



FRL

The Fundamental Researches in Law

پژوهش های بنیادین در حقوق

FRL

The Fundamental Researches in Law

پژوهش های بنیادین در حقوق

اولین نشریه علمی / تخصصی حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

شماره چهارم تابستان ۱۴۰۳

■ عناوین مقالات:

۱- نقش فریب در تحقق ضمان قهری (بررسی حقوق ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق انگلیس)

دکتر سید حسین صفایی، پریسا اصولی

۲- عدالت معاوضی، لباسی موزون بر قامت کهنسال قانون مدنی

محمد خاکباز

۳- بررسی امکان نقض تعهدات در قراردادهای هوشمند شبکه بلاکچین و ضمانت اجراهای احتمالی آن

رحیم مختاری، هادی زارع

۴- مرز و تأثیر آن بر منافع ملی کشورهای همجوار

پونه طبیب زاده، محمد پاک گوهر، نگار نگارستانی

۵- شناسایی الگوهای موثر جایگزین برای مجازات های مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر

فاطمه لویمی، عیسی بنی نعیمه، امیر آلبوعلی

۶- ارزیابی وقوع جرم و جنایت در فضاهای بی دفاع شهری در چارچوب نظریه

جرم شناسی رادیکال

محدثه قوامی پور سرشکه، امیررضا محمودی، کاوه نورسته

۷- تطبیق احکام فقهی جرائم مستوجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تخفیف مجازات

اکرم شفیعی، مهناز سلیمی، جواد رجبی سلمان

ISLAMIC AZAD UNIVERSITY OF RAFSANJAN

The Role of Deception in the Realization of Strict Liability (A Study of Iranian Law with a Comparative Perspective to English Law)

Dr. Seyyed Hossein Safaei, Parisa Osouli (Responsible Author)

Commutative Justice: A Suitable Garment for the Aging Framework of Civil Law

Mohammad Khakbaz

Examining the Possibility of Breaching Obligations in Smart Contracts on the Blockchain and Potential Legal Consequences

Rahim Mokhtari, Hadi Zare

Borders and Their Impact on the National Interests of Neighboring Countries

Pooneh Tabibzadeh, Mohammad Pakgouhar, Negar Negarstani

Identifying Effective Alternative Patterns for the Penalties Established by Drug Trafficking Laws

Fatemeh Louimi, Eisa Bani Naeemeh, Amir Albu>ali

Assessing Crime and Offenses in Vulnerable Urban Spaces within the Framework of Radical Criminology Theory

Mohaddeseh Ghavami Poor Sarshakkeh, Amir-Reza Mahmoudi, Kaveh Nourasteh

Comparative Analysis of Islamic Jurisprudential Rules Regarding Capital Punishable Crimes in Shia and Hanafi Law with a Focus on Mitigating Penalties

Akram Shafiei, Mahnaz Salimi, Javad Rajabi Salman

FRL

پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

پژوهش های بنیادین در حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

FRL

The Fundamental Researches in Law

شماره چهارم / تابستان ۱۴۰۳

پژوهش های بنیادین در حقوق

صاحب امتیاز

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

مدیر مسئول

دکتر پونه طبیب زاده استادیار حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

سر دبیر

دکتر محمود قیوم زاده خرنقی استاد الهیات، کلام اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه

مدیر داخلی

مهندس سید مصطفی ترابی راد - مربی کامپیوتر (نرم افزار)

ویراستار

محمدحسین پورمحمدعلی

اعضای هیئت تحریریه:

حسین میرمحمدصادقی استاد حقوق جزا و حقوق قراردادها دانشگاه شهید بهشتی

امیر حمزه سالارزائی استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

حسین احمری دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سیدحسن وحدتی شبیری دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مهدی عباسی سرمدی دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

محمدرضا کاظمی گلوردی استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سید مهدی احمدی موسوی استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

طرح روی جلد: خانم معصومه خان محمدی

صفحه آرا: محمدحسین پورمحمدعلی

نشانی: رفسنجان بلوار ولایت ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

کد پستی: ۷۷۱۸۱۸۴۴۸۳

تلفن: ۰۳۴-۳۴۳۳۳۰۹۱

همراه: ۰۹۱۳۳۹۱۲۸۳۷

پست الکترونیک: rafsanjan.jftrl@gmail.com

اصول و راهنمای نگارش مقالات

- مقاله باید نتیجه تحقیقات نویسنده/ نویسندگان باشد.
 - مقاله نباید در نشریه دیگری منتشر شده باشد و تا اتمام داوری نیز نباید به مجله دیگری فرستاده شود.
 - مسئولیت مطالب و محتوای مقاله برعهده نویسنده مسئول است.
 - مقاله نباید از ۱۵ صفحه کمتر و از ۲۵ صفحه بیشتر باشد و تعداد واژگان مقاله حداکثر ۸۰۰۰ واژه باشد.
 - مقاله باید مطابق با راهنمای تدوین مقاله بر صفحه کاغذ (A4)، با قلم B Lotus شماره (۱۳) فاصله بین خطوط در چکیده (۱)، در متن (۱/۱۵)، فونت نگارش در زیرنویس ها (۹) و در محیط واژه پرداز (word) نوشته شده باشد.
 - متون و واژه های انگلیسی با فونت Times new roman شماره ۱۱ نوشته شود.
 - نام کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، دانشگاه محل تدریس یا تحصیل، رشته تحصیلی، ایمیل، شماره همراه و نشانی پستی نویسنده باید در صفحه جداگانه ای ضمیمه شود.
 - ارسال مقاله تنها از طریق سامانه فصلنامه پژوهش های بنیادین در حقوق به نشانی زیر امکان پذیر است. (برای این کار ابتدا باید از طریق گزینه "ورود به سامانه" در سامانه مذکور ثبت نام کنید).
- (<https://sanad.iau.ir/journal/jfrel>)**

مطالب و مقالات پژوهش های بنیادین در حقوق

لروما بیانگر دیدگاه های دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان نیست.

فهرست عناوین مقالات

- ۱- نقش فریب در تحقق ضمان قهری
(بررسی حقوق ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق انگلیس)
- ۲- عدالت معاوضی، لباسی موزون بر قامت کهنسال قانون مدنی
- ۳- بررسی امکان نقض تعهدات در قراردادهای هوشمند شبکه بلاکچین و ضمانت اجرای احتمالی آن
- ۴- مرز و تأثیر آن بر منافع ملی کشورهای همجوار
- ۵- شناسایی الگوهای موثر جایگزین برای مجازات های مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر
- ۶- ارزیابی وقوع جرم و جنایت در فضاهای بی دفاع شهری در چارچوب نظریه جرم شناسی رادیکال
- ۷- تطبیق احکام فقهی جرائم مستوجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تخفیف مجازات

The role of deception in the implementation of forced guarantees

(Iranian law with a comparative view of British law)

Dr. Seyed Hossein Safai, Parisa Usoli

Date Received : 28 April 2024 Date accepted : 19 August 2024

Abstract

One of the most important issues in liability is liability arising from fraud and deceit which jurists consider under the title of the rule of pride and according to it the rule of pride, it is possible to refer to the deception and claim compensation for compensation. In the legal books of Iran, these problem have not been independently verified and what is widely discussed is the following of jurisprudence. In the English law, this subject is referred to as fraud and misrepresentation, and when it is realized that without sufficient clarity, a two - side concept is used and the person described by the intention of deception intentionally expressed his or her own statements. The legal rules of both countries show that deception is regarded as the cause of civil liability and the basis of liability is due to deception and pride which causes damage to the cause of damage, without the necessity of loss to the concept of the term .of course , in the legal rules of each country , different conditions such as fraud , loss of loss , causation , science , intentional , fault and ... are considered , but the entry of damages , spoofing conduct and the relation of causation is the main elements of liability in deception which is common in both england and iran legal rules.

Key words: deception, rule of pride, coercive guarantee, civil liability



نقش فریب در تحقق ضمان قهری

(بررسی حقوق ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق انگلیس)

دکتر سیدحسین صفایی^۱ پریسا اصولی^۲

تاریخ دریافت: ۹ اردیبهشت ۱۴۰۳ تاریخ پذیرش: ۲۹ مرداد ۱۴۰۳

چکیده

یکی از موضوعات مهم در ضمان قهری، ضمان ناشی از فریب و خدعه است که فقها تحت عنوان «قاعده غرور» از آن یاد می‌کنند و به استناد آن به شخص فریب خورده‌ای که به سبب فریب دیگری متحمل زیان شده، این امکان را می‌دهند که برای جبران خسارت خود به فریب دهنده مراجعه و ادعای جبران خسارت نماید. در کتب حقوقی ایران این مسئله به صورت مستقل بررسی نشده و آنچه که به‌طور پراکنده نیز مورد بحث واقع شده به تاسی از فقه می‌باشد. در حقوق انگلیس از این موضوع تحت عنوان تقلب و اظهار خلاف واقع یاد می‌شود و زمانی تحقق می‌یابد که بدون صراحت کافی از یک مفهوم دو پهلو استفاده گردد و شخص توصیف کننده با قصد فریب عمداً اظهارات عاری از صحت بیان نموده و یا در صحت و سقم اظهارات خود بی‌مبالاتی نموده باشد. قواعد حقوقی هر دو کشور نشان دهنده‌ی این است که فریبکاری از موجبات مسئولیت مدنی قلمداد می‌گردد و مبنای حکم ضمان ناشی از آن فریب و غروری است که موجب ورود خسارت شده است؛ بی‌آنکه لازم باشد ضرر به مفهوم مصطلح آن محقق گردد. البته در قواعد حقوقی هر کشور شرایط و مبنای متفاوتی از جمله، عمل خدعه آمیز، ورود ضرر، رابطه‌ی سببیت، علم، عمد، تقصیر و ... در نظر گرفته شده اما ورود خسارت، رفتار خدعه آمیز و رابطه‌ی سببیت ارکان اصلی ضمان در فریبکاری است که در قواعد حقوقی هر دو کشور انگلیس و ایران مشترک می‌باشد.

واژگان کلیدی: فریب، قاعده غرور، ضمان قهری، مسئولیت مدنی.

۱- حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات تهران
۲- (نویسنده مسئول)، استان البرز - کرج - جهانشهر - بلوار ماهان شرقی - مجتمع نگین طبقه ۸ واحد ۱۶ - کد پستی ۳۱۴۳۶۹۳۴۱ - تلفن ۰۲۶-۳۴۴۹۳۳۱۳ - پریسا3311@gmail.com

یکی از موضوعاتی که از دیرباز در مورد ضمان مطرح بوده، دخالت عامل فریبکاری در ایراد زیان به دیگری و تاثیر آن بر دعوی مسئولیت مدنی می باشد. فریب همان خدعه و نیرنگ است که در فقه تحت حاکمیت قاعده «المغرور یرجع الی من غره» مورد بحث و طرح قرار گرفته و فقها از آن با عنوان قاعده غرور یا ضمان غرور یاد می کنند و در کتب حقوقی به طور مختصر بحث شده که مبنای همان نیز گفتمان فقها است. عامل فریبکاری از یک طرف موجب ایجاد ضمان غار گردیده و از طرف دیگر در صورت مبادرت مغرور به تلف مال غیر، می تواند به عنوان عاملی برای توجیه جبران خسارت در عمل زیانبار وی مورد بررسی قرار گیرد. در حقوق ایران در خصوص فریب و نقش آن در ضمان قهری، بحث مستقلی صورت نگرفته و حقوقدانان نیز پراکنده در مورد آن صحبت کرده اند. لذا عمل ناشی از فریبکاری به طور مجزا مورد بحث واقع نشده و حقوقدانان این کشور آن را در قالب اظهار خلاف واقع و تقلب مورد بحث قرار داده اند. بر پایه دیدگاه حاکم بر نظام حقوقی این کشور، خدعه و فریب مشتمل بر اعمال یا بیان اظهارات کذب و خلاف واقع است که فاعل آن قصد فریب طرف مقابل را داشته و در این رهگذر چنانچه ضرر و زیانی حاصل شود، شخص فریب دهنده مسئول جبران آن است.

در پژوهش حاضر، نظام های حقوقی ایران و انگلیس در خصوص ضمان غرور و نقش فریب در تحقق ضمان قهری مورد بررسی قرار می گیرد. بر این اساس در ابتدا برای روشن شدن موضوع، به تبیین مفهوم غرور و سپس به بررسی نقش فریب در تحقق ضمان قهری در حقوق ایران و حقوق انگلیس می پردازیم. به طور کلی هدف کلی این مقاله تبیین نقش غرور و فریب در ممانعت از تحقق و یا رافعیات آثار ضمان فریب خورده، مبنا و شرایط جبران خسارت ناشی از آن، هم چنین تعیین نقش وضعیت درونی فریب دهنده در تحقق ضمان وی با عنایت به مبنای مسئولیت مدنی می باشد. روش مقاله تحلیلی توصیفی می باشد که با یافتن مبنای مسئولیت مدنی به عنوان مجرای تاثیر پذیری مسئولیت اثر غرور بر ضمان قهری و مسئولیت مدنی غار و مغرور تبیین می گردد.

۲ - مفهوم فریب و غرور

غرور به معنای فریب دادن و گول زدن آمده است. این واژه و قاعده گرچه مشابه آن در حقوق خارجی وجود داشته و حقوق ما بی تاثیر از آنها نبوده اما باید گفت از فقه اقتباس شده و به حقوق مدنی ما راه یافته است. لغت شناسان برای غرور معانی مشابهی ارائه داده اند. غرور در لغت به معنی خدعه و فریب دادن است.

همچنین خدع به معنای خدعه کردن و فریب دادن آمده است و مغرور به معنای فریب خورده است؛ و نیز گاهی به معنای کسی است که از روی طمع کاری، دست به کار باطل می‌زند.

در اصطلاح فقهی نیز مفهوم غرور از مفهوم لغوی آن دور نیفتاده و بدین معنی است هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث گول خوردن شخصی دیگری بشود و ضرر و زیان متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده (غرور) ضامن است و باید از عهده خسارات وارده بر آید. عنوان این قاعده که در میان بزرگان شهرت یافته این است: «ان المغرورَ یَرْجِعُ اِلی مَنْ غره» مغرور به کسی که او را فریب داده است رجوع می‌کند. هم‌چنین از نظر فقهاء، قاعده غرور آن است که شخصی کاری را انجام دهد که موجب وارد شدن ضرر به دیگری شود و متضرر شدن شخص دوم به سبب فریب خوردن وی از شخص اول باشد، هر چند شخص اول قصد فریب دادن شخص اخیر را نداشته و خودش نیز فریب خورده یا ناآگاه و در اشتباه بوده باشد.^۲

در این تعریف از فریب خوردگی شخص دوم سخن به میان آمده و همین که عمل شخص اول که همان فریب دادن است (خواه عمدی باشد یا از روی ناآگاهی و اشتباه) موجب زیان شخص دوم گردد، برای تحقق غرور کافی است.

در حقوق انگلیس Deception مترادف با تقلب و اظهار خلاف واقع بکار رفته است. همچنین به مفهوم امری نادرست و خطایی غیر اخلاقی می‌باشد.^۳

بنابراین هرگاه فردی با گمراه کردن دیگری سبب ورود زیان به دیگری شود در این صورت، هر جا اظهار نظر خلاف واقع و تقلب کشف شود و در صورتی که اظهار نظر خلاف واقع عمدی بوده باشد نه سهوی و از روی قصور، موجبات جبران خسارت را فراهم می‌آورد.^۴

۳ - نقش فریب در ضمان قهری

بحث‌های زیادی در خصوص موضوعات ضمان آور و پیامدهای ناشی از آن توسط

۱ - مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۷). قواعد مهم فقهی؛ ترجمه القواعد الفقهیه، مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان.

۲ - بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۸۶). القواعد الفقهیه، انتشارات، منشورات دلیل ما، چاپ سوم.

۳ - Elizabet, A. Martin (۱۹۹۰). A Concise Dictionary of Law Oxford University, ۱۹۹۰.

۴ - Laura C.H. Hoyano Bristol (۱۹۹۶). LIES,recklessness and Deception : Disentangling Dishonestyby Civil Fraud.

نویسندگان حقوقی مطرح شده است؛ یکی از این مباحث مربوط به نقش فریب در ضمان قهری است که در موارد مختلف مانند فریب در عقد نکاح، فریب خوردن شخصی که در ظاهر، تلف مال دیگری به او نسبت داده شده اتفاق می افتد. که در اصطلاح حقوقی ایران ضمان غرور نامیده می شود و در حقوق انگلیس در مباحث اظهار خلاف واقع، دعوای ناشی از فریب و تقلب مطرح است.

۳-۱-۱ - حقوق ایران

از جمله عواملی که موجب مسئولیت و ضمان می باشد، فریب دادن است که در حقوق ایران به طور مستقل بحث نشده اما یکی از عوامل ایجاد مسئولیت است، که فریب دهنده را الزام به جبران خسارت می کند و در بسیاری از موارد برای اثبات مسئولیت مدنی به آن استناد می شود که در حقوق ایران با عنوان ضمان غرور شناخته شده است.

۳-۱-۱ - مبنا و شرایط فریب در ضمان قهری

قاعده غرور در مکاتب فقهی شیعه و اهل سنت معتبر شناخته شده است. بنابر این قاعده، هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود، و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارد برآید.^۱

این قاعده در فقه یکی از موجبات ضمان قهری است و بر مبنای آن، هر کس از فعل یا گفتار دیگری فریب بخورد، می تواند برای جبران خسارت به بار آمده به آن دیگری رجوع کند. مانند موردی که شخصی به دیگری طعام ثالثی را تعارف کند و طعام توسط شخص مزبور خورده شود، در این مورد فریب دهنده ضامن است.^۲

به عبارت دیگر، چنانچه در اثر فریب دیگری، خسارت و زیانی به شخصی وارد شود، برای جبران ضرر ناشی از آن می تواند به شخص فریب دهنده رجوع کند و ضرر خود را مطالبه نماید. در فقه قاعده غرور، مسقط ضمان قهری به شمار نمی آید بلکه این قاعده از منابع تعهد و موجب مسئولیت مدنی است.

۱ - محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۷). قواعد فقه (بخش مدنی)، مرکز نشر علوم اسلامی - تهران ایران.

۲ - صفایی سید حسین و رحیمی حبیب الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی و دانشگاهها (سمت).

فقه‌های اهل سنت غرور را موجب ضمان می‌دانند و فقه‌های امامیه نیز مبنای ضمان ناشی از فریب و غرور را موارد مختلفی بیان کرده‌اند و در این خصوص نظریات مختلف آورده‌اند. برخی مبنای ضمان ناشی از غرور را فریب خوردن مغرور از قول یا فعل غار دانسته‌اند و حق رجوع مغرور بابت غرامت منافع استیفا شده را حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» می‌دانند.^۱ به بیان دیگر، غار موجب ضرر به مغرور شده است و بنابر قاعده‌ی لاضرر، وارد کننده زیان، مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد. آفقیهی دیگر نیز واسطه بودن حالت فریب برای اقدامات بعدی مغرور را به صراحت بیان می‌کند و اظهار می‌دارد که اگر غار عالم به واقع بوده و نیت فریب دادن داشته باشد و به سبب فریب، مغرور فریب بخورد، و در اثر فریب ضرری به بار آید، غار ضامن است.^۲

بنابر این دیدگاه‌ها هدف از ضمان ناشی از فریب، جبران ضرری است که در نتیجه فریب خوردن شخص به وجود آمده است و مغرور به میزانی که خسارت دیده حق رجوع به غار را دارد. اما دیدگاه دیگر مبنای ضمان ناشی از فریب را وجود ضرر می‌دانند. این دسته از فقها، علاوه بر پذیرش نقش فریب، ورود ضرر را شرط ضمان دانسته‌اند. یعنی در صورتی که در نتیجه‌ی فریب غار، ضرری به مغرور وارد شود، غار مسئول جبران خسارت و ضمان ناشی از آن است.^۳

در حقوق ایران، فریب و غرور که گاهی با قصد و عمد و گاهی هم بدون قصد و عمد همراه بوده، یکی از اسباب ضمان قهری و موجب مسئولیت مدنی است و اگر شخصی، دیگری را فریب دهد و در اثر این فریب، دیگری متضرر شود، شخص فریب دهنده مسئول جبران خسارت می‌باشد و از آنجا که شخص متضرر می‌تواند در امور مدنی و خسارتهای مالی به شخصی که موجب زیان شده، رجوع کند، فریب و غرور یکی از اسباب ضمان قهری و مسئولیت مدنی است. ماده ۳۲۵ قانون مدنی بیان می‌دارد: اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.

دقت در ماده فوق بیانگر این نکته است که قانونگذار به خریدار جاهل اجازه داده تا برای گرفتن کلیه غرامات به فروشنده فضولی (غاصب) رجوع کند. گفته شده اصل محدود بودن رجوع مغرور به مواردی که زیانی به او رسیده است باید محترم باقی

۱- صفائی، همان، ص ۹۶.

۲- موسوی بجنوردی سید حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه، قم الهادی، جلد اول.

۳- میرفتاح مراغه ای، ۱۴۱۷، ۴۴۱.

۴- انصاری شیخ مرتضی (۱۳۸۴). المکاسب المحرمه، مجمع الفکر الاسلامی، جلد سوم

بماند.^۱ در اینجا به نظر می‌رسد، ورود ضرر سبب ضمان غرور می‌باشد. به بیان دیگر در حقوق مدنی ایران در ضمان غرور به عنوان یکی از صورت های مسؤولیت مدنی، وجود ضرر شرط شده است.^۲ این ضرر باید مسلم و قطعی باشد تا قابلیت جبران داشته باشد. هم‌چنین باید بدون واسطه و مستقیم باشد یعنی رابطه سببیت عرفی بین فعل یا ترک فعل شخص و خسارت وارده وجود داشته باشد.

برخی دیگر از حقوقدانان علاوه بر ورود ضرر، تقصیر را به عنوان علت مسؤولیت فریب دهنده ذکر کرده اند. به عنوان نمونه نامزدی که بدون علت موجه، نامزدی را به هم می‌زند در حالی که ابوبن او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی را متحمل شده‌اند طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید. در اینجا در اثر تقصیر یکی از طرفین وصلت منظور به هم خورده و موجبات مسؤولیت مدنی فراهم گشته است و متضررین از این عمل فوق باید به کسی که مرتکب تقصیر فوق شده است رجوع کنند.^۳

عامل موثر دیگر در فریب فعل یا ترک فعل آن است که فعل یا ترک فعل در صورتی فریبنده است که سبب یک باور نادرست در فرد دیگر شود. رابطه‌ی سببیت بین ضرر و فعل یا قول غار (فریب‌دهنده)، نیز یکی دیگر از عوامل موثر در تحقق مسؤولیت ناشی از فریب می‌باشد.

به عبارت دیگر، برای تحقق غرور لازم است رفتاری خدعه آمیز واقع گردد و ضرری نیز به بار آید که با آن عمل، رابطه سببیت داشته باشد. جهل مغرور (فریب خورده) بدون شک یکی از عناصر این قاعده است. به دیگر سخن، اگر شخص از واقع آگاهی داشته باشد، نام مغرور بر او صادق نیست؛ لیکن درباره اینکه آیا فریب دهنده عالم به واقع باشد و جهل فریب دهنده (غار) موجب می‌شود تا او را مسئول رفتار فریب دهنده اش به شمار نیاوریم، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

برخی از فقها معتقدند که اگر شخصی از واقع امر آگاهی نداشته باشد، نمی‌توان او را فریب دهنده نامید، مثل کسی که غذایی را از دیگری خریده است و در حالی که نمی‌دانسته غذا از آن فروشنده نبوده است آن را به شخص ثالث تعارف کند و غذا توسط شخص اخیر خورده شود. در چنین حالتی خریدار جاهل را نم‌توان فریب دهنده نامید، چون او نیز نسبت به واقع آگاهی نداشته است. بعضی دیگر از فقها گفته‌اند: چون ظاهر

۱- کاتوزیان ناصر (۱۴۰۰). حقوق مدنی (الزام های خارج از عقد). چاپ سوم، نشر گنج دانش، جلد دوم.

۲- کاتوزیان، همان، ص ۹۶.

۳- صفایی سید حسین و امامی اسدالله (۱۳۹۱). حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، دانشگاه تهران، جلد اول.

۴- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۷). قواعد مهم فقهی؛ ترجمه القواعد الفقهیه، مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان.

فعل این شخص دیگری را فریب داده است و به تعبیر دیگر، عمل عرفاً و نوعاً فریبنده است، وی مسئول است، هر چند که ممکن است خود او نیز از سوی دیگری فریب خورده باشد، زیرا غرور از افعالی نیست که نیازمند قصد باشد، وانگهی اگر دلیل مسئولیت مدنی فریب دهنده (غار) آن باشد که فریب دهنده سبب متعارف خسارت است، در این حالت تفاوتی نمی‌کند که سبب عالم باشد یا جاهل. به عبارت دیگر آگاهی، جزء عناصر تشکیل دهنده غرور و مسئولیت مدنی ناشی از آن نیست.^۱

ظاهراً قانون مدنی همین نظر را که منطبق با قول مشهور فقهای امامیه است، پذیرفته و در مواد مبتنی بر قاعده غرور، تنها به جهل مغرور به عنوان شرط مسئولیت مدنی فریب دهنده تصریح کرده است. مثل مواد ۲۶۳، ۳۰۵ و ۳۲۵ قانون مدنی.^۲

علاوه بر آن با تدقیق در مواد قانونی متفاوت از قانون مدنی از قبیل مواد ۳۲۵، ۳۸۴، ۳۸۵، ۳۸۶، ۳۸۹ و ۳۹۱ می‌توان به مواردی از تأثیرات غرور، فریب و ضمان ناشی از آن پرداخت. علاوه بر آن مواد دیگری نیز در قانون مدنی پیش بینی شده که گرچه به روشنی به بحث فریب و ضمان ناشی از آن نمی‌پردازند و ضمان غرور در آن‌ها مطرح نشده است اما می‌توان برخی از آن‌ها را در ارتباط با غرور ذکر کرد.

۳- ۱- ۲- آثار ناشی از فریب در ضمان قهری

همان طور که بیان شد، فریب یکی از اسباب قهری محسوب می‌شود. از دیدگاه فقهاء، فریب و غرور منحصر به باب خاصی از ابواب فقه نیست بلکه در ابواب گوناگون جاری است مانند ابواب بیع فضولی، هبه، عاریه، مهر و نکاح.^۳

برخی برای اثبات غرور به روایات قاعده تدلیس استناد کرده و محور حکم رجوع به ضامن غرامت-ها را تدلیس می‌دانند ولی اظهار تعمیم از آنها برای اثبات قاعده را رد می‌کنند.^۴ اما فقهایمانند شیخ طوسی، علامه حلی و محقق نراقی تفاوتی بین تدلیس و غرور قائل نیستند. از نظر مفهوم و عناصر میان دو عنصر تدلیس و غرور، تفاوت وجود دارد. خیار تدلیس چه در باب نکاح و چه در دیگر معاملات و قراردادها، منوط به تحقق ضرر نمی‌باشد، یعنی برای اعمال حق فسخ به تدلیس، لازم نیست که فریب خورده متحمل خسارت شده باشد و عدم تحقق وصف مورد نظر کفایت می‌کند.

۱- صفایی سید حسین و رحیمی حبیب الله (۱۳۹۷) مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی و دانشگاهها (سمت).

۲- همان ص ۱۹۲.

۳- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۷). قواعد مهم فقهی؛ ترجمه القواعد الفقهیه، مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان.

۴- موسوی بجنوردی سید حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه، قم الهادی، جلد اول.

بسیاری از علما در ابواب غصب به قاعده غرور استدلال کرده‌اند. بلکه عمده مورد استفاده این قاعده بعد از ابواب مهرها همین باب است. در قواعد الاحکام آمده: هر گاه گیرنده از غاصب، اتلاف کند ضمان بر عهده اوست مگر با غرور. مثلاً غاصب مال را به خود نسبت دهد، اما اگر مالک دچار غرور و فریب شود (طعام غصب شده را با فریب نزد مالک آن بگذارد و مالک بدون اینکه بداند، آن را بخورد) ضمان بر عهده فریب دهنده است و هم‌چنین اگر مالک نزد او ودیعه ای بگذارد با به او اجازه دهد و اگر غاصب از طرف شخص دیگری به او هبه دهد و مالک برای طلب آن، نزد گیرنده بیاید دو قول متحمل است؛ یکی رجوع گیرنده به غاصب به جهت فریبی که داده است و دیگری عدم رجوع غاصب، به دلیل آنکه هبه، ضمان ندارد.^۱

در حقوق ایران بررسی مواد و مصادیق مربوط نشان دهنده ی این است که غرور و فریب موجب ضمان قهری و موجب مسئولیت مدنی است و در صورتی که کسی دیگری را فریب دهد و در اثر فریب خسارتی به بار آید یا به دیگری خسارتی وارد کند که باید جبران نماید، پس از پرداخت خسارت وارده، می‌تواند به شخص غار رجوع کرده و بنابر غرور، خسارت خود را جبران نماید در صورتی که ضمان مغرور مبتنی بر تقصیر نباشد و مغرور به دلیل اتلاف یا ضمان ید مسئول شناخته شده است. مانند خوردن غذا و میوه که میزبان در مهمانی ارائه کرده و آن غذا و میوه‌ها متعلق به دیگری باشد، در چنین موردی چون شرط مسئولیت مغرور، تحقق تقصیر نیست، استناد به غرور وی را از مسئولیت معاف نمی‌کند و نمی‌توان گفت مغرور مسئولیتی ندارد. و از آن‌جا که مغرور می‌تواند در امور مدنی و ضررهای مالی به غار رجوع کند، غرور یک قاعده مدنی است. اما در مواردی که مسئولیت فاعل زیان مبتنی بر تقصیر است، به نظر می‌رسد نمی‌توان به ظاهر قاعده غرور اکتفا کرد و مغرور را هم‌چنان مسئول تلقی نمود.

در حقوق ایران با این‌که اختلافاتی مبنی بر ورود ضرر و رکن بودن آن میان فقها وجود دارد و هر چند قاعده غرور به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری در کتاب‌های قواعد فقه مورد بررسی قرار گرفته است و اطلاق قاعده غرور اقتضا می‌کند که فریب خورده پس از جبران خسارت متضرر، به فریب دهنده مراجعه کند، اما برخی از حقوقدانان با تلقی غرور به عنوان مبنای مسئولیت مدنی ورود خسارت و ضرر به دیگری را شامل ضرر مادی می‌شمارند. ضرر مادی صور مختلفی از قبیل از دست دادن عین مال و یا ایجاد نقص و یا عیب در مال را شامل می‌شود مانند اینکه زنی مردی را برای ازدواج فریب دهد و ازدواج صورت گیرد و نزدیکی انجام شود و مرد مهریه را پرداخته باشد.

۱- قواعد الاحکام، ج ۲، ۲۲۴

۲- صفری، محسن (۱۳۷۷) فریبکاری و آثار آن در حقوق مدنی ایران وفقه امامیه (قاعده غرور)، ج اول، تهران: نشر دادگستر.

و یا ضرر به سلامت یا حیات و زیانها و هزینه های ناشی از آنها مانند هزینه درمان و از کارافتادگی یا از دست دادن سلامت اعضا به دلیل سقوط از بلندی که ناشی از فریب دیگری بوده باشد.^۱

آنچه مسلم است این است که اصول حاکم به جبران ضرر برای اعاده وضعیت زیان دیده در نتیجه فریب ایجاب می نماید که هیچ زبانی که عرف مصداق آن را معین می کند، نباید بدون جبران باقی بماند. اما با این حال حقوقدانان شرایطی اساسی را برای جبران ضرر بیان می دارند که چنانچه آن شرایط فراهم نباشد، ضرر قابلیت جبران ندارد. یکی از این شرایط اینکه ضرر مسلم و حتمی باشد، یعنی شخص فریب خورده باید ثابت کند که ضرر به او وارد شده است و در صورتی که ضرر وارده به او ناشی از غرور و فریب دیگری باشد، می تواند برای جبران خسارات وارد شده به فریب دهنده مراجعه کند. همچنین ضرر قبلاً جبران نشده باشد، ضرر مستقیم و بدون واسطه باشد به عبارت دیگر میان فعل زیان بار و ضرر، حادثه‌ی دیگری وجود نداشته باشد که رابطه سببیت عرفی را قطع کند یعنی ثابت کند که این عمل خدعه آمیز بوده که موجب ضمان مرتکب آن گردیده است و باید ثابت کند که غیر از عمل فریب و خدعه آمیز، علت دیگری در خسارت وارده دخالت نداشته و عمل فریبنده دلیل اصلی ورود خسارت به بار آمده است.

در حقوق ایران آثار غرور در ضمانتهای قهری در موارد مختلف آمده است و کاربردهای مختلف دارد. یکی از آثار فریب و غرور در ضمانتهای قهری بحث غصب می باشد که در ماده ی ۳۲۵ قانون مدنی آمده است و بیانگر این است که اگر عین مغضوب و مال غصبی تحت تسلط کسی باشد که نسبت به غصبی بودن آن ناآگاه و جاهل است و این انتقال به نحو ضمان آور نباشد، مانند اباحه در تصرف، و سپس بدون تقصیر گیرنده و بدون آنکه کوتاهی صورت گرفته باشد، مال از بین رود و پس از آن غصبی بودنش آشکار شود و مالک از شخص دوم غرامت بگیرد، شخص دوم حق دارد به غاصب رجوع کند. زیرا او در اینجا گیرنده را فریب داده است. با این ظاهر که او (غاصب)، مالک مال بوده و آن را به طور امانت به او داده است در حالی که مال مذکور در ضمان غاصب قرار داشته و بر طبق قاعده، مغرور حق دارد به کسی که او را فریب داده است، رجوع کند. این حکم تنها در صورت غرور اعمال می گردد ولی با مجرد جهل شخص دوم، او حق رجوع به دیگری ندارد. اگر انتقال به صورت ضمان آور باشد، در صورت رجوع مالک به شخص دوم، او حق ندارد به غاصب رجوع کند.

۱ - کاتوزیان ناصر (۱۳۹۱) قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، جلد دوم.

۲ - نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، لبنان، جلد ۳۵.

از دیگر آثار فریب و غرور در ضمانتهای قهری بحث اتلاف و تسبیب می‌باشد. در بحث اتلاف بنابر ماده ی ۳۲۸ قانون مدنی: هرکس مال غیر را تلف کند، ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است. بنابراین چنانچه کسی موجب خسارت به غیر شود خواه به صورت عمد باشد یا غیر عمد، ملزم به جبران آن است. این اصل از قاعده ی لاضرر گرفته شده است

باید گفت: تشخیص غرور در فقه امامیه کامل تر از حقوق ایران است و در آن قاعده ضمان قهری غرور به طور مستقل بررسی شده ولی در حقوق ایران، قانونگذار به صورت مستقل این موضوع را بررسی نکرده و آن را باید از درون عناصر دیگری که برای این عمل مقرر شده، استنباط کرد. در بحث جبران خسارت معنوی ناشی از غرور نه تنها ابهامات رفع نشده بلکه خود سبب وجود ابهامات بیشتری شده است. بنابراین تشخیص تسبیب در فریب و غرور در مسئولیت مدنی همیشه کار آسانی نیست زیرا امکان دارد که عوامل متعددی در فریب خوردگی مغرور اثر گذاشته باشند. مثلاً علیرغم اغوا و اقدامات فریبکارانه، خود مغرور به‌عنوان عامل خارجی زمینه ورود زیان و ضرر را فراهم یا تشدید کرده باشد.

۳-۲- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس فریب در شرایطی روی می‌دهد که فردی از طریق گمراه کردن دیگری با استفاده از یک کلاهبرداری و دروغ سبب وارد شدن زیان به دیگری شود. (با نیت بد) و اقامه دعوی منوط به این است که فریب و خسارت همزمان واقع شده باشد، و اگر تقلب ایجاد شود و خسارات ایجاد نشود و یا بالعکس در این صورت هیچ سببی برای اقامه دعوی خواهان وجود ندارد که راه را برای تقلب و فریب بیشتر هموار می‌کند. ولی اگر فریب و خسارت همزمان واقع شود، طرف فریب خورده حق دارد خسارت از فرد فریبکاری که سبب بروز فریب شده است مطالبه نماید، با این دیدگاه که طرف بی گناه تا حد امکان در موقعیتی قرار می‌گیرد که قبل از فریب داشته است.

گاهی اوقات تفکیک اعمال فریبکارانه از قصورهای فریب آمیز دشوار است. به عنوان مثال یک عبارت واقعی به معنای واقعی، اگر نتواند تمام اطلاعات مربوط را شامل شود

می تواند فریب محسوب شود. در یک نمونه کلاسیک، فروشنده بخشی از املاک ممکن است با ادعای این که دو خیابان در نزدیکی ملک در حال طراحی و ساخت هستند خریدار را گول بزند اما خیابان سومی که از میان ملک عبور می کند ذکر نشده باشد.^۱

به طور کلی عناصر اصلی اقدام فریب عبارتند از الف - یک اظهار کذب از واقعیت؛ ب - فریب از سوی اظهارکننده؛ ج - هدف اظهارکننده القای اتکاء با استفاده از وانمود باشد؛ د - خسارت وارد به مخاطب به خاطر این اتکاء.

کسی که با فریبکاری، یک اظهار نظر خلاف واقع یا توصیف خلاف واقع خدعه آمیز، عقیده یا نیت یا هدف تحریک دیگری یا جلوگیری از عمل دیگر را با اتکاء به آن در نظر دارد؛ در قبال زیان مالی ناشی از اتکاء به اظهار نظر خلاف واقع مسئول است. در حقوق انگلیس برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از اظهار خلاف واقع، لازم است قصد و عمد اظهارکننده نسبت به فریب و کذب اظهارات خود وجود داشته باشد و از این طریق خسارت و ضرری به مخاطب اظهار وارد آید. در نتیجه می توان گفت اظهارکننده در توصیفات و اظهارات خود قصد و عمد داشته (توصیف خلاف واقع متقلبانه) و از این حیث مرتکب تقصیر عمدی شده است و از این باب که تقصیر او در حقوق انگلیس موجب ضمان قهری می شود مسئول است. بنابراین در جایی که عمداً اظهاراتی خلاف واقع انجام داده، مبنای مسئولیت تقصیر است.

می توان گفت در حقوق انگلیس مبنای ضمان غار، تحمل ضرر توسط مغرور به سبب فعل خلاف واقع خدعه آمیز غار می باشد چرا که مخاطب اظهار خلاف واقع برای طرح دعوای ناشی از فریب و دریافت خسارت، باید ثابت کند که تقلب و فریب و خسارت به طور همزمان وجود داشته است.^۲

۱۹

بنابراین در حقوق انگلیس برای تحقق مسئولیت مدنی مبتنی بر توصیف خلاف واقع و فریب لازم می باشد قصد و عمد اظهارکننده نسبت به صدق و کذب اظهارات خود وجود داشته باشد و همچنین ضرری به بار آمده باشد و به مخاطب اظهار ضرر وارده شده باشد بنابراین می توان گفت وقتی اظهارکننده در اظهارات خود قصد و عمد داشته به عبارت دیگر، توصیف خلاف واقع متقلبانه داشته، مرتکب تقصیر شده است و بنابر حقوق انگلیس موجب ضمان و مسئول شناخته می شود لذا مبنای مسئولیت در جایی که عمداً اظهاراتی خلاف واقع انجام داده، تقصیر می باشد.

به عبارت دیگر در حقوق انگلیس در خصوص این نوع شبه جرم، تنها راهی که

۱ - Gregory Klass, Meaning (2012). Purpose, and Cause in the Law of Deception, Georgetown University Law Center.

۲ - JOHN COOKE, LAW of TORT (1999), fourth Edition, Liverpool University.

برای شاکی وجود دارد این است که تضرر وی بر اثر اظهار خلاف واقع طرف مقابل و مسئولیت ناشی از فریب باشد. در تدوین قانون Pasley هیات عالی این قاعده را تصویب کرد که فریب بدون خسارت و خسارت بدون فریب هیچ علتی برای انجام عمل ایجاد نمی‌کند، اما در جایی که هر دو روی می‌دهند، عمل شبه جرم روی می‌دهد. در مورد مولفه های کلاهبرداری، این عقیده ثابت می‌کند که اظهار نظر کذب در صورتی مشمول فریب می‌شود که هر دو با علم به کذب بودن موضوع مطرح شده و با نیت القای عملکرد با اتکا بر اظهار نظر ذکر شده باشند.^۱

همه اقدامات فریبنده مشمول اظهار نظرهای خلاف واقع نیستند. برای مثال فردی که در پنهان کاری کلاهبرداری درگیر می‌باشد، نیازی به دروغ گفتن ندارد. در تحقیق شنایدر و هیث، یک کشتی قایق را شناور ساخت تا خریدار را از کشف هسته پوسیده باز دارد. در کار سالزمان و مالداوا، فروشنده متهم ظاهراً صفحات آلومینیومی سالم را در بالای دسته‌ها قرار داد تا اقلام فاسد در زیر مخفی شوند. در هیچ یک از موارد اقدامات اشتباه ادعاهای دروغین را شامل نمی‌شد، اگرچه استدلال شد که آنها برای فریب محاسبه شدند.^۲

در حقوق انگلیس برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از اظهار خلاف واقع و فریب، اثبات وجود ضرر و زیانی که مخاطب اظهار متحمل شده است؛ ضروری است و مخاطب اظهار باید اثبات کند از عملی که بر اساس اعتماد به اظهار خوانده انجام داده است ضرری متحمل شده است،^۳ و در صورتی که ضرری وارد نشده باشد، دادگاه برای جبران خسارت به نفع او رأی نخواهد داد. همچنین در دعوی فریب مخاطب اظهار خلاف واقع باید ثابت کند که تقلب یا تقصیر و خسارت به طور همزمان وجود داشته است. علاوه بر آن مخاطب اظهار باید اثبات کند که خسارات ادعایی، نتیجه احتمالی و طبیعی اظهارات متقلبانه‌ای است که درباره آن‌ها شکایت شده است. همچنین خسارت باید قابل تقویم به پول باشد.^۴

عنصر دیگری که در تحقق ضرر و زیان ناشی از فریب باید ثابت شود رابطه‌ی سببیت است. وجود رابطه سببیت بین خسارت وارده و تقصیر یا فعل زیان بار لازم و ضروری می‌باشد. در حقوق انگلیس برخی معتقدند رابطه سببیت در غرور باید بین تغیر و ضرر وارده وجود داشته باشد.^۵

۱ - George Class (۲۰۱۰). Meaning, Purpose and Cause in the Law of Deception, Georgetown University Law Center.

۲ - George Class (۲۰۱۰). Meaning, Purpose and Cause in the Law of Deception, Georgetown University Law Center

۳ - Elizabet, A. Martin (۱۹۹۰). A Concise Dictionary of Law Oxford University, ۱۹۹۰ ,

۴ - بهرام، مهدعلی (۱۳۸۰). سوء عرضه در حقوق انگلیس و تدلیس در حقوق اسلام، ترجمه: قنوتی، جلیل، عبیدی پور، ابراهیم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۵ - Dias and Markesinis (۱۹۸۴). Tort Law, London, Darendon Press, ۱۹۸۴

از دیگر شرایط ایجاد ضمان و مسئولیت مدنی ناشی از توصیف خلاف واقع خدعه آمیز این است که فریب خورده، به خلاف واقع بودن اظهار، جاهل باشد و به عبارتی بی خبر و بی اطلاع باشد؛ در نتیجه چنانچه فریب خورده از خلاف واقع بودن مطلع و وضعیت خود را بر مبنای توصیف گذاشته باشد، براساس نظام حقوقی عام کامن لا، فریب دهنده مسئولیتی ندارد پذیرش ارادی خطر مانع از تحقق مسئولیت خواهد بود.^۱

به طور کلی در نظام های حقوقی ایران و انگلیس فریب و غرور موجب ضمان می گردد اما در قوانین حقوقی هر کشور، شرایطی مبنای اصل قرار داده شده است.

در حقوق ایران، برای تحقق غرور، علم غار لازم شمرده نشده و قانونگذار تنها جهل مغرور را مورد تصریح قرار داده است. در حقوق ایران همانند حقوق انگلیس برای تحقق غرور لازم است رفتاری خدعه آمیز واقع گردد و ضرری نیز به بار آید، که با آن عمل رابطه سببیت داشته باشد.

یکی دیگر از شرایط اساسی در نظام حقوقی انگلیس عمد و آگاهی از فریب است فریب باید عمدی باشد و عمدی بودن آن از سوی خواننده نشان داده شود. ضرورت عمدی بودن فریب در حقوق انگلیس امری پابرجا و مسلم است. و اگر در مورد اظهارات فریبکارانه، عمد و آگاهی در آرایه آن فرض و پذیرفته شود، جبران ضرر محقق می گردد و شخصی که فریب خورده می تواند خسارت وارده ناشی از فریب را از شخصی که فریب داده مطالبه نماید. در حقوق انگلیس چنانچه زیان دیده، از واقع آگاه بوده یا می دانسته که در معرض غرور و توصیف خلاف واقع بوده اما با اراده خویش کوتاهی کرده و خسارت ببیند نمی تواند علیه خواننده در دعاوی توصیف خلاف واقع و غرور و فریب، دعوی مطرح نماید. زیرا اطلاع زیان دیده از تقصیر اظهار کننده و علم به خلاف واقع داشتن بیانگر این واقع است که زیان دیده به زیان خویش عمل نموده و در اصطلاح خود مرتکب تقصیر شده است. در حقوق ایران، در این موضوع (عمد و آگاهی) اختلاف می باشد و در باره این که فریب دهنده باید عالم به واقع باشد و جهل فریب دهنده موجب می شود تا او از مسئولیت مبرا باشد، میان فقها اختلاف است برخی او را به دلیل این که از واقع امر آگاهی نداشته از مسئولیت مبرا می دانند و برخی دیگر به تعبیر اینکه عمل عرفا و نوعا فریبنده است، وی را مسئول می دانند قانون مدنی نیز همین نظر را که منطبق با قول مشهور فقهای امامیه می باشد، پذیرفته است و تنها به جهل مغرور به عنوان شرط مسئولیت مدنی فریب دهنده تصریح کرده است.

همچنین در حقوق ایران همانند حقوق انگلیس وجود رابطه‌ی سببیت میان عمل

فرب با وود ضرر، لازم است. یعنی باید میان عمل خدعه آمیز و وود ضرر رابطه ی سببیت برقرار باشد اما در حقوق ایران نیز برخی از فقهاء قائل بر وجود رابطه ی سببیت میان عمل خدعه آمیز با اقدام فرب خورده هستند. در هر دو نظام حقوقی جبران خسارت ناشی از فرب در ضمان قهری پیش بینی شده است. منتها با وجود شرایطی که بیان شد، این خسارت قابل جبران خواهد بود. در حقوق انگلیس، به عنوان یکی از قواعد کلی و منوط به رعایت محدودیت های قانونی، شخص می تواند به شیوه خاصی خود را از مسئولیت قراردادی در مورد هر گونه غفلت و تسامح یا در موارد مسئولیت نیابتی رها سازد. و آن هنگامی است که خصوصیات که اعلام می شود، به اعتقاد اعلام کننده صحیح و مطابق واقع باشد و چون اظهار کننده در صدد فرب طرف مقابل نمی باشد، فرب محسوب نمی شود.

۴ - نتیجه گیری

بحث فرب و نقش آن در تحقق ضمان قهری در حقوق ایران برگرفته از فقه می باشد و در حقوق انگلیس با عنوان اظهار خلاف واقع، تقلب و خدعه مورد بررسی قرار گرفته و بیان شده است. در حقوق ایران فرب، با عنوان غرور و در مباحث فقهی تحت عنوان قاعده غرور و ضمان ناشی از آن با عنوان ضمان غرور مورد بحث قرار گرفته و با حصول شرایطی موجب مسئولیت مدنی است. شرایطی مانند تحقق و ایجاد ضرر، وجود تقصیر و رابطه ی سببیت بین ضرر و فعل یا قول غار (فرب دهنده)، از موجبات و شرایط ضمان فرب می باشند. همچنین ترک فعل نیز می تواند در صورت تحقق شرایط منجر به فرب موجب ضمان بر مبنای غرور گردد و در صورتی که شرایط فراهم باشد، شخص فرب دهنده مسئول جبران خسارت وارده بر فرب خورده است. همچنین در حقوق انگلیس ضرورت انجام فعل یا قول از ناحیه ی شخص غار، فرب خوردگی مغرور و انجام فعل از ناحیه ی شخص مغرور به واسطه ی فرب خوردگی از عمل مزبور در هر صورت لازم می باشد. اما از نظر ضرورت یا عدم ضرورت وود ضرر به شخص مغرور، وجود قصد فرب در شخص غار و وجود علم شخص غار نسبت به فریبنده بودن عمل خود در فقه دو دیدگاه متفاوت وجود دارد اما در حقوق انگلیس وجود هر سه امر فوق برای تحقق مسئولیت ضروری می باشد. در حقوق ایران همانند حقوق انگلیس وجود رابطه ی سببیت میان عمل فرب با وود ضرر، لازم است یعنی باید میان عمل خدعه آمیز و وود ضرر رابطه ی سببیت برقرار باشد.

به طور کلی بحث فریب و نقش آن در تحقق ضمان قهری در حقوق انگلیس نسبت به حقوق ایران به طور جامع تر مورد توجه قرار گرفته است و عناصر آن برای حقوقدانان و دادگاه های این کشور روشن شده است و چه بسا رویه های فراوانی که در این خصوص صادر گردیده است. اما در حقوق ایران فریبکاری و ضمان ناشی از آن در بحث ضمان غرور مطرح است که فقها به طور خاص و در قالب قاعده ی غرور به آن پرداخته اند و شرایطی را برای آن ذکر نموده و تاثیر آن را در ضمان قهری مورد بررسی قرار داده اند ولی در حقوق موضوعه ایران چندان توجهی به آن نشده و مختصر بحث حقوقی آن برگرفته از همان مباحث فقهی است. که در این خصوص نیازمند غنای بیشتر و بحث و بررسی است. در حقوق ایران قوانینی که در خصوص فریب آمده است غالباً در ذیل مباحث دیگر است و نیازمند تدقیق و تفسیر می باشند همچنین ماده قانونی مشخصی به ضمان قهری ناشی از فریب و غرور اختصاص داده نشده و مبنای آن به درستی مشخص نگردیده و آنچه آمده در مواد پراکنده ای در قانون مدنی مانند بحث غصب، اتلاف و یا تسبیب است. این پراکندگی سبب شده تا برخی از حقوقدانان ضمان ناشی از فریب را به عنوان قاعده و اصل به حساب نیاورند و یا تنها در مصادیقی که آمده آن را مطرح نمایند. بر این اساس پیشنهاد می شود؛ در حقوق ایران مصادیق و مبنای ضمان در مسئولیت مدنی در فریب روشن گردد و راهکارهای جبران ضرر در فریب در ضمان قهری به طور دقیق و چگونگی جبران آن مشخص شود. به عنوان پیشنهاد قانونگذار ما می تواند در ذیل ماده ی ۳۰۷ قانون مدنی که امور موجب ضمان قهری را مطرح نموده، بحث غرور را به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری اضافه کند و یا آن را در مواد قانونی جداگانه ای مطرح و پیش بینی و ضوابط آن را مشخص نماید. همچنین یکی دیگر از مواردی که نیازمند توجه است بحث جبران ضرر معنوی ناشی از فریب است. ضرر معنوی جنبه ی غیر مالی دارد و در فقه چون قابل تقویم به پول و مال نیست، در ضمان آور بودن آن تردید شده است. بنابراین پیشنهاد می شود؛ در حقوق ایران این موضوع به صورت روشن و صریح و مشخص در زمینه غرور بحث گردد.

موضوع دیگر بحث عدم النفع است که در نظام حقوقی ایران، بعضی خسارت عدم النفع را قابل مطالبه نمی دانند و بعضی دیگر قائل به تفصیل شده و با قابل مطالبه دانستن منفعت محقق الحصول، منفعت محتمل الحصول را قابل مطالبه نمی دانند. با توجه به ملاک ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی می توان عدم النفع را منشأ خسارت دانست؛ اما به شرط این که قاعده مذکور و شرایط آن جمع شود. بحث عدم النفع، می تواند در غرور مطرح و مورد توجه بیشتر قرار گیرد چه بسا منافعی که شخص فریب خورده می توانسته در صورتی که فریبی در کار نبوده به دست آورد ولی در اثر فریب آن منافع را

از دست داده است. لزوم این موضوع در موارد تجاری و همچنین ضررهای بدنی بیش تر نمایان می شود.

۱. امامی، حسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، جلد ۱.
۲. انصاری شیخ مرتضی (۱۳۸۴). المكاسب المحرمه، مجمع الفكر الاسلامی، جلد سوم.
۳. بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۸۶). القواعد الفقهيه، انتشارات، منشورات دلیل ما، چاپ سوم.
۴. بهروم، مهدعلی (۱۳۸۰). سوء عرضه در حقوق انگلیس و تدلیس در حقوق اسلام، ترجمه: فنواتی، جلیل، عبدی پور، ابراهیم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰). تاج اللغه و صحاح العربیه، چاپ اول. دارالعلم للملایین بیروت، جلد دوم.
۶. علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، فقه و اصول، انتشارات اسلامی، جلد دوم.
۷. شرتونی لبنانی خوری، سعید. اقرب الموارد، جلد دوم، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی
۸. شفیع علییجه، قاسم (۱۳۹۰). شرایط غرور موجد مسئولیت در حقوق ایران و انگلیس فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال سیزدهم شماره ۳۳، تابستان.
۹. صفایی سید حسین و امامی اسدالله (۱۳۹۱). حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، دانشگاه تهران، جلد اول.
۱۰. صفایی سید حسین و رحیمی حبیب الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی و دانشگاهها (سمت).
۱۱. صفری، محسن (۱۳۷۷). فریبکاری و آثار آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه (قاعده غرور)، چ اول، تهران: نشر دادگستر.
۱۲. طبرسی، ابوعلی الفضل (۱۳۳۰ ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تصحیح سید هاشم رسولی محلاتی.
۱۳. کاتوزیان ناصر (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، جلد دوم.
۱۴. کاتوزیان ناصر (۱۴۰۰). حقوق مدنی (الزام های خارج از عقد) چاپ سوم، نشر گنج دانش، جلد دوم.
۱۵. محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۴). قواعد فقه (بخش مدنی) انتشارات سمت، تهران.

۱۶ . محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۷). قواعد فقه (بخش مدنی)، مرکز نشر علوم اسلامی - تهران ایران.

۱۷ . مکارم شیرازی ناصر (۱۳۶۹). قواعد الفقیه، قم ، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

۱۸ . مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۷). قواعد مهم فقهی؛ ترجمه القواعد الفقیه، مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان.

۱۹ . ملا احمد نراقی (۱۴۱۵). مستند الشیعه فی احکام الشریعه ، چاپ اول. موسسه آل البیت علیهم السلام، قم ، جلد دوم،

۲۰ . موسوی بجنوردی سید حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقیهه، قم الهادی، جلد اول.

۲۱ . حسینی مراغه ای میرفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقیهیه ، قم ، دفتر انتشارت اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، جلد دوم.

۲۲ . نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق) جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، لبنان، جلد ۳۵.

۲۳ . نجفیان مجید (۱۳۹۷). بررسی مسؤلیت مدنی ناشی از اضطراب، اکراه، فریب و غرور در فقه امامیه و حقوق ایران، کنفرانس ملی اندیشه های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، حقوق و اجتماعی.

۲۴ . نوح جاه، ریحانه و وارسته بازقلعه، محمد (۱۴۰۰). بررسی فقهی و حقوقی قاعده غرور، هفتمین کنفرانس بین المللی مطالعات حقوقی و قضایی.

1. JOHN COOKE, LAW of TORT (1999). Fourth Edition, Liverpool University.

Elizabeth, A. Martin (1990). A Concise Dictionary of Law Oxford University, 1990

2. Gregory Klass, Meaning (2012). Purpose, and Cause in the Law of Deception, Georgetown University Law Center.

3. Laura C.H. Hoyano Bristol (1996). LIES, recklessness and Deception: Disentangling Dishonestby Civil Fraud.

4. George Class (2010). Meaning, Purpose and Cause in the Law of Deception, Georgetown University Law Center.

5. Elizabeth, A.Martin (1990). A Dictionary of law, Fifth Edition, Oxford University Press.

6. Dias and Markesinis (1984).Tort Law, London, Dlarendon Press, 1984

7. Angus Johnston. Basil Markesinis and Simon Deakins. TORT LAW. Seventh Edition .Clarendon Press. Oxford.

8. The role of deception in the realization of forced guarantees (review of Iranian law with a comparative view of English law.

9. Dr. Seyed Hosein Safaii Private Law, Tehran Azad University, Science and Research Branch.

Commutative Justice A suitable dress for the old body of civil law

Mohammad Khakbaz

Date Received : 26 April 2024 Date accepted : 17 August 2024

Abstract

Balancing the rights and obligations of the parties in contracts and exchange payments is one of the necessary tools in the interpretation of definite law and contracts. The aforementioned definition and the traditional criteria related to it cannot balance people's rights and the commercial necessities in the modern world; thus, from a more practical perspective, commutative justice theory means the necessity of balancing the parties' rights in bilateral contracts and its enforcement guarantee is compensation with the help of other valid legal principles. This theory in Iranian law, although not backed by explicit legal provisions, may be justified as an acceptable theory using analytical and jurisprudential reasons like "Waste of the Object of Sale before its Receipt" and legal options. Accepting this theory in business world today shall require to share the idea taqydh no reason to obey the law and traditional rules. Based on the justice of the exchange, the seller faces the buyer who has not paid the full price; He can refuse to sign the official transfer document in order to enforce the lien.

Keywords : Commutative justice, Balancing, Rights and duty.



«عدالت معاوضی، لباسی موزون بر قامت کهنسال قانون مدنی»

محمد خاکباز^۱

تاریخ پذیرش: ۲۷ مرداد ۱۴۰۳

تاریخ دریافت: ۷ اردیبهشت ۱۴۰۳

چکیده

موازنه حقوق و تکالیف طرفین در عقود و تعهدات معاوضی یکی از لوازم ضروری در تفسیر قوانین و عقود معین و نامعین است. «قاعده موازنه» در مفهوم عام خود تمام روابط حقوقی قهری و قراردادی و «قاعده عدالت معاوضی» در مفهوم خاص خود بر روابط قراردادی ناشی از عقود و تعهدات معوض سایه افکنده و به منزله جامه موزونی بر قامت کهنسال قانون مدنی تنیده شده است. موازنه حقوق طرفین از نظریه دیگری به نام «تئوری علت» ناشی می شود به این معنا که علت تعهد هر شخص معلول ایفای تعهد مقابل طرف دیگر می باشد که بموجب آن باید برابری عرفی و منطقی بین حقوق طرفین حاکم شود. در اثر پذیرش عدالت معاوضی، هرگونه سوء استفاده از حق منع می گردد (اصل ۴۰۴ ق.ا و قاعده لاضرر) تا هیچکس به بهانه فقر یا جهل دیگری از قواعد حقوقی، دارا نشود. قاعده تلف مبیع قبل قبض صرفاً شامل تلف فیزیکی مورد معامله نیست. فسخ عقود به نحوی صورت گیرد که طرف زیان دیده نفعش در فسخ باشد و طرف متخلف بدین وسیله تادیب شود. بعلاوه شایسته است قضات در تفسیر قوانین با عبور از ظواهر الفاظ قانون به روح و فلسفه آن بیندیشند مثلاً ظاهر الفاظ تسلیم مبیع و ثمن در ماده ۷۷۳ ق.م صرفاً تسلیم فیزیکی مبیع را در نظر می گیرد ولی براساس عدالت معاوضی، فروشنده در برابر خریداری که ثمن کامل را پرداخت نکرده است؛ می تواند در راستای اجرای حق حبس از امضای سند رسمی انتقال خودداری نماید.

کلید واژه ها: عدالت معاوضی، موازنه، حق و تکلیف .

از روح مشترک حاکم بر مواد پراکنده قانون مدنی و قواعد فقهی حاکم بر آن، قاعده عدالت معاوضی و موازنه را به مانند لباسی متناسب و موزون بر قامت قانون کنهسال مدنی ایران مشاهده می کنیم. اگرچه در ظاهر، بعضی مواد و نتایج آن مغایر با عدالت معاوضی بنظر می رسد ولی تحلیل و تفسیر صحیح از آنها، این تعارض ظاهری را برطرف می کند. محصور شدن حقوق دانان، قضات و وکلای دادگستری در چهارچوب الفاظ قانون، علم حقوق را فرسنگ ها از اهداف عالی عدالت دور می کند. برای این منظور لازم است تا حقوقدانان، صرفاً خود را در قالب متون قانونی محصور ننمایند و در تحلیل پرونده ها، به نظریات و قواعد معتبر حقوقی و روح قانون عنایت داشته باشند زیرا نصوص قانونی، همواره راهگشای مساله نخواهند بود. یکی از این قواعد حقوقی که از روح حاکم بر قانون مدنی استخراج می شود، «نظریه عدالت معاوضی» است. پیشینه عدالت معاوضی و توزیعی را می توان در آثار نویسندگان حقوقی در فلسفه حقوق جستجو کرد ولی در حقیقت مبانی کلی و عام فلسفی راجع به این موضوع، نمی تواند پاسخگوی مقتضیات و نیازهای جامعه در این خصوص باشد و ضروری است تا از دیدگاهی کاربردی تر به این مسأله نگریسته شود. در این مقاله ابتدا به تبیین قاعده عدالت معاوضی و بعد از آن به تحلیل آثار پذیرش آن می پردازیم.

۱ - مفهوم عدالت معاوضی

« عدالت معاوضی » مرکب از دو جزء عدالت و معاوضی است. عدالت به معنی پسند گواهی و راستی، عدل و عدل نیز به معانی داد، برابر کردن چیزی به چیزی، به ارقامش، معنا شده است. (طهرانی، ۱۳۷۳، ص ۴۸۷) العدل در لغت به « همسنگ و همتراز بودن، فدیة، سربها و...» معنا شده است. (بندرریگی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۸۸) حضرت علی (علیه السلام) درباره عدالت فرمودند: « عدالت قرار گرفتن هر چیز در جای خودش است. » (شهیدی، ۱۳۷۴، ص ۴۴۰) عدالت در اصطلاح فقهی ترک گناهان بزرگ و اصرار نوزیدن برگناهان کوچک و رعایت مرّوت تا به حد ملکه برسد و در مقابل فسق است. ^۱ این تعریف از عدالت شرعی مشهور بین فقیهان متقدّم و متأخر است و همان چیزی

است که ملاک پذیرش شهادت به عنوان شاهد عادل است.^۱ معاوضی یا معاملی هم در نظرمختار نگارنده مقاله، هر رابطه ای است که دارای دو عوض یا تعهد مقابل است؛ اعم از آنکه عقد معاوضی مانند بیع و اجاره باشد یا تعهد معوض مانند تعهدات طرفین در عقد مشارکت در ساخت باشد و ترکیب عدالت معاوضی یا قراردادی خود توضیح مفصلی دارد که به اختصار به بیان آن می پردازیم. معادل این لغت در حقوق خارجه Commutative Justice یا Contractual Justice است و قسیم منطقی این عبارت عدالت توزیعی Distributive Justice است.^۲ عدالت معاوضی، عدالتی که میزان دقیق حقوق هر شخص را ارائه میکند و عدالت توزیعی به تخصیص حقوق، وظایف و مسئولیتها در میان اعضای جامعه میپردازد به طوری که توازن تضمین شود.^۳ به عقیده ارسطو عدالتی که ناظر به توزیع کالاها و خدمات و حقوق و مزایا در بین طبقات برابری از افراد است عدالت توزیعی نام دارد.^۴ عدالتی معاوضی در عقیده ارسطو، عدالتی است که در معاملات وجود دارد و عدالت توزیعی، عدالت در تقسیم مشاغل و مزایا بین افراد است.^۵ به عقیده

۱- آخوند محمد کاظم خراسانی، رساله فی العداله، قم، الاسلامی، ۱۴۱۳ ه. ق، صص ۵۰ و ۵۱. در برخی روایات نیز ملاکهای مفصل تری برای عدالت آمده است مثلاً در روایتی از امام صادق (علیه السلام) آمده است که عبدالله ابن ابی یعفور از امام ملاکهای شاهد و قبول شهادت را پرسیده است. ایشان فرمودند: «ظاهر نبودن عیبی که منافی عدالت باشد و پاکدامنی و خودداری در مقام خوردن و شهوت و دست نیازیدن در مال غیر و نگهداری زبان از ناشایست و نابایست و اینها همه شناخته می شود به ترک کبابری مثل شرباخواری و آنچه بر همه اینها دلیل است آنست که از زشتیها چنان خود را محفوظ نگهدارد که بر مسلمانان حرام باشد پاره ای از لغزشها و اشتباهات را در غیبتش بازگویند یا از باطنش تفتیش کنند و... او را متعهد به حضور اول وقت در جماعت نمازهای پنجگانه ببینند و جز در موقع عذر او را از نماز غایب نبینند و... وقتی از حال او از مجاورین او پرسیده شود؛ خواهند گفت: ماجزخیر و خوبی از او ندیدیم. اینها باعث می شود؛ که شهادت و عدالتش میان مسلمانان جایز و ثابت باشد.» ابن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ترجمه علی اکبر غفاری و محمد جواد و صدربلاغی، تهران، صدوق، ۱۴۰۹ ه. ق، صص ۵۰ و ۵۱ در فتوای برخی فقیهان معاصر آمده است: «اثبات عدالت شاهد لازم است؛ ولی همین اندازه که کسی با او معاشرت کند و کارخلافی از او نبینند؛ عدالتش ثابت می شود.» ناصر مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ج ۳، قم، مدرسه امام علی ابن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ه. ق، صص ۳۳۰

۲- البته معادل های دیگر لاتین برای عدالت معاوضی می توان یافت مثلاً ریچارد رایت استاد دانشکده حقوق شیکاگو از قول استادش جان فینیس عدالت معاوضی را Interactive justice و آنرا قسیم منطقی عدالت توزیعی دانسته است: Between the dubious concept of general justice and the central concept of particular justice and between the two substantive divisions of particular justice : distributive justice and interactive justice. Richard W. Wright, ((the principles of justice)) , page 1860.

۳- Distributive justice versus ((commutative justice)) ((Thomas piketty : Le Capital au XXIe siècle ; paris : seuil ; 2013. English edition : Capital in the 21st century ; Cambridge (Mass); Harvard university press; 2014. pages : 197 – 201.

۴- ال. ب کرزون، فرهنگ حقوق، ترجمه قدیر گلکاریان و دیگران، صص ۸۱
۵- Justice is commonly thought to have two applications which Aristotle distinguished as ‘distributive’ and ‘commutative’ justice. The first, distributive justice, is concerned with the distributions of things (rights, goods, services and so on) among a class of individuals

<http://definitions.uslegal.com/c/commutative-justice>

۶- حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، صص ۲۰۵.

او قراردادهای تابع عدالت معاوضی است. ثمن عادلانه براساس تعادل کالاهای مورد مبادله تعیین می‌شود. به بیان دیگر رعایت عدالت معاوضی یک حق طبیعی است.^۱ در سیر تکاملی حقوق قراردادهای امروز باید بین مفهوم خشک و سنتی قرارداد و مفهوم انعطاف پذیر و مبتنی بر انصاف آن تفکیک قائل شویم. در واقع عدالت معاوضی پیشنهادی مبنی بر انصاف و تغییر در شرایط آن برای ما ارائه می‌دهد.^۲ عدالت معاوضی ایجاب می‌نماید که معاملات و توافق‌های بین اشخاص منصفانه باشد برای مثال کارفرما در محیط کار، حقوق منصفانه به کارمندان پرداخت نماید و با احترام با آنان برخورد کند و در مقابل کارمندان هم کار را وجدانا خوب انجام دهند و عدالت توزیعی به توزیع کالاها برای زندگی مناسب و در شأن اشخاص می‌پردازد.^۳

آنچه از تعریف عدالت معاوضی در نظر اندیشمندان و فلاسفه بیان شد؛ همگی در زمان و مکان خود خوب و مناسب بود ولی امروز نیازمند تعریف کاربردی تر برای این مفاهیم جهت تنظیم و حل و فصل روابط حقوقی هستیم. عدالت معاوضی را از دیدگاه کاربردی می‌توان چنین تعریف نمود :

رعایت موازنه در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی اقتضای این دارد؛ که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با هم برابری نمایند. این برابری در عقود معاوضی «عدالت معاوضی» یا «عدالت قراردادی» نامیده می‌شود. حال اگر این موازنه حقوق و تکالیف قراردادی طرفین برهم خورد باید به وسیله قانون، اصول معتبر حقوقی و قواعد فقهی جبران گردد. ابزارهای جبران کردن این عدالت مخدوش شده، بسته به مورد متفاوت است و شامل فسخ، بطلان، انفساخ، پرداخت خسارات مادی یا معنوی، دریافت ارض، اعاده به وضع سابق و امثال آن می‌گردد. بعنوان نمونه با بیع مبیع را می‌دهد تا به ثمن دست یابد؛ پس هرگاه خریدار ورشکسته شود و عین مبیع نزد او وجود داشته باشد رعایت موازنه بین حقوق متعاملین اقتضای این را دارد تا با بیع را برای مطالبه ثمن درصاف طلبکاران تاجر ورشکسته قرار ندهیم و به او حق فسخ عقد و استرداد مبیع را به استناد اختیار تفلیس بدهیم (ماده ۳۸۰ ق.م. وضع خیارهای مندرج در قانون مدنی با نظریه عدالت معاوضی توجیه می‌شوند).^۴

۲ - مبانی عدالت معاوضی

۱- مهدی انصاری، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، تهران، جاودانه، ۱۳۹۰، صص ۳۲۳ تا ۳۲۷.
 ۲- ((Equality and the law of contract : the possible impact of aristotiles theory of commutative justice.)) studia universitatis Babes- Bolyai jurisprudentia ; vol. 2015; Issue3 (july- september justice.)
 ۳- Commutative Justice requires that agreements and exchanges be fair ... Distributive justice concerns the distribution of goods that individuals need to lead good lives. Alec D. walen ; ((JUSTICE)) ; Rutgers school of law ; Rutgers ; the state university of new jersey- Department of philosophy ; September 24; 2013 ; ww. ssmn. ; page ۶۴
 ۴- محمد خاکباز، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، ج ۱، تهران، مجد، ۱۳۹۶، ش ۴۷، ص ۹۸ تا ۱۰۰.

عدالت معاوضی از مبانی بسیاری ریشه می گیرد. این مبانی در دو عنوان کلی قاعده تلف مورد قبل قبض و خیارات بررسی می گردند :

۱- ۲- قاعده تلف مبیع قبل قبض

این قاعده و ماده ۳۸۷ ق.م از حدیث پیامبر(ص) استخراج شده که فرمودند: « کُلُّ مَبِيعٍ تَلَفٍ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ ». عبارت « من مال بايعة » به معنی آن است که تلف مال برعهده فروشنده و از کیسه او رفته است.^۱ دلیلی که برای انفساخ عقد در حالت تلف مبیع قبل قبض اقامه شده براساس لزوم رعایت عدالت معاوضی در تبادل عوضین است. یعنی اگر بیع محقق و مبیع بعنوان معوض به خریدار تحویل شود، فروشنده مستحق ثمن بعنوان عوض است پس حالا که معوض تلف شده است، فروشنده استحقاقی بر عوض یعنی ثمن ندارد.^۲ برخی عقیده دارند حکم به تحمّل مسئولیت استرداد ثمن در تلف مال قبل قبض بر بايع، استثنایی و خلاف اصل است و باید از توسعه آن به سایر عقود خودداری کرد ولی چون این قاعده اجماعی است فقیهان چنین اختیار نموده اند که تلف مبیع قبل قبض کاشف از انفساخ عقد است.^۳ برخی دیگر آنرا قاعده عمومی و در تمام عقود معاوضی و در خود بیع به تلف ثمن معین قبل قبض نیز تسری میدهند زیرا در هر عقد معاوضی، عوض می دهیم تا معوض بگیریم پس اگر عوض تلف شود نمی توانیم معوض بگیریم پس انفساخ عقد در این حالت منطبق با موازنه حقوق طرفین است.^۴ بنای خردمندان نیز بر همین است.^۵ بدیهی است که نظر جریان داشتن قاعده در تمام عقود معاوضی منطبق با روح حاکم بر قانون مدنی و عدالت قراردادی است. قانونگذار در اجاره (ماده ۴۸۳ ق.م)، مزارعه (مواد ۵۲۷ و ۵۴۵ ق.م)، قرض (مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ ق.م)، مضاربه (بندهای

۱- سید حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۲، محقق: مهدی مهریزی و حسن درایتی، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۷۷.

۲- مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی، ص ۱۷۹.

۳- « دلینا: انه اذا باع فانما يستحق الثمن اذا قبض المبيع فاذا تلف تعذر عليه التسليم فلا يستحق العوض. » شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، محقق: علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم: نشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۱۵۴، مساله ۲۴۳.

۴- سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، نشر اسلامی، صص ۴۶۷ و ۴۶۸.

۵- سیدعلی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۳۷۶. برخی از حقوقدانان جدید فرانسه چون ژولیو دولا موراندر گفته اند این حکم نشان می دهد خریدار از لحظه انعقاد عقد، مالک مبیع شده است. در واقع حکم ماده ۱۳۸ ق.م فرانسه یک استثناء نیست بلکه یکی از موارد اعمال قاعده «ارتباط بین دو تعهد» است و ضابطه اصلی آن همان عبارت «Res perit domino» یعنی تلف هر مالی به زیان صاحب آن است. نقل از ژولیو دولا موراندر به وسیله: حمید بهرامی احمدی، حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و نظام های حقوقی، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، صص ۶۹۴ و ۶۹۵ و ۶۹۸. برخی دیگر نیز در خلاف قاعده بودن ماده ۳۸۷ ق.م علاوه بر استدلال های فوق به رعایت موازنه بین سود و زیان مالک تمسک جسته اند. یعنی همان طوره که از فاصله بین عقد تا تسلیم، منافع و نمانات برای خریدار است، عقلاً خسارات ناشی از تلف هم باید به او تحمیل شود. دکتر مهدی شهیدی، عقود معین، ج ۱، صص ۴۵ و ۴۶، ش ۳۸.

۶- ابوالقاسم قمی، جامع الشتات، جلد ۲، تصحیح مرتضی رضوی، تهران: نشر کیهان، ۱۳۷۱، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

۷- دکتر ناصر کاتوزیان، درس هایی از عقود معین، ج ۱، ص ۸۸ و همو، «عدالت معاوضی در قراردادها»، گامی به سوی عدالت: مجموعه مقالات، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶.

۸- ذلک من جهة ان العقلاء فی باب العقود المعاوضه و ان كانوا ينشاون المبادله بين المالين بمعنى انهم فی عالم الاعتبار يملكون احد العوضين لصاحب العوض الآخر و لكن بعنوان المعاوضيه و كون الآخر عوضاً و بدلاً و ليس من قبيل الهبه تملیکاً مجانیا و بلاعوض. سید محمدحسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، طهران، مکتب البرهان، تحقیق از مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی ۱۳۵۵ ه.ش، ص ۸۲.

۳ و ۴ ماده (۵۵۱) حکم به انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل قبض صادر کرده است.^۱ همچنین در مضاربه (بندهای ۳ و ۴ ماده (۵۵۱) هم این قاعده جاری است. به بیان لطیف یکی از استادان به یک بازاری بگویی: بیع تملیک در برابر تملیک است. به حرف شما میخندد و میگوید من جنس میدهم تا پول از مشتری بگیرم و همچنین است مشتری که پول میدهد تا مبیع را بگیرد بنابراین قاعده تلف مبیع قبل قبض، علاوه بر اینکه حکمی عمومی است، در عین حال تعقلی نیز هست.^۲

نکته کاربردی درباره این قاعده چهره ای جدید از این قاعده است و آنکه اگر عقد عهدی واقع شود و عمل موضوع عقد قبل انجام آن، برای همیشه ممتنع یا غیرممکن شود، اگرچه مورد عقد «تلف مادی» نشده است ولی «تلف حقوقی» شده و چهره ای از قاعده تلف مورد قبل قبض است. در این مورد هدف ومینای عقد، عقیم می گردد و مشابه بحث دکتربین «Frustration» در حقوق انگلیس است بعنوان مثال دادنامه شماره ۱۰۰۷۴۲-۱۰-۱۳۹۵/۷/۱۰ شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی کرج، حکم به انحلال قرارداد به دلیل ممتنع شدن مطلق اجرای تعهد شده است. در قسمتهایی از آن آمده است:

« در خصوص دعوای آقای ... به طرفیت ... به خواسته ابطال سند عادی یک باب مغازه پلاک ثبتی ... و مطالبه خسارات دادرسی با عنایت به مطالعه مجموع اوراق پرونده از جمله شرح دادخواست تقدیمی و نظریه کارشناسی آقای ... که موید عدم امکان اجرای تعهد به واسطه شمول طرح شهرداری و علی الظاهر احداث بانک رفاه در محدوده محل موضوع تعهد قراردادی خواهان می باشد و خوانده نیز در این خصوص دلیلی که موجبات عملی اجرای تعهد را ایجاب نماید، ارائه ننموده است لذا به واسطه عدم امکان مطلق انجام تعهد که به نظر می رسد پس از انعقاد قرارداد حادث شده است، دادگاه قرارداد مورد خواسته ر از تاریخ عذر منحل اعلام می دارد ... رئیس شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی کرج»

آن چیزی که موجب حکم به انحلال عقد شده است آنکه ادامه عملی اجرای آن به دلیل فرار گرفتن در طرح های عمرانی شهرداری منتفی شده است و چون هدف اصلی عقد سالبه به انتفای موضوع گردیده، به استناد ماده ۳۸۷ ق.م در حکم تلف مبیع قبل قبض بوده و منفسخ می شود. البته از دیدگاه دادرسی مدنی این نقد بر رای وارد است که خواسته «ابطال» بوده و دادگاه در حکمی خارج خواسته خلاف مواد ۲ و بند ۳ ماده ۵۱ ق.ا.د.م. به «انحلال» رای صادر شده است.^۳

۲-۲ - خیار

عَلَّتْ قَانُونِي «فسخ» عقد لازم «خیار» است و به دارنده حق فسخ بوسیله

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، تهران، انتشار، ۱۳۸۷، صفحه ۱۰۹.

۲- محمدجعفر جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ص ۵۵ و همو علم حقوق در گذر تاریخ، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، صفحه ۸۲
 ۳- Under the doctrine of frustration a contract may be discharged if after its formation events occur making its performance impossible or illegal and in certain analogous situations... Treitel; G.H. THE law of contract ; London ; sweet 8 maxwell; 1990 ; Page 805.

۴- محمد خاکباز، عدالت معاوضی، ج ۲، پیشین، ش ۱۶، صص ۴۶ تا ۵۰.

۵- Recission- revocation

۶- legal option

خيار «ذوالخيار» یا «صاحب حق فسخ» می گویند. فسخ عقد ماهیتاً ایقاعی است که با اراده صاحب حق فسخ ایجاد می شود ولی اثر این ایقاع دامنگیر طرفین عقد می شود.^۱ یکی از دلایل قویکه قواعد عدالت معاوضی و موازنه با آن توجیه میگردند خیارات هستند. با وجود احترامی که در حقوق ما برای اصول لزوم قراردادهای و ابقای عقد مهمما ممکن (ماده ۱۹۱ق.م) قائل هستیم ولی گاهی باقی ماندن عقد، مستلزم تضرر یکی از طرفین و برهم خوردن موازنه حقوق میشود؛ در این گونه موارد خیارات، اختیار فسخ قرارداد را به زیان دیده میدهند. مطالعه تک تک خیارات و چگونگی استناد به عدالت معاوضی در آنها، از توان و حوصله مقاله خارج است و در جای خود به آنها پرداختیم^۲ و در اینجا تنها به بیان دوی بحث کاربردی و به روز آن کفایت می کنیم:

۲-۲-۱ - خيار تعذر تسليم

یکی از مجاری این خيار «ناتوانی موقت در تسليم مورد معامله» است. اگر قدرت بر تسليم مورد معامله کلاً وجود نداشته باشد عقد باطل است.^۳ هنگامی که در تسليم مورد معامله، ناتوانی موقت به وجود آید و اعم از این که این ناتوانی به علت «طبیعت موضوع» یا «ناتوانی متعهد» باشد، طرف دیگر حق فسخ عقد را به استناد «خيار تعذر تسليم» دارد. (ماده ۲۴۰ق.م) مثال کاربردی این خيار آنکه وقتی در یک روز قیمت دلار دو یا سه برابر قیمت شود و خریدار ایرانی ماشین آلات صنعتی از آلمان مجبور باشد دلار پرداخت کند، اعطای مهلت عادلانه یا تعدیل قرارداد اولین راهکارها است و چنان چه این وضع در دراز مدت مثلاً یک ماه ادامه داشته باشد، نمی توان فروشنده و خریدار را ملتزم به عقد دانست. این موارد مصداق تعذر تسليم بوده و اصل لزوم به قدر ضرورت برداشته بنابراین هر دوی خریدار یا فروشنده حق فسخ دارند چون تسليم ثمن مورد معامله برای خریدار متعذر و تسليم مبیع هم با دریافت ارزی به غیر از دلار برای فروشنده غیرمقدور نسبی شده است. در این مساله اگر اختیار فسخ توسط خریدار را نپذیریم او مکلف به تادیه ثمن با دلاری می شود که چند برابر از زمان عقد، ترقی قیمت پیدا کرده است تکلیف به مالایطاقی^۴ که فقه و حقوق آنرا نمی پذیرد و اگر اختیار فسخ توسط فروشنده را پذیرفته نشود، او مکلف به باقی گذاشتن عقد و اقامه دعوا علیه خریدار برای مطالبه ثمنی باشد که معلوم نیست تا چه زمان خریدار توانایی پرداخت اش را پیدا نماید. قاعده کلی آنست اگر تورم ناگهانی قیمت ها، تادیه بهای مورد معامله را برای متعهد در عقد معاوضی با دشواری غیرقابل دفع

۱- فسخ قرارداد ایقاع و انفساخ اثر حقوقی است که یک قرارداد به حکم قانون یا قرارداد برهم می خورد. محمد خاکباز، رساله نظری و عملی در حقوق تعهدات با مطالعه در رویه قضایی، تهران، مجد، ۱۳۹۹، ص ۴۴.

۲- محمد خاکباز، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، ج ۲، پیشین، ص ۸۰ به بعد.

۳- فان الظاهر الاجماع علی اشتراطها فی الجملة کما فی جامع المقاصد و فی التذکره: انه اجماع و فی الميسوط: الاجماع علی عدم جواز بیع السمک فی الماء ولا الطیر فی الهواء... و استدلال فی التذکره علی ذلك بان: نهایی (صلی اللہ علیہ و آله وسلم) عن عبالغرر. مرتضی انصاری، المکاسب، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ه.ق، ص ۱۷۵.

۴- تکلیف به اندازه توانایی های شخص، مورد توجه خداوند است. آیه ۲۸۶ سوره بقره در این باره فرموده است: «لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا». خداوند هیچ کس را جز به قدر توانایی های او تکلیف نمی کند» منطق حقوقی هم یقیناً تکلیف به خارج از طاقت اشخاص را چه در حقوق عمومی یا خصوصی نمی پذیرد. یکی از اندیشمندان در این خصوص چنین نظر داده است: «اگر نتوانیم تعریف مشخصی از عدالت کنیم، حداقل باید گفت: یکی از لوازم اصلی عدالت عدم تبعیض و رعایت مساوات است. نه مساوات میان همگان، بلکه مساوات میان کسانی که از استحقاق مساوی برخوردارند.» سروش دباغ، سروش. آیین درآیین. تهران، صراط، ۱۳۸۷، ص ۳۲۸.

و پیش بینی روبرو ساخت؛ متعهد و متعهدله حق فسخ عقد را به استناد خيار تَعَدُّر تسليم خواهند داشت. این قاعده از جمع مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ و ۲۴۰ ق.م و دیگر مستندات در حقوق ما استنباط می شود البته فسخ باید بعنوان آخرین حربه به کار برده شود چون اصل کلی برابرای عقد مهما امکان بوده و فسخ استثناء بر آن است و در مقام تردید باید به قدر متیقن اکتفاء شود مثلا اگر با تعدیل قضایی عقد یا دریافت خسارت تاخیر یا بهای روز، ضرر متضرر جبران شد دیگر نوبت به فسخ نمی رسد.

۲-۲-۲ - راهکار عدم جبران ضرر با خيارات

اگرچه مبنای خيارات قاعده لاضرر و اجرای عدالت معاوضی است ولی گاهی فسخ برای جبران ضرر او کافی نیست بلکه برعکس طرف تجاوزگر و واردکننده زیان را تشویق می کند. مثال زیر بهترین شاهد این مساله است: زمینی با سند عادی یا رسمی بر مبنای ۲۰۰ متر بودن و با ثمن دو میلیارد تومان فروخته می شود. چند ماه بعد قرارداد و هنگام تحویل آن، خریدار متوجه می شود که ۱۸۰ متر است. طبق مواد ۴۴۴ و ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م خریدار حق فسخ دارد. در شرایط ثبات اقتصادی اجرای فسخ قرارداد منطبق با موازنه حقوق طرفین است زیرا اگر فروشنده بخاطر جبران نکردن بهای کسری متراتر ملک، رضایت خریدار را جلب نکند؛ خریدار می تواند عقد را فسخ کرده و با همان ثمن، ملکی دیگر متناسب با ارزش آن خریداری نماید ولی در نوسانات و تورم بی ضابطه قیمتها هیچ خریدار عاقلی حاضر نیست بخاطر ۲۰ متر کسری متراتر فسخ عقد را انتخاب نماید بعنوان نمونه اگر شما در فروردین ماه ۱۳۹۹ همان ملک را با ثمن دو میلیارد تومان خریداری کرده باشید و در شهریور ماه متوجه کسری ۲۰ متر آن شوید در حالیکه قیمت روز آن به چهار میلیارد تومان رسیده باشد هیچ وقت فسخ عقد را انتخاب نمی کنید زیرا در مقام اجرای فسخ، عوضین به مالک قبلی بر می گردد یعنی ملک (مبیع) به فروشنده و دو میلیارد تومان (ثمن) به خریدار برمی گردد. شما نیز بعنوان خریدار هیچ گاه نمی توانید با دو میلیارد تومان دریافتی، ملک دیگری با آن ارزش تهیه کنید. پرسش اینجاست آیا خریدار می تواند خسارات را بر اساس قیمت آن ۲۰ متر کسری را دریافت کند و فسخ نکند؟

پاسخ اول - طبق ظاهر ماده ۳۵۵ ق.م پاسخ منفی است زیرا ابتدای ماده حق فسخ در صورت کسری یا اضافی متراتر را به فروشنده یا خریدار می دهد و در پایان آن بیان می دارد: «مگر اینکه در هر دو صورت، طرفین به محاسبه ی زیاده یا نقیصه تراضي نمایند».

پاسخ دوم - ممکن است طبق روح حاکم بر مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م و قواعد لاضرر و عدالت معاوضی پاسخ مثبت داده شود. به این صورت که اجزای ثمن در برابر اجزای مبیع قرار دارد بعنوان مثال ۲۰۰ متر زمین از قرار متری ده میلیون تومان که جمعا دو میلیارد تومان ثمن در برابر آن پرداخت شده است و با کسری ۲۰ متر آن خریدار مستحق

دویست میلیون تومان است. یک نظراینگه شرط ضمنی در معامله وجود دارد که خریدار بتواند عقد را باقی گذارد و بهای کسری متراژ را بگیرد. نظردیگراستناد به بخش اخیرماده ۳۸۶ق.م است که بیان می‌دارد: «اگر در مورد دو ماده قبل، معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن (بهای قراردادی)، مخارج معامله و مصارف متعارف (خسارات) را که مشتری نموده است؛ بدهد.»

بنظر حقوقدانان در تحلیل این ماده، فسخ کننده نه تنها نباید خسارت بپردازد بلکه از باب «سببیت طرف دیگر در فسخ عقد» می‌تواند با اجتماع شروط مسئولیت مدنی از طرف دیگر مطالبه خسارت نماید.^۱ مفهوم «فسخ» با «نقض» متفاوت است. فسخ اجرای «حق قانونی» است و «نقض» تخلف غیرقانونی از شرایط پیمان است بخاطر همین در فسخ، سخن از «حق» آورده می‌شود و اصطلاح لاتین «Right of rescission» بکار برده می‌شود ولی در نقض «Breach of contract» آورده می‌شود. پس طبق بخش اخیرماده ۳۸۶ق.م، خریدار می‌تواند علاوه بر ثمن، مابه التفاوت ثمن معامله و ارزش روز قیمت ملک که در اثر تورم ایجاد شده است را بعنوان خسارت از فروشنده در موقع فسخ قرارداد دریافت کند.

۳ - آثار عدالت معاوضی

آثار عدالت معاوضی فراوان است. در اینجا تنها به قدر بضاعت خود به بیان موارد زیر بعنوان مهمترین آثار عدالت معاوضی و موازنه بسنده می‌کنیم:

۳-۱- حق حبس

ماده ۳۷۷ ق.م بعنوان تبیین قاعده عمومی حق حبس است که بموجب آن حق خودداری از تحویل ثمن یا مبیع برای هریک از طرفین عقد به رسمیت شناخته شده است. لفظ مطلق «تسلیم» دو مصداق دارد: ۱. تسلیم مادی یا فیزیکی ۲. تسلیم حقوقی یا اعتباری. ازدیدگاه دقیق حقوقی تسلیم کامل در اموالی که دارای سند رسمی و دولتی است خواه مال منقول یا غیرمنقول باشد زمانی محقق می‌شود که اسناد مالکیت آن مال به نام منتقل الیه منتقل شود و تسلیم مادی کافی نیست. جزء سازنده تسلیم همان بخش حقوقی آن است نه فیزیکی.

اگرچه ممکن است در ابتدا به ذهن برسد که قانونگذار مصوب ۱۳۰۷ حق حبس مذکور ماده ۳۷۷ ق.م را فقط در ثمن و مبیع جاری دانسته ولی با توجه به مبنایی که قانون گذار یعنی

۱- دکتر فریدون نهرینی، ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران، تهران، گنج دانش، صص ۲۶۵ و ۲۶۶.

«اطمینان متعهد از ایفای تعهد طرف مقابل» و گسترش روابط قراردادی امروز، میتوان این حق را از باب «وحدت ملاک» به مسائل دیگر توسعه داد زیرا علتی که در اصل قیاس یعنی مبیع و ثمن وجود دارد به یقین در فرع قیاس یعنی تمام تعهدات معوض سایر عقود وجود دارد و وقتی چنین یقینی داشته باشیم، می توانیم از باب وحدت ملاک یا «قیاس مُسْتَنْبَطِ الْعِلَّةِ از نوع تنقیح مناط قطعی»

حکم را توسعه دهیم. قیاسی که از نظر فقه امامیه نیز معتبر است.^۱ مثلاً خریدار در پیش فروش آپارتمان، حق دارد تا قبل از تحویل ملک از پرداخت اقساط ثمن در موعد مقرر خودداری نماید، متقابلاً بایع هم حق دارد تا قبل از دریافت کامل ثمن از امضای سند رسمی خودداری نماید. هدف قانون گذار از ایجاد حق حبس، اجرای صحیح موازنه حق و تکلیف است و اجرای این حق باید با توجه به نیازهای روز جامعه تفسیر شود. بموجب «نظریه عَوْض»^۲ شخصی که مُتْعَهَّد به عَوْضی شده، انتظار دارد تا منافع او از اجرای عقد تأمین شود و در صورت نقض قرارداد^۳، دادگاه باید از این منافع حمایت کند. هیچ فروشنده عاقلی حاضر نیست مبیع را با سند رسمی به دیگری انتقال داده در حالی که ثمن را دریافت نکرده باشد و بعد از انتقال رسمی، جهت دریافت باقی مانده ثمن در پیچ و خم دالان های دادگستری، دعوای مطالبه ثمن علیه خریدار طرح نماید. منطق حقوقی در عقود معاوضی ایجاب می کند وقتی شخص به تکلیفش عمل نمود برای او حق الزام طرف مقابل ایجاد شود. در طرف دیگر معادله نیز وقتی فروشنده به تعهدش مبنی بر تسلیم مبیع عمل نکرده باشد، حق الزام خریدار به تادیه ثمن را ندارد.

حال که حق خودداری فروشنده از امضای سند رسمی به دلیل عدم پرداخت ثمن مشروع می باشد؛ اگر در این شرایط وجه التزامی برای تخلف بایع از امضای

۱- مناط حکم ملاکی است که شارع حکمش را معلق بر آن قرار داده است و تنقیح مناط بدست آوردن ملاک قطعی حکم و سرایت دادن حکم آن واقعه بر واقعه دیگر به جهت یکی بودن ملاک حکم است. اگر این ملاک به طور قطع در مورد دوم وجود داشته باشد؛ تنقیح مناط قطعی است و فقهای امامیه آنرا حجت می دانند. منتظری نجف آبادی، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، نشر کیهان، چاپ ۱، ۱۴۰۹ه.ق، ص ۳۹۸ در تنقیح مناط با اعمال یک قاعده کلی از حکمی خاص در موردی دیگر کشف می شود و اکنون از پایه های اساسی فقه شیعه است. مدرسی طباطبایی، سید حسین، مقدمه ای بر فقه شیعه، مترجم محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۰ه.ق، ص ۴۲ مثال تنقیح مناط قطعی ماجرای مردی بیابان نشین است که از آموزش خود با همسرش در روزه رمضان از پیامبر سوال کرد. حضرت او را به آزاد کردن یک برده امر کرد. این حدیث از باب تنقیح مناط قطعی حجت است یعنی ارتکاب این عمل در ماه رمضان از هر کس کفارہ آزاد کردن یک برده دارد و بادیه نشین خصوصیتی ندارد و تنها علت حکم، وقوع آن در ماه رمضان است. حال اگر این مثال را به دیگر مفطرات روزه تسری دهیم، تنقیح مناط ظنی است و حجت نیست. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲، قم، دائرة المعارف الاسلامی، چاپ ۱، ۱۴۲۶ه.ق، ص ۶۴۴.

۲- .. Doctrine of consideration

۳- Breach of contract .

سند شرط شده باشد؛ این وجه قابل مطالبه نیست. این قاعده نتیجه و ذی المُقدمه پذیرش حکم قبلی است چون وجوب ذی المُقدمه، مستلزم وجوب مقدمه می‌باشد.^۱ دادنامه ۰۱۰۳۰-۱۳۹۰/۶/۲۷-۱۳۹۰ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان البرز نمونه‌های از توجّه قضات به این نکته است. داستان از این قرار که مُتعامل (خریدار) به طرفیت مُعامل (فروشنده) به خواسته مطالبه وجه التزام طرح دعوا می‌کند. شعبه ۲۱ دادگاه حقوقی کرج در دادنامه غیابی شماره ۰۰۴۹۱-۱۳۸۹/۶/۱۳ با توجه به عدم حضور فروشنده در دفترخانه و شرط وجه التزام، فروشنده را به پرداخت وجه التزام محکوم نموده است. فروشنده از این رای واخواهی می‌کند و دادگاه با شنیدن مدافعات مبنی بر اینکه عدم امضای سند، نپرداختن باقی مانده ثمن بوده است؛ در دادنامه شماره ۰۱-۱۳۸۹/۱۰/۱-۹۰۱، دادنامه غیابی را نقض می‌کند.^۲ خریدار (مُعامل) از این رای تجدیدنظرخواهی کرده و شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان البرز در دادنامه شماره ۱۰۳۰-۱۳۹۰/۶/۲۷ طبق استدلال زیر رای دادگاه نخستین را تایید می‌نماید

«رای دادگاه»

«... در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای... با وکالت ... نسبت به قسمتی از دادنامه ۹۰۱-۱۳۸۹/۱۰/۱ که به موجب آن واخواهی آقای... نسبت به محکومیت به پرداخت وجه التزام مورد پذیرش قرار گرفته ... دادگاه با عنایت به این که تجدیدنظرخوانده از حق حبس قانونی خود استفاده نموده است و در واقع مانع موجود ناشی از قانون و حق مستند به آن بوده، لذا دادگاه به این جهت تجدیدنظرخواهی را وارد ندانسته و... حکم بر بی حقی تجدیدنظر خواه صادر و اعلام می‌دارد. رای صادره قطعی است»:

وکیل تجدیدنظر خواه از این رای درخواست اعاده دادرسی مینماید و جهت آن را استناد دادگاه به مواد متعارض قانون مدنی دانسته است چون رابطه طرفین را معاوضه دانسته ولی حق حبس که مختص بیع است به معاوضه تسرّی داده است. متعاقبا دادگاه با استدلال زیر قرار ردّ درخواست اعاده دادرسی صادر مینماید :

«رای دادگاه»

«...دادگاه به دلایل زیر درخواست مطروحه را مطابق مقررات قانونی نمیداند: حقّ حبس برخلاف استدلال مندرج در دادخواست اعاده دادرسی مختص عقد بیع نبوده تا مشمول ماده ۴۶۵ ق.م باشد بلکه این حق در قلمرو تمامی عقود معوض، قابل اعمال و اجراست و

۱- بروجدی عبده، محمد، مبانی حقوق اسلامی مختلف الاصول، تنقیح مهدی قومی نژاد، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳، ص ۲۲.

۲- پرونده شماره ۰۱۰۱۶۳-۱۳۸۹-۸۹۰۹۹۸۲۶۱۲۱۰۰۱۶۳ بایگانی شعبه ۸۹۰۱۶۵ شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی کرج.

ذکر آن در فصل عقد بیع به‌عنوان بارزترین مصداق عقود معوض به معنی انحصار این حق به بیع نمیباشد. ثالثاً همان گونه که در دادنامه شماره ۱۰۳۰-۱۳۹۰/۶/۲۷ نیز تصریح گردیده، عوض قراردادی آپارتمان، ۶۰۰ متر باغچه بوده که به خواننده تسلیم نگردیده و به اعتقاد دادگاه، آپارتمان موصوف نیز تسلیم و تحویل نشده است. توضیح آن که مطابق عرف حاکم، تسلیم در خصوص اموال غیرمنقول ثبت شده، زمانی محقق می‌گردد که سند رسمی انتقال آن امضا و در دفتر املاک به ثبت برسد که در مانحن فیه، عوضین تسلیم نشده‌اند و اسناد مالکیت آنها رسماً منتقل نشده است... دادگاه درخواست مطروحه را وارد ندانسته و به استناد تبصره ماده ۴۳۵ ق.آ.د.م قرار رد درخواست اعاده دادرسی را صادر و اعلام می‌دارد. این رای قطعی است.»^۱

هیات مستشاران شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان البرز. پور رضایی، موسوی نژاد

نتیجه ای که ما به آن رسیده ایم در ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ آمده و به فروشنده حق داده شده که تسلیم مبیع و اسناد مربوط به آن را موکول به دریافت ثمن نماید.^۲ در قانون مدنی ایران مصوب سال ۱۳۰۷، چنین حکمی به صراحت وجود ندارد ولی یقیناً اگر قانون گذار در این دوران زندگی میکرد به صراحت حق حبس را به موضوع تنظیم سند رسمی تسری میداد و اکنون وظیفه حقوقدانان است که قانون را با نیاز روز جامعه تفسیر کنیم.

نکته دیگر که حق امتناع فروشنده از امضای سند رسمی تا قبل دریافت کامل ثمن بعنوان اجرای حق حبس، در کلیه اموال منقول و غیرمنقول جریان دارد اگرچه دادگاه مذکور آنرا مختص اموال غیرمنقول دانسته است چون تسلیم در کلیه اموال دارای سند رسمی وقتی بطور کامل محقق می شود که ملک بنام منتقل الیه منتقل شود. اگر فروشنده سند رسمی را امضاء کند در حالی که ثمن کامل را اخذ نکرده است عوض را تسلیم کرده در حالی که معوض را نگرفته است و این با مبنای اجرای حق حبس ناسازگار است .

به عقیده نگارنده مقاله، حق حبس نه تنها در عقود معاوضی بلکه در تمام تعهدات معوض جریان دارد خواه این تعهدات اثر مستقیم یک عقد معاوضی باشد یا آثار فرعی عقود ادنی یا عهدی باشند. این تحلیل نیز در نتیجه پذیرش قاعده موازنه در روابط حقوقی است . گاهی در این عقود غیرمعاوضی «تعهدات معاوضی» وجود دارد که قاعده موازنه اقتضاء می کند تا حق حبس در آن تعهدات هم جاری باشد بعنوان نمونه وکالت یک عقد جایز ادنی

۱- پرونده شماره ۱۶۳-۱۱۲۱۰۰۱۶۹۸۲۶۱۲۱-۱۳۹۰-۸۹۰۸۲۶ شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان البرز .

۲- سید حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، صفحه ۲۰۹ .

است. اثر اصلی آن اذن و نیابت است ولی مفاد و کالت اقتضای این را دارد که هر یک از وکیل و موکل به تعهدات خود در برابر همدیگر پایبند باشند (مواد ۶۶۶ تا ۶۷۷). بعنوان مثال وکیل دادگستری را تصور فرمایید که با نهایت درایت و صداقت کارموکل را به نتیجه رسانده است و قرار بوده تا موکل حق الوکاله او را بعد صدور رای پرداخت کند.^۱ اکنون موکل نادرستی می کند و از پرداخت دستمزد کامل او خودداری می کند، در اینجا وکیل می تواند در اجرای حق حبس و اصل همبستگی تعهدات، بخشی از محکوم به را که معادل حق الوکاله اوست نزد خود نگاه دارد تا طلبش وصول شود. قاعده موازنه حق و تکلیف اقتضای این را دارد که حق حبس در تمام تعهدات معاوضی جریان داشته باشد خواه این تعهدات بطور مستقیم جزء عوضین عقد معاوضی باشند یا در زمره تعهدات معاوضی عقود غیرمعاوضی باشند. پذیرش حکم خلاف آن باعث می شود شخصی که حق اش پرداخت نشده است، تعهدش را بطور کامل انجام دهد و چیزی بعنوان گرو یا حق حبس نگه ندارد و آنگاه برای مطالبه حق از دست رفته اش دنبال طرف تجاوزکار بدود. نتیجه ای که هیچ عقل سلیمی و منطق موازنه نمی پذیرد. هنر حقوقدان این است که با ارائه نظریات صحیح از طرح دعوی متعدد و صرف وقت وهزینه غیرضروری جلوگیری کند.^۲

۳-۲ - توجه به تعهد اولیه متعهد در تعهدات معوض

یکی از آثار مهم عدالت معاوضی در تفسیر قراردادها آنکه اگر متعهد به تعهدات اولیه و ابتدایی در برابر متعهد له عمل نکرده باشد، نمی تواند الزام او را به پرداخت خسارات تخلف از اجرای تعهدات بخواهد. بعنوان مثال مشروط له و خواهان وجه التزام باید به تعهد اولیه خود در قبال مشروط علیه عمل کرده باشد تا بتواند الزام مشروط علیه را به پرداخت وجه التزام بخواهد در غیر این صورت در دعوی مطالبه وجه التزام محکوم به بیحقی می گردد. به دیگر سخن، خواهان دعوی مطالبه وجه التزام باید بستر و زمینه اجرای تعهد را برای خواننده این دعوا فراهم کرده باشد تا بتواند در صورت فراهم کردن این بستر و تخلف متعهد، الزام متعهد را به پرداخت ضمانت اجرای این تعهد بخواهد. گردشکار و شرح دادنامه ای که در بند پیش بیان شد و بسیاری از آرای محاکم بدوی، تجدیدنظر، دیوان عالی کشور این نکته مهم را قبول دارند و در آرای خود تصریح کرده اند که در جای خود آنها را مفصل شرح و بسط داده ایم.^۳

۳-۳ - دریافت خسارات بر پایه نظریه تامین ارزش پول

در تعهدات پولی «پرداخت پول» هدف است و در دیون به ارزش «تامین ارزش پول» هدف

۱- به قول شاعر (وکیل آقای محسن گودرزی): چونوبت به حق الوکاله رسد * وکیل آن زمان، مار یا اژدهاست .

۲- محمد خاکباز، عدالت معاوضی، ج ۳، پیشین، صص ۱۲۱ تا ۱۳۸.

۳- محمد خاکباز، رساله عملی در وجه التزام، تهران، مجله، چاپ سوم، ۱۴۰۲، صص ۵۰ تا ۱۰۳.

است. این تقسیم از دانشمندان حقوق آلمان گرفته شد. آنها بین دین پولی «Geldschuld» و دین تامین ارزش پول «Wertschuld» تفاوت گذاشته اند و پاره ای از استادان فرانسوی چون کاربونیه این تقسیم را مبنای مطالعات خود قرار داده اند.^۱ بعضی دیگر از حقوقدانان ایران نیز «نظریه تخلیه اسکناس» را مطرح ساخته اند. به این مفهوم که ارزش اسکناس در طول زمان تخلیه می‌گردد.^۲ از دیدگاه دیگری می‌توان به تمایز بین «دین پولی» و «دین به ارزش» نگاه کرد و آن طرح نظریه «طریقیت داشتن پول» در اقتصاد کنونی است. در هر دو مورد دین پولی و دین به ارزش، مدیون باید پول بپردازد ولی در تعهدات پولی، «خود دادن پول» اعم از ریال، دلار، یورو، فرانک، درهم «موضوعیت» دارد ولی در تعهدات به ارزش پول، «تامین ارزش آن» ملاک است و خود وجه رایج جنبه «طریقیت» دارد با مثالی بسیار ساده این موضوع بیشتر روشن می‌شود: اگر در سه سال گذشته یک عدد نان از کسی قرض گرفته شود و امروز باید مثل همان نان به او برگردد. سه سال پیش هر قرص نان مبلغ پانصد تومان بوده است ولی اکنون هر نان سه هزار تومان است پس مقتضی است برای استرداد مال موضوع قرض، دو هزار و پانصد تومان بیشتر از هزینه زمان دریافت قرض را پرداخت کند. حال اگر نان را کنار بگذاریم و به جای نان پانصد تومان «پول نقد» قرض داده شود و اکنون بعد سه سال بخواهیم همان پول نقد را برگردانیم؛ باید سه هزار تومان برگردانده شود تا حکم کنیم اصل پول برگردانده شده است. اگر حکم خلاف آنرا بپذیریم عدالت معاوضی به شدت مخدوش می‌گردد پس عقل سلیم و فطرت پاک حکم می‌کند برگرداندن مبلغ بیشتر در وجه نقدی که قرض داده می‌شود، همیشه ربا نیست با تامل بیشتر فهمیده می‌شود دریافت آنچه امروز «خسارات تاخیر تادیه وفق شاخص بانک مرکزی» خوانده می‌شود اساساً «خسارت تاخیر» نیست بلکه دریافت اصل ارزش پول است و حتی دریافت آن هم، ارزش کامل پولی که دچار افت اقتصادی شده را به جهت غیر واقعی بودن شاخص های موجود در بانک مرکزی جبران نمی‌شود بلکه میزانی فراتر از شاخص رسمی بانک مرکزی، وفق نظر کارشناس رشته بانکی باید پرداخت شود تا موازنه برقرار شود. رای وحدت رویه ۷۳۳-۱۳۹۳ که به طور خاص و استثنایی در بحث ضمان دَرک و آن هم اموال غیر منقول صادر شده است و به دنبال آن رای وحدت رویه شماره ۸۱۱-۱۴۰۰/۴/۱ صادر شد که جبران نقص رای قبلی و حرکت مثبتی برای گام برداشتن به سوی عدالت معاوضی بود که البته نقص هایی هم بر آن وارد است ولی با کمک تحلیل های حقوقی می‌توان از آن در مورد سایر اموال منقول هم وحدت ملاک گرفت. همچنین امکان دریافت خسارت بر خلاف نظر مشهور حقوقدانان و برپایه همین مبانی نیز از آثار دیگر عدالت معاوضی است که در برخی آرای داورانی که در نهایت مورد تأیید محاکم

۱- نقل از کاربونیه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۸۸، ص ۳۰۲ و مارتی و رینوژستاز، تعهدات، ج ۲، ش ۹ به بعد بوسیله: دکتر ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ش ۳۴، ص ۵۲.

۲- دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۹۲، ش ۴۶، صص ۹۷ و ۹۸.

واقع شده، پذیرفته شده است.^۱

موارد یاد شده تنها برخی از آثار دریای وسیع قواعد عدالت معاوضی و موازنه بود که به قدربضاعت این مقاله آوردیم و به قول شاعر:

گر بریزم بحر را در کوزه ای چند گنجد قسمت یک روزه ای

متن اصلی مقاله به اتمام رسید ولی افکار ناب برصفحات ذهن جویندگان حقیقت همواره جاری است.

نتیجه گیری:

۱. نظریه عدالت معاوضی از دیدگاه کاربردی به معنای « ضرورت برابری حق و تکلیف طرفین» درهر رابطه دوطرفه که از «تئوری علت» نشات می گیرد خواه این رابطه ناشی از قرارداد باشد یا ناشی از ضمان قهری و هرگاه این موازنه برهم خورد باید به وسیله حکم قانون یا اصول حقوقی جبران گردد.

۲. دو مبنای مهم عدالت معاوضی: اختیارات و قاعده تلف مبیع قبل قبض است که چهره ها و مسائل به روز آن شایسته بررسی از دیدگاه عدالت معاوضی است.

۳. برخی از مهمترین مصادیق قاعده عدالت معاوضی در روابط قراردادی موارد زیر است: ۱-۲ توجه به تعهدات مقابل و اولیه متعهد در عقود و تعهدات معوض ۲-۲ دریافت افت ارزش پول بر پایه نظریه عدالت معاوضی.

۲-۳ دریافت خسارات مازاد بر شاخص رسمی بانک مرکزی درجایی که شاخص ها ضرر واقعی متضرر را جبران نکند.

۲-۴ توسعه حق حبس به تمام عقود و تعهدات معاوضی حتی در تعهدات معوض عقود اذنی.

۱- محمد خاکباز، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، ج ۳، پیشین، صص ۳۱ تا ۴۹.

۱- منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسین. «حقوق مدنی» جلد ۱، تهران، اسلامیة، ۱۳۴۰.
۲. انصاری، مهدی. «تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها»، تهران، جاودانه، ۱۳۹۰.
۳. ایزانلو، محسن. «شروط محدودکننده وساقط کننده مسئولیت در قراردادها». تهران، شرکت انتشار، ۱۳۹۰.
۴. بهرامی، محمد کاظم. «اخلاق و آداب قضاوت». قم، معارف، ۱۳۹۴.
۵. شمس، عبدالله. «دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی». جلد ۳، تهران، دراک، ۱۳۹۱.
۶. بروجرودی عبده، محمد. «مبانی حقوق اسلامی مختلف الاصول» تنقیح مهدی قومی نژاد، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۷. جعفری لنگرودی، «حقوق خانواده». تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸.
۸. جعفری لنگرودی، «تئوری موازنه». تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام». جلد ۲، قم، دائرة المعارف الاسلامی، چاپ ۱، ۱۴۲۶ ه.ق.
۱۰. حائری شاه باغ، سیدعلی. «شرح قانون مدنی». جلد اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۱. شهیدی، مهدی. «عقود معین». جلد ۱، تهران، مجد، ۱۳۹۰.
۱۲. صفایی، حسین و دیگران. «حقوق بیع بینالمللی: بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران فرانسه، انگلیس و آمریکا». تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۱۳. خاکباز، محمد، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، جلد ۱: کلیات قاعده، تهران، مجد، ۱۳۹۶.
۱۴. خاکباز، محمد، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، جلد ۲: مبانی قاعده، تهران، مجد، ۱۴۰۲.

۱۵ . خاکباز، محمد ، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، جلد ۳ : آثار قاعده، تهران، مجد، ۱۴۰۲ .

۱۶ . خاکباز، محمد ، رساله عملی در وجه التزام، تهران، مجد، ۱۴۰۲ .

۱۷ . خاکباز، محمد ، عدالت و انصاف در آینه آرای قضایی، تهران، جنگل، ۱۳۹۹ .

۱۸ . کاتوزیان، ناصر. «حقوقخانواده». جلد اول، تهران، انتشار، ۱۳۸۵.

۱۹ . کاتوزیان، ناصر. «فلسفه حقوق». جلد ۳، تهران، انتشار، ۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر. «قواعد عمومی قراردادها». جلد ۱ و ۴، تهران، انتشار، ۱۳۸۷.

۲۰ . مدرسی طباطبایی، سید حسین. «مقدمه ای بر فقه شیعه». مترجم محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۰ه.ق .

۲۱ . محقق داماد، مصطفی. «قواعد فقه بخش مدنی». تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۹.

۲۲ . منتظری نجف آبادی، حسین علی «مبانی فقهی حکومت اسلامی». ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، نشر کیهان، چاپ ۱، ۱۴۰۹ ه.ق .

۲۳ . نوری، محمدعلی. «عقود و تعهدات قراردادی والزامات خارج قرارداد از قانون مدنی فرانسه». تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰.

۲- منابع عربی

۱ . ابن بابویه قمی، محمد (شیخ صدوق). «من لایحضره الفقیه». جلد ۳، قم، الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق .

۲ . محمد باقر (مجلسی دوم). «مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول». جلد ۲۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ه.ق، محقق سیدهاشم رسولی.

۳ . اصفهانی، محمد باقر (مجلسی دوم). «ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار». جلد ۱۰، محقق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۶ه.ق

۴ . انصاری، مرتضی. «فرائد الاصول : قاعده لاضرر و الید و الصحه و القرعه». جلد ۲، قم، بی نا، بی تا .

۵ . بجنوردی، سید محمدحسن. «القواعد الفقهیه». الجزء الثانی، تحقیق مهدی مهریزی و

- محمد حسین درایتی، طهران، مکتب البرهان، ۱۳۵۵ ه.ش و قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق .
- ۶ . بحرانی، حسین بن محمد. «الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (للفیض)». جلد ۱۴، محقق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا .
- ۷ . سبحانی، سیدجعفر. «نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء». جلد ۱، قم، موسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۸ ه.ق .
- ۸ . فرطوسی حویزی، حسین «التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع». قم، اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق .
- ۹ . لنکرانی، فاضل. «تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات»، قم، نشرائمه، محقق حسین واثقی و محمد مهدی مقدادی، ۱۴۰۲ ه.ق .
- ۱۰ . طباطبایی، سیدعلی بن محمد. «ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل». جلد ۱۵، قم، آل البیت، محقق محمد بهره مند و دیگران، ۱۴۱۸ ه.ق .
- ۱۱ . طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن. «المبسوط فی فقه الامامیه»، جلد ۸، قم، الاسلامی، ۱۴۲۸ ه.ق .
- ۱۲ . طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن. «المبسوط فی فقه الامامیه»، جلد ۲، محقق: سید محمد تقی کشفی، تهران، نشر المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ه.ق .
- ۱۳ . طوسی، ابی جعفر. «تهذیب الاحکام». جلد ۶، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق .
- ۱۴ . طوسی، ابی جعفر. «الخلاف». الجزء الثالث، محقق و مصحح علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم، الاسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق .
- ۱۵ . عراقی، آقا ضیاء الدین. «کتاب القضاء». قم، معارف اسلامی امام رضا(علیه السلام)، ۱۴۲۱ ه.ق .
- ۱۶ . نجفی، محمد حسن. «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام». الجزء الثالث و الثلاثون، تصحیح السید ابراهیم المیانجی، طهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۷۴ ه.ش .
- ۱۷ . منتظری نجف آبادی، حسین علی. «دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه». جلد ۲، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ه.ق . ۱۸ . مومن قمی، محمد . «مبانی تحریر الوسیله : القضاء و الشهادات». تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ه.ق . ۱۹ . موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. «فقه القضاء». جلد ۲، بی نا، ۱۴۲۳ ه.ق .

۲۰. سیدیوسف المدنیالتبریزی، « منہاج الاحکامفی النکاح والطلاق ». الجزء الاول، قم، مکتبه اسماعیلیان، ۱۴۱۲ه.ق

۲۱. روح اله موسوی خمینی (ره)، « تحریرالوسیله ». جلد ۴، ترجمه محمد باقر موسوی، قم، دارالعلم، ۱۳۷۶.

۲۲. نراقی، ملا احمد. « رسائل و مسائل ». جلد ۲، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و احمد، محقق حامد ناجی اصفهانی، ۱۴۲۲ه.ق.

Probability of Non-performance of Obligations in Smart Contracts on Blockchain and their Potential Sanctions

Rahim Mokhtari, Hadi Zare

Date Received : 25 April 2024 Date accepted : 15 August 2024

Abstract

Smart contracts on the blockchain represent a novel form of electronic contracts. These contracts are distinguished from both traditional and digital (other electronic) contracts by their self-execution, which occurs without human intervention due to their AI-based nature. This paper aims to address the following question: Given the self-execution feature of these contracts, is it possible to breach them? If so, how would the smart contract respond? These contracts are new and, as a result, there are no particular laws governing them. To answer the said question, this paper analyzed smart contracts within the context of established legal principles and regulations. While such contracts reduce the likelihood of contractual violations significantly, it is not possible to eliminate this probability entirely. As a result, it is essential to examine the role of sanctions for the execution of smart contracts. In examining instances of non-performance of obligations, this study focused on the role of the self-execution feature of smart contracts in applying the sanctions. To be applicable, a sanction needs be coded in the contract in advance because the principle of immutability governs the blockchain. It also merits mention that some sanctions need human intervention to be applied, and the smart contract cannot automatically self-execute them. Therefore, smart contracts execute and apply these sanctions directly and indirectly.

Keywords: Smart contract, violation of commitment, execution guarantee, self-execution



بررسی امکان نقض تعهدات در قراردادهای هوشمند شبکه بلاک چین و ضمانت اجراهای احتمالی آن

رحیم مختاری^۱، هادی زارع^۲

تاریخ دریافت: ۶ اردیبهشت ۱۴۰۳ تاریخ پذیرش: ۲۵ مرداد ۱۴۰۳

چکیده:

قراردادهای هوشمند بستر عمومی بلاک چین در واقع نوعی جدید از قراردادهای الکترونیکی می باشند. اما آنچه این قراردادها را از قراردادهای الکترونیکی و سنتی پیشین متمایز می نماید ویژگی منحصر به فرد خوداجرایی این قراردادها در اجرای مفاد قراردادی، بدون دخالت هیچ عامل انسانی با توجه به هوش مصنوعی این قراردادها می باشد. لذا هدف ما در این پژوهش پاسخ به این پرسش بوده است که آیا با وجود ویژگی خوداجرایی در قراردادهای هوشمند امکان نقض قرارداد وجود ندارد؟ در صورت نقض پاسخ قرارداد هوشمند چه خواهد بود؟ به دلیل بدیع بودن این قراردادها هنوز قوانین بخصوصی در مورد این قراردادها به تصویب نرسیده است. لذا ما برای پاسخ به این پرسش ها به تحلیل و توصیف این قراردادها با توجه به اصول و قواعد حقوقی موجود پرداخته ایم. باید گفت اگرچه قراردادهای هوشمند ممکن است به طور قابل توجهی نقض قراردادها را کاهش دهد، اما بعید است که امکان نقض قراردادی به طور کامل از میان برده شود؛ از همین رو اهمیت و نقش ضمانت اجراهای نقض قراردادها در قراردادهای هوشمند نیز اهمیت پیدا می نماید. در واقع نگاه ما به قراردادهای هوشمند در مسئله نقض قرارداد، به بهره گیری از ویژگی خوداجرایی قراردادهای هوشمند در اعمال ضمانت اجراهای قراردادی می باشد. اما آنچه مشخص است آن است که با توجه به اصل تغییر ناپذیری حاکم بر بلاک چین، برای اعمال هر ضمانت اجرایی در این قراردادها، آن ضمانت اجرا باید از قبل در قرارداد هوشمند کدنویسی شده باشد. هرچند از این مهم نباید غافل شد که اعمال بعضی از ضمانت اجراهای قراردادی نیاز به دخالت عامل انسانی می باشد و قرارداد هوشمند نمی تواند به صورت کاملاً خوداجرا آن را اعمال نماید. لذا قرارداد هوشمند اصولاً به دو روش مستقیم و غیر مستقیم می تواند اقدام به اجرا و اعمال این ضمانت اجراهای قراردادی نمایند

واژگان کلیدی: قراردادهای هوشمند، نقض تعهد، ضمانت اجرا، خوداجرایی

۱- استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

[com.yahoo@mokhtarri52_R](mailto:mokhtarri52_R@yahoo.com)

۲- دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)

com.gmail@shiraz-zare-hadi

معمولاً، هر قراردادی که منعقد می‌شود طرفین قرارداد برای انجام موضوع قرارداد و رسیدن به هدف نهایی، وظایف و تکالیفی را عهده‌دار می‌شوند، که در زبان حقوقی به وظایف و تکالیف مذکور تعهدات قراردادی گفته می‌شود. که در واقع امر نیز هدف از انعقاد هر قرارداد نیز اجرای همین تعهدات و التزام به آثار ناشی از قرارداد است. از همین رو قراردادها اغلب توسط طرفین قرارداد اجرا می‌شود، چرا که اگر اینطور نبود جامعه صنعتی مدرن ممکن نبود. ^۱ اما عدم اجرای قرارداد و نقض تعهدات یکی از خطراتی است که متعهدله هر قراردادی با آن روبروست. اصولاً احتمال پیمان‌شکنی از سوی هر طرف قرارداد وجود دارد. ^۲ از همین رو امروزه نقض قرارداد به عنوان مهم‌ترین چالش در حقوق قراردادها مطرح می‌باشد.

اما آنچه که از نگاه حقوقدانان عموماً پنهان بوده است توجه به فناوری به خصوص فناوری های نوین همچون بلاک‌چین ^۳ به عنوان یک راه حل در حقوق قراردادها بوده است. ^۴ در واقع با آغاز قرن بیست و یکم فناوری‌های نوآورانه متعددی آشکار شد که تأثیر قابل توجهی بر اقتصاد جوامع بشری به همراه داشت. از فناوری‌های قابل توجه می‌توان به رایانش ابری، ^۵ کلان داده، ^۶ اینترنت اشیا، ^۷ واقعیت افزوده ^۸ و بلاک‌چین اشاره نمود. ^۹ بلاک‌چین و هوش مصنوعی ^{۱۰} در حال متحول کردن جهان ما هستند. این فناوری‌های نو به همراه خود مفاهیم جدیدی مانند قراردادهوشمند ^{۱۱} را وارد زندگی ما کرده‌اند. اما آنچه در مورد این قراردادها مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته، مزیت اصلی این قراردادها می‌باشد، و آن خود اجرایی این قراردادها در اجرای مفاد قرارداد می‌باشد که به دلیل عدم

۱- - Raskin, Max. The law and legality of smart contracts. Geo. L. Tech. Rev. ۱, ۲۰۱۶, p. ۳۱۱

۲- - طالب احمدی، حبیب، کاظمی نجف آبادی، عباس، ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوق عرفی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، شماره چهارم، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷.

۳- - Blockchain

۴- - مختاری، رحیم، زارع، هادی، بررسی ساختار خود اجرایی قراردادهای هوشمند در اجرای تعهدات قراردادی، هفتمین کنفرانس ملی دستاوردهای نوین در حقوق و روانشناسی، دوره ۷، تهران، ۱۴۰۲

۵- - Cloud computing

۶- - Big Data

۷- - Internet of Things (IoT)

۸- - Augmented Reality (AR)

۹- - Savelyev, Alexander, Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law, Information & communications technology law ۲۰۱۷, ۲۶, ۲, p. ۱۱۷

۱۰- - Artificial intelligence (AI)

۱۱- - Smart contract

دخالت عامل انسان در اجرای قرارداد تضمین می‌شود.^۱

ما در سال های اخیر شاهد رشد استفاده از قراردادهای هوشمند خوداجرا در حوزه های مختلفی همچون انتقال دارایی دیجیتالی، بیمه، بورس و ... بوده ایم. این مهم تاثیر مثبتی در زمینه کاهش هزینه و زمان و حتی افزایش اعتماد، امنیت و شفافیت اطلاعات داشته است.

اما همانطور که قبلا به آن اشاره نمودیم امروزه اساسی ترین چالش ما در حوزه قراردادهای نقض تعهدات قراردادی می باشد. لذا مسئله اساسی ما در این پژوهش آن است که آیا اصولا با توجه به ویژگی خوداجرای قراردادهای هوشمند آیا امکان نقض تعهدات در قرارداد هوشمند وجود دارد؟ در صورت وجود، پاسخ این قرارداد به این نقض چه خواهد بود؟ به نظر می رسد امکان نقض تعهدات قراردادی در قراردادهای هوشمند به واسطه ماهیت بعضی از تعهدات قراردادی یا نبود زیر ساخت های فنی لازم ممکن می باشد. و حتی به نظر می رسد قراردادهای هوشمند، همانطور که می توانند تعهدات قراردادی را اجرا نمایند می توانند ضمانت اجراهای کد نویسی شده در قرارداد را نیز به صورت خوداجرا اعمال نمایند.

مهمترین چالش ما در پاسخ به پرسش های مطرح شده در این پژوهش آن است که به دلیل بدیع بودن این قرارداد هنوز قوانین بخصوصی در مورد آنها به تصویب نرسیده است. لذا هدف ما در این پژوهش تحلیل و توصیف اصول و قواعد حقوقی سنتی موجود و انطباق آن با ماهیت قراردادهای هوشمند در جهت پاسخ به پرسش های مطرح شده می باشد.

متاسفانه در ادبیات حقوقی کشور ما تاکنون به نقض تعهدات در قراردادهای هوشمند اشاره نشده است. و به نظر آنچه تا کنون بیشتر مورد توجه نویسندگان داخلی بوده است کارکردهای قراردادهای هوشمند و شبکه بلاک چین بوده است. لذا باید گفت هدف ما در این پژوهش آن است که قراردادهای هوشمند شبکه بلاک چین با توجه و به خصایص منحصر به فرد خود چه تأثیر و کارکردی می تواند در زمینه نقض قراردادها داشته باشد.

۱- مفهوم قرارداد هوشمند بستر بلاک چین

ایده قراردادهای هوشمند برای اولین بار در دهه ۱۹۹۰ توسط نیک زابو^۲ مطرح شد. او برای نخستین بار در سال ۱۹۹۶ در مقاله ای با نام « قراردادهای هوشمند: بلوک های سازنده برای بازارهای دیجیتال»^۳ و همچنین مقاله مهم دیگر وی که در سال ۱۹۹۷ به

۱- - Tai, Eric Tjong Tjin , Force majeure and excuses in smart contracts, European Review of Private Law ۲۰۱۸ ۲۶, ۶, p۷۸۷

۲- Nick Szabo

۳- [Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets](#)

نام « رسمی سازی و ایمن سازی روابط در شبکه های عمومی »^۱ منتشر ساخته است، به قراردادهای هوشمند اشاره می‌نماید. اما در آن زمان به علت محدودیت های فنی همچون کدنویسی، اینترنت و هوش مصنوعی فضای مناسب برای تحقق عملی این قراردادها وجود نداشت.

واقعیت آن است که هیچ تعریف مشترک در سطح جهانی از قراردادهای هوشمند وجود ندارد، چیزی که تعجب آور نیست، هم با توجه به ماهیت بسیار بدیع این پدیده، و هم از نظر مبنای تکنولوژیکی پیچیده آن^۲. از همین رو کارشناسان حوزه فناوری و حقوق دیدگاه‌های متفاوتی از مفهوم قرارداد هوشمند دارند. حقوقدانان معتقدند قرارداد هوشمند، قراردادی است که در قالب کد، برنامه نویسی شده است^۳. و در شبکه بلاک چین ذخیره شده است. و تمام الزامات سنتی یک قرارداد معتبر دارا می‌باشند^۴. و می‌تواند به صورت خودکار بسیاری از تعهدات را اجرا نمایند^۵. اما این قراردادها نیز همچون قراردادهای سنتی می‌تواند نقض شود؛ هر چند که هزینه سنگینی برای نقض کننده آن وجود دارد. از همین رو نیک‌زابو معتقدست: «ایده اصلی قراردادهای هوشمند این است که انواع بسیاری از بندهای قراردادی را می‌توان در سخت افزار و نرم افزاری که با آن سروکار داریم تعبیه کرد، به گونه ای که امکان نقض قرارداد برای نقض کننده سنگین و گران باشد^۶». اما در مقابل کارشناسان حوزه فناوری دیدگاه متفاوتی را دارند، به عنوان مثال آقای لارنس لسیگ^۷ معتقد است که قرارداد هوشمند مبتنی بر قاعده «کد همان قانون است^۸» می‌باشد که در آن کد رایانه‌ای رفتار را به شیوه‌ای غیرقابل اصلاح و تغییر اجرا می‌کند، به عنوان مثال اگر کد به طور خودکار ۲۵٪ از درآمد شما را برای پرداخت مالیات برداشت نماید، هیچ راهی وجود ندارد که شما این "قانون" را نقض کنید و مالیات خود را پرداخت

۱- [Formalizing and Securing Relationships on Public Networks](#)

۲- Savelyev, op. cit, p۱۲۰

۳- Sheikh, Husneara, et all, Smart contract development, adoption and challenges: the powered blockchain, International Research Journal of Advanced Engineering and Science ۲۰۱۹, ۴, ۲, p.۳۲۱

۴- O'Shields, Reggie, Smart contracts: Legal agreements for the blockchain, NC Banking Inst. ۲۰۱۷, ۲۱, p. ۱۸۰

۵- Tai, op. cit, p۷۸۸

۶- Szabo, Nick, Smart contracts: building blocks for digital markets, EXTROPY: The Journal of Transhumanist Thought, (۱۹۹۶, ۱۸, ۲ (۱۶, p.۱

۷- Lawrence Lessig

۸- code is law

نکنید^۱. از این رو از نظر کارشناسان حوزه فناوری، قرارداد هوشمند، کدهای برنامه نویسی شده بدون تغییر هستند که در بلاکچین ذخیره و اجرا می‌شوند و در صورت رعایت شرایط و ضوابط از پیش تعیین شده و برنامه ریزی شده به طور خودکار اجرا می‌شوند^۲. لذا در این دیدگاه دیگر امکان نقض قرارداد وجود ندارد چراکه عامل انسانی دخالتی ندارد

اما در یک تعریف جامع از قرارداد هوشمند می‌توان گفت: «قراردادهای هوشمند کدهای برنامه‌نویسی شده بین طرفین قرارداد می‌باشند که در شبکه بلاکچین ذخیره شده و بیانگر توافق اطراف قرارداد بر محتوای قرارداد بوده. که پس از تحقق شروط مندرج در قرارداد مفاد قرارداد در شبکه بلاکچین به اجرا گذاشته می‌شود^۳». به‌کارگیری قراردادهای هوشمند مانند هر فناوری دیگر ویژگی و آثاری را به همراه داشته است. اما باید گفت بهترین و بنیادین ترین ویژگی قراردادهای هوشمند شبکه بلاکچین، همانطور که قبلاً اشاره نمودیم خوداجرای این قراردادها می‌باشد. در واقع قراردادهای هوشمند از طریق کدنویسی جملات شرطی: «اگر... آنگاه...»^۴ در بلاکچین اجرا می‌شود. به همین جهت هرگاه شرایط قراردادی محقق شود قرارداد هوشمند مفاد قرارداد را بدون نیاز به هیچ واسطه و حتی فعل یا ترک فعل طرفین قرارداد اجرا می‌نماید. به عنوان مثال فرض کنید شما قصد خرید یک کتاب الکترونیکی دارید؛ در این صورت اگر موجودی در کیف پول ارز دیجیتال^۵ بیشتر از مبلغ درخواست شده باشد و هنوز خرج نشده باشد، درخواست قبول می‌شود. و به صورت خودکار وجه لازم از کیف پول شما برداشت و به کیف پول فروشنده منتقل می‌شود و نیاز به هیچ واسطه بانکی نیز نمی‌باشد.

در ۳۱ اکتبر ۲۰۰۸، و در بحبچه بحران مالی سال ۲۰۰۸ فرد یا گروهی ناشناس به نام ساتوشی ناکاموتو^۶ که تا به امروز هویت آن‌ها مشخص نشده است^۷. مقاله مختصر اما پیشگامانه‌ای را با عنوان "بیت کوین: سیستم نقدی الکترونیکی هم‌تا به هم‌تا"^۸ که با عنوان

۱- Colombo, Christian, Joshua Ellul, and Gordon J. Pace, Contracts over smart contracts: Recovering from violations dynamically, Leveraging Applications of Formal Methods, Verification and Validation. Industrial Practice: 8th International Symposium, ISoLA 2018, Limassol, Cyprus, November 5-9, 2018, Proceedings, Part IV 8. Springer International Publishing, ۲۰۱۸, p.۳۰۰

۲- Sheikh, et all, op cit., p.۳۲۱

۳- ناصر، مهدی، قراردادهای هوشمند (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا)، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۵۱

۴- if/when... then...

۵- Crypto Wallet

۶- Satoshi Nakamoto

۷- A. Sahani, et al , Introduction to Blockchain. Journal of Informatics Electrical and Electronics Engineering, 2020, 1(1), 4,p 1

۸- "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System,"

سپید نامه بیت کوین^۱ نیز شناخته می شود را در یک انجمن رمزنگاری منتشر کردند.^۲ در واقع ناکاماتو علت بحران مالی آن سالها را دخالت بانک ها و دولت ها در عرصه اقتصاد می دانست. لذا او ایده ساختاری تحت عنوان شبکه بلاک چین را داد که در آن اشخاص بتوانند بدون دخالت و نیاز به پایگاه های داده ای متمرکز به عنوان واسطه همچون بانک ها، به صورت مستقیم با یکدیگر تراکنش مالی داشته باشند. ساتوشی سرانجام ایده خود را در سال ۲۰۰۹ عملی نمود و برای اولین بار در تاریخ، شبکه بلاک چین اجرایی شد.

بلاک چین در یک مفهوم ساده یک دفترکل غیرمتمرکز در یک شبکه همتا به همتا^۳ می باشد که امکان تأیید و ذخیره تراکنش ها را بدون نیاز به واسطه ها یا هرگونه مرجع تهاتر فراهم می کند.

از همین رو ظهور بلاک چین امکان ایجاد و اجرای قراردادهای هوشمند را روی پلتفرمی مشترک، متن باز و قابل اعتماد فراهم می نماید. چراکه بلاکچین دارای ساختار غیر متمرکزی بود که قرارداد هوشمند به واسطه آن می توانست به صورت همتا به همتا بدون نیاز به هیچ واسطه ای عمل نماید. سرانجام با پیدایش بلاک چین اتریوم^۴، اولین پلتفرم بلاک چین برای توسعه قراردادهای هوشمند شکل گرفت.^۵

۲- بررسی امکان نقض قراردادهای هوشمند

یکی از اصول اصلی حقوق قراردادها این است که متعهد باید به تعهداتی که در قرارداد متعهد شده است عمل کند در غیر این صورت مسئولیت عدم انجام آن بر عهده او می باشد.^۶ در نظام حقوق سنتی « به طور معمول اجرای مفاد عقد به اختیار انجام می پذیرد.^۷» اما در بعضی موارد طرفین یا یکی از آن ها به تعهدات خود عمل نمی نمایند.

۱- Bitcoin Whitepaper

۲- Rajput, et al, **Blockchain technology and cryptocurrencies**. In 2019 Amity international conference on artificial intelligence (AICAI), 2019, p:909

۳- Peer-to-peer (p2p)

شبکه همتا به همتا تعدادی از سیستم های کامپیوتری را با هدف اشتراک گذاری فایل ها، به یکدیگر متصل می کند. سیستم های کامپیوتری (نود) در شبکه نظیر به نظیر از طریق اینترنت به یکدیگر متصل می شوند. در این ساختار شبکه سرور مرکزی وجود ندارد. در واقع هر کامپیوتر در شبکه همتا به همتا به طور همزمان نقش سرور و کاربر را ایفا می کند

۴- Ethereum

پلتفرم اتریوم در سال ۲۰۱۵ توسط بوتترین و جو لوین، بنیانگذار شرکت نرم افزار بلاکچین ConsenSys راه اندازی شد.

۵- Khan, Shafaq Naheed, et al, **Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends**, Peer-to-peer Networking and Applications 14, 2021, p2903.

۶- Tai, op. cit, p790

۷- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ابقاع، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ۸، ۱۳۹۲، ص ۲۰۲.

از همین رو نظام‌های حقوقی در راستای حمایت از قانون خودساخته طرفین یعنی قرارداد، ضمانت اجرایی را پیش‌بینی کرده است، همچون الزام به اجرای عین تعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت اشاره کرد.^۱

اما جالب است گفته شود که قراردادهای هوشمند از قراردادهای سنتی فاصله می‌گیرند، وقتی صحبت از نقض قرارداد می‌شود.^۲ در واقع همانطور که قبلا نیز به آن اشاره نمودیم از خود اجرایی به عنوان مهمترین خصیصه قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاکچین یاد می‌نمایند.^۳ که به واسطه آن قراردادهای هوشمند بر خلاف قراردادهای سنتی، خود اقدام به اجرای مفاد قرارداد می‌نماید. لذا این مسئله در قراردادهای هوشمند بر خلاف قراردادهای سنتی مطرح می‌شود که آیا تعهدات در قراردادهای هوشمند با توجه به این خصیصه قابل نقض می‌باشند؟ بر خلاف آنچه به نظر می‌رسد پاسخ به این مسئله آسان نخواهد بود. در واقع برای پاسخ به این مسئله ما با دو دیدگاه روبرو می‌باشیم که از یک سو قراردادهای هوشمند را غیر قابل نقض و سوی دیگر گروهی این قرارداد را مانند هر قرارداد دیگری قابل نقض می‌دانند. این اختلاف بیش از هر چیزی ناشی از نگاه متفاوتی است که حقوقدانان و متخصصان حوزه فناوری به قراردادهای هوشمند دارند. اما به نظر ما نمی‌توان پاسخ قاطعی به این مسئله داد که قرارداد هوشمند مطلقاً قابل نقض است یا خیر، برای درک بهتر این مسئله ما در ادامه به بررسی و نقد هر دو دیدگاه خواهیم پرداخت تا پاسخ این مسئله را روشن نمایم.

۲- ۱- دیدگاه اول: عدم امکان نقض قرارداد

طرفداران این دیدگاه عموماً تحت تاثیر تعریفی هستند که کارشناسان حوزه فناوری از قرارداد هوشمند ارائه می‌نمایند. مطابق این دیدگاه قراردادهای هوشمند، کدهای نوشته شده‌ای می‌باشند، که در بلاکچین ذخیره می‌شوند و در صورت رعایت شرایط و ضوابط از پیش تعیین شده و برنامه ریزی شده به طور خودکار اجرا می‌شوند.^۴ لذا دیگر فرصتی برای نقض قرارداد توسط طرفین وجود ندارد.

در این دیدگاه به قرارداد هوشمند بیشتر به عنوان یک برنامه کدنویسی شده نگاه می‌شود که عوضین قراردادی آن دارایی‌های الکترونیکی و دیجیتال می‌باشد تا از ماهیت خود اجرایی آنها اطمینان حاصل شود.^۵ به عنوان مثال در خرید یک کتاب دیجیتالی قرارداد

۱- شعاریان، ابراهیم، بیگ پور، رویا شیرین، تاثیر انواع نقض قرارداد بر ضمانت اجرای آن با تاکید بر اسناد بین المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، ص ۲۱۳.

۲- Gilcrest, Jack, and Arthur Carvalho, Smart contracts: Legal considerations, International Conference on Big Data (Big Data). IEEE, 2018, p3278.

۳- مختاری، پیشین

۴- Sheikh, et all, op. cit., p.۳۲۱

۵- Savelyev, op. cit., p۱۳۰

هوشمند بر اساس منطق (اگر- آنگاه) خود، اگر شما در کیف پول دیجیتالی خود ارز مورد نیاز خرید کتاب را داشته باشید آنگاه قرارداد هوشمند کتاب دیجیتالی را به شما منتقل می‌نماید. در این صورت دیگر امکانی برای نقض قرارداد وجود ندارد. لذا باید گفت اگر قرارداد برای اجرا تعهد نیاز به مشارکت یکی از طرفین را داشته باشد ما با یک قرارداد هوشمند روبرو نمی‌باشیم هر چند بخشی از تعهد به صورت خودکار انجام گیرد. از دیدگاه طرفداران این نظریه با چنین قراردادهایی باید به عنوان یک قرارداد الکترونیکی برخورد کرد، نه به عنوان یک قرارداد هوشمند، در غیر این صورت مفهوم قراردادهای هوشمند و تمایز آن با قراردادهای الکترونیکی مبهم خواهد بود و معنای مفید خود را نیز از دست می‌دهد. در واقع در این دیدگاه قراردادی هوشمند است که بتواند تمام تعهدات قراردادی را خود اجرا نماید.

اما به نظر ما اگر چه به ظاهر این دیدگاه صحیح می‌باشد اما فرض این دیدگاه تنها در صورتی صحیح می‌باشد که ما با یک قرارداد هوشمند ساده و آنی رو برو باشیم. به عنوان مثال در همان مثال خرید کتاب دیجیتال اگر مقرر باشد بیع به صورت نسبی و در اقساط پرداخت شود، و در زمان های مشخص شده ثمن تعهد شده در کیف پول دیجیتال خریدار نباشد، نقض قرارداد محقق می‌شود. چون برخلاف حالت سابق که در زمان انعقاد باید در کیف پول دیجیتالی مشتری ارز باشد تا عقد محقق گردد؛ در مثال مذکور باید در زمان های معین شده پس از انعقاد قرارداد ارز مورد نیاز در کیف پول دیجیتال خریدار باشد. یا حتی در قرارداد اجاره نیز این امر ممکن است. لذا به نظر فرض این دیدگاه در مورد قراردادهای پیچیده و مستمر به سختی محقق است.

۲ - ۲- دیدگاه دوم : امکان نقض قرارداد

طرفداران این دیدگاه معتقدند قراردادهای هوشمند نیز مانند هر قرارداد دیگر، می‌تواند انجام شود یا نقض شود.^۱ در واقع طرفداران این دیدگاه معتقدند که موضوع قرارداد هوشمند صرفاً دارایی‌های دیجیتال نمی‌باشد بلکه ممکن است انتقال هر مالی و هر فعل و ترک فعلی باشد. لذا در این دیدگاه لزومی ندارد قرارداد هوشمند تمام فرایند اجرایی قرارداد را به صورت خودکار انجام دهد، همانطور که در قراردادهای الکترونیکی نیز این امر ممکن بود. و صرفاً بخشی از تعهدات توسط سامانه‌های رایانه‌ای، مطابق دستور العمل داده شده به آن‌ها صورت می‌پذیرفت.^۲ این رویه در قراردادهای هوشمند نیز که در واقع نوعی جدید از قراردادهای الکترونیکی می‌باشند^۳ نیز صدق می‌نماید. در نتیجه در این دیدگاه قراردادهای هوشمند از دامنه گسترده‌تری برخوردار می‌باشد که ناشی از

۱- Raskin, op. cit., p326.

۲- ناصر، مهدی، قراردادهای هوشمند (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و امریکا)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۷، ص ۱۱

۳- او شیلدز، رچی، و همکاران، قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاک‌چین، پژوهشهای حقوقی، دوره ۱۸،

مطالعه آن در بستر قراردادهای الکترونیکی می باشد.

به نظر می رسد که پذیرش این دیدگاه با واقعیت های موجود همخوانی ندارد. چراکه اصلاً مبنای قراردادهای هوشمند و ماهیت این قراردادها بر خوداجرایی می باشد. لذا پرسش اساسی ما از طرفداران این دیدگاه آن است که اگر خوداجرایی نه یک وصف جوهری بلکه یک وصف فرعی در قراردادهای هوشمند می باشد چه لزومی به استفاده از هوش مصنوعی و از همه مهمتر بارگزاری آن در شبکه بلاک چین می باشد؟ یا به نحو دیگر اصلاً چه لزومی به استفاده از قراردادهای هوشمند می بود؟

لذا باید گفت که پایه و اساس کارکرد خوداجرایی قراردادهای هوشمند در خصوص اموال و دارایی، هوشمند سازی آنها در قالب های الکترونیکی و دیجیتالی می باشد، که اطلاعات مربوط به آن به صورت رمز نگاری و کد نویسی یا توکنیزه شده و یا هر شکل دیگری در شبکه بلاک چین ذخیره شده است، مانند سند الکترونیکی یک خانه، پس به طور مشخص تنها اموالی می تواند به عنوان عوض قراردادی در قرارداد هوشمند مورد معامله قرار گیرد که به صورت هوشمند، رمزنگاری شده باشد. بنابراین مورد معامله در قراردادهای هوشمند از حیث جنس، وصف و مقدار مشخص بوده و ابهامی در خصوص آن وجود ندارد^۱. به این ترتیب در مورد عین معین باید گفت که تعهد به انتقال این اموال که به صورت دیجیتالی و هوشمند در شبکه بلاک چین رمزنگاری شده باشد، به راحتی توسط ساختار خوداجرایی قرارداد هوشمند اجرا می شود. و به ظاهر فرصتی جهت نقض عهد توسط متعهد قرارداد وجود ندارد. هر چند همانطور که در نقد دیدگاه اول بیان نمودیم این اطلاق وجود ندارد و نسبت به اوضاع و شرایط هر عقد می تواند متفاوت باشد. مانند آنچه در مورد قراردادهای آنی و مستمر یا بیع نسبه بیان نمودیم.

اما نکته ای که باید در اینجا باید به آن توجه نمود آن است که اموال مورد نظر در قراردادهای هوشمند نمی تواند کلی در معین یا کلی باشد چراکه قرارداد هوشمند برای اجرای تعهد باید به دارایی دیجیتالی مورد نظر دسترسی داشته باشد در حالی که در این موارد هنوز مال مورد نظر مشخص نشده است و یا اصلاً ساخته نشده است^۲. در واقع همانطور که اشاره نمودیم ماهیت قراردادهای هوشمند خوداجرایی این قراردادها در اجرای خودکار مفاد قرارداد است، در حالی که در قراردادهایی که موضوع آن یک مال کلی

۱- Tokenization

توکنیزه کردن، فرایند تبدیل دارایی با ارزش به یک توکن دیجیتالی قابل استفاده در شبکه بلاک چین است. دارایی های توکن شده در بلاک چین به دو صورت هستند. آنها یا می توانند مانند طلا، املاک و مستغلات و آثار هنری ملموس باشند و یا دارایی های نامشهودی مانند حق رأی، حقوق مربوط به مالکیت یا مجوز محتوا را شامل می شوند.

۲- صادقی، محسن، ناصر، مهدی، ملاحظاتی برای سیاستگذاری حقوقی قراردادهای هوشمند، سیاستگذاری عمومی، تهران، دوره ۴، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹

۳- مختاری، پیشین

می‌باشد، مانند فروش یک دست میل که هنوز ساخته نشده یا یک بازی دیجیتالی که فروشنده مالک هیچ نسخه‌ای از این بازی نمی‌باشد، قرارداد هوشمند چگونه می‌تواند این تعهد قراردادی را اجرا نماید؟ و نیاز از است خارج از ساختار خوداجرای قرارداد هوشمند اقدامی صورت پذیرد. در واقع هر قراردادی که به زبان رایانه ای انجام و تدوین می‌شود را نمی‌توان به عنوان یک قرارداد هوشمند در نظر گرفت. و این همان مرز بین قراردادهای الکترونیک پیشین با قراردادهای هوشمند می‌باشد، و چنین قراردادهایی برای تضمین اجرا بدون مراجعه به دادگاه طراحی شده اند.^۱ بنابراین، صحیح تر است که قراردادهای ذکر شده در مثال های فوق را به عنوان قراردادهای الکترونیکی معمولی تلقی کنیم.^۲

مشخص است که گاهی تعهد می‌تواند به صورت فعل یا ترک فعل باشد که در این صورت تعهد ما می‌تواند به صورت فعل یا ترک فعل مادی باشد مانند ساخت یک کالا و یا عدم اشتغال به یک شغل معین باشد. گاهی نیز فعل یا ترک فعل ما حقوقی می‌باشد مانند تعهد به اسقاط یک حق یا تعهد به عدم انتقال مالی، اما در مورد تعهداتی که به صورت فعل یا ترک فعل موضوع قراردادهای هوشمند قرار می‌گیرند به نظر می‌رسد باید قائل به تفکیک شد، لذا اگر موضوع ما فعل یا ترک فعل حقوقی باشد فرایند خود اجرایی قرارداد هوشمند توان اجرای این تعهدات را مانند صدور سند یا صدور وکالت نامه و... را دارد؛ لذا به نظر امکان نقض قرارداد در این موارد به علت عدم دخالت متعهد در اجرای قرارداد به دشواری ممکن است. به عنوان مثال اگر ماجر متعهد شده باشد که در مدت عقد اجاره حق انتقال عین مستاجر را نداشته باشد، او نمی‌تواند به واسطه یک قرارداد هوشمند ملک خود را به دیگری منتقل کند چراکه او به موجب قرارداد پیشین حق انتقال را ندارد، و این قرارداد در شبکه بلاک چین ذخیره شده است. لذا در صورتی که اقدام به انتقال نماید هوش مصنوعی قرارداد هوشمند با توجه به ممنوعیت انتقالی که به واسطه قرارداد پیشین در شبکه بلاک چین ذخیره شده است مانع از این انتقال خواهد شد. اما در مورد فعل یا ترک فعل مادی به نظر می‌رسد فرایند خود اجرایی قرارداد هوشمند توان اجرای مستقیم قراردادی مانند ساختن یک ملک را ندارد، و این دسته از تعهدات اصولاً نمی‌تواند موضوع قرارداد هوشمند واقع شود.^۳

با توجه به آنچه بیان شد باید گفت هیچ یک از دو دیدگاه بیان شده را نمی‌توان به صورت مطلق پذیرفت. و نقض قراردادهای هوشمند متناسب با موضوع، نوع قرارداد و اوضاع احوال و شرایط هر قرارداد می‌تواند متفاوت باشد. ولی آنچه مشخص است آن است که که امکان نقض قراردادهای هوشمند اگرچه غیر ممکن نمی‌باشد ولی به سختی

۱- - Raskin, op. cit., p306.

۲- - Savelyev, op. cit., p130

این امکان وجود دارد که این قرارداد نقض شود؛ و این مهم نشان می‌دهد که مزیت اصلی قراردادهای هوشمند این است که نقض قرارداد به ندرت اتفاق می‌افتد، زیرا اجرای قرارداد وابسته به شرایط از پیش تعریف شده است که توسط که هیچ یک از اطراف قرارداد کنترل نمی‌شود.^۱ توجه به این نکته نیز مهم می‌باشد که امکان دارد نقض قرارداد نه به علت دخالت متعهد بلکه ممکن است ناشی از حوادث ناشی از قوه قاهره مانند قطع شبکه اینترنت باشد و یا حتی آنکه در کد نویسی قرارداد هوشمند اشکالی پیش‌آید که موجب عدم اجرا و نقض قرارداد گیرد.

۳- بررسی ضمانت اجراهای نقض قرارداد هوشمند

در نظام حقوقی ایران در ماده ۲۱۹ ق-م، طرفین قرارداد ملتزم به اجرای مفاد عقد می‌باشند. در نظام حقوق فرانسه نیز در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی که مبنای نگارش ماده ۲۱۹ ق-م ایران نیز بوده است تعهدات قراردادی را قانون بین طرفین قرارداد دانسته که طرفین ملزم به انجام آن می‌باشند. در این خصوص افراطی ترین نظریه را در حقوق سوسیالیستی (اتحاد جماهیر شوروی سابق) مشاهده می‌شود که اجرای عین تعهد را به عنوان یک اصل پذیرفته و هرگونه عدم اجرای قرارداد را موجب تحمل مجازات شدید می‌داند.^۲ لازم به ذکر است، نقض قرارداد علاوه بر عدم اجرای قرارداد شامل تأخیر در اجرای قرارداد، عدم اجرای بخشی از قرارداد و اجرای ناقص و معیوب قرارداد را نیز شامل می‌شود که در حقیقت نوعی از عدم اجرای قرارداد است.^۳

یکی از مهمترین قواعد مسلم حقوقی پذیرفته شده در غالب نظام‌های حقوقی، اصل لزوم قراردادهای می‌باشد که به معنی پایبندی طرفین به عقد است. لیکن تا قرارداد ضمانت اجرای محکمی نداشته باشد با وجود این اصل هم به نتیجه مطلوب نخواهیم رسید. ضمانت اجرای قرارداد در واقع پشتوانه اجرای تعهدات قراردادی است که عهدشکنی متعهد را مانع می‌گردد.^۴ در واقع زمانی که قراردادی منعقد می‌شود یک موقعیت جدید ایجاد می‌شود که در تمام نظام های حقوقی محترم و مورد حمایت می‌باشد.^۵ هرچند ممکن است نوع حمایت و ضمانت اجرایی که برای تعهدات قراردادی در نظر گرفته می‌شود در همه نظام های حقوقی یکسان نباشد.

۱- Allam, Zaheer, **On smart contracts and organisational performance: A review of smart contracts through the blockchain technology**, Review of Economic and Business Studies 22, 2018, p142.

۲- هادی، سولماز، جایگاه نقض تعهدات قراردادی در حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه بین المللی قانون پارادوره سوم، شماره ۹، ۱۳۹۸، ص ۱۹۹

۳- شعاریان، بیگ پور پیشین، ص ۱۷

۴- بوربور، محمد رضا، آثار نقض تعهدات قراردادی و مطالبات ناشی از آن در حقوق ایران و انگلستان، نشریه پژوهش و مطالعات اسلامی، سال سوم، شماره ۲۷، ۱۴۰۰، ص ۸۷.

۵- رنجبر، مسعودرضا، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، چاپ سوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۵، ص ۲۴

در نظامهای حقوقی و اسناد بین‌المللی ضمانت اجراهای مختلفی برای نقض قراردادهای مقرر شده که بسته به نوع نقض متفاوت می‌باشد. به عنوان مثال در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، یا ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۱، و ماده ۱۰۳-۸ اصول حقوق قراردادهای اروپا^۲، به نقض اساسی و غیراساسی پرداخته شده است. در حقوق ایران به نوع نقض تعهد چه اساسی و چه جزئی توجهی نشده و تفاوتی میان نقض اساسی و نقض غیراساسی تعهد وجود نداشته و نقض تعهد به هر درجه که باشد دارای قواعد یکسانی از نظر ضمانت اجرایی و راه‌های جبران خسارت می‌باشد^۳.

متأسفانه تاکنون هیچ چهارچوب قانونی مدون و جامعی در مورد بلاک‌چین و قراردادهای هوشمند در سطح جهانی وجود نداشته است^۴. متأسفانه در ایران نیز تاکنون هیچ چهارچوب قانونی در مورد بلاک‌چین و قراردادهای هوشمند تصویب نشده است. و آنچه تاکنون مورد توجه دولت و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بوده است بحث ارزهای دیجیتال و رمزارزها بوده است.

به نظر می‌رسد با انطباق اصول حقوقی و قواعد حقوقی با قراردادهای هوشمند، نیازی به مجموعه خاصی از قوانین یا مقررات جدید در این حوزه نباشد^۵. هرچند به نظر می‌رسد اصول حقوقی موجود برای رسیدگی صریح به قراردادهای هوشمند و سایر فناوری‌های نوپدید با فاصله زمانی قابل توجهی بین پذیرش فناوری و تعدیل قانون - از نظر قانونی یا قضایی، تطبیق داده شوند^۶. از همین رو ما در برخورد با نقض تعهدات در این دسته از قراردادها به اصول و مقررات عمومی حاکم بر نقض تعهدات در قراردادهای سنتی رجوع می‌نماییم.

نظام‌های حقوقی قراردادهای سنتی در راستای حمایت از قانون خود ساخته طرفین یعنی قرارداد ضمانت اجرایی را پیش‌بینی نموده‌اند از جمله مهم‌ترین این ضمانت اجراها می‌توان به حق حبس، الزام به اجرای تعهد، فسخ قرارداد، تقلیل ثمن و وجه التزام نام برد. ما در ادامه به بررسی و تحلیل هر یک از موارد مذکور و نقش آن‌ها در نقض تعهدات در قرارداد هوشمند می‌پردازیم.

۱- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)

۲- Principles of European Contract Law (PECL).

۳- بوربور، پیشین، ص ۹۰

۴- De Caria, R. **The legal meaning of smart contracts**. *European Review of Private Law*, 2018, p733

۵- O'Shields, op. cit, p179.

۶- De Caria, op. cit, p735

اگر چه به معنای حقیقی اعمال حق حبس به معنای تحقق نقض قرارداد نمی باشد. اما به واسطه کاربرد و نقشی که حق حبس در اجرا و جلوگیری از نقض قرارداد دارد به بررسی این مهم می پردازیم. حق حبس در بیشتر نظام های حقوقی پذیرفته شده و جنبه بین المللی دارد و یکی از شیوه های ضمانت انجام تعهدات قراردادی می باشد.^۱ در واقع قانونگذاران نظام های حقوقی مختلف جهان در مقابل تکالیف و تعهداتی که برای طرفین قراردادهای دوجانبه ایجاد کرده اند، حقوق و اختیاراتی نیز به آنها اعطا نموده اند که از مهمترین آنها، حق حبس می باشد.^۲ به عنوان مثال در نظام حقوقی انگلستان در بخش پنجم قانون فروش کالای این کشور به فروشنده که ثمن را دریافت نکرده است حقوق ویژه ای اعطا نموده است که یکی از آن ها همین حق حبس^۳ می باشد.^۴ در کنوانسیون بیع بین الملل نیز در مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون از اصطلاح داشتن حق حبس استفاده شده است.

در نظام حقوقی ایران در عقود معاوضی هر یک از متعاقدين می تواند تا زمانی که موضوع مورد معامله را از طرف دیگر معامله و عقد تحویل نگرفته، از انجام تعهدی که به طور متقابل عهده دار است، خودداری کند. چنان که ماده ۳۷۷ ق - م نیز بیانگر این مطلب است. اما پرسش اساسی در این بخش آن است که آیا امکان اعمال حق حبس در قراردادهای هوشمند نیز وجود دارد؟

به نظر می رسد ما در قراردادهای هوشمند شاهد مفهوم حق حبس به معنای سنتی خود نخواهیم بود، چرا که تعهدات توسط قرارداد هوشمند اجرا می شود لذا دیگر نیاز نیست طرفین نگران اجرای تعهد توسط طرف مقابل باشند. در واقع قراردادهای هوشمند به طرفین قرارداد این امکان را می دهد تا آنچه را که به آنها وعده داده شده است، به دست آورد، بدون نیاز به اعتماد به طرف مقابل یا یک سیستم قضایی برای اجرای تعهد.^۵ به همین دلیل اعتقاد ما بر آن است که اصولاً مبنایی برای اعمال حق حبس در قراردادهای هوشمند وجود ندارد چرا که تعهدات در قراردادهای هوشمند نه به وسیله طرفین بلکه به وسیله خود قرارداد هوشمند اجرا می شود.

۱- کاتوزیان، ناصر، (قواعد عمومی قراردادها) مسئولیت قراردادی اجرای عقد و عهد شکنی، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۸۷

۲- سلطان قیس، زکیه، دودران، علیرضا لطفی، حق حبس و تعلیق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در کنوانسیون بیع بین الملل کالا (۱۹۸۰) وین، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، سال چهارم، ۱۴۰۰، شماره ۴۰، ص ۴۰

۳- Right of Lien

۴- میری، حمید، و همکاران، حق حبس شرایط و آثار آن در حقوق ایران و انگلستان، مجله حقوق اسلامی، سال ۱۹، شماره ۷۲، ۱۴۰۱، ص ۶۲

۵- Zou, Mimi, et al, In code we trust? Trustlessness and smart contracts, Trustlessness and Smart Contracts, Computers and Law, ۲۰۱۹, p.۲

۳-۲ - امکان الزام به اجرای تعهد در قرارداد هوشمند

اگر متعهد به اختیار خود آنچه را که برعهده او می‌باشد را انجام ندهد فرایند اجرای قهری و جبری علیه او شروع می‌شود. مفهوم اجبار به انجام تعهد در واقع امر به این معنا می‌باشد که متعهد آنچه را که به آن ملزم شده است اجرا نماید. اساساً تخلف از اجرای تعهد در هیچ یک از نظام‌های حقوقی جهان مجاز نمی‌باشد، و متعهد در صورت تخلف یا اجبار به اجرای عین تعهد می‌شود یا به شیوه دیگری خسارت ناشی از تخلف را باید جبران نماید.^۱

الزام به انجام تعهد واکنشی قدیمی و مورد پذیرش در بسیاری از نظام‌های حقوقی است. و حتی گفته شده است حق اجبار به اجرای عین تعهد نخستین حقی است که متعهدله برای خود مفروض می‌داند.^۲ در نظام حقوقی ایران نیز الزام به اجرای تعهد در زمره مهمترین ضمانت اجراهای قانونی می‌باشد. این حق همچنین در اسناد بین‌المللی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است به عنوان مثال در مواد ۶۶ و ۴۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی یا ماده ۱۰۲ - ۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا به الزام به اجرای تعهد قراردادی اشاره شده است. برای اجبار متعهد به اجرای تعهد اصولاً نیاز به یک نهاد ثالث مانند دادگاه با اجرائیه ثبت می‌باشد. در نظام حقوقی ایران برای اجبار متعهد اصولاً، مراجعه به دادگاه لازم نیست و متعهد می‌تواند از اداره ثبت اسناد اجرای مفاد سند رسمی را تقاضا نماید، اما اگر سند لازم الاجرا در میان نباشد، متعهدله برای اجبار متعهد به انجام تعهد باید به دادگاه مراجعه نماید.^۳

همانطور که قبلاً بیان نمودیم ما در قراردادهای هوشمند اصولاً با دارایی دیجیتال سرکار داریم. به عنوان مثال در یک قرارداد هوشمند بیع، فقط لازم است سند دیجیتالی مالکیت را از کیف پول دیجیتالی فروشنده به خریدار منتقل نماید و درمقابل نیز ثمن را از کیف پول خریدار به کیف پول فروشنده منتقل نماید. لذا طرفین نمی‌توانند مانع اجرا قرارداد شوند. اما همانطور که قبلاً اشاره نمودیم امکان دارد مصداق‌هایی پیش آید که امکان نقض تعهد ایجاد گردد.

مسئله اساسی ما در این بخش آن است که آیا امکان الزام به اجرای تعهد در قراردادهای هوشمند ممکن می‌باشد؟ در صورت ممکن آیا ما با یک نهاد ثالث برای این الزام نیازمندیم؟ به نظر در پاسخ باید گفت با توجه به ماهیت قرارداد هوشمند نه تنها

۱ - اسدی، بهنام، احمدی، امیر، آثار نقض قرارداد: با نگاهی به سیستم حقوقی کامن لا و اسناد بین‌المللی، چاپ اول انتشارات قانون یار، تهران، ۱۳۹۴، ص ۱۷

۲ - هادی، پیشین، ص ۱۹۹

۳ - صفایی، سید حسن، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، چاپ چهاردهم، انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۰۲

منعی در الزام در قراردادهای هوشمند وجود ندارد بلکه به نظر می‌رسد می‌توان از ساختار خود اجرایی قرارداد هوشمند به نحوی در الزام متعهد بهره جست، ما در ادامه با توجه به کارکرد خود اجرایی قرارداد هوشمند این ضمانت اجرا را از دو منظر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۲-۱ - الزام مستقیم در قرارداد هوشمند

منظور از الزام مستقیم آن است که قرارداد هوشمند همانطور که توان اجرای مستقیم قرارداد را دارد، می‌تواند در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد نیز اقداماتی را به عنوان وسیله‌ایی برای اجبار متعهد به صورت مستقیم بدون دخالت هیچ ثالثی اعمال نماید. به عنوان مثال تعلیق امضای دیجیتال، ناقض قرارداد در شبکه بلاک‌چین، در این صورت کلید خصوصی وی معلق و متعهد امکان انعقاد هیچ قراردادی در شبکه را نخواهد داشت.^۱ این امر می‌تواند تا اجرای تعهدات توسط متعهد ادامه داشته باشد. لازم به ذکر است این مهم در صورتی ممکن می‌باشد که این ضمانت اجرا از پیش در قرارداد کدنویسی شده باشد

۳-۲-۲ - الزام غیر مستقیم در قرارداد هوشمند

در این شیوه به مانند قراردادهای سنتی به یک واسطه ثالث برای الزام متعهد به اجرای قرارداد نیاز می‌باشد. در این شیوه قرارداد هوشمند از طریق یک اوراکل^۲ به یک نهاد قضایی یا مثلاً اداره ثبت متصل می‌شود، در این صورت متعهدله و یا حتی خود قرارداد هوشمند در صورتی که کدنویسی شده باشد، می‌تواند برای اجبار متعهد به این ثالث رجوع نماید، تا از این طریق متعهد را اجبار به اجرای تعهد نماید. ولی در صورتی که از قبل امکان رجوع به ثالث از طریق اوراکل پیش بینی نشده است، متعهدله باید برای الزام و طرح دعوا خود مستقیماً و خارج از شبکه باید به ثالث مورد نظر رجوع نماید.

۳-۳ - امکان اعمال حق فسخ در قرارداد هوشمند

یکی دیگر از ضمانت اجراهای مطرح در حوزه نقض قراردادها فسخ قرارداد می‌باشد. این حق کم بیش در نظام حقوقی مختلف و اسناد بین المللی شناخته شده است. به عنوان مثال در کنوانسیون بیع بین المللی کالا حق فسخ به عنوان یک ضمانت اجرای عام در مقابل عدم انجام تعهد در مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون اشاره شده است. در نظام حقوقی ایران و در بخش قواعد عمومی قراردادها مستقیماً از فسخ به عنوان ضمانت اجرایی نقض قرارداد یاد نشده است. با این وجود برخی به استناد مواد ۲۳۹، ۳۷۹، ۳۹۵، ۴۸۷، و ۴۹۲ در قانون

۱- ناصر، پیشین، ص ۵۲

۲- اوراکل‌ها در بلاکچین همچون پلهایی هستند که سیستم‌های بلاک‌چین را به دنیای خارج متصل کرده و به قراردادهای هوشمند اجازه می‌دهند بر اساس داده‌های دنیای واقعی اجرا شوند.

مدنی معتقدند که این ضمانت اجرا وجود دارد.

اما پرسش اساسی در این بخش آن است که آیا قراردادهای هوشمند قابلیت فسخ را دارند؟ از حیث فنی به نظر می‌رسد در قراردادهای هوشمند هم می‌توان از فسخ استفاده کرد و قرارداد را در مواقع و شرایط لازم، فسخ کرد. به عبارتی، در این دسته از قراردادها امکان استفاده از خیار فسخ در مواقع نقض تعهدات قراردادی امکانپذیر است.^۱ اما اعمال فسخ در قراردادهای هوشمند به راحتی اعمال آن در قراردادهای سنتی نمی‌باشد. و برای اعمال آن باید استانداردهایی اعمال شود که در ذیل به آن اشاره خواهیم کرد.

۳-۳-۱ - کد نویسی حق فسخ در قرارداد

اولین شرط اعمال حق فسخ در قراردادهای هوشمند کدنویسی آن در قراردادهای هوشمند می‌باشد؛ در قراردادهای سنتی نیازی به پیش‌بینی حق فسخ در قرارداد نمی‌باشد. و حتی برعکس، باید نبود آن‌ها را در قرارداد شرط نمود. اما در قراردادهای هوشمند در صورت عدم پیش‌بینی حق فسخ نمی‌توان قرارداد را فسخ نمود هرچند که قانون این اجازه را به شخص داده باشد. در قراردادهای سنتی متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ نماید بدون آنکه تحقق آن مستلزم صدور رای دادگاه باشد. اما در قرارداد هوشمند اگر این حق پیش‌بینی نشده باشد با اینکه مطابق قانون متعهدله حق فسخ قرارداد را دارد ولی به دلیل عدم پیش‌بینی آن در قرارداد هوشمند نمی‌توان آن را اعمال کرد چرا که ساختاری برای این امر کدنویسی نشده است. اما علت اصلی عدم امکان فسخ قرارداد هوشمند در صورت عدم کدنویسی آن، به ویژگی تغییرناپذیری بلاک‌چین باز می‌گردد. مطابق این ویژگی هنگامی که تراکنشی به بلاک‌چین متصل می‌شود و بر روی آن اجماع صورت می‌گیرد دیگر امکان تغییر یا حذف آن وجود نخواهد داشت. لذا هر تراکنشی برای همیشه ذخیره می‌شود و نمی‌توان آن‌ها را تغییر داد، مگر اینکه فردی بتواند کنترل بیش از ۵۱٪ شبکه را به‌طور هم‌زمان در دست بگیرد.^۲ در نتیجه اساساً، از آنجایی که قراردادهای هوشمند به‌عنوان قطعه‌ای از کد در شبکه بلاک‌چین ثبت و اجرا می‌شوند، پس از تنظیم، طرفین نمی‌توانند به راحتی آن را تغییر دهند.^۳ لذا در صورتی که در قرارداد هوشمند فسخ قرارداد پیش‌بینی نشده باشد راهی جز رجوع به ساختارهای قضایی وجود ندارد. البته گروهی نیز در این

۱- خوانساری، رسول، قلیچ، وهاب، بررسی ابعاد فقهی و حقوقی بهکارگیری قراردادهای هوشمند در نظام مالی ایران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۹۹، ص ۱۷

۲- Lin, Luon-Chang, and Tzu-Chun Liao, **A survey of blockchain security issues and challenges**, Int. J. Netw. Secur. 19.5, 2017, p653

۳- Allam, Zaheer, **On smart contracts and organisational performance: A review of smart contracts through the blockchain technology**, Review of Economic and Business Studies (REBS) 22, 2018, p142

مورد پیشنهاد به ایجاد مفهوم "ابر کاربر" برای مقامات دولتی و قضایی نموده‌اند که حق دارند محتوای قرارداد هوشمند یا شبکه بلاک‌چین را تغییر دهند.^۲ مانند اضافه کردن حق فسخ، هر چند به این دیدگاه نقد شده است که ایجاد چنین حقی برای یک نهاد ثالث برای تغییر در بلاک‌چین خلاف مقتضات و ماهیت بلاک‌چین می‌باشد و مزیت اصلی بلاک‌چین یعنی تغییرناپذیری را از بین خواهد برد.

۳-۳-۲ - تدوین دقیق ساختار حق فسخ

شاید پیچیده ترین قسمت اعمال حق فسخ در قراردادهای هوشمند همین استاندارد باشد. صرف پیش‌بینی حق فسخ هیچ تاثیری ندارد، بلکه باید به‌طور کاملاً دقیق در قرارداد مشخص شود که چه کسی و تحت چه شرایطی حق اعمال حق فسخ را دارد. لذا در قرارداد هوشمند باید کاملاً دقیق و به صورت کد نویسی مشخص گردد که طرف یا طرفین با حصول چه نقض تعهدی از حق فسخ برخوردار می‌باشند. «مجاز بودن به غیر اینصورت قرارداد را با اعطای فرصت جهت نقض به طرف فرصت طلب و غیر ذی‌حق تضعیف می‌کند»^۳.

۳-۳-۳ - اعاده به وضعیت سابق

مشخص است که در صورت فسخ یک قرارداد باید همه چیز به حالت ابتدایی خود برگردد. در قراردادهای سنتی در صورت فسخ قرارداد طرفین باید به اختیار یا به اجبار دادگاه آنچه را گرفته‌اند بازگردانند. در قراردادهای هوشمند صرف فسخ قرارداد پایان قرارداد نمی‌باشد، بلکه ساختار خود اجرایی قرارداد هوشمند باید همان گونه که قرارداد را به صورت خود اجرا انجام داده است باید به صورت خود اجرا طرفین را به وضعیت سابق برگرداند.

۳-۴ - امکان اعمال حق تقلیل ثمن در قرارداد هوشمند

یکی دیگر از ضمانت‌های اجرای قابل ملاحظه در قراردادها حق تقلیل ثمن می‌باشد. به طور ساده می‌توان گفت، در حق تقلیل ثمن متعهدله که به موضوع تعهد خود کاملاً دست نیافته است، مثلاً موضوع تعهد خود را معیوب یا با اوصاف و مقداری که مطابق با قرارداد

1- Superuser

منظور از ابر کاربر آن است که در شبکه بلاک‌چین یکی از گره‌ها توان این را دارد که در داده‌های ذخیره شده در بلاک‌چین تغییر ایجاد نماید.

۲- Savelyev, op. cit., p133

۳- اسماعیلی عطابادی، عقیل، فتحی زاده، امیر هوشنگ، تعیین استاندارد برای تغییر و انحلال قراردادهای هوشمند، اولین کنفرانس بین‌المللی مدیریت دانش، بلاک‌چین و اقتصاد، تهران، ۱۳۹۸

نیست دریافت کرده است می تواند مقداری از ثمن را به دلیل این عدم مطابقت کم نماید.^۱ در نظام حقوقی ایران هرچند این ضمانت اجرا به عنوان یک راه حل کلی هیچوقت مورد نظر نبوده است ولی می توان مصادیقی از حق تقلیل ثمن در تحت عنوان ارش مشاهده نمود مانند ماده ۴۲۲ قانون مدنی. در اسناد بین المللی همچون کنوانسیون بیع بین الملل در ماده ۵۰ به حق تقلیل ثمن اشاره شده است.

اما در مورد قراردادهای هوشمند و امکان اعمال حق تقلیل ثمن در کد قرارداد، باید گفت به نظر می رسد اعمال چنین ضمانت اجرایی در قرارداد هوشمند با دشواری ممکن است. چرا که در قراردادهای هوشمند چون تعهد توسط ساختار خود اجرایی اجرا می شود، امکان تحقق موارد اعمال این ضمانت اجرا به سختی قابل تصور است به عنوان مثال اگر مبیع کمتر از مقدار مشخص باشد یا معیوب باشد قرارداد هوشمند مفاد قرارداد را اجرا نمی نماید، و فقط در صورت محقق بودن تمام شرایط عقد را منعقد می نماید. لذا دیگر مجالی برای پیش آمدن ضمانت اجرایی به نام تقلیل ثمن وجود ندارد. حتی در صورت تحقق تخلف و ادعای آن از سوی متعهدله، قرارداد هوشمند توان ارزیابی صحت سقم آن و حتی فراتر از آن توان ارزیابی و محاسبه میزان تقلیل ثمن را ندارد. هرچند امید است با پیشرفت هوش مصنوعی روز به روز قدرت قراردادهوشمند در ارزیابی این قبیل موارد افزایش یابد؛ ولی به هر شکل این توان در حال حاضر فراتر از ظرفیت های کنونی قرارداد هوشمند و هوش مصنوعی آن می باشد.

۳-۵ - امکان درج وجه التزام در قراردادهای هوشمند

طرفین قرارداد می توانند هنگام انعقاد قرارداد یا پس از آن شرط نمایند که در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد مبلغ معینی به عنوان خسارت به طرف متضرر پرداخت شود.^۲ اصل حاکمیت اراده اقتضا می نماید که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت معتبر و الزام آور باشد.^۳ تعیین وجه التزام تقریباً در تمامی نظام های حقوقی معروف جهان به رسمیت شناخته شده است.^۴ در نظام حقوقی ایران نیز مفهوم وجه التزام در موادی همچون ماده ۲۳۰ قانون مدنی مورد شناسایی قرار گرفته است.

به نظر در قراردادهای هوشمند نیز در صورتی که مبلغی تحت عنوان وجه التزام در قرارداد گنجانده شده باشد، قرارداد هوشمند می تواند به طور خودکار اقدام به اخذ وجه مورد نظر از کیف پول دیجیتالی متعهد نماید، بدون آنکه نیاز به دخالت ثالث یا نهادهای قضایی باشد. در واقع قرارداد هوشمند همانطور که خود اقدام به اجرای تعهدات می نماید

۱- رنجبر، پیشین، ص 176

۲- شعاریان، بیگ پور، پیشین، ص 228

۳- صفایی، پیشین، ص 209

۴- اسدی، پیشین، ص 42

می‌تواند اقدام به اعمال این ضمانت اجرا نیز نماید. در پایان باید به این نکته اشاره نمود که اگر خسارت تاخیر یا عدم اجرای قرارداد در غالب وجه‌التزام در قرارداد هوشمند مشخص نشده باشد، چاره‌ایی جز رجوع به نهادهای قضایی وجود ندارد. چراکه قرارداد هوشمند در حال حاضر توان ارزیابی و اعمال چنین خساراتی را ندارد.

نتیجه گیری

با ظهور قراردادهای هوشمند شبکه بلاک‌چین در دهه گذشته بسیاری از صاحب نظران این حوزه معتقد بودند با توجه به خوداجرایی قراردادهای هوشمند در اجرای مفاد قرارداد دیگر فرصتی برای نقض قرارداد وجود ندارد. اما گذشت زمان نشان داد هرچند اجرای این قراردادها می‌تواند به نحو چشمگیری به کاهش مسائلی مانند نقض قرارداد کمک نماید اما این به معنای عدم امکان نقض تعهدات در قراردادهای هوشمند نمی‌باشد. از همین رو ما در قراردادهای هوشمند نیز با مفهوم ضمانت اجرا در حوزه نقض قراردادها روبرو می‌باشیم. اما اعمال این ضمانت اجراهای قراردادی در قراردادهای هوشمند همیشه به راحتی اعمال آن‌ها در قراردادهای سنتی نمی‌باشد. با توجه به آنچه که مشخص است، اعمال پاره‌ایی از ضمانت اجراهای مرسوم در قراردادهای سنتی در قراردادهای هوشمند با توجه با ماهیت این قراردادها قابل تصور نمی‌باشد مانند حق حبس و تقلیل ثمن. اما در مورد ضمانت‌اجراهای مرسوم دیگر باید گفت برای اعمال این ضمانت‌ها توسط قرارداد هوشمند، در گام اول باید این ضمانت‌ها از پیش در قرارداد هوشمند کدنویسی شده باشد، چرا که با توجه به اصل تغییرناپذیری بلاک‌چین امکان تغییر در قرارداد هوشمند پس از بارگذاری قرارداد در بلاک‌چین وجود ندارد. لذا در صورت عدم پیش‌بینی آن در قرارداد راهی جز رجوع به محاکم و ساختارهای خارج از قرارداد و بلاک‌چین وجود ندارد. در گام دوم پس از پیش‌بینی ضمانت اجراها نوبت به اعمال آن‌ها می‌رسد. در قراردادهای هوشمند می‌تواند چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیر مستقیم بسیاری از ضمانت اجراهای قراردادی همچون الزام، حق فسخ و وجه التزام را اعمال نمود. در شیوه مستقیم قرارداد هوشمند همانطور که به صورت خوداجرا می‌تواند اقدام به اجرای تعهدات قراردادی نماید، می‌تواند بسیاری از ضمانت اجراهای قراردادی همچون اجبار متعهد را به طرق پیش‌بینی شده در قرارداد اعمال نماید یا آنکه اختیار اعمال مستقیم آن را در دست متعهدله بگذارد، مانند حق فسخ. اما در شیوه غیر مستقیم قرارداد هوشمند و متعهدله امکان اعمال مستقیم ضمانت اجراها را نداشته بلکه برای اعمال ضمانت اجراهای قراردادی به وسیله واسطه‌های اوراکل، پیش‌بینی شده در قرارداد به ساختارهای قانونی و قضایی مراجعه می‌نماید و سپس دستور و آراء آن‌ها را اجرا می‌نماید. به هر شکل باید به این مهم توجه شود که قراردادهای هوشمند در ابتدای راه خود می‌باشند و هنوز به بلوغ کامل خود نرسیده‌اند.

۱. السان، مصطفی، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۵.
۲. اسدی، بهنام، احمدی، امیر، آثار نقض قرارداد: با نگاهی به سیستم حقوقی کامن لا و اسناد بین المللی، چاپ اول انتشارات قانون یار، تهران، ۱۳۹۴.
۳. آقاپور، هادی، « نحوه اجبار به انجام تعهدات قراردادی » پژوهش های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۷-۲۱.
۴. اسماعیلی عطاآبادی، عقیل، فتحی زاده، امیر هوشنگ، «تعیین استاندارد برای تغییر و انحلال قراردادهای هوشمند»، اولین کنفرانس بین المللی مدیریت دانش، بلاکچین و اقتصاد، تهران، ۱۳۹۸.
۵. اسماعیلی عطاآبادی، عقیل، «آثار فناوریهای بلاکچین و قراردادهای هوشمند بر حل و فصل اختلافات داوری و دادرسی دادگاه در مرحله ای بحرانی»، اولین کنفرانس بین المللی مدیریت دانش، بلاکچین و اقتصاد، تهران، ۱۳۹۸.
۶. او شیلدز، رجب، ناصر، مهدی صادقی، محسن، قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاکچین، پژوهشهای حقوقی، دوره ۱۸، ۱۳۹۸، شماره ۳۷، صص ۲۶۱ - ۲۸۸.
۷. بوروبور، محمد رضا، «آثار نقض تعهدات قراردادی و مطالبات ناشی از آن در حقوق ایران و انگلستان»، نشریه پژوهش و مطالعات اسلامی، سال سوم، شماره ۲۷، ۱۴۰۰، صص ۸۶-۱۰۵.
۸. خوانساری، رسول، قلیچ، وهاب، « بررسی ابعاد فقهی و حقوقی بهکارگیری قراردادهای هوشمند در نظام مالی ایران»، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۹۹.
۹. رنجبر، مسعودرضا، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، چاپ سوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۵.
۱۰. سلطان قیس، زکیه، دودران، علیرضا لطفی، «حق حبس و تعلیق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در کنوانسیون بیع بین الملل کالا (۱۹۸۰) وین»، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، سال چهارم، شماره ۴۰، ۱۴۰۱.
۱۱. شعاریان، ابراهیم، شیرین بیگپور، رویا، «تاثیر انواع نقض قرارداد بر ضمانت اجرای آن با تاکید بر اسناد بین المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۶، ۱۳۹۸.
۱۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ چهاردهم، انتشارات میزان، ۱۳۸۲.
۱۳. صادقی، محسن، ناصر، مهدی، «ملاحظات برای سیاستگذاری حقوقی قراردادهای هوشمند»، سیاستگذاری عمومی، تهران، دوره ۴، شماره ۲، صص ۱۴۳-۱۶۷،

- ۱۳۹۷.
۱۴. طالب احمدی، حبیب، کاظمی نجف آبادی، عباس، «ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوق عرفی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، شماره چهارم، ۱۳۹۷.
 ۱۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (مسئولیت قراردادی اجرای عقد و عهد شکنی)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
 ۱۶. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع، چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
 ۱۷. مختاری، رحیم، زارع، هادی، «بررسی ساختار خود اجرایی قراردادهای هوشمند در اجرای تعهدات قراردادی»، هفتمین کنفرانس ملی دستاوردهای نوین در حقوق و روانشناسی، دوره ۷، تهران، ۱۴۰۲.
 ۱۸. میری، حمید، کویار، حسین، تقی پور درزی نقیبه، محمد حسین، «حق حبس شرایط و آثار آن در حقوق ایران و انگلستان»، مجله حقوق اسلامی، سال ۱۹، شماره ۷۲، صص ۵۹-۸۳، ۱۴۰۱.
 ۱۹. ناصر، مهدی، رضوی، محمدحسن، «تحلیل حقوقی کارکرد قراردادهای هوشمند در نقل و انتقالات دیجیتالی در بازارهای مالی»، پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۲۴، شماره ۹۳، صص ۳۱-۷۰، ۱۳۹۸.
 ۲۰. ناصر، مهدی، صادقی، حسین، «اعتبار سنجی و چالش های حقوقی به کارگیری قراردادهای هوشمند با مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و آمریکا». پژوهش حقوق خصوصی. دوره ۷، شماره ۲۷، صص ۲۵۵-۲۸۸، ۱۳۹۸.
 ۲۱. ناصر، مهدی، قراردادهای هوشمند (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و امریکا)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۷.
 ۲۲. هادی، سولماز، « جایگاه نقض تعهدات قراردادی در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه بین المللی قانون یار، دوره سوم، شماره ۹، ۱۳۹۸.
 23. Ahmed, A. S., & Aura, T. Turning trust around: smart contract-assisted public key infrastructure. In 2018 17th IEEE International Conference On Trust, Security And Privacy In Computing And Communications/12th IEEE International Conference On Big Data Science And Engineering, 2018, pp104-111.
 24. Allam, Z, On smart contracts and organisational performance: A review of smart contracts through the blockchain technology. Review of Economic and Business Studies, 11(2),2018, pp137-156
 25. A. Sahani, P. Singh and A. Kumar ,Introduction to Blockchain. Journal of Informatics Electrical and Elecrtonics Engineering,2020, 1(1), 4, 1-9

26. Colombo, C., Ellul, J., & Pace, G. J. Contracts over smart contracts: Recovering from violations dynamically. In Leveraging Applications of Formal Methods, Verification and Validation. Industrial Practice: 8th International Symposium, ISO/FA, Proceedings, Part IV 8, 2018, pp 300-315.
27. De Caria, R. The legal meaning of smart contracts. *European Review of Private Law*, 2018, 26(6).
28. Gilcrest, J., & Carvalho, A. Smart contracts: Legal considerations. In 2018 IEEE International Conference on Big Data, 2018, pp 3277-3281.
29. Khan, S. N., Loukil, F., Ghedira-Guegan, C., Benkhelifa, E., & Bani-Hani, A. Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends. *Peer-to-peer Networking and Applications*, 14(5), 2021, pp 2901-2925.
30. Lin, I. C., & Liao, T. C. A survey of blockchain security issues and challenges. *Int. J. Netw. Secur.*, 19(5), 2017, pp 653-659.
31. O'Shields, R. Smart contracts: Legal agreements for the blockchain. *NC Banking Inst.*, 21, 2017, 177.
32. Popovski, L., Soussou, G., & Webb, P. B. A brief history of blockchain. *Leg. News*, 2018, pp 431-437.
33. Raskin, M. The law and legality of smart contracts. *Geo. L. Tech. Rev.*, 1, 2016, 305.
34. Rajput, S., Singh, A., Khurana, S., Bansal, T., & Shreshtha, S. (2019, February). Blockchain technology and cryptocurrencies. In 2019 Amity international conference on artificial intelligence (AICAI) (pp. 909-912). IEEE.
35. Sheikh, H., Azmathullah, R. M., & Rizwan, F. Smart contract development, adoption and challenges: the powered blockchain. *International Research Journal of Advanced Engineering and Science*, 4(2), 2019, pp321-324.
36. Savelyev, A. Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & communications technology law*, 26(2), 2017, pp116-134.
37. Szabo, N. Smart contracts: building blocks for digital markets. *EXTROPY: The Journal of Transhumanist Thought*, (16), 18(2), 28, 1996.
38. Tai, E. T. T. Force majeure and excuses in smart contracts. *European Review of Private Law*, 2018, 26(6).
39. Tsankov, P., Dan, A., Drachsler-Cohen, D., Gervais, A., Buenzli, F., & Vechev, M. Securify: Practical security analysis of smart contracts. In Proceedings of the 2018 ACM SIGSAC

conference on computer and communications security, 2018, pp67-82.

40. Whitaker, A. Art and blockchain: A primer, history, and taxonomy of blockchain use cases in the arts. *Artivate*, 8(2),2019, pp 21-46.
41. Zou, M., Cheng, G., & Soria Heredia, M, In code we trust? Trustlessness and smart contracts. *Trustlessness and Smart Contracts 2019*, Computers and Law.
42. Lin, Iuon-Chang, and Tzu-Chun Liao. "A survey of blockchain security issues and challenges." *Int. J. Netw. Secur.* ۱۹/۵, 2017, pp653-659.

border and its impact on the national interests of neighboring countries

Pooneh Tabibzadeh, Mohammad Pak Gohar, Nagar Nagarestani

Date Received : 22 April 2024 Date accepted : 12 August 2024

Abstract :

In this research, the importance of borders and its relationship with the interests of neighboring countries is the main axis. One of the important subjects about international boundaries, its role and function on the national interests of neighboring countries. Experts and experts have considered different functions for the borders, such as, integration, communication, delimitation of the region's sovereignty and power of government, forming the economic and political relations between governments, defense and economic obstacles and etc. It seems that based on a new approach and a general attitude, the border of every country has a positive or negative effect on neighbors. In this paper, based on the theoretical and analytical method, the effects of different border effects such as influence on the national interests of neighbors are considered from commercial, security, political and other aspects. The main question is how and how the borders affect the interests of the neighbors? the main findings of this study are that stability, security and stability of borders are influenced by different aspects of social, political, economic, sociological and so on, the situation of neighboring countries will affect the situation of neighboring countries if instability in borders and any means of using borders for the objectives of the side and weaknesses of their security .will undermine and strike the neighboring countries

Keywords: border, national interests, stability, neighbors

Tabibzadeh, Pune, Professor of Public International Law, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

P_tabibzadeh@yahoo.com

Pak Gohar, Mohammad, PhD student in Public Law, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

Nagarestani, Negar, Bachelor of Laws, Kerman Shahid Haj Qassem Soleimani Branch, Islamic Azad University, Kerman, Iran.



مرز و تأثیر آن بر منافع ملی کشورهای همجوار

پونه طبیب زاده^۱ محمد پاک گوهر^۲ نگار نگارستانی^۳

تاریخ پذیرش: ۲۲ مرداد ۱۴۰۳

تاریخ دریافت: ۳ اردیبهشت ۱۴۰۳

چکیده

در این پژوهش، اهمیت مرزها و ارتباط آن با منافع کشورهای همجوار محور اصلی است. یکی از موضوعات مهم در مورد مرزهای بین‌المللی، نقش و کارکردهای مختلف آن بر منافع ملی کشورهای همجوار است. صاحب‌نظران و کارشناسان نقشها و کارکردهای متفاوتی را برای مرزها بر شمرده‌اند که از جمله می‌توان به مواردی مانند جداکنندگی، یکپارچه‌سازی، ارتباط، تحدید حدود منطقه اعمال حاکمیت و قدرت حکومت، شکل‌دهی به مناسبات اقتصادی و سیاسی بین حکومتها، مانع دفاعی، نقش اقتصادی و... اشاره کرد. به نظر می‌رسد بر اساس یک رویکرد نوین و یک نگرش کلی می‌توان گفت وضعیت مرزهای هر کشور بدون شک بر همسایگان اثرات مثبت یا منفی خواهد داشت. در این مقاله به شیوه نظری و با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی، به بررسی اثرات مختلف مرزها از جمله اثرگذاری بر منافع ملی همسایگان از جنبه های تجاری، امنیتی، سیاسی و غیره می‌پردازیم. سوال اصلی، نحوه و چگونگی تأثیر گذاری مرزها بر منافع همسایگان است؟ رهاورد اصلی کار نیز مبتنی بر این است که ثبات، امنیت و پایداری مرزها از جنبه های مختلف اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، جامعه شناسی و غیره وضعیت کشورهای همجوار را تحت تأثیر قرار می‌دهد چنانچه تزلزل در مرزها و هر گونه استفاده ابزاری از مرزها برای اهداف سوء و ضعف امنیت آنها موجب تضعیف و ضربه زدن به کشورهای همسایه می‌شود.

کلمات کلیدی: مرز، منافع ملی، ثبات، همسایگان

۱- طبیب زاده، پونه، استادیار حقوق بین الملل عمومی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران.
P_tabibzadeh@yahoo.com

۲- پاک گوهر، محمد، دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران.

۳- نگارستانی، نگار، دانش آموخته کارشناسی حقوق، واحد کرمان شهید حاج قاسم سلیمانی، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمان، ایران.

در گذشته مفهوم مرز یک مفهوم اعتباری بود نه قراردادی! زیراسرزمینهای پهناوری که حد فاصل دو امپراطوری قرار می گرفت؛ اصطلاحاً سرحد خوانده می شد اما از زمانیکه حکومتها بنا به خواست جمعیت مستقر در سرزمین ایجاد شدند و مفهوم حاکمیت شکل گرفت،^۱ مرز امروزی جایگزین سرحد دیروز قرار گرفت. بنابراین مرز یک مفهوم گسترده و چند وجهی است که از گذشته های دور با زندگی مردمان و نحوه خط مشی دولت ها در اداره کشور ارتباط دارد. اسطوره آرش کمانگیر، داستان های کهن پارسی در مورد مرزهای سرزمینی و حکایت جنگ های پادشاهان سلسله های مختلف برای گسترش مرزها حاکی از این است که این مفهوم از دیربگی و قدمت برخوردار است. از طرفی کارکرد و ماهیت مرزها جدا کننده قلمرو کشورها از همدیگر می باشد و از طرف دیگر نحوه ارتباط و تعامل کشورها با هم از مرزها شروع می شود. مع الوصف کارکرد همه مرزها یکسان نیست و خطوط مرزی از جنبه های مختلفی می توانند در منفعت عمومی کشورها اثرگذار باشند.

۱ - مفاهیم و مبانی تحقیق

۱-۱ - تعریف مرز^۲

آخرین حد قلمرو زمینی پ، هوایی و دریایی هر کشور را مرز آن کشور می گویند. مرز مهمترین عامل تشخیص و جدائی سرزمین یک کشور از کشور همسایه است. خطوط مرزی خطوطی اعتباری و قراردادی هستند؛ که بمنظور تحدید حدود یک کشور روی زمین و اسناد مرزی مشخص می شود. این خطوط می توانند طبیعی مانند یک رشته کوه، رودخانه، ... یا انسان ساز مانند سیم خاردار، دیوار و ... باشند که اولاً برای سکونت گروه انسانی، ثانیاً از جهت شکل گیری مفهوم کشور، ثالثاً برای اعمال حاکمیت حکومت مهم است و وجود سرزمین معین را یکی از عوامل اصلی سازنده کشور تعریف می نمایند.^۳

۱- اولین معاهده ای که در جهان برای تشکیل و پیدایش مرز کشورها بسته شد معاهده وستفاليا در سال ۱۶۴۸ میلادی بود. این معاهده به جنگ میان پروستان ها و کاتولیک ها بعد از گذشت سی سال پایان داد و معاهده ای بود که بین کشورهای اروپایی بسته شد. در این معاهده کشورهای اروپایی خود را فرانسوی، آلمانی و انگلیسی پنداشتند. کشور آلمان ایالت های خود را مشخص نمود و کشورهای فرانسه، اسپانیا و پرتغال رسماً به عنوان کشوری مستقل شناخته شده اند.

۲- Border

۳- زرقانی، سید هادی، تبیین نظری پارادایم امنیت پایدار در مرز و مناطق مرزی، علوم و فنون مرزی دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۴۶، پاییز ۱۴۰۲ صفحه ۹۵ تا ۱۱۹. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به :

بیگ زاده، ابراهیم، حقوق بین الملل، جلد اول، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۴۰۲، صفحه ۴۰۷ تا ۵۲۳.

ضیابیدگلی، محمد رضا، حقوق بین الملل عمومی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، صفحه ۱۸۲ تا ۲۱۲.

از سوی دیگر، یکی از مهمترین مسئولیتهای هر دولتی حفاظت فیزیکی قلمرو مرزی است؛ که از این حیث مرزبانان و مأمورین مرزی، کنترل و حفظ مسیر مرزها را بر عهده دارند.

۱-۲ - مفهوم قلمرو مرزی^۱ و فایده مرز

قلمرو یعنی: منطقه حکومت، ناحیه حکمرانی و ناحیه اعمال قدرت.. کلمه مرزی نیز عنوانی است که موارد مربوط به مرز را در بر می گیرد. با این توصیف، قلمرو مرزی مبین گستره جغرافیایی حاکمیت و صلاحیت کشورهاست به گونه ای که امروزه تمامیت ارضی و مرزی مترادف با استقلال و وحدت ملی شناخته میشود.

از نگاه جغرافیای سیاسی، قلمرو کشور مکانی است جغرافیایی که همان عناصر سه گانه پیش گفته یعنی محل سکونتگاه برای انسانها، سرزمین و خاک هر کشور و بالاخره محل جولان قدرت سیاسی را تعریف می نمایند.^۲

برای مرزها فواید مختلفی متصور است اما یک فایده اصلی این است که قلمرو مرزی حدود اعمال قدرت سیاسی هر دولت و محدوده سکونت و عملکرد شهروندان را مشخص می کند. مرزهای یک کشور گستره ای جغرافیایی است که در داخل این گستره قانونگذاری، اجرای قوانین، حل و فصل دعاوی از سوی دولت و اعمال قدرت سیاسی بر شهروندان معنا پیدا می کند و خارج از آن حوزه عملکرد دولتی دیگر آغاز می شود. از این رو فایده مرزها در تعیین صلاحیت ها و محدوده های اعمال قدرت است. در عین حالی که همین مرزها دروازه ای برای آغاز انواع ارتباطات میان دولتها و شهروندان کشورهای مختلف هستند. خصوصیات و عواملی که در تشکیل مرز نقش دارد؛ شامل عواملی است که بر تمامیت ارضی، حاکمیت ملی، امنیت ملی، امنیت داخلی، اوضاع اقتصادی، فرهنگی و نیروی نظامی یک کشور تأثیر گذار است.

در کنار فواید مرزها بحث منافع ملی نیز بسیار حائز اهمیت است. منافع ملی به مجموعه ای از مصالح و فوایدی اشاره دارد؛ که برای یک کشور و جامعه به صورت کلی مورد نیاز و حائز اهمیت است. این منافع شامل موارد زیر می شود: امنیت ملی: حفظ امنیت و سلامتی کشور در برابر تهدیدات داخلی و خارجی از جمله تهدیدات نظامی، تروریسم، تجاوز و تهدیدات امنیتی دیگر.

۱- - Border territory

۲- - موسی زاده، رضا. بایسته های حقوق بین الملل عمومی. تهران: نشر دادگستر؛ ۱۳۸۱. ص ۳۵.

۲ - اهمیت مرزها و مبانی حقوقی

به طور کلی صاحب نظران و کارشناسان نقشها و کارکردهای متفاوتی را مانند کارکرد نظامی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی - فرهنگی، اثبات حقوقی یا فیزیکی یک دولت بر یک قلمرو خاصی، مانع دفاعی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، جداکنندگی، یکپارچه سازی، کشمکش و ارتباط برای مرزها قائل هستند؛ اما به عقیده بیشتر صاحب نظران مهم ترین نقش مرز، ایجاد مانع در برابر حرکت انسانها، کالا و تفکرات است اگر بر اساس یک نگرش کلی و برون سیستمی (در ارتباط با کشورهای هم جوار) به مرزهای بین المللی نگاه شود؛ این تقاطع اهمیت قابل درک است. اهمیت مرزها، حفظ سرحدات و گاهی توسعه قلمرو آنها چنان عمیق و ژرف است که اغلب جنگ های رخ داده میان کشورها با این پیش زمینه ها انجام شده است. گاهی هزاران هزار نفر قربانی شده اند تا از خاک وطن و مرزهای قراردادی محافظت شود.

۲ - ۱ - اهمیت مرز در قانون اساسی ج.ا.ا.

قانون اساسی به عنوان مقدس ترین و عالی ترین سند حقوقی کشور در بردارنده مهمترین مفاهیم در حوزه سیاست و حکومت می باشد. چنانچه در مورد مفهوم مرز نیز به عنوان یکی از مفاهیم مهم و تأثیرگذار سیاسی در فصول و اصول مختلف اشاراتی صریح و ضمنی داشته است تا جایی که در نسبت رأی گیری نمایندگان مجلس شورای اسلامی بر سر موضوعات مختلف بالاترین نسبت رأی گیری یعنی چهار پنجم از نمایندگان را به موضوع تغییر در خطوط مرزی اختصاص داده و در اصل هفتاد و هشتم چنین مقرر شده است: «هر گونه تغییر در خطوط مرزی ممنوع است مگر اصلاحات جزئی با رعایت مصالح کشور، به شرط این که یک طرفه نباشد و به استقلال و تمامیت ارضی کشور لطمه نزدن و به تصویب چهار پنجم مجموع نمایندگان مجلس شورای اسلامی برسد.»

سایر مراتب قانون اساسی در مورد مرز به شرح زیر است:

تقویت کامل بنیه دفاع ملی از طریق آموزش نظامی عمومی برای حفظ استقلال و تمامیت ارضی و نظام اسلامی کشور.^۱

در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر

تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است.^۱

«ارتش جمهوری اسلامی ایران پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی کشور را بر عهده دارد. ارتش جمهوری اسلامی ایران پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی کشور را بر عهده دارد.»^۲

«سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران بر اساس نفی هرگونه سلطه‌جویی و سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق همه مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت‌های سلطه‌گر و روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیرمحراب استوار است.»^۳

به منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی و تمامیت ارضی و حاکمیت ملی شورای عالی امنیت ملی به ریاست رئیس‌جمهور، با وظایف زیر تشکیل می‌گردد.^۴

۲ - ۲ - قوانین عادی

علاوه بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و صرف‌نظر از متون ادبی که میهن پرستی و حفظ مرزها را اولویت می‌داند، مجلس شورای اسلامی قانون ساماندهی مبادلات مرزی را مشتمل بر دوازده ماده و ده تبصره در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ ششم مهر ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و چهار مجلس شورای اسلامی از تصویب گذرانده که در تاریخ بیست مهرماه ۱۳۸۴ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۲ - ۳ - اهمیت مرز از منظر حقوق بین الملل

برای مرزها فواید مختلفی متصور است اما یک فایده اصلی این است که قلمرو مرزی حدود اعمال قدرت سیاسی هر دولت و محدوده سکونت و عملکرد شهروندان را مشخص می‌کند. مرزهای یک کشور گستره ای جغرافیای است که در داخل این گستره قانونگذاری، اجرای قوانین، حل و فصل دعاوی از سوی دولت و اعمال قدرت سیاسی بر شهروندان معنا پیدا می‌کند و خارج از آن حوزه، عملکرد دولتی دیگر آغاز می‌شود. از این رو فایده مرزها در تعیین صلاحیت ها و محدوده ای اعمال قدرت است. در عین

۱- اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲- اصل یکصد و چهارم و سوم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳- اصل یکصد و پنجاه و دوم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۴- اصل یکصد و هفتاد و ششم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

حالی که همین مرزها دروازه ای برای آغاز انواع ارتباطات میان دولتها و شهروندان کشورهای مختلف هستند. خصوصیات و عواملی که در تعیین مرز نقش دارد؛ شامل عواملی است که بر تمامیت ارضی، حاکمیت ملی، منافع ملی، اوضاع اقتصادی، فرهنگی و نیروی نظامی یک کشور تأثیرگذار است.^۱

به طور کلی صاحب نظران و کارشناسان نقش‌ها و کارکردهای متفاوتی را مانند کارکرد نظامی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی- فرهنگی، اثبات حقوقی یا فیزیکی یک دولت بر یک قلمرو خاصی، مانع دفاعی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، جداکنندگی، یکپارچه‌سازی، کشمکش و ارتباط برای مرزها قائل هستند. اما به عقیده برخی دیگر اگر بر اساس یک نگرش کلی و برون سیستمی (در ارتباط با کشورهای هم‌جوار) به مرزهای بین‌المللی نگاه شود مهم‌ترین نقش مرز، ایجاد مانع در برابر حرکت انسان‌ها، کالا و تفکرات است.

هر یک از کشورها از مرز بعنوان یک شاخص مادی برای تشکیل و حفظ موجودیت کشور اهتمام ویژه ای جهت حفظ تمامیت سرزمینی، آزادی، استقلال و اعمال حاکمیت را وظیفه اصلی نیروی نظامی و ارتش خود می‌داند. کما اینکه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعدد از جمله اصول سه، نه، هفتاد و هشت، اصل یکصد و چهل و سوم و به آن پرداخته است.^۲

۱- منافع ملی به مجموعه‌ای از مصالح و فوایدی اشاره دارد که برای یک کشور و جامعه به صورت کلی مورد نیاز و حائز اهمیت است. این منافع شامل موارد زیر می‌شود: امنیت ملی: حفظ امنیت و سلامت کشور در برابر تهدیدات داخلی و خارجی از جمله تهدیدات نظامی، تروریسم، تجاوز و تهدیدات امنیتی دیگر. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: طارمی، داوود، و همکاران، جایگاه منافع ملی و ایدئولوژیک در رویکرد سیاست خارجی نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه روابط خارجی دانشگاه خوارزمی، دوره ۱۵، ش ۱۲، ۱۳۹۸، ص ۴۳.

ضیابیدگلی، محمد رضا، حقوق بین الملل عمومی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، ص ۱۹۸.

۲- بند ۱۱ از اصل سوم: تقویت کامل بنیه دفاع ملی از طریق آموزش نظامی عمومی برای حفظ استقلال و تمامیت ارضی و نظام اسلامی کشور.

اصل نهم: در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

اولین معاهده ای که در جهان برای تشکیل و پیدایش مرز کشورها بسته شد معاهده وستفاليا در سال ۱۶۴۸ میلادی بود.^۱ این معاهده به جنگ میان پروستان ها و کاتولیک ها بعد از گذشت سی سال پایان داد و معاهده ای بود که بین کشورهای اروپایی بسته شد. در این معاهده کشورهای اروپایی خود را فرانسوی، آلمانی و انگلیسی پنداشتند. کشور آلمان ایالت های خود را مشخص نمود و کشورهای فرانسه، اسپانیا و پرتغال رسماً به عنوان کشوری مستقل شناخته شده اند.^۲

در سال ۱۷۸۹ و با انقلاب فرانسه، ناپلئون قصد کشورگشایی و بیشتر نمودن سرحدات مرزی فرانسه داشت اما با شکست از روسیه، مرزهای اشغالی دوباره به کشورهای قبل باز گردانیده شد. در واقع چهار قدرت بزرگ اروپا در آن زمان (پروس، اتریش، انگلستان و روسیه) در جریان پیدایش مرز کشورها توانستند دوباره سرزمین های اشغالی ناپلئون را باز پس گرفته و دوباره مرزها را به شکل سابق درآوردند. در این دوران بود که کم کم استعمارگری جای گسترش مرز کشورها را گرفت.

کشورهای شرق میانه، شامل سوریه، عراق، اردن، فلسطین، کویت، عربستان و همچنین سرزمین های سمرقند و بخارا، کشورهای آسیای میانه و نیز بخش های عظیمی از قاره افریقا شامل مصر، لیبی، تونس، سودان، اتیوپی، سومالی، مراکش (المغرب)، موریטانیا و ... در این محدوده تا قبل از سال ۱۹۲۴ میلادی جزو قلمرو عثمانی و یک کشور حکومتی اسلامی محسوب می شدند. در نهایت در طول سال های بعد از جنگ جهانی دوم، هر کشوری بنا به ضرورت دنیای امروز و بر اساس نشانه های طبیعی و مرزهای طبیعی محدوده های کشوری و حکومتی خود را مشخص نمود. بسیاری از کشورهای بزرگ به کشورهای کوچک تر و جدا از یکدیگر تبدیل شدند.^۳

۱ - عصر وستفالیایی (Westphalian Age) به دوره ای در تاریخ اروپا گفته می شود که با پیمان وستفالی (Peace of Westphalia) در سال ۱۶۴۸ آغاز شد. پس از جنگ های سی ساله مذهبی (۱۶۴۸-۱۶۱۴)، کشورهای اروپایی یک پیمان صلح چندجانبه امضا کردند که حقوق برابر واحدهای سیاسی مستقل را به رسمیت می شناخت و تصریح می کرد که کشورهای مستقل حق دارند سرنوشت خود را تعیین کنند و حق دخالت در امور یکدیگر را ندارند. عصر وستفالی به دورانی گفته می شود که با امضای این پیمان در ۱۶۴۸ آغاز شد و تا کنگره وین در ۱۸۱۵ ادامه یافت. شاخص عمده دوره وستفالی، پیدایش و رشد دولت های ملی است که انحصار بازیگری در حوزه بین المللی را به خود اختصاص دادند. در واقع عنصر پایه نظم بین المللی در این دوران «دولت ملی» بود.

۲ - مقاله اینترنتی پیمان و عصر وستفالی چه بود؟ ۱۴۰۲ سایت تحلیلی خبری عصر ایران قابل دسترسی در لینک زیر به نشانی:

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

۳ - همان.

۴ - انواع مرزها

۴ - ۱ - مرزهای طبیعی و انسان ساز

مرز طبیعی^۱:، مرزی بین دولت‌ها یا زیرمجموعه‌های آنها است که با تشکیلات طبیعی مانند رودخانه‌ها یا رشته‌کوه‌ها همراه است. «دکترین مرزهای طبیعی» در فرهنگ غربی در سده هجدهم بر اساس ایده‌های «طبیعی» ژان ژاک روسو و توسعه مفاهیم ملی‌گرایی گسترش یافت.

مرز غیرطبیعی: برای تعیین مرزهای بین‌المللی در جاهایی که پدیده‌های طبیعی مشخص وجود ندارد، از خطوط نصف‌النهار، مدار یا خطوط مستقیم استفاده می‌شود که دارای شکل تقریباً منطقی هستند و به همین دلیل مرزهای هندسی نامیده می‌شوند.

۴ - ۲ - مرزهای خشکی و آبی

برخی کشورها محصور در خشکی هستند. کشور محصور در خشکی، یا بی‌دریا به کشوری گفته می‌شود که هیچ‌گونه دسترسی به آب‌های آزاد (اقیانوس‌ها و دریاها) نداشته باشد. و مرزهای آن به صورت طبیعی مثلاً توسط رشته کوه‌ها و یا به صورت انسانی مانند حفر کانال و کشیدن سیم خاردار یا دیوار تعیین می‌شود.

مرز آبی^۲: یا مرز دریایی به مرزی گفته می‌شود که که سرحدات دو کشور را در پهنه‌ای آبی مجاور با هم تعیین می‌کند. هر کشوری که به آب‌های آزاد دسترسی دارد، دارای مرز دریایی است. مجمع‌الجزایرها مانند فیلیپین و برخی از کشورهای جزیره‌ای مانند ایسلند، صرفاً دارای مرز دریایی می‌باشند.

اهمیت مرزهای آبی و دریای صرفنظر از امکان ارتباط به لحاظ دسترسی به منابع آبی و ثروت های دریایی مختلف اعم از منبع تغذیه یا گردشگری و صنعتی حائز اهمیت است. در مجموع کشورهایی که دارای دو مرز آبی و خشکی هستند از موقعیت برتری برخوردار می‌باشند.

۱- Natural border

۲- Maritime boundary

۴-۳- مرزهای تطبیقی - قراردادی و تحمیلی

مرزهای تطبیقی:^۱ مرزهایی که با توجه به جغرافیای انسانی نواحی و منطبق با الگوهای نواحی و منطبق با الگوهای فرهنگی قومی تعیین می گردد به مرزهای تطبیقی معروفند. بهترین نمونه خط مرزی هندوستان و پاکستان است که پس از استقلال و جدا شدن پاکستان از هند به وجود آمد.

مرزهای تحمیلی:^۲ به خطوط مرزی که بدون توجه به سیمای فرهنگی ناحیه و تنها در اثر سیاست بین المللی به وجود آمده اند مرزهای بین المللی به وجود آمده اند مرزهای تحمیلی گفته می شود. در نتیجه ترسیم این خطوط مرزی، مردمی که از یک قوم و نژاد بوده و زبان و فرهنگ مشترک دارند، از یکدیگر جدا شده، تحت لوای حکومت‌های جداگانه به سر می برند. بیشتر مرزهایی که دول استعمارگر اروپایی از جنگ جهانی اول به بعد در قاره آفریقا به وجود آوردند، از این گونه اند.

۵- تأثیر گذاری مرزها

هنگامی که قصد داریم؛ از تأثیر مرزها بر منافع ملی کشورهای همجوار صحبت کنیم؛ باید توجه داشته باشیم که مرز یک مفهوم انتزاعی، مجرد و منفرد نیست. اثرگذاری مرزها مرتبط با نحوه سیاست حکومتی، منطقه جغرافیائی و به عبارتی ((ژئوپلتیک)) است. چنانچه اموری از قبیل فرهنگ، جامعه شناسی، اقتصاد، مذهب و غیره نیز قابل توجه می باشند. با این وصف عوامل مختلفی وجود دارند که موجب می شوند؛ مرزهای یک کشور برای مجاوران اثر منفی یا مثبت داشته باشند.

۸۱ با این وصف عوامل مختلفی وجود دارند که موجب می شوند؛ مرزهای یک کشور برای مجاوران اثر منفی یا مثبت داشته باشند.

اصل ثبات مرزها یکی از اصول غیرقابل اجتناب حقوقی در سطح بین المللی است که همواره دیوان بین المللی دادگستری از آن به عنوان راه حل نهائی برای حل و فصل اختلافات بین الدولی نظیر قضیه اختلاف «بورکینوفاسو/مالی» «بنین/نیجر» «نیکاراگوئه/ هندوراس» «اندونزی/مالزی» به این اصل استناد کرده است. این اصل به ممانعت از عملیات دکترین بلاصاحب سوق پیدا کرد و از بروز اختلافات بین کشورهای تازه استقلال یافته جلوگیری یا حداقل آن را محدود نمود. مع الوصف تغییر وضعیت کشورها

۱- Comparative border

۲- Imposed boundaries

در اثر اضمحلال، استقلال، جدید التاسیس بودن و یا وحدت بنا به اصل جانشینی کشورها تغییر تحدید حدود مرزی امری اجتناب ناپذیر است و کشورهای جانشین با کشورهای همجوار خود بایستی برای تعیین مرزها توافق و تراضی کنند و جامعه بین الملل نیز وضعیت جدید را شناسائی می نماید.^۱

اما تغییر مرزها به دلیل بی اعتنائی به تمامیت سرزمینی و استقلال کشورهای همجوار اصل حسن همجواری را مخدوش و کشورهای همسایه را با چالش های عدیده ای روبرو می سازد. از عدم صلح و امنیت گرفته تا تأثیر بر مبادلات اقتصادی و راههای ارتباطی می تواند تأثیرات منفی و یا مثبتی را بنا به منافع کشورهای همسایه در منطقه ایجاد نماید.^۲

۵-۱- تأثیر مثبت مرزها بر منافع ملی کشورهای همجوار

مرز حد نهائی اعمال حاکمیت کشورها و نقطه شروع تعامل ارتباط کشورها با یکدیگر است. مرزها از نظر دیپلماتیک بر کشورهای همسایه، منطقه و حتی فرامنطقه ای نیز تأثیر می گذارند. بر همین اساس نیز یخس مهمی از سیاست خارجی و داخلی کشورها در تبعیت از چگونگی مرزهای مشترکشان با یکدیگر متأثر از مرزهای شکل گرفته است. آراین رو استعداد ایجاد تنش و کشمکش در مرزها دارای اهمیت است و به همین دلیل کنترل و نظارت بر آنها بیشتر و پر هزینه می باشد. استقرار نیروی انتظامی و نظامی در خطوط مرزی عامل مهم برای ایجاد امنیت و کنترل بر سرحدات می باشد که منجر به حفظ نظم عمومی داخلی و امنیت و از حیث منطقه ای منتهی به حفظ صلح می گردد. تنشها در سرزمینهای مرزی دو کشور همجوار می تواند ناشی از عوامل درونی مانند استقلال طلبی مرزنشینان یا عوامل بیرونی ناشی از قلمرو خواهی کشورهای همسایه باشد که در هر دو

۱- اناری، هما، «اصل ثبات مرزها از منظر دیوان بین المللی دادگستری»، کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در حقوق تعلیم و تربیت، روانشناسی و مطالعات فرهنگی و اجتماعی. ۱۳۹۹.

۲- در سال ۱۷۸۹ و با انقلاب فرانسه، ناپلئون قصد کشورگشایی و بیشتر نمودن سرحدات مرزی فرانسه داشت اما با شکست از روسیه، مرزهای اشغالی دوباره به کشورهای قبل باز گردانیده شد. در واقع چهار قدرت بزرگ اروپا در آن زمان (پروس، اتریش، انگلستان و روسیه) در جریان پیدایش مرز کشورها توانستند دوباره سرزمین های اشغالی ناپلئون را باز پس گرفته و دوباره مرزها را به شکل سابق درآوردند. در این دوران بود که کم استعمارگری جای گسترش مرز کشورها را گرفت. کشورهای شرق میانه، شامل سوریه، عراق، اردن، فلسطین، کویت، عربستان و همچنین سرزمین های سمرقند و بخارا، کشورهای آسیای میانه و نیز بخش های عظیمی از قاره افریقا شامل مصر، لیبیا، تونس، سودان، اتیوپی، سومالی، مراکش (المغرب)، مورتانیا و ... در این محدوده تا قبل از سال ۱۹۲۴ میلادی جزو قلمرو عثمانی و یک کشور حکومتی اسلامی محسوب می شدند. در نهایت در طول سال های بعد از جنگ جهانی دوم، هر کشوری بنا به ضرورت دنیای امروز و بر اساس نشانه های طبیعی و مرزهای طبیعی محدوده های کشوری و حکومتی خود را مشخص نمود. بسیاری از کشورهای بزرگ به کشورهای کوچک تر و جدا از یکدیگر تبدیل شدند.

۳- ملیحه کبیری و همکاران، تعیین و سطح بندی عوامل موثر بر اهمیت مرزها پژوهش نامه ایرانی سیاست بین الملل، سال ۵، شماره ۲، بهار، ۱۳۹۶، ص ۹۶

صورت وظیفه حراست و حفاظت نیروی نظامی رابرجسته می نماید.^۱

ارتباط فرهنگی و روابط میان انسانها بویژه مرزنشینان نیز مولفه مهم دیگری در مرز است که در فرهنگ سازی یا تاثیر گذاری متقابل از فرهنگ ها و مجاورت های فرهنگی نقش مهمی دارد. دیپلماسی فرهنگی بعنوان یک ابزار کارآمد و قابل انعطاف در سیاست خارجی زمینه ساز ارتقاء سطح مناسبات میان دولتها و به تبع آن افزایش تفاهم میان ملتها و ایجاد صلح و ثبات بین المللی است. ابزارهای اصلی این نوع دیپلماسی، شامل آموزش زبان، مبادلات آموزشی، تعامل نخبگان جوامع، گسترش رسانه های فرامرزی و نماسهای مستقیم فرهنگی هستند که بسترهای مهم درک متقابل جوامع بشری از یکدیگر را فراهم می آورند.^۲

هر چقدر کشورها از ثبات حاکمیت و غنای روابط اجتماعی سرشار باشند موقعیت مرزها هم به سمت کارکردهای گردشگری، توریستی، فرهنگی و نظایر آن تغییر می کند. نمونه های بعدی دال بر این مطلب هستند. بنابراین کارکرد مرزها ناشی از حاکمیت دولتهای اداره کننده آنهاست.

۵ - ۱ - ۱ - جاذبه های تاریخی

مرز بین اسپانیا و پرتغال که یکی از قدیمی ترین و طولانی ترین مرزهای اروپا است. اگرچه این مرز زمانی اهمیت زیادی داشت، اما توافق نامه شینگن در سال ۱۹۸۵ تمام مرزهای داخلی اروپا را از بین برد و این منطقه را به منطقه ای بدون گذرنامه تبدیل کرد. این مرز، باعث ایجاد جدایی زبانی میان دو کشور شد. تور مرزی در اسپانیا و پرتغال بسیاری از گردشگران را به خود جلب کرده است. زیرا فرصتی برای مقایسه و تضاد این دو فرهنگ فراهم می کند. با بازدید از این کشورها به خوبی می توان تاثیر کشمکش های سیاسی و مذاکراتی که بر روی مرزبندی انجام شده را بر روی جامعه امروزی دید.^۳

۵ - ۱ - ۲ - جاذبه های گردشگری

گاهی مرزها از خطی باریک فراتر می روند و می توانند تبدیل به مکانی امیدوارکننده شوند. برخی معتقدند مرزها اختلافاتی میان ملل مختلف ایجاد می کنند، در عین حال

۱ - ملیحه کبیری و همکاران، همان ص ۹۹.

۲ - نظام آبادی، محسن، روابط فرهنگی ایران و ارمنستان، ظرفیت ها و پتانسیلها، فصلنامه انجمن ایرانی مطالعات فرهنگی و ارتباطات، سال دوازدهم، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۹۵.

۳ - اقتباس از مطلب عجیب ترین مرزهای جهان در صفحه اینترنتی به نشانی <https://www.blog.ir/flytoday> صفحه «فلای تو دی» ۱۴۰۱/۰۸/۲۶

مرزهایی در جهان وجود دارند که عامل نزدیکی دو فرهنگ می‌شوند.

یکی از عجیب‌ترین و جذاب‌ترین مرزهای جهان را آمریکا و کانادا دارند. چرا که مرز این دو کشور از وسط کتابخانه‌ای کوچک به نام هاسکل عبور می‌کند. ورودی مراجعان به کتابخانه از سمت ایالت متحده‌ی آمریکا است. مراجعان کانادایی می‌توانند از ورودی آمریکا بدون نیاز به پاسپورت وارد کتابخانه شوند. مرز بین این دو کشور توسط خطی باریک و مشکی بر روی زمین کتابخانه کشیده شده است.^۱

مرز واتیکان و رم نمونه دیگری است. واتیکان کشوری مستقل است که توسط شهر رم ایتالیا احاطه شده است. واتیکان هر ساله بازدیدکنندگان بسیاری را به خود جذب می‌کند. گذرگاه مرزی از ایتالیا به ایالت واتیکان باید یکی از جالبترین نقاط برای سفر باشد. چرا که علی‌رغم عبور از کشور جدید، شما اساساً هنوز در همان شهر هستید!^۲

۵ - ۱ - ۳ - کسب درآمد و اشتغال

اصولاً دوری یا نزدیکی به مرزها و همچنین موقعیت آنها در ابعاد جغرافیایی و سیاسی بر موضوع اشتغال، درآمد زائی، رونق اقتصادی و معیشت و زندگی مردمان در هر دو سوی مرز اثرگذار است. اقتصاد شریان حیاتی بقاء و دوام دولتهاست. رونق اقتصادی همیشه از شاخص های مهم ارزیابی دولتهاست. بدون شک بخشی از رونق اقتصادی به مرزها بر می‌گردد و ناشی از ثبات و بهره‌وری از مرزهای کشور است. سرمایه‌گذاری در مرزها موجب می‌شود زندگی مرزنشینان شور و نشاط پیدا کرده و با ایجاد بازارچه‌های مرزی داد و ستد و بازرگانی بین دو کشور همجوار افزایش پیدا کند. این امر در مرزهایی که شرایط اقلیمی و فرهنگی مناسبی دارند به دنبال خود رشد گردشگری و مهار و کنترل قاچاق کالا را به دنبال دارد.^۳

۱ - همان.

۲ - همان

۳ - یگانگی، سید کامران، توسعه اقتصادی مرزها ضامن امنیت مرزی، جغرافیا و روابط انسانی، بهار ۱۴۰۳،

دوره ۶، شماره ۴، صص ۸۶-۷۳.

۵ - ۲ - تأثیر منفی مرزها بر منافع ملی کشورهای همجوار

روشهای تحدید حدود مرزی در طول زمان شاهد تحولات زیادی بوده است زیرا کسب برخی سرزمین ها حتی به روش های قدیمی امروزه محل مناقشه قرار گرفته و در مواردی منجر به درگیری نظامی هم شده است. هر چند تغییر مرزها به دلایل غیرقانونی ایجاد حق تصرف و حاکمیت بر کشورهای متصرف را ایجاد نمی نماید و مورد تایید سازمان های بین المللی از جمله سازمان ملل متحد و کشورها نمی باشد. از آن جمله فتح نظامی یا اشغالگری دیگر یک شیوه حقوقی کسب سرزمین محسوب نمی شود. طبق بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد اعضای سازمان در روابط خود از تهدید به کار بردن زور یا استفاده از آن بر ضد تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی یکدیگر خودداری می کنند. این قاعده نه فقط منشاء عرفی دارد بلکه به عنوان یک قاعده آمره پذیرفته شده است. بنابراین تغییرات مرزی در این صورت محلی از توجه نمی باشد. اگر تغییر مرز با توافق بیت کشورهای مرزی و همجوار باشد؛ به دلیل تأثیرات منفی بر کشورهای همجوار ممکن است؛ مورد اعتراض و واکنش های منفی آنان قرار گیرد.

هنگامی که بین دو کشور همسایه بر سر مرز اختلاف باشد؛ به ویژه چنانچه این اختلاف به مسائل اقتصادی، قومی و زیست محیطی گره بخورد؛ دشواری های همجواری آشکار می گردد. این مهم در تنش بین ارمنستان و آذربایجان در شمال غرب ایران برای کشورها نگرانی های متعددی از قبیل امنیت مرزهای همجوار، عدم استقرار گروههای تروریستی در نزدیک مرز ایران، عدم تغییر خطوط مرزی و راههای ارتباطی ایران از طریق ارمنستان به کشورهای اروپائی، ارتباطات اقتصادی و تبادل کالا از ایران به مسیر کشورها از طریق این مرز ایجاد کرد.^۳

تأثیرات منفی مرزها ناشی از عوامل مختلف است که در ادامه برخی از مهمترین آنها را با ذکر مثال تبیین می کنیم:

۱ - در این مورد می توان به مناقشه میان آرژانتین و انگلستان بر سر حاکمیت بر جزایر مالویناس اشاره نمود. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به بیک زاده، ابراهیم، حقوق بین الملل، چاپ دوم، پائیز ۱۴۰۲، صفحه ۴۰۷.

۲ - دیوان بین المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در قضیه ساخت دیوار حائل اعلام م می نماید: ساخت دیوار به حق خودمختاری مردم فلسطین خدشه وارد می کند و سیاست ساخت شهرک های یهودی نشین در سرزمین فلسطین ترکیب جمعیت را در آنجا دگرگون کرده است و این امر خلاف مقررات حقوق مردم غیرنظامی در زمان اشغال می باشد. بیک زاده، همان ۴۲۳.

برخی مرزها به دلیل بی ثباتی و سیاست های حکومتی دولت های وقت، نقطه آسیب امنیتی و مهاجرت های غیرقانونی، برای همسایگان هستند. در واقع سیاست های اشتباه دولت داخلی به طور غیرمستقیم بر مرزها اثر می گذارد و برخی آسیب ها متوجه کشورهای دیگری در مجاورت یک کشور آشوب زده، بحرانی و بی ثبات هستند شکل می گیرد. وقتی در کشوری بر سر قدرت سیاسی منازعه است؛ سالها جنگ داخلی توانفرسا داشته اند و زیرساخت های توسعه اقتصادی و اجتماعی شکل نگرفته هجوم به طرف مرز همسایگان برای تشکیل یک زندگی در دنیای جدید، اولین راهکار است. مثال بارز این وضعیت را در افغانستان می بینیم. وضعیت بحران زده داخلی این کشور همیشه عاملی برای مهاجرت بوده؛ لکن هنگامی که در چند سال پیش دولت اشرف غنی در افغانستان سقوط کرد و طالبان بر اوضاع حاکم شدند؛ نگاه متعصبانه عقیدتی همراه با روش های حکومتی مرتجع، چنان عرصه را بر مردم تنگ کرد؛ که علاوه بر مشکلات داخلی، هجوم عده زیادی مهاجر غیرقانونی به سمت مرزهای غربی افغانستان (مرزهای شرقی ایران) آغاز شد و به دنبال آن استان های مرزی به دلیل سیل عظیم پناهجویان به طور مستقیم و سایر نقاط کشور به طور غیر مستقیم با یک چالش امنیتی مواجه شدند. اگر چه منافع اقتصادی مردم هم تحت تاثیر افزایش مهاجران قرار می گیرد لکن بعد امنیتی پر رنگ تر است. یکی از بارزترین نمونه ها برای تبیین ناآرامی های سیاسی ناشی از مرزهای مورد اختلاف، قضیه فلسطین و رژیم اشغالگر قدس می باشد. از زمان اعلام یک دولت صهیونیست یهودی تا کنون بارها و بارها مرزهای فلسطین شاهد ناآرامی، تنش و حتی جنگ بین اعدا با اشغالگران بوده به طوری که این درگیری ها بر مرزهای مجاور از جمله کشورهای سوریه، لبنان، مصر و حتی بر کشورهای دورتر از لحاظ نوع روابط سیاسی از قبیل عربستان و الجزایر تأثیر خود را گذاشته است.^۱ در حال حاضر مناطق تحت حاکمیت فلسطینی ها به دو بخش کرانه باختری (تحت اداره دولت فلسطین / تشکیلات خودگردان - محمود عباس) و منطقه غزه

۱ - بخشی که اکثریت مناطق سرزمین تاریخی فلسطین است. این سرزمین را اسرائیل به عنوان یک کشور / دولت رسماً متعلق به خود می داند و ساکنان آن شهروندی و گذرنامه اسرائیل داده است. اکثر منطقه تاریخی فلسطین را شامل می شود. این مناطق شامل کرانه باختری و غزه نیست.

- کرانه باختری و منطقه غزه: مناطقی که اسرائیل آنها را بخشی از خاک و سرزمین خود نمی داند اما آنها را تحت اشغال نظامی دارد. از نگاه سازمان ملل، امریکا و اروپا، اسرائیل در این دو منطقه (کرانه باختری و غزه)، کشور و نیروی اشغالگر است. کرانه باختری به طور ناقص توسط دولت فلسطین (تشکیلات خودگردان) به ریاست محمود عباس اداره می شود. ارتش اسرائیل در این منطقه و مرزهای آن مستقر است. منطقه غزه توسط دولت حماس (جنبش مقاومت اسلامی فلسطین) اداره می شود. دو منطقه کرانه باختری و غزه از هم دور هستند و هیچ تماس و ارتباط زمینی با یکدیگر ندارند. شبیه جمهوری آذربایجان که منطقه نخجوان جدا افتاده از سرزمین اصلی است. میان دو منطقه کرانه باختری و غزه، مناطقی است که اسرائیل آنها را سرزمین رسمی خود می داند. شهروندان کرانه باختری و غزه گذرنامه فلسطینی دارند. مشروح وضعیت مرزی بین رژیم اشغالگر قدس و فلسطین در نشانی زیر

قابل دسترسی می باشد. <https://www.asriran.com/fa/news>

(تحت اداره دولت حماس) تقسیم می شود. این دو یکدیگر را به رسمیت نمی شناسند. می توان گفت در سرزمین تاریخی فلسطین با سه حاکمیت و دولت روبه رو هستیم. دولت اسرائیل، دولت فلسطین (تشکیلات خودگردان) در کرانه باختری و منطقه حماس در غزه. هم اکنون جنگ اسرائیل علیه غزه در جریان است. نیروی زمینی ارتش اسرائیل وارد منطقه غزه شده و این منطقه را به دو بخش شمالی و جنوبی تقسیم و همزمان شهر بزرگ غزه را محاصره کرده است اما تا قبل از این، نیروهای اسرائیلی خارج از منطقه غزه بودند. بنابراین موضوع حائز اهمیت، باز یا بسته بودن مرزهاست. برخی اوقات مرزهای باز و آزاد موجب رونق زندگی و حیات اجتماعی هستند. در حالی که مرزهای بسته یا همراه با قواعد سختگیرانه برخی اوقات عامل وحشت، خفقان و حتی تهدید حیات سالم جسمی و روحی انسان ها هستند.^۱

۵-۲-۲- تغییر موقعیت جغرافیائی

نمونه بارز از تغییر موقعیت جغرافیائی، همسایه شمالی کشور ایران است. سیاست گذاری های داخلی و نقشه های جهانی روسیه به ویژه در طول دو سده اخیر اثرات خود را بر خطوط مرزی میان ایران و روسیه گذاشته است. ایران در قرن نوزدهم و به ویژه مقارن با دوره قاجاریه، دچار تغییراتی عمده، در مرزهای سرزمینی خود شد. بخش مهمی از این تغییر مرزها ناشی از سیاست های ژئوپلیتیک بریتانیا و روسیه در غرب آسیا بود. رقابت ژئوپلیتیک میان روسیه و انگلیس در عصر قاجاریه در جهت حفظ امنیت مستعمره ها، دسترسی به آب های خلیج فارس و کنترل دسترسی به ذخایر نفت بود. پیامد این رقابت، جدایی مناطقی از آسیای مرکزی، قفقاز و افغانستان از قلمرو سرزمینی ایران، تعیین حدود مرزهای ایران در سیستان و بلوچستان و استقلال تدریجی شیوخ حاشیه جنوبی خلیج فارس از ایران بود؛ بنابراین در این بستر زمانی، مؤثرترین عامل در شکل گیری فرایند تحدید حدود سرزمینی ایران، موقعیت جغرافیائی حائل سرزمین ایران میان قلمرو مورد رقابت بریتانیا و روسیه بود.^۲

۵-۲-۳- بحران مهاجرت

مرزهای کشورها از موضوعات اقتصادی و بحران های ناشی از آن نیز به شدت اثر منفی

۱- غیباشوی رضا، مقاله اینترنتی فلسطین و اسرائیل چگونه هستند؟ ۱۴۰۲ سایت تحلیلی خبری عصر ایران قابل دسترسی در لینک زیر به نشانی: <https://www.asriran.com/fa/news>

۲- شیخ الاسلامی، محمد حسن، صارم، شیراوند، تاثیر تحولات ژئوپلیتیک اکران بر امنیت روسیه از منظر ژئوپلیتیک انتقادی، فصلنامه آسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۹۹ پاییز ۱۳۹۶ صص ۱۲۳-۹۰.

می پذیرند. مرز ترکیه با ایران از جمله مرزهایی است که به دلیل موقعیت خاص خود، در واقع نقش یک گذرگاه ترانزیتی را برای مهاجرین غیرقانونی بازی می کند. ترکیه به دلیل قرارگیری در شمال غرب آسیا و جنوب شرق اروپا و همچنین به خاطر هم مرز بودن با اتحادیه اروپا و البته به خاطر نحوه قرارگیری این کشور در مرزهای اصلی جهان، می تواند به عنوان یکی از منحصربه فردترین کشورها در این رابطه، در جهان مطرح شود از کشور ترکیه می توان به عنوان یک کشور ترانزیتی نام برد و برآورد شده است که از سال ۱۹۷۹ بیشتر ایرانیانی که مهاجرت از ترکیه به اروپا را آغاز کرده اند از مرز ترکیه اقدام به این کار کرده اند.

موضوع دیگر به باز یا بسته بودن مرزها بر می گردد. مرزهای باز و آزاد موجب رونق زندگی و حیات اجتماعی هستند. در حالی که مرزهای بسته یا همراه با قواعد سختگیرانه همیشه عامل وحشت، خفقان و حتی تهدید حیات سالم جسمی و روحی انسان ها هستند.^۱

۵ - ۲ - ۴ - قاچاق کالا و انسان

اصولاً کالاهای قاچاق از مناطق مرزی وارد می شوند و سپس در تمام کشور توزیع می شود. لذا مرزها از این لحاظ دارای اهمیت بسیار زیادی هستند. یکی از مناطق مرزی مهم و حساس خاورمیانه که به ویژه در سال های بعد از انقلاب اسلامی دست خوش حوادث گوناگونی در ابعاد نظامی، سیاسی، امنیتی و... بوده است، مناطق مرزی ایران با کشورهای همسایه اش می باشد. پدیده قاچاق به عنوان یک تهدید جدی بر سر راه تجارت آزاد، در مناطق مرزی کشور به اشکال مختلفی صورت می گیرد. مسأله قاچاق در کشور ما به دلیل شرایط خاص جغرافیایی برای ورود و خروج کالا و نیز نبود شرایط با ثبات در کشورهای همسایه، بسیار قابل توجه است. البته وقتی صحبت از قاچاق می شود؛ فقط مواد مخدر را نباید در نظر گرفت چرا که قاچاق کالاهای مختلف اعم از سوخت، پارچه، ساعت، پارچه، گوشی های تلفن همراه و غیره از اقلام قابل توجه هستند. ضمن اینکه از پدیده قاچاق شوم انسان نیز با هدف شنیع بهره کشی جنسی یا سایر سوء استفاده ها نباید غفلت کرد.^۲

۱ - در دی ماه سال ۱۳۹۵، رجب طیب اردوغان، رئیس جمهوری ترکیه، از قصد حکومت ترکیه برای ساخت دیوار امنیتی در مرز با ایران و نیز مرز این کشور با عراق خبر داده بود. اعلام خبر احداث این دیوار در مرز ترکیه با ایران با واکنش مثبت حکومت ایران روبرو شد.^[۱] در ۱۷ مرداد ۱۳۹۶ حکومت ترکیه از ساخت دیوار بتنی در مرز مشترک ایران و ترکیه خبر داد و اعلام کرد که احداث این دیوار با هدف برخورد با اعضا و شبه نظامیان حزب کارگران کردستان انجام می شود. علاوه بر این حکومت ایران نیز برای پیش و نظارت مستمر و تصویری در مرز ایران و ترکیه، تجهیزات اپتیکی، الکترونیکی، پهپادی و خودروهای عملیاتی سبک را به کار گرفته است. (نقل از روزنامه تیران ۱۴۰۲/۰۶/۱۱)

۲ - شرفی، حجت اله، شکور، علی و یاسمین درازهی، تحلیلی بر پدیده قاچاق و عوامل موثر بر آن در روستاهای مرزی سراوان، نشریه برنامه ریزی منطقه ای ۱۳۹۶ سال دهم شماره ۳۷.

۶- اهمیت تغییر مرزها

موضوع دیگری که در رابطه با مرزهای بین المللی امروزه برای برخی از کشورها نگران کننده است تغییر خطوط مرزی کشورهای همجوار است. زیرا کشور با تعیین حدود مرزی ثبت شده؛ نوع روابط بین الملل و منطقه ای، امنیت و سیاست خارجی خود را تنظیم نموده است. حال با تغییر مرز توسط کشورهای همجوار به شکل طبیعی تاثیرات منفی و مثبت غیر قابل اجتنابی برای کشور همسایه ایجاد می گردد. مثال بارز آن تغییر احتمالی حدود مرزی ارمنستان و آذربایجان در دهه اخیر بعد از کشمکش بر سر سرزمین های قفقاز جنوبی به ویژه قره باغ که قبل از آن توسط ارمنستان از مناطق تحت حاکمیت آذربایجان تصرف شده بود و دسترسی این منطقه به نخجوان از جمله شهرهای آذربایجان سبب درگیری در مرزهای شمال غربی ایران بین دو طرف شد که نهایتا پس از درگیری در سال ۲۰۲۳ طی توافقنامه صلح، قره باغ به جمهوری آذربایجان بازگشت. منطقه قفقاز جنوبی به لحاظ استراتژیک بودن برای ایران به عنوان همسایه مهم جمهوری آذربایجان و ارمنستان بسیار حائز اهمیت است و هر نوع تحولی در این منطقه می تواند به منافع ملی و امنیت ایران مرتبط باشد؛ به همین دلیل کارشناسان معتقد هستند که مسائل مربوط به اختلافات در مرزها که یک مسیر ترانزیتی محسوب می شود، ممکن است در آینده اختلال ایجاد کند. با این پیشامد ایران نگران تغییر مسیر ارتباطی (کریدور زنگزور) خود با کشورهای شمال ارمنستان و از آن طریق با کشورهای اروپایی شد لذا وزیر امور خارجه وقت ایران تاکید کرد: «ایران هرگونه تغییر ژئوپلیتیک منطقه و محدود کردن مسیرهای تاریخی و ترانزیتی موجود در منطقه را هرگز تحمل نخواهد کرد.» از طرفی ایران برای صلح در مرزهای شمال غربی خود تلاش می کند تا تنش را از بین برده و از نفوذ گروه های تروریستی مجاور مرزها جلوگیری نماید.

۶- اهمیت مرزها در ایران

ایران با توجه به موقعیت خاص ژئوپلیتیکی، شرایط طبیعی و ارزشهای فرهنگی، در طول تاریخ پر فراز و نشیب خود رویدادهای بسیاری را پشت سر گذاشته است. ایران در پهناورترین و کهن ترین قاره جهان یعنی آسیا واقع شده و به نوعی دو قاره آسیا و اروپا را به هم وصل می کند. از نشانه های اهمیت این پل ارتباطی، اشغال این کشور طی دو جنگ جهانی اول و دوم به وسیله نیروهای متخاصم با وجود اعلام صریح بیطرفی از سوی ایران می باشد. بنابراین «موقعیت گذرگاهی ایران به سبب نقش پر اهمیت که در مبادلات منطقه ای ایفا می کند و هم چنین اثرات عمیقی که بر تحولات سیاسی -

۱- در زمان این واقعه مرحوم امیر عبداللهیان وزیر امور خارجه ایران بود.

اقتصادی حوزه های وسیعی همچون آسیای مرکزی و قفقاز، شبه قاره و اقیانوس هند، خلیج فارس و آناتولی وارد می کند، تبدیل به یک موقعیت حساس ژئوپلیتیکی گردیده است. کشور ایران دارای استعدادهای محیطی، جغرافیایی و اقتصادی با قابلیت مبادلات اقتصادی خاص منبعی برای درآمد دولت، چشم اندازی برای دفع یا جذب منابع اقتصادی و پایانه ای برای فعالیت های مخرب اقتصادی به شمار رفته و اینها از جمله مسائل مهم اقتصادی کشور به شمار می روند. ایران با توجه به موقعیت ژئوپلیتیکی و جغرافیایی خاص خود، یعنی کوهستانی بودن مرزهای غربی و بیابانی بودن مرزهای شرقی آن، سبب گسترش قاچاق کالا و دشواری مبارزه با آن شده است وجود مرزهای طولانی با همسایگان، کنترل و نظارت بر ورود و خروج کالاها را از این مرزها را دشوار می سازد. قاچاق کالا با تحت تاثیر قرار دادن وضعیت اقتصادی و اجتماعی افراد جامعه به ویژه اقشار آسیب پذیر، علاوه بر سلامتی، معیشت و اشتغال آنان را تهدید می کند. قاچاق کالا و ارز اگر بزرگترین معضل اقتصاد ایران نباشد، بی تردید برجسته ترین عارضه و علامت بیماری است که اقتصاد کشورمان به آن مبتلا شده است.¹

نتیجه گیری

در گذشته مفهومی همانند مرزهای کنونی بین مردم وجود نداشت. تنها مرز امپراطوری های بزرگ را می شد مشخص نمود. از آنجایی که در دوران گذشته امپراطوری های کمی در دنیا وجود داشت، پس مرزها نیز تنها در محدوده قدرت این امپراطورها مشخص بود.

البته تعریف دقیقی برای راههای کنترل مرزها نمی توان ارائه داد و علت آن وجود آسیبها و تهدیدات مختلفی است که با توجه شرایط طبیعی، فرهنگی، سیاسی، اجتماعی و ... که در مناطق مرزی کشورها وجود دارد ونحوه شکل گیری و تعیین خطوط مرزی بین کشورها هم بر آن تاثیر بسیاری می گذارد. در کل می توان کنترل مرز را، عامل برقراری امنیت پایدار در مناطق مرزی دانست.

کارکردهای مختلف مرزهای بین المللی را می توان در قالب دو گروه کارکرد سیاسی - امنیتی و کارکرد ارتباطی - تجاری طبقه بندی کرد.

مثلاً سیاست گذاری روسیه برای دسترسی به آبهای گرم و آزاد از عوامل مهم کشورگشائی این کشور در سده اخیر است. چنانکه مسائل امنیتی در خصوص وضعیت افغانستان و مرز مشترک آن کشور با ایران یک دغدغه برای دولت و ملت ایران است.

۱ - عیسی آبادی، ابوالفضل، شاه قلعه، صفی اله، ژئوپلیتیک ایران و تاثیر آن بر قاچاق کالا، نشریه تحقیقات جغرافیایی، ۱۳۹۲، جلد ۲۸ شماره ۲ صص ۶۹-۶۸.

نکته بسیار مهم در موضوع مرزها به روند تحولات صورت گرفته در عرصه‌های مختلف نظیر جهانی شدن و ورود به عصر اطلاعات بر می گردد. در شرایط فعلی زمینه وابسته‌تر شدن کشورها به یکدیگر و ارتباط نزدیک بین آنها را برای دستیابی به منافع و اهداف خود در عرصه‌های مختلف فراهم است. به‌گونه‌ای که هیچ کشوری نمیتواند در چارچوب بسته مرزهای خود به سر برده و همه نیازهای خود را به‌صورت مستقل تأمین نماید. در این راستا، کشورها برای دستیابی به منافع خود در عرصه‌های بین‌المللی نیازمند بازگشایی مرزهای خود برای بهره‌گیری از فرصت‌های جدید هستند. از سوی دیگر در کنار این منافع و فرصت‌ها، مسائل و چالش‌هایی نیز وجود دارد که به‌صورت‌های مختلف کشورها را تحت تأثیر قرار داده و نظم و امنیت در درون کشور را با مشکل مواجه می‌سازد. در این بین کشورها باید بتوانند مرزهای خود در عرصه‌های مختلف فضای عینی، فضای سایبری و هویتی (ادراکی) را تا حدی باز کنند تا منافع و فرصت‌های آن سوی مرز را کسب کرده و تا حدی مرزهای خود را بسته نگه دارند که ناامنیها و چالش‌های فراسوی مرزها زمینه بینظمی و ناامنی را در درون کشور و جامعه به وجود نیاورند که این امر از طریق مدیریت مرزها و سیاست گذاری هوشمندانه امکانپذیر است.

بنابراین این نکته حائز اهمیت است که: کشورها علی‌رغم توجه خاص به منافع ملی و حاکمیت خود بدون توجه به منافع کشورهای همجوار نمی‌تواند برای تغییر مرزهای خود تصمیم بگیرد.

منابع :

کتاب:

۱. بیک زاده، ابراهیم، (۱۴۰۲)، حقوق بین الملل، جلد اول، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
۲. ضیاییگدلی، محمد رضا، (۱۳۹۶)، حقوق بین الملل عمومی، انتشارات گنج دانش .
۳. موسی زاده، رضا. (۱۳۸۱)، بایسته های حقوق بین الملل عمومی. تهران: نشر دادگستر.

مقالات:

۴. اخباری، محمد و نامی، محمدحسین (۱۳۹۱). جغرافیای مرز با تأکید بر مرزهای ایران. تهران. انتشارات سازمان جغرافیایی نیروهای مسلح.
۵. افشردی، محمدحسین و همکاران(۱۳۹۵)تبیین شاخص های موثر در مدیریت مرزها. فصلنامه ژئوپلیتیک. دوره ۱۱. شماره ۱.
۶. اناری ، هما ، (۱۳۹۹) «اصل ثبات مرزها از منظر دیوان بین المللی دادگستری»، کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در حقوق، تعلیم و تربیت، روانشناسی و مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
۷. زرقانی، سید هادی،(۱۴۰۲) تبیین نظری پارادایم امنیت پایدار در مرز و مناطق مرزی،علوم و فنون مرزی دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۶، صفحه ۹۵ تا ۱۱۹ . برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به :
۸. طارمی، داوود، و همکاران، (۱۳۹۸)، جایگاه منافع ملی و ایدئولوژیک در رویکرد سیاست خارجی نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه روابط خارجی دانشگاه خوارزمی، دوره ۱۵، ش ۱۲.
۹. کبیری، ملیحه و همکاران، (۱۳۹۶)، تعیین و سطح بندی عوامل موثر بر اهمیت مرزها پژوهش نامه ایرانی سیاست بین الملل، سال ۵، شماره ۲، بهار .
۱۰. نظام آبادی، محسن، (۱۳۹۵)، روابط فرهنگی ایران و ارمنستان، ظرفیت ها و پتانسیلها، فصلنامه انجمن ایرانی مطالعات فرهنگی و ارتباطات، سال دوازدهم، شماره ۴۳.

۱۱. یگانگی، سید کامران، (۱۴۰۳)، توسعه اقتصادی مرزها ضامن امنیت مرزی، جغرافیا و روابط انسانی، شماره ۴.

۱۲. شرفی، حجت اله، شکور، علی و یاسمین درازهی، (۱۳۹۶)، تحلیلی بر پدیده قاچاق و عوامل موثر بر آن در روستاهای مرزی سراوان، نشریه برنامه ریزی منطقه ای، سال دهم شماره ۳۷.

۱۳. شیخ الاسلامی، محمد حسن، صارم، شیراوند، (۱۳۹۶)، تاثیر تحولات ژئوپلیتیک اکراین بر امنیت روسیه از منظر ژئوپلیتیک انتقادی، فصلنامه آسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۹۹.

۱۴. عیسی آبادی، ابوالفضل، شاه قلعه، صفی اله، (۱۳۹۲)، ژئوپلیتیک ایران و تاثیر آن بر قاچاق کال، نشریه تحقیقات جغرافیایی، جلد ۲۸ شماره ۲.

15. Blake, H.Gerald (1998). The objectives Of Land Boundaries Management. UK.IBRU

16. House, J. (1982), Frontier on the Rio Grande: A Political Geography of Development and Social

Deprivation, Clarendon Press, Oxford.

17. Soffer, A. (1994), "Forms of coexistence and transborder cooperation in a hostile area: the Israeli, Case" in W. Galluser and et al (eds.), Political Boundaries and Coexistence, Peter Lang, Berne.

Identifying effective alternative models for the punishments prescribed in the anti-narcotics law

Amir Albuali^۱ ,*Isa Bani Naimah^۲ ,Fateme Luimi^۱

Date Received : 24 April 2024 Date accepted : 16 August 2024

Abstract :

The purpose of the current research is to identify effective alternative patterns for the punishments prescribed in the Anti-Narcotics Law. According to the investigation of drug crimes, it can be said that: the penal policy of the legislator in the anti-drug law is always based on suppression, the severity of the punishment and their disproportionality, in such a way that in determining the punishments, the degree of social ugliness of the act, the character of the perpetrator, human dignity, the type of crime and standards Human rights, which is one of the criteria for determining proportional punishment, has not been given enough attention, and it must be said that the criminal policy based on more use of the death penalty and long-term imprisonment, in addition to not having the desired deterrent effect, is unfair and against human dignity; Because the reluctance of the judges to issue such rulings and the attempt to resort to legal evasions and even in illegal cases, as well as the violation or non-implementation of the majority of them in various ways, is a clear proof of this claim that severe and repressive punishment is not favored by the judicial criminal policy. is not Therefore, the lawmaker's criminal policy based on repression and severity of punishment in terms of departure from moderation and proportionality has been neutralized in practice or has not followed the expected successes

Key words: anti-drug law, alternative effective models, punishment



شناسایی الگوهای مؤثر جایگزین برای مجازات های مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر

فاطمه لویمی^۱، عیسی بنی نعیمه^۲، امیر ابوعلی^۳

تاریخ پذیرش: ۲۶ مرداد ۳۰۴۱

تاریخ دریافت: ۵ اردیبهشت ۳۰۴۱

چکیده

هدف از پژوهش حاضر، شناسایی الگوهای مؤثر جایگزین برای مجازات های مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر می باشد. باتوجه به بررسی جرایم موادمخدر میتوان گفت که: سیاست کیفری قانونگذار در قانون مبارزه با موادمخدر همواره مبتنی بر سرکوب، شدت مجازات و عدم تناسب آنهاست، بهنحوی که در تعیین مجازاتها به میزان قبح اجتماعی عمل، شخصیت مرتکب، کرامت انسانی، نوع جرم و موازین حقوق بشری که از معیارهای تعیین مجازات متناسب می باشد، توجه کافی نگردیده است و باید گفت سیاست کیفری مبتنی بر استفاده بیشتر از مجازات اعدام و حبسهای طویل المدت علاوه بر نداشتن اثر بازدارندگی مطلوب، ناعادلانه و برخلاف کرامت انسانی است؛ چراکه عدم تمایل قضات به صدور چنین احکام و سعی در توسل به مقرهای قانونی و حتی در مواردی غیرقانونی و همچنین نقض یا عدم اجرای اکثریت آنها به جهات مختلف، دلیل روشنی است بر این مدعی که مجازات شدید و سرکوبکننده مورد اقبال سیاست جنایی قضایی نبوده و نیست. لذا سیاست کیفری مقنن مبتنی بر سرکوب و شدت مجازات به لحاظ خروج از اعتدال و تناسب در عمل خنثی گردیده یا موفقیت‌های مورد انتظار را به دنبال نداشته است.

کلمات کلیدی: قانون مبارزه با مواد مخدر، الگوهای مؤثر جایگزین، مجازات

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.
۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران (نویسنده مسئول)
۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران.

قوانین کیفری با تعیین مجازات برای افعال مجرمانه، نقش مهمی در جلوگیری از وقوع جرائم ایفا میکنند؛ اما در قوانین ایران، شاهد جرمانگاری بیرویه هستیم که این مسئله، علاوه بر بالا بردن آمار جرم و جنایت در کشور، در بلندمدت باعث بالا رفتن آمار زندانیان و تحمیل هزینههای سنگین نگهداری از زندانیان به دولت و حکومت میشود. به همین دلیل قانونگذار باهدف کاهش تعداد زندانیان، اقدام به تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (مصوب ۱۳۹۹) کرده است. تصویب این قانون از طرف مجلس شورای اسلامی، موجب ایجاد تغییرات گستردهای در مجازات تعزیری و کاهش قابل توجه زندانیان در سراسر کشور شده است. قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ به تصویب مجلس رسید و در سال ۱۳۷۵ بخشی تحت عنوان تعزیرات و مجازات بازدارنده به آن اضافه شد. در سال ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی اصلاحاتی را در قانون مجازات اسلامی اعمال کرد، اما کتاب پنجم آن، یعنی بخش تعزیرات، تغییری پیدا نکرد. در اردیبهشت سال ۱۳۹۹ قانونگذار، با توجه به آمار بالای محکومین به حبس، صلاح را در این مسئله دید تا با تصویب «قانون کاهش مجازات حبس تعزیری»، مجازات حبس برخی از جرائم را کاهش دهد تا بلکه از قسمتی از هزینه گزافی که حکومت، بابت نگهداری از محکومین به حبس متحمل شده و همچنین، آثار سوء مجازات حبس در زندگی محکومین، کاسته شود.

قانون مجازات اسلامی ایران، از پنج بخش، کلیات، حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تشکیل شده است. جرائم حدی، جرائمی هستند که توسط شرع مقدس اسلام، بهعنوان فعل مجرمانه تعیین شده و مجازات مشخص و غیرقابل تغییری دارند. در مقابل این دسته از جرایم، جرایم و مجازات تعزیری قرار دارند که توسط قانونگذار، در راستای تضمین منافع جامعه و تحکیم نظم عمومی وضع شدهاند. یکی از مجازات پُر کاربرد در بخش تعزیرات، مجازات حبس میباشد. مشکلی که در رابطه با این مجازات وجود داشته، این مسئله بوده که در سالهای اخیر، شاهد جرمانگاری زیاد و بهتبع آن تعداد زیاد مجرمین، در کشور بوده که تعداد قابل توجهی از آنها به حبس محکوم میشوند. این محکومین به حبس، برای دولت، هزینه و مشکلات زیادی به همراه دارند.

به همین علت، قانونگذار در سال ۱۳۹۹ اقدام به تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری کرده تا بتواند تا حدودی جمعیت زندانیان کشور را کاهش دهد؛ اما سؤالی که پیش می آید این است که هدف قانونگذار از تصویب این قانون، جرمزدایی از قوانین کیفری ایران بوده، یا تنها به دنبال کاهش آمار زندانیان بوده است؟ با توجه به هزینه بالای ساخت زندان جدید، استخدام نیروی انسانی و دیگر هزینههای نگهداری از محکومین به حبس، میتوان گفت، هدف اصلی از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، کاهش آمار زندانیان است. همچنین، با توجه به آمارهای به دست آمده، افرادی که به حبس محکوم میشوند، حتی اگر جرم ارتكابی آنها، جرمی سبک و پیش پا افتاده باشد، پس از گذراندن دوره محکومیت، مستعد ارتكاب جرائم شدیدتر میشوند.

تمام این موارد باعث شده، قانونگذار به تصویب قوانینی در راستای، کاهش تعداد زندانیان بپردازد تا علاوه بر موارد ذکر شده، از وقوع شرایطی که محکومین پس از اتمام دوران

حبس، با آن رویهرو میشوند، مانند ناکامی دریافتن شغل مناسب، به علت داشتن سوء پیشینه، نیز جلوگیری کند که نمونه بارز این قوانین، قانون کاهش مجازات حبس تعزیری می باشد. قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ باهدف کاهش جمعیت کیفری زندان و حبس زدایی از طریق اصلاح قوانین جزایی بهرینه قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به تصویب در مجلس شورای اسلامی رسیده و از یازدهم تیرماه لازمالاجرا شد صرفنظر از اینکه مجازات حبس فینفسه با توجه به اهداف کیفرشناختی و رویکرد جرمشناسی به موضوع امری مطلوب است یا خیر، این پرسش اساسی مطرح میشود که آیا در نظام کیفری ایران مجازات حبس با استانداردهای لازم به مرحله اجرا گذاشته شده است که انتظار معجزه از این مجازات سلب آزادی را داشته باشیم؟ و آیا مراقبتهای بعد از خروج که مهمترین سازوکار در جهت بازپروری محکوم است تاکنون مورد توجه بوده است یا خیر؟ دلیل اصلی تصویب این قانون را میتوان در آمار زیاد زندانیان و هزینه گزافی دانست که افزایش روزافزون زندانیان به دولت تحمیل میکرد. البته در این قانون علاوه بر کاهش مجازات حبس به مباحث دیگری نیز پرداخته شده است که نهنتها مرتبط به بحث کاهش مجازات حبس تعزیری نیستند بلکه مجازات را بهنوعی نیز افزایش داده است^۱

۱- مفهوم شناسی مجازات جایگزین حبس

مجازات حبس، بهعنوان یکی از مهمترین مجازات کیفری، امروزه پیش از پیش مورد بحث و مناقشه قرار دارد. آثار منفی و زیان بار مجازات حبس برای شخص زندانی، خانواده او و جامعه بر هیچکس پوشیده نیست؛ بنابراین می توان گفت، مجازات حبس با توجه به غلبه معایب آن بر فوایدش، نمی تواند در زمینه اصلاح مجرمین و جلوگیری از تکرار جرم آن ها، رسالت خود را ایفا کند و نه تنها در این زمینه توفیقی به دست نیاورده، بلکه حتی در برخی مواقع اصلاح آن ها را سخت تر کرده و حتی گاهی مجرمان را حرفه ایتر از سابق کرده است.

درواقع مجموعه فضا و شرایط زندان نهنتها کمکی به بازپروری شخصیت محکوم و بازگرداندن او به اجتماع نمی کند؛ بلکه سبب هتک حرمت شدید و طبعاً آسیبهای روحی و روانی می گردد. عواملی از قبیل: سوء رفتار زندانبانان با زندانیان، نحوه نگهداری زندانیان، فساد در زندان، عدم رعایت بهداشت در زندان و شرایط اسفبار ساختمان زندانها و اشباع زندانها، عواملی است که باعث شده مجازات زندان تأثیری بر اصلاح مجرم و جرم زدایی نداشته باشد.

از طرف دیگر، افزایش آمار زندانیان و مخارج سنگینی که به این دلیل بر دوش دولت گذارده می شود و نیز افزایش جرائم و مفاسد درون زندانها، چندی است که توجه مسئولان و برنامه ریزان و پژوهشگران را به خود جلب کرده و باعث شده که یکی از مباحث مطرح شده امروزی، بحث ضرورت زندانی نشدن مجرمان یا به اصطلاح زنداندزدانی از جرائم و مجازات باشد. کارگزاران قضا به این نتیجه رسیده اند که نباید در هر چیزی مجرم را به حبس و زندان محکوم کرد؛ چرا که این امر نهنتها، نتیجه مطلوب که همان ممانعت از ارتکاب جرم است را نداده، بلکه مضرات فراوانی هم داشته است و این باعث شده که به شیوه های غیر از زندان بهعنوان

مجازات جایگزین حبس «از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است» که قبلاً در قوانین ما وجود نداشته و امکان اجرای آن فراهم نبوده است. قانون‌گذار در سال‌های اخیر با بررسی‌های همه‌جانبه و اتکا به اصل شخصی بودن مجازات و با نگرش به اثرات سوء مجازات حبس که دامنه آن شامل خانواده و اقارب محکوم نیز خواهد شد، در فصل نهم عنوان جدیدی تحت مجازات جایگزین حبس تأسیس کرده که شامل دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است.^۱

مجازات جایگزین حبس، آن دسته مواردی هستند که در قانون به آن‌ها اشاره شده است و مواد ۶۴ تا ۸۷ قانون مجازات اسلامی به تمامی قوانین مربوط به مجازات جایگزین حبس اشاره کرده است. در ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی گفته شده مجازات جایگزین حبس، عبارت از دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه دیده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجرا می‌شود. در تبصره این ماده هم گفته شده که دادگاه در ضمن حکم، به سنخیت و تناسب مجازات مورد حکم با شرایط و کیفیات مقرر در این ماده تصریح می‌کند؛ دادگاه نمی‌تواند به بیش از دو نوع از مجازات جایگزین حکم دهد.^۲

در این ماده همچنین درباره دوره مراقبت صحبت شده است؛ در تعریف این دوره باید گفت در این مدت محکوم، به انجام یک یا چند مورد از دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی که در ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی آمده است محکوم می‌شود و این موارد شامل حرفه‌آموزی یا اشتغال به حرفه‌های خاص، اقامت یا عدم اقامت در مکان معین، درمان بیماری یا ترک اعتیاد، پرداخت نفقه افراد واجبالنفقه، خودداری از تصدی کلیه یا برخی از وسایل نقلیه موتوری، خودداری از فعالیت حرفه‌های مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسایل مؤثر در آن، خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص از قبیل بزه‌دیده به تشخیص دادگاه، گذراندن دوره یا دوره‌های خاص آموزش و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی یا شرکت در دوره‌های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی هستند.

۱-۱- تعریف مجازات جایگزین حبس

مجازات جایگزین یعنی ارائه راهکار و طریقی به‌منظور جلوگیری از سلب مطلق آزادی فرد هرچند که این راهکار و طریق نیز خود به نوعی مجازات تلقی می‌گردد؛ بنابراین مجازات جایگزین عبارت است از: تغییر و تعویض مجازات مصرح قانونی به نوع دیگر که مناسبتر به

۱- اکبری، عباسعلی. (۱۳۹۳). بررسی و نقد سیاست جنایی حاکم بر جرایم موادمخدر در ایران باتاکید بر اصلاحیه سال ۱۳۸۹ قانون مبارزه با موادمخدر. پژوهشنامه حقوق کیفری. ۲(۱۰): ۲۴-۷.

۲- اکبری، عباسعلی. (۱۳۹۳). جستاری در آسیب‌شناسی سیاست جنایی حاکم بر جرایم موادمخدر. سلامت اجتماعی و اعتیاد. ۲(۲): ۹۷-۱۱۴.

حال متهم باشد و به عبارت دیگر مجازات جایگزین حبس مجازاتی هستند که از ورود بزهاران مرتکب جرائم کماهمیت به زندان جلوگیری میکنند^۱.

دو مفهوم متمایز از جایگزینهای زندان به ذهن متبادر میشود: در مفهوم خاص جایگزینهای مجازات حبس مجموعه ای از ضمانت اجراهای کیفری مانند جزای نقدی، دوره مراقبت و خدمات عمومی رایگان با ماهیت و ساختار معمولاً اجتماعمحور است که بهم منظور اجتناب از تعیین و اعمال مجازات حبس برای آن دسته از مجرمینی که اعمال مجازات حبس و نگهداری در زندان برای آنان و جامعه خطرناک، غیر مفید و غیر ضروری است. در مفهوم گسترده، منظور هرگونه ضمانت اجرایی است که بتواند از همان ابتدا به طور کلی مانع توسل به مجازات زندان شود یا مدت زندان را کوتاهتر کند. در این مفهوم نه تنها جایگزین هایی مانند کار عامالمنفعه با حبس خانگی بلکه تعلیق ساده و تعلیق مراقبتی نیز در ردیف جایگزین ها محسوب میشوند^۲.

«مارک آنسل»^۳ مجازات جایگزین حبس را مجازاتی تعریف میکند که برای اجتناب از آثار و عواقب زیانبار کیفر حبس پیشبینی شدهاند^۴. «آنسل» از مجازات جایگزین حبس، در راستای موانع مجازات جایگزین و برقراری راهکارها و در آخر، رسیدن به هدف برقراری مجازات جایگزین حبس که دوری از آثار زیانبار حبس است؛ میباشد^۵.

۲-۱- اهداف مجازات جایگزین حبس

اهداف مجازات جایگزین حبس هدف مجازات، تنها برقراری تعادل اجتماعی و تنبیه خطای اخلاقی ارتكابی به لحاظ عدم رعایت وظایف اجتماعی و ارضای افکار عمومی نگران و منزجر نیست؛ بلکه باید هر مجازات، آنطور انتخاب و اجرا شود که برای دیگران عبرتی باشد و کارکرد پیشگیرانه سودمندی را نیز ایفا کند. مجازات باید کمک کند تا جرمی که به وقوع پیوسته، چه توسط خود مجرم و چه توسط سایر شهروندان تکرار نشود^۶. اهداف اصلی مجازات جایگزین حبس به شرح موارد زیر می باشند:

۹۹ - بازپذیری اجتماعی مجرم: مجازات جایگزین حبس به کسانی که مرتکب جرمهای کم اهمیت شده اند، کمک می کند تا بتوانند موقعیت اجتماعی خود را در میان اعضای خانواده دوستان و جامعه مجدداً به دست بیاورند.

۱- اکبری، عباسعلی. و صادقی، سالار. (۱۴۰۰). آسیب شناسی پیشگیری کیفری از جرایم مواد مخدر با تاکید بر مجازات اعدام. *ارایه شده در کنفرانس بین المللی فقه، حقوق و پژوهش های دینی*. تهران: ایران.

۲- انجمن معتادان گمنام (۱۴۰۱الف). پاک زیستن: سفر ادامه دارد. مترجم کمیته ترجمه انجمن معتادان گمنام. قم: انتشارات ملینا.

۳- Mark Ansel

۴- ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۰). شرحی بر قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳. تهیه کننده واحد پژوهش منابع انسانی دادگستری کل استان گلستان. تهران: خط سوم.

۵- ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۱). قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر: (با آخرین اصلاحات سال ۱۴۰۰) به همراه جدیدترین نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه. گردآورنده سیدحجت نبوی. اردستان: مشارق الانوار.

۶- ایرانشاهی، حمید. (۱۳۹۸). پیشگیری از وقوع جرم و نقش سازمان های مسئول در قوانین ایران. تهران: انتشارات جنگل.

- اجرای بهتر عدالت: مجازات جایگزین حبس موجب می‌گردد تا قضات برای انواع جرمها و مجرمان گزینه‌های مناسب در اختیار داشته باشند و در نتیجه حبس شامل همه مجرمان نشود و این به اجرای بهتر عدالت کمک میکند.

- افزایش اعتماد عمومی نسبت به دستگاه عدالت کیفری: امروزه شمار زیاد زندانی و هزینه‌های بالای زندان باعث شده است تا بسیاری از محکومان به حبس به مرخصیهای گاه طولانی مدت بروند. لذا بزه‌دیدگان و افکار عمومی جامعه با مشاهده این افراد گمان به فساد دستگاه قضایی برده و احساس بیاعتمادی در آنها زیاد میشود. لذا مجازات جایگزین حبس باعث میشود تا افکار عمومی هم شاهد اجرای مجازات باشد و هم با کاهش جمعیت کیفر زندان کمتر شاهد خروج زندانیان از زندان به بهانه‌های مختلف باشیم و آن کسی که حقیقتاً استحقاق زندان داشته محکوم به سپری کردن واقعی دوره حبس خود باشد و این به افزایش اعتماد عمومی نسبت به دستگاه عدالت کیفری کمک میکند^۱.

- جبران خسارت بزه‌دیده: عموماً شرط اعمال مجازات جایگزین حبس جلب رضایت و جبران خسارت بزه‌دیده است^۲.

۳-۱- ویژگیهای مجازات جایگزین حبس

اولین ویژگی مجازات جایگزین حبس جامع و مشارکتی بودن آن است. به این معنی که محکوم مجازاتش را در اجتماع تحمل میکند. شرکت دادن عموم مردم در سیاست جنایی علاوه بر دلنگرانی مشروع در جهت بالا بردن کارایی آن به این معناست که امروزه پیشگیری و سرکوبی بزهکاری از جمله اموری هستند که به همه افراد جامعه مربوط میشوند.

دومین ویژگی جایگزین حبس دوسویه و توافقی بودن آن است؛ یعنی علاوه بر اراده مقام قضایی اراده بزهکار نیز لازم است تا این جایگزینها قابلیت اعمال داشته باشند.

خصوصیت سوم جایگزینهای حبس قابل برگشت بودن آن است و آن نیز در صورتی است که محکوم به تعهدات مقرر عمل نماید که در این صورت همان مجازات اولیه که حبس میباشد دوباره به اجرا درمیآید.

چهارمین خصیصه جایگزینها این است که چنانچه به واسطه مانع خارجی خارج از اراده محکوم یا به واسطه معذورتی مربوط به محکوم، امکان اعمال اجرای آن موقناً ممکن نباشد، قابل تعلیق است.

ویژگی پنجم عدم طرد مجرم از اجتماع است. مجازات جایگزین حبس طوری اعمال

۱- برزگر، سجاد. (۱۴۰۲). نقد کلی قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ایران مصوب ۱۳۹۹ و پیشنهاد اصلاح و بازنگری این قانون. ارایه شده در: سومین کنفرانس بین المللی علوم تربیتی، روانشناسی، مشاوره، آموزش و پرورش. نهران: ایران.

۲- بقائی سراپی، علی. و صرامی، حمید. (۱۳۹۷). اجتماعی شدن: رویکردی نوین در کاهش تقاضای مواد مخدر و روانگردانها. تهران: دنیای درون.

میشوند که مانع زندگی عادی محکوم نشوند و فرد ضمن اینکه در اجتماع مثل بقیه مردم زندگی میکنند، مجازات خود را نیز تحمل میکنند. محکوم احساس نمیکند که از جامعه طرد شده است و خود را قربانی آن نمیداند. بلکه هنوز احساس مسئولیت نسبت به هموعانش در وی خاموش نشده و با گذشت مدت زمانی به اجتماع برمیگردد^۱.

ششمین ویژگی، اعمال و اجرای مجازات جایگزین حبس جلوهای از رعایت اصل فردی کردن مجازات، یعنی برقراری تناسب میان مجازات یا نحوه اجرای آن با در نظر گرفتن شخصیت مجرم، نوع جرم ارتكابی، پیشینه کیفری، تعداد و دفعات ارتكاب جرم و غیره است.

هفتمین خصیصه، جامعوی و مشارکتی بودن: بدین معنا که اجرای روشهای جایگزین حبس مشارکت مردم و نهادهای جامعوی (غیردولتی) را میطلبد. به عبارت دیگر، نمادی بارز از یک سیاست جنائی مشارکتیاند^۲.

خصیصه هشتم، خصیصه فهرآمیز جایگزینها از کیفر حبس کمتر است^۳.

۲- انواع مجازات جایگزین حبس

انواع مجازات جایگزین حبس به شرح موارد زیر می باشد:

۲-۱- دوره مراقبت

به مدت زمانی گفته می شود که در طی آن، محکوم به حبس، به حکم دادگاه و تحت نظارت قاضی اجرای احکام، به انجام یک یا چند مورد از دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی محکوم می شود. دوره مراقبت، به عنوان یکی از مجازات جایگزین حبس، در عمل با تعویق مراقبتی مندرج در بند «ب» ماده ۴۱ تفاوت شاخصی ندارد. تنها تفاوتی که می توان بین آنها قائل شد، این است که در تعویق مراقبتی حکم صادر نمی شود و متهم قبل از صدور حکم برای مدتی ملزم به اجرای دستورهای دادگاه می شود؛ اما در دوره مراقبت، حکم قطعی به حبس صادر می شود، اما دادگاه بنا به مصالحی تصمیم می گیرد به جای روانه کردن محکوم به زندان، او را در جامعه نگه دارد و وی را برای مدتی به انجام یک یا چند مورد از دستوراتی ملزم کند که در ماده ۴۳ احصا شده است. این دستورها حصری هستند و قاضی نمی تواند محکوم را به اجرای دستورهایی غیر از موارد مذکور در ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ملزم کند. مدت زمان دوره مراقبت عبارت است از:

الف. در جرائمی که مجازات قانونی آنها حداکثر ۳ ماه حبس است تا ۶ ماه مراقبت در نظر گرفته می شود؛

۱- بولک، بردار. (۱۳۹۶). کیفرشناسی. ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: انتشارات مجد.

۲- پوررضا، مهدی. و اسماعیلی، مهدی. (۱۳۹۵). بررسی مجازات های جایگزین کیفر اعدام در جرایم مواد مخدر. رایبه شده در کنفرانس جهانی روانشناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی در آغاز هزاره سوم. تهران: ایران.

۳- تدین، عباس. (۱۳۸۷). نظارت الکترونیک: گامی به سوی جایگزین زندان. مجله حقوقی دادگستری. ۶۴-۶۶-۵۶.

ب. در جرائمی که مجازات قانونی آنها ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است و در جرائمی که نوع و میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، ۶ ماه تا ۱ سال مراقبت، لحاظ می شود

پ. در جرائمی که مجازات قانونی آنها از بیش از ۶ ماه تا ۱ سال است، ۱ تا ۲ سال مراقبت در نظر گرفته می شود؛

ت. در جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی آنها بیش از ۱ سال است، ۲ تا ۴ سال مراقبت ثبت می شود.

دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی به این شرح است: ۱. حرفه آموزی یا اشتغال به حرفه ای خاص؛ ۲. اقامت کردن یا مقیم نشدن در مکان معین؛ ۳. درمان بیماری یا ترک اعتیاد؛ ۴. پرداخت نفقه افراد واجب النفق؛ ۵. خودداری از تصدی همه یا برخی از وسایل نقلیهی موتوری؛ ۶. خودداری از فعالیت حرفه ای مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسایل مؤثر در آن؛ ۷. خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص، از قبیل بزه دیده به تشخیص دادگاه؛ ۸. گذراندن دوره یا دوره های خاص آموزش و یادگیری مهارت های اساسی زندگی یا شرکت در دوره های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی^۱.

۲-۲- خدمات عمومی رایگان

خدماتی است که با رضایت محکوم، حکمی برای مدت معینی صادر شده و با نظارت قاضی اجرای احکام، اجرا می شود؛ به بیان دیگر، خدمات عمومی رایگان یا کار عام المنفعه فعالیت است که به موجب آن دادگاه به مجرم پیشنهاد می کند تا با انجام کاری به نفع جامعه به جای رفتن به زندان، درصدد جبران خطای مرتکب شده برآید. از آنجا که حکم به خدمات عمومی برای محکوم، محدودیت های جسمانی و روانی دارد، باید برای انجام آن کارها راضی باشد، یعنی مجرم حق دارد کاری را که میلی برای انجامش ندارد و از او خواسته شده است، انجام ندهد و فقط در صورت رغبت شخصی است که کار محول شده را به درستی انجام می دهد.

خدمات عمومی رایگان به ۶ دسته تقسیم بندی شده اند که این دسته بندی ها به شرح زیر است:

- امور آموزشی، شامل سوادآموزی، آموزش های علمی، فرهنگی، دینی، هنری، ورزشی، فنی و حرفه ای و آموزش سبک زندگی و مهارت های اساسی آن؛

- امور بهداشتی و درمانی، شامل اقدامات تشخیصی درمانی، توان بخشی، مامایی، بهیاری و پرستاری، نگهداری سالمندان و معلولان و کودکان، مشاوره و روان درمانی، بهداشت محیط و درمان اعتیاد؛

- امور فنی و حرفه ای، شامل خدمت در کارگاه ها، کارخانه ها و صنایع وابسته به نهادهای

۱- جزایری، علی. و سلیمانی نیا، لیلا. (۱۳۹۵). مجموعه پیشگیری از اعتیاد. تهران: دانژه.

پذیرنده و بخش های فنی آنها؛

- امور خدماتی، شامل نگهداری و سرایندگی نهادهای پذیرنده، نظافت اماکن عمومی، حفاظت و نگهداری از فضاهای سبز و بوستان های شهری و باغبانی در اماکن مزبور، تعمیر و نظیف وسایل نقلیه عمومی و دولتی و اماکن ورزشی و پارکبانی؛

- امور کارگری، شامل کارگری در بخش های ساختمانی، راه سازی، معادن، شیلات، مراتع، سدسازی و دیگر طرح های عمرانی متعلق به نهادهای پذیرنده؛

- امور کشاورزی، دامداری، جنگل داری و مرتع داری شامل درخت کاری، باغبانی، برداشت محصول، مرغداری، پرورش آبزیان و انجام کار در نهادهای پذیرنده و مؤسسات کشت و صنعت وابسته به آنها.

مدت زمان خدمات عمومی رایگان به شرح زیر است:

الف. در جرائمی که مجازات قانونی آنها حداکثر ۳ ماه حبس است تا ۲۷۰ ساعت؛

ب. در جرائمی که مجازات قانونی آنها ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است و جرائمی که نوع و میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، ۲۷۰ تا ۵۴۰ ساعت؛

ج. در جرائمی که مجازات قانونی آنها از بیش از ۶ ماه تا ۱ سال است، ۵۴۰ تا ۱۰۸۰ ساعت؛

د. در جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی آنها بیش از ۱ سال است، ۲ تا ۴ سال (ایران. قوانین و احکام، ۱۴۰۰).

۲-۳- جزای نقدی

۱۰۳ جریمه نقدی عبارت است از مبلغی وجه نقد که مجرم به عنوان مجازات، مکلف به پرداخت آن است.

میزان جزای نقدی جایگزین حبس به شرح زیر است:

الف. در جرائمی که مجازات قانونی آنها حداکثر ۳ ماه حبس است، جزای نقدی تا ۹ میلیون ریال تعیین می شود.

ب. در جرائمی که مجازات قانونی آنها ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است و جرائمی که نوع و میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، از ۹ میلیون ریال تا ۱۸ میلیون ریال معین می شود.

ج. در جرائمی که مجازات قانونی آنها از بیش از ۶ ماه تا ۱ سال است، از ۱۸ میلیون ریال

د. در جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی آنها بیش از یک سال است، از ۳۶ میلیون ریال تا ۷۲ میلیون ریال در نظر گرفته می شود.^۱

۲-۴- جزای نقدی روزانه

عبارت است از یک هشتم تا یک چهارم درآمد روزانه محکوم که به شرح زیر درباره آن حکم شده و با نظارت اجرای احکام وصول می شود:

- الف. در جرائمی که مجازات قانونی آنها حداکثر ۳ ماه حبس است تا ۱۸۰ روز؛
- ب. در جرائمی که مجازات قانونی آنها ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است و جرائمی که نوع و میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، ۱۸۰ تا ۳۶۰ روز؛
- ج. در جرائمی که مجازات قانونی آنها از بیش از ۶ ماه تا ۱ سال است، ۳۶۰ تا ۷۲۰ روز
- د. در جرائم غیر عمدی که مجازات قانونی آنها بیش از ۱ سال است، ۷۲۰ تا ۱۴۴۰ روز.^۲

۲-۵- محرومیت از حقوق اجتماعی

این نوع محرومیت یکی از مصادیق واکنش جامعه در مقابل جرم و بزهکاری است که در حقوق کیفری درباره آن بحث می شود؛ بدین معنا که شخص در اثر ارتکاب برخی از جرائم و محکومیت کیفری، از تمام یا برخی حقوق و مزایای اجتماعی و سیاسی خویش محروم می شود. این مجازات با مزایای اجتماعی و سیاسی افراد و حقوق و آزادیهای مشروع و قانونی شهروندان سروکار دارد و در مواقعی این حقوق و آزادیها را محدود می کند یا شخص محکوم را از آن محروم می کند.^۳

حقوق اجتماعی ای که می توان محکوم را از آنها محروم کرد، به شرح زیر است:

- داوطلب شدن در انتخابات ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر و روستا؛
- عضویت در شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام یا هیئت دولت و تصدی معاونت رئیس جمهور؛

۱- جعفری، محسن. (۱۳۹۹). بررسی اهمیت و موانع اجرای مجازات حبس در ایران. ماهنامه آفاق علوم انسانی. ۴ (۳۸). ۶۵-۷۹.
۲- چگنی، وحید. و مربی، پیمان. (۱۴۰۲). تأثیر قطعیت اجرای مجازات حبس در بازدارندگی از تکرار جرم در جرائم مواد مخدر و روان گردان در استان البرز در سال های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹. مجله علمی حقوق و مطالعات نوین. ۴ (۲). ۲۱-۱.
۳- حاجی تبار فیروزجایی، حسن. (۱۳۹۶). جایگزین های حبس در حقوق کیفری ایران. تهران: انتشارات فردوسی.

- تصدی ریاست قوه قضاییه، دادستانی کل کشور، ریاست دیوان عالی کشور و ریاست دیوان عدالت اداری؛

- انتخاب شدن برای عضویت در انجمن‌ها یا عضویت در آنها، شوراهای احزاب و جمعیت‌ها به موجب قانون یا با رأی مردم؛

- عضویت در هیئت‌های منصفه و امانا و شوراهای حل اختلاف؛

- اشتغال به عنوان مدیرمسئول یا سردبیر رسانه‌های گروهی؛

- استخدام یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه‌گانه و سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آنها، صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، نیروهای مسلح و سایر نهادهای تحت نظارت رهبری، شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و دستگاه‌های مستلزم تصریح یا ذکر نام برای شمول قانون بر آنها؛

- اشتغال به عنوان وکیل دادگستری و تصدی دفاتر ثبت اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفترباری؛

- انتخاب شدن به سمت قیم، امین و متولی، ناظر یا متصدی موقوفات عام؛

- انتخاب شدن به سمت داوری یا کارشناسی در مراجع رسمی؛

- استفاده از نشان‌های دولتی و عناوین افتخاری؛

- تأسیس، اداره یا عضویت در هیئت‌مدیره‌ی شرکت‌های دولتی، تعاونی و خصوصی یا ثبت‌نام تجارتي یا موسسه آموزشی، پژوهشی، فرهنگی و علمی.

۳- قانون کاهش مجازات حبس تعزیری^۱

قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در جلسه علنی روز سه‌شنبه ۱۳۹۹/۰۲/۲۳ تصویب شد و طی نامه شماره ۲۸۷۵۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۲/۲۳ از سوی رئیس‌جمهور ابلاغ گردید.

قانون کاهش مجازات حبس تعزیری به شرح موارد زیر میباشد:

ماده ۱. مجازات مقرر در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی تعزیرات و مجازات بازدارنده مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی به شرح زیر کاهش یافته یا تبدیل میشود:

۱- بخش حاضر از این منبع اخذ شده است: ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۰). شرحی بر قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳. تهیه‌کننده واحد پژوهش منابع انسانی دادگستری کل استان گلستان. تهران: خط سوم.

الف. مجازات حبس موضوع ماده (۶۱۴) قانون (بهاستثنای تبصره آن) به حبس درجه شش؛

ب. مجازات حبس موضوع ماده (۶۲۱) قانون، در صورتی که ارتکاب جرم به عنف یا تهدید باشد به حبس درجه چهار و در غیر این صورت به حبس درجه پنج؛

پ. تبصره ماده (۶۲۱) قانون، نسخ و در مورد شروع به جرم آن مطابق ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ عمل می شود.

ت. مجازات حبس موضوع ماده (۶۷۷) قانون، در صورتی که میزان خسارت وارده یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا کمتر باشد به جزای نقدی تا دو برابر معادل خسارت وارده؛

ث. مجازات حبس موضوع ماده (۶۸۴) قانون به حبس درجه شش؛

ج. مجازات موضوع مواد (۶۰۸) و (۶۹۷) قانون به جزای نقدی درجه شش؛

ماده ۲. یک تبصره به شرح زیر به ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی الحاق می شود:

تبصره: چنانچه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره موجب مجازات انتظامی درجه چهار می باشد.

ماده ۳. یک تبصره به شرح زیر به عنوان تبصره (۶) به ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ الحاق می شود:

تبصره ۶. تمام حبسهای ابد غیر حدی مقرر در قانون به حبس درجه یک تبدیل می شود.

ماده ۴. صدر ماده (۲۳) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح و بندها و تبصره های ذیل آن ابقاء می شود:

ماده ۲۳. دادگاه می تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری محکوم کرده است، با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات های تکمیلی بندها و تبصره های این ماده محکوم نماید.

ماده ۵. ماده (۲۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح می شود

ماده ۲۸. کلیه مبالغ مذکور در این قانون و سایر قوانین از تاریخ تصویب آنها در مورد تمام جرائم و تخلفات از جمله مجازات نقدی، به تناسب نرخ تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی، هر سه سال یکبار به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیات وزیران تعدیل و در مورد احکامی

که بعد از آن صادر می شود، لازم الاجراء می گردد.

ماده ۶. ماده (۳۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح و یک تبصره به آن الحاق می شود:

ماده ۳۷. در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب تر باشد به شرح زیر تقلیل دهد یا تبدیل کند:

الف. تقلیل مجازات حبس به میزان یک تا سه درجه در مجازات های درجه چهار و بالاتر؛

ب. تقلیل مجازات حبس درجه پنج و درجه شش به میزان یک تا دو درجه یا تبدیل این مجازات و مجازات حبس درجه هفت حسب مورد به جزای نقدی متناسب با همان درجه؛

پ. تبدیل مصادره کل اموال به جزای نقدی درجه یک تا چهار؛

ت. تقلیل انفصال دائم به انفصال موقت به میزان پنج تا پانزده سال؛

ث. تقلیل سایر مجازات های تعزیری بهمیزان یک یا دو درجه یا تبدیل آن به مجازات دیگر از همان درجه یا یک درجه پایین تر؛

تبصره: چنانچه در اجرای مقررات این ماده یا سایر مقرراتی که به موجب آن مجازات تخفیف مییابد، حکم به حبس کمتر از نود و یک روز صادر شود، به مجازات جایگزین مربوط تبدیل میشود.

ماده ۷. یک تبصره به شرح زیر به ماده (۴۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ الحاق می شود:

۱۰۷

تبصره: در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور در صورت همکاری مؤثر مرتکب در کشف جرم و شناسایی سایر متهمان، تعلیق بخشی از مجازات بلامانع است. همچنین تعلیق مجازات جرائم علیه عفت عمومی (بهمجرت موضوع مواد (۶۳۹) و (۶۴۰) کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی تعزیرات و مجازات های بازدارنده مصوب ۱۳۵۷/۰۳/۰۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی) و کلاهبرداری و کلیه جرائم در حکم کلاهبرداری و جرائمی که مجازات کلاهبرداری درباره آنها مقرر شده یا طبق قانون کلاهبرداری محسوب می شود و شروع به جرائم مقرر در این تبصره، بلامانع است. رعایت ماده (۴۶) این قانون در خصوص این تبصره الزامی است.

ماده ۸. یک تبصره به شرح زیر به ماده (۵۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ الحاق می شود:

تبصره: مقررات این ماده در مورد حبس های تعزیری درجه دو، درجه سه و درجه چهار، در صورت گذراندن یک چهارم مدت حبس قابل اعمال است.

ماده ۹. تبصره ماده (۶۲) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ با عنوان تبصره (۱) ابقاء و دو تبصره به عنوان تبصره‌های (۲) و (۳) به شرح زیر به آن الحاق می‌شود:

تبصره ۲. مقررات این ماده در مورد حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه سه و درجه چهار نیز پس از گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس قابل اعمال است.

تبصره ۳. قوه قضائیه می‌تواند برای اجرای تدابیر نظارتی موضوع این ماده یا سایر مقرراتی که بهموجب آن متهم یا محکوم تحت نظارت الکترونیکی قرار می‌گیرد، با نظارت سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور از ظرفیت بخش خصوصی استفاده کند. آییننامه اجرائی این تبصره توسط معاونت حقوقی قوه قضائیه با همکاری مرکز آمار و فناوری و سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد

ماده ۱۰. ماده (۷۲) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح می‌شود

ماده ۷۲. تعدد جرائم عمدی که مجازات قانونی حداقل یکی از آنها بیش از یک سال حبس باشد، مانع از صدور حکم به مجازات جایگزین حبس است.

ماده ۱۱. ماده (۱۰۴) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح و یک تبصره به آن الحاق می‌شود:

ماده ۱۰۴: علاوه بر جرائم تعزیری مندرج در کتاب دیات و فصل حدّ قذف این قانون و جرائمی که بهموجب قوانین خاص قابل گذشت می‌باشند، جرائم مندرج در مواد (۵۳۶)، (۵۹۶)، (۶۰۸)، (۶۰۹)، (۶۲۲)، (۶۳۲)، (۶۳۳)، (۶۴۱)، (۶۴۷)، (۶۴۸)، (۶۶۸)، (۶۶۹)، (۶۷۳)، (۶۷۴)، (۶۷۶)، (۶۷۷)، (۶۷۹)، (۶۸۲)، (۶۸۴)، (۶۸۵)، (۶۹۰) در مواردی که املاک و اراضی متعلق به اشخاص خصوصی باشد، (۶۹۲)، (۶۹۳)، (۶۹۴)، (۶۹۷)، (۶۹۸)، (۶۹۹)، (۷۰۰)، (۷۱۶)، (۷۱۷) و (۷۴۴) کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ و جرائم انتقال مال غیر و کلاهبرداری موضوع ماده (۱) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷/۰۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، به شرطی که مبلغ آن از نصاب مقرر در ماده (۳۶) این قانون بیشتر نباشد و نیز کلیه جرائم در حکم کلاهبرداری و جرائمی که مجازات کلاهبرداری درباره آنها مقرر شده یا طبق قانون کلاهبرداری محسوب می‌شود در صورت داشتن بزه دیده و سرقت موضوع مواد (۶۵۶)، (۶۵۷)، (۶۶۱) و (۶۶۵) کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ به شرطی که ارزش مال مورد سرقت بیش از دو بیست میلیون (۲۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال نباشد و سارق فاقد سابقه مؤثر کیفری باشد و شروع و معاونت در تمام جرائم مزبور، همچنین کلیه جرائم تعزیری درجه پنج و پایین تر ارتکابی توسط افراد زیر هجده سال در صورت داشتن بزه دیده، مشمول تبصره (۱) ماده (۱۰۰) این قانون و ماده (۱۲) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ بوده و قابل گذشت است.

تبصره: حداقل و حداکثر مجازات‌های حبس تعزیری درجه چهار تا درجه هشت مقرر در قانون برای جرائم قابل گذشت به نصف تقلیل می‌یابد.

ماده ۱۲. ماده (۱۳۴) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ به شرح زیر اصلاح و چهار تبصره ذیل آن حذف می شود:

ماده ۱۳۴. در تعدّد جرائم تعزیری، تعیین و اجرای مجازات به شرح زیر است:

الف. هرگاه جرائم ارتكابی مختلف نباشد، فقط یک مجازات تعیین می شود و در این صورت، دادگاه میتواند مطابق ضوابط مقرر در این ماده که برای تعدّد جرائم مختلف ذکر شده، مجازات را تشدید کند.

ب. در مورد جرائم مختلف، هرگاه جرائم ارتكابی بیش از سه جرم نباشد، حداقل مجازات هر یک از آن جرائم بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر قانونی است.

پ. چنانچه جرائم ارتكابی مختلف، بیش از سه جرم باشد، مجازات هر یک، حداکثر مجازات قانونی آن جرم است. در این صورت دادگاه می تواند مجازات هر یک را بیشتر از حداکثر مجازات مقرر قانونی تا یک چهارم آن تعیین کند.

ت. در تعدّد جرائم درجه هفت و درجه هشت با یکدیگر، حسب مورد مطابق مقررات این ماده اقدام می شود و جمع جرائم درجه هفت و درجه هشت با درجه شش و بالاتر سبب تشدید مجازات جرائم اخیر نمی شود. در جمع این جرائم با جرائم درجه شش و بالاتر، به طور جداگانه برای جرائم درجه هفت و درجه هشت مطابق این ماده تعیین مجازات می شود و در هر صورت مجازات اشد قابل اجرا است.

ث. در هر یک از بندهای فوق، فقط مجازات اشد مندرج در دادنامه قابل اجرا است و اگر مجازات اشد به یکی از علل قانونی تقلیل یابد یا تبدیل شود یا بهموجبی از قبیل گذشت شاکی خصوصی، نسخ مجازات قانونی یا مرور زمان غیر قابل اجرا گردد، مجازات اشد بعدی اجرا می شود و در این صورت میزان مجازات اجرا شده قبلی در اجرای مجازات اشد بعدی محاسبه می شود. آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و عفو در حکم اجرا است.

ج. در هر مورد که مجازات قانونی فاقد حداقل یا ثابت باشد، اگر جرائم ارتكابی بیش از سه جرم نباشد دادگاه میتواند تا یک ششم و اگر بیش از سه جرم باشد تا یک چهارم به اصل آن اضافه کند.

چ. در صورتی که در جرائم تعزیری، از رفتار مجرمانه واحد، نتایج مجرمانه متعدد حاصل شود، مرتکب به مجازات جرم اشد محکوم میشود.

ح. هرگاه در قانون برای جرمی یکی از مصادیق مجازات های مندرج در مواد (۲۳) یا (۲۶) این قانون به عنوان مجازات اصلی مقرر شده باشد، آن مجازات در هر صورت اجرا می شود، حتی اگر مربوط به مجازات غیر اشد باشد. همچنین اگر مجازات اشد وفق ماده (۲۵) این قانون، فاقد آثار تبعی و مجازات خفیف تر دارای آثار تبعی باشد، علاوه بر مجازات اصلی اشد، مجازات تبعی مزبور نیز اجرا میشود.

خ. در تعدّد جرم در صورت وجود جهات تخفیف مجازات برای هر یک از جرائم، مطابق مواد (۳۷) و (۳۸) این قانون اقدام میشود.

د. در صورتی که مجموع جرائم ارتكابی در قانون عنوان مجرمانه خاصی داشته باشد، مقررات تعدّد جرم اعمال نمیشود و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم میشود.

ماده ۱۳. ماده (۱۳۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح می شود:

ماده ۱۳۷. هرکس به علت ارتکاب جرم عمدی به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات تعزیری از درجه یک تا درجه پنج محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم عمدی تعزیری درجه یک تا شش گردد، حداقل مجازات جرم ارتكابی میانگین بین حداقل و حداکثر مجازات قانونی آن جرم است و دادگاه میتواند وی را به بیش از حداکثر مجازات تا یک چهارم آن محکوم کند.

ماده ۱۴. ماده (۱۳۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به شرح زیر اصلاح و تبصره آن ابقاء می شود:

ماده ۱۳۹. در تکرار جرائم تعزیری، در صورت وجود جهات تخفیف مطابق مواد (۳۷) و (۳۸) این قانون اقدام میشود.

ماده ۱۵. متن زیر به ماده (۷۲۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ الحاق می شود

عبارت «حداکثر مجازات کمتر از نود و یک روز حبس و یا» از بند (۱) ماده (۳) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و عبارت «یا قانون» از صدر ماده (۱۲۷) این قانون حذف می شود و تبصره (۱) ماده (۱) و تبصره (۶) ماده (۵) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷/۰۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و مصادیق خاص قانونی که در آنها برای شروع به جرم و معاونت در جرم مشخص تحت همین عناوین مجازات تعیین شده است و ماده (۶۶۶) کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ و تبصره آن نسخ می گردد.

قانون فوق مشتمل بر پانزده ماده در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ ۲۳ اردیبهشت ماه ۱۳۹۹ مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۳۹۹/۰۳/۰۷ به تایید شورای نگهبان رسید (ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۰).

۴- نقد قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

از منظر جامعه شناسختی جنایی، قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ که باهدف تقلیل مجازات حبسهای تعزیری پا به عرصه حضور گذاشت در عمل با رسالت خویش

فاصله گرفت، توضیح آنکه این قانون خود را محدود به تغییرات در مجازات حبس ندانست و به قلمرو دیگر مجازاتها از جمله جزای نقدی و شلاق ورود کرد. همچنین در بسیاری از موارد به کاهش مجازات حبس تعزیری اکتفا نکرده، بلکه مجازات حبس را به کلی حذف کرده و یا عجیبتی از آن اینکه در مواردی اقدام قانونگذار مخالف روح حاکم بر آن قانون و اقدامی تشدیدي بود که اعمال مجازات تکمیلی راجع به جرائم تعزیری درجه هفت و هشت نمونه‌ای از آن است.^۱

حقوق کیفری و مدنی بهرغم فواصل و قرابت‌هایی که در تاریخ حیات علم حقوق داشته‌اند هنوز نیز از یکدیگر متمایزند و حفظ این مرزبندیها برای آنکه هر یک بتوانند به‌درستی کارکرد خود را به‌منصه ظهور بگذارند ضروری است. در تغییرات اخیر قوانین کیفری در ایران یک موضوع قابل نقد است و آن روشن نبودن مسیر قانونگذار در ایجاد تغییرات در مبنای حقوق کیفری و عدم تشخیص فلسفه قانونگذار کیفری در طی این مسیر است. همین امر موجب میشود که تغییرات اخیر را صرفاً کاربردی بدانیم تا تغییر در نگرشهای تقنینی نسبت به ماهیت حقوق کیفری. سوژه حقوق کیفری که تاکنون باید به شکل انتزاعی نگریسته میشد و منافع نوعی وی مالک و مبنا در قانونگذاری قرار میگرفت در نتیجه تغییر اخیر، یک رویکرد شخصینگر را در فرایند کیفری و رسیدگی به جرایم ایجاد کرده است و منافع و صلاح‌دید شخصی جای منافع عینی را گرفته است. در پرتو این تغییر رویکرد، از اصل برابری کیفر فاصله بیشتری گرفته‌ایم و این توافقات افراد است که سمت و سوی حقوق کیفری را مشخص میکند. اجازه دادن به بزه‌دیده برای اظهار گذشت خود از جرم ارتكابی، مصالحه و تراضی بر سر عینیت مجازات است. احساسات، چه خشم و چه شفقت که بنا بود جایی در محکمه کیفری نداشته باشد و بر قاضی کیفری تأثیری نداشته باشد، اینک نقش تعیینکننده‌ای در تعیین کیفر دارد. تعیین ماهیت جرم اینک در دست ضرر مدنی است.

در مجموع اصلاحات مبتنی بر پیشبینی جایگاه تعیینکننده برای بزه‌دیده در فرایند کیفری میتواند سه تنش را به‌دنبال داشته باشد: نخست تنش بین حفظ مفاهیم سنتی نظام حقوق کیفری و مقرره‌های مربوط به حق مشارکت بزه‌دیده: تلاش برای تعریف نقش برای بزه‌دیده با مقاومت زیادی از سوی بازیگران و عملگران اصلی در فرایند کیفری (دادستان و دادرس) مواجه خواهد شد. تنش دوم ناشی از تلاشهایی است که برای جا دادن حق ورود بزه‌دیده در درون ایدئولوژی در حال ظهور عدالت مدیریتی یا کیفرشناسی جدید ایجاد شده است که ماهیت آن سرعت و اثربخشی بالای آن است. این ایدئولوژی، عقلانیت اداری و عدالت تکنوکراتیک دادگاهها را به نهادهای اداری شبه تجاری مدرن تغییر شکل میدهد که دغدغه آن مولد بودن و هزینه‌اثربخشی در ارایه خدماتشان است. سومین تنش هم میان تقاضا برای حق ورود بزه‌دیده و تلاش برای افزایش اتحاد شکل و هماهنگی کیفر و کاهش شدت آنها بروز پیدا میکند. سرمنشا این تنش، جهات متفاوتی است که جریانهای اصلاح مذکور دارند: الگوی عدالت بهسمت هماهنگی و پیشبینیپذیری کیفر حرکت میکند و جنبش صدای بزه‌دیده بهسمت شخصیسازی و فردی کردن کیفر براساس ضرر واردشده به بزه‌دیده حرکت میکند و میتواند با در پیش گرفتن رویکردهای

افراطی به بهانه حمایت از بزه‌دیده، منجر به تصویب قوانین فاقد مبنای صحیح حقوقی شود.^۱

۵- موانع اجرای مجازات جایگزین حبس

اجرای درست مجازات حبس با مشکلاتی همراه است. برخی از عوامل بروز این مشکلات در ادامه ارائه شده است:

۵-۱- موانع فرهنگی

در هیچ جامعه‌ای نمیتوان انتظار جهت‌گیری کاملاً موافق با قانون را داشت. همیشه بخشی از جامعه با قوانین موجود مخالفت می‌ورزند یا به‌گونه‌های عمل میکنند که پیامد آن نقص اجرای قانون است؛ اما بایستی توجه داشت که میزان چنین جهت‌گیری‌هایی نباید زیاد باشد. چنانچه گفته میشود طراحی و تدوین و گذار از مراحل تصویب قانون یک‌روی سکه کیفرهای اجتماعی است و روی دیگر آن فرهنگ عمومی کشور، ویژگی‌های مردم‌شناسانه مردم، خصیصه‌های ملی، ذهنیتها و نگرشهای تاریخی مردم به بزه، قانونشکنی و کژمداری دستگاه عدالت و کیفرهاست.^۲ توسعه فرهنگی در جوامع همواره با مشکلاتی بر سر راه خود مواجه بوده و این امر اختصاصی به کشور ایران ندارد؛ بلکه همه کشورها کموبیش با این موانع روبه‌رو بوده‌اند.

۵-۲- موانع اقتصادی

کاربرد اقتصاد برای تدوین قوانین و مقرراتی که از نظر اقتصادی کارا باشند و همچنین برای پیشبینی قوانین و مقرراتی در رابطه با حقوق جزا که در آینده تدوین خواهد شد استفاده میشود. در اینکه زندان نتوانسته است در اصلاح مجرمان نقش مهمی داشته باشد شکی نیست؛ چرا که بیش از آن که مشکلات اخلاقی، اجتماعی، روانی و اقتصادی مجرمان را حل نماید همچنان بر آن افزوده است.^۳ در نتیجه میتوان گفت که حذف و یا کم کردن مجازات زندان و جایگزین کردن مجازات دیگر به‌جای آن، به‌مراتب در طول زمان، مشکلات این چنینی را کاهش میدهد. زمانی همه کیفرها نقدی بوده است. جرایم افراد منشاء دارایی زمامداران به‌شمار می‌آمد و لطمه به امنیت عمومی امری سودآور بود، اما در حال حاضر و با گذشت زمان موارد دیگری به غیر از جزای نقدی هم چون خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی روزانه و ... به‌وجود آمده است که از آنها نیز میتوان هم به‌عنوان مجازات و هم به‌عنوان امری سودآور استفاده نمود. در رابطه با اجرای مجازات جایگزین حبس، یکی از زمینهای که بایستی مورد مطالعه دقیق قرار

۱- خلیلی کالی، قاسم، و محرابی کالی، افشین. (۱۳۹۸). بررسی تطبیقی مجازات‌های جایگزین حبس در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه. مجله علمی علوم انسانی. ۱۸، ۷۷-۶۷.

۲- داچک، هادی. (۱۳۹۹). مجازات‌های جایگزین حبس و تاثیر آن بر کاهش جمعیت کیفری زندان. مجله بین‌المللی پژوهش ملل. ۵ (۵۴)، ۱۱۷-۱۳۲.

۳- ذبحی، حسین. (۱۳۹۶). شرح و بررسی قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاقات بعدی آن باتکیه بر آراء و نظریه‌های مشورتی. تهران: قوه قضائیه، معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم. جلد دوم.

بگیرد، شناسایی مشکلات و موانع اقتصادی است که بر سر راه اجرای مجازات جایگزین حبس وجود دارد تا براساس آنها بتوان در رفع مشکلات مزبور گام برداشت. مجازات جایگزین حبس، با وجودی که از نظر اقتصادی مقرون به صرفه هستند و در مواردی برای دولت منافع اقتصادی به همراه دارند اما باز هم همواره با مشکلات اقتصادی از قبیل: فقدان سرمایه‌گذاری در مجازات جایگزین حبس، هزینه کردن جهت افزایش تعداد کارمندان مناسب و لایق، نقصان ارگانهای قضایی، وارد کردن تجهیزات و تکنولوژی مجازات جایگزین حبس از کشورهای توسعه‌یافته، معضل بیکاری و مشکل مسکن، درگیر هستند!

۳-۵- موانع سیاسی

در کنار چالشها و موانع فرهنگی و اقتصادی که برای اجرای مجازات جایگزین حبس بر شمرده شد، علت عدم استفاده از مجازات جایگزین حبس را میتوان سیاسی نیز دانست. در این خصوص موانعی از جمله ایدئولوژی و فرهنگ سیاسی آشتیناپذیر، ضعف دولتها و اعمال مجازات شدید برای جبران آن، عدم دموکراسی، انتخابات، سیاست کیفری سختگیرانه غیر علمی، عوامگرایی کیفری و ترس از بهم‌خاطره افتادن امنیت مردم در جامعه را میتوان در زمره موانع سیاسی اجرای مجازات جایگزین حبس نام برد.

۶- مروری بر قانون مبارزه با مواد مخدر^۲

در این بخش از رساله، قانون مبارزه با مواد مخدر (با آخرین اصلاحات تا ۱۳۹۶/۰۷/۱۲) مرور میشود.

ماده ۱. اعمال زیر جرم است و مرتکب به مجازات مقرر در این قانون محکوم میشود:

۱. کشت خشخاش و کوکا مطلقاً و کشت شاهدانه بهم‌منظور تولید مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی.

۲. وارد کردن، ارسال، صادر کردن و تولید و ساخت انواع مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی.

۳. نگهداری، حمل، خرید، توزیع، اخفا، ترانزیت، عرضه و فروش مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی.

۴. دایر کردن یا اداره کردن مکان برای استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی

۱- رحمدل، منصور (۱۳۹۷). حقوق کیفری مواد مخدر. تهران: دادگستر.

۲- بخش حاضر از این منبع اخذ شده است: ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۱). قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر: (با آخرین اصلاحات سال ۱۴۰۰) به همراه جدیدترین نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه. گردآورنده سیدحجت نبوی. اردستان: مشارق‌الانوار.

۵. استعمال موادمخدر یا روان گردان های صنعتی غیرداریی به هر شکل و طریق مگر در مواردی که قانون مستثنی کرده باشد.

۶. تولید، ساخت، خرید، فروش، نگهداری آلات و ادوات و ابزار مربوط به ساخت و استعمال موادمخدر یا روان گردان های صنعتی غیرداریی.

۷. فرار دادن یا پناه دادن متهمین، محکومین موادمخدر یا روان گردان های صنعتی غیرداریی که تحت تعقیباند و یا دستگیر شده اند.

۸. امحا یا اخفا ادله جرم مجرمان.

۹. قرار دادن موادمخدر یا روان گردان های صنعتی غیرداریی یا آلات و ادوات استعمال در محلی به قصد متهم کردن دیگری.

تبصره ۱. منظور از موادمخدر در این قانون، کلیه موادی است که در تصویب نامه راجع به فهرست موادمخدر مصوب ۱۳۳۸ و اصلاحات بعدی آن احصاء یا توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به عنوان مخدر شناخته و اعلام میگردد.

تبصره ۲. رسیدگی به جرایم مواد روان گردان های صنعتی غیرداریی تابع مقررات رسیدگی به جرایم موادمخدر می باشد (الحاقی مصوب ۱۳۸۹/۰۵/۰۹).

ماده ۲. هر کس مبادرت به کشت خشخاش یا کوکا کند و یا برای تولید موادمخدر یا روان گردان های صنعتی غیرداریی به کشت شاهدانه پردازد علاوه بر امحای کشت، برحسب میزان کشت به شرح زیر مجازات خواهد شد:

۱. بار اول، ده تا صد میلیون ریال جریمه نقدی.

۲. بار دوم، پنجاه تا پانصد میلیون ریال جریمه نقدی و سی تا هفتاد ضربه شلاق.

۳. بار سوم، صد میلیون تا یک میلیارد ریال جریمه نقدی و یک تا هفتاد ضربه شلاق و دو تا پنج سال حبس.

۴. بار چهارم، اعدام.

جزای نقدی مندرج در این ماده به موجب مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۵ هیات وزیران بار اول به صد (۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) تا دویست و پنجاه (۲۵۰.۰۰۰.۰۰۰) میلیون ریال و بار دوم به صد (۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) میلیون ریال تا یک میلیارد و پنجاه میلیون ریال (۱.۰۵۰.۰۰۰.۰۰۰) تعدیل شد.

تبصره: هرگاه ثابت شود کشت خشخاش یا کوکا یا شاهدانه به دستور مالک و یا مستاجر

ملک و یا قائم مقام قانونی آنها صورت گرفته است، شخص دستور دهنده که سبب بوده است به شرط آنکه اقوی از مباشر باشد، به مجازات مقرر در این ماده محکوم میشود و مباشر که متصدی کشت بوده است، به ۱۰ تا ۳۰ میلیون ریال جریمه نقدی و پانزده تا چهل ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

جزای نقدی مندرج در این ماده به موجب مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۵ هیات وزیران به بیست و پنج (۲۵.۰۰۰.۰۰۰) تا صد (۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) میلیون ریال تعدیل شد.

ماده ۳. هر کس بذر یا گرز خشخاش یا بذر یا برگ کوکا و یا بذر شاهدانه را نگهداری، مخفی و یا حمل کند به یک میلیون تا ۳۰ میلیون ریال جریمه نقدی و یک تا هفتاد ضربه شلاق محکوم خواهد شد، درمورد بذر شاهدانه قصد تولید موادمخدر یا روان گردان‌های صنعتی غیردرویی از آنها باید احراز شود.

جزای نقدی مندرج در این ماده بهموجب مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۵ هیات وزیران به پانزده (۱۵.۰۰۰.۰۰۰) تا صد (۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) میلیون ریال تعدیل شد.

۷- نتیجه گیری

باتوجه به بررسی جرایم موادمخدر میتوان گفت که: سیاست کیفری قانون‌گذار در قانون مبارزه با موادمخدر همواره مبتنی بر سرکوب، شدت مجازات و عدم تناسب آنهاست، بهنجوی که در تعیین مجازاتها به میزان قبح اجتماعی عمل، شخصیت مرتکب، کرامت انسانی، نوع جرم و موازین حقوق بشری که از معیارهای تعیین مجازات متناسب میباشد توجه کافی نگردیده است و باید گفت سیاست کیفری مبتنی بر استفاده بیشتر از مجازات اعدام و حبسهای طولیالمدت علاوه بر نداشتن اثر بازدارندگی مطلوب، ناعادلانه و برخلاف کرامت انسانی است؛ چراکه عدم تمایل قضات به صدور چنین احکام و سعی در توسل به مفرهای قانونی و حتی در مواردی غیرقانونی و همچنین نقض یا عدم اجرای اکثریت آنها به جهات مختلف، دلیل روشنی است بر این مدعی که مجازات شدید و سرکوبکننده مورد اقبال سیاست جنایی قضایی نبوده و نیست. لذا سیاست کیفری مقنن مبتنی بر سرکوب و شدت مجازات بهلحاظ خروج از اعتدال و تناسب در عمل خنثی گردیده یا موفقیتهای مورد انتظار را بهدنبال نداشته است!

همچنین عدم تمایل قضات به صدور احکام سنگین بالاخص اعدام، توسل بی‌حدوحصر به نهادهای عفو خصوصی و تخفیف مجازات و موارد عدیده نقض احکام اعدام توسط رئیس دیوانعالی کشور یا دادستان کل کشور و در نتیجه عدم اجرای خیلی از احکام اعدام از عواملی است که اصل حتمیت یا قطعیت مجازات را بهشدت متزلزل نموده است. درمورد حبسهای طولیالمدت نیز باید متذکر شد. طبق تحقیقی که توسط مرکز مطالعات و پژوهشهای سازمان زندانها در سالهای اخیر انجام شده و سابقه آن در این مرکز موجود است بین آزادی مشروط و عدم بازگشت مجرم آزاد شده به زندان ارتباط معنادار وجود دارد، ولی درمورد آزادی بر اثر عفو

این ارتباط تایید نشده است. بنابراین در مورد محبوسان جرایم موادمخدر، استفاده از نهاد آزادی مشروط به عنوان یکی از ابزارهای اصل تفرید مجازاتها، قابل توجیه و فایده مند به نظر میرسد. ولی در مورد اعمال عفو خصوصی چنین نخواهد بود.

در سیاست جنایی حاکم بر جرایم موادمخدر بالاخص در بخش سیاست کیفری، پاسخهای رسمی و دولتی نقش اساسی و محوری ایفا میکند و در بخش سیاست غیرکیفری بالاخص نظام پیشگیری و درمان با توجه به وجود مقررات متعدد، پاسخهای جامعه‌ی و مردم نهاد کموبیش محسوس است و قابل ذکر است که به لحاظ فراملی بودن و سازمان یافته بودن قاچاق موادمخدر و تحت تأثیر کنوانسیونهای بینالمللی جهانی و منطقهای بالاخص کنوانسیون مبارزه با مواد مخدر ۱۹۸۸ سازمان ملل متحد و همچنین بر مبنای سیاستهای کلی مبارزه با موادمخدر مصوب ۱۳۸۵، از محاسن و گامهای مثبت اصلاحیه قانون مبارزه با موادمخدر در سال ۱۳۸۹ این است که به همکاری و مشارکتهای دولت با سایر کشورها جهت تعقیب و رصد مجرمین موادمخدر و محموله‌های آنها و همچنین مشارکت سازمانهای غیردولتی و مردم نهاد در امر درمان و ترک اعتیاد با کنترل و نظارت دولت تصریح گردیده است.

باید اذعان کرد به رغم وجود مقررات متعدد و صرف هزینه‌های سنگین در زمینه درمان و پیشگیری از اعتیاد و جرایم موادمخدر، نظام پیشگیری غیرکیفری در کشور همچنان ضعیف بوده و به دلایل عدیده موفقیت‌های مطلوب و مورد انتظار در این خصوص حاصل نگردیده است. از جمله: فقدان وجود ساختار مناسب پیشگیری در سطح دستگاههای ذیربط، تعدد ارگانهای مسئول و ضعف هماهنگی آنها، ضعف نظام رصد وضعیت مصرف موادمخدر و عوامل آن، عدم حمایت و یا وجود موانع مختلف در برابر تاسیس و فعالیت و مشارکت سازمانهای غیردولتی و مردم نهاد در امر پیشگیری و درمان، ضعف کنترل و ارزیابی فعالیتهای و اقدامات معموله در خصوص پیشگیری، وجود ضعف و نارسایی در تخصیص بودجه و اعتبارات پیشگیری به ارگانهای ذیربط و ناهماهنگی سازمانهای دولتی و غیردولتی فعال و تأثیرگذار در حوزه پیشگیری.

- آشوری، محمد. (۱۳۹۲). جایگزین زندان یا مجازات بینابین. تهران: نشر گرایش.
- اکبری، حسین. (۱۳۹۷). مطالعه نظری و عملی کیفر مرگ در حقوق مواد مخدر ایران. ارایه شده در: مجموعه مقالات همایش بین المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر. ایران: تهران. جلد اول.
- اکبری، عباسعلی. (۱۳۹۳). بررسی و نقد سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر در ایران با تاکید بر اصلاحیه سال ۱۳۸۹ قانون مبارزه با مواد مخدر. پژوهشنامه حقوق کیفری. ۲ (۱۰). ۷-۲۴.
- اکبری، عباسعلی. (۱۳۹۳). جستاری در آسیب‌شناسی سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر. سلامت اجتماعی و اعتیاد. ۱ (۲). ۹۷-۱۱۴.
- اکبری، عباسعلی؛ و صادقی، سالار. (۱۴۰۰). آسیب‌شناسی پیشگیری کیفری از جرایم مواد مخدر با تاکید بر مجازات اعدام. ارایه شده در کنفرانس بین‌المللی فقه، حقوق و پژوهش‌های دینی. تهران: ایران.
- انجمن معتادان گمنام (۱۴۰۱ الف). پاک زیستن: سفر ادامه دارد. مترجم کمیته ترجمه انجمن معتادان گمنام. قم: انتشارات ملینا.
- انجمن معتادان گمنام (۱۴۰۱ ب). چگونگی عملکرد: دوازده قدم و دوازده سنت معتادان گمنام. مترجم کمیته ترجمه انجمن معتادان گمنام. قم: انتشارات ملینا: انجمن معتادان گمنام.
- انجمن معتادان گمنام (۱۴۰۱ ج). راهنمای کارکرد قدم. مترجم کمیته ترجمه انجمن معتادان گمنام. قم: انتشارات ملینا.
- انجمن معتادان گمنام (۱۴۰۱ د). معتادان گمنام. مترجم کمیته ترجمه انجمن معتادان گمنام. تهران: کیمیای اثر.

ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۰). شرحی بر قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳. تهیه‌کننده واحد پژوهش منابع انسانی دادگستری کل استان گلستان. تهران: خط سوم.

ایران. قوانین و احکام (۱۴۰۱). قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر: (با آخرین اصلاحات سال ۱۴۰۰) به همراه جدیدترین نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه. گردآورنده سیدحجت نبوی. اردستان: مشارق الانوار.

ایرانشاهی، حمید. (۱۳۹۸). پیشگیری از وقوع جرم و نقش سازمانهای مسئول در قوانین ایران. تهران: انتشارات جنگل.

برزگر، سجاد. (۱۴۰۲). نقد کلی قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ایران مصوب ۱۳۹۹ و پیشنهاد اصلاح و بازنگری این قانون. ارایه شده در: سومین کنفرانس بینالمللی علوم تربیتی، روانشناسی، مشاوره، آموزش و پرورش. تهران: ایران.

بقائیسرابی، علی. و صرامی، حمید. (۱۳۹۷). اجتماعی شدن: رویکردی نوین در کاهش تقاضای مواد مخدر و روانگردانها. تهران: دنیای درون.

بولک، بردار. (۱۳۹۶). کیفرشناسی. ترجمه علیحسین نجفیابرنادآبادی. تهران: انتشارات مجد. پوررضا، مهدی. و اسماعیلی، مهدی. (۱۳۹۵). بررسی مجازات جایگزین کیفر اعدام در جرایم مواد مخدر. ارایه شده در کنفرانس جهانی روانشناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی در آغاز هزاره سوم. تهران: ایران.

تدین، عباس. (۱۳۸۷). نظارت الکترونیک: گامی بهسوی جایگزین زندان. مجله حقوقی دادگستری. ۶۴. ۵۶-۶۶.

جزایری، علیرضا. و سلیمانینیا، لیلا. (۱۳۹۵). مجموعه پیشگیری از اعتیاد. تهران: دانژه. جعفری، محسن. (۱۳۹۹). بررسی اهمیت و موانع اجرای مجازات حبس در ایران. ماهنامه

آفاق علوم انسانی. ۴ (۳۸). ۶۵-۷۹.

- چگنی، وحید. و مربی، پیمان. (۱۴۰۲). تأثیر قطعیت اجرای مجازات حبس در بازدارندگی از تکرار جرم در جرائم مواد مخدر و روان گردان در استان البرز در سال های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹. مجله علمی حقوق و مطالعات نوین. ۴ (۲). ۲۱-۱.
- حاجیتبار فیروزجایی، حسن. (۱۳۹۶). جایگزینهای حبس در حقوق کیفری ایران. تهران: انتشارات فردوسی.
- حنفینیری، کریم. (۱۴۰۲). واکاوی بیماری اعتیاد: راهنمای پژوهشگران و خانواده. تهران: دبیزش.
- خلیلیکالی، قاسم. و محرابیکالی، افشین. (۱۳۹۸). بررسی تطبیقی مجازات جایگزین حبس در نظامهای حقوقی ایران و فرانسه. مجله علمی علوم انسانی. ۱۸. ۶۷-۷۷.
- داچک، هادی. (۱۳۹۹). مجازات های جایگزین حبس و تاثیر آن بر کاهش جمعیت کیفری زندان. مجله بین المللی پژوهش ملل. ۵ (۵۴). ۱۱۷-۱۳۲.
- ذبحی، حسین. (۱۳۹۶). شرح و بررسی قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاقات بعدی آن باتکیه بر آراء و نظریه های مشورتی. تهران: قوه قضاییه، معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم. جلد دوم.
- رحمدل، منصور (۱۳۹۷). حقوق کیفری مواد مخدر. تهران: دادگستر.
- رضایی، محمد. (۱۳۸۴). میزان، نوع و عوامل موثر بر قانون گریزی. مجله جامعه شناسی ایران. ۶ (۳). ۴۷-۶۹.

Evaluating the occurrence of crime in defenseless urban spaces in the framework of radical criminology theory

Mohaddeseh Ghavami Pour, Amirreza Mahmoudi, Kaveh Nourasteh

Date Received : 21 April 2024 Date accepted : 10 August 2024

Abstract

A relationship can almost always be established between space and mass. Because spaces are multifaceted and complex elements that have economic, cultural and social dimensions in addition to physical dimensions. Social, cultural and economic analysis and location-specific characteristics reveal different types of crimes among people who congregate in different places. In this regard, it can be said that urban areas are considered as places where economic activities are different. There is a high level of division of labor and people living together, they also have their own unique crimes with their own unique structures, functions and organizations. Today, developments in the economic, cultural, technological and political fields have brought a series of changes that have also affected the physical areas of cities. This change can be related to the emergence of “undefended spaces” that can be connected on a mental level by separating from the historical, geographical, cultural and social ties of urban areas. This study focuses on understanding the effects of defenselessness on the emergence of urban crime and the formation of crime within the framework of radical criminology theory. The theory of “radical criminology” largely analyzes the formation of crime by considering the cultural, economic, political, demographic and social characteristics of the whole society. However, this theory has deepened this macro-framework, which is mainly used to analyze crime, with factors such as family breakdown, urban structure, density, learning and socialization. Here, the phenomenon of urban crime will be discussed from the perspective of radical criminology and the effects of defenseless space on the formation of urban crime will be analyzed

Keywords: city, space, defenseless space, crime, radical criminology.



ارزیابی وقوع جرم و جنایت در فضاهای بی دفاع شهری در چارچوب نظریه جرم‌شناسی رادیکال

محدثه قوامی پور سرشکه، امیررضا محمودی، کاوه نورسته

تاریخ پذیرش: ۲۰ مرداد ۱۴۰۳

تاریخ دریافت: ۲ اردیبهشت ۱۴۰۳

چکیده

تقریباً همیشه می‌توان رابطه‌ای بین فضا و جرم برقرار کرد. زیرا فضاها عناصر چندوجهی و پیچیده هستند که ابعاد اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی را در کنار ابعاد فیزیکی دارند. تجزیه و تحلیل اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی و ویژگی‌های خاص مکان، بین افرادی که در مکان‌های مختلف گرد هم می‌آیند، انواع جرائم متفاوتی را آشکار می‌کند. در این راستا می‌توان گفت مناطق شهری که به‌عنوان مکان‌هایی در نظر گرفته می‌شوند که فعالیت‌های اقتصادی در آن متفاوت است. تقسیم‌کار در سطح بالا وجود دارد و افراد با یکدیگر زندگی می‌کنند، همچنین جرائم منحصربه‌فرد خود را با ساختارها، عملکردها و تشکیلات منحصربه‌فرد خود دارند. امروزه تحولات در حوزه‌های اقتصادی، فرهنگی، فناوری و سیاسی، یک سری از تغییرات را به همراه آورده‌اند که مناطق فیزیکی شهرها را نیز تحت تأثیر قرار داده‌اند. می‌توان این تغییر را با ظهور «فضاهای بی دفاع» که از طریق جدا شدن از پیوندهای تاریخی، جغرافیایی، فرهنگی و اجتماعی مناطق شهری در سطح ذهنی قابل ارتباط است، مرتبط دانست. این مطالعه بر درک تأثیرات بی‌دفاعی بر ظهور جرم شهری و شکل‌گیری جرم در چارچوب نظریه جرم‌شناسی رادیکال تمرکز دارد. نظریه «جرم‌شناسی رادیکال» تا حد زیادی تشکیل جرم را با در نظر گرفتن ویژگی‌های فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، جمعیتی و اجتماعی کل جامعه تحلیل می‌کند. با این حال، این نظریه این چارچوب کلان که عمدتاً برای تحلیل جرم استفاده می‌شود را با عواملی مانند فروپاشی خانواده، ساختار شهری، تراکم، یادگیری و اجتماعی شدن عمیق‌تر کرده است. در اینجا، پدیده جرم شهری از دیدگاه جرم‌شناسی رادیکال مورد بحث قرار خواهد گرفت و تأثیرات فضای بی‌دفاع بر شکل‌گیری جرم شهری تحلیل خواهد شد.

کلمات کلیدی: شهر، فضا، فضاهای بی‌دفاع، جرم، جرم‌شناسی رادیکال.

محدثه قوامی پور سرشکه، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران (نویسنده مسئول)

mohadesehghavamipour@gmail.com

mohadesehghavamipour@liau.ac.ir

امیررضا محمودی، استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران

amirreza.mahmodi@gmail.com

کاوه نورسته، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران

kaveh.norasteh65@gmail.com

جرم، پدیده‌ای به قدمت تاریخ بشر است که نقض هنجارها، قواعد و قوانین حاکم بر زندگی اجتماعی است که مجازات کیفری را به دنبال دارد. جرم، یک مسئله است که باید برای نظم و استمرار جامعه حل شود. معنای «جرم» در بحث‌های مربوط به ساختار اجتماعی می‌تواند بر اساس زمان، مکان و فرهنگ متفاوت باشد. باین‌حال، فرایند شهرنشینی شدید که با صنعتی شدن آغاز شد، رویکردهایی را که جرم را بیشتر در فضاهای شهری بررسی می‌کنند، تسهیل کرده است^۱

در ادبیات جرم‌شناسی، رویکردهای مربوط به جرم، از چشم‌اندازهای خود، جرائم را با در نظر گرفتن ساختارهای اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی متفاوت جوامع توضیح می‌دهند. توضیحات ارائه‌شده برای تبیین جرم را می‌توان با توجه به توضیحات، ساختارها و مسائل مورد تمرکز آن‌ها در دو گروه مختلف قرارداد. نظریه‌های اجماع بر این اعتقادند که ساختارهای تشکیل‌دهنده جامعه با یکدیگر هماهنگ و دارای استمرار هستند، درحالی‌که نظریه‌های تعارض فرض می‌کنند که بین نهادها، طبقات یا ساختارهای تشکیل‌دهنده جامعه تعارض وجود دارد. ^۲جرم‌شناسی رادیکال را می‌توان در چارچوب رویکردهای تعارضی قرارداد. نظریه‌پردازان جرم‌شناسی رادیکال استدلال می‌کنند که ریشه جرم در ویژگی‌های ساختاری جامعه است. این نظریه بر این تمرکز دارد که ویژگی‌های فرهنگی، اجتماعی، طبقاتی، اقتصادی و جمعیتی جامعه همراه با روابط تعارضی سیستم سرمایه‌داری به‌طور یکپارچه در شکل‌گیری جرم نقش دارند.

امروزه، شهرهایی که در مرکز عملکرد سیستم سرمایه‌داری قرار دارند، همچنین مکان‌های بروز انواع مختلف جرائم هستند. نظریه‌پردازان جرم‌شناسی رادیکال که جرم را به‌عنوان یک عملکرد سیستم سرمایه‌داری می‌پذیرند، عمدتاً بر پنج بعد طبقه‌بندی اجتماعی، اقتصاد سیاسی، فروپاشی خانواده، شرایط اقتصادی و ارزش‌افزوده در شکل‌گیری جرم تمرکز می‌کنند. ^۳این پنج بعد که مبنای دید جرم‌شناسی رادیکال به جرم است، با روابط، جریان‌ها، گروه‌بندی‌ها، تنش‌ها، تصاویر، احساسات تعلق و هویت‌ها و معانی که در فضاهای شهری ساخته می‌شوند، مرتبط هستند. باین‌حال، باید گفت که هرگاه ماهیت، لحن، شکل و فرکانس روابط در فضاهای شهری تغییر می‌کند، پارامترهای مربوط به جرم و جرم‌خیزی نیز ممکن است تغییر کنند.

امروزه، در کنار توسعه فناوری‌های جدید، تغییرات در روابط تولید و توزیع، درک جدید از سلطه جهانی و جهت‌گیری حرکات سرمایه توسط ابزارهای مالی جدید ارزیابی می‌شود. این فرآیندهای

۱- Wirth, L. (2002). *Bir Yaşam Biçimi Olarak Kentleşme*. B. Duru ve A. Alkan (Çev). B. Duru ve A. Alkan (Ed.). 20. *Yüzyıl Kenti*, içinde (77-106). Ankara: İmge Kitapevi

۲- Kızmaz, Z. (2006). *Suçun Siyasi Doğası Üzerine Odaklaşan Kuramlar ve Bu Kuramların Eleştirisi*. Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1(12), 97-114.

۳- Williams III, F. P. & Mc Shane, M. D. (1999). *Criminological Theory*. USA: Prentice Hall.

تحول جامع، تغییرات مهمی را در عملکرد سیستم سرمایه‌داری، درک مکان و نگاه به جامعه ایجاد کرده است. یکی از بحث‌های مطرح در این فرآیند تحول، مفهوم «فضاهای بی‌دفاع» است که بر ادعای از دست دادن عمق هستی‌شناختی مکان در فرآیند تحول جهانی شکل گرفته‌اند^۱

در این مطالعه، تأثیرات تغییر ارزش‌ها و تحولات ناشی از جهانی‌شدن بر درک موجود از مکان بر روند جرم‌خیزی در مناطق شهری از دیدگاه نظریه جرم‌شناسی رادیکال بررسی شده است. تغییر در درک مکان به‌عنوان یک پدیده اجتماعی-سیاسی و اجتماعی-اقتصادی تحلیل شده و بر اساس استدلال‌های نظریه جرم‌شناسی رادیکال در مورد شکل‌گیری جرم مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

در این مطالعه، مفاهیم جرم، مکان، جرم شهری، نظریه جرم‌شناسی رادیکال و مفهوم فضاهای بی‌دفاع شهری تعریف شده و ویژگی‌های جرم شهری و جرم شهری توضیح داده شده است. از میان رویکردهای مرتبط با جرم در ادبیات علوم اجتماعی، نظریه جرم‌شناسی رادیکال تشریح شده و دیدگاه این نظریه در مورد جرم در یک چارچوب کلی تعریف شده است. توضیحات مربوط به مفهوم «فضای بی‌دفاع» نیز در چارچوب درک جدید ناشی از فرآیند جهانی‌شدن ساخت بندی شده است. این مطالعه همچنین به این موضوع می‌پردازد که چگونه درک «فضاهای بی‌دفاع شهری» بر انگیزه‌های مربوط به شکل‌گیری جرم شهری در کنار داده‌های نظریه جرم‌شناسی رادیکال تأثیر می‌گذارد.

در این مطالعه، به تحقیقات مرتبط با موضوع و دیدگاه‌های نویسندگان مربوطه اشاره شده است. همچنین، با استفاده از روش تحلیل اسناد، داده‌های اصلی شکل‌دهنده بحث استخراج و تفسیر شده است. بر اساس یافته‌ها، درک «فضای بی‌دفاع شهری» که در فرآیند جهانی‌شدن ظهور کرده است، مشکلاتی مانند بی‌هویتی، بی‌ریشگی، موقتی بودن بی‌معنایی را در بخش قابل توجهی از جوامع شهری مدرن تشدید کرده و به تقویت رفتارها و انگیزه‌های مرتبط با جستجوی ثروت، وضعیت و قدرت و در نتیجه جرم شهری منجر می‌شود.

۱. پدیده جرم

جرم را می‌توان به‌عنوان تضاد میان رفتار و نگرش افراد یا گروه‌ها با ارزش‌ها، قواعد و هنجارهای حاکم بر نظم اجتماعی تعریف کرد از طرف دیگر، برخی جرم را «اقداماتی که وجود و دوام جامعه را به خطر می‌اندازند یا غیرممکن می‌کنند» تعریف می‌کنند^۲ همچنین در برخی منابع جرم «رفتاری که قوانین جامعه آن را مضر و خطرناک دانسته و با مجازات کیفری ممنوع کرده است» تعریف شده است که به بُعد قانونی جرم اشاره می‌کنند. این تمام توضیحات درباره جرم، نشان می‌دهند که جرم یک پدیده جهانی است که در درون ساختار پویای زندگی اجتماعی ظهور می‌کند. با این حال، پذیرش

۱- Ibelling, H. (1992). Supermodernism: Architective in Age of Globalization. Rotterdam: NAIPublisher.

۲- Marshall, G. (۱۹۹۹). Sosyoloji Sözlüğü. Osman Akınhay ve Dilek Kömürçü (Çev.). Ankara: Bilim veSanat Yayınları.

جرم به‌عنوان بخشی از زندگی اجتماعی به این معنا نیست که رفتارهای جرم‌تلقی شده در همه جوامع یا فرهنگ‌ها به‌صورت مشابه دسته‌بندی شده‌اند. این رویکرد از این جهت مهم است که ماهیت متغیر درک جرم را نشان می‌دهد^۱

ظهور جرم به‌عنوان بخشی از زندگی اجتماعی، ماهیت پیچیده و چندبُعدی آن را نشان می‌دهد. به همین دلیل، این مفهوم می‌تواند موضوع بررسی علوم اجتماعی مختلفی مانند جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، حقوق و انسان‌شناسی باشد. جرم، ترکیبی از وضعیت اجتماعی، درآمد، محیط، فرهنگ، محدوده زندگی و همچنین وضعیت روانی فرد است. برای اینکه رفتاری به‌عنوان جرم در ساختار اجتماعی تلقی شود، وجود چهار بُعد قانون، مهاجم، قربانی و مکان و زمان رفتار ضروری است.^۲

امروزه، تحولات ناشی از جهانی‌شدن در جوامع شهری مدرن پیچیده، فشارها و کنترل‌های متمرکز بر نیروی کار، احساس بیگانگی، اشکال جدید انباشت سرمایه و مصرف با رویکرد نئولیبرال همراه با اقدامات اقتصادی و سیاسی جدید، باعث تغییراتی در ویژگی‌ها و نحوه ارتکاب جرائم در نواحی شهری شده است. از این‌رو، درک پدیده جرم شهری، در کنار سایر متغیرها، رویکردهای نظری متمرکز بر «تعارض» و «تغییر» که به ارتباط میان جرم شهری و وضعیت «فضای بی‌دفاع شهری» ناشی از فرآیند جهانی‌شدن می‌پردازند، رویکرد مناسب‌تری خواهند بود. به‌ویژه در جوامع شهری پسا صنعتی، افزایش نرخ جرم در کنار تغییرات سریع و گسترده، امکان برقراری ارتباط میان این تغییرات سریع و جرم را فراهم آورده است. در این راستا، می‌توان گفت که درک جدید مکان ناشی از تحولات جهانی در نواحی شهری، باعث تضعیف احساس هویت، از بین رفتن تصور واقعیت، فروپاشی نظم مستقر، بیگانگی و بحران هنجاری شده و زمینه را برای ظهور رفتارهای مجرمانه جدید فراهم آورده است.

توسعه و علل جرم باید در ارتباط میان فرد و ساختار اجتماعی جستجو شود. به‌طوری‌که رفتارهای مرتبط با جرم در قالب نظام تعامل اجتماعی، به‌ویژه از طریق روابط اولیه آموخته می‌شوند و می‌توانند به‌صورت ساده یا پیچیده نمایان شوند و نگرش‌ها، انگیزه‌ها و رفتارهای فرد در ارتکاب جرم تأثیرگذار هستند.^۳

میان جرم و جرم‌خیزی با ساختار اجتماعی فرد ارتباط قوی وجود دارد. شرایط فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فیزیکی ساختار اجتماعی فرد می‌تواند به‌عنوان عوامل انگیزشی در بروز جرم باشد. میزان رضایت فرد از برآورده شدن نیازهایش در جامعه نیز از عوامل مؤثر در بروز جرم و جرم‌خیزی است. علاوه بر این، قوانین، مقررات و مجازات به همان اندازه که در تعریف جرم مهم

۱- جعفری، فریدون. (۱۴۰۰). چالش تعریف جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. پژوهش‌های حقوقی، ۲۰(۴۵)، ۷-۲۲

۲- دیبازاد، محسن، محسنی، فرید، قاسمی، ناصر. (۱۴۰۱). آسیب‌شناسی تعریف قانونی جرم. ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۵(۸)

۳- Akers, R. L. & Jennings, W. G. (۲۰۰۹). Social Learning Theory. J. M. Miller (Ed.), ۲۱. Century Criminology: A Reference Hand Book, in (۲۲۲-۲۲۳). Thousand Oaks: CA. Sage. Aksoy, E. (۲۰۰۷). Suç ve Kent Güvenliği Yaklaşımı. TMMOB Ankara Şubesi Bülteni, ۱۱-۱۶, ۵۵.

هستند، نگرش جامعه به رفتارها و دیدگاه‌های تعریف‌شده به‌عنوان جرم و مجرمانه نیز اهمیت دارد^۱ در این راستا، هرگونه انحراف از اصول و رفتارهایی که جامعه به‌درستی می‌پذیرد، لزوماً به‌عنوان جرم در نظر گرفته نمی‌شود. اما این امر اغلب باشخصیت افراد مرتبط است و می‌تواند بر ارزش‌های اخلاقی و معنوی جامعه تأثیر منفی بگذارد و زمینه ظهور رفتارهای پذیرفته‌شده به‌عنوان جرم از نظر قانونی را فراهم آورد.^۲

۲. جرائم شهری و ویژگی‌های آن

ویژگی‌های جرم شهری شهرها ساختارهای پیچیده‌ای هستند که دربرگیرنده جمعیت گسترده، تنوع جمعیتی، سبک‌های زندگی متنوع، کاربردهای صنعتی مدرن، تخصص و تقسیم‌کار پیشرفته، مصرف انبوه، فعالیت‌های تجاری و مالی متنوع هستند. تنوع، تراکم و ساختار پویای شهرها که حاوی روابط پیچیده اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی است، زمینه بروز مسائل مختلفی را فراهم می‌کند. هم‌زمان، عواملی مانند شهرنشینی سریع، مهاجرت، فقر، بیکاری، مشکلات مسکن و سلامت، و بیگانگی نیز به‌عنوان عناصر تشدیدکننده این مسائل در نواحی شهری باید در نظر گرفته شوند. می‌توان گفت که ترکیبات مختلف این مشکلات، همواره منشأ پدیده جرم شهری هستند. در این راستا، جرم شهری را می‌توان به‌عنوان رفتارها، اقدامات و نگرش‌های انحرافی و غیرقانونی که نظم، جریان و رفاه زندگی شهری را هدف قرار می‌دهند، درک کرد.^۳

تحقیقات مرتبط با جرم و جرم‌خیزی نشان می‌دهند که نرخ جرم در مناطق شهری بالاتر است. یکی از مطالعات پیشرو در زمینه جرم شهری، نظریه جامعه‌شناختی جرم دورکیم^۴ است که در آن جرم در چارچوب روابط آنومیک جامعه شهری بررسی شده است. به همین ترتیب، ادعا شده که نرخ جرم در مناطق شهری در مقایسه با مناطق روستایی بیشتر است.^۵

با ارزیابی کلی جرم شهری و عوامل مؤثر بر آن، می‌توان برخی مقوله‌های اساسی در این زمینه را شناسایی کرد. در این راستا، عوامل مؤثر بر بروز جرم شهری را می‌توان در چهار دسته اجتماعی- فرهنگی، اقتصادی، جمعیتی و مکانی دسته‌بندی کرد.

۲-۱. عوامل اجتماعی- فرهنگی

۱- جوانمردی. مرتضی (۱۳۸۴). نسل زدایی: ساختار عناصر جرم. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۲- Uslu, E. (2011). Sosyo ekonomik bir olgu olarak kentsel suç; Bakırköy ve Küçükçekmece örnekleri. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

۳- موسوی، بهاره سادات، تومانیان، آرا، ارگانی، میثم، ارون‌دی، سمانه، ساعدپناه، مهران. (۱۴۰۲). شناسایی مناطق جرم خیز و عوامل مؤثر در تشدید آن با استفاده از روش‌های داده کاوی مکانی (مطالعه موردی شهر اصفهان). پژوهش‌های جغرافیای برنامه‌ریزی شهری، ۱(۱۱۱)، ۵۱-۶۹.

۴- Durkheim
۵- Aktay, A. (۲۰۱۸). Mekân Üretim Endüstrisinin Güvenliği Pazarlayan Rant Stratejileri. Akademik İncelemeler Dergisi, ۱۳۶-۱۲۵, (۱)۱۳.

شهرها صرفاً مکان‌های سکونت جمعی نیستند، بلکه عرصه‌های برقراری و توسعه روابط اجتماعی و تعامل فرهنگ‌های مختلف با معماری سیاسی و فرهنگی خاص خود هستند. این محیط‌های زندگی همچنین شامل روابط تولید و توزیع، ابزارآلات و زیرساخت‌های فناوری، ارتباطات و حمل‌ونقل برای تأمین نیازها نیز هستند.^۱ زمانی که شهر را به‌عنوان یک کل متشکل از ابعاد اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، فناوریانه، مکانی و سیاسی در نظر می‌گیریم، باید پذیرفت که جرم نیز به‌عنوان پدیده‌ای شکل‌گرفته در درون این ساختار شهری، تحت تأثیر عواملی مانند شهرنشینی سریع و ناسالم، رشد جمعیت و مهاجرت، فقر، بیکاری، فرهنگ، مصرف مواد مخدر و درجه اقدامات پلیسی قرار دارد.

جمعیت‌شناسی یک جزء مهم در شکل‌گیری ساختار اجتماعی-فرهنگی شهرهاست. متغیرهایی مانند باروری و مهاجرت که با سرعت رشد جمعیت شهری ارتباط مستقیم دارند، به مشکلاتی مانند انطباق، مسکن، بیکاری، مسائل بهداشتی و آموزش منجر شده و زمینه ارتکاب اعمال مرتبط با جرم را فراهم می‌آورند. وقتی شدت جریان جمعیتی به سمت شهرها از حدی که شهر قادر به تحمل آن باشد فراتر رود، پدیده شهرنشینی سریع و نامنظم ظهور می‌کند. همراه با شهرنشینی سریع، ناتوانی شهر در تأمین نیازهای فیزیکی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی جمعیت افزایش‌یافته، بخشی از ساکنان شهر را از لحاظ مادی و معنوی تحت تأثیر قرار می‌دهد. این امر باعث ایجاد نابرابری میان افراد ساکن در شهر شده و در نتیجه نرخ جرم شهری را افزایش می‌دهد.^۲ در همین راستا، توان تولید جرم در مناطق شهری با موقعیت اجتماعی نامطلوب را نشان داده و به تراکم بالای جرم در این مناطق اشاره کرده است.

تعامل افراد و گروه‌های دارای ویژگی‌های اجتماعی و فرهنگی متفاوت در شهرها نیز حاوی پتانسیل تعارض است. در این راستا، می‌توان جرم را با فرهنگ مرتبط دانست. با تأکید بر توسعه مبانی فرهنگی که مشروعیت بخشی به جرم می‌کنند، جرم را یک ساختار فرهنگی تلقی می‌کنند^۳ و نیز افزایش شکاف‌های فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی میان ساکنان شهری را به‌عنوان عاملی ایجاد محیط نامناسب که منجر به افزایش جرم می‌شود، مطرح کرده‌اند.

شهرها علاوه بر ویژگی‌های اجتماعی و فرهنگی، همچنین دستگاه‌های سیاسی محلی هستند. در این راستا، همانند تمامی دستگاه‌های سیاسی، سیاست‌های شهری نیز فرصت‌هایی را برای افراد و گروه‌های ساکن در شهر فراهم می‌کند تا منافع خود را به حداکثر برسانند. بنابراین، زمانی که سیاست‌های شهری به دلایل مختلف در برآوردن نیازهای افراد و گروه‌ها ناکارآمد باشد، مسائل مختلفی ظهور خواهد کرد. در این زمینه، مطالعات نشان داده‌اند که تغییرات سیاسی و عدم احساس

۱- رحیمی نژاد، اسمعیل. (۱۳۹۹). جرم‌شناسی فرهنگی سبز: از علت‌شناسی تا پیشگیری. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۱(۱)، ۷۵-۱۰۲

۳- Berber, Ö. (۲۰۱۱). Yok-Yer, Yersizleşme ve Yurtsuzluk Kavramları Üzerine Bir Sorgulama. İdealKent, ۱۰۷-۳، ۱۴۲.

نمایندگی کافی و سطح مناسب ابراز نظر ساکنان شهر از طریق کانال‌های سیاسی، موجب افزایش خشونت و جرم در شهرها می‌شود.^۱

پژوهشگرانی که به بررسی عوامل مؤثر بر جرم شهری پرداخته‌اند، ارتباط آماری معناداری میان سطح تحصیلات و جرم را نشان داده‌اند. این مطالعات نشان داده‌اند که نه تنها سطح پایین تحصیلات، بلکه حتی سطح بالای تحصیلات نیز جرم را از بین نبرده، بلکه موجب تخصصی‌تر شدن آن شده است در تحقیقات خود نشان داده‌اند که سطح پایین تحصیلات باعث افزایش نرخ جرم می‌شود.^۲

۲-۲. عوامل اقتصادی

هنگامی که شهرها به‌عنوان بخشی از سیستم اقتصادی در نظر گرفته می‌شوند، به دلیل نقش آن‌ها به‌عنوان مراکز تولید و بازاریابی، سهم قابل توجهی که از بودجه ملی در تأمین کالاها و خدمات عمومی دریافت می‌کنند و اینکه کانون اشتراک درآمدهای زمین هستند، از اهمیت خاصی برخوردارند.

در شهرها، علاوه بر مکانیزم‌های قانونی که بر عملکرد سیستم اقتصادی شهری تأثیر می‌گذارند، گروه‌های ذینفع مختلف مانند سازمان‌های هم‌شهری نیز بر این مکانیزم‌ها تأثیر می‌گذارند. این کانون‌های خارجی که بر سیستم اقتصادی تأثیر می‌گذارند، اهداف و منافع خاص خود را دارند. میزان تأثیرگذاری این کانون‌های خارجی فعال در شهرها می‌تواند موجب بروز مشکلاتی در عملکرد سیستم اقتصادی شهری شود. علاوه بر این، تجمع نیروی کار در مناطق شهری و ایجاد ذخیره‌ای از نیروی کار احتیاطی، استفاده از منابع حاشیه‌ای در تولید و ناسالم شدن روابط کاری در مناطق شهری منجر می‌شود. در این سیستم که به لحاظ اقتصادی مضطرب است، جرائم مربوط به کار، خشونت، اعمال زور و اعتراضات ناشی از روابط کاری نامناسب ظهور می‌یابد.^۳

مطالعات انجام‌شده در زمینه جرم شهری نشان داده‌اند که عوامل اقتصادی نقش تعیین‌کننده‌ای در توسعه جرم شهری دارند و دریافته‌اند که مشکلات، آشفتگی‌ها و نابرابری‌های موجود در ساختار اقتصادی، میزان جرم و خشونت را افزایش می‌دهد. امروزه، رویکردهای مختلفی توسعه‌یافته‌اند که بر اساس این داده‌ها، نابرابری‌های اقتصادی یا بحران‌های اقتصادی در شهرها موجب برهم خوردن نظم ساختار اجتماعی و در نتیجه فقر و محرومیت می‌شود که این امر زمینه‌ساز بروز جرم است، به‌طوری‌که افرادی که از تجهیزات و امکانات کافی برخوردار نیستند، به مزایای شهر دسترسی ندارند.

۱- Ayhan, İ. ve Çubukçu, K. M. (۲۰۰۷). Suç ve Kent İlişikisine Ampirik Bakış: Literatür Taraması. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ۵۵-۳۰, (۵)۳.

۲- Aliyev, N. (۲۰۱۹). Modern Suçun Nedenleri ve Koşulları, Bir Dizi Belirleyici: Genel Bir Bilimsel İnceleme. Adli Bilimler ve Suç Araştırmaları Dergisi, ۲۱-۷, (۱)۱.

۳- صادقی، دکتر حسین، شهری، وحید شقاقی، پور، حسین اصغر. (۱۳۸۴). تحلیل عوامل اقتصادی اثرگذار بر جرم در ایران. فصلنامه تحقیقات اقتصادی

طرد شده‌اند و فاقد امکانات لازم برای برآورده کردن نیازهای شهری هستند، احتمال بیشتری دارد که به سمت ارتکاب جرم تمایل پیدا کنند.^۱

۳-۲. عوامل جمعیت شناختی

جرم به‌عنوان یک پدیده پیچیده، از عوامل مختلفی متأثر است که یکی از آن‌ها «جمعیت‌شناسی» است. در ارتباط بین جرم و جمعیت‌شناسی، باید به متغیرهایی نظیر جمعیت، سن، جنسیت، خانواده و ساختار قومی توجه داشت.

در مطالعات انجام‌شده درباره ارتباط جرم و ساختار جمعیت‌شناسی، ارتباطی بین «سن» و بروز جرم مشاهده شده است. مطالعات نشان داده‌اند که نرخ جرم در گروه سنی ۱۵-۲۹ سال در شهرها بالا است. اما تبیین این نرخ بالای جرم در این گروه سنی صرفاً با عوامل فردی یا روانی مرتبط باسن، رویکردی ناقص است. در این زمینه مطالعات مهمی انجام داده و نشان داده است که عوامل محیط اجتماعی، خانواده و وضعیت اقتصادی در شکل‌گیری الگوی مجرمان سنی در شهرها مؤثر هستند. همچنین، پژوهش‌هایی وجود دارند که ارتباط بین بروز جرم در شهرها و از بین رفتن همگنی جمعیتی شهرها را بررسی کرده‌اند^۲ عوامل مؤثر بر از بین رفتن همگنی جمعیتی شهرها شامل نرخ تولد خارجی، مهاجرت و توزیع نژادی است. رویکرد مناسب در این زمینه آن است که مسئله همگنی جمعیتی و ارتباط آن با جرم را در بستر دگرگونی‌های اجتماعی بررسی کرد. در این راستا، مشخص کردن یک نژاد یا گروه خاص به‌عنوان مجرم بالقوه، رویکرد صحیحی برای تحلیل جرم در شهرها نخواهد بود. با این وجود، برخی مطالعات انجام‌شده در زمینه جرم در شهرها، ارتباطی بین برخی جرائم ارتكابی در شهرها و گروه‌های قومی خاص را نشان داده‌اند.^۳ بنابراین، ارزیابی ارتباط میان نژاد و جرم در بستر فرهنگ شهری، فرهنگ قومی، تغییرات اجتماعی-اقتصادی و اقدامات سیاسی رویکرد مناسب‌تری خواهد بود.

۴-۲. عوامل مکانی

در پژوهش‌های مربوط به جرم، الگوی مکانی شهر بر شکل‌گیری جرم تأثیرگذار دانسته شده است. به‌عبارت‌دیگر، جرم با مکان و افراد استفاده‌کننده از آن مکان مرتبط در نظر گرفته شده است در

۱- Uslu, E. (2011). Sosyo ekonomik bir olgu olarak kentsel suç; Bakırköy ve Küçükçekmece örnekleri. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

۲- Gruenewald, P. J., Freisthler, B., Remer, L., LaScala, E. A. & Treno, A. (۲۰۰۶). Ecological Models of Alcohol Outlets and Violent Assaults. Crime Potentials and Geopolitical Analysis Adictions, ۶۷۷-۶۶۶, ۱۰۱.

۳- Shade, M. (۲۰۰۲). Risk of Factors of Delinquency: An Overview <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/frd0۲۱۲۷.pdf?q=risk-and-protective-factors-of-child-delinquency>. Erişim: -۱۱-۲۲ ۲۰۲۲.

مطالعات بررسی ارتباط میان مکان شهری و جرم، عواملی مانند اندازه شهر، طرح‌ریزی شهری، امکان نظارت و کنترل فیزیکی، فرصت‌های دسترسی، نورپردازی، دسترسی به مرکز شهر، محل‌های عرضه الکل و توزیع آن‌ها به‌عنوان عوامل مؤثر بر ارتباط مکان و جرم مطرح شده‌اند^۱.

در رویکردهای مبتنی بر دسته‌بندی مکان، تأثیر مناطق با تراکم جمعیتی بالا در شهرها را بر شکل‌گیری جرم نشان داده است. همچنین، در مطالعه‌ای نشان داده شده است که توسعه نامنظم شهری موجب افزایش نرخ جرم می‌شود. همچنین بیان شده است که مناطق متروکه، غیر کاربردی یا بلااستفاده در شهرها نرخ جرم را افزایش می‌دهد^۲.

۳. رابطه شهرنشینی و جرم در چارچوب نظریه جرم‌شناسی رادیکال

جرم به‌عنوان بخشی از وجود انسانی، پدیده‌ای پویا است که همگام با تحول بشریت دستخوش تغییر شده است. در این راستا، گذار به زندگی شهری را می‌توان نقطه عطفی در تاریخ بشریت دانست، زیرا با این گذار، ماهیت جرم و رفتار مجرمانه نیز دستخوش تغییرات شده است. عواملی مانند مهاجرت، شهرنشینی نامنظم، مشکلات اجتماعی-اقتصادی و سیاسی، تعارضات قومی و نژادی و تحولات اجتماعی و فرهنگی، موجب ظهور مسائل جدید در زندگی شهری شده و ضرورت بازنگری در مفاهیم جرم و عدالت را ایجاب کرده‌اند.

با توجه به تنوع انواع جرم و متغیرهای مرتبط با آن در مطالعات انجام شده برای تبیین جرم و رفتار مجرمانه، نمی‌توان گفت که این مطالعات صرفاً یک فهم واحد از جرم ارائه داده‌اند. در این راستا، «نظریه جرم‌شناسی رادیکال» نیز یکی از رویکردهای ارائه شده برای تبیین جرم است.

نظریه جرم‌شناسی رادیکال، مفهوم جرم را بر اساس ویژگی‌های فرهنگی، اقتصادی، جمعیت‌شناسی و سیاسی جامعه مورد بررسی قرار می‌دهد. این نظریه معتقد است که جرم، ترکیبی از ویژگی‌های مختلف ساختار اجتماعی است. در این چارچوب، رویکردی وجود دارد که معتقد است جرم، مجرم، رفتار مجرمانه و مجازات در نظام ارزشی جامعه‌ای که در آن قرار دارند معنا پیدا می‌کنند^۳.

نظریه جرم‌شناسی رادیکال، جرم را به‌مثابه محصول نظام سرمایه‌داری در نظر می‌گیرد. از این منظر، در تحلیل‌های جرم، بیشتر رویکردی کلان‌مقیاس حاکم است. نابرابری در توزیع ثروت در نظام سرمایه‌داری، شرایط زندگی نامطلوب و دگرگونی فرهنگی تحمیل شده توسط ایدئولوژی سرمایه‌داری

۱- Hideg, G. & Manchin, R. (۲۰۰۷). Environment and Safty in European Capitals. European International Crime Survey- EUICS Working Paper Series, Gallop, Europe.

۲- Gruenewald, P. J., Freisthler, B., Remer, L., LaScala, E. A. & Treno, A. (۲۰۰۶). Ecological Models of Alcohol Outlets and Violent Assaults. Crime Potentials and Geopolitical Analisis Adictions, ۶۷۷-۶۶۶, ۱۰۱.

۳- Gölbaşı, S. (۲۰۰۸). Kentleşme ve Suç. İstanbul: On İki levha Yayıncılık.

به‌عنوان عوامل اصلی تحریک افراد به سمت ارتکاب جرم شناخته می‌شوند. در این درک، هرچند جرم به‌مثابه عملکرد فقر دیده می‌شود، اما پذیرفته می‌شود که ثروتمندان نیز ممکن است برای ارتقای موقعیت و افزایش ثروت خود به جرم متوسل شوند

ویلیام چمبلیس^۱ که یکی از نظریه‌پردازان رادیکال است، مدعی است که جرم ناشی از ساختار ایدئولوژیک سرمایه‌داری است که مصرف را تحمیل می‌کند. در این رویکرد، نظام سرمایه‌داری درحالی‌که افراد را به سمت مصرف بیشتر و مصرف لوکس‌تر سوق می‌دهد، امکانات و فرصت‌های برابر در اختیار همه قرار نمی‌دهد. این نابرابری ساختاری و میل به دستیابی به بیشتر، انگیزه ارتکاب جرم را افزایش می‌دهد^۲

ویلیام بونگر^۳ که دیگر یکی از نظریه‌پردازان جرم‌شناسی رادیکال است، به نقش مرکزی خودخواهی و اندیشه‌های خودمدارانه افراد در نگرش و رفتار آن‌ها در جوامع سرمایه‌داری و ضعف کنترل درونی ناشی از آن به‌عنوان عاملی که انگیزه ارتکاب جرم را افزایش می‌دهد، اشاره کرده است. او همچنین ساختار نابرابر روابط تولید و مصرف، رقابت بی‌رحمانه و نظام حقوقی که منافع طبقه مسلط را حفظ می‌کند را به‌عنوان عواملی مرتبط با نرخ بالای جرائم در جوامع سرمایه‌داری مطرح کرده است. در این چارچوب، می‌توان گفت که ساختار اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی مبتنی بر خودخواهی و منفعت در جوامع سرمایه‌داری، انگیزه ارتکاب جرم را چه در میان طبقه بورژوا و چه در میان طبقه پرولتاریا افزایش می‌دهد.^۴

در رویکرد جرم‌شناسی رادیکال، جرم به‌مثابه پدیده‌ای باریشه در ساختار اجتماعی موردپذیرش است. بر این اساس، برای درک شکل‌گیری جرم، باید ساختارهای اقتصادی، تاریخی، سیاسی و فرهنگی را هم‌زمان موردتوجه قرارداد. تمرکز جرم‌شناسان رادیکال بر جامعه سرمایه‌داری به‌عنوان بستری که جرم در آن ظهور می‌کند، به‌نوعی نقد جامعه سرمایه‌داری توسط این نظریه تلقی شده است. بااین‌حال، این نظریه به دلیل تأکید بیش‌ازحد بر ساختار جامعه سرمایه‌داری و تضاد طبقاتی در تبیین جرم، در توضیح برخی جرائم (مانند سوءاستفاده جنسی، خشونت و غیره) که در بین جوامع سرمایه‌داری متفاوت است، با چالش مواجه شده است نمایندگانی نظریه جرم‌شناسی رادیکال برای پاسخ به انتقادات وارد بر محدودیت و ابتکار‌پذیری تحلیل‌های این نظریه در خصوص جرم، با گذر زمان، در تبیین جرم به عواملی همچون فروپاشی خانواده، ساختار و تراکم شهری، یادگیری

۱- Chambliss

۲- حاتمی نژاد، حسین، منصور، بابر، فعلی، محمد. (۱۳۹۲). تبیین نقش فضاهای شهری در پیشگیری از وقوع جرم و ایجاد امنیت. فصلنامه علمی - پژوهشی اطلاعات جغرافیایی « سپهر»، ۲۲(۸۷)، ۶۸-۷۶.

۳- Bongger

۴- Kızmaz, Z. (۲۰۰۶). Suçun Siyasi Doğası Üzerine Odaklaşan Kuramlar ve Bu Kuramların Eleştirisi. Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ۱۲(۱), ۹۷-۱۱۴.
Mark (۲۰۱۸). Koçyiğit, G. B

و اجتماعی شدن نیز توجه کرده‌اند تا دامنه دیدگاه این نظریه در تبیین جرم را گسترش دهند^۱

با وجود تمامی دستاوردهای نظریه جرم‌شناسی رادیکال در تبیین ریشه‌های اجتماعی جرم، این نظریه نیز مانند هر نظریه دیگری دارای محدودیت‌ها و نقاط ضعف است. یکی از مهم‌ترین انتقاداتی که به این نظریه وارد می‌شود، تاکید بیش از حد بر ساختارهای اقتصادی و نادیده گرفتن عوامل فردی و روانشناختی در ارتکاب جرم است. برخی از منتقدان معتقدند که این نظریه در توضیح جرایمی مانند خشونت خانوادگی، آزار و اذیت کودکان و برخی جرایم جنسی که ریشه در اختلالات روانی یا عوامل فردی دارند، با مشکل مواجه می‌شود.

همچنین، تعمیم‌پذیری یافته‌های این نظریه به همه جوامع و فرهنگ‌ها نیز مورد سوال قرار گرفته است. برخی از پژوهشگران معتقدند که عوامل فرهنگی، اجتماعی و تاریخی هر جامعه‌ای بر شکل‌گیری و نوع جرایمی که در آن جامعه رخ می‌دهد، تأثیرگذار است.

در پاسخ به این انتقادات، برخی از نظریه‌پردازان رادیکال تلاش کرده‌اند تا دیدگاه خود را گسترش دهند و عوامل دیگری مانند فرهنگ، خانواده، آموزش و رسانه‌ها را نیز در تحلیل‌های خود وارد کنند. به عنوان مثال، آنها به نقش خانواده در انتقال ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی و تأثیر آن بر رفتار مجرمانه پرداخته‌اند. همچنین، به نقش رسانه‌ها در ترویج خشونت و ایجاد الگوهای رفتاری نادرست اشاره کرده‌اند.

۴. مکان شهری

به‌طور کلی، مکان می‌تواند به‌عنوان محدوده جغرافیایی/فیزیکی زندگی تعریف شود. اما تصور مکان به‌عنوان صرفاً سازه‌هایی که انسان‌ها در آن زندگی می‌کنند و روابط روزمره خود را برقرار می‌کنند، به معنای محدود کردن جنبه اجتماعی مکان است. زیرا مکان، عنصری پویا و تأملی است که دربردارنده ابعاد ایدئولوژیک عملیات روزمره زندگی اجتماعی، روابط فرهنگی، سیاسی و اقتصادی جوامع است. در این معنا، مکان بازنگری اجتماعی همانندسازی شده و به‌طور نامرئی در آن غرق گشته است. بنابراین مکان چیزی است که چندان مورد توجه قرار نمی‌گیرد و تمایل به پذیرش آن همان‌طور که هست وجود دارد.

با توجه به این‌که تحولات ساختار اجتماعی از طریق مکان قابل مشاهده است، علاوه بر اینکه مکان محیطی برای ادامه و توسعه روابط اجتماعی است، دارای وجهی است که متمایزکننده و متمایز شده در درون نظام روابط اجتماعی است. مکان‌ها به‌عنوان بخشی از ساختار اجتماعی، محل انجام اعمال، نمایش‌ها، رویدادها و تجربیات در سطوح مختلف هستند که میزبان پدیده‌هایی مانند یکپارچگی، تفرق و تعارض می‌باشند. مکان‌هایی که زندگی اجتماعی و روابط اجتماعی در آن‌ها شکل می‌گیرند، به‌عنوان بخشی از تجربیات فردی و اجتماعی به خاطر سپرده می‌شوند و با خاطرات مرتبط شده و در فرهنگ و حافظه جمعی جای می‌گیرند. این موضوع، ارتباط مکان با احساس تعلق، هویت و فرهنگ

۱- Bahar, H. İ. (2009). Sosyoloji. Ankara: Uşak Yayınları.

را شکل می‌دهد.^۱

افراد، مکان زندگی خود را درک، معنا دهی، طراحی، زیست، بازسازی و تصور می‌کنند. به این ترتیب، مکان‌ها در نظام روابط اجتماعی زنده می‌شوند. به عنوان یکی از عناصر اساسی ساختار اجتماعی، همراه با جامعه زندگی می‌کنند. به این صورت، کانال‌های برقراری رابطه فرد و جامعه با مکان ساخته شده‌اند مکان‌های شهری، عناصر اساسی تشکیل دهنده شهر هستند. به عنوان مکان‌هایی که شهر در آن‌ها نفس می‌کشد، افراد در آن‌ها گرد هم می‌آیند و خاطرات و آثار مشترک به جا می‌گذارند، زمینه‌ای فرهنگی برای بازسازی تاریخ و هویت شهر فراهم می‌کنند. مکان‌های شهری که ویژگی‌های فیزیکی و اجتماعی خود را از دست می‌دهند، به تدریج به مکان‌های بی‌هویتی تبدیل می‌شوند. در دوران کنونی که مصرف نقش مرکزی دارد، خطر مواجهه مکان‌های شهری با چنین واقعیتی بیش از پیش افزایش یافته است.^۳ چراکه با صنعتی شدن، مکان‌های شهری که به مکان تبادل کالا و انسان تبدیل شده‌اند، به سرعت از نقش خود به عنوان نقاط تلاقی در خیابان‌های شهر دور شده و توسط مصرف سازمان‌دهی می‌شوند. امروزه خیابان، صرفاً نقطه عبور اجباری بین محل کار اجباری، فعالیت‌های اوقات فراغت برنامه‌ریزی شده و محل مصرف یعنی خانه است. در فرآیند تولید مکان، هویت‌های شهری که دارای میراث تاریخی و فرهنگی غنی هستند، حفظ نشده‌اند. جمعیت شهری که بخش عمده‌ای از آن بر مصرف متمرکز است، با استراتژی‌های در حال اجرا، به عنوان آماده‌سازان مکان‌های شهری جدید که قرار است تولید و عرضه شوند، از مراکز شهری به سوی این مکان‌های جدید در حرکت هستند. مکان‌های بی‌دفاع می‌توانند به عنوان محصولی از این فرآیند تولید ارزیابی شوند.^۴

طرح فیزیکی مکان، ابزاری برای تمایز افرادی است که در این طرح قرار می‌گیرند. بنابراین، شیوه تعریف مکان، شامل اطلاعاتی است که درباره افرادی که درون و بیرون آن هستند نیز ارائه می‌دهد. مکان مشترک، عاملی مؤثر در تقویت احساس تعلق مشترک برای آن‌هایی است که این مکان را با هم به اشتراک می‌گذارند. شکل‌گیری ادراک از مکان و طراحی مکان، بر مبنای ماهیت فرهنگی روابط برقرار شده بین انسان و محیط تعیین می‌شود. اما درحالی که گفته می‌شود فرهنگ عامل مهمی در شکل‌دهی به مکان است، باید به این نکته نیز توجه داشت که مکان نیز عنصری است که به فرهنگ شکل می‌دهد. معانی حاصل از این تعامل دوسویه، اغلب به شکل تصاویری که فرد و جامعه را احاطه می‌کنند، در چرخه ارتباطی قرار دارند. مکان‌ها از طریق اشتراک، استفاده، انتقال و به یادآوردن این

۱- Assmann, J. (2001). *Kültürel Bellek: Eski Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*. A. Tekin(Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

۲- Aytaç, Ö. (2013). Kent Mekânları ve Kimlik/Farklılık Sorunu. *İdeal Kent*, 9, 138-169.

۳- Lefebvre, H. (2014), *Mekânın Üretimi*, (Çev. I. Ergüden), 2. Baskı, İstanbul: Sel Yayıncılık.

۴- Aktay, A. (2020). *Seçkinleştirme Karşısında Bariyer Semtler/Kimlikli Mekanlar*. Ankara: Tezkire.

تصاویر در زندگی اجتماعی، الگوی هویتی منحصر به فرد خود را پیدا می کنند^۱

در عصر کنونی، عوامل متعددی همچون فرآیندهای مدرنیزاسیون، جریان های جمعیتی، روابط سرمایه داری و گردشگری، موجب فرسایش معانی نسبت داده شده به مکان و هویت مکانی موجود می شوند. هنگامی که این تحولات با تغییرات در سبک زندگی افراد همراه می شود، حفظ معنا و هویت مختص خود توسط مکان به مسئله ای پیچیده تبدیل می شود.

در فرآیند توسعه سرمایه داری، مکان های شهری مدرن که با تفسیر ایدئولوژی مدرن و رویکرد معماری جهانی برای پشتیبانی از فعالیت های اقتصادی و مالی جدید ساخته می شوند و تقریباً شبیه یکدیگرند، با ساختارهایی همچون مراکز خرید، هتل ها، بزرگراه ها، بیمارستان ها و مجتمع های ورزشی که بازتابی از ارزش های اصیل شهر نیستند، ناشناس سازی شده و دچار فرسایش هویت می شوند. در این راستا، مکان های شهری که ارتباطی با گذشته، تاریخ و فرهنگ ندارند، به دلیل از دست دادن معنای خود به «مکان بی دفاع» تبدیل می شوند^۲

این گذار در ادراک مکان، موجب تار و مار شدن ارتباط مکان با شهر، اجتماعی شدن، روابط تعلق و وابستگی و شکل گیری گروه های مکانی مختلف شده است. در تحریف معنایی مکان، وجود القای فرهنگی برای انجام رفتارهای استاندارد شده با رویکردی ایدئولوژیک مدرن در روابط مکانی مهم است.^۳ در این چارچوب، مناطقی که افراد نمی توانند با آن ها هویتی، تاریخی و رابطه ای برقرار کنند و فاقد معنای مختص خود هستند و تنها از طریق روابط رویه ای قابل درک هستند، «مکان بی دفاع» نامیده می شوند^۴

بخشی دیگر از ویژگی های مکان های بی هویت و بی دفاع شهر مدرن که متشکل از بزرگراه ها، بیمارستان ها، مراکز خرید، پارک های تفریحی و مانند آن ها هستند، عبارت است از اینکه علاوه بر داشتن ماهیت بی هویت و ناشناس، ارتباط با آن ها از طریق تصاویر، متون، نشانه ها یا نمادهای از پیش تولید شده صورت می گیرد. به این ترتیب، رابطه فرد با شهر فراتر از اراده خود وی، بر اساس طرح های از پیش تعیین شده شکل می گیرد. در این شرایط، نادرست نیست که بگوییم زندگی روزمره قالب بندی بر اساس جریانی از پیش تعیین شده به سطح نمادین فرورفته است

۱- Lynch, K. (2010). Kent İmgesi. İrem Başaran (Çev.). İstanbul: Türkiye İşbankası Kültür Yayınları

۲- Koçyiğit, G. B. (2018). Mark Auge'de Yok Yer (Non- Lieu) Kavramı Üzerine Bir Epistemolojik Çözümleme. Megaron, 13(4), 536-544.

۳- Ague, M. (2016). Yok Yer, Üst Modernliğin Antropolojisine Giriş. İstanbul: Daimon.

۴- Özerk, G. B. ve Yüksekli, B. A. (۲۰۱۱). Küresel Kent, Kentsel Markalaşma ve Yok Mekân İlişkileri. İdeal Kent, ۹۳-۸۲, ۳.

در زمینه بی‌معنا بودن مکان، قطع ارتباط افراد با گذشته خود از طریق معانی نسبت داده‌شده به مکان و عدم امکان پیش‌بینی پتانسیل آینده برای مکانی که با کدهای رویه‌ای برچسب زده‌شده، به «اکنون» بودن فرد محدود می‌شود. در این مرحله، احساس «بی‌انتهایی» و «پیش‌بینی‌ناپذیری» که به زندگی اجتماعی نفوذ می‌کند، می‌تواند موجب ایجاد احساساتی مانند تجزیه و تحلیل و بی‌معنایی در افراد یا گروه‌ها شود. ذهنی که از واقعیت جدا می‌شود و عاطفی می‌شود، در برابر تأثیرات بیرونی آسیب‌پذیرتر خواهد شد. در این محدوده، نفوذ ایدئولوژی حاکم بر محیط اطراف وی تقویت خواهد شد. فردی که ارتباطش با مکان، تاریخ، فرهنگ و خودش ضعیف شده، دیگر به الگوهای رفتاری و فکری که برایش طراحی شده، محکوم خواهد بود.^۱

مکان‌های ناشناس سازی شده، طراحی شده و فاقد زمینه، در رابطه مکان-جامعه کالایی شده و به ابزاری برای اعمال قدرت تبدیل می‌شوند بی‌تردید، تجربیات مبتنی بر مکان یا روابط شکل‌گرفته بر مکان، به ویژگی‌های رفتار، اندیشه، روابط و معانی اشاره دارند. بنابراین، می‌توان گفت میان مکان و رفتار، نگرش و آگاهی که در آن شکل می‌گیرد، ارتباط وجود دارد. در زندگی اجتماعی، الگوهای رفتاری اغلب تحت تأثیر عوامل محیطی شکل می‌گیرد؛ گاهی نیز ادراکات فردی به‌عنوان مرجع این ارتباط عمل می‌کنند. در این حالت، شکل‌گیری و تداوم رفتارهای متفاوت در زندگی اجتماعی، حاصل ترکیب فرآیندهای اجتماعی و مکانی است.^۲

مکان به‌عنوان عرصه‌ای که روابط اجتماعی در آن شکل می‌گیرد و توسعه می‌یابد، همچنین ابزاری سیاسی و ایدئولوژیک است. به‌این‌ترتیب، بازتولید روابط هژمونیک قدرت، تضادهای اجتماعی و نابرابری‌ها در مکان مطرح است روابط متضمن تعارض و مبارزه در مکان، مستقیماً بر ادراک، طراحی و استفاده از مکان تأثیرگذار هستند.^۳ از این منظر، تبدیل مکان به مکان بی‌دفاع به معنای آن است که شهر مدرن در فرآیند تغییر خود، معنا، تاریخ و واقعیت خود را مصرف کرده است. مکان‌های بی‌دفاع، در چارچوب ایدئولوژی مدرن، از یک‌سو به‌عنوان صحنه‌ای مناسب برای واقعیت‌های کاذب، خوشبختی‌های مجازی، تحریک‌شده آرزوها و آزادی‌های بی‌پایان ارائه‌شده به توده‌ها عمل می‌کنند و از سوی دیگر بخشی از آنومالی اجتماعی هستند.^۳

1. چارچوب نظریه جرم‌شناسی رادیکال: رابطه بین جرم شهری و مکان بی‌دفاع

مکان، صحنه‌هایی هستند که میزبان تجربیات شخصی، احساسی، فکری، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی افراد در ارتباط با دیگران و جامعه هستند. بنابراین، یکی از ابعاد که باید در تحلیل‌های مربوط به ساختار اجتماعی مورد توجه قرار گیرد، مفهوم مکان و ادراک مکان است. در این راستا،

۱- Koçyiğit, G. B. (2018). Mark Auge'de Yok Yer (Non- Lieu) Kavramı Üzerine Bir Epistemolojik Çözümleme. Megaron, 13(4), 536-544.

۲- Durukan, A. ve Öztürk, B. Ö. (۲۰۲۱). Mekân ve Kültürel Demans. İdil, ۳۹-۳۱, ۷۷.

۳- Aytaç, Ö. (۲۰۱۳). Kent Mekânları ve Kimlik/Farklılık Sorunu. İdeal Kent, ۱۶۹-۱۳۸, ۹.

مکان، فضا و معنا بخشی به مکان، در درک بسیاری از عوامل/فرایندهای موجود در ساختار اجتماعی برجسته می‌شوند. در درک پدیده «جرم» در درون ساختار اجتماعی، توجه به مفهوم مکان نیز امری مهم است.

مطالعات مربوط به جرم نشان داده‌اند که ادراک مکان یا طراحی مکان، یک متغیر مهم است. جرم اغلب شامل تمایزات خودمختار است که بر اساس شکل و شدت ارتباط افراد یا گروه‌ها با مکان شکل می‌گیرد. همچنین، ویژگی‌های ذاتی مکان نه تنها به خودی خود بر شکل‌گیری جرم تأثیر می‌گذارد، بلکه می‌تواند سایر عوامل مؤثر بر جرم را نیز تقویت کرده و گرایش به جرم را افزایش دهند. هم‌زمان با تغییرات ناشی از فرایند جهانی شدن جوامع مدرن، رویکردهای مختلفی در زمینه مکان نیز ظهور کرده‌اند. در این زمینه، درک نقش مکان در ایجاد جرم در دوره جدید، به‌عنوان یک عامل مهم مورد تأکید قرار گرفته است.

تجربیات یا عملکردهای مکانی، به‌طور کلی، در شکل‌گیری رفتارها، نگرش‌ها و ادراکات مربوط به جرم مؤثر هستند. محققانی مانند اسمیت و کاتز، بر این نکته تأکید دارند که مکان، بستری سیاسی و ایدئولوژیک برای زندگی روزمره است. این رویکرد با ادعای اینکه اقتصاد سرمایه‌داری در شکل‌گیری نبود مکان مؤثر است و با بازطراحی مکان بر اساس منافع خود و همچنین باز شکل‌دهی آن با کدهای ایدئولوژیک، روابط قدرت را در این عرصه‌ها بازتولید می‌کند، همسو است. به همین ترتیب، ادعای نظریه جرم‌شناسی رادیکال مبنی بر اینکه جرم در شهرها به‌عنوان یک کارکرد نظام سرمایه‌داری پذیرفته می‌شود، با توضیحات ارائه‌شده درباره شرایط ظهور نبود مکان همسو است. در این راستا، می‌توان گفت که ادعای ارتباط بین جرم شهری و نبود مکان به‌عنوان نتیجه‌ای از سیاست‌های کنونی مربوط به مکان، هم در شکل‌گیری نبود مکان و هم در نظریه جرم‌شناسی رادیکال، یک همپوشانی مشترک دارد.^۱

ادعای دیگر نظریه جرم‌شناسی رادیکال در ارتباط با ظهور جرم شهری این است که پدیده مصرف شکل‌گرفته در درون نظام سرمایه‌داری، امروزه فراتر از نیازهای طبیعی رفته و به سمت مصرف نمادها و نشانه‌ها گرایش یافته است در توضیحات مربوط به تبدیل مکان به مکان بی‌دفاع، بیان می‌شود که شکل جدید به مناطقی تبدیل‌شده که از طریق نشانه‌ها و نمادها قابل ارتباط است و این مناطق به‌عنوان بخشی از رفتارها و اقدامات روندی که مصرف را تشویق می‌کند، کالایی شده‌اند. این درک، نمایانگر آن است که نبود مکان بخشی از رفتار تحریک‌شده مصرف است و با ادعای نظریه جرم‌شناسی رادیکال مبنی بر اینکه درک مصرف بی‌حدومرز در جوامع سرمایه‌داری، گرایش به جرم در شهرها را افزایش می‌دهد، همسو است.

ویژگی مصنوعی و جداسده از واقعیت تاریخی و فرهنگی مکان بی‌دفاع شهری را می‌توان به‌عنوان انعکاسی از این واقعیت در نظر گرفت که این مفهوم در فرایند جهانی‌شدن، مجدداً به معنایی بازتفسیر شده است که در چارچوب نیازهای سیستم سرمایه‌داری قرار دارد. ساختار این معانی

۱- Aytar, V. (۲۰۰۵). Metropol. İstanbul: L&M Yayınları.

مصنوعی که عمدتاً از متون و نشانه‌های نمادین تشکیل شده است، فرد خودمحور و خودخواه را در این مناطق مجبور می‌کند تا به‌طور فزاینده‌ای وجود، ارزش و اثبات خود را در برابر جامعه و خود به نمایش بگذارد. این اجبار، بر اساس نظریه جرم‌شناسی رادیکال، موجب تضعیف کنترل درونی فرد شده و ظهور رفتارها و افکار مجرمانه را تسهیل می‌کند.

در معنا بخشی به فضای بی‌دفاع که با تحول مکان ظاهر شده است، از وجود استانداردهای جهانی در تعیین معیارها و شرایط استفاده سخن گفته می‌شود. اما نظریه پردازان جرم‌شناسی رادیکال معتقدند که پشت این رویکرد که به ناشناس شدن مکان‌ها منجر می‌شود، قوانینی نهفته است که بر اساس منافع طبقه مسلط تعیین شده‌اند. این نظریه پردازان، بر این اساس، استدلال می‌کنند که ایدئولوژی جهانی و نیازهای نئولیبرال پشت آن که در شکل‌گیری نبود مکان نقش دارند، همچنین در تعریف جرم استفاده شده و به این ترتیب، رفتارهایی که با منافع طبقه مسلط مغایرت دارند، به‌عنوان جرم تلقی شده‌اند.

برخی متفکران معتقدند که مکان در چارچوب نیازهای جهانی امروز، مجدداً بر اساس استراتژی‌های تفاوت بازسازی شده است. با بازسازی مکان بر مبنای تفاوت‌ها، بازیگران و گروه‌های عملی که در برابر موقعیت مسلط در ساختار اجتماعی قرار گرفته‌اند، ممکن است به این مکان‌های دگرگون شده بازگشته و علیه قدرت یا نظم موجود اقدامات متقابل را حمایت کنند. این موضوع اگرچه در چارچوب نظریه جرم‌شناسی رادیکال به‌عنوان نوعی واکنش بقا تفسیر شود، اما این نظریه همچنین بیان می‌کند که این نوع حرکات به دلیل اینکه مستقیماً به منافع حاکمان را هدف قرار می‌دهند، در نظام حقوقی تعریف شده توسط نهاد قدرت به‌عنوان جرم تلقی خواهند شد.^۱

با تبدیل شدن مکان به فضای بی‌دفاع و از دست دادن معنای فرهنگی آن در درون ساختار اجتماعی، می‌توان گفت که به‌جای آن، مفاهیمی مانند عقلانیت، فردگرایی، منافع اقتصادی، مد و فناوری تعیین‌کننده شده‌اند. این فرایند موجب شکل‌گیری احساساتی مانند فردگرایی، تنهایی، تجاری شدن و بی‌اعتمادی در نبود مکان شده و روابط اجتماعی در ساختار شهری را مصنوعی، موقت و ناپایدار کرده است. به این ترتیب، بیگانگی، تفرق و تجزیه حاکم بر شبکه‌های روابط اجتماعی می‌تواند زمینه‌ساز نگرش‌ها، رفتارها و افکار مرتبط با جرم در مناطق شهری باشد.^۲

جالب توجه است که توضیحات ارائه شده در مورد تجزیه و تحلیل ساختارهای اجتماعی که بر اساس نظریه جرم‌شناسی رادیکال بر ظهور جرم تأثیرگذارند: شامل عوامل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، تاریخی و سیاسی و تأثیری که آن‌ها بر فرایند اجتماعی شدن، یکپارچگی فرهنگی و سیاسی دارند،

۱- Soja, E. & Hooper, B. (۱۹۹۳). The Space Difference Makes: Some Note of Geographical Margin of The New Culture Politics. Michael Keith and Steve Pile (Der.) Place and Politics of Identity in (۲۰۰-۱۸۳). London: Routledge.

۲- Kurtuluş, H. (۲۰۰۵). Bir «ütopya» Olarak Bahçeşehir. H. Kurtuluş (Der.). İstanbul'da Kentsel Ayrışma içinde, (۱۲۳-۷۷). İstanbul: Bağlam Yayınları.

با توضیحاتی که بر تجزیه ساختار اجتماعی به عنوان عامل ایجاد فضای بی دفاع تأکید دارند، ریشه مشترکی دارند. بررسی مفاهیمی که در تبیین فضای بی دفاع به کار گرفته می شوند نشان می دهد که آن ها در عین حال فیلترهایی هستند که به لحاظ زمانی و فیزیکی بر مکان محدودیت اعمال می کنند. بر این اساس، باید به تأثیر این رویکرد در افزایش قطبی شدن در زندگی شهری توجه کرد. این مرزهای مصنوعی تثبیت شده در درون جامعه برای برخی ایجاد فضای امنیت می کند، در حالی که برای برخی دیگر نشانه ای از حرکت رهایی از موانع است. این تضادها زمانی که با گسستگی، بی ریشگی و بی معنایی نبود مکان ترکیب می شوند، می توانند گرایش به جرم در مناطق شهری را افزایش دهند.^۱

نتیجه گیری

جرم را می توان به عنوان نگرش ها، رفتارها یا افکاری تعریف کرد که با ارزش های مسلط و جاری در ساختار اجتماعی ناسازگار بوده و به همین دلیل هدف قرار دادن نظم اجتماعی هستند و در صورت بروز، مجازات مختلفی را به دنبال دارند. مهم ترین ویژگی جرم این است که توسط اجزای ساختار اجتماعی تعریف و معنا می یابد. در این زمینه، نمی توان گفت که معیار اصلی تعیین یک رفتار به عنوان جرم، چیزی جز ارزش های فرهنگی جامعه است.

جرم، فرایندی پویا و رابطه ای است که در درون ساختار اجتماعی ظهور می کند و دارای اجزای مختلفی است. جرم شهری که می تواند به عنوان نوعی دیگر از جرم در نظر گرفته شود، نتیجه تعامل در سطوح مختلف همه عناصر تشکیل دهنده شهر است. در این معنا، جرم شهری پدیده ای است که به واسطه گرد هم آمدن چندین جزء در فضای شهری شکل می گیرد. مکان که بخش مهمی از بافت شهری است، یکی از اجزای مرتبط با جرم نیز محسوب می شود. اما اشتباه است که مکان را صرفاً به عنوان یک موجودیت فیزیکی در ارتباط با جرم در نظر بگیریم. مکان همچنین بستری است که در آن روابط اجتماعی شکل می گیرند و حامل ساختارهای سیاسی، ایدئولوژیک، فرهنگی و سلسله مراتبی است. روابط اجتماعی شکل گرفته در مکان، منابع تجربه زیسته ای هستند که حافظه اجتماعی را شکل می دهند. به همین دلیل، هر عمل، نوآوری و تغییر در الگوی روابط اجتماعی، رد پای در حافظه اجتماعی باقی می گذارد و حافظه اجتماعی شکل گرفته نیز بر عمل اجتماعی اثر می گذارد. به این ترتیب، تغییر در هر یک از اجزای ساختار اجتماعی موجب باز تنظیم مجدد شیوه های کنش مکانی، سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی ما می شود. پژوهش حاضر با هدف بررسی رابطه بین فضاهای بی دفاع شهری و وقوع جرم، با تکیه بر نظریه جرم شناسی رادیکال انجام شد. یافته های این پژوهش نشان می دهد که فضاهای بی دفاع شهری، به عنوان محصول مستقیم نابرابری های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، بستر مناسبی را برای رشد و گسترش جرم و جنایت فراهم می کنند. این فضاها با ایجاد احساس ناامنی و بی اعتمادی در میان ساکنان، به ویژه گروه های آسیب پذیر، فرصت های ارتکاب جرم را افزایش می دهند.

۱- Bauman, Z. (۲۰۰۶). Küreselleşme ve Toplumsal Sorunları. A. Yılmaz (Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

نظریه جرم‌شناسی رادیکال با تأکید بر نقش ساختارهای اجتماعی در شکل‌گیری جرم، می‌تواند به‌خوبی این یافته‌ها را تبیین کند. بر اساس این نظریه، جرم نه‌تنها به‌عنوان یک رفتار فردی، بلکه به‌عنوان محصول ساختارهای اجتماعی ناعادلانه قابل تفسیر است. فضاهای بی‌دفاع شهری، با تقویت نابرابری‌ها و ایجاد شکاف‌های اجتماعی، به‌عنوان نمادی از توزیع ناعادلانه قدرت و ثروت عمل می‌کنند. در این فضاها، گروه‌های محروم و حاشیه‌نشین از امکانات و فرصت‌های برابر محروم بوده و به همین دلیل به ارتکاب جرم روی می‌آورند.

برای کاهش جرم در فضاهای بی‌دفاع شهری، ضروری است به ریشه‌های اجتماعی این پدیده پرداخته شود. در این راستا، پیشنهاد می‌شود که برنامه‌هایی برای کاهش فقر، ایجاد اشتغال، بهبود خدمات عمومی و تقویت سرمایه‌های اجتماعی در این مناطق اجرا شود. همچنین، مشارکت فعال شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها و مدیریت امور محلی، تقویت نظارت اجتماعی و بازآفرینی شهری از جمله راهکارهای مؤثر برای کاهش جرم در این فضاها هستند.

درنهایت، می‌توان گفت که مقابله با جرم در فضاهای بی‌دفاع شهری نیازمند یک رویکرد جامع و چندبعدی است که در آن، نهادهای مختلف از جمله دولت، شهرداری‌ها، سازمان‌های مردم‌نهاد و شهروندان باهم همکاری کنند. با اتخاذ سیاست‌های مبتنی بر عدالت اجتماعی و مشارکت شهروندی، می‌توان به ایجاد محیط‌های شهری امن‌تر و عادلانه‌تری دست‌یافت.

منابع

۱. جعفری، فریدون. (۱۴۰۰). چالش تعریف جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. پژوهش های حقوقی، ۲۰(۴۵)، ۷-۲۲
۲. جوانمردی. مرتضی (۱۳۸۴). نسل زدایی: ساختار عناصر جرم. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
۳. حاتمی نژاد، حسین، منصور، بابر، فعلی، محمد. (۱۳۹۲). تبیین نقش فضاهای شهری در پیشگیری از وقوع جرم و ایجاد امنیت. فصلنامه علمی- پژوهشی اطلاعات جغرافیایی «سپهر»، ۲۲(۸۷)، ۶۸-۷۶.
۴. دیبائزاد، محسن، محسنی، فرید، قاسمی، ناصر. (۱۴۰۱). آسیب شناسی تعریف قانونی جرم. ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، ۵(۸)
۵. رحیمی نژاد، اسمعیل. (۱۳۹۹). جرم شناسی فرهنگی سبز: از علت شناسی تا پیشگیری. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۱(۱)، ۷۵-۱۰۲
۶. صادقی، دکتر حسین، شهری، وحید شقاقی پور، حسین اصغر. (۱۳۸۴). تحلیل عوامل اقتصادی اثرگذار بر جرم در ایران. فصلنامه تحقیقات اقتصادی
۷. موسوی، بهاره سادات، تومانیان، آرا، ارگانی، میثم، ارونندی، سمانه، ساعدپناه، مهران. (۱۴۰۲). شناسایی مناطق جرم خیز و عوامل موثر در تشدید آن با استفاده از روش های داده کاوی مکانی (مطالعه موردی شهر اصفهان). پژوهش های جغرافیایی برنامه ریزی شهری، ۱۱(۱)، ۵۱-۶۹
8. Ague, M. (2016). Yok Yer, Üst Modernliğin Antropolojisine Giriş. İstanbul: Daimon.
9. Akers, R. L. & Jennings, W. G. (2009). Social Learning Theory. J. M. Miller (Ed.), 21. Century Criminology: A Reference Hand Book, in (323-332). Thousand Oaks: CA. Sage. Aksoy, E. (2007). Suç ve Kent Güvenliği Yaklaşımı. TMMOB Ankara Şubesi Bülteni, 55, 11-16.
10. Aktay, A. (2018). Mekân Üretim Endüstrisinin Güvenliği Pazarlayan Rant Stratejileri. Akademik İncelemeler Dergisi, 13(1), 125-136.
11. Aktay, A. (2020). Seçkinleştirme Karşısında Bariyer Semtler/ Kimlikli Mekanlar. Ankara: Tezkire.
12. Aliyev, N. (2019). Modern Suçun Nedenleri ve Koşulları, Bir Dizi Belirleyici: Genel Bir Bilimsel İnceleme. Adli Bilimler ve Suç Araştırmaları Dergisi, 1(1): 7-21.
13. Assmann, J. (2001). Kültürel Bellek: Eski Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik. A. Tekin(Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

14. Ayhan, İ. ve Çubukçu, K. M. (2007). Suç ve Kent İlişisine Ampirik Bakış: Literatür Taraması. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3(5), 30-55.
15. Aytaç, Ö. (2013). Kent Mekânları ve Kimlik/Farklılık Sorunu. İdeal Kent, 9, 138-169.
16. Aytar, V. (2005). Metropol. İstanbul: L&M Yayınları.
17. Bahar, H. İ. (2009). Sosyoloji. Ankara: Uşak Yayınları.
18. Bauman, Z. (2006). Küreselleşme ve Toplumsal Sorunları. A. Yılmaz (Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
19. Berber, Ö. (2011). Yok-Yer, Yersizleşme ve Yurtsuzluk Kavramları Üzerine Bir Sorgulama. İdeal Kent, 3, 142-157.
20. Ceritli, İ. (2003). Kentleşme Sürecinin Ekonomi Politikası ve Bir Türkiye Uygulaması. Ankara: Yargı Yayın Evi.
21. Çubukçu, E. (2000). Affect of Physical Environment on Crime. Çalışma Makalesi. Şehir ve Bölge Planlama Bölümü. Ohio Eyalet Üniversitesi.
22. Demirbaş, T. (2005). Kriminoloji. Ankara: Seçkin Yayınları.
23. Durukan, A. ve Öztürk, B. Ö. (2021). Mekân ve Kültürel Demans. İdil, 77, 31-39.
24. Gierny, T. F. (2000). A Space For Place in Sociology. Annual Review Of Sociology, 26, 465-469.
25. Gölbaşı, S. (2008). Kentleşme ve Suç. İstanbul: On İki levha Yayıncılık.
26. Gruenewald, P. J., Freisthler, B., Remer, L., LaScala, E. A. & Treno, A. (2006). Ecological Models of Alcohol Outlets and Violent Assaults. Crime Potentials and Geopolitical Analysis Addictions, 101, 666-677.
27. Harvey, D. (1997). Postmodernliğin Durumu. Sungur Savran (Çev.). İstanbul: Metis Yayınları.
28. Hideg, G. & Manchin, R. (2007). Environment and Safty in European Capitals. European International Crime Survey- EUICS Working Paper Series, Gallop, Europe.
29. Ibellings, H. (1992). Supermodernism: Architective in Age of Globalization. Rotterdam: NAIPublisher.
30. Kızmaz, Z. (2006). Suçun Siyasi Doğası Üzerine Odaklaşan Kuramlar ve Bu Kuramların Eleştirisi. Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1(12), 97-114.

31. Koçyiğit, G. B. (2018). Mark Auge'de Yok Yer (Non- Lieu) Kavramı Üzerine Bir Epistemolojik Çözümleme. *Megaron*, 13(4), 536-544.
32. Korkmaz, A. (1988). Şehirleşme ve suç: Malatya araştırması. Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
33. Kurtuluş, H. (2005). Bir "ütopya" Olarak Bahçeşehir. H. Kurtuluş (Der.). İstanbul'da Kentsel Ayrışma içinde, (77-123). İstanbul: Bağlam Yayınları.
34. Lefebvre, H. (2013), Kentsel Devrim, (Çev. Selim Sezer), İstanbul: Sel Yayıncılık,
35. Lefebvre, H. (2014), Mekânın Üretimi, (Çev. I. Ergüden), 2. Baskı, İstanbul: Sel Yayıncılık.
36. Lineberry, R. L. & Sharakansky, I. (1974). *Urban Politics & Public Policy*. New York: Row Publisher.
37. Lynch, K. (2010). Kent İmgesi. İrem Başaran (Çev.). İstanbul: Türkiye İşbankası Kültür Yayınları
38. Marshall, G. (1999). *Sosyoloji Sözlüğü*. Osman Akınhay ve Dilek Kömürcü (Çev.). Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları.
39. Özerk, G. B. ve Yüksekli, B. A. (2011). Küresel Kent, Kentsel Markalaşma ve Yok Mekân İlişkileri. *İdeal Kent*, 3, 82-93.
40. Shade, M. (2002). Risk of Factors of Delinquency: An Overview <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/frd03127.pdf?q=risk-and-protective-factors-of-child-delinquency>. Erişim: 22-11-2022.
41. Soja, E. & Hooper, B. (1993). The Space Difference Makes: Some Note of Geographical Margin of The New Cultural Politics. Michael Keith and Steve Pile (Der.) *Place and Politics of Identity* in (183-205). London: Routledge.
42. Urry, J. (1999). *Mekânları Tüketmek*. R. G. Ögdül (Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
43. Uslu, E. (2011). Sosyo ekonomik bir olgu olarak kentsel suç; Bakırköy ve Küçükçekmece örnekleri. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
44. Williams III, F. P. & Mc Shane, M. D. (1999). *Criminological Theory*. USA: Prentice Hall.
45. Wirth, L. (2002). Bir Yaşam Biçimi Olarak Kentleşme. B. Duru ve A. Alkan (Çev.). B. Duru ve A. Alkan (Ed.). 20. Yüzyıl Kenti, içinde (77-106). Ankara: İmge Kitabevi.

Applying jurisprudential rulings for crimes requiring death in Imamiyyah and Hanafiyyah jurisprudence with the approach of mitigating punishment

Akram Shafeei¹, Mahnaz Salimi², Javad Rajabi Salman³

Date Received : 20 April 2024 Date accepted : 8 August 2024

Abstract

Each of the heavenly religions have brought laws to establish justice and establish a favorable relationship between man and God and between men and each other and have proposed punishments to ensure the implementation of their laws, which include death penalty. In addition to the fact that crimes leading to death have differences in different religions, there are also differences between jurists in different religions, including Islamic religions. In a descriptive-analytical way, this study has investigated cases of revenge, types of extreme crimes, sexual crimes, crimes against religion and social security (war and apostasy) and execution in case of repeated crimes. The results showed that there are similarities between the jurisprudence rulings of crimes warranting death in Imami and Hanafi jurisprudence, but there are also differences in some cases, such as the circumstances and verification of crimes. Circumstances such as the lack of sufficiency and the relationship between the murderer and such cases have caused the reduction of the death penalty in both Imamiyyah and Hanafiyya jurisprudence.

Key words: crimes warranting execution, Imamia, Hanafiya, mitigation of punishment, repetition of crimes.

¹.PhD student, Department of Law, Hamadan Branch, Islamic Azad University, Hamadan, Iran - ² Assistant Professor, Department of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran
³ Assistant Professor, Department of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran



تطبیق احکام فقهی جرائم مستوجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تخفیف مجازات

اکرم شفیعی^۱، مهناز سلیمی^۲، جواد رجیبی سلمان^۳

تاریخ پذیرش: ۸۱ مرداد ۳۰۴۱

تاریخ دریافت: ۱ اردیبهشت ۳۰۴۱

چکیده

هر یک از ادیان آسمانی برای برقراری عدالت و ایجاد رابطه مطلوب میان انسان با خدا و انسانها با یکدیگر قوانینی را آورده‌اند و مجازاتهای را برای اطمینان از اجرای قوانین خود مطرح کرده اند که از جمله این مجازاتها، اعدام است. جرائم موجب اعدام علاوه بر اینکه در ادیان مختلف اختلافاتی با هم دارند در مذاهب مختلف و از جمله مذاهب اسلامی نیز دارای اختلافاتی بین فقهاست که در مقاله حاضر به تطبیق احکام فقهی جرائم موجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تخفیف مجازات پرداخته شده است. این مطالعه به روش توصیفی - تحلیلی موارد قصاص، انواع جرایم حدی، جرایم جنسی، جرایم علیه دین و امنیت اجتماعی (محرابه و ارتداد) و اعدام در تکرار جرایم را مورد بررسی قرار داده است. نتایج نشان داد که بین احکام فقهی جرائم مستوجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه شباهت هایی وجود دارد اما در برخی موارد چون شرایط و احراز جرائم تفاوت هایی نیز وجود دارد. شرایطی چون عدم کفویت و رابطه ابوت بین قاتل و مواردی از این قبیل سبب تخفیف مجازات اعدام در دو فقه امامیه و حنفیه شده است.

واژگان کلیدی: جرائم مستوجب اعدام، امامیه، حنفیه، تخفیف مجازات، تکرار جرائم.

۱ - دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

۲ - استادیار گروه حقوق، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

۳ - استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

امروزه اغلب قانونگذاران جهان جرایم را در طبقه بندیهای خاصی با توجه به شدت و خفت مجازات قرار میدهند و میکوشند تا با دقت در تحولات جامعه در ایجاد تناسب بین جرم انجام یافته و مجازات مقرر توفیق پیدا کنند و به خصوص دادههای جرم شناختی نیز بر وجود این تناسب تاکید فراوان دارد مجازاتها انواع مختلفی از قبیل جزای نقدی، مصادره، ضبط و توقیف اموال، شلاق، زندان و اعدام را شامل میشوند که هر یک موافقان و مخالفان خاص خود را دارد. در این میان، مجازات اعدام شدیدترین مجازاتی است که میتوان آن را علیه مجرمین به کار گرفت. اعدام به معنای سلب حیات انسان یکی از این کیفرهای تشریح شده امضائی در اسلام و تحت عنوان قصاص نفس یا به عنوان حد شرعی و بعضاً در مواردی نیز جزء تعزیرات و احکام حکومتی محسوب میشود. کیفر اعدام نسبت به مجرمانی اعمال میشود که بدترین جرایم را با علم به آن جرم مرتکب شده و برای جامعه خطرناک و به یقین قابل اصلاح نخواهند بود. اما طبیعت خشن این مجازات و درد و رنج فراوانی که بر محکوم وارد میکند جریان مخالف قوی را بر علیه آن برانگیخت و سبب شد در بیش از حدود ۱۰۰ کشور مجازات اعدام لغو گردد و تعداد زیادی از کشورها نیز اعدام را تنها برای جرایم خاص پیش بینی نمایند و یا در پی تقلیل آن باشند. اسلام نیز همچون دیگر شرایع الهی اعدام مجرمان را در مواردی خاص جایز و گاهی واجب شمرده است فقهای مذاهب اسلامی همچنین در مواردی نیز با قرار دادن شروطی چون عدم کفویت و رابطه ابوت بین قاتل و مواردی از این قبیل قائل به تخفیف مجازات اعدام شدهاند هرچند در رویکرد تخفیف مجازات بین مذاهب اسلامی تفاوتهایی نیز مشاهده میشود این تفاوتهای ناشی از تفاوت در تعداد جرائم مستوجب اعدام و تفاوت در شرایط و احراز جرائم مستوجب اعدام است. با توه به مطالب مطرح شده است این مطالعه درصدد بررسی تطبیقی احکام فقهی جرائم مستوجب اعدام در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تخفیف مجازات است.

۱- مفهوم شناسی

پیش از ورود به بحث، لازم است برخی واژگان بحث و بررسی شود لذا در این بند اعدام و جرائم مستوجب اعدام بحث و بررسی میشود.

۱-۱- اعدام

واژهی اعدام در زبان عربی مصدر فعل «أَعَدَمَ» است. أَعَدَمَ [ثلاثی] مزید فعل «عَدَمَ، يَعْدِمُ» است. گفته میشود: «عَدَمَ فلانٌ» یعنی نیازمند شد و «اعدام الشی فلاناً» یعنی آن را از دست داد. عدم یعنی فقر، ضد وجود، معدوم یعنی غیروجد^۱. اعدام در لغت به معنای متعددی چون نیست گردانیدن، تهیدست شدن، نابود کردن، نایاب گردانیدن چیزی، کشتن کسی به عنوان مجازات استعمال شده است^۲ و بعضی آن را در

۱- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، موسسه دارالهجره، قم، ج ۲، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۷؛ فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، القاموس المحیط، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲ق، ص ۱۰۴۷.

۲- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، راه رشد، تهران، ج ۱، ۱۳۹۹ش، ص ۱۸۹.

معنای سلب حیات فرد توسط دولت آورده اند.^۱

برخی فقها در تعریف اصطلاحی اعدام اینگونه آورده‌اند: «فعلی که به بندگان نسبت داده می شود که با آن زندگانی نابود می شود. نابودی زندگانی بدون فعل بندگان مرگ نامیده می شود».^۲

استعمال این واژه نزد قانون گذاران و شارحان قانون و پژوهشگران کنونی شایع شده است.^۳ در تعریف حقوقی، اعدام خارج کردن روح محکوم علیه به یکی از وسایل مقرر در قانون است. اعدام حکم و مجازاتی است که از سوی دستگاه قضایی کشورها صادر شده باشد و یا این که توسط نیروهای مسلح و نظامی کشورها صادر شده و اجر شود. بعضی اعدام را سخت ترین مجازات سالب حیات تبیین کرده‌اند.^۴

۱-۲- جرائم مستوجب اعدام

در مورد انواع جرایم حدی، اقوال مختلفی در کتب فقهی است. علت این امر اختلافات مبنایی موجود بین فقهای اسلامی است. بعضی از این فقها تنها جرایمی را حدی می دانند که در کتاب خدا^۵ ذکر شده باشند و بعضی دیگر، ذکر آن را در کتاب لازم ندانسته و تنها تعیین مجازات را از ناحیه کتاب یا سنت، ملاک حدی بودن جرم می دانند.

ابوحنیفه در گروه اول از این فقها قرار دارد و بر اساس آن، حدود را در پنج دسته از جرایم محدود می کند؛ زیرا تنها این پنج دسته، به عنوان جرایم خطرناک در قرآن کریم مطرح شده اند: حد زنا، حد سرقت، حد شرب خمر، حد قطع الطریق (راه زنان) و حد قذف.^۶ جزیری، جرایم مستوجب حد را با ملاکی که ابوحنیفه اتخاذ کرده و با الحاق مجازات محارب به حد سرقت یا قصاص یا تعزیر به چهار نوع، زنا که لواط هم با اختلاف بین فقها در همین دسته قرار می گیرد، سرقت، قذف و شرب خمر که این نیز خود اختلافی است، دسته بندی می کند.^۷

محقق حلی نیز انواع جرایم حدی را شش قسم معرفی زنا، ملحقات آن، لواط، مساحقه و واسطه گری در امور جنسی، قذف، شرب خمر، سرقت و راه زنی معرفی کرده است.^۸ علامه حلی نیز انواع حدود را به هشت نوع می رساند که عبارت اند از: زنا، لواط و سحق و قوادی، وطی اموات و بهایم، قذف، شرب

۱- - یاقوتی، ابراهیم، امکان سنجی سقوط قصاص نوجوان در پرتو قاعده درأ (از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران)،

آموزههای حقوق کیفری کشورهای اسلامی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۴۰۳، ص ۱۰۹.

۲- - طرابلسی، علاءالدین علی بن خلی، معین احکام فی لایتردد الخصمین من الاحکام، بیروت: دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵ق، ص ۱۷۶.

۳- - الکردی، امید عثمان، کنکاشی فقهی و حقوقی در مجازات اعدام، نشر احسان، تهران، ج ۱، ۱۳۹۴ش، ص ۷۸.

۴- - گلدوزیان، ایرج، بایستههای حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران، ج ۲، ۱۴۰۳ش، ص ۳۵۲.

۵- - سوره نور، آیات ۲ و ۳؛ سوره مائده، آیه ۳۳.

۶- - جزیری، عبد الرحمن و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، دار التقنین، بیروت، ج ۹، ۱۴۱۹ق، ص ۵.

۷- - همان.

۸- - محقق حلی، جعفرین الحسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۴۵.

خمر، سرقت، محاربه و ارتداد.^۱ شهیدثانی، حدود را در شش فصل بررسی کرده که همان شش موردی هستند که محقق حلی آورده و در فصل هفتم، مبحثی با عنوان عقوبت های گوناگون آورده است که در آن از وطنی بهایم، استمنا، ارتداد و دفاع از نفس و حریم بحث شده است.^۲ امام خمینی نیز همانند محقق و شهیدثانی حدود را به شش قسم تقسیم کرده، ولی در ادامه، تحت عنوان «خاتمه فی سایر العقوبات» درباره مجازات مرتد و وطنی بهایم و اموات نیز بحث کرده اند.^۳

با توجه به موارد فوق، از این جرایم حدودی، آن چه که ممکن است مجازات اعدام را در پی داشته باشد عبارت است از جرم زنا و لواط که از این دو به عنوان جرایم جنسی تعبیر می شود و جرم محاربه و ارتداد که از این دو می توان به عنوان جرایم علیه دین و امنیت عمومی یاد کرد.

۲- قصاص

قصاص به دو قسم قصاص نفس و قصاص عضو تقسیم میشود. حکم قصاص از احکام مسلم دین اسلام دانسته شده که آیاتی از قرآن، روایات متواتر و اجماع بر آن دلالت میکند. در این مقاله منظور از قصاص، قصاص نفس است.

۱-۲- در فقه امامیه

امامیه قتل را به سه نوع عمد، شبه عمد و خطائی تقسیم می کند و در قتل عمد، جانی را مستحق قصاص و در قتل شبه عمد، جانی و در قتل خطائی عاقله جانی را ملزم به پرداخت دیه میکند.^۴ قصاص دارای شرایطی است. یکی از آنها این است که قاتل و مقتول باید از نظر طبقه اجتماعی، هر دو آزاد و یا هر دو برده باشند.^۵ بنابراین اگر انسان آزادی مرتکب قتل عمد یک برده شود، به استناد آیه و اجماع فقها، قصاص نخواهد شد، ولی اگر برده مرتکب قتل یک انسان آزاد بشود، به طریق اولی قصاص می شود.^۶ یکی دیگر از شرایط قصاص، تساوی در جنسیت است. یعنی اگر مقتول زن باشد، قاتل مرد را در قبال او نمی توان قصاص کرد، مگر این که اولیای مقتول، نصف دیه کامل را بپردازند.^۷

میسند این حکم، آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ

- ۱- علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، منشورات الرضی، قم، ج ۲، ۱۴۱۳ق، ص ۲۷۴.
- ۲- جیبی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ص ۳۰۶.
- ۳- موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ج ۲۸، ۱۳۹۶ش، ص ۶۲۴.
- ۴- موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۵۲۶.
- ۵- همان.
- ۶- نجفی، محمدعلی، رساله فیالولایات، تحقیق: محمد کاظم ستایش و مهدی مهریزی، بوستان کتاب، قم، ج ۹۱، ۱۴۰۴ق، ص ۴۲.
- ۷- موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۵۱۹.

فَمَنْ اغْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ^۱ است. همچنین به روایت ابو بصیر استناد شده است که آورده است: یکی از صادقین (ع) میفرماید: «إِنْ قَتَلَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَارَادَ أَهْلَ الْمَرْأَةِ أَنْ يَقْتُلُوهُ أَدْوَا نِصْفَ الدِّيَةِ إِلَى أَهْلِ الرَّجُلِ»^۲.

از شرایط دیگر قصاص، تساوی در دین است. به این معنا که هیچ مسلمانی را بدلیل آیهی ۱۴۱ سوره نساء^۳، اجماع^۴ و روایاتی همچون روایت محمد بن قیس: «لا یقاد مسلم بدمی لا فی القتل ولا فی الجراحات»^۵ به خاطر قتل ذمی قصاص نمیکند.

شرط دیگر قصاص این است که مقتول، فرزند قاتل نباشد. به عبارت دیگر، به اتفاق فقهای امامیه، پدر را در قبال کشتن فرزند خود قصاص نمی کنند. بنابراین، اگر پدری مرتکب قتل فرزند خود بشود، فقط ملزم به پرداخت دیه به اولیای دیگر فرزند می باشد، مگر این که از طرف آنها مورد عفو قرار گیرد.^۶

شرط دیگر قصاص این است که قاتل به بلوغ شرعی رسیده باشد. بنابراین، اگر غیر بالغ مرتکب قتل عمد شود، قصاص نخواهد شد و این مسأله مورد اتفاق فقهای امامیه می باشد.^۷

دو دسته از روایات بر عدم قصاص قاتل غیر بالغ دلالت دارد:

دسته اول: روایاتی که نابالغ (صبی) را مرفوع القلم^۸ می‌داند.^۹

دسته دوم: روایاتی که عدم مسئولیت کیفری نابالغ را در قبال اعمالی که مرتکب می شود، مطرح کرده اند.^{۱۰}

قصاص مشروط به عدم جنون قاتل است. بنابراین، اگر مجنون مرتکب قتل عمد شود، به اجماع فقها و به استناد حدیث «رفع القلم»، قصاص نمی شود و عاقله او مسئول پرداخت دیه هستند و این مسأله مورد اتفاق همه فقها می‌باشد.^{۱۱} یکی دیگر از شرایط قصاص، مست نبودن قاتل است. زیرا شخص مست قادر به درک حسن و قبح افعال خود نیست. فقهای امامیه اتفاق نظر دارند بر اینکه اگر شخص مست در مست شدن خود مسئول نباشد، نسبت به اعمالی هم که در حال مستی انجام می دهد مسئول نیست.^{۱۲}

۱- سوره بقره، آیه ۱۷۸.
 ۲- نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۲، ص ۱۵۰.
 ۳- «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»
 ۴- نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۲، ص ۱۵۰.
 ۵- حرّعاملی، شیخ محمدبن الحسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ج ۲۹، ۱۴۰۹، ص ۱۰۸ و ۱۰۹.
 ۶- همان، ص ۱۶۹.
 ۷- نجفی، محمدعلی، پیشین، ج ۲، ۱۴۰۴، ص ۱۷۸.
 ۸- در فقه اسلامی، مرفوع القلم به معنای بلند شدن قلم یا تعلیق تکلیف است. این اصطلاح برای اشاره به افرادی یا گروه‌هایی از افراد به کار می‌رود که به دلیل شرایط یا اوضاع خاص خود، از برخی تکالیف شرعی یا اخلاقی معاف هستند.
 ۹- حرّعاملی، شیخ محمدبن الحسن، پیشین، ج ۲۹، ۱۴۰۹، ص ۹۰.
 ۱۰- نجفی، محمدعلی، پیشین، ج ۲، ۱۴۰۴، ص ۱۷۸.
 ۱۱- همان، ص ۱۷۷.
 ۱۲- همان، ص ۱۸۶.

حنفیه قتل را به سه نوع عمد، شبه عمد و خطائی تقسیم کرده و قاتل عمد را مستحق قصاص میدانند^۱ اما برای عاقله در قتل خطائی قاتل به تخفیف مجازات بوده و موظف به پرداخت دیه و نیز در قتل شبه عمد هم، عاقله را از قصاص معاف و موظف به دیه مُعَلَّظَه^۲ می کند.^۳

ابوحنیفه معتقد است که انسان آزاد در قبال کشتن برده، قصاص می شود ولی به شرطی که برده خود او نباشد دلایلی نیز برای این قول آورده اند، از جمله عمومیت آیات قصاص و حرمت خون برده و نیز روایاتی که خون مسلمین را متکفائی می داند.^۴

از نظر حنفیه، مرد در قبال کشتن زن، بدون پرداخت نصف دیه قصاص می شود و نیز مسلمان در قبال قتل کافر ذمی کشته می شود، ولی در قبال کشتن کافر غیر ذمی معتقد به تخفیف مجازات شده و او را از قصاص معاف داشته اند. مستند این قول، عموم آیه «ان النفس بالنفس»^۵ است که گفته اند قتل مسلمان در برابر ذمی جایز است؛ چون نفس در قبال نفس است. دیگر این که ذمی و مسلمان در حرمت خون مساوی هستند و این برای قصاص کافی است، همان گونه که حرمت مال او مانند حرمت مال مسلمان است و سرقت از آن موجب حد است، بلکه حرمت مال به دلیل حرمت خون مالک آن است. دلیل دیگر روایتی است که از پیامبر اکرم (ص) نقل نموده اند مبنی بر این که مرد مسلمانی، مردی از اهل ذمه را کشت و پیامبر اکرم (ص) در مقام قضاوت فرمود: «انا احق من وفی بذمته، ثم امر به فقتل»^۶. سپس به آیه ۲۹ سوره توبه استناد می کنند که مباح کننده خون را کفر و عدم پذیرش قرارداد ذمه می داند. بنابراین، اگر کسی قرارداد ذمه را پذیرفت، مجوزی برای ریختن خون او وجود ندارد و در پایان با تمسک به یک دلیل استحسانی می گویند: اگر قصاص بین مسلمان و کافر ذمی، اجرا نشود، موجب ظهور خون ریزی و آدم کشی در میان افراد جامعه خواهد شد.^۷

فقههای حنفیه، پدر را به استناد حدیث پیامبر (ص) که می فرماید: «لا یقاد والد بولده» در قبال کشتن فرزند خود قصاص نمی کنند^۸ و تفاوتی بین پدر و مادر و جد و جده قاتل نیستند^۹ در ضمن این فقها جد مادری را نیز داخل در جد پدری میدانند.^{۱۰}

۱- سرخسی، شمس الدین، المبسوط، دارالمعرفه، بیروت، ج ۲۷، ۱۴۲۱ق، ص ۸۴.
 ۲- دیهی مُعَلَّظَه دیهی قتل عمد یا شبه عمد را گویند.
 ۳- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۲۷، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲۷.
 ۴- همان، ج ۲۶، ص ۱۲۹-۱۳۰.
 ۵- جزیری، عبد الرحمن و دیگران، پیشین، ج ۵، ۱۴۱۹ق، ص ۲۸۲.
 ۶- سوره مائده، آیه ۴۵.
 ۷- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۲۶، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۲.
 ۸- جزیری، عبد الرحمن و دیگران، پیشین، ج ۵، ۱۴۱۹ق، ص ۲۸۴.
 ۹- مصری حنفی، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دارالمعرفه، بیروت، ج ۹، ۱۴۰۵ق، ص ۲۱.
 ۱۰- مرغینانی، علی بن ابی بکرین عبد الجلیل، الهدایه شرح بدایه المتبندی، پیام اندیشه، تهران، ج ۴، ۱۳۹۲ش، ص ۱۶۰۸.
 ۱۱- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العلمیه، بیروت، ج ۷، ۱۴۰۶ق، ص ۲۶۵.

حنفیه بلوغ و عقل را شرط قصاص می دانند (همان منبع)، بنابراین اگر دیوانه و صبی مرتکب جنایت شوند، او را از مجازات قصاص معاف میدانند؛ همچنین اگر صبی یا مجنون بر روی کسی سلاح بکشد و شخص مقابل در مقام دفاع، مرتکب قتل او شود، قصاص او نیز ساقط و قاتل مکلف به پرداخت دیه است.^۲ همچنین فقهای این مذهب بین جنون قبل و بعد از محاکمه قائل به تفصیل هستند؛ بدین صورت که اگر جنون، قبل از محاکمه عارض شود، مانع از محاکمه و صدور حکم نیست، چون آن چه ممکن است مانع از محاکمه باشد، عجز متهم از دفاع است و از نظر این ها عجز از دفاع، مانع محاکمه نیست، همان گونه که شخص کر و لال و غیره که قدرت دفاع ندارند، قابل محاکمه هستند.^۳ و عارض شدن جنون بعد از محاکمه را مانع اجرای حکم می شود و اگر مجازات قصاص باشد به دیه تبدیل می گردد.^۴

فقهای حنفیه در خصوص قاتل مست می گویند که اگر قاتل در استعمال مسکرات، تعمد داشته باشد، قابل مجازات است و نسبت به اعمالی که در حال مستی انجام داده نیز مسئول است، ولی اگر تعمد نداشته و معذور باشد، مسئولیت ندارد.^۵

۳- جرایم حدی

همانطور که پیشتر نیز گفته شد از بین جرایم حدودی، آن چه که ممکن است مجازات اعدام را در پی داشته باشد عبارت بود از جرم زنا، لواط، محاربه و ارتداد که دو جرم اول در زمره جرایم جنسی و دو جرم دوم در زمره جرایم علیه دین و امنیت عمومی در دو فقه امامیه و حنفیه مورد بررسی قرار میگیرد:

۳-۱- در فقه امامیه

۳-۱-۱- جرایم جنسی مستوجب اعدام

آن چه از روایات و فتاوی فقها به دست می آید، این است که مجازات زنا محصنه رجم است. در مسأله رجم، فقهای امامیه به روایاتی دال بر این حکم چون روایت «إِذَا زَنَى النِّصْفَ مِنَ الرِّجَالِ رَجِمَ وَلَمْ يَجْلِدْ إِذَا كَانَ قَدْ أَحْصَنَ»^۶ استناد کرده و دلیل آن را سنت قولی و فعلی پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) می شمارند.^۷

در مورد زانی یا زانیه محصن جوان، فقها دو گروه هستند: گروهی فقط رجم را قابل اعمال می دانند و گروه دیگر علاوه بر رجم، تازیانه را نیز قابل اعمال می دانند. اکثر متأخرین از جمله امام خمینی و خوئی

۱- طهماز، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، دار السامیه، بیروت، ج ۳، ۱۴۱۹ق، ص ۳۳۱.

۲- همان.

۳- ابن عابدین، محمد بن محمد امین، تکمله حاشیه رد المحتار، دارالفکر، بیروت، ج ۱، ۱۴۱۵ق، ص ۹۷.

۴- عوده، عبدالقادر، الشریع الجنائی الاسلامی، دارالکتب العربی، بی جا، ج ۱، ۱۴۰۵ق، ص ۵۹۶.

۵- جزیری، عبد الرحمن و دیگران، پیشین، ج ۵، ۱۴۱۹ق، ص ۳۱۲.

۶- حرّعاملی، شیخ محمدبن الحسن، پیشین، ج ۲۸، ۱۴۰۹ق، ص ۶۴.

۷- نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۱۸.

در گروه اول قرار دارند، اما گروهی از متقدمین هم چون محقق، شهید اول و شهید ثانی، نظر دوم را مطرح می کنند.^۲

نوع دیگر زنا که شنیع ترین نوع زنا می باشد، زنا با محارم است که مجازات شدید قتل با شمشیر برای آن در نظر گرفته شده، چه شخص زانی محصن باشد یا غیر محصن. ابن ادریس می گوید: «شخصی که در هر حال- محصن یا غیر محصن بودن، بنده یا آزاد بودن، مسلمان یا کافر بودن و پیرمرد یا جوان بودن- کشته می شود، کسی است که با محارم خود زنا کند.^۳ محقق نیز همین نظر را دارد.^۴

از دیگر جرایمی که مجازات اعدام حدی را به دنبال خود دارد، زنا با عفت است؛ یعنی مردی، زنی را به اکراه یا اجبار وادار به زنا کند. در این صورت زن مکروه یا مجبور، به سبب عدم اراده، مرتکب جرمی نشده و شخص مکروه به اجماع فقها مستحق اعدام حدی است. ابن سعید حلی می گوید: «کسی که زنی را وادار کند که نفس خود را در اختیارش بگذارد، کشته می شود چه برده باشد و چه آزاد، چه جوان باشد یا پیر و چه محصن باشد و یا غیر محصن».^۵ محقق حلی، حکم قتل را برای زانی به عفت مطرح می کند^۶ و صاحب جواهر در تأیید آن، حکم را اجماعی می داند.^۷

امام خمینی نیز رویه متقدمین را در پیش گرفته و به حکم قتل را فتوا داده است.^۸

اما شنیعترین نوع جرم جنسی لواط است. در فتوای فقها بین دو حالت ایقاب و عدم ایقاب تفصیل مشاهده می شود، بدین صورت که همگی متفق هستند که در صورت ایقاب، حکم لواط اعدام است و در صورت عدم ایقاب برخی از فقها در محصن، حکم به اعدام و در غیر محصن قائل به تخفیف مجازات و اجرای حکم تازیانه شده اند.

محقق حلی میگوید: «آن چه ایقاب موجب آن می شود، قتل فاعل و مفعول است، اگر هر یک از آنان بالغ و عاقل باشند و در این حکم حر و عبد و مسلمان و کافر و محصن و غیر آن مساوی هستند».^۹ نجفی در تأیید کلام محقق آن را اجماعی دانسته و هر دو قسم اجماع - منقول و غیر منقول - را جاری می داند.^{۱۰} همان طور که خود محقق حلی و نیز طباطبایی ادعای اجماع کرده اند.^{۱۱} امام خمینی نیز پس از این که لواط را به نزدیکی دو مرد به وسیله ایقاب و غیر آن تعریف می کند، می گوید: «اگر نزدیکی کند و ایقاب

۱ - خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، موسسه احیاء آثار الامام الخویی، قم، ج ۱، ۱۴۲۰ق، ص ۱۹۶.
 ۲ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۵۵؛ شهید ثانی، پیشین، ج ۹، ۱۴۱۰ق، ص ۸۵.
 ۳ - طوسی، محمدحسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۴۰۰ق، ص ۶۹۳؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلام، تهران، ج ۳، ۱۴۱۱ق، ص ۴۳۸.
 ۴ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۵۴.
 ۵ - علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، پیشین، ج ۳، ۱۴۱۱ق، ص ۵۴۹.
 ۶ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۵۴.
 ۷ - نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۳۱۵.
 ۸ - موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۴۶۳.
 ۹ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۵۴.
 ۱۰ - نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۳۷۸.
 ۱۱ - طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، مؤسسه آلالبیت، قم، ج ۲، ۱۴۰۴ق، ص ۴۷۴.

صورت گیرد قتل بر او و مفعول واجب می شود، البته در صورتی که هر دو بالغ، عاقل و مختار باشند»^۱

اما در مورد عدم ایقاب، شیخ طوسی قائل به تفصیل شده است و می گوید: «نوع دوم از لواط آن است که ایقاب صورت نگرفته باشد، این نوع بر دو قسم است: یا فاعل و مفعول، محصن هستند که در این صورت رجم می شوند و یا غیرمحصن هستند که صد ضربه تازیانه می خورند»^۲.

۲-۱-۳- جرایم علیه دین و امنیت عمومی

الف- محاربه

در بیان فقهای امامیه، محاربه چنین تعریف شده است: «... یورشگران اگر در سرزمین اسلام، سلاح بکشند و مالی را غارت کنند»^۳ امام خمینی میگوید: «محارب کسی است که شمشیرش را برهنه می کند یا آن را تجهیز می نماید تا مردم را بترساند و می خواهد در زمین افساد نماید»^۴.

شیخ طوسی در ذیل آیه «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ»^۵ میگوید: «فساد عبارت است از هر چیزی که از اعتدال و استقامت خارج شود و منظور از فساد در زمین هر کاری است که خدا از آن نهی فرموده باشد»^۶ طبرسی نیز در تفسیر آیه مذکور می گوید: «مراد از لاتفسدوا، منافقان و بازدارندگان مردم از ایمان یا دوستی با کفار است که موجب توهین به اسلام می شود»^۷.

با توجه به برداشت هایی که از عنوان افساد فی الارض شده، به نظر میرسد منظور از آن، اقداماتی است که موجب مفسده عمومی و اجتماعی می شود، خواه از راه فعالیت های نظامی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی باشد، خواه از راه محاربه. در واقع محاربه نوعی از افساد فی الارض بلکه مصداق اعلامی آن است که از طریق به کار بردن سلاح به قصد اخافه در بین مردم و سلب امنیت اجتماع واقع می شود.

در قرآن چهار مجازات مختلف را با حرف ربط «و» پیش بینی کرده است. این چهار مجازات عبارت اند از: قتل، صلب، قطع دست راست و پای چپ با هم یا بالعکس و نفی: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفًا وَيُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ»^۸

بعضی از فقها معتقد هستند که انتخاب مجازات مطلقاً به دست حاکم است، به گونه ای که حتی اگر

۱- موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۴۶۹.

۲- طوسی، محمدحسن، پیشین، ۱۴۰۰ق، ص ۷۰۴.

۳- بغدادی، محمدبن محمدبن نعمان، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ق، ص ۴۴۴.

۴- موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۵۴۲.

۵- سوره بقره، آیه ۱.

۶- طوسی، محمدحسن، تفسیر التبیان فی تفسیر القرآن، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ۱۴۱۳ق، ص ۷۵.

۷- طبرسی، ابوالفضل بن حسین، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ج ۱، ۱۴۱۵ق، ص ۴۹.

۸- سوره مائده، آیه ۳۳.

محارب مرتکب قتل هم شده باشد، حاکم می تواند از باب اجرای حد محارب، مجازات نفی را برایش در نظر بگیرد و یا بالعکس. اما گروه دوم با توجه به شدت جرم و خفیف بودن آن مجازات را تشدید کرده یا تخفیف می دهند.

پس در میان فقهای امامیه دو تفسیر مطرح است، گروهی معتقد به تخبیر و گروهی دیگر قائل به تعیین هر یک از مجازات ها برای جرایم خاص محاربه هستند. از فقهای شیعه گروهی که قائل به تخبیر شده اند، گفته اند جرم محارب هرچه باشد، امام مسلمین مخیر است که یکی از این چهار نوع مجازات را درباره ی او اجرا کند.^۱ شیخ صدوق، مفید، حلی، دیلمی و بلکه اکثر متأخرین نیز قائل به تخبیر هستند.

در عین حال، در مقابل این نظریه، دیدگاه دیگری هم وجود دارد و آن ترتیب در مجازات ها بر اساس شدت و ضعف محاربه است. نجفی پس از آنکه این قول را به شیخ و اسکافی و تقی و ابن زهره و اتباع شیخ نسبت داده بر آن ادعای اجماع کرده است.^۲ آن چه آن ها را علی رغم ظهور «او» در تخبیر و وجود روایات کثیره دال بر تخبیر، بدین جهت سوق داده است، لزوم تناسب بین جرایم و مجازات ها و وجود اخبار دال بر ترتیب است.^۳

فقهای گروه دوم گرچه در اصل ترتیب با هم اتفاق نظر دارند، اما در کیفیت آن با هم اختلاف داشته و هر کدام ملاک خاص خود را در تشدید یا تخفیف مطرح می نمایند. خوئی که از فقهای گروه دوم است، برای برهنه کردن سلاح و ترساندن مردم، تبعید و برای برهنه کردن سلاح و ایراد جراحت، قصاص و تبعید و برای برهنه کردن سلاح و اخذ مال، قطع دست و پا را پیش بینی کرده و برای برهنه کردن سلاح و اخذ مال و ایراد جراحت، حاکم را مخیر کرده که اگر خواست او را به قتل برساند و به صلیب بیاویزد یا دست و پای وی را قطع کند و برای کسی که محاربه کرده و کسی را کشته، ولی مالی را اخذ نکرده است، مجازات قتل وی را پیش بینی کرده و برای کسی که محاربه کرده و کسی را کشته و مالش را اخذ نموده این مجازات را پیش بینی کرده که امام دست و پای او را از باب حد قطع کند و سپس وی را در اختیار اولیای دم بگذارد تا او را به قتل برسانند، اما اگر وی را به قتل نرسانند امام خود از باب حد او را به قتل خواهد رساند.^۴

بنابراین، قول به ترتیب به این معنا که رعایت تناسب بین جرم و مجازات صورت گیرد، مناسبتر و منطقی تر است و این وظیفه حاکم شرعی است که با دقت کامل با تشخیص موضوع پرونده، حکم متناسب با آن را به صورتی که در آیه شریفه وارد شده قابل اجرا نماید.

ب- ارتداد

فقهای امامیه بین مرد و زن مرتد فطری تفاوت هایی را در احکام مدنی و جزایی قائل شده اند. در فقه

۱- صدوق، محمدبن علی بن الحسین بن بابویه، **الهدایه فی الأصول و الفروع**، مؤسسه الهادی(ع)، قم، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۶؛ بغدادی، محمدبن محمدبن نعمان، پیشین، ۱۴۱۳ق، ص ۴۴۴؛ محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۸۰؛ امام خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۴۹۳.

۲- نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۵۷۴.

۳- حرّعاملی، شیخ محمدبن الحسن، پیشین، ج ۲۸، ۱۴۰۹ق، ص ۳۰۹.

۴- خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، ج ۱، ۱۴۲۰ق، ص ۳۱۸.

امامیه، حکم موت مدنی را در باره مردی که ارتداد فطری وی ثابت شده باشد، صادر می کنند. بدین صورت که وی را از لحظه ثبوت ارتداد مرده پنداشته و اموالش را پس از ادای دیون میان وراثت وی تقسیم می کنند و همسر وی بدون طلاق، با فسخ نکاح از وی جدا شده و عده وفات نگه می دارد. بنابر قول مشهور، حتی اگر چنین شخصی توبه کند، توبه اش پذیرفته نمی شود، ولی عده ای بر آنند که توبه مرتد، حتی اگر فطری باشد پذیرفته می شود که ابن جنید از این گروه است^۲ و شهید ثانی، پس از نقل سخن ابن جنید، بدان تمایل پیدا می کند و می گوید: «عموم ادله معتبره دلالت بر قبول توبه مرتد فطری می کند»^۳.

در مورد حکم جزایی مرد مرتد فطری باید گفت که در فقه امامیه، به محض اثبات ارتداد، شخص مرتد به قتل می رسد. این قول مشهور فقهای امامیه است که صاحب جواهر پس از نقل قول محقق، ادعای عدم خلاف «قابل توجهی» کرده، بلکه معتقد است که هر دو قسم اجماع محصل و منقول نیز در این زمینه بین مسلمین وجود دارد و توبه وی نیز به هیچ وجهی مورد قبول واقع نشده و نسبت به مجازاتش اثری ندارد.^۴

شهید ثانی آورده است: «اگر مرتد فطری باشد، کشته می شود و توبه اش مقبول نیست»^۵ امام خمینی نیز میگوید: «توبه مرتد فطری ظاهراً قبول نمی شود و اگر مرد باشد باید کشته شود»^۶.

مرد مرتد ملی طبق اجماع فقهای امامیه، با ثبوت ارتداد به قتل نمی رسد، بلکه ابتدا او را دعوت به توبه می کنند، بنابراین اگر توبه کرد توبه اش پذیرفته می شود و الا به قتل خواهد رسید. در این که چه مدت به وی مهلت داده می شود تا توبه کند، بین فقها اختلاف است. مشهور فقها به استناد روایتی از امام علی (ع) مدت مهلت را سه روز ذکر کرده اند.^۷ و شیخ طوسی مدت آن را «مدتی است که برای رجوع به اسلام لازم است»، قرار داده است.^۸

همچنین فقهای امامیه، فرقی بین زن مرتد فطری و ملی قائل نیستند و معتقدند که در صورت ارتداد کشته نمی شوند، بلکه از آن دعوت می شود، توبه کند و در صورت توبه معاف خواهد بود و تا زمانی که توبه نکرده، در زندان باقی خواهند ماند تا بمیرند.^۹

۱ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۸۳؛ جبعی عاملی، زین الدین، پیشین، ج ۹، ۱۴۱۰ق، ص ۳۳۷؛ نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۶۰۵.
 ۲ - نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۶۰۸.
 ۳ - جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ج ۲، ۱۴۱۳ق، ص ۴۵۱.
 ۴ - نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۶۰۸؛ خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، ج ۱، ۱۴۲۰ق، ص ۳۳۶؛ موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۳۶۷.
 ۵ - جبعی عاملی، زین الدین، پیشین، ج ۲، ۱۴۱۳ق، ص ۳۳۷.
 ۶ - موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۴۹۴.
 ۷ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۸۴.
 ۸ - طوسی، محمدحسن، پیشین، ج ۷، ۱۴۱۳ق، ص ۲۸۳.
 ۹ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۸۳؛ جبعی عاملی، زین الدین، پیشین، ج ۹، ۱۴۱۳ق، ص ۳۴۳.

۱-۲-۳- جرایم جنسی مستوجب اعدام

فقه‌های حنفیه مجازات زناى محصنه را رجم می دانند. سرخسی می گوید: «در مورد صد تازیانه برای زانی غیرمحصن، بین علما اتفاق نظر وجود دارد و رجم نیز حد مشروع برای زانی محصن است که با سنت ثابت می شود»^۱. وی در ادامه به بیان دلایل رجم زانی محصن می پردازد و می گوید: «دلیل رجم زانی محصن، رجم ماعز توسط پیامبر، بعد از سؤال در مورد احصانش و همچنین رجم غامدیه بعد از معرفی شوهرش، می باشد»^۲.

فقه‌های حنفیه، جمع بین صد تازیانه و رجم را در هر صورت نمی پذیرند^۳ و در همه موارد، فقط مجازات رجم را اعمال می کنند و دلیل آن را سنت فعلی پیامبر می دانند.^۴

در خصوص مجازات زناى با محارم، سرخسی می گوید: «مجازات کسی که با خواهر یا عمه خود زنا کند حد است»^۵. ظاهراً منظور وی از حد همان قتل است. در این مورد وی به روایتی استناد می کند که به موجب آن، نه تنها مجازات ضربت با شمشیر را مقرر کرده، بلکه مصادره اموال مرتکب نیز پیش بینی شده است.

علمای حنفیه، زناى به علف را به صورت مستقل مورد بحث قرار نداده اند و مجازات خاصی جز مجازاتهای عمومی زنا را برایش در نظر نگرفته اند. آنها در خصوص زناى غیرمسلمان با زن مسلمان می گویند که اگر مشرکی درحالی که ثیب است مرتکب زنا شود و زناى او بوسیله شهادت شهود یا اقرار وی ثابت شود، چنین شخصی بدلیل نداشتن شرایط احصان رجم نمی شود و فقط تعزیر خواهد شد.^۶

در خصوص مجازات لواط، ابوحنیفه با توجه به این که لواط را زنا و از جرایم مشمول حد نمی داند، مجازات حدی را نیز پیش نهاد نمی کند، بلکه آن را مستوجب مجازات تعزیری می داند.^۷

۱- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۱۹، ۱۴۲۱ق، ص ۳۶.

۲- همان.

۳- سمرقندی، علاءالدین، تحفه الفقهاء، دارالکتب العلمیه، بیروت، ج ۳، ۱۴۱۴ق، ص ۱۴۰.

۴- مصری حنفی، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، پیشین، ج ۱۱، ۱۴۰۵ق، ص ۱۲۶.

۵- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۱۱، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲۶.

۶- همان، ص ۱۴۶.

۷- مصری حنفی، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، پیشین، ج ۴، ۱۴۰۵ق، ص ۱۵۰؛ کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود،

پیشین، ج ۷، ۱۴۰۶ق، ص ۳۶.

الف - محاربه

کاسانی محاربه را راهزنی خوانده و در تعریف آن می گوید: «خروج بر رهگذران برای اخذ مال، به صورتی که راهزن بر رهگذران غلبه یافته و مالشان را بر باید و مانع عبور و مرور شود. فرقی نمی کند که گروهی راه را ببندند یا یک نفر که قدرت بستن راه را داشته باشد و همچنین فرقی بین راهزنی با اسلحه، عصا، سنگ و غیره وجود ندارد»^۱.

در تعریفی دیگر، سرخسی می گوید: «اگر قومی از مسلمانان یا اهل ذمه راه را بر مسلمانان یا اهل ذمه ببندند...»^۲ سپس می گوید: «آوردن کلمه قوم در اینجا به این دلیل است که سبب اجرای این حکم، قطع طریق است و جز با قومی که قدرت ممانعت از تردد را داشته باشند، محقق نمی شود»^۳.

خروج برای اخذ مال به نحو قهرآمیز در تعریف ابوحنیفه آمده است. او در تعریف محاربه می گوید: «محاربه خروج برای اخذ مال به نحو قهرآمیز است، مشروط بر این که چنین خروجی منجر به ترساندن مردم - که در راه سفر هستند - یا اخذ مال یا قتل انسان گردد»^۴.

فقهای حنفیه انتخاب نوع مجازات را ترتیبی می دانند. سمرقندی با توجه به نوع جنایت، مجازات آن را تعیین می کند و می گوید: «راهزنان اگر مالی را ببرند، دست و پای آنها بر عکس هم قطع می شود، اگر بکشند و مالی را نبرند کشته می شوند، اگر مالی را ببرند و بکشند، امام مختار است که دست و پای آنها را قطع کند، سپس آنها را بکشد، یا فقط بکشد و مختار است که اول آنها را به دار بیاویزد بعد بکشد و یا بدون به دار آویختن آنها را بکشد. همچنین اگر فقط باعث رعب و وحشت شوند، حبس و تعزیر می شوند تا وقتی که توبه کنند»^۵.

۱- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، پیشین، ج ۷، ۱۴۰۶ق، ص ۹۰.

۲- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۱۹، ۱۴۲۱ق، ص ۱۹۵.

۳- همان، ص ۱۳۶.

۴- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، پیشین، ج ۷، ۱۴۰۶ق، ص ۱۳۴؛ سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۱۰، ۱۴۲۱ق، ص ۹۸؛ انصاری، زکریا، *أسنى المطالب فى شرح روض الطالب*، دار الکتب العلمیه، بیروت، ج ۴، ۱۴۲۲ق، ص ۱۵۴.

۵- سمرقندی، علاء الدین، پیشین، ج ۳، ۱۴۱۴ق، ص ۱۵۵.

ب- ارتداد

فقه‌های حنفیه، بین مرتد فطری و ملی، تفصیل خاصی را قائل نیستند. آنها بر این نظریه اند که مرتد به طور مطلق، ابتدا به توبه دعوت می شود و اگر توبه کرد آزاد شده و در جامعه به زندگی عادی خود مشغول می شود، ولی اگر توبه نکرد به قتل می رسد. دلیل قتل مرتد را حدیث پیامبر (ص) و اجماع صحابه بر قتل کسانی که بعد از وفات ایشان مرتد شدند، میدانند.^۱

سرخسی میگوید: «اگر مسلمان مرتد شد، ابتدا اسلام بر او عرضه می شود، اگر نپذیرفت در جا کشته می شود، مگر اینکه مرتد تقاضای مهلت نماید که در این صورت سه روز به او مهلت داده می شود؛ ولی باستناد آیه قرآن و سنت فعلی و قولی پیامبر اصل بر کشتن مرتد است»^۲. همچنین می گوید: «ابوحنیفه، دادن مهلت سه روز به مرتد را مستحب می داند»^۳

دیگری آورده است: «مرد مرتد اگر توبه نکرد کشته میشود و مستحب است، ابتدا اسلام بر او عرضه شود و اگر نپذیرفت کشته میشود، مگر اینکه طلب مهلت کند که در این حال، سه روز به او مهلت داده میشود»^۴

ابوحنیفه، بین زن و مرد مرتد نیز، قائل به تفصیل شده و معتقد است که بر خلاف مرد که در صورت عدم توبه به قتل می رسد، به استناد حدیث پیامبر (ص) که در کافر حربی فرمود: «لا تقتلوا امرأة؛ زن را نکشید» زن مرتد به هیچ وجه به قتل نمی رسد، چون با کافر اصلی (کافر حربی بودن) کشته نمی شود، پس با کفر عارض شده (ارتداد) نیز کشته نمی شود، بلکه تحت فشار قرار می گیرد تا اسلام بیاورد. بدین صورت که حبس و شکنجه می شود و هنگامی که از حبس خارج شد، دعوت به اسلام می شود و اگر ایمان آورد آزاد می شود و در غیر این صورت در حبس باقی می ماند تا بمیرد.^۵ ملاحظه می شود که حنفیه قتل مرد مرتد را مطلقاً واجب می دانند، ولی در صورتی حکم به قتل را لازم می دانند که مرتد قبلاً دعوت به توبه شده باشد.

۴- تکرار جرایم

۱-۴- در فقه امامیه

۱۵۶

بر اساس فقه امامیه، در صورتی که شخصی، مرتکب یکی از کبائر شد و مجازات آن را اعم از حدود و تعزیرات متحمل شد، در صورت ارتکاب مجدد آن و تحمل مجازات مربوطه برای بار دوم، اگر باز هم مرتکب همان جرم شود، در مرحله سوم یا چهارم مستوجب اعدام خواهد بود. از جمله مواردی که می تواند مستوجب اعدام گردد، تکرار جرایم خاصی است که از آن ها به عنوان «کبائر» یاد شده است. بر اساس این نظریه که اختصاص به فقه امامیه دارد، در صورت ارتکاب آن کبائر و تحمل مجازات مربوطه

۱- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، پیشین، ج ۷، ۶، ۴، ص ۱۳۵.

۲- همان، ص ۱۳۴.

۳- سرخسی، شمس الدین، پیشین، ج ۱۰، ۱۴۲۱، ص ۹۹.

۴- سمرقندی، علاءالدین، پیشین، ج ۳، ۱۴۱۴، ص ۳۰۸.

۵- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، پیشین، ج ۷، ۶، ۴، ص ۱۳۵.

برای بار اول و دوم، اگر باز هم در مرحله سوم یا چهارم مرتکب همان جرم شود، مستوجب اعدام خواهد بود. مشهور فقها نیز با اجرای «قاعده احتیاط در دماء» و قاعده «درء» به هنگام شبهه، مجازات اعدام را در نوبت چهارم مورد حکم قرار می دهند. محقق می گوید:

«اگر از فرد حرّ، ارتکاب زنا به صورت مکرّر صورت گرفت و حد زنا نیز دوبار بر او جاری شد در مرتبه سوم کشته خواهد شد و گفته شده در مرتبه چهارم به قتل می رسد و این قول بهتر است»^۱.

علت اولویت و بهتر بودن اجرای اعدام در مرتبه چهارم، تطابق آن با احتیاط در دماء و قاعده «درء» است، حتی ادعای اجماع نیز شده است که در مرتبه چهارم، مجازات اعدام صورت می پذیرد، به علاوه شیخ طوسی مجازات اعدام را در مرحله پنجم مناسب می داند.^۲

به مواردی چند که امام خمینی نیز مطرح کرده است، اشاره می کنیم:

۱- در صورت تکرار زنا مستوجب تازیانه: «اگر غیر محصن حرّ مرتکب تکرار زنا شد و حد زنا بر وی جاری شد، در مرتبه چهارم کشته می شود و گفته شده است در مرتبه سوم بعد از اقامه دوبار حد کشته می شود، ولی این قول صحیح نیست»^۳

۲- در فرض تکرار لواط که به حد ایقاب نرسیده باشد: «اگر این فعل به صورت مکرّر از شخص صادر شود و در هر مرحله حد بر وی جاری شود، در مرحله چهارم کشته می شود و گفته شده در مرحله سوم کشته می شود و آن چه با قواعد سازگارتر است، قتل در مرحله چهارم است»^۴.

۳- در مسأله قذف می گوید: «اگر حد با تکرار قذف تکرار شود، احتیاط این است که در مرحله چهارم کشته شود»^۵

۴- در تکرار شرب خمر نیز می گوید: «اگر شرب خمر کرد در مرحله سوم کشته می شود - پس از اجرای حد پس از هر مرحله - و گفته شده است در مرحله چهارم کشته می شود»^۶

۵- در تکرار سرقت چنین می گوید: «در صورت تکرار مجدد حبس می شود و در مرحله چهارم کشته می شود...»^۷

۶- در ارتداد نیز همین حکم را مطرح می کند: «اگر ارتداد از ملی تکرار شود، گفته شده است در مرحله سوم کشته می شود و قول دیگر، مجازات قتل در مرحله چهارم است که احتیاط در همین است»^۸

۱ - محقق حلی، جعفر بن الحسن، پیشین، ج ۴، ۱۳۸۹ق، ص ۱۴۲.

۲ - بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان، **لانتصار**، منشورات الشریف الرضی، قم، ۱۴۱۳ق، ص ۲۵۷؛ نجفی، محمدعلی، پیشین، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۳۱.

۳ - طوسی، محمدحسن، **الخلاف**، انتشارات قدس محمدی، قم، ج ۲، ۱۳۹۹ش، ص ۴۵۷.

۴ - موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۵۹۴.

۵ - همان، ص ۶۰۰.

۶ - همان، ص ۶۰۶.

۷ - همان، ص ۶۱۰.

۸ - همان، ص ۶۱۹.

۹ - همان، ص ۶۲۵.

اعداد در صورت تکرار جرم اختصاص به حدود ندارد، بلکه در جرایم تعزیری که از کبائر هستند نیز مطرح است. اگر ارتداد را از جمله جرایم حدی بدانیم، دلالت بر اجرای مجازات قتل پس از تکرار جرایم حدی می‌کند، اما اگر آن را جزو جرایم تعزیری بدانیم، معلوم می‌شود که در جرایم تعزیری نیز حکم فوق اجرا می‌شود. البته جمله ای که به طور صریح دلالت بر اجرای حکم اعدام در تکرار جرایم تعزیری می‌کند، فتوای امام خمینی در تکرار وطی بهیمه است که از جرایم تعزیری محسوب می‌شود. ایشان می‌گوید: «اگر وطی بهیمه مکرراً از شخص صادر شود در صورتی که تعزیر نشده باشد فقط تعزیر می‌شود و در صورت اجرای تعزیر پس از هر مرحله در مرحله چهارم کشته می‌شود»^۱.

۲-۴- در فقه حنفیه

در تکرار جرایم حدی، حنفیه معتقدند که حکم حدود تغییر نمی‌کند؛ یعنی در صورتی که حکم جرمی، «جلد» باشد در صورت تکرار فقط آن حکم اجرا شده و به قتل تبدیل نمی‌شود. طحاوی می‌گوید:

«اگر بر کسی به دلیل قذف کردن، چند بار حد جاری شود، حکم آن برای همه دفعات یکی است و تبدیل به قتل نمی‌شود؛ و کسی که شراب بخورد حد آن تازیانه است و مجازات آن نیز با تکرار فعل افزایش نمی‌یابد و این همان نظر ابوحنیفه است»^۲.

زیلعی در ارتباط با تکرار سرقت می‌گوید: «اگر شخصی سرقت کند، دستش به استناد آیه قطع می‌شود و اگر بعد از اجرای حکم دوباره مرتکب سرقت شود، پای وی به استناد اجماع و سنت قطع می‌گردد و در صورتی که باز هم مرتکب سرقت شد، قطعی صورت نمی‌گیرد. زیرا اجرای حد بعد از مرحله دوم به دلیل نبود دلیل متفی است»^۳. در حد سرقت نظر ابوحنیفه نیز چنین است.^۴ اما در مورد تعزیر سمرقندی می‌گوید: «تعزیر از چهل تازیانه بیشتر نیست بلکه یک تازیانه نیز از آن کمتر است و این نظر ابوحنیفه نیز میباشد»^۵.

حنفیه قتل تعزیری را بر اساس شرایطی جایز می‌دانند. زحیلی در خصوص قتل تعزیری آورده است: «در نزد حنفیه تعزیر به وسیله قتل در صورتی جایز است که حاکم مصلحتی را در آن بیابد و جنس جرم هم موجب قتل باشد، مثل اعتیاد در ارتکاب جرم، لواط و قتل به وسیله مثقل که در نزد حنفیه آن را قتل از باب اعمال سیاست نامیده اند. همچنین حنفیه، فتوا بر قتل کسی که پیامبر اکرم را چند بار سب کند... داده‌اند ...»^۶.

۱- موسوی خمینی، سیدروح الله، پیشین، ج ۲، ۱۳۹۶ش، ص ۶۲۶.

۲- طحاوی، احمد بن محمد، شرح معانی الآثار، دار الکتب العلمیه، بیروت، ج ۴، ۱۳۹۹ق، ص ۱۲۲.

۳- زیلعی حنفی، عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، دارالکتب الإسلامی، قاهره، ج ۹، ۱۴۱۳ق، ص ۱۸۹.

۴- ماوردی، علی بن محمد بن حبیب، الاحکام السلطانیة، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ق، ص ۲۲۶.

۵- سمرقندی، علاءالدین، پیشین، ج ۳، ۱۴۱۴ق، ص ۱۴۲.

۶- زحیلی، محمد، النظریات الفقہیة، دارالفکر، دمشق، ج ۴، ۱۴۱۴ق، ص ۱۰۸.

۵- بحث و نتیجه گیری

از مطالبی که گذشت و بررسیهای که انجام شد، مشاهده گردید بین احکام فقهی در فقه امامیه و حنفیه در مورد جرائم مستوجب اعدام، تشابهات و تعارضاتی وجود دارد به عنوان مثال؛ در مبحث قصاص از دیدگاه فقهای امامیه نشان داده شد جنسیت در تخفیف مجازات اعدام نقش دارد به نحوی که آنان معتقدند قصاص مرد در قبال کشتن زن تنها با پرداخت نصف دیه کامل جایز است حال آنکه فقهای حنفیه شریط پرداخت دیه را جایز نمیدانند. فقهای هر دو مذهب در قتل خطائی و شبه عمد، قائل را از قصاص معاف و به پرداخت دیه توسط خود شخص یا عاقله او اکتفا کردهاند. فقهای امامیه اعتقاد دارند که قاتل تنها زمانی قصاص میشود که با مقتول در یک طبقه اجتماعی باشد از این رو انسان آزاد را در قبال کشتن برده از قصاص معاف و به پرداخت دیه به مالک برده اکتفا کردهاند اما حنفیه، قصاص انسان آزاد را در قبال کشتن برده به شرطی که برده قاتل نباشد، جایز میدانند. همچنین هر هر مذهب بالغ و عاقل بودن قاتل در زمان وقوع قتل را از شرایط قصاص دانستهاند که در غیر این صورت قاتل از مجازات قصاص معاف است همچنین معتقدند مست نبودن قاتل در هنگام ارتکاب جنایت نیز بر حکم قصاص تأثیر دارد در این زمینه نظر غیر مشهور امامیه، قاتل مست را از قصاص معاف میدارند حال آنکه فقهای حنفیه و نظر مشهور امامیه، فقط شخص غیر متمعد در مست بودن خود را مستحق قصاص میدانند و قانون گذار نیز همین رأی را مدنظر قرار داده است. هر دو مذهب حالت جنون در قتل را یکی از عوامل تخفیف مجازات قصاص دانستهاند، اما بین جنون بعد از جنایت و قبل و بعد از محاکمه و صدور حکم، میان آنها اختلاف نظر وجود دارد. امامیه جنون عارض بعد از ارتکاب قتل را در هر صورت، چه قبل و چه بعد از محاکمه و صدور حکم مانع محاکمه، صدور و اجرای حکم نمی دانند؛ اما فقهای حنفیه جنون عارض پس از محاکمه و صدور حکم را مانع اجرای حکم می دانند. قانون مجازات اسلامی نیز با فقه امامیه هم رأی است. از نظر فقهای هر دو مذهب پدر و جد پدری در قتل عمدی فرزند از معافیت در قصاص برخوردار است. همچنین امامیه حکم مادر را در قبال کشتن فرزندش، قصاص می دانند. اما فقهای حنفیه معتقدند در مبحث تخفیف مجازات تفاوتی بین پدر و مادر قائل نیستند و جد مادری را نیز هم سطح جد پدری تلقی میکنند. در بررسی مجازات محارب نیز نشان داده شد که؛ فقهای حنفی قائل به ترتیب هستند. اما در میان امامیه نیز گروهی معتقد به تخییر و گروهی اعتقاد به ترتیب دارند. همچنین نظریه ترتیب بر اساس شدت و ضعف محاربه نیز از طرف عده ای از فقهای امامیه مطرح میشود. در موضوع ارتداد نیز بین هر دو مذهب در مبحث تخفیف مجازات شباهتهایی از باب دعوت به توبه مشاهده شد. مرد مرتد ملی به اجماع فقهای امامیه، ابتدا دعوت به توبه شده و در صورت عدم قبول کشته می شود و زن مرتد فطری یا ملی، کشته نمی شود، بلکه ابتدا دعوت به توبه می شود و در صورت عدم قبول توبه، تا زمان مرگ و یا توبه زندانی می گردد. ابوحنیفه نیز همانند فقهای امامیه بین زن و مرد مرتد، قائل به تفصیل است. ابوحنیفه مهلت آن را در دست حاکم و توبه دادن وی را مستحب میداند.

- ابن عابدین، محمد بن محمد امین، تکمله حاشیه رد المحتار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵ق.
۱. انصاری، زکریا، أسنى المطالب فى شرح روض الطالب، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۲ق.
 ۲. بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ق.
 ۳. بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان، لانتصار، منشورات الشریف الرضی، قم، ۱۴۱۳ق.
 ۴. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فى شرح اللمعه الدمشقیه، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ۱۴۱۰ق.
 ۵. جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ق.
 ۶. جزیری، عبد الرحمن و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، دار الثقلمین، بیروت، ۱۴۱۹ق.
 ۷. حرّعاملی، شیخ محمد بن الحسن، تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ق.
 ۸. خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، قم، ۱۴۲۰ق.
 ۹. زحیلی، محمد، النظریات الفقهیة، دارالفکر، دمشق، ۱۴۱۴ق.
 ۱۰. زیلعی حنفی، عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، دارالکتب الإسلامی، قاهره، ۱۴۱۳ق.
 ۱۱. سرخسی، شمس الدین، المبسوط، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۲۱ق.
 ۱۲. سمرقندی، علاء الدین، تحفه الفقهاء، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴ق.
 ۱۳. صدوق، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه، الهدایه فی الأصول و الفروع، مؤسسه الهادی (ع)، قم، ۱۴۱۸ق.
 ۱۴. طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، مؤسسه آلالبیت، قم، ۱۴۰۴ق.
 ۱۵. طبرسی، ابوالفضل بن حسین، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۵ق.
 ۱۶. طحاوی، احمد بن محمد، شرح معانی الآثار، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۳۹۹ق.
 ۱۷. طرابلسی، علاء الدین علی بن خلی، معین احکام فی لایتردد الخصمین من الاحکام، بیروت: دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵ق.
 ۱۸. طهماز، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، دار السامیه، بیروت، ۱۴۱۹ق.

۱۹. طوسی، محمدحسن، **الخلاف**، انتشارات قدس محمدی، قم، ج ۲، ۱۳۹۹ش.
۲۰. طوسی، محمدحسن، **النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى**، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۴۰۰ق.
۲۱. طوسی، محمدحسن، **تفسير التبيان في تفسير القرآن**، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۳ق.
۲۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، **تبصره المتعلمين في احكام الدين**، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلام، تهران، ۱۴۱۱ق.
۲۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، **قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام**، منشورات الرضی، قم، ۱۴۱۳ق.
۲۴. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، راه رشد، تهران، ج ۱، ۱۳۹۹ش.
۲۵. عوده، عبدالقادر، **التشريع الجنائي الاسلامی**، دارالکتب العربی، بی جا، ۱۴۰۵ق.
۲۶. فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، **القاموس المحيط**، دارإحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲ق.
۲۷. فیومی، احمد بن محمد، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعی**، موسسه دارالهجره، قم، ج ۲، ۱۴۱۴ق.
۲۸. کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶ق.
۲۹. کردی، امید عثمان، **کنکاشی فقهی و حقوقی در مجازات اعدام**، ترجمه سیدهاشم موسوی آبگرم، نشر احسان، تهران، ج ۱، ۱۳۹۴ش.
۳۰. گلدوزیان، ایرج، **بایستههای حقوق جزای عمومی**، نشر میزان، تهران، ج ۲۶، ۱۴۰۳ش.
۳۱. ماوردی، علی بن محمدبن حبیب، **الاحكام السطانيه**، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ق.
۳۲. محقق حلّی، جعفر بن الحسن، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**، مطبعه الآداب، نجف اشرف، ۱۳۸۹ق.
۳۳. مرغینانی، علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل، **الهدايه شرح بدایه المبتدی**، پیام اندیشه، تهران، ۱۳۹۲ش.
۳۴. مصری حنفی، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۵ق.
۳۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، **تحریر الوسیله**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ج ۲۸۱۳۹۶ش.
۳۶. نجفی، محمدعلی، **رساله فیالولايات**، تحقیق: محمد کاظم ستایش و مهدی مهریزی، بوستان کتاب، قم، ۱۴۰۴ق.

۳۷. یاقوتی، ابراهیم، امکان سنجی سقوط قصاص نوجوان در پرتو قاعده درأ (از منظر
فقه امامیه و حقوق کیفری ایران)، آموزه‌های حقوق کیفری کشورهای اسلامی، دوره
۱، شماره ۱، ۱۴۰۳ش، ص ۱۰۹.