

فصلنامه

علمی

آموزه‌های

فقه و

حقوق جزاء



فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال دوم، شماره ۲، شماره پیاپی ۸، زمستان ۱۴۰۲



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

Online ISSN: 2821-2339

صاحب امتیاز:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

مدیر مسئول:

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

سردبیر:

دکتر سید محمد تقی علوی

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

سایمان الکترونیکی: jcl.d.lahijan.iau.ir

رایانامه فصلنامه: jcl.d1401@gmail.com

اعضای هیأت تحریریه، به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجزستانی

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

دکتر جمال بیگی

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

دکتر بابک پور قهرمانی

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

دکتر محمد حسن حائری یزدی

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

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

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

دکتر محمد روحانی مقدم

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

دکتر مرتضی رهبر طارمیری

(استاد گروه پزشکی قانونی دانشگاه علوم پزشکی گیلان)

دکتر عباس شیخ الاسلامی

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

دکتر حسین صابری

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

دکتر محمود عرفانی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تهران)

دکتر سید محمد تقی علوی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز)

دکتر حمید مسجد سرائی

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

دکتر حسین ناصری مقدم

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

ارزیابان علمی مقالات این شماره به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بچستانی

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

دکتر هرمز اسدی کوه باد

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

دکتر احمد پور ابراهیم

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر بابک پور قهرمانی

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

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

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

دکتر کاظم خسروی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر محمد رضا داداشی نیاکی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر علی دادمهر

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز)

دکتر سید رحمت الله دانش میر کهن

(استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه پیام نور گیلان)

دکتر محمد روحانی مقدم

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

دکتر مجتبی فرح بخش

(استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد)

دکتر نغمه فرهود

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد اندیمشک)

دکتر ناصر قاسمی

(دانشیار گروه حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)

دکتر اسماعیل قندور بیجارپس

(استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه پیام نور گیلان)

دکتر سید علی جبار گل‌باغی ماسوله

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

دکتر سمیرا گلخندان

(استادیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خمین)

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

الف) نویسنده

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

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

ب) ساختار مقاله

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

- رعایت قواعد ادبی نگارش فارسی، الزامی است.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

پ) استناددهی

با توجه به پیروی فصل‌نامه از روش «استناد درون متنی»، رعایت شرایط ذیل لازم است:

- ارجاع به منابع فارسی و غیر فارسی در متن مقاله، به صورت: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد، شماره صفحه (انصاری، ۱۴۲۰، ۱/۱۴) انجام یابد. در ارجاع توأمان به بیش از یک منبع، منابع، با نقطه درنگ نما (؛) از یکدیگر جدا می‌شوند؛ (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷/۴۲).

- در صورت تشابه نام خانوادگی نویسندگان و یکسانی سال نشر، نام آنان نیز ذکر گردد.

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

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

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

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

- ارجاع به آیات شریف قرآن کریم، به صورت: نام سوره مبارکه، شماره آیه شریفه (بقره، ۱۲) و ارجاع به نهج البلاغه، با ذکر شماره خطبه، نامه، کلمات قصار و صفحه (نهج البلاغه، خطبه ۳، ۲۵) انجام یابد.

- در صورت ارجاع به منابع خارجی، آن بخش از متن منبع خارجی ارجاع شده در مقاله، جداگانه و به صورت ضmann مقاله، از طریق بارگزاری، به نشریه ارسال گردد.

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

ت) ارسال مقاله

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

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

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

- مقاله، تنها با یک نام کاربری در سامانه نشریه به نشانی: jcl.d.liu.ac.ir ثبت گردد.

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

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

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

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

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

فهرست مقالات

ساختار نظام شهرسازی در سنجه آسیب اجتماعی شناسی (زمیولوژی)
 جواد اعظم صادقی؛ عباس شیخ الاسلامی؛ حمید رضا میرزاجانی
 صفحه ۱-۲۶

دسترسی زنان بزه‌دیده پناهجو به عدالت کیفری؛ چالش‌ها و راهکارها (با تأمل در اسناد بین‌المللی)
 زهراء انصاری فر؛ سمیرا گلخندان؛ اکبر رجبی
 صفحه ۲۷-۴۸

بررسی حق تأدیب کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فراملی
 حسن فلاح؛ سید جواد سید عزیزاده گنجی؛ بهنام قنبر پور
 صفحه ۴۹-۶۲

مبانی و مصادیق قابلیت توجیه جرم انگاری جرایم علیه امنیت
 شیما مرادی فر؛ جواد طهماسبی؛ محمد علی مهدوی
 صفحه ۶۳-۸۲

بررسی مسئولیت مدنی و نحوه‌ی جبران خسارت ناشی از تقصیر دولت در شیوع ویروس کووید ۱۹
 مجتبی مقصودی؛ حمید سلیمانی
 صفحه ۸۳-۱۰۴

بررسی فقهی حقوقی خسارت‌های ناشی از عدم نفع
 امین نجفیان؛ منصوره دارابی
 صفحه ۱۰۵-۱۳۰

فصلنامه

علمی

آموزه‌های

فقه و حقوق

جزاء

۱۲

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال دوم، شماره ۴، شماره پیاپی ۸، زمستان ۱۴۰۲



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 1-26

Receive Date: 2023/09/19

Revise Date: 2023/11/25

Accept Date: 2023/12/16

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

The Structure of Urban Planning System in the Context of Social Harm (Zemiology)

Javad Azam Sadeghi¹Abbas Sheikholeslami²Hamidreza Mirzajani³

Abstract

The theory of Zemiology (social harm) goes beyond the discourse of "crime" and "criminals" to study the significant physical, mental, and economic harms resulting from structures. It provides solutions for reforming and changing the criminal justice system and preventive measures based on structural reform. Despite the majority of the country's population living in cities and the effects of harm in the urban planning domain, research on the structure of the urban planning system, including urban planning and management systems, from the perspective of social harm has not been observed. In this study, the structure of the urban planning domain has been examined using a descriptive-analytical method. The structure is based on organizational conflicts of interest placing the urban planning system at a crossroads between combating violations or generating revenue from these areas, leading to the approval of urban development plans that are the source of many violations resulting in harm to the urban planning domain, the reactive approach of legal bodies and relevant authorities in combating violations and crimes in the urban planning domain, absence of preventive mechanisms for under-construction and operational buildings are among the most significant structural causes in urban planning systems that have led to the creation and increase of harmful factors such as marginalization, construction and persistence of unsafe and non-standard buildings, air pollution in cities, and an increase in damages and casualties resulting from earthquakes, floods, fires, etc., in cities. Reducing harm from the urban planning domain requires reforming the structure of this domain, and in this study, some of the most important reforms Various strategies have been explained and suggested.

Keywords: Zemiology, Urban Planning Structure, Building Violations, Harm, Prevention.

¹. PhD student in criminal law and criminology, Department of Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

jasadeghi@gmail.com

². Associate Professor, Department of Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran (corresponding author).

sheikholeslami@gmail.com

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

mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۱-۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

ساختار نظام شهرسازی در سنجه آسیب اجتماعی شناسی (زمینولوژی)

جواد اعظم صادقی^۱
عباس شیخ الاسلامی^۲
حمید رضا میرزاجانی^۳

چکیده

نظریه‌ی آسیب اجتماعی شناسی (زمینولوژی) با نگرشی فراتر از گفتمان «بزه» و «بزهکار»، آسیب‌های مهم جسمانی، روانی و اقتصادی ناشی از ساختارها را مطالعه می‌کند و راهکارهای اصلاح و تغییر نظام کیفری و نیز راهکارهای پیشگیرانه مبتنی بر اصلاح ساختار را ارائه می‌دهد. علیرغم اسکان اکثریت جمعیت کشور در شهرها و نیز آثار ناشی از آسیب‌های حوزه شهرسازی، تحقیقی مشاهده نمی‌گردد که ساختار نظام شهرسازی، شامل نظام برنامه‌ریزی و مدیریت شهری را از منظر آسیب اجتماعی شناسی مورد مطالعه قرار داده باشد. در این نوشتار، ساختار حوزه شهرسازی بررسی شده است؛ ساختار مبتنی بر تعارض منافع سازمانی که نظام شهرسازی را در دو راهی «مقابله با تخلف» و یا «کسب درآمد» از محل مذکور قرار داده است؛ ساختار منتهی به تصویب طرح‌های توسعه شهری که منشأ بسیاری از تخلفات منتهی به آسیب در حوزه شهرسازی شده است. رویکرد واکنش مدار قانونگذار و دستگاه‌های ذیربط در مقابله با تخلفات و جرائم حوزه شهرسازی و نیز فقدان ساز و کارهای پیشگیرانه در خصوص ساختمان‌های در حال احداث و در حال بهره برداری، از جمله مهمترین علل ساختاری در نظام شهرسازی است که به ایجاد و افزایش عوامل آسیب‌زا همچون: حاشیه‌نشینی، احداث و بقای ساختمان‌های نایمن و غیراستاندارد، آلودگی هوای شهرها و نیز افزایش آسیب‌ها و تلفات ناشی از زلزله، سیل، آتش‌سوزی و غیره در شهرها منتهی شده است. کاهش آسیب‌های ناشی از حوزه شهرسازی، مستلزم اصلاح ساختار حوزه مذکور است که در این نوشتار، برخی از مهمترین راهکارهای اصلاحی تبیین و پیشنهاد گردیده است.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. jasadeghi@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول). sheikholeslami@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr

در پی چالش‌های ایجادشده راجع به گفتمان جرم، عدالت کیفری و جرم‌شناسی در دهه آخر قرن بیستم میلادی و نیز در ادامه جرم‌شناسی انتقادی، گروهی از نظریه پردازان حوزه سیاست جنایی، ایجاد رشته جدیدی تحت عنوان: «رویکرد آسیب اجتماعی شناسی» یا «چشم انداز آسیب اجتماعی شناسی» را پیشنهاد کردند. پس از اجلاس سال ۱۹۹۰ دانشگاه بریستول، کلمه یونانی زمیا^۱ برای آسیب پیشنهاد شده و از آن پس، رشته جدیدی تحت عنوان: «زمیولوژی» متولد گردید که متضمن جرم‌شناسی بوده و به مطالعه آسیب می‌پردازد (غلامی، ۱۳۹۹، ۲۵).

در دیدگاه زمیولوژی، جرم و آسیب با یکدیگر همسو نیستند؛ زیرا آنچه به عنوان بزه تعیین می‌شود، ضرورتاً، سبب ورود آسیب نمی‌گردد؛ کما اینکه برخی از رفتارها و سیاست‌هایی که سبب ورود آسیب‌های جدی و شدید می‌شوند، جرم نیستند (نوبهار، انصاری، ۱۳۹۷، ۱۸۶).

طرفداران این نظریه معتقد هستند علیرغم اینکه تلفات انسانی و اجتماعی اقتصادی بسیاری از انحراف‌ها و آسیب‌ها نسبت به جرائم بیشتر است، به دلیل ماهیت و مفهوم مضیق جرم و نیز فقدان وصف کیفری بسیاری از رفتارهای منتهی به آسیب‌ها و صدمات، جرم‌شناسی قادر به مطالعه آن‌ها نبوده است (نجفی ابرندآبادی، هاشم بیگی، ۱۳۹۷، ۲۰) و لذا وجود رشته‌ای ضرورت دارد که صرف نظر از وصف مجرمانه رفتار، به مطالعه این گونه آسیب‌ها بپردازد.

زمیولوژی به آسیب‌هایی که مهم بوده و از ساختارهای سیاسی و اقتصادی ناشی می‌گردد، توجه دارد و آن‌ها را مورد مطالعه قرار می‌دهد. صدمات مورد مطالعه در زمیولوژی می‌تواند فیزیکی، اقتصادی، احساسی، روانی و همچنین لطمه و آسیب به فرهنگ باشد. (هیلارد و دیگران، ۲۰۰۴، ۱۹-۲۰). در این نگرش، آسیب، به مفهوم یک صدمه یا لطمه جدی به نیازهای اصلی و پایه‌ای بشر و فارغ از مشروع یا نا مشروع بودن دلایل آن است و لذا صدمات جزئی و اندک از شمول این مفهوم خارج می‌گردد.

هرچند در طبقه‌بندی معمول در حقوق کیفری، آسیب‌های مورد مطالعه در زمیولوژی یا جزء جرائم قرار نگرفته و یا از جمله جرائم کم اهمیت است، ولی آثار سوء و گسترده ناشی از این گونه از آسیب‌ها و نیز احساس قربانیان آن‌ها، فراتر از آثار جرائم شدید است که در اولویت مطالعات جرم‌شناسان قرار دارد؛ از جمله این گروه از آسیب دیدگان، قربانیان نقض مقررات ایمنی و بهداشتی کارگاه‌ها و نیز قربانیان نقض مقررات زیست محیطی از سوی بنگاه‌ها، مؤسسات و کارفرمایان است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰، ۱۰۲۸) که در بسیاری از موارد دچار آسیب‌های عمده و اساسی می‌گردند.

^۱. zemia.

ظهور جنبش زمینولوژیک که در راستای تأمین عدالت اجتماعی، به دنبال خروج از گفتمان جرم و رفتن به سمت نظریه‌ای است که مطالعه آسیب‌های جدی ناشی از تصمیمات سیاسی و اجتماعی را در برگیرد (تان، ۲۰۱۱، ۱۸۰) را می‌توان نقطه عطف برای پژوهشگرانی دانست که می‌خواهند فراتر از مرزهای جرم‌شناسی جریان غالب حرکت کرده و در خصوص آسیب‌هایی که خارج از گفتمان متعارف جرم، بزه و جرم‌شناسی قرار می‌گیرد، پژوهش و بررسی کنند (بوکلی، کوتزه، ۱۴۰۰، ۱۷).

از جمله اهداف پژوهشگران حوزه مذکور آن است که ضمن تحلیل ساختارهای آسیب‌زا، رابطه ساختاری میان جرم و آسیب را مورد بازاندیشی قرار داده و در زمینه‌ای تجربی، کاربرد زیما، آسیب اجتماعی و جرم را بررسی نموده (بوکلی، کوتزه، ۱۴۰۰: ۲۰) و در این راستا با نگرشی پیشگیرانه به ماهیت ساختارهای آسیب‌زا، راهکارهای مبتنی بر پیشگیری و نیز اصلاح ساختار اداری و برنامه‌ریزی دولتی و عمومی را ارائه دهند. پیشنهاد اصلاح در جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری به رفتارهای آسیب‌زا در حوزه شهرسازی، از دیگر نتایج مطالعات مبتنی بر آسیب اجتماعی شناسی است.

شهرهای امروز، بیش از آنکه درگیر آسیب‌های میان فردی باشد از آسیب‌های ناشی از ساختارها رنج می‌برد. عدم برنامه‌ریزی درست در مدیریت سیلاب‌ها سبب ورود صدمات شدید جسمانی، اقتصادی و روانی گردیده است. آلودگی هوا که سبب مرگ افراد می‌گردد از دیگر آسیب‌های وارده به افراد جامعه است. با توجه به وقوع این‌گونه از آسیب‌ها، مطالعات آسیب اجتماعی شناسی می‌تواند چارچوب مناسبی برای بررسی این آسیب‌ها و ارائه راهکارهای پیشگیرانه ارائه دهد (انصاری، ۱۳۹۸، ۱۷)؛ کما اینکه پیشنهاد اصلاح حقوق کیفری از دیگر دستاوردهای آسیب اجتماعی شناسی است.

ساختار نظام شهرسازی که شامل برنامه‌ریزی و مدیریت شهری بوده و سبب ایجاد طیف وسیعی از آسیب‌ها گردیده است، از قوانین و مقررات متعدد و پراکنده، کنشگران متعدد^۱ که برخی آن را تا ۳۶ دستگاه و نهاد دانسته‌اند و نیز تعامل و ارتباط میان این کنشگران در ساختار مذکور تشکیل گردیده است (اعظم صادقی و دیگران، ۱۴۰۲، ۲۳).

سؤال نخست تحقیق آن است که آیا نظام شهرسازی را می‌توان در زمره علل آسیب‌زا قرارداد یا خیر؟ با فرض مثبت بودن پاسخ به سؤال نخست، سؤال دوم تحقیق آن است که آیا ساختار نظام شهرسازی، عامل اصلی آسیب‌های وارده به شهروندان است و یا آنکه تصمیمات کنشگران حوزه شهرسازی، این آسیب‌ها را ایجاد می‌کند؟

۱. شورای عالی شهرسازی و معماری، کمیسیون‌های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، شورای اسلامی شهرها، شهرداری‌ها، استانداری و فرمانداری‌ها، سازمان‌های استانی راه و شهرسازی و همچنین مراجع قضایی از جمله دادرها، دادگاه‌ها و نیز دیوان عدالت اداری از جمله کنشگران مؤثر نظام شهرسازی هستند.

فرض نخست، آن است که نظام شهرسازی یکی از مهمترین ارکان ساختار حکومت بوده که کارکرد ناصحیح نظام مذکور، عامل ورود خسارت و آسیب به افراد جامعه است. فرض دوم نیز آن است که ساختار نظام شهرسازی، عامل اصلی بروز و گسترش آسیب به شهروندان است.

یکی از موضوعات مورد بحث در رویکرد آسیب اجتماعی‌شناسی، ارائه معیاری برای ارزیابی آسیب است (شیدایی، ۱۳۹۶، ۳۴). اصطلاح استاندارد زندگی^۱ که در مفهوم وسیع خود، به کیفیت زندگی اشاره دارد و همه امور مادی، اقتصادی و حتی مسائل غیراقتصادی را در برمی‌گیرد که زندگی اشخاص را تحت تأثیر قرار می‌دهد (شیدایی، ۱۳۹۶، ۳۵-۳۶)، یکی از معیارهایی است که می‌تواند برای ارزیابی آسیب‌زا بودن یک عمل یا یک واقعه مورد استفاده قرار گیرد.

۱. آسیب‌های ناشی از ساختار نظام شهرسازی

برخی عقیده دارند ساختار نظام شهرسازی در ایران در حال ایجاد بحران‌هایی است که می‌تواند در آینده‌ای نه چندان دور به وقوع فاجعه و بروز آسیب‌های شدید منتهی گردد (سلیمانی مهرنجانی و دیگران، ۱۳۹۵، ۳۴). فقدان استانداردها و کیفیت لازم از حیث زیست‌پذیری فضای شهری، فقدان هوای پاک و نیز فقدان ساختمان‌های مناسب و استاندارد شهری از جمله مواردی است که می‌تواند آسیب‌های بزرگ جسمی، روانی و حتی اقتصادی به جامعه وارد کند. وقوع حوادثی همچون: پلاسکو، متروپل، سینا اطهر و حادثه اخیر بیمارستان گاندی تهران، تنها نمونه‌های کوچکی از مجموع حوادث و اتفاقاتی است که سبب بروز آسیب شده و کیفیت زندگی شهروندان را تحت تأثیر خویش قرار داده است که در این بخش از مقاله برخی از این آسیب‌ها بررسی می‌شود.

۱-۱. آسیب‌های ناشی از ساخت بناهای ناایمن و غیر استاندارد

احداث بناهای ناایمن که ناشی از عدم رعایت موازین ساخت و نیز تخلفات ساختمانی بوده از علل عمده آسیب‌زا در نظام شهرسازی است. حادثه موسوم به متروپل که به مرگ و جراحت بیش از هشتاد نفر منتهی گردید، یکی از مصادیق این نوع از حوادث بوده که موضوع ایمنی ساخت و ساز و عواقب ناشی از عدم رعایت موازین ساخت را به صدر اخبار آورده و حتی به اعتراضات خیابانی منتهی شد.

آسیب‌های ناشی از تخریب بناهای غیراستاندارد در هنگام وقوع زلزله، یکی دیگر از نتایج وقوع تخلفات ساختمانی است. مهمترین عامل کاهش آسیب‌های ناشی از وقوع زلزله را آمادگی قبلی جامعه برابر این پدیده طبیعی می‌دانند که این امر نیز مستلزم وجود بناهای مقاوم در برابر زلزله است. آمارها نشان می‌دهد که از هفده زلزله بزرگ که طی سال‌های ۱۹۰۰ تا ۱۹۹۰ میلادی اتفاق افتاده است، چهار

^۱. The standard of living.

مورد آن، مربوط به ایران و با تلفاتی در حدود ۱۲۰ هزار نفر بوده است (احمدی، ۱۳۷۶، ۶۲) که از جمله علل اصلی تلفات سنگین زلزله در ایران، احداث بناهای غیر استاندارد است.

در خصوص آسیب‌های ناشی از وقوع تخلفات ساختمانی و نیز آثار عدم استحکام بناهای احداثی در میزان تلفات حوادث طبیعی، تحقیقاتی در سطح ملی و بین‌المللی انجام شده است. آمار شش رقمی مرگ ناشی از زلزله حدود ۷ ریشتری سال ۲۰۱۰ هائیتی در مقایسه با عدم وجود تلفات در زلزله‌ای به همان بزرگی و در همان سال در نیوزیلند نشان داد که فساد، فقر، استفاده از مصالح نامرغوب و نیز عدم رعایت ضوابط راجع به استحکام بنا می‌تواند زلزله‌های متوسط را به بلایای بزرگ با ابعادی فاجعه‌بار تبدیل کند (آمبرایسز، بیلهام، ۲۰۱۱، ۱۵۳).

در همین خصوص، آمارها نشان می‌دهد که طی سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۰ حدود شصت هزار نفر و با میانگین سالیانه حدود هجده هزار و سیصد نفر، در نتیجه، زمین‌لرزه‌های اندونزی، کشمیر، ایران، چین و هائیتی جان باخته‌اند. تلفات مذکور که ناشی از عدم رعایت الزامات مرتبط با مهندسی ساخت و نتیجه فروریختن ساختمان در اثر زلزله و نیز حوادث فرعی دیگر همچون: سونامی، رانش زمین و آتش‌سوزی بوده است، نشان داد به رغم پیشرفت در مهندسی ساخت در طول دهه‌های اخیر، مرگ و میر ناشی از زلزله کاهش نداشته است (آمبرایسز، بیلهام، ۲۰۱۱، ۱۵۴) که دلیل اصلی آن را می‌توان ناشی از تخلف سازندگان در احداث بنا دانست.

بررسی‌های انجام شده پس از وقوع زلزله سال ۱۹۹۹ در منطقه مرمره ترکیه که ساختمان‌های زیادی تخریب و هزاران نفر به دلیل آوار ناشی از تخریب ساختمان‌ها کشته شدند نیز نشان داد که عدم رعایت ضوابط ساخت و ساز و بروز تخلفات ساختمانی، نقش عمده‌ای در افزایش آسیب‌های ناشی از زلزله داشته است. تحقیق انجام شده مؤید آن است که حدود ۶۵ درصد از ساختمان‌های استانبول به صورت غیرقانونی و بدون نظارت کافی ساخته شده که همین امر در بروز فجایع پس از زلزله نقش عمده‌ای داشته است (گرین، ۲۰۰۵، ۵۳۰).

یکی از پژوهشگران ترکیه در خصوص آثار زلزله مرمره اظهار داشته است: «اگر ما ساختمان‌های مناسبی داشتیم، شاید فقط ۲۰۰ - ۳۰۰ نفر می‌مردند و نه هزاران نفری که ما دیده‌ایم» (گرین، ۲۰۰۵، ۵۳۵). یافته‌های گروه‌های تحقیقاتی بین‌المللی که زلزله مرمره را بررسی کرده‌اند نیز نشان داده که تخریب انجام شده، به فقدان مهندسی، فقدان بازرسی تضمین کیفیت و اهمال دولتی مرتبط است؛ کما اینکه خسارات سنگین ایجاد شده در مناطق آداپازاری، از میت و یالوا را ناشی از شرایط خاک، سیمان بی‌کیفیت استفاده شده، نزدیکی سازه‌های ساختمانی به ساحل خلیج از میت و نیز مهندسی ضعیف در احداث پایه‌ها دانسته‌اند (گرین، ۲۰۰۵، ۵۳۶).

بررسی میزان آسیب‌ها و صدمات جسمانی ناشی از زلزله در ایران نیز نشان داده که درصد بالایی از صدمات، از وضعیت نامطلوب برنامه‌ریزی و طراحی شهری، وضعیت بد استقرار ساختمان‌ها، کاربری نامناسب زمین‌های شهری، شبکه ارتباطی ناکارآمد شهری، بافت فشرده شهری و تراکم‌های بالا در مکان‌های نامناسب، تأسیسات زیربنایی فرسوده و نامناسب، اندک بودن فضاهای باز شهری و توزیع نامناسب آن‌ها در سطح شهر و مواردی از این قبیل ناشی گردیده که در افزایش آسیب‌های وارد شده به دلیل وقوع زلزله مؤثر است (احمدی، ۱۳۷۶، ۶۴).

با توجه به ارتباط تنگاتنگ میان میزان خسارت‌ها با حجم و تعداد ساخت و سازها و نیز میزان تخلفات ساختمانی، بسیاری از محققین عقیده دارند که اگر امروزه زلزله‌ای در مقیاس بزرگ اتفاق افتد، خسارت‌های آن، چند برابر دهه‌های پیش خواهد بود (زنگی آبادی و دیگران، ۱۳۸۹، ۶) که تجربه حاصل از چند زلزله اخیر در ایران نیز این نظریه را تأیید می‌کند؛ برای نمونه پس از وقوع زلزله سال ۱۳۹۶ کرمانشاه که به مرگ بیش از ۶۰۰ نفر و جراحت هزاران نفر دیگر منتهی گردید، ساخت و سازهای غیر استاندارد و همراه با تخلفات ساختمانی، از علل عمده افزایش آسیب‌های ناشی از زلزله دانسته شد. در همین ارتباط معاون اول وقت ریاست جمهوری میزان تخریب بنا و خسارت ناشی از زلزله در مسکن مهر کرمانشاه را به مراتب بیش از سایر ساختمان‌های جدیداً ساخته شده دانست؛ متعاقباً نیز سازمان نظام مهندسی غیر استاندارد بودن برخی از پروژه‌های مسکن مهر و خسارات ناشی از آن را تأیید کرد.^۱

۲-۱. آسیب‌های ناشی از تخلف در نوع بهره‌برداری از مستحذات

تخلف در نوع بهره‌برداری از ساختمان‌های احداث شده نیز از جمله علل مؤثر در وقوع حوادثی است که به مرگ و آسیب‌های جسمانی و مالی به شهروندان منتهی می‌گردد که حوادث ساختمان پلاسکو در سال ۱۳۹۵ و سینا اطهر در سال ۱۳۹۹ از جمله مصادیق آن است.

گزارش ملی پلاسکو، فروری پلاسکو را نمادی از همه نا کارآمدی‌ها، قصورها و کاستی‌هایی می‌داند که به مدت چندین دهه بر یکدیگر انباشته شده و در اصل، پلاسکو در زیر بار سنگین انباشت‌های آن‌ها فروریخت. گزارش مذکور، نشان می‌دهد که خلأ قوانین و رویه‌های حقوقی مناسب و در کنار آن سهل‌انگاری گسترده سنتی در تفسیر و اجرای قانون و رویه شدن آن‌ها چگونه حادثه پلاسکو را تسهیل کرده است (هیأت ویژه گزارش ملی بررسی حادثه و ساختمان پلاسکو، ۱۳۹۷، ۵). در شهر تهران نیز از حدود ۱۰۰۰ برج نا ایمن، ۱۷۵ برج خطرناک گزارش شده^۲ که متعاقباً نیز علی‌رغم تأیید و تکذیب‌های

۱. ر.ک: <https://donya-e-eqtasad.com/3315127> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵

۲. ر.ک: <https://www.eghtesadnews.com/465258> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵

مکرر، لیست ۱۲۹ ساختمان نا ایمن منتشر شد که بسیاری از آن‌ها ساختمان‌های اداری و تجاری مهم تهران بودند.^۱

پس از حادثه پلاسکو، شامگاه سه شنبه ۱۰ تیرماه ۱۳۹۹ خبر انفجار مهیب در ساختمان موسوم به کلینیک سینا اطهر در فضای رسانه‌ای کشور منتشر شد. در نتیجه، انفجار مذکور که در نتیجه بهره برداری کلینیک پزشکی در ساختمان مسکونی بوده، تعداد ۱۹ نفر از کارکنان و مراجعه کنندگان به این مرکز پزشکی جان خود را از دست دادند و تعداد دیگری نیز مصدوم شدند.^۲

۳-۱. آسیب‌های ناشی از احداث بناهای نا ایمن در مسیر سیل

یکی دیگر از عوامل آسیب‌زا به شهر و شهروندان، وقوع سیل و آسیب‌های ناشی از آن است. سیل به علت تجمع سریع و انتشار آب رودخانه از بالا دست به پایین دست اتفاق می‌افتد که توسط بارش بسیار سنگین به وجود می‌آید (اسماعیلی علویجه و دیگران، ۱۳۹۹، ۳۵۱). سیلاب از جمله بلایای طبیعی شناخته شده است که بر اساس گزارش پایگاه داده بین‌المللی مخاطرات در زمینه بلایای طبیعی، در کنار زلزله و خشکسالی بالاترین رتبه را از لحاظ خسارات مالی و جانی به همراه دارد. حداقل یک سوم از همه ضرر و زیان‌های ناشی از نیروهای طبیعی را می‌توان به جاری شدن سیل نسبت داد (قهرودی تالی و دیگران، ۱۳۹۵، ۲۲).

آسیب‌ها و خسارات ناشی از سیل را به خسارات مستقیم و غیرمستقیم تقسیم کرده‌اند. خسارت مستقیم به دلیل تماس فیزیکی آب سیل با انسان، اموال و یا اشیاء دیگر به وجود آمده و خسارت غیر مستقیم توسط یک سیل ناشی از فضا یا زمان خارج از رویداد واقعی روی می‌دهد که شامل اختلال در ترافیک، تجارت یا خدمات عمومی است (اسماعیلی علویجه و دیگران، ۱۳۹۹، ۳۵۱).

با رشد سریع شهرسازی، سیلاب در نواحی شهری بیشتر و شدیدتر شده است؛ برای نمونه، بر اساس مطالعات انجام شده در خصوص سیل در تهران، تعداد حوادث سیل در شهر تهران طی چهار دهه (۱۳۳۱ - ۱۳۷۰) رو به افزایش بوده است. در دهه نخست ۱۲ مورد، در دهه دوم ۱۵ مورد، در دهه سوم ۳۳ مورد و در آخرین دهه ۵۴ مورد بوده است (قهرودی تالی و دیگران، ۱۳۹۵، ۲۳).

تحقیق انجام شده در شهر ماکو نیز نشان می‌دهد به علت نبود فضای مناسب برای ساخت و ساز، توسعه فیزیکی شهر بر روی مسیل‌های قدیمی صورت گرفته است. این امر سبب شده که هنگام وقوع بارندگی، سیل وارد بافت کالبدی شهر شده و خسارت‌های زیادی به بار آور؛ برای مثال، در ۱۷ مرداد ماه ۱۳۷۸، در نتیجه یک بارش رگباری با شدت ۲۰ میلی متر در ۱۰ دقیقه، سیلی جاری شد که باعث

۱. ر.ک: <https://www.irannewspaper.ir/newspaper/item/615068> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵

۲. ر.ک: <https://www.isna.ir/news/99041108888> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

ایجاد خسارت بر ۳۵۰ واحد مسکونی، ۷۰۰ دستگاه خودرو، ۵۸ واحد صنفی، آب‌گرفتگی واحدهای مسکونی ۱۵۰ خانوار و تخریب کلی ۲۲ واحد مسکونی شد. در این جریان ۸۲ نفر مصدوم شده و ۴ نفر نیز جان خود را از دست دادند (احمدزاده و دیگران، ۱۳۹۴، ۳).

تحقیق انجام شده در سال ۱۳۹۴ در منطقه ۲۲ تهران نشان داده بود که تصرفات در حوزه آبریز و نیز پل‌های غیراستاندارد احداث شده در مسیر رودخانه کن، می‌تواند باعث بیرون زدگی سیل از بستر رودخانه شود. همچنین ممکن است ساخت و سازهای غیر مجاز و بی‌رویه در حریم رودخانه‌های کن و وردآورد، باعث تجمع آب و رها سازی یک باره آن در منطقه شده و ایجاد سیلاب می‌شود. در ادامه همین تحقیق آمده بود: بنابر این، اگر ساخت و سازهای غیرمجاز، غیراستاندارد در بستر و حریم رودخانه و همچنین افزایش جمعیت در منطقه ادامه یابد، می‌توان نتیجه گرفت احتمال آسیب پذیری برابر سیل در منطقه ۲۲ تهران می‌تواند زیاد باشد (اسماعیلی علویچه و دیگران، ۱۳۹۹، ۳۵۹)؛ متعاقباً در سال ۱۴۰۱ پیش بینی مذکور به وقوع پیوسته و سیل مخربی در مسیر رودخانه کن و امامزاده داوود به وجود آمد به گفته استاندار تهران ۴۴ نفر جان خویش را ازدست‌داده و حدود ۴۰۰۰ میلیارد تومان نیز خسارت وارد شد.^۱ در همین ارتباط، رئیس پژوهشگاه هواشناسی و علوم جو کشور، مهمترین علت وقوع حادثه را تعرض به حریم رودخانه و ساخت و سازهای غیر مجاز اعلام نمود که باعث تغییر در عرض بستر رودخانه گردیده است.^۲

۴-۱. آسیب‌های ناشی از حاشیه نشینی

حاشیه نشینی که از آن به اسکان غیر رسمی نیز تعبیر می‌گردد معمولاً ساخت و سازهایی را شامل می‌شود که در اراضی قولنامه‌ای و یا در اراضی تصرفی متعلق به ثالث، به طور غیر قانونی و با تخلف از مقررات ساخت و ساز احداث گردیده است (احمدیان، ۱۳۸۲، ۲۷۸).

در کشور ما اسکان غیررسمی با رشدی سریع‌تر از رشد شهرنشینی به صورت رسمی مواجه بوده و بر اساس برخی برآوردها حدود یک پنجم جمعیت شهرها در مناطق حاشیه‌ای ساکن هستند. اسکان غیر رسمی یکی از جلوه‌های فقر شهری بوده که به شکلی خودرو، فاقد مجوز ساختمان و برنامه رسمی شهرسازی و با تجمعی از اقشار کم درآمد و سطح نازلی از کمیت یا کیفیت زندگی شکل می‌گیرد (صرافی، ۱۳۸۱، ۵).

حاشیه نشینی با آسیب پیوند مستقیم داشته و نوعی از آن را در حاشیه شهرها به ویژه کلان شهرها می‌توان دید. در چنین مناطقی به سبب از بین رفتن ارزش‌های انسانی، ناهنجاری‌های اجتماعی به سرعت

۱. ر.ک: <https://www.isna.ir/news/1401051914133> تاریخ مشاهده ۱۴۰۱/۷/۶

۲. ر.ک: <https://www.tasnimnews.com/fa/news/140/05/28/2760137> تاریخ مشاهده ۱۴۰۱/۷/۶

رشد می‌کنند و اعمالی چون: دزدی، اعتیاد، قاچاق، فحشا و مانند آن‌ها در آنجا بیش از بافت اصلی شهری دیده می‌شود (امیری و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۲۴).

علاوه بر آسیب‌های فرهنگی، همچون: ناامنی و ناایمنی محیط اجتماعی و نیز فساد اجتماعی ناشی از فقر و بیکاری که به اعتیاد و فحشا منتهی می‌گردد، مسکن سازی شتاب‌زده توسط استفاده کنندگان از آن‌ها که عمدتاً به دلیل نداشتن پروانه ساختمانی و تبعیت نکردن از برنامه ریزی شهری به احداث مجموعه‌ای نابسامان با واحدهای مسکونی فرسوده و رو به ویرانی اقدام می‌کنند، کیفیت پائین زندگی و کمبود شدید خدمات و زیربنای شهری و تراکم بالای جمعیتی، بالا بودن مخاطرات طبیعی و زیست محیطی برای ساکنین این قبیل از سکونتگاه‌ها، محدودیت و نارسایی معابر و شبکه‌های ارتباطی، فشردگی بافت و کمبود دسترسی‌های مناسب و نیز کمبود فضاهای باز و سبز عمومی و خصوصی و همچنین بی‌نظمی در تفکیک قطعات تصرف شده، از جمله ویژگی‌های بناهای احداثی در حاشیه شهرها بوده که به بی‌نظمی در زندگی ساکنین منجر شده و آسیب‌های روانی و روحی فراوانی را به آن‌ها تحمیل کرده است (رحیمی، ۱۳۹۴، ۴۹).

احداث مسکن با مصالح غیر مقاوم با سطح اشغال و تراکم بالا در این مناطق از جمله عواملی است که می‌تواند در صورت وقوع حوادث طبیعی به مرگ و جراحت بسیاری از ساکنین منتهی گردد. ضعف شدید در خدمات زیستی همچون مراکز آموزشی، بهداشتی و درمانی و زیرساخت‌های شهری، همچون: آب، برق و گاز و تأمین آن‌ها به صورت غیررسمی که مستلزم پذیرش خطرات و آسیب‌های جسمی و روانی است، از دیگر نتایج اسکان غیررسمی است (شیخی، ۱۳۸۹، ۸۲).

ساخت بنا در اراضی مسأله‌دار حاشیه شهرها، همچون: اراضی داخل مسیل‌ها و کال‌ها، زیر دکل‌های برق فشارقوی و امثال ذلک و نیز کمبود زیرساخت‌ها برای دفع فاضلاب و در نتیجه، جاری شدن فاضلاب‌ها و دفع سطحی آن‌ها سبب ایجاد انواع بیماری‌ها و آلودگی‌های بصری، بویایی و پوستی و نیز بیماری‌هایی همچون بیماری سرطان، بیماری‌های عصبی و روانی ناشی از آن گردیده است (شیخی، ۱۳۸۹، ۸۳).

از سوی دیگر، به دلیل نبود بهداشت، سطح بیماری، میان حاشیه نشینان زیاد بوده و چون این افراد همواره در مراکز شهری در حال تردد هستند، بیماری‌ها را به سایرین نیز منتقل می‌کنند. به طور کلی باید گفت: منشأ اصلی بسیاری از اتفاقاتی که در سطح شهر رخ می‌دهد، در مناطق حاشیه‌ای است (رحیمی و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۶۶)؛ به عبارت دیگر حاشیه نشینی، از یک سو سبب ورود آسیب مستقیم به حاشیه نشینان شده و از سوی دیگر با تردد حاشیه نشینان در سطح شهر، آسیب‌های مذکور به طور غیر مستقیم به تمام شهرنشینان انتقال یافته و آن‌ها نیز از این پدیده متأثر می‌گردند.

۵-۱. آسیب ناشی از آلودگی هوا به سبب توسعه عمودی شهرها

آلودگی هوا، یکی از عوامل افزایش مرگ و میر زودرس مردم، در سراسر جهان شناخته شده است. سازمان جهانی بهداشت، در آخرین آمار خود اعلام کرده است که آلودگی هوا سالانه جان هفت میلیون نفر را در سراسر جهان می‌گیرد و از هر ۱۰ نفر، ۹ نفر هوایی را تنفس می‌کنند که حاوی مقادیر بیش از حد مجاز آلاینده‌ها است. آلودگی هوا، در سرما، به دلیل پدیده وارونگی تشدید می‌شود که در این شرایط سالمندان، زنان باردار، کودکان و بیماران، قشر آسیب پذیرتر محسوب می‌شوند.^۱ مواجهه مداوم مردم با ذرات معلق آلاینده باعث مرگ حدود ۴۱ هزار و ۷۰۰ نفر در کل ایران گردیده است.^۲

اگرچه جریان هوا و وزش باد، یکی از مهمترین و طبیعی‌ترین علل کاهش آلودگی هوا و پراکنده ساختن دود و غبار ناشی از عوامل آلاینده به شمار می‌آید (زینالی و دیگران، ۱۳۹۶، ۱۸۸)، تحقیقات زیست محیطی در شهرهای بزرگ نشان داده است که وجود ساختمان‌ها و سازه‌های بلند، از حرکت هوای شهر جلوگیری کرده و وزش باد در شهرها کمتر از مناطق غیرشهری است (زینالی و دیگران، ۱۳۹۶، ۱۸۸)؛ به عبارت دیگر، بلند مرتبه سازی در مسیر جریان باد، به ویژه جریان‌هایی که نقشی مهم و مؤثر در تهویه بافت از آلودگی‌های ایجاد شده در محیط شهری دارند، همراه با اثرات نامطلوب محیطی، از جمله علل تشدید آلودگی هوا خواهد بود (زینالی و دیگران، ۱۳۹۶، ۱۸۹)؛ بنابراین، در صورت عدم رعایت محاسبات راجع به مسیر باد غالب و نیز نحوه قرارگیری برج‌ها در مسیر باد مذکور، افزایش احداث برج‌ها و ساختمان‌های بلند مرتبه می‌تواند به آلودگی هوای شهرها منتهی شده که آلودگی مذکور به نوبه خویش عامل مرگ زودرس هزاران تن از ساکنان شهرها خواهد بود.

نتایج تحقیق انجام شده در خصوص نقش بناهای احداثی در آلودگی شهر تهران نشان می‌دهد گسترش ساخت و سازه‌ها و بلند مرتبه سازی در آن شهر (با لحاظ وضعیت جغرافیایی شهر که مانند یک کاسه بوده و فقط از طرف غرب شهر امکان وزش باد و تخلیه آلودگی‌ها وجود دارد)، سبب گردیده که در سال‌های گذشته، کریدور جریان هوای منطقه مسدود گردد (صالحی و دیگران، ۱۳۹۵، ۶۹). مسدود شدن کریدور هوای شهری عاملی مؤثر برای افزایش آلودگی هوای تهران بوده که افزایش مرگ و میرهای ناشی از آلودگی هوا از نتایج این آلودگی است. در واقع، تحقیقات مذکور، مؤید آن است که عدم توجه به تأثیرات زیست محیطی طرح‌های توسعه و نیز تخلف اجزای ساختار شهر در فروش تراکم و همچنین تخلف سازندگان در احداث بناهای غیر مجاز، سبب مسدود گردیدن مسیرهای خروج هوا، محصور ماندن هوای آلوده در محیط شهر و در نتیجه افزایش آلودگی هوای تهران گردیده است.

۱. ر.ک: <https://www.irna.ir/news/84178509> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۴/۱۵

۲. ر.ک: <https://www.aa.com.tr/fa/2113003> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۴/۱۵

در تحقیق مذکور، برای جبران اثرات برج سازی در آن منطقه و رفع انسداد مسیر هوا، حذف برخی از برج‌ها در مجتمع‌های دارای چند ساختمان بلند مرتبه را پیشنهاد کرده و اظهار گردیده: در مجتمع‌هایی با ترکیب چند ساختمان بلند مرتبه، مانند آنچه در پهنه این سه مطالعه نمایش داده شده، با حذف یک ساختمان بلند در مسیر جریان هوا موجب تقویت اثر بخشی تهویه باد شهری و تعدیل سرعت باد در فضای باز مرکزی مجتمع شود (صالحی و دیگران، ۱۳۹۵، ۷۷).

تحقیق انجام شده راجع به ساختمان‌های احداث شده در منطقه الهیه تهران نیز حاکی از قرار گرفتن آن‌ها برابر باد غالب منطقه بوده که مانع تهویه آلودگی در بافت می‌گردد؛ علاوه بر آنکه بلوک‌های ساختمانی، موانعی برابر وزش باد محسوب شده و از سرعت جریان‌ات می‌کاهند (زینالی و دیگران، ۱۳۹۶، ۲۰۱)؛ بنابراین، احداث ساختمان‌های بلند مرتبه که می‌تواند ناشی از طرح مصوب، فروش تراکم و نیز تخلفات ساختمانی در آن منطقه باشد، به پایین‌تر بودن سرعت باد و آلودگی بیشتر منطقه مذکور خصوصاً در فصول سرد سال منتهی شده که همین امر به افزایش مرگ‌های ناشی از آلودگی هوا منتهی می‌گردد.

۱-۶. سایر آسیب‌ها

هرچند در گذشته توانایی فنی و مهندسی برای احداث ساختمان‌های بلند مرتبه و برج وجود نداشته است، لیکن سوابق تاریخی نشان می‌دهد که ایجاد محدودیت در ارتفاع ساختمان‌ها از حیث ضرورت عدم اشرف بر خانه‌های مردم همواره مورد توجه قرار داشته است؛ برای نمونه، در کتاب «احکام السلطانیه» ابوالحسن ماوردی (در گذشته به سال ۴۵۸ قمری)، به منع اشرف بر خانه‌های مردم در احداث بنا تأکید کرده است (کاشانی، ۱۳۹۱، ۱۱).

افزایش بلند مرتبه سازی موجب اشرف ساختمان‌های با ارتفاع بیشتر بر ساختمان‌های مجاور و در نتیجه، نقض حریمیت یا حریم خصوصی شده و سبب ورود آسیب روحی و روانی به مجاوران با ارتفاع پایین‌تر می‌گردد (رکن الدینی، شریف یزدی، ۱۳۹۸، ۸۷).

تحقیق انجام شده راجع به احداث ساختمان‌های بلند مرتبه در بافت قدیمی شهرها نیز نشان دهنده بروز اختلاف، منازعه و درگیری میان همسایگان است؛ برای نمونه در تحقیق انجام شده در پنج واحد ساختمانی از این دست، بدون استثناء همسایگان پیرامون، اعتراض داشتند و در همه موارد، کار به طرح دعوی و شکایت کشیده شده (حسین زاده دلیر، ۱۳۹۰، ۸) که درگیری و شکایات مذکور مؤید ورود آسیب روحی و روانی ناشی از احداث ساختمان‌های بلند مرتبه در بافت مذکور است.

کمبود فضاهای خدمات عمومی (آموزشی، بهداشتی، فضای سبز و ...) در اثر افزایش تراکم انسانی در سطح محله و منطقه (فرهودی، محمدی، ۱۳۸۰، ۷۹) و نیز محدودیت فضایی ساختمان‌های بلند،

عاملی عمده در بروز فشارهای عصبی و روانی بوده که آثار روانی نا مطلوب آن دامن‌گیر ساکنین ساختمان‌های بلند و نیز ساکنین پیرامون آن‌ها می‌گردد (حسین زاده دلیر، ۱۳۹۰، ۱۰).

احداث ساختمان‌های بلند مرتبه در مکان‌های نامناسب سبب افزایش شدید جمعیت و ایجاد پیامدهای نا مطلوب، مانند هجوم وسایل نقلیه موتوری نیز گردیده است (فردوسی و دیگران، ۱۳۹۵، ۱۴). افزایش تردد وسایل نقلیه مذکور، علاوه بر افزایش میزان سروصدا، باعث افزایش حجم ترافیک منطقه شده که این امر، به نوبه خویش، بر حجم آلودگی شهرها افزوده است. تراکم خودرو و آلودگی ناشی از آن، در نتیجه احداث ساختمان‌های بلند، احتمال ابتلاء و تشدید بیماری‌هایی چون سگته، آسم، اختلالات بینایی و آسیب‌دیدگی قدرت شنوایی را افزایش می‌دهد؛ کما اینکه افزایش تراکم جمعیت و خودرو ناشی از بلند مرتبه سازی ارتباطی مستقیم با افزایش تصادفات و مرگ و میر ناشی از آن دارد (حسین زاده دلیر، ۱۳۹۰، ۹).

با افزایش تراکم جمعیتی ناشی از بلند مرتبه سازی، تأسیسات شهری مرتبط اعم از آب آشامیدنی، زباله و نیز فاضلاب شهری تحت تأثیر جدی قرار می‌گیرند. مطابق بررسی‌های میدانی انجام‌شده، آب آشامیدنی کلیه برج‌ها از شبکه آب شهری تأمین می‌گردد. با توجه به ظرفیت محدود شبکه آب شرب شهری، فرسوده بودن شبکه مذکور، وجود برج‌ها به مشکلات موجود دامن زده و مردم شهر را با مشکلاتی همچون قطع آب مواجه خواهد ساخت (عزیزی، ۱۳۷۷، ۴۰). افت فشار و قطعی مکرر آب، از یک سو، سبب آسیب‌های جسمانی ناشی از عوارض بهداشتی کاهش دسترسی به آب سالم شده و از سوی دیگر، می‌تواند سبب ایجاد فشارها و آسیب‌های روانی ناشی از محرومیت شهروندان از آب سالم و بهداشتی گردد.

۲. عوامل ساختاری آسیب‌زا در نظام شهرسازی

در یک تقسیم بندی مبتنی بر ساختار، برخی از مهمترین علل بروز آسیب را می‌توان علل ساختاری زیر دانست:

۱-۲. تعارض منافع سازمانی و دوگانگی ساختاری تخریب و جریمه

ساختار مالی شهرداری‌ها و اتکای آن‌ها به درآمدهای حاصل از ساخت و ساز، سبب ایجاد انواع مختلفی از تعارض منافع در نظام شهرسازی و مدیریت شهری و در نتیجه، نادیده گرفتن و یا چشم‌پوشی بر تخلفات و جرائم حوزه شهرسازی گردیده است؛ به عبارت دیگر، قرار گرفتن ساختار شهرسازی در دو راهی مقابله با تخلفات و جرائم حوزه شهرسازی و یا کسب درآمد از محل وقوع تخلف و بزه، در عمل سبب چشم‌پوشی بر تخلف و بزه شده که این امر، به نوبه خویش، سبب بروز حوادث و فجایعی در

ساختمان‌های احداثی و یا در حال احداث گردیده و به مرگ و جراحت صدها و بلکه هزاران تن از شهروندان منجر شده است.

تا کنون، تعاریف متعددی از تعارض منافع ارائه شده است (نصیری، شادمانی، ۱۳۹۹، ۸). سازمان همکاری و توسعه اقتصاد OECD^۱ در گزارش سال ۲۰۰۳ خویش، در خصوص مدیریت تعارض منافع در حوزه عمومی،^۲ ضمن تأکید بر ضرورت ارائه تعریف ساده و کاربردی، تضاد (تعارض) منافع را تضاد بین وظیفه عمومی و منافع شخصی مقام دولتی دانسته است؛ به نحوی که منافع شخصی مقام دولتی بر عملکرد و پاسخگویی وی تأثیر ناروا داشته باشد (گزارش سازمان همکاری و توسعه اقتصاد، ۲۰۰۳، ۲۴)؛ به عبارت دیگر، تعارض منافع، مجموعه شرایطی است که موجب می‌شود تصمیمات و اقدامات حرفه‌ای شخص تحت تأثیر منفعتی ثانویه قرار گیرد. در این شرایط معمولاً شخص در موقعیتی قرار می‌گیرد که می‌تواند میان منفعت عمومی و یا منفعت شخصی یکی را انتخاب نماید (محقق داماد، درویش زاده، ۱۴۰۰، ۱۳۳).

تعارض منافع را در نظام اداری ایران، به تعارض منافع فرد محور و تعارض منافع سازمان محور تقسیم کرده‌اند. در تعارض منافع سازمان محور، به علت ویژگی‌های مرتبط با ساختار سازمانی، منافع سازمان در تعارض با منافع عمومی در مجموعه حاکمیت قرار می‌گیرد (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، ۶). در این نوع از تعارض منافع، سازمان‌های اداری و نهادهای عمومی، به لحاظ ساختاری که سازمان در آن قرار گرفته است، در دو راهی میان نفع سازمانی یا منافع عمومی، به دلایلی، منافع عمومی را قربانی اهداف و منافع کوتاه مدت سازمان خود می‌کنند (محقق داماد و درویش زاده، ۱۴۰۱، ۱۱)؛ برای مثال، سازمانی که درآمدهایش با وظایفش در تعارض است، همواره در جایگاه تعارض منافع قرار دارد (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، ۶).

یکی از مصادیق این نوع از تعارض منافع را می‌توان تعارض میان وظایف شهرداری در پیشگیری و مقابله با تخلفات و جرائم حوزه شهرسازی با وظیفه و اختیار شهرداری در کسب درآمد از محل جریمه ناشی از تخلفات و نیز فروش تراکم و کاربری توسط شهرداری‌ها دانست. در تمام سال‌های پس از خودگردانی شهرداری‌ها عمده‌ترین منبع درآمدی برای مدیریت و نگهداری شهرها، از محل تخلفات و جریمه‌هایی تأمین شده است که زندگی شهروندان را به شکل جدی مختل کرده است؛ از سوی دیگر، برای مالکی که بخواهد ضوابط شهرداری (مساحت اشغال شده، ارتفاع، تعداد طبقات و...) را زیر پا بگذارد، این جریمه، نه تنها کارکرد بازدارندگی ندارد، بلکه با پرداخت جریمه، شخص متخلف می‌تواند از سود حاصل از این نوع ساخت و ساز منتفع شود. بر این اساس، تخطی سازنده و مالک از ضوابط

^۱. The Organization for Economic Co-operation and Development.

^۲. Managing Conflict of Interest in the Public Service.

شهرداری هم برای شخص مالک و هم برای شهرداری‌ها متضمن سود کلانی است،^۱ لیکن از منظر منافع عمومی، تعارض منافع مذکور به تخریب فضاهای شهری منجر شده است. کوچه‌های باریک با انبوه ساختمان‌های بلند که همسایگان مدام بر سر جای پارک و دیگر مسائل با یکدیگر درگیر می‌شوند، منظره آشنایی برای ساکنان بسیاری از کلان‌شهرهای کشور است. یکی از علل عمده این نابسامانی در فضای شهری را می‌توان ساختار متعارضی دانست که شهرداری‌ها در آن قرار گرفته و ناگزیر هستند که از خطای متخلفان در ازای کسب درآمد برای شهرداری چشم‌پوشی کنند. این موقعیت متعارض سبب می‌شود این سازمان برای کسب درآمد، اقدامی خلاف منافع عمومی شهروندان انجام دهد و از سوی دیگر با درآمد نهفته در این تخلف برای شهرداری، افراد را به سمت انجام این تخلف سوق می‌دهد.^۲

کسب درآمد از محل تخلفات ساختمانی که یکی از عوامل اصلی چشم‌پوشی شهرداری بر تخلفات است، تعارض منافی از نوع تعارض منافع و وظیفه درآمد را برای شهرداری‌ها ایجاد کرده است (محقق داماد، درویش زاده، ۱۴۰۱، ۱۰). این وضعیت متعارض که نتیجه سیاست‌گذاری‌های نادرست و عدم تعیین منابع درآمدی پایدار برای شهرداری‌ها است، باعث سوق دادن شهرداری‌ها به سمت منابع ناپایدار که تهدیدکننده منافع شهروندان و سبب ورود آسیب‌های جسمی و روانی به آنان بوده گردیده است. تحقیقات انجام شده در شهرهای سراسر کشور نشان می‌دهد که عموم شهرداری‌ها، به تصویب ردیف بودجه خاصی برای درآمد ناشی از تخلفات ساختمانی اقدام کرده‌اند و در حال حاضر، ردیف بودجه راجع به تخلفات، درصد قابل توجهی از بودجه شهرداری‌های کشور و خصوصاً شهرداری کلان‌شهرها را تشکیل می‌دهد (محمدی ده چشمه، سعیدی، ۱۳۹۳، ۱۵۸)؛ کما اینکه تحقیقات انجام شده نشان می‌دهد که نزدیک به ۷۵ درصد از آرای کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری‌های سراسر کشور رأی بر جریمه بوده که درصد زیادی از بودجه شهرداری را تشکیل داده و هر سال نیز به درصد مذکور افزوده می‌شود (محمدی ده چشمه، سعیدی، ۱۳۹۳، ۱۵۲).

نتایج بررسی‌های کارشناسی کمیسیون شهرداری و معماری شورای اسلامی شهر تهران^۳ و نیز گزارش مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، یکی از مشکلات اصلی تخلفات و ناهنجاری‌ها در بخش شهرداری را اختیارات کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری‌ها در اخذ جریمه دانسته‌اند. مطابق گزارش مرکز مذکور، کمیسیون‌های ماده صد، به جای انجام وظیفه خود، در جلوگیری از بروز تخلفات در ساخت و سازهای شهری و تضمین رعایت مقررات شهرداری، با اخذ جریمه‌های مالی از تخلفات چشم‌پوشی کرده و در عوض، به درآمد شهرداری‌ها می‌افزایند.^۴

۱. ر.ک: <https://iran-bssc.ir/research-fields/conflict-of-interests/6569> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۲۰

۲. ر.ک: <https://iran-bssc.ir/research-fields/conflict-of-interests/6569> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۲۰

۳. ر.ک: <https://shoratehran.ir/news/18886> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۲۰

۴. ر.ک: <https://www.isna.ir/news/9902130915> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۲۱

با مجاز شناخته شدن جریمه به جای تخریب بنا، شرایطی ایجاد گردیده که رأی جریمه، به یکی از آراء رایج در رابطه با بسیاری از تخلفات ساختمانی تبدیل شده و مدیریت شهری نیز از محل تخلفات ساختمانی کسب درآمد می‌کند. مجموع شرایط فوق سبب گسترش و رواج تخلفات ساختمانی و در نتیجه، ایجاد و ابقای بناهایی شده که علاوه بر فقدان ایمنی کافی، به دلیل عدم رعایت کاربری مصوب، عدم رعایت ارتفاع مناسب، پیشروی نامناسب و غیره موجب ورود آسیب جسمی و حتی روانی به شهروندان گردیده است.

در کشور ترکیه نیز شرایط تقریباً مشابهی حاکم بوده که در نتیجه این ساختار معیّب، صدمات جسمانی و مالی ناشی از زلزله‌های ترکیه بسیار زیاد گردیده است. در تحقیق انجام شده راجع به زلزله ترکیه، یکی از سازندگان اظهار کرده: «سیستم به این صورت عمل می‌کند که شما می‌توانید ساختمان را در قطعه زمینی بسازید که برای آن، مجوز ندارید و اگر مبلغ مناسبی به شهرداری پرداخت کنید، آن‌ها نظارتی بر احداث بنا ندارند؛ اما اگر کسی شکایت کند، شهرداری موظف به بررسی موضوع است و ممکن است شما به عنوان مالک، با مشکل مواجه شوید؛ البته، برخی اوقات می‌توانید با پرداخت پول به شاکی، مشکل را حل کنید» (گرین، ۲۰۰۵، ۵۳۳).

یکی دیگر از دلایل تخلفات ساختمانی در ترکیه که به افزایش صدمات ناشی از زلزله منتهی شده، آن است که دولت، بخشش‌های ساختمان سازی دوره‌ای فراهم کرده که در عمل، اجازه معافیت قانونی درازای پرداخت وجه به سازه‌هایی می‌دهد که گواهینامه‌های امنیتی لازم را ندارند. این گواهینامه‌ها از دهه ۱۹۶۰ تصویب شده‌اند و آخرین مورد آن، مربوط به سال ۲۰۱۸ بوده که حدود ۷۵ هزار ساختمان در منطقه زلزله زده جنوب ترکیه، از این گونه بخشش‌های ساختمان سازی برخوردار شده‌اند. در گزارش تهیه شده پس از وقوع زلزله مرگبار در استان غربی ازبیر در سال ۲۰۲۰ معلوم شد که ۶۷۲ هزار ساختمان در ازبیر از تازه‌ترین بخشش‌ها برخوردار شده بودند. علیرغم آنکه منتقدان مدت‌ها است که هشدار می‌دهند این نوع بخشش‌ها خطر بروز فاجعه را در شرایط زمین لرزه شدید، ایجاد می‌کند و برخی حتی این گونه بخشش‌ها را در ردیف جنایت دانسته‌اند، چند روز قبل از تازه‌ترین فاجعه زلزله در ۲۰۲۳ که به مرگ حدود ۵۰ هزار نفر منتهی گردید، رسانه‌های ترکیه گزارش داده بودند که یک پیش نویس قانون تازه، منتظر تصویب مجلس است که در آن اجازه بخشش‌های بیشتری برای ساختمان سازی‌های اخیر صادر خواهد شد.^۱

مثال دیگر، راجع به ساختار نا کارآمد در حوزه نظام شهرسازی، وضعیت ساختار شهرسازی در کشور ایتالیا است. در ایتالیا نیز اگرچه برخورد با تخلفات ساختمانی به لحاظ قانونی و بر روی کاغذ بسیار شدید بوده و حتی عدم انجام تکلیف تخریب توسط مالک، به مصادره کل ملک دارای تخلف

۱. ر.ک: <https://www.bbc.com/persian/articles/cd13zpxw2220> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۲/۱۲/۲۵

ساختمانی و انتقال آن به شهرداری محل منتهی می‌گردد، لیکن در عمل استفاده از این اختیار قانونی با مشکلات عدیده مواجه شده و تحقیقات انجام شده نشانگر استفاده محدود شهرداری و دولت از این اختیار قانونی است؛ به گونه‌ای که در طی سال‌های ۲۰۰۴ تا ۲۰۱۸ فقط ۱۹/۶ درصد از کل ۷۱۴۵۰ بنای احداثی دارای تخلف، تخریب گردیده است (چی‌یودلی، ۲۰۱۹، ۵).

یکی از دلایل عدم تخریب مستحذات غیر قانونی و نیز عدم مصادره اموال متخلفین در دهه‌های گذشته در ایتالیا، تصویب مکرر قوانین راجع به عفو و بخشودگی تخلفات ساختمانی و اخذ جریمه به جای تخریب بوده که تکرار این مصوبات به نوعی تشویق متخلفین به ارتکاب تخلف ساختمانی و امید آنان به تصویب قوانین عفو راجع به تخلفات ارتکابی دانسته شده است. در همین خصوص، برای نخستین بار قانون موسوم به عفو ساختمانی^۱ در سال ۱۹۸۵ به تصویب رسیده که طی آن مقرر گردید: ساختمان‌هایی که قبل از اول اکتبر ۱۹۸۳ با ارتکاب تخلف احداث گردیده‌اند، با پرداخت جریمه به شهرداری محل، مشمول عفو شده و تخریب نشوند. هرچند این قانون، به صورت یک قانون استثنایی به تصویب رسیده بود، ولی زود به یکی از ویژگی‌های عادی قوانین ایتالیا تبدیل شد و بارها طی سال‌های ۱۹۹۴، ۲۰۰۳ و ۲۰۱۸ قانون عفو تخلفات ساختمانی به تصویب رسید که از جمله پیامدهای تکرار تصویب قوانین مذکور، تشویق مردم به ساخت و سازهای غیرقانونی بوده و سازندگان امید آن دارند که هر ساختمان غیر قانونی به زودی و با تصویب قانون مجدد راجع به عفو، قانونی خواهد گردید (چی‌یودلی، ۲۰۱۹، ۵).

در ایران نیز برای نخستین بار در بند «ت» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۴۰۲، موضوع تغییر آرای قلع بنا به اخذ جریمه تصویب شد که مشابهت فراوانی به قوانین عفو راجع به تخلفات ساختمانی ایتالیا و نیز بخشش‌های دوره‌ای ترکیه داشته است. مطابق مصوبه مذکور مقرر گردیده که به منظور تعیین تکلیف ساختمان‌هایی که تا پایان سال ۱۴۰۰ بدون پروانه یا مخالف پروانه ساخته شده و به صدور رأی تخریب منتهی گردیده ولیکن شهرداری، آن مستحذات را از نظر اصول سه‌گانه فنی، بهداشتی و شهرسازی تأیید کند، رأی قلع بنا به جریمه تبدیل شده و با پرداخت نقدی جریمه و عوارض متعلقه، رأی کمیسیون ماده صد، کأن لم یکن می‌گردد. کأن لم یکن شدن آرای قلع بنا، نوعی عفو عمومی ساختمانی است و این خطر وجود دارد که سازندگان به امید تصویب قوانین عفو در سال‌های آتی، اقدام به ارتکاب تخلف ساختمانی کرده و این چرخه، در طول سال‌های آتی ادامه یابد. خطر ناشی از این گونه تخلفات، در کشوری که بر روی گسل‌های زلزله قرار دارد، چشم انداز تیره‌ای را برای آینده حیات و سلامت جسمانی شهروندان ترسیم می‌کند.

^۱. Condono edilizio.

۲-۲. ساختار منتهی به تصویب طرح‌های توسعه شهری

از مهمترین علل ساختاری آسیب‌زا در نظام شهرسازی و مدیریت شهری، عدم پاسخگویی مقررات حاکم بر ساخت و ساز و نیز عدم وجود تناسب میان طرح‌های توسعه شهری با نیازهای روز شهرها است. ارائه ضوابط شهرسازی یکسان برای شهرهای مختلف، عدم توجه طرح‌ها و برنامه‌های مصوب به امکانات و شرایط تحقق طرح‌ها و نیز فقدان انعطاف‌پذیری آن‌ها جهت انطباق با شرایط بومی مناطق از جمله نتایج عدم انطباق طرح‌های توسعه شهری با نیازهای روز است؛ کما اینکه ابهام در مصوبات و وجود تفاسیر گوناگون از ضوابط و بخشنامه‌های مرتبط با این گروه از طرح‌ها، از دیگر عوامل مؤثر در وقوع آسیب در این حوزه است (اسمعیل پور و دیگران، ۱۳۹۸، ۲۰).

پژوهش انجام شده در بزرگ‌ترین منطقه مسکونی کشور نایروبی به نام: «بورو بورو» که طبقه متوسط آن کشور در آن سکونت دارند نیز نشان داده است که تضاد مقررات ساختمانی با نیازهای خانوارها، علت عمده نقض قوانین ساخت و ساز در آن منطقه است (اسمعیل پور و دیگران، ۱۳۹۸، ۲۱).

۳-۲. تداخل عملکردی دستگاه‌های دولتی و عمومی

تداخل عملکردی و سازمانی را می‌توان از دیگر معضلات ساختاری نظام شهرسازی دانست. وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت کشور، استانداری‌ها و فرمانداری‌ها، شهرداری‌ها، وزارت دادگستری، وزارت کشاورزی، سازمان حفاظت میراث فرهنگی، وزارت راه و ترابری و وزارت نیرو از جمله دستگاه‌های دولتی و عمومی هستند که هرکدام حسب تکالیف قانونی خود با مسأله تخلفات ساختمانی درگیرند (محمدی ده چشمه، سعیدی، ۱۳۹۳، ۱۵۸).

امکان طرح دعوی در دیوان عدالت اداری و صدور دستور موقت دیوان بر ممنوعیت اجرای آرای ماده صد و اطلاع دادرسی دیوان که بعضاً به نقض آرای ماده صد و اعاده پرونده منتهی می‌گردد، از دیگر عوامل تأخیر در برخورد با تخلفات ساختمانی و حتی عدم تخریب بناهای احداثی ناشی از تخلف بوده که در تشویق متخلفان به ارتکاب ساخت و ساز غیر مجاز مؤثر است (محمدی ده چشمه، سعیدی، ۱۳۹۳، ۱۵۹). تعدد نظام‌های تصمیم‌گیرنده در حوزه شهرسازی و مدیریت شهری، همسو نبودن تفکرات و نیز فقدان هماهنگی بین سازمانی، از جمله عواملی است که بر تشدید تخلفات ساخت و ساز اثرگذار بوده که این امر، به نوبه خویش، سبب بروز حوادث و آسیب‌های ناشی از آن گردیده است.

۴-۲. رویکرد واکنش مدار در مقابله با تخلف ساختمانی

قدر مسلم آن است که اکثر تخلفات ساختمانی و خصوصاً تخلف احداث بنای بدون پروانه، در حاشیه شهرها صورت گرفته و حاشیه نشینان که جزء فقیرترین افراد جامعه هستند در آن‌ها ساکن می‌شوند. تخریب بناهای احداثی این گروه از شهروندان به معنای از میان بردن مسکن و بی‌خانمان شدن ایشان

است. با توجه به عدم وجود مسکن عمومی در کشور، این گروه، برابر تخریب بنا مقاومت کرده و در صورت آماده بودن شرایط و احساس قدرت، با مأمورین شهرداری و نیروی انتظامی هم درگیر خواهند شد.

اخبار مکرر درگیری مأمورین اجرائیات شهرداری و ضرب و جرح آنان توسط سازندگان متخلف، هر از چندگاه منتشر شده^۱ و حتی این برخوردها در موارد متعددی، همچون: مشهد، اسلامشهر، اراک و شیراز، به شورش‌های کور و بی‌هدف شهری منتهی گردیده است. شورش سال ۱۳۷۱ شهر مشهد که از موضوع تخریب بنای غیر مجاز در حاشیه شهر آغاز شده و دامنه آن به تخریب و آتش زدن ساختمان‌های شهرداری، ادارات دولتی، همچون: اداره دارایی و حتی دادگستری رسیده و خسارات هنگفتی را به شهر تحمیل نمود، یکی از مصادیق این‌گونه از شورش‌های شهری است.

هرچند فقدان ساز و کارهای مؤثر پیشگیرانه جهت جلوگیری از احداث بنای غیرمجاز، سبب توسل نظام شهرسازی به راهکار تخریب مستحذات مذکور گردیده است، لیکن از سوی دیگر با توجه به نگرانی شهرداری‌ها و مراجع انتظامی و امنیتی از بروز شورش‌های شهری و تبعات سیاسی و امنیتی ناشی از اجرای آرای تخریب، در عمل امکان اجرای آرای تخریب نیز وجود نداشته و در نتیجه، در حال حاضر صدها هزار رأی تخریب قطعی صادر گردیده که شهرداری‌ها قادر به اجرای آرای موصوف نیستند.^۲

در ایتالیا نیز تحقیقات انجام شده مؤید آن است که یکی از دلایل تصویب مکرر قوانین عفو ساختمانی و اعطای اجازه پرداخت جریمه و ابقای بنای دارای تخلف، نگرانی از بروز شورش‌های شهری است. یکی دیگر از نگرانی‌های شهرداری‌ها تخریب و جبهه شهرداری در رسانه‌ها به اداره‌ای بی‌رحم و ظالم است که در موضوع انتخابات و گرایش مردم به احزاب و کاندیداها تأثیر بسزایی خواهد داشت؛ بنابر این، شهرداری‌ها در ایتالیا، به دلیل عدم امکان تأمین مسکن عمومی برای همه متخلفین، جلب حمایت انتخاباتی ایشان، نگرانی از بروز شورش‌های شهری و ... با متخلفین برخورد نکرده که همین امر عامل تشویق دیگران به انجام تخلفات ساختمانی است (چی یودلی، ۲۰۱۹، ۱۵).

مقایسه نتایج مطالعه تطبیقی میان ایتالیا و ایران از آن حیث قابل تأمل است که تخلفات ساختمانی خصوصاً در شمال ایتالیا با تخلفات ساختمانی در ایران متفاوت بوده و شباهت اندکی میان حاشیه نشینان در ایران با آن کشور که صنعتی و ثروتمند بوده وجود دارد و اینکه در ایتالیا حتی در صورت تخریب بناهای غیرقانونی، شهرداری مکلف به تأمین مسکن برای افراد فقیر و ورشکسته از محل مسکن عمومی است که این امر هزینه اجتماعی برخورد با تخلف ساختمانی را به شدت کاهش می‌دهد.

۱. ر.ک: <https://www.rokna.net/355899> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵

۲. ر.ک: <https://www.mehrnews.com/news/4790210>

۵-۲. فقدان ضابطه مؤثر برای نظارت بر ساختمان‌های در حال بهره‌برداری

پس از صدور پایان کار و بهره‌برداری از ساختمان احداث شده، به غیر از مورد استثنایی مندرج در بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها^۱، شهرداری ابزار مؤثری برای مقابله با تخلف از معیارهای فنی و ایمنی در مرحله بهره‌برداری از ساختمان نداشته و در نتیجه، عملاً، قادر به پیشگیری از حوادثی مثل ساختمان پلاسکو و ساختمان سینا اطهر را که به دلیل نوع بهره‌برداری از آن‌ها به وقوع پیوسته، ندارد.

دامنه شمول ماده ۵۵ به رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک محدود بوده و لذا مشاهده می‌شود که در تمام سال‌های گذشته، علیرغم وجود گزارش‌های متعدد دستگاه‌های ذی‌ربط دایر بر احتمال وقوع حادثه در ساختمان‌هایی همچون پلاسکو و غیره، هیچ‌گونه اقدام عملی در خصوص آن‌ها صورت نگرفته و حوادث پس از آن بروز کرده است؛ کما اینکه در سال‌های اخیر و پس از وقوع حوادثی همچون: پلاسکو و بیمارستان گاندی، وجود هزاران ساختمان مشابه در تهران، مشهد و سایر کلان‌شهرها گزارش شده که نه تنها برخوردی با آن‌ها صورت نگرفته است، بلکه واحدهای مسئول، صرفاً به ارائه آمار اکتفاء کرده‌اند. وجود ساختمان‌های در معرض خطر و عدم مقابله مؤثر با خطر موصوف، مؤید عدم توجه به ساز و کارهای پیشگیرانه در تصویب قوانین و مقررات مرتبط با ساختار شهرداری است.

۶-۲. فقدان بازدارندگی ضمانت اجراهای کیفی

هرچند طرفداران اصل مداخله حداقلی حقوق جزا، با لحاظ شأن و کرامت انسانی و نیز ضرورت استفاده از تمام راهکارهای اداری و انضباطی، استفاده از حقوق کیفی را آخرین راه چاره و در حداقل موارد ضروری می‌دانند (غلامی، ۱۳۹۱، ۴۵)، لیکن در صورتی که رفتار ارتكابی متضمن آسیب به حیات و زندگی شهروندان باشد، استفاده از راهکار کیفی مناسب ضرورت دارد. در بسیاری از موضوعات حیاتی نظام شهرداری همچون تخلفات راجع به احداث بنای غیر مجاز، اساساً، جرم‌انگاری صورت نگرفته است و در سایر موارد همچون تفکیک غیرمجاز، فروش تراکم، عدم رعایت مقررات ملی ساختمان و عدم رعایت ضوابط شهرداری و غیره نیز یا مجازاتی تعیین نشده و یا مجازات‌های تعیینی اندک و غیر بازدارنده است (اعظم صادقی و دیگران، ۱۴۰۲، ۳۴-۴۲).

۱. ماده ۵۵: وظائف شهرداری به شرح زیر است: ... ۱۴- اتخاذ تدابیر مؤثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و همچنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی و کوچه‌ها و اماکن عمومی و دالان‌های عمومی و خصوصی و پر کردن و پوشاندن چاه‌ها و چاله‌های واقع در معابر و جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکن‌ها و ایوان‌های مشرف و مجاور به معابر عمومی که افتادن آن‌ها موجب خطر برای عابرین است و جلوگیری از ناودان‌ها و دودکش‌های ساختمان‌ها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد.

نتیجه عدم توجه به اصل کیفی بودن قوانین و مقررات، سبب فقدان بازدارندگی ضمانت اجرای کیفری شده است؛ برای نمونه اگرچه احداث بناهای ناایمن از جمله علل افزایش مرگ و میر و صدمات جسمانی ناشی از وقوع زلزله است، لیکن به دلیل عدم وجود ضمانت اجرای کیفری شفاف، اکثر سازندگان بناهای غیر استاندارد که بعد از وقوع زلزله، به فوت انبوه ساکنان آنها منتهی گردیده، عملاً، از تعقیب و مجازات مصون مانده‌اند.

در پرونده‌های موسوم به متروپل و سینا اطهر نیز علیرغم عمق فاجعه و رسانه‌ای شدن موضوع، تعدادی از متصدیان مقصر حوادث فوق به اتهام قتل و جرح غیر عمدی به حبس و پرداخت دیه محکوم شده^۱ که مجازات تعیینی برای نامبردگان، از نوع مجازات قتل غیر عمدی فرد واحد است. در واقع، رویکرد واکنش مدار قبال تخلفات حوزه شهرسازی، سبب گردیده که به جای پیش بینی ضمانت اجرای مناسب کیفری و نیز به جای مقابله جدی و پیشگیرانه با عوامل آسیب‌زا، به انتظار وقوع حادثه نشست و صرفاً، پس از وقوع برخی از حوادث، در صدد مجازات مرتکبین برآیند.

۷-۲. گسترش باندهای مجرمانه زمین خوار

از دیگر عوامل مؤثر در ایجاد و بقای اسکان غیر رسمی و حاشیه نشینی و نیز احداث بناهای ناایمن و غیر استاندارد در اراضی موصوف، باندهای تبه‌کار و زمین خواری است که به طرق مختلف، ابتداء، اراضی زراعی حاشیه شهرها را تصرف یا به مبلغ اندک خریداری کرده و پس از آن، با قطعه بندی و تغییر کاربری عملی، تهیدستان شهری و یا مهاجرین به شهر را در آنها اسکان می‌دهند. باندهای مذکور، پس از اسکان غیرمجاز افراد در آن اراضی، قطعات باقیمانده موجود را که اینک قابل سکونت گردیده است با کسب سودهای کلان به سایرین فروخته و از این طریق به صورت نا مشروع مبالغ هنگفتی را به دست می‌آورند. در ادامه نیز با روندی قابل پیش بینی، مجموعه حاکمیت، برای پیشگیری از تنش اجتماعی و یا دلایل دیگر، حاشیه را تحمل کرده و به تدریج، آن را به شهر الحاق می‌کند و این روند، متأسفانه، در اراضی حاشیه‌ای جدید تکرار می‌شود.

در ایتالیا نیز گزارش‌ها از مداخله و اقدامات باندهای مافیایی در ساخت و سازهای غیر مجاز حکایت دارد. این گروه‌ها از دو طریق در گسترش ساخت و سازهای غیر قانونی نقش ایفا می‌کنند؛ از یک طرف، گروه‌های مافیایی در ساخت مسکن غیر قانونی مداخله کرده و رأساً، اقدام به ساخت و فروش این قبیل از ساختمان‌ها کرده و از سوی دیگر، با حضور به عنوان دلال متخصص در معاملات غیر قانونی، باعث ایجاد حس عمومی معافیت از مجازات و برخورد با تخلفات ساختمانی شده و در نتیجه، گسترش

^۱ ر.ک: <https://www.imna.ir/news/601387> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۱/۰۶/۳۰

<https://www.etemadonline.com/68/629556> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

ساختارهای غیر قانونی را حتی میان کسانی که ارتباط مستقیمی با جرائم سازمان یافته ندارند، تشویق و تسهیل می‌کنند (چی یودلی، ۲۰۱۹، ۱۷).

نتیجه‌گیری

نظریه پردازان جنبش زمینولوژی که در فارسی، به آسیب اجتماعی شناسی، ترجمه گردیده است، با ارائه نمونه‌های متعددی از آسیب‌های مهم وارده به انسان‌ها که یا جرم انگاری نشده و یا جزء جرائم کم اهمیت تلقی گردیده است، بر این عقیده بوده که رویکرد غالب در حقوق کیفری و جرم شناسی، تمرکز بر روی رفتارهایی است که سبب ورود آسیب‌های اندک و جزئی به دیگران شده و از عواملی غفلت کرده است که سبب ورود آسیب‌های مهم جسمانی، روانی و اقتصادی به انسان‌ها گردیده است. این گروه از نظریه پردازان با استناد به مصادیقی همچون: مرگ‌های انبوه ناشی از آلودگی هوای شهرها، آسیب‌های جسمانی و روانی ناشی از نقض مقررات ایمنی و بهداشتی کارگاه‌ها، آسیب‌های ناشی از نقض مقررات زیست محیطی از سوی مؤسسات و کارفرمایان بخش عمومی و خصوصی، تلاش خویش را معطوف به این کرده که با نگرشی فراتر از گفتار بزه و بزهکار، ساختارهای منتهی به آسیب‌های بزرگ را مورد بررسی و تحلیل قرار داده و سپس با ارائه راهکارهای مبتنی بر اصلاح نظام کیفری و نیز ارائه راهکارهای پیشگیرانه از بروز آسیب پیشگیری کند.

با توجه به حجم انبوه ساکنان شهرها، آسیب‌های ناشی از عملکرد نامناسب ساختار نظام شهرسازی افزایش یافته و این در حالی است که به رغم نقش و جایگاه نظام مذکور در کیفیت زندگی اکثریت جمعیت کشور، توجه مناسبی به این ساختار صورت نگرفته است. نتیجه غفلت از تحلیل ساختار آسیب-زای نظام شهرسازی، وقوع حوادثی است که به مرگ و آسیب روحی، روانی و اقتصادی شهروندان منتهی گردیده و پس از بروز حوادث طبیعی همچون زلزله و سیل نیز شدت آسیب‌ها بسیار زیاد بوده که نمونه‌هایی از آن در زلزله‌های پراکنده و نیز سیلاب‌های منتهی به مرگ و جراحت دهها تن از شهرنشینان مشاهده شده است.

در این تحقیق با نگرش مبتنی بر آسیب اجتماعی شناسی، علاوه بر احصاء و درج برخی از مهمترین آسیب‌های ناشی از ساختار نظام شهرسازی، ساختار مذکور، بررسی شده و مهمترین علل آسیب‌زا بودن ساختار شهرسازی تبیین گردیده است. یکی از مهمترین علل ساختاری آسیب‌زا وجود تعارض منافع سازمانی و نیز پیش بینی جریمه برای تخلفات ساختمانی است. نتیجه نهایی پیش بینی جریمه و ابقای بنای احداثی ناشی از تخلف، آن است که نظام شهرسازی، در دو راهی مقابله با تخلف و بزه و یا کسب درآمد از محل مذکور، قرار گرفته و در نهایت نیز به دلیل فقدان درآمد پایدار و کافی برای اداره شهرها، نظام شهرسازی، عملاً، بر وقوع تخلف و بزه چشم‌پوشی کرده و حتی در مواردی آن را تسهیل می‌کند.

یکی دیگر از علل آسیب‌زا، ساختار منتهی به تصویب طرح‌های توسعه شهری بوده که بدون توجه به نیازهای روز جامعه و نیز بدون لحاظ ضرورت بومی‌سازی به تصویب رسیده است. عدم توجه به محاسبه هزینه فایده سازندگان در طرح‌های شهری سبب گردیده که سازندگان با ارتکاب تخلف ساختارمنی، بناهای نا پایدار و نا ایمن را احداث کرده که متعاقباً نیز بناهای مذکور با پرداخت جریمه ابقاء شده که می‌تواند به مرگ، آسیب و جراحت هزاران شهروند منتهی گردد.

آلودگی ناشی از احداث بناهای بلند مرتبه در مکان‌های نامناسب و در مسیر جریان‌های باد شهری، از دیگر نتایج ساختار نظام شهرسازی است. اگر سوخت مازوت و یا بنزین نامرغوب در ایجاد هوای آلوده شهرها مؤثر است، مسدود شدن مسیر عبور جریان هوا سبب باقی ماندن هوای آلوده در شهرها شده و منتهی به مرگ هزاران شهروند منتهی می‌گردد.

در حال حاضر، نحوه رسیدگی به اتهامات مرتکبین جرائم حوزه شهرسازی واجد ایراد بوده و پاسخ‌های کیفری پیش بینی شده راجع به مرگ و صدمات جسمانی ناشی از حوادث طبیعی و یا با منشأ انسانی حوزه مذکور نیز فاقد خصیصه بازدارندگی است؛ بنابر این، علاوه بر ضرورت جرم‌انگاری ساخت و سازهای غیر مجاز، اصلاح قوانین کیفری راجع به مرگ‌های جمعی ناشی از تخلفات ساختمانی و غیره، اصلاح فرایندها و ساختارها و پیش بینی راهکارهای پیشگیرانه اجتماعی و فرهنگی نیز عامل مؤثر و اساسی در کاهش صدمه و آسیب خواهد بود.

کتابشناسی

۱. احمدزاده، حسن؛ سعیدآبادی، رشید؛ نوری، الهه، (۱۳۹۴)، «بررسی و پهنه‌بندی مناطق مستعد به وقوع سیل با تأکید بر سیلاب‌های شهری (مطالعه موردی: شهر ماکو)»، هیدروژئومورفولوژی، شماره: ۲، ص ۱-۲۳.
۲. احمدی، حسن، (۱۳۷۶)، «نقش شهرسازی در کاهش آسیب‌پذیری شهر»، مسکن و محیط روستا، شماره: ۸۰، ص ۶۱-۷۰.
۳. احمدیان، محمد علی، (۱۳۸۲)، «حاشیه نشینی؛ ریشه‌ها و راه حل‌ها»، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، شماره: ۴۳-۴۴، ص ۹۶-۲۷۶.
۴. اسماعیلی علویجه، الهام؛ کریمی، سعید کریمی؛ علوی پور، فاطمه سادات، (۱۳۹۹)، «ارزیابی آسیب‌پذیری مناطق شهری در برابر سیل با منطق فازی (مطالعه موردی: منطقه ۲۲ تهران)»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، شماره: ۳، دوره: ۲۲، ص ۳۴۹-۳۶۱.
۵. اسمعیل پور، نجما؛ هروی، زهراء؛ حیدری هامانه، الهام، (۱۳۹۸)، «بررسی علل وقوع تخلفات ساختمانی در شهرهای ایران با تأکید بر نقش شهرداری»، مطالعات شهری، شماره: ۳۱، ص ۱۷-۲۹.
۶. اعظم صادقی، جواد؛ شیخ الاسلامی، عباس؛ میرزاجانی، حمیدرضا، (۱۴۰۲)، «رویکرد جرم‌شناختی به جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری در حوزه ساختار نظام شهرسازی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره: ۱، دوره: ۵۳، ص ۲۱-۴۶.

۷. امیری، مجتبی؛ پور موسوی، سید موسی؛ صادقی، منصوره، (۱۳۹۲)، «مطالعه آسیب‌های اجتماعی ناشی از حاشیه نشینی در منطقه ۱۹ شهرداری تهران از دیدگاه مدیران شهری»، اقتصاد و مدیریت شهری، شماره: ۵، ص ۱۱۹-۱۳۷.
۸. انصاری، اسماعیل، (۱۳۹۸)، «آسیب اجتماعی شناسی و حقوق کیفری»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۹. بوکلی، آوی؛ کوتزه، جاستین، (۱۴۰۰)، «زمینولوژی: بازیوند جرم و آسیب اجتماعی»، ترجمه: هانیه هژبر الساداتی، تهران، نشر میزان.
۱۰. حسین زاده دلیر، کریم، (۱۳۹۰)، «تحلیلی بر بلند مرتبه سازی و معایب آن در ایران»، رشد آموزش جغرافیا، شماره: ۹۵، ص ۳-۱۳.
۱۱. رحیمی، کاظم؛ رضاپور سردره، مجتبی، موزن نسب، اسحاق؛ بدیعی، حسین، (۱۳۹۹)، «آسیب اجتماعی بافت‌های فرسوده، حاشیه نشینی»، فصلنامه پژوهش‌های نوین علوم جغرافیایی، معماری و شهرسازی، شماره: ۲۸، ص ۷۰-۱۶۱.
۱۲. رحیمی، محسن، (۱۳۹۴)، «واکاوی جرم شناختی و آسیب شناسانه‌ی سکونتگاه‌های غیررسمی»، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. رکن الدینی، سید حسین؛ شریف یزدی، سعید، (۱۳۹۸)، «چالش‌های اخلاقی بلند مرتبه نشینی و حل آن‌ها با رویکرد»، پژوهشنامه اخلاق، شماره: ۴۳، ص ۸۵-۹۸.
۱۴. زنگی‌آبادی، علی؛ قائد رحمتی، صفر؛ محمدی، جمال؛ صفایی، همایون، (۱۳۸۹)، «تحلیل فضایی تعامل تخلفات ساختمانی و آسیب پذیری ناشی از زلزله: مناطق شهر اصفهان»، برنامه‌ریزی و آمایش فضا (مدرس علوم انسانی)، شماره: ۲، پیاپی: ۶۶، دوره: ۱۴، ص ۱-۲۱.
۱۵. زینالی، بتول؛ کرمی، فیروزه؛ خالدی، شهریار؛ اصغری، صیاد، (۱۳۹۶)، «اثر تراکم بافت بر سرعت جریان باد در محله الهیه شهر تهران»، فصلنامه علمی پژوهشی فضای جغرافیایی، شماره: ۵۹، ص ۱۸۷-۲۰۳.
۱۶. سلیمانی مهرنجانی، محمد؛ تولایی، سیمین؛ رفیعیان، مجتبی؛ زنگانه، احمد؛ خزاعی نژاد، فروغ، (۱۳۹۵)، «زیست پذیری شهری: مفهوم، اصول، ابعاد و شاخص‌ها»، پژوهش‌های جغرافیایی برنامه ریزی شهری، شماره: ۱، دوره: ۴، ص ۲۷-۵۰.
۱۷. شیخی، محمد، (۱۳۸۹)، «نقش مدیریت شهری در کنترل آسیب‌های ناشی از اسکان غیر رسمی و حاشیه نشینی»، کتاب ماه علوم اجتماعی، شماره: ۳۲، ص ۷۷-۸۵.
۱۸. شیدایی، آیدا، (۱۳۹۶)، «سیاست کیفری اقتصادی ایران در پرتو یافته‌های آسیب اجتماعی شناسی»، رساله کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد.
۱۹. صالحی، اسماعیل؛ یآوری، احمد رضا؛ وکیلی، فرانیه؛ پریور، پرستو، (۱۳۹۵)، «ارزیابی اثر بلند مرتبه سازی بر عملکرد جریان باد شهری، پژوهش موردی: منطقه ۲۲»، پژوهش‌های بوم‌شناسی شهری، شماره: ۱، پیاپی: ۱۳، ص ۶۷-۸۰.
۲۰. صرافی، مظفر، (۱۳۸۱)، «به سوی نظریه‌ای برای ساماندهی اسکان غیررسمی-از حاشیه نشینی تا متن شهرنشینی»، هفت شهر، شماره: ۸، ص ۵-۱۱.
۲۱. عزیزی، محمد مهدی، (۱۳۷۷)، «ارزیابی اثرات کالبدی-فضایی برج سازی در تهران محلات فرمانیه-کامرانیه»، هنرهای زیبا، شماره: ۴-۵، ص ۳۳-۴۶.
۲۲. غلامی، حسین، (۱۳۹۱)، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، فصلنامه حقوق کیفری، شماره: ۲.

۲۳. غلامی، حسین، (۱۳۹۹)، «درآمدی بر آسیب اجتماعی شناسی»، تهران، پژوهشگاه علوم انتظامی و مطالعات اجتماعی ناجا.
۲۴. فردوسی، سجاد؛ جلالی، محبوبه؛ شکری فیروزجاء، پری، (۱۳۹۵)، «پیامدهای محیطی ناشی از افزایش تراکم و بلند مرتبه سازی در شهرها»، حقوق محیط زیست، سال اول، شماره: ۱، ص ۹-۱۸.
۲۵. فرهودی، رحمت‌اله؛ محمدی، علیرضا، (۱۳۸۰)، «تأثیر احداث ساختمان‌های بلند مرتبه بر کاربری‌های شهری، مطالعه موردی: مناطق ۳ و ۲، ۱ شهر تهران»، پژوهش‌های جغرافیایی، شماره: ۴۱، ص ۷۱-۸۲.
۲۶. قهرودی تالی، منیژه؛ مجیدی هروی، آنتا؛ عبدلی، اسماعیل، (۱۳۹۵)، «آسیب پذیری ناشی از سیلاب شهری (مطالعه موردی: تهران، درکه تا کن)»، جغرافیا و مخاطرات محیطی، شماره: ۱۷، ص ۲۱-۳۵.
۲۷. کاشانی، محمود، (۱۳۹۱)، «حقوق مالکانه در پرتو مقررات شهرسازی»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره: ۵۷، ص ۷-۵۰.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی؛ درویش زاده، محمد، (۱۴۰۱)، «آوار تعارض منافع بر سر مردم رنج دیده آبادان»، دانشنامه-های حقوقی، شماره: ۱۴، ص ۷-۱۵.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی؛ درویش زاده، محمد، (۱۴۰۰)، «حقوق را جدی بگیریم (جای خالی قانون مدیریت تعارض منافع در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم)»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره: ۱۰، ص ۱۳۰-۱۵۸.
۳۰. محمدی ده چشمه، مصطفی؛ سعیدی، جعفر، (۱۳۹۳)، «آسیب شناسی تخلفات موضوع کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بر اساس یافته‌های تطبیقی از کلان‌شهرهای ایران»، دانش و پژوهش حقوقی، سال سوم، شماره: ۱، ص ۱۳۸-۱۶۶.
۳۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، (۱۳۹۶)، «گزارش تعارض منافع».
۳۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ هاشم بیگی، حمید، (۱۳۹۷)، «دانشنامه جرم شناسی»، تهران، انتشارات گنج دانش.
۳۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۹۰)، «از جرم شناسی تا آسیب اجتماعی شناسی»، تحقیقات حقوقی، شماره: ۱۴.
۳۴. نصیری، فاطمه؛ شادمانی، هاجر، (۱۳۹۹)، «موقعیت‌ها و مصادیق تعارض منافع در بخش مسکن و ساخت و ساز شهری و راهکارهای مقابله با آن»، مرکز توانمند سازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی.
۳۵. نوبهار، رحیم؛ انصاری، اسماعیل، (۱۳۹۷)، «مطالعه آسیب‌های مربوط به تمامیت جسمانی از دیدگاه آسیب اجتماعی شناسی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره: ۴۸، شماره: ۱، ص ۱۸۵-۲۰۷.
۳۶. هیأت ویژه گزارش ملی بررسی حادثه و ساختمان پلاسکو، (۱۳۹۷)، «گزارش ملی پلاسکو».
37. Chiodelli, Francesco, (2019) "The Dark Side of Urban Informality in The Global North: Housing Illegality and Organized Crime in Northern Italy" INTERNATIONAL JOURNAL OF URBAN AND REGIONAL RESEARCH, no. Volume: 43, Issue: 3, p: 1-20.
38. Hillyard, P; Pantazis, C; Tombs, S; Gordon, D, (2004) "Beyond Criminology: Taking Harm Seriously" Pluto.
39. The Organisation for Economic Co-operation and Development, (2003) "Managing Conflict of Interest in the Public Service" OECD Guidelines and Country Experiences.
40. Ambraseys, Nicholas; Bilham, Roger, (2011) "Corruption kills" NATURE, no. Vol: 469, P: 153-55.
41. Green, Penny, (2005) "Disaster by Design: Corruption, Construction and Catastrophe." The British Journal of Criminology, no. Volume: 45, Issue: 4, P: 528-546.
42. Tan, Gabe, (2011) "Structuration Theory and Wrongful Imprisonment: From Victimhood to Survivorship?" Critical Criminology 19, no. 3, P: 175-96.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 27-48

Receive Date: 2023/11/10

Revise Date: 2023/12/13

Accept Date: 2023/12/16

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI: 10.30495/jcl.d.2023.1996889.1078

The Access of Refugee Victim Women to Criminal Justice; Challenges and Solutions (Reflecting on the International Documents)

Zahra Ansarifar¹Samira Golkhandan²Akbar Rajabi³

Abstract

The purpose of the following article is to explain the situation of refugee women in terms of victimization and their access to criminal justice. Refugee women, due to the special situation they are in, are considered a suitable target for criminals and the possibility of occurrence of crimes against them is always assessed at high level. These women, who are a special, sensitive and vulnerable stratum, must have the conditions of full access to justice, especially in terms of criminal justice. This article, by focusing on national and international legal documents and analyzing the information obtained from them, examines the situation of refugee women in terms of victimization and the challenges beyond them, in accessing criminal justice and efforts to achieve the solutions of solving the addicted challenges. The findings show: although refugee women need special legal and judicial support due to the experience of various violence and the increase probability of repeating the experience of victimization and their access to criminal justice faces many challenges, but still the criminal systems don't provide the necessary platforms for protection of the rights of this group of victim women.

Keywords: victimization of women, victim refugee women, victimization of refugee women, challenges of victim women's access to criminal justice.

¹. PhD student in criminal law and criminology, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran.

lawansarifar@gmail.com

². Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran (corresponding author). golkhandan@iaukhomein.ac.ir

³. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran. a.rajabi135353@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۲۷-۴۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۹

DOI: 10.30495/jcl.d.2023.1996889.1078

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

دسترسی زنان بزه‌دیده پناهجو به عدالت کیفری؛ چالش‌ها و راهکارها

(با تأمل در اسناد بین‌المللی)

زهراء انصاری فر^۱سمیرا گلخندان^۲اکبر رجبی^۳

چکیده

هدف مقاله پیش رو، تبیین وضعیت زنان پناهجو، از حیث بزه‌دیدگی و دسترسی آنان به عدالت کیفری است. زنان پناهجو، به دلیل وضعیت خاصی که در آن، قرار دارند، هدف مناسبی برای بزه‌کاران به شمار می‌آیند و احتمال وقوع جرائم نسبت به آنان، همواره بالا ارزیابی می‌شود. این زنان که قشری خاص، حساس و آسیب‌پذیر هستند، باید شرایط دسترسی کامل به عدالت، به ویژه از حیث عدالت کیفری داشته باشند. نوشتار حاضر، با روی نهادن به اسناد و مدارک حقوق ملی و بین‌المللی و تحلیل اطلاعات حاصله از آن‌ها، به بررسی وضعیت زنان پناهجو از لحاظ بزه‌دیدگی و چالش‌های فرا روی آنان، در دسترسی به عدالت کیفری و تلاش جهت دستیابی به راهکارهای رفع چالش‌های مبتلی به می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد: هرچند زنان پناهجو به دلیل تجربه خشونت‌های مختلف و افزایش احتمال تکرار تجربه بزه‌دیدگی، نیاز به حمایت‌های خاص قانونی و قضایی دارند و دسترسی آنان به عدالت کیفری با چالش‌های متعددی رو به رو است، ولی هنوز نظام‌های کیفری، بسترهای لازم را برای حمایت از حقوق این دسته از زنان بزه‌دیده، فراهم نکرده‌اند.

واژگان کلیدی: بزه‌دیدگی زنان، زنان بزه‌دیده پناهجو، بزه‌دیدگی زنان پناهجو، چالش‌های دسترسی زنان بزه‌دیده به عدالت کیفری

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران. lawansarifar@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران (نویسنده مسئول). golkhandan@iaukhomein.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران. a.rajabi135353@gmail.com

امروزه، حقوق بین‌الملل، با پدیده ناگواری رو به رو است و آن، پناهجو^۱ بودن و نه حتی پناهنده بودن^۲ برخی از افراد در سطح جهان است. این وضعیت، به ویژه از زنان، افرادی بسیار آسیب پذیر ساخته است. زنان پناهجو به سبب وضعیت خاصی که در آن قرار دارند، هدف‌های بسیار مناسبی برای بزه دیدگی ساخته است. بزه دیدگی زنان پناهجو، بسیار بالا ارزیابی می‌شود و همین امر، لزوم توجه ویژه به آنان را ایجاب می‌سازد (کیهانلو، ۱۳۹۰، ۳۳).

نگاه به تاریخ، ما را متوجه تلاش‌های انجام شده سازمان‌های بین‌المللی در حوزه دفاع از زنان می‌سازد تا به پشتوانه آن‌ها، زنان پناهجو بتوانند حقوق از دست رفته خود را بازیابند. سازمان ملل متحد و کمیته‌های وابسته به آن، از همان آغاز تأسیس، برای نیل به اهداف حقوق بشری و ایفای نقش حمایتی خود، نسبت به احقاق حقوق زنان، تلاش‌هایی انجام داده‌اند که می‌توان آن‌ها در قالب صدور اعلامیه‌ها و برگزاری کنوانسیون‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی مشاهده کرد، اما با این حال، آنچه که محل تأمل است، این است که این سازمان‌ها، با وجود همه اقدامات و تلاش‌های انجام شده، هنوز نتوانسته‌اند در حوزه دفاع از زنان پناهجو، به موفقیت‌های چشم‌گیری دست یابند (باقری، افشین‌پور، ۱۳۹۹، ۶۲).

در حال حاضر، بخش مهمی از مفاد و محتوای اسناد بین‌المللی راجع به پناهندگی، درباره کسانی است که پناهنده هستند؛ بنابر این، از حیث تعریفی و مفهومی، کسانی که تقاضای پناهندگی آن‌ها مورد تعریف دولت مورد تقاضا قرار گرفته، مشمول حمایت‌های اسناد بین‌المللی قرار گرفته‌اند و در مورد پناهجوها، یعنی: کسانی که هنوز درخواست آنان برای پناهندگی، مورد قبول دولت مورد تقاضا قرار نگرفته است، آن‌گونه که باید و شاید، حمایت کافی و وافی صورت نگرفته است، ولی با این حال، بسیاری از اندیشمندان و متخصصان حقوق بین‌الملل، بر این باور هستند که حمایت از پناهجوها به مراتب، اهمیت بیشتری از حمایت از پناهندگان دارد، لذا مصادیق تدابیر حمایتی که برای پناهندگان مطرح است، نسبت به پناهجوها نیز جاری و ساری است؛ چنانچه این گفته، مبنا قرار گیرد، به این نتیجه خواهد رسید که پناهنده‌ها و پناهجوها در این اصل، اشتراک دارند که وضعیتی عادی مانند دیگر افراد ندارند، لذا نظام

^۱. Asylum Seeker

^۲. در ادبیات حقوق بین‌الملل و بر اساس واقعیات موجود، پناهنده بودن با پناهجو بودن، متفاوت است. در حقیقت، پناهجو بودن، مرحله قبل از پناهنده بودن است، در حالی که وضعیت فرد پناهنده به سبب آنکه درخواست پناهندگی وی از سوی دولت مورد تقاضا پذیرفته شده و طبیعتاً حمایت قانونی لازم از سوی این دولت از این فرد، انجام خواهد شد، ولی فرد پناهجو، هنوز در این وضعیت تثبیت قرار نگرفته و در وضعیت به شدت متزلزلی قرار دارد؛ بنابر این، تفاوت وضعیت این دو، به احتمال بالا، بزه دیدگی‌های بیشتری را نیز برای پناهجوها نسبت به پناهندگان به دنبال خواهد داشت.

حقوق بین‌الملل، به ویژه در تأسی از موازین حقوق بشری، موظف به حمایت از آنان است. نگارندگان نوشتار حاضر نیز در بیان و تبیین مباحث و مطالب نیز همین رویکرد را ملاک قرار داده‌اند.

از سوی دیگر، طبعاً، به سبب وضعیت خاص زنان بزه‌دیده پناهجو، تلاش برای پیشگیری از وقوع بزه دیدگی و تکرار تجربه تلخ بزه‌دیدگی، از جمله وظایف و تکالیف مهم نظام‌های حقوقی و کیفری است. وضعیت زنان بزه‌دیده پناهجو، بزه‌دیدگی‌های مکرر در وضعیت پناهجویی، از زنان پناهجو، آماج‌های مناسبی برای بزهکاران مصمم ساخته است، لذا باید در راستای پیشگیری از بزه‌دیدگی‌های زنان پناهجو، اقدامات و تدابیر لازم، اندیشیده شده و به اجرا درآید (وجدانی فخر و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۰). در این مسیر، چالش‌هایی نیز به چشم می‌خورند و طبعاً، راهکارهایی نیز قابل ارائه هستند. شناسایی این زنان، به عنوان بزه‌دیدگان خاص و اتخاذ رویکرد افتراقی نسبت به آنان برای تعقیب جرائمی که نسبت به آنان رخ داده و نیز اعمال واکنش‌های مناسب و کارآمد نسبت به مرتکبان جرائم نسبت به زنان پناهجو، می‌تواند راهکارهای قابل اطمینانی محسوب شوند.

هدف اصلی از پژوهش حاضر بررسی و تحلیل وضعیت دسترسی زنان پناهجو به عدالت کیفری و شناسایی چالش‌ها و مشکلاتی است که این قشر از زنان با آن رو به رو می‌شوند.

پرسش اصلی این است که چه چالش‌هایی در دسترسی زنان پناهجو به عدالت کیفری وجود دارد و چگونه می‌توان پیشرفت‌هایی در این حوزه ایجاد کرد؟ فرضیه‌ای که در این باب مطرح است، زنان پناهجو به علت شرایط خاص و قضایی که در آن قرار دارند، با چالش‌ها و موانعی رو به رو هستند که از آزادی دسترسی به عدالت کیفری برای آن‌ها جلوگیری می‌کند. با اصلاح در سیاست‌ها و رویه‌های قضایی می‌توان پیشرفت‌های قابل توجهی در این زمینه ایجاد کرد.

در زمینه حمایت از زنان پناهجو، در اسلام، آیه شریفه دهم سوره مبارکه ممتحنه به آن اختصاص دارد. در اسناد و مقررات بین‌المللی، موارد مختلفی در حوزه دسترسی پناهندگان به عدالت کیفری وجود دارد؛ اسنادی همچون: کنوانسیون ۱۹۵۱ درباره وضعیت پناهندگان، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و پروتکل‌های تکمیلی آن، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی ۱۹۶۶ در ارتباط با رعایت کرامت انسانی، آزادی، برابری تمام انسان‌ها فارغ از جنسیت و نژاد، کنوانسیون ژنو ۱۹۹۹ منع تبعیض در افراد غیرنظامی، کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹، کنوانسیون استانبول ۲۰۱۱ در ارتباط با رفع انواع خشونت علیه زنان.

بررسی‌ها نشان می‌دهد که کشورها موظف به تضمین دسترسی پناهندگان به عدالت کیفری هستند، منتهی، هیچ سند بین‌المللی صریحی در زمینه حمایت از پناهجویان و بالخصوص زنان پناهجو وجود ندارد. به منظور تحلیل بیشتر این موضوعات، در نوشتار حاضر، کوشش شده است ضمن بررسی وضعیت

خاص بزه دیدگی زنان پناهجو، چالش‌ها و راهکارهای مربوط به دسترسی زنان بزه دیده پناهجو به عدالت کیفری در راستای حمایت کیفری افتراقی از این زنان، مورد مطالعه قرار گیرد.

۱. زنان پناهجو

کنوانسیون ۱۹۵۱ تعریف خاصی از پناهجو ارائه نمی‌دهد، اما در اغلب موارد پناهجویان در کنار پناهندگان از مقررات حمایتی بهره می‌گیرند. درحقیقت، پناهجویی، مرحله قبل از پناهندگی است؛ زمانی که درخواست پناهندگی فرد در حال رسیدگی است و هنوز وضعیت پناهندگی او مورد شناسایی رسمی قرار نگرفته است؛ بنابراین این، می‌توان گفت که پناهجویان، پناهندگان بالقوه‌ای هستند که ممکن است، پناهندگی به آنان اعطا شود. تا زمانی که فرد رسماً، پناهنده شناسایی نشده باشد، از حمایت، مقابل اعاده، بهره‌مند خواهد بود (کیهانلو، ۱۳۸۹، ۲۲۰).

اصطلاح پناهجو، به کلیه اشخاصی اطلاق شده که به دلایل گوناگون، وضعیت آنان به عنوان پناهنده، تحت حمایت نظام ملل متحد تثبیت نشده و از حمایت بین‌المللی در مفهوم حقوقی آن برخوردار نیستند؛ هرچند که مساعدت کمیساریا شامل حال آنان می‌شود. انگیزه پناهجو از اقامت در خارج از کشور مبدأ، نقش تعیین‌کننده در تعیین وضعیت او دارد، ولی در نقطه مقابل، باید متذکر شد که توجه عنصر ذهنی به هیچ وجه به معنای بررسی نیت و قصد دولت متبوع متقاضی پناهندگی نسبت به آزار وی نیست؛ هرچند که وجود چنین قصدی می‌تواند دلیل کافی بر ترس موجه متقاضی پناهندگی محسوب شود، ولی وجود آن به هیچ عنوان، عنصر لازم برای اثبات ترس محسوب نمی‌شود (کیهانلو، ۱۳۸۶، ۱۳۵).

طیف جرائمی که احتمال وقوع آن نسبت به زنان پناهجو است، بالا و متنوع است. در این باره، کمیساریای عالی ملل متحد، بیش از هر چیز آثار و عواقب رفتارهای منتهی به آزار بر جسم و روح پناهجو و یا به تعبیر دیگر، میزان تحمل او را مورد توجه قرار می‌دهد. کمیساریا می‌گوید: اینکه آیا اقدامات و تهدیدهای صدمه‌زننده منجر به آزار می‌شود یا خیر، بستگی به شرایط هر پرونده دارد؛ از جمله آن شرایط می‌توان به عنصر ذهنی اشاره کرد که قبلاً در مورد آن توضیح داده شد. ماهیت ذهنی ترس از آزار مستلزم ارزیابی اعتقادات و احساسات شخصی مورد بحث است. در پرتو همین عقاید و احساسات است که هرگونه اقدام واقعی یا احتمالی علیه او باید مورد بازبینی قرار گیرد. باتوجه به تفاوت‌هایی که در ساختار روانی افراد و شرایط خاص مربوط به هر پرونده وجود دارد، تفاسیر مربوط به اینکه چه عملی آزار محسوب می‌شود، ممکن است متفاوت باشد (کیهانلو، ۱۳۸۵، ۱۹۵).

به همین ترتیب، قوانین و رویه‌های راجع به پناهندگی در کشور سوئیس میزان تحمل فرد، برابر مصائب را مورد توجه قرار می‌دهد. دیوان اداری فدرال سوئیس در تصمیم‌گیری خود در سال ۲۰۰۷، آزار را شامل اقداماتی دانست که ادامه یک زندگی توأم با کرامت انسانی را برای فرد مورد نظر در

زادگاهش غیر ممکن می‌سازد (لامبرت، ۲۰۰۸، ۱۷۳). قانون فدرال پناهندگی در سوئیس نیز آزار را به‌عنوان تهدید حیات، اعضای بدن و آزادی شخص پناهجو و نیز اقداماتی که متضمن یک فشار روانی غیر قابل تحمل هستند، تعریف می‌کند (استیسی گیل، ۲۰۰۷، ۱۶۳؛ حسن‌زاده، ۱۳۸۱، ۶۰).

در مجموع با ملاحظه دیدگاه‌های گوناگون راجع به موضوع آزار می‌توان نتیجه‌گیری کرد که وجه مشترک عمده تعاریف ارائه شده از این واژه، وجود سه عنصر را برای احراز اعمال منتهی به آزار ضروری می‌سازد:

نخست اینکه اقدامات صورت گرفته باید دارای آثار عمده یا شدید بوده و متوجه حقوق انسانی بنیادین فرد پناهجو باشند؛ دوم اینکه این اقدامات باید به‌صورت منسجم، مستمر و یا نظام‌مند صورت گیرند؛ سومین و مهمترین ویژگی اعمال منتهی به آزار این است که این اعمال باید مبتنی بر یک زمینه یا علت تبعیض‌آمیز باشند.

نکته دیگر این است که هدف از اینکه در متون بسیاری اصل منع اعاده را دربرگیرنده ممنوعیت بازگرداندن از درون سرزمین دولت‌ها و نیز از مرزهای آن‌ها معرفی می‌کنند، همان حمایت از پناهجویان است (جلیل پیران و دیگران، ۱۴۰۱، ۲۳۶).

کمیته اجرایی کمیساریای عالی در تصمیم شماره ۶ خود، اهمیت بنیادین رعایت اصل منع اعاده را - هم در مرزها و هم در داخل سرزمین یک دولت - نسبت به اشخاصی که ممکن است اگر به کشور مبدأ خود بازگردند، مورد آزار قرار بگیرند، مورد تأیید قرار داده است، صرف نظر از اینکه رسماً، پناهنده شناسایی شده باشند یا خیر (چیمینی، ۲۰۰۰، ۱۸۴). همین رویکرد، در قطعنامه ۵۲/۱۰۳ مجمع عمومی در ۹ فوریه ۱۹۹۸ اتخاذ شده است: همه افراد حق جستجوی پناهگاه و بهره‌مند شدن از پناهندگی در کشورهای دیگر و در مقابل آزار را دارند و به دلیل اینکه نهاد پناهندگی ابزار ضروری در حمایت از پناهندگان است، از تمام دولت‌ها خواسته شده از انجام اقداماتی که آن را به‌خطر می‌اندازد، به ویژه از طریق بازگرداندن یا اخراج کردن پناهندگان و پناهجویان در مغایرت با حقوق بشر بین‌الملل، حقوق بشردوستانه و حقوق پناهندگان خودداری کنند (هسوی، ۲۰۰۵، ۱۷۴).

باید افزود که هیچ قاعده صریح بین‌المللی، دولت‌ها را مجبور به اعطای پناهندگی و پذیرش پناهندگان در سرزمینشان نمی‌کند، حتی اصل منع اعاده که طبق شرایط مقرر از اعاده پناهندگان جلوگیری می‌کند، به هیچ وجه دولت‌ها را موظف به اعطای پناهندگی نمی‌کند (مک‌کین، ۲۰۰۷، ۱۶۳). بر همین اساس گودوین گیل^۱ از متخصصان حقوق بین‌الملل در زمینه حقوق پناهندگی، اعتقاد دارد که اشخاص حقی بر دریافت پناهندگی ندارند (ویز، ۲۰۰۶، ۱۶۲) و در حقیقت، ملازمه‌ای بین ممنوعیت اعاده و اعطای پناهندگی وجود ندارد؛ ضمن اینکه این اصل، مغایرتی با حاکمیت دولت‌ها و صلاحیت آن‌ها در

^۱. Goodwin-Gil

وضع قوانین راجع به ورود بیگانگان نیز ندارد؛ اما می‌توان گفت که تا حدودی حاکمیت دولت‌ها را محدود می‌کند؛ زیرا در برخی موارد عدم پذیرش پناهجویان معادل در خطر قراردادن آنان است و در این مواقع یک وظیفه عملی برای پذیرش آنان ایجاد می‌کند. در واقع، هدف غایی اصل منع اعاده، وادار کردن دولت‌ها به پذیرش پناهجویان نیست، بلکه هدف، جلوگیری از بازگرداندن آنان به مکانی است که حیات یا آزادی آنان در معرض خطر قرار می‌گیرد (مک‌کولگان، ۲۰۰۳، ۱۵۷).

۲. اصل منع تبعیض نسبت به زنان پناهجوی بزه دیده

گفته شد که در ادبیات حقوق بین‌الملل و نیز بر اساس واقعیات موجود، میان فردی که پناهنده شده (یعنی: درخواست پناهندگی وی مورد قبول دولت متقاضی قرار گرفته) و فردی که پناهجو است (یعنی: هنوز درخواست وی مورد قبول دولت متقاضی قرار نگرفته و چه بسا چنین درخواستی، مورد قبول نیز واقع نشود)، تفاوت اساسی وجود دارد. بر این اساس، پناهجویان، به مراتب، آسیب پذیرتر از پناهندگان هستند. افزایش تنش‌ها میان دولت‌ها، درگیری‌های داخلی، اختلافات مذهبی و...، آسیب پذیری این افراد را روز به روز افزایش داده و با چالش افزون‌تری رو به رو می‌دارد.

پناهجویان، با امید رسیدن به یک امنیت و آسایش نسبی در زندگی خویش، ترک وطن کرده و با عبور از موانع سخت و پشت سر نهادن گذشته خود، پا به قلمرو سرزمینی دیگری می‌گذارند، اما در برخی کشورها با اقداماتی غیر بشری رو به رو می‌شوند. از اساسی‌ترین مقرراتی که در راستای حمایت از پناهجوها در ادبیات حقوق بین‌الملل، مورد قبول و تأکید قرار گرفته، اصل عدم تبعیض است که در صورت رعایت آن، بسیاری از مشکلات پناهجویان حل خواهد شد، اما به دلیل عدم رعایت این اصل، پناهجویان در هر کشور با شرایط متفاوتی رو به رو هستند که این امر باعث نارضایتی آنان می‌شود.

این سؤال مطرح است که این اصل در نظم کنونی کنوانسیون حقوق پناهجویان چه جایگاهی دارد و آیا محدودیت‌های فوق‌الذکر موجب بی‌اثر شدن ضمانت اجرای این ماده و به طور کلی بی‌خاصیت شدن آن نمی‌گردد؟ این سؤال، به ویژه هنگامی مطرح است که توجه شود در حوزه حقوق پناهجویان، از یک سو، استانداردهای مشخص رفتاری مندرج در سایر مواد کنوانسیون وجود دارد که طی یک نظام هرمی و سلسله‌مراتبی، میزان برخورداری پناهجو را از حقوق ماهوی موضوع کنوانسیون، با ارجاع به وضعیت گروه‌های مرجع، یعنی: اتباع دولت میزبان و سایر بیگانگان، تعیین می‌کند و از سوی دیگر، در حوزه عام حقوق بشر، قواعد مندرج در سایر اسناد حقوق بشری وجود دارد که نه تنها نسبت به تدوین استانداردهای رفتاری مشخص با اتباع بیگانه - و از جمله پناهجویان - اقدام می‌کنند، بلکه با توجه به گنجانده شدن اصل عدم تبعیض در بیشتر این اسناد، اجرای غیر تبعیض آمیز حقوق مزبور را در سطح وسیع‌تر و مطمئن‌تری تضمین می‌کنند؛ بنابراین، باید به این پرسش پاسخ داد که آیا با وجود چنین

استانداردها و قواعد شکلی و ماهوی راجع به حقوق بشر، اصل عدم تبعیض مصرح در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۱، دستاورد ویژه‌ای برای پناهجویان به دنبال دارد یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش، باید گفت که علیرغم محدودیت‌های مذکور و باوجود پیشرفت‌های قابل ملاحظه‌ای که در حوزه قواعد عام حقوق بشر صورت گرفته و آثار آن نظام حقوق پناهجویان را نیز متأثر ساخته است، همچنان باید کنوانسیون ۱۹۵۱ را از جمله مهمترین و کلیدی‌ترین مقررات راجع به حقوق پناهجویان به حساب آورد؛ چراکه این کنوانسیون، هم از حیث موضوع و هم از نظر محدوده اجراء، دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که جایگاه آن را در قلمرو حقوق پناهجویان ممتاز می‌سازد.

قواعدی از جمله منع اخراج یا اعاده، در حقیقت، هسته اصلی و مرکزی مقررات راجع به حقوق پناهجویان و به تعبیری، فلسفه وجودی آن هستند و پناهجو به صرف دارا بودن وضعیت پناهجویی از این حقوق برخوردار می‌گردد؛ در نتیجه، باید انتظار داشت که تمامی پناهجویان، بدون هیچ‌گونه تبعیض و تمایزی، از این حقوق ماهوی و بنیادین برخوردار باشند؛ اما تضمین این مهم، جز با اجرای اصل عدم تبعیض مقرر در ماده ۳ کنوانسیون میسر نمی‌شود؛ چراکه در هیچیک از اسناد عام الشمول حقوق بشر، حقوق ویژه پناهجویان در مفهوم فوق‌الذکر مورد عنایت قرار نگرفته است.

از سوی دیگر، باید توجه داشت که به رغم محدودیت‌های مقرر در متن ماده ۳، تضمین به عدم تبعیض مقرر در این ماده، در محدوده اجرایی خود، مطلق و غیر قابل تخطی محسوب می‌شود؛ چراکه براساس مفاد بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون، دولت‌های عضو، حق اعمال رزرو نسبت به ماده ۳ را از خود سلب کرده‌اند؛ به این ترتیب، می‌توان نتیجه گرفت که اصل عدم تبعیض موضوع ماده ۳، از نظر تدوین کنندگان کنوانسیون، دارای درجه‌ای از اهمیت بوده که مستثنی کردن آن، مغایر با هدف و موضوع معاهده تلقی می‌شده است.

این دیدگاه، به ویژه، هنگامی تقویت می‌شود که دریافت شود در جریان مذاکرات مربوط به تدوین ماده ۳، پیشنهاد نماینده دولت مصر، مبنی بر اینکه اقدامات لازم برای حفظ نظم عمومی، از شمول مقررات ماده ۳ مستثنی شود، با مخالفت شدید دولت‌های شرکت‌کننده در کنوانسیون مواجه شد و نماینده دولت هلند، گنجانیدن چنین مقرره‌ای در ماده ۳ را عملی خطرناک، توصیف کرد که منجر به عقیم کردن این ماده می‌شود (سیبرت فوهر، ۲۰۱۰، ۲۰)؛ به همین ترتیب، پیشنهاد نماینده یونان در خصوص مستثنی دانستن اقدامات لازم برای حفظ سلامت عمومی، با استقبال دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس مواجه نشد (رابجوی، ۲۰۱۰، ۲۰۰).

در مجموع، می‌توان گفت: ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو، در خصوص حقوق پناهندگان، به رغم دامنه محدودی که از حیث موضوع و زمینه‌های اجرایی دارد، چنانچه به صورت منطقی و بر اساس موازین حقوق بشری تفسیر گردد، از نظر محدوده جغرافیایی و قابلیت تعلیق، مطلق و غیر قابل نقض

محسوب می‌شود؛ لذا شامل حال پناهجوها نیز خواهد شد.^۱ در این باره، باید به این امر معترف بود که اگر چنین تفسیری از ماده ۳، مورد اشاره صورت نگیرد، عملاً، هیچ حمایت خاصی از پناهجوها در نظام حقوق بین‌الملل وجود ندارد و مشخص است که این وضعیت، به هیچ وجه، زیبنده نظام بین‌الملل حقوق بشر نیست.

بر اساس تعریف ذکر شده در ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۱ لازم است که آزار اعمال شده علیه پناهجو بر مبنای یکی از زمینه‌های تبعیض آمیز ذکر شده در کنوانسیون صورت گرفته باشد، ضمن اینکه با ملاحظه تعاریف به عمل آمده از واژه آزار در دکترین و اسناد بین‌المللی آشکار شد که این واژه، اصولاً، خود در بر دارنده اجرای نوعی از رویه‌های تبعیض آمیز علیه گروه‌های اجتماعی معین است؛ هرچند باید توجه داشت که این امر به معنای یکسان پنداری دو مفهوم تبعیض و آزار نیست؛ هرچند که بسیاری از حقوقدانان، آزار را شکل شدید و تحمل ناپذیر تبعیض داشته‌اند (استین‌بوک، ۱۹۹۸، ۸۰۰).

بنابر این، همه موارد اعمال تبعیض حتی بر مبنای زمینه‌های مصرح در کنوانسیون نمی‌تواند آزار مورد حمایت قرار گیرد. کمیساریای عالی ملل متحد در امور پناهندگان در این باره اظهار می‌دارد: در بسیاری از جوامع تفاوت در رفتار با گروه‌های مختلف کم و بیش وجود دارد، اما افرادی که در نتیجه این تفاوت با رفتار نا مساعدتری مواجه می‌شوند، ضرورتاً، قربانی آزار نیستند و تنها در شرایط خاصی است که تبعیض می‌تواند منجر به آزار شود؛ این امر، زمانی محقق می‌شود که اقدامات تبعیض آمیز برای افراد مورد نظر، نتایجی بسیار مضر به بار آورد؛ نتایجی مثل محدودیت‌های جدی بر حق کسب معاش، حق به جا آوردن عبادات مذهبی و یا دسترسی به امکانات آموزشی عادی.

به این ترتیب، کمیساریا، با ملاک قرار دادن میزان و شدت تبعیض و صدمات آثار ناشی از اقدامات تبعیض آمیز و سایر عوامل عینی، نفس اتخاذ رویکردهای تبعیض آمیز علیه پناهجویان را دلیل کافی برای ایجاد ترس موجه از آزار نمی‌داند؛ هرچند که در عین حال تذکر می‌دهد: اگرچه اقدامات تبعیض آمیز، به خودی خود، ممکن است فاقد ماهیت جدی باشند، ولی در هر حال، چنانچه در ذهن شخص پناهجو، احساس ترس و عدم ایمنی نسبت به زندگی آینده او ایجاد کنند، می‌توانند منجر به ترس از آزار شوند. اینکه آیا این اقدامات تبعیض آمیز، فی نفسه می‌توانند منجر به آزار شوند یا نه، باید در پرتو تمامی شرایط سنجیده شوند؛ البته، ادعای ترس از آزار، قدرتمندتر خواهد بود هنگامی که یک فرد، قربانی مجموعه‌ای از اقدامات تبعیض آمیز این چنین شده است و هنگامی که در نتیجه این امر، یک عنصر مرکب نقش دارد.

^۱ علیرغم ماهیت غیر قابل تخطی ماده ۳، باید گفت که با توجه به اطلاق و عموم مفاد ماده ۹ کنوانسیون، در خصوص اتخاذ اقدامات موقتی، در موقع جنگ یا سایر مواقع استثنایی، محتوای ماده مزبور شامل ماده ۳ نیز می‌گردد و دولت‌های عضو می‌توانند با رعایت شرایط ماده اخیر الذکر اقداماتی را به طور موقت و در مورد اشخاص معین، برای حفظ امنیت ملی به عمل آورند.

در مقام ارزیابی مجموعه اقدامات اعمال شده در رویه دولت‌ها می‌توان مشاهده کرد که مراجع قضایی و شبه قضایی مأمور رسیدگی به دعاوی مهاجرت، در وهله نخست، به آثار و نتایج اعمال تبعیض آمیز و میزان صدمات وارده بر پناهجو توجه کرده‌اند. در بسیاری از کشورها، این توجه، معطوف به صدمات فیزیکی یا تهدید جانی است که مستقیماً پناهجو را در معرض خطر قرار می‌دهد. نظر کمیساریای عالی ملل متحد در امور پناهندگان نیز بر اهمیت و تعیین کننده بودن حق حیات و آزادی و امنیت شخصی پناهجو در احراز عنصر آزار دلالت دارد؛ البته، در بعضی از موارد نیز صرف تهدید یا صدمه فیزیکی برای احراز عنصر آزار کافی دانسته نشده و توجه به جو کلی و فضای عمومی جامعه و نیز سوابق دولت متبوع پناهجو در برخورد با اقدامات و رویه‌های تبعیض آمیز، مورد توجه قرار گرفته است.

متقابلاً، برخی دیگر از دولت‌ها، نظیر زلاندنو، توجه به ماهیت و شدت اقدامات تبعیض آمیز و تعدد و ترکیب زمینه‌های تبعیض را در اولویت قرار داده‌اند. از نظر این مراجع، سازمان یافتگی اقدامات تبعیض آمیز و چندگونگی آن‌ها می‌تواند نقش بسزایی در تفسیر مفهوم تبعیض منجر به آزار ایفاء کند.

نهایتاً، در مقام تحلیل رابطه میان تبعیض و آزار می‌توان نتیجه‌گیری کرد که اولاً، میان این دو مفهوم، رابطه تساوی یا این همانی وجود ندارد؛ یعنی: مفهوم آزار، موارد ویژه و معینی از اقدامات تبعیض آمیز را در بر می‌گیرد؛ ثانیاً، با بررسی رویه قضایی راجع به تفسیر مصادیق تبعیض، ملاحظه گردید که علیرغم رویکرد متفاوت مراجع قضایی و اداری دولت‌های عضو کنوانسیون ۱۹۵۱ نسبت به تفسیر ماده ۱ این سند بین المللی، همه این مراجع، جو عمومی و سوابق دولت متبوع پناهجو را در برخورد و پیگیری موارد اعمال تبعیض علیه اقلیت‌های قومی، نژادی، مذهبی و... به عنوان یک عامل تعیین کننده، مورد توجه قرار داده‌اند.

۳. توانمندسازی چند سطحی

توانمندسازی چند سطحی، عبارت است از رویکردی که بر اساس آن، وضعیت زنان آسیب دیده، به ویژه زنان پناهجوی بزه دیده، باید به شرایط ایده‌آلی برسد که در شرایط جدید، اولاً، آنان، قادر به ادامه زندگی به صورت عادی باشند و از بسترها و شرایط بزه دیدگی و آسیب دیدگی به دور باشند؛ ثانیاً، بتوانند به ارتقای کیفیت و استانداردهای زندگی شخصی خود مبادرت ورزند. چند سطحی بودن توانمندسازی، به معنای عدم انحصار توانمندسازی به حوزه یا قلمرو خاص و در عوض، ارتقای سطح توانمندسازی به قلمروهای مختلف است؛ به ویژه سه قلمروی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، موضوع الگوی توانمندسازی هستند.

۴. اهمیت و ضرورت توانمندسازی زنان بزرگ‌دیده پناهجو

یک معضل اساسی که زنان پناهجو، حسب شواهد و ادله موجود و مشهود، با آن، دست و پنجه نرم می‌کنند، تبعیض میان آنان و دیگر پناهندگان و اتباع است. رویکرد توانمندسازی، در حقیقت، حرکتی انتقادی و مخالف با تبعیض قائل شدن میان زنان پناهجو با دیگر زنان پناهنده است. این‌گونه گفته شده است که در پرتو اجرای رویکرد توانمندسازی، زنان پناهجو، مورد حمایت‌های تقنینی، قضایی و اجرایی خاص قرار می‌گیرند و آنگاه می‌توان مدعی شد که دیگر قربانی تبعیض نیستند.

ایده توانمندسازی در مورد زنان پناهجو، با دو رویکرد کلی، مطرح است: رویکرد کلی یا عام و رویکرد افتراقی یا خاص.

در رویکرد کلی، زنان پناهجو به سبب آنکه زن هستند و آسیب‌پذیر محسوب می‌شوند، مشمول حمایت‌های توانمندساز قرار می‌گیرند و در رویکرد خاص، این دسته از زنان، به سبب آنکه تقاضای پناهندگی آن‌ها از سوی هیچ دولتی، مورد قبول قرار نگرفته و لاجرم، در وضعیت آشکار بلا تکلیفی قرار دارند، باید مورد حمایت افتراقی قرار گیرند.

بر اساس رویکرد عام، در اسناد بین‌المللی راجع به زنان و حمایت از حقوق آن‌ها، دولت‌ها متعهد می‌شوند که برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان را به عنوان راه‌های مؤثر برای مبارزه با فقر، گرسنگی، بیماری و به منظور تشویق راهبردی توسعه ارتقا دهند.

اعلامیه هزاره، در ضمن، سعی بر اجرا و ایفای کنوانسیون لغو هرگونه تبعیض علیه زنان دارد و از جمله اهداف آن در رابطه با زنان نیز اعطای اولویت جهانی به آموزش، ارتقای برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان و بهبود بهداشت و سلامتی آنان است. مسلماً، برای رسیدن به توانمندسازی زنان، لازم است که تمام این موضوعات و زمینه‌ها را در کنار هم قرار داد؛ چون به هر حال، هدف همه این اسناد، یکی است و آن هم، ارتقای حقوق زنان است؛ اما نکته‌ای که از مطالعه این اسناد به نظر می‌رسد، تنوع و گستردگی موضوعات مورد توجه آن‌ها است؛ از ازدواج و حمایت از مادر بودن و تبعیض جنسیتی گرفته تا کار، آموزش، ملیت و مهاجرت و حتی عدم تبعیض در نام خانوادگی در این اسناد مورد توجه هستند. ورود به این جزئیات نشان می‌دهد که زنان در بخش‌های متفاوت به حمایت نیاز دارند و تقریباً، جهت‌گیری بین‌المللی به سمت حفظ و ارتقا و ارائه حقوقی است که بسیاری از آن‌ها اصلاً نباید در معادلات و روابط جنسیتی قرار گیرد.

با تجمیع آنچه در این اسناد، در این باره آمده، می‌توان اظهار داشت: توانمندسازی زنان، عبارت از هر راهکار و ساز و کاری است که به نحوی قدرت، مهارت، جسارت و توان زنان را در مواجهه با مسائل و معضلات گوناگون در عرصه‌های متنوع زندگی فردی و اجتماعی و به ویژه در رویارویی با موقعیت‌های

بزه دیدگی، از جمله به دلیل خشونت، افزایش می‌دهد و کیفیت زندگی آنان را به استانداردهای شناخته شده نزدیک می‌سازد.

متقابلاً، در رویکرد خاص، این‌گونه فرض می‌شود که زنان پناهجو، به سبب وضعیت خاصی که در آن، قرار دارند، به شدت، هدف‌های مناسبی به منظور بزه دیده شدن توسط مجرمان مصمم و با انگیزه محسوب می‌شوند. آسیب پذیری این دسته از زنان، با عنایت به شرایط خاصی که دارند، به مراتب در برخی جرائم، از جمله جرائم جنسی و جنسیتی، بیشتر است. نظر به این شرایط ویژه، حمایت نظام‌های حقوقی نمی‌تواند براساس الگوهای سنتی و چه غیر کافی، انجام گیرد، بلکه لازم است تا حمایت‌های افتراقی، شامل حال این دسته از زنان شود. یکی از مهمترین اقسام و گونه‌های این حمایت افتراقی، پیش بینی حق دسترسی به عدالت کیفری برای زنان پناهجو است که یکی از مسائل اصلی مورد بررسی در نوشتار حاضر است.

۵. اقسام توانمندسازی زنان بزه دیده پناهجو

با عنایت به مؤلفه‌ها و کارکردهای راهبرد توانمندسازی، می‌توان دست کم آن را در سه سطح، به منظور پیشگیری از وقوع جرائم، به ویژه جرائم خشونت بار نسبت به زنان پناهجو عملیاتی کرد؛ سطح اجتماعی، سطح فرهنگی و سطح اقتصادی. راهبرد توانمندسازی به تناسب هر یک از این سطوح، وضعیت متفاوتی پیدا می‌کند، ولی در مجموع، همگی می‌توانند مهمترین انواع توانمندسازی زنان پناهجو برای پیشگیری از وقوع جرائم نسبت به آنها باشند.

۵-۱. توانمندسازی اجتماعی

اجتماع، صحنه رویارویی افراد است. چه بسا در مواجهاتی که افراد با یکدیگر دارند، میان آنها اصطکاک منافع رخ دهد و به تنازع بینجامد. غالب جرائمی که در قوانین کیفری کشورهای مختلف به وصف مجازات مقید شده‌اند، در عرصه اجتماع رخ می‌دهند و جز نادر مواردی که ارتکاب جرم علیه خود و منافع خود واقع می‌شود (نظیر: خودکشی، خودزنی، احراق اموال خود و... که در خلوت شخصی فرد از سوی او نسبت به خودش وقوع می‌یابند). دیگر جرائم، الزاماً، در تعاملاتی که فرد خواسته یا ناخواسته با دیگران برقرار می‌کند، مجال وقوع پیدا می‌کنند؛ بنابر این، اجتماع و مؤلفه‌های اجتماعی، همچنانکه می‌توانند فرصتی برای عرض اندام جاذبه‌های بزه دیدگی باشند و زمینه را برای ارتکاب جرم از سوی مجرمین فراهم کنند، می‌توانند بستر پیشگیری از وقوع جرائم نیز باشند. در واقع، با امعان نظر و مذاقه در فرصت‌هایی که در سطح اجتماع وجود دارند و احتمال بزه دیدگی را به ویژه در ارتباط با اقشار آسیب پذیر بالا می‌برند، می‌توان به امر پیشگیری از جرم نائل آمد.

رویکرد توانمندسازی اجتماعی بر این پیش فرض، استوار است که در ما نحن فیه، چنانچه زنان، به حدی مطلوب و قابل قبول از کیفیت حضور و فعالیت در عرصه اجتماعی برسند، به نحوی که میان آنان و مردان، جز تفاوت‌های جنسیتی، تمایز قابل توجه دیگری قابل احصا نباشد و در واقع، زمینه هرگونه تبعیضی میان آنان و مردان مرتفع گردد، در واقع، توانمندسازی اجتماعی آنان رقم خورده و از رهگذر آن می‌توان به پیشگیری از وقوع خشونت علیه آنان، مبادرت ورزید (فرجی‌ها، آذری، ۱۳۸۸، ۳۹).

نوع دیگری از توانمندسازی در مورد زنان پناهجو که می‌تواند قدرت و توان مقابله با بحران‌ها را در آنان افزایش بخشد، توانمندسازی فرهنگی است.

۲-۵. توانمندسازی فرهنگی

نکته قابل توجه در بحث توانمندسازی فرهنگی زنان، این است که شاید مقولات جنسیتی در بسترهای سیاسی، اقتصادی و یا آموزشی ثبات بیابند و پایدار شوند و تلاش زیادی برای تغییر آن‌ها به سوی اصل برابری و توانمندسازی زنان نیاز باشد، اما می‌توان از حوزه فرهنگی که از ویژگی‌ها و استعدادها بالقوه آن، انعطاف‌پذیری در برخورد با تنوعات فکری و ارزشی است، برای رسیدن به تغییر استفاده کرد؛ بنابراین، به ابزارهای گوناگون که از جمله مهمترین آن‌ها آموزش مهارت‌ها و حرفه‌ها و نحوه مدیریت زندگی فردی و اجتماعی به طور عام و آموزش حقوق شهروندی و حقوق بشر به طور خاص می‌باشد، می‌توان به این مهم، یعنی: ایجاد فرصت‌هایی هرچه بیشتر برای توانمندسازی زنان در بستر فرهنگی دست یافت؛ چراکه اسناد سازمان ملل متحد درباره پیشرفت زنان، علت پیشرفت آهسته زنان را عدم مشارکت فعال آنان در سطوح مختلف فرهنگی می‌داند (مقدسی، ۱۳۷۸، ۱۷۳).

آموزش برای توانمندسازی باید به جلو حرکت کند و این نکته مهم را شناسایی کند که افراد علاوه بر توانایی دانستن واقعیت، برای عمل و عکس‌العمل منتقدانه هم قدرت دارند؛ بنابراین، هدف از آموزش، توسعه این توانایی است که دانش‌آموزان (به ویژه دانش‌آموزان دختر که زنان و مادران آینده جامعه هستند)، ساختار زیربنایی یک عمل یا تجربه را برای آشکار کردن روابط و تعاملات خود کشف انگیزه‌ها یا منابع پنهان شده در آن، تحلیل کنند (میتجس، ۱۹۹۷، ۷۳). فرایند یادگیری، نوعی خودآگاهی است که افراد در آن، نه فقط به عنوان دریافت‌کننده، بلکه به عنوان فاعلان آگاه، هم شناخت عمیقی از واقعیت اجتماعی - فرهنگی به دست می‌آورند که زندگی‌های آنان را شکل می‌دهد و هم توانایی برای تغییر این واقعیت را به دست می‌آورند (پورکمال، ۱۳۹۱، ۳۹).

یونسکو در ۱۹۶۰ کنوانسیون علیه تبعیض در آموزش را تصویب کرد که بر رعایت جهانی حقوق بشر در جهت فرصت‌های آموزشی تأکید کرد.

برای رسیدن به هدف این کنوانسیون، واژه تبعیض، شامل هرگونه تمایز، محرومیت، محدودیت یا ترجیح است که بر مبنای نژاد، رنگ، جنسیت، زبان یا مذهب، عقیده سیاسی و... باشد که منجر به نقض برابری رفتار در آموزش می‌شود. درحقیقت، عدم امکان دسترسی زنان به آموزش، تبعیض علیه آنان شناسایی می‌شود.

اصولاً، آموزش در هر سطحی، یک فرایند توانمندکننده است که سبب اشراف افراد بر محیط اطراف و اجتماع و کنترل روابط آنان با دیگران خواهد شد و تأثیرات مثبت مختلف اقتصادی، سیاسی و اجتماعی بر جای خواهد گذاشت؛ چه برای زنان و چه برای دیگر اقشار جامعه. آنچه که در بحث توانمندسازی زنان در زمینه آموزش حقوق بشر اهمیت دارد، ایجاد فرصت‌های آموزشی برابر، در جهت پرورش قابلیت‌ها و استعدادهای زنان است. روشن است که توانمندسازی زنان در بعد فرهنگی، در نهایت، به ارتقای قابلیت‌ها و توانایی‌های فردی آنان منتهی می‌گردد و موجب می‌شود که قدرت مواجهه با موقعیت‌های مسأله ساز، از جمله وضعیت‌های بزه دیده پرور و حل بحران‌ها در آنان، ایجاد یا تقویت شود. تأثیر این نوع توانمندسازی در پیشگیری از وقوع خشونت علیه زنان، امری بدیهی به نظر می‌رسد.

۳-۵. توانمندسازی اقتصادی

توانمندسازی اقتصادی زنان ابعاد گسترده و گوناگونی را در بر می‌گیرد؛ از شرایط و موقعیت اقتصادی زنان در خانواده گرفته تا جایگاه اقتصادی و اهمیت استقلال اقتصادی آنان در عرصه فرصت‌های اجتماعی. زنان، چقدر در خانواده، استقلال اقتصادی دارند و جامعه، به چه میزان فرصت‌های کاری و یا تولیدی و درآمدزایی برای آنان فراهم می‌کند؟ رویکرد توانمندسازی زنان، بیشتر از آنکه یک امر صرفاً اقتصادی باشد، در جستجوی شناخت و بیان نگرش جنسیتی یا تبعیض جنسیتی اقتصادی نسبت به زنان است و به دنبال کسب راه حل‌ها و راهبردهایی در جهت کاستن از اثرات منفی این نگرش و فراهم آوردن فرصت‌های برابری اقتصادی هرچه بیشتر برای زنان است (یالم، کریتلی، ۲۰۲۳، ۵).

حقوق بشر امروزی، از دیدگاه حق بر کار و اشتغال و حق بر بهره‌مندی از فرصت‌های برابر اقتصادی، به توانمندسازی اقتصادی زنان توجه کرده است و آن را از جمله حقوق بنیادین بشری آن‌ها می‌داند. در این راستا، مواردی چون لزوم و اهمیت دستیابی زنان به منابع تولیدی، اهمیت آموزش زنان، جهت هدایت صحیح این منابع برای کارهای تولیدی و درآمدزا، ایجاد سازمان‌ها و برنامه‌های اقتصادی برای رسیدن به برابری زنان در این عرصه، اهمیت فراوانی پیدا می‌کنند.

با مطالعه پیشنهادهایی که برای توانمندسازی زنان در عرصه اقتصادی ارائه شده است، می‌توان به این نتیجه رسید که همه آن‌ها به دنبال ارتقای وضعیت اقتصادی زنان در جامعه و کمتر کردن فاصله آنان با مردان در این عرصه هستند. گفته شده است که بیشتر کردن این قرابت، شکافی که بین زنان و مردان

از حیث حضور و فعالیت در عرصه اقتصادی جامعه دیده می‌شود، تا حدود زیادی پوشش داده و این تصور را برای زنان ایجاد می‌کند که جامعه، به کار و فعالیت و سودآوری آنان نیز علاوه بر کارکرد مردان نیاز دارد؛ بنابر این، بی‌آنکه بخواهند قشر فراموش شده جامعه به شمار روند، می‌توانند چه بسا بهتر از مردان در عرصه اقتصادی جامعه فعالیت داشته باشند، پس آنان، قشر ضعیف‌تر و طرد شده نیستند، بلکه دوشادوش مردان می‌توانند در عرصه زندگی فردی و اجتماعی خود سودآوری داشته باشند.

به نظر می‌رسد این ایده، به ویژه در جوامع سنتی، که غالباً بر تفکر اشتراک اموال زن و مرد در زندگی مشترک، تحت تکفل بودن زن از بدو تولد تا پایان زندگی، نداشتن استقلال مالی و مواردی از این قبیل بنیان یافته‌اند و همه این موارد، زمینه ساز نگاه از بالا به پایین به زنان و در نهایت، وقوع خشونت نسبت به آنان می‌شوند، بتواند به نحو بارزی توان و قدرت تصمیم‌گیری، تصمیم سازی و اقدام و عمل را به زنان ببخشد و بدین ترتیب، زمینه بروز خشونت نسبت به آنان، لااقل در این قبیل زمینه‌ها را به نحو محسوس کاهش دهد (هومین فر، ۱۳۸۴، ۴۴).

۶. تضمین حق دسترسی زنان بزه دیده پناهجو به عدالت کیفری

۶-۱. رویکرد حمایتی نظام‌های عدالت کیفری بر اساس نگاه جنسیت محور

امروزه، بیشتر نظام‌های عدالت کیفری با اتخاذ رویکردی جنسیت محور، در تلاش هستند در تصویب و اجرای قوانین کیفری ماهوی و شکلی، رویکردی جنسیت محور اتخاذ کنند؛ لذا وقتی صحبت از جرم می‌شود، زنان با مردان متفاوت هستند؛ همان‌گونه که در جامعه نیز با آنان به شکلی متفاوت برخورد می‌شود. تفاوت‌های جنسیتی و رابطه میان اقتصاد، نابرابری و جرم در طول زمان توسط جرم‌شناسان مورد بررسی قرار گرفت (کمائی و دیگران، ۱۴۰۱، ۷۷). در برخی گفتمان‌های مطرح در جرم‌شناسی و کیفرشناسی معاصر، سخن از زنانه شدن قوانین است و این تعبیر، آشکارا دلالت بر جنسیت محور شدن رویکرد نظام‌های حقوقی در تعیین و اجرای ساز و کارها و تدابیر حمایتی از اقشار آسیب پذیر جامعه است.

یکی از مهمترین جلوه‌های زنانه شدن رویکردها در سیستم‌های حقوقی حمایتگر از زنان، اتخاذ و اجرای رویکرد جنسیت محور در راستای حمایت از زنانی است که به دلایل مختلف ساختاری و یا عملکردی، در شرایطی نابرابر با دیگر زنانی قرار گرفته‌اند که در وضعیت عادی به سر می‌برند. به نظر می‌رسد با تفسیری که ارائه شد، زنان پناهجو، از جمله مصادیق مهم و عیان زنان نا برابر، یا زنان دچار تبعیض، محسوب می‌شوند. با عنایت به تعریفی که در ابتدای نوشتار حاضر از وضعیت پناهجویی به دست داده شد، زنان پناهجو، شایسته حمایت‌های افتراقی نسبت به دیگر زنان و حتی در مقایسه با زنان

پناهنده هستند و این، از جمله، یکی از وظایف نظام‌های عدالت کیفری است که در راستای تضمین حمایت‌های افتراقی نسبت به این زنان گام بردارند.

از این رو، به منظور مقابله با پدیده تبعیض جنسیتی میان زنان پناهجو و دیگر زنان، حتی زنان پناهنده، فعالان حقوق زنان و بسیاری از نظریه پردازان، بر آن شده‌اند تا با شناساندن زنان پناهجو به عنوان یکی از مهمترین گروه‌های بزه دیدگان آسیب پذیر و نا مناسب نشان دادن وضعیت این زنان در مقایسه با دیگر گروه‌ها و اقشار بانوان در سطح جامعه و افزایش حساسیت‌ها نسبت به شرایطی که زنان پناهجو در آن قرار گرفته‌اند، سعی در ارائه راهکارهایی در جهت تأمین و تضمین حمایت‌های افتراقی و خاص نسبت به این زنان به نظام‌های کیفری داشته‌اند. کاهش نرخ این‌گونه جرایم در خانواده، اصلاح عوامل و درمان بزه دیدگان آن کنند. شکلی آشکار از اعمال حمایت‌های افتراقی از زنان پناهجو، شناسایی حق دسترسی به عدالت کیفری برای این زنان، به صورت خاص و ویژه است. در ادامه، در این مورد، توضیح بیشتری ارائه خواهد شد.

۲-۶. شکل‌گیری الگوهای حمایت از زنان پناهجوی بزه دیده در راستای تضمین حق دسترسی آن‌ها به عدالت کیفری

یک جلوه بارز حمایت نظام‌های عدالت کیفری بر اساس رویکرد جنسیت محور از زنان پناهجو، تأمین و تضمین شرایط برای دسترسی داشتن این دسته از زنان به بهره‌مندی از عدالت کیفری است. در واقع، بنابر همان شرایط خاصی که زنان پناهجو در آن قرار دارند و سابق بر این، در مورد این شرایط، توضیحات مکفی ارائه شد. امروزه، این پیش فرض در میان تحلیلگران و نظریه پردازان شکل گرفته است که درصد قابل توجهی از زنان پناهجو در طول سالیان متمادی، از نظر جسمی، جنسی یا روانی مورد اذیت و آزار قرار گرفته‌اند؛ بنابر این، اتخاذ یک رویکرد جنسیت محور در تضمین حق دسترسی به عدالت کیفری برای زنان پناهجو، یک ضرورت اجتناب ناپذیر است.

۳-۶. جرم انگاری و کیفرگذاری افتراقی نسبت به جرائم ارتكابی نسبت به زنان پناهجو

یک مبنای اصلی حمایت کیفری افتراقی از زنان پناهجو و تضمین حق دسترسی آنان به عدالت کیفری، جرم انگاری و کیفرگذاری به صورت افتراقی و ویژه است. جرم انگاری و کیفرگذاری افتراقی، در حقوق کیفری، اساساً، نسبت به مقولات، مسائل، ارزش‌ها و هنجارهایی صورت می‌گیرد که بنابر دلایل مختلف، از جمله حساسیت‌های اخلاقی یا اجتماعی، موضوعات مهم محسوب شده و باید مشمول رویکردهای قانونگذاری خاص قرار گیرند.

جرایم ارتكابی نسبت به زنان پناهجو، غالباً، جرائم جنسی و جنسیتی هستند. حساسیت این جرائم، آن هم نسبت به این دسته از بزه دیدگان خاص، موجب می‌شود تا دلیل کافی برای اقدام به جرم انگاری و کیفرگذاری افتراقی راجع به رفتارهای ممنوع ارتكابی نسبت به این زنان، فراهم گردد؛ بر این اساس، در راستای جرم انگاری رفتارهای ممنوع جنسی و جنسیتی نسبت به زنان پناهجو، نمی‌توان به الگوهای سنتی اکتفا کرد، بلکه دست کم، کاری که باید انجام شود، تشدید مجازات مرتکبان این جرائم نسبت به زنان پناهجو به نحو مقتضی است.

۴-۶. پیش بینی ساز و کارهای ویژه برای رسیدگی قضایی نسبت به جرائم ارتكابی نسبت به زنان

پناهجو

به دلیل حساسیت جرائم ارتكابی نسبت به زنان پناهجو، از یک سو و به سبب لزوم ویژه انگاری شرایط زنان پناهجو از سوی دیگر، لازم است تا ساز و کارهای قضایی ویژه‌ای نیز به منظور رسیدگی قضایی نسبت به این جرائم، در نظام‌های عدالت کیفری تعیین گردد. در برخی موارد، حتی پیشنهاد برگزاری دادگاه‌های صحرائی، حتی در محل وقوع جرم و به صورت علنی و با حضور عموم مردم برای رسیدگی سریع به این جرائم نیز داده شده است.

دلیل این قبیل تأکیدات، شرایط خاصی که زنان پناهجو به سبب برخورداری از وصف بی‌پناه بودن در حقوق بین‌الملل، در آن به سر می‌برند. این شرایط، از زنان پناهجو، بزه دیدگانی به شدت آسیب پذیر می‌سازد که حمایت کیفری افتراقی از آنان جز با پیش بینی تدابیر قضایی خاص برای رسیدگی سریع و بدون فوت وقت، به جرائم ارتكابی و در نظر داشتن همه تضمین‌های دادرسی عادلانه نسبت به این زنان به عنوان بزه دیدگان ویژه، محقق نمی‌شود.

۵-۶. اجرای حمایت‌های پسا قضایی از زنان پناهجو

تضمین حق زنان پناهجو به عدالت کیفری، فقط به جرم انگاری‌ها و کیفرگذاری‌های خاص و افتراقی و به اجرای ساز و کارهای قضایی ویژه محدود نمی‌شود، بلکه این زنان به سبب شرایط خاصی که در آن قرار دارند، پس از برگزاری دادرسی کیفری افتراقی حمایت مدار نیز نیاز به حمایت دارند. در این زمینه، باید به این نکته توجه داشت که این زنان، حتی اگر راهبردهای قبلی در مورد آنان اجرایی شده باشد، هنوز از وصف پناهجو بودن برخوردارند و وضعیت آنان از حیث حقوق بین‌الملل، تفاوتی نکرده است؛ لذا لازم است تا پس از دادرسی، از انواع تدابیر حمایتی به ویژه در عرصه اقتصادی و اجتماعی بهره‌مند گردند.

پیش بینی حق‌هایی، از جمله حق اشتغال مناسب، حق بهره‌مندی از مسکن متناسب، حق انتخاب همسر و ازدواج، حق بهره‌مندی از پوشش‌های بیمه‌ای و... کاملاً، در راستای ایده توانمندسازی این زنان

است که پیش از این، موضوع بحث کنونی قرار گرفت؛ بر این اساس، حمایت از زنان پناهجو، محدود به مرحله قضایی و یا حتی پیشا قضایی نیست، بلکه در مرحله پسا قضایی نیز اصل حمایت افتراقی از این زنان، به اعتبار خود باقی است.

نتیجه‌گیری

زنان بزه دیده پناهجو، از جمله آسیب پذیرترین اقشار در میان زنان هستند. این دسته از زنان، به سبب وضعیت خاصی که در آن به سر می‌برند، هدف‌های بسیار مناسبی برای بزه دیده واقع شدن و تجربه انواع بزه دیدگی‌ها به ویژه بزه دیدگی‌های جنسی و جنسیتی هستند. در چنین وضعیتی، طبعاً، اسناد بین‌المللی راجع به پناهندگان و پناهجویان و حقوق آنان، مجموعه‌ای از الگوهای رفتاری در راستای حمایت نظام‌های حقوقی از این قبیل زنان را مد نظر قرار داده و به نظام‌های حقوقی ملی، پیشنهاد می‌کنند. بر اساس بخش مهمی از این الگوهای حمایتی، نظام‌های حقوقی باید به دنبال یافتن راهکارها و روش‌هایی برای ارتقای جایگاه زنان بزه دیده پناهجو در عرصه‌های مختلف، از جمله اجتماعی و حقوقی باشند.

به دلیل آنکه احتمال بزه دیدگی زنان پناهجو، به شدت بالا است و نیز به سبب مشخص نبودن وضعیت پناهندگی و تابعیت آنان و نیز به دلیل معلوم نبودن وضعیت موافقت دولت مورد تقاضا برای قبول درخواست پناهندگی پناهجویان، نظام‌های حقوقی باید در صدد یافتن و اجرای راهکارهای گوناگون و مؤثر و کارآمد در زمینه حمایت همه جانبه از زنان بزه دیده پناهجو باشند. اصول و موازین مهمی در زمینه ارتقای جایگاه زنان بزه دیده پناهجو، مورد سفارش و تأکید است؛ اصولی چون: منع تبعیض و نیز توانمندسازی چند سطحی (چند جانبه)، از جمله مهمترین این اصول و موازین هستند.

با این حال، امروزه، در راستای حمایت بیشتر از زنان بزه دیده پناهجو، حق مشخصی تحت عنوان حق دسترسی به عدالت، به ویژه در بعد کیفری، برای آنان مورد شناسایی قرار گرفته است؛ بر اساس این حق، زنان بزه دیده پناهجو، باید بتوانند نسبت به خشونت‌هایی که تجربه کرده‌اند و در واقع نسبت به عامل‌های وقوع خشونت نسبت به خود، اقدام به طرح دعاوی و شکایات در مراجع قانونی و قضایی ذیصلاح کرده و حقوق قانونی خود را از این مراجع، مطالبه کنند.

تأمین و تضمین حق دسترسی زنان بزه دیده پناهجو به عدالت، به ویژه عدالت کیفری، جلوه بارزی از حمایت از این زنان در راستای ارتقای جایگاه اجتماعی و حقوقی آنان است. بر اساس مفاد و محتوای این اصل، زنان بزه دیده پناهجو، حق خواهند داشت شکایات کیفری راجع به تعیین و اجرای مجازات نسبت به خشونت‌گران و دعاوی حقوقی مربوط به دریافت خسارات متحمل شده را به طرفیت عوامل وقوع خشونت و خسارت، اقامه کنند و در مقابل، مراجع قانونی و قضایی نیز تکلیف دارند وضعیت زنان

بزه دیده پناهجو را به عنوان یک وضعیت خاص و آسیب پذیر قلمداد کرده و در جهت احقاق حقوق قانونی این دسته از زنان، اقدام کنند.

شناسایی حق دسترسی زنان بزه دیده پناهجو به عدالت، به ویژه عدالت کیفری، در واقع، مکمل نهایی برای همه انواع حمایت‌هایی است که به صورت مرسوم و عادی نسبت به این دسته از زنان، مورد تأکید و تصریح اسناد بین‌المللی قرار گرفته است. این حق، به طور خاص، در واقع، ایده توانمندسازی چند جانبه را که در مورد زنان بزه دیده پناهجو مطرح است، تکمیل کرده و چنانچه احیاناً، در روند توانمندسازی این زنان، خللی وجود داشته، برطرف خواهد ساخت.

زنان پناهجو با مشکلات و محدودیت‌های قابل توجهی در دسترسی به عدالت کیفری مواجه هستند. این مشکلات، شامل عواملی مانند: نا مشخص بودن حقوق قانونی، عدم آگاهی از فرآیندهای قانونی، مسائل زبانی و فرهنگی و همچنین دسترسی محدود به منابع حقوقی است.

برای حل این چالش‌ها، راهکارهایی نیز مطرح شدند؛ برای مثال، تصحیح سیاست‌ها و قوانین مربوط به دسترسی زنان پناهجو به عدالت کیفری، افزایش آگاهی و آموزش حقوقی برای زنان پناهجو، ایجاد مراکز حقوقی و آموزشی و تسهیل دسترسی به مشاوره حقوقی است.

با انجام این راهکارها و اجرای سیاست‌های مناسب، می‌توان دسترسی زنان پناهجو را به عدالت کیفری، بهبود بخشید و آنان را در دستیابی به حقوق و عدالت تقویت کرد. این اقدامات می‌توانند به وفور از اسناد بین‌المللی حاکم در این زمینه، الهام گرفته شوند و نقش مهمی در بهبود وضعیت حقوق بشر زنان پناهجو داشته باشند.

همکاری بین کشورها، سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های غیر دولتی، در جهت اجرای این راهکارها و ایجاد تغییرات قابل توجهی در سیاست‌ها و قوانین، می‌تواند بهبود قابل توجهی در دسترسی زنان پناهجو به عدالت کیفری ایجاد کند.

توجه به نیازها و حقوق زنان پناهجو و اجرای تدابیر قانونی و سیاستی مناسب می‌تواند بهبود قابل توجهی در دسترسی آنان به عدالت کیفری و بهبود وضعیت حقوق بشر آنان را به همراه داشته باشد.

درباره‌ی ساز و کارهای تضمین حق دسترسی به عدالت کیفری برای زنان پناهجو، سه راهکار اصلی به عنوان مبناهای اصلی تضمین حق، مورد توجه قرار گرفته‌اند؛ جرم‌انگاری و کیفرگذاری افتراقی نسبت به جرائم ارتكابی نسبت به زنان پناهجو، پیش‌بینی ساز و کارهای ویژه برای رسیدگی قضایی نسبت به جرائم ارتكابی نسبت به زنان پناهجو و اجرای حمایت‌های پسا قضایی از زنان پناهجو مورد تأکید است؛ بر این اساس، منظومه‌ای از ساز و کارها و تدابیر از مرحله پیشا قضایی تا مرحله پسا قضایی به منظور تأمین و تضمین حق دسترسی به عدالت کیفری برای زنان پناهجو در نظر گرفته شده است.

مشخص است که رویکرد همه کشورها در راستای تأمین و تضمین حق مورد اشاره و ساز و کارها و تدابیر مبنایی تأمین و تضمین این حق، الزاماً یکسان نیست و چه بسا برخی کشورها به سبب بی‌تابعیت بودن زنان پناهجو، اصولاً، هیچ راهکار مشخصی برای حمایت افتراقی از این زنان، تعریف و اعمال نکرده باشند، لیکن در نوشتار حاضر، بایسته‌های حاکم بر حمایت‌های ویژه از زنان پناهجو، به ویژه، در زمینه دسترسی آنان به عدالت کیفری با وصف افتراقی، مورد بحث قرار گرفت؛ طبعاً، از لحاظ یک تفسیر منطقی و مبتنی بر حقوق بشری زنان پناهجو از ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۱، یک مبنای مقدماتی برای پیش بینی حمایت‌های خاص از زنان پناهجو و اعتقاد به شمول حمایت‌های پیش بینی شده در مورد زنان پناهنده نسبت به زنان پناهجو در نظام فعلی حقوق بین‌الملل است. پس از آن، باید در راستای حمایت کیفری افتراقی از این زنان، از رهگذر پیش بینی حق دسترسی به عدالت کیفری به صورت ویژه، گام برداشت.

کتابشناسی

۱. باقری، شهلا؛ افشین‌پور، منیژه، (۱۳۹۹)، «نقدی بر عرصه کارکردهای سازمان ملل متحد در دفاع از حقوق زنان»، نشریه پژوهش‌نامه حقوق بشری، شماره: ۲۰.
۲. پورکمال، مصطفی، (۱۳۹۱)، توانمندسازی زنان و حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۳. جلیل پیران، علی‌کرم؛ مردانی، نادر؛ عطاشنه، منصور، (۱۴۰۱)، «جایگاه بیگانگان و مهاجران در حقوق اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای با تأکید بر کنوانسیون ۱۹۵۱ حقوق پناهندگان»، فصلنامه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، سال سیزدهم، شماره: ۵۱، ص ۲۲۱-۲۴۱.
۴. حسن‌زاده، قدرت اله، (۱۳۸۱)، بررسی حقوق پناهندگان در نظام حقوق بین‌الملل و چگونگی مطابقت آن حقوق داخلی با آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۵. فرجی‌ها، محمد؛ آذری، هاجر، (۱۳۸۸)، «حمایت کیفری از زنان قربانی تجاوز در حقوق ایران»، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال یازدهم، شماره: ۴۰.
۶. کمائی، مریم؛ ابوالحسنی، سلامه؛ فرهود، نغمه، (۱۴۰۱)، «زنان و مجرمین یقه سفید: مقایسه جرائم یقه صورتی و یقه سفید در حقوق ایران و نروژ»، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره اول، شماره: ۴.
۷. کیهانلو، فاطمه، (۱۳۸۵)، تعریف پناهنده در پرتو آراء محاکم قضایی بین‌المللی، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، تهران، دانشگاه تهران.
۸. کیهانلو، فاطمه، (۱۳۸۶)، «توسعه حمایت از زنان در حقوق پناهندگی: پیدایش مفهوم آزار مرتبط با جنسیت»، سالنامه مجله ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره: ۳.
۹. کیهانلو، فاطمه، (۱۳۸۹)، «مفهوم فقدان حمایت دولت در دعاوی پناهندگی»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره: ۲۸.
۱۰. کیهانلو، فاطمه، (۱۳۹۰)، پناهندگی: نظریه‌ها و رویه‌ها، تهران، جنگل جاودانه.

۱۱. مقدسی، نجمه، (۱۳۷۸)، «خشونت علیه زنان»، کتاب نقد (ویژه حقوق زن)، شماره: ۱۲.
۱۲. وجدانی فخر، مهدیه؛ دارابی، شهرداد؛ نجفی توانا، علی، (۱۴۰۱)، «بزه‌دیدگی زنان در قلمرو ملی و فراملی با تأکید بر نظریات جرم‌شناسی»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره پانزدهم، شماره: ۵۶.
۱۳. هومین فر، الهام، (۱۳۸۴)، «فاجعه و تشدید تبعیض‌های جنسیتی»، مجله زنان، شماره: ۱۲۸.
14. Chimni, B.S. (2000), **International Refugee Law: A Reader**, 1st ed, New Delhi: SAGE Publications Pvt.Ltd.
15. Gillis, Stacy; Howie, Gillian; Munford, Rebecca, (2007), **Third Wave of feminism: A Critical Exploration**, London, Palgrave Macmillan.
16. Hathaway, James, (2005), **The Rights of Refugee Under international law**, Cambridge, Cambridge University Press.
17. Lambert, Hélène, (2008), “**Seeking Asylum: Comparative Law and Practice in Selected European Countries**”, Martinus Nijhoff, Vol: 46, p:232.
18. McColgan, Aileen, (2003), “**Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law**”, European Human Rights Law Review, No: 2, p: 157-176.
19. McKean, Warwick, (2007), **Equality and Discrimination under International Law**. Oxford, Clarendon Press.
20. Meitjes, Garth, (1997), **Human Rights Education as Empowerment: Reflections on Pedagogy, Chapter 5, In Human Rights Education for the Twenty First Century**, Edited by Andreopoulos, George & Claude, Richard Pierre, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
21. Pobjoy, Jason, (2010), “**Treating Like Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complimentary Protection**”, Melbourne University Law Review, Vol: 34, p: 181-228.
22. Seibert-Fohr, Anja, (2010), “**The Rise of Equality in International Law and its Pitfalls: Learning from Comparative Constitutional Law**”, Brooklyn Journal of International Law, Vol: 35, No: 1, p: 1-39.
23. Steinbock, Daniel, (1998), “**Steinbock, Interpreting the Refugee Definition**”, UCLA Law Review, Vol: 45, No: 3, p: 733-816.
24. Weis, Paul, (2006), **The Refugee Convention 1951**; The Travaux Prepatiores Analysed with a Commentary by Paul Weis, Cambridge, Cambridge University Press.
25. Yalim, Asli Cennet; Critelli, Filomena, (2023), “**Gender roles among Syrian refugees in resettlement contexts: Revisiting empowerment of refugee women and needs of refugee men**”, Women's Studies International Forum, Vol: 96, p: 1-10.

دسترسی زنان
بزه‌دیده پناهجو
به عدالت
کیفری؛
چالش‌ها و
راهکارها (با
تأمل در رویکرد
اسناد بین‌المللی)



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 49-62

Receive Date: 2023/08/21**Revise Date:** 2023/10/21**Accept Date:** 2023/11/26**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339**DOI:** 10.30495/jcl.d.2024.1994466.1077

Examination of Chastisement Right of child in Imami Jurisprudence, law of Iran and International law

۴۹

بررسی حق تأدیب کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرامی

Hasan Falah¹Sayyed Javad Sayyed Alizadeh Ganji²Behnam Ghanbarpor³

Abstract

From an aspect of expedience, the right to punishment is an issue that exposes children's rights to danger and abuse in national and international realms. On the other hand, chastisement of child and harming the health of the child's body and soul is an issue that parents and guardians are clinging to it for exercising their own taste and also to disavowal their responsibility. Of course, this issue is not the same everywhere, but providing a pattern for judicial exploitation in public dealing with this phenomenon is one of the important issues of the rights of the child. In Iran's law, on the subject of chastisement right, without considering the foundations of guardianship of the child, there isn't distinguish between parent or other guardians. So according to mentioned aspect, the reformation of Article 9 of the «Child and Adolescent Protection Law» and Article 158 of the «Islamic Penal Code» is proposed.

Keyword: chastisement of child, punishment of child, the right of chastisement of child, the authority of punishment of child.

¹.Ph.D student of private law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran.

hasanfalah64@yahoo.com

². Assistant Professor, ,Department of law,Qaemshahr, Branch,Islamic Azad University , Qaemshahr, Iran (corresponding author). dr.javadganji@gmail.com

³. Assistant Professor, ,Department of law,Qaemshahr, Branch,Islamic Azad University , Qaemshahr, Iran. behnamghanbarpor45@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۴۹-۶۲	Homepage: http://jcl.d.liau.ac.ir
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۲۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۵	DOI: 10.30495/jcl.d.2024.1994466.1077
نوع مقاله: پژوهشی	شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

بررسی حق تأدیب کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فراملی

حسن فلاح^۱

سید جواد سید علیزاده گنجی^۲

بهنام قنبرپور^۳

چکیده

حق بر تنبیه، از منظر مصلحت، مسأله‌ای است که حقوق کودک را در حوزه‌های ملی و فراملی در معرض خطر و سوء استفاده قرار می‌دهد. از طرفی، تأدیب کودک و آسیب به سلامت جسم و روح کودک، مسأله‌ای است که گاه، اولیاء و سرپرستان، جهت اعمال سلیقه خویش و همچنین، سلب مسئولیت خود، بدان تمسک می‌جستند؛ البته، این مسأله، در همه جا یکسان نیست، ولی ارائه الگو، جهت بهره برداری قضایی در مقابله عام با این پدیده، یکی از مسائل مهم حقوق کودک به شمار می‌رود. در حقوق ایران، بدون توجه به مبانی سرپرستی کودک، در خصوص حق تأدیب، تمایزی میان ولی با سایر سرپرستان قائل نشده است؛ از این رو، با توجه به جهت ذکر شده، اصلاح ماده ۹ حمایت و ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی پیشنهاد می‌گردد.

واژگان کلیدی: تأدیب کودک، تنبیه کودک، حق تأدیب کودک، اختیار تنبیه کودک.

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران. hasanfalah64@yahoo.com
 ۲. استادیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران (نویسنده مسئول). dr.javadganji@gmail.com
 ۳. استادیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران. behnamghanbarpor45@yahoo.com

مقدمه

اختیارات ولی قهری در تأدیب فرزند، از جمله حقوقی است که از باب ولایت بر ولی، فرض شده است. این مسأله در فقه و حقوق مورد اشاره قرار گرفته است و در خصوص میزان اختیارات تأدیبی وی، نیز معیارهای متفاوتی نقل شده است. در قانون مجازات اسلامی نیز این اختیار، در حد اشد آن، تنبیه متعارف است.

علاوه بر ولی، برای قیم نیز در کنار سایر سرپرستان قانونی کودک، اختیار تنبیه، شناسایی شده است. این مسأله، نوعی هنجار شکنی نسبت به قواعد شرعی است؛ چه اینکه برای قیم و امین، همان اختیارات ولی دارای ولایت شرعی، در نظر گرفته شده است؛ حال اینکه شرع مقدس، این اختیار را برای ولی قرار داده است و نسبت به امین و قیم ساکت است.

از طرفی، ولایت قیم و سرپرست بر کودک و نوجوان، نسبت به اموال و حفاظت از کودک و نوجوان است، نه ولایت بر جسم و روان آنان؛ پس، این شیوه قانونگذاری، نوعی دوگانگی، از جهت شرعی، در تبعیت اثر از مبانی، به وجود آورده است.

همچنین، ممکن است این اختیار در غیر از ولی، سبب ایجاد کودک آزاری ناشی از سوء استفاده از اختیار در تأدیب شود. به فراخور حمایت از کودکان، مقابل آسیب مذکور، کشورها و سازمان‌های بین المللی، هر کدام تمهیداتی اندیشیده‌اند و برای این وضعیت، قوانینی وضع شده است.

قانونگذار ایرانی هم به این موضوع، پرداخته است و قوانینی در حمایت از کودکان، وضع کرده است. عمده‌ترین قوانین مربوط به مقابله با کودک آزاری و جرایم علیه کودکان، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب سال ۱۳۸۱ و همچنین قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ است. در سطح اسناد بین المللی، می‌توان پیمان نامه حقوق کودک، مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد را به سال ۱۹۸۹ نام برد.

در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، ماده ۹ و تبصره آن، موارد ذکر شده در قانون مجازات اسلامی را استثنا کرده است و دو سیاست متفاوت را در این زمینه به کار گرفته است؛ از یک طرف در ماده ۹، از پرداخت دیه و مجازات افرادی غیر از والدین می‌پردازد و مجازات والدین را در صورت ارتکاب جرایم مهم فیزیکی ذکر شده علیه اطفال، همراه با تخفیف بیان می‌دارد و از طرفی دیگر، وضعیت تأدیب کودک را مشخص نکرده است؛ چه اینکه ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، که تنبیهات متعارف والدین را به رسمیت شناخته است، به جهت عدم تبیین میزان کنترل والدین بر مولی علیه، نیازمند تفسیر است.

همچنین، در ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی در بند: «ت»، ولی و قیم، همتراز قلمداد شده است؛ امری که برای صغار، خطر آفرین و به دور از مفاد اسناد بین المللی است. نتیجه آن را هیچ کسی نمی‌پذیرد و بعید است در صورت وقوع، دادگاه‌ها، به مجازات آنان حکم دهند.

فرض کنید پدری پسر ۲۰ ساله‌ای دارد که دچار اختلال حواس است. حال اگر این پدر برای کنترل اعمال این شخص بخواهد او را تنبیه کند، دادگاه باید پدر را مجرم بداند و او را به اتهام ایراد ضرب و جرح، مجازات کند! هرچند گروهی از حقوقدانان که اساساً، با تأدیب فرزندان از سوی والدین، مخالف هستند، اعتقاد دارند: قانونگذار حکیم برای جلوگیری از آزار و اذیت بی‌رویه محجورین، آن را مقرر کرده است.

جرم نبودن اقدامات والدین، اولیاء و سرپرستان، افزون بر وجود دو شرط: به منظور تأدیب و محافظت و در حد متعارف بودن تأدیب و محافظت، وفق بند «ت» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی، به شرط سومی هم منوط است؛ اینکه تأدیب در حدود شرعی آن باشد؛ به عبارت دیگر، حدود شرعی تأدیب و محافظت رعایت شده باشد. از لحاظ شرعی، تأدیب، تا حدی جایز است که موجب سرخی، سیاهی یا کبودی نشود؛ زیرا در این صورت، باعث ثبوت دیه می‌شود.

ماده مزبور، برای تأدیب و مصلحت، به والدین، اختیار داده است و جایی که مصلحت طفل اقتضا کند، تنبیه و تأدیب را به رسمیت می‌شناسد؛ در حالی که مفهوم تأدیب، گسترده است و می‌تواند موسع تفسیر شود.

ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، والدین طفل و کودک را همتراز سرپرستان قانونی قراردادده است و تمایزی در این زمینه، بین آنان، قائل نشده است و حال اینکه در قانون مدنی، اختیارات سرپرست قانونی، با ابویین طفل، یکسان نیست و مصلحت اندیشی والدین را بر سایر سرپرستان ترجیح داده است، تا جایی که بعضی حقوق، مثل: معامله با خود را برای قیم، ممنوع، ولی برای ابویین مجاز شمرده است. این، نشان از اراده متفاوت قانونگذار در تمایز بین سرپرست کودک و ابویین وی است.

اما در حقوق فراملی، قانونی بودن تنبیه بدنی کودکان در کشورهای مختلف، متفاوت است. تنبیه بدنی کودکان خردسال توسط والدین یا قیم بزرگسالان، که با هدف ایجاد درد جسمانی صورت می‌گیرد، تقریباً در همه کشورها به طور سنتی قانونی بوده است، مگر در مواردی که صریحاً غیر قانونی اعلام شده است. بر اساس برآورد سال ۲۰۱۴ دیده بان حقوق بشر، ۹۰ درصد از کودکان جهان در کشورهای زندگی می‌کنند که تنبیه بدنی و سایر خشونت‌های فیزیکی علیه کودکان هنوز قانونی است (Human Rights Watch, 2014, 7).

قوانین بسیاری از کشورها برای والدینی که از تنبیه بدنی استفاده می‌کنند، دفاع از مجازات معقول را برابر اتهامات تجاوز و سایر جرایم، ارائه می‌دهند. این دفاع، در نهایت برگرفته از حقوق انگلیس است.

۱. تعریف کودک

طبق ماده ۱ کنوانسیون حقوق کودک که جمهوری اسلامی ایران از سال ۱۳۷۲، به آن پیوسته است، منظور از کودک، فرد انسانی زیر ۱۸ سال است؛ مگر اینکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن بلوغ، کمتر تشخیص داده شود؛ از این رو، در صورتی که قانون داخلی، عموماً، تعریفی از کودکی ارائه نداده‌اند و اغلب اشخاص را از نظر سنی در سه دسته‌ی: نابالغ یا طفل، بالغ زیر ۱۸ سال یا نوجوان و بزرگسال، تعریف کرده‌اند.

سن بلوغ، طبق تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی، برای پسران ۱۵ سال تمام قمری و برای دختران ۹ سال تمام قمری است. در ماده‌ی ۲ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب سال ۱۳۹۹ تصریح شده است که تمام افرادی که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده‌اند، مشمول حمایت‌های این قانون هستند. بعضی هم کودکی را تا قبل از سن رشد، تعمیم داده‌اند و احکام واقع شده بر کودکان را تا قبل از اماره‌ی رشد، جاری می‌دانند. با توجه به قانون راجع به رشد متعاملین، مصوب سال ۱۳۱۳، اشخاص با رسیدن به سن ۱۸ سال تمام شمسی، رشید دانسته می‌شوند و حق دخالت در امور مالی خود را دارند، مگر اینکه پیش از آن و پس از بلوغ، در دادگاه، رشد او احراز شود.

۲. تأدیب کودکان از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران

فقهاء، بحث مستقلی در باب حکم تربیت کودکان ندارند، اما می‌توان چنین برداشت کرد که مقصود آنان از حضانت، معنایی عام است که تربیت را نیز شامل می‌شود و می‌توان نتیجه گرفت که تربیت کودکان، در بعضی موارد، بر اولیاء، واجب و در بعضی موارد، مستحب است. در غیر باب حضانت نیز مواردی از وجوب تکلیف والدین بر تربیت کودک یافت می‌شود. بر والدین، واجب است احکام شرعی و وظایف دینی را به فرزندان بیاموزند؛ به ویژه، اگر عدم تربیت منجر به ترک واجبات و فعل محرمان گردد؛ البته، این نوع تربیت ممکن است مستقیماً یا مع الواسطه صورت پذیرد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۷۶/۲۵-۲۷۸).

۱-۲. مفهوم تأدیب کودکان در فقه

تأدیب، به معنای ادب آموختن یا کیفر است. از عنوان تأدیب، به مناسبت، در باب‌های اجاره، نکاح، حدود و تعزیرات یاد شده است.

تأدیب، به معنای کیفر، نوعی از تعزیر است؛ البته، تأدیب، اعم از تعزیر است؛ چه اینکه تأدیب فرزند توسط پدر و شاگرد توسط معلم را نیز در بر می‌گیرد. در تأدیب، لازم است به آن مقدار و نحوه‌ای بسنده شود که تأدیب بدان حاصل می‌گردد و افزون بر آن، در صورت علم به زیاده بودن آن، جایز نیست (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱۱/۲-۴۱۲).

در شرع مقدس، نسبت به مقدار و چگونگی تأدیب حدودی قرار داده شده است. تأدیب کودک، با ملایمت و نرمی، جایز است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۰/۴-۲۱).

معنای تأدیب، نزد فقهاء، از معنای لغوی آن، جدا نیست و آنان، اصطلاح خاصی در مورد تأدیب به عنوان عقوبتی غیر از تعزیر ندارند؛ به همین جهت، بحث تأدیب را اغلب، ضمن مباحث حد و تعزیر ذکر کرده‌اند. با توجه به موارد کاربرد آن، می‌توان گفت: نزد فقهاء، تأدیب، در دو معنا به کار می‌رود: یکی، تربیت و تزکیه همراه با رنجاندن و تنبیه فرزندان و متعلمین که به ترتیب، والدین و معلمین به آن دست می‌یازند و دیگری، عقوبت شرعی که مترادف تعزیر است (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۱۲، ۷۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۵۴/۴-۱۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۳۲۵/۵؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ۶۱/۲).

تأدیب، به معنای اولی، نزد فقهاء، در مورد کودکی است که مرتکب کارهای زشت و جنایت شود و به معنای دوم، در مورد انسان بالغ عاقلی است که جرم و جنایت از او صادر می‌شود (نجفی ۱۴۰۴، ۴۴۴/۴-۴۴۶؛ انصاری، ۱۳۸۵، ۱۱۱).

۲-۲. هدف تنبیه کودکان در فقه

ابزار تنبیه برای تغییر رفتارهای نامطلوب افراد، به ویژه کودکان، در زمینه تربیت، پیش از همه، به ذهن خطور می‌کند. در حالی که عده زیادی از متخصصان تعلیم و تربیت، به دلیل مضرات زیاد تنبیه، با آن، مخالف هستند، گاه، برای آخرین روش، آن را مجاز می‌شمارند.

در واقع، هدف از تنبیه، اصلاح کودک و کاهش رفتار ناهنجار وی است. شکی نیست که تأدیب و تنبیه کودک، در موارد مخصوص، آخرین راه حل و روش درمان و یک روش ثانوی در اصلاح رفتار است که از منظر فقهاء، در صورت وجود و رعایت مصلحت، جایز است (نجفی، ۱۴۰۷، ۴۴۶/۴)؛ زیرا این روش، در جهت اصلاح و سعادت کودک و رشد اخلاقی و تربیتی او است و در حفظ کودک از مفاسد اخلاقی و انحرافات رفتاری مؤثر است.

برای تنبیه کودکان، بهتر است از سه روش: تعلیم، هشدار و تنبیه استفاده گردد. به استناد برخی از روایات، مانند: حدیث رفع، کودک، فاقد مسئولیت کیفری است و مقصود از تأدیب، مرحله‌ای خاص از تربیت است؛ بدین معنی که اگر دیگر روش‌های تربیتی، از قبیل: نصیحت و تشویق، مؤثر واقع نشد، چنانچه اولیای اطفال تنبیه آنان را در جهت کسب سعادت، مؤثر تشخیص دهند، می‌توانند به انجام آن بپردازند (اسدی، ۱۳۸۸، ۵۳۵-۵۳۶).

۳-۲. ادله جواز تأدیب کودک

دلایل جواز تأدیب کودک، بعضی از روایات است که اختصاصاً، در مورد تأدیب وارد شده است (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱۱/۲-۴۱۲)؛ از آن جمله است حدیثی از امام صادق (ع) که فرمودند: « لا حد علی الاطفال ولکن

يُؤدَّبُونَ ادباً و جيعاً»؛ حد بر اطفال اجرا نمی‌گردد، لکن به صورت مؤثری تأدیب می‌شوند (مغربی، ۱۳۸۵، ۴۵۴/۲).

همچنین، در مورد صبی ممیز مرتکب قذف می‌فرماید: «و علی غیر البالغ، حدّ الادب»؛ اگر نوجوانی که به سن بلوغ نرسیده است، کسی را قذف کند، تأدیب می‌گردد (طوسی، ۱۴۰۷، ۸۹/۱۰؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۲۳۴/۴؛ صدوق، ۱۴۱۳، ۵۱/۴).

افزون بر این، خداوند متعال در آیه‌ی شریفه‌ی ششم سوره‌ی مبارکه‌ی تحریم می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»، «ای مؤمنین، خود و خانواده خود را از آتش دوزخ محافظت کنید». کلمه «قوا» از ماده «وقایه» به معنای محافظت، نگهداری و منع است.

با عنایت به اطلاق کلمه «اهل» که قطعاً، فرزندان را شامل می‌گردد، از این آیه، چنین استنباط می‌شود که بر مؤمنین واجب است خود، خانواده و فرزندان خویش را از هر عملی بازدارند که موجب عذاب الهی است. بازداشتن از عذاب، به این است که آنان را به انجام واجبات و کارهای شایسته و دوری از معاصی امر و نهی کنند (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۲۶۹/۱۵-۲۷۰).

بدیهی است که عمل به این وظیفه، متوقف بر تأدیب است؛ زیرا مقصود این نیست که امر و نهی، تنها، در قالب موعظه و نصیحت است؛ زیرا این امور، به دلایل مختلف، تاثیر خود را از دست می‌دهند.

۴-۲. مقدار تأدیب

تنبیه مجاز، شرایطی دارد که با توجه به آن، تأدیب، امری حکیمانه است و روش خشونت آمیزی برای جبران ضعف والدین در تربیت و اصلاح کودکان نیست. تنبیه بدنی کودک قبل از هفت، نه و یا ده سالگی جواز ندارد و از نظر کمیت هم محدود است و بیشتر از آن و یا زدن به حدی که سمتی از بدن کودک، کبود و یا ناقص گردد، مستوجب کیفر و مجازات است.

حماد بن عثمان می‌گوید از امام صادق(ع) درباره تأدیب و زدن کودک پرسیدم، امام فرمود: «خَمْسَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وَارْفُقْ»؛ پنج یا شش ضربه بیشتر زن و به همان اندازه با آنان نرمش داشته باش (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۷۲/۲۸). در این روایت، امام، مقدار زدن را کاملاً، محدود کرده است و بیش از آن را به هیچ صورت، جایز ندانسته است (نجفی، ۱۴۰۷، ۴۴۴/۴۱، ۴۴۵).

روزی شاگردان معلمی، دست نوشته‌های خود را نزد علی (ع) آورده بودند تا ببیند و بهترین آن‌ها را برگزیند. امام فرمود: «أَبْلَغُوا مُعَلِّمَكُمْ إِنْ ضَرَبْتُمْ فَوْقَ ثَلَاثِ ضَرْبَاتٍ فِي الْأَدَبِ افْتَضَّ مِنْهُ»؛ اگر برای تأدیب بیشتر از سه ضربه بزنند، از او قصاص خواهد شد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۷۲/۲۸).

احادیث مذکور، به طور صریح، مقدار تنبیه کودکان را مشخص و از اعمال زیاده‌تر از آن، نهی می‌کند و عدم رعایت آن را عملی خود سزاوار تنبیه و قصاص می‌داند (نجفی، ۱۴۰۷، ۴۴۴/۴۱، ۴۴۵؛ خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱۱/۲-۴۱۲).

نکته قابل توجه، این است که تعداد ضربه معین شده در روایات، حداکثری است که شارع مجاز شمرده است؛ از این رو، اگر کودک، بعد از به نتیجه نرسیدن مراحل قبلی تربیت، با یک ضربه متنبه گردد، نباید بیش از آن زد (صانعی، ۱۳۹۶، ۹۹).

۵-۲. صاحب حق تأدیب

تردیدی نیست که ولی قهری کودک (پدر و جد پدری)، در صورت وجود مصلحت، می‌تواند او را تنبیه کند؛ چنانکه قدر متیقن از روایات معصومین(ع) این است که پدر این اجازه را دارد فرزند خود را در صورت لزوم تأدیب کند. این سخن، مورد اتفاق همه کسانی است که قائل به جواز تنبیه بدنی کودک هستند.

روشن است که صغیر، محجور است و باید تحت سرپرستی، به اداره‌ی امور خویش بپردازد. ولایت بر صغیر در ابتداء، بر عهده‌ی پدر و در صورت فقدان پدر، بر عهده‌ی جد پدری او است و چنانچه هیچ کدام از آنان نبودند، بر عهده وصی تعیین شده از طرف ایشان است و اگر وصی هم نبود، بر عهده‌ی قیم او، یعنی: سرپرست تعیین شده از طرف حاکم است (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ۱/۵۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ۱/۳۱۴؛ خویی، ۱۴۲۲، ۲/۲۲؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۳۰/۲۳۶-۲۳۷).

التفات به سیاق و استفاده از ملاک مذکور در آیه‌ی شریفه‌ی ۱۵۲ سوره‌ی مبارکه‌ی انعام که رعایت مصلحت را درباره‌ی صغیر، بیان می‌دارد، قیم تعیین شده از طرف حاکم را جهت رعایت مصلحت مولی علیه، به هنگام ضرورت و وجود مصلحت، واجد حق تأدیب کودک می‌سازد (زرگوش نسب و آبیاری، ۱۴۰۰، ۶۹).

در موردی که فرد، پدر طبیعی کودک است و تولد کودک، حاصل رابطه نامشروع است، به جهت فقدان نسب در فرزند نامشروع، ولایت پدر طبیعی بر فرزند، منتفی است. حقوق ایران نیز از همین دیدگاه فقهی تبعیت می‌کند؛ چه اینکه قانونگذار ایران، در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی مقرر کرده است: طفل متولد از زنا ملحق به زانی نیست؛ اما از آنجا که در ماده ۱۰۴۵ این قانون، با بیان این عبارت که « نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است؛ اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد»، قرابت نسبی میان زانی و ولد الزنا را پذیرفته است؛ بر این اساس و با لحاظ پیشینه‌ی فقهی موضوع، از جمله فتوای حضرت امام خمینی (ره) در پاسخ به پرسش شماره: ۱۱۰۶۰ مورخ: ۱۳۶۱/۱۱/۱۶، مندرج صفحه ۵۱۱ جلد نهم استفتائات، که مبنای رأی وحدت رویه شماره: ۶۱۷ مورخ: ۱۳۷۶/۰۵/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است و تمام احکام فرزندی را غیر از توارث، بر زانی و ولد الزنا مترتب می‌داند و با وجود پدر طبیعی، نصب قیم برای طفل متولد از رابطه نامشروع، منتفی می‌شمارد و احکام مقرر در مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ قانون مدنی را جاری می‌داند، پدر طبیعی نیز واجد حق تأدیب است.

۳. تنبیه کودکان در قوانین ایران

بند: «ت» ماده‌ی ۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، بیان می‌دارد: سوء رفتار، هرگونه فعل یا ترک فعل عمدی است که سلامت جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی طفل و نوجوان را در معرض خطر و آسیب قرار می‌دهد؛ از قبیل: ضرب و جرح، محبوس کردن، سوء استفاده جنسی، توهین یا تهدید نسبت به طفل یا نوجوان در صورتی که جنبه تأدیبی نداشته باشد، یا قرارداد او در شرایط سخت و غیرمتعارف و یا خودداری از کمک به وی.

ماده‌ی ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ اعلام می‌دارد: اقدامات تأدیبی و تنبیهی والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار، که به منظور تأدیب یا حفاظت صغار، انجام می‌شود، در صورتی مشروع است که این اقدامات، در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد؛ به این ترتیب، برای تنبیه، شرایطی در نظر گرفته شده است که رأس آن، این است که تنبیه، باید از سوی والدین، اولیای قانونی و سرپرستان صغار باشد.

همچنین، وفق مفاد این ماده، تنبیه، فقط در خصوص صغار و مجانین امکان اعمال دارد که البته، باید برای ادب کردن و حفاظت آنان، در حد متعارف و با رعایت حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد. منظور از اولیای قانونی، پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان است؛ بنابر این، والدین، یعنی: پدر و مادر، جد پدری و وصی منصوب از سوی پدر و جد پدری، افرادی هستند که حق تنبیه دارند و غیر آنان، یعنی: نا پدری و نا مادری، حق تنبیه کودک را ندارند. علاوه بر پدر و مادر و جد پدری کودک، قیم نیز حق تنبیه کودک محجور را دارد (مظفری نیا و همکاران، ۱۴۰۱، ۹۸).

این نکته را باید اضافه کرد که مراد از تأدیب در حدود شرعی و به عبارت دیگر، لزوم رعایت حدود شرعی تأدیب و محافظت، بدین معنی است که تأدیب، تا حدی جایز است که موجب سرخی، سیاهی یا کبودی نشود؛ زیرا در این صورت، اقدام تنبیهی، باعث ثبوت دیه می‌شود.

۴. تأدیب کودک در حقوق فراملی

منظور از حقوق فراملی، حقوق کشورهایی است که همپوشانی با نظام حقوقی ایران ندارند و اشاره به آن‌ها به جهت تطبیق و آگاهی اجمالی با وضعیت حق تأدیب در این کشورها است.

۱-۴. اتریش

قانون اساسی فدرال ۲۰۱۱، در مورد حقوق کودکان، شامل ۸ ماده است که حقوق کودک را با مواد ۱ و ۵ تعریف می‌کند که حق حمایت و تربیت بدون خشونت را برای همه کودکان تضمین می‌کند؛ ماده ۱

به هر کودکی حق حمایت و مراقبتی می‌دهد که برای رفاه، رشد او و در نظر گرفتن بهترین منافع او ضروری است.

ماده ۵ به صراحت می‌گوید: که هر کودکی، حق دارد از تربیت غیرخشونت آمیز، ممنوعیت تنبیه بدنی، تحمیل رنج روحی، سوء استفاده جنسی و سایر آزارها برخوردار باشد و تأیید می‌کند که هر کودکی، از حق حمایت برابر استثمار اقتصادی و جنسی برخوردار است. بند دوم ماده ۵ مقرر می‌دارد: هر کودکی که قربانی خشونت یا استثمار شده است، حق دریافت غرامت و توانبخشی کافی دارد (A Human Rights Imperative for Europe's Children, Council of Europe, 2005, 7).

۲-۴. سوئد

قانون مجازات سوئد، شامل فهرست گسترده‌ای از مواد منع خشونت جنسی علیه کودکان است. مواد دیگری که خشونت جسمی و روانی را منع می‌کنند، در مواردی نیز اعمال می‌شوند که قربانیان، کودک هستند؛ اگرچه به طور خاص به کودکان اشاره نشده است.

قانون کودکان و والدین اصلاحی سال ۱۹۷۹، شامل ممنوعیت تنبیه بدنی و رفتار تحقیرآمیز با کودکان است. فصل ۶، بخش ۱ این قانون، تأکید می‌کند: کودکان حق دارند از مراقبت، امنیت و تربیت خوب برخوردار شوند. با کودکان باید با احترام به شخصیت آنان رفتار شود و نباید مورد تنبیه بدنی یا هر گونه رفتار تحقیرآمیز دیگری قرار گیرند.

سوئد اولین کشوری بود که ممنوعیت خاصی را برای تنبیه بدنی کودکان در نظر گرفت (Durrant, Joan E, 1996, 24).

۳-۴. برزیل

قانون کودکان و نوجوانان برزیل، اصلاحی سال ۲۰۱۴، تمام تنبیه‌های بدنی کودکان را ممنوع اعلام کرد. بند الف ماده ۱۸ قانون شماره: ۲۰۱۰/۷۶۷۲ می‌گوید: کودکان و نوجوانان حق دارند تحت آموزش و مراقبت قرار گیرند، بدون انجام تنبیه بدنی یا رفتار ظالمانه یا تحقیرآمیز، با اشکال اصلاحی: انضباط، آموزش و یا هر بهانه‌ی دیگر والدین، اعضای بزرگ خانواده، افراد مسئول آنان، مقامات دولتی مجری اقدامات اجتماعی و تربیتی و یا هر شخص دیگری که سرپرستی یا درمان و آموزش و یا محافظت از آنان را به عهده دارد.

اصلاحیه‌های این قانون، مجموعه‌ای از اقدامات را برای تضمین اجرای این ممنوعیت و برای ارتقای فعالیت‌های دائمی پیش‌بینی می‌کند؛ از جمله: ارجاع به برنامه حمایت از خانواده، ارجاع برای دوره‌های راهنمایی، بدون لطمه به سایر اقدامات قانونی ممکن، آموزش حل تعارض، آموزش حرفه‌ای مداوم و طیف وسیعی از اقدامات دیگر برای حمایت از والدین بدون خشونت (ماده ۱۸ ب).

این قانون از تاریخ انتشار ۲۷ ژوئن ۲۰۱۴ لازم الاجراء شد و یک سیستم جامع حمایت را از کودکان، برای محافظت از حقوق کودکان قربانی و شاهدان خشونت ایجاد می‌کند. این قانون از دولت فدرال، ایالت‌ها و دولت‌های محلی می‌خواهد تا سیاست‌های جامع و هماهنگی را برای تضمین حق کودکان برای آزادی از خشونت در همه محیط‌ها، از جمله خانه و خانواده، ایجاد کنند (Gurian, et al, 2011, 21)

۴-۴. شیلی

شیلی، در مارس ۲۰۱۷، قانون سوء استفاده از کودکان و نوجوانان، سالمندان و افراد دارای معلولیت را تصویب کرد. این قانون، مقرر می‌دارد: عمل سوء استفاده بدنی، جرم تلقی می‌شود؛ هر نوع آزاری که باعث آسیب بدنی به تمامیت فیزیکی قربانی شود. این قاعده، منحرف از مفهوم بدرفتاری معمولی مشمول قانون خشونت خانگی است (Leonard Sax, M.D, 2006, 7).

۵-۴. آفریقای جنوبی

قانون عرفی آفریقای جنوبی، بر این باور است که والدین ممکن است تنبیه متوسط و معقول را به کودک تحمیل کنند (Global Progress: South Africa, 2013, 24). در سال ۱۹۹۵، دادگاه قانون اساسی، مجازات بدنی قضایی نوجوانان را در پرونده S v Williams ممنوع اعلام کرد.

در سال ۱۹۹۶، قانون مدارس آفریقای جنوبی، تنبیه بدنی را در مدارس ممنوع کرد. دادگاه قانون اساسی، اعمال این ممنوعیت را برای مدارس مذهبی خصوصی، در پرونده آموزش مسیحی آفریقای جنوبی علیه وزیر آموزش تأیید کرد.

در سال ۲۰۱۳، وزارت توسعه اجتماعی، قانونی را برای منع تنبیه بدنی در خانه، تهیه کرد و در سال ۲۰۱۷، دادگاه عالی گاوینگ، به غیر قانونی بودن تنبیه بدنی در خانه، حکم داد و در سال ۲۰۱۹، دادگاه قانون اساسی، این تصمیم دادگاه عالی گاوینگ را در پرونده آزادی مذهب آفریقای جنوبی علیه وزیر دادگستری، تأیید و آن را برای کل کشور توسعه داد (ConCourt rules, 2019, 12).

۶-۴. استرالیا

در استرالیا، تنبیه بدنی خردسالان در خانه قانونی است؛ مشروط بر اینکه معقول باشد (Country report for Australia, 2017, 21). تنبیه بدنی در مدارس دولتی، در همه ایالت‌ها، غیرقانونی است و در مدارس خصوصی، فقط، در کوئینزلند مجاز است.

نظرسنجی افکار عمومی، نشان می‌دهد که دیدگاه اکثریت در حمایت از حفظ حق والدین برای زدن کودک با دست و نه با ابزار است؛ اگرچه، هیچ قانونی در مورد استفاده از ابزار در هیچ ایالت یا

منطقه‌ای وجود ندارد. در نیو ساوت ولز، نمی‌توان به طور خاص به سر یا گردن کودک ضربه زد، و کودک نمی‌تواند بیش از مدت کوتاهی آسیب ببیند یا کبود شود (New South Wales Consolidated Acts, Crimes Act 1900 Sect, 61AA).

نتیجه‌گیری

حق تنبیه فرزند از سوی والدین و یا سایر سرپرستان مسأله‌ای است که اجماع علمی در خصوص آن وجود ندارد. برخی از جوامع با استفاده از فلسفه تربیتی سرپرستی، فراتر از نص، اختیار تنبیه کودک را برای همه سرپرستان به رسمیت شناخته‌اند؛ متقابلاً، برخی دیگر از جوامع، در راستای بهره‌وری از حق آزادی افراد، با بی‌اعتنایی به سرپرستی و ولایت والدین بر کودک، به تصویب قوانین ممنوعیت تنبیه کودک به صورت مطلق روی آورده‌اند.

در حقوق ایران، مسأله‌ی حق تأدیب کودک، با دوگانگی، رو به رو است؛ چه اینکه در برخی از قوانین جاری گذشته، مانند: قانون مدنی، حق تنبیه فرزند از جمله اختیارات ولی و ابوبین طفل در نظر گرفته شده است، ولی در برخی از قوانین جاری جدید، همانند ماده ۱۵۸ قانون مجازات، این حق توسعه یافته و برای سایر سرپرستان کودک نیز در نظر گرفته شده است که می‌تواند سوء استفاده از این اختیار را در بر داشته باشد. سیاست قانونی اخیر، مخالف مسلمات فقهی ولایت ولی و از بین رفتن فایده اختیارات ولی است.

در سیستم‌های حقوق فراملی، حق تربیت فرزند را تا جایی که به تمامیت جسمانی و روانی او کوچک‌ترین خدشه‌ای وارد نشود و در اوج آزادی باشد، به رسمیت شناخته شده است. با جستاری که در قوانین جدید سایر کشورها در زمینه ممنوعیت تنبیه کودک صورت پذیرفت، حقوق فراملی، به دلیل مبنایی که در مصلحت اندیشی کودک وجود دارد، تمایزی میان ولی و سایر سرپرستان در توجیه تنبیه، جهت تأدیب قائل نیست؛ از این رو، مبانی حق بر تأدیب در حقوق ایران و شماری از کشورهای غربی متفاوت است.

در بعضی از کشورها، همانند: استرالیا، ممنوعیت تنبیه کودک تا محیط مدرسه جریان می‌یابد و در محیط خانه مجاز است؛ اگر چه باید منطبق با عرف و عقل و منطق نیز باشد، ولی در بعضی دیگر از کشورها، همانند: سوئد، به صورت مطلق هر گونه تنبیه بدنی کودکان جایز نیست.

یکسان‌انگاری میان ولی قهری و سایر سرپرستان، در وضع قانون حمایت از کودک، در نظام حقوق فراملی، از آنجا ناشی می‌شود که در این نظام‌های حقوقی، بین ولی قهری با سایر سرپرستان از جمله مادر، تفاوتی وجود ندارد؛ چه اینکه همگی بر یک مبنا استوار هستند و آن، به دلیل رابطه‌ای است که به صورت طبیعی با کودک دارند؛ اما در حقوق ایران به جهت دوگانگی مبنایی میان ولایت ولی با سایر سرپرستان، لزوم تعیین آثار و احکامی متفاوت از سایرین و منطبق با مبنای خاص خود را می‌طلبد.

از بیان مطلب اخیر، لزوم اصلاح ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی و لزوم تفکیک حقوق ولی از سایر سرپرستان، آشکار می‌شود؛ چنانکه در حقوق فراملی، در قوانین برخی از کشورها، تجویز تنبیه در محیط خانه و عدم تجویز آن در محیط بیرون از خانه، ناظر بر لزوم تفاوت اختیار میان والدین و اولیاء با سایر سرپرستان است.

کتابشناسی

۱. اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۸)، *حریم خصوصی کودک و حق والدین بر تربیت*، ندای صادق، شماره: ۵۱، ص ۵۳۵-۵۳۶.
۲. اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ ق)، *مدارک العروة*، تهران، انتشارات آسوه.
۳. انصاری، قدرت‌الله (۱۳۸۵)، *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزاء*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم‌السلام.
۵. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق) *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار خوبی.
۶. زرگوش نسب، عبدالجبار؛ آبیاری، محدثه (۱۴۰۰)، *ولایت قیم بر اموال صغیر، مجنون و سفیه در فقه مذاهب اسلامی*، مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، ۴ (۲) ص ۶۶-۸۷.
۷. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ ق)، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۸. صانعی، ابوذر (۱۳۹۶)، *روش‌های تأدیب کودک از نظر فقه و روان‌شناسی*، مطالعات فقه تربیتی، ۴ (۸)، ۹۱-۱۱۴.
۹. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق)، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۸۱)، *العروة الوثقی*، تهران، انتشارات اسلامی.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ ق)، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوي*، بیروت، دار الکتب العربی.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق)، *تهذیب الاحکام*، تهران، انتشارات اسلامی.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق)، *الاستبصار*، تهران، انتشارات اسلامی.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية*، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ ق)، *منتهی المطلب في تحقیق المذهب*، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۱۶. فاضل‌آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ ق)، *کشف الرموز في شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق)، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، انتشارات اسماعیلیان.
۱۸. مظفری نیا، سهراب؛ آلبوعلی، امیر؛ باوی، محمود (۱۴۰۱)، *بررسی نتایج تصمیمات افتراقی در دادرسی‌ها در پیشگیری از بزهکاری نوجوانان*، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال ۱ شماره: ۴، ص ۸۳-۱۰۴.
۱۹. مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ ق)، *دعائم الاسلام*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم‌السلام.
۲۰. موسوی سبزواری، سید عبد‌الأعلی (۱۴۱۳ ق)، *مهذب الأحكام في بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار.
۲۱. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق)، *جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
22. Gurian, Michael & Stevens, Kathy & Henley, Patricia & Trueman, Terry, (2011), *Boy and girls learn differently a guide for teachers and parents*, San Francisco: Jossey-Bass.
23. Leonard Sax, M.D. (2006), *Why Gender Matters? What parents and teachers need to know about the Emerging Science of sex Difference?* New York: Broadway Book.
24. Times Live (2019), *ConCourt rules that reasonable chastisement is no defence for spanking kids*.
25. Country report for Australia (2015), *Wayback Machine Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children*.

26. New South Wales Consolidated Acts (1900), Crimes Act 1900.
27. Durrant, Joan E. (1996), The Swedish Ban on Corporal Punishment: Its History and Effects, In Frehsee, Detlev; et al, (Eds), Family Violence against Children: A Challenge for Society. Berlin: Walter de Gruyter. P: 19–25.
28. Council of Europe (2005), Eliminating Corporal Punishment: A Human Rights Imperative for Europe's Children.
29. Global Progress: South Africa (2013), Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 63-82

Receive Date: 2023/07/02**Revise Date:** 2023/11/16**Accept Date:** 2023/11/26**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339**DOI:** 10.30495/jclld.2024.1989968.1070

Basics and Examples of Justifiability of Criminalization of Crimes against Security

Shima moradifar¹Javad Tahmasabi²mohammadali mahdavi³

Abstract

It seems that criminalization is not possible based on only one basis and opinion and for criminalization of crimes, attention should be paid to integrated or mixed theories. As these statements are more dexterous and efficient for justifying and explaining the basics and the defect of one-dimensional looking is also solved. According to the current requirements of the Iran's society and the threats toward country today and with considering the current security and military structures of the modern world, some of the behaviors are criminalized which lead to creating a threat for country's internal and external security. In customary and western law, many basics have been mentioned, however, the basics and examples that have the justifiability of criminalization of crimes against security and can be put in a logical combination are: the principle of welfare, the principle of damage, legal expediency and perfectionism. Legalism and its examples include: the necessity of establishment of an Islamic government and its preservation, the necessity of preserving the security of society, the necessity of preserving the territorial integrity and independence of the country, the necessity of preserving the popularity and political and economic power of the country.

Keywords: basics of criminalization, criminalization of crimes against security, basics of criminalization of crimes against security.

¹. PhD student in criminal law and criminology, science and research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. shima.moradifar77@gmail.com

². Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (corresponding author). tahmasobj@gmail.com.

³. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. ali@mahdavi.fr



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۶۳-۸۲	Home page: http://jcl.d.liiau.ac.ir
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۱	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۵	DOI: 10.30495/jcl.d.2024.1989968.1070
نوع مقاله: پژوهشی	شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

مبانی و مصادیق قابلیت توجیه جرم انگاری جرایم علیه امنیت

شیمای مرادی فر^۱

جوادی طهماسبی^۲

محمد علی مهدوی^۳

چکیده

به نظر می‌رسد جرم انگاری، تنها بر اساس یک مبنا و نظر امکان پذیر نیست و باید برای جرم انگاری جرایم، به نظریه‌های تلفیقی یا مختلط توجه کرد؛ چه اینکه برای توجیه و تبیین مبانی، کاراتر و کارآمدتر است و نقص تک بعدی نگاه کردن نیز رفع می‌شود. قانونگذار ایران، با توجه به مقتضیات کنونی جامعه ایران و تهدیداتی که امروزه، متوجه کشور است و با در نظر گرفتن ساختارهای امنیتی و نظامی امروزی جهان، برخی از رفتارهایی را جرم انگاری کرده است که منجر به ایجاد خطر برای امنیت داخلی و خارجی کشور است. در حقوق عرفی و غربی، از مبانی بسیاری سخن به میان آمده است؛ با این وصف، مبانی و مصادیقی که قابلیت توجیه جرم انگاری جرایم علیه امنیت را دارد و می‌توان آن‌ها را در تلفیقی منطقی قرار داد، عبارت از اصل رفاه، اصل ضرر، مصلحت‌اندیشی قانونی و کمال‌گرایی قانونی است و مصادیق آن شامل: ضرورت تشکیل حکومت اسلامی و حفظ آن، ضرورت حفظ امنیت جامعه، ضرورت حفظ تمامیت ارضی و استقلال کشور، ضرورت حفظ وجهه و اقتدار سیاسی و اقتصادی کشور است.

واژگان کلیدی: مبانی جرم انگاری، جرم انگاری جرایم علیه امنیت، مبانی جرم انگاری جرایم علیه امنیت.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. shima.moradifar77@gmail.com

^۲ استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). tahmasobij@gmail.com

^۳ دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. ali@mahdavi.fr

جرایم علیه امنیت به جرایمی گفته می‌شود که در درجه اول، مضر به حال امنیت حکومت هستند. در حقوق کیفری، مبانی جرم انگاری، شامل اصول حقوقی چون اصل قانونی بودن، اصل بی‌گناهی، اصل مساوات در برابر قانون و اصل تعیین مجازات بر اساس جرم مرتکب شده است. در حقوق کیفری ایران، جرایم علیه امنیت در قسمت جرایم علیه امنیتی و اجتماعی قرار دارند. جرایم علیه امنیت ملی یا کشور، جرایمی هستند که مستقیماً به امنیت جامعه و حکومت آسیب می‌زنند و در پی نابودی پایه‌های حاکمیت هستند. برخی از انواع جرایم علیه امنیت عبارت هستند از ایجاد هرج و مرج و اغتشاش در نظم و امنیت کشور، جاسوسی، تبلیغ علیه نظام یا به نفع گروه‌های مخالف نظام، همکاری با دول خارجی متخاصم، تبانی، تروریسم، قاچاق کالا و ارز، تهدید به ایجاد خسارت در برابر امنیت کشور و...

اصل رفاه، اصل ضرر، مصلحت اندیشی قانونی و کمال‌گرایی قانونی، به عنوان مبنایی برای جرم انگاری جرایم علیه امنیت و همچنین مصادیقی که ناشی از مصالحی مانند: ضرورت تشکیل حکومت اسلامی و حفظ آن، از بحث مصلحت‌کفایی در نظریه مصالح‌خمس نشات می‌گیرد، یا ضرورت حفظ امنیت جامعه اعم از داخلی و خارجی و حفظ وجهه و اقتدار سیاسی و اقتصادی کشور و تمامیت ارضی، همه از اصل رفاه و اصل مصلحت عمومی نشات می‌گیرد و همه آن‌ها از نظریه مصالح‌خمس قابل استنباط است؛ پس هر کدام از این ضرورت‌ها یا مصالح خود یک مبنا بوده که به عنوان مصادق مبانی کلان نقش‌آفرینی می‌کند.

برای تبیین موضوع فوق، نیاز است که به سؤالاتی از قبیل موارد ذیل پاسخ داده شود: مبانی و مصادیق توجیه‌گر جرم انگاری علیه امنیت چه مواردی می‌باشد؟ آیا جرم انگاری و اعمال مجازات به عنوان پاسخ دولت، تنها بر اساس یک مبنا و نظر توجیه می‌شود، یا مبانی و نظریه‌های گوناگونی در این زمینه هست و آیا این نظریات مکمل هم می‌باشند و یا اینکه هر کدام به مانند جزیره‌ای جدا از یکدیگر وارد عمل می‌شوند و نهایتاً، عمل فرد، چه زمانی در حوزه جرم انگاری واقع می‌شود؟

۱. مبانی توجیه‌گر جرم انگاری جرایم علیه امنیت

۱-۱. اصل رفاه

طبق عقیده دانشمندان و تحلیل‌گران، اصل رفاه بخشی از زندگی یا فرهنگ انسان برداشت می‌شود و گسترش نگرش‌های انسان دوستانه با تاکید بر مسئولیت همگان نسبت به یکدیگر و همچنین پیشرفت علوم اجتماعی در پیدایش نگرش‌های جدید در زمینه رفاه مؤثر بوده است؛ بدین ترتیب، نیازهای اساسی از موضوع معیشت فراتر رفته، به طوری که در عصر حاضر موضوع و منافع مهم از قبیل امنیت، سلامت،

بهداشت و... از مهمترین مؤلفه‌های اصل رفاه به شمار می‌رود؛ در همین راستا، اصل رفاه، به مرور، به تأمین نظم و آسایش عمومی خلاصه شد.

امروزه، اصل رفاه یا به عبارت دیگر، تأمین نظم و امنیت و آسایش عمومی، عمده‌ترین توجیه و دلیل برای جرم دانستن بسیاری از رفتارها می‌باشد؛ بر این اساس، نقش اصلی حقوق کیفری تأمین بنیادین نظم اجتماعی است. در واقع، اصل رفاه، چهارچوب اجتماعی را به رسمیت می‌شناسد که حقوق (قانون) بایستی، اعمال شده و بهایی به اهداف جمعی داده شود.

این دیدگاه، معتقد است و رای منافع خصوصی بزه دیدگان مستقیم همیشه منافع جامعه نیز آسیب می‌بیند؛ بدین سان، جامعه یا به تعبیر درست‌تر دولت، بر اساس اصل رفاه، به منظور تأمین آسایش عمومی و حفظ نظم اجتماعی، با حقوق کیفری از طریق جرم انگاری در حوزه آزادی‌های فردی مداخله می‌کند. در واقع، قانون کیفری، از یک سو به حمایت از جامعه علیه کسانی که نظم اجتماعی را مختل می‌کنند و از سوی دیگر، به حمایت از ارزش‌های مورد پذیرش جامعه می‌پردازد؛ بر این اساس، قانون کیفری هر جامعه، به دو انتظار پاسخ می‌دهد: اول، ایجاد یک نظم حقوقی که منطبق با ساختار کلی جامعه و نظم سیاسی اجتماعی حاکم بر آن باشد؛ دوم، نشانگر ارزش‌ها و معیارهای مورد قبول جامعه باشد (کوشا، شاملو، ۱۹۹۲، ۲۸۹).

واضح می‌باشد که کاهش خطرات جمعی و امنیت از مهمترین مشغله‌های نظریه رفاه می‌باشد و همین مبداء ایجاد سیاست‌ها و مصوبات کیفری نوینی شده است؛ از این رو، تلاقی اصل رفاه با جرایم علیه امنیت زمانی رخ می‌دهد که مهمترین منافع اجتماعی یعنی امنیت مورد تعدی قرار گیرد و قانون کیفری نیز وظیفه ای جز حمایت از ارزش‌های مورد پذیرش جامعه و نظم اجتماعی ندارد؛ پس، با جرم انگاری رفتارهای منحل به امنیت اجتماعی و آن هم مهمترین آن‌ها که به مفهوم امنیت ملی مرتبط است. اصل رفاهی منجر به پیدایش دولت‌های رفاهی شده که حمایت از چنین دولتی، ارزش محسوب می‌شود. زمانی که حکومتی با توجه به وجدان عمومی جامعه از طریق جرم دانستن رفتارها به پشتیبانی از همبستگی اجتماعی و ارزش‌های واحد و پذیرفته شده برمی‌خیزد، تا حدودی این مسأله عادی و منطبق با اصول است. مشکل زمانی بروز می‌کند که حقوق کیفری از یک طرف، نقش ارزش ساز پیدا می‌کند، نه حمایت کننده و از سوی دیگر، با توسعه قلمرو هر نوع رفتاری که مخالف ارزش‌های مورد قبول حکومت باشد، به بهانه هم‌نوآوری گروهی، جرم دانسته می‌شود و حقوق کیفری، در حد یک ابزار تقلیل خواهد یافت (زینالی، ۱۳۹۳، ۴۲۴).

۲-۱. اصل ضرر

در اکثر نظام‌های حقوقی، اصل ضرر، پایه و اساسی صحیح برای امکان مداخله قدرت عمومی و تحدید آزادی فردی و نه لزوماً اقدام کیفری، مورد پذیرش قرار گرفته است (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ۱۱۸).

اصل ضرر که به اصل صدمه نیز معروف است، در فقه، به «قاعده لاضرر» شهرت دارد، با این اختلاف که محدوده شمول آن، محدودتر از اصل صدمه در قرائت لیبراستی از آن است، در حالی که مبنا و اساس هنجاری اصل ضرر گسترده‌تر از حوزه حقوق خصوصی می‌باشد و در جزئیات به آن هم می‌توان مراجعه کرد.

جان استوارت، این اصل را اولین بار در حقوق مطرح کرد. از دیدگاه استوارت میل، پیشگیری از ایراد صدمه و ضرر به دیگران، تنها هدفی است که می‌توان بر عضوی از اعضای یک جامعه، خلاف خواست و اراده او اعمال محدودیت کرد (استوارت میل، ۱۳۷۵، ۱۹۱).

صرف نظر از اینکه برخی (قماشی، ۱۳۸۸، ۴۳)، اصل ضرر را ضابطه‌ای برای جرم انگاری بر شمرده‌اند، لیکن به نظر می‌رسد اصل مذکور مبنایی برای جرم انگاری و مهمترین به شمار می‌رود؛ بنابراین، بر اساس تعریفی کلی و عام از این اصل، هر عملی که مستوجب ورود ضرر به دیگران باشد، جرم شناخته می‌شود. در واقع، قانونگذار، ورود ضرر به دیگران را مبنایی برای جرم دانستن یک فعل می‌داند و از این رو، اعمالی مانند: قتل، ضرب و جرح عمدی، سرقت و... که از قدیم جرم انگاری شده‌اند (تیماجی، ۱۳۸۸، ۳۹).

پیش فرض آن‌ها، اصل ضرر بوده و بر همین مبنا، جرم انگاری شده‌اند؛ اگرچه به صورت مستقیم به آن‌ها اشاره نشده است. اصل مذکور، نه تنها در قلمرو حقوق خصوصی و کیفری، بلکه برای مهار قدرت سیاسی و تعیین حدود اقتدار دولت، از دیر باز مطرح بوده است. در این خصوص، اصل ضرر، مرز میان آزادی‌های فردی و حقوق اجتماعی قرار دارد؛ بدین شرح که رفتار هر فردی تا جایی که به کسی زیان و آسیبی وارد نمی‌سازد، در حوزه شخصی و خصوصی قرار دارد و هیچ شخصی و نهادی نمی‌تواند وارد آن شود ولیکن اگر در استفاده از حقوق و آزادی‌های فردی او چنان پیشروی کرد که اعمال آن با حقوق سایرین در تقابل و تعارض قرار گرفت و آن تعارض متضمن ورود ضرر و خسارت به دیگری شد، آنجا است که حکومت دخالت می‌کند و در راستای حفظ حقوق اجتماعی، مانع پیشروی بیشتر شخص می‌شود، لکن نکته مهمی در خصوص اصل ضرر که باید به آن پاسخ داده شود، این است که ملاک و معیار تعیین ضرر چیست؟ چه رفتاری را باید ضرر دانسته شود؟ و در نهایت، آیا فقط ضررهای مستقیم باید جرم انگاری شوند، یا ضرر غیر مستقیم و ثانوی نیز می‌تواند جرم انگاری گردد؟ پاسخ به سؤالات فوق، محدوده و دامنه جرم انگاری بر اساس اصل ضرر را مشخص می‌کند (حاجی ده‌آبادی، یوسفی، ۱۳۹۲، ۳۸).

گروهی از مفسران آثار میل، بر این عقیده هستند که بهترین تفسیر از ضرر یا آسیب به دیگران می‌تواند آسیب به منافع حیاتی دیگران باشد و منافع حیاتی، همان امنیت و استقلال عمل فردی و به عبارت دیگر، خود مختاری است (جواد کبریته کرمانی، ۱۳۹۰، ۵۹).

جان ریز، از مفسرین آثار میل، بر وابستگی منافع به هنجارها و ارزش‌هایی تاکید می‌ورزد که جامعه به رسمیت می‌شناسد. از نظر گراس، ضرر، علاوه بر منافع حیاتی و آسیب به جامعه، باید شامل آسیب به احساسات فردی و منافع دولت نیز گردد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ۱۹۷).

تمام معیارهای فوق، با کمی شدت و ضعف، قابلیت توجیه را به اصل ضرر، به عنوان مبنایی برای جرم انگاری جرایم علیه امنیت می‌دهند، بنابر این، باید بررسی شود که نوع ضرر، از نگاه اندیشمندان فوق چیست؟

برخی به جای کلمه صدمه، نقض مصالح دیگری (اصل مصلحت) را به کار گرفته‌اند. مطابق این مفهوم، صدمات چهارگانه زیر، قابلیت جرم انگاری و مداخله حقوق کیفری را دارند:

الف) تعرضات نسبت به مصلحت حفظ و نگهداری چیزی که شخص مستحق آن است؛
ب) جرایم علیه احساسات؛

ج) صدمات ناشی از پاره‌ای از تعرضات و آسیب‌های مربوط به رفاه عمومی و جمعی؛

د) صدمات موجود در برخی تعرضات علیه مصلحت دولت (عبداللهی، ۱۳۸۹، ۱۹۶).

به نظر می‌رسد قرارداد ضررهای غیر مستقیم، برای توجیه جرم انگاری، بسیار دشوار می‌باشد؛ مع هذا، به طور مثال، شخصی که درگیر مصرف مواد مخدر است و به طور غیر مستقیم، به خانواده و مسئولیت‌های اجتماعی خود که مربوط به دیگران است، آسیب می‌رساند، می‌توان به این مورد زیان‌ها به عنوان مبنای جرم انگاری اهتمام ورزید؛ از این رو، اصل ضرر، به عنوان یک مبنا برای جرم انگاری تبیین شده است که اولاً، دایره و مرز آن پوشیده است و ثانیاً، به تنهایی نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای موجود در روابط اجتماعی باشد؛ با این وجود، می‌توان بیان کرد: حداقل، منظور از اصل زیان، این می‌باشد که هیچ شخصی، حق ندارد به گونه‌ای رفتار کند که موجب زیان مادی یا معنوی به دیگری شود.

در آخر، بیان این نکته، شایان توجه است که هر چند، اصل ضرر، مهمترین مبنای قانونگذار برای ورود مداخله جویانه خود در حقوق و آزادی‌های فردی افراد جامعه، به وسیله ابزارهای کیفری قرار دارد، لیکن به واسطه گستردگی مفهوم آن نمی‌توان تمامی اقسام آن را داخل در محدوده حمایت قانونگذار قرار داد که در آن صورت، وقوع پدیده تورم کیفری حتمی به نظر می‌رسد؛ از این رو، می‌بایست ضررهایی مورد توجه قرار گیرد که اولاً، مستقیم و بلا واسطه و ثانیاً، حتمی و مسلم باشد تا بتوان آن را مبنایی برای جرم انگاری قلمداد کرد، اما با یک نگاه کلی و عام به رفتار قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در مداخله کیفری در رفتارهای اشخاص دریافت می‌شود تمامی رفتارهایی که قانونگذار به جرم انگاری آن‌ها

پرداخته، به نوعی با ورود ضرر (به معنای عام) ملازمه دارد؛ خواه، ورود ضرر به خود و یا به دیگری باشد و خواه، ورود ضرر به اخلاق، عقل، تمامیت جسمانی و غیره باشد؛ لذا می‌توان ادعا کرد که مهمترین و اصلی‌ترین مبنای مورد توجه قانونگذار برای جرم انگاری در جرایم مستوجب مجازات‌های تعزیری و بازدارنده و همین‌طور، دیگر جرایم، اصل ضرر می‌باشد (تیماجی، ۱۳۸۸، ۴۳).

در پایان نیز باید بیان داشت که با دقت در مواد قانون مجازات اسلامی دریافت می‌شود که قانونگذار در جرم انگاری رفتارهای زیان بار، زیان و ضرر را به طور کلی و بدون تفکیک زیان‌های مادی از دیگر انواع زیان، مبنای جرم انگاری برخی رفتارها قرار داده است.

۳-۱. اصل مصلحت اندیشی قانونی

مصلحت اندیشی قانونی در فقه جزایی امامیه، معنای نزدیکی با مفهوم پدرسالاری قانونی و یا قیم مآبی قانونی در حقوق کیفری کشورهای غیر اسلامی دارد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ۲۱۶).

مع هذا، بررسی تطبیقی این دو مفهوم در حقوق کشورهای غیر اسلامی و فقه جزایی امامیه، جهت روشن شدن جایگاه حساس آن و یکی دیگر از مبانی جرم انگاری، خالی از لطف نیست؛ هرچند برخی پدرسالاری را معیاری برای جرم انگاری دانسته‌اند (قماش، ۱۳۸۸، ۸۴).

در نظام‌های حقوقی غیر اسلامی، مصلحت، مهمترین رقیب آزادی‌های فردی است و این دو مفهوم، همواره، در روند قانونگذاری‌ها در این نظام‌ها با یکدیگر رقابت می‌کنند. در واقع، در این نظام‌ها تکیه بر مصلحت‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، تنها ابزاری است که امکان محدود کردن آزادی‌های فردی را در اختیار قانونگذار قرار می‌دهد؛ البته، به دلیل اهمیت فوق العاده آزادی‌های فردی در جوامع غربی، تنها مصلحتی می‌توانند محدود کننده آزادی‌های فردی باشند که از اهمیتی بیش از این آزادی‌ها برخوردار بوده و در واقع، برای حفظ اصل و اساس جامعه ضروری باشند.

برای نمونه، شنود مکالمات تلفنی در ایالات متحده، زمانی مجاز اعلام شد که خطر تهدیدات تروریستی پایه‌های جامعه آمریکا را تهدید کرد. مصالح اقتصادی هر جامعه، همواره، از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است و رعایت این مصالح، مهمترین وظیفه مد نظر گردانندگان هر جامعه می‌باشد؛ البته، ممکن است در تشخیص این مصالح در هر جامعه، اختلاف نظرهایی وجود داشته باشد، اما هرگاه امری به مصلحت اقتصادی جامعه تشخیص داده شود، هیچ تردیدی در اعمال آن از طریق تصویب قانون، روا داشته نمی‌شود (درخشان، ۱۳۸۶، ۹۴).

ظرفیت‌های اصلی فقه امامیه، اصول شرعی و عقلی است که می‌تواند از این اصول، برای پاسخ‌دهی مناسب به جرائم اقتصادی، بهره جوید؛ اصولی شرعی، همچون: اصل حرمت اکل مال به باطل، اصل حرمت تعاون به اثم، اصل حرام بودن مقدمه‌ی حرام و اصل تجری؛ و اصولی عقلی، همچون: قاعده‌ی

لاضرر، اصل مصلحت، اصل نظم، اصل امانت‌داری و اصل باز توزیع ثروت، از جمله اصلی‌ترین اصولی است که بر اساس این اصول، جرائم اقتصادی، به عنوان یکی از جرائم مضر جامعه، قابلیت جرم انگاری خواهد داشت؛ اما در کنار این ظرفیت‌ها، جرائم اقتصادی، همانند بسیاری از مصادیق جدید جرائم، با برخی از محدودیت‌ها نیز برای جرم انگاری مواجه خواهد بود که از جمله این محدودیت‌ها می‌توان به اخباری‌گری، عدم نگارش ساختاری، عدم توجه به مسائل مستحدثه و دوری فقه از کارکرد حاکمیتی اشاره داشت که این موارد، در مواقعی می‌توانند فقه امامیه را از پویایی دور سازند و در مواجه با پدیده‌های نوظهوری همچون جرائم اقتصادی، این فقه را به بن بست برسانند (علیزاده مقدم و دیگران، ۱۴۰۲، ۱۱۱).

بدین لحاظ، چنین استنباط می‌شود که یکی از مبانی عمومی جرم انگاری در هر نظام حقوقی، توجه به مصالح اقتصادی جامعه است؛ این توجه می‌تواند از طریق کمک به تأمین مصالح اقتصادی جامعه، از طریق جرم انگاری، برخی رفتارهای مضر به این مصلحت، صورت پذیرد و همچنین، ممکن است از طریق عدم جرم انگاری برخی رفتارهای مفید برای مصلحت اقتصادی اعمال گردد.

مصالح اجتماعی، در نظام‌های حقوقی غربی، مقابل مصالح فردی مطرح می‌شود؛ چرا که در این نظام‌ها، مصلحت فرد و اجتماع، در موارد متعددی با یکدیگر سازگاری ندارد. در واقع، خلاف نظام تفکر اسلامی که در آن، اصالت توأمان فرد و اجتماع پذیرفته شده است، در اندیشه‌های فلسفی غربی، همواره، دو مفهوم اصالت فرد و اصالت اجتماع، مقابل یکدیگر قرار داشته و اندیشمندان غربی، در حمایت از این دو مبنا، استدلال‌های فراوانی کرده‌اند (تیماجی، ۱۳۸۸، ۴۵).

به طوری که اساس حمایت از فرد در جوامع غربی، کاملاً دگرگون گردیده است؛ در واقع، نظام‌های غربی، تا مدت‌ها تلاش داشتند تا با قرار دادن فرد، مقابل اجتماع و حمایت از منافع فردی او برابر منافع جمعی جامعه، پابندی خود را به فردگرایی نشان دهند، اما با روشن‌تر شدن ناکارآمدی این روش این نظام‌ها، هم اکنون به این نتیجه رسیده‌اند که حمایت از فرد باید از طریق حمایت از جامعه‌ای انجام شود که او در آن زندگی می‌کند و بدون تأمین منافع جمعی جامعه نمی‌توان منافع فردی اعضای آن را تضمین کرد؛ رویکردی که با عنوان اصالت توأمان فرد و جامعه، در تفکر اسلامی دارای سابقه‌ای بسیار طولانی است (مطهری، ۱۳۸۱، ۳۲).

از این رو، توجه به مصالح اجتماعی، یکی از مبانی عمومی قانونگذاری در نظام‌های حقوقی کشورهای غیر اسلامی تلقی می‌شود و اعمال این مبنا در روند جرم انگاری‌ها نیز با توجه ویژه‌ای پیگیری می‌شود. جرم انگاری بسیاری از رفتارها نیز با توجه به همین مصالح سیاسی صورت می‌پذیرد؛ چنانکه عضویت در گروه القاعده یا انجام معاملات تسلیحاتی با ایران، زمانی در ایالت متحده تشویق، اما هم اکنون، جرم انگاری شده و مرتکبین این رفتارها مستحق کیفر دانسته شده‌اند (تیماجی، ۱۳۸۸، ۴۶).

یکی از مشکلاتی که در مبارزه با جرائم اخلال در نظام اقتصادی کشور ایران وجود دارد، ابهام در مفاهیم به کار رفته در قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب سال ۶۹ است؛ برای مثال، یکی از ابهاماتی که در این قانون وجود دارد، مفهوم اخلال بوده که در هیچ قانونی، تعریف نشده است. از آنجا که عمده‌ی جرائم مندرج در این قانون، مقید به نتیجه هستند و نتیجه‌ی مد نظر قانون‌گذار هم اخلال در یکی از ارکان نظام اقتصادی، از جمله نظام پولی، ارزی، صادراتی و... است؛ بنابر این، وجود شبهه در مفهوم اخلال هم از دیگر مواردی است که علی‌الاصول می‌تواند اثبات این جرم را منتفی سازد (حسین‌الحسینی و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۹).

مسأله دیگر، تشتت در آرای محاکم کیفری در رسیدگی به جرم اخلال در نظام اقتصادی است که ناشی از تفسیرهای متفاوت رویه قضائی از قوانین جاری، خصوصاً قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور و همچنین، نوع دادگاه‌های رسیدگی کننده می‌باشد. رویه قضایی در چند دهه گذشته، با توجه به قوانینی که تصویب شده است، برداشتهای متفاوتی از نحوه برخورد با جرایم اقتصادی ارائه داشته‌اند. به علاوه، نوع دادگاه رسیدگی کننده به جرائم مخل نظام اقتصادی (دادگاه عمومی کیفری یا دادگاه انقلاب) نیز در تعیین عنوان مجرمانه و تعیین مجازات مؤثر است. عموماً دادگاه‌های انقلاب برخورد شدیدتری با جرائم اقتصادی دارند.

البته، همیشه این گونه نیست که مصالح سیاسی تابع منافع اقتصادی و اجتماعی باشد. برخی مواقع، مصالح سیاسی در جهت تأمین منافع حاکمیت می‌شود؛ یعنی: ساختار نظام و دولت به معنای بنیادین مورد توجه قرار می‌گیرد و از این جهت، مبنایی برای جرم انگاری تلقی می‌گردد؛ به تعبیری، مصلحت سیاسی، بعضی از اقتضانات را به همراه خود دارد؛ برای نمونه حکم می‌کند برای افراد مسلحی که امنیت جامعه را تهدید می‌کند و یا اینکه گروه‌هایی که در جامعه رعب و وحشت ایجاد می‌کنند یا ... مجازات تعیین گردد و این رفتارها جرم انگاری گردند و در واقع، نقطه تلاقی میان جرم انگاری جرایم علیه امنیت و مصلحت سیاسی نیز همین جا است.

اصل مصلحت عمومی، به نسبت به دیگر مصالح، از سابقه بیشتری برخوردار است. این اصل، از یونان باستان بدین سو، از جانب نویسندگان و متفکرین بسیاری، معیار حکومت و قانون عادلانه مطرح بوده است. چنین ادعا می‌شود که از یک سو، حکومت، فقط مجاز به اقداماتی است که در جهت مصالح عامه قرار دارد؛ به این معنا که اقدامات حکومتی، تنها با برخورداری از چنین پشتوانه‌ای است که موجه می‌شوند و از دیگر سو، اصل موجه مصلحت عامه می‌تواند مبنای بسیاری از اقدامات دولتی قرار گیرد که در نگاه نخست، اقداماتی غیر موجه و ناقض اراده آزاد اشخاص به نظر می‌رسد (شجاعی نصر آبادی، ۱۳۸۹، ۳۷).

با توجه به این مبنا، دولت، هنگامی می‌تواند رفتاری را مجرمانه بداند و به سبب ارتکاب آن، کسی را کیفر دهد که در کنار سایر مبانی گفته شده در باب حقوق و آزادی‌های فردی، مستلزم خیر عمومی نیز باشد، نه اینکه عموم مردم، آن را مداخله‌ای نا بجا پندارند و حتی یکدیگر را در نقض آن مقررات تشویق کنند؛ چه اینکه در این موارد، مردم خیر خویش را در سرپیچی از چنین قانون کیفری می‌بینند و نه در پیروی از آن. اگرچه این نظریه، زمانی به طور گسترده پذیرفته شده بود، ولی تجربه صد سال گذشته نشان داد که مصلحت عمومی، جمع عددی منافع فردی نیست و نه همیشه، همان چیزی است که در قوانین، مقررات و سایر شکل‌های بیان‌کننده اراده‌ی مقام‌ها و صاحبان قدرت و حکومت است (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ۲۷۷).

در واقع، بخش‌های مختلف جامعه مدنی می‌توانند در جهت خیر و مصلحت عمومی عمل کند و این خاص دولت هم نیست که بتوان گفت: تنها دولت است که خیر عمومی را می‌فهمد؛ بنابراین، نه بر اساس ملاک کمی و نه فرامین دولتی، نمی‌توان مصلحت عمومی را دید و این دو نمی‌توانند معیاری تمام برای آن باشند.

مصلحت دولت، به منزله یک شخص حقوقی، شامل: تمامیت، آزادی عمل و احترام به شخصیت دولت و از طرفی دیگر، ادعا و حق جامعه متشکل سیاسی و اینکه مالک اموال شده و آن را در راه منافع جامعه مورد استفاده قرار دهد.

مصلحت‌های دولت به منزله نگرهبان مصلحت‌های اجتماعی، در بردارنده موارد زیر است:

اول) مصلحت اجتماعی در حفظ امنیت اجتماعی شامل: امنیت عمومی، بهداشت عمومی، نظم و آرامش، احترام به اموال و احترام به عقود و معاملات؛

دوم) مصلحت اجتماعی در امنیت و مصونیت نهادهای اجتماعی که شامل: نهادهای خانوادگی، مذهبی، سیاسی و اجتماعی می‌گردد؛

سوم) مصلحت اجتماعی در حفظ اخلاق عمومی؛

چهارم) مصلحت اجتماعی در ذخیره منابع طبیعی؛

پنجم) مصلحت اجتماعی در ترقی و پیشرفت عمومی؛

ششم) مصلحت اجتماعی در زندگی فردی شامل: آزادی اظهار وجود و فعلیت، موقعیت، شرایط زندگی (صانعی، ۱۳۸۹، ۷۱).

به نظر می‌رسد گزینش میان هدف‌های اجتماعی و انگاره‌های ارزشی متعارض در پاره‌ای مواردی نیز دشوار است. در این موارد که برآوردن تعاملات و منافع فرد و همگان، به طور برابر ممکن نیست، به ناچار باید دست به گزینش زد. به نظر می‌رسد که نظریه مصلحت عمومی باید فراهم آورنده چنان شرایطی باشد که راه را بر شکوفایی استعداد‌های افراد باز کرده و کرامت انسانی را تقویت و تضمین کند.

بدیهی است که در این نظریه که ویژگی‌های کلی مصلحت عمومی را در خود جای داده، نمی‌توان فهرستی از راه حل‌ها نیز ارائه داد، بلکه در هر مورد، با توجه به این ملاک کلی و خصوصیات نظریه‌ی مصلحت عمومی که هم به آزادی‌ها و حقوق فردی توجه دارد و هم به خیر عمومی، باید با ملاحظه‌ی شرایط حاکم بر آن وضعیت و نیز میزان توسعه یافتگی هر جامعه، اخلاق و عادت‌های مردم تصمیم‌گیری شود.

به نظر می‌رسد که برای شناخت میزان اهمیتی که یک دولت به آزادی‌ها و حقوق فردی به ویژه آزادی بیان و اندیشه می‌دهد، باید آن بخشی از قوانین کیفری را دید که به جرم‌های علیه امنیت اختصاص داده شده است؛ زیرا در این بخش است که قانونگذار کیفری میان حقوق فردی و مصلحت عمومی، دست به گزینش می‌زند و در هنگام گزینش‌گری است که آدمی و هدف‌های او از زندگی، نمایان می‌شود (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ۲۸۵).

۴-۱. اصل کمال‌گرایی قانونی

در این مبحث، کمال‌گرایی قانونی، متعالی‌ترین مبنای جرم انگاری، مورد امعان نظر قرار می‌گیرد؛ صرف نظر از اینکه بدیهی است میان مبنای چهارگانه مشروح در این پژوهش، علی‌الخصوص بین مبنای مورد توجه در این مبحث (کمال‌گرایی)، به علت گستردگی و وسعت مفهوم آن با سه مبنای دیگر جرم انگاری، در برخی مسائل هم‌پوشانی، مشاهده می‌شود.

این نگرش که برخی (قماش، ۱۳۸۸، ۱۳۲) آن را معیاری برای جرم انگاری به شمار می‌آورند، نگرشی برای رشد فضیلت در انسان و پدید آمدن خلق نیکو و ارتقای معنویت او است؛ از این رو، در قانون کیفری، فرد، به اموری وادار می‌شود و یا از انجام کارهایی باز داشته می‌شود تا شخص، تعالی و کمال شخصیت دست یابد.

بحث درباره‌ی کمال‌گرایی قانونی، سخن را به سمت بحث دیرینه‌ای میان دو اصطلاح حقوق فطری و حقوق موضوعه سوق می‌دهد. این بحث، نمایانگر این است که برابر قواعد و الزاماتی که قانونگذار آن‌ها را برای زمان مشخصی وضع می‌کند و حکومت ابزارهای آن را از جمله کیفر و ضمانت اجراء را مشخص می‌کند، قواعد ثابت و لایتغیری نیز هست که چیزی ورای اراده حکومت‌ها و غایت مطلوب انسان است و قانونگذار باید بکوشد تا آن‌ها را سرمشق و الگوی خود در خصوص جرم انگاری قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۰).

در حقوق موضوعه، به آنچه هست تکیه می‌شود و در حقوق فطری، به آنچه باید باشد. منبع حقوق فطری، اراده خداوند است و هدف آن، اجرای اراده او، یعنی: اقامه عدل و مهربانی و رسیدن انسان به کمال و نهایت ابدی است. این قواعد، همسو با فطرت آدمی است؛ چرا که هر انسانی، فطرتاً، کمال طلب

است، لذا چنان با عقل و طبیعت سازگار است که هر عقل سلیمی بدون هیچ اما و اگر و تردیدی، به آن حکم می‌کند و به قدری با طبیعت و فطرت بشر همسو و همسان است و به قدری درست، طبیعی و عادلانه است که هیچ مقامی نمی‌تواند آن را منکر شود؛ پس، حقوق فطری، به عنوان شالوده مبنای کمال‌گرایی قانونی، دستاویز قانونگذار قرار می‌گیرد، تا به مهمترین و حیاتی‌ترین حقوق و آزادی‌های فردی انسان‌ها ورود کند. از آنجایی که حقوق فطری تغییر ناپذیر و عام هستند و تغییر زمان و مکان به اعتبار و قدرت آن، خللی وارد نمی‌سازد و عقل و فطرت پاک به پیروی از آن، جرم انگاری در این حوزه را نیز موجه، محترم و قابل پذیرش می‌داند (تیماجی، ۱۳۸۸، ۴۵).

حقوق فطری، طبق نظر فقهای امامیه، همان مستقلات عقلی می‌باشد که عقل انسان، مستقل و جدا از احکام شرعی بر آن استوار است و بدیهی است که جای هیچ تردیدی در درستی آن باقی نمی‌ماند؛ مانند: حرمت سرقت، توهین، ظلم، تجاوز و مانند آن‌ها، جرایم علیه امنیت نیز از همین زاویه قابل بررسی است. عقل انسان، مستقل و جدا از حکم شرعی، قبح آن را درک می‌کند؛ یعنی: مثلاً، برهم زدن امنیت را قبیح می‌شمارد.

برای توضیح بیشتر، در علم اصول، مسأله مهمی است که امری که عقل همگان آن را خوب یا بد می‌داند، آیا شرع نیز به همین صورت عمل می‌کند و خوب را واجب و بد را حرام می‌داند؟ پاسخ به این پرسش، پرده از یکی از مهمترین، کاربردی‌ترین و مستحکم‌ترین قاعده‌های فقهی و حقوقی بر می‌دارد؛ کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع، حکم به العقل (میزان قمی، ۱۳۶۳، ۲۰۵) و این از الطاف الهی دانسته شده؛ چرا که ثواب و عقاب را مخصوص اموری دانسته است که هر عقل سلیمی، حتی پیش از علم به وجوب و حرمت آن، بتواند آن را درک کند.

حقوق فطری در غرب نیز دارای سوابقی می‌باشد، با این تفاوت که منبع این حقوق، بیشتر انسان دانسته شده است؛ نه خداوند. این اندیشه که تقریباً از قرن ۱۸ میلادی به بعد و همگام با طرح اندیشه‌های کانت و دکارت، مورد توجه قرار گرفت، حقوق فطری را لازمه شخصیت انسان قرار می‌دهد و معتقد است که نه تنها عقل و شعور انسان، در هر حال، به قواعد حقوق فطری حاکم است، بلکه حقوق فطری، آنچنان با سرشت انسان پیوسته است که هیچ عاملی نمی‌تواند آن را از او مستقل یا به دیگران انتقال دهد. به نظر می‌رسد کمال‌گرایی به دنبال حمایت از ارزش‌های والا و ثابتی است که عقل، مستقلاً نیز آن را درک و در حقوق غربی جزو حقوق فطری انسان شناخته می‌شود؛ بنابراین، جرم انگاری جرایم علیه امنیت، بر اساس این مبنا، امری بدیهی می‌نماید؛ زیرا در جرایم علیه امنیت، به بسیاری از حقوق طبیعی و فطری افراد هجمه وارد می‌شود که عقل نیز آن را مستقلاً درک می‌کند و قانونگذار، بر مبنای همین درک، برای حمایت از آن، به جرم انگاری می‌پردازد.

می‌توان کمال‌گرایی قانونی را نوع جهش یافته اخلاق‌گرایی قانونی دانست؛ اگرچه طبیعی است که چنانچه فرد به کمال اخلاقی دست یابد، دیگران نیز از وی بهره‌مند می‌شوند و یا حداقل، آن است که دیگران، از وی زیان و ضرر متحمل نمی‌شوند؛ لذا تفاوتی که در این توجیه کمال‌گرایی قانونی با اخلاق-گرایی قانونی وجود دارد، در همین است که در این نوع اخلاق‌گرایی، کمال فرد، اهمیت چندانی ندارد، بلکه حمایت از اخلاق عمومی بیشتر مد نظر است؛ لذا هر فعلی که این هنجارها را هدف قرار دهد و باعث هتک حرمت آن شود، جرم دانسته و سزاوار کیفر شناخته می‌شود.

اختلاف دیگری که در این دو نظریه به چشم می‌خورد، هدف‌های مختلف بر پایه و اساس کمال-گرایی قانونی از طریق اهتمام به حقوق فطری است؛ به طوری که هدف جرم‌انگاری آن دسته از جرایمی تلقی می‌گردد که بر پایه حقوق فطری و الزامات عقلی جرم دانسته شده‌اند؛ در جوامع و حکومت‌های دینی و متشرع، همانا اجرای اراده پروردگار و تأمین اطاعت از او و ایجاد بستری مناسب برای به پا داشتن احکام و اوامر الهی شمرده می‌شود، در صورتی که در اغلب حکومت‌ها، هدف از این‌گونه جرم‌انگاری، حمایت از حقوق شخصیت انسان، عنوان می‌شود.

۲. مصادیق توجیه‌گر جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت

۲-۱. ضرورت تشکیل حکومت اسلامی و حفظ آن

با توجه به اینکه بحث، درباره جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت حکومت اسلامی است، این سؤال پیش می‌آید که اصولاً، وجود حکومت اسلامی، چه ضرورتی دارد تا اقدام علیه آن نیز جرم قلمداد شود؟ در واقع، مبنای جرم‌انگاری جرمی مثل: بغی را در پاسخ به این سؤال باید دنبال کرد؛ هر چند جرایم دیگری همچون: محاربه و افساد فی‌الارض را نیز نمی‌توان غیر مرتبط با این بحث دانست. برای پاسخ به سؤال فوق، در ابتداء، باید ضرورت تشکیل حکومت، پس از آن، ضرورت دینی بودن حکومت و در نهایت، ضرورت اسلامی بودن و حفظ آن، اثبات شود که مجموعه‌ای از دلایل عقلی و نقلی را برای پاسخ می‌طلبد (باقری، ۱۳۹۲، ۸۰).

ضرورت وجود حکومت در جامعه، از وجدانیات و بدیهیات است که عقل سلیم هر انسانی به ضرورت آن پی‌می‌برد؛ چراکه تحقق نظم در اجتماع، با توجه به خصوصیات و غرایز انسان‌ها بدون تشکیل حکومت و اجرای قانون محال است؛ چون خداوند تعالی نوع بشر را مدنی بالطبع و محتاج به یکدیگر آفریده و غالباً، معاملات و معاشرت‌ها سبب حدوث مشاجرات و منازعات می‌شود و منتهی به قتل نفوس و غارت اموال و حدوث جراحات می‌گردد و نیز از آنجا که اکثر انسان‌ها مایل به تحصیل لذات و خواهش‌های نفسانی هستند، اگر بازدارنده‌ای به نام قانون با اجرای حکومت نباشد، انسان‌ها در جان و اموال یکدیگر، تصرف می‌کنند و انواع فساد را به بار می‌آورند؛ لذا عقل حکم می‌کند برای

شکل‌گیری زندگی اجتماعی آرام و به دور از کشمکش‌های روزانه، باید حکومت تشکیل گردد؛ البته، اینکه حکومت، در کنار قانون ذکر می‌شود، از این جهت است که مجموعه قانون برای اصلاح جامعه کافی نمی‌باشد؛ برای اینکه قانون، مایه اصلاح و سعادت بشر شود، به مجری قانون احتیاج دارد که همان حکومت است (موسوی خمینی، ۱۴۲۳، ۲۵).

امام خمینی (ره) لزوم حکومت را این چنین تبیین می‌کنند: حضرت امیر، در دستوری که می‌دهد می‌گوید: امورتان را نظم بدهید. همه جا باید نظم داشته باشد. همه جامعه، نظم لازم دارد. اگر نظم از کار برداشته بشود، جامعه از بین می‌رود. آنانی که می‌گویند: نظام به این معنا نمی‌خواهم و همه‌مان یک‌جور و همه‌مان بدون اینکه یک ضابطه‌ای در کار باشد، عمل بکنیم، خلاف قرآن دارند عمل می‌کنند، خلاف اسلام دارند عمل می‌کنند. خلاف مصالح مملکتشان دارند عمل می‌کنند (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ۴۹۴).

بعد از بیان این مطلب که جامعه بشری نیازمند حکومت است، باید گفت: بر اساس دستور قرآن کریم که خداوند متعال، هیچ پیامبری را نفرستاد، مگر اینکه به فرمانبری از او امر کرد (نساء، ۶۴). مسأله حکومت، مسأله اساسی همه پیامبران الهی بوده و از ضروریات و لوازم زندگی بشر محسوب می‌شود؛ به همین دلیل، پیامبر اکرم (ص) تا حکومت تشکیل نداد، به اهداف والای خود نرسید.

پس از تبیین لزوم دینی بودن حکومت، این سؤال پیش می‌آید که طبق کدام دین باید حکومت تشکیل داد؟ برای جواب این سؤال که در واقع، ضرورت اسلامی بودن حکومت را نشان می‌دهد، چهار طریق اثبات وجود دارد؛ عقلی، سیره و روایت، قرآن و از طریق منشا حق حاکمیت.

از جمله دلایل عقلی که می‌توان برای اثبات، اشاره کرد که مهمترین آن نیز می‌باشد، لزوم اجرای احکام اسلامی است؛ هر که اظهار کند که تشکیل حکومت اسلامی، ضرورت ندارد، منکر ضرورت اجرای احکام اسلامی شده و جامعیت و جاودانگی دین مبین اسلام را انکار کرده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۳، ۳۱).

ضرورت اجرای احکام شرع، همان طور که تشکیل حکومت اسلامی را در زمان رسول اکرم (ص) ایجاب می‌کرد، دلیل بر لزوم ایجاد حکومت اسلامی و تشکیل آن در عصر حاضر است. بدیهی است ضرورت اجرای احکام که تشکیل حکومت رسول اکرم (ص) را لازم آورده، منحصر و محدود به زمان آن حضرت نیست و پس از رحلت حضرت رسول نیز ادامه دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۳، ۱۸).

افرادی که در زمان غیبت امام معصوم (ع) و یا در زمان حضور امامی معصوم که حاکم اسلامی نیست، علیه حکومت موجود شورش کنند، باغی شمرده نمی‌شوند و لاجرم، قوه‌ی حاکمه باید اینان را تحت عناوین دیگری، همچون: محاربه و یا یکی از عناوین مجرمانه‌ی جرایم علیه امنیت داخلی، تحت تعقیب و مجازات قرار دهد؛ البته، قانونگذار ایرانی با وضع مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی که

به جرم انگاری بغی پرداخته است، حضور امام معصوم(ع) را برای تحقق جرم بغی شرط نمی‌داند(موسوی فر، خسروی، ۱۴۰۱، ۱۱۷).

با در نظر گرفتن بحث فوق، وقتی ضرورت تشکیل حکومت اسلامی ثابت باشد، حفظ آن نیز واجب می‌شود و جرم انگاری جرایمی از جمله بغی نیز قابل توجیه است؛ بنابراین، می‌توان گفت: مبنای جرم انگاری جرم بغی، چیزی جز ضرورت حفظ حکومت اسلامی نمی‌باشد.

۲-۲. ضرورت حفظ امنیت جامعه

در تعالیم اسلامی، امنیت جامعه اسلامی، صرف نظر از نوع حکومتی که بر آن حکمرانی می‌کند، دارای اهمیت می‌باشد؛ به عبارت دیگر، حتی اگر حکومتی نا مشروع نیز بر جامعه اسلامی حکمرانی کند، مسلمانان حق ندارند از دستورات و مقررات این حکومت سرپیچی کنند که امنیت جامعه به خطر افتد. علاوه بر تاکید فراوانی که در اقوال معصومین(ع) در رابطه با اهمیت امنیت در جامعه وجود دارد، سیره عملی ایشان نیز نشان می‌دهد که این بزرگواران، در عصر حکومت حاکمان جائز بنی‌امیه و بنی‌عباس نیز حفظ امنیت مردم در جامعه را در رأس برنامه‌های خود برای مقابله با این حکومت‌ها قرار داده بودند و از مبارزه با این حکومت‌ها به طرقتی که باعث اخلال در امنیت مردم می‌شد، خودداری می‌کردند؛ بنابراین، می‌توان چنین اظهار نظر کرد که در اسلام، خود امنیت نیز به تنهایی دارای موضوعیت می‌باشد و به خطر انداختن آن، به هیچ وجه جایز نیست؛ بر همین اساس، رفتارهایی که در امنیت جامعه اخلال به وجود می‌آورند، در فقه جزایی قابل تعزیر اعلام شده‌اند.

به نظر می‌رسد در قانون مجازات اسلامی نیز توجه به لزوم حفظ امنیت عمومی در جامعه اسلامی، یکی از مهمترین مبانی مورد توجه قانونگذار برای جرم انگاری رفتارهای مخل به این امنیت بوده است. در واقع، علت جرم انگاری بسیاری از رفتارها در حوزه مسائل عمومی، مخل بودن این رفتارها نسبت به امنیت عمومی است و قانونگذار با توجه به لزوم امنیت جامعه اسلامی به جرم انگاری این رفتارها مبادرت کرده است.

مواد ۴۹۸، ۵۰۵، ۵۰۷ و ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی، صراحتاً، از عبارت بر هم زدن امنیت کشور استفاده کرده است؛ مثلاً، ماده ۵۰۵ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: هرکس با هدف بر هم زدن امنیت کشور، به هر وسیله، اطلاعات طبقه بندی شده را با پوشش مسئولین نظام، یا مامورین دولتی، یا به نحو دیگر جمع‌آوری کند، به حبس از یک تا پنج سال محکوم می‌شود.

البته، امنیت، مفهوم کلی است که نیاز به تعریف دقیق دارد و باید دقیقاً معلوم شود که اخلال در امنیت جامعه اسلامی، در واقع، ایجاد تهدید برای چه بخش یا بخش‌هایی از جامعه از چه ابعادی است. در منابع فقهی و قانونی مجازات اسلامی، تعریفی از امنیت ارائه نشده است؛ اما دقت در مصادیق ذکر

شده برای اخلال در امنیت عمومی، نشان می‌دهد که آسایش عمومی و عدم وجود رعب و وحشت بین مردم و وجود آسایش روانی در جامعه، مفهومی بوده است از امنیت که مد نظر قانونگذار قرار داشته است.

۲-۳. ضرورت حفظ تمامیت ارضی و استقلال کشور

تمامیت ارضی کشور اسلامی و استقلال آن نیز مانند امنیت جامعه، به خودی خود، دارای موضوعات است و صرف نظر از مشروعیت حکومتی که بر این قلمرو حکمرانی می‌کند، حفظ مرزهای کشور اسلامی و جلوگیری از خارج شدن سرزمین‌های متعلق به این کشور، از حاکمیت دولت مرکزی، یکی از اولویتهای سیاست جنایی اسلامی محسوب می‌گردد.

سیره عملی معصومین(ع) نیز نشان می‌دهد که حفظ قلمرو تمامیت ارضی کشور اسلامی و استقلال آن برابر قدرتهای بیگانه برای ایشان دارای اولویت بوده است و در بسیاری از موارد، علی‌رغم عدم مشروعیت حکومت‌های مسلط بر قلمرو کشور اسلامی، این حکومتها از کمک‌های امامان شیعه برای حفظ تمامیت ارضی و استقلال خود برخوردار بوده‌اند.

بنابر این، به نظر می‌رسد که احترام به تمامیت ارضی کشور اسلامی برای حفظ استقلال آن تمامیت یکی از مسائلی است که در حوزه حکومتی و سیاسی دارای اهمیت زیادی می‌باشد، بر همین اساس، رفتارهایی که به تمامیت ارضی یا استقلال کشور اسلامی صدمه وارد کند، مستحق مجازاتهای گوناگونی از نوع حدود و تعزیرات دانسته شده است. این رفتارها هرگاه چنان شدید باشد که بتوان عنوان محاربه بر آن، اطلاق کرد، با مجازاتهای شدیدی تحت عنوان حد محاربه رو به رو خواهد شد و هرگاه، میزان صدمه آن به تمامیت ارضی یا استقلال کشور شدید نباشد، قابل تعزیر خواهد بود (اسماعیلی، ۱۳۶۸، ۹۳).

در قانون مجازات اسلامی، جرایم تعزیری متعددی در رابطه با تلاش برای ایراد صدمه به تمامیت ارضی یا استقلال کشور جمهوری اسلامی ایران تعریف شده است که طیف گسترده‌ای از رفتارها را از تحریک سربازان به تسلیم یا عدم ادامه نبرد گرفته تا همکاری با دشمن و دادن اطلاعات طبقه بندی شده به اشخاص غیرمسئول را در برمی‌گردد. به نظر می‌رسد مبنای اصلی جرم انگاری این رفتارها، لزوم حفظ تمامیت ارضی و استقلال کشور اسلامی بوده است؛ البته، بی‌شک، تمامی جرایم علیه تمامیت ارضی و استقلال کشور، به گونه‌ای دارای تأثیراتی مخرب بر امنیت عمومی نیز هستند و در عین حال، نوعی مخالفت با حکومت اسلامی و سرپیچی از دستورات حکومتی و سیاسی نیز محسوب می‌شود.

قانونگذار ایران با توجه به مقتضیات کنونی جامعه ایران و تهدیداتی که امروزه متوجه کشور است و با در نظر گرفتن ساختارهای امنیتی و نظامی امروزی جهان، برخی از رفتارهایی را که منجر به ایجاد

خطر برای امنیت داخلی و خارجی کشور می‌شود، جرم انگاری کرده است. فصل اول از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، به جرم انگاری همین رفتارها اختصاص داده شده است و در آن، تلاش شده است تا از هر گونه اقدامی که منجر به تهدید امنیت داخلی و خارجی کشور می‌شود، با توسل به اقدامات کیفری، جلوگیری شود.

بسیاری از این رفتارها در زمان تدوین فقه جزایی امامیه، محلی برای بروز نداشته است و بسیاری دیگر از آن‌ها، در زمان ائمه (ع)، وجود داشته و حتی نمونه‌هایی از ارتکاب آن‌ها، در زمان حکومت معصوم (ع) بر جامعه اسلامی نیز وجود دارد که امام معصوم (ع)، برای آن‌ها مجازاتی در نظر نگرفته است؛ برای مثال، تحریک مؤثر رزمندگان به عصیان، از سوی برخی افراد، در جنگ صفین، رخ داد، اما امیر المؤمنین علی (ع)، مجازاتی بر این اعمال، مترتب نکردند؛ اما قانون مجازات اسلامی، مرتکب چنین رفتاری را مستوجب مجازات دانسته است (ماده ۵۰۴ ق.م.ا). روشن است مبنای جرم انگاری این رفتارها در قانون مجازات اسلامی، لزوم توجه به مصالح کشور، با در نظر گرفتن مقتضیات زمان بوده است.

۲-۴. ضرورت حفظ وجهه و اقتدار سیاسی و اقتصادی کشور

دولت جمهوری اسلامی ایران، نماد و نماینده ملت ایران به شمار می‌رود و ضعف یا اقتدار آن در چشم جهانیان، نماینده ضعف یا اقتدار ملت ایران تلقی می‌گردد. ایراد خدشه به وجهه و آبروی این دولت، می‌تواند تاثیری مستقیم در تحقیر ملت ایران و ضربه زدن به غرور ملی ایرانیان داشته باشد؛ از همین رو، دولتمردان جمهوری اسلامی ایران، همواره باید نسبت به حفظ وجهه خود در جهان و جلوگیری از ایراد خدشه به آبروی نظام اسلامی کوشا باشند و از ارتکاب اعمالی خودداری کنند که باعث تحقیر مردم ایران در چشم جهانیان می‌گردد؛ برای مثال، اگر رئیس جمهوری، بدون در نظر گرفتن اصول متعارف دیپلماتیک، در اجلاسی شرکت کند که اساساً، مخصوص تشکل‌های غیردولتی باشد و یا سخنانی را ایراد کند که واکنش جهانی را علیه کشور به همراه داشته باشد، بدون تردید، باعث تحقیر نظام شده است.

همچنین، مردم و سکنه ایران نیز ملزم هستند با اهتمام کامل در جهت کمک به اقتدار نظام سیاسی کشور، از اقداماتی خودداری کنند که باعث خدشه به وجهه نظام می‌شود؛ برای مثال، هتک حرمت نمایندگان سیاسی کشورهای خارجی که در کشور به سر می‌برند، از مصادیق ایراد لطمه به آبروی کشور و نظام سیاسی است (نظری، ۱۳۹۸، ۱۶).

قانون مجازات اسلامی برای جلوگیری از لطمه زدن مردم به آبرو و وجهه نظام سیاسی کشور، در مواد مختلفی، از جمله مواد: ۵۱۶ و ۵۱۷، برای اعمالی که چنین پیامدی را دارند، ضمانت اجرای کیفر پیش‌بینی کرده است؛ اما متأسفانه، نسبت به ایراد صدمه به آبروی کشور و نظام، از سوی دولتمردان، بی‌تفاوت بوده است.

به هر روی، می‌توان چنین اظهار نظر کرد که قانون مجازات اسلامی، حفظ وجهه و آبروی نظام اسلامی را نیز یکی از مبانی جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت در نظر داشته است.

برخی از رفتارها علیه امنیت عمومی کشور، صرف نظر از پیامدهای زیان باری که به لحاظ مادی و جسمانی به جا می‌گذارند، باعث ایراد صدمه به مفهومی به نام اقتدار نظام سیاسی می‌شوند. اقتدار نظام سیاسی، در واقع، همان ابهتی است که یک نظام در چشم دیگران داشته و باعث صرف نظر کردن آنان از دست اندازی به قلمرو حاکمیت آن می‌شود و می‌تواند در عرصه‌های مختلفی، از جمله: سیاست و اقتصاد، مصداق داشته باشد. هرگاه، این اقتدار دستخوش آسیب شود، تمایل افراد به هتک حرمت دولت و مردم تابع آن، افزایش یافته و خطرات مهمی متوجه کشور می‌شود. قانونگذار، در جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت عمومی، به لزوم حفظ اقتدار سیاسی کشور توجه داشته و در موارد محدودی، رفتارهایی را جرم‌انگاری کرده است که به این اقتدار، صدمه وارد می‌کند (قادری کنگاوری، ۱۴۰۱، ۹۶).

حقوق کیفری، در اساسی‌ترین نقش خود، در مقام تحدید یا حمایت از آزادی‌های افراد، از طریق استفاده از قدرت و قوه قاهره است؛ در این میان، جرم‌انگاری، مصداق بارز و اهم مداخله در آزادی رفتارهای شهروندان، حائز اهمیت است.

نتیجه‌گیری

مبانی حقوقی جرم‌انگاری در نظام‌های کیفری عرفی، قابلیت توجیه جرم‌انگاری علیه امنیت را در حقوق کیفری ایران دارد و برای توجیه جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت، باید به نظریه‌های تلفیقی یا مختلط رو کرد و مبانی که چنین قابلیت‌هایی را دارند عبارت هستند از اصل رفاه، اصل ضرر، مصلحت‌اندیشی قانونی و کمال‌گرایی قانونی که این مبانی، در تلفیقی منطقی، این امر را انجام می‌دهند.

اگر پذیرفته شود که اصل بر آزادی انسان‌ها است، اعمال محدودیت و ممنوعیت، به ویژه از طریق حقوق کیفری، استثناء محسوب می‌شود؛ بر این اساس، در هنگام مداخله دولت، همیشه، فرضیه، به نفع آزادی وجود خواهد داشت؛ بدین ترتیب، اثبات ضرورت وجود محدودیت برای آزادی‌های انسان، بر عهده کسانی است که رفتارهایی را جرم‌انگاری می‌کنند.

هرگونه پیش روی در فضای آزاد رفتاری شهروندان، افزون بر منطبق التزام از طریق توسل به حقوق کیفری در پرتو ساز و کار جرم‌انگاری، قبل از هر چیز، به توجیحات و دلایل معقول، علمی و مستدل نیازمند است که عدول از محدودیت‌های نظری و فلسفی را مجاز می‌شمارد. هرگونه جرم‌انگاری بدون توجه به این محدودیت‌ها و مبانی حقوق کیفری، می‌تواند زمینه ساز چالش‌های متعددی باشد. به نظر می‌رسد گستره جرم‌انگاری و میزان مداخله کیفری دولت در حوزه‌های گوناگون، بستگی به نوع نظام

سیاسی در هر کشور، ایدئولوژی حاکم بر آن و در نهایت، نوع مدل سیاست جنایی آن، ارتباط نزدیکی دارد که غالباً، راهبردهای اصلی و کلی، در قانون اساسی نمود می‌یابد.

شرایط امروزی، مستلزم ایجاد یک نظام حقوقی است که بتواند به تهدیدهای احتمالی، به طور مؤثر پاسخ دهد. پیشگیری و مبارزه با جرایم علیه مبانی امنیت ملی، مستلزم یک چهارچوب حقوقی نظری مؤثر است.

در این راستا، پیشنهاد می‌گردد که قانونگذار حقوق کیفری، به طور مداوم، از طریق ایجاد تحولات علمی جدید، بهبود یابد و جرم انگاری جرایم علیه امنیت را به صورت شفاف، قابل توجیه کند.

کتاب شناسی

۱. استوارت میل، جان، (۱۳۷۵)، درباره آزادی، ترجمه: جواد شیخ الاسلامی، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.
۲. اسماعیلی، محسن، (۱۳۶۸)، بررسی فقهی و حقوقی حکم ارتداد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری.
۳. باقری، بهنام، (۱۳۹۲)، مبانی فقهی و حقوقی جرایم علیه امنیت، پایان نامه کارشناسی ارشد، قزوین، دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره).
۴. تیماجی، مهدی، (۱۳۸۸)، بررسی مبانی و معیارهای جرم انگاری در جرایم مستوجب جرایم تعزیر، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی.
۵. جواد کبریته کرمانی، محمد، (۱۳۹۰)، بررسی فقهی و حقوقی مبانی جرم انگاری بزه‌های جنسی، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشت، دانشگاه گیلان.
۶. حاجی ده آبادی، محمد علی؛ یوسفی، محمد، (۱۳۹۲)، بررسی مبنای ضرر در جرم انگاری تجاوز جنسی با رویکرد فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره: ۲.
۷. حسین الحسینی، سید علی؛ حکیمی‌ها، سعید؛ گلباغی ماسوله، سید علی جبار، (۱۴۰۱)، چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در رویارویی با جرایم مخل نظام اقتصادی کشور (با رویکردی انتقادی به شماری از آراء محاکم کیفری)، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء دوره اول، شماره: ۳.
۸. زینالی، میر حمزه، (۱۳۹۳)، مبانی مداخله حقوق کیفری در حوزه فرهنگ و چالش‌های فرآروی آن، تازه‌های علوم جنایی، تهران، نشر میزان.
۹. شجاعی نصر آبادی، محمد، (۱۳۸۹)، تحلیل مبانی اصل استثنایی بودن جرم‌انگاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، قم، دانشگاه قم.
۱۰. صناعی، پرویز، (۱۳۸۹)، حقوق و اجتماع، تهران، انتشارات طرح نو.
۱۱. عبدالهی، اسماعیل، (۱۳۸۹)، درس‌هایی از فلسفه کیفر، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۲. عزیززاده مقدم، محمد مهدی؛ قیوم زاده، محمود؛ فلاح، مهدی، (۱۴۰۲)، ظرفیت‌ها و محدودیت‌های اصول فقهی و شرعی در جرم‌انگاری جرائم اقتصادی از منظر فقه امامیه، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره دوم، پیاپی: ۵، شماره: ۱.

۱۳. قادری کنگاوری، روح الله، (۱۴۰۱)، امنیت داخلی در ساحت اقناع عمومی و اقتدار ملی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه محیط شناسی راهبردی جمهوری اسلامی ایران، سال ششم، شماره: ۴.
۱۴. کوشا، جعفر؛ شاملو، باقر، (۱۳۷۶)، نوآوری‌های قانون جدید جزای فرانسه (مصوب ۱۹۹۲)، مجله تحقیقاتی حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق، تهران، نشر میزان.
۱۶. محمودی جانکی، فیروز، (۱۳۸۲)، اصول و شیوه‌ی جرم انگاری، تهران، پایان نامه دکتری، دانشگاه تهران
۱۷. مطهری، مرتضی، (۱۳۸۱)، انسان و اجتماع، تهران، انتشارات صدرا.
۱۸. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۳ق)، ولایت فقیه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)
۱۹. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۹)، صحیفه نور، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
۲۰. موسوی فر، سید محسن؛ کاظم خسروی، (۱۴۰۱)، بازاندیشی سیاست جنایی فقه جزای امامیه قبال جرائم سیاسی (با رویکرد بر جرایم: بغی، محاربه و ارتداد)، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوه اول، شماره: ۱.
۲۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۳۶۳)، قوانین الاصول، تهران، انتشارات اسلامیة
۲۲. نظری، سارا، (۱۳۹۸)، راهکارهای مطلوب توسعه سیاسی در الگوی اسلامی ایرانی، فصلنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره: ۴.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 83-104

Receive Date: 2023/02/05

Revise Date: 2023/11/12

Accept Date: 2023/12/03

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI: 10.30495/jcl.d.2023.1979374.1047

Examining civil Responsibility and Method of Compensation caused by the Fault of the Government in the Spread of the Covid-19 Virus

Mojtaba Maqsoodi¹Hamid Soleimani²

۸۳

Abstract

The spread of the Covid-19 virus at the end of 1398 and many damages it caused to individuals is an important issue that requires a special examination about the role and extent of the government's fault in the spread of this disease. In the current research, an attempt has been made to investigate the literature of Shia jurisprudence and internal law, with a look to international law, the different dimensions of the government's civil responsibility due to the fault in the spread of the disease of Covid-19 and the extent of the government's responsibility in compensating the damages caused by the fault of the government in the spread of this virus. The following article, in a descriptive and analytical method by using the documents and library resources, while explaining the covid-19 and the government's responsibility, examines the civil responsibility of the government, its scope and method of compensation caused by the government's fault in the spread of the covid-19 virus. Examining the Shia jurisprudence sources and internal law, shows that there are several foundations and documents for the civil responsibility of the government, due to the fault in the spread of the corona virus and regarding the extent of the government's responsibility, considering the lack of separation between administrative and sovereign acts for the government in Jurisprudence, contrary to internal laws, while occupying government's fault and damages caused by the government's fault about the victims of the Covid-19 virus, the rule of fairness is that each of the government and the injured victims are responsible to the extent of their fault and If none of them are guilty, the compensation is from the treasury.

Keywords: The government's civil responsibility for the spread of Covid-19, The government's fault in the spread of the Corona Virus, Compensation for the damage caused by covid-19, The extent of the government's responsibility for the spread of the Corona Virus.

¹. Master's degree in private law, Bushehr Branch, Islamic Azad University, Bushehr, Iran. maghsoodi.m2860@gmail.com

². Assistant Professor of the Department of Law, Rahjuyan Danesh Institute of Higher Education, Dashtestan, Iran (corresponding author). notary74b@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۸۳-۱۰۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۲
نوع مقاله: پژوهشی شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱
DOI: 10.30495/jcld.2023.1979374.1047

بررسی مسئولیت مدنی و نحوه جبران خسارت ناشی از تقصیر دولت در شیوع

ویروس کووید ۱۹

مجتبی مقصودی^۱

حمید سلیمانی^۲

چکیده

شیوع ویروس کووید ۱۹ در اواخر سال ۱۳۹۸ شمسی و ایراد خسارات فراوان بر اشخاص، مسأله‌ای حائز اهمیت است که بررسی نقش و میزان تقصیر دولت در شیوع این بیماری، پژوهشی ویژه می‌طلبد. در پژوهش حاضر تلاش شده است با بررسی در ادبیات فقه شیعه و حقوق داخلی، با نگاهی به حقوق بین الملل، ابعاد مختلف مسئولیت مدنی دولت ناشی از تقصیر در شیوع بیماری کووید ۱۹ و میزان مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از تقصیر دولت در شیوع این ویروس تبیین شود. مقاله پیش رو، به روش توصیفی تحلیلی و با بهره‌مندی از اسناد و منابع کتابخانه‌ای، ضمن ایضاح کووید ۱۹ و مسئولیت دولت، مسئولیت مدنی دولت، گستره آن و چگونگی جبران خسارت ناشی از تقصیر دولت را در شیوع ویروس کووید ۱۹ بررسی می‌کند. بررسی منابع فقهی شیعه و حقوق داخلی، نمایان می‌سازد که مبانی و مستندات متعددی برای مسئولیت مدنی دولت، قبال تقصیر در شیوع ویروس کرونا وجود دارد و در خصوص میزان مسئولیت دولت، با توجه به عدم تفکیک میان اعمال تصدی و حاکمیتی برای دولت در فقه، خلاف قوانین داخلی، در صورت احراز تقصیر دولت و حصول آسیب ناشی از تقصیر دولت، بر مبتلایان ویروس کووید ۱۹، قاعده‌ی انصاف، مقتضی آن است که هر یک از دولت و مبتلایان آسیب دیده، به میزان تقصیر خود مسئول هستند و چنانچه هیچ یک مقصر نباشند، جبران خسارت، از بیت المال است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی دولت قبال شیوع کووید ۱۹، تقصیر دولت در شیوع ویروس کرونا، جبران خسارت ناشی از کووید ۱۹، گستره مسئولیت دولت قبال شیوع کرونا.

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران. maghsoodi.m2860@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق موسسه آموزش عالی رهجویان دانش، دشتستان، ایران (نویسنده مسئول). notary74b@gmail.com

بیماری کووید ۱۹ که خوشه‌ای از موارد عفونت شدید تنفسی به شمار می‌رود، توانایی آلوده کردن انسان‌ها را تا حد کشندگی دارد و خسارات زیادی را از لحاظ جانی و مالی به بار آورده که این وضعیت منجر به انجام اقدامات متعددی از سوی دولت شده است. در مورد چرایی انجام این اقدامات تردید نیست؛ چراکه ریشه در قانون اساسی، قوانین عادی و اسناد بین‌المللی دارند. کووید ۱۹ از آن‌گونه بلایایی است که اقدام یا عدم اقدام به موقع دولت در مهار، انتقال و شیوع آن نقش بسزایی داشته و از ابعاد مختلف قابل بررسی است که یکی از این ابعاد، مسئولیت مدنی می‌باشد.

برای تحقق مسئولیت مدنی به نصوص قانونی نیازی نیست، بلکه برای تعیین مصادیق خطا و تقصیر، همین اندازه کافی است که فعل یا ترک فعل منجر به ورود خسارت به دیگری شود و این خسارت در نظر عرف، نا متعارف جلوه کند؛ خواه فعل یا ترک فعل مزبور، مورد نهی قانون قرار گرفته باشد؛ خواه ناشی از نهی قانون نباشد (یزدانیان، ۱۳۸۷، ۲۴۱/۱).

بر این اساس، هرگونه قصور، تأخیر و اهمال دولت، جهت مقابله به موقع با ویروس کرونا که منجر به ایراد خسارت به هموطنان یا منتهی به استمرار تعطیلی غیر ضروری کسب و کارها گردد، قابل تأمل است.

از یک سو دامنه این فعالیت‌ها و نقش اصلی دولت در تأمین منافع عمومی، یا به تعبیری، اقدامات حاکمیتی و احسانی بودن بخش مهمی از اقدامات دولت، اقتضا دارد قلمرو مسئولیت دولت، چندان گسترده نباشد و در انجام تکالیف او اخلال ایجاد نکند و از سوی دیگر، تحمیل زیان به بخش‌هایی از جامعه و تدارک نشدن آن، باعث می‌شود بار زیان که فایده‌ی آن، عمومی است و همگان از آن بهره‌مند می‌شوند، بر شخص یا اشخاص معینی تحمیل شود و توجه این خسارات بر اشخاص معین و محدود، با این توجه که مصلحت زیان‌دیده نیز در این زیان، مندرج است، چندان منطقی به نظر نمی‌رسد؛ به ویژه، در بسیاری از موارد، بدون جبران ماندن خسارت ناشی از اقدامات دولت، زیان‌دیده را در تنگنا قرار می‌دهد.

السان (۱۳۹۹) به «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی: کووید ۱۹)» پرداخته و با تکیه بر بنیان‌های فلسفی تحول قواعد مسئولیت مدنی، اثبات می‌کند که پذیرش مسئولیت مدنی دولت، در شرایط و اوضاع و احوال فعلی کشور از حیث اقتصادی و انحصار دولت در بسیاری از زمینه‌ها، تنها راه قابل تصور برای مدیریت پیشگیرانه از بیماری‌های واگیردار و پرداخت خسارت به زیان‌دیدگان از این بیماری‌ها است.

مظفری و میرزایی مقدم (۱۳۹۹) نیز در مقاله‌ای با عنوان: «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹»، به این نتیجه رسیدند که اگرچه برخی از اقدامات

دولت را می‌توان با استناد به قواعدی نظیر قاعده احسان و اجرای قانون اهم توجیه کرد و وی را از مسئولیت رهانید، اما هیچ توجیهی برای برخی فعل‌ها یا ترک فعل‌ها، نظیر عدم اعمال محدودیت‌های ضروری در زمان مقتضی وجود ندارد.

این نوشتار، در صدد است با بررسی مبانی و مستندات مسئولیت مدنی دولت در شیوع کووید ۱۹، از منظر فقه شیعه و حقوق داخلی، با نگاه اجمالی در قوانین و منشور بین‌المللی، میزان مسئولیت مدنی دولت را در شرایط گوناگون بررسی کند.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. کووید ۱۹ (کروناویروس)

در ۳۱ دسامبر ۲۰۱۹ میلادی (آستانه سال ۱۳۹۹ شمسی) بروز یک بیماری شبیه ذات‌الریه، در بازار غذاهای دریایی شهر ووهان چین، به سازمان بهداشت جهانی گزارش شد که این سازمان و کمیته بین‌المللی طبقه‌بندی ویروس‌ها، آن را سارس ۲ نامگذاری کردند. سازمان بهداشت جهانی، در ۱۲ ژانویه سال ۲۰۲۰ میلادی، این ویروس را کرونا ویروس نوین ۲۰۱۹ معرفی و با ادامه روند بیماری در ۱۱ فوریه سال ۲۰۲۰، این بیماری را رسماً کووید ۱۹ نامگذاری کرد (گنجی و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۱) و در تاریخ ۱۱ مارس ۲۰۲۰، سازمان بهداشت جهانی، این بیماری را دنیاگیر (پاندمی) اعلام کرد (توکلی و دیگران، ۱۳۹۸، ۴۳۳).

بیماری کووید ۱۹، از جمله بیماری‌های واگیر و مسری، با ویژگی‌ها، خصوصیات و معیارهای ویژه و خاص است (احسانی‌فر، ۱۳۹۹، ۱۴۴). کرونا ویروس‌ها جزء ویروس‌های اسید ریبونوکلیک دار تک رشته‌ای، پوشش دار و با قطر ۸۰-۱۲۰ نانومتر، دارای شکلی کروی با شاخه‌های برآمده و تاجی شکل هستند و همین شکل فضایی آن‌ها، دلیل نامگذاری این خانواده ویروسی به نام کرونا ویروس شده است (گنجی و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۲؛ طاهری، ۱۳۹۹، ۸۹؛ حمیم، ۱۳۸۶، ۱۱۸).

ویروس‌های کرونا، در اصطلاح علم پزشکی، خانواده بزرگی از ویروس‌ها هستند که می‌توانند حیوانات و انسان‌ها را بیمار کنند و به چهار گروه آلفا، بتا، دلتا و گاما تقسیم می‌شوند (توکلی و دیگران، ۱۳۹۸، ۴۳۴). هر چند وقت، گونه جدیدی از جهش‌های کرونا شناخته می‌شود که معمولاً نسبت به نوع اولیه مقاوم‌تر و مسری‌تر هستند. سرعت تکثیر این ویروس‌ها بسیار بالاتر از نوع اولیه ویروس کرونا است.

بیماری همه‌گیر کووید ۱۹ در حال گسترش است و تا تاریخ ۱۴۰۲/۰۴/۲۷ به بیش از ۶۹۱ میلیون ابتلاء در سراسر جهان و بیش از ۷ میلیون و ۶۱۲ هزار ابتلاء در ایران رسیده است. همچنین، آمار

جان‌باختگان تا تاریخ مذکور، بیش از ۶ میلیون و ۸۹۹ هزار نفر در سراسر جهان و بیش از ۱۴۶ هزار و ۳۰۰ نفر در ایران می‌باشد (به نقل از پایگاه اینترنتی وردمترس).^۱

۲-۱. دولت

از لحاظ لغوی، دولت، به معنای: گذشتن از حالی به حالی، گروهی که بر مملکت حکومت می‌کنند، مملکت، قوه مجریه و کشور می‌باشد (معین، ۱۳۸۶، ۷۰۵/۱). همچنین، از لحاظ کاربردی در سه مفهوم استفاده شده است:

(۱) دولت، به عنوان یک شخصیت حقوقی، جامعه متمرکز سیاسی است که در قلمرو معینی مستقر بوده و از قدرت عالی و حیثیت بین‌المللی برخوردار است (صفار، ۱۳۷۳، ۱۴۵).

(۲) دولت، سازمانی سیاسی است که برای تأمین روابط اجتماعی و حراست، از شخصیت انسان و در عین حال، تأمین منافع عمومی به وجود آمده است (آشوری، ۱۳۶۶، ۱۶۳).

طبق این دو نظر دولت شامل هر سه قوای مجریه، مقننه و قضاییه می‌شود.

(۳) دولت به معنای خاص، همان قوه مجریه در رده‌های سیاسی فوقانی، نظیر: رئیس‌جمهور، هیأت دولت و مدیران اجرایی کشور می‌باشد (قاضی، ۱۳۹۸، ۱۲۷).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تعدد مفاهیم دولت دیده می‌شود:

(۱) کشور، در اصول ۱۲۵ و ۱۵۲؛

(۲) نظام سیاسی حاکم یا به مفهوم عام کل حاکمیت سیاسی، در اصول: ۳، ۸، ۹، ۱۱، ۱۴، ۲۱، ۴۱، ۴۲، ۴۹، ۵۳، ۵۵، ۸۰، ۸۳، قسمت اول ۸۵، ۱۰۳، ۱۲۹، ۱۳۹، ۱۴۱، ۱۵۵ و ۱۷۳؛

(۳) قوه مجریه، در اصول: ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۴۳، ۴۴، ۴۷، ۸۲، ۱۳۴، ۱۴۷، ۱۵۱ و ۱۷۰؛

(۴) هیأت وزیران یا کابینه، در اصول: ۵۲، ۷۹، قسمت دوم ۸۵، ۱۰۲، ۱۳۵، ۱۳۶ و ۱۳۸؛

(۵) یکی از قوای به جز قوه مجریه؛ منظور از واژه دولت در اصل ۱۷۱ قوه قضاییه است.

زمانی که بحث از حقوق ملت، برابر دولت است، اولین مفهومی که از واژه دولت، بعد از مفهوم عام آن در ذهن متبادر می‌شود، قوه مجریه است. از آنجا که با شیوع ویروس کرونا، شماری از حقوق اعضای جامعه، از جمله: سلامتی، امنیت و... تحت تأثیر قرار گرفته و از طرفی، قدرت اجرایی کشور در دست قوه مجریه می‌باشد؛ بنابر این، منظور از واژه دولت در این تحقیق، معنای خاص آن، یعنی: قوه مجریه مد نظر می‌باشد.

۱. به نشانی: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>

۲. مستندات مسئولیت مدنی دولت در قبال کووید ۱۹

از نظر تاریخی، در ایران تا پیش از انقلاب مشروطه، دولت از مصونیت کامل برخوردار بود و زیان‌دیده‌ها حق مطالبه جبران خسارت از دولت را نداشتند (وحدتی شبیری، سامانی، ۱۴۰۰، ۸۸). این مصونیت، برای دولت ادامه داشت تا آنکه در تاریخ: ۱۳۳۹/۰۲/۰۷ با تصویب قانون مسئولیت مدنی، برای نخستین بار، به صراحت، مسئولیت مدنی دولت، آن هم صرفاً در اعمال تصدی و نه اعمال حاکمیت، مورد پذیرش قانونگذار واقع شد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰، ۴۳۴-۴۳۵).

در ادامه، مستندات فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی دولت، قبال خسارات وارده به مردم از طریق کووید ۱۹ به نمایش گذاشته شده است.

۲-۱. مستندات فقهی

علاوه بر مستندات فقهی که ذیلاً آمده و به مسئولیت مدنی دولت پرداخته شده، در برخی موارد، به قواعد کلی باب ضمان، همانند قواعد: لاضرر، اتلاف، تسبیب، احترام و... نیز استدلال شده است.

(۱) روایتی از حضرت امیر المؤمنین علی(ع) به نقل از اصعب بن نباته بیان گردیده که اگر قضات در خون و قطع خطا کنند، باید به وسیله بیت المال مسلمانان جبران شود (طوسی، ۱۳۶۵، ۳۱۵/۶).
واژه قاضی در این روایت، خصوصیتی ندارد. در نتیجه، تمام مقامات اجرایی چنانچه بدون تقصیر مرتکب خطایی شوند، جبران خسارت آنان، بر عهده بیت المال است؛ زیرا همان خصوصیات محسن بودن، تلاش در جهت تأمین مصالح مسلمانان و... که در قاضی، موجب حکم به پرداخت خسارات از بیت المال شده، در دیگر مقامات اجرایی نیز وجود دارد.

(۲) در روایات بسیاری، مضمون مشترک: «لا یبطل دم امرء مسلم» به چشم می‌خورد؛ همچون فرمایش امام صادق(ع) که اگر کشته‌ای در بیابانی پیدا شد، دیه او از بیت المال پرداخت می‌شود؛ زیرا حضرت امیر المؤمنین علی(ع) پیوسته می‌فرمود: خون انسان مسلمان باطل نمی‌شود (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۵).

در این قبیل مسائل، حکومت نقشی ندارد و مسئول است، حال اگر حکومت نقشی داشته باشد، به طریق اولی ضامن است؛ لذا مسئولیت مدنی دولت از این دسته روایات به دست می‌آید.

(۳) پس از آنکه رسول خدا(ص) خالد بن ولید را برای دعوت به اسلام به سوی قبیله بنی جذیمه فرستاد و خالد آنان را مورد قتل و غارت قرار داد، رسول خدا(ص)، امیرمؤمنان(ع) را با اموالی به سوی آن قبیله فرستادند. هنگامی که امیرمؤمنان(ع) بازگشت، بیان داشتند: یا رسول الله! برای هر خونی که از آنان ریخته شده بود، دیه‌ای پرداخت کردم و برای هر جنین، برده‌ای و برابر هر مالی که از میان رفته بود، مالی دادم. مقداری مال نزد من باقی ماند، قدری از آن را برای ظروف سگ‌ها و ریسمان چوپان‌ها دادم، مقدار دیگری باقی ماند، مقداری از آن را برای ترس و ناراحتی زنان و کودکان دادم و مقداری را دادم تا

آنان از شما راضی شوند. رسول خدا(ص)، از این عمل امیرمؤمنان(ع) اظهار خرسندی کردند (طبری، ۱۹۸۷، ۳۴۲/۲-۳۴۱)؛ بنابر این، به دستور حضرت رسول(ص)، خسارات وارده با پرداخت از بیت المال، جبران شده است.

۴) خبر به خلیفه دوم رسید که زنی بدکاره است. مأموری را در پی او فرستاد و مأمور او را ترساند. زن ترسید و درد زایمان او را فراگرفت و پسری زایید. پسر صدایی کرد و مرد. خلیفه دوم نگران شد. پیرامونیان وی گفتند: ای خلیفه! بر تو گناهی نیست و چیزی بر عهده‌ی تو نیست. بعضی گفتند: این چه حکمی است؟ عمر گفت: از ابوالحسن پرسید. حضرت امیرالمؤمنین علی(ع) فرمودند: اگر اجتهاد کردید، به واقع نرسیدید، و اگر به رأی خود گفتید، خطا کردید؛ سپس حضرت امیرالمؤمنین علی(ع) به عمر فرمودند: دیه طفل به عهده تو است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۷۴)؛ لذا این گفته حضرت امیرالمؤمنین علی(ع)، صراحت در مسئولیت مدنی مدیران و کارگزاران حکومت و دولت دارد.

۲-۲. مستندات قانونی

صرف نظر از بحث درباره‌ی عموم مسئولیت مدنی دولت، در این مبحث، به بررسی مستندات قانونی مسئولیت مدنی دولت، قبال بیماری‌های واگیردار با محوریت کووید ۱۹ پرداخته می‌شود.

۱) از منظر قانون اساسی، رد پای سلامت و بهداشت عمومی را می‌توان در اصول: ۳، ۲۱، ۲۹، ۳۰ و ۴۳ دنبال کرد. اصل ۲۹ قانون اساسی، تأمین دسترسی عادلانه به خدمات سلامت را از وظایف دولت برشمرده و در بند ۱۲ اصل ۳ و اصل ۴۳ قانون مذکور، تأمین نیازهای اساسی بهداشت و درمان و بر طرف ساختن هر نوع محدودیت در زمینه بهداشتی مورد تأکید قرار گرفته است. در بیماری کرونا ویروس نیز دولت موظف به تأمین مسائل بهداشتی جامعه است و مسئولیت مدنی دارد.

۲) بر اساس قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار (مصوب ۱۳۲۰/۰۳/۱۱)، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ملزم به اجرای طرح‌هایی برای مقابله با امراض مسری و آمیزشی شده است؛ چنانچه وزارت بهداشت، در زمینه جلوگیری، آموزش و درمان هموطنان، قبال کرونا ویروس کوتاهی کند، مسئولیت مدنی خواهد داشت.

۳) بر اساس ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (مصوب ۱۳۶۷/۰۳/۰۳) و بند «ر» ماده ۱۴ قانون مدیریت بحران کشور (مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۰۷)، تأمین همه جانبه حق بر سلامت و تمهید بهداشت عمومی و پیشگیری از شیوع امراض واگیردار از طریق جلب کمک و مشارکت مردم و نهادها و سایر دولت‌ها و مراجع بین المللی ذی ربط برای تأمین ما یحتاج پیشگیری و درمان مبتلایان، مسئولیت بنیادینی است که بر عهده حاکمیت نهاده شده است که وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی متولی اصلی این امر می‌باشد.

۴) در ماده ۵۵ قانون شهرداری وظیفه شهرداری جلوگیری از شیوع امراض واگیردار و اعلام این گونه بیماری‌ها، به وزارت بهداشت و مؤسسات بهداشتی و دامپزشکی و دور نگهداشتن بیماران مبتلا به امراض یاد شده، ذکر گردیده است؛ چنانچه هر یک از واحدهای مذکور، در انجام وظایف خود، در پیشگیری از شیوع و درمان بیماران مبتلا به ویروس کرونا قصور کنند، می‌بایست پاسخگو باشند.

۵) ماده ۱۰ اساسنامه تشکیلات و سازمان دهیاری‌ها (مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۱)، به وظیفه دهیار و دهیاری در امور بهداشتی، کمک به مبتلایان و بیماری‌های واگیردار، اشاره کرده است. همان وظیفه را شهرداری‌ها، قبال ویروس کرونا، در سطح پایین‌تر از دهیاری‌ها بر عهده دارند.

۶) ماده ۹ قانون سازمان عمرانی کشور و ازدیاد سهم کشاورزان (مصوب ۱۳۳۴/۰۵/۰۵)، تکلیف سازمان عمرانی کشور (در امور تعاونی و اجتماعی) برای کمک به جلوگیری از امراض مسری را عنوان کرده است^۱ که با توجه به سوابق ذکر شده در وقوع بیماری‌های واگیردار در سالیان گذشته، این سازمان می‌بایست پیش بینی وقوع بیماری مسری، همچون: کرونا ویروس و اقدامات لازم را از قبیل: احداث بیمارستان، استخدام پزشک سیار و هر گونه فعالیت در راستای جلوگیری از وقوع و انتشار بیماری‌های مسری در سطح کشور انجام دهد و در صورت احراز تقصیر از انجام وظایف محوله، مسئولیت خواهد داشت.

۷) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است^۲ و دولت جمهوری اسلامی ایران، در زمینه پیشگیری و مقابله با بیماری‌های فراگیر و مسری، تعهدات مختلفی را پذیرا شده است،^۳ از آنجا که کرونا ویروس، بیماری واگیردار بوده، مسئولیت دولت در این باره پر واضح است.

۸) دستور موقت دیوان بین المللی دادگستری که در مهرماه ۱۳۹۷ در دعوای دولت جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده آمریکا صادر شد و رفع تحریم اقلام دارویی و بهداشتی را مورد تصریح قرار داد، دقیقاً مؤید این پیام است که در مقابله با ویروس کرونا نیز همه‌ی کشورها و سازمان‌های بین

۱. امور عمرانی و تعاونی و اجتماعی بخش به قرار ذیل است: ساختمان بیمارستان و ... تأسیس داروخانه مرکزی و ... استخدام پزشک سیار و کمک برای جلوگیری از بیماری‌های بومی و مسری و کمک مالی بدون سود یا با سود نازل به دهستان‌هایی که برای انجام امور عمرانی و تعاونی خود درآمد کافی ندارند.

۲. این قانون به موجب قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۳۵۴/۰۲/۱۷) در کشور ایران، قانون داخلی محسوب می‌گردد.

۳. بند ۱ ماده ۱۲ میثاق: «دولت‌های طرف این میثاق، حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول، به رسمیت می‌شناسند»

بند ۲ ماده ۱۲ میثاق: «تدابیری که دولت‌های طرف این میثاق برای استیفای کامل این حق اتخاذ خواهند کرد، شامل اقدامات لازم برای تأمین امور ذیل خواهد بود: ... ج: پیشگیری و معالجه بیماری‌های همه‌گیر، بومی، حرفه‌ای و سایر بیماری‌ها، همچنین بیکار علیه این بیماری‌ها».

المللی باید با یکدیگر همکاری کنند و به هیچ ملاحظه‌ای جز تضمین سلامت تمام انسان‌ها نیندیشند؛ که جملگی شهروندان جامعه بین‌المللی هستند (زمانی، ۱۳۹۹، ۹۶).

۳. گستره مسئولیت دولت در شیوع کووید ۱۹

شیوع بیماری‌های واگیر دار در ایران، رخداد جدیدی نیست و همواره در اعصار گذشته - به خصوص دوران قاجار - به دلیل وضعیت نامطلوب بهداشتی کشور، تلفات جانی فراوانی در اثر شیوع بیماری‌های واگیر دار، مانند: وبا، آبله و طاعون، در کشور رخ داده است (السان، ۱۳۹۹، ۲۳۷-۲۳۹)؛ از این رو، امکان درگیر کردن دولت با موضوع وجود دارد (السان، ۱۳۹۹، ۲۱۷) و دولت نمی‌تواند به این بهانه که از زمان دقیق شیوع بیماری اطلاعی نداشته، اقدامی پیشگیرانه در این باب صورت ندهد. دولت موظف به از بین بردن علل و ریشه بیماری‌های واگیردار تا حد امکان، از طریق اقدامات تحقیقاتی گسترده، واکسیناسیون عمومی و... می‌باشد.

با عنایت به احراز مسئولیت مدنی دولت، گستره مسئولیت دولت با توجه به حجم و اهمیت وقایع متغیر است. بررسی قوانین و مقررات داخلی، از جمله بند ب ماده ۳ قانون مدیریت بحران کشور نشان می‌دهد که بیماری‌های واگیردار در صورت شیوع عمومی، از مصادیق بحران، محسوب می‌شوند و بحران را چنین تعریف می‌کند: «از هم گسیختگی جدی عملکرد یک جامعه که ناشی از وقوع مخاطره است و منجر به خسارات و آثار منفی گسترده انسانی، اقتصادی یا محیط زیستی می‌شود؛ به طوری که مواجهه با آن، فراتر از توانایی جامعه متأثر و دستگاه‌های مسئول موضوع ماده ۲ این قانون باشد». با بررسی همه گیری کرونا ویروس مشاهده می‌گردد هر چهار ویژگی قانونی تعریف بحران وجود دارد:

(۱) وضعیت خاص همه گیری کرونا، سبب ایجاد از هم گسیختگی جدی در عملکرد بخش‌های مختلف جامعه، از قبیل: آموزش، حمل و نقل، تجارت، کسب و کار و... شده است.

(۲) ویروس کرونا را می‌توان مصداق مخاطره دانست.

(۳) همه گیری کرونا خسارات و اثرات منفی گسترده انسانی و اقتصادی ایجاد کرده است.

(۴) مواجهه با ویروس کرونا، همکاری همه جانبه مردم، بخش عمومی و بخش خصوصی را می‌طلبد

(نजारزاده هنجنی، ۱۳۹۹، ۲۳۰-۲۳۱).

بر این اساس، با توجه به تشدید نیازهای ویژه مردم در شرایط بحران و اضطرار، نقش دولت به عنوان نهاد تصمیم‌گیرنده، بیش از پیش، آشکار می‌شود. در مواجهه با چنین بیماری‌های فراگیری، دولت‌ها از جهت رسالتی که مطابق قوانین به منظور حفظ سلامت اتباع شهروندان دارند، تعهداتی را برای ارتقاء حق بر سلامت شهروندان بر عهده می‌گیرند که عبارتند از:

(۱) تعهد به احترام: یعنی دولت به گونه‌ای عمل نماید که آزادی عمل افراد و کرامتشان حفظ شود.

۲) تعهد به حمایت: یعنی دولت‌ها بکوشند خطرات تهدید کننده سلامتی را به حداقل برسانند و اقدامات ضروری برای حمایت از حق بر سلامت مردم در برابر مداخله اشخاص ثالث را انجام دهند.

۳) تعهد به ایفا: یعنی دولت‌ها تعهداتی انجام دهند که افراد در عمل از سلامت برخوردار شوند (میرموسوی، ۱۴۰۰، ۳۴-۳۵).

حاکمیت، برای انجام این تعهدات ناظر بر سلامت، از دو جهت ایفای وظیفه می‌کند؛ نخست، سعی بر پیشگیری از سرایت بیماری از کشورهای دیگر به کشورشان در بعد بین‌المللی و سعی در پیشگیری از سرایت بیماری اتباع کشورشان به یکدیگر در بعد داخلی دارند و این وظیفه را با صدور هشدارها و اخبارهای مختلف به اطلاع مردمشان می‌رسانند و با بالابردن سطح دانش مردم، روش‌های گوناگون جلوگیری از سرایت بیماری را به آن‌ها گوشزد کرده، آن‌ها را تحذیر می‌کنند و در مرحله دوم، چنانچه به رغم هشدارهای پیشگیرانه، بیماری، از شخصی به دیگری سرایت کرد، با تمسک به مقررات موجود یا از طریق وضع قانون جدید، مناسبات میان شخص ناقل بیماری و شخص زیان‌دیده را تنظیم و جبران حقوق تضییع شده زیان‌دیده را تضمین می‌کند (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۹، ۷۸-۷۹).

۴. مسئولیت مدنی دولت بر اساس تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری آن

به عقیده علمای حقوق اداری، دولت دارای اعمال حاکمیت^۱ و اعمال تصدی^۲ است و مطابق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری که بیان می‌دارد: «امور حاکمیتی، آن دسته از اموری است که تحقق آن، موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات، موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود؛ از قبیل: ... ک- ارتقای بهداشت و آموزش عمومی، کنترل و پیشگیری از بیماری‌ها و آفت‌های واگیر، مقابله و کاهش اثرات حوادث طبیعی و بحران‌های عمومی ...». کلیه اقدامات دولت در خصوص بیماری‌های واگیردار، وظایف حاکمیتی قلمداد شده و بیان گردیده که دولت در قبال کلیه زیانهای ناشی از این وظایف، مسئولیتی نخواهد داشت.

طرفداران نظریه تفکیک اعمال تصدی از اعمال حاکمیت معتقد هستند از آنجایی که دولت در اعمال تصدی، به اموری می‌پردازد که مردم نیز در روابط خصوصی انجام می‌دهند، در نتیجه، نسبت به اعمال تصدی خود، مقابل افراد مسئول است؛ ولی خسارت‌های ناشی از اعمال حاکمیت، سبب مسئولیت دولت

۱. اعمال حاکمیت، اعمالی هستند که دولت در انجام آن‌ها حاکم و قدرت مطلق است و به وسیله آن‌ها به مردم فرمان می‌دهد و تحکم می‌کند؛ لذا این اعمال از نظر حقوقی متفاوت از اعمال متداول بین افراد می‌باشند؛ مثل: وضع قانون و آیین‌نامه، برقراری مالیات و عوارض، سلب مالکیت از افراد و... (غمامی، ۱۳۷۶، ۱۱۵).

۲. اعمال تصدی، اعمالی که در آن‌ها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود، بلکه دولت با همان اهداف اشخاص حقیقی که سبب منفعت است، عمل می‌کند و به همین دلیل، این اعمال، از نظر حقوقی، شبیه اعمال افراد عادی است. در این‌گونه اعمال، دولت، در نقش تاجر و صنعتگر ظاهر می‌شود و همانند سایر افراد، به خرید و فروش، اجاره و استجاره، رهن، قرض و... می‌پردازد (غمامی، ۱۳۷۶، ۱۱۵).

نیست؛ زیرا این اعمال، ناشی از قدرت حاکم دولت می‌باشد و دولت در انجام این اعمال، فقط نفع اجتماعی را در نظر داشته است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰، ۴۳۴-۴۴۰).

ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی نیز به صراحت میان وظایف تصدی‌گری و حاکمیتی تفکیک صورت داده و چنین بیان می‌کند: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها ... هرگاه خسارات وارده، مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت، جبران خسارت، بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.»

سایه قسمت اخیر این ماده، بر حقوق ایران و در آراء محاکم قضایی، حاکم است؛ همان‌گونه که دادنامه: ۱۳۸۳/۰۴/۲۴ شعبه ۱۰۶ دادگاه عمومی تهران، در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها که تعدادی از هموطنان پس از دریافت خون و فرآورده‌های خونی، مدعی ابتلاء به بیماری‌های ایدز یا انواع هپاتیت و در برخی موارد، هر دو بیماری شدند نیز دلالت بر این مطلب دارد؛ آنجا که می‌گوید: «با توجه به متصدی بودن دولت در فعل واقع شده و این نکته که اعمال انجام شده از جمله موارد اعمال حاکمیت نمی‌باشد...» (امامی، استوارسنگری، ۱۳۹۰، ۳۶۷).

به عقیده بعضی، ضابطه ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، مبهم و نادرست است؛ زیرا عادلانه به نظر نمی‌رسد که زیان‌های ناشی از اعمال حاکمیت، به شخص یا اشخاص معین تحمیل شود و عموم مردم که از این‌گونه اعمال سود می‌برند، در جبران خسارت شریک نباشند؛ در صورتی که به موجب اصل تساوی همگان برابر هزینه‌های عمومی، هرگاه، از اعمال دولتی در راستای تأمین منافع اجتماعی، عده‌ای خاص متضرر گردند، این ضرر نیز برابر نفعی که متوجه عموم شده است، باید با پرداخت از بیت المال میان همه تقسیم شود (غمامی، ۱۳۷۶، ۱۱۶).

قوانینی همچون: اصل ۱۷۱ قانون اساسی که مسئولیت دولت را در امر قضاوت، پذیرفته و ماده ۱۳ قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری (مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۸)^۱ که پس از قانون مسئولیت مدنی تصویب شده‌اند، خود، یکی از راه حل‌ها و ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران می‌باشد که می‌توان گفت: حکم قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را تخصیص زده است.

۱. ماده ۱۳: در صورتی که مأمورین با رعایت مقررات این قانون سلاح بکار گیرند و در نتیجه طبق آراء محاکم صالحه شخص یا اشخاص بی‌گناهی مقتول و یا مجروح شده یا خسارت مالی بر آنان وارد گردیده باشد، پرداخت دیه و جبران خسارت بر عهده سازمان مربوط خواهد بود.

قاضی دادگاه پرونده ملی موسوم به هموفیلی‌ها، با استناد به بندهای ۱ تا ۳ ماده ۲ (به ویژه بند سوم) قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی،^۱ مسئولیت مدنی دولت را در جبران زیان وارده به اشخاص، در برخی مصادیق اعمال حاکمیت، تحت شرایطی، پذیرفته است (هاشمی، ۱۳۹۱، ۴۰۵)؛ به علاوه، استقراء در پیشینه فقهی مرتبط با مسئولیت دولت، نشان می‌دهد مصادیق مهم و بارز رفتارهایی که امروزه، رفتار حاکمیتی شناخته می‌شوند، مشمول ضمان قرار گرفته‌اند و به طور صریح دلالت بر مسئولیت مدنی دولت در اعمال حاکمیت دارند؛ برای نمونه، روایت اصبع بن نباته است که قاضی، در زمره حاکمان و قضاوت نیز در شمار رفتارهای حاکمیتی است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۴/۷؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۷/۳).

در نتیجه، نظریه تفکیک میان اعمال حاکمیتی و اعمال مربوط به تصدی دولت، امروزه، شدیداً مورد انتقاد واقع شده و به نظر می‌رسد این تفکیک، با تقلید از حقوق قدیم غرب، به سیستم حقوقی ایران، وارد شده؛ لذا این نظریه، امروزه، به صورت نظریه منسوخ درآمده است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰، ۴۳۴). اگرچه دولت، اقدامات بسیاری در مبارزه با این بیماری، نظیر اعلام هر روزه آمار مبتلایان، ارسال پیامک‌های آموزشی و هشدار دهنده، اعمال محدودیت‌ها و... انجام داده است، لیکن این عملکرد، با انتقاداتی نظیر: عدم بستن به موقع مرزهای هوایی با کشور چین (شفیعی سیف آبادی، باقری دولت آبادی، ۱۳۹۹، ۱۶۳)، عدم اعلام به موقع ورود ویروس به کشور (مصاحبه ایرج ملک زاده، معاون وزیر بهداشت)^۲ و عدم چاره جویی مؤثر در مبارزه با این ویروس مواجه است.^۳

۵. مبانی جبران خسارت دولت ناشی از کووید ۱۹

بر اساس نظریه قرارداد اجتماعی، شهروندان بخشی از آزادی‌های خود را به دولت واگذار و در عوض امنیت جسمی و روانی را مطالبه می‌کنند. زمانی که در اثر بروز یک پدیده اجتماعی آسیبی به افراد وارد شود، دولت بر اساس تعهد موضوع قرارداد مذکور، ملزم به جبران خسارات وارده است. تعهد مد نظر، مطابق با اصل ۲۹ قانون اساسی، تأمین الزامات بهداشتی شهروندان است که بر عهده دولت می‌باشد. گسترش اپیدمی‌ها در جامعه، نقض تعهدات و مسئولیت‌های دولت در زمینه بهداشت عمومی قلمداد می‌شود و دولت ملزم به جبران خسارت از زیان‌دیدگان خواهد بود.

۱. ماده ۲: ... ۳- هر دولت طرف این میثاق متعهد می‌شود که: الف - تضمین کند که برای هر شخصی که حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این میثاق، درباره او نقض شده باشد، وسیله مطمئن احقاق حق فراهم بشود؛ هر چند که نقض حقوق به وسیله اشخاصی ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.

۲. به نشانی: <https://www.ana.press/news/477907> مهمان برنامه دستخط، تاریخ: ۱۳۹۸/۱۲/۲۳

۳. به نشانی: <https://www.hamshahronline.ir/news/494057> تاریخ: ۱۳۹۸/۱۲/۲۹

بر اساس نظریه واقع‌گرای سیاسی (صرفه‌جویی اقتصادی) نیز جبران خسارت توسط دولت، راهی برای کاستن از فشارهای سیاسی وارد بر دولت در نظر گرفته شده است؛ از این رو، دولت، با پرداخت مبلغی به جبران خسارت، احساس ناامنی و بی‌عدالتی را خریداری می‌کند و با این عمل، باعث کاهش یا تعدیل فشارهای سیاسی وارد بر خود می‌گردد. این نظریه، نگاهی اقتصادی به جبران خسارت توسط دولت دارد و شرایط موجود و منافع سیاسی، اقتضای چنین نرملشی را دارد (مهرا، ۱۳۹۹، ۱۴۵-۱۴۸).

نظریه تساوی شهروندان در تحمل هزینه‌های عمومی نیز کلیه شهروندان را به تساوی عهده‌دار هزینه‌هایی می‌داند که دولت به منظور تأمین منافع عمومی یا استقرار نظم، صرف می‌کند. اگر در اثر عملکرد سازمان دولتی زیانی به شخص یا اشخاص معینی وارد آید، این برابری از هم می‌گسلد؛ زیرا در چنین فرضی، بهره‌خدمت عمومی، نصیب همگان می‌شود، در حالی که زیان آن را عده‌ای خاص تحمل کرده‌اند؛ به این جهت، دولت باید به نمایندگی از عموم، خسارات زیان‌دیدگان را تا حدی جبران کند که تساوی مذکور، مجدداً برقرار شود تا از استفاده بدون سبب همگان به ضرر زیان‌دیدگان جلوگیری به عمل آورد (غمامی، ۱۳۷۶، ۵۲).

این نظریه، با قاعده انصاف که مبتنی بر دلیل عقل، روایات و سیره عقلا است (سلطانی، ۱۴۰۱، ۸۳-۸۷) نیز مطابقت دارد؛ زیرا چنانچه در نتیجه فعل کارکنان دولت یا نهادهای عمومی خسارتی به بار آید، حتی اگر تقصیری نیز روی نداده باشد، یا باید خسارت را فردی خاص تحمل کند، یا دولت به نمایندگان از تمامی شهروندان آن را بر عهده گیرد؛ در نتیجه، در صورت اعمال این نظریه، تقصیر که از عوامل محدودکننده مسئولیت دولت است، از صحنه کنار می‌رود و همین که در اثر اقدامات دولت، خواه، اعمال تصدی یا حاکمیتی، خسارتی به افراد وارد آید، برای مسئول دانستن دولت، کافی است (ابوالحمد، ۱۳۷۹، ۶۲۵).

مسئولیت مدنی دولت، ناشی از ویروس کرونا، مطابق نظریه تقصیر، نیاز به اثبات تقصیر دولت از جانب زیان‌دیدنده دارد؛ از جمله، تقصیر ناشی از افعالی که سبب شیوع کرونا ویروس گردیده است، یا عدم به کارگیری ساز و کارهایی برای جلوگیری و کاهش خسارات احتمالی ناشی از ویروس کرونا، برای مثال، اجازه فعالیت مدارس بدون رعایت پروتکل‌های بهداشتی و... که در این حالت، دولت مسئول خواهد بود.

از طرفی، مبنا قرار دادن نظریه خطر، وجهی ندارد؛ چراکه دولت، نقشی در به وجود آوردن ویروس نداشته است؛ لیکن از نظریه تضمین حق می‌توان استفاده نمود؛ چراکه در آن، نیاز به اثبات رابطه سببیت و تقصیر نیست و صرف ورود خسارت به اشخاص، این حق را به آنان می‌دهد که متضررین، در راستای حمایت از حقوق بنیادین خود و در مقام جبران خسارت از دولت، مطالبه کند.

با پذیرش مسئولیت مدنی دولت، بنا به مستندات فقهی، قانونی و نظری موجود و عدم پذیرش محدودیت مسئولیت دولت، در اعمال تصدی‌گری و تسری آن به اعمال حاکمیتی، می‌توان به بررسی میزان مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از ویروس کرونا پرداخت.

گفتنی است: آنچه از ضرر در این تحقیق مد نظر است، ضرر و زیان به معنای عام است که شامل ضررهای مادی^۱ و معنوی^۲ می‌باشد و هیچیک از ملاک‌های دیدگاه عدم ضمان دولت، از قبیل: جامعیت زیان نسبت به عموم، غیر قابل محاسبه بودن ضرر و عدم توان دولت در پرداخت خسارت‌ها، به دلیل وجود راه حل‌های قانونی، دلیل بر عدم ضمان دولت نمی‌گردد؛ بلکه پرداخت فوری خسارت را مرتفع می‌کند (مهمان نوازان، ۱۳۸۸، ۷۲).

۵-۱. جبران خسارت اعمال محسنانه

نمی‌توان دولت را برابر همه خساراتی مسئول دانست که بر اثر اعمال حاکمیت بر افراد، وارد می‌شود؛ زیرا چنین امری، نه ممکن است و نه به مصلحت و باعث اختلال در امور جامعه و عدم توفیق دولت در اداره امور می‌شود. اعمالی که مقتضای مدیریت دولت در جامعه است و با نیت احسان به جامعه بوده و خواه نا خواه باعث خسارات مادی یا معنوی به برخی از افراد می‌شود، از موارد منطبق بر قاعده احسان است. از سوی دیگر، نمی‌توان پذیرفت که دولت، به بهانه مصلحت عمومی، به انحاء گوناگون، مقابل عمل خود، با استناد به قاعده احسان، از زیر بار، مسئولیت شانه خالی کند.

می‌توان گفت: معمولاً، احسان‌هایی که نسبت به کلیت جامعه صورت می‌گیرد، از مواردی هستند که فاعل (دولت)، احسان را به عام مجموعی (جامعه) قصد می‌کند، اقدام دولت، مشمول عنوان: احسان به جمع، قرار می‌گیرد؛ لذا قاعده احسان جاری است و شخص محسن ضامن نیست. همچنین، صدق عنوان احسان، مشروط بر این است که جلب منفعت یا دفع ضرر، راه دیگری غیر از آنچه محسن انجام داده، نداشته باشد؛ بنابراین، اگر می‌توان طرحی را اجرا کرد که هیچیک از افراد جامعه متضرر نشوند، اجرای طرح‌های دیگر، موجب ضمان است.

۵-۲. جبران خسارت اجرای قانون اهم

اگر حاکمیت با توجه به مصلحت عموم جامعه تصمیماتی مانند جلوگیری از اجتماعات، ایجاد قرنطینه عمومی (اعمال محدودیت)، تعطیل کردن مغازه‌ها و... اتخاذ کند و در این بین، افرادی از جامعه، متضرر

۱. ضرر مادی، خسارتی است که به اعیان و منافع و حقوق اموال وارد می‌شود.

۲. ضرر معنوی، عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی و آن را به دو قسم تقسیم می‌کنند: (۱) کسر حیثیت و اعتبار، نوعاً در اثر افترا و ناسزا به وسیله نامه، اوراق چاپی، کاریکاتورهای مستهجن در روزنامه و مجله، انتشار عکس در وضع خلاف اخلاق حسنه و... به عمل می‌آید؛ (۲) صدمات روحی، درد و رنجی است که در اثر حادثه‌ای عارض می‌شود (صفایی، ۱۳۵۵، ۲۴۰).

شوند، آیا دولت، مشمول قاعده اجرای قانون اهم می‌شود یا خیر؟ در صورت عمل به تحذیر، هزینه‌ها بر عهده کیست؟

برای پاسخ به پرسش‌های فوق، باید به غایت عمل مخاطره آمیز توجه و دقت کرد که چه کسی از این عمل خطرناک، منتفع می‌شود. در جایی که تحذیر کننده و عامل زیان، یک نفر است و زیان رساننده، شرایط مخاطره آمیز را جهت انتفاع خود برای دیگران، ایجاد کرده است، پرداخت این هزینه‌ها، بر عهده عامل زیان است؛ چرا که مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی، هیچ کسی حق ندارد اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قرار دهد؛ ولی در جایی که منتفع این عمل مخاطره آمیز، زیان‌دیده است، هزینه باید بر دوش وی قرار گیرد.

باید توجه داشت، دولت، از سویی، وظیفه تأمین اجتماعی شهروندان و رفع موانع اشتغال و از سوی دیگر، وظیفه حفظ و استقرار و سلامت بهداشت شهروندان را بر عهده دارد و در ظهور بیماری کرونا، دولت، در تراحم و جوب تأمین اشتغال، با وجوب تأمین بهداشت، افتاده است (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۹، ۹۸-۹۹)، حال چنانچه دولت، تحذیر بر عدم خروج از خانه برای جلوگیری از سرایت بیماری واگیردار نماید، طبیعی است عمل به این تحذیر و بقاء در قرنطینه، این افراد را از کسب درآمد، محروم می‌کند و برای آنان، هزینه مصرف آب، برق و مواد خوراکی را به دنبال دارد و هدف از آن‌ها، حفظ و نجات امر اهم، یعنی: سلامت و جان افراد بوده؛ بنابر این، بر اساس قاعده تقدیم اهم بر مهم، فعلی مقدم است که از اهمیت بالاتری برخوردار است (روضه سرا، حسین نژاد کریمی، ۱۳۹۶، ۱۳۹). در مواردی که تحذیر کننده، دولت است، پرداخت این هزینه‌ها، بر عهده مخاطب تحذیر (مردم) است؛ زیرا عمل به تحذیر، برای سلامت وی می‌باشد.

در نتیجه، برخی از اقدامات دولت را می‌توان با قواعدی نظیر: قاعده احسان و اجرای قانون اهم، توجیه کرد و دولت را از مسئولیت رهانید؛ چراکه دولت، چاره‌ای جز انجام آن‌ها نداشته و این افعال، با هدف جلوگیری از شیوع بیماری، حفظ جان و سلامت مردم انجام پذیرفته است؛ اما هیچ توجیهی برای برخی قصور وجود نخواهد داشت (دانش نهاد، علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۶، ۸۵).

۳-۵. تقصیر دولت و خسارت دیده

به علت تکلیف دولت به حفظ بهداشت و سلامت عمومی و ترک آن و نیز قابلیت پیش بینی ورود و شیوع بیماری در کشور، تقصیر محقق شده و منجر به مسئولیت دولت خواهد شد (مظفری، میرزایی مقدم، ۱۳۹۹، ۴۰۴-۴۰۵).

فرض دیگر قابل تصور، این است که دولت، نسبت به خسارات احتمالی ناشی از ویروس کرونا هشدار بدهد، اما از شیوع و انتقال آن، به نحو مطلوب جلوگیری نکند. در این صورت، اگر خسارت دیدگان در عین هشدارهای مؤثر دولت، اعمالی انجام دهند که منجر به ورود خسارت می‌گردد، نه

می‌توان جبران تمام خسارات را بر عهده دولت گذاشت و نه می‌توان دولت را قبال تمام خسارات پدید آمده، بدون مسئولیت دانست؛ لذا از آنجا که خسارات پدید آمده، از سویی، با تقصیر دولت و از سویی، با تقصیر آسیب دیدگان پدید آمده، قاعده انصاف، مقتضی آن است که تقصیر، از جانب هر دو طرف لحاظ گردد، دولت و محذر^۱ الیه، به میزان تقصیر خود، ضامن جبران خسارت گردند (نجفی، ۱۳۶۲، ۳۲۵/۲۷).

صورت دیگر، آن است که تنها یکی از محذر^۲ الیه یا دولت، مقصر باشند و هیچ تقصیری از جانب دیگری صورت نپذیرد که در این حالت، غیر مقصر، مسئولیتی قبال مقصر نخواهد داشت (علیشاهی قلعه جوقی، دانش نهاد، ۱۳۹۷، ۲۰۶-۲۰۹)؛ برای مثال، در صورت تقصیر محذر و عدم تقصیر آسیب دیده، اگر شخص دریافت کننده بیماری بمیرد، اولیای وی می‌توانند به فرد انتقال دهنده، مراجعه کنند و اگر او هم مرده باشد، طبق فتوای فقهاء^۱ می‌توانند از مال او، دیه دریافت کنند (علیان نژادی، ۱۳۹۴، ۲۳۰).

۴-۵. عدم تقصیر دولت و خسارت دیده

فرض دیگر، آن است که هشدار دهنده، تمام شرایط مربوط به قاعده تحذیر را رعایت کرده و آسیب دیده نیز در این زمینه، تقصیری نداشته است، در این صورت، مسئولیت مدنی دولت نسبت به جبران خسارت مطرح می‌گردد؛ چراکه ماده ۱۳ قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری، مسأله را این گونه حل می‌کند: «در صورتی که مأمورین، با رعایت مقررات این قانون، سلاح به کار گیرند و در نتیجه، طبق آراء محاکم صالحه، شخص یا اشخاص بی‌گناهی، مقتول و یا مجروح شده، یا خسارت مالی بر آنان وارد گردیده باشد، پرداخت دیه و جبران خسارت بر عهده سازمان مربوط خواهد بود»، حال چنانچه به طرق دیگری، غیر از استفاده از سلاح، خسارتی وارد شود، از طریق تنقیح مناط، می‌توان حکم مسئولیت دولت را قبال جبران خسارت مطرح کرد؛ چراکه به کارگیری سلاح در ایجاد مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت موضوعیت ندارد و تنها چنین موردی، طریقت دارد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۶۱/۱۴)؛ بنابراین، اگر هیچ تقصیری، از جانب دو طرف، صورت نپذیرد، دولت، از باب نفی ضرر غیر متدارک و نظریه کارایی اقتصادی، ضامن جبران تمام خسارت می‌گردد. فقهاء نیز در این گونه موارد، استفاده از بیت المال را اجازه داده‌اند؛ زیرا بیت المال برای مصالح مسلمین است.

لذا باید در خصوص اعمال دولت، قائل به تفصیل شد؛ در صورتی که اعمال دولت، سبب ضرر به دیگران شود، در صورت تقصیر و بی‌احتیاطی، خسارت‌ها بر عهده اشخاصی است که مرتکب آن اعمال گردیده‌اند و شخص مقصر ضامن خواهد بود؛ در غیر این صورت، هیچ خسارتی متوجه مباشرین نبوده

۱. مطابق با فتوای آیت الله العظمی مکارم شیرازی، سؤال ۶۲۲: شخص مبتلا به ایذر و مانند آن، دیگری را به گونه‌ای به آن بیماری آلوده کرده که نوعاً پس از مدتی سبب صدمات یا مرگ وی خواهد شد. چنانچه ناقل زودتر از مجنی علیه فوت کند، دیه مجنی علیه یا خسارات وارده بر او، پس از مرگ جانی، در هر کدام از فروض عمد و شبه عمد و خطای محض بر عهده چه کسی است؟ جواب: هرگاه ناقل سبب مرگ باشد، از اموال او بر می‌دارند.

و این ضمان، متوجه بیت المال خواهد شد؛ برای مثال، اگر قاضی، در حکم خود، اشتباهی غیر مقصرانه کند و طبق موازین قضاء حکم کند، در صورت کشف یا انکشاف خطا، خسارات آن بر عهده بیت المال است و چنانچه مقصر باشد، ضمان، متوجه خود او خواهد بود؛ چنانکه ممکن است از تصویب یک قانون یا انعقاد یک قرارداد، خساراتی به افراد وارد آید.

۶. نحوه جبران خسارت دولت ناشی از کووید ۱۹

شیوه‌های مختلف جبران خسارت توسط مسئول (فاعل زیان) در مسئولیت مدنی، تابع اهداف مسئولیت مدنی می‌باشد. عمده‌ترین اهداف مسئولیت مدنی: جلب رضایت زیان‌دیده، جبران خسارت و اعاده وضع پیشین زیان‌دیده است. نظام‌های مختلف حقوقی برای دستیابی به این اهداف و اجرای تعهد عامل ورود زیان در جبران خسارت و زیان‌دیده شیوه‌هایی را ارائه داده‌اند که اهم آن‌ها عبارت است از جبران عینی (اعاده وضع پیشین) و جبران بدلی (دادن پول و مثل) (حاجی عزیزی، ۱۳۸۰، ۶۸-۷۱). در اپیدمی کرونا ویروس نیز زیان‌های مادی و معنوی، قابل تصور است و بی‌تردید، مهمتر از توجیه جبران خسارت، پیش‌بینی راهکارهایی برای جبران خسارت است.

۱-۶. جبران خسارت مادی

ویروس کووید ۱۹ می‌تواند آسیب‌های جسمی تا حد مرگ را به بار آورد که مصداق خسارت‌های مادی است. بدیهی‌ترین شیوه‌های جبران این خسارت‌ها را می‌توان بدین شرح برشمرد:

(۱) پرداخت نقدی، یکی از راهکارهای موجود در کشور، صندوق تأمین خسارت‌های بدنی است که می‌توان در ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (مصوب ۱۳۸۷/۰۴/۱۶) دید^۱ و می‌توان این رویکرد را که مؤید منطبق کلی حاکم بر جبران خسارت دانست در خصوص سایر وقایع نیز در پیش گرفت.

با عنایت به بند (و) از سر فصل نخست مصوبه شماره: ۱۵۸۱۴/۲۷/۴/الف ش مورخ: ۱۳۸۵/۰۷/۰۵ وزارت کشور، پرداخت خسارت، به اشخاص حقیقی در اثر اغتشاشات و بحران‌ها، از تکالیف دولت است (زرگوش، ۱۳۸۹، ۲/۲۷۵) و در بند (م) ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی به دولت (مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۰۴)، به دولت اجازه داده شده است به منظور پیش‌آگاهی، پیشگیری، امداد رسانی، بازسازی و نوسازی مناطق آسیب دیده از حوادث غیرمترقبه از جمله: بیماری‌های

۱. ماده ۱۰: به منظور حمایت از زیان دیده‌گان حوادث رانندگی، خسارت‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضاء بیمه‌نامه، بطلان قرارداد بیمه، تعلیق تأمین بیمه‌گر، فرار کردن و یا شناخته نشدن مسئول حادثه و یا ورشکستگی بیمه‌گر، قابل پرداخت نباشد، یا به طور کلی، خسارت‌های بدنی خارج از شرایط بیمه نامه (به استثناء موارد مصرح در ماده ۷) توسط صندوق مستقلی به نام صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت خواهد شد.

همه‌گیر انسانی و دامی و حیات وحش، تنخواه گردان موضوع ماده ۱۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷) را به سه درصد^۱ و اعتبارات موضوع ماده ۱۲ قانون تشکیل سازمان مدیریت بحران کشور را به دو درصد افزایش دهد.^۲

۲) تأمین امکانات درمانی رایگان، هزینه‌های درمانی برای مبتلایان به ویروس، باری مضاعف را بر دوش آنان می‌گذارد و عمل کردن دولت به وظایف اساسی خود، مبنی بر تأمین بهداشت و درمان به صورت رایگان، از جمله: آزمایش‌های رایگان برای افراد، بستری و درمان رایگان، تأمین داروی رایگان و... می‌تواند به نوعی مصداق جبران خسارت مادی قلمداد گردد.

۳) بخشودگی هزینه‌های دولتی، محرومیت از درآمد ناشی از طرح فاصله‌گذاری اجتماعی (تعطیلی بسیاری از اصناف و مشاغل) از یک سو و افزایش هزینه‌های عمومی، باعث فشار مالی مضاعف بر شهروندان گردیده است. این امر می‌تواند توجیه‌کننده تصمیمات رفاهی دولت‌ها مبنی بر دادن مهلت مناسب یا معافیت برای پرداخت هزینه بهای انرژی مصرفی، مالیات، بیمه و سایر حقوق دولتی مربوط به کسب و کارها گردد.

۲-۶. جبران خسارات معنوی

هدف از دادن خسارت، این است که وسیله معادلی در اختیار زیان‌دیده قرار گیرد که بتواند او را خشنود سازد و رنج درونی را تحمل پذیرتر سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۵۶). این نوع جبران خسارت، قبال مبتلایان به کرونا ویروس منطقی به نظر می‌رسد (کاظمی و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۵۵)؛ علاوه بر جبران خسارات معنوی از طریق پرداخت نقدی، سایر راهکارهای پاسخ‌دهی به این خسارت‌ها را می‌توان به شرح زیر بیان داشت:

۱) پیش‌بینی مراکز مشاوره، این مراکز در صورت عملکرد مناسب و به موقع می‌توانند در پاسخ به بحران‌های پس از حادثه مؤثر باشند. در صورتی که گرایش موجود، به سمت حفظ بهداشت فردی در مواقع بحران‌های پزشکی، به درستی مدیریت نشود، ممکن است منجر به یک بحران روانی دیگر، پس از پایان یافتن وضعیت موجود گردد.

۲) تزریق حس امید در جامعه، همزمان با بیان واقعیت‌های موجود، می‌تواند از اشاعه حس ناامیدی در جامعه جلوگیری کرد. امروزه، فضای مجازی، امکانی مناسب برای انتشار اخبار و اطلاع‌رسانی فراهم

۱. ماده ۱۰: به دولت اجازه داده می‌شود برای پیش‌آگاهی‌ها، پیشگیری، امداد رسانی، بازسازی و نوسازی مناطق آسیب دیده از حوادث غیرمترقبه ... اعتبار مورد نیاز را در لوائح بودجه سالانه منظور نماید.

۲. ماده ۱۲: به دولت اجازه داده می‌شود در صورت وقوع حوادث طبیعی و سوانح پیش‌بینی نشده معادل یک و دو دهم درصد (۱/۲٪) از بودجه عمومی هر سال را از محل افزایش تنخواه گردان خزانه تأمین کند تا به صورت اعتبارات خارج از شمول، با پیشنهاد شورای عالی و تأیید رئیس‌جمهور هزینه گردد.

کرده است. از طریق انتشار اطلاعات امید بخش به شهروندان می‌توان کمک کرد تا لاقلاً، در مبارزه با انتشار ویروس، خود را نبازند.

نتیجه‌گیری

از برآیند پژوهش حاضر موارد ذیل استنتاج گردید:

(۱) در مبانی فقهی، تقصیر، جایگاه ذاتی در شکل‌گیری مسئولیت مدنی نداشته و صرفاً، وسیله‌ای برای احراز رابطه سببیت، مورد توجه قرار می‌گیرد. پذیرش نظریه تقصیر، برای مبنای مسئولیت دولت، سبب بدون جبران ماندن بسیاری از خسارات وارده خواهد شد و صرف اینکه عرف، زیانی را مستند به شخصی بداند، شخص، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود.

(۲) دولت، متولی اصلی بهداشت عمومی و سلامت جامعه است و قبال ویروس کرونا، مسئولیت داشته است. احراز تقصیر دولت، در بیماری کرونا، در زمینه‌های: تصمیم‌گیری، پیشگیری، هشدار دهندگی، اطلاع‌رسانی، آموزش‌های همگانی، سوء مدیریت‌های موجود و... مواردی است که علل اصلی مسئول شناختن دولت برشمرده شده است؛ لذا رابطه سببیت محرز گردیده و دولت، باید پاسخگویی خسارات وارده باشد.

(۳) مطابق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، موضوع شیوع کرونا ویروس، در دسته اعمال حاکمیتی در نظر گرفته شده و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، اعمال تصدی‌گری و حاکمیتی دولت را تفکیک کرده و برای اعمال حاکمیتی، مسئولیت مدنی قائل نگردیده است؛ در حالی که در مبانی فقهی، تفکیکی میان اعمال تصدی و حاکمیتی در مسئولیت اشخاص موجود نمی‌باشد؛ لذا با توجه به مغایرت نظریه تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدی با اصول و قواعد فقهی و سایر دلایل عقلی و منطقی، این نظریه، امروزه، به صورت نظریه منسوخ درآمده است.

(۴) چنانچه اثبات گردد عمل دولت، به منظور رعایت مصلحت عمومی و نفع عامه بوده، قاعده احسان جاری است و شخص محسن (کارکنان و خود دولت) ضامن نیست. برخی از اقدامات دولت را می‌توان به استناد قاعده اجرای قانون اهم، توجیه کرد و دولت را از مسئولیت رهانید؛ لیکن از قاعده تحذیر، برای ساقط کردن ضمان دولت نمی‌توان بهره برد؛ زیرا دولت در زمینه هشدار و اطلاع‌رسانی، تقصیر داشته و به علت اینکه هشدار، مؤثر نبوده، نمی‌تواند رافع مسئولیت تلقی شود.

(۵) در میزان مسئولیت دولت و آسیب دیده، باید قائل به تفصیل شد و بر اساس قاعده انصاف، تقصیر از جانب هر دو طرف، لحاظ گردد و هر یک، به میزان تقصیر خود، مسئول خواهند بود و چنانچه هیچ یک مقصر نباشند، جبران خسارت از بیت المال خواهد بود.

۷) دولت، بنا به شرایط حاکم، باید حتی الامکان، برای اعاده به وضع سابق اقدام کند و در غیر عدم امکان تحقق آن، خسارت‌های مادی را حسب مورد، از طرفی مانند: پرداخت نقدی، تأمین امکانات درمانی رایگان، بخشودگی هزینه‌های دولتی و خسارت‌های معنوی را از طریق: پیش بینی مراکز مشاوره، تزریق حس امید در جامعه و شفافیت در اطلاع رسانی، تأدیه کند. هیچیک از دیدگاه‌های عدم ضمان دولت، موجب رفع ضمان از دولت نمی‌شود؛ بلکه صرفاً، پرداخت فوری خسارت را مرتفع می‌کند.

کتاب شناسی

۱. آشوری، داریوش، (۱۳۶۶)، دانشنامه سیاسی (فرهنگ اصطلاحات و مکتب‌های سیاسی)، تهران، نشر مروارید.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۳ ق)، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابوالحمد، عبدالحمید، (۱۳۷۹)، حقوق اداری ایران: استخدام‌های کشوری، ارتش و نیروی انتظامی، تهران، انتشارات توس.
۴. احسانی فر، احمد، (۱۳۹۹)، «ابعاد فقهی و حقوقی بیماری‌های واگیر خطرناک و سریع‌الانتشار از منظر قاعده وجوب دفع ضرر محتمل»، حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره: ۶۴، ص ۱۴۳-۱۷۴.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ق)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۶. استوارسنگری، کورش، (۱۳۸۸)، «مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه حقوق اساسی، دوره ۶، شماره: ۱۱، شماره پیاپی: ۱۱، ص ۴۹-۸۶.
۷. السان، مصطفی، (۱۳۹۹)، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی: کووید-۱۹)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه حقوق و کرونا، دوره: ۲۳، ص ۲۱۵-۲۴۳.
۸. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، (۱۳۹۰)، حقوق اداری، تهران، انتشارات میزان.
۹. بادینی، حسن؛ مهرداد، مهدی، (۱۳۹۶)، «کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره: ۴۷، شماره: ۱، ص ۱۹-۳۵.
۱۰. توکلی، احمد؛ وحدت، کتابون؛ کشاورز، محسن، (۱۳۹۸)، «کروناویروس جدید ۲۰۱۹ (COVID-19) بیماری عفونی نوظهور در قرن ۲۱»، دوماهنامه طب جنوب، دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی بوشهر، سال بیست و دوم، شماره: ۶، ص ۴۳۲-۴۵۰.
۱۱. حاجی عزیزی، بیژن، (۱۳۸۰)، «روش‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی، نشریه دانشور پزشکی»، دوره: ۹، شماره: ۳۶، ص ۶۳-۷۲.
۱۲. حمیم، سلیمان، (۱۳۸۶)، فرهنگ معاصر کوچک انگلیسی- فارسی حمیم، تهران، نشر فرهنگ معاصر.
۱۳. دانش نهاد، محمد؛ علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، (۱۳۹۶)، «مبانی قاعده اضطرار در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت»، فصلنامه علمی و پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، سال سوم، شماره پیاپی: ۶، ص ۶۵-۹۷.
۱۴. روضه سرا، علی محمد؛ حسین نژاد کریمی، سید علی، (۱۳۹۶)، «تبیین قاعده اهم و مهم و جایگاه آن در فقه و قانون مجازات اسلامی»، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره سوم، شماره: ۱/۳، ص ۱۳۷-۱۴۹.

۱۵. زمانی، سید قاسم، (۱۳۹۹)، «بحران کرونا و تعهد بین المللی دولت‌ها برای تضمین سلامت شهروندان»، بنیان پژوهشکده تحقیقات راهبردی، پیش شماره دوم، ص ۹۶-۹۹.
۱۶. زرگوش، مشتاق، (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی دولت، قواعد عمومی، مبانی و اصول، تهران، نشر میزان.
۱۷. سلطانی، عباسعلی، (۱۴۰۱)، «نگره‌ی قاعده نگاری انصاف با رویکرد به ادبیات فقه امامیه»، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال اول، شماره: ۱، ص ۷۷-۹۰.
۱۸. شفیعی سیف آبادی، محسن؛ باقری دولت آبادی، علی، (۱۳۹۹)، «بررسی تطبیقی عملکرد دولت ایران و سنگاپور در مقابله با کرونا و آینده پیش روی آنها»، فصلنامه دولت پژوهی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ششم، شماره: ۲۲، ص ۱۴۱-۱۷۵.
۱۹. صفار، محمد جواد، (۱۳۷۳)، شخصیت حقوقی، تهران، نشر دانا.
۲۰. طاهری، سارا، (۱۳۹۹)، «مروری بر بیماری کروناویروس (کووید ۱۹) و آنچه درباره آن شناخته شده است»، تصویر سلامت، دوره: ۱۱، شماره: ۱، ص ۸۷-۹۳.
۲۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۹۰)، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت.
۲۲. طبری، محمد بن جریر، (۱۹۸۷ م)، تاریخ طبری، بیروت، مؤسسه علمی.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵)، تهذیب الأحکام، تهران، انتشارات علمیه.
۲۴. علیان نژادی، ابوالقاسم، (۱۳۹۴)، احکام پزشکی مطابق با فتاوی آیت الله مکارم شیرازی، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۲۵. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل؛ دانش نهاد، محمد، (۱۳۹۷)، «جایگاه قاعده تحذیر، در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره: ۱۷، ص ۱۸۹-۲۱۲.
۲۶. غمامی، مجید، (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران، نشر دادگستر.
۲۷. قاضی، سید ابوالفضل، (۱۳۹۸)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، نشر میزان.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری): مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۹. کاظمی، محسن؛ روشن، محمد؛ روزبهرانی، شجاع، (۱۳۹۳)، «مسئولیت مدنی ایراد خسارت معنوی ناشی از بیماری‌های ایدز و هپاتیت در اثر انتقال خون آلوده، با نگاهی به پرونده هموفیلی‌ها»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هشتم، شماره: ۳۰، ص ۱۴۷-۱۸۱.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الفروع من الکافی، تهران، انتشارات اسلامیه.
۳۱. گنجی، علی؛ مسیبی، قاسم؛ خاکی، محسن؛ قضاوی، علی، (۱۳۹۹)، «مروری بر کروناویروس نوپدید ۲۰۱۹-COVID (2019 ایمونوپاتوژنز، بیولوژی مولکولی و جنبه‌های بالینی)»، مجله دانشگاه علوم پزشکی اراک، دوره: ۲۳، شماره: ۱، ص ۸-۲۰.
۳۲. مظفری، مصطفی؛ میرزایی مقدم، مرتضی، (۱۳۹۹)، «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره: ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ص ۳۸۵-۴۱۱.
۳۳. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، تهران، انتشارات آدنا.
۳۴. مهرا، نسرين، (۱۳۹۹)، «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره: ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ص ۱۴۳-۱۶۲.

۳۵. مهمان نوازان، روح الله، (۱۳۸۸)، خسارات قابل جبران در حقوق کیفری ایران، تهران، نشر آثار اندیشه.
۳۶. میرموسوی، سید علی، (۱۴۰۰)، «تعهد و مسئولیت دولت در برابر حقوق بشر»، دوفصلنامه حقوق بشر، سال شانزدهم، شماره: ۱، شماره پیاپی: ۳۱، ص ۲۵-۵۱.
۳۷. نجارزاده هنجنی، مجید، (۱۳۹۹)، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران: در جستجوی اداره صلاحیت دار»، فصلنامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره: ۲۳، ص ۲۲۵-۲۴۵.
۳۸. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳۹. وحدتی شبیری، سید حسن؛ سامانی، احسان، (۱۴۰۰)، «تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیانبار حاکمیتی در قبال شهروندان»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره: ۶، ص ۸۵-۱۰۶.
۴۰. هاشمی، سید محمد، (۱۳۹۱)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران، نشر میزان.
۴۱. هوشمند فیروزآبادی، حسین، (۱۳۹۹)، «امکان سنجی رفع مسئولیت مدنی ناقلان بیماری‌های همه‌گیر در پرتو قاعده تحذیر»، حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره: ۶۴، ص ۷۷-۱۱۰.
۴۲. یزدانیان، علیرضا، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.2, No.4, Issue 8, winter 2023, P: 105-130

Receive Date: 2023/01/19**Revise Date:** 2023/07/05**Accept Date:** 2023/08/08**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339**DOI:** 10.30495/jcl.d.2023.1978042.1042

Legal and Jurisprudence Examination of Damages Caused by Lack of Profit

Amin Najafian¹Mansoura Darabi²

۱۰۵

بررسی فقهی خسارت‌های ناشی از عدم نفع

Abstract

Lack of profit is one of the types of damages that sometimes due to the breach of the promise of the obliged person and sometimes due to the act or omission causes loss, has many effects on the economic fate of the person. Damages caused by doubtless lack of profits are enumerated as losses. Harm is a customary title, and custom also considers certain lack of profit as one of the evidences of harm. The most important jurisprudence reason to prove the necessity of compensating the lack of profit is adherence to general principles and rules, such as: the basis of the wise and the rule of La-Zarar and the lack of profit is also included in the application of La-Zarar. Article 267 of the «Civil Procedure Law» also does not consider the lack of profit to be claimed; but it seems that it is possible to present an interpretation in accordance with the general principles and rules and considers the Articles of the «Civil Procedure Code» to uncertain lack of profit and the article 9 of the «Criminal Procedure Code» to certain lack of profit and separates definite and non-definite lack of profit from each other. Some experts consider lack of profit as damage, so they consider its compensation necessary. Mutually, some others do not consider lack of profit as damage. Damages caused by breach of contract can also be claimed and the most important reason for the possibility of obtaining contractual damages is that in fact, such damages are lack of profit and just as it is possible to claim damages caused by lack of profit, it is possible to verdict on the necessity of compensation in different ways.

Keywords: lack of profit, damage of lack of profit, damage of breach of contract.

¹. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Mahalati Higher Education Complex, Qom, Iran (Responsible Author). a.najafian@chmail.ir

². Master's degree in jurisprudence and principles of Islamic law. a.najafiyani@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال دوم - شماره ۴ - شماره پیاپی ۸ - زمستان ۱۴۰۲، ص ۱۰۵-۱۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۹

DOI: 10.30495/jcl.d.2023.1978042.1042

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی فقهی حقوقی خسارت‌های ناشی از عدم نفع

امین نجفیان^۱

منصوره دارابی^۲

۱۰۶

چکیده

عدم نفع، یکی از انواع خسارت‌هایی است که گاهی بر اثر نقض عهد فرد متعهد و گاهی نیز بر اثر فعل یا ترک فعل موجب زیان، در سرنوشت اقتصادی فرد، دارای آثار فراوانی است. خسارت‌های ناشی از عدم نفع مسلم، ضرر به شمار می‌آید. ضرر، عنوانی عرفی است و عرف نیز عدم نفع مسلم را از مصادیق ضرر می‌داند. مهمترین دلیل فقهی برای اثبات لزوم جبران عدم نفع، تمسک به اصول و قواعد کلی، از جمله: بنای عقلا و قاعده‌ی لاضرر است و عدم نفع نیز داخل در اطلاق لاضرر است. ماده‌ی ۲۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز عدم نفع را قابل مطالبه نمی‌داند؛ اما به نظر می‌رسد، می‌توان تفسیری منطبق با اصول و قواعد کلی ارائه داد و مواد آیین دادرسی مدنی را حمل بر عدم نفع غیرحتمی دانست و ماده‌ی ۹ آیین دادرسی کیفری را حمل بر عدم نفع مسلم دانست و عدم نفع مسلم و غیرحتمی را از یکدیگر تفکیک کرد. برخی از صاحب نظران، عدم نفع را خسارت می‌دانند، لذا جبران خسارت ناشی از آن را ضروری می‌شمارند؛ متقابلاً، برخی دیگر، عدم نفع را خسارت نمی‌دانند. خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد نیز قابل مطالبه هستند و مهمترین دلیل برای امکان اخذ خسارت قراردادی، این است که این گونه خسارات، در واقع، عدم نفع هستند و همان‌گونه که امکان مطالبه‌ی خسارت‌های ناشی از عدم نفع، وجود دارد، می‌توان به لزوم جبران این خسارات به طرق مختلف، حکم داد.

واژگان کلیدی: عدم نفع، خسارت عدم نفع، خسارت نقض قرارداد.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی، قم، ایران (نویسنده مسئول) a.najafian@chmail.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی a.najafiyani@yahoo.com

مقدمه

یکی از مسائل مهم و مبتلا به در فقه و حقوق مدنی ایران، مسأله‌ی امکان یا عدم امکان اخذ خسارت عدم نفع است. این مسأله خصوصاً به هنگام تخلف از قرارداد و نقض آن نمود پیدا می‌کند. در این گونه موارد، این بحث در میان فقیهان مطرح است، که آیا در نتیجه‌ی نقض قرارداد، متعهد له مستحق دریافت خسارت هست یا خیر؟ در این میان برخی بر این باورند که عدم نفعی که در نتیجه‌ی نقض قرارداد ایجاد می‌شود، اصلاً خسارت نیست، لذا قابلیت جبران ندارد. برخی دیگر هم برخلاف این نظر به صورت موردی وارد بحث شده و عدم نفع را مصداق ضرر دانسته‌اند. سؤال این است که آیا واقعاً عدم نفع مصداق ضرر هست تا قابل جبران باشد، یا خیر؟ این مسأله، تحقیق در این زمینه را ضروری می‌نماید. به نظر می‌رسد فقیهان هم در برخورد با این مسأله اولاً، کبرای کلی لزوم جبران ضرر را مد نظر داشته و ثانیاً، در مورد صدق عنوان ضرر یا عدم صدق آن با ذهن عرفی، وارد هر مصداقی شده‌اند؛ به همین دلیل در برخی موارد، صراحتاً حکم به ضرر می‌دهند و حتی برخی از ضررها را تباهی می‌دانند که معنای اعم از ضرر دارد، (ضرر مقید به نتیجه‌ی خاص) و در برخی موارد، در فقه در یک مسأله اختلاف نظر پیدا کرده‌اند و گاه هم از مسائلی با تردید عبور کرده‌اند.

این مقاله، پس از ارائه‌ی تعریف و اقسام عدم نفع، آن را ضرر دانسته و قابل مطالبه بودن آن را با تمسک به اصول و قواعد کلی مانند قاعده‌ی لاضرر و بنای عقلا اثبات نموده، سپس نظر فقهای امامیه و حقوقدانان را ذکر کرده و به اشکالات آن دسته از فقیهان که عدم نفع را قابل مطالبه نمی‌دانند پاسخ داده است. در قسمت دیگر به بررسی عدم نفع در فقه و حقوق پرداخته و از تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب که ظاهراً عدم نفع را غیر قابل مطالبه می‌داند، تفسیری منطبق با اصول و قواعد کلی ارائه داده است. در نهایت خسارت ناشی از نقض قرارداد را نیز قابل مطالبه دانسته و به روش‌های جبران این گونه خسارات پرداخته است.

۱. ماهیت ضرر و عدم نفع

واژه‌ی ضرر در لغت به معنای ضد نفع و در مقابل نفع است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۳۱/۱) و در اصطلاح یعنی: ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که مقتضی آن حاصل شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۴۴۵).

ضرر، یک عنوان عرفی است و فقهاء، هر آن چیزی که در دید عرف، ضرر محسوب شود، قابل مطالبه می‌دانند و فرق نمی‌کند در مال، منفعت، حق، بدن یا عرض باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۳۱۴/۱).

۱-۱. مفهوم عدم نفع

در مقابل آن عده‌ای از حقوقدانان که از عدم نفع تعریفی به دست نداده‌اند، برخی از محققین، در تعریف عدم نفع می‌گویند: عدم نفع را محرومیت شخص از فایده مورد انتظار می‌دانند (بهرامی احمدی، ۱۳۶۶، ۲۳۸).

عدم نفع یعنی ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که مقتضی آن حاصل شده است. مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۴۴۵) پس به طور خلاصه، عدم نفع عبارت است از: فوت شدن منافع ممکن الحصولی که شخص از آن محروم شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۵۰۷/۴).

۲-۱. اقسام عدم نفع

به اعتبار متعلق تقویت که ممکن است منفعت، محقق باشد یا محتمل می‌توان عدم نفع را نیز بر دو قسم تقسیم نمود: عدم نفع محقق (مسلم) و عدم نفع محتمل (غیر حتمی).

۱-۲-۱. عدم نفع محقق

عدم نفع محقق و مسلم، عبارت است از فوت شدن منفعتی که هر گاه فعل معین موجود نمی‌شد، محققاً و مسلماً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور، سبب منحصر نرسیدن منفعت شده است (امامی، ۱۳۵۶، ۳۰۷/۱)؛ مثلاً، چنانچه کسی در خیابان در جلوی گاراژی جوی عمیقی بکند و مانع از خروج اتومبیل کرایه‌ای شود، این شخص مانع رسیدن منفعتی شده است که اتومبیل از کار کردن به دست می‌آورد (امامی، ۱۳۵۶، ۳۰۷/۱).

۲-۲-۱. عدم نفع محتمل

عدم نفع محتمل و غیر حتمی، عبارت است از فوت شدن منفعتی که هر گاه فعل معین موجود نمی‌شد، احتمال داشت که عاید طرف گردد. مثل اینکه توزیع کننده‌ی روزنامه، روزنامه‌ای را که در آن مزایده‌ی ملکی درج شده است، به مشترک آن روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند، مشترک، پس از اطلاع بر این امر، علیه توزیع کننده، اقامه‌ی دعوی می‌نماید و خسارات وارده‌ی خود را از او می‌خواهد، بدین ترتیب که: هر گاه روزنامه را توزیع کننده به او می‌رسانید، او در مزایده‌ای که وزارت دارایی اعلان نموده، شرکت می‌کرد و برنده شناخته می‌شد و از آن مبلغی استفاده می‌نمود و چون روزنامه را توزیع کننده نرسانده، باید خسارت وارده را به مشترک بپردازد (امامی، ۱۳۵۶، ۴۰۸/۱).

۳-۱. مصادیق عدم نفع

عدم نفع دارای مصادیقی است، از جمله مصادیق عدم نفع می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱-۳-۱. محرومیت از نیروی کار

خسارت وارده بر زیان‌دیده ممکن است ناشی از محرومیت او از نیروی کار خویش باشد؛ مثلاً، اگر کسی، دیگری را مدت معینی حبس کند و مانع کار او گردد، خسارت وارده بر متضرر، ناشی از فوت نیروی کار او است. اگر نیروی کار شخص، عرفاً مال محسوب شود، مانند نیروی کار صنعتگران و سایر افراد جامعه که دارای شغل می‌باشند، خسارات ناشی از محروم شدن از نیروی کار آنان قابل جبران است؛ مگر در موردی که نیروی کار محروم، عرفاً، مال تلقی نشود؛ مانند: نیروی کار افراد از کار افتاده و یا بیکار و یا افراد ولگرد که اگر آزاد هم باشند، از نیروی کار خود استفاده نمی‌کنند (باریکلو، ۱۳۸۵، ۶۵).

۲-۳-۱. محرومیت از سود قابل وصول

خسارات وارده بر متضرر، ممکن است، ناشی از محروم شدن سودی باشد که عرفاً برای او قابل وصول بوده، ولی به دلیل ممانعت یا مزاحمت عامل فعل زیان‌بار، آن سود حاصل نشده است؛ مثلاً: دست فروشی که بساط خود را پهن نموده و مشتریان آماده‌ی خرید از او هستند، اگر با مزاحمت دیگری، مشتریان پراکنده شوند و بر اثر تغییرات قیمت کالا، کالایی را که قبل از مزاحمت می‌توانست با سود بیشتری بفروشد، باید با سود کمتری به فروش برساند (باریکلو، ۱۳۸۵، ۶۵).

عدم قابل جبران بودن این نوع ضرر، از دیدگاه مشهور، ناشی از احتمالی بودن آن است. اگر در موردی، عرف، حکم به وجود ضرر نموده، دلیلی بر عدم قابل جبران بودن آن در شرع نیست، بلکه اقتضای قواعد و اصول حقوقی، جبران چنین ضرری است (باریکلو، ۱۳۸۵، ۶۶).

۳-۳-۱. از دست رفتن فرصت

خسارت وارده بر زیان‌دیده، ممکن است، ناشی از دست دادن فرصتی باشد که برای شخص مهم است؛ مثلاً، جوانی که یک سال برای شرکت در کنکور مطالعه نموده، در روز امتحان، کسی او را از شرکت در رقابت محروم می‌کند، که در این مورد، صرف از دست دادن فرصت، عرفاً ضرر مسلم محسوب نمی‌شود، مگر ثابت شود که از دست دادن فرصت موجب ورود ضرر معنوی به شخص محروم شده است یا موجب از دست دادن اطلاعاتی شده که محروم باید با صرف هزینه به دست آورد که چنین ضرری مسلم و قابل جبران است (باریکلو، ۱۳۸۵، ۷۲-۷۳).

۱-۳-۴. از دست رفتن موقعیت

مراد از موقعیت، جایگاه و وضعیت قانونی است که شخص نسبت به دیگری دارد. عرف، داشتن موقعیت را مال و فقدان آن را فقدان مال تلقی نمی‌کند. بنابراین، ضرر از دست‌دهنده‌ی موقعیت، به علت احتمالی بودن آن، قابل جبران نیست (باریکلو، ۱۳۸۵، ۷۵).

۱-۴. شرایط جبران عدم نفع

برای قابل جبران بودن خسارت‌های ناشی از عدم نفع شرایطی لازم است:

۱-۴-۱. مسلم بودن خسارت‌های ناشی از عدم نفع

برای قابل جبران بودن خسارت‌های ناشی از عدم نفع، لازم است این ضرر و زیان، قطعی و مسلم باشد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۸۵).

مراد از مسلم بودن ضرر این است که، عرف عقلاء در تحقق ضرر ولو در آینده، شک و شبهه‌ای نداشته باشد و تحقق ضرر را مشکوک و احتمالی یا موهوم ارزیابی نکنند (باریکلو، ۱۳۸۵، ۷۵).
بنابراین، ضرر احتمالی و نیز عدم نفع احتمالی قابل جبران نیست و هر گاه شخصی منافع حمایت شده و متعارف دیگری را از بین ببرد، باید آن را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۲۳/۴).

۱-۴-۲. قابل پیش بینی بودن خسارت

فقهاء، به قابل پیش‌بینی بودن زیان در تعریف سبب و مصداق‌های آن و گاه در اتلاف استناد کرده‌اند؛ چنان که تحقق سبب و مسئولیت مسبب را بدون آن نپذیرفته‌اند؛ زیرا انتساب زیان به سبب هنگامی امکان‌پذیر است که او مقصر باشد و عرف، کسی را بی‌تقصیر می‌داند و مسئول نمی‌شناسد که وقوع حادثه‌ی زیان‌بار، از فعل او به طور متعارف انتظار نمی‌رود (حسینی مراغی ۱۴۱۸، ۳۲۱/۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۱۵/۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۶، ۱۹۸/۱، ۲۰۱؛ عاملی حسینی، ۲۰۶/۶؛ محقق حلی، ۱۳۸۹، ۲۳۸/۴؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۵۹/۳۷).

۱-۴-۳. بی‌واسطه بودن خسارت

ضرر هنگامی قابل جبران است که مستقیم و بی‌واسطه باشد؛ یعنی: زیان‌دیده ثابت کند که در نتیجه‌ی فعل زیان‌بار یا تقصیر دیگری به او زیان وارد شده است. پس این شرط، یکی از شرایط ضرر قابل جبران است که از یک سو احراز و اثبات آن برای جبران خسارت ضروری است و از سوی دیگر، فاعل زیان می‌تواند در جایی که به ظاهر رابطه‌ی سببیت برقرار و مفروض است قطع و گسستگی آن را اثبات کند و خود را از مسئولیت جبران خسارت معاف نماید (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۸۶؛ باریکلو، ۱۳۸۵، ۷۶).

۴-۴-۱. خسارت به منافع مشروع

منظور از نامشروع بودن خسارت این است که ورود خسارت اثر و نتیجه‌ی طبیعی و معمول استیفای حق خسارت زنده نباشد. منافع مشروع منافی است که نه مخالف قانون بوده و نه با اخلاق حسنه در تضاد باشد؛ مثلاً، اگر کسی ادعا کند که در اثر بازداشت غیر قانونی، از شرکت در بازی قمار محروم مانده و اگر او بازداشت نمی‌شد، برنده قمار بوده و مبلغ زیادی عاید او می‌گشت و یا ادعا کند که، در اثر بازداشت غیر قانونی از ارتکاب سرقتی بازمانده که در صورت وقوع، صاحب اموال زیادی می‌شد، این شخص نمی‌تواند مطالبه‌ی چنین خسارت‌هایی بنماید؛ چراکه قمار و اموال حاصل از آن و نیز سرقت و اموالی که از این طریق نصیب سارق می‌گردید، مشروع و قانونی نمی‌باشد؛ بنابر این، نمی‌توان خسارت‌های ناشی از چنین اعمالی را مطالبه نمود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۹).

بدیهی است عدم النفع هم در زمینه‌های حقوقی قابل تصور است و هم در زمینه‌های کیفی. لذا قاضی برای اثبات عدم النفع می‌بایست هم به حقیقت مادی توجه داشته باشد و هم حقیقت قضایی (پور رضا، مهدی؛ الله وردی، فرهاد و دیگران، ۱۴۰۲، ۲۶).

۲. جایگاه عدم نفع در فقه

فقهاء، درباره‌ی ضمان آور بودن عدم نفع، نظرات مختلفی ارائه داده‌اند که در زیر، به برخی از این نظرات پرداخته می‌شود:

۲-۱. دیدگاه مخالفین

از زمره‌ی مخالفین عدم نفع می‌توان محقق حلی، محمد حسن نجفی و ملا احمد نراقی را نام برد. محقق حلی معتقد است: اگر کسی صنعتگری را از کار منع کند، اجرتی به صنعتگر تعلق نمی‌گیرد؛ ولی چنانچه از وی کار بکشد، او مستحق دریافت اجرت است (حلی، ۱۳۹۴، ۲۵۶؛ حلی، ۱۳۸۹، ۲۱۵/۳).

صاحب جواهر ضمن قبول نظریه‌ی محقق حلی، استدلال می‌کند: چون انسان حرّ مال محسوب نیست، لذا در آن، ضمانی محقق نیست (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۷/۳۹).

ملا احمد نراقی نیز از دیگر مخالفین عدم نفع، در کتاب عواید الایام می‌فرماید: چنانچه مالک را از فروش کالای خود منع کند، این عمل اضرار نمی‌باشد، بلکه منع از تحمیل نفع است (نراقی، ۱۴۰۸، ۵۰).

خوانساری نیز از فقهای معاصر اظهار می‌دارد: اگر کسی، دیگری را از نگهداری حیوان رها شده یا منع کند، اینکه او را از نشستن بر روی بساط خود مانع شود، ضامن نیست؛ بدین معنی که اگر حیوان تلف شود، یا بساط سرقت شود، پرداخت خسارت بر عهده‌ی مانع نیست؛ زیرا، منشأ ضمان، قاعده‌ی ید و قاعده‌ی اتلاف است و در اینجا نه قاعده‌ی ید قابل اعمال است و نه قاعده‌ی اتلاف (خوانساری، ۱۳۹۴، ۱۹۱/۵).

۲-۲. ادله‌ی مخالفین

دلایلی که مخالفین برای ضمان آور ندانستن عدم نفع به آن استناد کرده‌اند، به شرح زیر است:

۲-۲-۱. عدم شمول قاعده‌ی اتلاف و تسبیب

برخی از فقیهان و مؤلفان حقوقی، با این ادعا که بر عدم نفع، مال صادق نیست، استناد به قاعده‌ی اتلاف و تسبیب را برای قابل جبران دانستن آن صحیح نمی‌دانند. به نظر آنان، مال، چیزی است که فعلاً، موجود باشد، ولی عدم نفع مال نیست، بلکه محروم شدن از کسب مال است (نجفی، ۱۹۸۱، ۱۵/۳۷)؛ حال اینکه واقعیت این است که مال، یک مفهوم عرفی است. مال، یعنی: چیزی که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد (امامی، ۱۳۵۶، ۱۹/۱).

۲-۲-۲. عدم شمول قاعده‌ی لاضرر

بسیاری از فقیهان در مباحث مربوط به لاضرر بیان می‌کنند که لاضرر اثبات حکم نمی‌کند، بلکه نفی حکم ضرری می‌کند. در صورتی می‌توان برای مطالبه عدم نفع، به قاعده‌ی لاضرر استناد کرد که قاعده‌ی لاضرر اثبات حکم کند. فقیهان درباره اینکه آیا قاعده‌ی لاضرر اثبات حکم می‌کند یا خیر، اختلاف نظر دارند؛ اما با بررسی نظرات مختلف فقیهان نتیجه می‌شود که اولاً، کلمه‌ی «لا» در جمله‌ی لاضرر و لاضرار، نافیه است نه ناهیه، ثانیاً، اختصاصی به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود و ثالثاً، احکام شریعت اسلام - اعم از تکلیفی و وضعی - مبتنی بر نفی ضرر نوعی و عمومی است؛ بنابر این، قاعده‌ی لاضرر علاوه بر اینکه در موارد ضرر شخصی، با عنوان دلیل ثانوی می‌تواند دایره‌ی ادله‌ی اولیه را محدود سازد، حاکی از خط و مشی کلی در تشریح احکام اولیه است؛ به عبارت دیگر، قاعده‌ی لاضرر در مقام بیان حکم تکلیفی مبنی بر نهی مردم از اضرار به یکدیگر نیست، لذا اگر قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی، موجب زیان بعضی توسط بعضی دیگر گردند، آن قوانین مرفوع هستند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۵۱).

۲-۲-۳. عدم تحقق غصب (لزوم اثبات ید در غصب)

بعضی از فقهاء، منافع مستوفات یا غیر مستوفات را وقتی مضمون می‌انگارند که شیئی یا شخص مورد اشاره، تحت تصرف و استیلاء درآید و غصب محقق شود. به نظر این دسته از فقهاء، مضمون نداشتن تفویض منفعت ناشی از نقص قیمت که به علت ممانعت مالک در فروش مال وی پیش می‌آید، به این دلیل است که ممانعت، استیلائی عملی بر مال نبوده و بر آن، عنوان غصب محقق نیست. در پاسخ به این دلیل می‌توان گفت: تحقق ضمان، منحصراً دائرمدار تحقق غصب نیست و ممکن است ضمان به سبب و موجب دیگری غیر از غصب بازگردد (نجفی، ۱۹۸۱، ۱۴/۳۷).

۲-۲-۴. نفی مالیت از منافع

ممکن است گفته شود: منافع مال نیستند، پس مورد ضمان قرار نمی‌گیرند؛ چنانکه برخی گفته‌اند: اگر کسی را از فروختن کالایش باز دارد تا قیمت بازار پایین بیاید، در صورتی که اصل کالا باقی باشد، بی‌تردید ضامن نیست، زیرا آن چه از دست رفته مال نیست، بلکه کسب مال است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ۲۱/۷).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: تعریف مال به گونه‌ای است که بر منافع اشیا هم منطبق می‌شود؛ زیرا مال در لغت، عبارت از چیزی است که انسان، از اشیاء مالک آن می‌شود (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۶۳۵/۱۱) و در اصطلاح، چیزی است که به علت منافع واقعی یا اعتباری، مورد رغبت و تمایل عقلاء است، به گونه‌ای که حاضر هستند در مقابل آن، عوضی پرداخت کنند (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ۴/۲). همان‌طور که گفته شد، واقعیت، این است که مال، یک مفهوم عرفی است و چیزی است که دارای ارزش مبادلاتی باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ۳۳۷/۳).

با این تعاریف از مال، انطباق آن به منافع، جای تردید و اشکال ندارد؛ از این رو، منع صدق مال بر منفعت منعی ندارد و مال اعم از منافع و اعیان است (نائینی، بی‌تا، ۲۲۷/۱).

۲-۲-۵. نفی مالیت از عمل انسان

برخی از فقیهان بر این نظر هستند که انسان آزاد از اموال محسوب نمی‌شود و منافع او تابع وجود او است، پس، همچنانکه انسان آزاد را نمی‌توان غصب کرد، منافع وی هم مورد استیلا و تسلط دیگری قرار نمی‌گیرد و اگر این گونه منافع از بین برود، کسی ضامن نیست (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۱۷/۶).

ادله‌ی ضمان، عمل شاغل را شامل نمی‌شود؛ چون سبب ضمان، یا وضع ید و استیلا بر مال غیر است، یا اتلاف؛ و چون هیچیک از این دو سبب، بر عمل حرّ شاغل صدق نمی‌کند، پس ضمانی نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۲، ۱۷۳/۲؛ حلی، ۱۳۸۹، ۷۶۲/۴).

اما برخی فقیهان، به صراحت اعلام داشته‌اند: عمل حرّ، مال است، خواه اهل کسب باشد یا نباشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲۰/۱).

همچنین، برخی از فقهاء، صریحاً به صدق استیلا بر انسان آزاد نظر داده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ۱۲۲/۱).

حق، آن است که به گفته‌ی نائینی، مال ندانستن عمل حرّ، غیر قابل قبول و بی‌دلیل است (نائینی، ۱۴۱۳، ۹۰/۲)؛ چراکه عمل شاغل، حتی پیش از معاوضه و فعلیت عرفاً و عقلاً مالیت و ارزش دارد و زمانی که با فراهم بودن تمام مقتضیات، شاغل کار خود را آغاز کند و تنها منع، حبس و اجبار غاصب مانع عمل شود، استیلا ید، صادق و ضمان صحیح است، چون استیلا ید منجر به تلف، موجب ضمان

است و عمل بهره برداری شده دارای ارزش و قیمت قابل مبادله است که در آن، تعهد و ضمان وجود دارد (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۸/۳۷).

۲-۲-۶. انحصار زیان در نقصان منافع و اعیان

مخالفت خسارت عدم نفع می‌گویند: زیان، منحصر به نقصان در اعیان و منافع است؛ مثلاً، اگر کسی را از فروش کالایش منع کنند تا آنکه قیمت بازار پایین بیاید، در صورتی که اصل کالا باقی باشد، بدون شک، مانع ضامن نیست (طباطبائی، ۱۳۴۲، ۳۰/۱۴).

اما در تحلیل مسأله می‌توان گفت: سودمندی، ملاک اصلی مالیت یک چیز است، تا آنجا که گفته می‌شود، آنچه سود ندارد، مال نیست، وقتی سودمندی کم می‌شود، قیمت و ارزش هم کم می‌شود و در نتیجه، ضمان هم هست؛ به عبارت دیگر، ضرر، نقصان و کاهش است که در مال پدید می‌آید و در نتیجه ضرر صدق می‌شود.

۲-۲-۷. قاعده‌ی الخراج بالضمن

بر اساس این قاعده، گاهی محرومیت مالک از منافع مالش موجب ضمان نشده است؛ مثلاً، اگر شخصی، روز اول ماه اتومبیل خود را بفروشد و مشتری تا روز دهم از آن استیفای منفعت کند و روز دهم، عیبی ظاهر شود که از سابق در آن بوده است و مشتری، به واسطه‌ی خیار عیب اقدام به فسخ عقد کند، در این صورت، مشتری به دلیل قاعده‌ی الخراج بالضمن، ضامن منافی نیست که در مدت ده روز استیفا کرده است. برخی از حقوقدانان، یکی از زمینه‌های مخالفت با عدم نفع را همین قاعده دانسته‌اند (سنهوری، بی تا، ۴).

اما بر اثر نظر مشهور فقیهان شیعه، نمی‌توان ادعا کرد که مشتری در قبال منافع مستوفات در عقد فاسد، ضامن نیست (روحانی، بی تا، ۳۹۳/۱۶) و دامنه‌ی این قاعده محدود است و شامل باب غضب نمی‌شود؛ چرا که، در غضب مبادله‌ای صورت نگرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۲۵۶/۱).

۲-۳. بررسی دیدگاه موافقین

عده‌ای از متأخرین و متقدمین از فقهاء نیز قائل به جبران خسارت ناشی از عدم نفع محقق الحصول می‌باشند؛ به عقیده‌ی مرحوم میرفتاح، هر گونه تفویض محقق که شأن و مقتضای آن حاصل باشد، نقص مالی و ضرر قلمداد می‌شود و ضمان بر آن، بار می‌گردد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۱۹۷/۱).

نائینی نیز عدم نفع را ضرر دانسته، می‌فرماید: عدم نفع بعد از اینکه مقتضی آن، تمام شده باشد، عرفاً ضرر تلقی می‌شود (نائینی، بی تا، ۱۹۹/۲).

در کتاب قواعد الفقهیه موسوی بجنوردی آمده است: ضرر، عرفاً، عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان، بعد از اینکه وجود یافته است، یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن وجود دارد، به طوری که عرف آن را موجود می‌پندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ۱۹۹/۱).

ملا احمد نراقی نیز تفویت منفعت محقق را حسب عرف، ضرر شمرده و جبران آن را لازم دانسته است. (جعفری لنگرودی، بی تا، ۳۰۳)

صاحب مجمع الفائدة و البرهان نیز در حبس صنعتگر ولو از او انتفاعی نشده باشد، ضمان را اقوی دانسته و به قاعده‌ی لاضرر استدلال کرده است (اردبیلی، ۱۴۱۲، ۵۱۳/۱۰).

۲-۳-۱. ادله موافقین

دلایلی که موافقین برای مضمون دانستن عدم نفع به آن استناد کرده‌اند، به شرح ذیل است:

۲-۳-۲. قاعده‌ی لاضرر

همان‌گونه که در قبل به آن اشاره شد در صورتی می‌توان برای قابل مطالبه دانستن عدم نفع به قاعده‌ی لاضرر استناد کرد که عدم نفع، ضرر محسوب شود و قاعده‌ی لاضرر اثبات حکم کند. برخی فقیهان در بحث از قاعده‌ی لاضرر می‌گویند: به موجب این قاعده، ضرر مستند به شارع یا مردم یا هر دو نفی شده است و منحصر به امر وجودی نیست و در عدمی‌ها نیز استناد و انتساب صدق می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ۷۹/۱).

۲-۳-۳. قاعده‌ی اتلاف و تسبیب

دو قاعده‌ی دیگر که با استناد به آن‌ها می‌توان عدم نفع را قابل مطالبه دانست، قاعده‌ی اتلاف و تسبیب است. به موجب دو قاعده‌ی مزبور، از بین بردن مال دیگران چه به عنوان اتلاف و چه به عنوان تسبیب، موجب مسئولیت عامل زیان است. همان‌طور که قبلاً گفته شد، واقعیت این است که مال، یک مفهوم عرفی است. مال، یعنی: چیزی که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد (امامی، ۱۳۵۶، ۱۹/۱) و به همین دلیل است که منافع مال شمرده می‌شود و در صورتی که شخصی اتومبیل یا منزل کسی را غصب کند، علاوه بر عین، ضامن منافع آن نیز خواهد بود، اعم از اینکه از منافع استفاده کرده باشد یا خیر (مستفاد از ماده‌ی ۳۲۰ قانون مدنی).

۲-۳-۴. قاعده‌ی علی الید

بسیاری از فقیهان متأخر و متقدم، برای اثبات ضمان منافع به قاعده‌ی علی الید استدلال کرده‌اند و حکم ضمان را هم شامل عین می‌دانند و هم شامل منافع، خواه مستوفات باشد و خواه غیرمستوفات (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ۱۲۲/۱؛ موسوی خمینی، بی تا، ۲۰/۱؛ نائینی، ۱۴۱۳، ۹۰/۲).

برخی دیگر نیز به صراحت اعلام کرده‌اند که با ملاحظه‌ی قاعده‌ی ید، در صحّت ضمان منافع نمی‌توان تردید کرد؛ زیرا منافع در شمار اموال محسوب می‌شوند و به ازای آن‌ها مال پرداخت می‌شود؛ همان‌گونه که در تعریف اجاره گفته شده است: اجاره، یعنی: تملیک منفعت معلوم در برابر عوض معلوم (جبعی عاملی، بی تا، ۳۲۷/۴).

۲-۳-۵. قاعده‌ی سلطنت

به استناد مقتضای قاعده‌ی سلطنت، جبران مالی که از دست رفته، از لوازم احترام به مال است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ۲۳۳/۲).

برخی بر اساس قاعده‌ی سلطنت، ضمان نسبت به تمام شئون مال را ثابت دانسته‌اند و می‌گویند: چنانکه قاعده‌ی سلطنت اقتضا می‌کند، غاصب نسبت به تمام شئون عین ضامن است؛ خواه آن شئون از بین رفته یا موجود باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۳، ۲۲۲/۳).

۲-۳-۶. قاعده‌ی احترام

غرض از قاعده‌ی احترام مال مسلمان این است که بدون اذن او نمی‌توان در آن تصرف کرد و اگر تصرفی صورت گرفت و اتلاف یا نقصانی روی داد، در آن صورت ضامن است و باید تاوان بدهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ۱۰۶/۲).

برخی از فقها، این احتمال را بسیار بعید دانسته‌اند که مراد از حرمت در کلام پیامبر صرفاً حرمت تکلیفی باشد (موسوی خمینی، ۱۴۰۹، ۲۸۱/۱). شیخ انصاری در مورد منافع مستوفات به قاعده‌ی احترام تمسک می‌ورزد و برای منافع غیر مستوفات اظهار بی‌دلیلی و تردید می‌کند (انصاری، ۱۳۷۴، ۱۰۴/۳).

همچنین برخی از فقیهان درباره عمل مسلمان قاعده‌ی مستقلی تحت عنوان: «عَمَلُ الْمُسْلِمِ مُحْتَرَمٌ مَا لَمْ يَقْصِدِ التَّبَرُّعَ» تنظیم کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲، ۱۴۶/۵).

۲-۳-۷. قاعده‌ی احسان

بر طبق این قاعده، هرکس در اعمال خود، نسبت به دیگری محسن شمرده شود، مصداق «لا سبیل علیه» خواهد بود و چون ضمان، نوعی سبیل تلقی می‌شود، می‌توان گفت: بر محسن پرداخت تاوان واجب نیست؛ از سوی دیگر، تعلیق حکم بر وصف و قرارداد آن به عنوان موضوع، بیانگر همین مسأله است

(موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ۱۰۶/۲)؛ بنابر این، چون نفی ضمان به اثبات احسان منوط شده است، با نفی احسان، ضمان اثبات خواهد شد.

۲-۳-۸. بنای عقلاء

عقلاء، هنگامی که شخصی، مبادرت به از بین بردن مال موجود دیگری می‌کند، یا او را از تحصیل نفع مسلمی که مورد انتظار بود محروم می‌نماید، عامل زیان را مسئول جبران خسارت وارده می‌دانند. آقای خوئی برای جواز مطالبه‌ی اجرت به سیره‌ی قطعیه‌ی عقلا تمسک می‌کند و می‌گوید: هرگاه انسان حرّ، دارای کاری بوده و هر روز به آن مشغول می‌باشد، مانند: بنا، تاجر و خیاط و ...، کسی او را از کارش منع کند، آن عمل، موجب ضمان است و دلیل ضمان، تمسک به سیره‌ی قطعیه‌ی عقلائی می‌باشد (موسوی خوئی، ۶۰۳۴/۲). میرزا حسن بجنوردی نیز می‌گوید: شکی نیست بر اینکه، عرف و عقلا، کسی را که انسان آزاد را حبس کند و مانع اشتغال او از شغل خود شود، ضامن بوده و او را محکوم به دادن خسارت می‌داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ۱۰۸/۴).

۲-۳-۹. جواز مقابله به مثل

به نظر برخی از فقها، یکی از ادله‌ای که با استناد به آن می‌توان خسارت عدم نفع را مطالبه کرد، جواز مقابله به مثل است؛ به این صورت که هرگاه کسی موجب تفویت منفعت دیگری شود، مثل اینکه حبس کردن او موجب محروم کردن او از کار شود، این شخص نیز می‌تواند مثل آنچه را از دست داده است، از عامل آن مطالبه کند (انصاری، ۱۳۷۴، ۳۷۳).

محقق اردبیلی، مطالبه‌ی اجرت منافع فوت شده را از انسان آزاد، موجه می‌داند و برای توجیه آن به قاعده‌ی اعتداء به مثل تمسک می‌کند (اردبیلی، ۱۴۱۲، ۵۱۳/۱۰).

۳. جایگاه عدم نفع در حقوق موضوعه

اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان ایران بر این عقیده هستند که، عدم نفع ضرر محسوب می‌شود و جبران آن بر عامل فوت منفعت، تکلیف است. سید حسن امامی در این خصوص می‌نویسد: با توجه به بند ب ماده‌ی ۹ آیین دادرسی کیفری ارتکاب جرم می‌تواند موجب طرح دعوی خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون حق خصوصی بزه دیده است، بشود؛ مانند: حد قذف و قصاص (امامی، ۱۳۵۶، ۴۰۸/۱).

مهدی شهیدی در مورد عدم نفع و تفویت منفعت می‌گوید: خسارت عدم نفع به دو قسمت تقسیم می‌شود: خسارت عدم نفع به معنای اعم و خسارت عدم نفع به معنای اخص؛ خسارت عدم نفع به معنای اعم، همان ضمان منافع ناشی از مال معین و ضمان منافع ناشی از شخص معین است و قابل مطالبه

می‌باشد و خسارت عدم نفع در معنای اخص، همان ضمان منافع ناشی از عمل مورد تعهدات است و قابل مطالبه نیست (شهیدی، ۱۳۸۹، ۶۹، ۲۲۵).

کاتوزیان بین مفهوم تفویت و عدم نفع فرقی نمی‌گذارد و مقرر می‌دارد: تفویت منافع بر دو قسم است:

الف) منافع محقق و مسلمی که اگر فعل خاصی واقع نمی‌شد، مسلماً آن منافع به متضرر می‌رسید.
ب) منافع محتمل، که اگر فعل معین موجود نمی‌شد، احتمال داشت منافع عاید طرف شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۴۳/۴).

۳-۱. عدم نفع در قوانین موضوعه‌ی ایران

بر اساس قوانین موضوعه‌ی جمهوری اسلامی ایران، عدم نفع از زمره‌ی ضررها به شمار می‌آید و در قوانین متعدد، به آن اشاره شده است. در میان قوانین جزائی می‌توان به ماده‌ی ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق مصوب ۱۳۳۵، ماده‌ی ۹ و ۱۶۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ را نام برد. علاوه بر قوانین جزائی قوانین دیگری نیز وجود دارد که می‌توان به ماده‌ی ۳۷ قانون تسریع مکالمات مصوب تیرماه ۱۳۹۰، ماده‌ی ۲۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، ماده‌ی ۷۲۸ و ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و ماده‌ی ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ اشاره کرد. در رویه‌ی قضایی نیز عدم نفع ضرر محسوب شده است. رأی شماره‌ی ۳ مورخ ۱۳۳۸ چنین نگاشته شده است: «در خساراتی که به عنوان تضییع از توقیف در زندان و عدم استفاده از شغل.... ایجاد می‌شود، دعوای اصلی محسوب است و سایر ضمانات قهری است.»

از این رأی، چنین می‌توان برداشت کرد که به طریق اولی در حبس غیر قانونی، باید خسارت ناشی از تفویت اجور کسب و کار به عنوان خسارت ناشی از جرم به زیان‌دیده پرداخت شود. همچنین در رأی اصراری شماره‌ی ۶ مورخ ۱۳۷۵/۴/۵، از عدم نفع و تفویت قوای کار، به عنوان ضرر و خسارت نام برده است (رأی اصراری شماره‌ی ۶، ۱۳۷۵/۴/۵، ردیف ۳۶/۷۴، پرونده کلاسه/۱۳/۸۲/۱۳۸۶۵۲/ح، شعبه‌ی حقوقی دیوان عالی کشور).

۳-۲. بررسی ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی

در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «خسارات ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد.»

حال سؤال این است که آیا حکم ماده‌ی اخیر، مواد قبل از خود را در مورد خسارت عدم نفع، فسخ کرده است یا خیر؟ نظرات مختلفی از سوی علمای حقوق در مورد این تبصره آمده است:

۳-۲-۱. نظریه‌ی تفکیک بین عدم نفع به معنای اعم و اخص

بر اساس این نظریه، خسارت عدم نفع در معنای اعم، با خسارت عدم نفع در معنای اخص تفاوت دارد؛ بدین شکل که خسارت عدم نفع در معنای اعم، یعنی: خسارت ناشی از محروم ماندن از منافع عین معین و شخص معین، مسلماً قابل مطالبه است و خسارت عدم نفع در معنای اخص، یعنی: خسارت ناشی از خودداری متعهد از انجام عمل مورد تعهد که ظاهراً، مورد نظر قانونگذار در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ ق.آ.د.م بوده و غیر قابل مطالبه می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۹، ۶۹-۷۰).

۳-۲-۲. نظریه‌ی تخصیص امور کیفری

بر اساس این نظریه حکم عام امکان مطالبه‌ی خسارت عدم نفع در امور کیفری تخصیص خورده و تنها در امور کیفری، منافع ممکن الحصول قابل مطالبه است، این نظر و استدلال آن چون بر پایه‌ی هیچ منطق و اصولی استوار نیست، مردود و غیر قابل اجراست (ره پیک، ۱۳۸۶، ۳۵).

۳-۲-۳. نظریه‌ی تفکیک بین تفویت منفعت و عدم نفع

طبق این نظریه، باید از دید قانونگذار، بین مفهوم تفویت منفعت و عدم نفع تفاوت گذاشت؛ بدین استدلال که تفویت منفعت منافع غیرمستوفات، اتلاف منافی است که وجود قانونی آن مفروض است، در حالی که عدم نفع، جنبه‌ی منفی دارد؛ یعنی: احتمال داشت، اگر فعلی واقع نمی‌شد یا تعهدی به موقع انجام می‌شد، نفعی عاید متعهد له گردد و به همین دلیل قانونگذار در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، عدم نفع را که جنبه‌ی منفی و عدمی دارد، مشمول قاعده‌ی لاضرر ندانسته و ضمان آور نمی‌داند (مدرس امنیان، ۱۳۸۲، ۲۲۵).

۳-۲-۴. نظریه‌ی تفکیک بین منافع مسلم و محقق

برخی دیگر از حقوق‌دانان، بین مفهوم تفویت منافع و عدم نفع فرقی نمی‌گذارند؛ اما معتقدند تفویت منافع (عدم نفع) بر دو قسم است:

- الف) منافع محقق و مسلم که اگر فعل خاصی واقع نمی‌شد، مسلماً آن منافع به متضرر می‌رسید.
- ب) منافع محتمل که اگر فعل معین، موجود نمی‌شد، احتمال داشت که منافع، عاید طرف شود. با پذیرش این نظر باید گفت: منظور مقنن از تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی تفویت منافع یا عدم نفع محتمل است، نه تفویت منافع یا عدم نفع محقق یا مسلم (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۴۳/۴؛ امامی، ۱۳۵۶، ۲۴۴/۱، ۴۰۷).

۳-۲-۵. نظریه‌ی اداره‌ی کل حقوقی در مورد ماده‌ی ۵۱۵

در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۸۰۴۷ مورخ ۸۲/۹/۳۰ در مورد تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ ق.آ.د.م ملاحظه می‌شود که عدم نفع به معنی آن است که افراد یا وسایل به صورت دائمی در فعالیت کسبی و درآمد نباشد؛ مثلاً، افراد بیکار، هر چند جوایای کار باشند، ولی اگر به جهاتی توسط شخص یا اشخاصی به مدتی از کار بازمانند، این گونه افراد نمی‌توانند از سبب بیکاری خود مطالبه‌ی خسارت نمایند ... همچنین است در مورد اشیاء، به این ترتیب که چنانچه مالک اشیای مذکور، به صورت مدام از این اشیاء استفاده نکرده و درآمدی نداشته، نمی‌تواند مطالبه‌ی خسارات مدتی را کند که شخص یا اشخاص مالک از این اشیاء شده است؛ اما اگر اشیای مورد بحث، مدام مورد استفاده و بهره‌برداری مالک بوده و عمل اشخاص، مانع این شود که مالک به مدتی نتواند از این اموال بهره‌برداری کند، در این صورت، شخص مذکور مانع استفاده‌ی مالک از منافع ممکن الحصول بوده و از این جهت، مالک اموال می‌تواند به مطالبه‌ی خسارت زمان عدم امکان استفاده از اشیای مورد بحث را بکند.

۳-۳. عدم نفع در کنوانسیون بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰

به موجب ماده‌ی ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، خسارات ناشی از نقض قرارداد به وسیله‌ی یکی از طرفین، عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم نفعی که طرف دیگر بر اثر نقض محتمل شده است. برخی مفسرین کنوانسیون، علت اشاره‌ی ویژه به عدم نفع را با این که خسارت ناشی از نقض قرارداد، منحصر به عدم نفع نیست، این امر می‌دانند که در بعضی سیستم‌های حقوقی، مفهوم ضرر و زیان شامل عدم نفع نمی‌شود (داراب پور، ۱۳۷۴، ۸۸/۳).

در مقایسه‌ی حقوق ایران و کنوانسیون راجع به قابل مطالبه بودن عدم نفع، می‌توان گفت: در کنوانسیون نسبت به این امر هیچ تردیدی وجود ندارد و ماده‌ی ۷۴ نیز به صراحت آن را مورد اشاره قرار داده است و در آراء بین‌المللی نیز که بر مبنای کنوانسیون صادر شده‌اند، این امر مورد تأکید قرار گرفته است؛ اما در حقوق ایران وضعیت متفاوت است و قابل مطالبه بودن عدم نفع کاملاً روشن نیست.

۴. ماهیت مسئولیت قراردادی

هرگاه در نتیجه‌ی تأخیر یا عدم اجرای قرارداد و پیمان شکنی یک طرف به طرف دیگر ضرر برسد، متخلف، باید آن را جبران کند. این التزام را مسئولیت ناشی از قرارداد، یا مسئولیت قراردادی گفته‌اند که با دادن مبلغی پول، جبران می‌شود (قاسم زاده، ۱۳۷۶، ۲۳۰).

مسئولیت در صورتی قراردادی است که دو شرط در آن جمع باشد:

اولاً، بین زیان‌دیده و عامل ورود ضرر، قرارداد نافذی حکومت کند.

ثانیاً، خسارت، ناشی از اجرا نکردن مفاد این قرارداد باشد.

فقدان یکی از این دو شرط، مسئولیت را از زمره‌ی مسئولیت‌های قراردادی خارج و تابع ضمان قهری می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۷۲).

۱-۴. مصادیق خسارت‌های ناشی از نقض یا تأخیر در اجرای قرارداد

خسارت‌های ناشی از نقض یا تأخیر در اجرای قرارداد دارای مصادیقی است، از جمله مصادیق عدم نفع می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱-۴-۱. محرومیت از سود مورد انتظار یا عدم نفع

این گونه خسارت‌ها از این جهت وجود ضرر قابل اشکال است که در اطلاق آن به این گونه موارد تردید وجود دارد، این نوع خسارت‌ها در حقیقت تقدیری است و عدم نفع به حساب می‌آید و به همین دلیل، در موارد فراوانی به دلایل مختلف با تمام محاسبات بازرگانی و پیش‌بینی‌ها دسترسی به آن میسر نمی‌گردد. نفی ضمان و مسئولیت در این موارد، به معنی آن است که طرف نقض کننده‌ی عقد را نمی‌توان مسئول آینده‌ی مطلوب طرف دیگر دانست؛ لکن، اگر این موارد، منصفانه، ارزیابی شود، باید مواردی را که عرفاً، تمامی عناصر و عوامل وجود سود فراهم آمده و تحقق بالفعل آن، صرفاً، به انجام قرارداد بستگی داشته باشد، باید از قاعده‌ی عدم نفع مستثنی شمرد؛ بنابر این، هر چند تشخیص این موارد، با عرف است، لکن با تعیین ضوابط فنی و صنفی و عرف حاصل از قراردادها می‌توان بسیاری از آن‌ها را کشف و در برخی از موارد، از وجود کارشناس و خبره استفاده کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۲۱۵ - ۲۱۶).

۱-۴-۲. تسبیب در اتلاف

خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد ممکن است از مصادیق تسبیب در اتلاف اموال موجود باشد؛ مثلاً، متعهد، به موقع به تعهد خود عمل نمی‌کند و خلاف متعارف، کالا را در زمانی تحویل می‌دهد که امکان نگهداری و جلوگیری از فساد آن وجود ندارد و به این ترتیب، کالا از بین رفته و غیر قابل استفاده می‌گردد؛ در این موارد، تردیدی در صدق ضمان اتلاف نیست و ضرر، عینی و تسبیب آشکار می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۲۱۷).

۱-۴-۳. نقصان قیمت بازار

از جمله خسارت‌هایی که معمولاً در نقض عهد مطرح می‌گردد، نقصان قیمت است که به ویژه در بازار متزلزل و در شرایطی که قیمت‌ها نوسان دارد، می‌تواند به وفور اتفاق بیفتد. فقهاء، تنزل قیمت را خسارت تلقی نکرده و ارتفاع آن را نیز منفعت نشمرده‌اند؛ لکن در ارزیابی ضمانات، سخت به آن پای‌بند بوده‌اند

و در تعیین نرخ قیمی‌ها، احتمال‌های مختلف ناشی از نوسان قیمت را مد نظر قرار داده و احیاناً، بالاترین قیمت را معیار بازپرداخت ضمان دانسته‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۲۱۷).

۴-۱-۴. خسارت تأخیر تأدیه

هر گاه موضوع تعهد، پول رایج داخلی یا پول خارجی (ارز) یا فلزات گران بها (طلا، نقره و مانند آن) باشد، تأدیه و خسارت ناشی از تأخیر تأدیه، وضع ویژه‌ای دارد. گرایش چند سال اخیر قانون‌گذار ایران بر پایه‌ی این تحلیل قرار دارد که دین پولی، دین مربوط به ارزش است و باید تنزل ارزش پول جبران شود (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۲۴۰).

گرچه قانون‌گذار به تدریج و با احتیاط گام برمی‌دارد، ولی جریان قانون‌گذار و مقرراتی که در این باره وضع کرده است، گرایش او را نسبت به پذیرش قاعده نشان می‌دهد؛ از جمله‌ی این مقررات می‌توان به تبصره‌ی ماده‌ی ۲ قانون اصلاحی موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام، تبصره‌ی الحاقی به ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶، ماده‌ی ۲ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مصوب ۱۳۷۷ هیأت وزیران، تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ را نام برد.

پس از انقلاب اسلامی، فقهای شورای نگهبان، هر چند که خسارت تأخیر تأدیه را غیرشرعی دانستند، اما در خصوص بانک‌ها خسارت دیرکرد را بر اساس شرط ضمن عقد، به این صورت پذیرفتند که وجه التزام، در قرارداد اصلی گنجانده شود. مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در سال ۷۶ این امکان را به دارنده‌ی چک بخشید تا بتواند محکومیت صادرکننده‌ی چک را به پرداخت خسارت، از جمله خسارت تأخیر تأدیه تقاضا کند (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۲ قانون صدور چک، مصوب ۱۳۷۶) و سرانجام در سال ۱۳۷۹، قانون‌گذار آیین دادرسی مدنی در دادگاه‌های عمومی و انقلاب، چهار شرط، امکان مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه را به طور کلی امکان پذیر ساخت (ماده‌ی ۵۲۲ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹).

۴-۱-۵. خسارت پیش‌بینی نشده

یکی دیگر از مصادیق خسارت‌های ناشی از نقض یا تأخیر در اجرای قرارداد، خسارت‌های پیش‌بینی نشده است که به مرور زمان اتفاق می‌افتد. خسارت‌های پیش‌بینی نشده، از جمله خسارت‌هایی هستند که دلیلی بر ضمان متخلف نسبت به آن‌ها وجود ندارد. در حقیقت، در این گونه خسارت‌ها سببیت بریده می‌شود و استناد زیان به مسبب، یعنی: متعهد، متخلف غیرمنطقی تلقی می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۲۱۷ - ۲۱۸).

۲-۴. اوصاف خسارت قابل جبران در مسئولیت قراردادی

علاوه بر اوصاف عام خسارت قابل جبران در مسئولیت مدنی که مورد اشاره قرار گرفت، اوصاف و شرایط خاصی نیز برای ایجاد مسئولیت قراردادی ذکر شده که ذیلاً، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۲-۴. انقضای موعد اجرای تعهد

یکی از شرایط خاص خسارت قابل جبران در مسئولیت قراردادی این است که، موعد اجرای تعهد انقضای شود. اگر موعد اجرای تعهد در عقد تعیین نشده باشد، اجرای تعهد فوری است؛ مگر اینکه عرف و عادت یا طبع کار، اقتضای گذشتن مدتی را بکند (بند ۳ ماده‌ی ۴۹۰ و مواد ۶۵۱، ۷۰۴، ۲۲۰، ۳۴۴ قانون مدنی و ماده‌ی ۲۴۲ قانون تجارت) و اگر موعد اجرای تعهد، در عقد تعیین شده باشد، متعهد باید تعهد خود را در موعد مقرر اجرا کند و ایفای تعهد، خارج از موعد، نقض قراردادی محسوب می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۲۳۴).

۲-۲-۴. عدم اجرای تعهد و تأخیر اجرای آن

قاعده این است که متعهد له (زیان‌دیده) باید عدم اجرای تعهد قراردادی را ثابت کند، تا بتواند از متعهد پیمان شکن خسارت بگیرد. هر گاه موضوع تعهد امر مثبتی، مانند: به مقصد رساندن کالا، باشد، زیان‌دیده به اثبات امر منفی (عدم تحویل) نیازی ندارد، بلکه باید ثابت کند که کالا را به مقصد رسانده است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۲۳۵).

تأخیر در اجرای تعهد نیز مانند عدم اجرای تعهد باید ثابت شود و هنگامی محقق می‌شود که اجرای تعهد، امکان پذیر و قابل مطالبه باشد (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۲۳۶).

۳-۲-۴. ورود ضرر به متعهد له

برای اینکه متعهد له از متعهد خسارت بگیرد، باید ورود ضرر را به خود اثبات کند؛ ولی هر گاه برای تأخیر یا عدم اجرای تعهد، وجه التزامی قرار داده شده باشد، مشروط له برای وصول وجه التزام، لازم نیست که ورود ضرر خویش را ثابت کند، بلکه اثبات تخلف و عهد شکنی مشروط علیه کافی است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۲۳۷).

۴-۲-۴. رابطه‌ی سببیت بین عدم اجرای تعهد و ضرر

گفته شده ضرر هنگامی قابل جبران است که مستقیم و بی‌واسطه باشد، یعنی: زیان‌دیده‌ی قراردادی ثابت کند که در نتیجه‌ی تأخیر یا عدم اجرای تعهد به او زیان وارد شده است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۸۶).

برای تعیین سبب مسئول و میزان مسئولیت هر یک از چند سبب در حوزه‌ی مسئولیت مدنی و قراردادهای، نظریه‌های گوناگونی طرح و مباحث فنی و دقیقی ارائه شده است، ولی حقوق‌دانان در حوزه‌ی قراردادهای، نظریه‌ی سبب نزدیک و بی‌واسطه یا سبب متعارف را مطرح و تقویت کرده‌اند (امامی، ۱۳۵۶، ۲۴۶/۱؛ صفایی، ۱۳۸۸، ۲۱۲/۲ - ۲۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۸۲).

۳-۴. جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد و روش‌های آن

جبران زیان‌های وارد شده به گونه‌ای که وضع زیان‌دیده به صورت پیشین خود برگردد، ممکن نیست - زیرا زمان، به گذشته بر نمی‌گردد - ناگزیر باید تا جایی که عرف لازم می‌داند، ضرر جبران شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۱۶۱).

از آنچه در مورد خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد و اوصاف آن، ذکر شد، برمی‌آید که این گونه خسارات در واقع عدم نفع هستند و همان‌گونه که قبلاً، امکان مطالبه‌ی عدم نفع اثبات گردید، می‌توان حکم به لزوم جبران این خسارات نیز داد. در ادامه به روش‌های جبران خسارات پرداخته می‌شود:

۱-۳-۴. روش‌های پولی جبران خسارت

مقصود از روش‌های پولی جبران خسارت، طرقتی است که در آن‌ها معادل پولی خسارت وارد شده محاسبه می‌گردد. این طرق، شایع‌ترین روش‌های جبران خسارت در مسئولیت قهری و قراردادی است که به صورت زیر می‌باشد:

۱-۱-۳-۴. دادن قیمت مال تلف شده

هرگاه مثل مال تلف شده، یافت نشود، باید قیمت آن به زیان‌دیده پرداخت شود. قیمت مال با پول رایج داده می‌شود و میزان آن باید به وسیله‌ی کارشناس به گونه‌ای تعیین شود که تمام خسارت وارده بر زیان‌دیده را جبران کند و ضرری جبران نشده باقی نماند (لاضرر و لااضرار فی الاسلام)؛ چنانکه گفته‌اند: قیمتی که در مورد تلف مال قیمتی داده می‌شود، بدل از مثل است و ذمه‌ی غاصب در هر حال به پرداخت مثل مشغول است و باید مانند موردی که مثل مال یافت نمی‌شود، به قیمت هنگام پرداخت محکوم گردد (ماده‌ی ۸ قانون مسئولیت مدنی).

۲-۱-۳-۴. پرداخت معادل پولی خسارت

در قوانین موجود، الزامی بر روش پرداخت معادل پولی خسارت‌دیده نمی‌شود، بلکه با توجه به مواد مختلف مربوط به ضمان قهری در قانون مدنی (مواد: ۳۱۱-۳۳۱ قانون مدنی) و استفاده از ملاک آن برمی‌آید که هدف، جبران کامل خسارت است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۱۶۴).

همچنین طبق ماده‌ی ۳ قانون مسئولیت مدنی، اختیارات وسیعی به قاضی، در انتخاب شیوه‌ی جبران خسارت داده شده است؛ البته، ضرورت رجوع به دیگر طرق جبران خسارت در قلمرو مسئولیت قراردادی خیلی کمتر محقق می‌شود و لذا در اغلب قریب به اتفاق موارد، روش جبران خسارت همان روش پرداخت معادل پولی خسارت است و روش‌های دیگر در آراء دادگاه‌ها به چشم نمی‌خورد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۳۸/۴-۲۴۰).

۳-۱-۳-۴. تقلیل ثمن

یکی از طرقی که به عنوان شیوه‌ی جبران پولی خسارت مطرح شده، تقلیل ثمن است. در حقوق ایران از تقلیل ثمن در اختیار عیب، تحت عنوان «اخذ ارش» در ماده‌ی ۴۲۲ قانون مدنی، سخن به میان آمده و به عنوان یک قاعده‌ی عمومی در معاملات اعمال می‌گردد و فقط در عقد اجاره جریان ندارد (ماده‌ی ۴۷۷ قانون مدنی).

۴-۱-۳-۴. بازفروش کالا

در حقوق ایران حق بازفروش در قوانین پیش بینی نشده، اما شاید بتوان با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و استخراج یک قاعده‌ی عام از آن دو، حکم به جواز فروش مال متعهد قراردادی توسط متعهد له به عنوان وثیقه‌ی مطالبات و ابراز جبران خسارت در صورت عدم امکان الزام وی به جبران خسارت و پرداخت سایر دیون خود داد. از سوی دیگر، می‌توان با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به مال متعهد (مبیع در بیع) و توقیف و سپس فروش آن، هدف از بازفروش کالا را تأمین کرد (مستفاد از مواد: ۱۰۸-۱۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲-۳-۴. روش‌های غیر پولی جبران خسارت (طرق عینی)

طرق غیر پولی (عینی) جبران خسارت نیز می‌تواند در مواردی کارگشا بوده و حتی بر طرق پولی، ترجیح یابد. از طرق عینی می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱-۲-۳-۴. استرداد عین و دادن مثل مال تلف شده

جبران زیان‌ها جز با برگرداندن عین مال و در صورت تلف آن، با دادن مال جایگزین (بدل) امکان پذیر نیست، بدل، یا مثل مال است یا قیمت آن؛ بنابراین، هر گاه مال تلف شده، مثلی باشد، باید مثل آن و هر گاه قیمتی باشد، باید قیمت آن پرداخت شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ۱۶۲).

هرگاه، مال تلف شده، مثلی باشد، باید مثل آن پرداخت شود، تا وضع زیان‌دیده از نظر عرف به حالت پیشین خود برگردد. دادن مثل مال به زیان‌دیده، چنانکه گفته‌اند در درجه‌ی نخست، مستند قرآنی

دارد «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره/۹۳) و مورد پذیرش اکثر فقیهان (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ۸۴/۲) و حقوق‌دانان نیز قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۵۳۰).

۴-۳-۲. تعمیر کالا

در حقوق ایران، اگر کالای تسلیم شده، عین معین باشد و معیب درآید، طبق ماده‌ی ۴۲۲ قانون مدنی، مشتری، مخیر بین فسخ و اخذ ارش است. از آنجا که حقوق مشتری در این فرض به صورت حصری معین شده است، نمی‌توان با استناد به ماده‌ی ۳ قانون مسئولیت مدنی و ملاک ماده‌ی ۴۷۸ و ۴۸۱ قانون مدنی به مشتری اجازه‌ی درخواست تعمیر کالا از بایع را داد؛ زیرا دو ماده‌ی اخیر خاص اجاره هستند؛ مگر آنکه گفته شود: تعمیر کالا، در واقع تلاشی در راستای انجام عین تعهد است که در این صورت، مشتری، حق درخواست آن را طبق ملاک ماده‌ی ۲۳۷ قانون مدنی دارد؛ اما به هر حال، در صورت تراضی طرفین، حکم به تعمیر کالا بی‌اشکال به نظر می‌رسد (ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و اصل تفسیری بودن مواد مربوط به معاملات).

۴-۳-۳. عذرخواهی و درج حکم در جراید

در حقوق ایران، اگر خسارت معنوی وارد آمده باشد، قاضی می‌تواند، برای جبران آن حکم به عذرخواهی و درج حکم در جراید دهد؛ گرچه در مسئولیت قراردادی، خسارت معنوی ناشی از نقض تعهد، کمتر پیش می‌آید (مستفاد از مواد ۳ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی).

نتیجه‌گیری

از آنچه گفته شد معلوم گردید که ملاک و ضابطه‌ی ضرر عرف است و ضرر یک عنوان عرفی است. مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان بر این عقیده هستند که اگر منافع احتمالی، وجود آن از دیدگاه عرف، محقق و مسلم باشد، مطالبه‌ی آن از باب ورود خسارت و ضرر (چه در قالب تفویت منافع و چه در قالب عدم نفع) قابل پذیرش است و بر عکس، هیچ کدام مطالبه‌ی منافی را که وجود آن کاملاً احتمالی باشد، موجب ضمان نمی‌داند.

از دلایل فقهی و حقوقی که عدم نفع را قابل جبران و مطالبه می‌دانند، می‌توان به قواعدی نظیر قاعده‌ی لاضرر، سلطنت، احترام، احسان و بنای عقلاء اشاره کرد که مهمترین دلیل فقهی بر لزوم این جبران، قاعده‌ی لاضرر و از مهمترین دلایل حقوقی، می‌توان بنای عقلاء را نام برد.

قوانین موضوعه ایران نیز نشان می‌دهد: عدم نفع، از زمره‌ی ضررها به شمار می‌آید، هرچند در برخی از قوانین ابهام وجود دارد، به عنوان مثال، ظاهر تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب و بند ۲ ماده‌ی ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، با یکدیگر متعارض

است؛ اما، پس از بررسی این دو ماده، این گونه نتیجه می‌شود که مالیت و وجود یا عدم مال، موکول به نظر عرف و در واقع، یک حقیقت عرفیه است و عرف، منافع مسلم و قطعی الحصول را مال موجود و عدم آن را ضرر و خسارت می‌داند و می‌توان عدم نفع مسلم و قطعی را از عدم نفع ممکن الحصول و غیرقطعی تفکیک کرد؛ بدین شرح که غیرقابل مطالبه بودن عدم نفع در تبصره‌ی ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به حالتی است که عدم نفع، قطعی و مسلم نباشد؛ اما عدم نفع مسلم و قطعی طبق بند ۲ ماده‌ی ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید قابل مطالبه است.

یکی از مهمترین ادله‌ای که بر امکان اخذ خسارت قراردادی وجود دارد، این است که این گونه خسارات، در واقع عدم نفع هستند و در صورت اثبات امکان مطالبه‌ی عدم نفع، می‌توان حکم به لزوم جبران این خسارات نیز داد.

کتابشناسی

۱. قرآن کریم (ترجمه ناصر مکارم شیرازی).
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، بیروت، دار التراث العربی.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴. امامی، سیدحسن، (۱۳۵۶)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامییه.
۵. انصاری، مرتضی، (۱۳۷۴ق)، الرسائل، قم، انتشارات مصطفوی.
۶. انصاری، مرتضی، (بی تا)، المکاسب، چاپ سنگی.
۷. باریکلو، علی رضا، (۱۳۸۵)، مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان.
۸. بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۶۶)، سوء استفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، تهران، انتشارات اطلاعات.
۹. پور رضا، مهدی؛ الله وردی، فرهاد؛ نبی پور، محمد، (۱۴۰۲)، «آسیب شناسی شیوه رسیدگی به دلایل در محاکم کیفری»، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال دوم، شماره ۱، ص ۲۳-۴۴.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (بی تا)، تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه، تهران، کانون معرفت.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (بی تا)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۶)، دانشنامه حقوقی، تهران، امیرکبیر.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۷) دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، مشعل آزادی.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۵. حسینی مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، (۱۴۱۸ق)، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر، (۱۳۸۹ق)، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجف، بی تا.
۱۷. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، (۱۳۸۶ق)، قواعد الأحكام، قم، بی تا.
۱۸. خوانساری، سید احمد، (۱۳۹۴ق)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران، کتابفروشی صدوق.

۱۹. داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴ق)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، تهران، گنج دانش.
۲۰. روحانی، سید محمد صادق، (۱۳۹۲)، فقه الصادق، قم، آیین دانش.
۲۱. ره پیک، سیامک، (۱۳۸۶)، مستندات قانون مدنی ایران در قواعد عمومی قراردادها، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۷، ص ۲۲-۵۲.
۲۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (بی تا)، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، بیروت، دار الإحياء التراث العربي.
۲۳. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۲۴. شیرازی، سید محمد، (۱۴۰۹ق)، الفقه (کتاب الغصب)، بیروت، دار العلوم.
۲۵. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۸)، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، نشر میزان.
۲۶. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، (۱۳۴۲ق)، العروة الوثقی، نجف، مطبعة الآداب.
۲۷. طباطبایی، سید علی، (۴۰۴ق)، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت.
۲۸. عاملی جبعی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، انتشارات داوری.
۲۹. عاملی حسینی، سید محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الكرامة، بیروت، دار الإحياء التراث العربي.
۳۰. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۲)، موجبات ضمان، نشر میزان.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهية، قم، چاپ مهر.
۳۲. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، (۱۳۷۳)، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
۳۳. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۵)، الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران، نشر میزان.
۳۴. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، حقوق مدنی، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران، نشر میزان.
۳۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۸. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت، مؤسسه آل البيت.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۲)، قواعد فقه بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۰. مدرس انبیا، (۱۳۸۲)، جزوه حقوق مدنی، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۴۳.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۵)، القواعد الفقهية، قم، مدرسه امام علی علیه السلام.
۴۲. موسوی بجنوردی، میرزا سید حسن، (۱۳۹۱ق)، القواعد الفقهية، نجف، بی تا.
۴۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۰۹ق)، البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۴. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۰ق)، الرسائل، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۴۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه دار العلم.
۴۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهة فی المعاملات، بیروت، دار الهادی.
۴۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، قم، مدينة العلم.
۴۹. نائینی، محمد حسین، (۱۴۱۳ق)، المكاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵۰. نائینی، محمد حسین، (بی تا)، منية الطالب فی حاشية المكاسب، تهران، چاپخانه حیدری.

۵۱. نجفی، محمد حسن، (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، بیروت، دار الاحیاء التراث.
۵۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۰۸ق)، عواید الأيام، قم، الغدیر.

