد نیست.^۵

۱. حلی، المختصر النافع، الفصل السادس فی المحارب، ص ۲۲۶.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۴.

۳. عاملی محمد بن مکی (شهید اول)، ص ۲۶۳، ۱۴۱۰ ه.ق

۴. عاملی زین الدین بن علی (شهید ثانی)، ج ۹، صص ۲۹۱-۲۹۲، ۱۴۱۰ ه.ق

۵. حائری سید محمد بن علی طباطبایی (صاحب ریاض)، ج ۱۶، ص ۱۵۰، ۱۴۱۸ ه.ق

امام خمینی (ره):

«محارب کسی است که سلاح از نیام برکشد، یا آن را تجهیز کند، به منظور ترساندن مردم و به قصد فساد در زمین، در خشکی باشد یا دریا، در شهر باشد یا خارج از آن، شب باشد یا روز.»^۱
آیت الله خوئی:

«هر کس به منظور ترساندن مردم سلاح بکشد، تبعید می شود. و هر کس سلاح بکشد و بزند، ابتدا قصاص می شود و سپس تبعید می گردد...»^۲

این بود گزیده ای از کلمات اصحاب در تفسیر کلمه محارب. از این سخنان به دست می آید که همگی بر این معنی متفق اند که محارب کسی است که سلاح بکشد، اما بیشتر فقها کشیدن سلاح را مقید نموده اند به مجرد ترساندن مردم، چنانکه شیخ طوسی در مبسوط بیان می دارد: «کل من شهر السلاح و أخاف الناس فی بر کانوا أو فی بحر، و فی البیان أو فی الصحراء»^۳ و همانند این دیدگاه در مذهب ابن براج و حدود سرائر و شرایع و مختصر النافع و قواعد و ارشاد و دروس نیز آمده است.

برخی دیگر نیز کشیدن سلاح را مقید به قصد ترساندن مردم برای گرفتن اموال و راهزنی کرده اند، چنانکه شیخ در خلاف^۴ و ابوالصلاح در کافی^۵ چنین نظری از آنان صادر شده است. برخی نیز محاربه را تنها به سلاح کشیدن تفسیر کرده، مانند ابن حمزه در الوسيله^۶ و بعضی از فقها نیز سلاح کشیدن برای گرفتن اموال مردم را محاربه دانسته اند، چنانکه ابن ادریس^۷ در سرائر این تفسیر از محاربه را بیان نموده است.

اکثر فقهای شیعه در تعریف محارب سخن مشابه دارند و در اصول و کلیات آن تقریباً از اجماع و اتفاق نظر برخوردارند. اگر اختلاف نظری هم باشد، در فروع است و فقهای اهل سنت نیز به همین منوال بحث کرده اند و در اصول و کلیات اختلاف نظر قابل توجهی با علمای شیعه

۱. امام خمینی، تحریر الوسيله ج ۲، ص ۴۴۳.

۲. خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی التکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۱۸.

۳. طوسی ابوجعفر، المبسوط، ج ۸، ص ۴۷، ۱۳۸۷ هـ ق

۴. طوسی ابوجعفر، المبسوط، ج ۵، ص ۴۵۷، ۱۴۰۷ هـ ق

۵. حلبی ابوصلاح، الکافی فی الفقه، ص ۲۵۱، ۱۴۰۳ هـ ق

۶. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، ص ۲۰۶، ۱۴۰۸ هـ ق

۷. حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص ۵۰۵، ۱۴۱۰ هـ ق

ندارند. بنابراین آنچه در مورد محارب و محاربه ذکر شد در اصول و کلیات مورد وفاق همه و یا اکثر فقهای اسلام می‌باشد.

بررسی واژه "جرم انگاری"

جرم انگاری یکی از ابزارها و مکانیزم‌های مهم سیاست جنایی هر کشور، در مقابله با بزهکاری و انحرافات اجتماعی است؛ که اگر بر اساس سیاستی معقول و منطقی و مبانی مستحکمی صورت نگیرد، نه تنها نتیجه‌ی مطلوب به دست نخواهد آمد، بلکه خود موجب پیدایش معضلات اجتماعی بسیاری خواهد گشت. ایجاد محدودیت‌های رفتاری از طریق فرآیند جرم انگاری، امری مغایر با اصل اولیه آزادی و اباحه اعمال می‌باشد؛ که در این خصوص باید تنها به موارد مهم و حیاتی بسنده کرد، و از تحدید بی اساس دامنه‌ی فعالیت‌های ارادی افراد، خودداری نمود. جرم انگاری در حقوق جزای اسلام، همچون سایر احکام و دستوراتش، بر مبانی مستحکم و اصیلی استوار گردیده است که بررسی و تبیین آن‌ها، علاوه بر آنکه اصول مورد نظر اسلام را در این عرصه، پیش روی قانونگذار فعلی خواهد گذاشت و راهگشای مناسبی در وضع عناوین مجرمانه خواهد بود، نقش بسزایی در به وجود آمدن باور اعتقاد نسبت به آنها دارد.

جرم انگاری فرایندی است که به موجب آن قانونگذار با در نظر گرفتن هنجارها و ارزش‌های اساسی جامعه و با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند بر این اساس، جرم انگاری امری پسینی و مبتنی بر علوم زیر ساختی همچون فلسفه حقوق، فلسفه سیاسی و علوم اجتماعی است.^۱

برای تبیین جرم انگاری، ابتدا باید جرم را تعریف کرد؛ در حقوق کیفری، جرم عبارتست از هر فعل یا ترک فعلی که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است. پرسش اساسی در مورد این تعریف این است که یک رفتار (اعم از فعل یا ترک فعل) برای جرم تلقی شدن و موضوع برخورد کیفری قرار گرفتن مرتکب آن باید دارای چه ویژگی‌هایی باشد و اینکه ماهیت جرم چیست و چه تفاوتی با رفتارهای غیرمجرمانه دارد که مقنن توسل به ضمانت اجرای کیفری را

۱. آقابابایی، حسین؛ گفتمان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت، مجله فقه و حقوق؛

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال دوم، تابستان ۱۳۸۴، شماره ۵، ص ۱۱ و ۱۲.

برای منع و برخورد با آن ضروری می‌داند؟ برای رسیدن به پاسخ این سؤال باید به تعریف غیرحقوقی (فراحقوقی) جرم پردازیم.

«در نوشتگان علوم جرم‌شناسانه و اجتماعی، جرم اغلب برای اشاره به رفتاری به کار می‌رود که صرف نظر از میزان قرار گرفتن آن در صلاحیت رسمی نظام کیفری؛ سرشتی نامطلوب در آن چارچوب دارد، این مفهوم گاه به رفتاری محدود می‌شود که به شدت نامطلوب است ولی گاه نیز چنین نیست»^۱ گفتی است چون مفهوم «مطلوب» و «نامطلوب» بودن یا هنجار و ناهنجار بودن رفتارها با توجه به علائق، وابستگی‌ها و جهان‌بینی خاص افراد و جوامع، در زمان‌ها و مکان‌های مختلف متفاوت است مفهوم جرم نیز غیر قطعی و متغیر می‌باشد.^۲ بر همین مبنا برداشت‌ها و استنباط‌های گوناگونی مبتنی بر قانون، اخلاق، آسیب‌اجتماعی، حقوق طبیعی، ضد اجتماعی بودن و.... در مورد مفهوم جرم وجود دارد.^۳

از نظر ماوردی، جرم عبارت است از محرمات شرعی که خداوند بر آنها عقاب حدی یا تعزیری در نظر گرفته است.^۴ و عده‌ای از فقهاء تعریف جرم را توسعه داده و ارتکاب هر عمل ممنوعی را جرم دانسته‌اند خواه منع آن از ناحیه شارع باشد و یا از سوی حاکم اسلامی.^۵ در مجموع در مورد مبانی جرم‌انگاری اعمال در جامعه باید گفت که لزوماً تمامی افعال ضد‌هنجارهای اجتماعی عنوان جرم را بر خود نمی‌بینند. در توضیح این موضوع باید اضافه کرد که درجه تخریبی این افعال نسبت به جامعه باید به حدی باشد که نظم و آرامش عمومی را به طور جدی مختل کند. به عنوان مثال قبح عمل عبور از چراغ قرمز یا برخورد نامناسب کارمند دولت با مراجعان به حدی نیست که قانونگذار برای منع فرد خاطی از چنین اعمال متوسل به مجازات کیفری شود.

۱. گروهی از نویسندگان: گزارش جرم‌زدایی اروپا؛ ترجمه‌ی «واحد ترجمه‌ی مرکز مطالعات توسعه‌ی قضایی»، انتشارات

سلسبیل، سال ۱۳۸۴، چاپ اول، ص ۱۵.

۲. وایت (راب) هنیس (فیونا)، درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میر روح الله صدیق بطحایی اصل، تهران، نشر

دادگستر، سال ۱۳۸۱، چاپ اول، ص ۱۹.

۳. همان، صص ۲۰ و ۲۱.

۴. دهقان، حمید؛ تاثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، موسسه انتشارات مدین، سال ۱۳۷۶، قم، چاپ اول، ص

۱۱۶.

۵. همان.

مسئله بعدی در اعلام جرم توسط مجالس قانونگذاری کشورها توجه به خاستگاه های اجتماعی، اقتصادی، مذهبی و فرهنگی در جامعه است. به عنوان مثال وجود روابط نامشروع میان دو نفر در کشور ما قابلیت تحقق مجموعه ای از جرایم را دارد. در حالی که در کشورهای غربی وجود روابط آزاد در این زمینه به چشم می خورد. جرم انگاری چنین روابطی در کشور ایران به خاستگاه مذهبی بازمی گردد. در واقع جامعه وجود چنین روابطی را برنمی تابد و آسایش و نظم جامعه با ارتکاب چنین افعال قبیحی ضرورتاً برهم می خورد. همچنین وجود شرایط اقتصادی خاص در پیدایش برخی جرایم مالی خاص موثر است.

در کنار این مسایل، وجود شرایط و مصلحتی در برهه زمانی خاص موجب جرم انگاری یا حتی جرم زدایی موقت برخی افعال نیز خواهد شد. به عنوان مثال، وجود وضع دشواری نظیر جنگ، قحطی و وقوع بلاهای طبیعی در جرم انگاری یا تشدید مجازات برخی از افعال خاص موثر است. مثلاً قانون تشدید مجازات محترمان و گران فروشان مصوب سال ۶۷ در جریان جنگ تحمیلی و کم شدن آذوقه و مواد غذایی ناشی از این جنگ به تصویب مجلس رسید.

آنچه در مرحله توافق بر جرم انگاری اهمیت دارد، توجه به بازدارندگی و اصلاح مجرمان است. در مواد مربوط به جرم انگاری یک عمل باید تمامی نکات لازم برای بازدارندگی بیشتر افراد از ارتکاب آن جرم پیش بینی شود. این مسئله با شدت مجازات و در نظر گرفتن تمامی ابعاد حقوقی در قبال عمل مزبور امکان پذیر است. در ضمن نوع مجازات پیشنهادی قانون گذار باید به نحوی باشد که مسئله اصلاح مجرمان را بیش از پیش تامین کند. از سوی دیگر در کنار تعیین مجازات باید از تدابیر و اهرم های فرهنگی و اجتماعی متنوع جهت پیشگیری از وقوع جرم استفاده شود.

اولین و مهم ترین قاعده در احتساب عمل خاصی به عنوان جرم، درج این موضوع در قوانین و مقررات موضوعه است. اصل قانون بودن جرم از جمله اصول اولیه و بنیادین حقوق کیفری است. طبق این اصل، تعیین عمل مجرمانه باید ضرورتاً در چارچوب قانون باشد؛ یعنی ابتدا باید عمل مورد نظر در قالب مقرر قانونی تدوین و تصویب شود. این موضوع از اهمیت زیادی برخوردار است؛ زیرا با توجه به حساسیت موضوع و وجود مجازات در مقابل چنین عملی، مجازات افراد قبل از آگاهی از وجود یک جرم در جامعه خلاف عدالت است. در موازین فقهی نیز این موضوع مورد تاکید قرار گرفته است. در حقیقت به موجب احکام فقهی، مواخذه

کیفری شخص قبل از آنکه عمل وی به عنوان جرم معرفی شود، قبیح است. در کنار چنین اصلی برای جرم‌انگاری افعال باید به کیفیت قانون‌گذاری در این زمینه نیز دقت کرد. اولاً از لحاظ شکلی برای تلقی قانونی یک عمل به عنوان جرم باید تشریفات قانونی نظیر تصویب در مجلس و تایید شورای نگهبان و نهایتاً انتشار مقرر در روزنامه رسمی طی شود.

از لحاظ ماهوی سیاق جملات در مورد اعلام عمل مجرمانه خاص باید جامع، شفاف و به دور از هرگونه ابهام باشد. به عنوان مثال ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۵ اشاره کرده که هر کس به صورت علنی در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی کند، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نیست، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار کند، فقط به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد. در این زمینه باید به طور روشن مشخص می‌شد که ماده فوق دقیقاً در مقام بیان چه نوع افعالی است. در واقع باید در نگارش مواد قانونی به خصوص مواد جزایی از درج عبارات کلی و مبهم خودداری شود.

اصل بعدی محدود کردن جرم‌انگاری نسبت به موارد کاملاً ضروری است. در واقع جرم‌انگاری آخرین راه کار و شدیدترین راهکار قانونی مبارزه با عمل محسوب می‌شود. با توجه به هزینه‌های بالای تعقیب کیفری و اجرای مجازات و نیز ورود لطمه به آزادی یا جسم خاصی در قبال مجازات باید از توسعه موارد جرم‌انگاری بر حذر بود. در این زمینه تا آنجا که ممکن است قانون‌گذار باید از شیوه‌های جایگزین برای مقابله با اعمال ضداجتماعی استفاده کند.

با رعایت اصول فوق برای تعیین رفتارهای مجرمانه، گام بعدی رعایت توازن در این زمینه است. در توضیح مطلب باید گفت که قانونگذار باید معایب و منافع حاصل از جرم‌انگاری یک رفتار خاص را بررسی کند. در این زمینه باید به میزان حساسیت رفتار مربوط با توجه به خاستگاه‌های فرهنگی و اجتماعی جامعه توجه کند. در مقابل به هزینه پیگرد آن عمل نیز توجه داشته باشد. در این موارد قانونگذار باید همیشه از نظریات علمای حقوقی بهره گیرد. همچنین باید به عدم کارایی دیگر اهرم‌های نظام حقوقی برای مبارزه با یک رفتار توجه شود.

باید توجه شود که جرم‌انگاری غیراصولی ممکن است ایجادکننده جرایم دیگری نیز باشد. زمانی که عمل فردی به طور نامناسب جرم تلقی و به مجازات حبس محکوم می‌شود، هم‌نشینی با مجرمان در داخل زندان وی را در معرض خطر بزه کاری مجدد قرار خواهد داد. اکثر انسان‌ها هنجارمند هستند و جامعه همیشه با گروه اقلیت هنجارشکن مواجه بوده است. این عده خلاف مسیر تعیین شده در زندگی اجتماعی حرکت می‌کنند؛ اما همه اعمال این دسته از افراد نظم اجتماعی را متزلزل نمی‌کند. جامعه حساسیت ویژه‌ای نسبت به افعال گروهی از افراد جامعه موسوم به برهم‌زنندگان نظم جامعه دارد. تجربه بشر نشان داده است که برای برخورد با این اعمال باید عاملان این گونه جرایم را به صورت کیفری تنبیه کرد. این فرآیند در قالب تدوین قوانین و اتخاذ وصف کیفری برای افعال فوق‌میسر است. به این ترتیب شاهد جرم‌انگاری بسیاری از افعال خلاف هنجارهای اجتماعی هستیم. در حال حاضر در قوانین و مقررات کشور ما و دیگر کشورهای جهان مجموعه طویلی از افعال مجرمانه دیده می‌شود.

جمع بندی:

گاهی قانون‌گذار از برخی از ضوابط و اصول جزایی عدول می‌کند و مجازات یک جرم را برای جرم دیگر بدون وجود رابطه علیت میان آن دو جرم و بدون توجه به اصل مسلم تناسب جرم و مجازات به کار می‌گیرد. همانطور که گفته شد برخی از جرائم در حکم محاربه محسوب گشته‌اند و با در شرایطی می‌توانند چنین محسوب شوند. در حالی که هیچ ارتباطی با سلاح و دست به اسلحه بردن ندارند. این جرم در قوانین مختلف پیش‌بینی شده است. ملاک اصلی مقنن برای کیفر محاربه در این جرائم "توجه به قصد مرتکب و ملاحظه آثار ناشی از اعمال وی" مبنی بر اخلال در نظام و شکست جبهه اسلام و... بوده است.

همچنین بر اساس آنچه گفته شد این نکته به دست می‌آید که علی‌رغم مطرح نشدن موضوع افساد فی الارض در کتب فقهی می‌توان جرم افساد فی الارض را جرمی مستقل از جرم محاربه دانست، به گونه‌ای که جرم محاربه یکی از مصادیق افساد فی الارض باشد.

آیه ۳۲ سوره مائده صریحاً بر جواز قتل مفسد فی الارض دلالت دارد. خداوند متعال به جای این که بفرماید کشتن انسان گناهی است بزرگ مگر در مورد قصاص، زنای به عنف، زنای محصنه، زنای کافر با مسلمان، تکرار زنای غیر محصن، ارتداد، سب‌النبی و تکرار تمامی

جرائم تعزیری و...، به طور خلاصه و مفید فرموده قتل گناه بزرگی است مگر در مورد قصاص و افساد فی الارض که همه قتل‌های مشروع غیر از قصاص تحت عنوان افساد قرار می‌گیرد. در آیه ۳۳ سوره مائده هم محاربه با خداوند، افساد و مستوجب مجازات‌هایی همچون قتل، قطع دست و پا به صورت مخالف و تبعید دانسته شده است. از آنجا که محاربه حقیقی با خداوند محال است معلوم می‌شود که منظور مقابله با نظام تشریحی و تکوینی خداوند است. اما در این آیه شرط مهم صدق افساد فی الارض نیز ذکر شده و آن عبارت است از سعی و تلاش بر انجام فساد و نشانه سعی بر انجام فساد یا از تکرار جرم دانسته می‌شود و یا از بزرگی خود جرم.

منابع:

- معلوف، لوئیس، المنجد الابدجی، ترجمه ی احمد سیاح، چاپ دوم، اسلام، تهران: ۱۳۷۲
ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: ۱۴۰۸ هـ.ق.
مرتضی زبد، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دارالهدایه، بیروت: ۱۴۲۲ هـ.ق
قرشی بنابی، علی اکبر، قاموس قرآن، چاپ یازدهم، دارلکتب الاسلامیه، تهران: ۱۳۸۶ هـ.ش.
طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت: ۱۳۹۰ هـ.ق.
طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسیله الی نیل الفضیله، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم، ۱۴۰۸ هـ.ق
طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران، ۱۳۸۷ هـ.ق
طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۷ هـ.ق
مفید، محمد بن محمد، المقنعه، کنگره ی جهانی هزاره شیخ مفید، قم: ۱۴۱۳ هـ.ق.
ابن براج طرابلسی، عبد العزیز، المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم: ۱۴۰۶ هـ.ق.
حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم: ۱۴۱۰ هـ.ق.

- حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم: ۱۴۱۰ هـ ق
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم: ۱۴۲۵ هـ ق
- حائری (صاحب ریاض)، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل، چاپ اول، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۸ هـ ق
- حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، چاپ اول، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳ هـ ق
- عاملی (شهید ثانی) زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ هـ ق
- عاملی (شهید اول) محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، چاپ اول، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۰ هـ ق
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، مکتبه الادب، نجف: بی تا.
- آقابابایی، حسین، مقاله ی گفتمان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت، مجله فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال دوم، تابستان ۱۳۸۴، شماره ۵.
- گروهی از نویسندگان، گزارش جرم‌زدایی اروپا، ترجمه ی «واحد ترجمه ی مرکز مطالعات توسعه ی قضایی»، انتشارات سلسبیل، تهران: سال ۱۳۸۴ هـ ش.
- وایت (راب) هنیس (فیونا)، در آمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میر روح الله صدیق بطحایی اصل، دادگستر، تهران: ۱۳۸۱ هـ ش.
- دهقان، حمید، تاثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، موسسه انتشارات مدین، قم: ۱۳۷۶ هـ ش.

مفهوم امنیت غذایی و حق دسترسی به غذا در نظام حقوق بین الملل

سید عقیل ادیانی^۱، ابومحمد عسگرخانی^۲، حاتم صادقی زیازی^۳

۱- دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات متحده عربی

۲- دانشیار روابط بین الملل دانشگاه تهران

۳- استادیار حقوق بین الملل دانشگاه پیام نور

چکیده

سازمانهای بین المللی از دیر باز در برقراری و حفظ صلح و امنیت تاثیر داشته اند و از روشهای مختلفی به منظور حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات استفاده میکنند، حق دسترسی به غذا به طور گسترده ای توسط کشورها پذیرفته شده است. بسیاری از کشورها از طریق ترتیب دادن برنامه های حق دسترسی به غذا بر اساس نیازها، بجای رویکردهای مبتنی بر حقوق سروکار دارد و چندین دهه است که مقامات اجرایی به حق دسترسی به غذا تاکید کرده اند. شناخت حق دسترسی به غذا می تواند اولین گام مهم در غلبه برنامنی شدید غذایی باشد. این مقاله تمایز بین مسئولیت های امنیت غذایی را مشخص می کند و ضروری است تا حق دسترسی به غذای سالم به طور کامل پذیرفته شود. این مسئولیت ها از سطح جامعه تا سطح بین المللی گسترش می یابد همچنین به کمک سازمان های بشردوستانه از طریق سازمان های غیر دولتی (NGOها) مبتنی بر جامعه، پیشرفت معناداری در راستای به رسمیت شناختن حق دسترسی به غذای سالم در بسیاری از کشورها صورت گرفته است. پذیرش گسترده این رویکرد مبتنی بر حقوق و مسئولیت های مرتبط با حق داشتن غذای سالم توسط سازمان های دولتی و غیردولتی می تواند به حذف موانع حق داشتن غذای سالم کمک کند و بر تلاش های اصلاح سیستم غذایی

هماهنگی با تلاش‌های بین‌المللی برای ترویج امنیت غذایی؛ و ریشه کن کردن گرسنگی، ناامنی غذایی و سوء تغذیه (تغذیه کم و تغذیه بیش از حد) در جهان تاکید کند.

کلیدواژه‌ها: حق دسترسی به غذا، غذای سالم، امنیت غذایی، حاکمیت غذایی، جنبش‌های اجتماعی

مقدمه

بهره مندی از غذای کافی، بدون تردید یکی از اساسی‌ترین نیازهای بشر است و ارتباط بسیار نزدیک آن با حیات بشر بدیهی است. رویکرد جوامع بشری نسبت به مسأله بهره مندی افراد از غذا در دوره‌های تاریخی مختلف، یکسان نبوده است. تا پیش از ظهور و غلبه گفتمان حقوق بشری در جامعه بین‌المللی، رویکرد رایج نسبت به مسأله گرسنگی و سوء تغذیه رویکردی مبتنی بر امور خیریه و دارای صبغه اخلاقی و مذهبی بوده است. در یک تحلیل کلی می‌توان گفت در دوران مذکور، نظام اجتماعی موجود، بری از خطا و نقص انگاشته می‌شد و وجود افراد فقیر و گرسنه نه به عنوان نتیجه نظام ناکارآمد توزیع ثروت و یا فقدان عدالت اجتماعی، بلکه امری طبیعی و اجتناب‌ناپذیر به شمار می‌رفت. تحولات منتهی به شناسایی حقوق و آزادی‌های اساسی که هر فرد انسانی به واسطه انسان بودن از آنها بهره‌مند است، منجر به بروز تغییراتی در رویکرد رایج نسبت به وضعیت معیشتی افراد شد. مفهوم شأن انسانی^۱ به عنوان مبنای اساسی نظام حقوق بشر، ارتباطی آشکار و عمیق با بهره‌مندی افراد از غذای کافی دارد. زندگی توأم با شأن و منزلت برای فردی که در گرسنگی به سر می‌برد و یا به دشواری قادر به تأمین غذای مورد نیاز خود است، غیر ممکن به نظر می‌رسد. با این حال، از نظر بازتاب حق بر غذای افراد در گفتمان حقوق بشری، صرف‌نظر از وجود نشانه‌های نه‌چندان آشکاری از توجه به مطالبات اقتصادی و رفاهی افراد در کنار مطالبات مدنی، سیاسی آنان در نخستین متون تدوین‌کننده حقوق بشر^۲، پیشینه توجه

^۱ Human Dignity

^۲ نظیر ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسوی ۱۷۸۹ که صراحتاً از مالکیت به عنوان یک حق یاد می‌کند و مرتبط با معیشت افراد است.

جدی به وضعیت معیشتی افراد که متضمن دسترسی آنان به غذا نیز هست به سال های آغازین دهه ۴۰ میلادی باز می گردد. به طور مشخص، می توان بیانیه معروف فرانکلین روزولت رئیس جمهور وقت آمریکا در ۱۹۴۱ که به بیانیه چهار آزادی شهرت یافته است را سرآغاز چنین روندی دانست. بیانیه مذکور نقش تعیین کننده ای در تدوین اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ داشته است و مفهوم رهایی از تنگدستی^۱ مطرح توسط روزولت به روشنی در مفهوم حق بر سطح معیشتی مناسب مندرج در ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر بازتاب یافته است. در نتیجه بیانیه روزولت را به درستی می توان منشأ به رسمیت شناخته شدن حق بر غذا دانست. حق بر غذا در ماده ۱۱ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی ۱۹۶۶ که توسط شمار زیادی از دولتها به تصویب رسیده است نیز به رسمیت شناخته شده است. به علاوه، در سال های پس از تدوین میثاق حق بر غذا در بسیاری دیگر از اسناد بین المللی و منطقه ای به عنوان یک حق بشری بازتاب یافته است. به عنوان نمونه می توان به ماده ۲۷ و تبصره ج از بند ۲ ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک، بند ۲ ماده ۱۲ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، ماده ۱۲ پروتکل الحاقی به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در مورد حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی معروف به پروتکل سان سالوادور ۱۹۸۸، ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر در اسلام قاهره ۱۹۹۰ اشاره کرد. به رغم آن که بهره مندی از غذا و رهایی از گرسنگی به عنوان یک حق بشری به نحو گسترده ای از سوی جامعه بین المللی به رسمیت شناخته شده است، آمار بالای گرسنگان جهان و مشکلات و تهدیدات ناشی از بحران جهانی غذا، کماکان یکی از بزرگترین چالش هایی است که جهان امروز با آن مواجه است. بر اساس آمار سال ۲۰۰۹ سازمان خوار و بار و کشاورزی ملل متحد (فائو) بیش از یک میلیارد نفر ۱.۰۲ میلیارد نفر در سراسر جهان از گرسنگی و کمبود مواد غذایی رنج می برند، قسمت عمده این افراد در کشورهای در حال توسعه به سر می برند. این در حالی است که تولیدات کشاورزی و محصولات غذایی در حال حاضر به میزانی است که برای سیر نمودن ۱۲ میلیارد نفر یعنی حدود دو برابر جمعیت کنونی جهان کافی می باشد. افزون بر این، بحران غذا و مبارزه با گرسنگی رابطه مستقیم و متقابلی با پدیده فقر و مبارزه

^۱ Freedom from Want

با آن، میزان پیشرفت روند توسعه، ثبات و امنیت جوامع و صلح و امنیت بین المللی دارد. مسأله مبارزه با گرسنگی دارای ابعاد گوناگونی است و فرایند تحقق عملی آن از پیچیدگی های بسیاری برخوردار است. در سال های اخیر، به رغم حصول پیشرفت هایی در زمینه مبارزه با گرسنگی در پاره های کشورها نظیر چین، هند، آفریقای جنوبی، برخی کشورهای آمریکای لاتین و منطقه کارائیب، روند مبارزه با گرسنگی و کاهش شمار گرسنگان و قربانیان کم غذایی چندان رضایت بخش نبوده است.

فکر کردن در مورد دسترسی به غذای سالم به عنوان یک حق، به جای برتری دادن به افرادی که دارای قدرت خرید کافی برای خرید غذای خوب هستند، اساساً نحوه دیدن علل و راه-حل های ناامنی غذایی را تغییر می دهد. درک عمومی از گرسنگی و ناامنی غذا در قرن گذشته متحمل تحولات بنیادین شده است این تحولات از این نظر است که گرسنگی اجتناب ناپذیر است. تا این دیدگاه که گرسنگی یک مشکل اجتماعی مشخص است باید به دلایل اخلاقی حل شود (ورنون^۱، ۲۰۰۷). و این دیدگاه که گرسنگی و سوء تغذیه (تغذیه بیش از حد و کمبود غذا) در بستر اجتماعی و محیط غذا متمرکز است. توجه به عوامل اجتماعی-سیاسی، محیط غذا و پیامدهای آن در دهه گذشته به سرعت افزایش یافته است (ماکسول و اسمیت^۲، ۱۹۹۲؛ گونزالز^۳، ۲۰۱۰). اما درک عموم مردم این است که غذا یک حق انسانی است، که این درک حداقل در بسیاری از کشورها تحقق نیافته است. سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد، وظیفه مبارزه با سوء تغذیه با ارائه اطلاعات لازم به کشورهای مختلف، هدایت اقدامات بین-المللی در جهت تحقق امنیت غذایی برای همگان از طریق ارتقاء سطح تغذیه و استانداردهای معیشتی مردم، اطمینان از ارتقاء میزان بهره‌وری در تولید و توزیع انواع محصولات غذایی و کشاورزی، همراه با بهبود وضعیت روستاییان را بر عهده دارد. از مسائل و اهداف اصلی سازمانهای بین‌المللی خصوصاً فائو در قرن حاضر رسیدن به صلح جهانی و

¹ Vernon, J.A., 2007. *Hunger: a Modern History*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

² Maxwell, S., Smith, M., 1992. Household food security: a conceptual review. In: Maxwell, S., Frankenberger, T. (Eds.), *Household Food Security: Concepts, Indicators, Measurements*. United Nations Children's Fund e International Fund for Agricultural Development, New York, pp. 1e72.

³ González, Humberto, 2010. Debates on food security and agrofood world governance. *International Journal of Food Science & Technology* 45, 1345e1352.

امنیت دسته جمعی بوده است که این امر در اساسنامه سازمان بین‌المللی مهم قرن، سازمان ملل متحد متبلور شده است.

حقوق بشر در صورتی بسیار مفید و قابل اجرا است که وظایف یا الزامات مرتبط با آن توسط افراد ذی ربط، سازمان‌ها و نهادهای مناسب پذیرفته شود. تایید نکردن حق داشتن غذای سالم و عدم پذیرش مسئولیت‌های مربوطه مسئول ذی‌ربط، مانع از واکنش مؤثر به ناامنی غذایی در داخل کشور و مشارکت کامل در تلاش‌های بین‌المللی برای مقابله با گرسنگی و سوء تغذیه مزمن شده است. دسترسی به غذای سالم به عنوان یک حق انسانی پذیرفته می‌شود و درک مدرنی از رویکردهای مبتنی بر حقوق را به ارمغان می‌آورد. این درک، حاصل از یک بیانیه سازمان ملل متحد در مورد یک رویکرد توسعه مشترک است. این بیانیه شامل چندین عنصر ضروری، خاص و منحصر به فرد برای رویکرد مبتنی بر حقوق است: الف) شناسایی ادعاهای حقوق بشر و تعهدات مربوط به مسئولان و همچنین علل عدم تحقق حقوقی آن ب) ارزیابی ظرفیت حقوق و تکالیف، به ترتیب برای ادعای حقوق و تعهدات مربوطه، ج) توسعه استراتژی‌ها برای ایجاد این ظرفیت‌ها، د) نظارت و ارزیابی نتیجه و فرایندها به موجب استانداردهای حقوق بشر، و ه) پایبندی به توصیه‌های سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشر و مکانیسم‌ها در برنامه ریزی. رویکردهای مبتنی بر حقوق، نیاز به عناصر دیگر، مانند مشارکت همه متقاضیان در تجزیه و تحلیل، تمرکز بر گروه‌های حاشیه‌ای و رانده شده و مالکیت محلی توسعه دارد. با پذیرش گسترده حقوق بشر برای غذای سالم، تحمل اجتماعی ناامنی غذایی کاهش می‌یابد و سیاست‌های اجتماعی برای تحقق این حق اجباری می‌شود.

در حال حاضر، بهترین رویکردهای سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد در مورد ناامنی غذایی، ترکیبی از پاسخ‌های حقوقی و خیرخواهانه است که باعث پایان دادن به گرسنگی در مرزهای خود نمی‌شود، گسترش رویکرد غیرمنسجم مشابه به کارهای بین‌المللی نه تنها در کاهش گرسنگی مؤثر نیست، بلکه مانع تلاش‌های معنی‌دار و سازنده‌تر می‌شود. به طور ویژه در فضای بین‌المللی که در آن بسیاری از کشورهای دیگر و سازمان ملل متحد، حق جامع غذا و تغذیه را به طور کامل ارزیابی کرده‌اند، و کشورهای دیگر در حال پیاده‌سازی دستورالعمل‌های رهنمای داوطلبانه به سوی تحقق کامل این حق با موفقیت هستند، این تحقیق، مقالات

مربوطه و اقدامات جدید برای ارزیابی همگرایی پاسخ های سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به عدم امنیت غذا با حق غذای سالم را بررسی می کند، به انتقادات صورت گرفته بر این حق مطرح شده است، می پردازد و روش هایی را بررسی و تحلیل می کند که با آنها رویکرد سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به امنیت غذایی نمی تواند معیارهای یک رویکرد مبتنی بر حقوق را برآورده کند. این مقاله، نوع شناسی سه مرحله ای از رویکردهای نوپای غیر دولتی (NGO) برای عدم امنیت غذایی را پیشنهاد می کند و این گزینه ها را برای انطباق با حق استفاده از روش های سالم غذایی و مبتنی بر حقوق بررسی می کند. مقاله با توصیف تغییراتی نتیجه گیری می کند که پذیرش این حق را در کار داخلی و بین المللی در مورد ناامنی غذایی و نتایج احتمالی آن ضروری می سازد.

ماهیت و مفهوم حق دسترسی به غذا و مبانی نظری آن

حق دسترسی به غذا در پاره ای از اسناد حقوق بشری به طور صریح یا ضمنی به رسمیت شناخته شده است؛ علاوه بر آن حق مذکور در مقررات سایر شاخه های حقوق بین الملل نیز بازتاب یافته است. از سوی دیگر، بررسی برخی مفاهیم مرتبط با حق بر غذا، به منظور درک هرچه عمیقتر مسائلی که در قلمرو حق مذکور طرح می شوند، ضروری به نظر می رسد. همچنین بررسی مبانی فلسفی و نظری حق بر غذا-مانند هر حق دیگری در درک ماهیت و مفهوم آن بسیار مؤثر است. حقوق بشر حقوقی هستند که انسانها به صرف انسان بودن و نه به دلیل ویژگی و موقعیت خاص، دارا هستند؛^۱ حقوق بشر، به عنوان یکی از شاخه های حقوق بین الملل، حقوق و آزادی های اساسی را که همه انسانها به واسطه انسان بودن مستحق آن هستند به رسمیت می شناسد. در چارچوب نظام حقوق بشر، دارندگان حق، افراد یا گروه ها هستند و به ازای هر حق، تکلیف متقابلی برای دولت های ملزم به موازین حقوق بشر و در مواردی برای دیگر تابعان حقوق بین الملل وجود دارد. تا پیش از سال ۱۹۴۵ نحوه رفتار دولتها با افراد در داخل مرزهای خود، امری در حیطه صلاحیت داخلی هر دولت قلمداد می

شد و در نتیجه حقوق بین الملل توجهی به حقوق افراد در برابر دولتها نداشت؛ به طور کلی از زمان شکل گیری نظام وستفالیایی^۱ حقوق بین الملل در ۱۶۴۸ همواره دولت - ملت های دارای حاکمیت، کنشگران اصلی آن بوده اند.^۲ البته تا پیش از ۱۹۴۵ استثنائاتی در این رابطه وجود داشته است؛ در آن دوران حقوق بین الملل در زمینه رفتار با بیگانگان، برده داری، اقلیتها و قوانین جنگ مداخله می نمود که این مداخلات به طور عمده برخاسته از انگیزه سیاسی بودند تا آرمان گرایانه، از سوی دیگر این مداخلات محدود بودند و به هیچ وجه جنبه جهانشمول نداشتند؛ به عنوان مثال معاهدات مربوط به قواعد جنگ صرف تعهداتی متقابل برای دولت های عضو ایجاد می نمودند.^۳ کنوانسیون های سازمان بین المللی کار و معاهدات بین المللی مربوط به اقلیتها نیز که از تحولات جامعه جهانی در راستای توجه به افراد در سطح بین المللی بعد از اتمام جنگ جهانی اول به شمار می رفتند حاوی تعهدات متقابل دولت ها و افراد نسبت به هم نبودند بلکه در بردارنده تعهداتی بودند که دولت نسبت به حفظ حقوق افراد داشت و مکلف به رعایت آن در چارچوب نظم حقوقی داخلی بود، در عمل با توفیق چندانی مواجه نشدند و عملکرد قابل توجهی نداشتند؛ شاید علت این مسأله فراهم نبودن شرایط تاریخی در آن مقطع از زمان برای توسعه حقوق بشر بوده است.^۴ اما با خاتمه جنگ جهانی دوم جامعه جهانی به این باور رسیده بود که ریشه اصلی فجایع بروز یافته در جریان جنگ و وحشی گری های آلمان نازی، عدم احترام به مقام والای انسان بوده است به همین دلیل تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همگان جزء اهداف اصلی سازمان ملل متحد اعلام شد. در مقدمه منشور ملل متحد از حقوق اساسی صحبت شد. در واقع این نخستین بار بود که یک سند بین المللی وجود یک جامعه بشری را خارج از ملتها و دولت ها به رسمیت می شناخت.^۵ از این تاریخ به بعد اندیشه حمایت از

^۱ Westphalian sovereignty

^۲ Kent , George , Freedom From Want , The Human Right to Adequate Food , Gorge town University Press , Washington , D.C , 2005 , p78

^۳ کریون ، میتوسی . آر ، همان ، ص ۳۱

^۴ بیگزاده، ابراهیم، تقریرات درس حقوق بین الملل عمومی ۲، ص ۱۰۰

^۵ آقایی، سیدداوود، سازمانهای بین المللی، انتشارات رات نسل نیکان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۹۰

افراد در سطح بین المللی به عنوان حمایت از نوع بشر و نه به عنوان اعضای یک اقلیت یا یک گروه خاص مطرح شد.^۱ به رسمیت شناخته شدن افراد در چارچوب حقوق بین الملل، به خودی خود دستاورد بزرگی است که حتی سرسخت ترین منتقدان حقوق بشر که آن را ناکارآمد میدانند نیز نمی توانند آن را انکار کنند؛ دستاوردی که به سلطه بی چون و چرای دولت به عنوان کنشگر برتر در عرصه بین المللی که نتیجه پوزیتیویسم حقوقی مطلق بود، پایان داد. از ۱۹۴۵ به این سو تعداد زیادی اسناد حقوق بشری هم در سطح جهانی و هم در سطح منطقه ای به تصویب رسیده اند که از آن میان اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، میثاق بین المللی حقوق مدنی، سیاسی ۱۹۶۶، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی ۱۹۶۶ که مجموعاً تحت عنوان منشور بین المللی حقوق بشر از آنها یاد می شود از اهمیت بسیار بالایی برخوردارند. هر یک از میثاقین به دسته جداگانه ای از حقوق - حقوق مدنی، سیاسی از یک سو و حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی از سوی دیگر اختصاص یافته اند.^۲

مبنای حق غذای کافی در حقوق بین الملل

پیش از پرداختن به مباحث اصلی مرتبط با نقش سازمان های بین المللی و نقش آنها در زمینه حق بر غذای کافی، آشنایی مختصری با مفهوم حق بر غذایی کافی حاصل شود. تعریف های متفاوتی از حق بر غذای کافی و امنیت غذایی ارائه شده است که بعضاً ناهمگونی هایی نیز میان آنها وجود دارد. به باور برخی محققان، از اساسی دست یافتن به یک تعریف جامع از حق بر غذا با پذیرش جهانی امری بسیار دشوار است؛ چرا که نوع و میزان غذای مصرفی و کافی بودنش را تنها نمی توان با معیار در دسترس بودن سنجید، بلکه نگرش فرهنگی و اجتماعی نیز نقش بسیار مهمی دارد.

۱ البته باید توجه داشت که اکثریت صاحب نظران بر این باورند که مبنای فلسفی موازن حقوق بشر را باید در نظریه حقوق طبیعی و دیدگاه های فلاسفه قرون هفده و هجده میلادی جستجو کرد که در ادامه این فصل به تبیین این مبانی خواهیم پرداخت؛ اما بدون تردید تجلی این دیدگاه ها در عرصه بین المللی به دوران پس از جنگ جهانی دوم باز می گردد.

۲ مصفا، نسرین. مستقیمی، بهرام. چالش های کمک های بشردوستانه در خاورمیانه، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول.

مبنای حق بر غذا و تعهد عمده در مورد آن، ابتدا در ماده ۱۱ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بیان شده است. حق بر غذا در میثاق عنوان مستقلی ندارد و در بند یکم ماده ۱۱ با عنوان استاندارد مناسب زندگی این گونه مقرر شده است که: کشورهای طرف این میثاق حتی هر کس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده اش شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی و همچنین به بهبود مداوم شرایط زندگی رسمیت می شناسند. بنابر این، در این ماده حق بر غذا در کنار داشتن مسکن و لباس، جزئی از استاندارد مناسب برای زندگی به شمار می آید. ماده ۱۱ میثاق دو مسئله را در مورد حق بر غذا مد نظر قرار می دهد؛ غذای کافی و رهایی از گرسنگی، در حالی که مورد اول چار چوبی گسترده تر دارد، مورد دوم از آرمانی محدودتر سخن می گوید و می تواند با اتخاذ سیاست هایی همچون تدارک و توزیع روزانه مواد غذایی به دست آید. از حق بر رهایی در این ماده به عنوان حق بنیادی با باد شده است. به هیچ حتی دیگری در هر دو میثاق با این وصف اشاره نشده است. در همین راستا، یکی از معتبرترین تعریف ها در مورد حق بر غذا در تفسیر شماره ۱۲ کمیته در مورد ماده ۱۱ میثاق آمده است: حق بر غذای کافی زمانی تحقق می یابد که هر مرد، زن و کودکی به تنهایی و یا به صورت جمعی با دیگران توانایی دسترسی اقتصادی و فیزیکی در همه زمان ها به مقدار کافی غذا و یا ابزار تهیه غذا داشته باشد. محتوای اصلی تعریف حق بر غذا متضمن بر فراهم بودن و در دسترس بودن کافی غذا از منظر کمی و کیفی برای ارضای نیازهای رژیم غذایی افراد، رهایی از مواد مضر و قابل پذیرش بودن از منظر فرهنگ اجتماعی حاکم است. در دسترس بودن مواد غذایی باید به شیوه ای پایدار باشد و در تقابل با تحقق سایر حقوق بشری نباشد (ویدار^۱، ۲۰۰۳). نخستین گزارشگر ویژه ملل متحد در زمینه حق بر غذا در گزارش خود به مجمع عمومی نیز از همین تعریف استفاده نمود (گزارشگر ویژه، ۲۰۰۷). پس از بیان تعریف حقوقی که توسط کمیته از حق بر غذای کافی به عمل آمده و در سطح بین المللی از مقبولیت برخوردار است.

¹ Vidar, M.2003. Implementing The Right to food: Achievement, shortcomings and challenge: Advantages of framework Law, keynote address by FAO legal officer, Indian Social institute, new Delhi.

ضمانت اجرای‌های مربوط به نقض حق غذا

نقض حق بر غذا به شیوه‌های مختلف اتفاق می‌افتد. یک حالت زمانی است که دولت عضو در تضمین بهره‌مندی از حداقل سطحی که برای رهایی از گرسنگی لازم است تصور کند، حالت دوم اعمال تبعیض در دسترسی به غذا و وسایل بهره‌مندی از آن بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، سن، عقیده سیاسی، منشأ نژادی و اجتماعی و ثروت، تولد یا دیگر وضعیت‌ها است. حالت سوم شامل نقض حق بر غذا از طریق اقدام مستقیم دولت‌ها یا دیگر نهادهای تحت کنترل دولت برای نمونه تعلیق یا لغو رسمی قوانین لازم برای تحقق مستمر حق غذا، جلوگیری از کمک‌های غذایی بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی یا بین‌المللی یا دیگر وضعیت‌های اضطراری، تصویب قوانین با اتخاذ سیاست‌هایی که آشکارا با تعهدات از پیش موجود قانونی یک دولت در ارتباط با حق بر غذای دیگران می‌شوند و قصور یک دولت در عدم توجه به تعهدات بین‌المللی است. به موجب بند ۱۰ تفسیر کلی شماره ۳ مصوب اجلاس پنجم ۱۹۹۰ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مورد ماهیت مقررات دولت‌های عضو پیمان مذکور کمیته معتقد است که هر دولت عضو یک تعهد قانونی اولیه برای تضمین ارضاء حداقل سطح اساسی هر یک از حقوق مندرج در سند را دارد، برای نمونه دولت عضو که در سرزمین آن افراد زیادی از مواد غذایی اساسی، بهداشتی اولیه و ... محروم باشند در وهله اول آن دولت از اجرای تعهدات خود بر اساس میثاق قصور ورزیده است. در واقع، اگر قرار باشد این سند به گونه‌ای قرائت شود که تعهد قانونی اولیه را تضمین کند. تا حد زیادی علت وجودی خود را از دست می‌دهد. در تفسیر شماره ۱۲ مصوب اجلاس بیستم (۱۹۹۹) کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حق برخورداری از غذای مناسب نیز اشاره شده که احتمال دارد دولت‌ها یا دیگر نهادها این حق را به اشکال گوناگون از جمله با جلوگیری از دسترسی به کمک‌های غذایی بشردوستانه در درگیری‌های داخلی یا دیگر موقعیت‌های اضطراری نقض نمایند. در حالی که دولت‌ها بسته به میزان توانایی خود برای فراهم آوردن امداد مربوط به حوادث و کمک‌های بشردوستانه بایستی همکاری کنند. در مجموع پیوند بین حل بر غذا و حق حیات این نتیجه را در بر دارد که حق بر غذا در هر وضعیتی اعتبار دارد و قابل تعمیق نیست، زیرا هر گونه تعدی به حق بر غذا می‌تواند منجر به

مرگ ناشی از گرسنگی شود. همان طور که کمیته مزبور می گوید : حقی عالی است که تعلیف آن حتی در زمان وضعیت های اضطراری عمومی که حیات ملت در معرض خطر قرار دارد، مجاز نیست. این کمیته در بند ۵ تفسیر کلی شماره ۶ اجلاس شانزدهم خود در مورد ماده ۶ دامنه شمول حق حیات را گسترش داد به نحوی که اقدام در جهت محو سوء تغذیه و بیماری های همه گیر را نیز در بر می گیرد . در مجموع می توان گفت که دادخواهی از نقض حق بر غذا در حوزه های مختلفی صورت می گیرد که عبارتند از: ۱- دادخواهی از تعهد به تضمین حق ۲- دادخواهی از تعهد به احترام به حق دسترسی به غذا ۳- دادخواهی از تعهد بر غذا بدون تبعیض به حمایت از حق دسترسی به غذا ۴- دادخواهی از تعهد برای ایفاء حق دسترسی به غذا. با توجه به حقوق موجود نیز حداقل سه روش مختلف برای تحقق حق دسترسی به غذا وجود دارد : اول، دستگاه غذایی با شبه قضایی برای حمایت از اصول اساسی حق دسترسی به غذا دوم، در صورتی که شاخه های سیاسی دولت اقدامات لازم برای تحقق حق دسترسی به غذا را تصویب کنند نهادهایی باید نسبت به اجرای قانونی آنها اقدام نمایند. سوم، نهادهای قضایی یا شبه قضایی دارای اختیارات بالاتری جهت ایفاء حق بر غذا و ایفاء حق دسترسی به مواد غذایی بر عهده دارند. این اقدامات نیز در میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر شده و دولت ها متعهد به اقداماتی برای ایفاء، به حق غذا می باشند. در این خصوص در سطح بین المللی نیز دو راهکار حقوقی اولیه برای جبران خسارت وجود دارد :

۱. شکایات فردی و جمعی در حضور نهادهای نظارتی ۲. شکایات بین دولتی در حضور دیوان بین المللی دادگستری.

در عین حال، تقاضای رای مشورتی نیز می تواند از طریق شورای امنیت، مجمع عمومی و نهادهای تخصصی سازمان ملل متحد از دیوان بین المللی دادگستری انجام شود. با این وجود، تعهدات سه گانه الزام آور دولت ها در خصوص حق بر غذا، صلاحیت مراجع غذایی و شبه قضایی بین المللی در رسیدگی به موارد نقض این حق تکمیلی بوده و لذا تنها در مواردی که حمایت مؤثری از این حتی در سطح ملی وجود نداشته باشد، می توانند وارد رسیدگی شوند.

پاسخ های سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به ناامنی غذایی با حق داشتن غذای سالم

واکنش سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به گرسنگی و ناامنی غذایی

خط اصلی واکنش سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به عدم امنیت غذایی، مجموعه ای از ۱۵ برنامه کمک غذایی است. در سال ۲۰۱۰، یک شهروند از هر چهار شهروند ایالات متحده آمریکا، حداقل از یکی از این برنامه ها در یک زمان در طی سال استفاده کرده اند- و یک نفر از هر یازده نفر در سال ۲۰۰۶ از این برنامه استفاده کرده اند (الیویرا^۱، ۲۰۰۷). در سال مالی ۲۰۱۰ دولت آمریکا، ۹۴٫۸ میلیارد دلار برای برنامه های کمک غذایی صرف کرد؛ این دهمین سال متوالی بود که در آن هزینه های مربوط به کمک های غذایی و تغذیه، از سوابق تاریخی قبلی پیشی گرفت. پنج برنامه بزرگ که ۹۶ درصد از هزینه های دولت را شامل می شد، برنامه کمک تغذیه مکمل (SNAP)، برنامه ملی ناهار مدرسه (NSLP)؛ برنامه غذایی ویژه مکمل برای زنان، نوزادان و کودکان (WIC)؛ برنامه غذای کودک و نوجوان (CACFP)؛ و برنامه صبحانه مدرسه (SBP) بود. بزرگترین برنامه، SNAP، محدود به خانواده هایی است که شرایط مربوط به درآمد، دارایی، کار و مهاجرت را برآورده می کنند مشارکت در هر یک از ۱۴ برنامه دیگر مشروط به الزامات و شرایط ذیل می باشد: الزامات خاص مانند آستانه درآمد و متناسب سازی پول کافی برای خدمت به تمام مشتریانی که واجد شرایط هستند (الیویرا، ۲۰۱۱)^۲.

همکاری پیچیده ی برنامه های کمک غذایی خصوصی که توسط سازمان های غیر دولتی ملی، دولتی و محلی انجام می شد برای برنامه های دولت، گرچه برنامه های دولتی تقریباً ۹۰ درصد از کمک های غذای عمومی و خصوصی ایالات متحده را به خود اختصاص می داد

¹ Oliveira, V., 2007. The Food Assistance Landscape: FY 2006 Annual Report. Economic Information Bulletin No. EIB-6e2, Economic Research Service, US Department of Agriculture.

² Oliveira, V., March 2011. The Food Assistance Landscape, FY 2010. Food Assistance and Nutrition Research Report No. EIB-6-8, US Department of Agriculture.

(مابلی^۱، ۲۰۱۰). یک شبکه ملی از بیش از ۲۰۰ بانک غذا، مواد غذایی را برای آژانس های عامل غذا، آشپزخانه های اضطراری و برنامه های تغذیه مبتنی بر پناهگاه جمع آوری، ذخیره و توزیع می کرد. علاوه بر این، مزارع، سازمان عملیات نجات غذا و سایر سازمان های غیردولتی نیز به این موارد غذایی کمک می کردند.

واضح ترین نقص و کاستی این است که پاسخ ها و واکنش های خصوصی و دولتی، به ریشه های علمی گرسنگی و ناامنی غذا نمی پردازد به طوری که این پیامدها کاهش یابد. بیش از ۱ کودک از ۵ کودک آمریکایی در خانواده های دارای ناامنی غذایی در سال ۲۰۱۰ زندگی می کردند و بیش از یک سوم خانوارهای دارای فرزند که مادر، سرپرست خانوار بود از نظر غذایی ناامن بودند (کلمن^۲، ۲۰۱۱). ناامنی غذای کودکان به طور ویژه باعث قرار دادن آنها در معرض آسیب پذیری بیشتر می شود، زیرا این امر، پیامدهای درازمدت بر رشد، معماری مغز، توانایی شناختی، آمادگی مدرسه، توانایی انجام تکلیف در مدرسه و افسردگی مادر و توانایی مقابله آنها دارد (کوک و فرانک^۳، ۲۰۰۸). علی رغم چندین برنامه عمومی و خصوصی که برای پاسخگویی به نیازهای غذایی کودکان مورد هدف قرار می گیرند، تعداد برنامه های به خدمت گرفته شده به طور پیوسته پایین تر از تعداد برنامه هایی است که لازم است به خدمت گرفته شود و این شکاف در سال های اخیر گسترش یافته است (لیفتن^۴، ۲۰۱۱).

مشکل و مسئله اصلی کمک های غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد این است که وابسته به تصویب در هر سال و تحت فشار سیاسی است. در نتیجه، این برنامه ها ممکن است با کمبود بودجه مواجه شوند، زیرا آنها را هزینه بر در نظر می گیرد و یا سایر اولویت های دیگر

1 Mabli, J., Cohen, R., Potter, F., Zao, Z., January 2010. Hunger in America. National Report Prepared for Feeding America by Mathematica Policy Research, No. 06251e06600. Mathematica Policy Research, Princeton, NJ

2 Coleman-Jensen, A., Nord, M., Andrews, M., Carlson, S., September 2011. Household Food Security in the United States in 2010. ERR-125, US Dept. of Agriculture, Econ. Res. Serv

3 Cook, J.T., Frank, D.A., 2008. Food security, poverty, and human development in the United States. Annals of the New York Academy of Sciences 1136, 193e209.

4 Leftin, J., Wolkwitz, K., June 2009. Trends in Supplemental Nutrition Assistance Program Participation Rates: 2000e2007. USDA, Food and Nutrition Service, Alexandria, VA.

برای هزینه کردن می‌بینند؛ بنابراین بودجه کافی برای هر فردی که نیاز دارد، اختصاص نمی‌یابد. مسئله دوم مربوط به پاسخ‌های سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد این است که گزارش‌های سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد در مورد ناامنی غذا به یک برنامه منسجمی برای از بین بردن ناامنی غذا و گرسنگی، تجزیه و تحلیل سیستماتیک از علل ریشه‌ای ناامنی غذا، و هیچ راهی برای نگهداری مسئولیت‌های غذایی وابسته نیست و هیچ آژانس دولتی مسئولیت‌پذیر نیست. گزارش‌های سالانه مربوط به امنیت غذایی خانوارها، طرح‌های بهبود ناامنی غذا را ارزیابی نمی‌کند. فقر به عنوان یکی از علل اصلی عدم امنیت غذایی در بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده است (کلمن، ۲۰۱۱). با این حال اکثر برنامه‌های کمک غذایی، کمک‌های از نوع متفاوتی را ارائه می‌دهند، نه پول نقد. مسئله سوم در ارتباط با کمک غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد این است که میزان مزایای اختصاص داده شده به SNAP بر اساس معیارهای تاریخ مصرف گذشته است و به مراتب کمتر از مقادیر لازم برای خرید غذای کافی است. مزایای SNAP براساس برنامه غذایی Thrifty Food (TFP) است - یک "سبد بازار" غذاهای اصلی، و فرض بر این است که غذا ۳۰ درصد از هزینه‌های خانوار را تشکیل می‌دهد. اما طبق آخرین اطلاعات موجود، مواد غذایی به میزان ۱۳ درصد از هزینه‌های متوسط خانوار و حدود ۱۶ درصد هزینه‌های خانوار برای کمترین مقدار در سال ۲۰۰۹ را (دفتر آمار کارگری در سال، ۲۰۱۰) به دلیل این امر تشکیل می‌دهد که از زمان توسعه TFP، هزینه‌های نسبی از سایر هزینه‌های خانوار (مانند انرژی، مسکن و مراقبت‌های بهداشتی) به طور قابل ملاحظه‌ای افزایش یافته است. مسئله چهارم به اهمیت فرهنگی مواد غذایی و تمایز بین حق بر غذا در مقابل حق داشتن غذای سالم و یا تغذیه مناسب مربوط می‌شود. برنامه‌های کمک غذایی به تناسب تمایلات و کیفیت غذایی مواد غذایی در حال تغییر هستند (به عنوان مثال، محصولات دانه‌ای و محصولات لبنی کم چربی در خرید SNAP مجاز هستند)؛ اما آنها هنوز به طور سازگار مطابق با اثرات زیست محیطی روش‌های تولید مواد غذایی نیستند و اجازه می‌دهند تا غذاهایی را بخرند که با کاهش اثرات زیست محیطی رشد می‌کنند.

مشکلات برنامه های کمک غذایی خصوصی

صندوق های غذایی که بانک های خصوصی عرضه می کنند و مواد غذایی که سازمان های غیر دولتی برای تکمیل کمک به مواد غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد تهیه می کنند، دارای کمبودهای منحصر به فرد خود هستند. اولاً، آنها ممکن است توجه خود را از مسئولیت دولتها متوقف کنند تا اطمینان حاصل کنند که افراد تحت حوزه ی قضایی شان، به اندازه کافی غذا برای غذا خوردن دارند. حضور آنها اجازه می دهد تا واکنش های عمومی ناقص گسترده بدون خشم گسترده در افراد گرسنه در کشور نسبتاً ثروتمند صورت گیرد (ریچ،^۱ ۲۰۰۲ و دافونت،^۲ ۲۰۰۶).

مسئله دوم این است، در حالی که برنامه های کمک غذایی خصوصی در درجه اول کاربردی قابل اجرا است، اما پیامدهایی برای برنامه های وزارت کشاورزی و تجارت کشاورزی دارد. بعضی از بزرگترین سازمان های ضد گرسنگی، دارای روابط ضد تولیدی نزدیک و بالقوه با آن دسته از تولید کنندگان مواد غذایی بزرگ هستند که کمک های مالی (با خسارات مالیاتی) را به بانک های مواد غذایی ارائه می دهند (نستلن،^۳ ۲۰۰۷). این امر ممکن است سازمان های ضد گرسنگی را بسوی محدود کردن بررسی انتقادی شان از تولید کنندگان مواد غذایی که از آنها حمایت می کنند، هدایت کند و توانایی آنها در حمایت از سیاست ها و یا مخالفت با سیاست هایی محدود کند که می تواند بر کیفیت مواد غذایی موجود برای افراد در معرض مواد غذایی ناامن اثر گذارد.

مشکلات برنامه های کمک غذایی عمومی و خصوصی

برنامه های کمک غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد، ناقص و معیوب هستند و ویژگی های ضروری برنامه ریزی مبتنی بر حقوق را برآورده نمی کنند. برخی از جمعیت هایی که میزان بالای ناامنی غذایی (مانند افراد بیمار ذهنی، افراد بی خانمان و مهاجران قانونی) را

¹ Riches, G., 2002. Food banks and food security: welfare reform, human rights, and social policy. *Lessons from Canada? Social Policy and Administration* 36 (6), 648e663

² Daponte, B.O., Page, S., 2006. How the private food assistance network evolved: interactions between public and private responses to hunger. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly* 35 (4), 668e690.

³ Nestle, M., 2007. *Food Politics: How the Food Industry Influences Nutrition and Health*. Revised and Expanded Edition. University of California Press, Berkeley, California.

تجربه می کنند، نمی توانند در برنامه ها شرکت کنند. شناسایی افرادی که گرسنه هستند در هر جامعه، بسیار دشوار است. بنابراین هر جامعه باید به طور مستقل، وضعیت گرسنگی مردم خود و آسیب پذیرترین افراد را ارزیابی کند؛ این اتفاق تنها در صورتی رخ می دهد که اراده سیاسی و منابع در دسترس باشد.

علاوه بر این، برنامه های کمک غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد نیز به این موضوع توجه نمی کنند که از چه کسی بهره ببرند یا چه کسی از تولید و توزیع غذاهایی که آنها تهیه می کنند بهره مند می شود. تاکید اصلی این است که غذاهای کافی برای کسانی که نیازمند هستند، به جای جنبه های مختلف کیفیت آن غذا مد نظر قرار گیرد. اخیراً، چهار انجمن حرفه ای در ایالات متحده برای پشتیبانی از اصول سیستم های غذایی سالم و پایدار گرد هم آمدند. تهیه غذا برای کمک سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد از سیستم های غذایی سالم و پایدار به این معنی است که دریافت کنندگان، غذای سالم تر دریافت کنند و آسیب های محیطی و اجتماعی از سیستم های غذایی به حداقل برسد. اما با تهیه غذا از ارزان ترین منابع، برنامه های کمک غذایی کمک می کنند تا از شیوه هایی حمایت کنند که به محصولات غذایی عمومی از یک محیط تمیز و فرصت های شغلی مناسب برای کارگران آسیب وارد کنند.

مشکل اساسی کمک های غذایی طبیعت فردی آن است. تمرکز بر روی مسئولیت فردی، نه مسئولیت اجتماعی، مشکلات اساسی اجتماعی را که فراتر از دسترسی افراد به کنترل است، پنهان می کند. تعاریف بین المللی ناامنی غذا از دهه ۱۹۶۰ به تمرکز بر فرد منتقل شده است، که منعکس کننده ی تغییر نئولیبرال به حقوق و مسئولیت های فردی است (دوولر^۱، ۲۰۰۳) جاروز^۲، ۲۰۱۱) ادعا می کند که تعریف ناامنی غذا به عنوان فقدان قدرت خرید فردی، وضعیت غذایی را بعنوان یک کالای مورد نیاز، عمیق می کند و بر جذب سرمایه و افزایش درآمد به عنوان جنبه های اصلی امنیت غذایی تأکید می کند. مشکلات مربوط به نابرابری اجتماعی، کشاورز فاقد زمین، تقسیمات و اختلافات طبقاتی و قومی، درگیری و بیماری وجود

¹ Dowler, E., 2003. Food and poverty: insights from the north. Development Policy Review 21 (5e6), 569e580

² Jarosz, L., 2011. Defining world hunger. Food, Culture & Society 14 (1), 117e139.

ندارد. ایجاد امنیت غذایی توجه را به سوی فقدان قدرت خرید یا دسترسی افراد معطوف می کند تا اینکه به اقتصاد سیاسی سرمایه داری و روابط نابرابر تولید و مصرف در کار سیستم غذای جهانی پردازد.

مسئله نهایی برنامه های کمک غذایی عمومی و خصوصی این است که روند درخواست برای آنها یا استفاده از خدمات آنها ممکن است کوچک کننده، ناخوشایند یا تحقیر آمیز باشد. بسیاری از افراد، استفاده از برنامه های کمک غذایی در دسترس به دلیل ننگی که برای آنها دارد امتناع می کنند یا این که حس نیاز به این کمک مستلزم یک شکست شخصی است. این موضوع به نقطه قبلی مربوط است که عدم امنیت غذا و گرسنگی اغلب به عنوان مشکلات فردی و نه اجتماعی مطرح می شود.

در ادامه ی این مقاله توضیح خواهیم داد که چگونه یک رویکرد مبتنی بر حقوق، به این کمبودهای کمک غذایی عمومی و خصوصی با تغییر اساسی ساختار، روش ها و نتایج تلاش های امروز برای دستیابی به امنیت غذایی، می پردازد. برنامه های کمک غذایی در حال حاضر، اساساً نوعی از یک ذهنیت خیرخواهانه هستند که از مردم فقیر و گرسنه حمایت می کند و سعی می کند گندم را از کاه، و "فقیر شایسته" را از کسانی که شایسته خدمات نیستند جدا کند. از یک رویکرد مبتنی بر حقوق، سایر افراد را تصدیق می کند و وجود حقوق آنها را انکار می کند. در حالی که ناهماهنگی بسیار زیادی در برنامه های کمک غذایی عمومی و خصوصی وجود دارد و بسیاری از نمونه های مخالف با مشکلات اول در بالا توضیح داده شده است، با توجه به میزان مشکل، کافی نمی باشند. پذیرش حقوق انسان برای غذای سالم می تواند به کاهش این کمبود کمک کند.

هر چند که اجلاس جهانی غذا، اسناد حقوق بشر و تجزیه و تحلیل مواد غذایی و کشاورزی سازمان ملل متحد سازمان (FAO) بارها تأکید کرده است که امنیت غذایی به میزان دسترسی، بهره برداری و ثبات مواد غذایی بستگی دارد. تجارت بدون حمایت، برای اقتصاد آسیب پذیر و امنیت غذایی کشاورزان و سایر شهروندان کشورها را به خطر می اندازد. افزایش تولید و بهره وری به تنهایی ارتباط کمی با بهبود امنیت غذا برای افراد آسیب پذیر دارد. با این حال، بسیاری کشورها همچنان به ترویج چارچوب بندی ناامنی غذا به عنوان کمبود عرضه مواد

غذایی جهانی ادامه می دهند که منجر به افزایش میزان تولید مواد غذایی و آزاد سازی تجارت بعنوان بهترین راهکارها برای افزایش امنیت غذایی می شود (مانی^۱، ۲۰۰۹).

رویکردهای در حال ظهور سازمان خوار و بار و کشاورزی ملل متحد به امنیت غذایی و همگرایی آنها با حق غذا

امنیت غذا در جامعه، با تاکید جامعه بر محیط غذا به عنوان منبع ناامنی غذا و جایی که رخ دادن تغییرات برای تامین امنیت غذایی ضروری است، وضوح بیشتری کسب کرده است، و شناخت، بیش از دو دهه گذشته افزایش یافته است. برای بهبود نتایج سلامت و کنترل جوامع بر انتخاب غذا، عوامل متعدد محیطی غذا نیاز به تغییر همزمان دارند و انگیزه های سیاست نیاز به تسهیل این تغییرات دارند (مقالات ورپلوگ و همکاران^۲، ۲۰۰۹).

ارزیابی و تلاش برای بهبود محیط غذا برای نخستین بار در شهرهای جداگانه از جمله ناکسویل، فیلادلفیا و سنت پل آغاز شد (دالبرگ^۳، ۱۹۹۴)، اما در سال ۱۹۹۴ با تشکیل اتحادیه امنیت غذایی جامعه (CFSC)، قوت گرفت. اتحادیه امنیت غذایی جامعه اساساً یک ائتلاف اصلاح طلب است، که افرادی را گرد هم می آورد که در تلاش برای پیاده سازی امنیت غذایی با تغییر محیط غذا هستند و به شیوه هایی کار می کنند که دسترسی و مصرف غذاهای سالم را افزایش دهند. اتحادیه امنیت غذایی با موسسات و در داخل سازمان های موجود کار می کند و شامل افراد موجود در سطح جامعه، منطقه ای، ایالتی، ملی و بین المللی است. یکی از دستاوردهای سیاست های اتحادیه امنیت غذایی، ایجاد برنامه های کمک هزینه ای رقابتی برای پروژه های جامعه غذا در بخش وزارت کشاورزی است که هر ساله روی پروژه ها، برنامه ریزی و کمک های فنی مقداری پول هزینه می کند که بازیگران را در سطح جامعه ارتباط می

¹ Mooney, P.H., Hunt, S.A., 2009. Food security: the elaboration of contested claims to a consensus frame. *Rural Sociology* 74 (4), 469e497.

² Ver Ploeg, M., Breneman, V., Farrigan, T., Hamrick, K., Hopkins, D., Kaufman, P., Lin, B., Nord, M., Smith, T., Williams, R., Kinnison, K., Olander, C., Singh, A., Tuckermanty, E., June 2009. Access to Affordable and Nutritious Food Measuring and Understanding Food Deserts and Their Consequences: Report to Congress. Economic Research Service, US Department of Agriculture, Administrative Publication No. AP-036.

³ Dahlberg, K.A., 1994. Food Policy Councils: the Experience of Five Cities and One County. Department of Political Science, Western Michigan University, Kalamazoo, MI.

دهد تا سیستم های محلی و سیستم های غذایی منطقه ای را بهبود دهد. در حالی که بودجه ی رویکردهای امنیت غذایی جامعه منحصر به فرد از بودجه دولتی برای برنامه های کمک رقابتی و برنامه های کمک تغذیه ای است، دستاوردها بسیار قابل توجه بوده است (ابی-نادر^۱، ۲۰۱۰). در حالی که بعضی افراد ممکن است استدلال کنند که بهبود سیستم های محلی غذا برای هر کسی در این منطقه سودمند است، شناخت قابل توجهی وجود دارد که نشان می دهد عدم امنیت غذا دارای سهم سیستمی قومی، نژادی، طبقه ای و جنسیتی است که به طور خودکار با داشتن غذای در دسترس محلی بیشتر برای مصرف کنندگان، بهبود نیافته است (آندرسون^۲، ۲۰۰۸). خوشبختانه، تعداد زیادی استراتژی برای ارتباط دهی غذای سالم تر با افرادی که بیشترین آسیب پذیری را به ناامنی غذایی دارند (مردم فقیر، کودکان، اعضای اقلیت ها و سرپرستان خانم) پدیدار شده است. این استراتژی ها را می توان به سه مرحله تقسیم شوند، که اغلب در کشورها به طور متوالی در نظر گرفته می شوند، زیرا آنها کشف می کنند که تلاش های موجود، برای ایجاد ناامنی در ناامنی غذایی کافی نیستند.

مرحله اول کار بر روی محیط غذا بر گرفتن افرادی تمرکز دارد که در حال حاضر به مواد غذایی سالم دسترسی ندارند. بر اساس ارزیابی های سیستم غذا، که بارها و بارها حاکی از آن بوده که شهرها، سوپرمارکت های با کیفیت بهتر داشتند و مردم خارج شهر و یا روستایی اغلب نمی توانستند بدون وسایل نقلیه خصوصی و یا سفرهای طولانی با حمل و نقل عمومی به سوپر مارکت دسترسی یابند، فعالان جامعه شروع به حمایت از حمل و نقل عمومی کردند که جوامع فقیر را به فروشگاه های غذایی بهتر ارتباط دهد راه های بسیاری وجود دارد که مردم را بدون دسترسی به مواد غذایی سالم به مکان هایی که در آن این مواد فروخته می شود، می آورد. برای مثال، کوپن برای دریافت کنندگان SNAP در بسیاری از جوامع برای تشویق خرید در بازارهای کشاورزان و کارخانه های کشاورزی استفاده می شود. مردم فقیر گاهی می توانند سهام یارانه ای در برنامه های کشاورزی تحت حمایت جامعه (CSA) بخرند یا کوپن را در

¹ Abi-Nader, J., Kobayashi, M., Tyson, L., October 2010. The Activities and Impacts of Community Food Projects, 2005e2009.

² Anderson, M.D., 2008. Rights-based food systems and the goals of food system reform. Agriculture & Human Values 25, 593e608.

ساعات کاری اداری برای یک بسته غذا از یک مزرعه یا باغ خریداری کنند. در حالی که هر یک از این ابتکارات می تواند دسترسی به غذای سالم را بهبود بخشد، همه آنها نیاز به تلاش و تغییرات رفتاری بیشتر افراد فقیر دارند. به این ترتیب، آنها بر این فرضیه تکیه می کنند که ترجیح آنها به غذای سالم، قوی تر از تغییرات فرهنگی است که باید از خرید در مکان های جدید یا رشد غذای خود به وجود آید. این مرحله از زیرساخت های غذایی و مسیر هایی استفاده و پشتیبانی می کند که به نفع کل جمعیت است، چه غذایی ناامن و یا امن باشد.

مرحله دوم کار بیشتر هدفمند است و به گرفتن غذای سالم برای افرادی که به آن نیاز دارند، با راحت ترین حالت تاکید دارد. در این مرحله از کار، تاکید بر انتقال بازارهای کشاورزان به مناطق درون شهر، توزیع مواد غذایی با کیفیت بهتر از طریق فروشگاه ها، جذب سوپرمارکت ها به محله های کم درآمد، ترکیب مواد سالم تر به NSLP و SBP، داشتن مکان های جمع آوری شهری برای تحویل CSA، ایجاد باشگاه های خرید در مناطق روستایی و توزیع تولید از طریق بانک های مواد غذایی تغییر می یابد. تفاوت این مرحله از مرحله اول این است که افرادی که در معرض خطر ناامنی غذایی قرار دارند می توانند به خرید، تهیه غذا و غذا خوردن در محل های معمول و در محله خود ادامه دهند بدون اینکه به مسافت های طولانی به محله های نا آشنا سفر کنند و یا تغییرات رفتاری عمده علاوه بر مصرف انواع مختلف خوراکی ها داشته باشند.

مرحله سوم کار شامل طراحی مجدد مشارکتی محله ها و شهرها است تا تولید مواد غذایی و دسترسی به واحدهای مسکن ارزان قیمت و محله های کم درآمد را در بر بگیرد، به طوری که مکان هایی که برای مردم به احتمال زیاد، غذا ناامن است را پیدا کنند و اینها مکان هایی هستند که در آن می توانند غذای سالم پیدا کنند. این هدفمندترین و جدیدترین استراتژی امنیت غذایی است (اسمیت^۱، ۲۰۱۰). مرحله سوم می تواند شامل ارتقاء محله های قدیمی باشد تا شامل مکان هایی برای پرورش مواد غذایی و فرصت های خرده فروشی مواد غذایی سالم و فرصت های آموزشی برای کودکان و بزرگسالان برای تغییر محیط غذا باشد. این نوع طراحی مجدد

¹ Smith, J.N., 2010. Growing a Garden City. Skyhorse Publishing. Stohlberg, S.G., 20 January 2011. Wal-Mart Shifts Strategy to Promote Healthy Foods. New York Times.

عمدی جامعه برای اهداف خاص افزایش دسترسی به مواد غذایی، کاملاً متفاوت از طرح های بازسازی غیر مشارکتی و خارجی است. تکمیل و حمایت از ابتکارات برنامه نوظهور امنیت غذایی در این سه مرحله، سیاست جدیدی است که برنامه ریزی سیستم غذا را با دیگر خدمات اجتماعی و برنامه ریزی شهری یا منطقه ای ترکیب می کند (هاستینگ^۱، ۲۰۱۱).

علاوه بر شناسایی سه مرحله از کار بر روی محیط های غذا، مهم است که مکان کنترل و مالکیت را در نظر بگیرید زمانیکه به این موضوع توجه می کنید که چگونه جایگزین های نوظهور می توانند از حق غذا حمایت کنند. از استراتژی های توصیف شده در این بخش تنها یکی که لزوماً مبتنی بر جامعه است، شوراهای سیاست غذایی است؛ زیرا اعضای آن به طور کامل از جامعه تشکیل شده اند و در داخل و برای آن جامعه کار می کنند. یک مفهوم مهم در حال ظهور با توجه به بهبود دسترسی به غذای سالم برای افراد ناامن غذایی که فراتر از امنیت غذای جامعه است و تمرکز آن بر تغییر محیط غذا است، حاکمیت غذایی است. حاکمیت غذا نه تنها کیفیت و مقادیر قابل دسترس مواد غذایی را بر چالش می نهد، بلکه ساختار قدرت جامعه که در آن محیط غذا تعبیه شده را به چالش می کشد. لایوا کمپسینا (LVC)، یک جنبش بین المللی دهقانان که در سال ۱۹۹۳ تشکیل شد، حاکمیت غذایی را به جهان در اجلاس سالانه غذا سال ۱۹۹۶ معرفی کرد. از آن به بعد، این عبارت در کشورهای در حال توسعه و اروپا محبوبیت یافته است. حاکمیت غذایی به صراحت حق دسترسی به مواد غذایی را به عنوان اولین اصل از شش اصل آن، علاوه بر ارزیابی ارائه دهندگان غذا، محلی سازی سیستم های غذایی، کنترل محلی، ایجاد دانش و مهارت و کار با طبیعت (کمیته برنامه ریزی بین المللی برای حاکمیت مواد غذایی، ۲۰۰۹)، تایید می کند.

اگر چه سازمان های مبتنی بر جامعه و سازمان های غیردولتی ملی بر محیط غذا تمرکز کرده اند، مانند CFSC، در ایالات متحده در ایجاد استراتژی ها، برنامه ها و سیاست های جدید برای بهبود دسترسی به غذاهای سالم رهبری شده است، بخش خصوصی توجه ویژه ای به روند

¹ Hastings, A., 17 February 2011. Food System Planning. Delaware Valley Regional Planning Commission. Available at:

و تلاش برای بهبود کیفیت محصولاتی که می سازد و از طریق ابتکارات خود به فروش می رساند دارد. چندین تولید کننده بزرگ مواد غذایی. در حالی که ابتکارات شرح داده بالا برای بهبود دسترسی به غذاهای سالم فوق العاده متفاوت می باشد، نتایج چندانی در مورد پیروی از حق داشتن غذای سالم، رویکردهای مبتنی بر حقوق و توانایی آنها برای کمک به حرکت دادن حق غذای سالم به سمت جلو بوجود آمده است. از بین رویکردهای در حال ظهور، حاکمیت غذایی به وضوح با حق داشتن غذای سالم مطابقت دارد، زیرا به صراحت این حق را به رسمیت می شناسد. در حالی که حاکمیت مواد غذایی به صراحت همانند حق غذا و حقوق قانونی تعریف نشده است، حق غذای سالم را با اصولی که به سیستم بسیار متفاوت غذا نسبت به مدل صنعتی شده، مرتبط می کند. بنابراین، این حاکمیت به تغییرات بزرگ در زمینه اجتماعی-سیاسی و سیستم های غذایی محلی و جهانی نیاز دارد و فراتر از تغییر در محیط غذا می رود. بکارگیری حق داشتن غذای سالم در حاکمیت غذایی، شور و شوق جنبش اجتماعی را بر اساس رعایت عدالت اجتماعی، دلبستگی عمیق مردم به سرزمین های خود و معیشت مبتنی بر کشاورزی و مقاومت در برابر کشاورزی صنعتی بوجود می آورد که تمامی اینها را تهدید می کند. حاکمیت غذایی، مونی و هانت (۲۰۰۹) چارچوب بندی، امنیت غذایی جامعه محور است. این مورد فراتر از CFSC است که یک جنبش اجتماعی مردمی با نمایندگی بین المللی است، و جایگزین واقعی برای اقتصاد غذایی غالب ارائه می دهد.

در انتهای دیگر طیف ابتکارات در حال ظهور، تلاش های بخش خصوصی برای به دست آوردن غذای سالم تر برای افراد کم درآمد ارائه آن به قیمت های پایین تر، فاقد هر یک از عناصر ضروری، منحصر به فرد و ویژه ی رویکرد های مبتنی بر حقوق قرار دارد. علاوه بر این، لزوما هر یک از عناصر برنامه ریزی خوب را رعایت نمی کنند. در اقتصاد فعلی جهانی غذا، ابتکارات بخش خصوصی به ندرت در مالکیت محلی قرار دارد؛ آنها به دلایل اصلی اختلافات اقتصادی و عدم دسترسی به غذای سالم (به جز ارائه غذای سالم و با قیمت پایین) نمی پردازند. و آنها پاسخگویی به همه ذینفعان ندارند. البته، ممکن است متذکر شویم که تولید کنندگان مواد غذایی، هیچ گونه مسئولیتی برای اطمینان از دسترسی به غذای سالم ندارند؛ آنها در تجارت ارائه محصولات و خدمات به منظور سودآوری برای سهامداران خود (در صورتی که

مالکیت دولتی باشد) و یا مالکان هستند. با این حال حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نباید در معاهدات بین المللی به رسمیت شناخته شود و تصویب شود؛ زیرا آنها به بهترین نحو، از طریق اقتصاد بازار به ما تحمیل می شوند تا عملکرد این بازیگران را در انجام مسئولیت هایی که حق غذا به دولت اختصاص داده است، بررسی کند.

اختلافاتی در مورد حق غذا در سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد

گرین^۱ (۲۰۰۹) ادعا می کند که سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد، "اقدامات را اتخاذ کرده است که به صراحت، اجرای تمام عناصر اساسی حقوق صلح آمیز بین المللی شناخته شده برای غذا را به رسمیت می شناسد و دنبال می کند". او توضیح می دهد که تولید برای اطمینان از جریان ثابت غذای ارزان در بازار برای افراد کم درآمد علاوه بر مقدار کمک های غذایی که از طریق برنامه غذا برای صلح و دیگر منابع کمک غذایی ارائه می شود سوبسیدی می شود که اینها سرمایه گذاری های قابل توجه نسبت به حق غذا هستند. اما موانع متعدد موجود برای تامین حق غذا در سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد که در بالا توضیح داده شده است، سوالاتی راجع به عمق تعهد سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد برای فراهم ساختن نیازهای اساسی اجتماعی و اقتصادی شهروندان خود مطرح می کند (کولمن-جنسن و همکاران^۲، ۲۰۱۱). گرین (۲۰۰۹) به نظر می رسد که سرمایه گذاری های پولی را در زمینه کمک های غذایی و یارانه های مزرعه به عنوان مدرکی مبنی بر این بپذیرد که سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد قصد دارد حق غذا را اجرا کند. با این حال، پیاده سازی حق غذا، تابع مقدار پولی نیست که برای کمک به غذا و کمک غذایی صرف شده است. این تعهد به استفاده از منابع موجود با راه های خاص برای اطمینان از نتایج خاص از طریق فرایندهای خاص است که به وضوح در اسناد بین المللی بیان شده است.

مسئولیت های دیگری که سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد و دیگر بازیگران باید انجام دهند، تا حق داشتن غذای سالم را به رسمیت بشناسند چیست؟ اولاً، به صراحت لازم به ذکر

¹ Greene, J.M., 2009. Localization: implementing the right to food. Drake Journal of Agricultural Law 14, 377e399.

² Coleman-Jensen, A., Nord, M., Andrews, M., Carlson, S., September 2011. Household Food Security in the United States in 2010. ERR-125, US Dept. of Agriculture, Econ. Res. Serv.

است که سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد ملزم به ارائه غذا برای همه نخواهد بود. در عوض، دولت باید اطمینان حاصل کند که هرکس، فرصت های منطقی برای فراهم سازی غذای سالم برای خود و خانواده اش را بدست آورد. کنت^۱ (۲۰۱۰) تأکید می کند که "حقوق انسانی عمدتاً در راستای حفظ کرامت انسانی است نه برآوردن نیازهای فیزیولوژیکی. عزت از تغذیه شدن ناشی نمی شود. عزت از طریق فراهم سازی برای خود می آید." حفظ شأن و منزلت افرادی که ممکن است به نوعی به غذا نیاز داشته باشند، در برنامه های کمک غذایی نیست؛ در جایی که استقلال، اعتماد به نفس و توانایی فراهم کردن خانواده ی خود بسیار ارزشمند است.

مهمترین مسئولیت، این بود که به طور کامل حق تأمین غذای سالم و یک رویکرد مبتنی بر حقوق به امنیت غذایی را تأیید کند، به دنبال ریشه های گرسنگی، عدم امنیت غذا و عدم دسترسی به آنها و از بین بردن آنها باشد. این علل ریشه ای شامل نبود حداقل دستمزد زندگی، بیکاری و نژادپرستی ساختاری است که منجر به نابرابری بین دسترسی به غذا و نتایج بهداشتی مرتبط با رژیم های غذایی سفید پوست ها و اقلیت ها می شود (آلیمو^۲، ۲۰۰۵).

یکی دیگر از علل ریشه ای مهم، قدرت سیاسی نامتناسب صنایع غذایی است که غذاهای ناسالم نسبتاً ارزان را تهیه می کند و محیط غذایی ناسالم را به وجود می آورد که بیش از حد مواد غذایی و غذاهای فرآوری شده ای را در فروشگاه های خرده فروشی ارائه می دهد؛ تعداد زیادی رستوران فست فود؛ و تبلیغات تمام عیار برای کالاها و محصولات غذایی ناسالم دارد. دومین مجموعه وظایف جدید و در حال حاضر ناامیدانه، شناسایی گروه هایی است که حقوق مواد غذایی آنها نقض شده است، ارزیابی ظرفیت فعلی آنها برای دستیابی به حق شان برای غذای سالم است و آنچه که آنها برای تحقق حقوق خود نیاز دارند، و آنها را به طور صریح در تصمیم گیری در مورد برنامه ها و سیاست های غذا اضافه می کند. سومین مسئولیت جدید این است که به طور کامل سیاست و برنامه های کشاورزی و تجاری داخلی و بین المللی ارزیابی

¹ Kent, G., 2010. The human right to food and dignity. Human Rights 37 (1), 3e6.

² Alaimo, K., 2005. Food insecurity in the United States: an overview. Topics in Clinical Nutrition 20 (4), 281e298

شود تا تاثیرات آنها (مثبت و منفی) در مورد حق غذای سالم تعیین گردد. این مراحل به جنبه های لازم، خاص و منحصر به فرد رویکرد مبتنی بر حقوق می پردازد (دسیلوا^۱، ۲۰۰۴).

مسئولیت های دیگر در حق داشتن غذا را می توان به موارد مربوط به سه تعهد در حقوق بشر تقسیم کرد: احترام، حفاظت و تحقق. چیلتون و رز^۲ (۲۰۰۹)، نمونه هایی از این سه نوع تعهد در سطح فردی، خانوار و جامعه را ارائه دادند. "احترام" به معنای آسیب نزدن و اجتناب ورزیدن از دخالت در افرادی که از حق خود استفاده می کنند، است. احتمالاً جنبه رادیکال تر رعایت و احترام حق غذای سالم، حصول اطمینان از دسترسی مردم به مواد غذایی (زمین، ابزار، دانه، آب) و کنترل ابزارهای تولید غذا است. این امر ممکن است باعث شود که تولید بهترین و بالاترین مواد غذایی با استفاده از زمین های عمومی و سایر منابع در مکان هایی صورت گیرد که مواد غذایی سالم محدود دارند. مسئولیت "حفاظت" به معنی جلوگیری از آسیب های شخص ثالث، از جمله آسیب های ناشی از تبعیض در دسترسی به مواد غذایی و منابع مورد نیاز برای تولید آن یا اقدامات صنایع غذایی است که سبب ایجاد و ترویج مواد غذایی و غذای ناسالم در بسیاری از می شود. محفوظ ماندن حق غذای سالم، دولتها را مجبور به حذف یارانه ها می کند که هزینه های ارزان برای بسیاری از غذاهای ناسالم را نسبت به غذاهای سالم به ارمغان می آورد و نقش خود را در محافظت از مردم از تمامی فعالیت هایی که امنیت غذایی محلی را کاهش می دهد، تقویت می کند. رعایت حق غذای سالم نیاز به تنظیم و افزایش نظارت دولت ها دارد تا اطمینان حاصل شود که امنیت غذایی را از بین می برد. اگر چه این نظارت ممکن است در همه سطوح مورد استقبال قرار نگیرد، اما وظیفه دولتها حق غذا، حفاظت از شهروندان در برابر ناامنی غذا و محیط های ناسالم غذا است، نه حفظ ساختار قدرت سیستم غذای موجود.

سایر نمونه ها از راه هایی که دولتها ملزم است که از حق داشتن غذای سالم برخوردار شوند و از آن حمایت کنند، از بررسی سیستماتیک سیاست های داخلی و خارجی مواد غذایی،

¹ daSilva, M.L., 2004. The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: r Towards a Common Understanding Among UN Agencies. Office of the High Commissioner for Human Rights.

² Chilton, M., Rose, D., 2009. A rights-based approach to food insecurity in the United States. American Journal of Public Health 99 (7), 1203e1211

کشاورزی و تجاری منجر خواهد شد. گرین (۲۰۰۹) تغییرات مورد نیاز در سیاست های داخلی برای پیاده سازی حق غذا با تشویق سیستم های غذایی محلی بیشتر را خلاصه کرده و توضیح می دهد: (۱) تغییر یارانه از مزارع بزرگ به مزارع کوچک، (۲) ایجاد انگیزه برای مزارع برای خدمت گرفتن بازارهای محلی، (۳) ارائه بیشتر استمپ های غذایی قوی با قدرت خرید بیشتر برای غذاهای سالم و (۴) ارائه اعتبار برای خرید از منابع غذایی محلی. او موارد زیر را در تغییرات لازم در سیاست های بین المللی کشاورزی و تجاری اضافه کرد: (۱) کاهش واردات و صادرات مواد غذایی، (۲) تامین کمک غذایی توسط خرید از تولید کنندگان محلی کوچک، (۳) کمک های مالی به سازمان های غیر دولتی که بر ظرفیت سازی متمرکز هستند، و (۴) وام های استارت آپ با سود کم برای کشاورزان محلی. هر یک از سیاست های بین المللی پیشنهاد شده گرین، به یک اندازه در داخل کشور به خوبی عمل می کند و هر تغییر سیاست نیاز به حذف یارانه های موجود و جایگزینی آنها با انگیزه ها برای حرکت به سوی سیستم های محلی تر دارد. علاوه بر این، یارانه ها برای سیستم های کشاورزی و سایر سیستم های مواد غذایی که سبب آسیب زیست محیطی می شود، باید حذف شوند و جایگزین انگیزه های انتقال به سیستم های غذایی مناسب تر برای محیط زیست به منظور حفظ حق داشتن غذای سالم به موقع شوند. مسئولیت "تحقق بخشیدن" به تسهیل افرادی که نیازهای غذایی خود را برآورده می کنند و به طور مستقیم غذا را در اختیار دارند، به عنوان آخرین مورد تقسیم شده است، زمانی که مردم نمی توانند این کار را خودشان انجام دهند. پشتیبانی گسترده دولت از ابتکارات مبتنی بر جامعه می تواند به تطبیق بخش تسهیلات این تعهد کمک کند. معیارهای حمایت باید شامل پایداری شدید به عناصر منحصر به فرد روشهای مبتنی بر حقوق و برنامه های خوب برنامه ریزی باشد. تسهیل کننده همچنین می تواند شامل آموزش عمومی در مورد حق غذای سالم و گزینه هایی باشد که مردم باید این حق را داشته باشند. در بلایای طبیعی یا موارد دیگر که افراد قادر به برآورده ساختن نیازهای غذایی خود نیستند، دولت حق غذا، مسئولیت دریافت و عرضه مواد غذایی به شیوه هایی دارد که وظایف را به احترام و حفظ حق داشتن غذای سالم تضعیف نمی کند. این امر مستلزم دریافت غذا از منابعی است که حتی المقدور نزدیک به بحران است و

استفاده از قدرت خرید برای حمایت از کشاورزان با استفاده از روش های سازگار با محیط زیست.

نتیجه گیری

هر انسانی از این حق برخوردار است که از گرسنگی رها باشد و به منابع غذایی ایمن و مغذی دسترسی داشته باشد. به عنوان یک مفهوم حقوق بین الملل بشر، حق بر غذا، دست کم در اسناد رسمی به عنوان یکی از حقوق مسلم بشری مورد موافقت قرار گرفته است. این حق در بندها و موادی از اسناد بین المللی از جمله، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کنوانسیون حقوق کودک و تعداد دیگری از اسناد حقوقی بین المللی دیگر مورد توجه قرار گرفته است. در سطح بین المللی، شورای حقوق بشر (کمیسیون سابق حقوق بشر)، کمیته حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، سازمان جهانی خواربار و کشاورزی (فائو)، اجلاس جهانی غذا و بسیاری سازمان ها و نهادهای بین المللی دیگر در راستای دستیابی به امنیت غذایی در سطح جهانی و رهایی همیشگی بشر از رنج گرسنگی تلاش می کنند. فائو را باید یکی از مهمترین سازمان های تخصصی سازمان ملل متحد دانست؛ چرا که هدف این سازمان تحقق یکی از مهم ترین حقوق بشری، یعنی حق بر غذاست؛ حتی که ارتباطی تنگاتنگ با حق حیات به عنوان اساسی ترین حق بشری دارد. به همین دلیل عملکرد فائو از اهمیت خاصی برخوردار است.

در زمینه فعالیت های این سازمان، به ویژه در مورد حق بر غذای کافی و کشاورزی پایدار، به نظر می رسد فائو باید به انگاره های اساسی توسعه پایدار توجه کند. اهمیت جوامع بومی زنان، کشاورزان خرده پا، دانش بومی و سایر مفاهیم و اصول توسعه پایدار باید در چیدمان برنامه ها و ابتکارات فائو به دقت لحاظ شود. فائو باید از سیاسی کاری پرهیز کرده و نسبت به حفظ استقلال خود در برابر برخی دولت های غربی و از آن مهم تر شرکت های بزرگ چند ملیتی فعال در زمینه تولید و فروش محصولات کشاورزی اهتمام جدی بورزد، در آخرین گزارش خود، فائو اعلام نمود که نه تنها تا سال ۲۰۱۵ تعداد گرسنگان جهان به نیم نمی رسد بلکه جهان دیگر توان تولید غذای کافی برای بشر را ندارد. این دورنمای فاجعه آمیز نشان از خطر

رخداد بحرانی دارد که بسیار دور از ذهن است که بتوان تصور کرد. فائو به تنهایی توان مقابله با آن را دارد. بنابراین و علی رغم نقش اساسی دولت ها در روند تحقق حق بر غذای بشری چه در سطح داخلی و چه در لوای سازمان ملل متحد به نتایج بهتری در زمینه مبارزه با گرسنگی خواهد انجامید.

بخش های قبلی، استدلال کرده که تصویب حق داشتن غذای سالم به غلبه بر ناامنی غذایی در سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد کمک می کند که این موضوع حداقل طی ۱۴ سال گذشته، زمانی که مطالعات طولی برای کنترل ناامنی غذا انجام شده است، یک مشکل مزمن شده است. حق خوردن غذای سالم برای همه مشکلات سیستم غذا نیست، اما درک آن کمک می کند تا مقیاس عمل، مزایا و شیوه های سیستم غذا را تغییر دهد. تصویب این حق و پیروی از دستورالعمل های داوطلبانه بین المللی برای تحقق بخشیدن به آن، اجازه می دهد تا از طریق سطوح مداوم، ناامنی غذایی خود را از بین برود. سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد می تواند به جای اینکه قبول کند که درصد مشخصی از جمعیت همیشه ناامن غذا بماند، می تواند به طور مداوم به کاهش هرچه بیشتر این درصد و تعداد مطلوب کمک کند. نمونه هایی از اقدامات، برنامه ها و سیاست های مبتنی بر حقوق برای افزایش دسترسی به غذاهایی سالم صورت گرفته است که در سایر کشورها با موفقیت انجام شده است (فائو،^۱ ۲۰۱۱). می تواند برای بسیاری از کشورهای در حال توسعه مناسب باشد. یک سیستم غذایی مبتنی بر حقوق منطقی از عناصر ضروری رویکرد مبتنی بر حقوق پیروی می کند. دستورالعمل های داوطلبانه برای حمایت از تحقق بخشیدن به حق غذا در زمینه امنیت ملی ؛ و ابزارهایی که سازمان فائو و سازمان های غیردولتی برای اعمال حق داشتن غذای سالم توسعه داده اند (فائو،^۲ ۲۰۰۵).

ما می توانیم عناصری از تغییراتی را که در سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد رخ می دهد را با نگاهی به چند عنصر ضروری از رویکردهای مبتنی بر حقوق، پیش بینی کنیم. اولین مورد مد نظر، شناسایی ادعاهای حقوق بشر، تعهدات متقابل دولت و سایر بازیگرانی است که حقوق

¹ Food and Agriculture Organization (FAO), 2011. Right to Food. In: Progress and Lessons Learned Through Implementation

² Food and Agriculture Organization (FAO), 2005. Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Food in the Context of National Food Security. FAO, Rome.

بشر را نقض می کنند، و قابلیت ادعای حقوق و احترام / حفاظت / تحقق، حق داشتن غذای سالم است. تغییراتی که از طریق این رویکرد اتفاق می افتد شامل گزارش های عمومی منظم شفاف در مورد پیشرفت هایی است که در حقوق ملی به برنامه غذایی سالم صورت می گیرد و اینکه چرا چالش ها باقی می ماند. عنصر دوم مورد نظر، تعهد به شناسایی و رفع علل نقض حق داشتن غذای سالم است. پذیرش این عنصر به طور کامل منجر به اقدام پژوهشی و برنامه ریزی شده در مورد دستمزد زندگی، نابرابری و توزیع مجدد درآمد خواهد شد. این امر تغییر سیاست تولید و سیاست بازاریابی برای حذف انگیزه برای تولید کالاهای اضافی (یعنی فراتر از مقادیر مورد نیاز برای رژیم های سالم) و حمایت از غذاهای سالم و بهبود دسترسی گسترده به بازارها را ضروری می سازد. این موضوع ممکن است شامل انگیزه هایی برای سیستم های کشاورزی چند منظوره باشد که قوانین غذای سالم را به عنوان بالاترین اولویت خود تشخیص می دهد، اما با سایر وظایف کشاورزی که با اهداف فرهنگی، معیشتی و زیست محیطی مواجه هستند، تعادل ایجاد می کند. به طور موثر به موانع ناشی از عدم امنیت غذایی می پردازد. مالیات بر تبلیغات و فروش مواد غذایی ناسالم، با درآمد مالیاتی که برای تأمین آموزش در مورد غذای سالم یا پرداخت یارانه های سالم تر استفاده می شود، استفاده بیشتری از چنین بازار هایی را تشویق می کند. عنصر سوم رویکردهای مبتنی بر حقوق برای در نظر گرفتن، نیاز به ایجاد ظرفیت شهروندان و نهادهای عمومی است تا به طور مداوم، احترام / حفاظت / تحقق، حق داشتن غذای سالم داشته باشند. اگر این عنصر به کار برده شود، مردم در محل فروش، در مورد ارزش غذایی و تاثیرات روش های تولید غذا، اطلاعات بهتری را دریافت خواهند کرد. آموزش عمومی در مورد حق داشتن غذای سالم در بسیاری از موارد در دسترس خواهد بود. چهارمین عنصر ضروری که باید مورد توجه قرار گیرد این است که نیاز به مشارکت ذینفعان در تصمیم گیری مشارکتی و دموکراتیک باشد. انجمن های ملی (احتمالاً مرتبط با شوراهای سیاستگذاری مواد غذایی) تصمیم می گیرند و درباره نوع سیستم غذایی که مردم می خواهند با اطلاعات کامل برای بحث در مورد اثرات زیست محیطی، اجتماعی، بهداشتی و اقتصادی از گزینه ها، بحث می کنند. عنصر نهایی روش های مبتنی بر حقوق برای در نظر گرفتن، الزام ایجاد مکانیسم پاسخگویی و شاخص های نظارت بر پیشرفت و نتایج است. این رویکرد مستلزم

توسعه و روشن ساختن ارتباطات در مورد برنامه ملی برای از بین بردن گرسنگی، تغذیه بیش از حد و کمبود تغذیه است. این برنامه، مسئولیت بازیگران اصلی و سازمان های دولتی را مشخص می کند و معیارهای تغییر را تعیین می کند. نتایج به دست آمده از پذیرش وظایف ذاتی حق استفاده از مواد غذایی سالم و رویکرد مبتنی بر حقوق، باید با دقت مورد نظارت و ارزیابی قرار گیرد، همانطور که سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد به دنبال تحقق بخشیدن به این حق است. با این وجود، تعیین برخی از نتایج پیاده سازی یک رویکرد مبتنی بر حقوق، دشوار است. نتایج کیفی تر شامل احترام بیشتر برای دریافت کنندگان کمک غذایی است. غذا و آموزش و پرورش، حقوق اجتماعی هستند که به بهترین نحو از طریق معانی اجتماعی تحقق می یابد نه از طریق اقدامات و مسئولیت های فردی.

نتیجه احتمالی پذیرش حق داشتن غذای سالم، تمرکز بیشتری بر کودکان، به عنوان یک گروه غیر معمول به خصوص آسیب پذیر، می باشد و از برآورده سازی حقوق آنها به شیوه ی مناسب حمایت می کند. این امر به نسل بعدی اجازه می دهد که بدون هیچ گونه اختلال رشد و پیشرفت ناشی از ناامنی غذایی، رشد کند (کوک و فرانک، ۲۰۰۸). این یک نیاز اساسی به دلایل داخلی است، با توجه به اینکه جمعیت جهان در حال پیر شدن است و مراقبت از نسل بعد به جوانان و کودکان امروز برمی گردد. همچنین این موضوع مهم است زیرا هزینه های درمان بیماری های مرتبط با رژیم غذایی به سرعت در حال افزایش است، از آنجا که اثرات تجمعی یک عمر خوردن غذا بسیار پردازش شده و مواد غذایی با مواد مغذی ناسالم، بر روی طول عمر افراد مسن بیان شده است. هزینه های برنامه های بهداشت عمومی بسیار زیاد خواهد بود مگر اینکه از این بیماری ها، با خوردن غذای سالم در طول عمر، ممانعت شود (وانگ^۱، ۲۰۱۱).

شناخت حق داشتن غذای سالم از طریق تغییرات سیاسی نظیر آنچه که در بالا ذکر شد، مزایای زیست محیطی و اقتصادی را افزوده است، زیرا انگیزه ها به شیوه های سازگار با محیط زیست تبدیل شده اند و کشاورزان یارانه برای ارائه خدمات محیط زیست برای حفظ ظرفیت تولید در

¹ Wang, C.Y., McPherson, K., Marsh, T., Gortmaker, S., Brown, M., 2011. Health and economic burden of the projected obesity trends in the USA and the UK. *Lancet* 378, 815e825

آینده دریافت کرده اند. با داشتن برنامه هایی که افراد کم درآمد را قادر می سازد تا غذا را برای خودشان رشد دهند مزایای اقتصادی و شغل های جدید ایجاد شده در این مکان ها نیز وجود خواهد داشت. شناخت حق داشتن غذای سالم، منافع بین المللی و همچنین منافع داخلی را به همراه خواهد داشت. هماهنگ سازی و همترازی برنامه های توسعه کشاورزی و برنامه های کمک مواد غذایی سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد با عناصر رویکرد مبتنی بر حقوق، سرمایه گذاری مستقیم خارجی را به طور مؤثرتر به افراد ناامن غذایی هدایت می کند. از بین بردن سیاست های فرهنگی و تجاری و کشاورزی که امنیت غذایی را برای مردم در کشورهای در حال توسعه تضعیف می کند. ترکیب بهترین گزینه ها برای بهبود دسترسی به غذای سالم از امنیت غذای جامعه و حاکمیت مواد غذایی با بهترین برنامه های کمک غذایی دولت ها، امید واقعی می دهد. زیرساخت و آژانس هایی که برای اجرای برنامه های سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد توسعه داده شده اند، ممکن است به روشی مبتنی بر حقوق تبدیل شوند که شأن و احترام گیرندگان را حفظ می کنند و ظرفیت خود را برای راه حل های مخصوص به خود ایجاد می کنند. زیرساخت ها و آژانس هایی که در توسعه بین المللی کشاورزی و کمک های غذایی مشارکت دارند ممکن است به رویکرد مبتنی بر حقوقی مبدل شوند که فراتر از افزایش دسترسی به مواد غذایی می روند و نیز دسترسی به آنها را افزایش می دهند، عوامل موثر بر استفاده از غذا و ثبات و انعطاف پذیری عرضه مواد غذایی را نیز افزایش می دهند. در برنامه های داخلی و بین المللی، ارزیابی کامل مسئولیت های مربوط به احترام، حفاظت و تحقق بخشیدن به حق غذای سالم، تغییرات اساسی را ضروری می سازد. اما اسناد و مدارک فراوانی در مورد روشهای مبتنی بر حقوق وجود دارد که این تغییرات را از طریق سازمان خواربار و کشاورزی ملل متحد و سازمانهای غیردولتی از مرکز بین المللی هدایت می کند که می توانند به این کار کمک کنند. کشور ما ایران می تواند با بهره گیری از بهترین برنامه های فعلی و سرمایه گذاری ثروت، خود را در از بین بردن ناامنی غذا و گرسنگی حد تعالی برساند. همچنین شاید حتی بهتر از آن، بتواند به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مردم خود احترام بگذارد، و این حق را محفوظ بدارد.

منابع

- آقایی، سیدداوود، سازمانهای بین المللی، انتشارات رات نسل نیکان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۹۰.
- بیگزاده، ابراهیم، تقریرات درس حقوق بین الملل عمومی ۲، ص ۱۰۰.
- راسخ، محمد، تئوری حق و حقوق بشر بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۱، ص ۲۲.
- مصفا، نسرین. مستقیمی، بهرام. چالش‌های کمک‌های بشردوستانه در خاورمیانه، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول. ۱۳۸۶.
- Alaimo, K., 2005. Food insecurity in the United States: an overview. *Topics in Clinical Nutrition* 20 (4), 281e298
- Anderson, M.D., 2008. Rights-based food systems and the goals of food system reform. *Agriculture & Human Values* 25, 593e608.
- Vernon, J.A., 2007. *Hunger: a Modern History*. Belknap Press of Harvard University
- Maxwell, S., Smith, M., 1992. Household food security: a conceptual review. In: Maxwell, S., Frankenberger, T. (Eds.), *Household Food Security: Concepts, Indicators, Measurements*. United Nations Children's Fund e International Fund for Agricultural Development, New York, pp. 1e72.
- González, Humberto, 2010. Debates on food security and agrofood world governance. *International Journal of Food Science & Technology* 45, 1345e1352.
- Kent , George , *Freedom From Want , The Human Right to Adequate Food* , Gorge town University Press , Washington , D.C , 2005 , p78.
- Oliveira, V., 2007. *The Food Assistance Landscape: FY 2006 Annual Report*. Economic Information Bulletin No. EIB-6e2, Economic Research Service, US Department of Agriculture.
- Oliveira, V., March 2011. *The Food Assistance Landscape, FY 2010*. Food Assistance and Nutrition Research Report No. EIB-6-8, US Department of Agriculture.
- Mabli, J., Cohen, R., Potter, F., Zao, Z., January 2010. *Hunger in America*. National Report Prepared for Feeding America by Mathematica Policy Research, No. 06251e06600. Mathematica Policy Research, Princeton, NJ.
- Coleman-Jensen, A., Nord, M., Andrews, M., Carlson, S., September 2011. *Household Food Security in the United States in 2010*. ERR-125, US Dept. of Agriculture, Econ. Res. Serv
- Cook, J.T., Frank, D.A., 2008. Food security, poverty, and human development in the United States. *Annals of the New York Academy of Sciences* 1136, 193e209.

- Leftin, J., Wolkwitz, K., June 2009. Trends in Supplemental Nutrition Assistance Program Participation Rates: 2000e2007. USDA, Food and Nutrition Service, Alexandria, VA.
- Riches, G., 2002. Food banks and food security: welfare reform, human rights, and social policy. *Lessons from Canada? Social Policy and Administration* 36 (6), 648e663
- Daponte, B.O., Page, S., 2006. How the private food assistance network evolved: interactions between public and private responses to hunger. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly* 35 (4), 668e690.
- Nestle, M., 2007. *Food Politics: How the Food Industry Influences Nutrition and Health*. Revised and Expanded Edition. University of California Press, Berkeley, California.
- Dowler, E., 2003. Food and poverty: insights from the north. *Development Policy Review* 21 (5e6), 569e580
- Jarosz, L., 2011. Defining world hunger. *Food, Culture & Society* 14 (1), 117e139.
- Mooney, P.H., Hunt, S.A., 2009. Food security: the elaboration of contested claims to a consensus frame. *Rural Sociology* 74 (4), 469e497.
- Ver Ploeg, M., Breneman, V., Farrigan, T., Hamrick, K., Hopkins, D., Kaufman, P., Lin, B., Nord, M., Smith, T., Williams, R., Kinnison, K., Olander, C., Singh, A., Tuckermanty, E., June 2009. *Access to Affordable and Nutritious Food: Measuring and Understanding Food Deserts and Their Consequences: Report to Congress*. Economic Research Service, US Department of Agriculture, Administrative Publication No. AP-036.
- Dahlberg, K.A., 1994. *Food Policy Councils: the Experience of Five Cities and One County*. Department of Political Science, Western Michigan University, Kalamazoo, MI.
- Smith, J.N., 2010. *Growing a Garden City*. Skyhorse Publishing.
- Stohlberg, S.G., 20 January 2011. Wal-Mart Shifts Strategy to Promote Healthy Foods. *New York Times*.
- Hastings, A., 17 February 2011. *Food System Planning*. Delaware Valley Regional Planning Commission. Available at: [http://www.dvrpc.org/Food/High Level Panel of Experts \(HLPE\)](http://www.dvrpc.org/Food/High Level Panel of Experts (HLPE), 2011. Price Volatility and Food Security. A Report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security, Rome), 2011. *Price Volatility and Food Security. A Report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security, Rome*.
- Greene, J.M., 2009. Localization: implementing the right to food. *Drake Journal of Agricultural Law* 14, 377e399.
- Coleman-Jensen, A., Nord, M., Andrews, M., Carlson, S., September 2011. *Household Food Security in the United States in 2010*. ERR-125, US Dept. of Agriculture, Econ. Res. Serv.
- Kent, G., 2010. The human right to food and dignity. *Human Rights* 37 (1), 3e6.

daSilva, M.L., 2004. The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies. Office of the High Commissioner for Human Rights.

Chilton, M., Rose, D., 2009. A rights-based approach to food insecurity in the United States. American Journal of Public Health 99 (7), 1203e1211.

Vidar, M.2003. Implementing The Right to food: Achievement, shortcomings and challenge: Advantages of framework Law, keynote address by FAO legal officer, Indian Social institute, new Delhi.

تمایز توکیل و تفویض وکالت در حقوق ایران

علی پولادی^۱، دکتر جهانبخش غلامی^{۲*}، دکتر بهنام قنبرپور^۳

۱- دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم شهر، ایران

۲- عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم شهر، ایران. (نویسنده مسئول)

۳- عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم شهر، ایران.

چکیده

منظور از وکالت در توکیل این است که وکیل حق اعطای وکالت به دیگری داشته باشد. در فرض توکیل به غیر، تعیین جایگاه وکیل دوم و آثار آن از اهمیت فراوانی برخوردار است. اینکه وکیل دوم در عرض وکیل اول قرار گرفته یا در طول او باشد، آثار متفاوتی به دنبال خواهد داشت. پس از توکیل به غیر، اختیارات هر یک از وکلا نیز می تواند مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. بر این اساس، این پژوهش بررسی تمایز توکیل و تفویض وکالت در حقوق ایران می باشد. نتایج پژوهش حاکی از آن است که برخلاف توکیل به غیر که در آن وکیل اول در رابطه باقی می ماند تفویض وکالت باعث حذف وکیل اول از رابطه به نظر می رسد این موضوع در عقد وکالت به لحاظ ماهیت خاص آن از اهمیت فراوانی برخوردار است. عقد وکالت از عقود اذنی است که در آن اعتماد طرفینی به ویژه موکل به وکیل جنبه اساسی دارد.

واژگان کلیدی: توکیل، تفویض، وکالت، حقوق ایران.

مقدمه

ضرورت سرعت و دقت در انجام معاملات به ویژه نقل و انتقال املاک و اتومبیل و تعدد غیر متعارف استعلامات و مقدمات تنظیم اسناد رسمی مربوط به آنها از یک طرف و فقدان امکان

اتصال به شبکه اطلاعات مالیاتی، سجل احوال، شهرداری، راهنمایی و رانندگی و ثبت اسناد و املاک به سیستم رایانه دفاتر اسناد رسمی، همچنین وجود مکانیزم عقب مانده بوروکراسی از طرف دیگر موجب رشد بی سابقه به اصطلاح "معاملات وکالتی" شده و متعاقب آن تنظیم اسنادی زیر عنوان "تفویض وکالت" و "توکیل وکالت" در دفاتر اسناد رسمی متداول و مرسوم گردید. شیوع استفاده از ابزار وکالت تا به حدی است که گاه برای یک مال مشخص چندین عقد وکالت منعقد می‌گردد. برای مثال الف که مالک ملک است، طی وکالت نامه‌ای به آقای ب، وی را وکیل خود در فروش ملک می‌نماید. ب نیز در مرحله دیگری ج را وکیل می‌نماید. به این ترتیب، این سلسله به طور مداوم ادامه می‌یابد. اما نکته‌ای که در تفاوت تنظیم وکالت نامه‌های فوق جالب توجه است این که، در وکالت آقای الف به ب عموماً سند وکالت نامه به شکل زیر تنظیم می‌شود، "مورد وکالت: فروش و انتقال قطعی یک دستگاه آپارتمان یا اتومبیل ... به هرکس ولو به شخص خود به هر مبلغ .." در حدود اختیارات نیز می‌خوانیم، "وکیل مرقوم جهت انجام مورد وکالت، حق توکیل به غیر ولو کراراً و مع الواسط و با حق تفویض اختیارات دارد".

اما در وکالت ب به ج عمدتاً سند وکالت نامه حاوی مندرجاتی به شرح زیر است، "آقای ب بعد الحضور در دفتر از حق توکیل به غیر خود در وکالت نامه شماره ... استفاده نموده و انجام کلیه امور مربوط به وکالت نامه فوق الذکر را که از طرف آقای الف دارا بود عیناً و بدون هیچ کم و کاست تفویض نمود به ج، به نحوی که در انجام مورد وکالت نامه فوق الذکر نیازی به حضور و امضا و اجازه مجدد مفوض نبوده و مفوض الیه فوق الذکر جانشین رسمی و قائم مقام قانونی ایشان در انجام مورد وکالت قرار گرفت ... با تنظیم این سند دیگر هیچ حق و حقوقی و اختیاری در مورد وکالت برای مفوض باقی و متصور نمی‌باشد."

این تفاوت مندرجات که سبب تفاوت عنوان دو سند فوق نیز شده (به نحوی که اولی را با عنوان وکالت نامه می‌شناسند و دومی را با عنوان وکالت نامگذاری کرده‌اند) به نظر برخی تنها محدود به شکل و ظاهر نبوده و نشان از تفاوتی ماهوی دارد، تفاوتی که سبب می‌شود به تفویض وکالت با دیدی جدید نگریسته تا مبانی و ماهیت آن مشخص شود.

در ماده ۶۷۲ قانون مدنی، مبتنی بر فقه امامیه آمده است "وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قراین، وکیل در توکیل باشد." این ماده وکالت در توکیل را به عنوان استثنا مطرح نموده و جواز آن را منوط به اذن صریح موکل یا دلالت قرائن کرده است. منظور از وکالت در توکیل این است که وکیل حق اعطای وکالت به دیگری داشته باشد. در فرض توکیل به غیر، تعیین جایگاه وکیل دوم و آثار آن از اهمیت فراوانی برخوردار است. اینکه وکیل دوم در عرض وکیل اول قرار گرفته یا در طول او باشد، آثار متفاوتی به دنبال خواهد داشت. پس از توکیل به غیر، اختیارات هر یک از وکلا نیز می تواند مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. در این حالت می توان قائل به وجود حق توکیل برای وکیل دوم یا حق اعطای وکالت بلاعزل برای وکیل اول شد یا اختیارات ویژه ای را برای وکیل اول در فرض توکیل به وکیل دادگستری در نظر گرفت، یا بالعکس قائل به وجود چنین اختیاراتی برای وکلا نگشت. مفهوم و جواز توکیل به غیر، تعیین جایگاه وکیل دوم و آثار آن، حدود اختیارات آمده است و ماده ۶۵۶ ق. م نیز "نیابت" را در تعریف وکالت به کار برده است. مشهور فقها همان گونه که گفتیم وکالت را استنباه در تصرف خوانده اند. (حلی ۱۴۰۹، ص ۴۲۶؛ نجفی، ۱۳۹۴: ص ۳۴۷) حق توکیل به غیر نیز چیزی جز وکالت داشتن همراه با وجود حق اعطای وکالت به دیگری نیست، در واقع وکالت ثانوی که عقدی فرعی محسوب می شود و تلابع وکالت اولیه می باشد نیز استنباه در تصرف است، زیرا همان اذنی که وکالت اولیه را با قبول وکیل اول ایجاد می کند، به وکالت ثانوی نیز تسری می یابد و وکیل دوم به جهت وجود اذن اولیه، جایز در تصرف می گردد.

بنابراین آثار کلیه اعمال حقوقی صورت پذیرفته توسط وکیل دوم نیز دامن گیر موکل می شود. از این رو می توان گفت توکیل به غیر و وکالت ثانوی، چیزی جز استنباه در تصرف نیست.

قانون مدنی مقرر می دارد "وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قراین، وکیل در توکیل باشد." (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۱۷۲) لذا قانون مدنی ایران مبتنی بر این مساله و متأثر از فقه امامیه در ماده ۶۷۲، اصل را بر منبع توکیل به غیر قرار داده است مگر اینکه موکل به گونه ای صریح، چنین اذنی را به وکیل داده یا به دلالت قراین

وکیل مجاز دربرگزیدن جانشین برای خود باشد تصریح موکل هنگامی که موکل حین اعطای وکالت به وکیل، در صورتی که وکالت شفاهی باشد، صریحاً بگوید که حق توکیل دارد و در صورتی که اعطای وکالت کتبی باشد و وکالت نامه بین طرفین تنظیم شده باشد، در وکالت نامه به وجود چنین حقی برای وکیل تصریح شود. البته این امر مانع از آن نیست که موکل در خارج از وکالت نامه به وجود چنین حقی برای وکیل تصریح نماید.

ممکن است وکیل به طور ضمنی و به دلالت قراین وکیل در توکیل باشد، به عنوان نمونه (در وکالت عام و مطلق) وقتی حجم کارهایی که موکل به وکیل سپرده، گسترده باشد یا مثلاً در صورتی که "الف" به "ب" که شخص غیر از وکیل دادگستری است وکالت دهد تا برای احقاق حق او اقامه دعوا کند، ناچار باید حق توکیل "ب" را به رسمیت پذیرفت زیرا هیچ کس نمی تواند در دادگاه به اقامه دعوا مبادرت ورزد مگر آنکه اصیل باشد یا وکیل دادگستری. بنابراین اگر در مورد فوق حق توکیل وکیل را به رسمیت نشناسیم، اصل وکالت منتفی است در واقع به بطلان وکالت نظر داده ایم در حالی که اصل بر صحت عقود است، در نتیجه می توان گفت در اینجا موکل به طور ضمنی به وکیل اختیار توکیل هم اعطا نموده است.

بخش دوم - مفهوم تفویض وکالت به غیر

تفویض در لغت به معنای واگذاری تفویض وکالت، برخلاف توکیل وکالت که به معنای نیابت دادن به دیگری برپا انجام مورد وکالت می باشد (خردمندی، ۱۳۸۲: ۸۵) لذا تفویض با توکیل متفاوت است.. در توکیل به غیر اختیارات توکیل کننده باقی است اما در تفویض اختیار، اختیار تفویض کنند زائل می شود (معتمدی، ۱۳۹۰: ۳۱). برخی از حقوقدانان نیز در تایید موضوع اخیر گفته اند در صورت تفویض اختیار در تعیین مهر، اگر شخص ثالث از قبول سمتی که به او تفویض شده است امتناع ورزد یا پیش از تعیین مهر بمیرد یا مجنون شود اختیار تعیین مهر با دادگاه است مگر این که تراضی برداور دیگر شود (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۳۱)

تفاوت اساسی بین تفویض و توکیل این است که در توکیل به غیر وکیل اراده موکل خویش را بیان می کند و تابع نظر موکل است اما در تفویض مفوض الیه مطابق نظر خود اقدام نموده و تابع نظر مفوض نیست (صفایی، ۱۳۶۰: ۸۱). لذا در تفویض وکالت، وکیل اول حق انجام موضوع را

از دست می دهد (غریبه، ۱۹۱: ۱۳۸۵)، مدنی، ۱۳۸۶: ۹۰-۹۱)، با توضیحات ارائه شده از تفویض و کالت و آنچه به عنوان مصداق بارز این نهاد حقوقی در حقوق ما شناخته شده است دقیقاً منطبق با نهاد انتقال قرار داد می باشد (مقدم، ۱۳۸۶، ۲۲۹-۲۴۲). بنابراین به منظور واکاری امکان یا عدم امکان تحلیل نهاد "تفویض" در قالب انتقال قرار داد به ناگزیر ابتدا به بررسی اجمالی انتقال قرارداد و سپس به نهاد "تفویض" می پردازیم.

گفتار اول - معرفی اجمالی انتقال قرارداد

مطالعه تفصیلی نهاد انتقال قرارداد را به منابع تخصصی آن وامی گذاریم و در اینجا تنها به ذکر چند خصیصه اصلی نهاد فوق اشاره می کنیم؛

۱- از موارد که ممکن است شخص ثالثی قائم مقام طرف عقد واقع شود، فرضی است که یکی از دو طرف، وضع حقوقی خود را اعم از حقوق و تعهدهای ناشی از قرارداد به دیگری انتقال می دهد و او را در این خصوص، قائم مقام خود می کند (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۲۹).

۲- در تنوری انتقال قرارداد به خود قرارداد به صورت عینی و صرف نظر از طرفین آن نگریده می شود؛ موجودی مستقل که می تواند موضوع انتقال قرار گیرد.

۳- در حقوق ایران به نهاد فوق آن گونه که باید و شاید پرداخته نشده است. اما می توان مصادیق پراکنده ای برای آن در قوانین مختلف یافت، از جمله؛ ماده قانون مدنی در اجاره، ماده ۱۷ قانون بیمه و ماده ۱۲ قانون کار در مورد تغییر حقوقی در وضعیت مالکیت کارگاه.

۴- برای انتقال قرارداد، رضایت طرف قرارداد لازم است؛ چه یکی از تبعات اصلی آزادی قراردادی، آزادی انتخاب طرف قرارداد می باشد طرف اصلی قرارداد با اختیار، فردی را به عنوان طرف معامله با خود انتخاب کرده است؛ بنابراین تغییر این فرد نیز باید همراه با رضایت وی باشد... برخی از متون قانونی نیز همین برداشت را تقویت می کند. برای مثال ماده ۵۴۱ در مزارعه، ماده ۵۴۵ در مسافات و ماده ۵۵۴ در مضاربه از مواردی است که در آن قانونگذار (مدنی) به لزوم رضایت اشاره دارد.

۵- در انتقال قرارداد، یکی از طرفین عقد- که آن را طرف اصلی قرارداد می نامیم - ثابت باقی می ماند اما شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می گردد. در واقع، هدف این است

که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص ثالث منتقل گردد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۰) مهم ترین اثر انتقال قرارداد نیز فی الواقع همین است که انتقال دهنده از رابطه حقوقی کنار رفته و انتقال گیرنده، قائم مقام خاص (منتقل الیه) اول در عقد از حیث کلیه حقوق و تعهدات می گردد. به نحوی که شخص ثالث دارای کلیه حقوق انتقال دهنده شده و متعهد به کلیه تکالیفی می گردد که انتقال دهنده برعهده داشته است. از طرف دیگر، با کنار رفتن انتقال دهنده، وی درخصوص کلیه تعهداتی که به عهده گرفته بود بری شده و همچنین دیگر از هیچ حقی برخوردار نمی گردد.

گفتار دوم- شرایط تفویض

در بیان شرایط تفویض جهت حدود، توجه به نکات زیر لازم است، اول آنکه تفویض یک قرار داد محسوب می شود و تابع قواعد عمومی قراردادها است بر همین مبنا، در این قسما به این شرایط نخواهیم پرداخت. دوم آنکه نسبت "وکالت" با "تفویض" به لحاظ منطقی "عموم و خصوص مطلق" است. به این تعبیر هر تفویضی همراه با توکیل می باشد اما لزوماً هر توکیل می باشد اما لزوماً هر توکیلی، تفویض نیست. به این ترتیب و با توجه به نسبت منطقی این دو از نسبت های چهارگانه علم منطق، در این قسمت به بیان شرایط اختصاصی وکالت نخواهیم پرداخت. اما مهم ترین شرطی که در خصوص شرایط تفویض قابل ذکر است، وجود اختیار تفویض در حیطه اختیارات مفوض است وکیل باید اختیار تفویض و توکیل به غیر را داشته باشد تا بتواند دیگری را برای انجام مورد وکالت وکیل گرداند (صادقی، ۱۴۲۰: ۱۵۴-۱۵۵) دلیل این لزوم نیز این است که وکالت، عقدی اذنی است، وکیل اذن در اقدام می یابد و صاحب حق مستقلی نیست تا بتواند آن را به دیگری انتقال دهد (یزدی، ۱۴۲۰: ۲۱۴-۲۱۵). از طرف دیگر، عقد وکالت از جمله عقود است که شخصیت وکیل علت عمده عقد محسوب می شود. موکل از روی شناختی که از وکیل خود دارد به وی اعتماد کرده و او را وکیل خود می گرداند، لذا وکیل نمی تواند بدون رضایت موکل دیگری را وکیل بنماید. براساس نکته فوق می توان گفت که اصل بر عدم وجود اختیار توکیل برای وکیل می باشد، اختیار توکیل امری

استثنایی محسوب می شود که باید در حیطه اذن موکل بگنجد تا وکیل اختیار توکیل بیابد لذا ماده ۶۷۲ قانون مدنی در تایید همین نتیجه مقرر می دارد:

" وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد."

در صورتی که به اختیار وکیل در امکان توکیل به غیر تصریح شده باشد، تردیدی در اختیار وکیل برای انتخاب وکیل دیگر نیست (حلی، ۱۴۰۹: ۲۷۰) اما تنها با تصریح نیست که وکیل، اختیار توکیل می یابد بلکه اختیار توکیل با اراده ضمنی نیز پذیرفته شدنی است. فقها در صورتی که نصی وجود نداشته باشد اما از ظواهر امر امکان توکیل برداشت شود نیز توکیل را پذیرفته اند. برای مثال، در حالتی که موکل در بیان حدود اختیار وکیل به وی گفته باشد که به هر نحو که می خواهی اقدام کن یا از ظواهر امر برآید که مثلاً اقدام به مورد وکالت دور از شا نوکیل باشد یا وکیل در زمان انعقاد وکالت ناتوان از انجام مورد وکالت باشد، این موارد قرائنی می تواند باشد یا وکیل در زمان انعقاد وکالت ناتوان از انجام مورد وکالت باشد، این موارد قرائنی می تواند باشد مبنی بر اینکه وکیل اختیار توکیل به غیر را دارد (شهید ثانی، ۱۳۸۷: ۳۷۴-۳۷۶).

حال باید ضمانت اجرای حالتی را بررسی کرد که وکیل، حق توکیل ندارد لیکن دیگری را وکیل می گرداند. در این حالت، اقدام انجام شده توسط وکیل دوم فضولی محسوب خواهد شد و اگر خسارتی نیز متوجه اصیل شده باشد، ماده ۶۷۳ ق. م. حاکم خواهد بود. براساس این ماده در صورتی که وکیل اول حق توکیل نداشته باشد اما انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هریک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خسارتی که مسبب محسوب می شود، مسؤول خواهد بود.

نوع مسؤولیت وکیل اول در خصوص موکل به این دلیل که از قرار داد تخلف نموده "قراردادی" است لیکن در رابطه موکل و وکیل دوم "مسؤولیت قهری" حاکم است اما قانونگذار بدون تفکیک میان شرایط دو حالت فوق، مسؤولیت را تنها در صورت برقراری رابطه سببیت ممکن دانسته است.

اختیار توکیل همانند سایر اختیارات وکیل وابسته به اذن موکل است. اذا همان طور که خود وکیل قابل عزل است اختیارات وی نیز قابل سلب شدن می باشد. حال فرض کنیم موکلی به وکیل خود اختیار توکیل داده باشد وکیل نیز دیگری را وکیل خود گردانیده باشد اما پیش از توکیل، موکل این اختیار را از وکیل گرفته باشد ولی خبر این تحدید حدود اختیارات، بعد از توکیل، به وکیل اول رسیده باشد، آیا این توکیل صحیح است یا خیر؟ پاسخ این سؤال آن زمان مهم جلوه گر خواهد شد که وکیل دوم در این فاصله اقدامی نیز انجام داده باشد. به نظر نگارنده، اگر بپذیریم سلب اختیارات در واقع عزل جزئی وکیل محسوب می شود، از ماده ۶۸۰ ق.م.م می توان برای ارائه پاسخ سؤال فوق استفاده کرد. این ماده مقرر می دارد:

"تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است"

لذا تا قبل اطلاع وکیل از سلب حق توکیل، اختیار وی باقی محسوب شده و توکیل وی صحیح خواهد بود.

بخش سوم - مقایسه آثار توکیل به غیر

الف- فرضی که موضوع وکالت انتخاب وکیل است

در این حالت موضوع وکالت انتخاب وکیل است و با انجام موضوع وکالت، وکالت اول منفسخ می شود (ماده ۶۸۳ قانون مدنی) وکیل اول نسبت به قراردادی که منعقد کرده شخص ثالث محسوب و آثار عقدی که وکیل منعقد کرده در حق موکل ظاهر می شود و همچنین از آنجایی که وکالت وکیل اول منفسخ شده است حق عز وکیل دوم را ندارد و پس از انتخاب وکیل نیز فوت و حجر وی اثری بروکالت ثانوی نخواهد داشت (ایزانلو، پور قربانی، ۱۳۹۰: ۱۳-۱۲). این وضعیت بیشتر در خصوص انتخاب وکیل دادگستری رخ می دهد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۱۷۱).

ب- فرض رابطه طولی و عرضی وکلاء و موکل

برای روشن شدن موضوع در ابتدا از بقای طرف اصلی قرار داد که در عقد وکالت، موکل نامیده می شود، شروع می کنیم. در این مورد، قابل ذکر است که تقریباً هیچ تردیدی وجود

ندارد که در مورد تفویض، موکل پابرجا مانده و از رابطه حقوقی حذف نمی‌گردد. حتی می‌توان گفت که وکیل دوم، در هر صورت، وکیل موکل محسوب می‌شود، چه وقتی آثار تمام اعمالی که وکیل دوم انجام می‌دهد به پای موکل نوشته می‌شود چگونه می‌توان وی را وکیل موکل ندانست؟ بریا همین است که فقها به امکان عزل وکیل دوم توسط موکل تصریح کرده‌اند و یا به پایان وکالت وکیل با فوت و حجر موکل اشاره کرده‌اند (روحانی، ۱۴۱۸: ۲۹۰). بنابراین با نکته فوق‌تردید در ایجاد یکی از آثار انتقال قرارداد با تفویض نیست اما تردید در خصوص حذف یا عدم حذف وکیل اول از رابطه حقوقی هنوز باقی است. در این خصوص توجه به این نکته لازم است که نباید چنین پنداشت که تمامی موارد توکیل با نهاد تفویض تطبیق می‌کند. در واقع توکیل (از ب به ج) خود می‌تواند حالت‌های مختلفی داشته باشد. این حالت‌ها براساس بقا یا حذف وکیل اول از رابطه حقوقی قابل تقسیم است. براین اساس حالت‌های مختلف توکیل را می‌توان به شرح زیر شمارش کرد.

گاه با انتخاب وکیل دوم، وکیل اول نیز همچنان در عرصه باقی می‌ماند. در این حالت رابطه وکیل اول و دوم گاه به صورت عرضی و گاه به صورت طولی است.

الف - رابطه عرضی: به این نحو که ب، ج را نه بصورت وکیل خود، بلکه به عنوان وکیل الف (موکل اصلی) انتخاب می‌کند. در این حالت الف وب به صورت هم‌عرض درکنار یکدیگر قرار گرفته‌اند. بنابراین:

اولاً، چون هر یک از دو وکیل مستقل از یکدیگر محسوب می‌شوند وضعیت هیچ‌یک نمی‌تواند در وضعیت دیگری تاثیر گذار باشد. لذا هیچ‌یک حق عزل دیگری را ندارد (یزدی، ۱۴۲۰: ۲۱۴-۲۱۵) از طرف دیگر، با پایان یافتن وکالت ب، وکالت ج نیز از بین نیم‌رود. از همین رو، اگر ب فوت کند یا محجور شود، ج همچنان وکیل باقی خواهد ماند.

ثانیاً: چون ب و ج به طور مستقیم وکیل الف می‌باشند لذا وی در هر حال حق عزل ج و البته ب را دارد (روحانی، ۱۴۱۸: ۳۵۴)

ثالثاً: ب از رابطه حقوقی حذف نشده لذا همچنان در رابطه وکالت باقی است. از همین رو، معتقدیم این حالت با "تفویض" و نتیجتاً با قالب "انتقال قرار داد" تطبیق نمی‌کند، چه برحسب

تعریف در انتقال قرار داد انتقال دهنده با انتقال قرار داد از رابطه حقوقی حذف می شود. در حالی که در این حالت ب همچنان در عرصه رابطه حقوقی پابرجا است.

ب - رابطه طولی: در این حالت وکیل دوم، وکیل وکیل اول است نه وکیل موکل اصلی، لذا در رابطه میان موکل اصلی و وکیل دوم، وکیل اول باقی است. از همین رو، وکالت ج به تبعیت از وکالت ب است، پس ب حق عزل ج را دارد (چون ج وکیل ب محسوب می شود) و با از بین رفتن وکالت ب، وکالت ج نیز مرتفع خواهد شد (روحانی، ۱۴۱۸: ۲۵۴). اما این نوع رابطه نباید سبب شود که نقش الف فراموش شود. در واقع حق الف همچنان برای عزل ج باقی است. چه انکار نمی توان کرد که کلیه اعمال ج ولو مع الواسطه در وضعیت حقوقی الف مؤثر است، پس دریغ کردن حق عزل از الف نه مطابق منطق است و نه انصاف. این حالت را نیز با توجه به بقای ب در رابطه حقوقی نمی توان با قالب انتقال قرار داد مقایسه کرد.

گفتار دوم - آثار تفویض وکالت

در این حالت برخلاف توکیل، وکیل اول با انتخاب وکیل دوم، خود، از رابطه حقوقی حذف می شود و کلیه حقوق و تعهداتش را به ج انتقال می دهد. این حالت که در عرف دفاتر اسناد رسمی با عنوان "تفویض وکالت" نامگذاری شده است دقیقاً با "انتقال قرار داد" تطبیق می کند.

ماهیت تفویض وکالت انتقال قرار داد است که مهمترین نتیجه آن انتقال موقعیت قراردادی و حذف ناقل از رابطه و جانشینی منتقل الیه در جایگاه وی می باشد. انتقال موقعیت قراردادی وکیل اول به وکیل دوم باعث می شود تا شخص اخیر به طور کامل دارای تمامی حقوق و مسئول تمام دیون ناشی از انتقال عقد وکالت گردد. انتقال قرار داد عبارت از حالتی است که به موجب آن شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می گردد. به عبارت دیگر در انتقال قرارداد هدف این است که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص ثالثی منتقل گردد (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۷-۲۴۱) (شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۵۱-۲۵۲).

مهم ترین نکات و آثار این حالت به قرار زیر است؛

از آنجا که در این حالت، وکیل اول از رابطه حقوقی حذف شده و دیگر به عنوان وکیل الف شناخته نمی شود، طبیعی است که وضعیت ب در وضعیت ج مؤثر نخواهد بود. برای همین ب حق عزل ج را ندارد و با فوت و حجر ب، وکالت ج نیز منتفی یا مرتفع نخواهد شد.

۱- شخص ج کلیه تعهدات و اختیاراتی را که ب به عنوان وکیل الف برعهده داشته، عهده دار خواهد شد. برای همین، می تواند براساس شروط قرار داد مدعی تحقق اجرت مذکور در وکالت نامه شود و یا اختیاراتی را که ب داشته، به انجام رساند. همچنین درخصوص کلیه تعهداتی که الف برعهده داشته وی مسؤول خواهد بود.

۲- وضعیت الف در این رابطه حقوقی هیچگونه تغییری نکرده است. لذا وی درخصوص تعهداتی که پیش از این ب برعهده داشته و به ج انتقال داده، نسبت به مطالبه آن محق، محسوب می گردد. از طرف، اگر درمقابل ب تعهدی کرده باشد، درمقابل ج نیز متعهد می باشد.

۳- انتقال قرار داد، عقد را منحل نمی کند؛ چه فرض براین است که همان قرار دادپیشین منتقل می شود. اما انکار نمی توان کرد که نهاد "انتقال قرارداد تأسیس حالتی جدید در قرار داد است؛ لذا آثار آن عطف به ماسبق نشده و بلکه معطوف به آینده می باشد. بنابراین، تفویض نیز به عنوان مصداقی از قالب فوق نمی تواند در زمان قبل خود هیچ گونه تغییری ایجاد کند. از همین رو، الف نمی تواند خواستار اجرای تعهداتی شود که ب باید، پیش از این، در تاریخی معین در گذشته انجام داد.

۴- ممکن است ج برای برعهده گرفتن وکالت درمقابل ب تعهداتی کرده باشد یا آنکه صاحب حقی شده باشد. اما این امر ارتباطی با الف ندارد. در واقع، رابطه داخلی ب و ج درمقابل موکل (الف) قابل استناد نخواهد بود اما به هر روی ب و ج درخصوص تعهداتی که درمقابل یکدیگر کرده اند، مسؤول اند.

۵- برای تشخیص قصد طرفین درخصوص انتخاب نهاد تفویض یا توکیل بی گمان عنوان انتخاب شده می تواند کارساز باشد؛ اما حقیقت این است که این عنوان حداکثر در حد یک اماره قضایی می تواند در شناخت قصد طرفین، مؤثر باشد.

نتیجه:

بر خلاف توکیل به غیر که در آن وکیل اول در رابطه باقی می ماند تفویض وکالت باعث حذف وکیل اول از رابطه به نظر می رسد این موضوع در عقد وکالت به لحاظ ماهیت خاص آن از اهمیت فراوانی برخوردار است. عقد وکالت از عقود اذنی است که در آن اعتماد طرفینی به ویژه موکل به وکیل جنبه اساسی دارد. بر همین اساس است که جای اعتقاد به محرمانگی اطلاعات در عقد وکالت در حقوق ایران خالی است و جهت کاهش سوئی استفاده هایی که از نهاد تفویض وکالت ممکن است در حقوق ما صورت پذیرد بایستی به طرفین مقتضی محدود گردد.

منابع:

الف - فارسی:

- ۱- کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار، چ ۴، ۱۳۸۳.
- ۳- مقدم، عیسی، انتقال قرارداد، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، ش ۴، ۱۳۸۶.
- ۴- میرشکاری، عباس، عزل وکیل، ماهنامه کانون، ش ۹۳.
- ۵- امیر معزی، احمد، نیابت در روابط تجاری و مدنی، تهران، نشر داد گستر، ۱۳۸۸.
- ۶- حلی، علامه، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۲، تهران، نشر استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- ۷- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ه ق.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه های دین، تهران، به نشر، چاپ اول، ۱۳۶۴.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- ۱۰- خردمندی، سعید، وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- ۱۱- معتمدی، جواد، وکالت در توکیل و تفویض وکالت، ماهنامه کانون، ۱۳۹۰، شماره ۱۱۵.
- ۱۲- صفایی، سیدحسین، وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۶۰، شماره ۲۲.

- ۱۳- غزيبه، علی، قابليت عزل وکيل با واسطه در وکالت بلاعزل با حق توکيل غير، فصلنامه علامه، ۱۳۸۵، شماره ۱۹.
- ۱۴- مدنی، مهسا، وکالت ثانوی، پايان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصي دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- ۱۵- صافی، شيخ لطف...، هدايه العباد، ج. ۲، سپهر، چ. ۱، ۱۴۲۰.
- ۱۶- يزدی، سيد محمد کاظم، العروه الوثقی، ج. ۶، مؤسسه النشر الاسلامی، چ. ۱، ۱۴۲۰.
- ۱۷- شهيد ثانی، شرح اللعمه، ج. ۴، مطبعه الاداب، چ. ۱، ۱۳۸۷.
- ۱۸- ايزانلو، محسن؛ پور قربانی، محمدرضا، وکالت در توکيل، پیام آموزش ۱۳۹۰، شماره ۵۰، ۱۹- روحانی، سيد محمد، المسائل المنتخبه، مکتب ايمان، ۱۴۱۸.
- ۲۰- شعاریان، ابراهيم، انتقال قرار داد، نظريه عمومي - عقود معين، تبريز، انتشارات فروزش ۱۳۸۸.

ارائه‌ی مدل توسعه‌ی شایستگی مدیران در سازمان‌های آموزشی

بنفشه مخزن^۱، رمضان جهانیان^{۲*}، پریرا ایران‌نژاد^۳

۱- دانشجوی دکتری مدیریت آموزشی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرج، ایران

۲- دانشیار گروه علوم تربیتی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرج، ایران

۳- استادیار گروه علوم تربیتی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرج، ایران

چکیده

هدف پژوهش شناسایی و ارائه‌ی مدل توسعه‌ی شایستگی‌های مدیران مدارس و سنجش اعتبار مدل استخراج شده بود. روش تحقیق مورد استفاده در این پژوهش، روش تحقیق ترکیبی (آمیخته) بود. طرح تحقیق نیز از نوع طرح تحقیق اکتشافی بوده است، چرا که ابتدا روش کیفی تحقیق انجام می‌پذیرد و سپس با توجه به نتایج به دست آمده، روش کمی انجام می‌پذیرد. در بخش کیفی پژوهش با ۵ نفر از اساتید دانشگاه مصاحبه به عمل آمد. برای تحلیل مصاحبه‌ها از روش تحلیل محتوا استفاده شد. در نتیجه، مدل اولیه‌ی شایستگی مبتنی بر ابعاد و مولفه‌های توسعه‌ی شایستگی مدیران آموزشی استخراج شد، سپس در قسمت کمی تحقیق برای سنجش مدل، پرسشنامه‌ای در میان ۳۳ نفر از مدیران کلیه مقاطع تحصیلی از جامعه ۱۶۸ نفری توزیع شد. برای تحلیل داده‌ها از روش تحلیل عاملی تاییدی استفاده شد و نرم افزار SPSS مورد استفاده قرار گرفت. نتایج نشان داد که تمامی ابعاد و مولفه‌های مدل توسعه‌ی شایستگی مدیران آموزشی مورد تایید واقع شدند.

واژه‌های کلیدی: مدل، توسعه‌ی شایستگی، مدیران آموزشی

مقدمه

هر عصری از تاریخ بشر ارزش‌های ویژه‌ای دارد که شاخص آن دوره است. به نظر می‌رسد که ویژگی عصر ما جهانی شده باشد که ناظر بر حرکت در مسیر گسترش هرچه بیشتر ارتباطات انسانی در عرصه جهانی است. در چنین عرصه‌ای به باور بسیاری از صاحب نظران داشتن مدیران توانمند، خلاق و ارزش آفرین، سلاح اصلی سازمان‌ها در رقابت خواهد بود. آینده از آن سازمانی خواهد بود که بتواند چنین ظرفیت‌هایی را در مدیران خود ایجاد نماید.

در چنین فضایی آن‌چنان که لادو و ویلسون^۱ (۱۹۹۴) می‌گویند یک نظام توسعه‌ی شایستگی جامع، در مزیت رقابتی مستمر نقش اساسی دارد. در میان فعالیت‌های متنوع مدیریت، توسعه‌ی شایستگی از متعارف‌ترین و هزینه‌برترین فعالیت‌های مدیریت به حساب می‌آید. این فعالیت شامل فراگیری مهارت‌های جدید، بهبود مهارت‌های موجود و رفتارها و روش‌های موثر انجام کار است و توسعه‌ی شایستگی مدیران به آموزش و توسعه‌ی فعالیت‌های انسانی در سازمان‌ها مرتبط است و به سازمان کمک می‌کند تا شرایط فرهنگی خاصی را ایجاد کند که در آن مدیران به پتانسیل بالقوه برای بهره‌مند شدن از افراد و سازمان‌ها دست یابند و در این حالت توسعه‌ی شایستگی خود را به صورت خیلی نزدیک با توسعه‌ی سازمان در یک راستا هماهنگ می‌بینند (لادو و ویلسون، ۱۹۹۴).

باید اذعان نمود که مدیریت و توسعه‌ی شایستگی‌ها، ابزارهای حیاتی برای افزایش رقابت در سازمان‌ها هستند. به گفته‌ی وسرلی^۲ (۲۰۱۲)، هدف رویکرد مبتنی بر شایستگی عبارتست از: "تعیین شایستگی‌های مورد نیاز افراد برتر در پست‌های کلیدی در سرتاسر سازمان، تلاش برای حذف شکاف‌های شایستگی از طریق گزینش و آموزش اثربخش و اطمینان از این عملکرد شایسته تشخیص و پاداش داده می‌شود" (دوبیس، روسول، استرن و کمپ^۳، ۲۰۰۴).

1. Iado & Wilson

2. Weatherly

3. Dubois, D., Rothwell, W. J., Stern, D. J., & Kemp, L. K.

امروزه نظام آموزش و پرورش به عنوان یک پدیده‌ی اجتماعی جزو لاینفک زندگی اجتماعی به شمار می‌رود. هر چند ساختار عملکرد و ویژگی‌های جوامع مختلف تفاوت دارند ولی وجوه مشترک بسیار در میان نظام‌های آموزشی حاکی از ضرورت و اهمیت روز افزون امر آموزش و پرورش در جهان کنونی است (عطایی، ۱۳۸۶).

برای توسعه‌ی مناسب شایستگی مدیران با رویکرد آینده پژوهی باید سطح دانش، اطلاعات و مهارت‌ها و قابلیت‌های مدیران را براساس نیاز آینده‌ی جامعه و سازمان ارتقاء داد، که البته این نوع از توسعه تنها با آموزش‌های زیاد حاصل نمی‌شود بلکه بایستی به صورت برنامه‌ریزی شده و نظام‌مند عمل نمود. از سویی اگر بخواهیم به اهمیت توسعه‌ی شایستگی مدیران در سازمان‌های آموزشی امروزی و نقش توسعه‌یافتگی آن‌ها اشاره کنیم باید گفت که امروزه فاصله‌ی میان جوامع و سازمان‌ها از حیث دانایی و توانایی است و چالش اصلی میان سازمان‌ها چالش مدیران توانا و دانا می‌باشد (بیدختی، رستگار و نامنی، ۱۳۹۳).

داشتن افراد مناسب در جایگاه مناسب، روشی برای تضمین آن است که ما فرصت‌های خود را بشناسیم تا افرادمان بهترین عملکرد را داشته باشند، زیرا مدیریت پویا و توسعه شایستگی که همان توسعه افراد و توانایی‌های آنان است، یک پیش نیاز برای موفقیت است (الامه^۱، ۲۰۱۴). از زمان تشکیل آموزش و پرورش به صورت رسمی در ایران حدود یک قرن می‌گذرد. در خلال این مدت، به علت‌های گوناگونی که در سطح جامعه به وجود آمده است، نظام آموزشی از هر لحاظ وسعت و گسترش یافته و در نتیجه، اهداف، وظایف و مسئولیت‌های آن پیچیده تر و اداری امور آن به مراتب دشوارتر شده است. توسعه و گسترده‌ی کمی، نیاز به تحول کیفی، مدیریت و رهبری را در آموزش و پرورش بارز و برجسته کرده و بنابراین، مدیریت و رهبری سطوح مختلف نظام آموزشی به یکی از مسائل بحث‌انگیز سال‌های اخیر، تبدیل شده است (نصر اصفهانی و معصومی، ۱۳۸۸).

در این تحقیق محقق در پی آن است که مدل توسعه‌ی شایستگی مدیران آموزش و پرورش استان البرز را با رویکرد آینده‌پژوهی ارائه دهد. در این تحقیق محقق در تلاش است، ابعاد،

مؤلفه‌ها و شاخص‌ها را با نگاه به آینده از طریق بهره‌گیری از مفاهیم آینده پژوهی تعیین نماید. بنابراین، پژوهش حاضر، با تحلیل و تدوین دانش موجود و رویکردهای آینده‌پژوهی و شناخت ابعاد، مؤلفه‌ها و شاخص‌های مؤثر بر حوزه‌ی توسعه‌ی شایستگی مدیران آموزش و پرورش استان البرز، الگویی برای توسعه‌ی شایستگی مدیران در سازمان‌های آموزشی آموزش و پرورش استان البرز ارائه می‌نماید.

در چشم‌انداز توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بیست ساله‌ی نظام جمهوری اسلامی ایران، به جایگاه نیروی انسانی به گونه‌ای چشم‌گیر پرداخته شده است و قرار است در پایان برنامه‌ی بلندمدت این چشم‌انداز، جمهوری اسلامی ایران در زمینه علمی و فناوری به جایگاه اول منطقه دست یابد و این موقعیت را تثبیت کند (سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی^۱، ۱۳۸۳).

از طرفی باید توجه داشت که در جوامع امروزی مشاغل سخت و تخصصی شده‌اند و به همین نسبت برنامه‌های آموزش و توسعه‌ی قابلیت‌های مدیران در سطوح مختلف مدیریت جهت اثربخش و کارا نمودن فعالیت‌ها نیز به عنوان بخشی از این تخصصی سازی صورت گرفته است. از میان انواع مدیریت، مدیریت بر سازمان‌های آموزشی و پرورشی دشوارترین و با اهمیت‌ترین هنر و دانش زمان حاضر به شمار می‌آید، چرا که آموزش و پرورش توأم با مدیریت‌های مطلوب و مناسب از یک سو باعث تبدیل انسان‌های خام به انسان‌های خلاق، بالنده و رشد یافته است و از سوی دیگر تأمین‌کننده‌ی احتیاجات نیروی انسانی هر جامعه در سطوح مختلف و در بخش‌های متفاوت فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی است (صدیق پور جوقان، ۱۳۹۴).

در این رابطه در نظام آموزشی کشور، از گذشته تا کنون، افراد معمولاً از مسیر تجربه‌ی معلمی به مناصب و سمت‌های مدیریت آموزشی دست یافته‌اند و برخی از مدیران، درک روشن و درستی از مدیریت و رهبری آموزشی ندارند؛ به همین دلیل، ضروری است مدیران آموزشی با روش‌های تصمیم‌گیری، سازماندهی، برقراری ارتباط، ایجاد انگیزش،

1. The Islamic Republic of Iran the landscape document of on the horizon of 1404 AH

رهبری و هدایت، نظارت و کنترل، هماهنگی، گزینش و ارزیابی آشنا باشند و آن‌ها را در محیط کار خود به کار گیرند (نصراصفهانی و معصومی، ۱۳۸۸).

طراحی مدل و روش در پژوهش‌های مبتنی بر آینده، شرایط و ویژگی‌های بومی، بیش از احاطه بر روش‌های آینده‌پژوهی اهمیت دارد (کورنیش^۱، ۲۰۱۰). مدیران موفق آینده، به مهارت‌ها و شایستگی‌هایی به مراتب متفاوت با مدیران پیشین نیاز دارند. از این رو، آماده‌سازی افراد برای آینده، بسیار فراتر از ایجاد مهارت‌ها و شایستگی‌های مورد نیاز برای هدایت کسب و کار است. آماده‌سازی مدیران برای آینده، مستلزم سیستم‌ها و رویه‌هایی است که اهداف فردی و سازمانی را هم‌سو نموده و ضمن برقراری ارتباط با سازمان و متخصصان، آن‌ها را به شیوه‌ی مؤثری توسعه دهد (اودال و هیل تروپ^۲، ۲۰۱۱).

سوالات پژوهش عبارتند از: (۱) شایستگی‌های مدیران شامل چه ابعادی است؟ (۲) مولفه‌های تشکیل دهنده‌ی ابعاد شایستگی‌های مدیران بانک کدامند؟ (۳) آیا مدل استخراج شده از تحقیق معتبر است؟

روش

روش تحقیق حاضر برای ارائه‌ی مدل توسعه‌ی شایستگی، روش تحقیق ترکیبی (آمیخته) است. کرسول^۳ (۲۰۰۷) طرح‌های تحقیق آمیخته را به سه دسته تقسیم می‌کند: الف) طرح‌های تحقیق آمیخته به هم تنیده ب) طرح‌های تحقیق آمیخته تشریحی ج) طرح‌های تحقیق آمیخته اکتشافی. با توجه به این که تحقیق حاضر در مرحله‌ی اول به دنبال شناسایی ابعاد و مولفه‌های شایستگی مدیران است و از طریق مصاحبه این امر تحقق می‌یابد و نتایج مصاحبه مبنایی برای اجرای مرحله‌ی بعدی پژوهش می‌شود، در نتیجه طرح تحقیق از نوع آمیخته اکتشافی است.

جهت پاسخ به دو سوال اول تحقیق که شناسایی ابعاد و مولفه‌های شایستگی مدیران است از استراتژی تحلیل محتوا استفاده شده است. هسیه و شانن^۴ (۲۰۱۰) سه رویکرد را برای

1. Cornish

2. Udall, S., & Hiltrop, J

3. Creswell

4. Hsieh, H. F., & Shannon

تحلیل محتوای کیفی عنوان کردند. این سه رویکرد، براساس درجه استقرایی بودن عنوان شده‌اند و عبارتند از: رویکرد قراردادی^۱، رویکرد هدایتی^۲ و رویکرد تحلیل محتوای تلخیصی^۳. رویکرد تحقیق حاضر برای شناسایی ابعاد و مولفه‌های توسعه‌ی شایستگی، رویکرد قراردادی است چرا که با کنکاش در داده‌های خام، قصد شناسایی مولفه‌های توسعه‌ی شایستگی و سپس شکل‌گیری ابعاد توسعه‌ی شایستگی را دارد. البته لازم به ذکر است، شناسایی حوزه‌های کلان شایستگی که محورهای مصاحبه را مشخص کرده است با رویکرد هدایتی انجام شده است. برای پاسخ به سوال سوم تحقیق که قصد سنجش اعتبار مدل استخراج شده را دارد از استراتژی پیمایش استفاده شده است.

جامعه‌ی آماری را مدیران سازمان‌های آموزشی وابسته به آموزش و پرورش استان البرز شامل: مدیران ابتدایی، استثنایی، متوسطه اول، متوسطه دوم و مدیران اداره کل و مناطق ۸ گانه، که ۱۱۶۸ نفر می‌باشند تشکیل دادند.

در گام بعدی، ابتدا با ۵ نفر از اعضای هیئت علمی دانشگاه، خبرگانی که بر اساس معیارهایی مانند مقالات پژوهشی و تجربیات عملی در زمینه‌ی پژوهشی، تخصص و تجربه لازم را دارا بودند مصاحبه صورت گرفت. در این مرحله هدف محقق به اشباع رسیدن بود. در این تحقیق، با توجه به گستردگی جامعه‌ی آماری و میسر نبودن اجرای تحقیق روی کل جامعه، از روش نمونه‌گیری تلفیقی شامل نمونه‌گیری تصادفی خوشه‌ای و ساده استفاده شده است. برای این منظور ابتدا نواحی و مناطق به چهار قسمت جغرافیایی تقسیم شدند و سپس از بین آنها، تعداد دو منطقه شرقی و شمالی که شامل (مدارس و ادارات ناحیه‌ی یک کرج، منطقه طالقان و اداره کل آموزش و پرورش استان البرز) به صورت تصادفی انتخاب شدند. و حجم نمونه ۱۳۳ نفر به دست آمد که در جدول زیر مشخص شده است.

-
1. Conventional Approach
 2. Directed Approach
 4. Summative Approach

جدول ۱. توزیع جامعه آماری مدیران سازمان‌های آموزشی وابسته وزارت آموزش و پرورش البرز

| گروه | جامعه آماری |
|---------------------------|-------------|
| مدیران ابتدایی | ۷۰۰ نفر |
| مدیران استثنایی | ۱۸ نفر |
| مدیران متوسطه اول | ۱۷۰ نفر |
| مدیران متوسطه دوم | ۳۳۱ نفر |
| مدیران اداره کل و ۸ منطقه | ۴۹ نفر |
| جمع کل | ۱۱۶۸ نفر |

جهت گردآوری اطلاعات مورد نیاز تحقیق از این ابزارها استفاده شده است:

۱. مطالعات آرشیوی: در این بخش جهت آشنایی با مبانی نظری شایستگی و ارائه‌ی تحقیقات مختلف انجام شده در حوزه‌ی شایستگی از طریق جستجوی کتابخانه‌ای، جستجوی وب و رجوع به تحقیقات و پروژه‌های انجام شده، مطالعات گسترده‌ای صورت پذیرفت.

۲. مصاحبه: در تحقیق حاضر، پس از بررسی دقیق مطالعات انجام شده در حوزه‌ی شایستگی و کنکاش در ابعاد و مولفه‌های هر یک از مدل‌های ارائه شده با رویکرد هدایتی، سه حوزه توسعه‌ی شایستگی (محوری، فردی و گروهی) شناسایی شد که محورهای مصاحبه را تشکیل دادند، که از روش مصاحبه نیمه ساختمند متشکل از یک سری سؤالات منسجم است که برای به دست آوردن اطلاعات بیشتر و موشکافی عمیق‌تر موضوع مورد مصاحبه، از سؤالات باز پاسخ نیز استفاده می‌شود. این سبک از مصاحبه این مزیت را دارد که داده‌های استاندارد از همه‌ی پاسخ‌دهندگان جمع‌آوری می‌کند، اما اطلاعات به دست آمده نسبت به آنچه می‌توان با روش مصاحبه‌های کاملاً سازماندهی شده به دست آورد، عمق بیشتری دارد (گال و همکاران^۱، ۲۰۰۴). اطلاعات این مرحله به روش میدانی جمع‌آوری گردید.

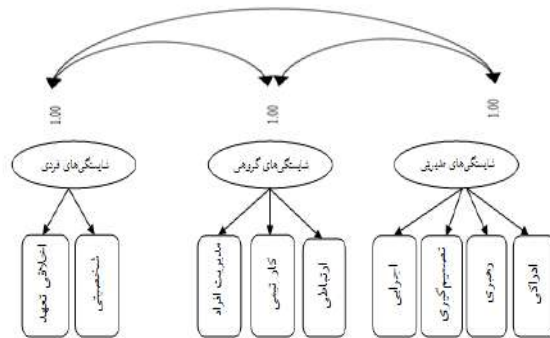
۳. پرسشنامه: به منظور سنجش مدل توسعه‌ی شایستگی مدیران آموزشی از پرسشنامه‌ای مشتمل بر ۷۳ گویه استفاده شده است. برای روایی پرسشنامه از روایی سازه استفاده شد. نتایج نشان داد تمام سوالات پرسشنامه معنی دار هستند. ضریب آلفای کرونباخ نیز برای پرسشنامه سنجش مدل ۰/۸۶ به دست آمد که نشان دهنده‌ی پایایی مناسب پرسشنامه است.

گام های مدل سازی توسعه شایستگی:

گام اول (بررسی پیشینه): در این بخش مفهوم شایستگی و اجزاء آن در تحقیقات مختلف بررسی و در نهایت تعریف جامع از توسعه‌ی شایستگی ارائه می‌شود. رویکردهای مختلف برای مدل‌سازی شایستگی در پیشینه جمع‌بندی و رویکرد تحقیق حاضر معرفی می‌شود. همچنین مدل‌های مختلف توسعه‌ی شایستگی مدیران نیز شناسایی می‌شود. گام دوم: مشخص کردن حوزه‌های کلی توسعه‌ی شایستگی که تحت آن حوزه‌ها، ابعاد و مولفه‌های توسعه‌ی شایستگی شکل می‌گیرد. گام سوم: بررسی رسالت بانک و مسئولیت‌ها و فعالیت‌های مدیران مدارس. گام چهارم: مصاحبه با اعضای هیات علمی و خبرگان. گام پنجم: ارائه مدل اولیه توسعه شایستگی مدیران. گام ششم: اعتبارسنجی مدل اولیه. گام هفتم: ارائه مدل نهایی توسعه شایستگی مدیران مدارس.

یافته‌ها

نتایج کیفی تحقیق: پس از تحلیل مصاحبه‌ها، مدل توسعه شایستگی مدیران در سه سطح استخراج شد. سطح اول متشکل از سه حوزه‌ی کلی و سطح دوم از نه بعد تشکیل شده است و در نهایت سطح سوم شامل هفتاد و سه مولفه‌ی توسعه‌ی شایستگی در مدیران سازمان‌های آموزشی (مدارس) در مدل کیفی مشخص است.



شکل ۲. ابعاد و مولفه‌های توسعه‌ی شایستگی

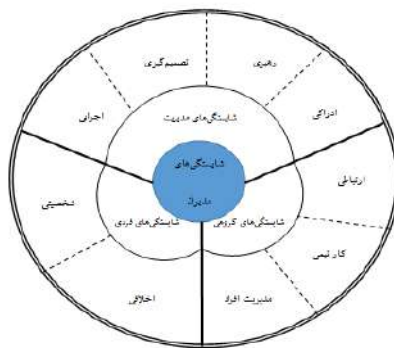
بر این اساس شایستگی‌های مدیریتی (محوری) مؤثر در توسعه‌ی شایستگی مدیران شناسایی شد که مؤلفه‌های ادراکی، رهبری، تصمیم‌گیری و اجرایی را شامل می‌شد. همچنین نتایج آزمون نشان داد که بعد شایستگی‌های گروهی از دیگر عوامل اثرگذار بر توسعه‌ی شایستگی‌های مدیران بوده که شامل مؤلفه‌های ارتباطی، کار تیمی و مدیریت افراد می‌باشد. در ادامه‌ی بررسی عوامل اثرگذار نتایج نشان می‌دهد که بعد شایستگی فردی از دیگر عوامل مؤثر بر توسعه‌ی شایستگی‌های مدیران می‌باشد که مؤلفه‌های آن عبارتند از: ویژگی‌های شخصیتی و ویژگی‌های اخلاقی.

شایستگی‌ها، مزایای متفاوتی برای سازمان‌ها و مدیران در سطوح مختلف دارند و سازمان‌ها نیز به دلایل گوناگونی، نظیر: انتقال رفتارهای ارزشمند و فرهنگ سازمانی، عملکرد مؤثر برای همه‌ی کارکنان، تأکید بر ظرفیت‌های افراد (به جای شغل آن‌ها) به عنوان شیوه‌ی کسب مزیت رقابتی، تقویت رفتار تیمی و متقابل از شایستگی‌ها استفاده می‌کنند (مهري، ۱۳۹۴).

نتایج حاصل از تحقیق نشان داد که عوامل مؤثر در توسعه‌ی شایستگی مدیران سازمان‌های آموزشی عبارتند از: شایستگی‌های مدیریتی (محوری)، شایستگی‌های گروهی و شایستگی‌های فردی. شایستگی‌ها، مزایای متفاوتی برای سازمان‌ها و مدیران در سطوح مختلف دارند و سازمان‌ها نیز به دلایل گوناگونی، نظیر: انتقال رفتارهای ارزشمند و

شایستگی‌ها استفاده می‌کنند. این موضوع بیانگر آن است که مهارت انسانی مدیران باعث افزایش بهره‌وری کارمندان می‌شود. مهارت انسانی عبارت است از: توانایی کار با انسان‌ها به نحو مؤثر و تشکیل گروه‌های کار آمد. کلیه‌ی رهبران واحدهای آموزشی، ضرورتاً در تمام سطوح به مهارت‌های انسانی نیاز دارند و این قسمت مهم از رفتار رهبری به شمار می‌آید.

نتایج نشان می‌دهد که شایستگی‌های مدیران در بعد مدیریتی شامل شایستگی‌های ادراکی، رهبری، تصمیم‌گیری و اجرایی می‌باشد که بیانگر شایستگی‌های یک مدیر در فرآیندی از درک مسائل مختلف سازمانی، شایستگی مدیریت کردن موضوع و اتخاذ تصمیم‌های لازم و به اجرا گذاشتن تصمیمات است. همچنین شایستگی‌های مدیران در بعد گروهی عبارت است از: شایستگی‌های ارتباطی، کار تیمی و مدیریت افراد که بیانگر آن می‌باشد که یک مدیر باید شایستگی‌هایی در رابطه با مدیریت نیروها داشته باشد و از حیث برقراری ارتباط مؤثر با کارمندان و ایجاد روحیه و فضای کار تیمی توانمندی‌های لازم را داشته باشد. علاوه بر این‌ها در بعد شایستگی‌های فردی یک مدیر باید دارای ویژگی‌های شخصیتی و ویژگی‌های اخلاقی خاصی باشد که با حفظ آرامش پیشبرد اهداف سازمانی را موجب شود.



شکل ۴. مدل کیفی تحقیق

نتایج کمی تحقیق: سؤالاتی که عوامل توسعه شایستگی مدیران را اندازه می‌گیرند به تعداد ۷۳ گویه بود. لذا تلاش شد از طریق تحلیل عامل سوالات هر مجموعه به عوامل مکنون و

مختصر تبدیل شده تا نتایج قابل تفسیر ارائه شود. جدول (۲) واریانس‌های تبیین شده در قبل و بعد از چرخش نهایی توسط عوامل ارائه شده است.

جدول ۲. واریانس‌های تبیین شده قبل و بعد از چرخش نهایی توسط عوامل استخراج شده

| مقادیر چرخش یافته نهایی | | | مقادیر استخراج شده | | | مقادیر ویژه اولیه | | | عوامل |
|-------------------------|--------------|----|--------------------|--------------|----|-------------------|--------------|----|-------------|
| واریانس تراکمی | درصد واریانس | کل | واریانس تراکمی | درصد واریانس | کل | واریانس تراکمی | درصد واریانس | کل | استخراج شده |
| ۵۲ | ۵۲ | ۴۴ | ۸۴/۰۶۸ | ۸۴/۰۶۸ | ۷۱ | ۸۴/۰۶۸ | ۸۴/۰۶۸ | ۷۱ | عامل اول |
| ۷۷ | ۲۵ | ۲۱ | ۸۹ | ۵ | ۴ | ۸۹ | ۵ | ۴ | عامل دوم |
| ۹۱ | ۱۲ | ۱۰ | ۹۱ | ۱ | ۱ | ۹۱ | ۱ | ۱ | عامل سوم |

جدول ۳. بارهای عاملی چرخش یافته به روش واریماکس بر روی کل نمونه ($n=۱۳۳$)

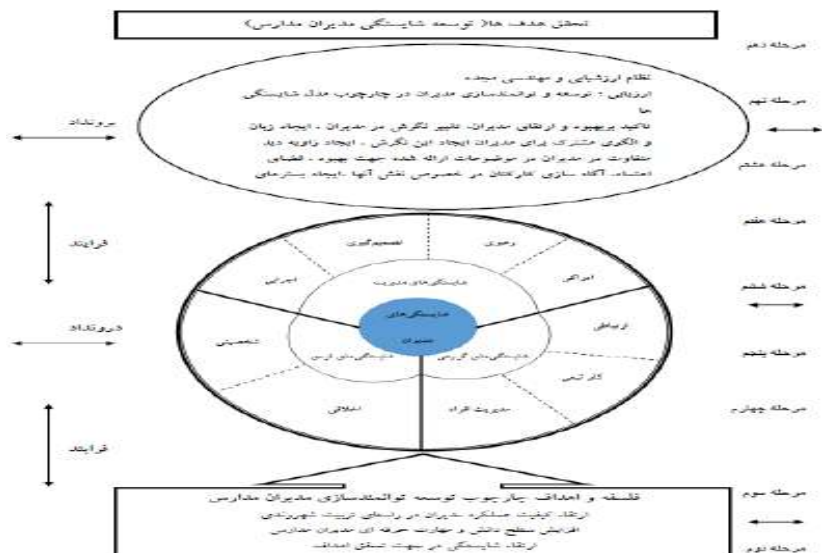
| سوال | عامل اول شایستگی‌های مدیریتی | عامل دوم شایستگی‌های گروهی | عامل سوم شایستگی‌های فردی |
|------|------------------------------|----------------------------|---------------------------|
| ۱ | ۰/۰۳۶ | -۰/۰۲۸ | -۰/۰۴۱ |
| ۲ | ۰/۰۲۹ | ۰/۰۰۱ | -۰/۰۶۶ |
| ۳ | -۰/۰۶۹ | -۰/۰۴۷ | ۰/۰۰۰ |
| ۴ | ۰/۰۰۷ | -۰/۰۲۸ | ۰/۰۲۰ |
| ۵ | ۰/۰۴۲ | -۰/۰۲۱ | -۰/۰۳۶ |
| ۶ | -۰/۰۰۵ | ۰/۰۰۰ | -۰/۰۸۳ |
| ۷ | ۰/۰۵۱ | ۰/۰۰۱ | -۰/۰۵۷ |
| ۸ | -۰/۰۱۹ | ۰/۰۶۲ | -۰/۰۲۹ |
| ۹ | -۰/۰۵۲ | -۰/۰۲۹ | ۰/۰۰۰ |
| ۱۰ | ۰/۰۲۶ | -۰/۰۲۷ | ۰/۰۱۸ |
| ۱۱ | ۰/۰۵۴ | -۰/۰۰۱ | -۰/۰۵۸ |
| ۱۲ | -۰/۰۰۵ | ۰/۰۷۲ | -۰/۰۵۸ |

| | | | |
|--------|--------|--------|----|
| -۰/۰۷۲ | -۰/۰۰۱ | ۰/۰۵۳ | ۱۳ |
| ۰/۰۲۱ | -۰/۰۳۳ | ۰/۰۳۷ | ۱۴ |
| -۰/۰۲۱ | -۰/۰۲۲ | ۰/۰۰۸ | ۱۵ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۱۲ | -۰/۰۵۶ | ۱۶ |
| ۰/۰۶۱ | -۰/۰۳۴ | ۰/۰۳۱ | ۱۷ |
| -۰/۰۰۲ | -۰/۰۲۸ | ۰/۰۳۶ | ۱۸ |
| -۰/۰۵۰ | -۰/۰۱۳ | ۰/۰۳۲ | ۱۹ |
| -۰/۰۱۲ | -۰/۰۳۲ | ۰/۰۳۹ | ۲۰ |
| -۰/۰۱۲ | ۰/۰۰۰ | -۰/۰۵۱ | ۲۱ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۲۶ | -۰/۰۴۶ | ۲۲ |
| -۰/۰۳۲ | ۰/۰۹۵ | -۰/۰۴۳ | ۲۳ |
| -۰/۰۰۶ | ۰/۰۰۰ | -۰/۰۵۳ | ۲۴ |
| ۰/۰۹۱ | -۰/۰۰۴ | -۰/۰۲۸ | ۲۵ |
| -۰/۰۵۸ | ۰/۰۱۲ | ۰/۰۲۵ | ۲۶ |
| -۰/۰۳۱ | -۰/۰۰۶ | ۰/۰۱۸ | ۲۷ |
| -۰/۰۰۲ | -۰/۰۱۶ | ۰/۰۳۱ | ۲۸ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۲۷ | ۰/۰۷۱ | ۲۹ |
| -۰/۰۶۷ | ۰/۰۰۸ | ۰/۰۴۹ | ۳۰ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۳۱ | -۰/۰۴۴ | ۳۱ |
| -۰/۰۰۸ | -۰/۰۰۲ | ۰/۰۴۵ | ۳۲ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۰۰ | ۰/۰۰۰ | ۳۳ |
| -۰/۰۷۳ | ۰/۰۰۰ | -۰/۰۱۳ | ۳۴ |
| -۰/۰۵۲ | ۰/۰۰۰ | -۰/۰۳۶ | ۳۵ |
| -۰/۰۶۲ | ۰/۰۳۱ | ۰/۰۴۶ | ۳۶ |
| -۰/۰۱۳ | -۰/۰۱۱ | -۰/۰۵۵ | ۳۷ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۲۹ | ۰/۰۴۱ | ۳۸ |

| | | | |
|--------|--------|--------|----|
| -۰/۰۳۹ | -۰/۰۱۹ | -۰/۰۰۶ | ۳۹ |
| ۰/۰۵۰ | ۰/۰۲۴ | -۰/۰۴۸ | ۴۰ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۲۶ | ۰/۰۴۴ | ۴۱ |
| -۰/۰۰۳ | -۰/۰۱۶ | -۰/۰۲۳ | ۴۲ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۲۸ | -۰/۰۲۹ | ۴۳ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۲۵ | -۰/۰۱۲ | ۴۴ |
| -۰/۰۰۷ | ۰/۰۳۰ | ۰/۰۴۸ | ۴۵ |
| -۰/۰۵۱ | ۰/۰۰۰ | ۰/۰۳۶ | ۴۶ |
| -۰/۰۸۷ | ۰/۰۰۸ | -۰/۰۲۸ | ۴۷ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۱۹ | -۰/۰۵۵ | ۴۸ |
| -۰/۰۲۳ | ۰/۰۶۸ | ۰/۰۰۳ | ۴۹ |
| -۰/۲۷- | ۰/۰۵۹ | -۰/۰۷۴ | ۵۰ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۲۵ | ۰/۰۴۵ | ۵۱ |
| -۰/۰۱۸ | -۰/۰۱۱ | ۰/۰۵۴ | ۵۲ |
| -۰/۰۶۵ | -۰/۰۱۱ | ۰/۰۵۱ | ۵۳ |
| -۰/۰۷۸ | ۰/۰۰۱ | ۰/۰۵۱ | ۵۴ |
| -۰/۰۶۵ | -۰/۰۰۳ | -۰/۰۶۶ | ۵۵ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۴۴ | ۰/۰۱۸ | ۵۶ |
| ۰/۰۱۹ | -۰/۰۲۵ | ۰/۰۵۳ | ۵۷ |
| -۰/۰۵۴ | -۰/۰۱۲ | ۰/۰۳۰ | ۵۸ |
| -۰/۰۴۰ | -۰/۰۰۱ | ۰/۰۳۷ | ۵۹ |
| ۰/۰۳۶ | -۰/۰۲۶ | ۰/۰۴۲ | ۶۰ |
| ۰/۰۱۳ | -۰/۰۲۶ | ۰/۰۵۰ | ۶۱ |
| -۰/۰۴۰ | -۰/۰۰۴ | ۰/۰۵۲ | ۶۲ |
| -۰/۰۵۵ | -۰/۰۰۳ | -۰/۰۲۹ | ۶۳ |
| -۰/۰۲۳ | ۰/۰۰۰ | ۰/۰۴۶ | ۶۴ |

| | | | |
|--------|--------|--------|----|
| -۰/۰۸۸ | ۰/۰۰۴ | ۰/۰۳۵ | ۶۵ |
| ۰/۰۰۰ | -۰/۰۳۵ | -۰/۰۰۹ | ۶۶ |
| ۰/۰۵۵ | ۰/۰۲۱ | -۰/۰۲۵ | ۶۷ |
| ۰/۰۰۰ | ۰/۰۰۳ | ۰/۰۵۶ | ۶۸ |
| -۰/۰۶۳ | ۰/۰۰۵ | ۰/۰۴۵ | ۶۹ |
| -۰/۰۱۹ | -۰/۰۲۰ | ۰/۰۳۹ | ۷۰ |
| -۰/۰۸۰ | ۰/۰۰۶ | -۰/۰۰۱ | ۷۱ |
| ۰/۰۴۲ | ۰/۰۳۰ | -۰/۰۴۸ | ۷۲ |
| -۰/۰۱۹ | -۰/۰۲۰ | ۰/۰۳۹ | ۷۳ |

چنانچه مشخص است تحلیل اکتشافی سه عامل معنادار را استخراج کرده که مجموعاً ۹۱ درصد از واریانس کل پرسشنامه را تبیین می‌کنند. با توجه به ماهیت نظری سوالات، این عوامل به ترتیب اهمیت تأثیر در توسعه شایستگی مدیران، تحت عنوان‌های شایستگی‌های مدیریتی (محوری)، شایستگی‌های گروهی و شایستگی‌های فردی شد. به منظور شناسایی گویه‌های مربوط به هر عامل و همچنین مشخص شدن بارهای عاملی آن‌ها جدول مقادیر چرخش یافته ارائه می‌شود. چنانچه در جدول (۳) مشاهده می‌شود گویه‌های مربوط به هر عامل به تفکیک در روبه‌روی آن درج شده‌است. مندرجات جدول نشان می‌دهد عامل نخست (شایستگی‌های مدیریتی) با مقدار ویژه حدود ۸۴/۰۶۸ بیشترین واریانس را تبیین کرده و بیشترین سوالات به آن تعلق دارند.



شکل ۵. مدل نهایی تحقیق

بحث و نتیجه‌گیری

از زاویه‌ی تحلیل توصیفی، چنانچه که نتایج بررسی پرسش پژوهش نشان می‌دهد مؤلفه‌های بعد شایستگی فردی عبارتند از: ویژگی‌های شخصیتی و ویژگی‌های اخلاقی. مؤلفه‌های ویژگی‌های شخصیتی که در جدول آمده‌اند عبارتند از: مسئولیت‌پذیری، تعهد سازمانی، یادگیری مستمر، سعه‌صدر، اعتمادبه‌نفس، آراستگی ظاهری، صبوری، انتقادپذیری و قاطعیت. همچنین براساس اطلاعات جداول شاخص‌های مؤلفه‌ی ویژگی‌های اخلاقی عبارتند از: رعایت کرامت انسانی، تعهد دینی، صداقت، حفظ اسرار، ایثار و گذشت، رعایت انصاف، وجدان کاری، ترجیح منافع سازمانی به فردی، شناخت نقاط ضعف و قوت خود و کارکنان، بی طرفی در مباحث و عدالت.

چنان‌که اطلاعات جداول نشان می‌دهد، مؤلفه‌ی ویژگی‌های شخصیتی و شاخص‌های آن شامل مسئولیت‌پذیری، تعهد سازمانی، یادگیری مستمر، سعه‌ی صدر، اعتمادبه‌نفس، آراستگی ظاهری، صبوری، انتقادپذیری، قاطعیت، میانگین (۴/۰۰) را نشان می‌دهد که حکایت از آن دارد که این شاخص از شاخص‌ها و مؤلفه‌های مهم محسوب می‌شوند. از بین شاخص‌ها، صبوری بیشترین میانگین (۴/۶۲) را به خود اختصاص داده است.

بر اساس نتایج به دست آمده از نظر شرکت‌کنندگان در پژوهش مسئولیت‌پذیری و تعهد سازمانی از ویژگی‌های یک مدیر سازمانی خوب می‌باشد و همچنین ویژگی‌هایی از قبیل یادگیری مستمر و داشتن سعه‌ی صدر مطلوب است. علاوه بر آن از دیگر متغیرهایی که مربوط به شخصیت مدیر است که مناسب مدیریت تشخیص داده می‌شود، می‌توان به داشتن اعتماد به نفس، آراستگی ظاهری، صبوری، انتقادپذیری و قاطعیت اشاره نمود که هر کدام از این ویژگی‌ها به تنهایی و یا در تعامل با یکدیگر موجبات توانمندی یک مدیر سازمانی و شایستگی‌های بیشتر وی را فراهم می‌آورند.

در ادامه چنان که مندرجات جداول نشان می‌دهد در توسعه‌ی شایستگی‌های فردی، مؤلفه‌ی ویژگی‌های اخلاقی و شاخص‌های آن شامل رعایت کرامت انسانی، صداقت، حفظ اسرار، ایثار و گذشت، رعایت انصاف، وجدان کاری، ترجیح منافع سازمانی به فردی، شناخت نقاط ضعف و قوت خود و کارکنان و بی‌طرفی در مباحث، میانگین بالای ۳ را نشان می‌دهد که حکایت از آن دارد که این شاخص‌ها و مؤلفه‌ها با الگو تناسب دارند. از بین شاخص‌ها، وجدان کاری بیشترین میانگین (۴/۵) و ایثار و گذشت (با میانگین ۳/۳۴) کمترین وزن را به خود اختصاص داده است. همچنین شاخص‌های تعهد دینی و عدالت میزان وزنی پایین‌تر از ۳ را دارا بودند.

در ادامه‌ی بررسی ویژگی‌های فردی شایسته برای یک مدیر سازمانی نتایج بیانگر آن بود که مدیری که رعایت کرامت انسانی، صداقت، حفظ اسرار، ایثار و گذشت، رعایت انصاف، وجدان کاری و ترجیح منافع سازمانی به فردی را داشته باشد به لحاظ فردی اخلاقی، شخص شایسته‌ای می‌باشد. علاوه بر این اخلاقی برای مدیر شایسته می‌باشد که با شناخت نقاط ضعف و قوت خود و کارکنان و بی‌طرفی در مباحث موجبات راحتی بیشتر کارکنان در روابط و پیشبرد اهداف سازمانی را فراهم آورد.

باید توجه داشت که نیروی انسانی مهم‌ترین و راهبردی‌ترین منبع یک سازمان به حساب می‌آید. یک سازمان حتی به فرض دارا بودن مجهزترین تجهیزات و تسهیلات، برخورداری از پیشرفته‌ترین فناوری بدون بهره‌گیری از نیروی کار متخصص و تعلیم دیده توفیق کامل نخواهد داشت. به علاوه امروزه ثابت شده است که توفیق یک کشور در زمینه‌های

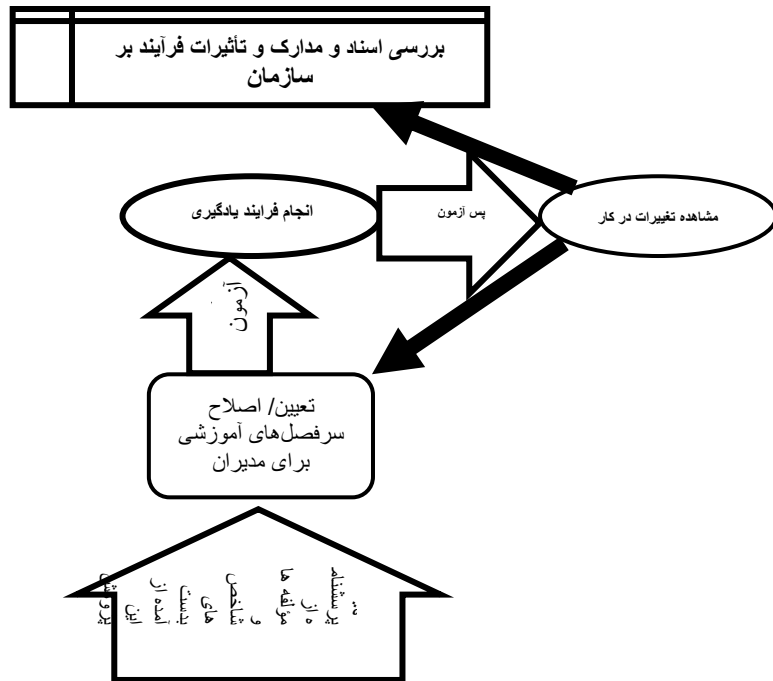
فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی در گرو برخورداری از یک نظام آموزش منسجم و پویا است و تنها با داشتن چنین نظامی می‌تواند با تحولات و پیشرفت‌های اجتماعی و صنعتی همگامی داشته باشد و در میان کشورهای موفق جهان از جایگاه شایسته‌ای برخوردار شود.

ما باید آموزش را نه به مثابه هزینه سازمانی، بلکه باید جزو وظایف سازمانی و نوعی سرمایه‌گذاری تلقی کنیم. از آن جایی که همه ساله سازمان‌های مختلف آموزشی، پول‌های هنگفتی را برای آموزش مهارت‌های خاص صرف می‌کنند و با توجه به این‌که اجرای این برنامه‌ها و دوره‌های آموزشی از لحاظ زمان، وقت بسیاری را طلب می‌کند یک ارزشیابی دقیق و علمی ضروری است که نقاط قوت و کاستی‌ها و نیز راه‌های پیشرفت و اصلاح آن و همچنین میزان تحقق اهداف و به طور کلی تصویری از وضعیت اثربخشی آموزشی این دوره‌ها را نشان دهد که برای نمونه می‌توان از مدل کرک پاتریک نام برد. البته این ارزشیابی باید بر اساس اصول علمی و مبتنی بر اهداف و شرایط سازمان صورت پذیرد تا نتایج مطمئنی را به همراه داشته باشد.

در این پژوهش با بررسی تطبیقی یافته‌های پژوهشی در داخل و خارج کشور با یافته‌های پژوهش حاضر دریافتیم که هریک از مطالعات انجام شده و همچنین نظریه‌های ارائه شده، با توجه به شرایط اقلیمی، فرهنگی، اجتماعی و تأثیرات جهانی شدن، ابعاد و شاخص‌های خاصی را بررسی نموده‌اند. بر این اساس زمانی که برنامه‌ریزان سازمانی جهت انتخاب مدیران آموزشی شرایط و ضوابط را تدوین می‌کنند، می‌توانند از نتایج این پژوهش بهره برده و متغیرهای به دست آمده از این پژوهش را برای بررسی شایستگی‌های مدیران مدنظر قرار دهند. همچنین مدیران و دست‌اندرکاران نظام آموزشی می‌توانند با به‌کارگیری مولفه‌ها و شاخصه‌های پیشنهاد شده و استفاده از آن در برنامه‌های اجرایی آتی و مطالعات بعدی خود به این مهم بپردازند.

بر اساس تلفیق مدل کرک پاتریک و نتایج این پژوهش فرآیندی که پیشنهاد می‌گردد عبارت است از تهیه پرسشنامه‌ای از ویژگی‌های مورد نظر به دست آمده از این پژوهش برای

بررسی شایستگی‌های مدیران در گام اول، سپس تعیین سرفصل‌های آموزشی برای مدیران، استفاده از پیش‌آزمون و پس‌آزمون، و انجام فرآیند یادگیری در گام دوم. در گام سوم بر اساس مدل کرک پاتریک پیشنهاد می‌شود تغییرات در کار و رفتار مدیران مشاهده و بررسی گردد و در گام آخر اسناد و مدارک و تأثیرات کلی آن بر سازمان مورد بررسی قرار گیرد.



با توجه به نتایج و یافته‌های پژوهشی حاصل از بررسی صورت گرفته در این پژوهش پیشنهاداتی به شکل ذیل ارائه می‌گردد:

۱. پیشنهاد می‌گردد در پژوهش‌های آتی با استانداردسازی پرسشنامه‌ها و تفکیک عوامل در هر پژوهش، در این زمینه گامی جهت تدقیق عوامل اثرگذار بر شایستگی مدیران آموزشی برداشته شود و همچنین بر اساس یافته‌ی اصلی این پژوهش و دیگر پژوهش‌ها دست‌اندرکاران امور مربوط به انتخاب مدیران آموزشی با توجه به شایستگی‌های به دست آمده از نتایج پژوهش‌ها نسبت به انتساب مدیران شایسته اهتمام ورزند.

۲. در رابطه با پرسش اول پژوهش می‌توان گفت با توجه به مؤلفه‌های عوامل مدیریتی فردی پیشنهاد می‌گردد متصدیان نسبت به انتساب مدیران شایسته اقدام نموده و بر اساس شایستگی احراز شده اجازه مدیریت را به وی داده و با فراهم آوردن زمینه‌های لازم برای مدیر، قدرت مانور وی را بالا برده و اجازه دهند که مدیری با این شایستگی‌ها موجبات ارتقای سازمان را فراهم آورد.

با در نظر گرفتن مؤلفه‌های شناسایی شده یعنی ویژگی‌های شخصیتی و اخلاقی پیشنهاد می‌گردد مدیران بالادستی ضمن ارج نهادن به این ویژگی‌ها با مدیریت احساسات خود در مواقع لزوم انگیزه‌ی درونی افراد مستعد و شایسته‌ی مدیریت را بالا ببرند.

منابع

- بیدختی، ع.، رستگار، ع. و نامنی، ا. (۱۳۹۳). آینده پژوهی تغییرات رویکردی آموزش عالی در توسعه سرمایه انسانی کشور؛ سناریویی محتمل برای افق. فصلنامه‌ی پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، ۲۱(۳): ۳۲-۴۴.
- سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی. (۱۳۸۳). سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.
- چیت‌ساز، ا.، ذوالفقارزاده، م. و غیائی ندوشن، س. (۱۳۹۱). تدوین الگوی محوری شایستگی‌های مدیران فرهنگی اجتماعی دانشگاه‌ها در ایران اسلامی. مدیریت در دانشگاه اسلامی، ۱(۲): ۲۷-۴۸.
- صدیق پور جوقان، م. (۱۳۹۴). بررسی میزان مطابقت انتصاب مدیران دوره متوسطه شهرستان ساوجبلاغ با آیین‌نامه‌های صادره. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد. دانشگاه آزاد اسلامی واحد تاکستان.
- عطایی، ف. (۱۳۸۶). ارزشیابی عملکرد گروه ارتقاء کیفیت در رابطه با بهره‌وری مدارس و ارائه‌ی الگوی استقرار و ارزشیابی در مدارس متوسطه شهر تهران. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد. دانشگاه آزاد اسلامی واحد رودهن.
- مهری، ع. (۱۳۹۴). ماهنامه‌ی اجتماعی، اقتصادی، علمی و فرهنگی کار و جامعه، شماره ۱۸.

نصر اصفهانی، ا. و معصومی، م. (۱۳۸۸). مقایسه‌ی عملکرد مدیران دانش‌آموخته رشته کارشناسی مدیریت و برنامه‌ریزی آموزشی با سایر رشته‌ها. فصلنامه‌ی تعلیم و تربیت، ۱(۳۳): ۱۸-۱.

- Allameh, s. (2014). Investigating the role of the moderator of the social capital variable on the relationship between competency management and knowledge sharing in the organization: the headquarters of the National oil company and the companies operating in Frc. *Management Research in Frc*, 18(2).
- Creswell, J. W. (2007). Mixed-Method Research: Introduction and Application in A. Tashakkori & C. Teddlie (eds.), *Handbook of Mixed Methods in Social and Behavioral Research*, Thousand Oaks, CA: Sage: 209-240.
- Cornish, E. (2010). *The Study of the Future: An Introduction To the Art and Science of Understanding And Shaping Tomorrows World*. USA: World Future Society.
- Dubois, D. D., & Rothwell, W. J., Stern, K., & Kemp, L. K. (2004). *Competency-Based Human Resource Management*. Davies-Black Publishing, Mountain View, California, First printing, p 16.
- Gal, M., Borg, W., & Gal, J. (2004). *Qualitative and Quantitative Research Methods in educational science and Psychology*. Translators: Nasr, Ahmad Reza et al. Tehran: Organization for the Study and Compilation of Humanities Books of Universities (Shahid Beheshti University).
- Hsieh, H. F., & Shannon, S. E. (2010). Three approaches to qualitative content analysis. *Qualitative Health Research*, 15(9), 1277-1288.
- Lado, A. A. & Wilson, C. M. (1994). Human resource systems and sustained competitive advantage: A competency – based perspective. *Academy of Management Review*, 19, 699-727.
- Udall, S. & Hiltrop, j. (2011). *The Accidental Manager: Surviving the Transition from Professional to Manager*. Perntice Hall Europe.
- Weatherly, L. A. (2015). Copetency modls series part I: competency models – an overview. Available form Society for Human Resource Management : [http:// shrm.org](http://shrm.org).

بررسی ظابطه‌های حاکم بر سلب مالکیت اراضی بر حسب نوعیت اراضی

فاطمه نگهداری^{۱*}، نصیر مشایخ گندس کلایی

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق ثبت اسناد و املاک دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب

۲- استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

مالکیت بالاترین حقی است که یک انسان می‌تواند داشته باشد و حق مالکیت خصوصی رابطه ای است بین مال و شخص یا اشخاص معین، که می‌توانند هرگونه انتفاعی از آن برده و به هر صورت که بخواهند از آن بهرمنند گردند این حق به عنوان حقی حتمی و رسمی در دین مبین اسلام مطرح گشته و در قانون اساسی و قوانین عادی نیز از شأن و منزلت بالایی برخوردار است البته در گذشته مالکیت خصوصی افراد و ماده ۳۰ ق.م به ندرت مخدوش و محدود می‌گردید. اما امروزه با افزایش جمعیت و بالا رفتن نیازهای عمومی ضرورت وجود قواعد و مقررات سلب مالکیت به جهت حفظ مصالح جامعه و حمایت از طبقات ضعیف بیشتر مورد تجدید قرار می‌گیرد. از اینرو اراضی بایر، ملی بیشتر مانند گذشته تمیتوان آنها را تملک کرد و در صورت تملک و یا املاکی که در تصرف اشخاص می‌باشد در صورت ملی شدن از مالکیت آنها خارج میشود و به مالکین دولت در می‌آید. همچنین اراضی اصلاحات ارضی که سال ۱۳۴۱ تا به امروز ادارات منابع طبیعی، کشاورزی و روستایی بر سر ملی بودن و یا نبودن آن اختلاف وجود دارد.

واژه‌های کلیدی: مالکیت، سلب مالکیت، اراضی موات، اراضی بایر، اصلاحات ارضی

مقدمه

اقدام به سلب مالکیت، از جمله ی تجلی حاکمیت دولت ها است که از اصول شناخته شده ی حقوق بین الملل به شمار می‌آید. از طرف دیگر، احترام به مالکیت خصوصی نیز از اصول مشترک نظام های حقوقی جهان است. هر کس مالک کسب و منفعت خویش است و هیچ فردی بدون مجوز حقوقی، حق تعرض و تجاوز به حقوق دیگری را ندارد. در این حال ظاهره تعارضی بین دو اصل «حاکمیت دولت ها و حق ملی کردن» و «احترام به مالکیت خصوصی» به نظر می‌رسد؛ چگونه ممکن است دولت ها حق تملک و مصادره ی اموال خصوصی را داشته باشند، در عین حال اصل محترم بودن مالکیت خصوصی بدون خدشه باقی مانده باشد؟ چه رابطه ای بین حاکمیت و مالکیت خصوصی وجود دارد؟ اختیار دولت برای سلب مالکیت از اموال خصوصی چگونه توجیه می‌شود؟ آیا این حق و اختیار شامل نقض تعهداتی که دولت در یک قرارداد امتیاز اتباع بیگانه پذیرفته است، نیز می‌شود؟ و بالاخره، در چه شرایطی سلب مالکیت از اموال، ناقض اصل محترم بودن مالکیت خصوصی و غیرقانونی تلقی نمی‌شود؟ بنابر اصل محترم بودن مالکیت خصوصی، هر شخصی، حقی انحصاری نسبت به مایملک خود دارد و بدون سلب قانونی رابطه ی مالک با آن مال قطع نخواهد شد و این اصل از اصول شناخته شده حقوق، اعم از حقوق داخلی و بین‌الملل به شمار می‌آید. حتی در نظام های سوسیالیستی، تا آن حدی که اشخاص حق تملک اموال و اشیاء را دارند، کاملاً پذیرفته شده است. اساس و بنیان روابط حقوقی اشخاص در تمام جوامع «مالکیت خصوصی» است. هنگامی که به موجب یکی از اسباب قانونی (مثلاً عقد بیع) مالی از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود، آن سبب قانونی، مجوزی برای قطع رابطه فی

مالک قبلی نسبت به مال مورد انتقال تلقی می‌شود. در واقع چنین سبب قانونی، خود چهره ای از محترم بودن مالک خصوصی بوده و از درون همان اصل سرچشمه می‌گیرد. در حقوق اسلام نیز اصل احترام به مالکیت خصوصی به کاملترین بیان پذیرفته شده و نقض این اصل به عنوان فعل حرام و گناه شمرده شده است و چنانکه پیش از این نیز بیان گردید، تبلور آن در اصل ۴۷ قانون اساسی و مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی ایران به وضوح به چشم می‌رسد. از طرفی حاکمیت، یکی از مفاهیم بنیادین در حقوق بین الملل است و از آن به قدرت برتر یا امکان اعمال اراده ای فوق اراده های دیگر تعبیر شده است. دو مفهوم دولت کشور و حاکمیت توأمان هستند و نفی یکی، دیگری را به دنبال می‌آورد.

۱- مفهوم مالکیت

تملك واژه‌های عربی از مصدر «ملك» است و در لغت به معنای «دارا و مالک شدن» و «ملکی را به اختیار خود در آوردن» است (عمید، ۱۳۷۴، ص ۴۲۱). مالکیت به معنای مالک بودن، مالکی می‌باشد و حقی است که انسان نسبت به شیء دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن بکند بجز آنچه که مورد استثنای قانون است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۳، ص ۱۹۹۱). مالکیت در فقه تملك را قصد انشاء در قبول ملکیت در مقابل تملیک دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۸). مالک (خداوند). کسی که دارای چیزی باشد و بتواند در آن تصرف کند. خداوند و صاحب و متصرف و دارنده، خداوند، رب، دارا، دارنده، مالکین (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۱۹۵). مالکیت را باید حقی اعتباری و دائمی برای یک شخص اعم از حقیقی و حقوقی نسبت به عین خارجی دانست که با توسل به آن حق دارای اختیار تصرفات گوناگون قانونی اعم از استفاده و بهره برداری و نقل و انتقال نسبت به آن عین خارجی بوده و می‌تواند مانع تصرفات دیگران گردد. در حقوق خارجی نیز از مالکیت تعریفی این چنین شده است: «عبارت است از رابطه حقوقی بین یک شخص و یک موضوع حق اعم از اینکه این حق واقعی باشد، نظیر حق نسبت به اموال غیر منقول مانند زمین یا حق نسبت به اموال منقول مانند حیوانات و اعتباری باشد، نظیر سهام.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۱۵).

۱-۲ ویژگی ها و اوصاف مالکیت

قانون مدنی حق مالکیت را تعریف نکرده است ولی از اوصاف و آثاری که برای آن استنباط می‌شود. به اجمال می‌توان تعریف حق مالکیت را به دست آورد. مرسوم است که گفته شود مالکیت دارای سه وصف است. مطلق بودن (جامع) انحصاری بودن (مانع) و دائمی بودن. اینک به توضیح مختصر هر یک از این اوصاف و تحولاتی که این ویژگیها به خصوص در سده های اخیر داشته اند اشاره می‌شود (عدل، ۱۳۷۳، ص ۵۸).

مطلق بودن: مالکیت حقی است که به نحو وسیع برای شخص نسبت به مال اختیار و سلطه تصرف و انتفاع در ملک میدهد، بنابراین می‌توان گفت که اصل در مالکیت اباحه تصرف است و منع و تحریم استثناست و مادامی که دلیلی بر تحدید و تقیید نباشد مقتضای اطلاق حق مالکیت، جواز بر تصرف است. از اصل مطلق یا جامع بودن حق مالک مبنی بر اختیار کلیه تصرفات ممکنه در ملک، این نتیجه حاصل می‌شود که چنانچه کسی حقی را نسبت به ملک مورد نظر ادعا کند باید آن را ثابت کند و مالک در این خصوص هیچگونه تکلیفی مبنی بر این که مالکیت او مطلق است، ندارد.

در حقوق کنونی به جهات مختلف بر اصل مطلق بودن مالکیت استثنائات زیادی وارد شده است و به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت: (عدل، ۱۳۷۳، ص ۵۹). واقع بینی ایجاب می‌کند که به جای اطلاق حق از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت، حقی است که به مقتضای آن چیزی در تحت اراده شخصی قرار گیرد به طوری که مختص به او باشد و به موجب آن بتواند هرگونه انتفاعی را در حدود قانون از آن ببرد.

انحصاری بودن: نتیجه طبیعی و منطقی اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف عامه مردم انحصاری بودن حق مالکیت است، انحصاری بودن حق مالکیت بدین معنی است که مالک به طور انحصاری حق خود را اعمال می‌کند، به طوری که هیچ کس دیگری جز شخص مالک یا افراد مأذون و مجاز از طرف او نمی‌توانند حقی بر ملک او داشته باشند. نتیجه این حق مالکیت، ایجاد تکلیف برای اشخاص دیگر مبنی بر احترام گذاردن و عدم تجاوز به حق مالک می‌باشد.

دائمی بودن: «مالکیت برای مالک حق دائمی است و به ترکیب استعمال و عدم انتفاع از ملک، وصف مالکیت از او سلب

نمی‌شود پس اگر از مالک عملی که حقیق را هویدا ساخته و مالک بودنش را نمایش دهد تراوش نکند به این سبب مالکیت او زایل نخواهد شد». هر چند که از این وصف در هیچ متن قانونی نامی برده نشده است، نویسندگان حقوقی یکی از خصایص مهم حق مالکیت را دائمی بودن آن می‌دانند، بدین معنی که این حق به طور دائم و همیشه پا برجاست و جنبه تزلزل و موقت ندارد، مالکیت شخص با گذشت زمان و تبدیل شدن آن، از بین نمی‌رود. حتی در مورد تملکی که از طریق حیات کسب می‌شود نظر مشهور در فقه این است که، در اثر بایر شدن زمین ملکیت از بین نمی‌رود و ملکیت کسب شده باقی می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹)

۲- مفهوم سلب مالکیت

مفهوم سلب مالکیت بسبب منافع عمومی این است که ادارات دولتی و با شهرداری ها و همچنین موسسات ملی که هدفشان رفع نیازمندیهای عمومی است بتواند اموال غیر منقول خصوصی (نظیر زمینی و ساختمان) را در مقابل پرداخت بهای عادلانه به نیازمندیهای عمومی (مثلا توسعه و ایجاد معابر و بناهای عمومی) اختصاص دهند. در حقوق بین الملل از سلب مالکیت (Expropriation) به عنوان حقی که در مفهوم موسع مورد شناسایی است و قطع نظر از تابعیت مالی اشخاص در مورد شان اعمال می‌شود، یاد کرده اند. این حق از سوی بسیاری از مراجع قضایی و غیر قضایی و حتی به موجب اعلامیه های سازمان و کنفرانس های بین الملل به رسمیت شناخته شده است.

سلب مالکیت برای رفع نیازهای عمومی و با هدفی معین صورت می‌گیرد و منظور از آن استفاده از مال در زمینه ای که به موجب قانون تصریح شده است. (سلجوقی، ۱۳۷۷، صص ۳۴۶-۳۵۵). بنابراین علاوه بر ویژگی تامین مصالح عموم باید روند سلب مطابق قانون صورت گیرد. با وجود این، سلب مالکیت، در معنای اعم به هر گونه تعرض به حق مالکیت خواه قانونی نیز اطلاق می‌شود. در دکترین حقوقی، سلب مالکیت و ملی کردن را از حقوق مشروع ملتها و از مصادیق بارز حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی و ثروت های ملی می‌دانند (افتخار جهرمی، ۱۳۷۳-۷۴، ص ۹۴). با وجود این، هنوز اختلافاتی وجود دارد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد بارها صحنه مباحثات و مجادلات طرفداران این دو نظر بوده و قطعنامه هایی نیز برای فصل این اختلافات فیما بین کشورهای شمال و جنوب صادر شده است.

۲-۲ مفهوم ملی کردن

ملی کردن عبارت از عملی است از سوی قوه عمومی که به موجب آن و با تأمین غرامت عادلانه، مالکیت مجموعه ای از وسایل تولید با یک یا چند مؤسسه متعلق به اشخاص به شرکتهای دولتی یا به سازمان های گروهی (عمومی) ملت، انتقال می‌یابد (شافر، بی تا)، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۸. ملی کردن دارای هدفی کلی و دامنه ای گسترده است و منظور از آن، تغییر در ماهیت مالکیت این قبیل اموال است. بنابراین، ملی کردن، (فرایند قانونی است که بنابر مصالح سیاسی اقتصادی کلان، موجب سلب مالکیت فراگیر در گستره معینی از اقتصاد کشور و ایجاد مالکیت انحصاری ملت می‌شود). ملی کردن اموال به دو صورت قانونی و غیر قانونی قابل تصور است که بی تردید از حیث جبران خسارت، میان این دو دسته تفاوت هایی وجود دارد. در ارائه معیار تعیین کننده این دو دسته گاهی فرض بر قانونی بودن ملی شدن است، مگر خلاف آن اثبات شود. از این رو در رویه دیوان دآوری ایران و آمریکا در لاهه چنین می‌خوانیم: نمی‌توان ملی کردن ایران آمریکا را به خودی خود، غیر قانونی دانست، خواه بر اساس عرفه حقوق تجارت بین الملل یا معاهده مودت باشد، هم چنان که اوله کافی نزد دیوان اقامه نشده که نشان دهد، ملی کردن برای منافع عمومی نبود، یا به صورت تبعیض آمیز صورت گرفته است). در این رویه فرض بر قانونی بودن ملی سازی است مگر خلاف آن ثابت شود. در ملی کردن، قانون حکم، تابع ماهیت مال ملی شده است. یعنی اگر مال ملی شده، غیرمنقول باشد، قانون محل وقوع مال و اگر دین بود، قانون محل پرداخت، حاکم خواهد بود. (اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۸) در مورد تعریف منافع ملی دیدگاههای مختلفی شکل گرفته است. از منظر عینی گرایان مانند مورگنتا «منافع ملی به عنوان واقعیتی عینی» و مهم جهت شناخت و فکر و اقدام سیاست گذاران است و منافع ملی «معیار همبستگی» است که با آن باید اقدام سیاسی را ارزیابی کرد و یا «آماجهای سیاست خارجی باید بر حسب منافع ملی تعریف شوند و سرانجام آنکه معیار قدرت، کشورها را قادر می‌سازد تا «فقط به دنبال یک ستاره راهنما، یک معیار فکری، یک قاعده اقدام و در یک کلام در خدمت منافع ملی باشند» (سیف زاده، ۱۳۷۰، ص ۱۰۳). البته باید خاطر نشان کرد

که واقع‌گرایانی مانند ریمون آرون و رینولدز، به ترتیب مفهوم منافع ملی را پوچ و بی‌ارزش و یانامیوم و بی‌فایده به حساب می‌آورند. (همان، ص ۹۷) در مقابل، ذهنی‌گرایان منافع ملی را با تصمیمات اقتدار آمیز تصمیم‌گیرندگان هر کشور نسبت به تعیین نیازها و خواسته‌های آن کشور مساوی می‌دانند. ذهنی‌گرایان با بهره‌گیری از محیط مساعدی که رهیافت تصمیم‌گیری برای ایشان را به ارمغان آورد، به تعریفی کاربردی از منافع ملی رسیدند و آن را حاکی از انتخاب و تصمیم مقامات کلیدی یک ملت دانستند «منافع ملی همان چیزی است که ملت، یعنی تصمیم‌گیرندگان آن انتخاب می‌کنند. (همان، ص ۱۱۱)

منافع و اهداف ملی « مفاهیمی زمان‌پرورده، زمینه‌پرورده، مبهم و همراه با تضادهای دوگانه بوده و در نتیجه به دست دادن تعریفی ثابت و فراگیر از آن ناممکن می‌نماید. کنت بودینگ می‌گوید: «چیزی که ما باید فراگیریم این است که منفعت ملی امری متغیر و متحول و نه ثابت می‌باشد. با توجه به محدودیت‌های گسترده این مفهوم، میتوان فهمید که منفعت ملی یک متغیر ذهنی بیش نیست» (تاجیک، ۱۳۸۰، ص ۴۸) با توجه به این موارد است که دیوید دبلیوکلینتون (۱۳۷۹) در کتاب «دو رویه منفعت ملی» پس از نقد و بررسی دیدگاه‌های گوناگون در این عرصه، بدین نتیجه میرسد که ما نیازمند بازنگری در مفهوم واژه ای هستیم که چنین شایع به کار گرفته می‌شود. واژه‌های که از یک طرف، چونان پدیده‌های محترم که قابل هیچگونه تعرضی نیست و از طرف دیگر همچون یک واژه کاملاً متغیر به نظر میرسد». (سیف زاده، ۱۳۷۰، ص ۱۰۵) نیز مفهوم مصالح متقابل بشری را برای جایگزینی مفهوم «منافع ملی» پیشنهاد میدهد.

۳- دلایل فقهی سلب مالکیت

مالکیت در نظر اسلام، مطلق، انحصاری و دائم است. بدیهی است مالکیتی در اسلام محترم است که از طرق مشروع تحصیل شده باشد وگرنه مکاسب و فعالیت‌های حرام اساساً مالکیتی ایجاد نمی‌نماید که سخن از احترام آن برود اصالت مالکیت در اسلام مبتنی بر آیات و روایات بی شماری است که مشهورترین آنها حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد که در فقه به قاعده تسلیط معروف شده است. براساس این قاعده مردم همه گونه سلطنت را بر اموال خود دارند و بوسیله این سلطنت مالک می‌تواند هر گونه تصرف و انتفاعی را که بخواهد از آن ببرد. اما این اصل نیز همچون سایر اصول حقوقی مصون از استثناء نمانده است. در فقه اسلامی، قواعدی وجود دارد که دلالت بر نفی ضرر و پیشگیری از ورود ضرر دارد. به تعبیر دیگر، لسان مشترک این قواعد این است که در صورت وجود بیم ورود ضرر، باید از ورود و حدوث آن جلوگیری نمود و حتی در برخی موارد، پیشگیری از ورود ضرر، واجب شمرده شده است.

۳-۱-۲ قاعده تسلیط

قاعده تسلیط از مشهورترین قواعد فقهی است و به علت کاربرد وسیع اقتصادی و اجتماعی اش از دیرباز از اساسی ترین قاعده های فقه در اسلام بوده است. این قاعده تثبیت کننده ارکان مالکیت است و به علت جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره بشر اهمیت و برجستگی خاص در بین سایر موضوعات دارد. این قاعده مبتنی بر دلایل کتاب، سنت، اجماع و عقل می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۶۱)

برخی از قواعد فقهی هستند که از حاکمیت و سلطه اشخاص به اموال خود سخن می‌گویند یکی از مبانی مهم فقه اسلامی که زیر بنای بسیاری از مقررات اسلامی قرار گرفته، قاعده تسلیط است که از آن با تعبیر الناس مسلطون علی اموالهم یاد می‌کنند که بیان کننده این معنی است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن، هر گونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی، از تصرفات منع کند. در وضع مقررات مربوط به اجرای طرح های عمومی توسط شهرداری نیز، استفاده و عنایت قانونگذار به این قاعده کاملاً محسوس است. حمایت هایی که قانونگذار ما در این قوانین از حقوق مالکانه نموده است بیانگر این ادعاست. با این حال باید دانست که حمایت شارع از تسلط مالک، مطلق نبوده و از چهار جهت محدود شده است. یکی از جهت «متعلق»، یعنی این که شارع، هر چیزی را که در آن وجهی از وجوه فساد باشد، حرام کرده است که این اشیاء وارد ملک کسی نمی‌شود تا انحاء تصرفات در آن جایز باشد (شراب و گوشت خوک از این دست است) یکی از جهت «طرق کسب مال»، که شارع آن را مقید به قیود مختلفی کرده است، مانند این که معامله، ناشی از خیانت طرفین باشد و طرفین دارای اهلیت برای معامله بوده و معامله غرری نیز نباشد. یکدیگر از جهت

مصرف می‌باشد که از این جهت، مالک نباید در مال خود اسراف و تبذیر کند یا آن را در راههای فساد و معاصی مصرف کند یا وسیله اضرار به غیر یا حتی اضرار به خود قرار دهد و آخر اینکه از جهت «حقوقی که متعلق به مال» است، مالکیت محدود شده است، یعنی اینکه که گاهی، مالی که در ملکیت مالک است، متعلق به حقوق دیگران قرار می‌گیرد مانند مالی که متعلق زکات یا خمس قرار می‌گیرد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ه. ق، ج ۱، صص ۳۲ و ۳۵)

۳-۱-۳ قاعده ید

فقها برای حجیت ید به چند دلیل استناد کرده اند؛ سیره، بنای عقلا، اجماع و روایاتی از قبیل: ۱- روایت حفص بن غیاث از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که: آن حضرت (ع) به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی بینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال او است؟ فرمود: آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست او است، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد، زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت (ع) فرمودند: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام (ع) فرمودند: شاید مال دیگری باشد پس چگونه جایز است و آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده ای اقرار کنی؟ سپس حضرت (ع) فرمودند: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق»؛ «یعنی اگر این امر جائز نباشد برای مسلمانها بازاری برپا نمی‌ماند.» (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه. ق، ج ۱، ص ۶۵)

۳-۲ دلایل حقوقی سلب مالکیت

در این جا به تشریح اصول و اسبابی که موجب یا توجیه کننده سلب مالکیت خصوصی می‌باشند، پرداخته می‌شود، لیکن قبل از ورود به بحث اصلی باید گفت، تمامی اصولی که در جهت تجویز محدودیت ها بر حقوق مالکانه عنوان شده است، حاوی اصل قانون مند بودن سلب حق می‌باشند زیرا اصول محدود کننده مالکیت اصول توجیه گر محدود کننده و سلب مالکیت توسط دولت هستند از همین رو این اصول را باید استثنایی و خلاف اصول اولیه و بنیادین دانست زیرا محدود کردن و یا سلب مالکیت اراضی ممکن است ناشی از سوء استفاده دولت و حاکمیت از قدرت باشد در نتیجه جهت تضمین حق بر اراضی توسط شهروند و تنظیم قدرت حاکمیت در این خصوص باید موارد امکان سلب مالکیت محدود، ضابطه مند و مصرح قانون باشد. این اصل مبین آن است که چون سلب حق اشخاص (اعم از مالکیت و غیره) همواره باعث زیان و خسارت آنها می‌شود لذا تنها به موجب قانون است که می‌توان حقی را از اشخاص سلب کرد و غیر از آن هیچ کسی نمی‌تواند حق دیگری را سلب نماید. فایده این اصل در حق مالکیت آن است که به هیچ وجه، مالکیت اشخاص سلب نمی‌شود، مگر به موجب قانون که انتهای ماده ۳۱ قانون مدنی نیز تأیید کننده این اصل می‌باشد: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.»

بنابراین از مجموع این اصول استنباط می‌شود که حق مالکیت و فلسفه وجودی آن و قواعد و اصول حاکم بر آن، بزرگترین حق مالی انسان است که این حق اول؛ از ارزش، اهمیت و احترام بالایی برخوردار می‌باشد و ضایع و باطل کردن آن توسط دیگری مورد نکوهش شدید باری تعالی، قرار گرفته است. دوم؛ طبق قوانین و مقررات داخلی و خارجی یا بین المللی (اعلامیه جهانی حقوق بشر و حقوق بشر فرانسه و ...) حق مالکیت مؤکدا مورد احترام و اعتبار قرار گرفته است. سوم؛ اصول و قواعد حقوقی فراوانی دال بر تأیید و صحت و رسمیت و احترام و دوام و غیره راجع به آن مطرح گردیده است. چهارم؛ این حق از بعد فلسفی چون از نیاز، غریزه، حس سلطه و لذت انسان سرچشمه گرفته لذا لازمه زندگی اجتماعی برای انسان است. پنجم؛ هیچ شخص یا مقام یا عنوان یا هر چیز دیگری، اجازه تحدید و تضییع و اسقاط و به طور کلی سلب آن را نخواهد داشت مگر در موارد بسیار استثنایی آن هم فقط به مجوز صریح قانونی که از مجرای قانون گذاری که در واقع همان نمایندگان مردم می‌باشند، گذشته باشد. (کامران کهرم، ۱۳۸۹، ص ۳۳)

۳-۲-۱ اصل تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

این اصل بیانگر آن است که حقوق عمومی، بر حقوق خصوصی (شخص) ترجیح دارد. براساس این قاعده منافع و مصالح عمومی و ملی، به علت سرایت آن به عموم جامعه، بر منافع و مصالح خصوصی و شخصی غلبه و برتری دارد و در تعارض میان آن دو، حقوق عمومی حاکم بر حقوق خصوصی است. نتیجه این قاعده آن است که در پی اهداف، مصالح، منافع و یا نظم

عمومی اگر نیاز و یا تعارضی با مالکیت خصوصی افراد ایجاد شود، دولت می‌تواند با توسل به حق حاکمیت خود و جهت رسیدن به اهداف عمومی، مالکیت خصوصی را از مالک آن سلب نماید. حال این سلب مالکیت می‌تواند، اجبار به فروش (تملک توسط دولت) یا ملی کردن و یا مسائل دیگر باشد. (همان، ص ۳۹)

بنا بر اندیشه اولویت حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، در لایحه قانونی ملی کردن جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ آمده است: «... عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو این که قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند» بر این اساس به جهت تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه از اشخاص مالک این گونه اراضی، سلب مالکیت شده است. با تکیه بر این اصل سیر تاریخی مالکیت اراضی دست خوش سیاست‌های اقتصادی و سیاست‌های گوناگونی گردیده است و به منظور میل به اهداف متعددی مالکیت اراضی از مالکین آنها سلب گردیده است. از مصادیق مهم این امر می‌توان قانون اصلاحات ارضی و سیر تاریخی آن را نام برد که به منظور توزیع اراضی کشاورزی بین عاملین و کشاورزان و صاحبان نسق منجر به سلب مالکیت اراضی گردید اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی سلب مالکیت اراضی توسط دولت کم نبوده است. مهم‌ترین این موارد را می‌توان قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸ نامید. در مقدمه این قانون آمده بود: «از آنجا که طبق موازین اسلام زمین موات ملک کسی شناخته نمی‌شود در اختیار دولت اسلامی است و اسناد مالکیتی که در رژیم سابق نسبت به زمین‌های موات در داخل محدوده شهری یا خارج آن صادر شده بر خلاف موازین اسلام و مصلحت مردم بوده است.» و علاوه بر آن لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر اموال خصوصی تصویب گردیده است؛ به موجب ماده یک این قانون: «هر گاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی و وزارتخانه‌ها با موسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام باشد به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تاسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تامین شده باشد، دستگاه اجرایی می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً و یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.»

قانون مذکور از دو جهت مورد توجه می‌باشد: اول این که به طور کلی بر مبنای این قانون باید گفت حق مالکیت اشخاص خصوصی بر اراضی حقی مطلق نیست و امکان محدود کردن و زوال و سلب آن توسط حاکمیت امکان پذیر است، همچنان که در قانون مذکور مصالح و منافع عمومی از جمله عمران و انجام طرح بر حق مالکیت خصوصی ترجیح دارد. دوم این که دولت در سلب مالکیت مبسوط‌الید و مطلق‌العنان نیست و تملک بر اراضی خصوصی مستلزم رعایت شرایط متعدد قانون مذکور است، هم چنان که در این قانون ضروری بودن انجام طرح، لزوم جبران خسارت، اجتناب ناپذیر بودن سلب مالکیت، تامین اعتبار و سرانجام دستور بالاترین مقام اجرایی مورد توجه قرار گرفته است و بدون جمع مجموع این شرایط، تملک اراضی خصوصی توسط دولت ممکن نیست.

۴- احکام سلب مالکیت اراضی موات در قوانین

در قانون مدنی ایران حق مالکیت برای احیا کننده زمین موات، شناخته شده است. ماده (۲۷) قانون مدنی، زمین موات را از مباحات اولیه بشمار آورده که با احیا آن ملکیت حاصل می‌گردد. در تنظیم مفاد این قانون از فقه امامیه تبعیت شده است. هم چنین ماده (۱۴۳) قانون مدنی به روشنی بیان می‌دارد: «هر کسی حق احیاء زمین موات و مباحه را دارد و احیا کننده مالک زمین احیا شده می‌گردد.»

با این وصف قوانین دیگری این حق را از عموم سلب و مالکیت همه ی اراضی موات را در اختیار دولت قرار می‌دهند، سابقه تصویب و اجرای این قوانین به سال ۱۳۳۱ بازمی‌گردد.

قانون مدنی هم به تبعیت از فقهای اسلامی احیا موات را موجب تملک دانسته است. (مواد ۱۴۰ و ۱۴۳)، بنابراین هیچ کس نمی‌تواند زمین موات را بی احیا و به عبارت دقیقتر بدون انجام عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره (ماده ۱۴۱ قانون مدنی) تملک کند و کسانی که در نظام سیاسی پیش از استقرار جمهوری

اسلامی ایران زمینهای موات را بی احیا تملک کرده و سند گرفته بودند، مالکیت آنها مبنای درست قانونی و شرعی نداشت و بجا بود که این گونه مالکیتها سلب و اراضی مواتی که بدون مجوز قانونی و شرعی به تصرف و تملک اشخاص سوذجو در آمده بود به دولت باز گردد.

تصویب قوانین مشابه دیگر مانند، قانون راجع به اراضی دولت و شهرداری ها و اوقاف و بانک ها مصوب ۱۳۳۵/۶/۸، اصلاحیه قانون راجع به اراضی دولت و شهرداری ها و اوقاف و بانک ها مصوب ۱۳۳۹/۹/۲۰، قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستاجر مصوب ۱۳۴۷ و ... در سنوات مختلن نه تنها احیا اراضی موات را از عموم سلب می‌نماید، بلکه به موجب این مقررات تصرف و احبا زمین موات بی اذن دولت جرم محسوب شده و احیا کننده تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرد و در حقیقت، احبا زمین موات تجاوز به حقوق دولت محسوب می‌گردد. (ثابنی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۳)

۴-۱ زمین بایر در قانون اراضی شهری و قانون زمین شهری

قانون اراضی شهری به مدت پنج سال اجرا و پس از پایان این مدت، قانون زمین شهری با تعیین پنج سال مهلت به تصویب رسید. هر دو قانون که جمعا ده سال اجر شدند محدودیتهایی برای حقوق مالکانه اراضی بایر و دایر شهری بوجود آوردند. قانون دوم تفاوتی با قانون اول داشت.

اساس تغییراتی که در حقوق مالکانه اراضی به موجب این دو قانون بوجود آمد عبارت است از:

۱- محدودیت مالک به حق عمران زمین بایر خود: به موجب این قوانین هر مالک فقط حق عمران یکهزار متر مربع از زمین خود را دارد.

۲- ممنوعیت مالک از فروش اراضی بایر خود به دیگران.

۳- اجبار مالک به فروش زمین خود به دولت و شهرداری ها.

۴- محرومیت مالک از حق فروش زمین خود با رضایت و به بهای کارشناسی و اجبار وی به دریافت بهای منطقیهای.

۵- آزاد تلقی نمودن املاکی که در وثیقه بوده و تملک می‌شود.

به موجب تبصره ۲ ماده ۹ قانون اراضی شهری، مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۲۷ و تبصره ۶ ماده (۹) قانون زمین شهری، مصوب ۶۶/۶/۲۲ اگر هنگام تملک، زمین در وثیقه باشد این امر مانع از انجام معامله نیست، به این ترتیب حق کسانی که ملک مورد تملک در وثیقه آنها بوده ضایع می‌شود. هر چند می‌توانند از محل بهای زمین و سایر اموال بدهکار حق خود را وصول کنند. همه این موارد بر خلاف حقوق حقه مالکین این اراضی بوده و به موجب قواعد فقهی و حقوقی با احکام اولیه مغایر است. این تغییر وضعیت در حقوق مالکانه اراضی بایر، شرفا در اجرای احکام ثانویه قابل توجیه می‌باشد. یکی از مشکلاتی که از نظر حقوقی در خلال اجرای قانون اول، مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ بوجود آمد. تعبیر محاکم از کلمه «نیازه» در ماده (۹) قانون بود. ماده (۹) مقرر می‌داشت: «مالکین زمینهای بایر و دایر شهری موظفند زمینهای مورد نیاز دولت و شهرداری ها را با تقویم دولت به آنها بفروشند...» استدلال دیوان عدالت اداری و محاکم در ابطال تملک زمین های واگذار شده از طرف دولت به مردم این بود که در این ماده قید زمینهای مورد نیاز دولت تصریح شده بود. نیاز دولت اموری نظیر تاسیسات و خدمات اداری و عمومی است نه این که زمین را خریداری و به دیگران بفروشد، این نوع نیازها، نیاز مردم است نه نیاز دولت. این تفسیر از کلیه نیاز که متاسفانه در تمام مراحل به همین گونه تفسیر می‌گردد در نهایت مغایر با روح قانون و دلیل تصویب آن و اسباب ضرورتی که باعث استفاده از احکام ثانویه گردید، می‌باشد.

با توجه به صدور احکامی در ابطال اقدامات دولت نسبت به تملک اراضی به استناد این تفسیر، دولت از مجلس شورای اسلامی در خواست تفسیر کلمه «نیازه» در ماده (۹) قانون را نمود و مجلس این کلمه را بشرح زیر تفسیر نمود:

در ماده (۹) منظور از عبارت زمینهای مورد نیاز دولت، اعم از نیازی است که جهت احداث ساختمانهای دولتی است با نیاز جهت واگذاری به متقاضیان بی مسکن ...

دو قانون مربوط به زمین های شهری در مجلس به تصویب رسید که ده سال به مرحله اجرا گذاشته شد (هر کدام برای مدت پنج سالاعتبار داشتند).

در این جا تفاوت این دو قانون را ذیلا از جهت تغییراتی که به موجب قانون دوم در حقوق مالکانه اراضی نسبت به قانون اول

وجود آمده بررسی می‌کنیم:

۱- در قانون زمین شهری که برای بار دوم با استفاده از احکام ثانویه تصویب شد. قانون تملک اراضی بایر و دایر، سراسری نبود و مجلس فقط برای سی دو شهر ضرورت تشخیص داد.

علت آن این بود که در زمان اجرای قانون اول در بقیه شهرها آن قدر زمین تملک و واگذار شده بود که کم و بیش به تمام متقاضیان زمین واگذار شده بود و تاسیسات شهری به اندازه کافی دارای زمین مناسب جهت احداث بودند، همین اقدامات بهای زمین را به شدت پائین آورده و معاملات به صورت بورس روی زمین دیگر انگیزه خود را از دست داده بود و فقط در ۳۲ شهر بزرگ که در قانون زمین شهری نام برده شده، این ضرورت هنوز باقی بود.

۲- با استفاده از تجربیات حاصله از بکارگیری عبارات در قانون اراضی شهری، ماده (۹) بنحو کاملتری تنظیم و علاوه بر داشتن صراحت کامل در خصوص علت تملک اراضی به نکته مهم دیگری نیز اشاره دارد و آن عبارت از رعایت ترتب در امر تملک اراضی است، بدین معنی که ابتدا باید اراضی موات و دولتی مورد استفاده قرار گیرد و سپس در صورت ضرورت بقدر نیاز از اراضی بایر و سپس اگر زمین های بایر نیز تکافو نکرد در حد ضرورت از اراضی دایر تملک شود. طرح اولیه به این صورت بود که در ماده (۹) با رعایت ترتب قید شده بود: «... البته در هر یک از شهرها پس از تقسیم اراضی موات و دولتی اگر وزارت مسکن تشخیص داد تقسیم اراضی بایر و یا دایر نیز ضرورت دارد می‌تواند مراتب را شورای نگهبان ایراد کنند، زیر را بر این جملات در ماده (۹) اعلام کرد:

... ماده (۹) که به عنوان ضرورت و عنوان ثانوی به تصویب مجلس رسیده از این جهت که مفهوم عدم فعلیت ضرورت اراضی بایر و دایر شهرها مورد نظر است و مترتب بر تقسیم زمینهای موات و دولتی و عدم تکافوی آنها شده است و تشخیص عدم تکافوی و ضرورت واگذاری اراضی دایر و بایر بعهده مجمع عمومی سازمان زمین شهری گذاشته شده است. (مجموعه قوانین شورای نگهبان، ۱۳۶۷، ۱۰۲۲)

این طرح با ایرادی که گرفته شد به شکل زیر اصلاح و به تصویب نهایی رسید:

ماده ۹ - وزارت مسکن و شهرسازی موظف است زمینهای مورد نیاز برای امر مسکن و خدمات عمومی را ضمن استفاده از کلیه اراضی موات و دولتی در شهرهایی که به پیوست این قانون بدلیل عدم تکافوی اراضی مذکور در این شهرها ضرورت آن حتمی است به ترتیب از زمینهای بایر و دایر شهری تامین نماید...»

ناگفته نماند هیچگاه این اصلاحات، شورای نگهبان را در تشخیص ضرورت قانع نکرد، از این رو این شورا در پاسخ مجلس اعلام داشت:

«... لایحه قانون زمین شهری که پس از ایراد مورخ ۶۶/۲/۲ شورای نگهبان با تغییراتی در جلسه روز ... مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است در شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت در مورد اصلاحی که در ماده (۹) بعمل آمده است ضرورتهای مذکور در این ماده و تبصره های آن محرز نشد. مسوولیت آن با خود مجلس شورای اسلامی است...» (همان)

اگر نظر امام در پاسخ استفتاء یک عضو محترم از فقهای شورای نگهبان نبود، این طرح با توجه به اعلام نظر فوق از سوی شورای نگهبان باز هم قابلیت اجرا پیدا نمی‌کرد اما با آن نظریه و این که شورای نگهبان مسوولیت طرح را بعهده مجلس محول کرد طرح به صورت قانون مصوب به اجرا در آمد.

۳- فرق دیگر قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۷/۱۹ با قانون قبلی مصوب ۱۳۶۱/۱/۲۴ مواد ۱۴ و ۱۵ قانون بودند که محدودیتهای برای حقوق مالکانه حتی در غیر ۳۲ شهر موضوع ماده (۹) که با ضرورت تصویب شده بود، بوجود آورد. به موجب مواد ۱۴ و ۱۵ قانون برای عمران و تقسیم و تفکیک اراضی دایر و انجام همین اقدامات در اراضی بایر به اضافه لزوم اخذ نظر وزارت مسکن در تغییر نوع و تقسیم و تفکیک این اراضی، محدودیتهایی بوجود آمد.

۴- به موجب تبصره (۷) ماده (۹) قانون که ضرورت آن نیز به تصویب رسیده بود، تملک اراضی بایر و دایر در تمام شهرهای کشور جهت خدمات عمومی و تاسیسات دولتی مجاز بود که البته از این جهت قانون مزبور مشابه قانون قبلی بود.

۴-۲ سلب مالکیت از املاک دارای سند اصلاحات ارضی

قانون اصلاحات اراضی نخستین قانون راجع به اصلاحات ارض در سال ۱۳۰۹ به تصویب رسید که شامل ۳۸ ماده و ۲۰ تبصره در فصل به تصویب مجلس شورای ملی و سنارسیده بود که فصول آن شامل تعاریف حدود مالکیت اراضی قابل تقسیم ارزیابی و پرداخت بهاء تقسیم و تحویل اراضی مقررات مالی مقررات مربوط به کمکهای فنی و حمایت کشاورزان و زارعین می‌کرده و آییننامه اجرایی آن نیز در مورخه ۱۳۳۹/۱۲/۲۲ توسط هیات عالی اصلاحات اراضی به تصویب رسید. بر این قانون اشکالات عدیده ای وارد شد و البته اشکالات بدیهی بود چون زمین که منبع اصلی قدرت و ثروت بود و در اختیار عده ای منحصر قرار داشت مالکیت آن مورد تعرض قرار گرفته و با اجرای این قانون بخش اعظم این مالکیت ها که مربوط به متمولین و قدرتمندان کشور بود مورد خدشه قرار می‌گرفت و از دست خوانین و اربابان خارج شده و بالتبع قدرت آنان نیز زایل می‌شد بنابراین از هر حربه ای که داشتن استفاده کردند تا جلوی اجرای قانون اصلاحات اراضی را بگیرند تصویب کنندگان و مطرح کنندگان اصلاحات اریناچار از اندیشه و تدبیر شدند مجدداً این قانون در ۱۹ دیماه ۱۳۴۵ بصورت اصلاح شده به تصویب رسید در این قانون البته که نظر بسیاری از قدرتمندان تامین شده بود این قانون شامل و فصل در ۳۸ ماده بود که دربردارنده تعاریف حدود مالکیت اراضی قابل تقسیم و مقررات مربوط آن ارزیابی و پرداخت بهاء مقررات مربوط به کمکهای فنی و حمایت کشاورزان و زارعین بود که تفاوت عمده اضافه شدن روابط زارع و مالک میباشد که در این بخش مشروحات نکات عمده و شاخص این قانون مورد بحث قرار می‌گیرد.

تحدید مالکیت یکی از قوانین که مالکیت اراضی رادر کشور محدود کرد قانون اصلاحی قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۰ بود. این قانون را می‌توان یکی از انقلابی ترین قوانین حقوقی کشورنامید که علیرغم این که شخص مالک بودو بعضاً از کلیه طرق قانون نیز مالکیت وی مسلم و محرز بود این قانون بخش اعظم مالکیت را سلب نمود به سخن دیگر مالکیت عده ای بسیاری از شهروندان را ملغی کرد و به عده ای دیگر مالکیت اعطاء کرد مالکیتی که براساس سایر قوانین از جمله قوانین مدنی یا ثبت و مانند آن هیچ خدشه ای بر آن وارد نبود بر همین اساس مخالفت‌های متعددی با این قانون صورت گرفت ظاهر قضیه مطرح کردن اصول و موازین قانونی و حقوقی و شرعی بودولی اصل ماجراجلو گیری از تفکیک اراضی کشاورزی و مالک شدن رعایا بود. ممکن بود که افرادی نیز واقعا از سر دلسوزی دست به این اقدامات مخالفت جویانه می‌زدند ولی گروه اربابان وزمینداران از این مسئله بنفع خود سوء استفاده می‌کردند اربابان با اجرای این قانون کلیه قدرت خود را از دست می‌دادند هر چند مابه ازاء و قیمت زمینهایشان را دریافت می‌کردند ولی از لحاظ اجتماعی لطمه جبران ناپذیری می‌خورند و واقعا هم خوردند چون پساز اجرای این قانون ارباب دیگری نمی‌توانست ده را با دهق نانش بفروشد یا پرزگر رابه شلاق ببندد.

مالکیت اربابان در بخش اعظم اراضی زراعی و باغات از دست رفته و به دهقانان منتقل شد حداکثر مالکیتی که برای هر کدام از اربابان در نظر گرفته شد یک ده ششدانگ بود که ممکن بود این ده ششدانگ یکجا انتخاب شود یا مثلاً از هرده ۲ تا ۳ دانگانتخاب گردد و چون حق انتخاب با مالک سابق بود مستثنیات خریداراضی مالکین توسط دولت و واگذاری آن به زارعین و باغات میوه و چای و قلمستانهایی که عرصه واعیان آن متعلق به مالک باشد و کلیه اراضی که از طریق زراعت میکانیزه بدون شرکت زارع و کارگر کشاورزی مورد بهره برداری قرار می‌گرفت بودند.

۵- محاکم عمومی دارای صلاحیت سلب مالکیت از اراضی ملی و اصلاحات ارضی

اصل ۱۵۹ قانون اساسی دادگستری را مرجع قانونی رسیدگی به تظلمات و شکایات قرارداده است و بر این اساس دادگاههای عمومی دارای صلاحیت عام رسیدگی در مرحله بدوی به کلیه دعاوی مدنی با هر نوع و هر نوع میزان خواسته و به تمام جرائم از هر نوع با هر میزان مجازات و به کلیه امور حسبیه هستند مگر آنکه رسیدگی به موجب قانون به مرجع دیگری واگذار شده باشد.

با توجه به این اصل می‌توان گفت که در خصوص دعاوی راجع به تملک، کلیه دعاوی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دیوان عدالت اداری نمی‌باشد، می‌بایست در محاکم عمومی مطرح گردیده و این محاکم مکلف به رسیدگی و صدور حکم مقتضی بر اساس قوانین و مقررات راجعه می‌باشند. صلاحیت محاکم عمومی در خصوص دعاوی راجع به تملک را می‌توان به دو بخش عمده تقسیم نمود:

۵-۱ صلاحیت محاکم عمومی در قانون تملک

به موجب صراحت قانون نحوه خرید و تملک اراضی، محاکم عمومی دادگستری در موارد ذیل ملزم به اتخاذ تصمیمات مقتضی در خصوص موارد ارجاعی می‌باشند

هرگاه مالک یا مالکین پس از اعلام دستگاه اجرایی از حضور جهت انجام معامله و تعیین کارشناس خوداری نمایند و یا آنکه به یکی از جهات مذکور در قانون تملک تعیین کارشناس توسط آنان امکانپذیر نباشد، دادگاه عمومی محل وقوع ملک به نیابت از مالک اقدام به تعیین کارشناس می‌نماید. و در صورت بروز اختلاف میان مالک و دستگاه اجرایی در مورد محل سکونت و یا ممراعه بودن ملک موضوع تملک، مرجع قانونی رسیدگی به این اختلاف و تصمیم‌گیری در خصوص استحقاق مالک به مبلغ خسارت، بر عهده دادگاه عمومی است.

در صورتیکه در موارد فوریت اجرای طرح، دستگاه اجرایی پس از تصرف در طرح در ظرف مهلت سه ماه اقدام به تودیع وجه موضوع تملک ننماید، دادگاه عمومی جهت صدور دستور توقف عملیات اجرایی تا زمان پرداخت بها و نیز الزام دستگاه اجرایی به پرداخت غرامت صالح می‌باشد.

۵-۲ صلاحیت محاکم عمومی در سایر موارد

بغیر از موارد مذکور در قانون نحوه خرید و تملک اراضی، دادگاههای عمومی مراجع صلاحیتدار جهت رسیدگی به کلیه دعاوی مطالبه غرامت دستگاه اجرایی نیز می‌باشند: «در تملک اراضی مورد نیاز برای طرحهای عمومی، رسیدگی به اعتراض مالک به عدم پرداخت بهاء و میزان قیمت و تعیین کارشناس با دادگستری است»

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نظریه ای با همین مضمون ارائه نموده است: «مرجع صالحه برای مطالبه بهای ملک که به موجب نظر کارشناس تعیین شده، دادگاه محل وقوع ملک است».

علاوه بر این در مواردی که دستگاه اجرایی بدون توجه به رعایت تشریفات تملک اقدام به تصرف املاک اشخاص می‌نماید، رویه قضایی موارد فوق الذکر را از مصادیق تصرف غاصبانه می‌داند: «بهای ملک که طی مجاری قانونی به تملک شهرداری در نیامده، قابل پرداخت نیست و موضوع در حد تصرف غاصبانه قابل پیگیری است»

برخی دادگاه های عمومی با توجه به همین دیدگاه اقدام به صدور احکام کیفری بر علیه مقامات گیرنده دستگاههای اجرایی نیز نموده اند: «از آنجایی که شهرداری وفق مقررات قانونی اقدام به تملک اراضی ننموده است. فلذا متهم (شهردار منطقه ۵ تهران) گناهکار تشخیص داده می‌شود.»

رسیدگی در دادگاه عمومی بر اساس ضوابط آیین دادرسی این مراجع صورت می‌گیرد باید توجه داشت که در صورت عدم محاسبه بهای املاک توسط دستگاه اجرایی، هرگاه دعوی مطالبه غرامت از سوی مالک در دادگاه مطرح گردد، محاکم عمومی جهت محاسبه غرامت ملزم به رعایت تشریفات قانون نحوه خرید و تملک اراضی در خصوص تعیین کارشناس و سایر ضوابط محاسبه بهای عادلانه نمی‌باشند بلکه می‌بایست با توجه به تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی اقدام به تعیین کارشناس و محاسبه غرامت نمایند.

۵-۲-۱ اعتراض به سلب مالکیت از اراضی ملی

مرجع رسیدگی به اعتراض اشخاص نسبت به ملی شدن اراضی حسب مورد تابع تشریفات آیین دادرسی اداری یا مدنی می‌باشد. باید دید این مراجع جزء کدام یک از دادگاه های دادگستری یا اداری یا مرجع غیردادگستری یا به تعبیر برخی شبه قضایی می‌باشد؟ در بادی امر آن چه از مراجع اختصاصی اداری به ذهن متبادر می‌گردد این است که دادگاه های اداری به طور منحصر در دیوان عدالت اداری خلاصه می‌شود. اما با التفات به فلسفه وجودی این دادگاه ها در می‌یابیم که حتی قبل از تشکیل دیوان مذکور، دادگاه های اداری وجود داشته که به اختلافات و دعاوی مردم و دولت رسیدگی می‌نموده است (طباطبایی مومنی، ۱۳۹۳، ۴۵۱). دادگاه های اداری به دلیل تعارض منافع و حقوق اشخاص با دولت و احترام به حقوق اکتسابی مردم و فقدان تخصص لازم در برخی مراجع قضایی، تاسیس شده است. رسیدگی در این مراجع با صرف هزینه های اندک و حتی در برخی موارد بدون هزینه صورت می‌گیرد. مشخصه دیگر دادگاههای اختصاصی اداری، نبود تشریفات و یا

سادگی در تشریفات رسیدگی و نیز سرعت روند رسیدگی در مقایسه با محاکم قضایی می‌باشد (طباطبایی موتمنی، ۱۳۹۳، ۴۲۲). در این خصوص یکی از نویسندگان در تعریف دادگاه‌های اختصاصی اداری گفته است: «مراجع اداری با صلاحیت ترافیعی، مراجع اختصاصی هستند که به موجب قوانین خاص در خارج از سازمان رسمی قضایی و محاکم دادگستری و عموماً به عنوان واحدهای کم و بیش مستقل ولی مرتبط به ادارات عمومی تشکیل شده اند و صلاحیت آنها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل دعاوی استخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ساختمانی می‌باشد که معمولاً به هنگام اجرای قوانین خاص مرتبط با ارائه خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت، میان سازمانهای دولتی و موسسات عمومی و افراد مطرح می‌گردد» (هداوند، ۱۳۸۹، ص ۳۱). با تصویب قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی و تعیین یک عضو قضایی در ترکیب اعضاء و نهایتاً صدور رأی توسط قاضی با اخذ نظرات فنی سایر اعضا، جای این پرسش باقی است که هیات مندرج در قانون مذکور دارای چه وصفی از اوصاف قضایی، اداری، اختصاصی حقوقی دادگستری یا غیر دادگستری یا شبه قضایی است؟ در پاسخ به این پرسش سه دیدگاه اساسی وجود دارد. دیدگاه اول معتقد است که هیات مندرج در قانون مذکور دارای وصف اداری می‌باشد. این گروه معتقدند که از ویژگی‌های دادگاه‌های اختصاصی اداری (اعم از عمومی یا اختصاصی) این است که اولاً تصمیم‌گیری با نظر اکثریت آراء صورت می‌پذیرد و ثانیاً چنین دادگاه‌هایی در ساختار دستگاه اجرایی قرار دارند. در نقد دیدگاه فوق می‌توان گفت که اداری دانستن هیأت‌های موضوع قانون مرقوم با ایراداتی همراه می‌باشد.

۵-۲-۲ اعتراض مالکی دارای سند اصلاحات ارضی

صاحبان اراضی نسقی نیز می‌توانند خواهان دعاوی اعتراض قرار گیرند. اراضی نسقی اصطلاحی برگرفته از قانون اصلاحات ارضی ۱۳۴۰ است که منجر به تقسیم مجدد زمین بین زارعان بی زمین و کم زمین گردید تا از تجمیع اراضی کشاورزی در ید اربابان جلوگیری شود و سهمی از آنها به خود زارعان اختصاص یابد. پس از انجام تقسیمات، حصه هر یک از زارعان تحت عنوان «نسق زراعی» آن زارع شناخته می‌شد. تعریف این قسم خواهان‌ها در بند یک ماده ۱ آیین‌نامه اصلاحی این قانون مصوب سال ۱۳۹۰ آمده است که بیان می‌دارد: «زارعان صاحب اراضی نسقی به افرادی اطلاق می‌گردد که بر اساس مراحل سه‌گانه قوانین و مقررات اصلاحات ارضی نسق زراعی به آنها واگذار گردیده و یا در آمارهای مربوط، به عنوان زارع صاحب نسق زراعی قید شده باشد. نسق زراعی یک کشاورز عبارت است از مقدار زمین‌های تحت تصرف و کشت وی در زمان اجرای قانون اصلاحات ارضی در ایران، که برای کشت و آبادانی آن اقدام نموده باشد». لذا چون قانون ملی شدن جنگلها و مراتع مؤخر بر قانون اصلاحات ارضی می‌باشد احتمال اینکه نسقات این قبیل زارعان ملی تشخیص شوند، وجود دارد و به تبع آن حق اعتراض و طرح دعوا خواهند داشت.

بدیهی است که با توجه به توضیحات بند قبل، آنچه زارعان صاحب نسق در مقام خواهان باید در دعاوی اعتراض اثبات نمایند تصرفات مشهود متصل به قبل از تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگلها و مراتع است و نه صرف ارائه اسناد نسق زارعه اصلاحات ارضی. ارائه این اسناد شرط لازم و ضروری جهت اثبات شرط ذی نفع بودن در اقامه دعوا و به تبع آن خواهان قرار گرفتن می‌باشد تا با قرار رد دعوا مواجه نگردد ولی کافی برای پیروزی در دعوا تلقی نمی‌گردد. جهت شناخت بیشتر مصادیق تصرفات مشهود در رویه قضایی محاکم کشور ما می‌توان به نظریه کارشناسی شماره ۱۸۹۵ مورخه ۹۰/۱۰/۱۱ در پرونده کلاسه ۸۹۱۰۷۶ دادگاه عمومی حقوقی مشهد اشاره نمود که حسب آن «مواردی از قبیل مشاهده و مطالعه عکس‌های هوایی ۱۳۴۵ و وضعیت توپوگرافی و سنگلاخی بودن و تپه‌ای بودن و شیب دار بودن اراضی و عدم وجود خاک زراعی در دامنه‌ها و وجود انواع گیاهان مرتعی و عدم امکان آبیاری آنها و کم‌سن بودن درختان موجود در محل و قدمت کم ساختمانها و تأسیسات و ...» می‌توانند حکایت از مستثنی نبودن اراضی بنمایند.

۵-۲-۳ اعتراض به زمینهای بایر شهری

مطابق ماده ۲ قانون زمین شهری، اراضی شهری زمین‌هایی است که در محدوده قانونی و حریم استحقاقی شهرها و شهرکها قرار گرفته است. اراضی شهری از نظر استفاده یا عدم استفاده از اراضی به سه دسته موات، بایر و دایر تقسیم می‌گردد. مطابق ماده ۳ قانون زمین شهری، اراضی موات شهری، زمین‌هایی است که سابقه عمران و احیا نداشته باشد. همچنین مطابق ماده ۴

قانون زمین شهری، اراضی بایر شهری، زمینهای است که سابقه عمران و احیا داشته و به تدریج به حالت موات برگشته اند اعم از آن که صاحب مشخصی داشته و یا نداشته باشد. ضمناً برابر ماده ۵ قانون زمین شهری، اراضی دایر، زمین‌هایی است که آنها را احیا و آباد نموده اند و در حال حاضر دایر و مورد بهره برداری مالک است...

آنچه در بحث حاضر دارای اهمیت می‌باشد اراضی بایر و اراضی موات شهری است. چرا که اراضی دایر شهری به مرور زمان مشمول قوانین دیگر قرار گرفته.

مرجع تشخیص اراضی دایر و بایر از اراضی موات شهری کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری می‌باشد.

برابر ماده ۱۲ قانون زمین شهری «تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات بعهدہ وزارت مسکن و شهرسازی است این تشخیص قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد.

پس از ارجاع موضوع به کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، اصولاً کمیسیون مذکور نظر به تشخیص موات بودن اراضی صادر نماید. در این صورت اشخاصی که احساس می‌نمایند نظریه مذکور علیه ایشان می‌باشد می‌توانند به این نظریه در دادگاه محل وقوع ملک اعتراض نمایند. عموماً دعوای مذکور علیه سازمان مسکن و شهرسازی شهرستان محل وقوع ملک طرح می‌گردد. وکیل متخصص دعوای زمین شهری این اطلاع را دارد که قانون زمین شهری در خصوص مهلت اعتراض ساکت می‌باشد و مجمع تشخیص مصلحت نظام طبق مصوبه ای به تاریخ ۳/۱۱/۱۳۷۰ مهلت اعتراض را سه ماه از تاریخ ابلاغ به مالک تعیین نموده است. مصوبه مذکور از اصطلاح مالک به شکل مطلق استفاده نموده است، سوال اینجاست که آیا اعتراض از جانب شخصی که با سند عادی یا قولنامه خود را مالک معرفی می‌نماید قابلیت طرح دارد یا صرفاً از جانب مالک رسمی؟ در این خصوص اختلاف نظر است ولی اعتراض به رای کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری اصولاً از جانب مالک رسمی قابل طرح است. وکیل اراضی زمین شهری متخصص در اولین قدمی که برای پرونده اعتراض به نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری برمی‌دارد تقاضای دستور موقت مبنی بر جلوگیری از نقل و انتقال ملک موضوع دعوا تا نتیجه نهایی دعوا را از دادگاه می‌نماید. دادگاه پس از رسیدگی به موضوع و اصولاً ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری و ملاحظه مدارک طرفین، در صورت پذیرش دعوا، ضمن نقض نظریه تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، حکم به ابطال نظریه صادر می‌نماید.

مسائل بسیار مهم دیگری در زمینه دعوای اراضی زمین شهری وجود دارد که وکیل دعوای اراضی زمین شهری می‌تواند آنها را بازگو نماید که از حوصله بحث حاضر خارج بوده و موجب اطاله کلام می‌گردد. اما به شکل خلاصه اعلام می‌گردد که با تصویب قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی ... مصوب سال ۱۳۸۱ عده ای عقیده داشتند که قانون زمین شهری کلاً نسخ شده و لازم الاجرا نیست. اما عده ای عقیده دارند با تصویب قانون مذکور، صرفاً مواد متعارض قانون زمین شهری نسخ شده است و مواد دیگر به ویژه مواد مرتبط با اراضی موات شهری و کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، کماکان لازم الاجرا است. رویه قضایی، نظریه دوم را پذیرفته است. همچنین وکیل دعوای اراضی زمین شهری می‌تواند راهگشای مسائل مربوط به استعلام ادارات مختلف و به ویژه شهرداری ها از سازمان مسکن و شهرسازی مبنی بر تعیین وضعیت ملک اشخاص متقاضی جواز ساخت و ... باشد چرا که اصولاً ادارات با استناد به ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری، مبادرت به استعلام وضعیت ملک می‌نمایند که امروزه این موضوع نسخ شده است و وکیل متخصص زمین شهری می‌تواند از بروز مشکلات ناشی از استعلام های بی مورد و بیجا جلوگیری نماید.

۶- آثار و پیامدهای سلب مالکیت

۶-۱ معیارهای تحدید مالکیت

در زمینه ی محدودیت ها، اظهار نظرهای فقهای شورای نگهبان، کمتر معیارهای دقیقی به دست می‌دهند، اما معیار اصلی «ضرورت» با قید موقت، فعلیت و عمومی بودن و همچنین معیار فرعی «منفعت عمومی» را به دشواری می‌توان در نظرهای فقهای شورای نگهبان شناسایی کرد. به رغم رویکرد انعطاف ناپذیر فقهای شورای نگهبان در دهه ی نخست تأسیس این نهاد، حسب سیر تحول نگرش فقهای شورا، همین رویکرد موجب می‌شود در موضع «ضرورت» و نیز صیانت از «منافع عمومی»، محدودیت‌هایی را بر مالکیت خصوصی اعمال کنند.

۶-۱-۱ ضرورت واضطرار

ضرورت در اصطلاح فقه؛ عذری است که به موجب آن ارتکاب پاره ای از امور ممنوعه مجاز است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۴۱۶).

اضطرار از ماده ضر به معنای مجبور و نیازمند شدن به چیزی و وادار شدن به امر مضر و ناخوشایند است از نظر فقهی نیز اضطرار برابر با ضرورت گرفته شده است و حالتی است که با آمدن آن اختیار از بین می‌رود و ارتکاب حرام جایز می‌گردد. (زکریا، ۱۴۰۴، ص ۴۳۳). حالت ضرورت که می‌توان با تسامح از آن به اضطرار نیز تعبیر کرد وقتی ایجاد می‌شود که شخص در معرض خطری شدید قرار می‌گیرد که او را به طور مشخص تهدید می‌کند و امکان دارد به حکم ضرورت از روی عمد برای رهایی خود یا دیگری از آن مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود. بنابراین در حقوق جزا وضع اضطرار آمیز آنچنان وضعی است که انسان برای حفظ جان یا مال یا حق خود یا دیگری ناگزیر از ارتکاب جرم شود. به عبارت دیگر، وضع اضطراری گریزگاهی است که انسان ناچار از اختیار میان دو امر شود: یا اطاعت از دستور قانون گذار و در نتیجه، رویارویی با خطر و ضرری هنگفت و یا آسیب رساندن به مال غیر و تجاوز به حق دیگری و سرانجام ارتکاب جرم. مختصر این که حالت ضرورت یا اضطرار عبارت از پیش آمدن وضعی است که نگهداری حق و یا مالی ملازمه با آسیب رسانیدن به مال غیر و در نتیجه ارتکاب جرم دارد. ذکر چند مثال مطلب را روشن می‌کند: فردی بیکار و گرسنه که می‌بیند فرزندانش نیز چون او گرسنه اند و امکان دارد به واسطه شدت گرسنگی از بین بروند، به سرقت مبادرت می‌کند؛ یا پزشکی برای نجات جان مادر، جنین وی را سقط مینماید؛ یا مغروقی برای استفاده از تکه تخته ای که تنها مقاومت نگهداری یک نفر را دارد، دیگری را غرق کرده و خود را نجات می‌دهد. مثال بارز و کلاسیک در مورد اضطرار و ضرورت که بارها نیز عملاً اتفاق افتاده است، افرادی هستند که در اثر سقوط هواپیما یا غرق شدن کشتی، در مکان دور افتاده ای بدون آب و غذا می‌مانند و به جهت اضطرار از گوشت یکی از همراهان خود که مرده یا او را کشته اند، تغذیه می‌کنند. به تازگی نیز اضطرار در مورد اشخاصی مطرح شده است که به علت نداشتن سرپناه برای خود و فرزندان خویش وارد آپارتمان های خالی از سکنه شده و منزل گزیده اند. افراسیابی، ۱۳۷۴، ص ۲۵۵. ضرورت یکی از عناوین ثانویه در فقه شیعی است که به خاطر آن حکم اولیه برداشته می‌شود. مبتنی بر این قاعده ی فقهی، شارع به هنگام وجود ضرورت، مکلفان را مجاز ساخته تا از احکام عادی و مسلم شرعی در حد ضرورت تخلف کنند و به سبب نادیده گرفتن حکم شرعی در اینگونه موارد مؤاخذه نشوند (فرزانه، ۱۳۹۱، ص ۱۷). یکی از مبانی شرعی که به دولت اسلامی اجازه میدهد در صورت لزوم و نیاز به سلب مالکیت دست یازد، قاعده ی فقهی «الضرورات تبیح المحذورات» است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۷۳). براساس مفاد قاعده ی ضرورت در مواقع ضروری، دولت اسلامی مجاز است در راستای رفع ضرورت پیش آمده مالکیت خصوصی افراد را نادیده بگیرد و به سلب آن اقدام کند. معیار محدود کننده ی «ضرورت» را بیشتر می‌توان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی و در موضوعاتی مانند زمین، معادن و آب دنبال کرد. اظهار نظر مشهور فقهای شورای نگهبان در طرح اراضی شهری به تاریخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ از جمله موضوعاتی است که زمینه ساز توجه به معیار «ضرورت» شد. فقهای شورا در نظر مذکور با توسعه ی مفاد قاعده ی الناس مسلطون علی اموالهم، اختیارات دولت در صیانت از منفعت عمومی را به تمامی نادیده گرفتند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۹۲). حسب اصرار مجلس شورای اسلامی و استناد به اجازه ی مورخ ۱۳۶۰

۱۹/۷/ امام خمینی مبنی بر صلاحیت مجلس در تشخیص موارد ضرورت، فساد و اختلال نظام اجتماعی و قانون گذاری لازم در این زمینه، کماکان فقهای شورای نگهبان در تحدید حق اعمال مالکیت مالکان معتقد بودند که می‌بایست به قدر ضرورت اکتفا کرد و با اطلاق احکام مقرر در طرح پیشنهادی مخالفت می‌کردند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۹۸). سرانجام با عنایت به اجازه ی امام خمینی به مجلس در تشخیص ضرورت های اجتماعی، فقهای شورای نگهبان مصوبه ی مجلس را مغایر موازین اسلامی تشخیص ندادند و آن را تأیید کردند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۹۲). در این مورد فقهای شورا خود رأساً تمسک به ضرورت را عاملی برای تحدید مالکیت نپذیرفتند و به واسطه ی فرمان امام به این محدودیت، تن دادند.

۶-۲ مصلحت

مصلحت در موضوع احکام حکومتی: احکام حکومتی تصمیماتی هستند که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آنها به حسب مصلحت وقت اتخاذ می‌کند و طبق آنها مقرراتی وضع نموده و به موقع به اجرا در می‌آورد. مقررات نام برده لازم الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار می‌باشد با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و غیرقابل تغییر است. مقررات وضعی قابل تغییر و در ثابت و بقاء تابع مصلحتی می‌باشد که آنها را به وجود آورده است. پس احکام حکومتی براساس مصالح جامعه اسلامی (مصلحت نظام اسلامی، جامعه و اسلام) اتخاذ می‌گردد. بنابراین صدور و تنفیذ احکام حکومتی مشروط به مصلحت است. یعنی اگر در حکم حکومتی مصلحت است و در دین لحاظ نشود اعتباری ندارد. پس در موضوع جواز صدور حکم حکومتی، مصلحت اندیشی اتخاذ شده است. احکام حکومتی برخلاف احکام اولیه و ثانویه که جاعل شارع مقدس اسلام است، واضع آن حاکم مسلمین است. بنابراین اگر اثبات شود که حاکم اسلامی چه معصوم باشد و یا غیر معصوم از طرف شرع، حق جعل حکم حکومتی را دارد لازمه اش این است که تشخیص بلاواسطه یا مع الواسطه مصلحت از جانب حاکم مسلمین، مورد تأیید شارع است. (جلالی کندلوس، ۱۳۸۳، ص ۱۱۵ تا ۱۱۷)

حسب نگرش و رویکرد فقهای دوره های نخست شورای نگهبان در پایبندی به احکام اولیه و احتراز از استناد به عناوین ثانویه همچون معیار «مصلحت»، نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام تأسیس شد. از این حیث اعمال محدودیت ها در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی، مبتنی بر معیار «مصلحت»، بیشتر از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام انجام می‌گیرد، هر چند در برخی از نظرهای شورای نگهبان به مفهوم منفعت عمومی نیز توجه شده است. مصداق بارز این موضوع در نظر مربوط به لایحه ی «تمدید مدت محدودیت مقرر در قانون ممنوعیت تخلیه ی اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار آموزش و پرورش» به تاریخ ۱۳۷۷/۵/۲۸ است. بدیهی است که ممنوعیت مقرر در این ماده واحده که در ۱۳۷۲/۶/۹ تصویب شده بود، برخلاف رویه‌ی معمول شورای نگهبان در قبال مالکیت افراد بوده است، زیرا حسب مجوزی که به وزارت آموزش و پرورش به منظور عدم تخلیه ی اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی داده شد، محدودیت بزرگی را بر مالکان وارد کرد، اما نیاز وزارت آموزش و پرورش به این اماکن موجب شد تا این مصوبه به تصویب برسد، ولی در تمدید آن قیودی مانند احراز عسر و حرج براساس موازین قضایی به وسیله ی دادگاه و لزوم تمدید تا رفع نیاز آموزش و پرورش در مصوبه ی مجلس شورای اسلامی حذف شده بود که با اعلام ابهام شورای نگهبان، در اصلاحیه بدان افزوده شد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج ۹، ص ۲۹۷). در نظر مذکور، مالکیت افراد در راستای تأمین منفعت عمومی محدود شده و شرایط مربوط به آن نیز به روشنی قید شده است. مانند این مورد در لایحه ی ممنوعیت قلع و قمع فضاهای آموزشی نیز تکرار شد که محدودیتی اساسی تر را بر مالکیت خصوصی تحمیل کرد. اما شورای نگهبان در این لایحه، عنصر مصلحت را با شرایط بالا نپذیرفت و فقط پس از اصرار مجلس شورای اسلامی، در تاریخ ۱۳۸۵/۶/۴، مجمع تشخیص مصلحت نظام این لایحه را تصویب کرد که با عنایت به آن، احکام قلع و قمع ساختمان های آموزش و پرورش تا پایان برنامه ی چهارم، با قید تمدیدناپذیری مدت متوقف شد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج ۱۴، ص ۱۰۷۶). معیاری که در این محدودیت بارز مالکیت خصوصی لحاظ شد، منفعت عمومی در راستای تسهیل آموزش و پرورش عمومی بود.

در مجموع اظهار نظرهای فقهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی، گویای این واقعیت است که کمتر محدودیتی را برای مالکیت می‌پذیرند؛ بویژه اگر این محدودیت ناشی از منفعت عمومی باشد. در واقع تصویب لایحه ی ممنوعیت قلع فضاهای آموزشی نشان می‌دهد که این خلأ را مجمع تشخیص مصلحت نظام پر کرده و تلاش کرده است تا نوعی توازن را بین مالکیت خصوصی و صیانت از منفعت عمومی برقرار کند. بنابراین، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مواضع انعطاف ناپذیر فقهای شورای نگهبان را تعدیل می‌کند؛ هر چند مفهوم منفعت عمومی مستتر در استدلال مجمع نیز مفهومی مبهم و فاقد معیارها و شاخصهای معین است (ویژه، ۱۳۸۹، ص ۴۳۷). که از این حیث ضروری است معیارها و شاخصهای عینی فقهی و حقوقی استخراج و معرفی شود.

نتیجه گیری

تحدید مالکیت خصوصی در تعارض با مالکیت عمومی توسط دولت یا نهادهای عمومی دارای مبانی و دلایلی است؛ از جمله این دلایل مبانی حقوقی موجود در قوانین است به عنوان مثال بر مبنای اصل ۲۲ و ۴۰ قانون اساسی در مواردی که شخص بخواهد از حق مالکیت خویش به ضرر عموم استفاده کند تحدید آن به موجب قانون جایز است؛ در قانون مدنی نیز طبق ماده ۳۰ و ۳۱ تحدید مالکیت خصوصی پذیرفته شده که به موجب این مواد در مواردی مانند تعارض مالکیت خصوصی با مالکیت عمومی، دولت می‌تواند مال فرد را از ملکیتش خارج کند، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ نیز به دستگاههای اجرایی اجازه داده برای اجرای برنامه‌های عمومی خویش با رعایت شرایط مقرر در قانون مالکیت خصوصی فرد بر مالش را محدود و یا سلب نماید. مبنای فقهی دیگر قاعده‌ی مصلحت است که براساس آن دولت به نمایندگی از عموم در تعارض مالکیت خصوصی و مالکیت عمومی، مصلحت عموم را مقدم می‌داند و مالکیت خصوصی را تحدید می‌نماید. مبنای دیگر قاعده‌ی عدالت است که به موجب آن دولت امین عموم محسوب می‌شود و باید همواره عدالت را رعایت کرده و به حل تعارض بین مالکیت عمومی و خصوصی بپردازد و عدالت نیز حکم می‌کند در مواردی که منافع جمع در خطر باشد منافع شخصی محدود شود. مبنای دیگری که براساس آن مالکیت خصوصی محدود می‌شود نظریه‌ی اصالت جمع است که البته در نظام اسلامی هم فرد اصیل است و هم جمع، لیکن اگر تعارضی بین این دو که تعارض مالکیت خصوصی و عمومی مصداقی از آن است ایجاد شود مالکیت جمع یا عموم مقدم است چون منافع جمع همان منافع تک تک افراد است. در خصوص سلب املاک ملی و اراضی دارای سند اصلاحات ارضی باید بیان داشت که: از زمان اصلاحات ارضی در سال ۱۳۴۱ و ملی شدن اراضی تاکنون همواره بین ادارات منابع طبیعی سراسر کشور و کشاورزان و روستائیان بر سر ملی بودن یا نبودن اراضی اختلاف بوده است به طوری که کلیه‌ی اراضی کشاورزانی که دارای سند مالکیت ثبتی و یا نسق زارخانه هستند توسط اداره منابع طبیعی به عنوان مرتع یا اراضی ملی اعلام شده است. این امر علاوه بر ایجاد مشکل در اجرای هر نوع عملیات بر روی عرصه مورد اختلاف باعث سرگردانی و بلاتکلیفی زارعان و یا صاحبان سند شده است. در هنگام اجرای قانون اصلاحات اراضی و تقسیم اراضی مالکان بین زارعین، زارعینی که اراضی مالکان را تحویل گرفته اند سهواً (به دلیل بی سوادی و نا آشنا بودن با قوانین) و یا عمداً (جهت پرداخت اقساط ده ساله کمتر به مالکین) میزان اراضی تحت تصرف خود را بسیار کمتر از واقعیت اعلام نموده اند (به استثناء اشخاص معدود)، این آمار اظهار شده توسط خود زارعین جمع بندی شده و به عنوان آمار کلی روستا به اداره منابع طبیعی اعلام گردیده است به همین دلیل است که اسناد زارعین با تصرفات آنها همخوانی ندارد ولی آمار قید شده در اسناد و نه میزان اراضی تحت تصرف ملاک عمل ادارات می‌باشد. همچنین اسناد زارخانه ایی که در اجرای قانون اصلاحات اراضی صادر گردیده اند مشاع بوده و نه حدود اربعه و نه محل وقوع عرصه در آنها قید نگردیده است. البته اداره ثبت اسناد و املاک نیز در اجرای ماده ۱۴۷ قانون ثبت بدون استعلام از اداره منابع طبیعی شهرستان اقدام به صدور سند مالکیت جهت اشخاص نموده است و در هنگام ارائه نقشه اداره منابع طبیعی و صدور سند اراضی ملی نسبت به جانمایی اسناد اشخاص ننموده و صرفاً به ذکر پلاک های فرعی صادر شده جهت اشخاص در اسناد منابع طبیعی به عنوان استثناء اکتفا نموده که این امر نیز مشکلاتی را فراهم آورده است. مراجع اداری و شبه قضایی متعددی در خصوص شناخت انواع اراضی دارای صلاحیت می‌باشند و تصمیمات غالب آن‌ها در تعیین نوع اراضی، نزد مراجع قضایی قابل اعتراض است. تشخیص اولیه اراضی ملی با سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور مرجع اداری تشخیص اولیه) و رسیدگی به اعتراض اولیه به آن تشخیص در صلاحیت کمیسیون ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع (که از این به بعد تحت عنوان قانون ماده واحده از آن یاد خواهیم کرد) و قابل اعتراض نزد محاکم قضایی بوده که به موجب ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری، مرجع اعتراض به این تشخیص به دادگاه ویژه ای که توسط رئیس قوه قضاییه در مرکز هر استان تأسیس یا بدین منظور تعیین می‌شود، محول شده است. کمیسیون مقدم الذکر ضمن رسیدگی به اعتراضات واصله قبل، صرفاً تا یکسال پس از لازم الاجرا شدن قانون مذکور (۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی برابر با تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱۱) که به لحاظ مصادف با روز تعطیل رسمی ۱۳۹۰/۶/۱۲ می‌باشد)، نسبت به پذیرش اعتراضات اقدام خواهد نمود و رسیدگی به اعتراضات به تصمیمات آن کمیسیون، که

توسط قاضی دادگستری عضو کمیسیون در قالب رأی انشا می‌شود نیز، طبق روال سابق در صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک خواهد بود و کمیسیون حق دریافت اعتراضات جدید از آن تاریخ به بعد را نخواهد داشت. قانون گذار جهت رفع اختلافات فوق الذکر اقدام به تعیین شعبه ویژه ایی در مراکز استان نموده است که معترضین می‌بایست با در دست داشتن نقشه اراضی مورد اختلاف و اسناد دال بر مالکیت به شعبه مذکور مراجعه نموده و نسبت به طرح دعوی اقدام نمایند. بدیهی است در صورت اثبات مالکیت و محکومیت اداره منابع طبیعی مشکل معترضین رفع و در صورت محکومیت معترض و ملی اعلام شدن عرصه مورد اعتراض اداره منابع طبیعی نسبت به خلع ید و رفع تصرف از عرصه اقدام خواهد نمود.

منابع

۱. اطهری، کمال. فصلنامه اقتصاد مسکن، انتشارات وزارت مسکن و شهر سازی، شماره ۱۳۷۹
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۷۱)، تقریرات دوره حقوق مالی، مقطع کارشناسی ارشد.
۳. انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات محراب، تهران، چاپ اول، جلد ۱.
۴. بهشتیان، سید محسن، (۱۳۸۶)، مجله حقوقی عدالت آراء - شماره ۶ و ۷ - زمستان، ۸۵
۵. جامعه بزرگ، محمد، (۱۳۶۹)، تملک اراضی توسط دولت و شهرداریها، شرکت انتشارات مسلم، همدان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر: (۱۳۷۸)، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول
۸. حیدریان، محمود، (۱۳۵۰)، مبادی علم حقوق مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و حقوق انگلستان، تهران، چاپ سوم.
۹. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا (گیاه معتم)، انتشارات روزانه، تهران، چاپ دوم، جلد ۱۳.
۱۰. صدر زاده افشار، سید محسن، (۱۳۷۳)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات ماجد، چاپ دوم.
۱۱. صفایی، سید حسین، نقدی بر قانون لغو ملکیت اراضی مدت شهری و کیفیت عمران آن. نشریه موسسه حقوق تطبیقی شماره ۴، ۱۳۵۸
۱۲. عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، قزوین، نشر بحرالعلوم، چ اول.
۱۳. عمید، حسن، (۱۳۷۴)، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، چ پنجم.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر یلدا، ج اول.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱) عقود معین، جلد اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (عقود معین)، چ ۱، تهران، شرکت انتشار، چ ششم.
۱۷. کلینی، ابوجعفر، محمدبن یعقوب، (۱۴۰۷ ه.ق)، الاصول من الکافی، دار الکتب الإسلامی، قم، چاپ چهارم، جلد ۵.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، جلد ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، تهران.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۴) قواعد فقه بخش مدنی، تهران، انتشارات سمت، چ اول.
۲۰. معین، محمد، (۱۳۷۶)، فرهنگ فارسی معین، انتشارات میلاد، تهران.
۲۱. مفرحی، حسین، خلیق، عباسعلی، (۱۳۷۶)، مالکیت و طرح شهری، انتشارات مرسل، تهران.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۴۰)، قواعد الفقهیه، چاپ اول، قم، دار العلم، جلد ۱.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ (۱۴۱۳ ق)، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، چاپ دوم، قم، مدرسی الامام علی بن ابیطالب.
۲۴. موسوی البجنوردی، محمد، (۱۳۷۹). القواعد الفقهیه، تهران، مجد، چاپ سوم.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، (۱۳۷۹)، البیع، قم، موسسه اسماعیلیان.
۲۶. میر عباسی، سید باقر، (۱۳۷۱)، مکالمه (حقوق ملی کردن در حقوق بین الملل)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲۸.
۲۷. ناصرزاده، هوشنگ، (۱۳۷۲)، اعلامیه حقوق بشر، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، تهران، چاپ اول.
۲۸. هاشمی، سید محمد، (۱۳۸۴)، حقوق بشر و آزادیهای اسلامی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

بررسی حل تعارض قوانین در طلاق زن خارجی از مرد در حقوق ایران و استرالیا

آذرگشسب معراج*

۱- کارشناس ارشد، حقوق خصوصی، موسسه آموزش عالی روزبهان

چکیده

طلاق مقوله‌ای است که به احوال شخصیه یک فرد مربوط شده و بر اساس قوانین ملی و یا قوانین خاک سرزمینی یک کشور مشخص می‌گردد. و با توجه به اینکه کشورها در مورد احوال شخصیه و به طور خاص، طلاق از اصول و قوانین مختلفی پیروی می‌کنند باید اذعان داشت که برای حل تعارضات میان قوانین چند کشور مختلف برای جاری شدن یک طلاق بین دو فرد از تابعیت‌های متفاوت، می‌بایست قانون حاکم بر طلاق مشخص گردد. بر طبق این قضیه ما در این مقاله ی کنونی قصد داریم تا با بررسی تعارضات قوانین حاکم بر طلاق در میان کشورهای ایران و استرالیا به تعیین قانون حاکم بر طلاق در این دو کشور در زمان پی آمد تعارض بپردازیم. روش تحقیق در این مقاله کتابخانه‌ای بوده و به صورت توصیفی - تحلیلی انجام می‌گیرد.

کلید واژگان: طلاق، تعارض، قانون حاکم، ایران، استرالیا

مقدمه

احوال شخصیه در علم حقوق دارای اهمیت ویژه‌ای است. به همین جهت سعی شده که قانون و مقررات حاکم بر آن تا حد امکان ثابت بماند. اکثر حقوقدانان قبل از تعریف احوال شخصیه به تعیین مصادیق آن پرداخته‌اند. احوال شخصیه به معنی مجموع اوصاف حقوقی انسان مانند نکاح، طلاق، سن، نسب، حجر و... می‌باشد. وضعیت منشأ حقوق و تکالیف است و اموری را شامل می‌شود که قانون بر آنها آثار حقوقی بار می‌کند برخی از کشورها احوال شخصیه اتباع بیگانه را مشمول قانون دولت متبوع و برخی مشمول قانون اقامتگاه می‌دانند. در حقوق ایران احوال شخصیه بیگانگان در حدود معاهدات، تابع قوانین دولت متبوع آنها می‌باشد. این قاعده را اولین بار نویسندگان قانون مدنی فرانسه در مورد حل تعارض قوانین مطرح کردند و این راه حل را بسیاری از کشورهای جهان از جمله کشورهای اروپایی پذیرفتند. (نصیری، ۱۹۷: ۱۳۷۷) کشورهایی که قاعده ی اعمال قانون ملی را برگزیده‌اند معتقدند که امتیازی که قانون ملی دارد این است که اولاً: با هدف قوانین شخصی مطابقت دارد، زیرا قوانین شخصی اصولاً برای حمایت از افراد وضع می‌شوند که مستلزم دوام و استمرار است و با جابجا شدن فرد تغییر نمی‌کند و بنابراین از این راه تزلزلی در ارکان خانواده و ثبات و استقرار آن که هدف اصلی قوانین شخصی است روی نمی‌دهد. ثانیاً: با قاعده معروف نزاکت بین المللی که مبتنی بر رعایت عدالت در صحنه بین الملل و احترام به دیگران است سازگار می‌باشد. امامی، ج ۴، ۱۳۸۹: ۱۰۲) در قاعده ی حل تعارضی که مقرر می‌دارد احوال شخصیه اشخاص، تابع قانون کشور متبوع ایشان است دستهای ارتباط احوال شخصیه به وسیله ی عامل ارتباط ۲ تابعیت تحت حکومت قانون کشور متبوع ذینفع قرار گرفته است. اما جایابی عامل ارتباط همواره به سادگی صورت نمی‌پذیرد و در مواردی غیر ممکن یا دشوار می‌گردد. در برخی مواقع زوجین فاقد تابعیت هستند با دارای تابعیت دوگانه می‌باشند. اعمال قانون ملی در این قبیل موارد با ملاحظاتی همراه است. به

طوری که برخی کشورها با اتخاذ عامل ارتباط جایگزین به استفاده از عاملی غیر از تابعیت برای تعیین قانون حاکم روی آورده اند. نکته قابل توجه این است که با تصویب برخی مقررات، دولت‌ها از اصول اولیه پذیرفته شده در حقوقشان فاصله گرفته و راه حل متفاوتی را در زمینه‌ی قانون حاکم بر احوال شخصیه اتخاذ کرده اند.

تعارض قواعد حل تعارض

همان گونه که مستحضر هستید در حل و فصل دعاوی بین الملل خصوصی، همواره در سوال اصلی و در عین حال مهم، از لحاظ زمانی، در اولین قدم نزد قاضی، وکیل پرونده و با مشاور حقوقی آن دعوی به وجود می‌آید: اول به دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به این دعوی، دادگاه یا دادگاههای کدام کشور با کشورهاست؟ قانون یا قوانین کدامیک از کشورهای درگیر در دعوی است؟ در مورد سوال اول، ممکن است براساس قوانین آیین دادرسی کشورهای درگیر در دعوی، چندین کشور دادگاههای خود را دارای صلاحیت برای رسیدگی به دعوی بدانند و یا بالعکس محاکم خود را دارای صلاحیت برای دعوی ندانند. بنابر این بحثی در حقوق بین الملل خصوصی به وجود خواهد آمد به نام "تعارض دادگاهها که یقیناً" هر کشوری دارای قواعد و مقرراتی برای حل این تعارضات و تعیین دادگاه صلاحیتدار در آن دعوی خاص است که به آن قواعد و مقررات، "قواعد حل تعارض دادگاهها میگویند. که این مورد، از بحث فعلی ما خارج است و فقط به اشاره، بسنده میشود.

از آنجا که مفاد و محتوی قوانین و مقررات ملی کشورها در مورد موضوع و یا موضوعات و احدی با یکدیگر یکسان، یکنواخت و متحدالشکل نیستند و وحدت حقوقی لازم در تدوین قوانین و مقررات ملی کشورها، به دلایل عنیده، وجود ندارد، وقتی در یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی، که یقیناً مساله حاکمیت حقوقی بیش از یک کشور در آن مطرح است، این سوال مطرح میشود که قواعد و مقررات و قوانین کدام یک از کشورهای درگیر در دعوی، حاکم بر دعوی است زیرا حاکمیت هر کدام از آن قوانین میتواند پاسخ متفاوتی برای دعوی به وجود آورد.

مثلاً مردی که تابعیت کشور "الف" را دارد دارای همسری است که دارای تابعیت کشور "ب" است. در صورتی که فرض کنیم کشور "الف" در قوانین ملی خود، نهاد "نفقه" را نپذیرفته است لیکن کشور "ب" نفقه زوجه را بر زوج واجب بداند، بدیهی است در صورتی که بخواهیم این دعوی را حل کنیم نخست باید ببینیم قانون کدامیک از دو کشور "الف" و "ب" (که مفاد آن با هم تعارض دارند) بر دعوی حاکم است؟ زیرا اگر قانون کشور "الف" حاکم شود قاضی نمیتواند حکم به الزام زوج به پرداخت نفقه را بدهد. لیکن اگر قانون کشور با صلاحیت پیدا نماید قاضی موظف است زوج را ملزم به پرداخت نفقه به زوجه خود نماید. بنابراین در تعارض قوانین موجود در دعوی بین الملل خصوصی ما نیاز به قواعد و مقرراتی داریم که این تعارضات را حل نماید که به این قواعد اصطلاحاً - قواعد حل تعارض قوانین میگوییم که هر کشوری طبیعتاً برای خود دارای قواعد حل تعارض قوانین خاصی است. مثلاً در مورد احوال شخصیه و حل دعاوی بین الملل خصوصی مربوط به احوال شخصیه قانونگذار ایرانی در ماده ۷ قانون مدنی قاعده قانون دولت متبوع با قانون ملی شخص را پذیرفته و در موارد دیگری مانند مواد ۹۹۹، ۹۹۳، ۹۹۲، ۹۹۰ و ۹۹۲ قانون مننی نیز بر آن تکیه و اصرار ورزیده است.

حال در حل و فصل دعاوی مربوط به بین الملل خصوصی و یا به عبارت تیکر دعاوی تعارض قوانین و در استفاده از قواعد حل تعارض قوانین در جهت حل و فصل آن دعاوی و به دلیل عدم وحدت حقوقی بین سیستمهای حقوقی موجود در دعوی، و بالنتیجه عدم وحدت در تدوین این "قواعد حل تعارض قوانین، ممکن است بین خود "قواعد حل تعارض قوانین کشورهای درگیر در دعوی نیز تعارض به وجود آید. لذا برای روشن شدن موضوع توضیح مختصری عرض میگردد:

زمانی که دعویایی از نوع تعارض قوانین نزد قاضی مطرح می‌شود باید نخست قاضی. پس از احراز صلاحیت محکمه خود، در صدد یافتن قانون حاکم بر آید. وی پس از تعیین ماهیت عنصر اصلی دعوی و تعیین اینکه این عنصر اصلی متعلق به کدامیک از دسته های ارتباطی قواعد حل تعارض، مانند احوال شخصیه، تعهدات و قراردادهای، اموال و... است باید با اعمال قاعده حل تعارض قوانین "مربوطه. قانون حاکم را پیدا نماید.

وقتی قاضی میخواهد برای حل و فصل دعوی بین الملل خصوصی و تعیین قانون حاکم از، قواعد حل تعارض قوانین استفاده نماید گاهی ممکن است بین قواعد حل تعارض کشورهای موجود در دعوی وحدت و هماهنگی وجود نداشته باشد و بالعکس

تعارض وجود داشته باشد. در این فرض امکان تعیین قانون حاکم به سادگی مورد اون نیست. مثلاً فرض بفرمایید زن و مرد ایرانی مقیم استرالیا بخواهند طلاق بگیرند. قاضی استرالیایی، با عنایت به تعارض در مفاد قوانین داخلی و منی ایران و انگلیس، باید ببیند از بین این دو قانون متعارض کدامیک را باید بر دعوی حاکم نماید. برای تعیین قانون حاکم باید متوسل به " قواعد حل تعارض قوانین مربوط به احوال شخصیه شود. (C.O.W. Muller, 1956,21) اما در این دعوی قاعده مربوط به احوال شخصیه ایران قانون ملی طرفین یعنی ایران را حاکم میداند در حالی که قاعده حل تعارض احوال شخصیه استرالیا قانون محل اقامتگاه؛ زوجین، یعنی قوانین استرالیا را حاکم میداند. بنابر این ملاحظه میشود که خود قواعد حل تعارض قوانین که برای حل تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم به کار میروند خود، در بعضی مواقع با یکدیگر تعارض دارند. بنابراین منظور ما از به کار بردن کلمه " تعارض در عنوان این بحث تعارض بین قواعد حل تعارض قوانین است.

نگرش قواعد حل تعارض قوانین و استقرار قواعد ذاتی

در باب تعارض قوانین لازم به نظر می‌آید تا گفته شود که « قواعد ذاتی یا ماهوی به آن دسته از قواعدی گفته می‌شود که قانون گذار احکام آن را به طور مستقیم تعیین می‌کند. قواعد حل تعارض قوانین به آن دسته از قواعدی گفته می‌شود که قانونگذار به تعیین معیارهایی برای یافتن قانون صالح می‌پردازد. اگرچه مطالعه قواعد حل تعارض قوانین موضوع اصلی حقوق بین الملل خصوصی است و با اعمال آنها می‌توان درباره قضیه‌های مربوط به قانون بیگانه به تعیین قانون قابل اجرا دست یافت، اکثر قواعدی که در رشته حقوق بین الملل خصوصی بررسی می‌شوند در اطراف قواعد ذاتی هستند. قواعد ذاتی یا ماهوی، ممکن است به عنوان ابزاری برای حل و فصل اختلافات ناشی از تعارض قوانین بین کشورها مورد استفاده قرار گیرد، به خصوص آنکه قواعد مزبور در قلمرو بین المللی مقرر شده و حقوق خصوصی واحد و متحدالشکلی را وضع کرده باشد، همان طور که این امر در موضوعات حقوق دریایی، حقوق هوایی، حقوق حمل و نقل داخلی، و حقوق بیع بین المللی کالاها اتفاق افتاده است. نظر به اینکه قواعد مزبور ذاتاً مستقل هستند، نه آنکه بر اساس قواعد حل تعارض اعمال شوند، محاکم کشورهایی که چنین قواعدی در قانون گذاری آنها خواه به صورت قانون داخلی یا قانون بین المللی معرفی شده است، به راحتی به اعمال آن می‌پردازند. ضمن آنکه اصولاً قواعد حل تعارض قوانین مبهم و کلی بوده و نمی‌تواند در همه موارد راه حل رضایت بخشی برای رفع تعارض قوانین باشد. وضع قواعد ذاتی برای تعیین قانون حاکم بر قضایای حقوق بین الملل خصوصی می‌تواند خلأ قواعد حل تعارض را پر نماید، برای مثال در خصوص حقوق تضمین رقابت، می‌توان نقاط ضعف و قوتی را که در نظامهای حقوقی مختلف در خصوص موضوع مزبور وجود دارد بررسی کرد و آنگاه به وضع قوانین خاص و معین که بتواند منافع کشورها را حفظ کند اقدام کرد. روش توجه به قواعد ذاتی در حقوق بین الملل خصوصی این اطمینان را به اطراف یک رابطه حقوقی خصوصی بین المللی می‌دهد که هنگام اختلاف چه قواعدی نسبت به رفع آنها حاکم خواهد بود. پس از جنگ جهانی دوم کشورها دریافته‌اند که در موضوعات حقوق خصوصی شایسته است با تشریح مساعی یکدیگر به وضع مقررات و قواعد ذاتی در قلمرو داخلی، منطقه‌ای یا بین المللی بپردازند، برای مثال کشورهای اروپایی در کنوانسیون رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در سال ۱۹۸۰ میلادی، " قواعد ذاتی معینی را برای حمایت از مصرف کننده در ماده ۵ و حمایت از قراردادهای کار در ماده ۶ وضع کردند. » (ابراهیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۹)

تئوری دوجانبه تعارض قوانین در طلاق

با توجه به ایرادات و نقایص عمده تئوری یکجانبه خصوصاً به شکل ابتدایی آن، امروزه اصل دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد پذیرش عمومی قرار گرفته است و بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که سیستمهای حقوقی مختلف با قبول اصل تساوی نظامهای حقوقی و عدم برتری قانون مقر دادگاه به قوانین خارجی، در صددند با وضع قواعد حل تعارض به صورت دوجانبه در مورد هر رابطه حقوقی مربوط به زندگی بین المللی اشخاص قانونی را که بیشتر با موضوع مرتبط بوده و ارائه کننده بهترین و مناسبترین راه حل است، اعمال نمایند، اعم از اینکه قانون مقر دادگاه باشد یا یک قانون خارجی. مثلاً ماده ۹۶۵ قانون مدنی

ایران مقرر می‌دارد: «ولایت قانونی و نصب قیّم برطبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود». همان گونه که ملاحظه می‌شود قانون حاکم بر موضوع حسب این ماده با توجه به عامل ارتباط تعیین شده یعنی تابعیت مولی علیه مشخص خواهد شد و با احراز تابعیت خارجی مولی علیه قانون خارجی مربوطه در مورد وی اجرا خواهد گردید.

به عقیده طرفداران تئوری دوجانبه نقش حقوق بین الملل خصوصی زمانی کامل می‌شود که به نحو مناسبی سیستم قانونی قابل اجرا را تعیین نموده باشد. این روش با اصول عدالت و مساوات منطبق است. همچنین دامنه اجرای قانون ملی نسبت به قانون خارجی باید مشخص باشد. اگر دامنه اجرای قانون خارجی مشخص نشود تعیین دامنه اجرای قانون ملی نیز به درستی مقدور نیست. از طرفی رجوع به قواعد حل تعارض کشورهای خارجی مرتبط با پرونده برای احراز صلاحیتشان همان گونه که ملاحظه شد، موجب بروز خلاء یا تعدد می‌گردد. به علاوه یکجانبه‌گرایی مسئله تأمین قضائی را به خطر می‌اندازد زیرا وقتی قاعده حل تعارض یکجانبه صلاحیت قانون ملی را نفی می‌نماید بدون اینکه تکلیف قضیه را روشن کند، حسب تئوری یکجانبه می‌باید قانون مناسب با قانونی که خود را صالح می‌داند بود. در نتیجه طرفهای رابطه ای حقوقی نمی‌توانند قانون قابل اجرا به وسیله قاضی را پیش بینی نمایند و اجرای قانونی خارجی به وسیله قاضی همیشه می‌تواند برای آنها حالت غیرمنتظره داشته باشد (Vallindas (Petros G.), 2002, p.343)

طلاق بین زن و شوهر با تابعیت متفاوت

اگر بین زوجین اختلاف تابعیت باشد برای این که بدانیم کدام قانون در خصوص آنها ارجحیت دارد دچار مشکل می‌شویم در چنین مواردی می‌گوییم با توجه که حداکثر مسائل احوال شخصیه قانون متبوع شوهر مرجح به قانون متبوع زن است و در اکثر قوانین نیز پذیرفته شده است لذا در طلاق نیز نمی‌تواند تابع قانون متبوع زن باشد. بین قانون متبوع شوهر و قانون محل وقوع عقد یعنی قانون اقامتگاه زوجین یا قانون متبوع قاضی در صورتی که یکی از طرفین تبعه ی دولت متبوع محکمه باشد اختلاف پیش می‌آید که بین اینها باید قانون دولت متبوع شوهر را ترجیح دهیم یا قانون احوال شخصیه برای حفظ منافع شخص است و همیشه و همه باید با وی باشد و باید نسبت به اتباع یک کشور ولو در خارج اقامت داشته باشد اجرا گردد. (الماسی، ۱۳۹۳، ص ۷۲)

قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان

قانون اساسی مشروطه و متمم آن، مقررات خاصی درباره چگونگی رعایت احوال شخصیه بیگانگان یا اقلیت های مذهبی نداشت و تنها در اصل ۶ قانون اساسی به ذکر در امان بودن جان و مال اتباع خارجه مقیم ایران و در بند سوم اصل ۲۷ متمم قانون اساسی هم به برپایی دو نوع دادگاه شرعیه و عرفیه اکتفا شده بود که البته مربوط به اقلیتهای مذهبی و بیگانگان نبود. با تصویب قانون دادگاه های شرع مصوب ۹ آذر سال ۱۳۱۰، وظایف و اختیارات دادگاه های شرع در قانون مشخص شد. برابر ماده ۷ آن قانون، بخشی از امور مربوط به احوال شخصیه مانند هرگونه دادخواست مربوط به اصل زناشویی و طلاق و مواردی که رسیدگی به دادخواست، جز به اقامه بینه یا سوگند ممکن نیست و امور دیگری همچون تعیین سرپرست یا وصی یا ناظر و تعیین امین در صلاحیت این دادگاه جای گرفت؛ با این حال تا پیش از تصویب جلد دوم قانون مدنی، دادگاه ها در احوال شخصیه اقلیتهای مذهبی و دینی، برابر قوانین مذهب جعفری حکم صادر می‌کردند.

برای رسیدن به این مقصود فتاوی علمای امامیه را از کتاب های فقهی به دست می‌آوردند و از قول مشهور پیروی می‌کردند. مذهب امامیه در مسایل مربوط به احوال شخصیه و ارث پیروان ادیان آسمانی دیگر، قوانین دینی خود آنان را معتبر می‌داند. (سلجوقی، ۱۳۹۴، ص ۸۹)

با تصویب جلد نخست قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و به استناد ماده ۶ آن، احوال شخصیه همه اتباع ایران حتی افراد مقیم خارج از کشور، تابع قانون ایران منطبق بر فقه جعفری شد. ظاهر این ماده که ایرانیان غیرشیعه را نیز شامل میشد، با فقه جعفری چندان سازگار نبود، از این رو با تصویب ماده واحده «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در دادگاهها» در ۳۱ تیر سال ۱۳۱۲، از یک سو بر پیروی ایرانیان با تصویب جلد نخست قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و به استناد

ماده ۶ آن، احوال شخصیه همه اتباع ایران حتی افراد مقیم خارج از کشور، تابع قانون ایران منطبق بر فقه جعفری شد. ظاهر این ماده که ایرانیان غیرشیعه را نیز شامل می‌شد، با فقه جعفری چندان سازگار نبود، از این رو با تصویب ماده واحده «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در دادگاهها» در ۳۱ تیر سال ۱۳۱۲، از یک سو بر پیروی ایرانیان غیرشیعه از قوانین مذهبی خودشان، تأکید می‌ورزد و از سوی دیگر قانون مذهبی حاکم بر روابط ایرانیان غیرشیعه را در آنجا که دو طرف رابطه حقوقی پیرو دو مذهب متفاوتند، معین می‌کند.

بدین شرح که نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارث و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده است، دادگاهها باید قواعد و عادات مسلم و متداول در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به این طریق رعایت کنند:

۱- در مسایل مربوط به زناشویی و طلاق، عادات و قواعد مسلم و متداول در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲- در مسایل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلم و متداول در مذهب متوفی.

۳- در مسایل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلم و متداول در مذهبی که پدرخوانده یا مادر خوانده پیرو آن است.

موضوع احوال شخصیه اتباع بیگانه آشکارا در ماده هفت قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ پیش بینی شده است: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسایل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و نیز از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

به موجب این ماده، مقامات صالح ایران در حدود پیمان نامه ها و قوانین، احوال شخصیه و حقوق ارثیه دولت بیگانه را نسبت به اتباع آن، اگر مخل نظم عمومی نباشد، رعایت می‌کنند. مصادیق احوال شخصیه در حقوق ایران به طور کامل برآورد نشده است.

در مواد ۶ و ۷ قانون مدنی و اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی، نکاح، طلاق، ارث، وصیت و اهلیت از مصادیق احوال شخصیه شمرده شده و در ماده واحده اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، فرزندخواندگی نیز به عنوان یکی از مصادیق احوال شخصیه تعیین شده است.

بر اساس ماده ۶ قانون مدنی، قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق، اهلیت اشخاص و ارث، در مورد تمامی اتباع ایران، ولو این که مقیم در خارجه باشند، قابل اجرا خواهد بود. ماده ۷ قانون مدنی نیز می‌گوید: اتباع خارجه مقیم در خاک ایران، از حیث مسایل مربوطه به احوال شخصیه و اهلیت خود و نیز از حیث حقوق ارثیه، در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود. (ابراهیمی، ۱۳۹۷، ص ۳۴)

همچنین بر اساس اصل دوازدهم قانون اساسی، دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است همچنین مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل هستند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاهها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب و با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب خواهد بود.

اصل سیزدهم قانون اساسی نیز می‌گوید: ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت های دینی شناخته میشوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند.

احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه

ایرانیان غیر شیعه و ادیانی که در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده اند در خصوص احوال شخصیه تابع قواعد و عادات و رسومات مذاهب خود هستند:

در خصوص نکاح و طلاق پیرو عادت و قواعد مسلمة متدواله مذهبی شوره هستند
در خصوص ارث و وصیت طبق عادت و قواعد مسلمة متدواله مذهب متوفی

در خصوص فرزندخواندگی پیرو عادت و قواعد مسلمه مذهبی پدرخوانده یا مادر خوانده اما چنان چه در مواردی عادت و قواعد مسلمه متداوله در مذاهب فوق وجود نداشته باشد استثنا قائل می‌شویم و طبق قواعد مملکتی اقدام می‌شود. در روابط بین المللی نیز چون ایران خود آنان را از قانون عمومی مستثنا کرده در آن جا طبق قانون استثنایی با آن برخورد می‌گردد.

قانون حاکم بر شرایط ماهوی طلاق

در ماده ۶ قانون مدنی، قانونگذار، طلاق اتباع ایران را ولو اینکه در خارجه مقیم باشند تابع قانون ایران دانسته است در ماده ۷ قانون مذکور نیز احوال شخصی اتباع خارجه در ایران تابع قانون کشور متبوع آنها تلقی شده است پس طلاق آنها نیز تابع قانون کشور متبوع آنها محسوب می‌گردد. بنابراین از لحاظ قاعده حل تعارض ایرانی، طلاق را باید تابع قانون کشور متبوع زوجین دانست. به همین جهت اگر زن و شوهری بیگانه در ایران متقاضی طلاق باشند دو نکته حایز اهمیت است نخست این که باید مسئله اهلیت تمتع با داشتن حق طلاق در قانون دولت متبوع آنها به رسمیت شناخته شده باشد (ماده ۹۶۱ قانون مدنی)، زیرا در قوانین برخی کشورها ممکن است طلاق پذیرفته نشده باشد و انحلال ازدواج آنها با مرگ زن و شوهر با یکی از آنها قابل تحقق باشد. و دیگر آنکه، حکومت قانون خارجی بر مسئله طلاق فقط در مورد مسائل ماهوی یعنی علل و موجبات طلاق است و در مورد مسائل غیر ماهوی و تشریفات به قانون خارجی مراجعه نمی‌شود و اما تشخیص این که مسائل مطروحه از مسائل تشریفات است یا شرایط ماهوی، بر عهده دادگاهی است که به دعوی رسیدگی می‌کند (الماسی، ۱۳۹۳، ۷۶)

مواعن قاعده ملی

از جهت شرایط ماهوی، طلاق باید تابع قانون ملی طرفین باشد، البته حکومت قانون خارجی نسبت به شرایط ماهوی تا آن حد خواهد بود که با یکی از قواعد بین المللی ایران مثل قاعده نظم عمومی و یا قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون برخورد ننماید. (مدنی، ۱۳۹۳، ص ۲۷۴) اینک به برخی از این مواعن بطور اجمالی اشاره می‌نماییم

الف) استثنای نظم عمومی منظور از استثنای نظم عمومی این است که در مواردی که قاعده تعارض ما قانون خارجی را صلاحیتدار تشخیص می‌دهد، در صورتی که مفاد آن قانون خارجی در خصوص مورد، با نظم عمومی کشور مقرر دادگاه مخالفت داشته باشد استثنائاً قانون خارجی صلاحیتدار اجرا نخواهد شد

ممکن است اجرای قانون خارجی در مورد طلاق بیگانگان با نظم عمومی ایران برخورد کند. اگر چه مسائل مربوط به طلاق و فسخ نکاح از جمله قوانین امری است و در حقوق داخلی نمی‌توان برخلاف آن توافق نمود یا آنها را نادیده گرفت، اما اگر در قانون صلاحیتدار خارجی، موجبی برای طلاق یا فسخ نکاح پیش بینی شده باشد که در قانون ایران پیش بینی نشده است، نباید اجرای قانون خارجی را با نظم عمومی ایران مخالف داشت زیرا نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی دایره محدودتری داشته باشد که اجرای آن باعث جریحه دار کردن احساسات جامعه شود (ماده ۹۷۵ قانون مدنی)

بنابراین هرگاه اجرای قانون مربوط به احوال شخصیه بیگانگان برخلاف نظم عمومی کشور باشد قضات باید از اجرای آن خودداری کنند و به جای آن قانون ایران را به موقع اجرا گذارند.

ب) تقلب نسبت به قانون اصطلاح تقلب نسبت به قانون عبارت از انجام عملی به قصد فرار از قید یک الزام قانونی است. هرگاه فردی بخواهد، برای فرار از قانونی که بر وی حاکم است، به وسیله عملیات متقلبانه و با ایجاد وضعیتی جدید، قانونی دیگر را صالح قلمداد نماید، قاضی از اجرای این قانون به ظاهر صالح خودداری نموده، قانون کشوری را که واقعا صلاحیتدار است به جای آن اجرا خواهد نمود.

به عنوان مثال هرگاه زن و شوهری پرتغالی بخواهند از یکدیگر جدا شوند، با توجه به این که طلاق در پرتغال ممنوع است، به تابعیت کشوری که طلاق را در قوانین خود پذیرفته است در می‌آیند و مثلاً تحصیل تابعیت ایرانی می‌کنند و سپس از دادگاه ایران به عنوان زوجین ایرانی تقاضای طلاق می‌نمایند.

در صورتی که تغییر تابعیت صرفاً به منظور واقع ساختن طلاق ممنوع در پرتغال بوده است قاضی باید تغییر تابعیت را از این جهت بلااثر بداند.

قانون حاکم بر طلاق در ایران و استرالیا

قانون حاکم بر علل و موجبات طلاق در مورد طلاق که یکی از طرق انحلال عقد نکاح است، برای تعیین و اعمال قانون واجد صلاحیت، دو نکته باید، مورد توجه قرار گیرد. نخست آن که، در مورد طلاق خارجی باید، ابتدا مسأله اهلیت تمتع یا داشتن حق طلاق حل شده باشد، یعنی طلاق باید، در قانون دولت متبوع آنان به رسمیت شناخته شده باشد (ماده ۹۶۱ قانون مدنی ایران در این خصوص مقرر داشته است: «جز در موارد ذیل، اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود: ۱، ۲ در مورد حقوق مربوط به احوال شخصی از قبیل حق طلاق) که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده، ۳...» سابقاً در قوانین بعضی کشورها مانند ایتالیا و اسپانیا حق طلاق وجود نداشت، ولی امروز در قوانین اکثر کشورها طلاق (به اراده زوج یا به اراده یکی از زوجین یا به تشخیص دادرسی دادگاه) به رسمیت شناخته شده است. زیرا در قوانین بعضی کشورها ممکن است، طلاق پذیرفته نشده باشد و انحلال ازدواج فقط با مرگ زن و شوهر یا یکی از آنها قابل تحقق باشد. دیگر آن که، حکومت قانون خارجی بر مسأله طلاق فقط در مورد مسایل ماهوی، یعنی علل و موجبات طلاق است ولی در خصوص مسایل تشریفاتی و غیر ماهوی مانند: آیین دادرسی که برای گرفتن طلاق باید رعایت گردد، به قانون خارجی مراجعه نمی شود. مثلاً هر گاه یک زن و مرد خارجی دارای تابعیت متفاوت، در دادگاه ایران در خواست طلاق نمایند، دادگاه باید مطابق قانون آیین دادرسی مدنی ایران به دعوی طلاق رسیدگی نماید و حکم صادر کند، اگر چه قانون آیین دادرسی مدنی خارجی تشریفات خاصی را در مورد رسیدگی به درخواست طلاق مقرر کرده باشد؛ زیرا در یک کشور دو قسم آیین دادرسی (یکی برای اتباع داخله و دیگری برای اتباع خارجه) نمی تواند وجود داشته باشد. اما تشخیص این که مسأله مطروحه راجع به آیین دادرسی است یا شرایط ماهوی طلاق، بر عهده دادگاهی است که رسیدگی به دعوی می کند؛ زیرا توصیف مسایل شکلی و ماهوی یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون قابل اعمال، تأثیر می گذارد و باید مطابق قانون دولت متبوع محکمه یا قانون مقر دادگاه به عمل آید. مثلاً هر گاه در قانون دولت متبوع دادگاه پیش بینی شده باشد که محاکم می توانند، به تقاضای هر یک از متداعیین مسأله را ارجاع به حکمیت نمایند. در چنین موردی هر گاه یکی از زوجین خارجی درخواست حکمیت کند، دادگاه باید تقاضای او را بپذیرد؛ زیرا ارجاع به حکمیت جزء شرایط ماهوی طلاق نیست؛ بلکه از مسایل مربوط به نحوه رسیدگی به دعوی است. حال باید دید در صورتی که زن و شوهر تابعیتهای متفاوت داشته باشند، برای تشخیص علل و موجبات طلاق، قانون چه کشوری را باید مناط اعتبار قرارداد؟ در حقوق بین الملل خصوصی ایران، حکم مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی که در خصوص آثار ازدواج یا روابط شخصی و مالی زوجین ملاحظه گردید، در مورد طلاق زوجین دارای تابعیت مختلف، قابل اعمال است. بنابراین راه حل حقوق ایران در این مورد نیز مشابه راه حل حقوق مصر و سوریه است، با این تفاوت که در حقوق فقط قانون حاکم بر آثار ازدواج معین شده است و در مورد طلاق قانونگذار ایران سکوت اختیار کرده است. تفاوت دیگری که میان حقوق ایران و حقوق مصر و سوریه وجود دارد، این است که در حقوق مصر و سوریه، هم در مورد آثار ازدواج و هم در مورد طلاق و تطلیق و افتراق مشخص شده است که تابعیت شوهر در چه زمانی مناط اعتبار است؛ چنانکه در خصوص آثار ازدواج و طلاق، تابعیت شوهر در زمان ازدواج و طلاق و در مورد تطلیق و افتراق تابعیت شوهر، در زمان اقامه دعوی ملاک قرار داده شده است و حال آن که در این مورد نیز، قانون ایران ساکت است. از این رو در حقوق کشور ما این پرسش به میان می آید که هر گاه شوهر تغییر تابعیت بدهد، قانون دولت متبوع او در چه زمانی ملاک خواهد بود؟ بعضی از حقوق دانان که طرفدار اصل اعتبار و شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه هستند، بر این عقیده اند که هر گاه یکی از زوجین (در این جا شوهر که تابعیت او ملاک است) تغییر تابعیت دهد و دیگری در تابعیت خود باقی بماند، بهتر است، به لحاظ رعایت حق ثابت قانونی که شخص در زمان ازدواج مطیع آن بوده، مناط اعتبار باشد و نه قانون دولت جدیدی که شخص تابعیت آن را تحصیل کرده است. به نظر می رسد، بهتر است در این مورد بر اساس اصول تعارضهای متحرک عمل شود و آخرین تابعیت شخص، ملاک عمل قرار گیرد؛ زیرا زمانی که فردی تغییر تابعیت می دهد و تابعیت جدیدی به دست می آورد، در واقع آثار تابعیت سابق قطع می شود و آثار تابعیت جدید از زمان

صدور سند تابعیت جدید ظاهر می‌شود؛ از این رو حقوق و تکالیف ناشی از تابعیت پیشین قطع و حقوق و تکالیف ناشی از تابعیت جدید شروع می‌شود. بنابراین، در صورت تغییر تابعیت، برای تعیین قانون حاکم بر طلاق، باید آخرین تابعیت شخص مناط اعتبار واقع شود. از این رو دادگاه ایران باید برای اجرای حکم مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران قانون دولت متبوع شوهر در زمان بروز آثار نکاح (در مورد روابط شخصی و مالی زوجین) و در زمان طلاق را مناط اعتبار قرار دهد. (الماسی، ۱۳۹۳، ص ۹۱).

حل تعارض قوانین حاکم بر طلاق در حقوق ایران و استرالیا

قانون حاکم بر آثار طلاق آثاری که در رابطه زن و شوهر، در دوران پس از طلاق مطرح می‌شود، مربوط به عده است. رجوع در ایام عده که از نهادهای فقه اسلامی است و در حقوق کشورهای غیر اسلامی وجود ندارد، نفقه زوجه مطلقه و همچنین استفاده زن از نام خانوادگی شوهر از آثار طلاق است. عده، یکی از آثار طلاق است که در حقوق همه کشورهای اسلامی وجود دارد و در حقوق بعضی کشورهای غیر اسلامی مثل فرانسه نیز پیش بینی شده است. قانون مدنی ایران در تعریف آن آورده است: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن، زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی‌تواند، شوهر دیگر اختیار کند.» و مواد ۱۱۵۱ تا ۱۱۵۷ احکام آن را بیان کرده است. رجوع در ایام عده نیز که از نهادهای فقه اسلامی است و در کشورهای غیر اسلامی وجود ندارد (در حقوق استرالیا، حق انصراف از طلاق پیش بینی گردیده که شبیه رجوع در فقه اسلامی است. در حقوق این کشور، هر گاه پس از پذیرش دادخواست طلاق، دادگاه حکم صادر کند حکم طلاق معلق خواهد بود و پس از انقضای شش هفته از تاریخ صدور، به درخواست ذینفع به حکم منجز و قطعی تبدیل می‌شود) یکی دیگر از آثار طلاق است که احکام آن در مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ قانون مدنی بیان شده است. نفقه زوجه مطلقه نیز یکی از آثار طلاق است که در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی به آن تصریح گردیده است: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد. اما اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.»

تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مصوب ۲۸ آبان ماه ۱۳۷۱، مجمع تشخیص مصلحت نظام، در مورد آثار مالی پس از وقوع طلاق، علاوه بر نفقه ایام عده که در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی پیش بینی گردیده، مقرر داشته است: «پس از طلاق در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعا به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد خارج لازم در خصوص امور مالی شرطی شده باشد طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هر گاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف - چنانچه زوجه کارهایی را که شرعا به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

ب- در غیر مورد بند الف با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وضع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.» در حقوق استرالیا نیز، پس از انحلال نکاح، دادگاه می‌تواند با توجه به شرایط طرفین از قبیل درآمد، احتیاجات مادی، تعهدات و مسؤولیتهای آنها و نیز رفتاری که در زندگی مشترک داشته اند به هر یک از طرفین دستور بدهد که دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید. (الماسی، ۱۳۹۶، ص ۷۳).

ب- در غیر مورد بند الف با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وضع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.» در حقوق استرالیا نیز، پس از انحلال نکاح، دادگاه می‌تواند با توجه به شرایط طرفین از قبیل درآمد، احتیاجات مادی، تعهدات و مسؤولیتهای آنها و نیز رفتاری که در زندگی مشترک داشته اند به هر یک از طرفین دستور بدهد که مبلغی به عنوان جبران خسارت طرف زیان دیده از ازدواج به طرف دیگر پرداخت نماید. یکی دیگر از آثار طلاق، استفاده زن از نام خانوادگی شوهر است که حکم آن در ماده ۴۲ قانون ثبت

احوال ۱۳۵۵ مقرر گردیده است: «زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت می‌باشد از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق، ادامه استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازه همسر خواهد بود.» پرسشی که مطرح می‌شود، این است که مسایل مربوط به روابط زن و شوهر، پس از طلاق تابع چه قانونی خواهد بود؟ آیا همان قانونی که حاکم بر طلاق است، بر آثار طلاق نیز حاکم خواهد بود؟ مثلاً با توجه به این که نفقه یکی از آثار مالی نکاح است و در صورت اختلاف تابعیت زوجین، تابع قانون دولت متبوع شوهر است (ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران) آیا نفقه زوجه مطلقه نیز که از آثار طلاق است، تابع قانون دولت متبوع شوهر خواهد بود؟ در حقوق استرالیا، بطور کلی قانونی که بر چگونگی و امکان وقوع طلاق حاکم است، بر آثار طلاق و روابط مالی زن و شوهر، پس از وقوع طلاق نیز حاکم خواهد بود و دادگاهی که برای رسیدگی به اصل طلاق واجد صلاحیت است، این صلاحیت را هم دارد که تعیین نماید طلاق نسبت به زن و شوهر و فرزندان آنها چه آثاری خواهد داشت. در حقوق بین الملل خصوصی ایران نیز همان قانونی که حاکم بر علل و موجبات طلاق است، اصولاً بر آثار طلاق نیز، حاکم خواهد بود. مثلاً در پاسخ به پرسشی که در مورد نفقه زوجه مطلقه مطرح شد، می‌توان گفت با توجه به این که نفقه یکی از آثار مالی رابطه زوجیت است، در صورتی که زوجین تابعیت‌های متفاوت داشته باشند، همانگونه که در زمان وجود رابطه زوجیت مطابق مفاد ماده ۹۶۳ قانون مدنی، تابع قانون دولت متبوع شوهر است، پس از انحلال نکاح نیز تابع همان قانون خواهد بود. البته همانطور که در حقوق مصر نیز ملاحظه گردید، در روابط پدر و مادر و فرزندان، پس از حکم طلاق، ممکن است غیر از قانونی باشد که بر روابط زن و شوهر حاکم است. در حقوق بین المللی خصوصی ایران نیز وضع بر همین منوال است و آثار طلاق در ارتباط با فرزندان آنان و تکالیف پدر و مادر درباره نگهداری فرزندان و نفقه آنها حکم جداگانه‌ای دارد و ممکن است، قانون حاکم بر آن با قانون حاکم بر آثار طلاق در ارتباط با زن و شوهری که از یکدیگر جدا شده اند متفاوت باشد (به موجب ماده ۹۶۴ قانون مدنی ایران: «روابط بین ابویین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است، مگر این که نسب طفل فقط به مادر مسلم باشد) نتیجه احوال شخصیه که از مباحث مهم حقوق بین الملل خصوصی است، تحت تأثیر تابعیت اشخاص است و قوانین تابعیت کشورهای مختلف در مورد نحوه بدست آوردن تابعیت و از دست دادن آن، احکام متفاوتی دارند. نتیجه قهری تأثیر تابعیت در احوال شخصیه پدید آمدن تعارض چند قانون ملی در مورد احوال شخصیه خصوصاً ازدواج و طلاق است. (ابراهیمی، ۱۳۹۵، ص ۴۶) تأثیر تابعیت در ازدواج (در مرحله ایجاد رابطه زوجیت و تأثیر ازدواج در تابعیت) در مرحله آثار ازدواج، یا تأثیر بین المللی رابطه زوجیت در کشورهایی مطرح می‌شود که احوال شخصیه اشخاص تابع قانون دولت متبوع آنهاست. علت تأثیر تابعیت در ازدواج، آن است که در حقوق بین الملل خصوصی بعضی کشورها، مانند ایران، ازدواج تابع قانون دولت متبوع شخص است و از این رو برای تعیین شرایط و موانع ازدواج ابتدا باید، معلوم شود که هر فردی تابع چه دولتی است. از سوی دیگر، ازدواج مختلط در عین حال که تابع قانون دولت متبوع طرفین عقد ازدواج است، در تابعیت زن اثر می‌گذارد و سبب تغییر تابعیت زن می‌گردد. بنابراین تعارض چند قانون ملی، در مورد ازدواج و طلاق، معلول تعارض قوانین تابعیت کشورها و در نتیجه معلول تابعیت مضاعف یا اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی است. مقایسه با مقارنه حقوق بین الملل خصوصی کشورهای مختلف روشن می‌سازد که تعارض چند قانون ملی، راه حل‌های متفاوتی دارد. در صورت اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی، بعضی کشورها قاعده اعمال قانون اقامتگاه را پذیرفته اند و بعضی دیگر قاعده اعمال قانون ملی را اتخاذ کرده اند. کشور ما جزء آن دسته از کشورهایی است که قانون ملی یا قانون دولت متبوع را اعمال می‌کنند. در پایان برای آن که مسأله تعارض چند قانون ملی، در مورد ازدواج و طلاق بطور صحیح مطرح و در نتیجه بطور صحیح حل گردد، تفکیک بین مرحله ایجاد حق، یعنی مرحله ایجاد رابطه زوجیت و مرحله تأثیر بین المللی حق، یعنی مرحله آثار ازدواج، ضروری است؛ زیرا راه حل تعارضها در این دو مرحله لزوماً یکی نیست. به بیان دیگر، قانون حاکم بر مرحله ایجاد حق، یعنی ایجاد رابطه زوجیت و علل، موجبات طلاق ممکن است با قانون حاکم بر مرحله تأثیر بین المللی حق، یعنی حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و آثار طلاق تفاوت داشته باشد

نتیجه گیری

بحث یعنی طلاق، زوجین تابعیت متفاوت داشته باشند، مسئله تعارض قانون ملی به وجود می‌آید که طبق حقوق ایران، تابع قانون کشور متبوع شوهر است. نکته قابل ذکر اینکه قانون حاکم بر علل و موجبات طلاق با قانون حاکم بر آثار طلاق ممکن است تفاوت داشته باشد و راه حل تعارض آنها در این دو مرحله یعنی مرحله ایجاد حق و مرحله تأثیرگذاری حق لزوماً یکی نباشد لذا بررسی و تفکیک این دو مرحله از یکدیگر ضروری است. احوال شخصیه عبارت از عناوینی است که موجب تحقق حالتی در شخص نسبت به شخصی دیگر می‌شود که قانون بر آن آثاری مترتب کرده است. با توجه به اهمیت و تعدد مقررات حاکم بر آن در مورد اتباع ایرانی و خارجی مقیم ایران، لزوم روشن شدن مفهوم و قلمرو موضوع احوال شخصیه ضروری بود که در این نوشتار روشن شد. در مورد نکاح این موضوع قطعی و بدون اختلاف است که از موضوعات احوال شخصیه می‌باشد؛ ولی مصادیق جدیدی از روابط جنسی اشخاص، مانند قرارداد زندگی مشترک با پیوند همجنسی، از موضوعات احوال شخصیه نیست. مقررات حاکم بر قابلیت نکاحی دو شخص ایرانی دارای کیش و مذهب متعدد، مقررات مذهبی هر یک از آنان است و در صورتی آنها می‌توانند با هم ازدواج کنند که به استناد مقررات مذهبی آنها ازدواج هر کدام بادیگری مجاز باشد؛ ولی مقررات حاکم بر نکاح آنان در صورتی که هر دو مقررات قابل جمع باشد، باید نکاح برطبق مقررات جامع تر، یعنی مقررات مذهبی که شرایط بیشتری را ضروری می‌داند، منعقد شود. در صورتی که مقررات مذهب و کیش طرفین قابل جمع نباشد و معارض باشد، انعقاد نکاح به استناد تعارض مقررات ممکن نیست. طلاق و ارث و وصیت، که در اصل دوازده قانون اساسی شمرده شده است، از موضوعات احوال شخصیه است. همچنین نسب، ولایت و سرپرستی نیز که در قانون اساسی و قانون عادی به آن اشاره نشده، از موضوعات احوال شخصیه است. در خصوص نکاح و طلاق اتباع ایرانی با توجه به این که از موارد احوال شخصیه هستند طبق ماده ۶ و در خصوص اتباع خارجه طبق ماده ۷ اقدام می‌گردد البته فقط از حیث شرایط صوری است و رعایت قانون ملی در خصوص شرایط شکلی لازم نیست. بت توجه به توضیحات پیشین باید اذعان داشت که تعارض قوانین در مورد طلاق در حقوق ایران و استرالیا تفاوت های آشکاری دارد که از جمله ی آن می‌توان به اعتقاد قانون گذار ایران به حکومت قانون ملی بر طلاق زوجین دارد اما کشور استرالیا قانون طلاق را تحت قانون اقامتگاه شخص می‌داند.

منابع و مأخذ

- ابراهیمی، نصر...، حقوق بین المللی خصوصی، انتشارات سمت، چاپ هشتم، ۱۳۹۵
- الماسی، نجاد علی: تعارض قوانین (تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش)
- انصاری، شیخ مرتضی: کتاب نکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ، ۱۴۱۵ ق.
- بدران، ابوعینین بدران. الزواج و الطلاق فی الاسلام (اسکندریه، مؤسسه الشباب، بی تا).
- جزیری، عبدالرحمن، فقه علی مذاهب الأربعة (بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۶۹ م).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر: ترمینولوژی حقوقی، ج ۱۱ (چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، ج ۱ (تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش).
- صفایی، سید حسین و قاسم زاده سید مرتضی (تهران، سمت. ۱۳۸۲ و ۱۳۷۵)
- صفایی، سید حسین و امامی اسدا... حقوق خانواده. ج ۱ تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹
- سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، ۱۳۹۳
- d, Lagarde, P. Droit international prive, Yee et, 1981 L.G.D.J.,
- H. Batiffol, cd, Sweet and Maxwell, Londin., th Graveson, R.H. conflict of laws, 1969
-)۱۹۵۶ (۵۶-۲۱ Howard Law Journal, ۲ Marriage, C.O.W. Muller, International Choice of Law to Determine the Validity of

بررسی حدود تکالیف و اختیارات قاضی اجرای کیفری

ناصر قاسمی^۱، کیان سلطانیان^{۲*}

۱- عضو هیات علمی رسمی و استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

۲- دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات

چکیده

اجرای احکام پنجمین مرحله از مراحل آیین دادرسی کیفری است که بعد از مرحله کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی و رسیدگی و صدور حکم نوبت به آن می‌رسد. در صورت براءت یا منع تعقیب و موقوفی تعقیب در مورد متهمان بازداشتی، مراجع صادرکننده آرای فوق دستور آزادی متهم را صادر می‌کنند اما احکام محکومیت معمولاً توسط واحد اجرای احکام کیفری اجرامی‌گردد. برای اجرای احکام کیفری موانعی وجود دارد که یا اجرای حکم را متوقف و یا به تاخیر می‌اندازد که می‌تواند موانع منشا قانونی همانند طرح دعوی تقسیط جزای نقدی و دیه، نهادهای ارفاقی در اجرای حکم، قرار تعلیق اجرای مجازات، قرار تعویق اجرای مجازات، نپرداختن دیه و جزای نقدی، توبه عفو، گذشت، رضایت شاکی، جنون، موانع مخصوص زنان بیماری بیم تلف و یا موانع با منشا عملی از جمله عدم درخواست محکوم‌له جهت اجرای مجازات، عدم دسترسی به محل اقامت و سکونت محکوم‌علیه، عدم معرفی محکوم‌علیه جهت اجرای حکم توسط کفیل یا وثیقه گذار، حبس بودن محکوم‌علیه در محکومیت دیگر، یا موانع با منشا قضایی می‌توان عدم نظارت بر دادنامه و اخطاریه و عدم اخذ تامين مناسب را نام برد. همچنین قاضی احکام بر اجرای جرایم مجازات بدنی از جمله مجازات سالب حیات و مجازات بدنی قطع و جرح عضو و شلاق و یا مجازات سالب و محدودکننده آزادی، حق و حیثیت از جمله حبس و تبعید و محرومیت از سکونت در نوار مرزی و اخراج یا طرد از کشور و اقامت اجباری یا منع اقامت در نقطه معین و یا مجازات مالی از جمله دیه و جزای نقدی و مصادره و ضبط و معدوم کردن اموال نظارت دارد و تا حکم اجرا نشود پرونده مختومه نمی‌گردد. کلیدواژه: قاضی، اجرای کیفری، تکالیف و اختیارات.

مقدمه

از آنجایی که اجرای حکم مجازات یکی از مهم‌ترین و حساس‌ترین مراحل مربوط به آیین دادرسی کیفری می‌باشد، جهت اجرای بهتر مجازات و جود مقام قضایی مستقلی در مرحله اجرای حکم، لازم و ضروری است. بر همین اساس در قوانین کیفری مقامی تحت عنوان «قاضی اجرای مجازات» پیش‌بینی شده که این قاضی در مرحله اجرای حکم و حتی مرحله بعد از اجرای حکم دارای وظایف و اختیاراتی است. پیش‌بینی نهادی به نام قاضی اجرای احکام در سیستم کیفری بیان‌گر این است که دخالت و حضور دستگاه قضایی پس از صدور حکم محکومیت لازم و ضروری است و قاضی اجرای احکام فقط اجراکننده مجازات نمی‌باشد و وظیفه او به اجرای مجازات محدود نمی‌شود. بلکه، همان‌طور که از نام او برمی‌آید این قاضی به همراه مددکاران اجتماعی و روانشناسان و جامعه‌شناسان دستگاه قضایی (سازمان امور زندان‌ها) که تحت نظر او به انجام وظیفه مشغول می‌باشند؛ مجازات را اعمال می‌کند. قاضی اجرای احکام با هدف فردی ساختن مجازات وارد سیستم کیفری شده و در

زمینه نهاد تعلیق، تعویق صدور حکم، آزادی مشروط، نیمه آزادی، مجازات جایگزین حبس، دارای وظایف و اختیاراتی است. تنوع در ضمانت اجرای کیفری، پیش‌بینی مجازات جایگزین و همچنین تأسیسات حقوقی در قوانین جزایی ایران موجب گردیده است که قاضی اعمال کننده مجازات با توجه به اختیاراتی که در قانون در نظر گرفته شده است، بتواند در اصلاح و درمان و باز اجتماعی کردن محکومین به‌عنوان یکی از بهترین اهداف مجازات نقش مهمی را ایفا نماید. قاضی اجرای احکام کیفری نقش مؤثری در اجرای احکام دادگاه‌ها دارد و وظایف قاضی اجرای احکام در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است که اهم آن عبارت‌اند از: صدور دستور اجرای احکام لازم‌الاجرای کیفری، نظارت بر زندان در امور راجع به زندانیان، اعلام نظر درباره زندانیان واجد شرایط عفو و آزادی مشروط، اعطای مرخصی و اتخاذ تصمیمات دیگر که در قانون پیش‌بینی شده است. کماکان هم چون گذشته ابهاماتی در خصوص وظایف و اختیارات مراجع قضایی در بخش اجرای احکام کیفری وجود دارد و حتی در بعضی موارد قاضی اجرای کیفری در اعمال وظایف و اختیارات خود مستقل نیست و نقش فرعی دارد. در این پژوهش سعی شده است وظایف و اختیارات قاضی اجرای احکام تشریح و ابهامات و نواقصی که در حال حاضر در اجرای احکام وجود دارد و منجر به رویه‌های متفاوت گردیده است، بررسی و پاسخ ابهامات داده شود و حدود تأثیر قاضی اجرای احکام در اعمال و اجرای مجازات نیز مشخص گردد. لذا، در این پژوهش سعی بر آن است که نقش قاضی اجرای احکام در اجرای بهتر عدالت در قلمرو حقوق کیفری ایران ارزیابی شود تا مشخص شود که میزان تاثیر این مقام قضایی در مرحله اجرای حکم چگونه بوده و تا چه میزان مطلوب بوده است.

شرایط قاضی اجرای کیفری

شرایط خدمت قضات به عنوان قاضی اجرای احکام کیفری در قوانین گذشته متفاوت بوده است هر چند در قانون جدید در این خصوص نوآوری‌های دیده می‌شود و به نظر می‌رسد قانونگذار به اهمیت شرایط قاضی اجرای احکام توجه داشته است تا اجرای احکام که قسمت عمده و مهمی از فرآیند رسیدگی کیفری به معنای عام محقق شود.

سنوات خدمت

در تبصره ماده ۴۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری قید شده است که قاضی اجرای احکام کیفری باید حداقل سه سال سابقه خدمت قضایی داشته باشد این ماده از نوآوری‌های قانون است که در قوانین سابق مشابهی ندارد. علی‌ظاهر در این ماده قاضی اجرای احکام کیفری یک پست سازمانی جدید است مانند ریاست شعبه یا دادرسی علی‌البدل و حسب ظاهر نیاز به ابلاغ مخصوص از رئیس قوه قضاییه دارد. کما اینکه ابلاغ معاونت اجرای احکام کیفری نیاز به ابلاغ مخصوص از رئیس قوه قضاییه دارد. لیکن رویه قضایی تاکنون چنین برداشتی نداشته است. لذا دادرس، دادستان، معاون و یا دادیاران به ارجاع وی می‌توانند متصدی اجرای احکام کیفری باشند در دادگاه بخش نیز در تبصره ۲ ماده ۴۸۴ اجرای احکام بر عهده رئیس دادگاه بخش و در غیاب وی بر عهده دادرسی علی‌البدل دادگاه بخش است. در صورت ارجاع اجرای احکام کیفری به معاون یا دادپاری که فاقد سه سال سابقه خدمت قضایی باشد قانون ساکت است لکن علی‌رغم عدم تصویب مفاد ماده ۱۴ قانون سابق در قانون جدید با توجه به ماده ۱ و ۲ و لزوم داشتن اختیارات قانونی برای هرگونه هرگونه مداخله در فرآیند دادرسی کیفری به نظر قاضی مرجوع الیه با اخذ ملاک از ماده ۴۲۴ از مداخله امتناع و مراتب را به دادستان اعلام نماید و در صورت مخالفت دادستان با توجه به اصل حاکمیت سلسله‌مراتب در دادرسی و بین مقامات تعقیب اقدام به اجرای حکم نماید باید توجه داشت مسئولیت اقدامات انجام‌شده توسط دادپاری که فاقد شرایط می‌باشد در این حالت با داستانی است که علی‌رغم تذکر اجرای احکام را به وی محول نموده است. شرط سابقه خدمت سه‌ساله در مورد خود دادستان یا قضات دادگاه بخش که از شمول حکم این ماده خارج هستند و به جانشینی دادستان اقدام به اجرای احکام می‌کنند وجود ندارد و در غیر این صورت تعیین تکلیف صدر ماده ۴۸۴ برای دادستان لغو می‌شود.^۱

صدور دستور اجرای احکام لازم‌الاجرای کیفری و نظارت بر شرایط اجرای آن

در پرونده‌های کیفری بایستی کل پرونده به اجرای احکام کیفری ارسال گردد. برخلاف آن پرونده‌های حقوقی که پرونده در شعبه موجود است و فقط بدلی از پرونده مفید به اجرای احکام ارسال می‌شود. چنانچه ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری هم بیان داشته است قاضی اجرای احکام کیفری بایستی دستور اجرای احکام لازم- الاجرا که موارد آن در ماده ۴۹۰ قید شده را صادر نماید و به نحوه اجرای حکم نظارت نماید و در ماده ۴۹۱ قانون‌گذار بیان داشته که هرگاه قاضی اجرای احکام کیفری، رای صادره را از لحاظ قانونی لازم‌الاجرا نداند مراتب را با اطلاع دادستان به دادگاه صادرکننده رای قطعی اعلام و مطابق تصمیم دادگاه اقدام می‌کند. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۳۴۴۰ مورخ ۹۴/۱۲/۱۲ بیان داشته است. برابر ماده ۴۹۱ چنانچه قاضی اجرای احکام رای صادره را از نظر قانون لازم‌الاجرا نداند مراتب به دادگاه صادرکننده رای قطعی اعلام و مطابق تصمیم دادگاه عمل می‌کند.

نظارت بر زندان‌ها در امور راجع به زندانیان

طبق قانون قاضی اجرای احکام حق نظارت بر امور راجع به زندانیان را دارد. روسا، معاونان و ماموران زندان نسبت به امور زندانیان ضابط خاص دادگستری محسوب می‌شوند و امور قضایی زندانیان از جمله تقسیم‌بندی محل نگهداری افراد بازداشتی و زندانی، اعطای مرخصی، رسیدگی به درخواست‌های مختلف زندانیان و دیگر وظایف مذکور در آیین‌نامه سازمان زندان‌ها را بر عهده دارد. زندان‌ها به زندان بسته، نیمه‌باز، مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال و مراکز اقدامات تأمینی و تربینی مانند کانون اصلاح و تربیت تقسیم می‌شوند که در تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری به آن‌ها اشاره شده است. اینکه زندانی در کدام یک از این زندان‌ها نگهداری شود در شورای طبقه‌بندی زندان اتخاذ تصمیم می‌گردد. قاعده این است که زندانی در هر یک از این اقسام زندان که باشد شب‌ها به زندان عودت شود. لکن در رویه این‌گونه نیست، بلکه زندانیان برای بسته به‌طور کامل در زندان هستند و زندانیان نیمه‌باز معمولاً روزها در بیرون از زندان و شب‌ها نیز در اختیار خود هستند.^۱

وظایف قاضی اجرای احکام کیفری در برابر محکومان زندانی

در خصوص محکومان به حبس، وظایف قاضی اجرا با معرفی محکوم علیه به زندان خاتمه نمی‌یابد طبق ماده ۵۱۸ قاضی اجرای احکام کیفری مکلف است دستور تعیین وقت پرونده محکوم به حبس را به گونه صادر کند که حداقل ده روز پیش از اتمام مدت حبس، پرونده تحت نظر قرار گیرد تا با تعیین تاریخ اتمام مدت حبس محکوم علیه، دستور آزادی وی را در تاریخ یاد شده صادر و به زندان اعلام کند. رئیس زندان نیز مکلف است پس از اتمام مدت حبس چنانچه محکوم علیه به اتهام دیگری در بازداشت نباشد فوری برای آزادی زندانی اقدام نماید و نتیجه اقدامات را بلافاصله به قاضی اجرای احکام کیفری اعلام کند.

اعلام نظر درباره زندانیان واجد شرایط عفو و آزادی مشروط

قضات اجرای احکام کیفری مطابق مفاد مواد ۴۸۹، ۵۰۲، ۵۵۲ و ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲ وظایفی از قبیل نظارت بر امور زندانیان، اعلام نظر درباره زندانیان واجد شرایط عفو و آزادی مشروط، پیشنهاد اجرای نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، اتخاذ تصمیم درباره محکومان سالمند، مبتلایان به بیماری‌های جسمی و روانی و سایر افراد محکوم نیازمند به مراقبت و توجه ویژه و پیشنهاد کاهش مدت تعلیق اجرای مجازات محکومین را بر عهده داشته و مکلف‌اند با بررسی پرونده‌ها در اسرع وقت اقدام مقتضی را معمول دارند. در خصوص بیماران مذکور، فهرست آنان ماهانه توسط سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور تهیه و جهت اخذ نظر پزشکی قانونی به قاضی اجرای احکام اعلام می‌گردد. اظهار نظر پزشکی قانونی در این خصوص با توجه به وضعیت زندانی باید صریح و روشن باشد.^۲

مقامات مجاز برای اعطای مرخصی

۱- عابدی، احمدرضا، اجرای احکام کیفری، مرکز آموزش قوه قضاییه، چاپ مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۷، ص ۱۴۲
 ۲- ماده ۲۰ بخشنامه ساماندهی زندانیان، آیین‌نامه، آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور

بر اساس ماده ۲۱۸ اصلاحیه آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور در سال ۱۳۸۹ دادستان محل و یا رئیس حوزه قضایی بخش که عهده‌دار وظایف دادستان می‌باشد می‌تواند با رعایت شرایط پیش‌بینی‌شده در این فصل با اخذ تأمین مناسب راسا نسبت به اعطای مرخصی اقدام نمایند. در تبصره ۳ ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری همراه با اصلاحات مصوب ۱۳۹۴ قید گردیده در مواردی که زندانی دارای شاکی خصوصی است و بنا به تشخیص دادستان یا قاضی اجرای احکام اعطای مرخصی می‌تواند در جلب رضایت شاکی موثر باشد زندانی می‌تواند علاوه بر مرخصی مذکور در این ماده پس از سپردن تأمین مناسب در طول مدت حبس یک نوبت دیگر و حداکثر به مدت هفت روز از مرخصی استفاده نماید. در تبصره ۵ ذکر شده است رئیس قوه قضاییه می‌تواند به مناسبت‌های ملی و مذهبی علاوه بر سقف تعیین‌شده در این قانون حداکثر دو بار در سال به زندانیان واجد شرایط مرخصی اعطا کند. همچنین در تبصره ۴ ماده فوق قید شده است محکومانی که به موجب قانون مشمول مقررات تعلیق اجرای مجازات نمی‌شوند پس از تحمل یک‌سوم از میزان مجازات با رعایت شرایط مندرج در صدر ماده و به تشخیص دادستان می‌توانند در هر چهار ماه حداکثر پنج روز از مرخصی برخوردار شوند.

شرایط و تشریفات قانونی اعطای مرخصی

اصلاحیه فصل سوم بخش سوم آیین‌نامه اجرائی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور درباره چگونگی اعطای مرخصی به زندانیان می‌باشد. متن این اصلاحیه ۱۷ ماده و ۱۰ تبصره‌ای که در تاریخ ۲۱ / ۲ / ۱۳۸۹ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسیده است. در این فصل به شرایط و تشریفات قانونی اعطای مرخصی پرداخته است.

مستثنیات مرخصی

محکومین زیر از شمول اعطای مرخصی مستثنی می‌باشند: الف محکومین جرائم سرقت مسلحانه و یامقرون به آزار، ربودن مال دیگری از طریق کیف‌زنی جاسوسی، اقدام علیه امنیت کشور، آدم‌ربائی، جرائم باندی و سازمان‌یافته، تجاوز به عنف، دائرکردن مراکز فساد و فحشاء، اسیدپاشی، اخلاف در نظام اقتصادی، ورود، تولید، توزیع و فروش مشروبات الکلی، قاچاق مسلحانه و یا عمده مواد مخدر و روان‌گردان‌ها.

رفع ایرادات و اشکالات اجرا

ماده ۴۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری: رفع ابهام و اجمال از رأی با دادگاه صادرکننده رأی قطعی است، اما رفع اشکالات مربوط به اجرای رأی با رعایت موازین شرعی و قانونی، با قاضی اجرای احکام کیفری است که رأی زیر نظر او اجراء می‌شود. ماده ۲۸۵ قانون سابق عنوان می‌نمود: رفع ابهام و اجمال از حکم با دادگاه صادرکننده حکم است، ولی رفع اشکالات مربوط به اجرای حکم توسط دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می‌شود، به عمل خواهد آمد. با توجه به عدم وجود دادسرا در زمان حکومت قانون ۷۸، اجرای احکام با خود دادگاه‌های بدوی صادرکننده رأی بود که با احیای مجدد دادسراها، این وظیفه به واحد اجرای احکام کیفری محول گردید. بدین ترتیب رفع ابهام از اشکالات و ابهامات مربوط به اجرای احکام نیز توسط قاضی اجرای احکام صورت می‌گرفت. لذا قانون جدید تغییری نسبت به قانون سابق در این خصوص نداشته است. قاضی اجرای احکام باید بررسی کند آیا رأی صادره دارای ابهام و اجمال است یا خیر چراکه رأی مبهم قابلیت اجرا ندارد مثلاً اگر دادگاه در آری خود محکوم‌علیه را به سه سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق و رد مال مسروقه نموده باشد و مشخص نباشد که مال مسروقه به چه میزان است و در مقام اجرا بین محکوم له و محکوم‌علیه توافقی در مال مسروقه در مرحله اجرا نباشد این رأی قابلیت اجرا نخواهد داشت مگر اینکه دادگاه از رأی رفع ابهام نماید.^۱ اگر در دادنامه ابهام، اجمال، تعارض یا تناقض وجود داشته باشد که اجرای آن را دچار اشکال کند و یا قابل اجرا نباشد در این صورت دادگاه صادر کننده رأی قطعی باید ابهام را برطرف سازد و لذا پرونده به دادگاه منظور ارسال و در هر مورد رفع ابهام و اجمال و رفع تعارض یا تناقض را می‌خواهد قاضی صادرکننده دادنامه یا قاضی جانشین مکلف به رفع ابهام و اجمال و تناقض و تعارض است. در صورتی که ایراد و اشکال متوجه شیوه و طریق اجراست در این صورت با رعایت موازین شرعی و قانونی رفع اشکال با قاضی اجرای احکام کیفری است که رأی تحت نظر او به

مورد اجرا درمی‌آید. هرگاه شیوه اجرا قاضی اجرای احکام کیفری مطابق مقررات قانونی رای را اجرا می‌کند.^۱ دادگاه صادرکننده صادرکننده رای قطعی ممکن است دادگاه‌های نخستین کیفری یا دادگاه تجدیدنظر استان و یا شعب دیوان عالی کشور در ماده ۴۷۷ باشند اما رسیدگی فرجامی دیوان عالی کشور شکلی است و دیوان عالی رای صادر نمی‌کند بلکه رای بدوی را نقض یا ابرام می‌کند. در مورد آرای تایید شده دیوان عالی کشور، صادرکننده رای قطعی همان دادگاه نخست صادرکننده رای است زیرا دیوان عالی مرجع نقض و ابرام رای بدوی است مگر در مورد ماده ۴۷۷ که رای ماهوی صادر می‌کند. ابهام و اجمال مربوط به مفاد رای است فلذا مقنن رفع آن را به صادرکننده آن محول کرده است تا منظور خود را از عبارت مبهم یا مجمل مندرج در رای خود به روشنی بیان کند.^۲

صدور قرار تامین کیفری

ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند. از جمله نوآوری‌های به وجود آمده در قانون جدید، مربوط به قرارهای تأمین است. ماده ۱۳۲ قانون سابق مربوط به قرارهای تأمین بوده است. تغییراتی که در صدر ماده حاضر و ماده ۱۳۲ قانون سابق به وجود آمده این است که در قانون سابق صدور قرار تأمین به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی در موارد لزوم و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن یا تبانی با دیگری و توسط قاضی صورت می‌گرفت. در حالی که طبق قانون جدید، علاوه بر دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او، تضمین حقوق بزه دیده برای جبران ضرر و زیان وی نیز از علل صدور قرار تأمین از جانب بازپرس می‌باشد، در این ماده از قانون جدید، تبانی متهم با دیگری مدنظر قرار نگرفته و بازپرس جایگزین قاضی شده است. هم چنین، در مورد ماده قانونی جدید برخلاف قانون سابق تاکید و عنوان شده که بازپرس در صورت وجود دلایل کافی می‌تواند به صدور قرار تأمین اقدام نماید. در قانون سابق مقنن با استفاده از عبارت مکلف است، به تکلیف مقام قضایی برای صدور قرار تأمین اشاره کرده در حالی که این عبارت در قانون جدید صراحتاً بیان نشده که البته از مفهوم جمله قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند، همین مفهوم به ذهن می‌رسد.

اعمال مقررات تعدد و تکرار جرم

از نوآوری‌های قانونگذار در آیین دادرسی کیفری و به خصوص در وظایف قاضی اجرا نگارش مواد ۵۱۰ و ۵۱۱ می‌باشد که با دقت کامل و پیش بینی حالت‌های مختلف محکومیت‌های قطعی تکلیف قاضی اجرا را مشخص نموده است که در چه مواقعی بایستی پرونده به دادگاه بدوی و در چه مواقعی به دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور ارسال گردد

اعمال مقررات تعدد

مطابق سیستم مجازات جرم اشد، هرگاه شخصی مرتکب جرم‌های متعددی شده باشد تنها مجازات مهم‌ترین جرمی که قانوناً از نظر نوع و طبقه‌بندی در مرتبه بالاتری از سایر جرایم ارتكابی مجرم قرار دارد بر او اجرا می‌شود. استدلال طرفداران این نظریه این است که مهم‌ترین هدف مجازات اصلاح مجرم تأمین دفاع اجتماعی است و این هدف در مورد مجازات شخصی که مرتکب تعدد جرم شده است. وقتی محقق خواهد شد که دادگاه با توجه به سوابق مجرم و سایر علل اجتماعی که باعث وقوع جرم شده است تنها با تعیین مجازات جرم اشد، از تحمیل مجازات طولانی و محاسبه مجازات جرایم ارتكابی مجرم خودداری کند. این طریقه در ماده ۲ ملحقه به قانون آیین دادرسی کیفری ایران بر اساس این سیستم تدوین شده بود. بر طبق آن در مواردی که یک شخص مرتکب جرایم متعدد می‌شد. دادگاه جزایی به یک جرایم رسیدگی و حکم مجازات صادر می‌کرد ولی تنها مجازات اشد به مرحله اجرا درمی‌آمد.^۳

۳- مدنی، سیدجلال الدین، آیین دادرسی کیفری ۱-۲-۳، انتشارات پایدار، چاپ ششم ۱۳۹۴، ص ۶۵۸

۱- شاهچراغ، سیدحمید، حاجیلو، حسن، شرح آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۵، ص ۵۵

۱-ولیدی، محمد صالح، بایسته‌های قانون مجازات اسلامی، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۲، ص ۲۰۳

در حقوق کیفری ایران قانون‌گذار سیستم اعمال مجازات جرم اشد در تعدد جرم و محکومیت را پذیرفته است هرچند در بعضی موارد و در حدود و قصاص جمع مجازات را نیز پذیرفته است. اعمال مقررات تعدد در اجرای احکام در ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است که در ماده فوق قانون‌گذار مجازات جرم اشد را همانند تعدد جرم در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر نموده است. تعدد مندرج در این مواد تعدد مادی می‌باشد. تعدد مادی عبارت است از این که مجرم مرتکب دو یا چند عمل مجزا و جداگانه می‌گردد که هر یک به‌تنهایی عناصر جرم را در خود جمع می‌کند خواه جرم به‌طور کامل واقع شود یا خیر مانند سرقت و شروع به کلاهبرداری.^۱ در تعدد مادی فاعل واحد فعل متعدد و نتایج هم متعدد است و بعضی از نتایج متنوع و برخی نیز غیر متنوع می‌باشد.^۲

اعمال مقررات تکرار

ماده ۵۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: هرگاه هنگام اجرای حکم معلوم شود محکوم‌علیه محکومیت‌های قطعی دیگری داشته است که در اعمال مقررات تکرار جرم مؤثر است، قاضی اجرای احکام کیفری، پرونده را نزد دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارسال می‌کند. در این صورت، چنانچه دادگاه، محکومیت‌های سابق را محرز دانست، مطابق مقررات اقدام می‌نماید. تبصره - هرگاه حکم در دیوان عالی کشور تأیید شده باشد، پرونده به آن مرجع ارسال می‌شود تا چنانچه محکومیت‌های سابق را محرز دانست، حکم را نقض و پرونده را جهت صدور حکم به دادگاه صادرکننده آن ارسال کند.

ماده ۱۳۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: هر کس به‌موجب حکم قطعی به یکی از مجازات تعزیری از درجه یک تا شش محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، به حداکثر مجازات تا یک و نیم برابر آن محکوم می‌شود.

با توجه به تاثیر مستقیم سابقه کیفری محکوم در محکومیت جدید، قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۵۱۱ موردی را پیش‌بینی نموده که قاضی اجرای احکام کیفری به‌موجب آن تکلیف خود را در مراحل مختلف رسیدگی به محکومیت بداند طبق آن عمل نماید. تفاوتی که در تکرار جرم در قانون سابق و جدید وجود دارد این است که در قانون سابق تکرار جرم مستلزم اجرای کامل مجازات بود اما در قانون جدید و در ماده ۱۳۷ از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات می‌باشد؛ بنابراین می‌توان گفت شرط اجرای ماده ۵۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری احراز محکومیت قطعی سابق محکوم‌علیه و ارتکاب جرم دیگر بعد از قطعیت محکومیت اول می‌باشد.

اجرای دستور دادستان در ضبط تامین

فلسفه اخذ تامین در دادرسی به متهم و اجرای مجازات و همچنین جبران ضرر و زیان بزه دیده است تا در صورتی که متهمی که برای او قرار تامین صادر شده و با وصف احضار و با اینکه حضورش لازم است حاضر نمی‌شود به دستور دادستان وجه الالتزام اخذ و یا از وثیقه محکوم معادل وجه قرار ضبط و یا چنانچه متهم کفیل معرفی نموده یا شخص دیگری برای او وثیقه سپرده باشد بعد از ابلاغ به کفیل و وثیقه گذار وجه الکفاله اخذ و یا از وثیقه معادل وجه قرار ضبط می‌شود.

ضبط وجه الکفاله

چنانچه ماده ۵۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته اجرای دستورهای دادستان و آراء لازم‌الاجرای دادگاه‌های کیفری در مورد ضبط و مصادره اموال، اخذ وجه التزام، وجه الکفاله یا وثیقه و نیز جزای نقدی، وصول دیه، رد مال و یا ضرر و زیان ناشی از جرم بر عهده معاونت اجرای احکام کیفری است و چنانچه اجرای دستور یا رای در موارد فوق مستلزم توقیف و یا فروش اموال باشد انجام عملیات مذکور مطابق مقررات اجرای احکام مدنی است و در ماده ۵۳۸ هم قید شده است که دیه و یا ضرر و زیان ناشی از جرم در ابتدا از محل تامین اخذ شده پرداخت و مازاد بر آن به نفع دولت ضبط می‌شود.

اجرای مجازات جایگزین حبس و نحوه اجرای حکم توسط ادارات و سازمان‌ها

۲-نوربها، رضا، حقوق جزای عمومی، ص ۴۵

۳-شامبیانی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ دوازدهم، انتشارات مجدد، ص ۲۴۶۰-

بر اساس ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: مجازات جایگزین حبس عبارت از دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف باملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه دیده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجراء می‌شود.

تبصره - دادگاه در ضمن حکم، به سنجش و تناسب مجازات مورد حکم با شرایط و کیفیات مقرر در این ماده تصریح می‌کند. دادگاه نمی‌تواند به بیش از دو نوع از مجازات جایگزین حکم دهد.

خدمات عمومی موضوع این قانون، خدماتی است که محکوم علیه بدون دریافت دستمزد بنا به حکم دادگاه به نفع جامعه انجام می‌دهد. دادگاه با توجه به نوع جرم، سن، جنس، توانایی جسمانی، روانی و شغل و مهارت، مجرم را به انجام خدمات عمومی محکوم می‌نماید. یکی از علت‌هایی که بعضی از مسئولان به خصوص ریاست محترم قوه قضائیه، زندان را مجازات مناسبی نمی‌دانند، ناکارآمدی زندان به ویژه حبس‌های کوتاه مدت در زمینه‌های بازدارندگی و اصلاح و درمان بزه‌کاران می‌باشد، چراکه متأسفانه زندان‌های کنونی کشورمان به دلیل کمبود امکانات بهداشتی و غذایی، رواج مواد مخدر، شیوع بیماری‌های عفونی و آیدز و خشونت نتوانسته‌اند رسالتی را که داشته‌اند به انجام رسانند، درحالی که می‌توان در کنار مجازات اجتماعی با یک برنامه‌ریزی هدفمند و اصولی زندان را به محلی برای تربیت مجرم از هر لحاظ به خصوص روحی و روانی تبدیل نمود و برای بعضی از مجرمین که استحقاق زندان را ندارند، برحسب شغل و خصوصیات شخصی‌شان مجازات جایگزین آن‌هم برگشت‌پذیر به جامعه و بازدارنده را تعیین و اعمال کرد. قاضی باید در نظر گرفتن اصل تناسب میان جرم و مجازات که از اصول مسلم قضایی است، مجازات را تعیین نماید. برای این امر باید معیار مشخص تعریف گردد و ابزارهای ویژه وجود داشته باشد. این معیار در تعیین مجازات، می‌تواند ناظر بر شخص مرتکب یا به رفتار مجرمانه باشد، اینکه شخص مرتکب دارای چه خصوصیات روحی و روانی است، آیا مسئول اعمال و رفتار خود می‌باشد، قصد و انگیزه او از ارتکاب جرم، توجه به علل موجهه جرم و جایگاه اجتماعی مرتکب و ارتباط جرم با شغل وی، از موارد ناظر به شخص است. تعیین مجازات متناسب با شدت و اهمیت جرم و آثار ناشی از آن بر نظم عمومی و از جهات ناظر به جرم است.

ماده ۵۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری: نحوه اجرای قرار تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، قرار تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی مطابق مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی و نیز نحوه اجرای مجازات جایگزین حبس به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزیر دادگستری با همکاری وزیر کشور و رئیس سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد. اجرای مجازات جایگزین حبس همانند سایر مجازات از تکالیف معاونت اجرای احکام کیفری و قاضی اجرای احکام می‌باشد و مجازات جایگزین حبس صرف‌نظر از نوع آن از جمله دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی همانند سایر مجازات در راستای ماده ۴۸۴ و ۴۸۹ و ۴۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری اجرا می‌شود.

در خصوص اجرای حکم توسط ادارات و سازمان‌ها قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده ۴۹۵ این موضوع را الزام نموده است طبق ماده ۴۹۵ آراء کیفری به دستور و تحت نظارت قاضی اجرای احکام کیفری اجراء می‌شود و در مواردی که طبق قانون اجرای رای باید توسط وزارتخانه‌ها، موسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی و سازمان‌ها و نهادهایی که شمول قانون بر آنان مستلزم ذکر یا تصریح نام است به عمل می‌آید. قاضی اجرای احکام کیفری، ضمن صدور دستور اجراء و ارائه تعلیمات لازم، بر چگونگی اجراء و اقدامات آن‌ها نظارت دارد.

نظارت بر حضور و فعالیت محکومان در تبعید یا اقامت اجباری
نظارت بر حضور و فعالیت محکومان در تبعید یا اقامت اجباری بر عهده قاضی اجرای احکام کیفری محل اجرای حکم است. در بعضی جرائم متهم به تبعید یا اقامت اجباری محکوم می‌شود در ماده ۲۲۹ قانون مجازات اسلامی مردی که همسر دائمی دارد هرگاه قبل از دخول مرتکب زنا شود حد وی صد ضربه شلاق، تراشیدن موی سر به مدت یک سال قمری است. در ماده ۲۸۲ یکی از مجازات محاربه نفی بلد است. در بند اول ماده ۲۳ اقامت اجباری متهم در محل معین به‌عنوان یکی از مجازات تکمیلی

تعیین شده است و در موارد دیگری متهم به تبعید و اقامت اجباری محکوم می‌گردد که بی‌شک قاضی اجرای احکام همانند سایر جرائم بایستی به نحوه اجرا نظارت نماید و البته این تکلیف بر عهده قاضی اجرای احکام کیفری و دادرسی مقصد است که محکوم به آنجا اعزام می‌گردد و اعطای نیابت از اجرای احکام مبدأ به اجرای احکام مقصد صورت می‌گیرد. نظارت بر حضور و فعالیت محکومان در تبعید یا اقامت اجباری بر عهده قاضی اجرای احکام کیفری محل اجرای حکم است.^۱

رای قطعی دادگاه نخستین

اصولاً آرای که از دادگاه‌های بدوی صادر می‌شوند از دیدگاه قانون‌گذار با ۲ وضعیت مواجه هستند: در فرض اول، غیرقابل‌اعتراض و قطعی محسوب می‌شوند و در فرض دوم که جنبه غالب نیز دارد، غیرقطعی و قابل‌اعتراض هستند. در خصوص پذیرش حق اعتراض در گستره بین‌المللی بند ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶، مجمع عمومی سازمان ملل متحد اشاره کرد که: «هرکس مرتکب جرمی اعلام شود، حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک دادگاه عالی طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود». قانون‌گذار سال ۹۲ در خصوص تجدیدنظرخواهی از آراء کیفری در ماده ۴۲۷ اشاره می‌دارد: «آرای دادگاه‌های کیفری جز در موارد زیر که قطعی محسوب می‌شود، حسب مورد در دادگاه تجدیدنظر استان همان حوزه قضائی قابل تجدیدنظر و یا در دیوان عالی کشور قابل فرجام است» مقنن با وضع این ماده اصل را بر غیرقطعی بودن آرای کیفری دانسته است و قطعی بودن آرای مزبور را استثناء تلقی نموده است. تغییر نگرش قانون‌گذار در خصوص قابلیت اعتراض یا عدم قابلیت اعتراض به آرا کیفری با تطبیق قانون سابق در همین موضوع مشخص می‌گردد که در ماده ۲۳۲ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۷۸ اصل را بر قطعی بودن آرا گذارده بود و در برخی جرایم به‌عنوان استثنا امکان اعتراض را پیش‌بینی نموده بود.

در قانون جدیدالتصویب تغییرات چشمگیری در صلاحیت رسیدگی شورای حل اختلاف به عمل آمد، یکی از این تغییرات را در بند ح ماده ۹ قانون مذکور شاهد هستیم که رسیدگی در خصوص جرائم ارتكابی تعزیری درجه ۸ را در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار داده است مشروط بر اینکه جرم ارتكابی صرفاً مستوجب پرداخت جزای نقدی باشد، در صورت شایستگی رسیدگی شورای حل اختلاف و متعاقب آن صدور رای، با عنایت به ماده ۲۷ قانون فوق‌الذکر و برخلاف بند الف ماده ۴۲۷ آیین دادرسی کیفری رای صادره را غیرقطعی و قابل‌اعتراض در دادگاه کیفری دو همان حوزه قضایی دانسته است، لذا در خصوص آرای کیفری مستوجب مجازات قانونی درجه ۸ باید بین حالتی که رای از دادگاه‌های کیفری یا از شورای حل اختلاف صادر شود، در خصوص قابل‌اعتراض بودن یا نبودن آن قائل به تفکیک گردید. بند ب ماده ۴۲۷ آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارض، در صورتی که میزان یا جمع آن‌ها کمتر از یک‌دهم دیه کامل باشد.

بند فوق یکی از مواردی است که به‌عنوان آرای قطعی موردنظر قانون‌گذار قرار گرفته است، آنچه علاوه بر ذکر وصف قطعی بودن این بند استفهام می‌شود این مورد است که قانون‌گذار دیه کامل مجنی علیه را فارغ از مرد یا زن بودن مدنظر قرار داده است و نکته مهم‌تر آن است که قانون‌گذار میزان دیه یا ارضیا جمع آن دو را تنها در صورتی که قطعی انگاشته که کمتر از یک دهم باشد لذا حتی اگر میزان دیه یا ارض یا جمع آن‌ها یک‌دهم باشد، باید رای صادره را در این خصوص قابل‌اعتراض دانست.

آرای فاقد اعتراض یا اعتراض رد شده در مهلت مقرر

در برخی موارد آرا با وجود اینکه قابل‌اعتراض می‌باشد اما محکوم‌علیه به آن اعتراض نمی‌کند و پس از اتمام فرجه قانونی رای صادره قطعی تلقی می‌شود و قابل‌اجراء می‌باشد. هم‌چنین در صورتی که محکوم‌علیه خارج از فرجه قانونی به رای صادره اعتراض نماید دادگاه قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی را صادر می‌نماید و پس از قطعی شدن آن اجرای احکام مبادرت به اجرای حکم می‌نماید.

آرای تایید شده یا صادر شده پس از نقض، توسط مرجع تجدیدنظر

آرای کیفری که توسط دادگاه بدوی اعم از شورا یا کیفری ۱ یا کیفری ۲ یا انقلاب یا سایر مراجع که صادر می‌شود پس از اعتراض توسط محکوم‌علیه، مرجع تجدیدنظر به آن رسیدگی نموده یا رای صادره را موافق موازین شرعی و قانونی می‌داند و

چون نقص و ایرادی بر آن وارد نیست آن را تایید می‌نماید و یا اینکه در صورتی که قانونی نباشد مبادرت به نقض آن و صدور رای جدید خواهد کرد تا در صورتی که دلالت بر محکومیت محکوم‌علیه داشته باشد اجرای احکام کیفری مبادرت به اجرای حکم نماید.

نتیجه گیری

اصولا آرای که از دادگاه‌های بدوی صادر می‌شوند از دیدگاه قانون‌گذار با ۲ وضعیت مواجه هستند: در فرض اول، غیرقابل‌اعتراض و قطعی محسوب می‌شوند و در فرض دوم که جنبه غالب نیز دارد، غیرقطعی و قابل‌اعتراض هستند. در خصوص پذیرش حق اعتراض در گستره بین‌المللی بند ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶، مجمع عمومی سازمان ملل متحد اشاره کرد که: «هرکس مرتکب جرمی اعلام شود، حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک دادگاه عالی طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود». قانون‌گذار سال ۹۲ در خصوص تجدیدنظرخواهی از آراء کیفری در ماده ۴۲۷ اشاره می‌دارد: «آرای دادگاه‌های کیفری جز در موارد زیر که قطعی محسوب می‌شود، حسب مورد در دادگاه تجدیدنظر استان همان حوزه قضائی قابل تجدیدنظر و یا در دیوان عالی کشور قابل فرجام است» مقنن با وضع این ماده اصل را بر غیرقطعی بودن آرای کیفری دانسته است. برای اجرای احکام کیفری موانعی وجود دارد که یا اجرای حکم را متوقف و یا به تاخیر می‌اندازد که می‌تواند موانع منشا قانونی همانند طرح دعوی تقسیط جزای نقدی و دیه، نهادهای ارفاقی در اجرای حکم، قرار تعلیق اجرای مجازات، قرار تعویق اجرای مجازات، نپرداختن دیه و جزای نقدی، توبه عفو، گذشت، رضایت شاکي، جنون، موانع مخصوص زنان بیماری بیم تلف و یا موانع با منشا عملی از جمله عدم درخواست محکوم‌له جهت اجرای مجازات، عدم دسترسی به محل اقامت و سکونت محکوم‌علیه، عدم معرفی محکوم‌علیه جهت اجرای حکم توسط کفیل یا وثیقه گذار، حبس بودن محکوم‌علیه در محکومیت دیگر، یا موانع با منشا قضایی می‌توان عدم نظارت بر دادنامه و اخطاریه و عدم اخذ تامین مناسب را نام برد. همچنین قاضی احکام بر اجرای جرایم مجازات بدنی از جمله مجازات سالب حیات و مجازات بدنی قطع و جرح عضو و شلاق و یا مجازات سالب و محدودکننده آزادی، حق و حیثیت از جمله حبس و تبعید و محرومیت از سکونت در نوار مرزی و اخراج یا طرد از کشور و اقامت اجباری یا منع اقامت در نقطه معین و یا مجازات مالی از جمله دیه و جزای نقدی و مصادره و ضبط و معدوم کردن اموال نظارت دارد و تا حکم اجرا نشود پرونده مختومه نمی‌گردد.

منابع و ماخذ

- شاه چراغ، سیدحمید، حاجیلو، حسن، شرح آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۵، آموزش و تحقیقات دادگستری استان تهران، ص ۱۲ - ۱۳
- عابدی، احمدرضا، اجرای احکام کیفری، مرکز آموزش قوه قضاییه، چاپ مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۷، ص ۱۴۲
- عابدی، احمد عابدی، احمدرضا، اجرای احکام کیفری قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۷، ص ۵۱، چاپ انتشارات ۳۵ مدنی، سیدجلال الدین، آیین دادرسی کیفری ۱-۲-۳، انتشارات پایدار، چاپ ششم ۱۳۹۴، ص ۶۵۸
- شاهچراغ، سیدحمید، حاجیلو، حسن، شرح آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۵، ص ۵۵
- ولیدی، محمد صالح، بایسته های قانون مجازات اسلامی، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۲، ص ۲۰۳
- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ دوازدهم، انتشارات مجدد، ص ۱۴۶۰-
- ابن منظور، محمدبن مکرم، ۱۴۱۴ ه.ق، لسان العرب، بیروت، ج ۶، دارصادر، ص ۱۲۵
- احمدی موحد، اصغر، اجرای احکام کیفری، چاپ سوم ۱۳۸۷، نشر میزان
- آخوندی، محمد، آیین دادرسی کیفری، ج ۴، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۷،
- ارجمند دانش، جعفر، ۱۳۹۱، ترمینولوژی حقوق جزای اسلامی، انتشارات بهنامی، ص ۴۶
- استفانی، گاستون و بولک، برنار، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی
- افراسیابی، محمد اسماعیل، حقوق جزای عمومی، ۱۳۸۵، انتشارات فردوسی

- بخشی زاده، امین، ۱۳۹۴، قانون دست نویس آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تهران، انتشارات کمک آزمون، چاپ ۲، ذیل ماده ۱۰
- برنارد، بولک، ۱۳۹۰، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین ابرندآبادی، تهران انتشارات مجد
- بهرامی، بهرام، ۱۳۸۹، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات نگاه بینه
- پیرانی، محمد و پیرانی، امین، بررسی انواع مجازات در حقوق کیفری ایران، فصلنامه حق گستر، شماره ۷۴، ۱۳۹۴،
- پیوندی، غلامرضا، ۱۳۹۰، جرم سیاسی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی،
- توجهی، عبدالعلی و ابراهیم وند، حسام، لزوم استفاده محدود از کیفر سالب آزادی بر مبنای فقه اسلامی، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳، ص ۸۲
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۵، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش،
- خالقی، علی، ۱۳۹۳، آیین دادرسی کیفری، چاپ ۲۵، انتشارات شهردانش
- خسروشاهی، ۱۳۸۶، قدرت الله، فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام، قم، چاپ ۲، انتشارات بوستان کتاب، ص
- خوری شرتونی، سعید، ۱۳۹۲، اقرب الموارد، ج ۳، انتشارات اسوه
- دعاخوان، سید رضا، جایگاه قاضی اجرای احکام، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، ۱۳۹۴،
- دعاخوان، سید رضا، جایگاه قاضی اجرای احکام، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، ۱۳۹۴،
- رحمت اله پور، بهرام، جرم شناسی اجرای احکام کیفری در راستای عدالت اسلامی، مجله علمی تخصصی علوم انسانی اسلامی، شماره ۱۱، ۱۳۹۵