





دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

## فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

Online ISSN: 2821-2339

صاحب امتیاز:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

مدیر مسئول:

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

سر دبیر:

دکتر سید محمد تقی علوی

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

سایمان الکترونیکی: [jcl.d.lahijan.iau.ir](http://jcl.d.lahijan.iau.ir)

رایانامه فصلنامه: [jcl.d1401@gmail.com](mailto:jcl.d1401@gmail.com)

## اعضای هیأت تحریریه، به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجنستانی

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

دکتر جمال بیگی

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

دکتر بابک پور قهرمانی

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

دکتر محمد حسن حائری یزدی

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

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

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

دکتر محمد روحانی مقدم

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

دکتر مرتضی رهبر 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 سرایبی

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

دکتر حسین ناصری مقدم

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

## ارزیابان علمی مقالات این شماره به ترتیب الفبائی:

دکتر جمال بیگی

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

دکتر بابک پور قهرمانی

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

دکتر احمد پور ابراهیم

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت )

دکتر سید عسگری حسینی مقدم

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

دکتر مهدی حقیقت جو

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت )

دکتر کاظم خسروی

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد )

دکتر علی دادمهر

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز )

دکتر وحید زارعی شریف

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

دکتر عباس شیخ الاسلامی

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

دکتر ریحانه شیخی بهدانی

( استادیار گروه زبان دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان )

دکتر مجتبی فرح بخش

( استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد )

دکتر ناصر قاسمی

( دانشیار گروه حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری )

دکتر بهنام قنبر پور

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر )

دکتر امین نجفیان

( استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید محلاتی )

## ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

### الف) نویسنده

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

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

### ب) ساختار مقاله

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

- رعایت قواعد ادبی نگارش فارسی، الزامی است.

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

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

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

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

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

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

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

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

- رعایت اصل مستند نویسی در بیان مطالب مقاله، الزامی است؛ از این رو، پس از نقل مطلب، بلافاصله، منبع آن، داخل ( هلالین ) نوشته و ارجاع می‌شود. نقل قول‌های مستقیم، داخل کمانک‌های کوچک « » قرار می‌گیرد و نقل قول‌های غیر مستقیم، به صورت بندهای 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 تارنما، شبکه، پایگاه و سامانه رایانه‌ای، در کتاب‌شناسی، فهرست شود؛ برای نمونه: عباسی، مصطفی (۱۳۹۰/۱۱/۱۰)، **تعدد معنوی در جرایم تعزیری**، تاریخ دریافت: ۱۴/۰۵/۱۳۹۹، <http://mostafaabasi2.blogfa.com/post-11.aspx>.

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

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

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

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

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

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

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

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

### پ) استناد دهی

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

- در صورت تشابه نام خانوادگی نویسندگان و یکسانی سال نشر، نام آنان نیز ذکر گردد.  
- در صورت ارجاع به چند کتاب از یک نویسنده با تاریخ انتشار یکسان، برای تعیین منبع، یا نام کتاب و یا حروف الفباء (الف، ب و ...)، پس از ذکر تاریخ، آورده شود. در صورت اخیر، باید حرف الفباء ذکر شده در ارجاع درون متنی، کنار منبع فهرست شده در کتاب‌شناسی نیز ثبت شود.  
- در صورت ارجاع به کتاب و مقاله فارسی و غیر فارسی که دارای دو نویسنده است، نام هر دو نویسنده با حرف عطف 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](http://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 پایان نامه‌ها و رساله‌های دانشجویی، با مسئولیت استاد راهنما قابل دریافت و بررسی است.
- در مقالات برگرفته از پایان نامه و رساله، طرح پژوهشی و یا ارائه شفاهی همایش، به ترتیب، ذکر کامل عنوان پایان نامه و رساله، نام استاد راهنما، تاریخ دفاع و نام دانشگاه محل تحصیل؛ ذکر کامل عنوان طرح، تاریخ اجراء، همکاران طرح و سازمان مربوطه؛ ذکر کامل عنوان همایش، تاریخ و سازمان مربوطه، الزامی است.
- مقاله باید اصیل، حاصل مطالعات، تجربه‌ها و پژوهش‌های نویسنده و متضمن دستاورد علمی جدید باشد. نشریه، تنها مقالات علمی پژوهشی را نشر می‌دهد؛ از این رو، از ارسال مقالات گردآوری شده، به نشریه، پرهیز شود.
- مقاله، نباید در نشریه دیگری چاپ و یا همزمان به نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مجله در ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.

## فهرست مقالات

خسارت معنوی پیش از میزان دیه در فقه و حقوق اسلامی

علی پور زرین؛ مهدی فلاح خاریکی؛ جواد نیک نژاد

صفحه ۱-۱۸

تغییر موازنه‌ی اقتصادی قراردادهای نفتی و اعاده‌ی آن در نتیجه‌ی برهم خوردن ثبات

قراردادها با تأکید بر تغییرات بنیادین اوضاع و احوال قراردادی

ادهم حق گزار؛ علی رستمی فر؛ نجاد علی الماسی

صفحه ۱۹-۳۸

احراز صحت و سقم یادداشتهای خودکشی از منظر زبان‌شناسی قانونی؛ معرفی روش

تحلیل مضمون براون و کلارک

امید دربر؛ حمید رضا میرزاجانی؛ عباس شیخ الاسلامی؛ اعظم استاجی

صفحه ۳۹-۵۴

بررسی تحلیلی مبانی حق اعتصاب کارگران با رویکردی بر آموزه‌های فقهی و نظام حقوقی ایران

محسن عمارلو؛ علی بابائی مهر؛ رضا نصیری لاریمی

صفحه ۵۵-۷۶

بررسی صلاحیت اتاق بازرگانی ایران و عراق در حل اختلافات غیر تجاری از دیدگاه فقه

و حقوق اسلامی

سما فلاحتی؛ محمد باباپور؛ شکر اله نیکوند

صفحه ۷۷-۹۶

بررسی اصل تناسب مجازات و جایگزین‌های مؤثر برابر مجازات‌های مقرر در جرایم مواد مخدر

فاطمه لویمی؛ عیسی بنی نعیمه؛ امیر البوعلی

صفحه ۹۷-۱۲۲

سقط جنین به مثابه حقی بشری در قوانین کیفری ایران و عراق

حیدر مطلب فائد؛ احمد رضا سلیمان زاده؛ حسین رستم زاد

صفحه ۱۲۳-۱۴۴





Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 1-18

**Receive Date:** 2024/04/16**Revise Date:** 2024/08/18**Accept Date:** 2024/08/24**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1184601

## Spiritual Damage more than the Amount of Blood-money in Jurisprudence and Islamic Law

Ali Pourzarin<sup>1</sup>Mahdi Falah Khariki<sup>2</sup>Javad Niknejad<sup>3</sup>

### Abstract

No one is permitted to harm another's life and property and the damage to the soul and spirit also necessitates compensation. This type of damage is in incorporation of civil and criminal matters. This research is reported in this article, intended the examination of the possibility of compensation for spiritual damage in a situation that Blood-money is belonged to the victim. According to the rules of Islamic jurisprudence, compensation is mandatory beneath any title and damages of any kind must be compensated. However, the respected Guardian Council according to its interpretation of jurisprudence rules, prevented the establishment of a legal Article that make it possible to compensate for damages exceeding the amount of the Blood-money. Nevertheless, referring to the current judicial procedure is not possible to compensate the spiritual damage more than the amount of the Blood-money. This procedure has been criticized and its removal is suggested by amending the Article 462 of the Islamic Penal Code, the possibility of receiving spiritual damage in excess of the amount of the Blood-money will be available.

**Key words:** damage more than Blood-money, spiritual damage more than Blood-money, jurisprudence foundations of damage more than Blood-money.

1. PhD student in private law, Ayatollah Amoly branch, Islamic Azad University, Amol, Iran.

bhrambykybyta@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Ayatollah Amoly branch, Islamic Azad University, Amol, Iran, (corresponding author). mfalahamol@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran. j.niknejad@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۱۸۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۸

DOI: 10.71654/jclld.2024.1184601

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## خسارت معنوی بیش از میزان دیه در فقه و حقوق اسلامی

علی پور زرین<sup>۱</sup>

مهدی فلاح خاریکی<sup>۲</sup>

جواد نیک نژاد<sup>۳</sup>

### چکیده

هیچ کسی به آسیب رساندن به جان و مال دیگری، مجاز نیست و خسارت وارده به روح و روان نیز مستلزم جبران است. این نوع خسارت، در تلفیق مسائل مدنی و کیفری قرار دارد. این پژوهش به گزارش درآمده در این مقاله، درصد بررسی امکان جبران خسارت معنوی در وضعیتی است که دیه، به بزه دیده تعلق می‌گیرد. حسب قواعد فقه اسلامی، جبران خسارت، تحت هر عنوان، الزامی است و باید خسارت از هر نوع آن، جبران گردد؛ با این حال، شورای محترم نگهبان، حسب تفسیر خود از قواعد فقهی، مانع از وضع ماده‌ای قانونی شد که جبران خسارت بیش از میزان دیه را ممکن می‌ساخت. با این وصف، استناد به رویه قضائی کنونی، جهت جبران خسارت معنوی بیش از میزان دیه نیز ممکن نیست. این رویه، با انتقاداتی است که برای رفع آن، اصلاح ماده‌ی ۴۶۲ قانون مجازات اسلامی، پیشنهاد می‌شود تا امکان دریافت خسارت معنوی بیش از مقدار دیه ممکن شود.

واژگان کلیدی: خسارت بیش از دیه، خسارت معنوی بیش از دیه، مبانی فقهی خسارت بیش از دیه.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت الله املی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران. [bhrambykybyta@gmail.com](mailto:bhrambykybyta@gmail.com)  
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد آیت الله املی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران، (نویسنده مسئول). [mfalahamol@gmail.com](mailto:mfalahamol@gmail.com)  
۳. استادیار گروه حقوق، واحد قائم شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم شهر، ایران. [j.niknejad@yahoo.com](mailto:j.niknejad@yahoo.com)

هیچ فردی به آسیب رساندن به جان و مال دیگری، مجاز نیست. خسارات مالی در حیطه مسئولیت مدنی بحث شده و خسارات جانی در ادبیات حقوق کیفری مورد بحث قرار گرفته است. ممکن است به روح و روان افراد خساراتی وارد گردد که از آن با نام «خسارات معنوی» نام برده می‌شود. در برخی کشورها با نظام حقوقی کامن لا نظیر انگلستان، این مهم در مسائل جزائی جای دارد. با این حال در کشور ما این نوع خسارت در حیطه مسئولیت مدنی مورد بحث قرار گرفته است. به موجب ماده‌ی: ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲، دیه، حسب مورد حق شخصی مجنی علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسؤولیت مدنی یا ضمان را دارد. ذمه مرتکب جز با پرداخت دیه، مصالحه، ابراء و تهاوتر، بری نمی‌گردد؛ بنا بر این، با فرض احتساب خسارت معنوی در حیطه مسئولیت مدنی، جبران خسارت آن، بیش از میزان دیه، ممکن نخواهد بود. با این حال، نظرات مختلفی در این خصوص مطرح است که امکان جبران خسارت را در این وضعیت، ممکن می‌داند.

احمد ادريس (۱۳۷۲) در کتابی با عنوان «دیه» بیان داشت که هدف از وضع دیه، آن بوده که درد خانواده جان باخته التیام یافته و بدین صورت، پشتوانه مالی برای دوران پس از وفات باشد. در عین حال، عاملی بازدارنده از وقوع جنایات محسوب گردد. با این اوصاف، ماهیت دیه، از خسارت مادی مرتبط بدان مستقل است. صالحی (۱۳۸۸) در کتابی با عنوان «دیه یا مجازات مالی» مسأله دیه را جدا از حقوق دانسته و از این رو، چنین استنباط نموده که در زمان وفات، دیه‌ای وجود نداشته و پس از طی مراحل حقوقی، این نوع دیه پرداخت گردیده و لذا نمی‌توان عنوان محدوده خسارت مادی را به آن‌ها اطلاق نمود. قلوژی (۱۳۹۲) چنین بیان نموده است: با توجه به بالا بودن ارزش جان انسان، نجات آن از اهمیت فراوانی برخوردار است و این مهم، برتر از جبران خسارت مادی می‌باشد. میر مدرس (۱۳۹۲) چنین بیان داشت که دیه در فقه اسلامی ماهیت خسارت جانی داشته که از لحاظ مسائل مدنی و کیفری مورد توجه است؛ بنا بر این نمی‌توان بر آن، نام دیگری نهاد و این خسارت به آسیب دیدگان روحی پرداخت خواهد شد. امی (۱۳۹۶) چنین بیان نموده که معیارهای دیه حسب میزان خسارت وارده قابل تعیین نبوده و این دو دارای مفهومی مستقل از یکدیگر می‌باشند. کاملی (۱۳۹۷) ضمن انتقاد به رویه قضائی کنونی که در اکثر موارد، دیه را جزئی از ما ترک می‌دانند، ضمن بحث‌های فلسفی در خصوص مالکیت و خسارت، چنین استنباط کرده که دیه و خسارت نباید به یکدیگر متصل باشند. حراج و همکاران (۱۴۰۳) به امکان دریافت خسارت بیش از دیه اشاره داشتند.

باتوجه به اینکه در حال حاضر پرونده‌های متعددی در این خصوص در دادگستری‌ها مفتوح بوده و رویه دادرسی آن نیز مشخص نیست، نیاز است که به اجماع خاصی در این خصوص دست یافت. با توجه به اهمیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، نیاز است که مبنای فقهی این مهم نیز تشریح شود. لذا محقق بر آن شد

که امکان دریافت خسارت معنوی بیش از میزان دیه را در فقه و حقوق اسلامی، مورد مطالعه قرار دهد. ابتداء، در خصوص خسارت معنوی در فقه اسلامی مطالبی بیان شده، پس از آن، ضمن بیان مبنای حقوقی آن، رویه قضائی این مهم مورد بحث قرار گرفته و زمینه برای پاسخ‌دهی به سؤال اصلی پژوهش فراهم شده است.

### ۱. خسارت معنوی در فقه اسلامی

خسارت معنوی در فقه اسلامی دارای جایگاه بوده و ذیل این قسمت، اهم مسائل فقهی مرتبط بدان ذکر شده است.

#### ۱-۱. اتلاف و تسبیت

به موجب مواد: ۳۲۸، ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون مدنی ایران، اتلاف و تسبیت، موجبات ضمان قهری است. در آیات قرآن کریم نیز به اتلاف اشاره گردیده است. به تفسیر فقهاء، قاعده‌ی اتلاف به صورت اخص و تسبیت بیان می‌شود. به موجب آیه‌ی شریفه‌ی ۱۹۴ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره: هرکسی به شما تعدی کرد، شما هم همان گونه به او تعدی کنید.<sup>۱</sup>

فقهایی همچون: شیخ طوسی و ابن ادریس، در اثبات اتلاف، به این آیه متوسل شده‌اند. به موجب این تفسیر، شخصی که به دیگری آسیب زند، مسئول جبران تلف است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۶۰/۱). استدلال به این صورت است که تلف کردن اموال و منافع و حقوق دیگران بدون اجازه‌ی آنان، یکی از مصادیق تعدی است و بر اساس مدلول آیه‌ی شریفه، جایز است به همان مقدار، از متجاوز گرفته شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱۲۵/۱)؛ بنا بر این، اگر آیه‌ی شریفه، صریح بر ضمان دانسته نشود، حداقل، مدلول التزامی آن، ضمان شخص متجاوز است. باید توجه شود که امکان استناد به آیه‌ی شریفه‌ی مذکور، برای دلالت بر ضمان متلف، نسبت به شیئی تلف شده، متوقف بر این است که اولاً، واژه‌ی «ما» در جمله: «ما اعتدی» موصول باشد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ۴۵/۷)؛ چون اگر «ما» مصدری باشد، معنای آن عبارت خواهد بود از جواز تکلیفی تعدی همانند تعدی طرف مقابل؛ اما ضامن بودن تعدی کننده که حکم وضعی است، از آیه‌ی شریفه، استفاده نمی‌شود.

ثانیاً، مراد از این «ما» موصول، باید اشیاء خارجی (معتدی به) باشد که متعلق اعتداء واقع شده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ۵۰/۷)؛ چون اگر مراد از آن، عمل تعدی و تجاوز باشد، معنای آیه‌ی شریفه، این خواهد بود که شما از نظر تکلیفی مجاز هستید برابر تجاوز، به همان شکل مقابله نمایید و چنانچه کسی

۱. الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ



در مال شما تصرف کرد، شما نیز مجاز هستيد همان کار را انجام دهيد؛ اما حکم وضعی و ضمان شخص تلف کننده، از آیهی شریفه، استفاده نخواهد شد.

شیخ طوسی، علاوه بر اثبات اتلاف، بر مثلی با قیمی بودن ضمان نیز استدلال می‌کند و می‌نویسد: اموال دو گونه‌اند: حیوان و غیرحیوان. غیر حیوان نیز دو گونه است؛ اموالی که مثل دارد و اموالی که مثل ندارد. چنانچه غاصب، چیزی از این اموال را غصب کند، اگر مال، باقی است، ضامن اصل آن است و اگر مال، از بین رفته، ضامن مثل آن است به دلیل آیهی شریفه‌ی: «فمن اعتدی علیکم» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۶۰/۱).

متقابلاً، برخی، استناد به این آیهی شریفه را برای اتلاف نا تمام می‌دانند و معتقد هستند در قاعدهی اتلاف، میان عمد و غیرعمد شخص تلف کننده تفاوتی وجود ندارد و در هر صورت، متلف ضامن است؛ در حالی که اعتداء مذکور در آیهی شریفه، تنها صورت عمد و اختیار را در برمی‌گیرد و شامل اتلاف غیر عامدانه و از روی غفلت نمی‌شود؛ بدین ترتیب، دلیل، اخص از مدعا خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۲، ۴۶/۱).

اگر ایراد گرفته شود: آیهی شریفه، تنها، بر حکم تکلیفی دلالت می‌کند و نسبت به حکم وضعی، ساکت است، می‌توان گفت: لازمه‌ی جواز اعتداء مندرج در آیهی شریفه، به مانند اعتداء شخص متجاوز (یعنی: همان حکم تکلیفی که مورد اتفاق همگان است)، اثبات حکم وضعی و امکان مطالبه خسارت از جانب زیان دیده است و این دلالت التزامی را عرف به خوبی درک می‌کند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۴۷۴/۲). با این اوصاف، می‌توان بیان داشت: آسیب به روح و روان، در مرحله‌ی نخست می‌بایست به صورت عین، جبران شود که شامل هزینه‌های توان بخشی می‌باشد. قابل ذکر است که این رویه، در انگلستان، وجود داشته و آسیب زننده، موظف است نسبت به رزرو نوبت درمانگاه توان بخشی اقدام نماید؛ با این حال، می‌توان نسبت به پرداخت خسارت نقدی با عنوان دیه نیز اقدام نمود.

#### ۲-۱. استیفاء

استیفاء دارای دو قسم است؛ مورد اول، استیفاء از مال و مورد دوم، استیفاء از عمل است. به عقیده جمهور فقهاء، استیفاء از مال و استیفاء از عمل، مقابل ضمان قرار دارد (جزائری، ۱۴۱۶، ۲۲۲/۳).

نحوه‌ی استدلال، بدین صورت بوده که نباید قواعدی وضع نمود که به نحوی غیرمعقول مال و جان انسان‌ها را نشانه گیرد. در واقع، اعتدال در قانونگذاری می‌بایست مشهود و ملموس باشد. اگر میزان دیه، بی‌نهایت باشد، موجب ایجاد عسر و حرج برای افرادی شده که به نحوی مرتکب خطا شده‌اند و اگر میزان دیه، اندک باشد، موجب عسر و حرج بزه دیده خواهد شد. به نظر می‌رسد که استیفاء طرفین، محدودیت میزان دیه به میزان مقدر است، به نحوی که مصلحت اجتماعی ایجاب می‌نماید؛ بنا بر این، می‌توان چنین استدلال نمود که دیه می‌بایست تنها به میزان مقدر محدود باشد.

## ۳-۱. غصب

غصب، یکی از مباحث مهم فقهی بوده که قانون نیز بدان اشاره نموده و در مواد: ۳۰۸ الی ۳۲۷ قانون مدنی، در مورد آن بحث شده است؛ لذا غصب نیز مستوجب مسئولیت مدنی است. مهمترین روایت در مورد غصب، آن است که حضرت موسی (ع) به همراه حضرت خضر(ع) به سفر رفته و حضرت خضر بر برخی کشتی‌هایی خسارت وارد نمود. در پاسخ به این اقدام، حضرت خضر(ع) بیان داشت: صاحبان کشتی مسکین بودند و آن را اجاره می‌دادند و در صورت خرابی کشتی، پادشاه از غصب و به تملک گرفتن آن‌ها خودداری می‌کند (موسوی خوئی، ۱۴۱۲، ۱/۱۲۰).

در صورتی که زیان زدن به یک مال، لازم بوده و جهت ممانعت از یک عمل بدتر، صورت گیرد، این نوع خسارت مستوجب مسئولیت مدنی نیست. تعیین چنین وضعیتی بر عهده‌ی عرف جامعه می‌باشد.

## ۴-۱. عقلانی و امضائی بودن اعمال فقهی حقوقی

اصل امضایی بودن قراردادهای و معاملات محل تردید نیست و روشن است. در زمان شارع، قراردادهایی جریان داشته و شارع، آن‌ها را امضاء و روش اجراء آن‌ها را بیان کرده است و مجموعه‌های فقهی پس از آن، گرد آمده و شکل عقود و ایقاعات معین به خود گرفته است؛ اما به این معنا نیست که دلالت عقود و ایقاعات حصری می‌باشد، بلکه زندگی مدنی روزمره با این قراردادهای اداره می‌شده و اقتضای تمدن و زندگی مدنی امروزه، قراردادهای جدید است (سنهوری، ۱۴۱۷، ۸۸/۱). شارع جریان عرفی روابط مردم را امضاء کرده است و در این امضاء، فقط اصول و رهنمودهای کلی شریعت را در نظر داشته است؛ مثلاً، در عقود و قراردادهای معاوضی، عدم عبور از خطوط قرمز ربا، ضرر، غرر و جهل، ملاک شارع بوده است (نجفی، ۱۳۶۵، ۳/۵۴).

بر این مبنا، اگر شخصی در صورت علم و عمد، موجب خسارت به دیگری شود، می‌توان تقصیر را در این باره، صادق دانست. در مواردی که تقصیر، سبب یک زیان بوده، نمی‌توان به سبب نبودن عمد در این واقعه، خسارت زنده را از پرداخت خسارت معاف دانست؛ اما هر جا که عمد در یک خسارت موجود باشد، می‌توان مسئولیت جبران خسارت را بر دوش خسارت زنده دانست (عاملی ترحینی، ۱۴۲۷، ۲۹۸/۵).

در اینجا مسئولیت مبتنی بر تقصیر مطرح است. در خسارات غیرعمدی، تقصیر مورد بحث بوده و برای مسئولیت مبتنی بر تقصیر که می‌تواند غیرعمد باشد، جبران خسارت را بر شمرده‌اند؛ اما اگر وضعیت، به گونه‌ای باشد که خسارت زنده، از هیچ تلاشی برای رفع خسارت مضایقت نکرده باشد، می‌توان وی را از پرداخت خسارت معاف دانست؛ مثلاً، نگهبانی که مسئولیت محافظت از ساختمانی، بر عهده دارد، اگر وضعیت سرقت، به گونه‌ای باشد که مقابله با آن، از توان وی خارج باشد، می‌توان مسئولیت وی را مرتفع نمود؛ اما اگر به تقصیر یکی از وظایف خود، مثلاً، خوابیدن در سر نگهبانی، پی برده شود، وی،

مسئول واقعه است. در واقع، نگهبان، با علم به مسئولیت بیداری خود، از آن، تخطی کرده و مستوجب جبران خسارت می‌باشد.

### ۵-۱. قاعده‌ی لاضرر

قاعده‌ی لاضرر، از متن روایات بسیاری گرفته شده است تا جایی که شماری از فقیهان، ادعای تواتر کرده‌اند. فقهاء، آن را کبرای قضایای فقهی، مطرح ساخته‌اند و احکامی همچون: حکم حرمت ضرر رساندن، حرمت مقابله ضرر با ضرر دیگر، وجوب تدارک و جبران ضرر ناروا، و ... از این قاعده، به دست آمده‌اند. در شریعت اسلام هر حکم وضعی یا تکلیفی که موجب ضرر بر فرد یا نوع انسانی باشد، مطرود است. این قاعده مقرر می‌دارد که قراردادهای نباید موجب ورود زیان بر طرفین گردند و بر همین اساس و به جهت جلوگیری از ضرر یا جبران آن، حق فسخ (خیارات) در معاملات، در نظر گرفته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۳/۱).

بر این مبنا، می‌بایست نسبت به جبران هر نوع زیانی اقدام نمود که زیان معنوی نیز در این زمره قرار دارد. ضمن اینکه الزام به جبران خسارت معنوی موجب بازدارندگی از موارد بعدی خواهد شد؛ لذا به حکم قاعده‌ی مهم لاضرر، زیان زدن به روح و روان شخص دیگر ممنوع بوده و در صورتی که این نوع خسارات وارد شود، می‌بایست به نحو مقتضی جبران گردیده تا ضمن برابری دیون، موجب بازدارندگی از اقدامات مشابه شود.

### ۲. ادله اثبات خسارت معنوی

به موجب مفاد قوانین موضوعه، مطالبه خسارت معنوی در هر مرحله از دادرسی، مشروعیت لازم را دارد. باتوجه به اینکه معیار خاصی برای جبران خسارت معنوی وجود ندارد، اما معمولاً، قاضی با توجه به نظر کارشناسی این میزان را مشخص می‌کند.

اصل ۱۷۱ قانون اساسی، امکان جبران خسارت معنوی که به واسطه خطای قاضی ایجاد شده را ممکن دانسته و این مهم در حال حاضر در نظام حقوقی ایران اجرا می‌گردد.

مواد: ۹ و ۱۴ آئین دادرسی کیفری، اختیارات لازم را به دادگاه کیفری سپرده که همزمان با بررسی کیفری موضوع، خسارت ناشی از ارتکاب جرم را تعیین و حکم مقتضی را صادر نماید. این اختیار، به معنای کیفری تلقی شدن موضوع نبوده و جهت بررسی واحد و یکپارچه موضوع، چنین اختیاری اعطاء شده است.

## ۱-۲. خسارت معنوی در قانون مسئولیت مدنی

مواد: ۲، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی ضمن اینکه مسأله خسارت معنوی را به رسمیت می‌شناسد، موجب قرارگیری این مهم در ادبیات حقوق خصوصی گردیده؛ چراکه برخی معتقد هستند این خسارت، نوعی دیه بوده و در ادبیات حقوق کیفری جای دارد.

در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی آمده است: دادگاه میزان زیان، طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد. مواد دیگر این قانون و سایر قوانین، اختیار قضات را در انتخاب شیوه‌های مختلف جبران، باز گذاشته است، اما به این اختیار توجه جدی نمی‌شود؛ البته باید به این نکته توجه شود که وضع قاعده کلی و اعتماد به تشخیص قضایی در امور مدنی به معنای بی‌ضابطه بودن نیست بلکه به معنای توجه به مفهوم متغیر زیان و موسع بودن اختیار قاضی به تجویز قانون‌گذار است (باریکلو، ۱۳۸۵، ۲۵).

## ۲-۲. خسارت معنوی در آئین دادرسی کیفری

آئین دادرسی کیفری، از چند جهت بر قلمرو خسارات معنوی و عدم نفع، تأثیرگذار بوده است. از یک سو، دامنه مسئولیت مدنی اشخاص، قبال خسارات معنوی وارد به زیان دیده گسترش یافته است؛ توضیح اینکه به موجب ماده: ۱۴ قانون مذکور، لطمه به هر دو قسم سرمایه معنوی و صدمات روحی، موجب مسئولیت مدنی فاعل زیان می‌گردد. از سوی دیگر، قلمرو قابلیت جبران خسارات معنوی و عدم نفع و به تعبیری، قلمرو مسئولیت مدنی اشخاص به شدت کاهش یافته است (محمدزاده آملو، ۱۳۹۲، ۱۸)؛ بدین توضیح، در مواردی که دیه پرداخت و یا تعزیر منصوص شرعی به اجراء، گزارده می‌شود، این دو قسم خسارت، قابلیت جبران ندارند. قانون‌گذار در خسارات عدم نفع، پا را از این هم فراتر گذاشته و خسارات مذکور را صرفاً، در صورتی قابل جبران دانسته که بر این دسته از خسارات، اتلاف صدق کند. نهایتاً، قلمرو و طرق جبران خسارت معنوی گسترش یافته و به موجب تبصره ۱ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری، خسارات معنوی هم از طریق مالی و هم از طریق غیرمالی قابل جبران است.

مهمترین هدف مسئولیت مدنی آن است که خسارت زیان دیده به صورت کامل جبران شود و تا آنجا که امکان دارد، باید تلاش کرد تا زیان دیده به وضعیت پیش از زیان بازگردد؛ به بیان دیگر، هدف آن است که زیان دیده در وضعیتی قرار گیرد که گویی فعل زیانبار صورت نگرفته است.

آئین دادرسی کیفری، هرچند با تصویب ماده: ۱۴ این هدف را دنبال نموده و توجه کامل خود به جبران خسارت زیان دیده را نمایان کرده است، اما متأسفانه، با وضع تبصره ۲ ماده مذکور، این اقدام قابل تمجید خود را زیر سؤال برده و استثنائات غیر قابل توجیهی بر اصل جبران کامل خسارت، وارد آورده است. ماده: ۱۴ قانون مذکور، به زیان دیده حق داده است کلیه خسارات مادی و معنوی و منافع ممکن الوصول ناشی از جرم را از عامل زیان مطالبه کند، با توجه به صدر تبصره ۲ این ماده، چنین استنباط

می‌شود که جبران مالی خسارت معنوی و مطالبه عدم نفع در مواردی که صدق اتلاف نماید، یک قاعده کلی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و اختصاصی به ضرر و زیان ناشی از جرم نیز ندارد؛ ولی قسمت اخیر تبصره ۲ ماده مذکور، با پیش بینی استثنائاتی در باب تعزیرات منصوص شرعی و دیات، قلمرو اصل جبران کامل خسارات را کاهش داده است.

می‌توان ادعا کرد با توجه به استثنائات مقرر در تبصره ۲ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری، وصف کیفری عمل زیانبار، قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از آن را کاهش می‌دهد. در واقع، قلمرو قابلیت جبران خسارات معنوی و عدم نفع در افعال زیان باری که جرم تلقی می‌شود، محدودتر از قلمرو خسارات معنوی و عدم نفع در افعال زیان باری است که جرم تلقی نمی‌شود؛ توضیح مطلب اینکه برای قابل مطالبه بودن خسارت عدم نفع در افعال زیانباری که جرم نیست، صرف اینکه خسارت مذکور صدق اتلاف نماید (اتلاف به معنای عام)، کافی خواهد بود؛ اما در افعال زیانباری که جرم تلقی می‌شود، عدم نفع در صورتی قابل جبران است که اولاً، این خسارات، صدق اتلاف داشته باشد؛ ثانیاً، در زمره مواردی نباشند که تعزیر منصوص شرعی به اجراء، گذارده می‌شود؛ ثالثاً، در زمره جرائمی نباشند که برای آن دیه مشخص شده است (احمد ادریس، ۱۳۷۲، ۱۸۸)؛ نتیجه‌ای که با هیچیک از موازین حقوقی سازگار نیست، حتی در نظام‌های حقوقی که جبران زیان معنوی را یک قاعده پذیرفته‌اند، در جبران زیان معنوی ناشی از جرم تردید ندارند؛ بنا بر این، به نظر می‌رسد: آئین دادرسی کیفری، با وجود ظاهر فریبنده، به نوعی از قلمرو مطالبه خسارات معنوی در جرائم کاسته است.

### ۳-۲. چالش‌های دادرسی خسارت معنوی

در فقه اسلامی، مانعی در این خصوص، وجود ندارد، حتی اگر منابع صریحی بر تأیید آن وجود نداشته باشد که البته وجود دارد. قوانین مختلف تصویب شده در سال‌های قبل و بعد از انقلاب اسلامی نیز این حق را به رسمیت می‌شناسند؛ بالاخره قاعده‌ی لاضرر بر جبران همه زیان‌های مادی و معنوی تأکید دارد و از نظر عقلی زیان معنوی هم نوعی زیان است و هر زیانی باید جبران شود؛ بنا بر این، مشکل، مبنای قانونی، شرعی و عقلی این حق نیست، بلکه مشکل، نحوه جبران بوده که اصل حق را تحت الشعاع قرار داده است (قاسم زاده، ۱۳۹۸، ۱۵۵).

### ۴-۲. جبران خسارت معنوی در بخش اجرای احکام

برای جبران خسارات مادی در متون قانونی، شیوه‌های متداول و شایع و در عین حال، نسبتاً ساده‌ای پیش بینی شده است که در اجرای اصل اعاده وضعیت زیان دیده به حالت قبل از ورود خسارت، شامل سه روش متعارف است: دادن عین مال خسارت دیده یا مثل یا قیمت آن، که به ترتیب مورد عمل واقع می‌شود؛ ولی هنوز برای جبران خسارات معنوی، شیوه مشخص و روشنی پیش بینی نشده است. دلایل نارسائی شیوه‌های جبران در خسارات معنوی جهات مختلفی دارد که موارد زیر را می‌توان علل اصلی برشمرد:

## ۲-۴-۱. موقوف نمودن با از بین بردن منبع ضرر

از میان شیوه‌های فوق در متون قانونی به مورد نخست کمتر اشاره شده است. تنها در ماده: ۸ قانون مسئولیت مدنی، به این شیوه، توجه شده است. از عبارت ماده، چنین استنباط می‌گردد که قانون‌گذار در مقام بیان مناسب جبران خسارات وارده به اعتبارات و حیثیات تجاری یا حرفه‌ای می‌باشد. این مقوله، بیشتر در چهارچوب خسارات معنوی می‌گنجد و تنها شامل موارد نادری از خسارات معنوی است؛ به شرط اینکه اول، در اثر تصدیقات، با صدور گواهی‌های غیر قانونی یا نشر مطالب خلاف واقع، حیثیت و آبروی کسی در معرض تجاوز قرار گرفته باشد و دوم، از این بابت، شخص، متضرر گردیده باشد و سوم از طریق موقوف نمودن عملیات مزبور، بتوان رفع خسارت نمود (بهرامی احمدی، ۱۳۹۵، ۱۱۲).

## ۲-۴-۲. عذرخواهی شفاهی از خسارت دیده

این مورد، تنها، در صدمات معنوی کم اهمیت و جزئی کاربرد دارد و بعضی از آن‌ها مؤثر است؛ در غیر این صورت، خسارات عظیم حیثیتی یا آبرویی یا ناموسی و عاطفی، از قبیل: بد نام کردن یک فرد یا خانواده، جریحه دارد کردن عواطف افراد، وارد کردن فشارهای روحی شدید، چگونه از طریق معذرت خواهی یا درج اطلاعیه‌ای در روزنامه و امثال آن، جبران یا حتی تعدیل می‌گردد (حیاتی، ۱۳۹۰، ۵۵)!

## ۲-۴-۳. عذرخواهی عملی یا کتبی یا درج مراتب اعتذار در جراید

توضیحات بخش پیشین در این مورد نیز صادق است (حبیبی قبادیان، ۱۳۹۷، ۴۸).

## ۲-۴-۴. اعاده حیثیت از خسارت دیده به هر نحو دیگر

این مورد نیز با اینکه ذیل اصل ۱۷۱ قانون اساسی، به کار رفته، مصداقی جز موارد سه‌گانه فوق یا مورد پنجم ندارد.

## ۲-۴-۵. پرداخت مال یا ما به ازای مادی به خسارت دیده

بنا بر این، می‌توان چنین نتیجه گرفت: مؤثرترین وسیله ممکن جهت جبران خسارات معنوی، همین مورد پنجم، یعنی: پرداخت مال یا ما به ازای مادی به خسارت دیده است؛ زیرا در بسیاری از موارد، که صدمات روحی و عاطفی شدید است، کمتر می‌توان با اعتذاری شفاهی یا کتبی رنج و آلام و صدمات روحی خسارت دیده را التیام بخشید و چه بسا تأثیر چندانی بر جراحات درونی نگذارد (طباطبائی نژاد و کاظمی، ۱۳۹۸، ۶۹۹). مجازات‌ها و ضمانت‌های اجرائی کیفری نیز صرفاً، برای حفظ نظم اجتماعی و رعایت حقوق عمومی است، در حالی که خسارات شخصی زیان دیده می‌باشد؛ بنا بر این، باید اذعان نمود که رعایت تناسب بین فشارهای روحی وارده و ما به ازای مالی آن، نمی‌توان به دست داد.

## ۲-۴-۶. جبران غیر مالی

ماده: ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، حکمی خاص، ناظر به دسته اول ضررهای معنوی، یعنی: لطمه به حیثیت و اعتبار اشخاص است. جبران‌های غیرمالی، همان‌طور که ماده مذکور به آن، تصریح دارد، به منظور از بین بردن شرایط زیانبار و جلوگیری از زیان بیشتر مورد حکم قرار می‌گیرند (صحتی، ۱۳۹۹، ۵۵).

چنانکه از عبارت: «علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی، حکم به رفع زیان از طریق دیگر»، در ماده بالا فهمیده می‌شود: دادگاه نمی‌تواند با صدور حکم به رفع زیان از طریق دیگر، از قبیل: الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن، حکم به جبران خسارت معنوی، به وسیله پرداخت پول بدهد، بلکه عذرخواهی زیان زننده و درج حکم محکومیت او در جراید، جبران ضرر معنوی زیان دیده است.

همچنین، در جای دیگری در ماده: ۱۷ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۹۳/۰۲/۱۲ آمده است: هرگاه منافع عمومی یا منافع خصوصی مدعی خصوصی، ایجاب کند، دادگاه صادرکننده حکم، دستور انتشار حکم را پس از قطعیت، به هزینه محکوم علیه، صادر می‌کند و هرگاه منافع عمومی و یا منافع متهمی که براءت حاصل کرده است، ایجاب کند، دادگاه دستور انتشار حکم براءت را پس از قطعیت، به تقاضای ذی‌نفع یا متقاضی و به هزینه اعلام کننده جرم، صادر می‌کند.

تعیین و تقویم ضرر و زیان‌های معنوی و صدمات روحی، بسیار مشکل است و هیچ ملاکی برای تعیین میزان تألمات و صدمات روحی وجود ندارد و به هر حال بسته به اوضاع و احوال قضیه، شخصیت متهم و دارایی او و مدعی خصوصی، دادگاه، می‌تواند به تشخیص خود، میزان آن را تعیین کند.

ماده: ۳ قانون مسئولیت مدنی، در این خصوص، مقرر می‌دارد: دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد. منظور از اوضاع و احوال، شرایطی است که زیان دیده در آن، واقع شده است؛ زیرا خسارت، به مقدار ضرری سنجیده می‌شود که به خود زیان دیده وارد شده است.

پس، معیار، شخصی است و نه موضوعی، و حالت جسمی و روحی زیان دیده مورد ملاحظه قرار می‌گیرد؛ لذا اگر زیان دیده، شخصی عصبی باشد، آشفتگی خاطری که برای وی بر اثر حادثه به وجود آمده است، ضرر آن شدیدتر از ضرری است که به شخص اعصاب سالم وارد می‌شود.

غیر قابل تقویم بودن ضرر معنوی، نمی‌تواند آن را غیر قابل جبران گذارد؛ بلکه به وسیله عذرخواهی یا تکذیب از طریق مرتکب، چنانچه ضرر معنوی در اثر افتراء و نسبت ناروا باشد، آلام و ناراحتی‌های روحی که برای زیان دیده ایجاد شده، تسکین می‌دهد.

بسیاری از دعاوی که در کشورهای اروپایی اقامه می‌گردد و مطالبه خسارت معنوی می‌شود ناشی از آلام روحی بر مرگ خویشاوندان می‌باشد. صدمات روحی، گاه، موجب بیماری می‌شود؛ در این صورت، زیان دیده می‌تواند زیان معنوی و زیان مادی که برای مداوا متحمل شده است، از زیان زننده بخواهد. جدای از اصل جراحت وارده به جسم، نظیر: قطع یک عضو، کبودی، بریدگی یا شکستگی و غیره و خسارات مادی دیگر نظیر: ازکارافتادگی، هزینه‌های دارو و درمان و ضررهای معنوی نظیر درد کشیدن، محروم شدن از بهره مندی از بعضی از ابعاد زندگی، مثل: تمتعات جنسی یا دیداری و شنیداری و همچنین از دست دادن زیبایی و آلام ناشی از آن، مطالبه کرد.

از دیگر مواردی که می‌توان در باب روش‌های غیر مالی جبران ضرر معنوی، به آن، استناد کرد، ماده: ۸ قانون مسئولیت مدنی می‌باشد.

محو منبع زیان، از جمله مصادیق جبران عینی است که در این ماده، صریحاً، پذیرفته شده و در کنار آن، زیان دیده می‌تواند حق مطالبه زیان مادی را داشته باشد.

درجایی که امکان جبران ضرر معنوی از راه‌های غیرمادی، مثل: عذرخواهی یا تکذیب‌نامه یا تصحیح مطلب، از طریق رسانه‌های جمعی، میسر یا کافی نیست، جبران مادی، خصوصاً، اگر زیان دیده، خود، راضی باشد، حداقل وسیله‌ای است که تا حدی موجب رضایت خاطر او را فراهم می‌کند و باعث تخفیف آلام او می‌گردد.

تنوع و گستردگی خسارت‌های معنوی، ایجاب می‌کند: هر گروهی از خسارت معنوی، روش جبران متناسب با خود را طلب کند و هر روش از انعطاف کافی در ملاحظه متغیرهای روانی، عاطفی و اجتماعی افراد برخوردار باشد؛ در نظام حقوقی ایران نیز خسارت معنوی، قابل جبران است.

با وضع ماده: ۹ قانون آیین دادرسی کیفری که در سال ۱۳۳۹ به تصویب رسید، ضرر و زیان معنوی و قابل جبران بودن آن، به طور صریح، مورد نظر قانون‌گذار قرار گرفت و پس از تصویب قانون مسئولیت مدنی، قواعد مربوطه، توسعه بیشتری یافت؛ به طوری که در مواد: ۱، ۲، ۸ و ۱۰ این قانون، به طور کلی، امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی را مورد تأیید قرار داده است. اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز جواز جبران خسارت معنوی را به اثبات می‌رساند. روش‌های مختلفی که جهت جبران خسارت معنوی به کار می‌رود، به تناسب انواع خسارات معنوی، مختلف است که عمده‌ترین آن‌ها جبران مالی و غیرمالی است.

انواع مختلف خسارت معنوی به یک شیوه قابل جبران نیست. در هر مورد، حسب نوع زیان، شرایط زیان دیده و عامل زیان، اوضاع و احوال حاکم بر پرونده و عوامل دیگر، شیوه جبران خسارت، به وسیله دادگاه انتخاب می‌گردد.

برای مثال، در صدمات جسمی، جبران خسارت به ترمیم جراحت یا پرداخت دیه و مبلغی پول است که بتواند تبعات منفی صدمه را تا حدود زیادی برطرف سازد و در مواردی که ناشی از سوء نیت و عمد



باشد، مجازات قانونی عامل زیان، موجب تسکین خاطر و تشفی زیان دیده است. در ایجاد مزاحمت، جبران خسارت به رفع مزاحمت در آینده و جبران گذشته است. در مورد توهین و تحقیر و دشنام و هر اقدام زیانبار دیگری که باعث لطمه به شخصیت زیان دیده شود، پرداخت مبلغی جریمه، اجرای مجازات، محکومیت‌های مالی، عذرخواهی، تکذیب مطالب منتشره و مانند آن، از شیوه‌های جبران خسارت است.

### ۳. مبنای حقوقی

برخی از حقوقدانان، ضمن استناد به نظر شورای نگهبان و همچنین سیر تحولی شکل‌گیری قانون مجازات اسلامی کنونی، چنین معتقد هستند که امکان مطالبه خسارت بیش از میزان دیه، وجود ندارد؛ لذا نیاز است که این استدلال‌ها مورد بررسی قرار گیرد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ درباره امکان مطالبه خسارات مازاد بر دیه حکمی نداشت. بر پایه ماده: ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، دیه احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد و فرض، بر این است که ماهیت دیه، مسئولیت مدنی و کارکرد آن، جبران خسارت وارد شده است؛ بنا بر این، با گرفتن دیه، فرض بر این است که همه خسارات فرد جبران می‌شود؛ پس، مطالبه خسارتی مازاد بر دیه، خلاف اصل جبران کامل خسارات است؛ زیرا منجر به جبران مضاعف خسارت خواهد شد و بدیهی است که جبران خسارت نباید راهی برای دارا شدن نا عادلانه شخص زیان دیده باشد (میرشکاری و آزاد بخت، ۱۴۰۱، ۵۵۵).

در دادنامه صادرشده از سوی شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان آمل، به شماره: ۸۶۳۵۴۵۹ به تاریخ: ۱۴۰۰/۱۰/۲۹ چنین آمده است:

در خصوص دعوی آقای \*\*\* به طرفیت آقای \*\*\* به خواسته تقاضای رسیدگی و صدور حکم مبنی بر مطالبه خسارت ناشی از هزینه‌های درمان و خرید پای مصنوعی و بیکاری به مدت طول درمان از تاریخ: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲ تا کنون، به جهت ضرر و زیان ناشی از جرم، با جلب نظر کارشناس، و مطالبه خسارت معنوی لطمات روحی و روانی و حیثیتی ناشی از ارتکاب خوانده مبنی بر ایراد صدمه بدنی در اثر تصادف رانندگی که موجب قطع عضو موکل و صدمات متعدد روحی و جسمی به موکل گردیده، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و ملاحظه دادخواست تقدیمی خواهان و دلایل ابرازی وی و کلیه اوضاع و احوال مؤثر در قضیه، بخشی از خواسته اول در خصوص خسارت ناشی از بیکاری با توجه به تورم جامعه و وضعیت تأهل خواهان و قطع یکی از پاهای ایشان و عدم توان و کارایی در جهت امرار معاش در راستای اعمال مواد: ۳ و ۵ قانون مسئولیت مدنی را قابل اجابت تشخیص می‌دهد؛ زیرا قانون‌گذار، حسب ماده قانون مذکور، دادگاه را مخیر نموده است: چنانچه در اثر آسیبی که در بدن کسی وارد شده و در بدن او نقصی وارد شود، یا قوه کار زیان دیده، کم شود، تا بتواند از طریق مستمری، یا پرداخت مبلغی

دفعتاً واحده، از عهده جبران خسارات در حد عرفی برآید که در ما نحن فیه، با توجه به اینکه خواهان در اثر سانحه تصادف، یکی از پاهای خود را از دست داده و با پای مصنوعی، ادامه حیات دارد، می‌تواند مصداق ماده مذکور گردد و موضوع مطروحه منصرف از تبصره ۲ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری می‌باشد؛ زیرا مطابق این ماده، مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی، شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود که در ما نحن فیه خسارت مورد مطالبه از نظر دادگاه قطعی الحصول می‌شود و چنانچه سانحه تصادف، سبب از بین رفتن پای خواهان نمی‌گردید، می‌توانست جهت امرار معاش طبق شغل خویش، به فعالیت اقتصادی خود ادامه دهد و قطعاً، با توجه به شغل قبلی وی که قهوه‌خانه‌چی بوده است و مربوط به تغذیه اشخاص می‌باشد، هیچ‌گاه، فرض بیکاری به لحاظ نوع شغل متصور نمی‌باشد، لذا قطعی الحصول بوده و فعل خواننده، از باب تسبیب که هرچند غیرعمدی بوده، باعث وقوع این وضعیت گردیده است که جبران بخشی از این خسارات می‌تواند با توجه به تورم قیمت‌ها در جامعه، موجبات رفع عسر و حرج وی در گذران زندگی را فراهم سازد که خواهان از تاریخ: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲ تا زمان اجرای حکم، تعیین مبلغی برای خسارت مادی، علاوه بر دیه دریافتی مطالبه نموده است که علی‌رغم اینکه هزینه‌های درمانی کمتر از دیه دریافتی بوده و قابلیت دریافت ندارد، ولی از حیث اینکه آسیب وارده به بدن خواهان، قوه کار زیان دیده را کاهش داده است، دادگاه، ارکان مسئولیت مدنی در این بخش را که از جمله آن، احراز رابطه سببیت و علیت بین فعل زیانبار خواننده و ورود خسارت بوده را احراز می‌کند که با توجه به اینکه خواهان، کارگر ساده بوده و در قهوه‌خانه، قبل از وقوع حادثه، فعالیت داشته، مطابق حقوق مقرری قانون کار، وی را مستحق دریافت خسارات تشخیص و با تمسک به حدیث نبوی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» و قاعده «نفی عسر و حرج» و تمسک به داوری عرف در تعریف زیان عنوان یکی از موارد مؤثر در تحقق مسئولیت مدنی و انصاف و نصفت قضایی دعوی مطروحه را نسبت به بخشی از آن وارد و مسلم تشخیص و مستنداً، به مواد مذکور و مواد: ۳۰۷ و ۳۲۱ قانون مدنی و ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹ آئین دادرسی مدنی، حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغی به صورت ماهانه طبق حقوق دریافتی بر اساس قانون کار، از تاریخ: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲ لغایت قطعیت دادنامه صادره که طریقه محاسبه آن، پس از استعلام اجرای احکام مدنی از اداره کار، حین اجرای حکم می‌باشد، صادر و اعلام می‌کند و در خصوص بقیه خواسته‌ها، نظر به اینکه دریافت دیه، بیانگر پوشش کلیه ضرر و زیان ناشی از جرم بوده و بر ضرر و زیان وارده فزونی دارد؛ لذا قابل مطالبه نبوده و قانون‌گذار صراحتاً، در تبصره دو ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری، مطالبه این خسارت را در خصوص جرائم موجب دیه، منع نموده است و موضوع مطروحه، منصرف از تبصره ۲ ماده: ۱۴ قانون فوق می‌باشد؛ زیرا مطابق این ماده، مقررات مرتبط با منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی، شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود که در ما نحن فیه، خسارت مورد مطالبه، از نظر دادگاه، قطعی الحصول محسوب می‌شود و چنانچه سانحه

تصادف، سبب از بین رفتن پای خواهان نمی‌گردید، می‌توانست جهت امرارمعاش طبق شغل خویش، به فعالیت اقتصادی خود ادامه می‌داد، لذا قطعی الحصول بوده و نیز در خصوص خسارت معنوی نیز صدمه وارده به جسم خواهان به گونه‌ای نبوده که حیثیت اجتماعی و روانی وی را مختل سازد و بالعکس موجبات ترحم و مهربانی سایرین را نسبت به وی بیشتر می‌کند و دلایلی بر وقوع این خسارت که موجبات جبران آن، توسط محکمه فراهم گردد، از ناحیه خواهان، ارائه نشده است و صرف از کارافتادگی و نقص عضو نمی‌تواند موجبات وقوع خسارت معنوی را فراهم سازد؛ لذا این بخش از خواسته‌ها را غیرثابت تشخیص و مستنداً، به مفهوم مخالف ماده نخست قانون مسئولیت مدنی، حکم به بی‌حقی خواهان و عدم ثبوت دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌کند.

در این پرونده، دادگاه، برابر خواسته خواهان، مطالبه خسارت را ناشی از بیکاری خواهان، در راستای اعمال مواد: ۳ و ۵ قانون مسئولیت مدنی، قابل اجابت تشخیص می‌دهد؛ زیرا قانون‌گذار حسب ماده قانون مذکور، دادگاه را مخیر کرده است: چنانچه در اثر آسیبی که در بدن کسی وارد شده و در بدن او، نقصی وارد شود، یا قوه کار زیان دیده، کم شود، تا بتواند به طریق مستمری یا پرداخت مبلغی دفعتاً واحده، از عهده جبران خسارات در حد عرفی برآید که در مانحن فیه با توجه به اینکه خواهان، در اثر سانحه تصادف، یکی از پاهای خود را از دست داده است و با پای مصنوعی ادامه حیات دارد، می‌تواند مصداق ماده مذکور شود. با این حال، دادگاه، تبصره ۲ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری را پیش چشم دارد که آن، مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول، شامل جرائم موجب دیه نمی‌شود؛ اما دادگاه، بر این باور است که موضوع مطروحه، منصرف از تبصره ۲ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری است؛ زیرا مطابق این ماده، مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود که در مانحن فیه، خسارت مورد مطالبه، از نظر دادگاه، قطعی الحصول می‌شود؛ بدین ترتیب، دادگاه، بر این باور است که منافع ممکن الحصول با دیه قابل جمع نیست؛ در نتیجه، منافی که قطعاً، قابل حصول بوده و بر اثر عمل عامل زیان دیده از کسب آن، محروم شده، با دیه، قابل جمع است. دادگاه، بر همین اساس می‌نویسد: چنانچه سانحه تصادف، سبب از بین رفتن پای خواهان نمی‌شد، می‌توانست برای امرار معاش متناسب با شغل خویش، به فعالیت اقتصادی خود ادامه دهد.

دادگاه، خواسته دیگر خواهان، یعنی: مطالبه هزینه‌های درمان را نمی‌پذیرد. به باور دادگاه، دریافت دیه، بیانگر پوشش کلیه ضرر و زیان ناشی از جرم بوده و بر ضرر و زیان وارده، فزونی دارد؛ لذا قابل مطالبه نبوده است و قانون‌گذار، صراحتاً، در تبصره دوم از ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری، مطالبه این خسارت را در خصوص جرائم موجب دیه را منع کرده است؛ اما حقیقت، این است که هزینه درمان، مصداقی از خسارت مادی بوده و با دیه، قابل جمع است؛ بنا بر این، می‌شد افزون بر دیه، بر سزاواری خواهان، برای دریافت هزینه‌های درمان، پافشاری کرد. سرانجام نیز دادگاه، درباره خسارت معنوی، تصمیم

گرفته است و چنین می‌نویسد: در خصوص خسارت معنوی نیز صدمه وارده به جسم خواهان، به گونه‌ای نبوده که حیثیت اجتماعی و روانی وی را مختل سازد و بالعکس، موجبات ترحم و مهربانی سایرین را نسبت به وی بیشتر می‌کند و دلایلی بر وقوع این خسارت که موجبات جبران آن، توسط محکمه فراهم گردد، از ناحیه خواهان، ارائه نشده است و صرف از کار افتادگی و نقص عضو نمی‌تواند موجبات وقوع خسارت معنوی را فراهم سازد؛ لذا این بخش از خواسته‌ها را غیر ثابت تشخیص و مستنداً، به مفهوم مخالف ماده اول قانون مسئولیت مدنی، حکم به بی‌حقی خواهان و عدم ثبوت دعوای خواهان را صادر و اعلام می‌کند.

بدیهی است که با وجود روشنی تبصره ۲ ماده: ۱۴ آئین دادرسی کیفری، تردید قابل توجهی در امکان جمع دیه با زیان معنوی، پیش نمی‌آید؛ اما مسأله بر سر این است که چرا دادگاه محترم، چنین تلاش می‌کند که وجود زیان معنوی را نادیده بگیرد. اینکه به موجب حکم قانون، نمی‌توان افزون بر دیه، بابت زیان معنوی نیز غرامت گرفت، به این معنا نیست که در فرض آسیب بدنی، زیان معنوی موضوعات، محقق نشده است. با ورود آسیب به بدن، بدیهی است که آرامش روحی و روانی شخص به هم می‌خورد؛ برای همین، چگونه می‌توان گفت: صرف از کار افتادگی و نقص عضو نمی‌تواند موجبات وقوع خسارت معنوی را فراهم سازد؟! برای اثبات زیان معنوی در این فرض، همین کافی است که با ورود آسیب بدنی، به تعبیر دادگاه محترم، موجبات ترحم و مهربانی سایرین، به زیان دیده فراهم می‌شود. آیا همین اندازه، کافی نیست که پذیرفته شود: حرمت شخص، آسیب دیده است؛ وانگهی، حتی اگر زیان دیده، به لحاظ روانی، با قبل از ورود زیان، تفاوتی نکرده باشد، آیا درد و رنج ناشی از ورود زیان بدنی را تحمل نکرده است. همین مقدار که درد و رنجی به اشخاص زیان دیده تحمیل شود، برای صدق عنوان خسارت معنوی، کافی است؛ بدین ترتیب، بهتر بود دادگاه به جای اینکه موضوعاً، ورود زیان معنوی را به خواهان، منتفی بداند، ضمن پذیرش آسیب معنوی وی، با توجه به تبصره یاد شده، او را سزاوار مطالبه غرامت شناسد.

دادگاه، به استناد ترحم اطرافیان، به عدم ورود زیان معنوی رأی داد و این، در حالی است که زیان معنوی، صرفاً، لطمه به عواطف و احساسات نیست، بلکه صرف درد و رنج ناشی از زیان بدنی، برای صدق عنوان زیان معنوی کفایت می‌کند.

جبران خسارت معنوی، همزمان با پرداخت دیه، بسیار بعید به نظر می‌رسد، ولی فرض، بر این است که دیه، ضمان خسارت معنوی نیز می‌باشد؛ البته، قابل ذکر است که خسارات معنوی در ادبیات حقوقی کشور، دارای چالش‌های فراوانی بوده و به صورت عادی نیز جبران این خسارت با مشکلات فراوانی همراه است که علت اصلی آن فقدان معیار مشخص برای تعیین خسارت است؛ لذا مطالبه مازاد آن، نسبت به دیه، عملاً، ممکن نخواهد بود.

## نتیجه‌گیری

با وجود رسمیت خسارات معنوی، ساز و کار آن، به درستی مشخص نبوده و از این رو، قضات، عمدتاً، سعی در سازش بین طرفین دارند. ارتباط بین خسارات مادی و معنوی در حقوق ایران، مورد توجه قرار نگرفته است.

اگر هزینه‌های درمان و توان بخشی بزه دیده در جرائم غیر عمدی، بیش از میزان دیه، یا ارش باشد و مقدار زیاده، با اصل دیه، تناسب داشته و مقداری معقول باشد، به موجب تفاسیر فقهی و همچنین، اصول مسئولیت مدنی، قابلیت مطالبه را از مسبب این وضعیت دارد و غیر از آن، نمی‌توان خسارت مضاعف را لحاظ داشت. در صورتی که خسارت، به واسطه ارتکاب جرائم عمدی باشد، امکان مطالبه تمامی خسارات از بزه‌کار وجود داشته، تا بدین صورت، عاملی بازدارنده از وقوع جرم تلقی گردد.

## کتابشناسی

## قرآن کریم

۱. احمد ادریس، عوض، (۱۳۷۲)، دیه، ترجمه: علیرضا فیض، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اول.
۲. امی، احمد، (۱۳۹۶)، ماهیت نهاد دیه از منظر فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران، مجله حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره چهل و سه، ص ۴۷-۶۸.
۳. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۵)، مسئولیت مدنی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، اول.
۴. بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۹۵)، ضمان قهری مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، اول.
۵. جزائری، سید محمد جعفر، (۱۴۱۶ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، موسسه دار الکتب، اول.
۶. حبیبی قبادیان، نشاط، (۱۳۹۷)، آیین رسیدگی به خسارات دادرسی با تاکید بر رویه قضایی، مجله قانون یار، دوره دوم، سال ششم، ص ۴۵-۶۷.
۷. حراج، علیرضا؛ پورمحمد، اباست؛ بشیری، اکبر، (۱۴۰۳)، اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال اول، شماره ۱، ص ۲۳-۴۲.
۸. حسینی مراغی، میر عبد الفتاح، (۱۴۱۷ق)، العناوین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، دوم.
۹. حیاتی، علی‌عباس، (۱۳۹۰)، آئین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، اول.
۱۰. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۴۱۷ق)، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار التراث العربی.
۱۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، انتشارات اسلامی، اول.
۱۲. صالحی، فاضل، (۱۳۸۸)، دیه یا مجازات مالی، تهران، میزان، اول.
۱۳. صحتی، سعید، (۱۳۹۹)، جزوه درسی حقوق خصوصی بین الملل، دانشگاه پیام نور پرند.
۱۴. طباطبایی قمی، سید تقی، (۱۴۲۶ق)، مبانی منهاج الصالحین، قم، منشورات قلم الشرق.
۱۵. طباطبائی نژاد، سید محمد؛ کاظمی، محمود، (۱۳۹۸)، تعامل حقوق عمومی و خصوصی در مورد مسئولیت مدنی، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و نه، سال چهارم، ص ۶۹۷-۷۱۶.

۱۶. عاملی ترحینی، سید محمد حسین، (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه، پنجم.
۱۷. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۲ق)، القواعد الفقهية، قم، مرکز فقه ائمه اطهار(ع).
۱۸. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۹۸)، مبادئ مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان، اول.
۱۹. قلوژی، سعیده، (۱۳۹۲)، بررسی آثار فوت متهم در حقوق کیفری ایران و اسلام، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم.
۲۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، (۱۴۲۲ق)، انوار الفقاهة، نجف اشرف، کتابخانه عمومی کاشف الغطاء، اول.
۲۱. کاملی، افسانه، (۱۳۹۷)، شمول عنوان ماترک بر دیه متوفی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی.
۲۲. محمدزاده آلمالو، حسین، (۱۳۹۲)، نگاهی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران، انتشارات شهر دانش، اول.
۲۳. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، اول.
۲۴. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهة، قم، نشر داوری، اول.
۲۵. میرشکاری، عباس؛ آزادبخت، شبیر، (۱۴۰۱)، قابلیت جبران خسارات مازاد بر دیه در پرتو رویه قضایی، دو فصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره اول، شماره دوم، ص ۵۴۹-۵۸۴.
۲۶. میرمدرس، سید موسی، (۱۳۹۲)، مفهوم و ماهیت دیه از منظر فقه و حقوق اسلامی، فقه، دوره بیستم، شماره هفتاد و هفت، ص ۲۴-۵۲.
۲۷. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۵)، جواهر الکلام في شرح شرايع الإسلام، تهران، انتشارات اسلامیة، سوم.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 19-38

Receive Date: 2024/01/21

Revise Date: 2024/08/19

Accept Date: 2024/09/01

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1184603

### Changing the Economic Equilibrium of Oil Contracts and its Restoration as a result of the Collapse of the Stability of the Contracts Emphasizing the Fundamental Changes in the Contractual Situation

Adham Haq Gozar<sup>1</sup>Ali Rostami Far<sup>2</sup>Nejad Ali Almasi<sup>3</sup>

#### Abstract

The irrecoverable nature of investment in the oil sector, the long payback period in oil contracts and the inherent political and commercial dangers of oil projects, make stability over the duration of the contract a necessary condition to achieve economic benefits for the main players. The stability of an oil contract involves a complex interaction of the legal, economic and political environment in the host country in which economic activity is carried out and is deeply managed by the interaction between internal and external factors governing the oil industry. Oil producing countries conclude investment contracts with foreign investors due to lack of expertise and capital to improve the production level of their oil fields. Due to the nature of oil contracts, the existing risk and the amount of funds needed to explore and exploit a particular oil square, foreign investors are very careful about the risks of their investment. In this case, the degree of stability is important for the foreign investor, because the less stability the investor anticipates in the oil project, the less interested he has in entering into a long-term contract. Especially in the current situation, almost all host countries have considered stabilization clauses to attract foreign investors, because they believe that there is a strong relationship between stability and the specific value of investment. The reported research in this article, inquire the legal situation of restoring the lost stability of oil contracts, due to the fundamental changes in the lost contractual conditions.

**Keywords:** contract equilibrium, stability of oil contracts, economic equilibrium of oil contracts.

1. PhD student in private law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran. [adham1769@gmail.com](mailto:adham1769@gmail.com)

2. Professor, Department of Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran (corresponding author). [arq119@yahoo.com](mailto:arq119@yahoo.com)

3. Professor, Department of Law, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran. [dr.negadali.almasi@gmail.com](mailto:dr.negadali.almasi@gmail.com)



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۳۸-۱۹	تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۹	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۱
نوع مقاله: پژوهشی	شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹	DOI: 10.71654/jcld.2024.1184603	

تغییر موازنه‌ی اقتصادی قراردادهای نفتی و اعاده‌ی آن در نتیجه‌ی برهم خوردن ثبات

قراردادهای با تأکید بر تغییرات بنیادین اوضاع و احوال قراردادی

ادهم حق گزار<sup>۱</sup>

علی رستمی فر<sup>۲</sup>

نجاد علی الماسی<sup>۳</sup>

#### چکیده

ماهیت برگشت ناپذیر سرمایه‌گذاری در بخش نفت، دوره‌ی طولانی بازپرداخت در قراردادهای نفتی و خطرات سیاسی و تجاری ذاتی طرح و برنامه‌های نفتی، ثبات را در طول مدت قرارداد، برای دستیابی به منافع اقتصادی بازیگران اصلی، شرطی ضروری می‌سازد. ثبات یک قرارداد نفتی، شامل تعامل پیچیده‌ای از محیط حقوقی، اقتصادی و سیاسی در کشور میزبان است که در آن، فعالیت اقتصادی انجام می‌شود و عمیقاً، تعامل بین عوامل داخلی و خارجی حاکم بر صنعت نفت، آن را مدیریت می‌کند. کشورهای تولیدکننده نفت، به دلیل نداشتن تخصص و سرمایه برای ارتقای سطح تولید میادین نفتی خود، با سرمایه‌گذاران خارجی، قراردادهای سرمایه‌گذاری منعقد می‌کنند. با توجه به ماهیت قراردادهای نفتی، خطر موجود و میزان بودجه‌ی مورد نیاز برای انجام اکتشاف و بهره برداری از یک میدان نفتی خاص، سرمایه‌گذاران خارجی، به شدت، مراقب خطرات ناشی از سرمایه‌گذاری خویش هستند. در این حالت، درجه‌ی ثبات، برای سرمایه‌گذار خارجی، مهم است؛ چه اینکه هر مقدار سرمایه‌گذار، ثبات کمتری در طرح و برنامه‌های نفتی پیش‌بینی کند، علاقه‌ی کمتری به عقد قرارداد بلند مدت دارد؛ خصوصاً، در اوضاع کنونی، تقریباً، همه‌ی کشورهای میزبان، برای جذب سرمایه‌گذاران خارجی، بندهای تثبیت‌کننده، در نظر می‌گیرند؛ زیرا معتقد هستند: بین ثبات و ارزش ویژه‌ی سرمایه‌گذاری، رابطه‌ی قوی وجود دارد. پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش‌رو، به بررسی وضعیت حقوقی اعاده‌ی ثبات از دست رفته قراردادهای نفتی است که به دنبال تغییرات بنیادین اوضاع و احوال قراردادی از بین رفته است.

واژگان کلیدی: تعادل قراردادی، ثبات قراردادهای نفتی، موازنه اقتصادی قراردادهای نفتی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران. adham1769@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران (نویسنده مسئول) arq119@yahoo.com

۳. استاد گروه حقوق، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. dr.negadali.almasi@gmail.com



## مقدمه

از آنجا که نفت، یکی از مهمترین کالاهای تجارت کنونی دنیا است، سرمایه‌گذاران خارجی، اصولاً، باید خطر بالایی را قبول کنند؛ خصوصاً، در کشورهای در حال توسعه؛ زیرا اقتصاد داخلی بیشتر این کشورها، بر پایه‌ی نفت، استوار است. شاید به این علت است که سرمایه‌گذاران نفتی، ابزارهای مختلفی برای مقابله با خطر ذاتی در قراردادهای مزبور، پیش‌بینی می‌کنند؛ مانند: توزیع خطر، مدیریت خطر، بیمه کردن خطر و در نهایت، محافظت از خطر.

متداول‌ترین آن‌ها، محافظت از خطری است که به موجب آن، سرمایه‌گذار از نفوذ سیاسی، اقتصادی و مالی استفاده می‌کند تا دولت میزبان را از تغییر قوانین موجود خود، منصرف کند. در این بین، ثبات قرارداد و انطباق راهکارهای اصلی تقسیم خطر، بین طرفین قرارداد بلند مدت، برای اطمینان از ثبات قراردادی است. در این حالت، سرمایه‌گذاران می‌توانند خطر خود را با گنجاندن بندهایی مانند: داوری بین‌المللی، انتخاب قانون، شرط انطباق، مذاکره مجدد و همچنین بندهای تثبیت در قراردادهای خود، کاهش دهند. بند تثبیت قرارداد که اغلب، بند ثبات نامیده می‌شود، در بیشتر قراردادهای نفتی و اکتشاف درج می‌شود که مالک منابع، دولت میزبان و سرمایه‌گذار، خارجی است، تا هر طرفی، از تصمیم‌گیری مستقل برای تغییر، لغو یا فسخ قرارداد، منع شود (Smith and other authors, 2000, 71).

در وضعیتی که قرارداد، ثبات خویش را از دست می‌دهد، طرفین، ناگزیر به روی آوری به شروط قراردادی، جهت اعاده‌ی ثبات از دست رفته هستند. این شرط، نقش مهمی در صیانت از قرارداد نفتی ایفاء می‌کند؛ به نحوی که سبب می‌شود: از یک سو، قوانین بین‌المللی و از سوی دیگر، قوانین کشور میزبان، حقوق اقتصادی سرمایه‌گذار خارجی را تضمین کند؛ بدین گونه که پیش‌بینی شرط ثبات قرارداد نفتی، مانع از آن می‌شود که قوانین جدیدی، برای اعمال حاکمیت اراده، جز با رضایت دوجانبه، وضع نگردد؛ در واقع، بند تثبیت قرارداد، این نتیجه را به دنبال دارد که ثبات قرارداد، در طول مدت پروژه و در اوضاع و احوال مختلف، اثربخشی آن را به همراه داشته باشد. اما پرسش اساسی، این است که موازنه‌ی اقتصادی قراردادهای نفتی، چگونه بر هم می‌خورد و نحوه‌ی اعاده‌ی تعادل از دست رفته، چگونه است، با اینکه قبل از اجراء شرط تثبیت، در یک قرارداد نفتی، باید دولت میزبان، شرایط بند تثبیت را پذیرفته باشد و پذیرش، به این معنی است که دولت میزبان حق خود را برای تغییر یک جانبه مدیریت مورد اعتماد سرمایه‌گذاران، از خود سلب کرده است.<sup>۱</sup>

۱. در تحقیقات اخیر، اکثر کشورهای میزبان، بندهای تثبیت را ابزاری برای جذب سرمایه‌گذاران می‌دانند و فضای سازنده‌ای را برای سرمایه‌گذاری در بهره‌برداری و اکتشاف نفت برای آن‌ها فراهم می‌کنند، با این هدف، ثبات قرارداد را به عنوان وسیله‌ای برای اطمینان سرمایه‌گذاران از وفاداری خود می‌پذیرند. در کشورهای در حال توسعه، دولت میزبان استدلال می‌کند که قوانین ملی آنها بر این توافق حاکم است، زیرا این توافق شامل مفهوم حاکمیت دولت است. بنابراین، اگر شرط تثبیت در یک قرارداد بین‌المللی نفتی مشمول قوانین ملی باشد، نا معتبر اعلام می‌شود؛ رک:

Sornarajah, M, The International Law on Foreign Investment (2nd ed.), United Kingdom, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

واضح است که نفت و گاز، دو کالای ارزشمند در اتخاذ مواضع اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و حقوقی کشورهای دارای منابع انرژی، در جناح بندی دولت‌ها در روابط بین‌المللی به شمار می‌آیند؛ بنا بر این، طبیعی است قراردادهای نفتی که در بخش بالادستی، از قراردادهای دولتی و اداری و بلند مدت است، از جمله قراردادهایی تلقی گردد که همواره، دچار تغییرات اوضاع و احوال در جنبه‌های مختلف قرار گیرد. در چنین فرضی، تغییرات بنیادین این اوضاع و احوال در بستر زمان، ممکن است سبب به هم خوردن تعادل و توزان اقتصادی قرارداد و نیز حسب مورد، موجب ایجاد تغییر در ماهیت حقوق و تعهدات طرفین شود (ابراهیمی و دیگران، ۱۴۰۰، ۶۸)؛ این وضعیت، سبب می‌شود ماهیت ابتدایی قرارداد نفتی، تحت الشعاع رویدادهای بعدی قرار گیرد که از جمله این رویدادها، استناد به قوه قاهره (فورس ماژور)، تعدیل قرارداد، مذاکره مجدد، فسخ و ... گردد (حسینی و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۳۲)؛ با این وصف، پس از بروز تغییرات بنیادین اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد نفتی، این تغییرات که برگرفته از وقایع پس از انعقاد قرارداد و در مدت اجرای پروژه است، آثار و در عین حال، ضمانت اجرایی بر حیات قرارداد، حقوق، مسئولیت‌ها و تعهدات طرفین وارد می‌کند و این، مقتضای ویژگی‌های خاص این قراردادها در مقایسه با دیگر قراردادهای موضوع حقوق اداری، ماهیت فعالیت‌ها و دوره طولانی مدت قرارداد و لزوم استمرار تعهدات طرفین در این دوره زمانی است.

در این حالت، در همه‌ی قراردادهای نفتی، این الزامات، مورد تأکید قرار می‌گیرد که همه‌ی عوامل تأثیرگذار بر قرارداد که در خلال اجرای قرارداد نفتی ایجاد می‌شود و عموماً، موضوعات فنی و مهندسی، قراردادی، حقوقی و اقتصادی است، در مراجع مشورتی و تخصصی که از نمایندگان و کارشناسان طرفین تشکیل می‌شود، مورد بحث و بررسی ثانویه قرار گیرند.<sup>۱</sup> همچنین، در کلیه قراردادهای نفتی، ساز و کار مذاکره‌ی مجدد، پیش‌بینی می‌شود، تا در مواقعی که تعادل اقتصادی قرارداد بر هم خورد، طرفین، از این طریق، با انجام مذاکرات جدید، به دوام و استمرار پروژه تصمیم گیرند. با استفاده از این ساز و کار، طرفین می‌توانند به جای خاتمه قرارداد و ورود به مبادی غیر دوستانه، مانند: فسخ و غرامت و الزام به جبران خسارت، قرارداد را مورد بازبینی و بررسی مجدد قرار دهند و ادامه‌ی اجرای آن را امکانپذیر سازند.

در واقع، در این فرض، مذاکره مجدد، به مثابه ساز و کار مدیریت تعارضات و اختلافات، عمل می‌کند که مانع انحلال قرارداد، در صورت تغییر اوضاع و احوال ناظر بر قرارداد می‌شود (Walde, 2008, 68)؛ اما هرگاه، کمیته مشترک، نتواند اوضاع و احوال بنیادین قرارداد را مدیریت کند و یا با استفاده از مذاکره‌ی مجدد، تعدیل نشود، در این صورت، آثار ناگواری بر پیکره‌ی قرارداد نفتی، ایجاد می‌گردد که به مراتب، از

۱. برای نمونه: ماده: ۱۷ قرارداد خدمت میدان نفتی سوسنگرد در ایران و قرارداد استاندارد فرا ساحلی انگلستان ۲۰۱۹ که کمیته‌ای دوجانبه با حضور نمایندگان طرفین قرارداد، این مأموریت را بر عهده داشتند تا به موضوعات فنی و مهندسی و اقتصادی ناشی از قرارداد رسیدگی کنند که به ایفای تعهدات قراردادی مربوط است؛ یا در ماده: ۱۷ قرارداد بیع متقابل میدان نفتی آذر که کمیته مدیریت مشترک پیش‌بینی شده بود. بر اساس این ماده، شرکت ملی نفت ایران و پیمانکار طرف قرارداد، متعهد بودند حداکثر ظرف سی روز از تاریخ لازم‌الاجراء شدن قرارداد، کمیته مدیریت مشترک را ایجاد کنند.

دو وضعیّت پیشین، از پیچیدگی و حواشی بیشتری برخوردار هستند؛ مانند: تعلیق اجرای قرارداد و ایجاد حق فسخ برای یکی از طرفین قرارداد.

در فرض نخست، گاهی پیش می‌آید که تأثیر برخی تغییرات و اتّفاقات بر ماهیت قرارداد نفتی، به گونه‌ای است که عملیات اجرایی را برای مدّتی، معلق و با وقفه‌ی غیرقابل پیش بینی رو به رو می‌سازد. در این فرض، باید در خصوص ماندگاری یا تأثیر این رویداد بر روح قرارداد، تصمیمی دقیق و سریع، اتّخاذ گردد؛ به عبارتی، شرایط وقوع این تغییرات و بازه زمانی استمرار آن، به گونه‌ای است که حسب حالت و اوضاع و احوال پیش آمده، باید یا منتظر بهبود این شرایط ماند و یا در مقام رفع آن برآمد.

از یک سو، انتظار بی‌هوده می‌تواند منشأ لطمات و خسارات جبران ناپذیر اقتصادی شود و از سوی دیگر نیز خاتمه قرارداد، خود، وضع بغرنج دیگری است؛ از این رو، باید این وضعیّت، هر چه سریع‌تر رفع گردد. اگر این شرایط، قابل رفع باشد - مانند: سیل، زلزله یا وقایع طبیعی دیگر - و امکان اعاده‌ی وضع، به حالت سابق، پس از رویداد خارجی، وجود داشته باشد، انتظار طرفین، برای گذر از تعلیق، منطقی و امری طبیعی است؛ اما اگر وقایع پیش آمده، اجرای پروژه را غیر مقدور سازد، دیگر، محمّلی برای انتظار نیست و ناگزیر، باید به حق فسخ، روی آورد (حق گزار، ۱۴۰۲، ۱۷-۲۲).

نوشتار پیش رو، ضمن ارائه‌ی مفهوم تعادل اقتصادی، به مبانی حقوقی بازیابی ثبات از دست رفته‌ی قراردادهایی روی می‌آورد که موازنه‌ی اقتصادی آن‌ها، تغییر و از دست رفته است و مترصد تبیین و اثبات این فرضیه و گزاره است که زمانی می‌توان رأی با اعاده‌ی تعادل اقتصادی از دست رفته قرارداد نفتی داد که تغییرات بنیادین اوضاع و احوال قرارداد اساسی، غیر مترقبه و غیر قابل پیش بینی، غیر قابل دفع و خارجی باشد؛ در غیر این صورت، نمی‌توان ثبات از دست رفته را از طریق مذاکره‌ی مجدد، اعاده کرد و با تلاش برای اعاده‌ی موازنه‌ی اقتصادی، به برقراری ثبات قرارداد نفتی، رأی داد.

### ۱. مفهوم تعادل اقتصادی

واژه‌ی: تعادل، از ریشه عدل و مصدر باب تفاعل است و در لغت، مترادف با واژگانی چون: اعتدال، میانه، تساوی، تراز، برابری، معادله، موازنه، هم چندی، بالانس (در فرهنگ حقوقی غرب)، همسانی و توازن، مستعمل است (رستمی فر، ۱۴۰۰، ۲۳).

اقتصاددانان، تعادل اقتصادی را به زمانی مختص می‌دانند که بین عرضه و تقاضا، مناسبت وجود دارد (منتظرظهور، ۱۳۸۱، ۱۳۸)؛ ولی حقوقدانان، تعادل اقتصادی را برابری عوضین معاملات و قراردادها و موضوعی فرا اقتصادی و غیر مختص به بازارها، کسب و کار و عرضه و تقاضا، می‌دانند (ایران پور، ۱۳۹۸، ۲۵). شاید بدین جهت است که برخی نویسندگان، تعادل اقتصادی را گونه‌ی جدیدی از شرط ثبات در قراردادها، تعریف می‌کنند و قائل هستند که شرط حفظ تعادل اقتصادی، چهره‌ی جدید و غیراستعماری و

دقیق‌تر شرط ثبات در قراردادهای نفتی است که بر اساس آن، در صورتی که در مرحله اجرای قرارداد، قوانین جدید، یا وضع مالیات‌ها و یا رویدادهای دیگر، تعادل خطرها و پاداش‌ها و سودها و منافع اقتصادی تثبیت شده در یک قرارداد را دگرگون سازند، دولت، ملزم است این تعادل بر هم خورده را موازن کند و این، همان مفهوم حقوقی تعادل اقتصادی است (زین الدین و شاهمرادی، ۱۳۹۴، ۲۲۲-۲۲۳؛ نقیب زاده و ملکی زاده، ۱۳۹۶، ۳۸)؛ بدینسان، هرگاه، در قراردادهای نفتی، اوضاع و احوال بنیادین اقتصادی قرارداد، دگرگون گردد - که مبنای وجودی و سنگ بنای اولیه‌ی تشکیل قرارداد است - و این تغییر، سبب دگرگونی ارزش عوضین و منافع اقتصادی طرفین گردد، به نحوی که آن را به طور فزاینده‌ای تغییر یا دچار نوسان سازد، از حیث حقوقی، مجال بحث درباره‌ی تعادل اقتصادی قرارداد است (شیروی، ۱۳۹۳، ۴۸۲-۴۸۳).

## ۲. اهداف تعادل اقتصادی در قراردادها

با تعریفی که از تعادل اقتصادی، به میان آمد، مسلّم است که هدف تعادل اقتصادی، تنها، به ایجاد توازن بین ارزش عوضین در قراردادها منحصر نیست، بلکه ارزش‌های دیگری را مانند: ارزش‌های اجتماعی، انسانی و ... نیز دنبال می‌کند که در صورت عدم تصریح در قراردادها، به حکم اخلاق، قابل احصاء هستند؛ با این تعبیر که وقتی، با تکیه بر اصل حاکمیت اراده، قراردادی، انعقاد می‌یابد، نمی‌توان، بعداً، آن را نا متوازن و فاقد تعادل اقتصادی، فرض کرد و به برقراری توازن و تعادل بعدی آن، رأی داد و یا به مذاکره‌ی مجدد، جهت حفظ تعادل بر هم خورده‌ای، حکم داد که ناشی از توافق و بنای اولیه‌ی اراده‌های خصوصی بوده است (رستمی فر، ۱۴۰۰، ۲۸).

ناگزیر، باید، با تمرکز بر نظام‌های حقوقی و اقتصادی، هدف از تعادل اقتصادی قراردادها را مجموعه‌ای از اصول حقوقی و اقتصادی حاکم بر قراردادها دانست (فایز محمدحسین، ۲۰۰۹، ۱۰). به طور مسلّم، این اصول، با خصیصه‌ی پیشگیری از تحوّل و دگرگونی‌های بنیادین و اساسی بعدی، به دنبال ایجاد نظم و ثبات در قراردادها هستند؛ به نحوی که دستیابی به تعادل اقتصادی قراردادها، دستیابی به عدالت قراردادی و توزیع عادلانه ثروت، قلمداد گردد که هدف اخلاقی و انسانی تعادل اقتصادی قراردادها است. انسان‌ها، در روابط اجتماعی و اقتصادی، از برخی منافع و سودآوری‌ها به میل و اراده‌ی خود، صرف نظر می‌کنند و در این فرآیند، امتیازاتی نیز به دیگر طرف‌های قرارداد، اعطاء می‌کنند، تا جامعه، به ثبات و نظم مورد نظر برسد (رستمی فر، ۱۴۰۰، ۲۹). این مبنا، در قراردادهای نفتی، به شکل قابل لمس، جلوه می‌کند؛ چه اینکه حفظ عدالت توزیعی و صیانت از ثروت ملی، اقتضاء می‌کند که همواره، پروژه‌های نفتی، از ثبات مستحکمی برخوردار باشند؛ زیرا هرگونه سستی و تزلزل در این قراردادها، به حیف و میل سرمایه‌های عظیم و ملی کشور، منجر است و نه تنها، سرمایه‌گذاری خارجی را در کشور، با چالش جدی مواجه می‌سازد، بلکه به بی‌ثباتی اقتصادی، تورم و ورشکستگی دولت در کشور میزبان، منجر است.

### ۳. مبنای وجودی تعادل اقتصادی در قراردادها

از آنجا که تمامی مکاتب حقوقی، برای التزام و تعهد، اهمیت و ارزش خاصی قائل هستند، اعتقاد دارند: توجیه اقتصادی، اراده و بهای عادلانه، زمینه‌ی تعادل اقتصادی قراردادها را فراهم می‌سازد و حوزه‌ی قراردادها، از دو جنبه‌ی اخلاقی و اقتصادی، واجد اهمیت است؛ جنبه‌ی اخلاقی قرارداد، بر پایه‌ی حمایت از بقای جامعه و حفظ نظم اقتصادی و توزیع عادلانه ثروت و منافع ناشی از عوض قرارداد، استوار است و جنبه‌ی اقتصادی، بر پایه‌ی ارتباط بین تعهدات طرفین، قرار دارد (Larroumet, 1998, 422).

گروهی از نویسندگان، وظیفه دوم قرارداد را با نظریه‌ی عمومی قراردادها، بسط و گسترش می‌دهند و مفهوم عدالت معاوضی را در قالب نظریه‌ی جدیدی تحت عنوان نهادی عادلانه، طرح می‌کنند (رستمی‌فر، ۱۴۰۰، ۳۹) که مطابق آن، باید، در نتیجه‌ی تغییرات و دگرگونی‌های به وجود آمده از اوضاع و احوال جدید، به جای روی آوردن به نهادهایی مانند: فسخ و مطالبه خسارت و یا توقف موضوع قراردادها و تعهدات، در مقام برقراری ارزش اقتصادی قرارداد، با توجه به اوضاع و احوال جدید برآمد. مطابق نظر مزبور، باید گفتگوی جدید، بر مبنای برقراری تساوی واقعی بین عوضین قرارداد باشد و نه تنبیه طرف مقابل و دریافت غرامت، با استفاده از نهادهای: فسخ، خاتمه قرارداد و امثال آن (Berthiaux, 1997, 9).

### ۴. بر هم خوردن موازنه‌ی اقتصادی و ثبات قرارداد

از اواسط قرن بیستم تا سال ۱۹۷۰ میلادی، شرکت‌های آمریکایی که بیشترین سهم را در پروژه‌های نفتی خارجی، خصوصاً، در آمریکای لاتین و خاورمیانه داشتند، همواره سعی می‌کردند با درج شروطی مانند: شرط ثبات<sup>۱</sup> و شرط موازنه‌ی اقتصادی<sup>۲</sup>، کفه ترازو را به نفع خویش در نظر گیرند (نقیب زاده و ملکی زاده، ۱۳۹۶، ۳۸). مبنای این شروط نیز در ابتداء، این بود که آمریکایی‌ها می‌خواستند: در صورتی که دولت میزبان، صنعت نفت را ملی اعلام کند و یا اموال سرمایه‌گذاران را مصادره کند، دست برتر را گرفته باشند و بدین سان، از خطر قراردادهای خویش با آنان بکاهند؛ به نحوی که نه فقط سرمایه‌گذاری پربازده باشد، بلکه در صورت حدوث هرگونه بی‌ثباتی قراردادی از سوی دولت میزبان، یا بر هم خوردن موازنه‌ی اقتصادی، شرایط و اوضاع و احوال قراردادی، تماماً، به نفع آنان تفسیر شود که در عمل نیز چنین بود.

هدف از برقراری موازنه‌ی اقتصادی، در قراردادهای نفتی، حمایت از منافع سرمایه‌گذار، برابر تغییرات بعدی حقوقی و نه فنی و یا بازداشتن دولت میزبان از تغییر قوانین و مقررات علیه منافع مالی و اقتصادی سرمایه‌گذار نیست، بلکه هدف، حفظ منافع سرمایه‌گذار، برابر نقاط ضعف مالی حاصل از آن تغییرات است؛ مانند زمانی که دولت میزبان، بتواند با تغییر قوانین و وضع قوانین جدید، در قراردادهای نفتی، آزادانه

1. Condition of Stability.

2. Condition of Economic Balance.

عمل کند؛ به گونه‌ای که موازنه‌ی قبلی پیش بینی شده را دگرگون، متأثر و یا به نحوی سلیقه‌ای، دستخوش تغییرات و اعمال بازنگری‌های یک جانبه قرار دهد.

در هر حال، در این فرض، مطلوب، این است که دولت میزبان، متعهد شود غرامت هرگونه خسارت-هایی را پرداخت کند که به خاطر برقراری مجدد توازن اقتصادی به بار آورده است (نقیب زاده و ملکی زاده، ۱۳۹۶، ۴۰؛ شمسایی، ۱۳۹۶، ۱۰۸)؛ با این وجود، مانند نظریه: تغییر بنیادین و اساسی اوضاع و احوال قراردادهای نفتی، در تثبیت و موازنه‌ی اقتصادی نیز استناد به برقراری تعادل اقتصادی به طور گسترده و نامحدود، قابل پذیرش نیست؛ بلکه بسیار مضیق و تابع شرایط خاصی است.

برای نمونه، باید برای استناد به برقراری تعادل اقتصادی، چهار مؤلفه را زمان انعقاد قرارداد و حین اجرای پروژه، در نظر داشت؛ جلوگیری از اصلاحات یک جانبه، جلوگیری از اصلاح قانون با تأثیر مستقیم بر تعهدات قراردادی، تثبیت قانون زمان قرارداد و تثبیت وضعیت اقتصادی در زمان انعقاد قرارداد (نقیب زاده و ملکی زاده، ۱۳۹۶، ۴۵). مطابق این شرایط، سعی می‌شود وضعیت برابری برای طرفین قراردادهای نفتی، ایجاد گردد و تا حد امکان، از ارتکاب اعمال یک جانبه‌ای اجتناب شود که موازنه‌ی اقتصادی را بر هم می‌زند.

چنین رویکردی، نه فقط به سود سرمایه‌گذار است، بلکه ضامن حقوق و منافع کشور و دولت میزبان و صاحب نفت نیز می‌شود (بابایی، ۱۳۹۶، ۵۶-۵۷)؛ زیرا تثبیت قرارداد، سبب می‌شود: کاهش و افزایش قیمت نفت، تأثیری بر منافع اقتصادی طرفین نداشته باشد؛ کاهش قیمت نفت، به ضرر دولت میزبان و به نفع سرمایه‌گذار خارجی تلقی یا تفسیر نمی‌گردد و بالعکس، در فرض گران شدن قیمت نفت، سرمایه‌گذار نتواند ادعا کند: دچار ضرر شده است و توازن اقتصادی قرارداد، بر هم خورده است تا در این فرض، حکم قضیه، به سود دولت میزبان تلقی شود.

### ۵. موازنه‌ی اقتصادی، شرط تثبیت قراردادهای نفتی

کاربرد موازنه‌ی اقتصادی و کیفیات مربوط به آن، مانند: شروط تثبیت، با هدف اعاده‌ی تعادل اقتصادی از دست رفته، ویژه زمانی است که تعادل قراردادی هنگام انعقاد قرارداد، به مرور زمان، در طی مدت قرارداد، با اختلال مواجه می‌شود. دولت میزبان می‌تواند به منظور بازگرداندن تعادل در مقام جبران خسارت، در مفهوم عام، و یا تغییر موازنه‌ی اقتصادی، به نحوی رفتار کند که مؤثر به حال طرفین باشد. واضح است که در چنین فرضی، این، دولت میزبان است که باید با گشاده دستی و حسن نیت، برای اعاده‌ی تعادل، الفت به خرج دهد.

اینکه اصولاً، قراردادهای نفتی در مجموعه‌ی قراردادهای اداری و مربوط به حقوق عمومی کشورها قرار دارد (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۷۱)، همواره، این ذهنیت را به وجود می‌آورد که موازنه‌ی اقتصادی،

به سود دولت میزبان است؛ زیرا صرفاً، هدف از انعقاد این قراردادها، تحصیل سود و منفعت مالی نیست، بلکه صیانت از حقوق اقتصادی شهروندان است؛ لذا هرگاه این موازنه، بر هم خورد، دولت میزبان، با رعایت مصالح و منافع عمومی جامعه، در مقام بازگرداندن تعادل از دست رفته برمی‌خیزد و خارج از این چهارچوب، به طور مشخص نمی‌تواند به مذاکره‌ی مجدد یا درج شروط تثبیت و یا ساز و کاری دیگر در جهت تأمین منافع اقتصادی سرمایه‌گذار خارجی، تن دهند؛ از این رو، هرگاه، از قراردادهای اداری در حوزه‌ی نفت و گاز، سخن می‌رود، اصولاً، مقصود، اجرای صحیح نظریه‌ی برتری منافع عمومی، نسبت به منافع خصوصی، اعم از اشخاص حقوقی خصوصی و حقوق عمومی است و نمی‌توان به طور کورکورانه، در راستای جلب منافع طرف دیگر قرارداد اقدام کرد.

### ۱-۵. نظریه‌ی برتری منافع عمومی

در بستر حقوق عمومی، نظریه‌های خدمت عمومی و برتری منافع عمومی، نسبت به منافع خصوصی، رشد ویژه‌ای داشته‌اند؛ به گونه‌ای که این برتری می‌تواند مبنایی برای دولت‌های صاحب نفت، در تعیین شرایط سرمایه‌گذاری و تغییر در آن، تلقی شوند (قیصریان و امینی، ۱۴۰۱، ۶۲).

بر این اساس، قراردادهای نفتی، از سه وصف بسیار مهم برخوردار هستند که وضعیت تغییر موازنه‌ی اقتصادی را از ابتداء، به سود دولت میزبان، لحاظ می‌کند؛ اما با رعایت نفع برابر، شرایط قراردادهای یکسان و رعایت اصول و قواعد مسلم حقوق بین الملل، این موازنه، باید موافق با اصل حاکمیت اراده‌ها در قراردادی خارجی با شرایط برابر انعقاد یابند و دولت میزبان، به طور طبیعی نمی‌تواند با این ادعا که قراردادهای نفتی، تابع قراردادهای اداری و حقوق عمومی هستند، از تغییر بعدی موازنه‌ی اقتصادی، تماماً، به نفع خویش بهره برداری کند؛ زیرا در این فرض، امکان ورود به مبادی قانونی و قضایی بین المللی حل اختلاف و احتمالاً، ابواب غیردوستانه بعدی، مانند: الزام به جبران خسارت و پرداخت غرامت، فراهم می‌شود که این، خود، مغایر با جلب منفعت عمومی است؛ زیرا این مقادیر و پرداخت خسارات، ناگزیر می‌بایست از خزانه عمومی کشور پرداخت شود که بی تردید، موجب ایجاد بیشتر مشکلات اقتصادی، از جمله: فقر، تورم، کاهش بودجه، بیکاری و ... می‌شود؛ لذا با لحاظ همه‌ی جوانب، دولت میزبان می‌تواند در انعقاد قراردادهای نفتی، به شرایط و کیفیات حقوق عمومی، استناد کند و این شرایط، از ابتداء، در زمان انعقاد و اعلام اراده، جلوه می‌کند که دولت‌ها یا شرکت‌ها و دستگاه‌های وابسته، با رعایت حقوق عمومی، به انعقاد این قراردادها مبادرت می‌کنند؛ لحاظ نفع عمومی و اصول حاکم بر قراردادهای اداری.

می‌توان چهار ویژگی اصلی را برای قراردادهای اداری برشمرد:

الف) عمومی بودن یکی از طرفین قراردادهای نفتی که اولین و مهمترین ویژگی قراردادهای اداری است.

ب) خدمت‌رسانی عمومی، هدف از انعقاد قرارداد اداری است که نشان‌دهنده‌ی آرمان اصلی این قراردادها است.

ج) حاکمیت و قواعد و اصول خاص ناظر بر قراردادهای اداری که همانا تأمین منفعت عموم در آن‌ها مطلوب و مَطْمَح نظر است و دولت، در انعقاد آن‌ها، در مقام چیزی جز این نیست.

د) وجود مراجع اختصاصی برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات و دعاوی اداری که قراردادهای نفتی نیز داخل در آن هستند. آیین و کیفیت رسیدگی به دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری‌های نفتی، تابع قواعد و شرایط خاصی است که گاهی، این قواعد، خارج از اراده‌ی طرفین است و تابع اصول و قواعد حقوق بین‌الملل هستند.

#### ۱-۵-۱. عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد نفتی

اولین ویژگی همه‌ی قراردادهای اداری، عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد است (انصاری، ۱۳۹۲، ۹۰). همچنین، حتی اگر در قراردادهای اداری به این موضوع، تصریح نشود، اصل بر این است که یکی از طرفین قرارداد اداری، شخص عمومی است (قیصریان و امینی، ۱۴۰۱، ۶۳)؛ با این وجود، ممکن است که دو طرف یک قرارداد، اشخاص خصوصی باشند، اما به جهت موضوع قرارداد و هدف غایی آن، که خدمت‌رسانی عمومی است، آن قرارداد، اداری به شمار می‌آید که با ماهیت خاص قراردادهای اداری هیچ منافاتی ندارد (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۷۲).

با اِبتِنای بر این شاخص (عمومی بودن قراردادهای اداری) و با امعان نظر به تصریح قانون مدیریت خدمات کشور (در ماده سیزدهم) بر امکان مشارکت بخش خصوصی در امور مربوط به تصدّی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی با نظارت و حمایت دولت، اگر بخش خصوصی در این راستا، قراردادی منعقد نماید، این قرارداد را می‌توان اداری دانست (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۷۶) بنابراین، ظرفیت دولت یا نهادهای دولتی یا نهادهای زیرمجموعه دولت و بطور کلی نهادهایی که مترصد حمایت دولت در این زمینه می‌باشند، در انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری، هدف خویش را می‌بایست در راستای تأمین منافع عمومی دنبال کنند که این خود، چیزی ارائه تعریف از قراردادهای اداری در معاملات و اعمال حقوقی آنان نخواهد بود.

#### ۱-۵-۲. هدف انعقاد قرارداد نفتی

هدف انعقاد قرارداد اداری، دیگر شاخص این قراردادها است که مهمترین ویژگی این قراردادها نیز به شمار می‌آید (قیصریان و امینی، ۱۴۰۱، ۶۴). آرمان همه‌ی قراردادهای اداری، چیزی جز خدمت‌رسانی عمومی و برآوردن منفعت عمومی برای کل جامعه نیست (انصاری، ۱۳۹۲، ۱۱۴) و نشانگر ارتباط موجود میان فعالیت‌های اداره و رفاه عمومی است (Langrod, 1955, 329). اساساً، این هدف است که مبنایی عادلانه و منصفانه برای ویژگی ترجیحی حقوق عمومی در راستای تأمین و جلب نفع عمومی تلقی می‌شود



(زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۱۷) و این، خود، نشان از آن دارد که راهبرد قراردادهای نفتی، یک راهبرد کلان در راستای منافع عمومی و حقوق اداری هر کشوری است.

### ۱-۳. حاکمیت قواعد و اصول خاص بر اعمال اداری

حکمرانی قواعد خاص بر اعمال و معاملات تابع حقوق اداری، در هدف قراردادهای اداری، یعنی: تأمین منفعت عموم جامعه، ریشه دارد و بر این مبنا، این مقررات، ترجیحی، اقتداری، امتیازی و حمایتی نامیده می‌شوند (عباسی و سهرابلو، ۱۳۹۹، ۱۱۵؛ زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۷۲).

بنا بر این، برآوردن منافع و تضمین مصالح عمومی، قواعدی فراتر از برابری طرفین معامله، خصوصاً، در قراردادهای بین‌المللی می‌طلبد ولو آنکه طرف معامله، دولتی نباشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۴۰۰، ۳۳۶)؛ در واقع، با اتکاء به همین قواعد، ممکن است دولت کشور میزبان، مقررات جدیدی در مغایرت با شرط تثبیت مندرج در قرارداد، وضع کند که امکان اعاده‌ی تعادل و برقراری موازنه‌ی از دست رفته را با اشکال و تعذر مواجه کند.

### ۱-۴. وجود مراجع اختصاصی برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات و دعاوی نفتی

همواره، ارجاع اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای اداری، در این مسأله، خلاصه می‌شود که غایت این قراردادها، برآوردن منفعت عمومی است؛ زیرا همواره، باید جلب و تأمین منافع عمومی، از طریق مبادی مطمئن و قابل اعتمادی، حمایت شود و دولت یا نهاد پذیرنده‌ی سرمایه نمی‌تواند با این عذر و بهانه که موضوع اختلاف و دعوا به فلان مرجع بین‌المللی ارجاع شده است، از زیر بار مسئولیت و پاسخگویی بعدی، شانه خالی کند.

اصولاً، در حقوق داخلی، دعاوی ناشی از قراردادهای اداری، در محاکم عمومی، رسیدگی می‌شود و در اختلافات بین‌المللی که طرف دیگر قرارداد، خارجی است، باید دولت، در متن قرارداد، از یک مرجع معتبر و قابل اطمینان، جهت حل و فصل اختلاف، یاد کند. باید دولت یا هر نهاد و دستگاه وابسته و زیر مجموعه‌ی دولت، در کلیه قراردادهای اداری، با لحاظ هدف، نسبت به حل و فصل اختلافات و دعاوی احتمالی بعدی اقدام کند که ناشی از قراردادهای اداری است و هدف غایی در این قراردادها نیز چیزی جز تأمین منفعت عمومی نیست (عباسی و سهرابلو، ۱۳۹۹، ۱۱۵).

### ۲-۵. اقسام شرط تثبیت قراردادهای نفتی

شرط تثبیت در قراردادهای نفتی، دارای اقسام و شئونی است که ذیلاً، از آن، سخن می‌رود:

#### ۱-۲-۵. شرط ثبات قرارداد نفتی

به موجب شرط ثبات در قراردادهای نفتی، دولت‌ها و به طور معمول، دولت میزبان، ملتزم است از اختیارات خویش، از منظر حقوق عمومی و به جهت قرار داشتن در مقام اداری، در برهم زدن نظم قراردادها استفاده نکند (عباسی و سهرابلو، ۱۳۹۹، ۱۱۵). در این فرض، باید دولت میزبان، از قانونگذاری خاص، عام و هر

اقدام دیگری، جداً، اجتناب کند که به تغییر یا فسخ قرارداد، منجر است؛ در واقع، این شرط، تغییر در مفاد قرارداد را تنها، در صورت توافق طرفین، امکانپذیر می‌سازد و عمل یک جانبه‌ی دولت را در خصوص آن، برحذر می‌دارد (Umirdinove, 2018, 461)؛ بر این مبنا، با درج شرط ثبات در قرارداد نفتی، مانعی بزرگ در مسیر قانونگذاری حکومت، در خصوص سرمایه‌گذاری در حوزه‌ی نفت، به نفع شرکت‌های سرمایه‌گذار، ایجاد می‌گردد (مافی و تقی پور، ۱۳۹۲، ۵۴).

نتیجه‌ی درج این شرط در قراردادهای نفتی این است که تغییر موازنه‌ی اقتصادی بعدی نمی‌تواند مجوزی برای فسخ یا خاتمه قرارداد از سوی دولت میزبان باشد. در این ارتباط، دیوان داوری اکسید، در یکی از دعاوی بین‌المللی، در پرونده پارکرینک علیه دولت لیتوانی، بر هر گونه عمل یا اقدام نا عادلانه، نا معقول و تبعیض آمیز از سوی دولت لیتوانی رأی داد؛ با این وجود، دیوان، پذیرفت: باید سرمایه‌گذاران خارجی و فعالان اقتصادی، این پیش‌بینی را می‌کردند که ممکن است قوانین در گذر زمان، با تغییر و دگرگونی مواجه شوند، اما اینکه این قوانین، بعداً، به ضرر سرمایه‌گذار خارجی، استفاده شوند، غیرقابل قبول است؛ زیرا نباید تغییر و تحولات بعدی، غیر عادلانه و تبعیض آمیز باشند.<sup>۱</sup>

#### ۲-۲-۵. شرط انجماد یا اعمال قانون زمان انعقاد

به موجب این شرط، قانون حاکم زمان انعقاد قرارداد، بر قرارداد نفتی حاکم است؛ یعنی: اوضاع و احوال زمان وقوع عقد و قرارداد بر جریان امور و مفاد قرارداد حکومت دارد. با اینکه دولت‌ها، حین اجرای قراردادهای نفتی از تغییر قوانین و مقررات داخلی منع نشده‌اند، اما این تغییر قوانین نمی‌تواند بر قرارداد نفتی منعقد اثر گذارد؛ به عبارت دیگر، قانون زمان انعقاد قرارداد، قانون ثابت و حاکم بر قرارداد تا پایان آن، فرض می‌شود (شمسایی، ۱۳۹۶، ۱۰۸).

با این وصف، اگر دولت میزبان، با اعمال قوانین و مقررات جدید، بر قرارداد حاوی شرط انجماد، مغایر با شرط قراردادی عمل کند، خود را در مقام پاسخگویی و احتمالاً، پرداخت غرامت، به جهت نقض مفاد قرارداد قرار می‌دهد؛ البته، گاهی اوقات، بنا به برخی مصالح و جهات عامه، ممکن است در قراردادهای نفتی، به جای درج شرط انجماد و یا افزون بر آن، از مفاهیم دیگری، همچون: شرط عدم تسری و شرط عدم مداخله نیز استفاده شود که کم و بیش دارای مفهومی مشابه با شرط انجماد است (نیکبخت، ۱۳۸۴، ۲۰).

در حقوق مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی و معاهدات بین‌المللی اصولاً دوجانبه در حوزه نفت و گاز، شرط انجماد، کاربرد بسیاری دارد؛ به نحوی که کمتر قرارداد یا معاهده‌ی دوجانبه‌ی بین‌المللی در حوزه‌ی سرمایه‌گذاری خارجی یافت می‌شود که فاقد شرط انجماد باشد.

1. Parkerings Campagniet AS v Lithuania (Hereinafter Parkerings v Lithuania), ICSID Case no ARB/05/8.

## ۲-۵-۳. شرط موازنه‌ی اقتصادی

امروزه، در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، بسیاری از کشورها، به ویژه کشورهای عضو همکاری و توسعه اقتصادی، از درج شروط تثبیت، خودداری می‌کنند؛ زیرا، قانون اساسی این کشورها، دولت را از پذیرفتن تعهدی بازداشته است که پیشاپیش، دست دولت‌های بعدی را در قراردادهای سابق می‌بندد (Cameron, 2010, 17)؛ با این وجود، نیاز مبرم کشورهای در حال توسعه، به صادرات نفت و گاز، این اهمیت را بیش از پیش ایجاد کرده است که دولت‌ها، در قراردادهای نفتی، رویه‌ی به مراتب انعطاف پذیرتری در استفاده از شروط تثبیت، برگزینند تا در عمل، به کارآیی بیشتر این شروط، منجر شود.

در حال حاضر، کمتر دولت یا شرکت خارجی فعال در حوزه‌ی نفت و گاز، ترجیح می‌دهد در پروژه‌هایی شرکت کند که از حالت ثبات و پایداری، پیروی نمی‌کند؛ چه اینکه هرگونه خُلف وعده‌های بعدی دولت میزبان می‌تواند خسارات هنگفتی به شرکت سرمایه‌گذار وارد کند، در حالی که اگر این شروط، در قرارداد گنجانده شوند، دولت میزبان به آسانی و با فراغ خاطر نمی‌تواند منفعل عمل کند؛ ضمن اینکه این گونه دولت‌ها نمی‌توانند پس از درج شروط تثبیت در قراردادهای نفتی، به مغایرت شروط تثبیت در قراردادهای نفتی با قانون اساسی خویش، استناد کنند؛ چراکه مطابق شرط انجماد، این، قانون زمان انعقاد است که تا پایان مدت قرارداد، بر توافق حاصله حکومت می‌کند.

با این شرح، موازنه‌ی اقتصادی، برای هر دو سوی قرارداد، قابل استناد است و به این مضمون نیست که درج آن در قرارداد، صرفاً، به سود سرمایه‌گذار خارجی است، بلکه تغییرات بعدی که موازنه‌ی اقتصادی قرارداد را هدف قرار می‌دهند، حسب مورد می‌توانند به نفع دولت میزبان، تفسیر و تأویل شوند (قیصریان و امینی، ۱۴۰۱، ۶۹)؛ اما نباید از این مسأله، به سادگی گذشت که شرط موازنه در قراردادهای نفتی، دو حالت مختلف را در قرارداد ایفاء می‌کند؛ نخست اینکه چون شرط موازنه، با رعایت تضمین منافع اقتصادی طرفین، خصوصاً، در بحث قیمت‌ها، نوسان‌های اقتصادی و ارزش پول و ... لحاظ می‌شود، لذا بیش از اینکه به دنبال جبران ضرر یا دفع ضرر باشد، در مقام تنظیم عادلانه‌ی قرارداد، برای برقراری تعادل اقتصادی است.

دوم اینکه گاهی، شرط موازنه، در قالب و مقام شرط ثبات اقتصادی، در قراردادها، درج و پیش بینی می‌شود؛ در این حالت، دو عنصر مهم در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی مد نظر قرار می‌گیرد: ثبات و انعطاف.

در این فرض، شرط موازنه، به دنبال حفظ منافع مالی سرمایه‌گذار و خسارات مالی ناشی از تغییر قوانین و مقررات است. در این مفهوم، شرط ثبات اقتصادی که ممکن است در قالب شرط موازنه‌ی اقتصادی کامل یا جزئی، متبلور شود، ماهیت ترمیمی پیدا می‌کند و تأکید آن نیز بر جبران خسارات اقتصادی است و نه منع از وضع یا شمول قانون (Salacuse, 2000, 1317).

بنا بر این، ممکن است بر هم خوردن این موازنه در حوزه‌ی نفت و گاز، به علت تغییرات اوضاع و احوال بنیادین قرارداد، تغییر بعدی قوانین و مقررات و یا رویدادهای دیگری باشد. به دلیل پیچیدگی‌های حقوقی و فنی بودن موضوع، امکان وقوع تغییرات متعدد در عرصه‌های قانون‌گذاری، سیاسی، فنی و مهندسی، اقتصادی و حقوقی بیشتر وجود دارد. چنین رخدادهایی، بی‌تردید محل رویارویی اصل الزام آور بودن قراردادهای و اصل تغییر شرایط ناظر بر قرارداد است (شیروی و شعبانی جهرمی، ۱۳۹۱، ۱۶۸).

### ۳-۵. شرط موازنه‌ی اقتصادی از منظر حقوق اداری

در حقوق اداری، اصل حاکمیت قانون، یکی از اصول بلا منازع حقوق عمومی و به معنای لزوم منطبق بودن تمامی اقدامات اداری، با قانون است (منصوری نیا، ۱۴۰۰، ۱۳۸)؛ بنا بر این، مسلم است که اداره و سازمان دولتی نمی‌تواند بر سر صلاحیت حاکمیتی خویش، معامله کند و یا اقتدار خویش را با خدشه مواجه سازد (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ۱۷۳).

به لحاظ اصل مشخص تفکیک قوا، قوه‌ی مجریه - که وظیفه انعقاد معاملات خارجی و انعقاد قراردادهای بین‌المللی را بر عهده دارد - نمی‌تواند صلاحیت و اختیارات نهاد قانون‌گذاری را محدود و یا اساساً، در آن، دخالت و اعمال صلاحیت کند؛ اما همیشه، این ضرورت، وجود دارد که باید دولت، نماینده سیاسی و نماد حاکمیت، به هنگام انعقاد قرارداد با دولت یا شرکت خارجی، به تثبیت یا انجاماد قرارداد تا پایان مدت قرارداد، تعهد دهد که ممکن است بازه زمانی زیادی را شامل شود (پیران، ۱۳۸۹، ۸۶). همچنین، در عمل، شرط تثبیت قرارداد نمی‌تواند دولت را از تصویب قوانین در این خصوص، منع کند؛ چنانکه دیوان داوری ایکسید در پرونده: پارکرینگ علیه دولت لیتوانی، آورده است.

### ۴-۵. شیوه‌های اعمال شرط موازنه‌ی اقتصادی

شرط موازنه‌ی اقتصادی در قراردادهای نفتی، با تکیه بر اصل نه منفعت، نه زیان، در پی برقراری مجدد تعادل اقتصادی قراردادی است که تعادل اقتصادی آن، به دلیل اعمال یک جانبه‌ی دولت میزبان، نظیر: ملی کردن و مصادره اموال، تغییر قوانین مالیاتی و یا موارد دیگری، بر هم خورده است. این شرط، می‌کوشد نظم پیشین قرارداد را به آن، بازگرداند (Horn, 2022, 32).

هدف از قراردادن چنین شرطی، بازگرداندن تعادل اقتصادی از دست رفته، به قرارداد، به شیوه و در حدودی است که طرفین، پیش از آن، در قرارداد، به آن، تصریح کرده بودند؛ بر این مبنا، طرفی که اعمال شرط موازنه را درخواست می‌کند، به تغییر اوضاع و احوال جدید استناد می‌جوید، در حالی که طرف مقابل، عمدتاً، به اصل الزام قرارداد استناد می‌کند. این مبنا از اعمال موازنه‌ی اقتصادی، در قراردادهای نفتی، به سه شیوه، قابلیت اجرا دارد: مذاکره به منظور بازیابی تعادل اقتصادی، شرط تعدیل خودکار قرارداد و شروط موازنه‌ی اقتصادی نا معین.

#### ۴-۵. مذاکره به منظور بازیابی تعادل قراردادی

همواره، شرط مذاکره، از شروط مهم و کاربردی مذکور در در قراردادهای نفتی، به شمار می‌آید. این شرط، طرفین را به انجام مذاکره، برای دستیابی مجدد به نظم قراردادی ملزم می‌کند که توافق اولیه مبتنی بر آن بوده است. اعضای مذاکره کننده با تشریک مساعی، در پی رسیدن به راه حلی مشترک هستند که نتیجه‌ی آن به نفع هر دو طرف است (علیخانی، ۱۳۹۷، ۲۶۳).

البته، نباید این شرط را با شرط حل اختلاف یا مذاکرات بعدی خلط کرد که به بروز اختلافات ناشی از نحوه و کیفیت اجرای قرارداد، مربوط است؛ چه اینکه در شرط داوری یا حل اختلاف، طرفین در مقام حل و فصل اختلافی هستند که ممکن است به تعادل اقتصادی، مربوط باشد و یا نباشد، در حالی که شرط مذاکره، به منظور بازیابی تعادل اقتصادی قراردادی است که الزاماً، به تغییر موازنه‌ای مربوط است که نظم خویش را از دست داده است (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۷، ۲۱۵).

#### ۴-۵.۲. شرط تعدیل خودکار قرارداد

خلاف شرط مذاکره، در این نوع از شروط موازنه، قرارداد، به صورت خودکار، مطابق با شروط مقرر در قرارداد، اصلاح می‌شود؛ بدین معنا که ممکن است اعمال این شرط، مستلزم مذاکره و توافق میان طرفین قرارداد باشد و یا نباشد، اما در هر حال، باید از قبل، چهارچوب و الگوی مذاکره، در متن قرارداد پیش بینی شده باشد.

از مزایای این شیوه، بازگرداندن موازنه‌ی اقتصادی، انعطاف پذیر شدن قرارداد و ایجاد ثبات در آن و احتمال به ثمر نشستن بیشتر آن، به دلیل از پیش مقرر بودن شرایط تعدیل است (قیصریان و امینی، ۱۴۰۱، ۷۶) که البته، هیچ ضمانت اجرایی وجود ندارد که دولت میزبان، آن را اعمال کند؛ با این همه، بسیاری از متخصصان امر، شرط موازنه‌ی خودکار را کارآمدترین شرط، در موازنه‌ی اقتصادی می‌دانند؛ چون با تبیین شیوه‌ی بازگرداندن تعادل، به قرارداد و وابسته نکردن آن به صرف مذاکره‌ی طرفین، موفق‌تر عمل می‌کند. استناد این دسته از متخصصان، به پرونده: برلینگتون علیه دولت اکوادور،<sup>۱</sup> به وضوح، قابل لمس است.

در این پرونده، ابتداء، اقتصاد قرارداد، به ضرر دولت میزبان، یعنی: اکوادور، بر هم خورد و دولت اکوادور، با توجه به سهم مشارکت تعیین شده در قرارداد برای شرکت برلینگتون، از تغییرات شدید قیمت نفت متضرر می‌شد. دولت اکوادور، در سال ۲۰۰۶ میلادی، پس از ناکامی در مذاکره، برای تعیین میزان مشارکت سرمایه‌گذار در پروژه، مالیات را بر اضافه عایدی ناشی از افزایش قیمت نفت، معادل ۵۰ درصد و در سال بعد، ۲۰۰۷ میلادی، به ۹۹ درصد افزایش داد. در نتیجه‌ی این تغییر شدید موازنه، سرمایه‌گذار با استناد به برهم خوردن توازن قرارداد، تقاضای اعمال مجدد تعدیل کرد و به شرط مذاکره، تمسک جست؛ چه اینکه شرایط قرارداد، نشان از آن داشت که ممکن است هر یک از طرفین قرارداد، اعم از دولت میزبان

1. Burlington Res, Inc v Republic Ecuador, ICSID Case, no. ARB/08/5, Decision on Liability 323, Dec 14, 2012.

یا سرمایه‌گذار خارجی، از بر هم خوردن موازنه‌ی اقتصادی متضرر شوند و مآلاً، به شرط موازنه، تمسک جویند.

### ۳-۴-۵. شروط موازنه‌ی اقتصادی نا معین

در این دسته از شروط موازنه‌ی اقتصادی، به برقراری مجدد تعادل اقتصادی در صورت بر هم خوردن آن اشاره می‌شود، اما به طبیعت و طریق خاصی برای دستیابی به آن تصریح نمی‌شود.

ظاهراً چنین شرطی، در مقام عمل، دستیابی سرمایه‌گذار را به موازنه‌ی مجدد، دشوار می‌سازد؛ زیرا در قرارداد، تمهیدات مقتضی در این خصوص، تبیین و تعریف نشده است. این شروط می‌تواند دست‌آویزی برای دولت میزبان قرار گیرد و موجب ورود ابهام و افزایش هزینه‌های قرارداد شود (حسینی و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۳۰).

البته، باید بیان کرد: در این دسته از شروط، مذاکره، از نخستین گام‌ها در فرآیند برقراری موازنه است؛ به این صورت که مذاکره، در فرآیند شرط موازنه‌ی اقتصادی در قرارداد، نهفته است و از اجزای جدا نشدنی آن است (De Kwant, 2011, 207) که اگر مذاکره، به نتیجه برسد، مراد مطلوب طرفین حاصل است، ولی اگر مذاکره، بی نتیجه ماند، مذاکره مذکور، اگر به دلیل فقدان حُسن نیت یکی از طرفین باشد، مطالبه‌ی خسارت دور از تصور نیست (Momborg Uribe, 2011, 231) و در غیر این صورت، یکی از طرفین، اصولاً، متضرر می‌تواند موضوع اختلاف را به نهاد داوری ارجاع دهد که در این فرض، موضوع خارج از بحث شروط قراردادی موازنه دنبال می‌شود (Bernardini, 2008, 110).

### نتیجه‌گیری

ماهیت طولانی بودن مدت قراردادهای نفتی، سبب می‌شود که این قرارداد، برابر حوادث و رخدادهای پیش بینی نشده، ناگهانی و غیر قابل پیش بینی، موازنه‌ی اقتصادی ابتدایی را که منشأ اراده‌ی طرفین جهت انعقاد است، مخدوش و در نتیجه، قرارداد مزبور با از دست دادن تعادل، در وضعیت بی ثبات، قرار گیرد. هر چند که اصولاً، طرفین قراردادهای نفتی، در موقع انعقاد آن تدابیری می‌اندیشند تا این موازنه، به میزان قابل توجهی تثبیت گردد، اما با این وجود، این تمهید نتوانسته است که ثبات این قراردادها را تا پایان، حفظ یا تضمین کند.

بر هم خوردن واقعیت‌های سرمایه‌گذاری در قراردادهای نفتی، که به منزله‌ی حفظ منافع ملی برای دولت میزبان و کسب سود و منفعت اقتصادی برای سرمایه‌گذار است، آن را با چالش، مواجه می‌سازد؛ بنا بر این، زمانی که طرفین، از بین رفتن تعادل اقتصادی را در قرارداد نفتی، ادعا می‌کنند و در مقام اعاده‌ی آن برمی‌آیند، ناگزیر، از مفهومی به نام: ثبات قراردادی و شروط تثبیت، سخن می‌گویند.

هدف کلی شروط تثبیت، به معنای برقراری موازنه‌ی اقتصادی در قراردادهای نفتی است. این مهم، به خودی خود، محقق نیست و طرفین، ناگزیر هستند به مذاکره‌ی مجدد روی آورند؛ اما به طور معمول، این، مذاکره‌ی مجدد نیست که موازنه را اعاده می‌کند، بلکه حُسن نیت طرفین و نوع، کیفیت و ماهیت شروط قراردادی است که نتیجتاً، به اعاده‌ی تعادل از بین رفته، منجر است.

بنا بر این، هرگاه، اوضاع و احوال بنیادین این قراردادها تغییر کند، طرفین می‌توانند به منظور برگرداندن تعادل از دست رفته، در پی تغییر موازنه‌ی منفعت برآیند؛ این مهم، گاه، با توسل به شروط تثبیت و گاه، با یاری مذاکره‌ی مجدد، حاصل می‌گردد. به طور مسلم، بدون درج شروط تثبیت در قرارداد نفتی، به صرف مذاکره‌ی مجدد، فرض اعاده‌ی تعادل، تقریباً، غیر ممکن است؛ زیرا در این صورت، طرفین قرارداد نفتی، دقیقاً نمی‌دانند چانه زنی، درباره‌ی چه چیزی است. آن چیزی که طرفین قرارداد نفتی را به حصول راهکاری منطقی و منصفانه سوق می‌دهد، شروط تثبیت قرارداد در مقام بازگرداندن ثبات از دست رفته، در نتیجه‌ی تغییر بنیادین قرارداد است.

#### کتابشناسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله؛ فرخانی، هدایت؛ حمزه نهاد، ساحله، (۱۴۰۰)، تغییر بنیادین اوضاع و احوال در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز: مطالعه موردی حقوق ایران و کامن لا، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره: ۸، ص ۶۵-۹۰.
۲. انصاری، ولی الله، (۱۳۹۲)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات حقوقدان، چاپ دوم.
۳. ایرانیپور، فرهاد، (۱۴۰۱)، تحلیل حقوقی قراردادهای نفتی، بازکاوی تحلیلی در قراردادهای بالا دستی نفتی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۴. بابایی، داریوش؛ رستگار، عباس، (۱۳۹۶)، تبیین شرط ثبات در قراردادهای نفتی، فصلنامه پژوهش ملل، شماره: ۲۰، ص ۳۵-۵۵.
۵. پیران، حسین، (۱۳۸۹)، مسائل حقوقی سرمایه گذاری خارجی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۶. حسینی، سید مرتضی؛ تقی پور، راحله؛ عباسی، بهرام؛ سرمدی، مهدی؛ امیری، فاطمه، (۱۳۹۷)، مذاکره مجدد در قراردادهای بالا دستی صنعت نفت و گاز از منظر حقوق و اخلاق، فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی، دوره ۹، شماره: ۲، ص ۱۲۳-۱۴۴.
۷. حق گزار، ادهم، (۱۴۰۲)، تعادل اقتصادی قراردادهای بین المللی در پرتو مذاکره‌ی مجدد با تأکید بر قراردادهای نفتی، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره: ۵۵، ص ۱۱-۳۱.
۸. رستمی فر، علی، (۱۴۰۰)، تحلیل اقتصادی تعادل قراردادها، تهران، انتشارات فرهیختگان دانشگاه، چاپ اول.
۹. زارعی، محمد حسین؛ مولائی، آیت، (۱۳۹۲)، آسیب شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره: ۶۳، ص ۱۶۹-۲۰۸.
۱۰. زین الدین، سید مصطفی؛ شاهمرادی، عصمت، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی ملاحظات زیست محیطی در قراردادهای بین المللی نفت، فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره: ۱، شماره: ۲، ص ۲۱۷-۲۳۵.

۱۱. شمسایی، محمد، (۱۳۹۶)، شرط ثبات در قراردادهای دولتی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره: ۵، شماره: ۱۸، ص ۱۰۳-۱۳۰.
۱۲. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، حقوق نفت و گاز، تهران، نشر بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهارم.
۱۳. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی جهرمی، فریده، (۱۳۹۱)، مذاکره‌ی مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی، شماره: ۳۴، ص ۱۶۱-۱۸۴.
۱۴. شیروی، عبدالحسین؛ کاظمی، محمد جواد، (۱۳۹۷)، بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره: ۱۰۴، ص ۲۱۵-۲۳۸.
۱۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۴۰۰)، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم.
۱۶. عباسی، بیژن؛ سهرابلو، علی، (۱۳۹۹)، شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حقوق اداری، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره: ۶۸، ص ۱۱۱-۱۴۰.
۱۷. علیخانی، محمد، (۱۳۹۷)، راهکارهای برون رفت از بن بست‌های مذاکراتی و حل تعارض مسائل نفتی، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، شماره: ۳۵، ص ۲۶۳-۲۸۵.
۱۸. فایز محمد حسین، محمد، (۲۰۰۹ م)، المنهجة القانونية، رساله دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه بیروت.
۱۹. قیصریان، فرزاد؛ امینی، منصور، (۱۴۰۱)، ارزیابی شرط موازنه‌ی اقتصادی به عنوان گونه‌ی نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به مثابه قراردادی اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، دوره: ۴، شماره: ۱۳، ص ۶۱-۸۶.
۲۰. مافی، همایون؛ تقی پور، محمد حسین، (۱۳۹۲)، تأملاتی در باب شرط ثبات در قراردادهای نفتی، فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، شماره: ۳۷، ص ۶۱-۸۶.
۲۱. منتظر ظهور، محمود، (۱۳۸۱)، اقتصاد (اقتصاد خرد و اقتصاد کلان)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۲۲. منصوری نیا، زینب، (۱۴۰۰)، اصل حاکمیت قانون در سازمان‌های اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه قانون یار، سال پنجم، شماره: ۱۷، ص ۸۷۳-۸۹۵.
۲۳. نقیب زاده، ندا؛ ملکی زاده، امیرحسین، (۱۳۹۶)، بررسی شرط تثبیت در قراردادهای نفتی بین‌المللی، فصلنامه فقه و تمدن، سال سیزدهم، شماره: ۵۴، ص ۳۵-۵۵.
۲۴. نیکبخت، حمید رضا، (۱۳۸۴)، مروری بر قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل، فصلنامه الهیات و حقوق، شماره: ۱۶-۱۵، ص ۱۷-۵۰.
25. Bernardini, Piero, (2008), **Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments**, Journal of World Energy Law & Business, 1(1).
26. Berthiaux, D, (1997), **Le Principe de Egalite et le Droit Civil de Contrats**, Th. Paris II, no. 670.
27. Cameron, P, (2010), **International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability**, Oxford Press.
28. De Kwant, M, (2011), **Emerging Oil and Gas Economies: Mitigating Legal, Political and Economic Risks of Foreign Investors in the Russian Federation (Part A)**, 14 int l Trade & BUS. L. REV. 174.
29. Horn, N, (2022), **Changes in Circumstance and the Revision of Contracts in Some European Law and International Law**, Diversity and Uniformity Norbert.
30. Larroument, Christian, (1998), **Droit Civil**, Tom III Obligation (Francais), Relin, n. 446.
31. Langrod, A, (1955), **Administrative Contracts: A Comparative Study**, The American Journal of Comparative Law, vol. 4, Issue. 3.
32. Momberg Uribe, R, (2011), **The Effect of Change of Circumstances on the Force of Contracts**, Netherland: Intersentina.



33. Salacuse, J. W, (2000), **Renegotiating International Project Agreements**, Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 4.
34. Smith, E, Dzienkowski, J, Anderson, O, Conine, G, Lowe, J, Kramer, B, (2000), **International Petroleum Transaction**, Rocky Mountain Mineral Law Foundation.
35. Sornarajah, M, (2004), **The International Law on Foreign Investment**, United Kingdom, Cambridge: Cambridge University Press.
36. Umirdinov, A, (2018), **The End of Hibernation of Stabilization Clause in Investment**.
37. Walde, T.W, (2008), **Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries: Industry and Political Cycles meet the Rule of Law**, Journal of World Energy Law & Business, vol. 1, no. 1.

تغییر موازنه‌ی  
اقتصادی  
قراردادهای  
تفتی و اعاده‌ی  
آن در نتیجه‌ی  
برهم خوردن  
ثبات قراردادها



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 39-54

Receive Date: 2023/10/21

Revise Date: 2024/07/05

Accept Date: 2024/07/10

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1184597

**Verifying the authenticity of suicide notes from the perspective of legal linguistics;  
Introducing Brown and Clark's theme analysis method  
(A case study of ten examples of suicide notes in Mashhad)**

Omid Darbar<sup>1</sup>Hamidreza Mirzajani<sup>2</sup>Abbas Sheikhol-Islami<sup>3</sup>Azam Estaji<sup>4</sup>**Abstract**

Today, content analysis is widely used in various social sciences including nursing, medicine, religious studies, and fields involving qualitative and text-based research. The process of content analysis is a technique of qualitative data analysis where patterns of meaning in the data are identified. This technique may be used for the in-depth analysis of suicide notes since it could be a good method to analyze the notes and, by so doing, establish their genuineness and veracity. In this article, the various stages, including the Brown and Clarke content analysis method, are presented. The Brown and Clarke content analysis method is based on these six stages: 1. Familiarize yourself with the data, 2. Coding, 3. Coding analysis, 4. Identify and review themes, 5. Preparing the report, 6. Writing up. In this study, by operationalizing the method of Brown and Clarke content analysis and since this was the first attempt to analyze suicide notes in Persian, to be familiar with the method, we analyzed the content of 10 suicide cases from Mashhad city, so that in the analysis we found out that the dominant theme in the first to fourth suicide notes is 'romantic expressions and using loving phrases' and in suicide notes five to ten the main theme and subthemes of the dominant theme 'guidance for the survivors' including financial, emotional and prescriptive directives are observed. Therefore, in the context of this study we can conclude that when suicide note lives are at the core of analyzing content, versus the traumatic events or other social issues such as drinking, financial problems, marital problems, or determination, the content analysis method proves to be successful in bringing out the themes in it, while on the other hand by expanding the research and conducting statistical tests the accuracy and reliability of suicide notes can be confirmed.

**Keywords:** suicide note, theme analysis, Brown and Clark, health and safety, legal linguistics.

1. PhD student in criminal law and criminology, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. [omiddarbar1360@gmail.com](mailto:omiddarbar1360@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. (corresponding author). [mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr](mailto:mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr)

3. Associate Professor, Department of Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran. [sheikholeslami@gmail.com](mailto:sheikholeslami@gmail.com)

4. Associate Professor, Department of Linguistics, Ferdowsi University, Mashhad, Iran. [estajiz@yahoo.com](mailto:estajiz@yahoo.com)



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۳۹-۵۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۳۰

DOI: 10.71654/jclld.2024.1184597

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

احراز صحت و سقم یادداشت‌های خودکشی از منظر زبان‌شناسی قانونی؛ معرفی

روش تحلیل مضمون براون و کلارک

(بررسی موردی ده نمونه یادداشت خودکشی در شهر مشهد)

امید دربر<sup>۱</sup>

حمید رضا میرزاجانی<sup>۲</sup>

عباس شیخ الاسلامی<sup>۳</sup>

اعظم استاجی<sup>۴</sup>

#### چکیده

امروزه، کاربرد تحلیل مضمون، در علوم اجتماعی، پرستاری، پزشکی، علوم دینی و سایر علوم که با پژوهش‌های کیفی و متن پژوهی سر و کار دارند، فراوان است. تحلیل مضمون، روشی برای تجزیه و تحلیل داده‌های کیفی است و به معنای دیگر، تجزیه و تحلیل الگوهای مضامین در داده‌ها است. این روش کاربردی در تحلیل یادداشت‌های خودکشی می‌تواند روش مناسبی در تحلیل و احراز صحت و سقم آن‌ها باشد. در این مقاله، از روش تحلیل مضمون براون و کلارک، استفاده می‌شود که مبتنی بر شش مرحله است: آشنایی با داده‌ها، کدگذاری، تحلیل کدها، شناسایی و بازمینی مضامین و تهیه گزارشی نهایی. پژوهش گزارش شده در این نوشتار، با تحلیل موردی ده نمونه یادداشت خودکشی در شهر مشهد، نمایان ساخت: در یادداشت‌های اول تا چهارم، مضمون عبارات و ادعاهای عاشقانه و به کاربردن عبارات محبت‌آمیز، به صورت معناداری، تکرار شده است و در یادداشت‌های پنجم تا دهم نیز مضمون اصلی دستور العمل برای بازماندگان و مضامین فرعی آن، مانند دستور العمل‌های مالی، عاطفی و تجویزی، مشاهده می‌شود. این مشاهدات، نشانه‌ی کارآمدی روش تحلیل مضامین، در تحلیل یادداشت‌های خودکشی است و بدین معنا است که با تحقیق جامع‌تر و بهره‌گیری از آزمون‌های آماری می‌توان صحت و سقم یادداشت‌های خودکشی را احراز کرد.

واژگان کلیدی: یادداشت خودکشی، تحلیل مضمون یادداشت‌های خودکشی، احراز صحت و سقم یادداشت‌های خودکشی، زبان‌شناسی قانونی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزاء و جرم‌شناسی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. [omidarbar1360@gmail.com](mailto:omidarbar1360@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول). [mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr](mailto:mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr)

۳. دانشیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. [sheikholeslami@gmail.com](mailto:sheikholeslami@gmail.com)

۴. دانشیار گروه زبان‌شناسی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران. [estajiz@yahoo.com](mailto:estajiz@yahoo.com)

## مقدمه

خودکشی به یکی از مهمترین دلایل مرگ و میر در سطح جهانی تبدیل شده‌است و بیشتر از قتل در اکثر کشورهای جهان رایج است، تا آنجا که میزان وقوع آن تقریباً، ده تا بیست برابر بیشتر از قتل است (ریچی و دیگران، ۲۰۱۵، ۱۰). در کشور آمریکا میزان خودکشی از سال ۱۹۹۹ تا ۲۰۱۶، ۲۵/۴٪ افزایش یافته‌است. با این روند افزایشی انتظار می‌رود تا سال ۲۰۱۸ در همه‌ی ایالت‌های آمریکا، به جز نوادا، میزان وقوع خودکشی به ۱/۴ میلیون نفر اقدام به خودکشی و بیش از ۴۸۰۰۰ مرگ ناشی از خودکشی برسد که دهمین دلیل اصلی مرگ در ایالات متحده است.<sup>۱</sup> بر اساس آمار پزشکی قانونی ایران در سال ۱۳۹۸، ۵۱۴۳ نفر خودکشی کامل داشتند که نسبت به سال قبل ۰/۸٪ افزایش داشته است؛<sup>۲</sup> اما درخصوص خودکشی‌های همراه با یادداشت در ایران آمار رسمی منتشر نشده‌است. با توجه به بررسی میدانی در این تحقیق، بین ۱۰٪ تا ۲۰٪ موارد در تمام گروه‌های سنی، هنگام خودکشی یادداشتی از خود به جای می‌گذارند (دربر و دیگران، ۱۴۰۱، ۲).

یادداشت‌های خودکشی که اغلب در صحنه‌ی جرم یافت می‌شوند، نقش حیاتی در تحقیقات کیفری دارند؛ چراکه از یک سو منبع اطلاعاتی ارزشمندی برای بررسی مرگ‌های مشکوک هستند و بخشی از شواهدی هستند که برای بازسازی مشخصات قربانی و نتیجه‌گیری درخصوص نحوه‌ی مرگ او، اعم از مرگ طبیعی، تصادف، خودکشی یا قتل استفاده می‌شود (دارکز و دیگران، ۱۹۹۳، ۹)؛ از سوی دیگر کارشناسان بررسی صحنه‌ی جرم را با مشکلات متعددی برای ارزیابی و صحت انتساب آن به متوفی رو به رو می‌کند (آفرین و دیگران، ۲۰۱۵، ۳)؛ با این حال، در حال حاضر تحقیقات تجربی کمی برای کمک به چنین تصمیم‌گیری‌هایی وجود دارد؛ در نتیجه، ارزیابی صحت یادداشت‌های خودکشی به قضاوت انسانی برمی‌گردد و تصمیم‌گیری نادرست در چنین مواقعی مثل بازسازی مشخصات قربانی، نتیجه‌گیری درخصوص نحوه‌ی مرگ و چگونگی ارزیابی صحت انتساب آن به متوفی، ممکن است روند تحقیقات جنایی را طولانی‌تر کرده و باعث اخلال در اجرای عدالت شود (آلت و دیگران، ۱۹۹۴، ۷۲).

این مسأله تنها مختص به ایران نیست و تبدیل به معضل جهانی شده‌است؛ مثلاً، یکی از پرونده‌های جنایی بحث برانگیز در سال‌های اخیر آمریکا، درباره‌ی ادی گیل فویل بود. وی به جهت استناد دادگاه به یادداشت خودکشی منتسب به همسرش، پائولا، به قتل او محکوم گردید. دادگاه با بررسی محتوای زبانی یادداشت به عنوان یکی از مدارک صحنه‌ی جرم و بر اساس قرائن دیگر موجود در پرونده، با این استدلال

۱. ر.ک: سازمان رتبه بندی بهداشت آمریکا:

<https://www.americashealthrankings.org/explore/annual/measure/Suicide/state/ALL?edition-year>

تاریخ مشاهده: ۲۰۲۰/۰۳/۱۵

۲. ر.ک: <https://www.asriran.com/fa/news/746095/> تاریخ مشاهده: ۱۳۹۹/۶/۲۰

که ادی یادداشت خودکشی را با بهانه‌ی دروغین به پائولا دیکته کرده است، این حکم را صادر کرد (کانتر، ۲۰۰۵، ۳۳۰).

اکنون مسأله اینجا است که رویکردهای تجربی، مثل کارشناسی جعل، خط و امضاء و... در بررسی یادداشت‌های دست نویس محدودیت‌های بسیار دارند و راهکاری علمی یا تجربی برای بررسی یادداشت‌های الکترونیکی وجود ندارد؛ پس برای احراز صحت و سقم این یادداشت‌ها و کشف حقیقت چه باید کرد؟

در سطح بین الملل، مطالعات بسیاری درمورد یادداشت‌های خودکشی صورت گرفته‌است، اما بیشتر این مطالعات از منظر روان‌شناسی، روان‌پزشکی و جامعه‌شناسی بوده است و بررسی این یادداشت‌ها از منظر زبان‌شناسی تا حدودی اندک و مربوط به چند دهه‌ی اخیر است (شاپرو، ۲۰۱۱، ۴۸).

تحقیقات تجربی مربوط به تحلیل یادداشت‌های خودکشی از منظر زبان‌شناسی قانونی، دو مجموعه‌ی متغیر را نشان می‌دهد که می‌تواند در پیش‌بینی اعتبار یادداشت‌ها مفید باشد (گریگوری، ۱۹۹۹، ۱۳۱؛ لینارس و بالانس، ۱۹۸۴، ۲۵۲؛ ازگود و والکر، ۱۹۵۹، ۶۰). یک مجموعه از متغیرها مربوط به ویژگی‌های ساختاری زبان است. به‌طور مثال، متوسط طول جمله، درصد اسم‌های مورد استفاده، درصد افعال حرکتی<sup>۱</sup> به کار رفته، درصد افعال شناختی و دیگر متغیرهای مربوط به جنبه‌های محتوایی و مضمونی، مهمترین داده‌های زبانی یادداشت‌ها است (بنل و دیگران، ۲۰۱۱، ۶۷۰).

تحلیل محتوای مضمونی یکی از زیرشاخه‌های روش تحلیل محتوا و از پرکاربردترین روش‌های تحلیل داده‌های کیفی است که می‌تواند برای شناخت الگوهای موجود در داده‌های کیفی به کار رود. این نوع تحلیل توصیفی در علوم میان رشته‌ای، در حوزه‌ی علوم انسانی، به‌ویژه زبان‌شناسی، کاربرد فراوانی دارد. سؤال اصلی این مقاله این است: چگونه می‌توان با استفاده از روش تحلیل محتوای مضمونی، به‌عنوان یکی از کاربردی‌ترین روش‌های تحلیل یادداشت‌های خودکشی در زبان‌شناسی قانونی، صحت و سقم این یادداشت‌ها را احراز کرد؟ فرض نویسنده بر این پایه است که می‌توان با به کارگیری این روش و شناسایی مضامین موجود در یادداشت‌های واقعی، معیاری برای تشخیص یادداشت‌های واقعی از ساختگی ترسیم کرد.

با توجه به اهمیت این موضوع برای نویسنده، سعی شده در این مقاله، صرفاً، به معرفی روش فوق و نحوه‌ی کاربرد آن در بررسی یادداشت‌های خودکشی پرداخته شود و در آینده‌ی نزدیک این روش را به صورت مفصل، به همراه تحلیل‌های آماری همسو با این روش، مورد بررسی علمی قرار خواهیم داد.

## ۱. پیشینه‌ی پژوهش

یکی از پژوهشگران پیشرو در تجزیه و تحلیل محتوای مضمونی یادداشت‌های خودکشی، ادوین اشنیدمن است که تحقیقات طولانی را درخصوص خودکشی شروع کرد. او برخی اسناد بایگانی را، که از قضا حاوی یادداشت‌های خودکشی بود، بررسی کرد (لازاریدز و سخسا، ۲۰۱۹، ۱۴۹). اشنیدمن و فاربرو، برای اولین بار ۳۳ یادداشت خودکشی واقعی را از دفتر پلیس ایالت لس آنجلس بیرون آوردند و آن‌ها را با یادداشت‌های غیرواقعی افرادی که قصد خودکشی نداشتند، اما به نیت شرکت در این پژوهش، داوطلبانه این یادداشت‌ها را نوشته بودند، مقایسه کردند، تا به ویژگی‌های این یادداشت‌ها پی برده و راهی برای تشخیص یادداشت‌های واقعی از ساختگی پیدا کنند (اشنیدمن و فاربرو، ۱۹۵۷، ۱۹۸).

تحقیقات دیگری که پس از این بررسی انجام گرفت همگی پیرامون مجموعه یادداشت‌هایی بود که اشنیدمن و فاربرو جمع آوری کرده بودند؛ شناخته شده‌ترین و مستندترین مطالعات عبارتند از: مطالعات اشنیدمن و فابرو (۱۹۵۷)، اوزگود و والکر (۱۹۵۹)، گوستچاک و گسler (۱۹۶۰)، استون و اشنیدمن (۱۹۶۶)، ادلمن و رشناو (۱۹۸۲) و گرگوری (۱۹۹۹) (شاپرو، ۲۰۱۱، ۴۸).

طبق بررسی‌های اشنیدمن و ۲۰ سال پس از چاپ ۳۳ یادداشت او، طیفی از مطالعات، جنبه‌های مختلف این یادداشت‌ها را بررسی کردند؛ از جمله «سبک منطقی»<sup>۱</sup> و «خصوصیات زبانی»<sup>۲</sup> را با استفاده از روش‌هایی، از جمله شمارش کامپیوتری «برچسب واژه»<sup>۳</sup> (اشنیدمن، ۱۹۷۹، ۱۵۱). اشنیدمن می‌گوید: در کل، یادداشت‌های خودکشی اصیل دارای منطقی دو شقی<sup>۴</sup>، میزان زیادی از پرخاشگری و خود مقصرپنداری، استفاده از اسامی و دستور العمل‌های مشخص برای باقی ماندگان، قاطعیت بیشتر، شواهد اندکی که نشان دهد فرد به خود «تفکر» فکر می‌کند، و کاربرد واژه‌ی عشق در معانی مختلف هستند (اشنیدمن، ۱۹۷۹، ۱۵۱).

دیگر مطالعات برجسته در تحلیل محتوای مضمونی یادداشت‌های خودکشی عبارتند از: اوزگود و واکر، که دستاورد آنان توجه کردن به تعداد بالاتر عبارات محبت‌آمیز و اصطلاحات مادر، نظم و ترتیب در یادداشت‌های اصیل، و مقدار بیشتر ارجاعات عینی<sup>۵</sup> و مقدار کمتر ارجاعات شناختی بود (اوزگود و واکر، ۱۹۵۹، ۶۳). دستاورد گوستچاک و گسler این بود که مجموعه‌ی متغیرهایشان بیش از یک بُعد داشت، و در یادداشت‌های اصیل ارجاع به انسان، اشیاء و روابط فضایی<sup>۶</sup> بیشتر و ارجاع به فرایندها کمتر بود (گوستچاک و گسler، ۱۹۶۰، ۱۹۹).

1. logical styles  
2. language characteristics  
3. tag words  
4. dichotomous  
5. concrete  
6. spatial relations

به نظر می‌رسد دستاورد اوگیلوی، استون، و اشنیدمن استفاده‌ی آن‌ها از لغتنامه و برچسب زنی معنایی کامپیوتری باشد؛ (اوگیلوی و دیگران، ۱۹۶۶، ۱۶۰)، ادلمن و رنشاو به این نتیجه رسیدند که تحلیل کامپیوتری را با مجموعه‌ای چندبعدی از متغیرها ترکیب کرده و متوجه قطبیت منفی در برخی از عبارات یادداشت‌های اصیل شدند (ادلمن و رنشاو، ۱۹۸۲، ۱۰۹). دستاورد لینارز و رویکرد متفاوت او به مشکل و ابداع مدلی تحت عنوان: «راهنمای موضوعی پیش‌بینی خودکشی» (TGSP)<sup>۱</sup> از طریق تجزیه و تحلیل یادداشت‌های خودکشی می‌پردازد. این شیوه، متشکل از ۳۵ اصل بود و در آن ویژگی‌های روان‌شناختی و دیدگاه‌هایی ارزشمند درباره ذهن متمایل به خودکشی را ارائه کرده بود و اطلاعات موجود در یادداشت‌های مربوط به خودکشی را تفسیر می‌کرد. این پژوهش بعدها موضوع بسیاری از تحقیقات قرار گرفت (لینارز، ۱۹۹۲، ۲۲۸). امروزه این راهنمای موضوعی فقط برای یادداشت‌های مربوط به خودکشی در کشورهای کانادا، ایالات متحده، مجارستان و آلمان به کار می‌رود (اوکانر و شهی، ۱۹۹۹، ۱۰۸).

یکی از تازه‌ترین مطالعات یادداشت‌های خودکشی مربوط به گیلز است که در رساله‌ی دکترای خود، آن‌ها را از منظر روایت شناختی<sup>۲</sup> مطالعه کرده‌است. با وجود اینکه گیلز روان‌شناس است، اما مطالعات خود را برحسب مفهومی که «پدیده‌ی فرا اجتماعی»<sup>۳</sup> می‌نامد، بیان کرده و یادداشت‌ها را با تاریخ دقیقی از نویسنده‌ی آن‌ها بررسی می‌کند (گیلز، ۲۰۰۷، ۱۲۴). گیلز ۱۷۳ یادداشت خودکشی از ۹۵ نویسنده داشت (گیلز، ۲۰۰۷، ۳۲) و از «لغتنامه‌ی محتوا» که ممکن است مدخل‌هایش با محتوای متن مطابقت نداشته باشد، استفاده کرد. هدف اکثر مطالعات مذکور جدا کردن یادداشت‌های خودکشی اصیل و جعلی است و تحقیقات نشان می‌دهد که تاحدی، و نه کامل، به چنین تمایزی دست پیدا کرد (شاپرو، ۲۰۱۱، ۱۲۴). آنچه در پیشینه‌ی پژوهش قابل ملاحظه است، استفاده‌ی همه‌ی آن‌ها از روش تحلیل مضامین است.

## ۲. روش تحقیق

برای تحلیل داده‌ها، از روش تحلیل محتوای مضمونی براون و کلارک (۲۰۰۶) استفاده می‌شود. این روش تحلیل محتوایی شش مرحله را پیشنهاد می‌کند. در این روش تحلیل‌گر، در مرحله‌ی اول، با عمق و گستره‌ی محتوایی داده‌های موجود آشنا شده و پس از آن اقدام به کد گذاری<sup>۴</sup> واحدهای تحلیل و مضامین می‌کند. این کد گذاری می‌تواند به روش دستی یا با برنامه‌های نرم افزاری انجام شود که در این تحقیق روش دستی مورد استفاده قرار گرفت و در مرحله‌ی سوم در واقع، تحلیل کدها شروع شد تا مجموعه‌ای از مضمون‌ها به دست بیاید. در مرحله‌ی چهارم مجموعه‌ی مضمون‌های ایجادشده بازبینی، تصفیه و به

1. Thematic Guide to Suicide Prediction  
2. narrative  
3. Ultra- Social Phenomena

۴. کد گذاری (coding) به فرایندی از تحلیل اشاره دارد که از خلال آن مفاهیم تشخیص داده شده و ابعاد و خصوصیات آن در داده‌ها

کشف می‌گردد. (ایمان و محمدیان، ۱۳۸۷، ۴۲)



مضمون‌های اصلی و فرعی تقسیم شد. در مرحله‌ی پنجم مضمون‌های اصلی که برای تحلیل ارائه شده، تعریف و مورد بازمینی مجدد قرار می‌گیرد. پس از آن، داده‌های درون آن، تحلیل می‌شود. مرحله‌ی پایانی زمانی شروع می‌شود که محقق مجموعه‌ای از مضامین اصلی کاملاً، انتزاعی و منطبق با ساختارهای زمینه‌ای تحقیق را در اختیار داشته باشد. این مرحله، شامل مرحله‌ی تحلیل پایانی و نگارش گزارش است (براون و کلارک، ۲۰۰۶، ۸۷)؛ به همین دلیل، برای درک چگونگی به کارگیری روش تحلیل محتوای براون و کلارک (۲۰۰۶)، این روش را در بستر یادداشت‌ها مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳. تحلیل داده‌ها

در این بخش نویسنده قصد دارد روش‌های شناخت، طبقه بندی مضامین و روش تحلیل مضمون براون و کلارک را روش تحلیل مضامین یادداشت‌های خودکشی و به صورت عملی در قالب بررسی یادداشت‌ها بررسی و معرفی کند.

#### ۳-۱. روش‌های شناخت مضمون<sup>۱</sup>

از آنجا که تحلیل مضمون تحلیلی کیفی است، پاسخ روشنی درباره‌ی میزان داده‌های مناسب و مورد نیاز وجود ندارد که نشان از وجود مضمون باشد؛ بنا بر این، با وجود اینکه قاعده‌ی کاملاً مشخصی درباره‌ی شناخت مضمون وجود ندارد، اما یکی از ویژگی‌های بارز شناخت مضمون در داده‌های متنی را می‌توان «تکرار پذیری» دانست. به همین دلیل، موضوعی را که فقط یک بار در متن داده‌ها تکرار می‌شود را نمی‌توان مضمون تلقی کرد. ویژگی «تکرار» به معنی مشاهده و ظاهر شدن دو یا چند موضوع یا مسأله‌ای در متن است.

ما می‌خواهیم برای نمونه، با بررسی یادداشت‌های شماره‌ی یک تا چهار، نحوه‌ی شناخت مضمون «احساس عشق ورزی به شریک زندگی و بیان کلمات محبت آمیز به نزدیکان» را مورد بررسی قرار دهیم. در بررسی یادداشت‌ها تعداد دفعات تکرار هر مضمون را با کشیدن خط و درج کلمه‌ی «بار» رو به روی مضمون مشخص می‌کنیم.

استخراج مضامین که در این تحقیق، مورد بررسی و آزمون قرار می‌گیرد، بر اساس چهارچوب نظری شکل گرفته شده از بررسی محتوای یادداشت‌های خودکشی توسط اوگیلوی، استون و اشنیدمن، لانگر، اسکورفیلد و فینچام، مک‌کلند و دیگران و آئونا و دبوسکا (اوگیلوی و دیگران، ۱۹۶۶، ۵۲۹؛ لانگر و دیگران، ۲۰۰۸، ۳۰۴؛ مک‌کلند و دیگران، ۲۰۰۰، ۲۳۰؛ آئونا و دبوسکا، ۲۰۱۴، ۱۵۴) می‌باشد که در جدول شماره‌ی یک به این مضامین اشاره شده است.

۱. مضمون‌ها پرارزش‌ترین واحدهایی هستند که در تجزیه و تحلیل محتوا باید مد نظر قرار گیرند و منظور از مضامین معنای خاصی است که از یک کلمه یا جمله یا پاراگراف درک می‌شود. این مضمون‌ها فضای خاص و مشخصی را اشغال نمی‌کنند؛ چون یک جمله ممکن است چند مضمون داشته باشد و یا چند پاراگراف متن ممکن است فقط یک مضمون داشته باشد (معروفی و یوسف‌زاده، ۱۳۸۸، ۱۳۶).

جدول شماره یک: مضامین پانزده‌گانه

ردیف	مضامین
۱	ادعای عاشقانه و به کار بردن کلمات محبت‌آمیز به بازماندگان
۲	طلب بخشش و عذرخواهی از دیگران
۳	سرزنش کردن خود و احساس گناه
۴	ناامیدی از زندگی و اظهار عجز و ناتوانی
۵	سپاسگزاری و تمجید از دیگران
۶	خشم و پرخاشگری
۷	انتقاد نسبت به دیگران
۸	ارجاعات به مسائل متافیزیکی
۹	ارجاعات به مفاهیمی مانند مرگ
۱۰	ارجاعات به مفاهیمی مانند تقدیر، زندگی، جهان، روزگار
۱۱	ارجاع به اشخاص اعم از خانواده و سایر نزدیکان فرد
۱۲	اطلاعات
۱۳	دستورالعمل‌ها
۱۴	مفاهیم دعایی و آرزویی
۱۵	خداحافظی و وداع

### ۳-۱-۱. یادداشت شماره‌ی یک:

مربوط به مرد جوانی است که در نتیجه‌ی فشارهای مالی و روانی دست به خودکشی زده و یادداشتش را خطاب به همسر دومش (صیغه‌ی موقت)، این‌گونه شروع می‌کند:

«سلام به عشق پاک و زلالم؛ سحر عزیزم (بار اول). سحر! شاید، وقتی این نامه رو می‌خونی، من نباشم؛ ولی بدون که با تمام وجود دوست داشتم (بار دوم). تو یک عشق واقعی بودی (بار سوم). ای کاش، قبل از ازدوایم می‌دیمت! ... می‌دونی: من عاشقت بودم و از ته دل دوست داشتم (بار چهارم)؛ اون چشمت! اون خنده‌هات! و ...».

### ۳-۱-۲. یادداشت شماره‌ی دو:

مربوط به خانم جوانی است که به دلیل مشکلات عاطفی با نامزدش، خودش را حلق آویز می‌کند و او را این‌گونه مورد خطاب قرار می‌دهد:

«خدا حافظ عشقم (بار پنجم)! منو ببخش! ما با هم نمی‌تونیم بمونیم. قول بده تا آخر به یادم باشی. به خدا خیلی دوست دارم (بار ششم). کاش می‌شد با هم بمونیم، ولی نمیشه! اینو بدون تا آخر بیادتم. فراموش نمی‌کنم. ببخش! این نامه رو با عجله نوشتم. اگر چیزی جا موند، منو ببخش! خیلی دوست دارم (بار هفتم)». RM امضا زده است.

### ۳-۱-۳. یادداشت شماره‌ی سه:

یادداشت پسر جوانی است که به دلیل مشکلات روانی و افسردگی، با خوردن قرص متادون خودکشی کرده بود:

«وصیت می‌کنم روی سنگ قبرم بنویسند: ... پدر! هیچ وقت نمی‌تونم محبتات رو جبران کنم. مردتر از تو، تو این دنیا ندیدم. ایشالا، همیشه سلامت باشی! منو ببخش، این قدر رنجوندمت! جوونی کردم. نادون بودم. منو ببخش! نذار بعد رفتن من مامانم گریه کنه؛ بشکنه! حواست به خواهرم باشه! مادر! به خدا، یه دونه‌ای؛ عاشقتم (بار هشتم). تو نمازات، دعای کن! من به خاطر دعای تو، به این جاهای خوب رسیده و به خدا، شرمنده، نتونستم واستون پسر خوبی باشم!».

### ۳-۱-۴. یادداشت شماره‌ی چهار:

یادداشت زن جوانی است که به دلیل مشکلات عاطفی از خانه فرار می‌کند و به دنبال معشوق خود، به شهر دیگری سفر می‌کند و در آنجا به دلیل طرد شدن از طرف معشوق خود، از طبقه‌ی سوم هتل آپارتمانی خود را پرت می‌کند.

«سلام عشقم! (بار نهم) خوبی نفسم! (بار دهم) خیلی دوست دارم (بار یازدهم). ببخشید. بهت دروغ گفتم. بیشتر از همه، دوست دارم (بار دوازدهم). طاقت این زندگی رو ندارم. بسیار عاشقتم (بار سیزدهم). یه حرفایی به خدا دارم. از اینجا نمی‌شه گفت. می‌رم رو در رو، بهش بگم. خدایا! یکی که عشقم دوشش داره، سر راهش قرار بدی! خدایا! خستم از این روزگار نامردت! همه، پشت تلفن، عالی ین، ولی می‌بینی رو در ور، صفت واقعیشیون رو نشون می‌دن».

همان‌گونه که مشاهده کردیم وجه مشخصه‌ی تکرار در مضامین، که یکی از روش‌های شناخت مضمون است، در چهار یادداشتی که ذکر شد، به وضوح قابل مشاهده است. آنچنانکه در متن یادداشت‌ها نیز به صورت معناداری، مضمون احساس عشق و ورزی به شریک زندگی و بیان کلمات محبت آمیز به نزدیکان تکرار شد.

### ۳-۲. نوع شناسی مضمون

با توجه به تنوع روش‌های به کار رفته در تحلیل مضمون و تنوع دیدگاه صاحب نظران، عناوین و طبقه بندی‌های متفاوتی برای مضامین وجود دارد. برخی پژوهشگران مضامین را با لحاظ ماهیت و برخی دیگر به جهت سلسله مراتب آن‌ها را در تحلیل مضمون دسته بندی کرده‌اند.

می‌خواهیم با بررسی مضمون «دستور العمل‌ها برای بازماندگان» در چند یادداشت زیر چگونگی طبقه‌بندی مضامین را نشان دهیم.

### ۳-۲-۱. یادداشت شماره‌ی پنج:

مربوط به مرد میانسالی است که به دلیل اختلافات خانوادگی با همسر دومش، دست به خودکشی می‌زند. «وصیت می‌کنم: بعد از مرگم، نصف حقوقم، به پسر: سید مجتبی ...، به شماره ملی: ... برسد که هم اکنون با مادرش، خانم: زهرا ... زندگی می‌کند و الباقی حقوقم، به طور مساوی، بین دخترانم: رؤیا ... که ساکن ... است و با مادرش خانم: ملیحه ... زندگی می‌کند و آیشا سادات ... که با مادرش خانم: زهرا ... زندگی می‌کند، تقسیم شود. یک باب منزل مسکونی واقع در ... دارم که آن را با تمام وسایلی که در آن موجود است، به پسر: سید مجتبی .... واگذار می‌کنم. ماشینم که پی‌کی ای مدل ۱۳۸۴ است را هم به پسر و واگذار می‌کنم».

همان‌گونه که مشاهده می‌شود: این یادداشت مشحون از دستور العمل‌های مالی برای بازماندگان است.

### ۳-۲-۲. یادداشت شماره‌ی شش:

مربوط به جوانی متأهل، بدون سابقه‌ی بیماری روانی است که به دلیل ورشکستگی مالی و اختلافات خانوادگی با همسر دومش اقدام به خودکشی می‌کند.

«سلام به عشق پاک و زلالم؛ سحر عزیزم. سحر! شاید، وقتی این نامه رو می‌خونی، من نباشم، ولی بدون که با تمام وجود دوست داشتم. تو یک عشق واقعی بودی. ای کاش، قبل از ازدواجم می‌دیدمت! ... می‌دونی: من عاشقت بودم و از ته دل دوست داشتم؛ اون چشمات! اون خنده‌ها! و... سحر! من، کم آوردم. همه جور از زندگی، از دنیا، همه جور کشیدم. درست پیش نمی‌رفت دیگه. من مجبور شدم به این کار؛ اولاً، فشار مالی زیادی روم بود. تا آخر برج، همه چی درست می‌شه؛ پول خوبی قراره به دستم بیاد؛ ولی ۸۰ درصد بود؛ معلوم نبود؛ شاید بازم به هم می‌خورد؛ بعدش دیگه تحمل نداشتم. هیچ کس مقصر نیست. من همیشه، بهت می‌گفتم: مغازم سود دهی نداره. بعد از این هم، تو دیگه منو برای همیشه، پس زدی و نا محرم خوندی و این، اصلاً، برام قابل هضم نبود.

سحر! فکر و خیال همه‌ی اینا داشت منو از پا درمی‌آورد که مجبور شدم همچین کاری بکنم.

عزیز دلم! به هر حال، این بود ماجرای رفتنم. حالا چند خواهش دارم ازت.

وصیت من: سیم‌کارتات و خونه‌ات رو سریع عوض کن! (دستورالعمل عاطفی). برای خانواده‌ام، مخصوصاً آسیه، نه پیامی، نه عکسی، هیچی نفرست! لطفاً! (دستورالعمل عاطفی). این‌ها بعد رفتنم فشار روشون هست، کمرشون می‌شکنه. خواهش می‌کنم: بذار این اتفاقات بین خودمون بمونه. سحر! به جواد بگو: برات پول، شاید جور کنه که مدیونی من پشت تو نمونه. به جواد بگو: با مسعود هم صحبت کنه؛

ولی بهش نگه برای توئه (دستورالعمل مالی). عشق و زندگیم! تا زمانی که این عکسا، لازمت شد نگه دار، هروقت دیدی اذیت می‌شی، همه رو از بین ببر! سحر! منو حلال کن! عشق و زندگی، دوست دارم.

امضاء ... ساعت: ۲/۲۰ دقیقه شب پنج شنبه»

وی، اینجا، یادداشت را ادامه داده و گویا، این یادداشت دیگری است که برای همسر اولش نوشته

است:

«می‌دونم، شاید تو هم داغون بشی، ولی باید به فکر آینده‌ی علی و عسل باشی! خودتو از بین نبر! بذار آرزوهات، ازدواج علی و عسل، برآورده بشه! (دستورالعمل عاطفی). منم، با مرور زمان از یاد می‌رم. این نامه، یک راز بین من و تو و خدای خودمون باشه! هیچ کس نذار بفهمه! شاید! از زبون همه بشنوی: من سخته کردم. این، درخواست خودمه که نامه می‌نویسم که این جور بگن. دیگه حرفی ندارم. فقط مواظب خودت و بچه‌ها باش! (دستورالعمل عاطفی). سید حمید رو محکم بچسب! به ناصر هم چیزی نگو، از من و نامه؛ ... منو خیلی اذیت کرد، ولی من می‌بخشمش».

### ۳-۲-۳. یادداشت شماره‌ی هفت:

مربوط به مرد میانسالی است که سابقه‌ی بیماری روانی و اعتیاد به مواد مخدر داشته و با همسر خود اختلافات عمیقی داشت.

«تو هم برو! با همان کسی که بودی و دوست داشتی باش! تو، آزادی از نظر من و من دیگه، هیچ فامیلی با تو و خانواده‌ات ندارم. تو توی زندگی با من، خیلی رنجم دادی. حس عشق و احساس تفاهم نداشتی. حالا، برو با هرکس که می‌دانی خوشبخت می‌کنه، باش و زندگی کن! (دستورالعمل تجویزی)».

### ۳-۲-۴. یادداشت شماره‌ی هشت:

«سلام بر میثم خان! خوبی شما؟ آخ! ببخشید میثم! آه! ولش کن اصلاً، عشقم! میثم! تو، همه‌ی زندگی منو می‌دونی. (ببخشید که بد خط هستم). لازم به تعریف دوباره نیست. کاش! قبل شهرام می‌دیدمت، اما نشد! حیف! شاید، این حرف‌ها به نظرت خنده دار بیاد، ولی من با تو، معنی عشق و دوست داشتن رو فهمیدم. نمی‌دونم، منو آن قدری که دوست داشتتم، دوسم داشتی یا نه؟ ولی از ته دلم دوست داشتم و خواهم داشت».

میثم! خوب می‌دونی که اگه من بر می‌گشتم و طلاق هم می‌گرفتم، نمی‌تونستیم با هم باشیم؛ پس، مرگ رو به بدون تو موندن ترجیح می‌دم. ببخش منو عشقم! نفس تینا! گاهی فاتحه‌ای، صلواتی، فحشی برام بفرست. برای عروست کادو گرفتم. از طرف من بهش بده! لطفاً! (دستورالعمل تجویزی).

میثم، ازت می‌خوام ازدواج کنی؛ خوشبخت شی! به جای منم زندگی کن! (دستورالعمل تجویزی). به زنت آن قدر محبت کن که به مرد دیگه‌ای، حتی نگاه نکنه! نذار مثل من، عقده‌ی یه دوست دارم گفتن، از شوهرش داشته باشه! میثم! دوست دارم».

### ۳-۲-۵. یادداشت شماره‌ی نُه:

«هیچ کس در مرگ من مقصر نیست و همسرم را اذیت نکنید! شاید بای ساید و تلویزیون و ربع سکه‌ام و ماشین لباسشویی‌ام را بفروشید و خرج کفن و دفن کنید! (دستورالعمل مالی). مرا در بهشت رضا دفن کنید! کلاً، از زندگی نا امیدم و مشکلات روحی روانی شدیدی دارم که دیگر حاضر به زندگی کردن نیستم و می‌خواهم خود را دار بزنم. از همه‌ی بستگان نزدیکم عذرخواهی می‌کنم».

پس از بررسی یادداشت‌ها، مشاهده می‌کنیم: دستورالعمل‌ها حاوی کلمات امری و جملاتی است که غالباً، متوفی، در آن وابستگان خود را مخاطب قرار می‌دهد و از آن‌ها می‌خواهد که اموراتش، اعم از مالی، عاطفی و تجویزی را بعد از او سامان دهی کنند (بیشتر وصایای مالی).

می‌توان این دستورالعمل‌ها را بر اساس محتوای یادداشت‌های خودکشی، به سه دسته تقسیم کرد: دستورالعمل‌های صرفاً مالی (وصیت) که حاوی کلمات و جملات امری است و متوفی از بازماندگان می‌خواهد: پس از او، برای سامان بخشیدن به امور مالی زندگی‌اش آن‌ها را انجام دهند.

دستورالعمل‌های عاطفی که حاوی کلمات و جملاتی است که متوفی، توصیه‌هایی تحت عناوینی مثل: جلب حمایت عاطفی برای وابستگان خود، یا توصیه به خویشتنداری آن‌ها، پس از مرگش دارد و یا توصیه‌های مراقبتی که جنبه‌ی امری احساسی دارد و برای افراد خانواده و حلقه‌ی دوستان و آشنایان بیان می‌دارد.

و دستورالعمل‌های تجویزی که متوفی با وجودی که به صورت امری دستوراتی را به خانواده‌ی خود می‌دهد، اما در فحوای جملات، نوعی تجویز به کاری نهفته است.

### ۳-۳. روش تحلیل مضمون براون و کلارک

روش تحلیل مضمونی، شش مرحله را پیشنهاد می‌کند. در این روش، تحلیل‌گر، ابتداء، در مرحله‌ی اول، با عمق و گستره‌ی محتوایی داده‌های موجود آشنا شده و پس از آن، اقدام به کد گذاری واحدهای تحلیل مضامین می‌کند. این کد گذاری می‌تواند به روش دستی یا با برنامه‌های نرم افزاری انجام شود که در این پژوهش روش دستی مورد استفاده قرار گرفت. در مرحله‌ی سوم، تحلیل کدها شروع می‌شود، تا دسته‌ای از مضمون‌ها به دست بیاید. در مرحله‌ی چهارم، مجموعه‌ی مضمون‌های ایجادشده، بازبینی و تصفیه شده و شکل‌دهی به مضمون‌های اصلی و فرعی انجام می‌شود. در مرحله‌ی پنجم، مضمون‌های اصلی که برای تحلیل ارائه شده، تعریف و مجدد بازبینی می‌شود و پس از آن، داده‌های درون آن را تحلیل می‌کنند و مرحله‌ی پایانی، زمانی شروع می‌شود که محقق، دسته‌ای از مضامین اصلی کاملاً انتزاعی و منطبق با ساختارهای زمینه‌ای پژوهش را در اختیار داشته باشد. این مرحله، شامل مرحله‌ی تحلیل پایانی و نگارش گزارش است (براون و کلارک، ۲۰۰۶، ۷۶)؛ به همین دلیل، برای درک چگونگی به کارگیری روش تحلیل مضمونی براون و کلارک (۲۰۰۶)، این روش را در بستر یادداشت‌ها مورد بررسی قرار می‌دهیم.

قدم اول، آشنایی با عمق و گستره محتوایی موجود در یادداشت‌ها، براساس چهارچوب نظری مورد اشاره در بند چهارم از این گفتار است. نمود این مرحله را می‌توان در شناسایی مضامین براساس چهارچوب نظری مورد اشاره دانست. در این قسمت با ذکر مثالی از یادداشت‌ها، مراحل چندگانه روش تحلیل مضمونی براون و کلارک را در آن پیاده‌سازی کرده‌ایم.

### ۳-۳-۱. یادداشت شماره ده:

«سلام! وقتی این نامه رو پیدا می‌کنین، من دیگه نیستم. حلالم کنین! مامان خوبی؟ حرفی برای گفتن ندارم. فقط دُوست دارم (کد شماره‌ی ۱) و حلالم کن!»  
 سلام آبجی! خوبی؟ مراقب زندگیت باش! قدرشو بدون! بیخیال غم و غصه! تو می‌تونی! بگو: یا الله! پاشو! بازم مثل همیشه، خانواده رو جمع و جور کن!»  
 سلام یعقوب! خوبی عشقم؟ (کد شماره‌ی ۱). می‌دونم بهت بد کردم داداش! ولی شرمندم؛ نمی‌تونم این دنیا رو تحمل کنم داداش! آخرین خواسته‌ی من اینه اگه یه ذره هم برات ارزش دارم، حرف عمه رو گوش کن و ازدواج کن!»

و سلام بر یونس خودم! خوبی داداش؟ دُوست دارم (کد شماره‌ی ۱). تو بودی که همیشه پای درد دلام نشستی یه عمره. ازت ممنونم. کادوی تولدت هم خریدم. ببخش که خودم نیستم بهت بدم. یزدانو ببوس و یعقوب! دُوست دارم داداشم.

و حالا اصل کاری؛ سیزده دن قالان نجورش قاردان یاشار. ببخش! بهت بد کردم نفسم! (کد شماره‌ی ۱). دیگه نمی‌کشم. مواظب همه باش! دوستون دارم (کد شماره‌ی ۱). تینا»

با بررسی عمق و گستره‌ی محتوایی یادداشت فوق، کلماتی مثل: «حلالم کنین!» (عذرخواهی و طلب بخشش از دیگران)، «دوست دارم» (عبارات و ادعاهای عاشقانه و به کار بردن عبارات محبت‌آمیز)، «مراقب زندگیت باش! قدرشو بدون! بی‌خیال غم و غصه!» (دستور العمل مراقبتی)، «نمی‌تونم این دنیا رو تحمل کنم» (ناامیدی از زندگی و احساس عجز و ناتوانی در غلبه‌ی بر مشکلات)، «ازت ممنونم» (سپاس‌گزاری و تمجید از دیگران)، «ببخش! بهت بد کردم» (سرزنش خود و احساس گناه) را مشاهده می‌کنیم که حاوی مضامین موجود در چهارچوب نظری ارائه شده می‌باشد؛ به عبارتی، واحدهای تحلیل مضامین را این‌گونه شناسایی می‌کنیم.

در گام بعدی، مضامین شناسایی شده برای تعیین میزان فراوانی و تکرار پذیری، به صورت دستی کد گذاری شد؛ مثلاً، کد شماره‌ی یک را به مضمون عبارات و ادعاهای عاشقانه و به کار بردن عبارات محبت‌آمیز اختصاص دادیم و هر جا در متن یادداشت‌ها این مضمون مشاهده شد، با کد گذاری از دیگر مضامین جدا کردیم. در گام سوم، کدهای اختصاص داده شده، مورد بررسی و تحلیل قرار گرفتند. این مضمون با توجه به شمارش کدهای اختصاصی، پنج بار تکرار شد. میزان فراوانی و تکرار پذیری این مضمون، این‌گونه

به دست می‌آید. در مرحله‌ی چهارم و پنجم، کدها توسط محقق و ارزیاب‌ها مورد بازبینی قرار گرفته و بر اساس آن، شکل‌دهی مضامین نهایی می‌شود؛ مثلاً، در یادداشت بالا، عبارات و ادعاهای عاشقانه، مثل کلمات: «عشقم»، «نفسم» و «عزیزم»، به همراه عبارات محبت‌آمیزی مثل: «دوست دارم»، «فلانی را ببوس!» و... مشاهده می‌شود که در مرحله‌ی بازبینی مضامین، این دو مضمون، با هم ادغام شده و یک مضمون شکل می‌گیرد. در این مرحله، با گذار از مراحل قبل، داده‌هایی داریم که برای تحلیل پایانی و گزارش‌دهی آماده است.

### نتیجه‌گیری

در پژوهش پیش رو، ابتداء، نویسنده، روش تحلیل محتوای زبانی مضامین یادداشت‌های خودکشی را معرفی و پس از آن، به تحلیل موردی ده نمونه یادداشت خودکشی، اقدام کرده است.

یکی از شاخصه‌های شناخت مضمون در محتوا، تکرار پذیری آن در یادداشت‌ها است. تکرار، به معنای مشاهده و ظاهر شدن دو یا چند مورد در متن است. در یادداشت شماره‌ی یک، همان‌گونه که مشاهده شد، مضمون احساس عشق ورزی به شریک زندگی و بیان کلمات محبت‌آمیز به نزدیکان با بیش از چهار بار تکرار، صرفاً، در یک یادداشت، نشان از این است که می‌توان آن را یک مضمون در یادداشت‌ها محسوب کرد؛ کما اینکه این مضمون، در هفت یادداشت دیگر هم مکرراً، تکرار شد و در مجموع، در ده یادداشت دیگر، هفت بار، یعنی: با فراوانی ۷۰ درصد مشاهده شد.

پس از شناخت معیارهای شناسایی و طبقه‌بندی مضامین در یادداشت‌ها که در یک تا نه مورد بررسی شد، نویسنده در یادداشت دهم اقدام به بررسی نحوه‌ی تحلیل مضامین، به روش براون و کلارک می‌کند، تا با این کار، علاوه بر معرفی این روش، در تحلیل یادداشت‌های خودکشی، به صورت عملی، نحوه‌ی کارکرد آن را نیز بررسی کند. با به کارگیری این روش و با شناخت عمیقی که پس از بررسی محتوا و کد گذاری آن‌ها حاصل می‌شود، مضامین اصلی و فرعی شکل می‌گیرد؛ برای مثال، در بررسی یادداشت‌های ششم تا دهم و شناسایی مضمون اصلی دستور العمل‌ها برای بازماندگان، مضامین فرعی دستور العمل‌های عاطفی، مالی و تجویزی نیز شناسایی شد و یا در یادداشت‌های یکم تا پنجم، مضامین احساس عشق ورزی به شریک زندگی و بیان کلمات محبت‌آمیز، با توجه به وجود همپوشانی با یکدیگر ادغام شدند و یک مضمون اصلی تحت عنوان: «مضمون احساس عشق ورزی به شریک زندگی و بیان کلمات محبت‌آمیز به نزدیکان»، شکل گرفت.

پس از این مراحل، مضمون‌های شناسایی شده، دوباره توسط خود نویسنده و ارزیاب‌ها مورد بازبینی مجدد قرار می‌گیرد تا از اشباهات پیش آمده در تعیین مضامین و کد گذاری‌ها جلوگیری شود. پس از آنکه



مجموعه‌ای از مضامین اصلی، فرعی و ادغام شده را در اختیار داریم، نوبت به تحلیل پایانی و نوشتن گزارش و تحلیل‌های آماری می‌رسد.

در پایان، پیشنهاد می‌شود: با افزایش حجم نمونه‌های مورد بررسی، امکان مطالعه‌ی سایر مضامین یادداشت‌های خودکشی، یافتن مضامین مختص یادداشت‌های ایرانی، سنجش سطح معناداری<sup>۱</sup> و تکرار پذیری مضامین و دیگر آزمون‌های آماری مرتبط، و همچنین ارائه‌ی تحلیل مقایسه‌ای از یادداشت‌های واقعی و غیر واقعی در مطالعات آتی فراهم شود، تا بتوان از نتایج حاصله در احراز صحت و سقم یادداشت‌های خودکشی بهره گرفت.

#### کتابشناسی

۱. ایمان، محمد تقی؛ محمدیان، منیژه (۱۳۸۷)، *روش‌شناسی نظریه‌ی بنیادی*، فصلنامه روش‌شناسی علوم انسانی، پژوهشگاه همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۴ (۵۶)، ۳۱-۵۴.
۲. دربر، امید؛ میرزاجانی، حمیدرضا؛ شیخ‌الاسلامی، عباس؛ استاجی، اعظم (۱۴۰۱)، *تحلیل محتوای زبانی مضامین یادداشت‌های خودکشی*، مطالعه‌ی موردی ۳۰ نمونه در شهر مشهد، زبان‌شناسی و گویش‌های خراسان، ۱۴(۲)، ۱-۲۹.
۳. عابدی، جعفر، حسن؛ تسلیمی، محمد سعید؛ فقیهی، ابوالحسن؛ شیخ‌زاده، محمد (۱۳۹۰)، *تحلیل مضمون و شبکه مضامین: روشی ساده و کارآمد برای تبیین الگوهای موجود در داده‌های کیفی*، فصلنامه اندیشه مدیریت راهبردی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۵۱-۱۹۸.
۴. معروفی، یحیی؛ یوسف‌زاده، محمدرضا (۱۳۸۸)، *تحلیل محتوا در علوم انسانی*، همدان، سپهر دانش.
5. Ault, R. L., Hazelwood, R. R., & Reboussin, R. (1994), **Epistemological status of equivocal death analysis**, AMERICAN PSYCHOLOGIST, 49(1), 72-73.
6. Braun, V., & Clarke, V. (2006). **Using thematic analysis in psychology**, Qualitative research in psychology, 3(2), 77-101.
7. Bennell, C., Jones, N. J., & Taylor, A. (2011), **Determining the authenticity of suicide notes: Can training improve human judgment?** Criminal Justice and Behavior, 38(7), 669-689.
8. Canter, D. (2005), **Suicide or Murder: Implicit Narratives in the Eddie Gilfoyle Case** (From Forensic Psychologist's Casebook: Psychological Profiling and Criminal Investigation, P 315-333, 2005, Laurence Alison, ed.--See NCJ-210952)
9. Darkes, J, Otto, R., Poythress, N., & Starr, L. (1993), **APA's expert panel in the congressional review of the USS Iowa incident**, American Psychologist, 48, 5-15.
10. Edelman, Ann M. & Renshaw, Steven L. (1982). **"Genuine versus Simulated Suicide Notes: An Issue Revisited Through Discourse Analysis"**. Suicide and Life Threatening Behaviour. 12(2), 103-113.
11. Giles, S. P. (2007). **The final farewell: Using a narrative approach to explore suicide notes as ultra-social phenomena** (Doctoral dissertation, University of Liverpool)
12. Gregory, Adam. (1999), **"The Decision to Die: The Psychology of the Suicide Note"**. In Canter, D. & Alison, L. (Eds.) Interviewing and Deception. Offender Profiling Series, Volume 1, Ch. 7, Aldershot: Ashgate Publishing.
13. Gottschalk, L. A., & Gleser, G. C. (1960), **An analysis of the verbal content of suicide notes**, British Journal of Medical Psychology, 33, 195-204.
14. Hannah Ritchie, Max Roser and Esteban Ortiz-Ospina (2015) - **"Suicide"**. Published online at [OurWorldInData.org](https://ourworldindata.org/suicide). Retrieved from: 'https://ourworldindata.org/suicide' [Online Resource]

1. statistical significanc

هرگاه، احتمال وقوع اتفاقی تصادفی، بسیار کم بوده باشد، به عبارت دیگر، به احتمال زیاد دارای دلایلی غیر از شانس بوده است، آن را به لحاظ آماری،

معنادار می‌گویند (سیرکین، ۲۰۰۵، ۲۷۵)

15. Ogilvie, D. M, Stone, P. J, Shneidman, E. S. (1966). **Some characteristics of genuine versus simulated suicide notes** (pp. 527-535). Cambridge, MA: MIT Press
16. Shneidman, E.S. (1979). "An Overview: Personality, Motivation, and Behaviour Theories". In Hankoff, L.D. & Einsidler, Bernice (Eds.). **Suicide: Theory and Clinical Aspects**. Ch.12, p.143-163. Massachusetts: P.S.G. Publishing Company Inc
17. shneidman, E. S, & Farberow, N. L. (1957). Some comparisons between genuine and simulated suicide notes in terms of Mowrer's concepts of discomfort and relief. *The Journal of general psychology*, 56 (2)
18. Ioannou, M, & Debowska, A. (2014). Genuine and simulated suicide notes: An analysis of content. **Forensic science international**, 245, 151- 160.
19. Lazarides A, Wassenaar DR, Sekhesa T. A thematic content analysis of suicide notes from South Africa. **South African Journal of Psychology**.2019;49 (1):148-159.
20. Langer, S., Scourfield, J., & Fincham, B. (2008). Documenting the quick and the dead: A study of suicide case files in a coroner's office. **The Sociological Review**, 56(2), 293-308- p – 304
21. Leenaars, A. A. (1992). Suicide notes from Canada and the United States. *Perceptual and Motor Skills*, 74(1), 278-278. Leenaars, A. A, & Balance, W. D. G. (1984). A logical empirical approach to study of suicide notes. **Canadian Journal of Behavioral Science**, 16, 249-256
22. McClelland, L, Reicher, S, & Booth, N. (2000). A last defence: The negotiation of blame within suicide notes. **Journal of community & applied social psychology**, 10(3), 225-240.
23. O'Connor, R. C, Sheehy, N. P, & O'Connor, D. B. (1999). A thematic analysis of suicide notes. *Crisis: The Journal of Crisis Intervention and Suicide Prevention*, 20(3), 106
24. Osgood, C. E. & WM Jm R, E. (1959) Motivation and language behaviour: a content analysis of suicide notes. **Journal of Abnormal and Social Psychology**, 59, 58-67
25. Suicide or Murder: Implicit Narratives in the Eddie Gilfoyle Case (From Forensic Psychologist's Casebook: **Psychological Profiling and Criminal Investigation**, P 315-333, 2005, Laurence Alison, ed.--See NCJ-210952)
26. Tarannum, Afreen & Singh, Vinay & Sharma, Nidhi & Saran, Vaibhav. (2015). Suicide Notes on Unconventional Surface: A Trending Challenge. **IJournals: International Journal of Social Relevance & Concern** 3 (5)
27. Shpero, Jess Jann. **The language of suicide not** .Diss University of Birmingham, 2011, p.48

– عصرایران، (۲۰ شهریور ۱۳۹۹)، آخرین آمار خودکشی ایران، برگرفته از سایت:

<https://www.asriran.com/fa/news>

– رتبه بندی سلامت ایالات متحده (۱۵ سپتامبر ۲۰۲۰):

<https://www.americashealthrankings.org/explore/annual/measure/Suicide/state/ALL?edition-year =2020>



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 55-76

**Receive Date:** 2024/05/26**Revise Date:** 2024/07/11**Accept Date:** 2024/07/13**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1184599

### Analytical examination of the basics of workers' right to strike with an approach to jurisprudence and Iran's legal system

Mohsen Amarlu<sup>1</sup>Ali Babaei Mehr<sup>2</sup>Reza Nasiri Larimi<sup>3</sup>

#### Abstract

Trade unions are a type of labor movement that has emerged in order to achieve economic goals and basic freedoms among wage-earning workers in industry and commerce. Initially, these organizations try to achieve the goals and rights of their members through negotiations with the employer groups, and if they do not achieve the desired result, they use their last and most important tactic, which is the right to strike. Under special conditions, they benefit; The following article tries to answer the question by collecting information and reviewing the literature on the subject, in a descriptive and analytical method and using library documents and resources, that the position and basics of the right of workers to strike in education- What are the jurisprudence and legal issues of Iran? To answer this question, the foundations of jurisprudence and legal system of Iran are examined. The findings, on the one hand, show a significant relationship between the occurrence of strikes and the weakness of the power of unions, and on the other hand, the acceptance of such a right requires the creation and recognition of trade union organizations. Efficiency is also achieved when it is in accordance with international guidelines and centered on independent and free labor unions; However, the evidence shows that the legal system looks at this right with concern and lack of clarity, and the government's approach, including the Iranian legal system, is different from the teachings of Islamic jurisprudence, which allow strike and protest based on principles. Because: Solitude and freedom confirm.

**Keywords:** the right to strike, the basics of the right to strike, the jurisprudential basics of the right to strike.

1. PhD student in Public Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. raharahayy@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran (corresponding author). m.09127435286@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. rezaanas20@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۵۵-۷۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۶

DOI: 10.71654/jcl.d.2024.1184599

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی تحلیلی مبانی حق اعتصاب کارگران با رویکردی بر آموزه‌های فقهی و نظام حقوقی ایران

محسن عمارلو<sup>۱</sup>  
علی بابایی مهر<sup>۲</sup>  
رضا نصیری لاریعی<sup>۳</sup>

### چکیده

اتحادیه‌های کارگری، نوعی جنبش کارگری هستند که به منظور دستیابی به اهداف اقتصادی و آزادی‌های اساسی، بین کارگران مزد بگیر، در صنعت و تجارت، پدیدار گشته‌اند. این سازمان‌ها، ابتداء، از طریق مذاکره با گروه‌های کارفرمایی می‌کوشند تا به اهداف و حقوق تعیین شده‌ی اعضای خود دست یابند و در صورت عدم حصول نتیجه‌ی مطلوب، از آخرین و مهمترین حربه‌ی خود، که همان حق اعتصاب است، تحت شرایطی ویژه، بهره می‌گیرند؛ مقاله‌ی پیش‌رو، درصدد است تا با گردآوری اطلاعات و بررسی ادبیات موضوع، به روش توصیفی و تحلیلی و بهره‌مندی از اسناد و منابع کتابخانه‌ای، به این پرسش پاسخ دهد که جایگاه و مبانی حق اعتصاب کارگران در آموزه‌های فقهی و حقوق موضوعه ایران چگونه است؟ برای پاسخ به این پرسش، مبانی فقهی و نظام حقوقی ایران بررسی می‌شود. یافته‌ها، از یک طرف، از رابطه‌ی معناداری میان بروز اعتصاب و ضعف قدرت اتحادیه‌ها، نشان دارد و از طرف دیگر، پذیرش چنین حقی، مستلزم ایجاد و به رسمیت شناختن سازمان‌های سندیکایی است. کارآمدی نیز زمانی حاصل می‌شود که منطبق با شیوه‌نامه‌های بین‌المللی و با محوریت اتحادیه‌های کارگری مستقل و آزاد باشد؛ لکن شواهد نشان می‌دهد که حقوق موضوعه با نگرانی و عدم صراحت به این حق می‌نگرد و مواجهه‌ی دولت‌ها و از جمله، نظام حقوقی ایران، متفاوت با آموزه‌های فقه اسلامی است که جواز اعتصاب و اعتراض را مبتنی بر اصولی چون: حلیت و آزادی، تأیید می‌کند.

واژگان کلیدی: حق اعتصاب، مبانی حق اعتصاب، مبانی فقهی حق اعتصاب کارگری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. raharahay@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران (نویسنده مسئول). m.09127435286@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. rezaanas20@gmail.com

وقایع ناگوار مختلفی چون جنگ‌های جهانی اول و دوم حیات بشریت را در طول تاریخ تحت تأثیر خود قرار داده است؛ تأثیری که نتایج آن را می‌توان در اهمیت روز افزون مؤلفه‌هایی چون صلح و توسعه و توجه به حقوق بنیادین بشر مشاهده نمود. تجربه این فراز و نشیب‌های تاریخی نشان می‌دهد که عدم توجه به حقوق بنیادین بشر و آزادی‌های اساسی انسان، نقطه شروع چالش‌ها و حرکات اعتراضی و اعتصابات خواهد بود؛ اقداماتی اعتراضی که در نظام‌های مختلف به گونه‌های متفاوتی نمود پیدا کرده است؛ بنا بر این، آزادی‌هایی چون حق تشکل و اتحادیه‌گرایی در کنار حق اعتصاب اهمیتی دوچندان می‌یابد. ویژگی جهان شمولی و وابستگی این حقوق به یکدیگر، روابط معکوس و دو وجهی میان آن‌ها را نشان می‌دهد. سازمان بین‌المللی کار نیز ضمن تأکید بر چنین حقوقی، آن را از نشانه‌های مردم‌سالاری و دموکراسی‌خواهی جوامع دانسته که اعمال آن قدرت و سیادت مردم و حاکمیت را در پی دارد. تجارب تاریخی و قانون‌گذاری نشان می‌دهد: نظام‌های حقوقی دنیا تا اوایل قرن ۱۹ حق تشکل و به تبع آن، حق اعتراض و اعتصاب را اقدامی مجرمانه و قابل سرزنش و مستوجب مجازات قلمداد می‌کردند. بررسی‌ها نشان می‌دهد: نظام حقوقی ایران نیز از این امر مستثنی نبوده و رویکرد قوانین و مقررات، چه در قبل از انقلاب و چه بعد از آن، با عدم صراحت در مقررات و قانون اساسی همراه بوده است. دقت در سوابق مطالعاتی موضوع نیز نشان می‌دهد تحقیقات مختلفی درخصوص جنبش‌های سندیکایی و اعتصابات و اعتراضات کمیته‌های مختلف کارگری در جهان و ایران صورت پذیرفته است؛ مواردی چون پژوهش آقای یرواند آبراهیمیان، در مقاله‌ای با عنوان: «ایران بین دو انقلاب» (۱۳۷۷) و حسین بشریه، در مطالعه‌ای با عنوان: «جامعه‌شناسی، نقش نیروهای اجتماعی در زندگی سیاسی» (۱۳۸۱)، نمونه‌هایی هستند که نویسنده از نتایج چنین منابعی در تکمیل پژوهش حاضر بهره برده است. در باب فقهی نیز منابعی چون کتاب: القواعد الفقهية، اثر محمد فاضل موحدی لنگرانی (۱۴۱۶ق) و کتاب: منية الطالب في شرح المكاسب، اثر محمد حسین نایینی با تقریر موسی خوانساری نجفی (۱۴۱۸ق) و القواعد الفقهية، اثر ناصر مکارم شیرازی (۱۴۱۱ق) مطالعه شده است و مبانی فقهی و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران در دو بخش مجزا در این نوشتار بیان شده است.

آنچه دغدغه نویسنده را در این مسیر مضاعف می‌گرداند، مسأله عدم توجه به این حقوق بنیادین، به ویژه حق اعتصاب و اعتراض در قوانین داخلی و عدم صراحت آن در قانون اساسی و قانون کار امروز کشور، با وجود مبانی آن در آموزه‌های فقهی است؛ به خصوص ادله‌ای چون: لایبطل حق مسلم و قاعده‌ی لا ضرر و نفي عسر و حرج که بر جواز اعتصاب، دلالت دارد و استثنائاً، در تعارض با ادله عدم جواز اعتصاب، از جمله: دلیل مصلحت و وجوب حفظ نظام و نهی از اعمال مغایر با نظم عمومی هستند؛

فلذا این پژوهش، در صدد است تا به این سؤال، پاسخ دهد که جایگاه و مبانی حق اعتصاب کارگران در آموزه‌های فقهی و نظام حقوقی ایران چگونه است؟

نمایان است با وجود مبانی فقهی و جوازات شرعی در این مورد، تبیین این حقوق اساسی، رافع بسیاری از موانع بوده و درک سیر این تحولات، به ویژه برای نظام حقوقی ایران، حیاتی است که در ابتدای مسیر تنظیم و شناسایی این پدیده‌های نوین اجتماعی هستند.

### ۱. مفهوم شناسی حق اعتصاب و ارتباط آن با اتحادیه گرایی

رابطه میان اعتصاب و اتحادیه‌های کارگری که جماعتی از صنوف را در بر می‌گیرد، فرایندی دو سویه و متقابل و متأثر از هم است؛ به طوری که اعتصاب را می‌توان یکی از ابزارهای تحقق مطالبات اتحادیه‌ها و به نوعی آخرین حربه‌ی مؤثر بر روند احقاق حقوق کارگران دانست. به رسمیت شناختن حق اعتصاب نیازمند آن است که فعالیت‌ها و خود سازمان‌های سندیکایی متولی این امر، مبنای مورد پذیرش واقع گردند (زاهدی، ۱۳۷۷، ۶۵)؛ بدین جهت، با توجه به تعریف اتحادیه، به اجتماع افراد، با هدف مشترک، می‌توان آن را تشکیلاتی داوطلبانه و مستقل متشکل از کارگران یک حرفه یا صنعت که با عقاید سیاسی و اجتماعی و فرهنگی و مذهبی مختلف دانست که در جهت برآورده کردن منافع و مصالح حقوقی گروه‌های عضو خود ایجاد می‌شوند (شرکت، ۱۴۰۰، ۷). این پدیده‌های نوین جمعی را می‌توان محصول انقلاب صنعتی قرن ۱۸ میلادی دانست که با ابزار اعتصاب می‌تواند اعمال فشار نماید (حافظیان، ۱۳۸۰، ۳۰).

از سویی دیگر، از نظر لغوی نیز اعتصاب را انتخاب کردن و دلخوش کردن به چیزی، یا کلاه یا عمامه بر سر نهادن، معنا کرده‌اند و در اصطلاح، به حالت دست از کار کشیدن و تجمع برای رسیدن به هدفی خاص، از جمله کاهش ساعات کار و افزایش حقوق و مزد و بهبود شرایط شغلی و کاری بالاخص کارگران تفسیر نموده‌اند (دهخدا، ۱۳۸۵، ۱/۱۸۰).

البته، به صورت تخصصی‌تر می‌توان آن را عبارت از توقف جمعی کار، به منظور اثرگذاری و تغییر رویه اشخاصی دانست که به فروش یا بهره‌مندی از محصول کار دیگری وابسته هستند؛ در واقع، در نگاه اول، نوعی تنازع و تقابل میان کارگر و کارفرما است که برای بهبود اهداف شغلی و شرایط کار صورت می‌گیرد. این اقدام، نتیجه آن است که کارگران خود را به جهت تضییع حقوقشان محق می‌دانند و متقابلاً، نگاه کارفرمایان و اکثر دولت‌ها به آن، چنین نبوده و همواره آن را با نارضایتی و نگرانی پیگیری کرده و آن را نوعی نگرش زیاده خواهانه قلمداد می‌کنند (رنجبریان و عراقی، ۱۳۹۲، ۱۳۰).

بررسی منابع مختلف نمایانگر آن است که برای اعتصاب می‌توان انواعی ذکر کرد. نمی‌توان این عمل را صرفاً، تقابل میان کارگر و کارفرما و یا دولت و مردم به حساب آورد. چنین اقدامی می‌تواند گاه،

میان مقامات بالادستی، حتی رئیس جمهور یا وزراء برای افزایش اختیارات قانونی و آزادی عمل بیشتر صورت پذیرد (ملک افضلی اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۲۵-۱۴۴).

## ۲. سیر تحولات حق اعتصاب و اعتراض در جهان و ایران

مصر، در طول تاریخ آبستن حوادث بی شماری بوده که حیات سیاسی بشریت از آن تاثیر پذیرفته است، اولین اعتصاب نیز توسط کارگران بخش خدماتی رامسس سوم در قرن ۱۲ قبل از میلاد صورت گرفت؛ آن‌گاه که این کارگران، به فعالیت خود در قبرستان خاتمه دادند تا به مراقبت‌های پزشکی از همکاران آنان، رسیدگی شود که دچار بیماری ناشی از کار شده بودند. این حرکات جمعی، در قرون وسطی نیز با اشکال مختلفی در قالب گروه‌های خیریه، با موضوع دفاع از حقوق کارگران، مقابل کارفرمایان و صاحبان ثروت و کار ایجاد گردید؛ گروه‌هایی که حربه آن‌ها اعتراض و اعتصاب جمعی بود و به هر میزان که همبستگی و اتحاد کارگران بیشتر می‌شد، به همان اندازه، تنازع و تقابل با کارفرمایان و حکومت‌ها افزایش می‌یافت و این، عاملی جهت ایجاد فاصله میان دو گروه درگیر در منازعات می‌شد (سردارنیا و البرزی، ۱۴۰۱، ۱۰۷-۱۵۰).

به دنبال وقوع انقلاب صنعتی و بروز حوادث غمباری چون جنگ‌های جهانی اول و دوم، رفته رفته، کارگران، ضمن افزایش آگاهی و اتحادشان، برای دفاع از حقوق خود برابر کارفرمایان، دست به تشکیل سازمان‌های جمعی زدند و اعتراض و شیوه اعتصاب تنها سلاح آن‌ها برای مطالبه خواسته‌هایشان بود. در آغاز، دولت‌ها و کارفرمایان به انحاء مختلف به مبارزه با این حرکت‌های جمعی می‌پرداختند و گردانندگان آن را مجازات می‌نمودند، اما از نیمه‌ی قرن ۱۹ به بعد، بر اثر مبارزات کارگران معترض، اعتصابات، رفته رفته، شکل رسمی به خود گرفت و میان سایر جمعیت‌ها و گروه‌های کارمندی و کارگری و مشاغل مختلف گسترش یافت. احزاب و سازمان‌های سیاسی در اوایل قرن بیستم از اعتصاب همگانی برای رسیدن به هدف‌های سیاسی بهره بردند و طرفداران مکاتب مختلفی چون سندیکالیست‌ها و آنارشویست‌ها این جنبش‌های کارگری و صنفی را روشی مؤثر برای تغییر سیاست‌های تصمیم‌گیران و دولت‌ها می‌پنداشتند (آشوری و بهمنی قاجار، ۱۳۸۷، ۱۷).

برخی از پژوهشگران، ادامه این مسیر را حرکت اعتصاب به مجاری رسمیت یافتن و قانونمند شدن قلمداد کردند و برای آن، پیشینه‌ای سه گانه چون: برهه‌ی ممنوعیت کیفری و حقوقی، زمان مصونیت، و دوران مشروعیت و پذیرش و رسمیت حق اعتصاب تصور نموده‌اند (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۳، ۱۱۲).

سیر این تحولات در حقوق داخلی ایران نیز تحت تأثیر مواجهه با غرب به ویژه در دوره قاجار، سر منشأ تحولات بی‌شماری بود. تغییرات گوناگونی در این دوره، در حوزه‌های اداری و ملی صورت پذیرفت. نظام اداری و بوروکراسی جدیدی جایگزین سیستم سنتی قبلی شد. در این دوران، اولین

اعتصاب را در نهم مهر ۱۲۸۶ خورشیدی، کارکنان وزارت خارجه شکل دادند و نتیجه آن، عزل میرزا جواد خان سعدالدوله از تصدی وزارت خارجه شد (اعظمی، ۱۴۰۰، ۷). با اشغال ایران توسط متفقین در سال ۱۳۲۰ و سقوط حکومت رضا خان، گروه‌های اجتماعی که تا آن زمان، تحت فشار بودند، رها شده و مجدداً، اعتصابات صنفی و سراسری در اعتراض به نا عدالتی‌ها افزوده شد؛ این روند، تا وقوع کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ با شدت و تنوع در اعتصابات و اعتراضات صنفی ادامه داشت. بعد از کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ نوعی خفقان سیاسی بین گروه‌های معترض به وجود آمد و نیروهای کارگری و کارفرمایی، کمتر فرصتی پیدا می‌کردند تا اعتصاب نمایند. در این دوران، هرگونه اعتراضی، به معنای مخالفت با حکومت و عامل شوروی تلقی و به شدت سرکوب می‌شد، تا اینکه از سال ۱۳۴۰ به بعد، اعتراضات از مطالبات صنفی خارج و با اهداف سیاسی و نیت خاصی در مخالفت با رژیم حاکم و تلاش در جهت تغییر آن، بروز و ظهور کرد و در نهایت، در سال ۱۳۵۷ به انقلاب اسلامی منجر گردید (خیراللهی، ۱۳۹۵، ۲۳).

### ۳. نگاه جامعه‌شناختی به مقوله حق اعتصاب

در مورد اعتصاب، نظریه‌های مختلفی در حوزه جامعه‌شناسی ارائه شده است و اجماع، در خصوص نظریه واحدی، وجود ندارد و آنچه از نظریه‌ها در خصوص محتوا و ماهیت اعتصاب وجود دارد، در دوره‌های تاریخی مختلف، به صورت‌های گوناگونی مطرح شده است و بررسی آن‌ها نشان از آن دارد که ماهیت اعتصاب و اعتراض، هیچ‌زمان، بر مبنای حق ترسیم نبوده است.

نظریه سیاست‌خیابان از نظریات مطرح و غالب در این مورد است که توسط آصف بیات در «کتاب زندگی به مثابه‌ی سیاست، چگونه مردم عادی خاورمیانه را تغییر می‌دهند» برای اولین بار مطرح گردیده است. این نظریه، مهمترین عامل شکل‌گیری معترضین و اعتصابات را تبعات منفی اقتصادی، سیاسی، اجتماعی برآمده از جهانی شدن اقتصاد و تجارت، و سیاست‌گذاری‌های غلط مدیران و حکومت‌ها می‌داند.

صاحب این نظریه خیابان را میدانی می‌داند که نارضایتی‌های طبقات پایین در آن، ظهور کرده و به صورت خود جوش در خیابان به اعتراض و درخواست مطالبات خود اقدام می‌نمایند. طبق این نظریه، نقش جنبش‌های اجتماعی در هدایت اعتراضات مردمی مهم و اساسی تلقی شده است. این نظریه، معتقد است: ضعف و یا فقدان تشکیلات منسجم حزبی و گروهی موجبات بروز سیاست‌خیابان بوده است (سردارنیا و البرزی، ۱۴۰۰، ۱۱۳).

ایشان، در اثر دیگر خود، با عنوان «سیاست‌های خیابانی و جنبش تهی‌دستان در ایران» دو دلیل را جهت تبدیل شدن خیابان به محل فعالیت‌های سیاسی شناسایی کرده است؛ دلیل اول آنکه از نظریه کلی فوکو، در خصوص فضا و قدرت نشأت می‌گیرد، به این شکل که فضای عمومی به محلی برای تقابل



میان قدرت مسلط و گروه‌های مردمی مبدل می‌شود و دلیل دومی که می‌توان از تبدیل شدن خیابان به عرصه‌ای برای فعالیت سیاسی یاد کرد، آن است که می‌توان آن را مانند مکان عمومی دانست که مردم بدون هیچ شبکه فعالی در آن بسیج می‌شوند و در صورت بروز تهدیدی مشترک این شبکه منفعل، فعال شده و نهایتاً، به یک عمل و جنبش جمعی تبدیل می‌شود (سردارنیا و البرزی، ۱۴۰۰، ۱۱۳).

### ۱-۳. رویکرد آموزه‌های دینی در خصوص حق تشکل و اعتصاب

#### ۱-۱-۳. مکتب اسلام

قبل از اینکه دیدگاه قرآن و سنت، در مورد حق اعتصاب بیان شود، ضروری است، ابتداء، جایگاه حق تشکل و اتحادیه‌گرایی را در آموزه‌های فقه اسلام بررسی و اهمیت و مبانی آن تبیین گردد؛ چراکه حق اعتصاب در امتداد حق تشکل بوده و از وظایف اصلی اتحادیه‌ها و اهداف ایجاد سندیکاها، پی‌ریزی اعمال حقوق بنیادین، به ویژه حق اعتصاب است که آخرین راهکار اعتراضی حق خواهانه است. اشاره به معاملات مختلف موجود در فقه، اعم از مزارعه و مضاربه و مشارکت و نیز معاملات مشاعی، حاکی از جایگاه ارزشمند کار و فعالیت گروهی در فقه اسلام است (طاهر احمدی، ۱۳۷۹، ۲۶۰).

از این رو، حرکت‌های جمعی، واجد این خصوصیت هستند که به دلیل تضارب آرا و تجمیع افکار و توانمندی‌ها، تولید اندیشه بیشتر، فکر خلاق و ارتقاء انگیزه افراد را فراهم می‌آورد؛ فلذا کوشش و فعالیت جمعی، زمانی به وجود می‌آید که عناصر آن، یعنی: تعاون، همکاری و نظم و انضباط و مشورت فراهم باشد؛ به طوری که این مؤلفه‌های سه‌گانه را می‌توان در آموزه‌های اسلامی مشاهده نمود. در این مورد، آیه شریفه ۲ سوره مبارکه مائده، به بیان مؤلفه تعاون و همکاری می‌پردازد: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»؛ و در نیکی و تقوا با یکدیگر تعاون و همکاری کنید و در گناه و تعدی دستیار هم نشوید.

در خصوص مفاهیم نظم و انضباط می‌توان به وصیت امام علی (ع) به امامین حسن و حسین (علیهما السلام) اشاره نمود؛ آن زمان که فرمودند: «أَوْصِيكُمْ وَجَمِيعَ وَوَالِدِي وَأَهْلِي وَمَنْ بَلَغَهُ كِتَابِي بِتَقْوَى اللَّهِ وَنَظْمِ أَمْرِكُمْ»، شما را و تمام فرزندان و خاندانم را و کسانی را که این وصیت به آنان می‌رسد، به ترس از خدا و نظم در امور زندگی توصیه می‌کنم

و مؤلفه سوم که مشورت است، می‌توان آن را از آیه شریفه ۳۸ سوره مبارکه شوری استنباط نمود که خداوند متعال می‌فرماید: «وَأْمُرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ»؛ و کارهایشان به صورت مشورت میان آنان است و از آن چیزی به آنان روزی داده‌ایم، انفاق می‌کنند. حضرت علی (ع) نیز در نهج البلاغه، خطبه ۱۲۷ می‌فرماید: همراه جماعت باشید که دست خدا بالای سر جماعت است. همه آنچه بیان شد نشان از جایگاه والای تشکل و جماعت در فقه اسلام داشته و برای چنین مؤلفه‌هایی مبانی لازم را بیان کرده است (طاهر احمدی، ۱۳۷۹، ۲۶۰).

در خصوص مبانی حق اعتصاب نیز می‌توان به سوره مبارکه رعد آیه شریفه ۱۱ اشاره نمود؛ آنجا که خداوند متعال تغییر و وضعیت مردم را منوط به اراده و تغییر خودشان منوط کرده است: «إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ». هر چند این آیه، ناظر به تغییر خود است و لیکن، این به معنای شروع فرایند تغییر است و با دلالت ضمنی بر اعتصاب و تغییر وضعیت را به رسمیت شناخته است (اعظمی، ۱۴۰۰، ۱۱).

### ۳-۱-۱-۱. قرآن و مشروعیت حق اعتصاب و اعتراض

همان طور که اشاره شد: حق اعتصاب، یکی از راهکارهای اعتراضی که غایتی حق طلبانه دارد، از حقوق اساسی و بنیادین انسان است که فرهنگ دینی و اسلامی نیز برای آن، مبانی و اصول متعددی را در نظر گرفته است. این شیوه بیان مطالبات را می‌توان یکی از بهترین روش‌های تفاهم و حتی تقابل میان دولت‌ها و ملت‌ها دانست که موجبات استواری بنیان یک نظام سیاسی و تعمیق روابط بین اعتصاب‌گران می‌شود؛ فلذا اعتصاب، یک راهکار اعتراضی مشروع، مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی دنیا واقع شده و حتی حکومت اسلامی نیز آن را در موازین و اصول بنیادین خود مورد توجه قرار داده است.

آیات مقدس قرآن، از جمله اصول بنیادینی است که خداوند متعال مشروعیت اعتراض و اعتصاب مردمی را به رسمیت می‌شناسد (حجت دوست، ۱۴۰۲، ۴)؛ آیات شریفه ۳۰ تا ۳۷ سوره مبارکه بقره از دیگر ادله‌ای است که رابطه مستقیمی با اعتراض و راهکارهای آن دارد که اعتصاب نیز می‌تواند یکی از آن‌ها باشد. همچنین در آیه شریفه ۲۰ سوره مبارکه آل عمران نیز تاکید دارد روش پیامبر هیچ گاه بر اساس تحمیل و فشار نبوده بلکه پیامبران، همواره تلاش می‌کردند افراد با حقایق امور آشنا شوند و انتخاب مسیر هدایت یا گمراهی را بر عهده خود آنان قرار می‌دادند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ۲/۲۰).

در آیه شریفه ۶۱ سوره مبارکه انبیا نیز روش مباحله را در مقابل اصرار کفار بر گمراهی خویش و عدم پذیرش مبانی روشن مطرح می‌نماید که نشانگر دلیل متقن در جامعه اسلامی مبنی بر پذیرش اعتراض با تمام راهکارها و شیوه‌های مستقر در آن است و می‌تواند مصداق عبارت این قاعده فقهی قرار گیرد که بیان می‌دارد: «اذن در شی، اذن در لوازم آن نیز است» که نقش مهم و کاربردی در فقه و حقوق دارد و در این مورد اذن در اعتراض طبق آنچه از مبانی ذکر کردیم در واقع اذن در متعلقات و روش‌ها و راهکارهای دیگر آن نیز (اعتصاب) می‌تواند صورت بگیرد. آیات شریفه: ۱۴۳ و ۲۰۱ سوره مبارکه بقره و آیه شریفه ۱۱ سوره مبارکه رعد نیز می‌تواند مبانی حق اعتصاب و به رسمیت شناختن آن تلقی شود. بنا بر این، نمایان است: حق بر تغییر و تحول در او ضاع حیات بشریت در آیات رو شنگر قرآن کریم جزء حقوق ذاتی و فطری قلمداد شده و رسمیت یافته است که جز از طریق اعتراض و اعتصاب افراد محقق نخواهد شد (افضلی اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۲۹).

## ۳-۱-۲. رویکرد سنت نسبت به اعمال حق اعتصاب

با ذکر مبانی قرآنی مشروع بودن اعتصاب که آن را می‌توان از یک طرف عنایتی در جهت اعتلای حیات بشریت از سوی خداوند متعال دانست، بدون تردید سنت به معنای سیره و روش عملی نیز برآیندی عملی از مبانی قرآنی در مشروعیت و جواز اعتراض و اعتصاب دلالتی مؤکد دارد (زبیدی، ۱۴۱۴، ۲۳۰/۶)، از این رو، به نمونه‌هایی از روایات در خصوص مشروعیت و جواز اعتصاب و اعتراض اشاره می‌شود:

از پیامبر اکرم (ص) نقل است: «لَنْ تُقَدَّسَ أُمَّةٌ لَا يُؤْخَذُ لِلضَّعِيفِ فِيهَا حَقُّهُ مِنَ الْقَوِيِّ غَيْرَ مُتَمَتِّعٍ» پیامبر خدا صلی الله علیه و آله، در این روایت بیان می‌دارد: هرگز پاک و پاکیزه (سعادت‌مند) نگردد آن امتی، که حق ناتوان بدون ترس و لرز از قدرتمند گرفته نشود. آنچه از این روایت ضروری می‌نماید اینکه اعتراض و اعتصاب موضوعیت داشته باشد؛ چراکه در غیر این صورت امت معترض صدق و طهارت و خلوصش دچار اختلال خواهد شد. این روایت می‌تواند نشانه جواز و حتی وجوب حق خواهی در جوامع اسلامی قلمداد شود؛ چون مداومت انسان قدرتمند زورگو در گرفتن حق انسان ناتوان و ضعیف در مبانی اسلامی مطلوب نبوده و متعارض با نگاه شریعت می‌باشد. همانگونه که بیان داشتیم مصداق این روایت، اعتصاب را یکی از راهکارهای حق طلبانه اعتراض می‌پندارد.

از این رو، جواز اعتصاب به دلالت التزامی مصداق نوعی حق خواهد بود؛ همین طور اصل آزادی بشر نیز می‌تواند دلیلی باشد بر آزاد بودن انتقاد و اعتراض و حتی اعتصاب انسان نسبت به اوضاع ناگوار خود که آن را در اندیشه‌های امروزی عرفاً، حق آزادی بیان می‌نامند و اعتصاب را از مدارج بالای این حق تصور می‌کنند (ملک افضلی اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۲۸).

برخورد پیامبر نیز با مشرکان پس از فتح مکه علی‌رغم اظهار کفرشان که گویندگان آن را علی‌رغم اظهارات عتاب آلودشان توییح نمی‌نمودند، می‌توان نمونه‌ای از آزادی اعتراض و مصادیق آن در مفاهیم فقهی دانست (حجت دوست، ۱۴۰۲، ۹)؛ یا در موردی دیگر اعتراض به برخی از احکام دین در پیشگاه معصومین (ع) از نمونه‌هایی است که می‌تواند دلالت بر مشروعیت و جواز اعتراض و اعتصاب به عنوان محصول آن در نزد ائمه (ع) دانست، آن‌گاه که امام حسن عسکری در جواب سؤال «فہفکی» که پرسیده بود: گناه زن مسکین ناتوان چیست که باید یک سهم و دو سهم برای مرد در باب ارث باشد؟ چنین پاسخ دادند: «برای زن جهاد، نفقه و دیه عاقله نیست» و این موارد تنها بر مردان واجب است (کلینی، ۱۴۳۰، ۵۴۰/۲).

بدیهی است که بسیاری از این نوع سؤالات جنبه استفساری و با نیت اعتراضی بیان می‌شده‌اند. شیوه رفتار امام صادق (ع) با اظهارات ضد دینی ملحدانی چون ابن ابی العوجاء که با بیانی شیوا اصول مسلمانان را منکر می‌شد و در این مسیر طرفداران زیادی هم همراه خود کرده بود، از این قرار است.

بررسی‌های متون فقهی و روایی نشان می‌دهد: گفتگوهای زیادی بین این شخص و امام صادق(ع) در باب مسائل و شبهات دینی مطرح شده که نشان از آزادی اعتراض سیاسی و دینی و بیانگر نوعی تکریم علمی از جانب امام است (طبرسی، ۱۴۰۳، ۳۷۷/۲).

گفتگوی انتقادی زراره با امام باقر(ع)، برخوردار امام علی(ع) مقابل توهین فرد یهودی، علیرغم بهره‌مندی ایشان از مقام عصمت، اعتراض و انتقاد اندیشمندان مخالف و تکریم همواره آنان، از این قرار است. با توضیحاتی که در این بخش بیان نمودیم، حال می‌توان ادله جواز اعتصاب را در نگاه سنت در چند مورد کلی جمع بندی و بیان کرد:

۱. حق آزادی انسان، که به معنای حق و اختیار تعبیر می‌شود، به طوری که انسان مختار و مستقل در اعمال و رفتار خود است و از آزادی‌های مختلفی بهره‌مند است؛ اعم از آزادی در نوشتن، سخن گفتن، بیان نظر و عقیده، آزادی در کار و اعتراض و اعتصاب و... که مجموع آن در اصطلاح حقوقی به حقوق اساسی، حقوق بنیادین و یا حقوق بشر تعبیر می‌شود؛ از این رو، دیگران نباید در امور و حقوق دیگران محدودیت و خللی ایجاد نمایند و در صورت بروز چنین مسأله‌ای راهکارهای اعتراض و اعتصاب، مطرح و راهگشا خواهد بود (ملک افضلی اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۳۰).

۲. توجه به شرایط مسلمانان، زمانی است که اعتصاب و اعتراض به شرایط برای احقاق حقوق دیگران مطرح می‌باشد و در این حالت، اعتراض یک قالب آرمانگرایی به خود می‌گیرد. روایت مشهور در این مورد از امام صادق(ع) وجود دارد که فرموده‌اند: «مَنْ أَصْبَحَ وَ لَا يَهْتَمُّ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ». امور مسلمانان در این روایت، جنبه عمومی دارد و شامل تمام مسلمانان بوده و می‌تواند کلیه نیازمندی‌های آنان را اعم از امور فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی، در بر بگیرد (کلینی، ۱۴۳۰، ۴۱۸/۲).

۳. نصح الاثمه را می‌توان یکی دیگر از ادله جواز اعتصاب نامید. اهمیت این مورد، چنان است که پیامبر خدا (ص) در روایتی بیان می‌دارد که نصیحت ائمه یکی از سه موردی هست که قلب مؤمن آن را ترک نمی‌کند. حضرت علی(ع) نیز آن را از حقوق حاکم بر مردم می‌داند (سید رضی، ۱۴۱۴، ۷۹/۳). اعتصاب نیز نوعی نصیحت و تذکر است که به حاکمیت یا کارفرما داده می‌شود تا مشکلات و کمبودها را در تصمیم‌گیری‌ها لحاظ و اقدام بنمایند (امامی و دیگران، ۱۴۰۱، ۱۳).

۴. امر به معروف و نهی از منکر از دیگر ادله جواز اعتراض و اعتصاب در باب سنت می‌باشد که می‌تواند مبنای جواز اعتراض قرار بگیرد و نتایج آن می‌تواند سلامت جامعه را تضمین نماید. در این فریضه از نگاه اسلامی برای افراد جامعه در سه سطح شخصی، خانوادگی و طایفه‌ای تکالیفی متصور شده است.

البته، بیان این نکته حائز اهمیت است که مشروعیت و جواز اعتصاب و اعتراض رابطه مستقیمی با اهداف و نیت آن دارد و اگر نیت تعالی نگر و در راستای بهبود اوضاع باشد، مطلوب و در غیر این صورت، زشت و ناپسند خواهد بود (اعظمی، ۱۴۰۰، ۱۱).

### ۳-۱-۳. ادله فقهی مشهور بر جواز حق اعتصاب نیروی کار

از جمله مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه و حتی مباحث حقوقی معاصر، کاربرد استدلالی بیشتری داشته و می‌توان به آن استناد کرد، قاعده فقهی لاضرر است. این قاعده به معنی نفی مشروعیت هر گونه ضرر و اضرار در اسلام از سوی هر شخصی یا بنگاهی تعریف شده است. به گفته برخی محققان، قاعده لاضرر در اغلب نظام‌های حقوقی معاصر نیز تحت عنوان: «عدم جواز سوءاستفاده از حق» مطرح شده است، شمشیری دولبه برای طرفین کارگر و کارفرما است که بنا بر اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله ضرر رساندن به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بر اساس اصل ۴۳، ضرر رساندن به دیگری ممنوع است.

بر این اساس، خواه این مسأله از جانب کارگر و یا خواه از جانب کارفرما باشد، استناد به این قاعده، در خصوص جواز اعتصاب، زمانی است که کارکنان از اعمال و رفتار کارفرمایان، دچار خسران و ضرر شوند؛ فلذا با توجه به ممنوعیت ضرر در هر صورتی می‌تواند حجتی شرعی برای اعتصاب و اعتراض نیرو باشد. آنچه مبرهن است اینکه اضرار در صورتی مطرح است که ترک فعل فردی و یا جمعی به صورت استفاده نا صواب از ابزار ایفای حق به ویژه حق اعتصاب از سوی نیروی کار و یا کارفرما باشد و به این واسطه ضرری را به اشخاص زیر مجموعه خود وارد نماید؛ در غیر این صورت و استفاده درست از ابزار حق خواهی می‌تواند آخرین حربه برای مطالبه و تلنگری به منبع قدرت تلقی گشته و اسلام در حالت اضطرار با آن مخالفتی ننموده است (باقی زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ۱۷۰).

البته، طرح این اصل در فقه و حقوق، نوعی ابزار اعتراض به شرایط سیاسی و فضای عمومی جامعه در سرکوب آزادی‌های فردی و جمعی می‌باشد. طبق این اصل، آزادی فردی، آزادی سیاسی و آزادی در بهره مندی از حقوق بنیادین کار به ویژه حق اعتصاب و تشکل و آزادی رفاه و آسایش، حقوقی هستند که هر فردی به درستی، آن را ادعا می‌کند، و این، در حالی است که آزادی دیگران را تضییع ننماید و خودش نیز از قوانینی که هدفش تأمین همین آزادی برای سایر افراد اجتماع است، پیروی نماید (باقی زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ۱۷۰).

متأسفانه، اعتصابات و اعتراضات، گاه، کور و بدون هدف، هرچند بر مبنای فقه و حقوق، نه تنها کوچک‌ترین کمکی به گشودن گره‌های اقتصادی و سیاسی و اجتماعی نمی‌کند، بلکه موجب امنیتی شدن فضای سیاسی کشورها، اختلال در زندگی روزمره مردم، فرار سرمایه‌های خارجی و بی‌اعتمادی بازارهای مالی و بالتبع، افزایش تورم و گرانی را در پی خواهد داشت و بر درد و رنج مردم مظلوم و بی‌پناه خواهد

افزود. تردیدی نیست که انتقاد و اعتراض، حق مسلم و انکارناپذیر مردم است و در ابواب فقه و قانون اساسی نیز مکرراً، بر آن، تصریح شده است (باقی زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ۱۷۰)؛ البته تحقق این مهم، جز با وجود اتحادیه‌های قدرتمند و مستقل که شرح وجودی آن پیشتر بیان شد، محقق نخواهد شد. قواعد فقهی دیگری چون: قاعده نفی عسر و حرج و لایبطل دم المسلم را نیز می‌توان ماهیتاً، در کنار قاعده اصلی لاضرر، به عنوان یک قانون کلی و مقبول در فقه امامی نام برد، که مبنای جعل قوانین داخلی و بین‌المللی در بسیاری از کشورها و بالاخص جوامع مسلمان قرار گرفته و با استقراء در قوانین و مقررات ایران نیز می‌بینیم که در برخی موارد، مفاد قواعد فقهی فوق، مورد استفاده قانونگذار قرار گرفته است.

#### ۴. دلایل عدم جواز اعمال حق اعتصاب

نمایان است که اصل در امور فقهی بر حلیت و برائت است؛ مگر آنکه با دلیلی از قرآن و سنت و بنای عقلاء، بتوان مستندی بر خلاف آن یافت. مضمون روایت «كُلُّ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بَعِيْنَه» نیز ناظر بر همین موضوع است (کلینی، ۱۴۳۰، ۵۴۲/۲)؛ از این رو، با توجه به مبانی قرآنی و آنچه از بنای سنت در این خصوص ذکر نمودیم، نمی‌توان دلیلی بر حرمت و ممنوعیت اعتراض و اعتصاب، موردی بیان نمود و تنها می‌بایست تلاش نمود به عمومات دلایلی توجه نشان دهیم که دلالت بر مفاهیم مخالف و موافق ممنوعیت و مشروعیت داشته باشند؛ فلذا در این خصوص، شرایطی را بیان می‌نمایم که در صورت تحقق، می‌تواند از موارد عدم جواز اعتصاب قلمداد شود:

##### ۴-۱. التزام به حفظ نظم عمومی

در باره تعریف نظم عمومی، اختلاف نظر وجود دارد، ولی آنچه از نظم عمومی، دلیل بر عدم جواز اعتصاب و اعتراض می‌توان اشاره کرد، عبارت از حالت ناشی از ترتیب موجود تأسیسات حقوقی جامعه است که در حقوق تحقیقی، تضمین شده است و در بسیاری از ابواب فقهی، تحت عناوین و واژگانی مانند: وجوب حفظ نظام و حرمت اختلال نظام، به جایگاه نظم عمومی، توجه ویژه شده است (رضا زاده و دیگران، ۱۴۰۰، ۴۷-۷۱).

در جامعه اسلامی، احکام شرعی و قانون، اصلی‌ترین دلیل ایجاد و حفظ نظم عمومی در جامعه است و بدون تصویب و اجرای قوانین آمره توسط حاکم اسلامی عملاً، ایجاد و حفظ نظم عمومی، امکان ندارد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۸۴، ۲۰۸/۳)؛ با این شرح، موارد ذیل، در خصوص وجود و وجوب نظم عمومی قابل اشاره است:

## الف) ناسامانی در زندگانی

روشن است که تضمین و حمایت از سیستم زیست مسلمانان و حیات آنان بر تمامی افراد واجب کفایی است؛ ولی اگر به حد نصاب لازم و کافی نرسد، رعایت آن برای همه تبدیل به واجب عینی می‌شود؛ از این رو، مرتفع نمودن احتیاجات مسلمانان، چنان اهمیت دارد که بعضی معتقد هستند: حتی برای ممانعت از بی‌نظمی معیشت و زندگانی مسلمانان هیچ شرط دیگری پذیرفته نیست و هرگونه اختلال در معاش مسلمین، موجب برهم خوردن نظم، آسایش و آرامش در کل حیات آنان خواهد بود (ملک افضلی اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۳۴).

## ب) آشوب و هرج و مرج

روشن است برای بیان هر نوع اعتراضی راهکار و روشی توسط قانون‌گذار پیش بینی شده است. اعتصاب، یکی از روش‌های اعتراضی، ساز و کار مشخص و تعریف شده‌ای ندارد و اگر بی‌حساب و کتاب، به صورت یک شیوه جمعی و مرسوم در جامعه رواج پیدا کند، قطعاً، موجبات اغتشاش و آشوب را به ارمغان خواهد آورد. در این مورد، سخنرانی رهبری انقلاب در مورد قانون‌گرایی، تأیید و تأکیدی بر این موضوع است؛ ایشان می‌فرمایند: «می‌گویند قانون بد از بی‌قانونی، بهتر است. بعید نیست آدم این را قبول داشته باشد؛ چون بی‌قانونی هرج و مرج است. قانون بد، لاقلاً یک ضابطه‌ای است، خوب، انسان اصلاحش می‌کند» (سخنان رهبر معظم انقلاب اسلامی، ۱۴۰۲/۳/۳ در جمع نمایندگان مجلس شورای اسلامی، در باب قانون‌گرایی).

با این اوصاف، کسانی که اعتصاب می‌کنند، نباید اصول و معیارهای آنارشیستی و آشوب طلبانه را با حقوق ماهوی و ذاتی خود که ترقی خواه و تعالی نگر هستند، بیامیزد که این، موجب محدود نمودن حقوق ذاتی بشری در جهت منافع و ایجاد ثبات در جامعه می‌شود (حجت دوست، ۱۴۰۲، ۵).

## ج) تضعیف حاکمیت

طبق مبانی شرعی و روایی، حفظ نظام اسلامی از اوجب واجبات است و در صورت تلاقی این دو واجب با هم حفظ نظام ارجحیت داشته (مظفر، ۱۳۸۷، ۴۰۳/۲) و می‌تواند از موارد محدود نمودن اعتراض و اعتصاب محسوب شود.

## د) پیمان شکنی و نفی آن

در این خصوص، سخنی از امام علی (ع) که می‌فرمایند: از حقوق حاکم جامعه بر مردمش، همانا وفای به عهد و پیمان است (سیدرضی، ۱۴۱۴، ۷۹/۳). از سوی دیگر، می‌توان گفت: بر مقوله اعتصاب و اعتراض مواردی نیز از موازین مربوطه فقه و حقوق خصوصی حاکم و ناظر است. از نظر این موازین، هر فردی که در این سیستم حکومتی مسئولیتی دارد، یا امین و ضامن است و یا اجیر و گاه، هر دو بر آن اطلاق دارد؛ فلذا به استناد مفاهیم حاصل از مفاهیم فقهی و حقوقی، قواعدی چون: عدم ضمان امین،

قاعده اتلاف، قاعده‌ی المومنون عند شروطهم و مفاهیم حاصل از قاعده‌ی نفی سبیل، پایبندی بر معاهدات و پیمان‌ها لازم و ضروری بوده و اعتصاب نیز مجوزی نخواهد داشت (ملک افضل اردکانی و مطهری فرد، ۱۳۹۶، ۱۴۲).

علاوه بر آنچه گفته شد، برخی خطوط کلی نیز می‌تواند دلیل بر عدم جواز اجرای نا صواب اعتصاب تصور شود که به مواردی از آن اشاره می‌شود: مخالفت با حکم خداوند متعال و پیامبر او (احزاب، ۳۶)، اختلاط حقایق با امور باطل (بقره، ۴۲) و انکار حقایق بدیهی دینی، بدعت در اظهار نظرهای خلاف واقعیت و مخالف دین، توهین به مقدسات اشخاص و قومیت‌ها و ملت‌ها (انعام، ۱۰۸)، تمسخر و عیب جویی، عدم گفتار خوب و صحیح با انسان‌ها، نگاه توأم با سوء ظن به دیگران، پیروی از نوشتار و سخنان مخالف دین و حقایق الهی امور (حجت دوست، ۱۴۰۲، ۸).

بنا بر این، نگاه اولی، دلالت بر جواز اعتصاب است که اقدامی حق‌گرایانه تلقی می‌شود، لکن آن‌گاه که وقوع شرایط و مواردی که موجبات ایجاد اختلال و نا بسامانی در حاکمیت نظام اسلامی و برتری بیگانگان در امور و بی‌نظمی در معیشت مسلمانان و رفاه مؤمنین گردد؛ حکم جواز اعتصاب، به حکم عدم مشروعیت اعتصاب، تبدیل می‌شود.

#### ۲-۴. وجوب مصلحت

مصلحت، ضد مفسده و به معنای منفعت و سود است. در منابع دینی و متون فقهی، مصلحت به همین معنا همراه با گسترش منفعت به کار رفته است که منافع معنوی و اخروی را هم در بر می‌گیرد؛ بنا بر این، مصلحت فرد یا مسلمانان، عبارت است از آنچه که به سود و خیر فرد یا جامعه مسلمانان باشد، اعم از سود مادی یا معنوی (دهخدا، ۱۳۸۵، ۱۲/۱۸۵۶۶).

برخی از فقهاء، از جمله امام خمینی، حوزه مصلحت شناسی حاکم اسلامی را گسترده دانسته‌اند و بر این باورند که قلمرو مصلحت همه مسائل اقتصادی، سیاسی، قضایی، نظامی، فرهنگی را در بر می‌گیرد و محدود به حوزه مباح‌ها نمی‌شود. حاکم اسلامی در همه این زمینه‌ها می‌تواند به مصلحت‌سنجی پردازد و در موارد تزاخم، با رعایت اهم و مهم، احکام حکومتی صادر کند؛ بدین صورت، زمانی که بنیان نظام اسلامی در تزاخم با سایر حقوق مصرح افراد و اجتماع باشد، طبق این اصل، حفظ اسلام و نظام اسلامی، از مهمترین مصالحی است که حاکم اسلامی باید آن را رعایت کند. ایشان، حفظ اسلام را فریضه‌ای الهی دانسته که بالاتر از همه فرایض است و سکوت ۲۵ ساله امیرالمؤمنین علی(ع)، بلکه همکاری با دستگاه حکومت را بر اساس رعایت مصالح اسلام و حفظ اسلام، تحلیل و آن حضرت را در این جهت، الگو معرفی می‌کند.



## ۵. مکانیسم حق اعتصاب در آموزه‌های نظام بین الملل

### ۱-۵. مقررات بین المللی معیار

یکی از موضوعات مهم در حقوق اساسی کار، مبحث ایجاد تشکل‌های کارگری مستقل و آزاد است. رویکرد همه این گروه‌های اجتماعی شغلی و به تعبیری اتحادیه‌ها حمایت و حفاظت از منافع گروه‌های عضو خود است. اگر این پدیده‌های اجتماعی مستقل و آزاد و خود جوش باشند، می‌توانند نقش اثرگذاری در بهبود شرایط کار و ایجاد عدالت اجتماعی و ترمیم آن داشته باشند و در صورت فقدان چنین ویژگی‌هایی در یک تشکل یا تجمعی، فضا برای بروز اعتصاب و اعتراض مهیا خواهد شد (مطیع و دیگران، ۱۴۰۳، ۱۱۷).

در تعریف اصطلاحی اتحادیه‌ها، آن را می‌توان جمعیتی از کارگران و کارفرمایان دانست که مربوط به یک صنعت یا حرفه و تجارت هستند و این امکان را دارند برای حفظ منافع و مصالح خود تشکیل گروه بدهند.

از نقطه نظر تاریخی نیز پیدایش این پدیده‌های نوین اجتماعی را می‌توان محصول وقوع انقلاب‌های فرانسه و انقلاب صنعتی دانست که با از بین رفتن نظام ارباب رعیتی، افزایش آگاهی و دانش کارگران را در خصوص موضوعات مربوط به روابط کار، موجب گردید (حافظیان، ۱۳۸۰، ۳۰)؛ بنا بر این، بدیهی است آنچه امروزه در اعتصابات و اعتراضات، به عنوان خصوصیت منحصر به فرد، خود نمایی می‌کند، رهبری چنین پدیده‌هایی است؛ به گونه‌ای که اعتصابات امروزی، تشکیلاتی‌تر و سازمان یافته‌تر عمل می‌نمایند و سیادت اتحادیه‌های کارگری در آن، نمایان‌تر و حربه اعتصاب به عنوان یک اهرم قدرتمند و پر فشار می‌تواند خواسته‌های به حق کارگران را به کارفرمایان تحمیل نماید (توسلی، ۱۳۹۴، ۶).

البته، این حق، زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که تمام راهکارهای قانونی کسب مشروع حقوق به بن بست رسیده باشد و اعضا با عدم انجام امور و تحصن کردن اعتراض خود را به اوضاع نشان می‌دهند؛ از این رو، می‌توان قدرت تشکیلاتی و سازمانی اتحادیه‌ها را مفهومی با ابعاد چند بُعدی برای فعالیت‌هایی جمعی چون اجرای اعتصابات ضروری دانست؛ با این وجود، می‌توان گفت: وقوع تعداد بی‌شمار اعتصابات کارگری، عموماً، الگویی جهت ارزیابی میزان تعارض و تضاد در نظام روابط صنعتی جامعه بوده و نمی‌توان آن را معیاری برای اندازه‌گیری قدرت و توان چنین نهادهایی تصور نمود.

بنا بر این، باید در به کارگیری آن برای ارزیابی قدرت اتحادیه‌های کارگری، منفرداً و بدون در نظر گرفتن سایر شرایط، محتاطانه عمل کرد؛ چراکه اعتصاب، زمانی به وقوع می‌پیوندد که تمامی راهکارها و تلاش‌ها برای رفع اختلافات، با شکست رو به رو شده باشد؛ مضافاً اینکه وقوع اعتصابات، بیشتر اساساً، در اوضاع نا بسامان اقتصادی صورت می‌گیرد (ضرغام افشار و گرگی، ۱۴۰۱، ۱۸).

برخی نتایج پژوهش‌ها در تعدادی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا نشان می‌دهد میزان بهره‌وری نیروی کار در کشورهایی که حقوق مشارکتی کارگران پر قدرت می‌باشد، به همان نسبت، میزان اعتصاب در آن‌ها کاهش یافته است؛ البته، هر مقدار که اتحادیه‌ها تخصصی‌تر و فنی‌تر باشند، میزان نتیجه بخشی اعتصابات و اعتراضات کارگری بیشتر بوده و این، نشان از دو وجهی بودن مؤلفه اعتصاب است و نمی‌توان بروز آن را صرفاً، نشانه‌ای منفی در یک پدیده تلقی نمود (ضرغام افشار و گرگی، ۱۴۰۱، ۱۸).

بررسی مطالعات در حوزه قانونگذاری نیز نشان می‌دهد: قوانین و موازین بی‌شمار بین‌المللی، حقوقی را برای سازمان‌های کارگری و کارفرمایی در نظر گرفته‌اند که حق اعتصاب و نحوه و کیفیت اعمال آن در شرایط خاص، یکی از مهمترین حقوق و وظایف سازمان‌های کارگری محسوب می‌گردد. انطباق و رسمیت این حقوق بین‌المللی را می‌توان در شیوه‌نامه‌های جهانی، به صورت مجزا، بدون اینکه صراحتی در آن باشد، برداشت نمود که موارد زیر، از آن شمار است:

#### ۱-۵. مقاله نامه ۸۷، با موضوع آزادی سندیکاها و حمایت از حقوق سندیکایی

این مقرر، توسط کنفرانس عمومی سازمان بین‌المللی کار برابر با روز ۱۷ ژوئن ۱۹۴۸ در نشست سی و یکم خود که در سانفرانسیسکو برگزار شد، به تصویب رسید. آزادی و تأمین حقوق سندیکایی، بالاخص حق تجمع و اعتصاب با هدف ارتقاء شرایط کسب و کار و ایجاد فضای صلح برای طرفین روابط کار، از جمله موضوعاتی است که این سند بین‌المللی در بردارنده آن است (ابدی و رحیمی مقدم، ۱۳۹۲، ۷).

البته، در منظوق مقاله نامه ۸۷ نامی از اعتصاب و اعتراض به میان نیامده است، لکن کمیسیون کارشناسان مستقل، این حق را به عنوان متمم و مکمل غیر قابل تفکیکی از حق تشکیل سندیکا و اتحادیه می‌شمارند و تمام حمایت‌های تضمین شده در مقاله‌نامه ۸۷ را اعم از حق تشکل و... در این خصوص نیز جاری می‌دانند. این کمیته حق اعتصاب را جزء حقوق بنیادین کارگران و سازمان‌های آن‌ها را و سیله دفاع از منافع قانونی خود، می‌داند.

لازم به ذکر است: طبق تفاسیر ارائه شده توسط کمیسیون مربوطه، حق اعتصاب، حقی مطلق نیست، بلکه در شرایطی خاص می‌تواند محدود و موقتاً، ممنوع گردد؛ البته، این محذوریت‌ها، تنها، در رابطه با گروه‌ها و افراد خاص عملیاتی می‌شود و بعداً، باید نسبت به جبران محدودیت‌های اعمالی به این گونه اشخاص، اقداماتی جهت جبران، صورت پذیرد (ابدی و رحیمی مقدم، ۱۳۹۲، ۷).

#### ۲-۱-۵. مقاله نامه شماره ۹۸ سازمان جهانی کار با موضوع حق تشکل و مذاکرات دسته جمعی

این سند جهانی، در سی و دومین نشست کنفرانس عمومی سازمان بین‌المللی کار که در مورخه: ۸ ژوئن ۱۹۴۹ در ژنو تشکیل شد، به تصویب رسید. این شیوه‌نامه بین‌المللی، خلاف مقاله نامه شماره ۸۷ که رابطه میان اتحادیه‌ها و مقامات عمومی و دولت را تنظیم می‌کرد، به بررسی و تنظیم مناسبات بین

تشکلات کارگری و کارفرمایی پرداخته و آن‌ها را از دخالت در امور یکدیگر بر حذر می‌دارد (رستمی و سعیدی پلمی، ۱۳۹۶، ۳۱).

۱-۵-۳. ماده ۸ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و همچنین ماده ۱۲ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا

لازم به ذکر است: حق اعتصاب، در ماده ۸ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ماده ۱۲ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا نیز مورد قبول واقع شده است.

۱-۵-۴. مقاله نامه شماره ۱۰۵ با موضوع لغو کار اجباری

در تکمیل مقررات مقاله نامه‌های مربوطه سازمان بین‌المللی کار، در سال ۱۹۵۷ مقاله نامه شماره ۱۰۵ با موضوع لغو کار اجباری تصویب شد که در بخشی از مقاله نامه مجازات کارگران شرکت کننده در اعتصابات به جهت رسمیت چنین حقوقی ممنوع اعلام شده است (ابدی و رحیمی مقدم، ۱۳۹۲، ۱۰).

در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) در خصوص حق اعتصاب، نسبت به سایر اسناد موجود، متفاوت و برجسته، عمل شده است و علی‌رغم اینکه حق اعتصاب یک اقدام جمعی و بیشتر توسط اتحادیه‌های کارگری و تجاری اعمال می‌شود، لکن نظر میثاق حقوق بین‌المللی در بعضی مواقع، شناسایی آن به عنوان یک حق انفرادی و شخصی نیز هست؛ بنا بر این، نه تنها، اعتصاب را برای اتحادیه و اقدامات جمعی متصور است، بلکه برای افراد نیز، برای مثال: در مواجهه با اخراجشان، محقق می‌داند (همتی، ۱۳۸۵، ۱۴).

۱-۵-۵. منشور حقوق سندیکایی ورشو و اعلامیه جهانی حقوق سندیکایی پراگ

از دیگر اسناد فراگیر و قابل استناد در خصوص حق تشکل و اعتصاب می‌توان به منشور حقوق سندیکایی ورشو مصوب ۱۹۵۴ و اعلامیه جهانی حقوق سندیکایی پراگ مصوب ۱۹۷۸ اشاره کرد که حق اعتصاب را حق طبیعی کارگران قلمداد می‌کند و تمام کارگران این حق را دارند که بدون هیچ محدودیت و موانعی به اعتصاب روی بیاورند و اتحادیه‌ها و سازمان‌های کارگری این حق را دارند که مدیریت اعتصاب را برعهده گرفته و آن را پیش ببرند (باقرزاده و زمانی، ۱۴۰۰، ۳۴۲).

در هر صورت، طبق دستورالعمل‌های سازمان بین‌المللی کار، آزادی انجمن‌ها و حق چانه زنی و مذاکره دسته جمعی، شامل حق اعتصاب نیز می‌باشد و می‌بایست فارغ از نژاد و جنسیت و شغل و ملیت نسبت به همگان رعایت گردند (موسوی و دیگران، ۱۴۰۰، ۷۳).

۶. حق اعتصاب در مقررات داخلی

باتوجه به آنچه ابتداءً از تاریخچه تحولات اعتراضی در نظام حقوقی ایران بیان گردید، روشن می‌شود: نظام حقوقی ایران و بالاخص مقررات کیفری و جزایی آن، تعدی و تعرضی نسبت به مؤلفه‌هایی چون:

اعتصابات و اعتراضات و حرکت‌های جمعی کارگران ننموده است و این، اولاً، به این خاطر است که قوانین ایران از حقوق جهانی اقتباس گردیده و ثانیاً، بدین جهت بود که ساز و کارهای قانون‌گذاری در ایران، زمانی شکل گرفتند که در کشورهای اروپایی محدودیت و ممنوعیت‌های پیرامون اعتصابات و اعتراضات برچیده شده بود و منحصراً، فعالیت‌های آناشیستی و آشوب‌گرایانه، از نگاه قانون‌گذار جرم تلقی می‌شدند. مطالعات صورت‌گرفته نیز نمایانگر آن است که در هیچیک از قوانین اساسی، چه قبل از انقلاب اسلامی، اعم از قانون اساسی مشروطیت و متمم آن و چه در قانون اساسی بعد از انقلاب، این حق بنیادی، به روشنی تضمین و بیان نشده است (چلبی و زارعی، ۱۳۹۵، ۹).

در اصول متعددی از قانون اساسی به مجموعه‌ای از قواعد و مقررات بنیادینی، چون: حق تشکیل اتحادیه، حق تجمع و منع کار اجباری و منع بهره‌کشی از کار دیگری، به وفور اشاره شده است. برخی معتقدند که حق اعتصاب در اصول قانون اساسی به صورت تلویحی مورد پذیرش قرار گرفته است؛ چراکه از نظر آنان، قانونگذار، آزادی انجمن‌های صنفی را در اصولی با دو مفهوم تشکیل و فعالیت آزادانه اجتماعات، به کار برده است؛ بنا بر این، با استناد به آن اصول و قبول انجمن‌های مورد نظر، به جهت حمایت از مصالح و منافع شغلی خود، آن‌ها را می‌توان به عنوان ادله اثبات حق اعتصاب، در قانون اساسی نیز به شمار آورد.

بدیهی است با این توصیفات ارائه شده، می‌توان بیان نمود: قانونگذار اساسی، به صورت ضمنی و تلویحی، حق اعتصاب کارگران را در نظام حقوقی ایران پذیرفته است. با بررسی قانون کار مصوب ۱۳۳۷ در این مورد، مشخص می‌شود: ابتداءً، این قانون مصوب ۱۳۳۷ هم راستا با قوانین اساسی، صراحتی در اعطای حق اعتصاب برای کارکنان، مقررهای نداشته، لیکن بعدها با الحاق تبصره‌ای به ماده ۴۵ این قانون، به روشنی، این حق، به کارگران داده شد (باقرزاده، ۱۳۸۲، ۱۹).

آنچه در قانون کار مصوب ۱۳۶۹ نیز مبرهن است، اینکه این قانون نیز حق اعتصاب را به صورت تلویحی و در قالب اصول مربوط به حق ایجاد تشکل و تجمع تأیید می‌نماید و صراحتی در بیان این حق، به صورت ماده و تبصره‌ای مجزا ندارد؛ بدین منظور ماده ۱۴۲ این قانون، در این خصوص، اعلام می‌دارد: «در صورتی که اختلاف نظر در مورد مواد مختلف این قانون و یا پیمان‌های قبلی و یا هر یک از موضوعات مورد درخواست طرفین، برای انعقاد پیمان جدید، منجر به تعطیل کار، ضمن حضور کارگر در کارگاه و یا کاهش عمدی تولید از سوی کارگران شود، هیأت تشخیص، موظف است بر اساس درخواست هر یک از طرفین اختلاف و یا سازمان‌های کارگری و کارفرمایی، موضوع اختلاف را سریعاً، مورد رسیدگی قرار داده و اعلام نظر نماید؛ از این رو، قانونگذار، اعتصاب را در این فرض، به دو شکل تلویحی و ضمنی: الف) حضور کارگر در کارگاه و تعطیل کار، ب) کاهش عمدی تولید، بیان نموده و به رسمیت می‌شناسد.

آنچه از این ماده برداشت می‌شود، این است که ضرورتی برای آغاز اعتراضات شغلی و گروهی، آن هم از طریق اتحادیه‌های کارگری وجود ندارد و اعتراضات و اعتصابات عملی نیز می‌تواند مستقلاً و بدون الحاق به تشکلی خاص، برای کارگران نیز صورت پذیرد.

با پیوستن دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۹۶۶) و با توجه به اینکه بند ۱ ماده ۸ این میثاق، ضمن اشاره به حقوق اقتصادی و اجتماعی اشخاص، در قسمت (د) صراحتاً، حق اعتصاب را با این شرح بیان می‌دارد که دولت‌های عضو این میثاق، مکلف به تضمین حق اعتصاب در مقررات داخلی خود هستند، البته، مشروط بر اینکه با قوانین داخلی هماهنگ بوده و منافاتی نداشته باشد، در این صورت، می‌توان پذیرش رسمی و قانونی آن را در مقررات حقوقی ایران نیز تأیید نمود.

البته، با عنایت به ماده ۹ قانون مدنی در خصوص اعتبار اسناد و عهدنامه‌های بین‌المللی (که در حکم قانون عادی می‌باشد) و اینکه قانون لاحق مخالفی نیز در این مورد، مطرح نگردیده است، به نظر می‌رسد در مبحث کنونی، حق اعتصاب را می‌توان صراحتاً، شناسایی شده، قلمداد نمود (باقرزاده و زمانی، ۱۴۰۰، ۳۴۴).

### نتیجه‌گیری

حق اعتصاب، از جمله حقوق بنیادینی است که در اسناد بی‌شمار بین‌المللی، مورد تأکید و تضمین واقع شده است و اغلب کشورها در قوانین مادر و اساسی خود، بر این حق بشری، گاه، به صورت صریح و گاه، در قالب اشارات تلویحی بیان نموده‌اند. سازمان ملل متحد نیز بر اساس بند الف و ب ماده ۵۵ منشور ملل متحد و بر اساس مقاله‌نامه‌های مهمی چون: مقاله شماره: ۸۷ و ۹۸ با موضوع آزادی تشکیلی و سندیکا، کشورها را در جهت ارتقاء سطح زندگی و معیشت و رفاه و اعطای آزادی در تجمع و تشکیل، به نیروهای کار خود، مکلف نموده، تا با ایجاد شبکه ارتباطات بین‌المللی گسترده در خصوص حق اعتصاب، اقدامات مؤثر و مطلوبی صورت نمایند.

به رسمیت شناخته شدن این حق، در ساختارهای حقوقی ایران نیز سابقه‌ای به وسعت چند دهه دارد؛ به طوری که در کنار قانون اساسی، ماده ۱۴۹ قانون کار مصوب (۱۳۶۹) نیز تلویحاً، به این حق، اشاره داشته و بدون اینکه تبعات حقوقی آن، بیان شود، بر آن، تأکید نموده است؛ البته، با این‌گونه گنج‌بافته شدن حق بر اعتصاب، در متون حقوقی داخلی، نمی‌شود مدعی عدم پذیرش این حق، در مقررات داخلی شد. بررسی‌ها نشان می‌دهد: این حق، با نام و شکل دیگری در قانون مورد تأکید قرار گرفته و با محوریت حق تشکیلی و حق تجمع، مورد تضمین واقع شده است؛ به طوری که رابطه معناداری میان این دو مؤلفه وجود دارد؛ بنا بر این، سیر مطالعات موضوع مد نظر، نمایانگر آن است که یکی از

روش‌های متعادل سازی سیستم حقوقی که روابط میان کارگران و کارفرمایان را در بردارد و به طور ویژه، از گروه کارگری، مقابل گروه کارفرمایی، حمایت می‌کند. همین در نظر گرفتن ساز و کاری معین و مبتنی بر قانون است، تا در کنار به کارگیری حق اعتصاب برای کارگران، آخرین ابزار و حربه، حمایت‌های افراطی قانون کار مزبور از کارگران را نیز تعدیل نماید.

بنا بر این، با بررسی اسناد بین المللی معیار در این خصوص و تأکیدات و جوازات مبانی فقهی و اسلامی که بیان گردید، نشان می‌دهد: امروزه، دیگر مسأله قبول و یا عدم قبول کردن چنین حقی در نظام‌های مختلف حقوقی، مطرح نیست؛ بلکه این حق از حقوق اساسی و بنیادین بشری بوده و شناخت این حق بشری مستلزم و مشروط بر حدوث واقعه‌ای دیگر نمی‌باشد.

#### کتابشناسی

۱. آل کاشف الغطاء، علی، (۱۳۸۴ق)، «النور الساطع في الفقه النافع»، نجف اشرف، مطبعه الآداب، چاپ اول.
۲. آشوری، محمد؛ بهمنی قاجار، محمد علی، (۱۳۸۷)، «رویه کمیته حقوق بشر در حمایت از حق آزادی و امنیت شخصی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره: ۳۸، شماره: ۳، ص ۱-۱۷.
۳. ابدی، سعید رضا؛ رحیمی مقدم، سید حسین، (۱۳۹۲)، «بررسی نظام حقوقی حق اعتصاب در قوانین ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران»، نشریه حقوق اساسی، دوره: ۱۰، شماره: ۲۰، ص ۱-۳۰.
۴. ابدی، علیرضا؛ آگاه، وحید؛ ابدی، سعید رضا، (۱۳۹۲)، «تحلیل حقوقی و اندازه‌گیری کار شایسته در ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره: ۱۵، شماره: ۳۹، ص ۹۱-۱۲۸.
۵. اعظمی، سعید، (۱۴۰۰)، «بررسی تطبیقی حق اعتصاب در حقوق اداری ایران و مبانی فقهی اسلام»، تاریخ دریافت: <https://civilica.com/doc/1306833>، ۱۴۰۰/۸/۱۶.
۶. امامی، علیرضا؛ طاهری، محسن؛ بجستانی، مریم، (۱۴۰۱)، «صیانت از حقوق و آزادی‌های صنفی در رویه قضایی ایران و آمریکا»، فصلنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، دوره: ۵، شماره: ۱۱، ص ۴۷۰۰-۴۷۲۲.
۷. باقرزاده، احسان، (۱۳۸۲)، «حق اعتصاب در حقوق ایران با نگرشی بر موازین بین المللی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
۸. باقرزاده، احسان؛ زمانی، سید قاسم، (۱۴۰۰)، «حق اعتصاب در دوران پاندمی کرونا در نظام حقوقی ایران و بین الملل»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره: ۲۰، شماره: ۴۷، ص ۳۳۵-۳۵۶.
۹. باقی زاده، محمد جواد؛ امیدی فرد، عبدالله، (۱۳۹۳)، «ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه»، فصلنامه شیعه شناسی، دوره: ۱۲، شماره: ۴۷، ص ۱۷۰-۲۰۰.
۱۰. توسلی، امیر داریوش، (۱۳۹۴)، «شناسایی عوامل کلیدی مؤثر در اعتصابات کارکنان در سازمان با رویکرد اعتصابات کارگری»، تاریخ دریافت: <https://sid.ir/paper/877124/fa>، ۱۳۹۴/۸/۱۵.
۱۱. چلبی، فایقه؛ زارعی، ثریا، (۱۳۹۵)، «واکاوی حق اعتصاب در نظام حقوقی ایران و با نگاهی بر اسناد بین الملل»، کنگره بین المللی جامع حقوق ایران، ۱۳/۶/۱۳۹۶، <https://civilica.com/doc/634219>.
۱۲. حافظیان، فاطمه، (۱۳۸۰)، «تشکل‌های کارگری و کارفرمایی در ایران»، تهران، انتشارات اندیشه برتر، چاپ اول.

۱۳. حجت دوست، احسان، (۱۴۰۲)، «صیانت از حقوق و آزادی‌های صنفی در رویه قضایی ایران و آمریکا»، فصلنامه علمی حقوق و مطالعات نوین، دوره: ۴، شماره: ۳، ص ۱-۲۸.
۱۴. خیراللهی، علیرضا، (۱۳۹۵)، «بررسی میزان تطابق و وضعیت تشکلهای کارگری موجود با مقاله‌نامه‌های بنیادین»، گروه مطالعات اجتماعی و فرهنگی، تهران، مؤسسه عالی پژوهش تامین اجتماعی، چاپ اول.
۱۵. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، «لغت نامه دهخدا»، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول.
۱۶. رستمی، ولی؛ سعیدی، مرتضی، (۱۳۹۶)، «حقوق بنیادین کار در مقاله نامه های سازمان بین المللی کار و نظام حقوقی ایران»، کار و جامعه، شماره: ۲۱۳، ص ۲۶-۴۰.
۱۷. رضا زاده مقدم، حسن؛ سلطانی، عباسعلی؛ فخلعی، محمد تقی، (۱۴۰۰)، «بررسی احکام مغایر نظم عمومی در فقه»، فصلنامه فقه و اصول، دوره: ۱، شماره: ۱۲۴، ص ۴۷-۷۱.
۱۸. رنجبریان، امیرحسین؛ عراقی، عزت الله، (۱۳۹۲)، «تحول حقوق بین المللی کار»، تهران، مؤسسه کار و تامین اجتماعی، چاپ اول.
۱۹. زاهدی، شمس السادات، (۱۳۷۷)، «روابط صنعتی، نظام روابط کار»، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ پنجم.
۲۰. زبیدی، سید محمد مرتضی، (۱۴۱۴ق)، «تاج العروس من جواهر القاموس»، بیروت، دار الفکر، چاپ اول.
۲۱. سردار نیا، خلیل الله؛ البرزی، هنگامه، (۱۴۰۱)، «تحلیل اعتراضات صنفی اجتماعی اخیر در ایران از منظر نظریه سیاست خیابان»، فصلنامه علمی پژوهش‌های راهبردی سیاست، دوره ۱۱، شماره: ۴، ص ۱۰۷-۱۵۰.
۲۲. سید رضی، محمد بن حسین، (۱۴۱۴ق)، «نهج البلاغه»، تصحیح: صبحی صالح، قم، نشر هجرت، چاپ اول.
۲۳. شرکت، افسانه، (۱۴۰۰)، «بررسی نقش انجمن‌ها و اتحادیه‌های صنفی در اقتصاد»، تهران، مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، چاپ اول.
۲۴. ضرغام افشار، محمد تقی؛ گرگی، عباس، (۱۴۰۱)، «تشکلهای کارگری و حقوق کارگران در برنامه هفتم توسعه»، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۵. طاهر احمدی، محمود، (۱۳۷۹)، «اسنادی از اتحادیه کارگری»، تهران، سازمان اسناد ملی ایران، چاپ اول.
۲۶. طبرسی، احمد بن علی، (۱۴۰۳ق)، «الاحتجاج علی اهل اللجاج»، مشهد، نشر مرتضی، چاپ اول.
۲۷. گلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۳۰ق)، «الکافی»، قم، دار الحدیث، چاپ اول.
۲۸. مطیع، حمید رضا؛ احمدی، سید مهدی؛ رحیمی واسکی، حسین، (۱۴۰۳)، «مبانی فقهی حقوقی امکان تحقق عدالت ترمیمی از طریق میانجیگری»، فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره: ۳، شماره: ۱، ص ۱۱۷-۱۲۴.
۲۹. مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۷)، «اصول الفقه»، ترجمه: عباس زراعت و حمید مسجد سرایی، قم، پیام نوآور، چاپ دوم.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۹)، «القواعد الفقهیه»، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ سوم.
۳۱. ملک افضل‌الدکانی، محسن؛ مطهری فرد، مرتضی، (۱۳۹۶)، «بررسی جواز یا عدم جواز حکومت اسلامی»، نشریه سیاست متعالیه، دوره: ۵، شماره: ۱۸، ص ۱۲۵-۱۴۴.
۳۲. موسوی، میرطاهر؛ هندی، حمید رضا؛ جغتایی، فائزه، (۱۴۰۰)، «حکمرانی شایسته»، تهران، مؤسسه صبا، چاپ اول.
۳۳. همتی، مجتبی، (۱۳۸۵)، «بررسی و تحلیل حقوق و سیله‌ای (حق بر سندیکا) در میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه حقوق اساسی، دوره: ۴، شماره: ۶ و ۷، ص ۱۷۱-۱۹۴.

۳۴. یآوری، اسد الله؛ تنگستانی، محمد قاسم، (۱۳۹۳)، «درآمدی بر نظام حقوقی اعتصاب در بخش خصوصی (فرانسه، انگلستان و ایران)»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره: ۱۶، شماره: ۴۳، ص ۱۱۲-۱۱.





Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 77-96

Receive Date: 2024/02/26

Revise Date: 2024/05/14

Accept Date: 2024/06/10

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcld.2024.1184600

### Investigating the Competence of the Iran-Iraq Chamber of Commerce in Resolving Non-commercial Disputes from the Perspective of Jurisprudence and Islamic Law

Sama Falahati<sup>1</sup>Mohammad Babapour<sup>2</sup>Shokrlah Nikvnd<sup>3</sup>

#### Abstract

The Iran-Iraq Chamber of Commerce is professionally administrator for commercial relationships between the two countries, Iran and Iraq, that resolution between traders of Iran and Iraq is considered as one of its duty. Recently, with the agreement of the officials of Iran-Iraq chamber of commerce and some other non-commercial Iraqi officials, the arbitration of non-commercial disputes, such as the dispute between Iraqi students and some Iranians and even the Iranians resident in Iraq with employers, has been entrusted to this chamber. The reported research in following article, discusses the legal-administrative jurisdiction of the Iran-Iraq Chamber of Commerce in order to arbitration of non-commercial disputes and concludes that compelling arbitration in the agreement between the Iranian and Iraqi officials is criticizable, which was regulated outside the administrative jurisdiction of the organization and would not be effective. Compulsory arbitration is possible only with the agreement of the parties, the perspicuity of statute laws or applicable administrative regulations and the Chamber of Commerce does not involved in prescribed matters. At the same time, the current charter of Iran-Iraq Chamber of Commerce of does not allow the arbitration of non-commercial issues, even small ones, administratively. So it is necessary, in order to formalization to this procedure, the charter of chamber amended, while the possibility of arbitration of small non-commercial disputes provided for chamber. Furthermore Iran-Iraq Chamber of Commerce, don't have the right of force in arbitration; unless with the agreement of administrator governmental organizations.

**Keywords:** competence of Iran-Iraq Chamber of Commerce, arbitration of non-commercial disputes between Iraqi and Iranians, foundations of competence of Iran-Iraq Chamber of Commerce in non-commercial disputes.

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

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

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



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۷۷-۹۶	تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۸	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۰۴	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۸
DOI: 10.71654/jcld.2024.1184600	شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹	نوع مقاله: پژوهشی	

## بررسی صلاحیت اتاق بازرگانی ایران و عراق در حل اختلافات غیر تجاری از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی

سما فلاحتی<sup>۱</sup>  
محمد باباپور<sup>۲</sup>  
شکر اله نیکوند<sup>۳</sup>

### چکیده

اتاق بازرگانی ایران و عراق، به صورت تخصصی، متولی روابط تجاری بین دو کشور ایران و عراق است که حل اختلاف بین تجار ایرانی و عراقی نیز از وظایف آن، محسوب است. اخیراً، با توافق مسئولان اتاق بازرگانی ایران و عراق و برخی دیگر از مسئولان غیر تجاری عراقی، داوری برخی از اختلافات غیر تجاری، همچون: اختلاف دانشجویان عراقی با برخی از ایرانیان و همچنین ایرانیان مقیم عراق با کارفرمایان، به این اتاق، سپرده شد. پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش رو، به بحث درباره‌ی صلاحیت حقوقی اداری اتاق بازرگانی ایران و عراق، در خصوص داوری اختلافات غیر تجاری می‌پردازد و چنین نتیجه می‌گیرد که اجباری شدن داوری در توافق مسئولان ایرانی و عراقی قابل این انتقاد است که خارج از صلاحیت اداری سازمان تنظیم شده است و از این رو، نافذ نیست. داوری اجباری، تنها، با توافق طرفین، صراحت قوانین موضوعه و یا مقررات اداری قابل اعمال، ممکن است و اتاق بازرگانی، در شمول موارد مذکور، جای ندارد؛ در عین حال، اساسنامه‌ی کنونی اتاق بازرگانی ایران و عراق، از نظر اداری، اجازه‌ی داوری به موضوعات غیر تجاری، هرچند کوچک را نمی‌دهد، لذا نیاز است که با هدف رسمیت بخشی به این رویه، اساسنامه‌ی اتاق، اصلاح شود تا امکان داوری اختلافات غیر تجاری کوچک برای اتاق، مهیا شود؛ بنا بر این، اتاق بازرگانی ایران و عراق، حق اجبار در داوری را ندارد؛ مگر در صورت توافق ارگان‌های دولتی متولی.

واژگان کلیدی: صلاحیت اتاق بازرگانی ایران و عراق، داوری اختلافات غیر تجاری بین ایرانیان و عراقی‌ها، مبانی صلاحیت اتاق بازرگانی ایران و عراق در اختلافات غیر تجاری.

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

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

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

حل اختلاف از طریق سیستم قضائی بسیار زمان‌بر بوده که در اختلافات تجاری، این رویه به صرفه نیست. علاوه بر آن، قضات شعب حقوقی دادگاه‌ها، معمولاً در مسائل فنی تخصص لازم را نداشته و رجوع به کارشناس نیز آن گونه که مورد انتظار است، موجب بررسی تخصصی اختلاف نمی‌گردد؛ لذا ساز و کارهای حل اختلاف توسط حقوقدانان معرفی شده و هدف آن است که اختلافات در مدت زمان کوتاه و به صورت تخصصی بررسی شود.

در سفر اخیر مسئولین اتاق بازرگانی ایران و عراق به کشور عراق، تفاهمی چند جانبه بین مسئولیت اتاق، وزارت مسکن و وزارت علوم عراق صورت گرفت که بر مبنای آن اختلافات پیش آمده بین اتباع ایرانی و عراقی خارج از بحث‌های تجاری توسط اتاق بازرگانی حل و فصل شود. تمرکز این نوع اختلافات اولاً، دانشجویان عراقی مقیم ایران بوده که به طرق مختلف با ایرانیان دچار اختلاف شده و مورد مشابه در خصوص نیروی کار ایرانی مقیم عراق است. انتقادات فراوانی به این توافق وارد شده از جمله آنکه نمایندگان اتاق صلاحیت لازم برای انعقاد چنین قراردادی نداشته و انجام این قبیل امورات، عمدتاً خارج از اهداف و فلسفه اتاق است. با توجه به آنکه از این توافق مدت زمان زیادی نمی‌گذرد. در این پژوهش ضمن بررسی صلاحیت سازمان در مورد مذکور، بایسته‌های مشروعیت بخشی به این توافق از نظر حقوق اداری مورد واکاوی قرار گرفته است.

داوری‌های نهادی، علاوه بر آنکه تابع قوانین مدون داوری می‌باشند، می‌بایست از مقررات اداری نیز تبعیت نمایند. توسلی جهرمی (۱۳۸۱) بیان داشت: مقررات داوری اداری تنها تابع تصمیمات سازمان بوده و صلاحیت آن حسب مراجعه صحیح است. حاجی میرآقا (۱۳۹۸) با استناد به رویه اداری اتاق بازرگانی بین الملل مستقر در پاریس که به شرط مراجعه و تراضی، هر نوع داوری را انجام می‌دهند، اصل تراضی را در خصوص داوری اداری صحیح دانست. حسینی (۱۳۸۹) با توجه به فلسفه تشکیل ادارات، فعالیت‌های آن را در راستای اهداف مشخص دانست و داوری خارج از اهداف را صحیح ندانست. اما دهقانان و آشفته (۱۳۹۴) در صورت کم بودن حجم اختلافات غیر مرتبط، داوری اداری را صحیح دانسته و به اصل حجم اصلی اشاره داشتند.

تحقیق انجام شده، دارای پیشینه‌ای نیست؛ در خصوص داوری‌های اداری و اتاق بازرگانی، تحقیقات متعددی انجام شده، اما در خصوص این موضوع، تحقیق علمی خاصی صورت نگرفته است.

اینکه توافق مذکور حسب اصول حقوق اداری، نافذ تلقی می‌گردد یا خیر و در صورت رد صحت این توافق، بایسته‌های حقوقی برای رسمیت بخشی به آن چیست، چنین به نظر می‌رسد: در وضعیت کنونی، اتاق بازرگانی ایران و عراق، از نظر اداری، صلاحیت لازم برای انعقاد چنین قراردادی را نداشته، اما با انجام

برخی امورات اداری و همچنین برخی تغییرات جزئی در اساسنامه سازمان، می‌توان این توافق را نافذ دانست که در این پژوهش به بحث در این خصوص پرداخته شده است.

### ۱. دیدگاه فقهی

امام خمینی (ره) در مورد مرتبط با پژوهش (اتاق بازرگانی ایران و عراق) نظرات ارزشمندی داشته که البته به دلیل رحلت این بزرگوار در دورانی که هنوز این اتاق تأسیس نشده بود؛ امکان بیان نظرات کاملاً مرتبط با آن وجود ندارد. اما قواعد مهمی که در آثار ایشان وجود داشته و مؤید دیدگاه مبارک ایشان است، می‌تواند در سکوت کنونی مقررات مستقل اتاق بازرگانی ایران و عراق، الگویی مناسب برای تدوین احتمالی قوانین این اتاق تخصصی باشد که در اینجا به آن پرداخته شده است.

#### ۱-۱. تعیین داور مسلمان

حکم دادگاه اسلام در سرزمین اسلامی، چه در مورد مسلمانان و چه در مورد غیر مسلمانان، بر اساس احکام اسلام صادر می‌شود. این مطلب از عموم آیات قرآن که دال بر وجوب قضاوت بر اساس احکام اسلام برای همه مردم بدون توجه به دین آن‌ها دارد استفاده می‌شود. در اینجا دو نکته مهم وجود دارد که به بررسی آن پرداخته شده است:

اولاً، قضاوت در سرزمین‌های اسلامی، توسط دادگاه اسلام باید بر اساس احکام اسلام باشد؛ مگر در مواردی که فقه اسلام در این باره اجازه صدور حکم بر اساس احکام خود اقلیت‌های دینی را داده باشد (خمینی، ۱۳۵۶، ۱/۱۴۷). این مسأله مهم، بعدها، راویان دیگری نیز یافت و بر اساس تفاسیر آیات قرآنی نیز مستخرج است؛ اما امام خمینی (ره) صراحتاً، این مهم را در نوشته خود مورد تأکید قرار داده است (خمینی، ۱۳۹۰، ۱/۷۶).

ثانیاً، باید به این نکته نیز توجه داشت: در صورت رسیدگی دادگاه اسلامی به دعوی غیر مسلمان در داخل سرزمین اسلامی، این رسیدگی باید بر اساس احکام اسلام باشد. در آیه شریفه‌ی ۴۲ سوره‌ی مبارکه‌ی مائده، خداوند متعال، به پیامبر گرامی خود، دستور می‌دهد طبق احکام اسلامی در داخل سرزمین اسلامی قضاوت کند، ولی این آیه‌ی شریفه، اختیار قضاوت یا عدم قضاوت میان اهل کتاب را نفی و نسخ نکرده است (خوئی، ۱۳۷۵، ۱/۴۳).

پیام مستنبط از آیات، این است که حل اختلاف بین مسلمانان و یا بین مسلمان و غیر مسلمان در سرزمین اسلامی می‌بایست توسط داور مسلمان صورت پذیرد. امام (ره) بیش از دیگر فقهاء، به قاعده‌ی: نفی فی سبیل، توجه داشتند. مفاد این قاعده، نفی هرگونه سلطه و غلبه در تشریح و مقام جریان احکام است. در قوانین اسلام هیچ‌گونه حکمی که به سبب آن، زمینه و موجب شود برای کافران راهی تفوق‌گونه

ایجاد شود، وضع و جعل نشده است. به عقیده امام (ره) به حکم قاعده نفی فی سبیل، می‌بایست جهت حفظ مدیریت حکومت توسط مسلمانان، از داور مسلمان استفاده کرد.

در مقام تفسیر آیه ۴۹ سوره نساء، امام خمینی (ره) بیان داشته‌اند: ظاهر آیه این است که خداوند متعال در فضای تشریح، حکمی که موجب شود به خاطر اجرای آن سلطنت و قدرتی برای کافران به ضرر مسلمانان حاصل شود، تشریح نفرموده است. مدلول آیه شریفه، ناظر به مقام جعل احکام است و نتیجه آن، حاکم بودن قاعده نفس سبیل بر سایر دلایل احکام شرع است؛ در نتیجه، دلایلی که در بر دارنده بیان احکام شرعی است، محدود به مواردی است که سلطنت و قدرتی برای کافران نسبت به مسلمانان ایجاد ننماید و داوری بین مسلمانان توسط فردی غیر مسلمان، خلاف پیام این آیه است (خمینی، ۱۳۶۸، ۲۵۴/۱).

اثرگذاری قاعده نفی سبیل، در فروع فقهی پرشمار، نشان از حوزه گسترده عملی این قاعده در روابط حقوقی مسلمانان با کافران دارد.

داوری در سرزمین‌های اسلامی و بین مسلمانان، حتماً می‌بایست توسط فردی مسلمان و بر پایه احکام اسلامی باشد. در واقع، تجار ایران و عراق که اکثریت مشرف به دین اسلام هستند، می‌بایست توسط داوری مسلمان، و با احکام اسلامی داوری شوند که این مهم، علی‌رغم عدم ذکر صریح در مقررات اتاق بازرگانی ایران و عراق، در بعد عمل، توسط مسئولین اتاق رعایت می‌گردد. در صورتی که یکی از طرفین حل اختلاف مسلمان و دیگری غیر مسلمان باشد، با توجه به حضور در سرزمین اسلامی، این اختلاف می‌بایست توسط داور مسلمان حل شود.

هرچند که قانون اساسنامه مرکز داوری ایران، در خصوص دین داور، اشاره‌ای نکرده است، اما قاعده استقلال داور بیان می‌دارد: دین داور می‌بایست مستقل باشد؛ اما نظریه ولایت فقیه، مستنبط از آیات قرآنی، صراحتاً بیان می‌دارد: اختلاف بین غیر مسلمان ساکن سرزمین اسلامی و یک مسلمان می‌بایست توسط داور مسلمان حل و فصل شود. تنها در صورتی که دین دو طرف اقلیت مذهبی یکسان باشد، مثلاً: دو تاجر مسیحی اهل دو کشور ایران و عراق، می‌توان به استناد قواعد الزام و ابرام، نسبت به تعیین داور مسیحی مستقل اقدام کرد.

## ۲-۱. لزوم حل اختلاف در کوتاه‌ترین زمان

یکی از قواعد پرثمر فقهی، قاعده‌ی الزام می‌باشد و مفهوم آن، ملزم کردن مخالفان بر احکامی است که آن‌ها خودشان را بر آن الزام کرده‌اند.

در تعریف این قاعده بیان نموده‌اند: قاعده‌ی الزام، از قواعد مشهور است و بلکه از قواعد اجماعی است و فقهای شیعه بر اثبات قاعده و جریان آن در فقه امامیه اتفاق نظر دارند و مراد از قاعده‌ی الزام، ملتزم کردن مخالفان مذهب امامیه و کفار به احکام و تکالیفی است که خودشان به آن اعتقاد دارند و علیه آن‌ها است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵، ۵۸/۱).

مضمون این قاعده، احترام به حقوق شخصی ملل است و اجرای آن، دایر مدار ضرر و زیان نیست؛ بلکه ابرام قوانین ارباب مذاهب و مکاتب است و در امور شخصی، از نکاح و ارث و وصیت و معاهدات شخصی است.

بنا به عقیده جمهور فقهاء، از قواعد الزام و ابرام دو نکته قابل استخراج است؛ اول اینکه اهل کتاب می‌بایست تابع احکام اسلامی باشند. نکته بعدی اینکه اختلافات در اسرع وقت می‌بایست حل شود. بر این اساس، می‌توان چنین تفسیر نمود که داوری اجباری می‌بایست در اختلافات برقرار باشد تا در اسرع وقت و با کیفیت مناسب نسبت به حل اختلاف اقدام کرد. نیاز است در مقررات حل اختلاف بین ایران و عراق این مهم رعایت شود.

### ۳-۱. اجباری بودن داوری

داوری، در برخی شرایط که قانون مشخص کرده، اجباری بوده و در این حالت، اراده طرفین در رجوع به نظام قضائی کارایی نخواهد داشت. برای مثال، قانون پیش فروش آپارتمان، طرفین اختلاف را ملزم کرده که اختلاف خود را حتماً از طریق داوری حل و فصل نمایند. در چنین شرایطی، نمی‌توان بدون رجوع به داوری مستقیماً به دادگستری مراجعه کرد؛ اما در اختلاف بین تجار چنین اجباری وجود ندارد و در صورت وجود اراده طرفین، امکان رجوع به سیستم قضائی وجود دارد.

در اختلاف بین مسلمانان، حتی المقدور می‌بایست داوری اجباری گردد و این مهم، بین تجار ایرانی و عراقی می‌بایست جنبه عمل بیوشاند.

به موجب مفاد موافقت نامه، داوری در خصوص اختلافات اتباع ایرانی و عراقی جنبه اجباری دارد. به این مورد انتقادهایی وارد است. داوری اجباری حسب توافق یک نهاد اداری کشور با چند نهاد خارجی نمی‌تواند نافذ تلقی شود. به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. در حال حاضر، به موجب روح مواد حقوقی، مراجعه به داور جنبه اجباری ندارد. هرچند که منابع حقوقی این مهم را صراحتاً بیان ننموده‌اند، اما حسب تفسیر موسع از باب داوری مندرج در آئین دادرسی مدنی می‌توان به صراحت بیان داشت: اصل داوری بر اختیاری بودن انتخاب آن است (سربازیان، ۱۳۹۴، ۱۱۰).

به صورت کلی، اراده طرفین شرط اصلی ارجاع موضوع اختلاف به داور است. روح ماده ۶۳۲ آئین دادرسی مدنی نیز به اختیاری بودن داوری اشاره دارد؛ اما برخی دیگر از منابع حقوقی در موارد خاص، ارجاع به داوری را الزامی نموده‌اند و تحت این شرایط، اراده در مراجعه به داور اثری ندارد. منظور از داوری اجباری در حقوق ایران، داوری است که قانون، موضوع اختلاف را الزاماً، به داوری ارجاع می‌کند و طرفین دعوا نقشی در انتخاب و رد روش حل اختلاف داوری نداشته و حل مسأله به وسیله داوری ناشی از اراده آن‌ها نیست (میرشکاری، ۱۳۹۷، ۷۵).

به صورت کلی داوری اداری نمی‌تواند اجباری تلقی شود؛ اما با برخی اعمال اداری می‌توان این نوع داوری را اجباری نمود. با توجه به اینکه داوری قراردادی نوعی داوری اجباری محسوب می‌شود، یک ارگان می‌تواند از اختیارات اداری خود جهت الزام طرفین به امضاء قرارداد داوری استفاده کند و بدین صورت داوری اداری اجباری تلقی شود؛ در غیر این صورت اختیارات داوری اداری همانی است که در روح آئین دادرسی مدنی، ذکر شده است (جوادی، ۱۳۹۸، ۵۶/۱).

ذکر شرط داوری اجباری، اختیار انتخاب رویه داوری را از طرفین سلب می‌کند. در حالت عادی، انتخاب داور، حالتی اختیاری دارد که با ذکر عنوان داوری در منبع حقوقی خاص، طرفین در انتخاب رویه داوری برای حل اختلاف، دیگر اختیاری نخواهند داشت. در مورد تعداد داوران، برخی منابع حقوقی همچون: قانون پیش فروش ساختمان، آن را مشخص کرده و برخی موارد در این باره سخنی نگفته‌اند. در صورت سکوت قانون، انتخاب تعداد داوران به صورت توافقی بوده و به موجب اصول حقوقی این تعداد می‌بایست حتماً فرد باشد. به موجب ماده ۲۰ قانون پیش فروش آپارتمان، کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش فروش توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار، یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین، یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد.

در سطح بین الملل، عرف حقوقی در تعیین داوری اجباری نقشی مهم دارد. معمولاً، اختلافات تجاری توسط دادگاه‌های محلی به اتاق بازرگانی بین المللی مستقر در پاریس ارجاع شده که داوری نهادی صورت می‌گیرد.

### ۱-۳-۱. فقدان قوانین موضوعه

همان طور که اشاره شد، یکی از راه‌های اجباری شدن داوری، وضع قوانین موضوعه است که تاکنون به موجب قوانین مصوب، اختلافات در خصوص پیش فروش آپارتمان، نکاح و بورس جنبه اجباری داشته و اختلافات این حوزه، اجباراً می‌بایست از طریق داوری حل و فصل گردد. اختلافات تجاری در این حوزه، جای نداشته و بنا بر این، اتاق بازرگانی ایران و همچنین اتاق مشترک بازرگانی ایران و عراق مجاز به اجباری نمودن داوری نیستند. حتی داوری‌های تجاری در این سازمان جنبه اجباری نداشته و طرفین اختلاف به اراده خود این رویه را انتخاب می‌کنند. چنانچه بیان شد روح آئین دادرسی مدنی، به اختیاری بودن انتخاب روش داوری اشاره داشته و بنا بر این، اختیارات اداری اتاق بازرگانی اجازه اجباری نمودن آن را نمی‌دهد؛ مگر با رویه‌ای که پیش‌تر در خصوص آن صحبت شد.

در خصوص دانشجویان عراقی مقیم ایران نیز طبیعتاً نمی‌توان به نوع خاص اختلاف آن‌ها داوری اجباری اطلاق نمود. به هر حال بحث نخست اینکه در توافق جدید منعقد، موضوعاتی که برای آن‌ها

داوری اجباری تعیین شده در قوانین موضوعه جای نداشته و حسب تفسیر این قوانین نمی‌توان داوری را برای آنان اجباری نمود.

### ۱-۳-۲. عدم صلاحیت اداری

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

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

بنا بر این، اتاق بازرگانی ایران و عراق را از یک جنبه می‌توان تابع اتاق بازرگانی ایران دانست و از طرفی نیز مستقلاً، در چهار چوب همکاری مشترک تأسیس گردیده است. اساسنامه سازمان نیز به این موضوع تمرکز داشته و چهار چوب حقوقی فعالیت‌های اداری را پیش بینی کرده است. به نظر می‌رسد: انعقاد این قرارداد، با اختیارات اداری سازمان تناقض دارد (حسین زاده، ۱۳۹۱، ۱۳۲).

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

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

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

### ۱-۳-۳. اختیار متولیان اداری

سازمان‌های اجرائی حق اجبار مسائل خارج از قانون را ندارند؛ اما به رویه‌ای دیگر می‌توانند نسبت به این مهم اقدام نمایند. از دیدگاه اداری، متولیان هر کسب و کار با توجه به مسئولیت‌های خویش می‌توانند الزام به تبعیت از اساسنامه نمونه را از شرکت‌ها خواهان شوند. گاه، متولی یک کسب و کار، سازمان است



همچون سازمان صمت که متولی تمامی امورات صنعتی بوده و تولید کنندگان تحت تبعیت از آن قرار دارند.

اما گاه، اتحادیه، حسب اجماع شکل گرفته همچون اتحادیه صادر کنندگان زعفران که تمامی صادر کنندگان زعفران می‌بایست تحت تبعیت از آن بوده و مفاد قانون صادرات چنین لزومی را به پیش می‌کشد. در واقع، وظیفه متولیان برقراری عدالت و تناسب در کسب و کار بوده تا علاوه بر حمایت از حقوق کاسبان، حقوق مصرف کنندگان نیز حفظ گردد (عمرانی فر و عباسلو، ۱۴۰۲، ۷۰)؛ بنا بر این، تبعیت کاسبان از متولیان ضرورتی حقوقی محسوب می‌شود؛ بنا بر این، حسب چنین اختیار حقوقی، متولیان می‌توانند شرط اعطای مجوز کسب و کار را تبعیت از مقررات اداری دانسته تا بدین صورت، وحدت مدیریتی در امور مورد نظر محرز شود.

سازمان صمت، می‌تواند شرط اعطای مجوز فعالیت‌های تجاری بین ایران و عراق را تبعیت شرکت‌ها از اساسنامه نمونه ذکر کرده که در آن الزام مراجعه به داور در صورت لزوم ذکر شده است. این رویه در چهار چوب استانداردسازی و اختیارات متولیان امر قرار دارد.

در اقدامی دیگر، شرط ورود دانشجویان عراقی برای ورود به کشور می‌تواند مراجعه به داوری در صورت بروز اختلاف باشد. در واقع وزارت امور خارجه از اختیار خود برای صدور مجوز ورود استفاده کرده و این شروط که را وضع می‌نماید، در چهار چوب قانون قرار دارد. در حال حاضر، اتاق بازرگانی ایران و عراق متولی کسب و کارهای جاری محسوب نشده و تنها اتاقی غیر انتفاعی با هدف رفع مشکلات محسوب می‌شود. هیچیک از مجوزهای کسب و کارهای تجاری از مسیر اتاق بازرگانی عبور ننموده و بنا بر این، این اتاق نمی‌تواند به عنوان متولی و ناظر کسب و کار مطرح شود.

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

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

## ۲. توافقات در خصوص داوری های غیر تجاری

پس از سقوط حزب بعث عراق در سال ۱۳۸۲ (۲۰۰۳ میلادی) زمینه‌های همکاری بین دو کشور ایران و عراق که دارای پیوندهای فرهنگی و مذهبی عمیقی هستند، تقویت شد. اتاق بازرگانی ایران و عراق با هدف رسیدگی به تجارت بین دو کشور تأسیس شد (نعمتیان، ۱۳۹۶، ۶۰).

اما، روابط بین دو کشور بسیار فراتر از روابط تجاری می‌باشد. عده کثیری از دانشجویان و طلاب عراقی برای تحصیل در ایران سکونت داشته و در عین حال بخشی از نیروی کار ایران با هدف کسب درآمد بیشتر در عراق سکونت دارند. در این بین، اختلافات خاص بین اتباع ایران و عراق محتمل است. در سفر اخیر هیأت اتاق بازرگانی ایران به عراق، با این تفسیر که اختلافات مذکور جنبه مالی داشته و جزئی از اختلافات تجاری محسوب می‌شود، اتاق بازرگانی را به داوری اجباری این اختلافات صالح دانستند که مورد توافق وزرای علوم و مسکن عراق نیز واقع شد.

در صورت اجرای این توافق، دانشجویان عراقی مقیم ایران و نیروی کار ایرانی مقیم عراق در صورت بروز اختلاف با اتباع کشور میزبان، می‌بایست مسأله را به اتاق بازرگانی و نه انجمن دوستی ایران و عراق، ارجاع داده و داوری اجباری بین آن‌ها صورت می‌گیرد. در صورت استنکاف هر یک از طرفین از داوری، دادگاه طرفین را ملزم به حضور در داوری کرده و رأی هیأت داوری مستقل لازم الاجراست. در این گفتار در خصوص مبانی این توافق صحبت شده و در ادامه به نقد آن پرداخته گردیده است.

### ۱-۲. دانشجویان عراقی

در دهه اخیر، تعداد دانشجویان عراقی مقیم ایران رشد قابل توجهی داشته است. نزدیکی دو کشور ایران و عراق، نبود زیر ساخت‌های علمی در کشور عراق، پیوند فرهنگی و مذهبی، تردد آسان و در نهایت، کاهش ارزش ریال از سال ۱۳۹۷ موجب افزایش جذابیت کشورمان برای ادامه تحصیل دانشجویان عراقی شد که ضمن انعقاد همکاری بین دانشگاه‌های دو کشور، این روند تسهیل گشت. طبیعتاً، این حضور می‌تواند با اختلافاتی همراه بوده که رسیدگی به آن، مستلزم طی تشریفات اداری قضائی است.

اختلافات بین اتباع دو کشور در شاخه‌ای از حقوق با نام حقوق بین الملل خصوصی، قابل بحث است. به موجب نص صریح ماده ۹۶۸ قانون مدنی: تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند؛ بنا بر این، این اختلافات با توجه به انعقاد عقود در ایران، تابع مقررات کشور خواهد بود. عمده‌ترین مشکلات حقوقی دانشجویان عراقی مقیم ایران شامل این موارد است: اختلافات با اعضای جامعه دانشگاهی، اختلافات با کاسبان ایرانی در معاملات، اختلافات مرتبط با اجازه منازل در ایران و اختلافات اداری داخل کشور.

جدا از مسائل حقوقی، اصول انسانی، ایجاب می‌کند: می‌بایست مانع از بروز مشکلات برای مهمانان غریب شده و تا حد امکان نسبت به کمک رسانی به آن‌ها اقدام نمود. این مورد، از نصایح شرعی، عرفی

و اخلاقی است. رسیدگی قضائی به مسائل مذکور، امری بسیار پر پیچ و خم بوده که برای مهمانان غریب عراقی، عملی طاقت فرسا محسوب شده و ممکن است شخصاً، از پیگیری آن انصراف دهند؛ بنا بر این، تشکیل نهاد داوری اجباری برای رفع این مشکلات می‌تواند یک ضرورت محسوب گردد.

## ۲-۲. ایرانیان مقیم عراق

تعداد کثیری از نیروی کار ایرانی شامل مهندسین، کارگران عادی، صاحبان حرف مختلف و ... برای کار و اشتغال به کشور عراق رفته و در حال حاضر نیز در آنجا سکونت دارند. در سال‌های اخیر و با کاهش ارزش ریال، این مهاجرت‌ها به سبب افزایش ارزش دینار عراق، افزایش داشته است. حضور اتباع ایرانی در عراق نیز ممکن است موجب بروز اختلافاتی با اتباع عراق شود که به موجب قانون مدنی حاکم بر این کشور نیز به محض تسلیم دادخواست به نظام قضائی عراق، مطابق با قوانین این کشور، به آن، رسیدگی شده که عملی به شدت دست و پا گیر محسوب می‌شود (رفیعی، ۱۳۹۷، ۴۵/۱).

## ۳. مغایرت با اهداف سازمان

انتقاد دوم به توافق مورد بحث، مغایرت ماهیت آن با اهداف سازمان است. به موجب ماده پنجم اساسنامه اتاق، اهداف سازمان به قرار ذیل است:

الف) کوشش در جهت گسترش ارتباطات و مراودات صاحبان صنایع و بازرگانان ایرانی و کشور مقابل در زمینه تجارت، صنعت، خدمات، کشاورزی، معدن و سایر امور مربوطه؛  
ب) مطالعه و بررسی به منظور فراهم آوردن زمینه‌های لازم برای سرمایه‌گذاری‌های صنعتی، بازرگانی، معدنی و کشاورزی در دو کشور؛

ج) جمع‌آوری و ارزیابی اطلاعات آماری و سایر مطالب سودمند در مورد مسائل بازرگانی، صنعتی و اقتصادی دو کشور و قرار دادن این اطلاعات در اختیار متقاضیان ایرانی و کشور مقابل و همکاری با سازمان‌ها و مقامات صلاحیت دار ایران و کشور مقابل به منظور تشویق و توسعه روابط اقتصادی بین دو کشور؛

د) گسترش مبادله هیأت‌های تجاری و اقتصادی بین دو کشور؛

ه) انتشار مجله، کتاب، جزوات، نرم‌افزار و یا بولتن اطلاعاتی در زمینه توسعه روابط اقتصادی بین ایران و کشور مقابل حاوی قوانین و مقررات اقتصادی دو کشور و سایر مطالب مفید و مرتبط؛

و) مشارکت در برپایی و اداره نمایشگاه‌ها و سایر فعالیت‌های مشابه، در چهار چوب قوانین مربوط و کمک به مؤسسات، سازمان‌ها و اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی و کشور مقابل علاقه‌مند به شرکت در نمایشگاه‌های بین‌المللی که در ایران و کشور مقابل برگزار می‌شود؛

ز) برگزاری گردهمایی‌ها و همایش‌ها در زمینه توسعه روابط اقتصادی بین دو کشور؛

ح) همکاری و تشریک مساعی با اتاق‌های متقابل در کشور مقابل؛  
ط) کوشش در جهت حل اختلافات ناشی از روابط اقتصادی بین اشخاص حقیقی و حقوقی ایران و کشور مقابل از طریق حکمیت و در صورت عدم توفیق، تشویق طرفین اختلاف به رفع اختلافات از طریق مرکز داوری اتاق ایران؛

ی) اداره امور اتاق با رعایت مقررات این اساسنامه و با همکاری نزدیک با مقامات رسمی، سازمان‌ها و مؤسسات ایرانی و کشور مقابل؛

ک) انجام سایر اقداماتی که برای نیل به اهداف فوق ضروری است، یا به آن‌ها مربوط است.  
بنا بر این، توافق در خصوص دانشجویان عراقی و یا نیروی کار ایرانی، به نظر با اهداف سازمان مغایرت دارد که ذیلاً، در این خصوص، بحث می‌شود.

### ۱-۳. مغایرت با قواعد اداری

در بررسی قوانین و مقررات اتاق بازرگانی و همچنین اتاق بازرگانی ایران و عراق، چنین مستفاد بوده که اختیارات اداری این نهادها، تنها در امورات تجاری بوده و مسأله دانشجویان عراقی و یا نیروی کار ایرانی، خارج از قواعد اداری این نهادها محسوب می‌گردد. در این باره چند نظریه مطرح است:

در نظریه اول که به نظریه سوئدی موسوم است، خروج موضوعی هر سازمان تا حد ۱۰ درصد از اهداف سازمان، در صورت ضرورت مجاز است. برای این مهم، به اقدامات مسلحانه و نظامی سازمان‌های اطلاعاتی اشاره شده که با وجود غیر نظامی محسوب شدن سازمان اطلاعات در اکثریت کشورها، اما حسب موقعیت خاص، اقدامات نظامی و مسلحانه که کمتر از ده درصد فعالیت سازمان را شامل می‌شود، بر عهده داشته و این مهم، لازمه اجرای صحیح مأموریت‌های این نهادها دانسته شده است (علوی، ۲۰۱۸، ۲۱۱).

در نظریه دوم، که به نظریه کامن لایی معروف است، استفاده از امکانات یک سازمان در صورت فقدان نهاد تخصصی، به صورت موقت ممکن است (دون و همکاران، ۲۰۱۸، ۲۱۴)؛ بر این اساس، در نبود نهاد متولی و حامی دانشجویان عراقی و یا نیروی کار ایرانی، می‌توان از امکانات اتاق بازرگانی ایران و عراق بهره جست که مرتبط‌ترین نهاد داوری در این خصوص محسوب می‌شود.

در نظریه سوم که به نظریه آمریکایی معروف است، در سلسله مراتب می‌توان از قدرت برتر برای هماهنگی استفاده نمود و برخی مسئولیت‌های خارج از موضوع را نیز به آن‌ها اعطاء کرد؛ برای مثال، به موجب دستورات رئیس جمهور ایالات متحده، در موارد خاص، اختیارات عملیات‌های هوایی به نیروی دریایی، سپرده شده است (هیگمان و سیلوا، ۲۰۱۸، ۱۴۲).

در نقد نظریه اول، می‌توان وسعت روابط ایران و عراق را مثال زد و حجم روابط علمی و یا کاری بین ایران و عراق را بیش از ده درصد عنوان نمود؛ البته، در مرحله ابتدایی، به سبب عدم آشنایی چندان با

اتاق بازرگانی ایران و عراق، محتمل کمتر از ده درصد از فعالیت‌های اتاق به حل اختلافات غیر تجاری اختصاص خواهد داشت، اما به مرور زمان، این حجم به بیش از ده درصد رسیده که نیازمند تشکیل نهادی جداگانه برای این مهم است.

در نقد نظریه دوم، می‌توان چنین بیان کرد: تخصص اتاق بازرگانی در خصوص دعاوی تجاری بوده و تجار، عمدتاً در مسائل تجاری، سررشته دارند و حل اختلافات علمی و یا کاری در حیطه فعالیت آن‌ها نیست؛ بنا بر این، سازمان ظرفیت لازم برای حل اختلافات غیر تجاری را ندارد.

در نقد نظریه سوم می‌توان چنین بیان کرد که اتاق بازرگانی ایران و عراق نهادی غیر انتفاعی بوده و خود اتاق بازرگانی ایران نیز نهادی مستقل محسوب می‌گردد.

### ۲-۳. رد ادعای تجاری بودن اختلاف حسب تفسیر موسع

مسئولین اتاق بازرگانی بیان داشته‌اند: اختلافات دانشجویان عراقی در ایران و همچنین نیروی کار ایرانی مقیم عراق، از نوع مالی بوده و حسب تفسیر موسع از اهداف سازمان، جزئی از اختلافات تجاری محسوب می‌گردد که صلاحیت سازمان در خصوص رسیدگی به آن محرز است (ما و همکاران، ۲۰۱۸، ۱۶۰).

در واقع، به تفسیر موسع از اهداف سازمان مندرج در ماده پنجم، مالی بودن اختلافات مذکور را دلیلی بر تجاری بودن دانسته و به همین سبب آن را در صلاحیت اتاق بازرگانی ایران و عراق می‌دانند.

این تفسیر، به صورت واضح، اشتباه بوده و قابل رد است. به موجب ماده اول قانون تجارت، تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد؛ برای مثال: معامله مسکن برای مشاور املاکی که شغل خود را در این حیطه انتخاب کرده، نوعی عمل تجاری محسوب شده و دلال و واسطه‌های این حوزه، تاجر محسوب می‌شوند، اما شهروندان عادی که برای استفاده خود، اقدام به خرید و فروش منزل می‌کنند، این عمل تجاری نبوده و عملی روزمره محسوب می‌گردد؛ از این قبیل مثال‌ها فراوان است. به طور کلی، اگر یک معامله با هدف مصرف و استفاده شخصی انجام شود، تجاری محسوب نمی‌گردد؛ بنا بر این نمی‌توان هر اختلاف مالی را تجاری قلمداد کرد.

با توجه به اینکه مواد اولیه قانون تجارت، از سال ۱۳۱۱ تاکنون بدون تغییر باقی مانده، به استناد آن می‌توان تفسیر مذکور را کاملاً رد کرد؛ بنا بر این، اتاق بازرگانی به طور کلی، صلاحیت لازم دخالت را در امورات دانشجویان عراقی یا نیروی کار ایرانی ندارد و توافق وی در این خصوص، خلاف صلاحیت اداری محسوب می‌گردد.

### ۳-۳. ارتباطات با ادارات غیر تجاری

ماهیت اداری اتاق بازرگانی، ارتباط با امورات تجاری بوده و به هیچ وجه ارتباطی بین این ارگان با متولیان دانشجویان عراقی، مشهود نیست.

به موجب بند «د» ماده پنجم قانون اتاق بازرگانی، مصوب ۱۳۶۹: ارتباط با اتاق سایر کشورها و تشکیل اتاق های مشترک و کمیته‌های مشترک با آنها بر اساس سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، از اهداف سازمان، شمرده شده است.

در بند نخست ماده پنجم اساسنامه اتاق بازرگانی ایران و عراق، ذکر شده: کوشش در جهت گسترش ارتباطات و مراودات صاحبان صنایع و بازرگانان ایرانی و کشور مقابل در زمینه تجارت، صنعت، خدمات، کشاورزی، معدن و سایر امور مربوطه از اهداف سازمان است.

بنا بر این، ارتباطات اداری اتاق، تنها به امورات بازرگانی و با ارگان‌های مرتبط ممکن است. در حال حاضر، حسب بخشنامه ارسالی سازمان صمت، اتاق، به هیچ سازمان غیر تجاری، نامه مستقیم ارسال نکرده و تنها پاسخ نامه را در صورت تجاری بودن موضوع اعلام می‌دارد؛ بنا بر این، دخالت اتاق بازرگانی در امورات غیر تجاری، در وضعیت کنونی، کاملاً غیر موجه است.

از طرف دیگر، اتاق بازرگانی، نهادی تفاهمی در خصوص تجارت بین دو کشور محسوب شده و به در سیستم دولتی، تحت تبعیت از وزارت خانه خاصی نمی‌باشد (مورشدی و همکاران، ۲۰۱۸، ۲۰۰)؛ بنا بر این، توافقات ارگان‌های دولتی نمی‌تواند بر اتاق بازرگانی الزامی تعیین کند.

از طرف دیگر، به موجب بند ۵ ماده ۴۵ اساسنامه اتاق برقراری ارتباط با سایر تشکل‌ها و ارگان‌های دولتی از وظایف دبیرخانه اتاق بازرگانی شمرده شده است؛ بنا بر این، ارتباطات با ادارات غیر تجاری می‌بایست مستقیماً، توسط اتاق بازرگانی پیگیری شود. اتاق بازرگانی ایران با توجه به برتری اداری می‌تواند توافقات خود را بر اتاق بازرگانی ایران و عراق تحمیل نماید، اما وزارت صمت حسب قواعد سلسله مراتب اداری، از این اختیار بی بهره است؛ بنا بر این، با وضعیت موجود، در غیاب تفاهم همکاری بین اتاق بازرگانی ایران و عراق با وزارتخانه‌های خارجه، کار و علوم، توافق در این خصوص، توسط مسئولین اتاق بازرگانی، فاقد مشروعیت حقوقی بوده؛ مگر به عنوان یک پیش نویس و سند مذاکره.

#### ۴. بایسته‌های مشروعیت صلاحیت داوری غیر تجاری

تا کنون، چنین به اثبات رسید که توافق اخیر اتاق بازرگانی ایران و عراق در خصوص اختلافات دانشجویان عراقی و نیروی کار ایرانی در محل اقامت، از جنبه‌های مختلف فاقد وجاهت قانونی بوده و بنا بر این، نافذ نخواهد بود. در این قسمت، بایسته‌های قانونی مشروعیت این توافق، بررسی شده است.

#### ۴-۱. ابتکار متولیان قانونی

در حال حاضر، متولی امور دانشجویان عراقی مقیم کشور، وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات فناوری و امور خارجه می‌باشند که پیش شرط‌هایی برای ورود دانشجویان به کشور قرار داده‌اند؛ حتی به موجب بخشنامه نیروی انتظامی که حسب توافق با وزارتخانه‌های مذکور صادر شده است، مجوز خروج از کشور این

دانشجویان، توسط پلیس محل صادر شده که مانع از فرار از دین آن‌ها باشد. اگر در بدو ورود به کشور، از دانشجویان، تعهد ارجاع اختلاف به داوری اخذ شود، این توافق می‌تواند نافذ تلقی شود. در این باره، تنها یک انتقاد وارد است. اجباری شدن داوری، تنها حسب صنایع تخصصی مورد اختلاف بوده و دامنه این تعهد، ممکن است اختلافات گسترده را شامل شود (طاهری، ۱۳۹۶، ۴۳).

در پاسخ به این اشکال می‌توان چنین بیان کرد: دانشجویان عراقی مقیم ایران فعالیت‌های متنوعی نداشته و اختلافات آن‌ها قابلیت پیش بینی داشته که پیش‌تر در خصوص مصادیق آن صحبت شد؛ بنا بر این، اقدامات مقتضی برای اجباری شدن داوری این اختلافات توسط متولیان قانونی می‌تواند شامل این موارد باشد: اقدام وزارت امور خارجه در اخذ تعهد در بدو ورود به کشور، توافقات دو جانبه مسئولین ایرانی و عراقی در سطح ریاست جمهوری، وزارت امور خارجه و وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، توافقات وزارت کار ایران و عراق در خصوص اختلافات نیروی کار به عنوان پیش شرط ارسال نیرو به عراق، توافق داخلی اتاق بازرگانی با وزارتخانه‌های مذکور در خصوص داوری اختلافات مذکور.

با همت ارگان‌های مذکور، می‌توان تعهد داوری اجباری پیش از عزیمت به کشور مقصد را اخذ کرده و به صورت تخصصی نیز این مهم ممکن است؛ مثلاً، نیروی کار ایرانی به محض استقرار در عراق و همکاری با کارفرما می‌تواند در پیمان همکاری شرط داوری اجباری را ذکر کند.

دانشجویان عراقی نیز با اطلاع از وضعیت حضور خود در کشور می‌توانند در امور خاص خود همچون: اجاره منزل، شرط ارجاع به داوری را در صورت بروز اختلاف، در قرارداد، ذکر نمایند؛ اما در صورت تعهد نسبت به داوری، نمی‌توان از آن عدول کرد.

در اینجا یک ابهام مطرح است، اینکه تعهد نسبت به برخی حقوق شخصیه نافذ نمی‌باشد و طرف عراقی نمی‌تواند تعهد کند که از حق خود چشم‌پوشی نماید.

اگر به ماده ۱۰ قانون مدنی رجوع شود، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی نافذ است که مخالف صریح قانون نباشد. قرار دادن شروط برای داوری، با هیچیک از مفاد حقوقی و حتی شرعی ناسازگاری ندارد؛ بنا بر این، اصل اولی، چنین شروطی را مغایر با شرع و قانون نمی‌داند، اما از دیدگاه دیگر، هرگونه تعهد نسبت به حقوق شخصیه، غیر نافذ بوده و جهت چنین معامله‌ای غیر مشروع دانسته شده است.

ماده ۹۵۹ قانون مدنی در این خصوص بیان می‌دارد: هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. در تفسیر موسع این ماده حقوقی، سلب حقوق شخصیه از جمله حق خرید و فروش، حق ازدواج، حق حیات و .... از حقوق مدنی هر شخص دانسته شده که هرگونه تعهد نسبت به آن، نافذ نیست. برخی حقوقدانان حق واخواهی به موجب اصل ۳۴ قانون اساسی را حق هر انسانی دانسته و تعهد نسبت به آن را غیر نافذ می‌دانند؛ حتی، برخی بیان داشته:

داوری اجباری با اصل ۳۴ قانون اساسی مغایرت داشته و بنا بر این، نافذ نیست؛ اما اکثریت حقوقدانان اعتقاد داشته که رویه داورى نیز بخشی از حق دادخواهی و در راستای اجرای بهتر این حق تلقی می‌شود؛ بنا بر این، اجبار در داورى را نمی‌توان مغایر با اصل ۳۴ قانون اساسی دانست؛ بنا بر این، حق دادخواهی، خواه، جزئی از حقوق شخصی محسوب شده یا خیر، باز هم نمی‌توان تعهد نسبت به داورى را غیر نافذ دانست؛ بنا بر این، تعهد نسبت به شروط داورى نیز با اصل ۳۴ قانون اساسی، ماده ۹۵۹ قانون مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی هیچ مغایرتی نداشته و با صحیح دانستن مشروعیت جهت معامله، می‌توان تعهد داورى پیش از عبور از مرز را صحیح دانست.

در خصوص صلاحیت داورى توسط اتاق بازرگانی نیز می‌توان آن را به موجب تعهدات قراردادی نافذ دانست. اگر این اختیار طی توافقاتی بین اتاق بازرگانی با نهادهای مذکور عملیاتی شود، کاملاً نافذ بوده و اتاق بازرگانی صلاحیت رسیدگی به امور غیر تجاری بین ایران و عراق را دارد، اما از جهت رسمیت اداری می‌توان به انجمن‌های بین دو کشور اشاره کرد.

اتاق بازرگانی بین دو کشور، تنها متولی امور تجاری بوده و انجمن‌های دوستی، متولی تمام مصادیق روابط، هرچند که از نظر اداری اتاق بازرگانی هرگز تحت تبعیت انجمن نمی‌باشد، اما با توجه به اینکه قواعد هر دو نهاد به صورت توافقی و قراردادی تعیین شده و کاملاً نافذ هستند، می‌توان توافقات انجمن را بر اتاق بازرگانی نافذ دانست؛ بنا بر این می‌توان توافقات انجمن دوستی ایران و عراق در خصوص داورى اجباری و اعطای صلاحیت به اتاق بازرگانی ایران و عراق در این خصوص را صادق دانست. بنا بر این، نقش مهم نهاد دوستی ایران و عراق، در این خصوص، کاملاً محرز است. صلاحیت توسط یک نهاد به اتاق بازرگانی اعطاء شده و به معنای تبعیت اداری نمی‌باشد و لذا این چنین صلاحیت اعطائی کاملاً صحیح و نافذ تلقی می‌شود.

#### ۲-۴. تشکیل بخش غیر تجاری

اساسنامه هر سازمان، به همت مسئولین آن و در چهار چوب قانون نگاشته شده و تغییر در آن نیز مستلزم طی روال حقوقی است. در حال حاضر انتقاد وارده به توافق مذکور، تجاری بودن اتاق است. همان طور که بیان شد، به موجب نظریه سوئدی، در صورتی که حجم خروج موضوعی اداری اندک باشد، این عملیات منعی ندارد.

اتاق بازرگانی می‌تواند در اساسنامه خود رسیدگی محدود به امور غیر تجاری را تصریح کرده تا بدین صورت خروج موضوعی از فعالیت و جاهت قانونی داشته باشد؛ البته، حجم امور غیر تجاری سازمان نباید از محدوده خاصی تجاوز نماید. هرچند که این نظریه توسط حقوقدانان غربی مطرح شده است، اما در داخل نیز موافقانی دارد.



البته، این مهم بیشتر جنبه عرفی دارد؛ مثال ذکر شده در خصوص وزارت اطلاعات ریشه در این نظریه دارد. در اوایل دهه ۶۰ خورشیدی نظرات مختلفی در خصوص تأسیس وزارت اطلاعات وجود داشت که جمع بندی نظر سیاستمداران وقت، آن بود که سازمان اطلاعات تحت عنوان یک وزارت خانه زیر نظر دولت فعالیت داشته و جزء نهادهای نظامی و مسلح، تقسیم بندی نشود. فعالیت‌های محدود نظامی و مسلحانه کمتر از ده درصد بدنه سازمان را شامل شده و این نهاد برای اجرای فعالیت‌های وسیع تر نظامی می‌بایست از ضابطین خود کمک گیرد؛ بدین صورت، خروج موضوعی از آرمان سازمان، بدین صورت توجیه حقوقی یافت.

این مهم، به صورت عرف در نظام حقوقی اداری کشور ذکر شده که یک نهاد اداری می‌تواند خارج از اهداف آرمانی به صورت محدود فعالیت داشته و اجرای وسیع تر این امورات به کمک ارگان‌های دیگر ممکن است.

در وضعیت کنونی اتاق بازرگانی به موجب این اصول از حقوق اداری می‌تواند به صورت محدود به اختلافات غیر تجاری بین اتباع ایرانی و عراقی رسیدگی کند. در صورت تغییر در اساسنامه و ذکر بخش غیر تجاری سازمان، این اختیارات گسترده تر خواهد شد؛ اما در نهایت، این اختیار مطلق نبوده و در صورت کثرت موارد ارجاعی، می‌بایست نهادی تخصصی تر برای این مهم تعیین شود.

در حال حاضر، به موجب تبصره یکم بند اول ماده بیستم اساسنامه اتاق بازرگانی ایران و عراق، اعمال تغییرات در اساسنامه اتاق مشترک، بدو، مستلزم هماهنگی با امور حقوقی می‌باشد. بدیهی است: اتاق ایران می‌تواند از ثبت تغییرات اساسنامه که خلاف توافق اولیه باشد، اجتناب نماید؛ بنا بر این می‌توان با تغییر در اساسنامه، ورود اتاق بازرگانی به مسائل غیر تجاری را رسمی قلمداد کرد که البته به صورت محدود اجرای آن ممکن است.

### نتیجه گیری

توافق کنونی اتاق بازرگانی ایران و عراق با مسئولین عراقی برای داوری اجباری اختلافات دانشجویان عراقی و نیروی کار ایرانی مقیم با اتباع کشور میزبان به موجب مقررات حقوقی اداری فاقد وجهت قانونی است. با توجه به جایگاه تولی نهادهای ناظر بر صنایع خاص، توافقات وزارتخانه‌های امور خارجه، کار و علوم دو کشور در این باره نافذ می‌باشد. در عین حال، اجباری شدن داوری در این خصوص، به هیچ وجه با حق دادخواهی و حقوق شخصیه در تضاد نبوده و در عین حال، راهی صحیح جهت اجرای عدالت است.

انجمن دوستی ایران و عراق نیز می‌تواند در این خصوص مصوباتی داشته باشد. اعطای صلاحیت اداری داوری مذکور حسب توافق اتاق بازرگانی، به عنوان نهادی غیر انتفاعی مستقل، با ارگان‌های دولتی

مذکور و یا اعطای صلاحیت از طرف انجمن دوستی ایران و عراق ممکن است؛ ضمن آنکه ورود اتاق بازرگانی به حل این قبیل اختلافات می‌بایست به صورت محدود صورت گرفته و در صورت تغییر در اساسنامه، این دامنه قابل افزایش است؛ اما این صلاحیت، به صورت مطلق نبوده و می‌بایست برای دعاوی کثیر، نهادی تخصصی‌تر تعیین کرد.

اصل روش داوری اجباری اداری برای خارجیان مقیم یک کشور بهترین گزینه برای حل آسان اختلافات است، اما نیاز است که با هماهنگی نهادهای مربوطه به این توافقات رسمیت بخشید تا اتباع بیگانه مقیم در کشور میزبان با ددرسهای کمتری مواجه شوند. پیشنهاد می‌شود: انجمن دوستی ایران و عراق به عنوان متولی مطلق کلیه امور بین دو کشور ایران و عراق، پیگیر رسمیت بخشی به این توافق شده و هیأت دولت، با ورود به این توافق، ضمن ذکر جزئیات خاص، به صورت توافقی، به آن، رسمیت بخشند، تا بدین صورت، داوری اجباری برای نیروی کار ایرانی و دانشجویان عراقی که در کشور میزبان به سر می‌برند، اجباری شده و اتاق بازرگانی نیز موظف به تقویت کادر داوری خود با هدف حل آسان این قبیل اختلافات است.

#### کتابشناسی

۱. پاسبان، محمدرضا، (۱۳۹۸)، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران، میزان، اول.
۲. توسلی جهرمی، منوچهر، (۱۳۸۱)، نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی، مجله حقوقی، سال: ۲۶، شماره: ۱، ص ۱۰-۲۰.
۳. جوادی، امیر، (۱۳۹۸)، حقوق تجارت بین الملل، تهران، میزان، اول.
۴. حاجی میرآقا، بهشته، (۱۳۹۸)، مطالعه تطبیقی قواعد دادرسی دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی و مرکز داوری اتاق ایران در خصوص آئین دادرسی و صدور رأی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، واحد الکترونیک، دانشگاه آزاد اسلامی.
۵. حسینی، حبیب اله، (۱۳۸۹)، بررسی تطبیقی سازش در حقوق ایران و آمریکا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی.
۶. خمینی، سید روح الله، (۱۳۵۶)، ولایت فقیه، تهران، اسلامیه، اول.
۷. خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۸)، الرسائل، قم، مؤسسه اسماعیلیان، اول.
۸. خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰)، صحیفه امام، تهران، مؤسسه حفظ و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ هشتم.
۹. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۵)، البیان، قم، نشر داوری، اول.
۱۰. دهقانان، حامد؛ آشفته، ایمان، (۱۳۹۴)، بررسی تفاوت‌های موجود در سبک مذاکره تجاری مدیران ایرانی و کره‌ای، مجله مدیریت فرهنگ سازمانی، دوره: ۱۳، شماره: ۳، ص ۲۰-۲۵.
۱۱. رفیعی، منیژه، (۱۳۹۷)، آثار موافقت‌نامه‌های داوری بین المللی در دعاوی حقوقی، تهران، میزان، اول.
۱۲. سربازیان، مجید؛ رضائی، علی، (۱۳۹۴)، حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره: ۷، شماره: ۱، ص ۱۰۹-۱۴۰.

۱۳. شریعتی نیا، محسن؛ عابدین مقانکی، محمدرضا، (۱۳۹۳)، تحریم‌ها و جهت‌گیری صادرات ایران: اقتصاد سیاسی دوران گذر در روابط بین الملل، مجله روابط خارجی، شماره: ۲۲، ص ۱-۱۵.
۱۴. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی، فریده، (۱۳۹۶)، فرایند مذاکره مجدد قراردادهای سرمایه‌گذاری، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره: ۲۱، شماره: ۱، ص ۲۰-۲۵.
۱۵. طاهری، سید رضا، (۱۳۹۶)، اجرای آرای داوری خارجی در حقوق ایران، تهران، میزان.
۱۶. عاشوری، مهدی؛ کاویار، حسین؛ بان، سحر، (۱۴۰۰)، تابعیت گروه شرکت‌ها در حقوق فرانسه، اتحادیه اروپا و ایران، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره: ۳، شماره: ۴، ص ۱۵۵-۱۸۴.
۱۷. عمرانی فر، زینب؛ عباسلو، بختیار، (۱۴۰۲)، واکاوی صدور رأی سازشی داور در حقوق ایران در پرتو رویه قضایی، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره: ۱، شماره: ۲، ص ۶۷-۹۰.
۱۸. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۷۵)، نقش فقه، قم، مهر، اول.
۱۹. قبری، افسانه، (۱۳۸۸)، ساز و کارهای حل و فصل اختلافات در قراردادهای بین المللی نفتی در ایران با تاکید بر روش ADR، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان تهران.
۲۰. مبارکی، مصطفی؛ عمادزاده، محمدکاظم؛ مسعود، غلامحسین، (۱۳۹۸)، شیوه‌های غیرترافی حل اختلاف اداری در نظام‌های حقوقی معاصر، مطالعات حقوق عمومی، دوره: ۴۹، ص ۳۹-۵۶.
۲۱. موسوی، فاطمه، (۱۳۹۴)، آراء داوری غیر قابل اجرا در قلمرو تجارت بین الملل، تهران، میزان، اول.
۲۲. میرشکاری، عباس؛ سلیمی، محسن، (۱۳۹۷)، درآمدی بر روش‌های آنلاین حل اختلاف، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، دوره: ۳۹، شماره: ۱، ص ۶۵-۸۰.
۲۳. ناظر فصیحی، عبدالله، (۱۳۹۳)، تحلیل بازار کشور عراق برای ورود کالاهای ایرانی، وزارت صنعت، معدن و تجارت، سازمان توسعه تجارت ایران، معاونت کمک‌های تجاری، دفتر توسعه صادرات کالا، دی ماه ۱۳۹۳.
۲۴. نعمتیان، محمود، (۱۳۹۶)، بررسی صادرات غیرنفتی جمهوری اسلامی ایران به عراق، دهمین کنفرانس بین المللی اقتصاد و مدیریت، رشت، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت.

25. Alavi, H. (2018). **Delivery terms in transport process of export trade and their effect on the risk of discrepancy in documentary letters of credit; evidence from Estonia**. International Journal of Commerce and Finance, 4(1), 52-65.

26. Dunn, J. P., Ledford, S., Jackson, S. H., & Wood, A. G. U.S. (2018) **Patent Application No. 15/711,416**.

27. Hickman, C. R., & Silva, M. A. (2018). **Creating excellence: Managing corporate culture, strategy, and change in the new age**. Routledge.

28. Ma, S., Chai, Y., Wang, J., & Duan, Y. (2018). **New digital infrastructure, cross-border e-commerce and global vision of creating Electronic World Trade Platform**. Global trade and customs journal, 13(4).

29. Murshudli, F. (2018). **Innovative trends of international banking business (case of Azerbaijan)**. Available at SSRN 4595033.

بررسی  
صلاحیت اتاق  
بازرگانی  
ایران و عراق  
در حل  
اختلافات غیر  
تجاری از  
دیدگاه فقه و  
حقوق اسلامی



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 97-122

Receive Date: 2024/01/14

Revise Date: 2024/07/07

Accept Date: 2024/07/11

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1184598

### Investigation of the Principle of Proportion of Punishment and Effective Substitutes to the Prescribed Punishments in Drug Crimes

Fatemeh Lavimi<sup>1</sup>  
Isa Baninaeimeh<sup>2</sup>  
Amir Alboali<sup>3</sup>

۹۷

#### Abstract

The principle of proportion of punishment is one of the fundamental principles of criminal law, comprising the determination of punishments which are consistent with the social damage resulted from the crime. The application of this principle in the legislation stage of drug crimes with attention to importance of these crimes and their complexity, requires the precision and sensibility of legislator. In this manner, it reduces the injustice in determination and execution of punishment with considering the effective components in application of principle of proportion and the expected goals of punishment will be more accessible such as deterrence. The behavior of the perpetrator and the type of committed crime, the role of the accused and the manner of his intervention in the crime and even the gravity and severity of the committed crime are the most important components that are effective in application of principle of proportion of punishment in these crimes. However, in the Anti-Narcotics Law, the legislator has only emphasized on the proportion between the quantity of drugs and the amount of punishment and has ignored the other components. Considering the importance of the phenomena of addiction and the lack of attention of the laws to the social roots of addiction and the causes of people turning to drugs has been policy-made only with the approach of fighting drug supply and eradicating addiction, which although does not have the necessary deterrent and prevention effect; Therefore, providing a model that considers all aspects and factors of people committing drug crimes, can be a suitable substitute for the predicted punishments in the laws, which involves an appropriate preventive and deterrent effect.

**Keywords:** drug crimes, substitutes of punishments of drug crimes, principle of proportion of punishment.

1. PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. [abdzademorteza@gmail.com](mailto:abdzademorteza@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Abadan Branch, Islamic Azad University, Abadan, Iran (corresponding author). [isa.baninaeimeh@yahoo.com](mailto:isa.baninaeimeh@yahoo.com)

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Abadan Branch, Islamic Azad University, Abadan, Iran. [alboali@yahoo.com](mailto:alboali@yahoo.com)



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

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

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۹۷-۱۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۴

DOI:10.71654/jclld.2024.1184598

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی اصل تناسب مجازات و جایگزین‌های مؤثر برابر مجازات‌های مقرر در جرایم مواد مخدر

فاطمه لویمی<sup>۱</sup>

عیسی بنی نعیمه<sup>۲</sup>

امیر البوعلی<sup>۳</sup>

### چکیده

اصل تناسب مجازات، یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری، متضمن تعیین مجازات‌هایی است که با ضرر اجتماعی ناشی از جرم، همخوانی دارد. اعمال این اصل، در مرحله‌ی قانون‌گذاری جرایم مواد مخدر، با توجه به اهمیت این جرایم و پیچیدگی آن‌ها، نیازمند دقت نظر و ظرافت طبع قانون‌گذار است؛ بدین ترتیب که با لحاظ مؤلفه‌های مؤثر در اعمال اصل تناسب، از بی‌عدالتی در تعیین و اجرای کیفر کاسته شود و اهداف مورد انتظار از مجازات، همچون بازدارندگی، دست‌یافتنی‌تر شود. رفتار مرتکب و نوع جرم ارتكابی، نقش متهم و نحوه‌ی مداخله وی در جرم و نیز شدت و وخامت جرم ارتكابی از مهمترین مؤلفه‌هایی هستند که در اعمال اصل تناسب مجازات، در این جرایم، مؤثر هستند؛ حال اینکه قانون‌گذار در قانون مبارزه با مواد مخدر، صرفاً، بر تناسب میان کمیت مواد با میزان مجازات، تأکید دارد و سایر مؤلفه‌ها را نادیده گرفته است. با توجه به اهمیت پدیده‌ی اعتیاد و کم‌توجهی قوانین به ریشه‌های اجتماعی اعتیاد و علل روی آوردن افراد به مواد مخدر، صرفاً، با رویکرد مبارزه با عرضه‌ی مواد مخدر و ریشه کن ساختن اعتیاد، سیاست‌گذاری شده است که البته، اثر بازدارندگی و پیشگیری لازم را ندارد؛ بنا بر این، ارائه‌ی الگویی که تمامی جنبه‌ها و عوامل ارتكاب افراد را به جرایم مواد مخدر، در نظر گرفته باشد، می‌تواند جایگزین مناسبی برای مجازات‌های پیش‌بینی شده در قوانین باشد که از اثر پیشگیرانه و بازدارندگی مطلوبی برخوردار باشد.

واژگان کلیدی: جرایم مواد مخدر، جایگزین‌های مجازات جرایم مواد مخدر، اصل تناسب مجازات.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. [abdzademorteza@gmail.com](mailto:abdzademorteza@gmail.com)

۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران. [isa.baninaimeh@yahoo.com](mailto:isa.baninaimeh@yahoo.com)

[alboali@yahoo.com](mailto:alboali@yahoo.com)

با توجه به ماهیت پیچیده اعتیاد و افزایش شیوع آن در دهه‌های اخیر، تولید، عرضه و مصرف انواع مواد مخدر یکی از مهمترین ناهنجاری‌های اجتماعی می‌باشد که از طریق شبکه‌های توزیع مواد مخدر به آسانی و با نازل‌ترین قیمت بین اقشار مختلف پخش می‌کنند، و آینده‌ی خطرناکی را برای ملت‌ها و جوامع رقم می‌زنند که یکی از بحران‌های اصلی دنیای کنونی است. با نگاهی به قانون مبارزه با جرائم مواد مخدر و روان‌گردان، روشن می‌شود که این قانون با تعیین مجازات‌های سنگین بالاخص اعدام و حبس ابد، سیاست جنایی مبتنی بر سرکوب و کیفر را محور قرار داده است و بیش از توجه به اقدامات پیشگیرانه، به اقدامات سرکوب‌گرایانه توجه داشته و در واقع بر کیفر بیش از اصلاح و درمان تأکید می‌کند. سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر اساساً بر محور پاسخ‌های دولتی اعم از کیفری و غیرکیفری می‌چرخد.

بنا بر این، این قانون، و مجازات‌های سنگین آن برای جرایم مربوط به مواد مدیرعامل مؤثری برای پیشگیری از قاچاق مواد مخدر و مصرف آن نبوده است؛ زیرا با تکیه بر آمار رسمی و اذعان مسئولین مربوطه بعد از گذشت چندین سال از تصویب این قانون و صدور احکام قضایی سنگین نه تنها از شدت و شیوع جرایم ارتكابی کاسته نشده، بلکه بر گستره و تنوع آن‌ها در حوزه مواد مخدر و روان‌گردان افزوده شده است. همچنین شدت مجازات در مورد قاچاق مواد مخدر و مصرف آن تأثیر بازدارندگی لازم را ندارد؛ زیرا عوامل اجتماعی و فردی و علل ارتكاب و ابتلا به مواد مخدر باید شناسایی و از بین برود. جرایم مربوط به مواد مخدر جزء جرایمی محسوب می‌شوند که با ناهنجاری‌های اجتماعی در ارتباط است و باید با رویکردهای روانشناختی و آسیب‌شناختی اجتماعی مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد.

بنا بر این، بدون تردید برنامه‌ریزی و سرمایه‌گذاری برای پیشگیری از اعتیاد، در سطح ملی و همگانی بسیار ضروری است که مردم و دستگاه‌های دولتی باید برای جلوگیری از آلوده شدن افراد به مواد مخدر فعالیت نمایند.

برنامه‌ها و اقدامات مختلفی در سطح ملی و استانی از سوی سازمان‌های متولی امر به منظور ارائه الگویی مناسب برابر مجازات‌های مقرر در قانون به منظور پیشگیری و کنترل اعتیاد، شناسایی و انهدام باندهای قاچاق مواد مخدر اجرا گردیده است؛ ولی آسیب‌شناسی این برنامه‌ها و الگوهای موجود نشان دهنده اثر بخشی پایین آن‌ها می‌باشد که یکی از مهمترین دلایل آن عدم هماهنگی سازمانی، موازی کاری و عدم مشارکت تمام کنشگران درگیر در این آسیب به ویژه جامعه هدف اعتیاد در برنامه‌ریزی، ارائه راهکارها و اجرایی نمودن آن‌ها می‌باشد؛ چراکه اکثر الگوهای ارائه شده در جهت جایگزین برای مجازات‌های قانونی کمتر راهکارهای پیشگیرانه زمینه‌مند و خاص وجود دارد که با اقتضای گروه‌های

متأثر از اعتیاد هماهنگ با شد و با رویکردی از بالا به پایین در قالب نسخه‌ای ملی برای تمام کشور، با شرایط متفاوت، ارائه گردیده است.

قانون‌گذار ایران در قانون مبارزه با مواد مخدر و اصلاحیه سال ۱۳۸۹ آن، همواره با تعیین مجازات‌های نامتناسب و سنگین بالخصوص اعدام و حبس ابد، سیاست جنایی مبتنی بر سرکوب و کیفر را محور خود قرار داده است؛ اما این سیاست جنایی چندان مورد اقبال سیاست جنایی قضایی (رویکرد دستگاه قضا) قرار نگرفته است. سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر، اساساً، بر محور پاسخ‌های دولتی اعم از کیفری و غیرکیفری می‌چرخد، ولی در قسمت پاسخ‌های غیرکیفری ناظر بر پیشگیری و درمان، نقش ارگان‌ها و سازمان‌های مردم‌نهاد محسوس است.

با توجه به وجود نقاط مبهم و مجهولی که در رابطه با تعیین ماهیت جرایم در قوانین ماهوی و عدم وجود معیار و ملاکی مناسب برای نحوه اعمال مقررات شکلی در خصوص جرایم مواد مخدر وجود دارد.

همچنین مجازات‌های مرتبط با جرایم مواد مخدر، مصداق بارزی از جرایمی هستند که به علت مشخص نبودن ماهیت آن‌ها، نحوه اعمال مقررات شکلی و اعمال برخی از نهادهای ارفاقی در قانون مجازات اسلامی، در خصوص آن‌ها با مشکل رو به رو است و در رابطه با تعیین مجازات‌های قانونی توسط قانون‌گذار معیار و مبنای واحد و روشنی وجود ندارد و به صراحت برای مجازات‌های قانونی مواد مخدر، جایگزین و پیشنهادهای مؤثری بیان نگردیده است.

اعمال این اصل، در جرایم مواد مخدر، در ابتداء، وظیفه قانون‌گذاران است؛ بدین طریق که میزان مجازات را بر اساس شدت ضرر ناشی از جرم تعیین نمایند. در مرحله دوم، این تکلیف، متوجه قضات محاکم است که در تعیین مجازات برای پرونده‌های مختلف، اصل تناسب را در چهار چوب قانون رعایت نمایند و نهایتاً، این اصل، باید واجد جایگاهی در مرحله اجرای احکام و توسط قاضی اجرای حکم باشد. در این میان، نقش قانون‌گذاران بسیار پر اهمیت است؛ چراکه شدت جرم در این دست از جرایم بر مؤلفه‌های متنوعی همچون: رفتار مرتکب و نحوه نقش‌آفرینی وی در جرم و نوع و میزان مواد مبتنی است. به کار بستن مؤلفه‌های مذکور، نیازمند نگاه ظریف و نکته‌سنجی قانونگذار است و نادیده گرفتن آن‌ها عدالت کیفری را خدشه دار کرده و حتی بازدارندگی مجازات‌ها را زیر سؤال خواهد برد.

همین امر، کشورها را بر آن داشته است تا تغییراتی را در سیاست جنایی خود در این حوزه اعمال نمایند؛ برای نمونه، در سال‌های اخیر، برخی دولت‌ها همچون: آرژانتین، برزیل و انگلستان، اقدام به بازنگری در قوانین مواد مخدر خود در راستای اعمال اصل تناسب به عنوان یک معیار مهم برای تعیین مجازات نموده‌اند (Corda, 2011, 11/20).



به علاوه، لزوم به کارگیری این اصل بنیادین، در تلاش‌های اتحادیه اروپا برای هماهنگ‌سازی مجازات مجرمین مواد، کاملاً مشهود است. در حقوق داخلی نیز تحولات قانونگذاری در حوزه مواد مخدر، به خصوص در قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ صورت گرفته است که گویای تلاش و تمایل قانون‌گذار به اعمال اصل تناسب در این حوزه می‌باشد.

به علاوه، امروزه، دامنه اصل تناسب مجازات افزایش یافته است؛ بدین توضیح که در نگاه سنتی، کاربرد غالب اصل تناسب به ضرورت برقراری تناسب میان شدت ضرر اجتماعی ناشی از جرم با میزان مجازات، محدود است، بی‌آنکه در خصوص ضرورت یا عدم ضرورت جرم انگاری مصادیقی از رفتارهای مرتبط با مواد مخدر طرح پرسش شود. در حالی که امروزه، دامنه اصل تناسب مجازات، از مفهوم سنتی آن، فراتر رفته و شامل بحث در خصوص جرم‌زدایی از برخی جرایم مرتبط با مواد مخدر نیز می‌شود. در واقع، در سیاست جنایی امروزی حاکم بر مواد مخدر، مجازات، دیگر واکنشی ضروری برای همه انواع فعالیت‌های مرتبط با مواد مخدر تلقی نمی‌شود و اعمال اصل تناسب، بدون هیچ‌گونه تمایل قبلی نسبت به مجازات، انجام می‌شود. این نوع نگاه را می‌توان در گرایش اخیر برخی کشورها نسبت به جرم‌زدایی از در تصرف داشتن مواد مخدر برای مصرف شخصی، ملاحظه کرد که از منظر آن‌ها نسبت به اعمال مجازات، نتیجه مطلوب‌تری می‌دهد (Stevens, 2019, 1).

این نگاه متفاوت به اصل تناسب مجازات، با طرح این پرسش آغاز می‌شود که آیا اساساً، نیاز به تحمیل مجازات هست؟ پژوهش پیش رو، ضمن تحلیل اصل تناسب مجازات در جرایم مواد مخدر، مؤلفه‌های مؤثر را در اعمال اصل تناسب در این جرایم، مورد بررسی قرار داده و قانون حاکم را از این حیث، مورد نقد و تحلیل قرار می‌دهد.

## ۱. مفاهیم، تاریخچه و مبانی اصل تناسب مجازات

بی‌شک، ورود به هر بحثی مستلزم شناخت مفاهیم اساسی آن است. ذیلاً، علاوه بر واکاوی مفهوم اصل تناسب و جرایم مواد مخدر، جایگاه قانونی این اصل بنیادین، در حقوق داخلی و بین‌المللی و نیز ضرورت وجودی آن در جرایم مواد مخدر، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۱. مفاهیم

بررسی اصل تناسب مجازات در جرایم مواد مخدر، مستلزم شناخت مفهوم اصل تناسب و نیز جرایم مواد مخدر است؛ به نحوی که با وجود تنوع رفتارهای مجرمانه مرتبط با مواد، جرایم مد نظر نگارنده روشن شود.

## ۱-۱-۱. اصل تناسب

اصل، در لغت، به معنای ریشه، بنیاد یا گوهر و تبار است (عمید، ۱۳۸۹، ۱۳۸). تناسب نیز به معنای ارتباط و قرابت میان دو چیز است. در فرهنگ فارسی، تناسب به معنای با هم نسبت داشتن، نسبت یافتن با یکدیگر و یا وجود نسبت یا رابطه میان دو کس یا دو چیز آمده است (معین، ۱۳۸۶، ۸۸۶/۲).

در دنیای حقوق کیفری، تناسب و ضرورت رعایت آن در موارد مختلفی مطرح شده است؛ برای نمونه، یکی از شرایط صدق دفاع مشروع آن است که میان دفاع با حمله تناسب وجود داشته باشد. به علاوه اصل تناسب میان جرم و مجازات یکی از مهمترین اصول حقوق کیفری است. اصل تناسب از ملزومات اولیه انصاف و عدالت در کلیه امور و از جمله تعیین کیفر است. در تاریخ حقوق کیفری، از دوره انتقامجویی گرفته تا دوران کنونی، واضعان مجازات، همواره یکی از دلایل خود برای توجیه آن را رعایت تناسب مجازات و جرم می‌دانند (سبزواری نژاد، ۱۳۹۶، ۱۳۵)؛ بر این اساس، بدیهی است که به تعداد مکاتب کیفری تعاریف مختلف از اصل تناسب وجود داشته باشد. همین امر ارائه تعریفی واحد و جامع از این اصل را دشوار می‌کند. با این وجود می‌توان گفت: در گفتمان امروز حقوق کیفری، اصل تناسب، به معنای ضرورت تناسب میان ضرر ناشی از جرم با شدت مجازات است.

در بیان مفهوم اصل تناسب آمده است که تناسب جرم و مجازات، بدین معنا است که حقوق و آزادی‌های فردی، تنها، به میزانی محدود شوند که برای دستیابی به اهداف مورد انتظار از مجازات لازم است، به نحوی که مجازات کمترین تراحم را با حقوق بنیادینی داشته باشد که برای افراد تعریف شده‌اند<sup>۱</sup> به بیان دیگر، کارکرد مهم اصل تناسب این است که این اصل با ایجاد این التزام که شدت مجازات نباید از ضرر ناشی از جرم فراتر برود، حتی چنانچه مطمئن باشیم که مجرم بلافاصله مرتکب تکرار جرم خواهد شد، مانع اعمال مجازات‌های افراطی یا مصلحت‌جویانه می‌شود (طیبی، ۱۳۹۶، ۲۳). نکته مهم اینکه در سال‌های اخیر، مفهوم اصل تناسب مجازات از آنچه گفته شد، فراتر رفته و بسیار وسیع‌تر شده است؛ به نحوی که بحث در خصوص اصل جرم‌انگاری یک رفتار را نیز در بر می‌گیرد؛ به دیگر سخن، اصل تناسب در این مفهوم نه به عنوان اصلی محدود کننده و بلکه اصلی تعیین کننده لحاظ می‌شود که در تمام مراحل از جمله مرحله جرم‌انگاری اثرگذار است. این مفهوم وسیع را به ویژه می‌توان در پیشنهادهایی به وضوح دید که برای جرم زدایی از برخی رفتارهای مجرمانه در حوزه مواد مخدر می‌شود.

۱. این مفهوم از، اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد (۱۹۴۸)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا (۲۰۰۰)، برداشت می‌شود. همچنین، کتابچه راهنمای اصول اساسی و شیوه‌های امیدوار کننده در مورد جایگزین‌های حبس منتشره از سوی دفتر سازمان ملل متحد در مورد مواد مخدر و جرم حاوی چنین مفهومی است.

## ۲-۱-۱. جرایم مواد مخدر

جرایم مرتبط با مواد مخدر به کلیه جرایمی گفته می‌شود که در قانون مبارزه با مواد مخدر پیش بینی شده‌اند. ارائه تعریف جامع از مواد مخدر با توجه به تنوع این مواد، بسیار دشوار است. با این وجود، با توجه به تعریفی که سازمان بهداشت جهانی از مواد مخدر دارد، مواد مخدر عبارت است از هر ماده یا ترکیبی از چند ماده شیمیایی که از جمله مواد موردنیاز بدن برای بقای سلامت آن به شمار نرفته و مصرف آن‌ها احتمال تغییری در کارکرد بیولوژیکی و حتی ساخت بیولوژیکی بدن و عملکردهای روانی عقلانی مصرف کننده را مطرح سازد (ساک، ۱۳۹۶، ۷۰).

در فرهنگ معین آمده است: داروهایی که استعمال آن‌ها سبب بی‌حسی و بی‌حالی و تخدیر عمومی یا موضعی گردد، مانند: کوکائین، هروئین و غیره را مواد مخدر گویند (معین، ۱۳۸۶، ۳۰۰۴/۴). در تعریف دیگری آمده است: ماده مخدر به دارویی اطلاق می‌شود که سبب بی‌حسی و رخوت و سستی گردیده و مصرف غالب آن موجب اعتیاد و دوام استعمال مخدرها موجب بروز نوعی جنون و اختلالات عصبی می‌گردد (دهخدا، ۱۳۸۵، ۲/۲۶۳۵).

جرایم مواد مخدر در قانون مبارزه با مواد مخدر و اصلاحات و الحاقات آن متعدد هستند و در واقع مصادیق رفتارهایی متنوع هستند که در این قانون، جرم‌انگاری شده‌اند؛ با این حال، حقوق‌دانان این جرایم را به دو دسته کلی تقسیم کرده‌اند: دسته اول، جرایمی هستند که موضوع جرم در آن‌ها ارتکاب رفتار بر روی ماده مخدر است. این جرایم شامل: کشت، ساخت و تبدیل، نقل و انتقال، خرید و فروش، إخفاء، نگهداری و استعمال یا مداخله در مواد مخدر می‌شوند (رحمدل، ۱۳۹۵، ۳۲).

دسته دوم از جرایم مرتبط با مواد مخدر، جرایمی هستند که در آن‌ها موضوع جرم، ماده مخدر نیست، با این حال، با مواد مخدر مرتبط هستند؛ از قبیل: پناه دادن یا فراری دادن متهم تحت تعقیب، امحاء یا إخفاء ادله جرم، افترای به فعل یا قول و ...

لازم به ذکر است: در پژوهش پیش رو، بررسی اصل تناسب در جرایم دسته اول، مد نظر است و با توجه به اینکه در این دسته از جرایم نیز قانون‌گذار هم رفتارهای ناظر بر مصرف شخصی و هم رفتارهای ناظر بر قاچاق و فروش مواد مخدر را جرم‌انگاری کرده است و نیز بر این اساس که ضرر اجتماعی این دو دسته از رفتارها یکسان نیست، ضرورت اعمال اصل تناسب بیشتر آشکار می‌گردد؛ فلذا نیاز به لحاظ مؤلفه‌هایی است که به اعمال اصل تناسب در این جرایم کمک کند.

## ۲-۱. جایگاه قانونی و ضرورت وجودی

ذیلاً، به جایگاه قانونی اصل تناسب مجازات در مقررات بین‌المللی و نیز حقوق داخلی و نیز ضرورت وجودی اصل مذکور در جرایم مواد مخدر خواهیم پرداخت.

## ۱-۲-۱. جایگاه قانونی

ضرورت پیش‌بینی مجازات‌های متناسب همواره، در سیر قانونگذاری کیفری مورد توجه قانون‌گذاران داخلی و نیز تدوین‌کنندگان مقررات بین‌المللی قرار گرفته است. به واقع اصل تناسب مجازات واجد جایگاه قانونی در حقوق داخلی و بین‌المللی است.

### ۱-۲-۱-۱. مقررات بین‌المللی

اصل تناسب مجازات، یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری در مقررات بین‌المللی تثبیت شده است. بند دوم ماده: ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، در بر دارنده عباراتی است که ضرورت حاکمیت این اصل را نشان می‌دهند.

به موجب این بند: حقوق و آزادی‌های اشخاص، صرفاً، به موجب قانون محدود می‌شوند و این محدودیت‌ها نیز تنها با هدف تضمین به رسمیت شناختن و احترام به حقوق و آزادی‌های دیگران و در حدودی که ضرورت‌های اخلاقی، نظم عمومی و آسایش و رفاه جمعی در یک جامعه دموکراتیک آن‌ها را ایجاب می‌کند، تعیین و اعمال خواهد شد.

به علاوه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز حاوی مقرراتی است که از حقوقی همچون: حق حیات، آزادی و امنیت شخصی، حریم خصوصی، در امان ماندن از شکنجه به عنوان حقوق مرتبط با مجازات یاد می‌کند.

کمیته حقوق بشر، در تفسیر میثاق بیان می‌دارد: در هر مورد که دولتی در قوانین خود از ابزارهایی استفاده کند که حقوق مورد حمایت توسط میثاق را محدود می‌کند، می‌بایست اثبات نماید که این ابزارها، ضروری هستند و در عین حال، تنها چنین ابزارهایی برای دستیابی به اهداف قانونی و تضمین مؤثر حقوق بشر، مناسب هستند. در ادامه، کمیته حقوق بشر می‌افزاید: ابزارهای محدود کننده باید منطبق بر اصل تناسب بوده و در میان کلیه راهکارها و ابزارهای موجود کمترین آسیب را به افراد وارد نمایند؛ به دیگر بیان، این ابزارها باید در راستای تضمین منافع مورد حمایت، متناسب‌ترین باشند.<sup>۱</sup>

در تفسیر مشابهی نیز آمده است: محدودیت‌ها باید متناسب باشند بدین معنا که در جایی که چندین نوع محدودیت در دسترس است، نوعی که کمترین آسیب را دارد اتخاذ شود.<sup>۲</sup>

همین طور در بند ۳ ماده: ۴۹ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا آمده است: مجازات‌های سنگین نباید با جرایم نامتناسب باشند و بدین ترتیب بر ضرورت اصل تناسب مجازات در سراسر اروپا تأکید می‌کند. همین رویکرد توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز اتخاذ شده است؛ به نحوی که دادگاه، مقرر

1. Human Rights Committee (1999), General comment No 27 on freedom of movement (Article 12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9

2. Committee on Economic, Social and Economic Rights (2000), General comment No 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4

داشته است: می‌بایست میان ابزارهای اتخاذ شده برای محدود کردن حقوق اساسی افراد و اهدافی که به دنبال دستیابی بدان‌ها هستیم، رابطه‌ای منطقی و متعارف وجود داشته باشد.<sup>۱</sup>

در واقع، از منظر دادگاه، انتظار، این است که هر گونه تجاوز به حقوق اساسی افراد باید بر مبنای یک ضرورت اجتماعی اساسی قابل توجیه باشد.<sup>۲</sup> در جایی که مجازات متناسب نباشد، در واقع، به حقوق اساسی افراد تعرض شده است.

در آرای دادگاه آمریکایی حقوق بشر نیز با این عبارات، بر اصل تناسب، تأکید شده است: هیچ کس نباید با ابزارهایی که هر چند قانونی هستند، اما بدین علت که میان سایر ابزارها، غیر متعارف، غیر قابل پیش بینی و یا فاقد تناسب هستند، خلاف حقوق و آزادی‌های بنیادین بشر تلقی می‌شوند، مجازات گردد.<sup>۳</sup>

در مقررات بین‌المللی خاص مواد مخدر همچون: کنوانسیون واحد مواد مخدر مصوب ۱۹۶۱ و پروتکل اصلاحی آن در سال ۱۹۷۲ و نیز کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان مصوب ۱۹۸۸ به طور مستقیم و صریح به اصل تناسب اشاره نشده است و از منظر آن‌ها کشورها در تعیین مجازات‌ها برای این جرایم و به طور کلی در اتخاذ سیاست کیفری در جرایم مواد مخدر، بر اساس ارزش‌ها، فرهنگ، الزامات قانون اساسی و ... خود، آزاد هستند؛ حتی می‌توان گفت: گفتمان بین‌المللی مبارزه با مواد مخدر اتخاذ مجازات‌های سنگین را ترغیب و تشویق کرده است.

برای مثال، کنوانسیون کنترل مواد مخدر سازمان ملل ۱۹۶۱ حاوی بیانی تأکیدی بر شدت و خامت معضل مواد مخدر در دنیا است و همین عبارات، منجر به توجیه تحمیل مجازات‌های سنگین نامتناسب برای جرایم مرتبط با مواد مخدر می‌شوند. در مقدمه کنوانسیون ۱۹۶۱ آمده است: اعتیاد به مواد مخدر شری جدی برای افراد در پی داشته و سرشار از خطرات اجتماعی و اقتصادی برای بشریت است. همین طور در این کنوانسیون نیز نظیر آنچه در ماده: ۲۴ کنوانسیون ۱۹۸۸ آمده، ابزارهای سخت و کیفرهایی شدید، پیش‌بینی شده است.

مسلماً، با توجه به اینکه دولت‌ها در انتخاب کیفر برای این جرایم آزادی عمل دارند، ممکن است دست به تعیین مجازات‌های سختگیرانه‌تری بزنند، با این توجیه که این کیفرها برای پیشگیری از قاچاق غیرقانونی مواد مخدر ضروری هستند؛ با این وجود، یکی از اهداف بیان شده در کنوانسیون‌های مرتبط با مواد مخدر سازمان ملل، تضمین سلامتی و رفاه بشریت از طریق محدود کردن استفاده‌های غیر پزشکی از مواد مخدر و در عین حال، تضمین دسترسی به آن‌ها برای اغراض پزشکی است و

1. Sporrang and Lönnroth v. Sweden, 7151/75, ECHR 5, (23 September 1982).

2. Silver and Others v. the United Kingdom (Article 50) 5947/72; 6205/73; 7052; 75 [1983] ECHR 11, (24 October 1983).

3. Inter-American Court of Human Rights (21 January 1994), Gangaram Pandey Case, para. 48

کنوانسیون‌ها با اینکه معمولاً، حاوی شرطی برای جرم انگاری نیستند و دست دولت‌ها را کاملاً، باز گذاشته‌اند، مجازات‌های متنوع و متفاوت را بر اساس مؤلفه‌هایی همچون: ارزیابی صدمه بالقوه، ارزش درمانی ماده ممنوعه و جزئی یا کلان بودن قاچاق پیشنهاد می‌دهند. همین مسأله، زمینه ساز رعایت اصل تناسب در جرایم مرتبط با مواد مخدر است؛ برای مثال، دولت‌ها آزاد هستند که در جرایم جزئی، از مجازات‌های جایگزین با خاصیت آموزش، بازپروری و اصلاح اجتماعی استفاده کرده و یا در مورد افراد گرفتار سوء مصرف مواد راهکارهای مراقبت و معالجه را طرح کنند.<sup>۱</sup>

به علاوه، در دهه‌های اخیر نیز تلاش‌هایی در خصوص اعمال اصل تناسب در جرایم مواد مخدر از سوی نهادهای سازمان ملل به عمل آمده است و حتی سعی داشته‌اند تا جرم زدایی را به عنوان یک واکنش مثبت برای برخی از رفتارهای مرتبط با مواد مخدر ترویج کنند. در سال ۲۰۱۰ گزارشگر ویژه سازمان ملل در خصوص حق دستیابی به بالاترین سطح سلامت جسمی و روحی، گزارشی را منتشر کرد که درباره جرم زدایی بحث می‌کرد (Grover, 2010, 255).

سایر نهادهای سازمان ملل نیز اظهاراتی در خصوص اثرات زیان آور جرم انگاری بر اساس حقوق بنیادین بشر ارائه کردند.<sup>۲</sup>

دفتر مبارزه با مواد مخدر سازمان ملل در سال ۲۰۱۰ بیانیه‌ای صادر کرد و از کشورها خواست که از اتخاذ و اجرای مجازات‌های متناسب برای مجرمین مواد مخدر اطمینان حاصل کنند؛ به علاوه، دفتر مذکور، به کشورها اعلام کرد: مجازات اعدام را برای مجرمین مواد مخدر لغو کنند؛ زیرا کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، تنها، تحمیل مجازات مرگ را برای سنگین‌ترین جرایم مجاز می‌داند.<sup>۳</sup> همین طور اعلامیه حقوق بشر سال ۲۰۱۲ این دفتر بارها و بارها بر اصل تناسب تأکید کرده است؛ برای نمونه، در این اعلامیه آمده است: پاسخ به مجرمین مواد مخدر باید متناسب باشد. در خصوص جرایم مربوط به تملک، خرید یا تزریق غیر قانونی مواد مخدر برای مصارف شخصی، راهکار درمان و پاسخ‌های جامعه محور مبتنی بر آموزش و بازپروری و پذیرش دوباره فرد در اجتماع نسبت به محکومیت به حبس، واکنش‌های متناسب‌تری هستند<sup>۴</sup> و این، همان مفهوم جدید و وسیع اصل تناسب در جرایم مواد مخدر است.

۱. بند ۴ ماده: ۳ کنوانسیون ۱۹۸۸ سازمان ملل متحد علیه قاچاق غیرقانونی مواد مخدر و روان‌گردان‌ها.

۲. میشل سیدیبه، مدیر اجرایی، UNAIDS در نشست: « رهبران تبعیض » در هجدهمین کنفرانس بین المللی ایدز در وین اتریش در ۲۲ ژوئیه ۲۰۱۰ سخنرانی کرد.

۳. دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد ۳ مارس ۲۰۱۰ کنترل مواد مخدر، پیشگیری از جرم و عدالت کیفری، دیدگاه حقوق بشر، نوشته شده توسط مدیر اجرایی، بند: ۲۵ و ۲۶.

۴. دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، مه ۲۰۱۲ ارتقاء و حمایت از اعلامیه حقوق بشر.

بدین ترتیب، کشورهایی که کنوانسیون‌های مواد مخدر سازمان ملل و اسناد بین‌المللی حقوق بشر را امضاء کرده و به تصویب رسانده‌اند، قانوناً مکلف هستند که اصل تناسب را در حوزه جرایم مرتبط با مواد اعمال کنند. کشورهایی که علاوه بر آن، عضو نهادهای منطقه‌ای همچون: اتحادیه اروپا هستند، به طور مضاعفی مکلف به رعایت اصل تناسب قوانین خود هستند.

### ۲-۱-۲-۱. حقوق داخلی

در حقوق داخلی، گرچه تناسب در قالب یک ماده قانونی صریح پیش‌بینی نشده است، اما می‌توان موادی را یافت که به نحو ضمنی متضمن اصل تناسب هستند؛ برای نمونه، اصل: ۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: در جمهوری اسلامی ایران، آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیر هستند و حفظ آن‌ها وظیفه دولت و آحاد ملت است و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را هرچند با وضع قوانین و مقررات سلب کند. از اصل مذکور، بر می‌آید که وضع مجازات‌های نامتناسب ممنوع است؛ چراکه این کار، به نوعی سلب آزادی‌های مشروع قلمداد می‌شود.

در قوانین عادی نیز می‌توان مصادیقی را یافت که قانون‌گذار به اصل تناسب به شکل صریح یا ضمنی پرداخته است؛ برای مثال، در بند ج ماده: ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، تجاوز مجازات مورد حکم، از میزان مقرر قانونی، یکی از جهات اعاده دادرسی شناخته شده است. به علاوه، در تبصره ماده: ۶۴ قانون مجازات اسلامی، دادگاه مکلف شده است: مجازات را متناسب با اوضاع و احوال حاکم بر جرم و شرایط مجرم تعیین نماید. همان‌طور که مشهود است، اصل تناسب، هم در بعد جرم‌انگاری و تعیین مجازات و هم در جایگاه قضاوت و صدور حکم، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

در حوزه جرایم مواد مخدر، اصل تناسب، در موادی از این قانون، نظیر مواد: ۴ و ۸ مورد تأکید و اشاره قانون‌گذار قرار گرفته است؛ با لحاظ این نکته که تناسب مد نظر در این قانون، تناسب میزان مجازات با وزن مواد مخدر است؛ برای مثال، در ماده: ۴ این قانون آمده است: هر کس بنگ چرس، گراس، تریاک، شیره سوخته، تفاله تریاک و یا دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی را که فهرست آن‌ها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد، به هر نحوی به کشور وارد یا به هر طریقی صادر یا ارسال نماید، یا مبادرت به تولید، ساخت، توزیع یا فروش کند، یا در معرض فروش قرار دهد، با رعایت تناسب و با توجه به مقدار مواد مذکور به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود. این ماده و نیز مواد مشابه دیگر در قانون مبارزه با مواد مخدر توجه و تمرکز قانون‌گذار به اصل تناسب، بر اساس میزان مواد را نشان می‌دهد.

به علاوه، تحولات قانونگذاری نشان می‌دهد: در سال‌های اخیر، توجه قانون‌گذار بر اصل تناسب با در نظر گرفتن مؤلفه‌های دیگری علاوه بر میزان مواد، بیشتر شده است. این مسأله را به خصوص می‌توان از ماده: ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر در سال ۱۳۹۶ برداشت نمود.

### ۲-۲-۱. ضرورت وجودی اصل تناسب در جرایم مواد مخدر

اصل تناسب میان جرم و مجازات بر مبنای مبتنی است که ضرورت وجودی آن را توجیه می‌کند. مهمترین مبنای تناسب، توزیع عادلانه کیفر است؛ بدین ترتیب که عدالت ایجاب می‌کند مجرمانی که مرتکب جرم شدیدتر شده‌اند، سخت‌تر مجازات شده و مجرمانی که جرم سبک‌تری مرتکب شده‌اند، با مجازاتی ملایم‌تر مواجه شوند (هوشیار، ۱۳۸۸، ۳۴).

پر واضح است: توزیع عادلانه کیفر، با تمرکز صرف بر شدت جرم ارتكابی و بدون در نظر گرفتن مسئولیت اخلاقی مجرم یا ملاحظات حقوق بشری ممکن نیست. ضمن اینکه مؤلفه‌های متعددی وجود دارند که در تعیین شدت جرم ارتكابی مؤثر هستند و اعمال اصل تناسب بدون در نظر گرفتن مؤلفه‌های مؤثر ممکن نیست.

با ملاحظه و بررسی قانون مبارزه با مواد مخدر می‌توان دریافت: اگرچه قانون‌گذار به اصل تناسب در موارد مهم این قانون، اشاراتی داشته است، اما تناسب مد نظر قانون‌گذار، صرفاً، تناسب بر اساس میزان مواد مخدر است. در مواد: ۴، ۵ و ۸ این قانون، عبارت: « با رعایت تناسب و با توجه به میزان مواد » به کار رفته است؛ حال آنکه میزان مواد، تنها یکی از مؤلفه‌های مؤثر در اعمال اصل تناسب است و اگر با نادیده گرفتن سایر مؤلفه‌ها لحاظ شود، نتیجه مطلوبی را نخواهد داد. در واقع، چنین رویکردی تبعاتی همچون: رهایی سوداگران و قاچاقچیان عمده مواد مخدر و سردستگان باندهای مخوف مواد مخدر را از مجازات، به دنبال دارد؛ در عین حال، موجب می‌شود: تیغ مجازات، عملاً، متوجه حاملان مواد مخدر و افرادی شود که فروشنده مصرف‌کننده، خوانده می‌شوند و عموماً، از روی ناچاری، فقر یا حتی نیاز خود به مواد، دست به رفتار مجرمانه زده‌اند.

پر واضح است: این نتیجه، منطبق بر منطق و عدالت نبوده و حتی خواست قانون‌گذار کیفری نیز نمی‌باشد و محصول نادیده گرفتن دیگر مؤلفه‌های مؤثر در اعمال اصل تناسب، همچون: تقصیر مرتکب با لحاظ نوع رفتار وی، چگونگی نقش‌آفرینی مرتکب در جرم و نیز نوع مواد مخدر موضوع جرم است (Foulds, 2020, 3).

بر این اساس، امروزه، قانون‌گذاران در حوزه مواد مخدر، دست به اصلاحاتی در قوانین زده‌اند، با این هدف که با لحاظ همه مؤلفه‌های مؤثر در اعمال اصل تناسب، ضمن رعایت بهتر این اصل در راستای تحقق بهتر عدالت و نیز بازدارندگی مجازات در این حوزه قدم بردارند.



در حقوق ایران نیز با تحولاتی که در سال ۱۳۹۶ و با الحاق ماده: ۴۱ به قانون مبارزه با مواد مخدر رخ داد، جلوه‌هایی از این تفکر دیده می‌شود.

## ۲. مؤلفه‌های تعیین‌کننده رعایت اصل تناسب در جرایم مواد مخدر

اعمال اصل تناسب مجازات در جرایم مواد مخدر، مستلزم لحاظ مؤلفه‌هایی است که ذیلاً، به معرفی و تحلیل این مؤلفه‌ها پرداخته می‌شود:

### ۱-۲. ضرورت رعایت تفکیک میان جرایم مواد مخدر (رفتار مرتکب)

پرواضح است: همه جرایم مواد مخدر از حیث میزان آسیب و صدمه اجتماعی یکسان نیستند. در حقیقت، این جرایم، طیف گسترده‌ای را در بر می‌گیرد که از اقدامات ابتدایی همچون: کشت، تولید و ساخت تا صادرات و واردات و... را پوشش می‌دهد. در این میان، رفتارهای مصرف‌گرایانه از رفتارهای سوداگرایانه قابل تمایز هستند؛ بر این اساس، مصرف‌کنندگان، خود، قربانی و بزه دیده عرضه‌کنندگان و وضع اجتماعی موجود، تلقی شده و واکنش اجتماعی علیه آن‌ها باید با این نگاه تعیین شود. این نگاه، امروزه، در دنیا، متأثر از رویکرد نهادهای مرتبط با مواد مخدر سازمان ملل، یکی از راهکارهای اعمال اصل تناسب مجازات در جرایم مواد مخدر، ترویج شده و در قوانین کشورهای جای گرفته است.

برای نمونه، در سال ۲۰۰۹ دیوان عالی آرژانتین، خلاف نظام عرفی مجازات‌های مواد مخدر در این کشور، حکم داد: مجازات تصرف داشتن مواد مخدر برای استفاده و مصرف شخصی، خلاف قانون اساسی است (Corda, 2011, 11/20).

مبنای محکم این رأی، اصل حریم خصوصی و نیز حقوق مرتبط با سلامتی و کرامت انسان در قانون اساسی این کشور بود. بعدها و با توجه به اینکه آرژانتین مدت‌ها به دلیل شرایط نامساعد زندان‌های خود، از سوی کمیته آمریکایی حقوق بشر،<sup>۱</sup> مورد انتقاد قرار می‌گرفت، دولت این کشور، کمیته مشورتی از کارشناسان و متخصصان حقوقی برای بررسی همه جوانب قوانین مربوط به مواد مخدر در این کشور تشکیل داد.

به علاوه، از آن‌ها خواستند: پیشنهادهایی برای اعمال هرچه بهتر اصل تناسب در جرایم مواد مخدر و با لحاظ تمایز میان انواع جرایم و نیز میزان مواد ارائه نمایند.

در ژوئن ۲۰۱۲ پیش‌نویس قانون، به مجلس این کشور ارسال شد که بر اساس آن، از تصرف به منظور استفاده شخصی، مطابق با رأی دیوان عالی، جرم زدایی شد و مجازات قاچاق مواد مخدر نیز

1. Inter-American Commission on Human Rights (2010)

کاهش یافت. مشابه همین اتفاق در برزیل هم افتاد؛ بدین ترتیب که در سال ۲۰۰۶ برزیل قانون جدید مواد مخدر خود را تصویب کرد.

بر اساس این قانون، تصرف و در اختیار داشتن مواد، برای مصرف شخصی، جرم نیست و در واقع، مشمول جرم زدایی شده است. در عین حال، قانون‌گذار این کشور، برای رفتارهای سوداگرایانه و قاچاق مواد مخدر، مجازات‌های سنگین‌تری وضع کرد. در سالیان بعد نیز چنین رویکردی از سوی قانون‌گذاران مختلف اتخاذ شد.

بدین ترتیب، امروزه، در دنیا و در خصوص در اختیار داشتن مواد مخدر برای مصرف شخصی، سه شیوه، اتخاذ شده است: برخی از کشورها اقدام به کاهش استفاده از واکنش‌های کیفری کرده‌اند؛ در واقع، در این رویکرد، ضمن حفظ مقررات کیفری، در عمل و با استفاده از اختیارات قانونی قضات، از آن‌ها استفاده نمی‌شود. آنچه در هلند و با عنوان تحمل مالکیت برای استفاده شخصی، انجام می‌شود، منطبق بر همین نگاه است.

رویکرد دوم، تغییر ماهیت مجرمانه این رفتار، به انحراف اجتماعی است. طبیعتاً، چنین نگاهی منجر به پیش بینی واکنش‌های درمانی، خدمات آموزشی و اجتماعی به جای کیفر می‌شود؛ نمونه این اقدامات، در قالب طرح‌هایی در ایالات متحده انجام شده است.<sup>۱</sup>

رویکرد سوم، جرم زدایی از تصرف داشتن مواد مخدر به منظور استفاده شخصی است. در این حالت، مجازات قانونی، حذف شده است. در برخی از کشورها همچون: جمهوری چک و برخی از ایالات آمریکا، به عنوان یک تخلف، با واکنش‌هایی همچون جریمه، پاسخ داده می‌شود. در برخی از کشورها، مجازات حذف شده است، ولی مرتکب را به سمت اقدامات آموزشی یا پزشکی سوق می‌دهند؛ مثل: پرتغال. در کشورهایی مثل: آلمان، جرم زدایی انجام شده است، ولی واکنش جایگزینی، اتخاذ نشده است (Stevens, 2019, 3).

عوامل فردی مؤثر بر عود اعتیاد نیز شامل مؤلفه‌های و سو سه به مصرف مواد مخدر، ضعف در تحمل عوارض ترک، مراجعه به مکان‌های قبلی مصرف، ضعف اراده، ورود شوک عاطفی شدید و ... است (کیهانی، ۱۴۰۲، ۸۲).

در حقوق ایران، برخی از مواد قانون مبارزه با مواد مخدر، با مصرف کنندگان و کسانی مرتبط هستند که مواد را به منظور مصرف شخصی، در اختیار دارند؛ برای نمونه، قانون‌گذار این قانون، در ماده ۱۵ تنها، معتادان متجاهر را قابل مجازات دانسته است. در فرض عدم تجاهر، با اعلام جرم از ناحیه اعضای خانواده، رویه قضایی معتاد را به عنوان مصرف کننده، طبق ماده ۱۹ مجازات می‌کند (رحمدل، ۱۳۹۵، ۱۹۱).

1. Law Enforcement Assisted Diversion (LEAD)

در گذشته و در زمان حکومت قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۶۷، برای معتادان، یک معافیت، پیش بینی شده بود. به موجب ماده: ۱۰ این قانون، معتادان به مواد مخدر مذکور در ماده: ۸ که تا یک گرم از آن‌ها را حمل، یا نگهداری کنند، به مجازات‌های مواد: ۸ و ۹ محکوم نخواهند شد. طبق ماده: ۸ آیین‌نامه اجرایی، ماده: ۱۰ منحصر به موردی بود که حمل و نگهداری جهت مصرف شخص معتاد باشد که در این صورت، مواد مکشوفه ضبط و متهم، در اجرای ماده: ۱۵ به مراکز ترک اعتیاد اعزام می‌شود؛ لکن، اگر ثابت می‌شد: حمل و نگهداری، به منظور مصرف شخصی نیست، به مجازات‌های مقرر در مواد: ۸ و ۹ محکوم می‌شد.

این ماده، در اصلاحات سال ۱۳۷۶ حذف شد. با توجه به اینکه وجود چنین شرطی، یکی از راهکارهای اعمال اصل تناسب، در دنیا شناخته می‌شود و نیز بر این اساس که مصرف کننده مواد مخدر، بیش از آنکه بزه‌کار باشد، بزه دیده محسوب می‌شود، پیش بینی مجدد این ماده ضروری است. نکته دیگر اینکه در قانون مبارزه با مواد مخدر، استعمال مواد مخدر جرم انگاری شده است. استعمال، یا سوء مصرف مواد مخدر عبارت است از یک الگوی مصرف مواد مخدر که باعث ضرر به سلامتی انسان، اعم از ذهنی یا جسمی می‌شود.

قانون‌گذار، در ماده: ۱۹ افراد غیر معتادی که مواد مخدر یا روانگردان‌های صنعتی غیر دارویی استعمال نمایند، حسب نوع مواد، قابل مجازات دانسته است؛ البته، با توجه به بند ۵ ماده: ۱ این قانون و نیز روح قانون مبارزه با مواد مخدر، استعمال مواد مخدر با مجوز پزشکی و طبی جرم نیست. در تأیید این نظر، ماده: ۴۱ قانون مقرر می‌دارد: ساخت، تولید، خرید، فروش، ارسال، نگهداری، ورود، صدور، مصرف و حمل مواد ممنوع، حسب مورد، برای مصارف پزشکی، تحقیقاتی و صنعتی با مجوز وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی از شمول این قانون مستثنی است؛ بدین ترتیب، روشن است: قانون‌گذار، چنان تمایلی به جرم زدایی از تصرف داشتن مواد به منظور مصرف شخصی نداشته است. تنها اقدام قانون‌گذار، در خصوص مصرف کنندگان، تعیین مجازات قانونی کمتر نسبت به سوداگران، آن هم، صرفاً، در خصوص تریاک و مشتقات آن است.

در مواد: ۴ و ۵ این قانون، رفتارهای سوداگرایانه، همچون: واردات، صادرات، ارسال، تولید، ساخت، توزیع، فروش یا در معرض فروش قرار دادن تریاک و مشتقات آن، از رفتارهای مصرف‌گرایانه، یعنی: خرید، حمل، نگهداری و مخفی کردن، جدا شده‌اند و برای دسته اول، مجازات‌های سنگین‌تری در نظر گرفته شده است.

با این وجود، چنین تفکیکی در خصوص هروئین، مرفین و مشتقات آن‌ها صورت نگرفته است و در ماده: ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون‌گذار کلیه رفتارهای مجرمانه را اعم از اینکه مصرف‌گرایانه یا سوداگرایانه باشند، در خصوص این دسته از مواد، مشمول ضمانت اجراهای یکسانی قرار داده است.

چنین رویکردی، نشان می‌دهد: قانون‌گذار، در این خصوص، موضع دقیق و مبتنی بر ضوابط خاص یا اعمال اصل تناسب را اتخاذ نکرده است و بلکه موضع قانون‌گذار، برخاسته از جو کلی حاکم بر جامعه، مبنی بر فوق‌العاده خطرناک دانستن هروئین و نظایر آن و با تمرکز صرف، بر نوع مواد است؛ چراکه اگر اقدام قانون‌گذار در راستای اعمال اصل تناسب مجازات بود، تفاوتی میان تریاک و مشتقات آن و مواد مخدر مذکور در ماده: ۸، از این حیث نبود و قانون‌گذار می‌بایست در خصوص مواد مخدر موضوع این ماده نیز میان رفتارهای سوداگرایانه و مصرف‌گرایانه تفکیک قائل می‌شد و دسته دوم را با مجازات‌های سبک‌تری پاسخ می‌داد؛ حال اینکه عملاً، چنین اتفاقی نیفتاده است.

به نظر می‌رسد: قانون‌گذار در خصوص مواد مخدر موضوع ماده: ۸ بدون توجه به ماهیت رفتار مجرمانه و صرفاً، با تمرکز بر نوع ماده مخدر، به تعیین مجازات پرداخته است؛ به خصوص که فضای حاکم بر جامعه و تدوین کنندگان قانون، مبتنی بر خطرناکی فوق‌العاده این دسته از مواد مخدر است؛ این، در حالی است که نوع ماده مخدر، تنها، یک مؤلفه در تعیین مجازات متناسب است و مؤلفه‌های دیگر، همچون: نوع رفتار مرتکب و... نیز در تعیین درجه خطرناکی یا شدت و وخامت جرم و بالتبع، در تعیین مجازات قانونی مؤثر هستند؛ بدین ترتیب، اصلاح ماده: ۸ نیز در راستای اعمال اصل تناسب مجازات، ضروری است.

توجه به رفتار مصرف‌کنندگان، امروزه، از آنچه ذکر شد، هم، فراتر رفته است؛ به نحوی که دسته‌ای را تحت عنوان فروشنده مصرف‌کننده، قرار داده‌اند. پژوهش‌ها نشان می‌دهند: یکی از مهمترین علل فروش مواد توسط جوانان، وابستگی آن‌ها به مواد مخدر و در واقع، نیاز به مصرف است؛ تا حدی که مصرف در بسیاری از موارد، همراه جدایی ناپذیر فروش مواد است (صادقی، ۱۳۹۶، ۹۶).

نتیجه یک تحقیق در ایران، نشان داد: بجز یک نفر، بقیه فروشندگان مورد بررسی، مصرف‌کننده مواد نیز بودند و فروش مواد را به دلیل فقر ناشی از اعتیاد، انجام می‌دادند (فرهودیان، ۱۳۹۱، ۳۰۰).

بدین ترتیب، می‌توان گفت: بخش زیادی از خرده‌فروشان مواد مخدر، مصرف‌کننده‌اند که به ناچار و برای تأمین مواد خود، دست به فروش می‌زنند. به تبع، نگاه یکسان به این دسته از مجرمین مواد، بی‌توجه به وضعیت خاصی که در آن، گرفتار هستند، مورد انتقاد است. مسلماً، خرده‌فروشان صرف‌کننده، به نوعی، بزه دیده جرایم مواد و نیازمند واکنش افتراقی قانون‌گذاران هستند. آن‌ها گزینه‌های خوبی برای فروش مواد، به حساب آمده و در عین حال، به دلیل وابستگی به استعمال مواد مخدر، دستمزد کمتری دریافت کرده و از مجازات نیز ترس ندارند.

رویکرد افتراقی می‌تواند شامل اقدامات درمانی و اصلاحی باشد؛ حال آنکه در قانون مبارزه با مواد مخدر، شاهد چنین نگاه دقیقی به مصرف‌کنندگان مواد نیستیم و فروشنده مصرف‌کننده، به دلیل ارتکاب بیش از یک رفتار مجرمانه، طبق قواعد تعدد جرم، مورد محاکمه و مجازات قرار خواهد گرفت.

## ۲-۲. نقش متهم در جرم

مؤلفه دیگر برای اعمال اصل تناسب در جرایم مواد مخدر، نقش متهم در ارتکاب جرم است. ضرورت توجه به نقش متهم، از واقعیت‌های موجود در پرونده‌های مرتبط با مواد مخدر نشأت می‌گیرد.

امروزه، عرضه مواد مخدر، به صنعت سودآور و رو به رشدی تبدیل شده است (رحمدل، ۱۳۹۵، ۱۹). باندهای بزرگ مجرمانه‌ای شکل گرفته‌اند که اقدامات خود را به شکل سازمان یافته انجام می‌دهند. در این میان، مرتکبین و افراد درگیر در این چرخه، متعدد و نوع فعالیت آنان نیز متنوع است؛ در واقع، در این سازمان جنایی، تنوع نقش و فعالیت، از یک حمل بر ساده تا سردسته باند وجود دارد.

ملاحظات عینی نشان می‌دهد: عملاً، همواره، اشخاصی که در پایین‌ترین درجه این سلسله مراتب جنایی قرار دارند و نقش‌هایی همچون: خرده فروش، حمل کننده و یا نگهدارنده مواد مخدر را ایفا می‌کنند، در معرض بیشترین احتمال تعقیب و محکومیت کیفری هستند؛ هر چند کمترین سهم را از منافع و درآمد حاصل از این فعالیت مجرمانه، دریافت می‌کنند؛ متقابلاً، افرادی که رأس این گروه‌های مجرمانه قرار داشته و رفتارهایی همچون: تأسیس، اداره، سردستگی و سازماندهی را بر عهده دارند، به رغم بهره‌مندی از بیشترین میزان سود و درآمد حاصل از این فعالیت‌ها و تحمیل بیشترین آسیب به نظام اجتماعی، از دسترس نظام عدالت کیفری خارج بوده و کمترین احتمال تعقیب و محکومیت را دارند.

از دیگر سو، گاه، متهم، از دل یک گروه مجرمانه سازمان یافته و با برنامه ریزی منسجم برخاسته و دست به ارتکاب جرم می‌زند و گاه، خبری از گروه مجرمانه سازمان یافته نبوده و متهم، به شکل فردی، یا در قالب گروهی بی تشکیلات، اقدام به جرم کرده است.

مسلماً، یک راز راهکارهای اعمال اصل تناسب، در نظر گرفتن شرایط مذکور و نقش متهم است. کنوانسیون سازمان ملل علیه قاچاق مواد مخدر و روان‌گردان مصوب ۱۹۸۸ حاوی مقرراتی است که زمینه لحاظ نقش مرتکب را چونان یکی از راهکارهای اعمال اصل تناسب، فراهم می‌کند؛ بدین ترتیب که در بند ۵ از ماده: ۳ این کنوانسیون، شرایط و متغیرهایی عینی پیش بینی شده‌اند که جرایم مواد مخدر را خطرناک‌تر می‌سازند. این متغیرها نه جنبه حصری، بلکه جنبه تمثیلی دارند.

به موجب این مقرره: اعضاء، تضمین می‌کنند: دادگاه‌ها و سایر مراجع دارای صلاحیت، بتوانند کیفیات واقعی را که ارتکاب جرایم موضوع بند یک این ماده را به نحو ویژه‌ای خطرناک می‌سازند، در مقام تعیین کیفر، مد نظر قرار دهند. کیفیاتی همچون: (۱) ایفای نقش در جرمی که توسط گروه جنایی سازمان یافته متبوع مجرم، ارتکاب یافته است، (۲) ایفای نقش مجرم مواد مخدر در دیگر فعالیت‌های مجرمانه سازمان یافته بین المللی، (۳) ایفای نقش مجرم مواد مخدر در دیگر فعالیت‌های غیر قانونی که از طریق ارتکاب جرم قاچاق مواد مخدر، تسهیل شده است، (۴) استفاده از خشونت یا اسلحه، توسط مجرم، (۵) مجرم، دارای سمت عمومی بوده و جرم ارتكابی مرتبط با سمت مورد بحث باشد، (۶) آزار

کودکان یا استفاده از آن‌ها برای ارتکاب جرایم مواد مخدر، (۷) ارتکاب جرم در مؤسسه کیفری، یا مؤسسه آموزشی، یا مرکز خدمات اجتماعی و یا سایر مکان‌هایی که دانش‌آموزان و دانشجویان به منظور فعالیت‌های اجتماعی، ورزشی و آموزشی به آنجا مراجعه می‌کنند، (۸) محکومیت سابق، به ویژه برای جرایم مشابه، اعم از اینکه از مراجع قضایی داخلی یا خارجی صادر شده باشد، تا حدودی که مقررات ملی یک عضو اجازه می‌دهد.

توجه به نقش متهم، راهکاری برای اعمال اصل تناسب مجازات، در قوانین داخلی کشورها نیز دیده می‌شود؛ در واقع، بسیاری از کشورها یکی از مؤلفه‌های مؤثر در تعیین مجازات را نقش مرتکب قرار داده‌اند و نقش‌های متنوعی همچون: عضو سازمان جنایی، مصرف‌کننده فروشنده، توزیع‌کننده اجتماعی، توزیع‌کننده تجاری و حمل‌کننده، پیش‌بینی کرده‌اند؛ به نحوی که مجازات قابل اعمال برای مرتکب، حسب اینکه کدام نقش بر وی اطلاق شود، متفاوت خواهد بود.<sup>۱</sup>

بسیاری از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، بین این دو دسته از عرضه‌کنندگان و توزیع‌کنندگان مواد مخدر، تفکیک قائل شده و برای عرضه‌کنندگان اجتماعی مجازات کمتری را پیش‌بینی کرده‌اند. حمل‌کننده نیز در حوزه‌های قضایی مختلف اروپا، به اشکال متفاوتی تعریف شده است؛ برای نمونه، حمل بر یا حمل‌کننده را شخصی تعریف کرده‌اند که مواد مخدر خریداری شده توسط شخصی دیگر را از مرز حمل می‌کند. این کار، گاه، قبال دریافت مزد انجام می‌شود و مقدار مواد مخدري که باید حمل شود، توسط دستور دهنده، مشخص می‌شود (Fleetwood, 2011, 375/393).

برخی کشورها در مورد حمل بران نیز بر اساس شرایطی همچون: سابقه‌دار بودن یا نبودن، نحوه حمل مواد که به صورت داخلی حمل شوند یا به بدن یا لباسشان چسبیده باشند و یا در چمدانی حمل شوند، تفکیک، قائل می‌شوند؛ چراکه در حالت اخیر این احتمال وجود دارد که حمل بر نسبت به آنچه حمل می‌کند، بی‌خبر و جاهل باشد. حمل بران، باید از قاچاقچیان حرفه‌ای متمایز شوند که مواد مخدر خودشان را حمل می‌کنند. این دسته، اغلب خطر زندان را به جان می‌خرند و برای گرفتن حکم کمتر میزان کمتری از مواد را حمل می‌کنند (Fleetwood, 2011, 375/395).

بنا بر این، صرف ملاک قراردادن مقدار مواد، بی‌توجه به نقش مرتکب، عادلانه نبوده و با اصل تناسب نیز سازگار نیست؛ چراکه در این حالت، حمل بران در بسیاری از موارد، از قاچاقچیان حرفه‌ای، سنگین‌تر مجازات خواهند شد (Lai, 2012, 8).

۱. توزیع‌کننده اجتماعی، مقابل توزیع‌کننده تجاری است و متضمن این مفهوم است که جرم، کمتر خطرناک بوده و مرتکب هم ایفاء‌کننده یک نقش فرعی در فرایند قاچاق مواد مخدر است.

برای مثال، انگلستان در سال ۲۰۱۱ در مقررات راجع به جرایم مواد مخدر خود بازنگری انجام داد. شروع این بازنگری با اقدام شورای مجازات انگلستان بود<sup>۱</sup> که دستور العمل جدیدی برای مجازات جرایم مواد مخدر پیشنهاد داد. به موجب دستور العمل فوق‌الذکر که از سال ۲۰۱۲ اجرایی شد، همه دادگاه‌ها مکلف هستند از مجازات‌های ذکر شده در خصوص واردات و صادرات مواد مخدر و جرایم مربوط به عرضه و تملک آن‌ها تبعیت کنند.

هدف شورای مجازات این بود که رویکردی شفاف‌تر و متنا سب‌تر از مجازات، ارائه کند. اصل تناسب مجازات در ماده: ۱۴۳ قانون عدالت کیفری انگلستان برای تمام جرایم و با این عبارات پیش‌بینی شده است: در تعیین شدت و سنگینی مجازات برای هر جرم ارتكابی، دادگاه باید تقصیر مرتکب در ارتكاب جرم، آسیبی در نظر بگیرد که از جرم ایجاد شده و مرتکب قصد ایجاد آن را داشته و یا آن را پیش‌بینی می‌کرده است.

در همین راستا، در دستور العمل ۲۰۱۲، به دادگاه‌ها توصیه شده است: تقصیر متهم را در هنگام ارزیابی وی لحاظ کنند؛ بدین شکل که توجه کنند، وی کدامیک از سه نقش: رهبری، نقش مهم یا نقش کم‌اهمیت را در ارتكاب جرم ایفا کرده است.

افرادی ذیل نقش رهبری قرار می‌گیرند که عملکردشان شامل: هدایت یا سازماندهی خرید و فروش مواد در مقیاسی تجاری و گسترده و با انتظار سود مالی بالا باشد. در طیف نقش کم‌اهمیت نیز افرادی قرار می‌گیرند که مواد را در اجتماع عرضه کرده و یا در زنجیره عرضه آن‌ها ایفای نقش می‌کنند. همین‌نگاه، در قوانین کشورهای دیگر نیز دیده می‌شود؛ برزیل، در سال ۲۰۰۶ قانون جدید مواد مخدر خود را تصویب کرد<sup>۲</sup> که به موجب آن، مجازات مقرر در قانون، برای مجرمان بار اول و نیز کسانی که در یک گروه مجرمانه سازمان یافته یا به شکل مداوم فعالیت نکرده‌اند، تا دو سوم کاهش می‌یابد.

شورای اروپا نیز در سال ۲۰۰۴ دستور العملی را در خصوص مجازات جرایم مواد مخدر صادر کرد؛ با این هدف که رویکرد مشترکی در خصوص مجازات این جرایم در سراسر اتحادیه اروپا، با تأکید بر قوانین حداقلی، اتخاذ شود. در بخشی از دستور العمل مورد اشاره آمده است: اعضاء، باید اقدامات لازم را انجام دهند، تا اطمینان حاصل شود که جرایم مواد مخدر با مجازات‌های مؤثر، متناسب و بازدارنده، پاسخ داده می‌شوند.<sup>۳</sup>

۱. شورای مجازات انگلستان، سازمانی است که وظیفه آن، ایجاد و تهیه چهار چوب مجازات برای جرایم ارتكابی در انگلستان و ولز می‌باشد.

2. Law No. 11, 343/2006

3. Art. 4(1) Council Framework Decision 2004/757/ JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking.

به علاوه، علی‌رغم اینکه ارزیابی دقیق نقش مجرم می‌تواند دشوار باشد؛ بدین علت که در این نوع جرایم عموماً، نقش بازیگران مختلف، نامشخص است، در اتحادیه اروپا، تمایز در این موارد است: مشارکت و همکاری در جرم سازمان یافته، بدین ترتیب که در دستور العمل راهنما، پیش‌بینی شده است که مجازات حداقل ده ساله، باید به مجرمانی تحمیل شود که به عنوان بخشی از یک گروه مجرمانه سازمان یافته، فعالیت کرده‌اند؛ حتی برخی کشورها، در قوانین خود، فراتر رفته‌اند و به نحو دقیق‌تری میان یک عضو گروه سازمان یافته، رهبر گروه، یا تأمین‌کننده مالی، از حیث مجازات، تفکیک قائل می‌شوند.<sup>۱</sup>

برخی از کشور اروپایی (بلژیک، مجارستان و اتریش)، نقش دلال را در رژیم مجازات خود و برخی (قبرس، لهستان، اسلوانی) در رویه قضایی خود دارند. در برخی موارد، مجازات‌های فروشنده مصرف‌کننده، کاهش داده شده است، یا به جایگزین‌های حبس، از جمله: درمان وابستگی به مواد مخدر، خدمات اجتماعی آزادی مشروط و... بدل شده است.

به علاوه، در برخی کشورها، میان عرضه اجتماعی مواد با عرضه تجاری، تفکیک قائل شده‌اند و عرضه اجتماعی را یک جرم سبک و نشان‌دهنده نقشی تبعی و فرعی در حوزه قاچاق مواد لحاظ کرده و با مجازات سبک‌تری بدان پاسخ می‌دهند.<sup>۲</sup>

توجه به نقش مجرم، یکی از ساز و کارهای اعمال اصل تناسب مجازات، در قانون مبارزه با مواد مخدر و به خصوص در ماده: ۴۵ الحاقی به این قانون، در سال ۱۳۹۶ به وضوح دیده می‌شود. این نگاه که حاصل فضای کلی حاکم بر کنوانسیون‌های بین‌المللی مواد مخدر و نیز تجربه اجرایی قانون مبارزه با مواد است، بدین شکل پیش‌بینی شده است: به موجب بند ب ماده: ۴۵ الحاقی، در صورتی که مرتکب، نقش سردستگی موضوع ماده: ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب: ۱۳۹۲/۲/۱ یا پشتیبان مالی و یا سرمایه‌گذار را داشته، یا از اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال، یا مجانین برای ارتکاب جرم، استفاده کرده، مفسد باشد و مرتکب جرمی شده باشد که قانوناً، مستوجب مجازات اعدام یا حبس ابد است، در حکم مفسد فی الارض شناخته شده و به مجازات اعدام و ضبط اموال ناشی از مواد مخدر، یا روان‌گردان محکوم خواهد شد.

همان‌طور که از متن این ماده بر می‌آید، قانون‌گذار سعی کرده است: نقش مجرم را در تعیین مجازات که در نظر گرفته و از این طریق مانع تحمیل مجازات سنگین اعدام، بر مجرمین خرد شود.

اصولاً، کسانی که نقش‌هایی همچون: سردستگی، پشتیبان مالی یا سرمایه‌گذار را ایفا می‌کنند، اشخاصی هستند که علی‌رغم ایفای نقش مهمتر، کمتر در معرض دید مأموران بوده، امکان تعقیب و

1. European Commission (2009), Report from the Commission on the implementation Framework Decision 2004/7577/JHA laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking (Brussels), COM (2009)69 final [SEC (2009)1661]:6

2. European Commission (2009): 5-6



دستگیری کمتری دارند. اصلاحیه سال ۹۶ بر اساس واقعیات موجود در پرونده‌های مواد مخدر و نیز ایرادات و اعتراضات وارد بر مجازات اعدام، انجام گردید که متوجه افراد خرده پا، بر اساس میزان مواد می‌شد. این اصلاحیه، تحولی مطلوب در مقررات راجع به مواد مخدر در ایران محسوب شده، همسو با تأکید بین‌المللی بر رعایت اصل تناسب در حوزه مواد مخدر است.

اگرچه برخی نویسندگان حقوقی، ماده الحاقی را همسو با اسناد و الزامات بین‌المللی نمی‌دانند (ساک، ۱۳۹۸، ۱۱۸)، با این حال، نتیجه حاصله، همسو با تحولات بین‌المللی است.

با این وجود، مقرر مذکور، با ایراد عدم ارائه معیار و ضوابطی برای تشخیص سرمایه‌گذار یا پشتیبان مالی مواجه است؛ به دیگر بیان، هرچند برخی از نقش‌های ذکر شده در ماده: ۴۵ الحاقی، از جمله سردستگی، دارای سابقه قانونی و شناخته شده هستند، ولی نقش‌های دیگر، قضات و مجریان قانون را در تشخیص، دچار سردرگمی می‌کنند.

نکته دیگر اینکه قانون‌گذار قانون مبارزه با مواد مخدر، تفکیکی میان سایر نقش‌هایی قائل نیست که در بازار مواد، ایفاء می‌شود. وی، همه حاملان، واسطه‌ها، دلالان و نگهدارندگان مواد را به یک چشم می‌بیند؛ حال اینکه میان این افراد، برخی، خود، مالک مواد و به دنبال منافع اقتصادی بیشتر و گروهی نیز کار را برای مالک مواد انجام می‌دهند و دستمزد ناچیزی دریافت می‌کنند؛ در واقع، چون معیار اصلی تعیین مجازات، در قانون مبارزه با مواد مخدر، میزان مواد است، نتیجه، از انصاف به دور است. ملاک قراردادن میزان مواد، بدون توجه به نقش این دسته از مجرمین مواد مخدر، سبب می‌شود که متحمل مجازات‌هایی سنگین و فراتر از تقصیر شوند؛ این در حالی است که در سوابق قانونگذاری مواد مخدر در ایران، بعضاً، چنین تفکیکی دیده می‌شد.

برای مثال، ماده: ۸ لایحه قانونی راجع به اصلاح قانون منع کشت خشخاش و استعمال تریاک مصوب: ۱۳۳۸ مقرر می‌داشت: در هر مورد که دادگاه تشخیص داد: حامل مواد مخدر، صاحب آن نبوده و متصدی حمل، از طرف دیگری است، معاون جرم محسوب و مباشر جرم، صاحب مال می‌باشد که به مجازات مجرم اصلی محکوم می‌شود. پرداخت جریمه فقط بر عهده صاحب مال خواهد بود. همین‌طور تبصره ۲ لایحه قانونی تشدید مجازات مرتکبان جرایم مواد مخدر و اقدامات تأمینی و درمانی به منظور مداوا و اشتغال به کار معتادان، مصوب: ۱۳۵۹ نیز چنین تمایزی را قائل شده بود.

### ۳-۲. شدت و وخامت جرم

یکی دیگر از راهکارهای اعمال اصل تناسب مجازات در دنیا، تعیین مجازات بر اساس وخامت و شدت جرم است. شدت جرم در حوزه مواد مخدر با متغیرهایی همچون: میزان و مقدار مواد و نیز نوع آن‌ها سنجیده می‌شود.

مبرهن است: کمیت مواد مخدر، از متغیرهای مهم در ارزیابی شدت جرم ارتكابی و میزان ضرری است که به جامعه وارد شده است؛ بر همین اساس، کمیت مواد در قوانین کشورهای مختلف، در تعیین میزان مجازات دخالت داده شده است.

در دستور العمل شورای مجازات انگلستان که پیش‌تر از آن، سخن به میان آمد، پس از توصیه به ارزیابی درجه صدمه ناشی از جرم، محاکم را به سمت درجه‌بندی جرایم تولید و قاچاق مواد مخدر به چهار طیف، سوق داده‌اند.

طیف یک، سنگین‌ترین و زیان‌بارترین حالت ممکن است که در آن، مقادیر بالای مواد مخدر، موضوع جرم قرار می‌گیرند؛ برای نمونه: ۱ کیلوگرم کوکائین و یا بیش از آن، ۲۰۰ کیلوگرم حشیش و یا ۱۰۰۰ قرص اکستازی.

مقدار مواد در طیف‌های بعد، کمتر شده به نحوی که در طیف چهارم، به حداکثر صد گرم حشیش و ۵ گرم هروئین یا کوکائین می‌رسد؛ البته، اگر رفتار ارتكابی، تولید مواد مخدر باشد، هدف از تولید نیز یک عامل مهم در تعیین شدت و وخامت جرم خواهد بود.

مسئلاً، در تعیین مجازات در حکم نهایی دادگاه، عوامل دیگری همچون: کیفیت مشدده یا مخففه، کمک‌ها و راهنمایی‌های مجرم به دستگاه عدالت کیفری و... نیز لحاظ خواهند شد.

همین‌طور بسیاری از کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز مقدار مواد را یک شاخص برای سنجش شدت و وخامت جرم در نظر می‌گیرند (Lai, 2012, 8). در سطح منطقه‌ای نیز در دستور العمل شورای اروپا در خصوص عناصر متشکله اعمال مجرمانه و مجازات‌ها در حوزه قاچاق غیر قانونی مواد مخدر در سال ۲۰۰۴، به کمیت مواد، از موارد تأثیرگذار در تعیین میزان مجازات اشاره شده است. در این دستور العمل آمده است: حداقل ۵ تا ده سال حبس ضروری است، در مواردی که جرم شامل مقادیر زیادی مواد مخدر است.

شاخص کمیت مواد در قانون مبارزه با مواد مخدر ایران نیز از گذشته تا کنون نقشی مهم در تعیین میزان مجازات ایفا کرده است. نگاهی به مواد این قانون، به خصوص مواد: ۴، ۵، ۸ و ۴۵ الحاقی، گویای این مسأله است؛ به نحوی که مواد چهار و پنج این قانون، میزان مواد مخدر (تریاک و مشتقات آن) را ملاک تعیین میزان مجازات قرار داده‌اند. در ماده: ۸ این قانون نیز میزان مواد، ملاک تعیین مجازات است.

هر چند قانون‌گذار، میزان مواد را ملاکی برای تعیین مجازات در نظر گرفته است، اما عملکرد وی، خالی از انتقاد هم نیست؛ برای نمونه، مجازات بندهای ۳ و ۴ ماده: ۴ متناسب به نظر نمی‌رسد؛ بدین ترتیب که قانون‌گذار در بند ۳ برای ارتكاب رفتارهای سوداگرایانه نسبت به بیش از پانصد گرم تا پنج کیلوگرم از مواد مخدر ذکر شده در این ماده، از پنجاه میلیون تا دویست میلیون ریال جریمه نقدی و

پنجاه تا هفتاد و چهار ضربه شلاق و سه تا پانزده سال حبس در نظر گرفته است و در بند ۴ برای ارتکاب همین رفتارها نسبت به بیش از پنج کیلوگرم از همین مواد، اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم را پیش بینی کرده است؛ با این وجود، تبصره ماده ۴ با پیش بینی شروطی برای اعدام، سعی در تلطیف این عدم تناسب دارد و نیز در ماده: ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر، در سال ۱۳۹۶ مجازات اعدام، محدود به موارد خاص تصریح شده در آن ماده شد و اعدام‌هایی که یکی از شرایط پیش بینی شده در ماده: ۴۵ الحاقی را نداشته باشند، مشمول حبس درجه یک تا سی سال و جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن می‌شوند. تحول قانونی ذکر شده، توانسته است ایراد عدم تناسب را تا حد زیادی رفع نماید.

به موجب بند ت ماده: ۴۵ الحاقی، کلیه جرائم موضوع ماده ۴ این قانون، مشروط بر اینکه بیش از پنجاه کیلوگرم باشد و مواد موضوع ماده: ۸ این قانون، مشروط بر اینکه بیش از دو کیلوگرم باشد و در خصوص سایر جرائم موضوع ماده: ۸ در صورتی که بیش از سه کیلوگرم باشد، مرتکب را با مجازات اعدام مواجه می‌سازند. به نظر می‌رسد: قانون‌گذار، با این حکم، اصل تناسب مجازات را رعایت کرده و خرده فروشان را از این مجازات رها کرده است.

متغیر دیگر، نوع مواد مخدر است. بدیهی است: مواد مخدر، از حیث نوع و به تبع، از حیث قابلیت اضرار به جامعه، متنوع هستند؛ دسته‌ای از این مواد، هزینه‌های فردی و اجتماعی بیشتری به جامعه تحمیل کرده، فاقد کاربرد درمانی بوده، یا از کاربرد کمی در این زمینه برخوردار هستند؛ متقابلاً، دسته دیگری از مواد مخدر، به مراتب، ضرر اجتماعی کمتر و فواید و کاربردهای درمانی و علمی بیشتری دارند؛ بر همین اساس، اعمال اصل تناسب در جرایم مواد مخدر، بدون لحاظ متغیر نوع مواد، ممکن نیست (طیبی، ۱۳۹۶، ۹۱).

این متغیر، در کنوانسیون‌های مواد مخدر سازمان ملل نیز عاملی مؤثر در تعیین میزان مجازات، به کشورها معرفی شده است؛ به طوری که در کنوانسیون‌های ۱۹۶۱ و ۱۹۷۱ متغیر نوع مواد، لحاظ شده است. در هر دو سند مذکور، مواد مخدر و روانگردان‌ها بر اساس شاخص‌هایی همچون: فایده درمانی، منافع عمومی، پیامدهای زیانبار و مخاطرات فردی و اجتماعی در چهار گروه متفاوت دسته‌بندی شده‌اند و میزان ممنوعیت، نوع و درجه ضمانت اجرای پیشنهادی و دامنه نظارت سازمان ملل بر هر دسته متفاوت است.<sup>۱</sup>

در اروپا نیز نوع مواد مخدر، از شاخص‌های اعمال اصل تناسب مجازات است؛ برای نمونه، در دستور العمل ۲۰۰۴ شورای اروپا آمده است: مجازات پنج تا ده سال حبس ضروری است در جایی که

۱. مواد: ۲ و ۳ کنوانسیون مواد مخدر ۱۹۶۱ و مواد: ۲ تا ۱۶ کنوانسیون مواد روانگردان مصوب: ۱۹۷۱.

موضوع جرم، شامل آن دسته از مواد مخدری است که بیشترین آسیب را به سلامتی افراد وارد می‌کنند و یا منجر به آسیب قابل توجهی نسبت به سلامتی افراد می‌شود.<sup>۱</sup>

همان‌طور که از این دستور العمل بر می‌آید: تعیین مجازات‌های سنگین‌تر با تمرکز بر آسیب و صدمات حاصله مد نظر است. در بسیاری از کشورهای عضو اتحادیه اروپا شاخص‌های مشابهی برای سنجش شدت و وخامت جرم در نظر گرفته شده است؛ برای مثال: ایجاد آسیب یا مرگ، در کشورهای مثل: بلژیک، جمهوری چک، آلمان، لوکزامبورگ، لهستان و جمهوری اسلواکی و مقدار و ارزش مواد مخدر کشف شده، در کشورهایی نظیر: دانمارک، آلمان، استونی، لیتوانی، اتریش، جمهوری اسلواکی و نروژ.

در مقررات کیفری ایران نیز نوع مواد، یکی از متغیرهای مهم در تعیین مجازات لحاظ شده است و اگرچه متغیر مهمتر، میزان مواد است، قانون‌گذار، از نوع مواد نیز غافل نشده است؛ بدین ترتیب که در قانون مبارزه با مواد مخدر، تفکیک و تمایز میان مواد مخدر سنتی و صنعتی بارز است؛ در واقع، قانون‌گذار، در مواد: ۴ و ۸ این قانون، میان مواد مخدر از نوع: بنگ، چرس، گراس، تریاک و مشتقات آن از یک سو و مواد مخدر از نوع: هروئین، مرفین، کوکائین و دیگر مشتقات شیمیایی مرفین و یا دیگر مواد مخدر، یا روان‌گردان‌های صنعتی غیردارویی که فهرست آن‌ها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد، تفکیک، قائل شده است و هر یک از این دو نوع مواد مخدر را با تدابیر و مجازات‌های جداگانه‌ای پاسخ می‌دهد که به لحاظ شدت و سنگینی مجازات متفاوت هستند.

این رویکرد، حاصل تفاوت انواع مواد مخدر از حیث زیان‌آوری اجتماعی و حتی شخصی است. مسلماً، مواد مخدر صنعتی، اثرات مخرب‌تری بر روی شخص بر جا گذاشته و برای جامعه نیز آسیب بیشتری به دنبال خواهند داشت؛ از دیگر سو، قانون‌گذار، هروئین، مرفین و مشتقات آن‌ها را از حیث مجازات، معادل روان‌گردان‌های صنعتی غیردارویی دانسته است.

مسلماً، اتخاذ چنین رویکردی، در صورتی که مبتنی بر تحقیقات علمی و تجربی باشد، قابل قبول است؛ به نحوی که این مواد، از حیث فقدان جنبه درمانی، آسیب‌های فردی و اجتماعی و آثار زیانبار اقتصادی مشابه باشند. به نظر می‌رسد: چنین بررسی، تا کنون، انجام نشده است؛ فلذا اصلاح مقررات موجود در راستای اعمال هر چه دقیق‌تر اصل تناسب مجازات ضروری است.

### نتیجه‌گیری

تناسب مجازات، اصلی بنیادین در حقوق کیفری قلمداد شده و متضمن پیش‌بینی مجازات قانونی است که با ضرر اجتماعی ناشی از جرم انطباق و همخوانی داشته باشد. در این میان، رعایت اصل مذکور در

1. Art. 4(2), Council Framework Decision 2004/757/ JHA

جرایم مواد مخدر به دلیل پیچیدگی سنجش ضرر اجتماعی ناشی از آن‌ها نیازمند دقت نظر و ظرافت طبع بیشتری است.

تنوع رفتارهای مجرمانه، تنوع مواد مخدر از حیث آسیب‌زایی و نیز نقش‌های متنوعی که از سوی بازیگران این عرصه، ایفاء می‌شود، بر شدت ضرر اجتماعی ناشی از جرم، تأثیرگذار است.

نگاهی به قانون مبارزه با مواد مخدر، گویای این نکته است که قانون‌گذار، در تعیین مجازات، بیش از هر مؤلفه دیگری، بر تناسب وزنی مواد مخدر، تمرکز داشته است؛ امری که منصفانه بودن مجازات را در حوزه مواد مخدر، با چالشی جدی مواجه می‌سازد؛ به نحوی که در بسیاری از موارد، افراد خُرده‌پا، حمل‌بران و کسانی که کار را برای دیگران انجام می‌دهند و نیز مصرف‌کنندگان فروشنده که بیش از قاچاقچیان کلان، در معرض تعقیب و دستگیری قرار دارند، متحمل مجازاتی می‌شوند که بسیار سنگین بوده و با غفلت از اصل تناسب جرم و مجازات پیش‌بینی و تعیین گشته است.

رویکرد اخیر، در جرایم مواد مخدر، حاوی لحاظ و اعمال مؤلفه‌هایی در تعیین مجازات است که به رعایت هر چه بیشتر اصل تناسب مجازات در این جرایم کمک کند. رفتار مرتکب، نقش وی در ارتکاب جرم و شدت و وخامت جرم مهمترین مؤلفه‌هایی هستند که امروزه، در دنیا و در جهت اعمال دقیق‌تر اصل تناسب در جرایم مواد مخدر، مورد توجه قانون‌گذاران مختلف قرار گرفته‌اند.

در طیف رفتارها و نوع جرایم، از یک سو، رفتارهای سوداگرایانه و رفتارهای مصرف‌گرایانه، قابل تفکیک هستند؛ از دیگر سو، میان رفتارهای سوداگرایانه و یا مصرف‌گرایانه نیز تفاوت‌هایی وجود دارد که بر میزان ضرر اجتماعی جرم تأثیرگذار است؛ برای نمونه، می‌توان به فروشندگان مصرف‌کننده و نیز نگهدارندگان مواد برای مصرف شخصی، اشاره کرد.

نقش متهم در ارتکاب جرم نیز مؤلفه دیگری برای سنجش میزان ضرر اجتماعی وارده است. از این منظر، مرتکب می‌تواند از یک حمل بر ساده تا سردسته باند قاچاق، متغیر باشد و همین امر، ضرورت تعیین مجازات متناسب را آشکار می‌سازد.

به علاوه، نوع مواد مخدر و میزان آن‌ها متغیرهایی هستند که بر شدت و وخامت جرم، تأثیرگذار بوده و به تبع می‌بایست در اعمال اصل تناسب مجازات، مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرند.

قانون‌گذار ما در قانون مبارزه با مواد مخدر، بیشترین تأکید را بر تناسب وزنی داشته و از سایر مؤلفه‌ها غافل مانده است. توجه به نقش مرتکبان نیز در ماده: ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر دیده می‌شوند که نشان از گرایش قانون‌گذار بر فراهم آوردن بهتر زمینه اعمال اصل تناسب مجازات دارد؛ با این همه، قوانین موجود، تا اعمال اصل تناسب مجازات، راهی طولانی در پیش دارند.

### کتابشناسی

۱. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، فرهنگ متوسط دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲. رحمدل، منصور، (۱۳۹۵)، حقوق کیفری مواد مخدر، تهران، نشر دادگستر.
۳. ساکی، محمد رضا، (۱۳۹۶)، مواد مخدر و روانگردان از دیدگاه علوم جنایی و حقوق بین الملل، تهران، نشر جاودانه.
۴. ساکی، محمد رضا؛ کونانی، سلمان، (۱۳۹۸)، بایدها و نبایدهای حذف مجازات اعدام از جرایم مواد مخدر، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره: ۲۴، شماره: ۸۷، ص ۱۳۱-۱۵۹.
۵. سبزواری نژاد، حجت، (۱۳۹۶)، جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره: ۷۷-۷۸، ص ۱۱-۲۹.
۶. صادقی، آزاده؛ فرجی‌ها، محمد؛ حبیب‌زاده، محمد جعفر؛ امیدی، جلیل، (۱۳۹۶)، پیامدهای تعیین کیفر در جرایم مواد مخدر بر پایه کمیت مواد در نظام تقنینی ایران و ایالات متحده آمریکا، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره: ۲۱، شماره: ۱، ص ۱۳-۲۷.
۷. طیبی، حسین، (۱۳۹۶)، جایگاه اصل تناسب در تعیین کیفرهای ناظر بر جرم قاچاق مواد مخدر در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تربیت مدرس.
۸. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات راه رشد.
۹. فرهودیان، علی؛ رحیمی موقر، آفرین؛ صفاتیان، سعید؛ محمدی، فهیمه، (۱۳۹۱)، بررسی کیفری وضعیت کراک در شهر تهران، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، سال: ۱۲، شماره: ۴۷، ص ۴۵-۵۳.
۱۰. کیهانی، فرشیده؛ مرادی، صادق؛ محمد نسل، غلامرضا، (۱۴۰۲)، عوامل فردی بازگشت به اعتیاد، بین معنادان خود معرف شهرستان اندیمشک، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره: ۲، شماره: ۲، ص ۶۳-۸۲.
۱۱. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، تهران، انتشارات زرین.
۱۲. هوشیار، مهدی، (۱۳۸۸)، رویکرد اصل تناسب تربیتی به نظام رتبه‌بندی مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تربیت مدرس.
13. Committee on Economic, Social and Economic Rights. (2000), **General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health.**
14. Corda, A. (2011), **Imprisonment for Drug-Related Offenses in Argentina**, In Transnational Institute & Washington Office on Latin America.
15. European Commission. (2009), **Report from the Commission on the Implementation Framework Decision 2004/757/JHA. Rights Committee**, (1999), General Comment No. 27 on Freedom of Movement (Article 12).
16. Fleetwood, J. (2011), **Penalties and Practice in the International Cocaine Trade**, British Journal of Criminology, 51.
17. Foulds, A. J., & Nutt, D. (2020), **Principled Sentencing for Drug Supply Offences: Revised Methamphetamine Sentencing Guidelines in New Zealand**, Drug Science Policy and Law, 6.
18. Grover, A. (2010), **Annual Thematic Report of the Special Rapporteur on the Right to Health**, Inter-American Court of Human Rights. (1994, January 21), Gangaram Pandey Case, para. 48.
19. Lai, G. (2012), **Drugs, Crime and Punishment: Proportionality of Sentencing for Drug Offences**, Series on Legislative Reform of Drug Policies, No. 2.
20. Silver and Others v. (1983), **the United Kingdom**, (Article 50) 5947/72; 6205/73; 7052; 75 [1983] ECHR 11, (24 October 1983).
21. Stevens, A. (2019), **Depenalization, Diversion and Decriminalization**, A Realist Review and Program Theory of Alternatives to Criminalization for Simple Drug Possession European Journal of Criminology.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.3, Issue 11, Autumn 2024, P: 123-144

Receive Date: 2024/04/25

Revise Date: 2024/07/07

Accept Date: 2024/07/09

DOI:10.71654/jcld.2024.1184602

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

### Abortion as a Human Right in the Criminal Laws of Iran and Iraq

Heidar Faeyd Motaleb<sup>1</sup>Ahmad Reza soleimanzade<sup>2</sup>Hossein Rostamzad<sup>3</sup>

#### Abstract

Sometimes pregnant women don't want the birth of their child for any reason and want its abortion. The execution of abortion is part of action against the right to life. The reported research in following research, surveys the voluntary abortion in two criminal law system of Iran and Iraq. The result of research determined that in Iran's criminal law, the punishment of unnecessary abortion is only limited to blood-money. Iraq's criminal law has determined a heavier punishment for abortion that increase its deterrence aspect. However, the preventive actions from abortion evaluated weak in Iraq's criminal law. Even though, the identification of abortion is not well done. Nevertheless, in the country of Iraq, a better preventive measure is observed about prohibition of selling abortion tools. In both countries of Iran and Iraq, there has been no proper culturalization in relation to prevention and rejection from abortion and It is necessary that Iranian legislator declares the abortion resulted from rape as one of the lawful samples of abortion and at the same time, imposes Taezir punishment for the illegal act of abortion and even the Iraqi legislator besides surveying the abortion fields, strengthen its preventive aspects and does not content to impose heavy punishment.

**Key words:** abortion, abortion as human right, abortion in Iran's criminal laws, abortion in Iraq's criminal laws.

1. PhD student in International Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran. [haeidarmotalleb@gmail.com](mailto:haeidarmotalleb@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of International Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran (Corresponding Author) [dsoleimanzade@iaurmia.ac.ir](mailto:dsoleimanzade@iaurmia.ac.ir)

3. Assistant Professor, Department of International Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. [rostamzad34@yahoo.com](mailto:rostamzad34@yahoo.com)



## دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال سوم - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۱۲۳-۱۴۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۶

DOI: 10.71654/jclld.2024.1184602

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## سقط جنین به متابه حقی بشری در قوانین کیفری ایران و عراق

حیدر مطلب فاند<sup>۱</sup>احمد رضا سلیمان زاده<sup>۲</sup>حسین رستم زاد<sup>۳</sup>

## چکیده

گاه، زنان باردار، به هر دلیلی خواهان تولد فرزند خود نیستند و خواستار سقط آن هستند. اقدام بر سقط جنین، جزئی از اقدام علیه حق حیات، محسوب است. پژوهش گزارش شده در مقاله‌ی پیش‌رو، سقط اختیاری جنین را در دو نظام حقوق کیفری ایران و عراق، بررسی می‌کند. نتیجه‌ی پژوهش، نشان می‌دهد: در حقوق کیفری ایران، مجازات سقط غیر ضروری جنین، تنها، به دیه، محدود است. حقوق کیفری عراق، مجازات سنگین‌تری برای سقط جنین قرار داده است تا جنبه‌ی بازدارندگی آن را افزایش دهد؛ با این حال، اقدامات پیشگیرانه از سقط جنین، در قوانین کیفری عراق، ضعیف ارزیابی می‌شود؛ چه اینکه شناسایی سقط جنین، به خوبی انجام نمی‌یابد. با این وصف، در کشور عراق، اقدام پیشگیرانه‌ی بهتری نسبت به منع از فروش ادوات سقط جنین، مشهود است. در هر دو کشور ایران و عراق، فرهنگ‌سازی مناسبی در خصوص پیشگیری و پرهیز از سقط جنین، انجام نشده است و نیاز است که قانون‌گذار ایرانی، سقط جنین حاصل از تجاوز به عنف را از مصادیق مجاز سقط جنین اعلام دارد و در عین حال، برای عمل غیر مجاز سقط جنین، تعزیر نیز قرار دهد و قانون‌گذار عراقی نیز ضمن بررسی زمینه‌های سقط جنین، جنبه‌های پیشگیرانه‌ی آن را تقویت کند و تنها، به وضع مجازات سنگین، اکتفاء نکند.

واژگان کلیدی: سقط جنین، حق بشری بودن سقط جنین، سقط جنین در قوانین کیفری ایران، سقط جنین در قوانین کیفری عراق.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران. [haeidarmotaleb@gmail.com](mailto:haeidarmotaleb@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق بین الملل، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران (نویسنده مسئول). [dsoleimanzade@iaurmia.ac.ir](mailto:dsoleimanzade@iaurmia.ac.ir)

۳. استادیار گروه حقوق بین الملل، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. [rostamzad34@yahoo.com](mailto:rostamzad34@yahoo.com)



## مقدمه

سقط جنین، یک بزهکاری و هنجارشکنی است که در اقصی نقاط جهان وجود دارد و نظریات حقوقی مختلفی نیز در این باره مطرح شده که هر یک موافقان و مخالفانی دارد. فارغ از صحیح یا غلط بودن این نظریات، سقط جنین به سبب گرفتن جان انسانی که هنوز به دنیا نیامده، پسندیده نیست؛ بنا بر این، اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه، در این مسأله جنایی توسط دولت‌ها مورد انتظار است. در ایران، قانون‌گذار کیفری به تبعیت از فقه اسلامی، مجازات‌هایی پیشگیرانه برای این مهم در نظر گرفته که به موجب ماده: ۷۱۶ قانون مجازات اسلامی تصریح یافته است.

قانون‌گذار، این قاعده را مطلق ندانسته و با تصویب ماده واحده تحت عنوان: قانون سقط درمانی، در سال ۱۳۸۴، در صورتی که حیات مادر وابسته به این اقدام باشد، آن را مجاز دانسته است. در قانون مجازات عراق، مجازات دست اندر کاران سقط جنین بسته به داشتن تخصص و اخذ رضایت از مادر، مشمول حبس‌های ۷، ۱۰ و ۱۵ سال می‌باشد. اگر زنی خود نسبت به سقط اقدام نماید، حبس تا یک سال و جریمه تا ۱۰۰ دینار در انتظار وی است. در قوانین کشور عراق، امکان مراجعه به منابع فقهی وجود نداشته و تنها منابع حقوقی معیار محسوب می‌شوند.

اینکه وجوه افتراق و اشتراک و نقاط قوت و ضعف جرم سقط جنین در نظام های کیفری ایران و عراق به چه صورت است، به نظر می‌رسد: کشور ما از نظر پیشگیری عملکرد بهتری داشته و در عین حال فقدان مجازات سنگین، موجب کاهش بازدارندگی آن شده است؛ این وضعیت، در کشور عراق برعکس است.

امروزه، سقط جنین، به یکی از معضلات اجتماعی مبدل شده و دغدغه قانونگذاران مقابله با آن است. از بررسی قوانین، تفاوت سیاست‌های جنایی کشورهای اسلامی در خصوص سقط جنین، مشهود است. می‌توان با این تطبیق، اصلاح سیاست‌های متخذه ایران را در خصوص سقط جنین، پیشنهاد داد.

## ۱. مفهوم شناسی

در اصطلاح فقها، سقط به معنی خارج شدن جنین از رحم مادر، قبل از کامل شدن آن است. به عبارت دیگر، اگر جنین قبل از پایان دوره حمل و کامل شدن، به صورت مرده از رحم خارج شود، بدان سقط گویند. مانند اینکه جنین در شش ماهگی به صورت زنده از رحم خارج شود (کانیتگم و دیگران، ۱۳۸۹، ۱۵۲).

با نظر به معنای مذکور، سقط در اصطلاح فقه، به همان معنی لغوی است؛ با این فرق که سقط در لغت دارای معنای عام است ولی در اصطلاح فقه برای سقط جنین به کار می‌رود.

سقط جنین عمدی به معنای پایان بخشیدن به بارداری به وسیله دارو یا عمل جراحی پیش از زمانی است که جنین بتواند زنده زاده شود.

سقط جنین در ادبیات حقوقی عبارت است از اخراج غیر عادی و غیر طبیعی و قبل از موعد طبیعی جنین، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر، زنده یا قابل زیست نباشد. حمل به کودکی گویند که در شکم مادر است و از نظر پزشکی به دوران بعد از هفت ماهگی تا قبل از تولد طفل گفته می‌شود. در قانون مجازات اسلامی مفهوم سقط بیان نشده است. مواد: ۴۸۷ تا ۴۹۳، قوانین مربوط به سقط جنین و مواد: ۷۱۶ تا ۷۲۱ به دیه سقط جنین اختصاص دارد است و از محتوای مطالب این مواد، به دست می‌آید: مفهوم سقط جنین در حقوق نیز همان مفهوم فقهی آن است.

### ۱-۱. تجاوز به عنف

چند سالی است که سقط درمانی در مواردی خاص از نظر شرع و قانون پذیرفته شده است و انجام می‌شود و از افتخارات فقه اسلامی نیز محسوب می‌گردد که می‌تواند جوابگوی مسائل روز جامعه باشد. مسأله این است: بانویی مورد هتک ناموس قرار گرفته و باردار شده است، ادامه بارداری و حضور این طفل نا مشروع هم می‌تواند از لحاظ روحی و روانی برای وی آسیب‌های وحشتناک داشته باشد، هم در اجتماع و خانواده برای او مشکلاتی ایجاد کند که طلاق می‌تواند یکی از آنها باشد. همچنین تولد این طفل نا مشروع می‌تواند مشکلات و مفسده‌هایی برای جامعه و حتی بار مالی برای بیت المال داشته باشد. فقهای محترم، در خصوص جواز سقط این نوع جنین، فتاوی مختلف صادر کرده‌اند: اگر زنی از زنا آستان شود، جایز نیست بچه را سقط کند، لیکن اگر قبل از چهار ماهگی برای جلوگیری از تضییع آبرو و حیثیت سقط کند، نمی‌توان گفت: حرام است، بلکه به جهت رفع حرج و مشکل تضییع آبرو، مخصوصاً، با فرض توبه، جایز است (شیخ مفید، ۱۴۰۱، ۱۴۵).

در زمینه سقط جنین، به این شرح که بارداری نامشروع یک دختر برای او بسیار سخت است و احیاناً، به آبروی خانوادگی او لطمه وارد می‌کند، آیا او می‌تواند جنین را سقط کند، پاسخ این است: در فرض مذکور، سقط جنین جایز است. اکثر فقهاء، سقط را جهت درمان زن پذیرفته‌اند.

قانون‌گذار، سقط جنین حاصل از رابطه‌ی مشروع و نامشروع را یکسان می‌پندارد و مردم را از انجام آن منع می‌کند. اگر زنی، مردی را به تجاوز متهم نماید و مدعی شود: از او باردار شده است، باید اول این اتهام را به اثبات برساند؛ زیرا از دید قانون‌گذار، احتمال تهمت و افتراء، در همه حال، وجود دارد و قاضی نمی‌تواند به صرف یک ادعا و تنها از روی ظن و گمان، کسی را محکوم نماید. در چنین مواردی حتی از ازاله‌ی بکارت یا باردار بودن هم نمی‌تواند دلیل کافی برای اثبات ادعا باشد؛ چراکه ممکن است آن زن، از مردی باردار شده باشد، ولی به دلایلی، فرد بی‌گناه دیگری را متهم به زنا نماید؛ با این وصف،

و در حالی که مسلماً، هیچ کس چنین اتهام سنگینی، علیه خود نخواهد پذیرفت، زن باید ادعای خود را به اثبات برساند (سبزواری، ۱۴۳۰، ۵۵۴).

### ۲-۱. زنا با محارم

اگر در اثر زنا با محارم، زن باردار شود؛ خواهر از برادر، یا مادر از پسر و ...، تکلیف این طفل چیست؟ آیا باید به دنیا بیاید و بعد از به دنیا آمدن و اجرای حکم مجازات در مورد پدر و مادرش، به عنوان یک طفل پرورشگاهی یا سرراهی به زندگی خود ادامه دهد؟ یا بهتر است که از همان اول، نطفه‌ی چنین جنینی از بین برود؟

پیش‌تر، از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، چنین مستفاد بود: این طفل می‌بایست سالم به دنیا آمده و سپس مجازات والدین وی انجام شود. اما در تغییرات سال ۱۳۹۲، این مورد حذف گردید. به هر حال، هیچ حمایتی از طفل صورت نمی‌گیرد. آنچه مهم به نظر می‌رسد: مرحله‌ی بعد از به دنیا آمدن طفل است و اینکه اگر از این روند جلوگیری می‌شد، عواقب بعدی آن، گریبان‌گیر فرد و جامعه نمی‌شد و قاعدتاً، این حالت در مقایسه با گزینه‌ی تولد چنین طفلی، بسیار بهتر به نظر می‌رسد.

مخالفان با سقط جنین، تفاوتی بین سایر اشکال سقط جنین با سقط جنین ناشی از زنا با محارم قائل نیستند. به عقیده‌ی اینان، با توجه به اینکه انسان بودن جنین از نظر علمی به اثبات رسیده است، جنین صاحب حق شخصیت است و از این حیث نمی‌توان آن را مملوک یا ما یملک تلقی کرد و نسبت به حیات او تصمیم گرفت و برگزیدن هر روش دیگری در مورد چنین جنینی، موجب احیای تفکر برده‌داری می‌گردد. مطابق قانون اساسی همه اشخاص از حقوق مساوی و حق حیات برخوردارند؛ لذا همان‌طور که جنین ناشی از ازدواج، مورد احترام و حمایت می‌باشد، جنین ناشی از رابطه نا مشروع نیز از سوی قانون‌گذار حمایت می‌شود و هرگونه آسیب به آن، قابل تعقیب کیفری است (عارف، ۱۳۸۹، ۱۴۵).

### ۳-۱. سقط درمانی

در بسیاری از کشورها، اجازه قانونی برای پایان بخشیدن طبی به یک حاملگی وجود دارد که نام آن، سقط درمانی است و لازمه آن اثبات یک ضرورت پزشکی قبل از انجام سقط است. همچنانکه سازمان بهداشت جهانی در یک تقسیم بندی کلی و جامع، موارد سقط جنین مجاز در کشورهای مختلف را به هفت گروه: نجات جان زن، حفظ سلامت جسمی و روانی مادر یا جنین، سقط جنین ناشی از تجاوز به عنف و یا زنا با محارم، نقایص جنینی، دلایل اقتصادی و بنا به درخواست فرد، تقسیم کرده است (سازمان بهداشت جهانی، ۲۰۱۹، ۱۷۸)، اکثریت کشورها نیز با انگیزه و دلایلی معلوم، موضوع فوق را تجویز کرده یا منع نکرده‌اند؛ چنانچه در گذشته، برخی کشورها نظیر: چین و سوئد، در تمام موارد فوق اجازه‌ی سقط جنین را داده‌اند و برخی نیز کمی محدودتر موارد را پذیرفته‌اند.

با تأکید بر حساسیت موضوع سقط جنین در حوزه‌های مختلف، کشورهای اسلامی نیز این مسأله را البته، به صورت محدودتری تجویز کرده‌اند. ایران که اجازه سقط را جز در موردی غیر از به خطر افتادن حیات مادر، نمی‌داد، با تصویب قانون سقط درمانی، سقط را با هدف‌های درمانی، در کشور، قانونمند کرد. این امر، به لحاظ نبود مجوز قانونی لازم برای سقط‌های درمانی و با توجه به عوارض ناشی از سقط‌های غیر علمی و غیر بهداشتی و نیز بر اساس فتوای آیات عظام، مخصوصاً، مقام معظم رهبری انجام شد که از جمله، سقط جنینی که منجر به تولد نوزاد ناقص الخلقه و عقب مانده می‌شد، از نظر شرعی مجاز می‌دانست.

مطابق ماده واحده قانون سقط درمانی، با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است، یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفان از اجرای مفاد این قانون، به مجازات مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد.

بنا بر این، می‌توان بیان داشت: فقه دین مبین اسلام، سقط درمانی را در اینموارد مجاز دانسته است: بیماری جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر باشد؛ بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد؛ قبل از ولوج روح (چهار ماه) باشد. تحت این شرایط، سقط جنین به هیچ وجه، جرم تلقی نمی‌شود.

قانون مجازات عراق، در این باره سکوت مطلق کرده است، اما در بررسی آرای صادره، به استناد قاعده برتری جان انسان، تنها در مواردی که جان مادر، در خطر است، مجوز قانونی سقط صادر می‌گردد. علاوه بر آن نیز ساز و کاری برای تشخیص وضعیت جنین تعبیه نشده است.

قانون‌گذار ایرانی، در سال ۱۴۰۰، قانون موسوم به حمایت از خانواده و جوانی جمعیت را تصویب نمود که سعی در برجسته‌سازی جوانب کیفری جرم سقط جنین را داشت.

به موجب ماده اول قانون مذکور در راستای اجرای سیاست‌های کلی جمعیت و خانواده و بندهای: ۴۵، ۴۶ و ۷۰ سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه و ماده: ۲ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۰۴ موضوع اجرای نقشه مهندسی فرهنگی کشور و سند جمعیت و تعالی خانواده و مواد: ۷۲، ۹۴، ۱۰۲، ۱۰۳، ۱۰۴ و ۱۲۳ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، احکام مقرر در این قانون با رعایت مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی لازم الاجراء است.

مصادیق زیادی برای اجرای این ماده ذکر شد. در یکی از بندها با عنوان: پایش جامع وضعیت سقط جنین در کشور بر اساس جمع بندی گزارش‌های دستگاه‌های ذی ربط و پژوهش‌های مرتبط، توجه به مسأله سقط جنین، بیشتر به چشم می‌خورد.

به موجب ماده: ۲۸ همین قانون، کلیه دستگاه‌های مذکور در ماده: ۲۹ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، به ویژه، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، سازمان تبلیغات اسلامی، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و دهیاری‌ها مکلف هستند: در راستای آگاهی بخشی نسبت به وجوه مثبت و ارزشمند ازدواج به هنگام نیاز و آسان، تعدد فرزندان در خانواده و تقویت و حمایت از نقش‌های مادری و همسری، صیانت از تحکیم خانواده و مقابله با محتوای مغایر سیاست‌های کلی جمعیت و عوارض جانبی استفاده از روش‌های مختلف پیشگیری از بارداری و نیز عوارض خطرناک پزشکی، روان‌شناختی و فرهنگی و اجتماعی سقط جنین، اقدامات لازم را از قبیل: تولید و پخش فیلم، سریال، تبلیغات بازرگانی، برگزاری جشنواره‌ها و نمایشگاه‌ها، انجام دهند.

اجرای این ماده، مستلزم ذکر جزئیات بیشتری بوده که می‌بایست در خصوص فرهنگ‌سازی منع سقط جنین انجام شود.

ماده: ۳۵ قانون مذکور، بیان داشته: وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و کلیه مؤسسات آموزش عالی کشور، مکلف هستند در راستای سیاست‌های کلی جمعیت و خانواده حداکثر یک سال پس از ابلاغ این قانون، جهت ترویج و آگاهی بخشی نسبت به وجوه مثبت ازدواج به هنگام نیاز، آموزش مهارت‌های دوران ازدواج، فرزند آوری، آثار منفی کم‌فرزندگی در خانواده و کاهش رشد جمعیت در جامعه، حرمت سقط جنین، نهادینه کردن هنجارهای صیانت از تحکیم خانواده، ایفای نقش‌های خانوادگی و مقابله با محتوای مغایر سیاست‌های جمعیتی، ضمن حذف محتوای آموزشی مخالف فرزند آوری، اقدامات و فعالیت‌های آموزشی، پژوهشی و فرهنگی ویژه دانشجویان و نیروی انسانی آموزشی و اداری را مبتنی بر نقشه مهندسی فرهنگی کشور ذیل برنامه‌های سالانه خود انجام دهند.

در ماده: ۵۶ این قانون، مجدداً، تذکر داده شده: سقط جنین، ممنوع بوده و از جرائم دارای جنبه عمومی می‌باشد و مطابق مواد: ۷۱۶ تا ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی و مواد این قانون، مستوجب مجازات دیه، حبس و ابطال پروانه پزشکی است؛ با این حال، از جهت جواز سقط جنین در موارد ضروری، در ادامه همین ماده ذکر شده: قاضی عضو در کمیسیون مذکور، با حصول اطمینان نسبت به یکی از موارد ذیل، مجوز سقط قانونی را با اعتبار حداکثر پانزده روزه صادر می‌نماید.

در بند الف از موارد مذکور، آمده است: در صورتی که جان مادر به شکل جدی، در خطر باشد و راه نجات مادر منحصر در سقط جنین بوده و سن جنین کمتر از چهار ماه باشد و نشانه‌ها و امارات ولوج روح در جنین نباشد.

در تبصره چهارم همین ماده نیز ذکر شده: چنانچه پزشک یا ماما یا دارو فروش، خارج از مراحل این ماده، وسایل سقط جنین را فراهم سازند، یا مباشرت به سقط جنین نمایند، علاوه بر مجازات مقرر در ماده: ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم، تعزیرات و مجازات بازدارنده)، پروانه فعالیت ایشان ابطال می‌شود. تحقق این جرم نیازمند تکرار نیست.

پر واضح است: در این منع حقوقی، قانون‌گذار، تنها مجازات‌های سقط جنین را متذکر شده و در عین حال، دستگاه‌های ذی ربط را به صورت کلی ملزم به تبلیغ در خصوص حرمت سقط جنین نموده که نیازمند ذکر جزئیات بیشتر و یا تهیه آئین‌نامه اجرائی دارد؛ از این رو، جنبه پیشگیری نسبتاً ضعیفی از این منع حقوقی متصور است.

## ۲. جرم انگاری عمل سقط جنین

به جز موارد خاص که به برخی از آن‌ها اشاره شد، سقط جنین در ایران و عراق جرم انگاری شده، لیکن کیفیت آن، متفاوت بوده که تفاوت سیاست‌های جنایی در اینجا مشاهده می‌شود. در حال حاضر، مهمترین بخش‌های از سیاست جنایی هر کشور، نوع قانون‌گذاری آن است و قانون‌گذار با تعیین مجازات برای یک فعل یا ترک فعل، سعی در پیشگیری از آن را دارد؛ اما این رویه، زمانی کارساز است که ساز و کارهای شناسایی جرم تعیین شده باشد؛ در عین حال، این نوع از سیاست جنایی به کمک نوع مشارکتی آن، تکمیل خواهد شد.

ذیل این قسمت، به بحث در این خصوص پرداخته شده که جنبه‌های تطبیقی آن، پر رنگ است. نکته قابل توجه اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، تدابیر سخت‌گیرانه‌تری برای سقط جنین لحاظ شده بود که در سال ۱۳۹۲ تعدیل گردید.

### ۱-۲. قصاص

قانون‌گذار، در سال ۱۳۹۲، ضمن حذف مواد پیشین، در ماده: ۳۰۶ این قانون چنین بیان داشت: جنایت عمدی بر جنین، هرچند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست. در این صورت، مرتکب، علاوه بر پرداخت دیه، به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود.

همچنین، ذیل این ماده، با اضافه کردن تبصره‌ای بیان داشت: اگر جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد و جنایت قبل از تولد، منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد، باقی بماند، قصاص ثابت است.

بنا بر این، به جز شرایط خاص که در تبصره ماده: ۳۰۶ ذکر شده، قصاص، در خصوص آسیب به جنین ساقط است.

## ۲-۲. تعزیر

در فقه اسلامی، برای سقط جنین، مجازات حد، در نظر گرفته نشده است. در خصوص قصاص نیز مطالب مرتبط بیان شد؛ بنا بر این، تعزیر و دیه، مهمترین نوع جرائم این حوزه محسوب می‌شود.

مطابق ماده: ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب سال ۱۳۷۵: هر کس به واسطه‌ی دادن ادویه یا وسایل دیگر موجب سقط جنین زن گردد به شش ماه تا یک سال حبس محکوم می‌شود و اگر عالماً عامداً، زن حامله‌ای را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگر نماید که جنین وی سقط گردد، به حبس از سه تا شش ماه محکوم خواهد شد؛ مگر اینکه ثابت شود: این اقدام، برای حفظ حیات مادر است و در هر مورد، دیه، مطابق مقررات، داده می‌شود.

این ماده، از مصادیق معاونت در بزه سقط جنین است که قانون‌گذار نسبت به ماده: ۱۸۱ سابق، مجازاتی مشخص و مستقل برای آن، تعیین کرده است. نکته‌ی قابل ذکر در این ماده، قسمت اخیر آن است که اگر بتوان ثابت کرد: ادامه بارداری برای جان مادر، خطرناک و مرگ‌آور است، که صد البته، اثبات این موضوع، کاملاً، علمی و پزشکی است و با دانش پزشکی و امکانات پاراکلینیکی موجود، امروزه، به راحتی می‌توان چنین امری را تأیید یا رد کرد و سازمان محترم پزشکی قانونی نیز می‌تواند نظارت دقیق بر تأیید صحیح این امر داشته باشد، در صورت تأیید این امر، مرتکب سقط جنین (پزشک معالج) از مجازات حبس ذکر شده در ماده‌ی قانونی مذکور، بر اساس استثنای ذکر شده در همین ماده، معاف می‌شود.

مواد مذکور، در تغییرات سال ۱۳۹۲ حذف گردیده و قانون‌گذار، مجازات سقط جنین را به دیه محدود کرد؛ حتی مباشرین جرم نیز به دیه محکوم شده و بنا بر این، جنبه‌های تعزیری این اقدام، در قانون مجازات اسلامی نادیده انگاشته شد. به نظر می‌رسد: حذف مجازات حبس، برای انجام این عمل غیر قانونی، جنبه‌های پیشگیری از جرم را کاهش می‌دهد؛ به علاوه اینکه باز هم ساز و کاری برای تشخیص سقط جنین وجود ندارد.

## ۳. سیاست جنایی عراق در خصوص سقط جنین

در این بخش، جنبه‌های مجازات، بازدارندگی و پیشگیری از وقوع جرم، تشریح می‌گردد و ضمن بیان قوانین مرتبط در کشور عراق، قیاس با مورد مشابه در ایران نیز انجام می‌شود.

## ۱-۳. قانون مجازات عراق

قانون‌گذار عراق، در زمان تصویب قانون مجازات در سال ۱۹۶۹، مجازات متصدیان سقط جنین را به صورت شناور بین ۷ تا ۱۵ سال تعیین نمود. در این قانون، جنین بیان داشته شد: اگر زنی خود نسبت به سقط اقدام نماید، حبس تا یک سال و جریمه تا ۱۰۰ دینار در انتظار وی است؛ بنا بر این، مجازات تعزیری اعمال شده در قانون این کشور، جنبه‌های پیشگیری از جرم را تقویت نمود، هرچند که این سیاست، تنها، به نوع سیاست جنایی قانون‌گذاری محدود شد و به صورت مشارکتی، اقدامی در این خصوص، صورت نپذیرفت.

در کتاب قصاص قانون مجازات عراق نیز بحثی از جنین ذکر نشده و به صورت کلی، در خصوص جنایات عمدی صحبت کرده است. نظام قضائی کشور عراق، به این مورد، بی توجه بوده است؛ چنانچه در سال ۱۹۸۸، به دنبال شکایت مردی از همسرش در شهر دیوانیه، کودک دارای شکاف کام، به سبب مصرف داروی زخم معده مادر در دوران بارداری، به چنین مشکلی دچار شده است، اما طرح این دعوی، به کلی مسموع واقع نشد. این کودک شش ماه پس از تولد، درگذشت (عامر و اورگوارت، ۲۰۱۹، ۸۴). در خصوص نحوه محاسبه دیه، تفاوت چندانی در دو نظام حقوقی ایران و عراق وجود ندارد. در کشور عراق نیز علاوه بر پرداخت دیه، جزای نقدی پیش بینی و در مواردی نیز حبس تعیین شده که البته، به صورت شناور و با اختیار قاضی صادر می‌شود؛ اما در ایران، تنها به پرداخت دیه به اولیاء دم اشاره شده است. با توجه به استقلال دو تفکیک دیه و تعزیر، می‌توان عملکرد نظام حقوقی ایران را در وضع مجازات‌های تعزیری این مهم، ناکافی دانست.

در صورتی که سقط جنین ناشی از ضرب و جرح عمدی باشد، ولی مرتکب، قصد انجام جرم سقط جنین را نداشته باشد، در این صورت، شخص را نمی‌توان به جرم سقط جنین عمدی محکوم کرد؛ ولی مطابق مقررات، دیه می‌بایست پرداخت گردد.

## ۱-۱-۳. سقط به وسیله شخص ثالث

قانونگذار عراق، نسبت به جرم انگاری سقط جنین توسط دیگری، به صراحت صحبت کرده که به اهم موارد مرتبط در قانون مجازات این کشور اشاره شده است.

مطابق ماده: ۶۲۲، هر شخص غیر متخصص به وسیله ضرب و جرح و آزار و اذیت زن باردار، موجب سقط جنین وی گردد، مجازات سقط برای مرتکب علاوه بر دیه یا قصاص، شامل یک تا سه سال حبس است (کوهن، ۲۰۲۱، ۷۵).

مطابق ماده: ۶۲۳، اگر فرد غیر متخصص به وسیله استعمال ادویه یا وسایل دیگری، موجبات سقط جنین زن باردار گردد، به حبس از سه تا شش ماه محکوم می‌شود؛ مگر اینکه اثبات شود: اقداماتش برای



حفظ جان مادر بوده است؛ ولی در هر صورت، مطابق قانون، محکوم به پرداخت دیه می‌شود (استابیلی، ۲۰۱۹، ۷۴).

به موجب ماده: ۶۲۴، هر شخص دارای تخصص، چه طبیب باشد، چه ماما و چه فردی دارو فروش، موجب سقط جنین شود، یا اینکه این اشخاص در سقط جنین، مباشرت داشته باشند، مطابق قانون مجازات، با او برخورد خواهد شد که مجازات آن، دو تا پنج سال حبس و پرداخت دیه می‌باشد (تاریکو، ۲۰۲۰، ۵۸).

به طور کلی، سقط جنین، به جز مواردی که سقط، به دلیل بیماری در جنین باشد که موجب عسر و حرج برای او یا والدین گردد و همچنین، مواردی که جنین می‌تواند به سلامتی مادر آسیب بزند، یا در صورتی که در چند قلو زایی، از بین بردن برخی از جنین‌ها، موجب زنده ماندن بقیه شود، به لحاظ شرعی، حرام بوده و پرداخت كفاره را برای عامل سقط ایجاب می‌کند (کوهن، ۲۰۲۱، ۵۴).

در ادبیات حقوق کیفری ایران، به این مسأله توجه خاصی نشده است. نکته قابل توجه اینکه ذکر شرایط عسر و حرج از آنجا است که فرد را نسبت به انجام فعل غیر قانونی مکره می‌نماید. در مواردی که وجود جنین، برای مادر، عذاب آور است، وی در شرایط حرج قرار داشته و به صورت مکره، به سمت این عمل، هدایت می‌شود. این مهم، در صدور دیگر اقسام مجوز، مشاهده می‌شود.

### ۳-۱-۲. موارد مجاز سقط جنین

بر اساس مصوبه‌ای که در سال ۸۱ صادر و به تصویب مجلس شورای اسلامی ایران رسید، در صورتی که بیماری مادر، با تهدید جانی مادر توأم باشد، یا بیماری جنین که پس از ولادت، موجب حرج والدین یا طفل می‌شود، مانند: عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن، با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی، قبل از ولوج روح، با رضایت زن و شوهر می‌توانند اقدام به سقط جنین نمایند و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود.

مطابق قانون، سقط جنین، فقط شامل موارد محدودی می‌باشد و نیاز به تأیید پزشک متخصص و پزشک قانونی می‌باشد و خارج از آن، مجازات جرم سقط را به دنبال دارد.

### ۳-۲. اقدامات قانون‌گذاری

در بخش قانون‌گذاری، مشکلات خاصی وجود دارد که می‌تواند زمینه ساز بروز فساد در حوزه سقط جنین باشد (زارع، ۱۳۹۷، ۴۵) که ذیلاً، به بحث در مورد اهم آن‌ها پرداخته می‌شود:

#### ۳-۲-۱. عدم همکاری قوای سه‌گانه

در بخش پیشگیری از وقوع جرم، خلاف بخش دادرسی، قوه قضائیه، به تنهایی قادر به اجرای آن نمی‌باشد. در اینجا هماهنگی بین قوای سه‌گانه نیاز است. به موجب اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی

قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت هستند از قوه قانون‌گذاری، مجریه و قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت، طبق اصول این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگر هستند. بر اساس تفسیر موسع این اصل، می‌توان چنین بیان داشت: قوای سه‌گانه مستقل از یکدیگر بوده و تنظیم روابط قوا بر عهده مقام معظم رهبری قرار دارد. در حال حاضر، جلسه سران سه قوه، هر از چند گاهی، برگزار می‌شود؛ اما سران هر یک از قوا، از وضعیت موجود، ابراز بی‌اطلاعی می‌کنند. به عقیده حقوق‌دانان، نهاد سران سه قوه، رسمیتی حقوقی نداشته و ساز و کار اجرائی آن، به خوبی مشخص نیست. به خصوص، در بحث پیشگیری از وقوع جرم که نیازمند شدید همکاری قوای سه‌گانه می‌باشد، الزام حقوقی به همکاری سران قوا مشاهده نمی‌شود؛ لذا تنظیم روابط قوای سه‌گانه، عموماً، به دیگر مسائل اختصاص دارد (شهبازی و همکاران، ۱۳۸۶، ۱۵).

از نظر قانون‌گذاری، نیاز است: ساز و کار مجمع سران سه قوه، در قوانین مدونه تصریح شود و بحث پیشگیری از وقوع جرم نیز در این جلسات، مطرح گردد. قوه قضائیه، بر اساس تجربه برخورد با مجرمین، از روزنه‌های فساد، به خوبی اطلاع دارد؛ اما از نظر قانونی، الزامی بر قوه مجریه برای بستن آن روزنه‌ها وجود ندارد؛ البته، با توجه به ماهیت نیمه پارلمانی نظام حاکم بر ایران، قوه قانون‌گذاری، حق اعمال فشار را بر دولت، با هدف اجرای درخواست‌ها دارد.

متأسفانه، در هیچیک از دو کشور ایران و عراق، همکاری و هماهنگی بین قوا در خصوص سقط جنین، مشاهده نشده است. این، در حالی است که جنبه‌های مستقل قضائی، اجرائی و قانون‌گذاری در جریان اتخاذ سیاست جنایی مشهود بوده که نیاز به هماهنگی در این خصوص، مشهود است. در خصوص نحوه اتخاذ همکاری در جریان سیاست جنایی، هر دو کشور، بی‌توجهی را در پیش گرفته‌اند.

### ۲-۲-۳. عدم بازدارنده بودن مجازات‌ها

پیش‌تر، در مورد نوع مجازات‌ها در جریان سقط جنین صحبت شد و بیان گردید: بخشی از این مجازات‌ها جنبه بازدارندگی چندانی ندارند. جزای نقدی مندرج در برخی منابع حقوقی، متناسب با سال تصویب آن منبع حقوقی بوده که امروزه با توجه به تورم‌های کلان، ارزش خود را به کلی، از دست داده‌اند (آصف محسنی، ۱۳۸۴، ۱۲۰).

برخی دیگر از مجازات‌ها همچون: حبس، که در کشور عراق اعمال می‌گردد، به نظر حقوق‌دانان کیفری، چندان بازدارنده محسوب نمی‌گردد. مطابق قوانین فعلی ایران، در جرائم دارای شاکی خصوصی که شاکی خصوصی، رضایت داده و مجرم فاقد سوء پیشینه باشد، مجازات جایگزین حبس اعمال می‌گردد.

### ۳-۳. اقدامات اجرائی

هیأت دولت، در چهار چوب قوانین مدونه و در راستای مسائل اجرائی، مقررات اجرایی را مصوب، و به صورت بخشنامه ابلاغ می‌نماید. گاه، صدور چنین مقرراتی می‌تواند با اصول قوانین مدونه، سازگار

نباشد. با توجه به اینکه مطابق قانون اساسی، رئیس جمهور، دومین مقام رسمی کشور محسوب می‌شود، نمی‌توان نظارت دائمی قوه قضائیه بر مقررات اجرایی را پذیرفت.

به هر حال، این مقررات نیز می‌تواند عامل پیشگیری از جرم محسوب شود. در ایران، اقدامات اجرائی در خصوص پیشگیری از سقط جنین، نا مناسب ارزیابی می‌شود. در کشور عراق، ممانعت از فروش ادوات سقط، اقدامی اجرائی پیشگیرانه محسوب شده، لیکن به سبب ضعف در کنترل مرزهای این کشور، این سیاست، نتیجه چندانی نداشته است.

### ۳-۳-۱. نا هماهنگی‌ها در بخش اداری

مشکل مذکور، از نوع اداری، قلمداد شده و در هر دو کشور مذکور، مشاهده می‌شود. این نا هماهنگی‌ها، در نهایت، به حذف اثر اتخاذ سیاست‌های جنایی در بخش اجرایی منتهی می‌گردد. ابتداء، نمونه‌های سیاست‌های جنایی در خصوص سقط جنین، در دو کشور بررسی شده و در ادامه، به نا هماهنگی اداری آن‌ها اشاره گشته است.

در کشور عراق، بنا به مصوبه هیأت دولت، فروش کلیه داروها و همچنین ادوات سقط جنین، تنها با نسخه پزشک صالح، ممکن است. همچنین، در اقدامی دیگر، لایحه اصلاح قانون مجازات کشور عراق از طرف دولت تهیه و تنظیم شده که به موجب آن، برای موارد ولادت ناشی از زنا با محارم و تجاوز به عنف، حق سقط، قائل شده است.

در خصوص ایران، اقدامات اجرائی در ضعیف‌ترین سطح، انجام شده و وزارت بهداشت، بدون داشتن امکانات لازم، مسئول یافتن مراکز سقط جنین می‌باشد. این، در حالی است که ضابطین دادگستری، در بحث تحقیقات، دارای توانایی کافی بوده و نیاز بود وزارت بهداشت در این خصوص، با نیروی انتظامی تفاهم‌نامه امضاء می‌کرد. از طرف دیگر، چون عمل سقط جنین، جرم انگاری شده و در این صورت، امکان تعقیب قضائی مجرم یا مجرمین وجود دارد، می‌بایست زیر نظر دادرسی حوزه قضائی نسبت به این مورد، اقدام می‌شد.

اقدامات قانون‌گذاری دولت عراق به سبب پارلمانی بودن نظام این کشور ممکن است، اما مدت‌ها است لایحه پیشنهادی دولت عراق بر زمین مانده و به آن، رسیدگی نشده است؛ بنا بر این، روابط بین قوای مجریه و قانون‌گذاری عراق را می‌توان نا مناسب دانست؛ چراکه لوایح پیشنهادی از طرف دولت‌ها می‌بایست در اولویت کار مجالس قرار گیرد.

در پوشش هماهنگی اداری مناسب، می‌توان نسبت به پیشگیری از وقوع جرم اقدام نمود. جنین‌های سقط شده، به هر نحو ممکن، به سیستم نظافت شهری وارد شده و در این وضعیت، امکان شناسایی مراکز غیرمجاز موجود خواهد بود. با توجه به امکان همکاری مردم، شهرداری و رفته‌گران، این نوع سیاست جنایی را می‌توان از نوع مشارکتی دانست.

### ۳-۲-۲. ترویج اطلاعات تنظیم خانواده

دولت عراق، به سبب مشکلات زیرساختی، در صدد کنترل جمعیت می‌باشد؛ اما با این وجود، نسبت به ترویج فرهنگ ممانعت از بارداری، چندان موفق عمل نکرده است.

طی تحقیقات میدانی انجام شده، بخش عظیمی از جامعه روستایی عراق، نسبت به روش‌های پیشگیری از بارداری، بی‌اطلاع هستند. اگر سیاست کنترل جمعیتی دولت عراق، به درستی انجام شود، می‌بایست در خصوص ممانعت از بارداری، اطلاع رسانی شود، تا در نتیجه آن، از بارداری ناخواسته، ممانعت شده و به تبع آن، سقط جنین، کاهش یابد.

به طور کلی، هر دو دولت با هر نوع سیاست جمعیتی، می‌بایست با هدف ممانعت از بارداری ناخواسته، نسبت به اطلاع رسانی در خصوص روش‌های پیشگیری از بارداری اقدام کرده، تا به تبع آن، آمار سقط جنین، کاهش یابد. در این مورد، قانون خاصی نیز وضع نشده است.

### ۳-۲-۳. نظارت بیشتر بر موارد احتمالی

قوای قضائیه و مجریه، بر اساس تجارب خود، بسترهای فساد را به خوبی شناخته و می‌توانند بر روی این منافذ، نظارت بهتری قرار دهند. در این باره، همکاری بین قوای قضائیه و مجریه ضرورت دارد. مثلاً، در جریان اعطای ارز دولتی، همه مسئولین به صورت یک صدا بیان داشته: می‌بایست بر شرکت‌های دریافت‌کننده ارز، نظارت بهتری انجام شود که متأسفانه در غیاب نظارت دقیق، میلیون‌ها دلار ارز به جیب سودجویان رفت و این، در حالی بود که کالاهای اساسی در کشور، به درستی تأمین نشده و مرتب در حال گرانی است. قوه قضائیه نیز به دلیل همکاری نامناسب دولت، در امر شناسایی مجرمین، مشکلات فراوانی داشته که جملگی موارد مذکور به امن بودن محل فساد دریافت کنندگان ارز دولتی، منتهی شده است.

در مورد جرم سقط جنین، موارد محتمل به سقط جنین غیر قانونی، شامل کارکنان بیمارستانی می‌باشد. در اکثر موارد ماماهاى سستی، چنین اقداماتی انجام می‌دهند. طبیعتاً، نظارت بر این دسته از مشاغل می‌بایست به نحوی بوده که موارد اقدام غیر قانونی سقط جنین، توسط این افراد شناسایی شود. اقدامات حفاظت و اطلاعات، توسط ضابطین صالح، در این خصوص، ضرورت دارد. هدف از تأسیس واحدهای اطلاعات و به تبع آن، حفاظت، این بود که منتظر وقوع جرم نبوده و در اسرع وقت، خود، نسبت به شناسایی آن، اقدام نمایند؛ بنا بر این، در این اقدامات، تمرکز بر مشاغل مذکور بوده که در هیچیک از دو کشور ایران و عراق، به آن توجهی نشده است. وزارت بهداشت، در این دو کشور، فاقد واحد اطلاعات بوده و به داشتن حراست، اکتفاء شده است.

## ۳-۲-۴. گزارش‌های کشف جرم

همواره، کشف فساد، یکی از مهمترین و پرهزینه‌ترین مراحل مبارزه با فساد بوده است. در ایران نیز انبوهی از نهادهای نظارتی جهت کشف فساد تعییبه شده‌اند، اما در عمل، کارآمدی چندانی ندارند. کشورهای مختلف، راه‌حل‌های دیگری برای کشف فساد انتخاب کرده‌اند. یکی از کم هزینه‌ترین و کارآمدترین راه‌حل‌ها، استفاده از ظرفیت مردم برای کشف فساد است.

اولین راهکار پیشنهادی، حمایت و حفاظت از گزارش فساد است. این عامل می‌تواند در چند حوزه مطرح شود: از جمله محرمانه ماندن هویت گزارش دهنده فساد، حفاظت امنیتی در صورت وجود مخاطرات امنیتی، حمایت شغلی و به وجود آمدن امکان انتقال، در صورت افشای هویت گزارش دهنده فساد و یکسری قواعد محرمانگی.

راهکار دوم، تشویق مالی محرک و معنی‌دار متناسب، با ارزش فساد کشف شده از محل عواید حاصل از جریمه متخلف است؛ برای مثال، ۲۰٪ از جریمه‌ای که فرد متخلف انجام می‌دهد، به گزارش دهنده فساد بدهند.

راهکار سوم، اجازه دادن به مؤسسات حقوقی خصوصی، جهت مطرح کردن پرونده‌های فساد و شکایت از جانب دولت، بر مبنای اطلاعات گزارش شده فساد است. این نهاد واسط می‌تواند به محرمانه ماندن هویت گزارش دهنده فساد، کمک و نیاز مالی جهت به نتیجه رساندن چنین پرونده‌هایی را تأمین کند.

برای این مؤسسات هم یک سری قواعد لازم است؛ از جمله عدم ایجاد انحصار در تعداد مؤسسات، اعلام تخمین مؤسسه از ارزش پرونده، قبل از شروع پیگیری پرونده در دادگاه و دریافت هزینه دادرسی از مؤسسات مطرح کننده شکایت.

راهکار چهارم، تشویق معنی دار از گزارش دهندگانی که خود شریک جرم بوده‌اند، به خاطر گزارش تخلف. به علاوه، مجازات، به خاطر تخلف است. اگر متخلفین را به خاطر خلافی که مرتکب شده‌اند، جریمه و به خاطر گزارش فسادشان تشویق کنند، باعث نا امن شدن فضای تخلف و از بین رفتن امکان تخلف سازمان یافته می‌شود.

راهکار پنجم، که به خاطر مسائل فرهنگی، باید روی آن، سرمایه‌گذاری کرد، قهرمان‌سازی از گزارش دهندگان تخلف و تغییر فرهنگ عمومی می‌باشد که باعث احساس خطر متخلفین و مشارکت بیشتر مردم می‌شود.

یکی از بندهای ماده‌ی یازده قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، گزارش‌های هشدار است که سازمان بازرسی در صورت اطلاع از تخلف باید گزارش را به دستگاه‌های اجرایی و مسئولین دستگاه‌های اجرایی ارسال کند. سازمان وظیفه دارد: از تصمیم و اقدام خلافی که دارد انجام می‌شود و یا

گرفته شده است، از تداوم آن، جلوگیری کند. سازمان در سال، صدها گزارش هشدار به دستگاه‌های اجرایی برای جلوگیری از تصمیم خلاف یا متوقف کردن اقدام خلاف ارسال کرده و نوعاً هم مورد استقبال دستگاه‌های اجرایی قرار می‌گیرد؛ چراکه اگر پیشگیری شود و هشدار و تذکر داده شود که اتفاقی نیفتد و یا از ادامه‌ی اتفاقی، جلوگیری شود، هزینه آن، برای مدیران هم کمتر می‌شود؛ چون اگر تخلفی صورت بگیرد، مدیران باید پاسخ بدهند و برخورد قضائی با آن‌ها می‌شود؛ قاعدتاً، باید از این هشدارها، استقبال کنند و نوعاً هم استقبال می‌کنند.

به هر حال، نیاز است: جان گزارش دهندگان حفظ شود و بدین صورت، انگیزه گزارش تخلفات، افزایش یابد. در این خصوص، نیاز است: با همکاری قوای قضائیه و مجریه، قانون مربوطه که به گزارش تخلف، رسمیت بخشیده و ضمن در نظر گرفتن پاداش برای این قبیل افراد، می‌بایست جان آن‌ها را از گزند انتقام، محفوظ بدارد، تهیه و تنظیم شده و جهت تصویب، به مجلس، ارسال شود. در حیطه داخلی و جزئی نیز رئیس قوه مجریه می‌تواند با صدور بخشنامه‌هایی زمینه همکاری بین گزارش دهنده و سازمان‌های دریافت کننده گزارش را فراهم دارد.

در اصطلاح، به این نوع سیستم، سوت زنی گویند. در وضعیت کنونی، تنها، جمهوری عربی سوریه، در این خصوص، موفق عمل کرده و برای گزارش‌های مرتبط با سقط جنین غیر قانونی، پاداش تعیین نموده و حسب این گزارش، شدیداً با متخلفین برخورد می‌نماید (خاقانی اصفهانی، ۱۳۹۲، ۱۶۵). اما دو کشور ایران و عراق، در این خصوص، هیچ تدبیری نیندیشیده‌اند. در صورت گزارش مردمی در مورد سقط جنین در ایران، شخص، می‌بایست خود را به عنوان شاکی خصوصی، معرفی کرده و گزارش خود را به صورت رسمی ارائه دهد که کاملاً، خلاف هدف اصلی سیاست جنایی می‌باشد. در کشور عراق نیز به طور کلی، در این خصوص تدبیری اندیشیده نشده است؛ بنا بر این، سوت زنی جمهوری عربی سوریه را در این خصوص می‌توان به نسبت دیگر کشورهای عربی و اسلامی، موفق دانست.

### ۳-۲-۵. افزایش ریسک سقط جنین

یکی از راهکارهای پیشگیری از وقوع جرم، افزایش هزینه‌های آن است؛ مثلاً در سال ۱۳۹۷ و با افزایش ناگهانی قیمت ارز، آمار قاچاق کالا، خود به خود کاهش پیدا کرد. همین رویه می‌تواند در خصوص جرائم دیگر انجام شود؛ البته، در این نوع جرم، جان خود مجرم، در خطر است و می‌بایست از آن حمایت نمود؛ بنا بر این، بهترین راهکار افزایش ریسک سقط جنین، اقدامات اطلاعاتی می‌باشد.

در حال حاضر، این نوع از جرائم در حیطه جرائم عمومی طبقه بندی شده که ضابطین قضائی عام، به آن، رسیدگی می‌نمایند؛ بنا بر این، پلیس اطلاعات و امنیت عمومی می‌تواند مسئولیت شناسایی آن را عهده دار شود، تا بدین صورت، ریسک این گونه اقدامات افزایش یابد.

متأسفانه، هیچ اطلاعاتی در خصوص چنین اقداماتی، در دو کشور ایران و عراق وجود نداشته و تنها، این نکته، قابل توجه است که در زمان حیات حکومت بعث عراق، اقدامات اطلاعاتی برای شناسایی سقط جنین، در جریان بوده است (جان جان، ۱۳۹۰، ۱۵۵). در آن دوران، مراکز سقط جنین، توسط نیروهای استخبارات تهیه می‌شد، تا بدین صورت از وضعیت سقط جنین، اطلاع یافته و با متخلفان به شدت برخورد نمایند؛ بنا بر این، در زمینه اقدامات حفاظتی و اطلاعاتی، هر دو دولت، ضعیف عمل نموده‌اند.

### ۴-۳. اقدامات قضائی

قوه قضائیه، از چند جنبه می‌تواند در جریان قانون‌گذاری دخالت کند؛ اولاً، در راستای اجرای قوانین قضائی، صدور بخشنامه، از اختیارات قوه قضائیه می‌باشد؛ مثلاً، در قانون آئین دادرسی مدنی، ذکر شده: دعوا، در محل اقامت خوانده می‌بایست اقامه شود؛ مگر در شرایط خاص، به صلاح‌دید رئیس قوه قضائیه. بر اساس همین اختیار تفویض شده، رئیس قوه قضائیه با صدور بخشنامه‌ای اعلام کرد: در دعاوی خانواده، زوجه می‌تواند در محل اقامت خود علیه زوج طرح دعوی نماید (موسوی، ۱۳۹۹، ۴۱).

این مثالی از اختیارات قوه قضائیه، در قانون‌گذاری می‌باشد. صدور آرای وحدت رویه نیز در سکوت قانونی، نوعی قانون‌گذاری محسوب می‌شود؛ به هر حال، در جریان پیشگیری از جرائم سقط جنین، قوه قضائیه می‌تواند تا حدودی از اختیارات قانون‌گذاری خود بهره برد.

بایستی در نظر داشت: نهادهای یک نظام حقوقی و سازمان‌های قضایی در جامعه، عامل اصلی ایجاد و تخریب اعتماد، محسوب می‌شوند. در صورتی که این نهادها و سازمان‌ها کارآمد باشند، به واسطه کارآمدی و عدالت خود، قراردادهای بین افراد را تضمین و خیانت‌کنندگان به قراردادهای را مجازات می‌کنند (پورجمشید، ۱۳۹۶، ۷۵).

از این رو، افراد به این نتیجه می‌رسند: سایر شهروندان، به خاطر وجود نهادهای قانونی کارآمد، به اعتماد آن‌ها خیانت نمی‌کنند؛ بنا بر این، قابل‌اعتماد هستند؛ ولی وقتی انسان‌ها می‌دانند: اگر از اعتماد آن‌ها سوء استفاده شود، جایی یا کسی وجود ندارد که بتواند به آن پناه ببرند، در چنین شرایطی، طبیعی است که سوء ظن داشته و بد بین باشند.

بنا بر این، نهادها و عملکرد آن‌ها در خصوص تضمین اعتماد و حمایت‌گری برابر خیانت به اعتماد و کار آیی آن‌ها در جهت ایجاد اعتماد و جلوگیری از فرسایش آن، مورد توجه قرار می‌گیرد. علت بحث در مورد سرمایه‌های اجتماعی این بود که بخش عظیمی از وثایق، اسناد اعتباری رایج در بازار است که پرداخت آن، به اعتبار و شخصیت افراد بستگی داشته، زمانی که افراد یک جامعه بخواهند از این طریق سوء استفاده کنند، سبب بی‌اعتمادی افراد یک جامعه به همدیگر و از طرفی فاقد اعتبار گشتن نهادهای حقوقی خواهد شد.

در واقع، علت اینکه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری از وثائق ترکیبی استفاده می‌کنند، بی‌اعتمادی و عدم امنیت قضایی و اقتصادی است. چگونگی اخذ وثائق، بسته به شورای اعتبار هر بانک است. اگر در نظر آن‌ها، امنیت خاطر کند، حقیقتاً، چون این وثائق کارآمد و کارآ نیستند، امری بیهوده است (جان، ۱۳۹۰، ۶۸).

باید در خصوص سقط جنین، قوه قضائیه از اختیاراتی نظیر تحقیقات بازدارنده، دستور به ضابطین قضائی برای شناسایی عوامل، پیشنهاد لوایح و ... برخوردار باشد.

با توجه به اینکه تعیین مجازات برای سقط جنین در قوانین موضوعه قرار گرفته، قضات حق صدور احکام بیشتر یا کمتر از آن را ندارند؛ اما می‌توان در این خصوص، سخت‌گیری لازم را اعمال نمود. در زمینه وظیفه پیشگیری، قوه قضائیه، متأسفانه، در این خصوص، موفق عمل نکرده و می‌بایست به شناسایی عوامل سقط جنین بپردازد که همکاری مستمر با قوه مجریه را خواستار است.

### ۳-۵. اشتراکات و افتراکات

اشتراکات عملکرد سیاست جنایی کشورهای ایران و عراق، عمدتاً، به کاستی‌ها اختصاص داشته و متأسفانه، در جنبه مثبت، به این قضیه، نگرسته نشده است.

متأسفانه، ناهماهنگی اداری در هر دو کشور، به چشم خورده و این مهم، موجب گردیده: اتخاذ سیاست‌های اجرائی، در عمل، با شکست مواجه شود.

در زمینه پیشگیری از وقوع جرم، هر دو کشور، سیاست‌هایی اتخاذ کرده‌اند. در بخش مشارکتی نیز شباهت خاصی بین سیاست‌های کشورهای مذکور مشاهده نشده و تنها، جرم‌انگاری این فعل و برتری حفظ جان مادر، از اشتراکات سیاست جنایی قانون‌گذاری هر دو کشور می‌باشد؛ در واقع، می‌توان چنین بیان داشت: مقابله با سقط جنین، اولویت سیاست جنایی این کشورها نمی‌باشد.

دولت عراق که به‌تازگی طعم امنیت را چشیده است، بررسی‌ها و نظارت‌های خاص پیشگیرانه را اتخاذ کرده، اما باز هم هماهنگی اداری در این خصوص، انجام نشده است. به نظر می‌رسد: پس از پایان جنگ‌های متمادی کشور عراق، دولت عراق، در توجه به مشکلات اقتصادی پساکروناپی می‌باشد.

در ایران، توجه به این مهم نیز در اولویت قرار ندارد؛ این در حالی است که در سال‌های اخیر آمار سقط جنین رشد داشته و ارتکاب این فعل، به سادگی ممکن است. نیاز است: ممانعت از این فعل، به عنوان معضلی اجتماعی، در اولویت سیاست جنایی قرار گیرد.

مهمترین وجه تفاوت دو نظام قضائی ایران و عراق را می‌توان در بخش قانون‌گذاری مشاهده کرد؛ پیش‌تر، در قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات و مجازات بازدارنده، مصوب ۱۳۷۵، علاوه بر دیه، مجازات حبس تعزیری برای مادرانی مشهود بود که به صورت غیر قانونی، دست به چنین اقدامی زده‌اند. در سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار این مجازات را تنها به پرداخت دیه محدود نمود. این، در حالی است که



پرداخت دیه، معمولاً، به پدر جنین بوده و قابلیت گذشت از آن، مشهود است. نیاز بود: حداقل، جزای نقدی به نفع دولت، لحاظ می‌شد؛ بنا بر این، پیشگیری خاصی در مجازات فعلی ایران، مشهود نیست. میزان بازدارندگی مجازات در وضعیتی است که ساز و کاری برای شناسایی وضعیت سقط جنین نیز وجود نداشته و در عمل، این جرم به سادگی ارتکاب می‌یابد.

در کشور عراق، مجازات حبس برای دست اندر کاران این جرم، وضع شده است؛ بنا بر این، جنبه‌های پیشگیری از این جرم، مشهود است، اما جنبه پیشگیری، تنها، به وضع مقررات پیشگیرانه، خلاصه نشده و این قانون‌گذاری، عملی لازم و نه کافی دانسته می‌شود. اعطای پاداش به گزارش دهندگان این جرم، نمونه‌ای از آن، تلقی می‌شود. هرگونه احتمال سقط جنین توسط پرسنل بهداشتی، به پلیس اطلاع داده شده و البته، در اقدامی اشتباه، پرسنل درمانی، ضابط خاص درمانی در این خصوص تعیین شده‌اند.

در کشور عراق نیز به صورت جزئی، گزارش‌های سقط جنین توسط وزارت بهداشت، بررسی شده که باز هم به دلیل عدم هماهنگی اداری، این بررسی‌ها تنها، جنبه اداری و تشریفاتی دارد. در ایران که مجازات پیشگیرانه‌ای در این خصوص وجود ندارد، اقدامات قضائی پیشگیرانه نیز انجام شده و به ندرت، مراکز غیر مجاز سقط جنین، شناسایی می‌شوند. از طرف دیگر، فروش ادوات سقط جنین، به سهولت ممکن است؛ بنا بر این، عملکرد نظام ایران در این خصوص، بسیار ضعیف ارزیابی می‌شود.

#### ۴. نقد و بررسی

پیشگیری را می‌توان یکی از راهبردهای اساسی در حوزه کنترل اجتماعی برشمرد که در بر دارنده مجموعه راهکارهای مستقیم و غیر مستقیم، با هدف ایجاد امکانات و موقعیت‌های بازدارنده از وقوع جرم و کجروی، طراحی و تدوین می‌شود.

اهمیت و کارآمدی پیشگیری، همواره توجه صاحب نظران نظام‌های جزایی و حوزه سیاست جنایی را به خود جلب کرده است. تجربه‌های دراز مدت نظام‌های کیفری و همچنین یافته‌های تجربی چند دهه اخیر نشان می‌دهد: در صورت اجرای صحیح، پیشگیری راه حلی به مراتب کارآمدتر و مؤثرتر از راهبردهای پسینی مقابله است. این یافته‌ها نشان می‌دهند: پیشگیری، کاهشی قابل توجه در نیروها و هزینه‌های مورد نیاز در کنترل اجتماعی در پی دارد.

باید اذعان داشت: رویکرد جرم‌شناسانه نسبت به پیشگیری، در طول تاریخ، با دو نگرش متفاوت رو به رو بوده است؛ برخی از جرم‌شناسان، تعریف پیشگیری را در قالبی کلان تعریف کرده‌اند و برخی دیگر، پیشگیری را در مفهوم خرد، به کار بسته‌اند.

جرم‌شناسان کلان نگر اعتقاد دارند: هر اقدامی که علیه جرم، صورت بگیرد و آن را کاهش دهد، پیشگیری نامیده می‌شود. برای اینان، انواع تدابیر کیفری و غیرکیفری، در هر مرحله‌ای (قبل از جرم یا بعد از آن) نوعی پیشگیری محسوب می‌گردد؛ بنا بر این، تعقیب بزهکار یا اعمال مجازات علیه مجرم نیز از دید این متفکران، پیشگیری به شمار می‌آید.

در سوی مقابل، اندیشمندان سطح خُرد، بر این باور هستند: پیشگیری به مجموعه وسایل و ابزارهایی اطلاق می‌شود که جامعه برای مهار بهتر بزهکاری از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرم زا و یا از طریق اعمال مدیریت مناسب، نسبت به عوامل محیط فیزیکی و محیط اجتماعی موجد فرصت‌های جرم، مورد استفاده قرار می‌دهد؛ از این رو، در این رویکرد، کیفر یک جرم (مانند سرقت) پیشگیری محسوب نمی‌شود. از تعریف دوم، کاملاً پیدا است: رویکرد سطح خُرد، بر عوامل اجتماعی مهمی چون: بهبود کیفیت محیط اجتماعی یا کاستن از عوامل جرم آفرین، تأکید دارد.

با این تعاریف، در ماده یک لایحه پیشگیری از جرم، پیشگیری از وقوع جرم، به پیش بینی، شناسایی و ارزیابی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم برای از میان بردن یا کاهش آن، تعریف شده است.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، مجازات تعزیری برای سقط جنین، حذف شده و همچنین، مجازات عاملان ثالث این مهم، بی‌توجه مانده است؛ این، در حالی است که قانون مجازات عراق، مجازات‌های سخت‌تری برای مباشرین و معاونین این جرم در نظر گرفته و در عین حال، توزیع آلات آن را ممنوع ساخته است؛ بنا بر این، اقدامات پیشگیرانه در عراق به نسبت ایران، بهتر ارزیابی می‌گردد.

در زمینه اجرایی نیز فرهنگ سازی در خصوص این مورد، در هر دو کشور ایران و عراق، ضعیف ارزیابی می‌شود؛ چون موجب توسعه این جرم گردیده است؛ بنا بر این، عملکرد قوای مجریه هر دو کشور ایران و عراق، در این خصوص، ضعیف ارزیابی می‌گردد.

یکی از جنبه‌های جرم‌انگاری، ضمانت‌های اجرایی بوده و فقدان ضمانت، گاه، به حذف اثر بازدارندگی مجازات منتهی می‌گردد. مجازات‌های سقط جنین در دو کشور ایران و عراق، فاقد ضمانت اجرایی کافی می‌باشد.

در نهایت، اینکه جمهوری اسلامی ایران، به سبب محدودیت به منابع فقهی، و جمهوری عراق، به سبب عدم انعطاف در سیاست‌گذاری و فقدان همه‌جانبه‌نگری، سیاست‌های جنایی در خصوص سقط جنین اتخاذ کرده‌اند که چندان موفق نبوده‌اند.

## نتیجه‌گیری

بر مبنای مطالب مطروحه، این نتایج، حاصل است: قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران، مجازات سقط جنین را تنها، به دیه محدود کرده و این، در حالی است که کشور عراق مجازات تعزیری نیز برای آن قرار داده‌اند. می‌بایست جنبه پیشگیری از جرم را افزایش داد.

اقدام اطلاعاتی برای شناسایی سقط جنین، در دو کشور ایران و عراق عملکردی ضعیف دارند. ناهماهنگی اداری در خصوص مقابله با سقط جنین در هر دو کشور، مشهود است. در زمینه نظارت بر اقدامات مقابله با سقط جنینی، دولت عراق به نحوی بهتر عمل کرده، لیکن به سبب ناهماهنگی اداری، نتیجه مورد نظر، حاصل نشده است.

در زمینه ممانعت از فروش ادوات سقط جنین، دولت عراق عملکرد بهتری داشته، لیکن به سبب عدم موفقیت در مبارزه با قاچاق کالا، این اقدامات چندان مؤثر واقع نشده است. جرم‌انگاری سخت‌گیرانه موجب عسر و حرج و حرکت مکره‌خانه به سمت جرم شده و نیاز است که جهات سقط جنین قانونی، افزایش یابد. ضابط صالح رسیدگی به مسأله سقط جنین، پلیس بوده و پرسنل بهداشت ملزم به همکاری با این نهاد هستند. انتخاب کارکنان درمانی به عنوان ضابط دادگستری، خطا محسوب می‌شود.

وضعیت خاص نظام بهداشتی کشورمان که آموزش، استخدام و نظارت را به وزارت بهداشت واگذار کرده، برخورد با متخلفین سقط جنین را با مشکل عدم استقلال مواجه کرده که خطایی تاریخی محسوب می‌شود. ترویج اطلاعات تنظیم خانواده در هر شرایط سیاست‌های جمعیتی، برای پیشگیری از سقط جنین ضرورت دارد.

به طور کلی، سیاست جنایی هر دو کشور ایران و عراق در برخورد با سقط جنین، ناقص ارزیابی می‌گردد.

## کتابشناسی

۱. آصف محسنی، محمد، (۱۳۸۴)، «سقط جنین در فقه اسلامی»، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره: ۴، ص ۷-۳۹۰.
۲. پور جمشید، سید مجید، (۱۳۹۶)، «بررسی جلوه‌های سیاست جنایی مشارکتی در قوانین کیفری ایران»، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، کاشان، دانشگاه کاشان.
۳. جان جان، فاطمه، (۱۳۹۰)، «نقض مقتضیات زمان و مکان در سیاست جنایی اسلام»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، زاهدان، دانشگاه سیستان و بلوچستان.
۴. خاقانی اصفهانی، مهدی، (۱۳۹۲)، «مبانی تدوین الگوی اسلامی ایرانی سیاست جنایی»، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، قم، دانشگاه قم.
۵. زارع، الهام؛ شکر فروش، شهناز، (۱۳۹۷)، «بارداری و زایمان»، تهران، انتشارات بشری.
۶. سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۳۰ق)، «مذهب الاحکام»، قم، نشر دار التفسیر.

۷. شهبازی، شیرین؛ فتحی زاده، ناهید؛ طالقانی، فریبا؛ دولتیان، ماهرخ؛ نوری دولویی، روشنگر؛ زجاجی، همایون؛ علوی مجد، حمید، (۱۳۸۶)، «فرآیند تصمیم‌گیری برای سقط غیر قانونی»، مجله باروری و ناباروری، شماره: ۳۳، ص ۲۵-۱.
۸. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، (۱۴۰۱ق)، «المقنعه»، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. عارف، محدثه، (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی سقط جنین در نظام بین‌المللی حقوق بشر و حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۰. کانیتنگم، لونو؛ بلوم، هوث؛ روس، اسپانگ، (۱۳۸۹)، «بارداری و زایمان»، ترجمه: بهرام قاضی جهانی، تهران، نشر گلبن.
۱۱. موسوی، ایمان، (۱۳۹۲)، «سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران در قبال جرائم حاد بزه دیده»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد.
12. Cohen, M. (Ed.). (2021). 'Rights and Wrongs of Abortion, A Philosophy and Public Affairs Reader.' Princeton University Press.
13. Earner-Byrne, L., & Urquhart, D. (2019). 'The Irish abortion journey', 1920-2018 (p. 84). London , Palgrave Macmillan.
14. Stobie, C. E. (2019). 'Abortion and Agency in Recent Southern African Fiction (Doctoral dissertation,' University of Leeds).
15. Tariku, M. (2020). 'Magnitude of severe acute maternal morbidity and associated factors related to abortion ، a cross-sectional study in Hawassa University Comprehensive Specialized Hospital,' Ethiopia, 2019. BioMed Research International, 2020.
16. World Health Organization. (2019). 'Preventing unsafe abortion ، evidence brief (No. WHO/RHR/19.21)'. World Health Organization.

فصلنامه  
علمی  
آموزه‌های  
فقه و  
حقوق جزاء

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال سوم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱، پاییز ۱۴۰۳

