

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

پژوهشها

- مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها؛ لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران
- دکتر میرحسین عابدیان ۳
- سازوکارهای پیشگیری از شکنجه و مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه، غیر انسانی و تحقیرکننده در پرتو پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م. / دکتر ابراهیم بیگزاده ۴۵
- مبانی فقهی مشروعیت حقوق فکری / دکتر میرقاسم جعفرزاده ۶۱
- تحلیل و نقد ماده ۸۷۳ قانون مدنی / بابک خسروی‌نیا ۹۷
- قضازدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری / جواد محمودی ۱۰۵
- رویکرد نوین حقوق انگلستان به بزهکاری اطفال / امیر پاک‌نهاد ۱۲۳
- بررسی ماهیت حقوقی دیه / کاظم کوهی اصفهانی ۱۵۳
- وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین / مهدی علیزاده ۱۷۷

ترجمه‌ها

- هماهنگی یا عدم هماهنگی قانون نمونه آنستیرال با قانون داوری انگلیس در زمینه داوری تجاری
- بین‌المللی / Alan S. Reid / ترجمه دکتر فرهاد خمایی‌زاده ۱۹۷
- نقش نظام قضایی بین‌المللی در حلّ و فصل اختلافات زیست‌محیطی و راهکارهای تحکیم دادرسیهای
- بین‌المللی در این اختلافات / Dionysia-Theodora Avgerinopoulou / ترجمه حسین یزدانی ۲۱۵

ترجمه‌های چکیده‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / میرزا علیزاده ۲۳۹
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / دکتر محمد امامی ۲۵۴

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مقالات متناسب با یک شماره آماده شود و طولانی و دنباله‌دار نباشند.
- مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۶ کلمه) افزون نباشد.
- دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، و حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل سه و حداکثر هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز (نام مؤلف، سال انتشار، شماره صفحه) نوشته شود.
- در مورد منابع غیر فارسی، همانند منابع فارسی عمل شود و معادل لاتین کلمات در پایین صفحه بیاید.
- نقل قولهای مستقیم بیش از چهل واژه به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی‌متر) از راست درج شود.
- شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود.
- در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.
- در ارجاعات بعدی فارسی از «همان» و در ارجاعات غیر فارسی به تناسب از «Op.cit.» (پیشین) و «Ibid.» (همان) استفاده شود.
- در صورت ترجمه بودن مقاله، اصل مقاله ترجمه شده، معرفی نویسنده، معرفی کتاب یا مجله مأخذ همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، تعداد جلد، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
- پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده (آخرین تاریخ و زمان تجدید نظر در پایگاه اینترنتی)، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش یا کوتاه کردن مقالات آزاد است.
- مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
- آرا و نظرهای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.
- نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razavi-magazine@imamreza.net) ارسال کنند.

مطالعه تطبیقی

قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها

لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران

□ دکتر میرحسین عابدیان^۱

□ مستشار دیوان عالی کشور و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

قابلیت اجرای شرط کیفری، یعنی توافق پیشاپیش طرفین در ارزیابی خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد، از موضوعاتی است که در نظامهای حقوقی مختلف، اختلاف نظرهای قابل توجهی را به خود اختصاص داده است. دلیل این تشتت، علاوه بر دلایل تاریخی، به ویژه در نظامهای حقوقی عرفی، شاید نوع نگرش نسبت به اصل آزادی قراردادها و تحولات اصل مزبور به اقتضای تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایشهای آزادی طلبانه در دنیا بوده است. بررسی نظامهای حقوقی، در مجموع، سه نظریه عمده در خصوص موضوع را نشان می دهد: اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اجرای شرط کیفری با امکان تعدیل قضایی، تمیز بین شروط کیفری و شروط تعیین کننده خسارت. در نظام حقوقی ایران، ماده ۲۳۰ قانون مدنی، اجرای مطلق شرط کیفری را مقرر داشته است. این نوشتار، پس از ذکر مقدماتی راجع به شروط کیفری، در صدد

بررسی تحلیلی نظریه‌های سه‌گانه و ارزیابی آنهاست. نتیجه بررسی، لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران را، از حیث پیش‌بینی امکان تعدیل قضایی شرط کیفری، تأیید و تأکید می‌کند.

کلید واژگان: شرط کیفری، وجه التزام، تعدیل قضایی، شروط کیفری و شروط تعیین‌کننده خسارت، اجرای مطلق شرط کیفری، ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران، اصل آزادی قراردادها.

طرح مسئله

حقوق خصوصی در بیشتر کشورهای دنیا، کم و بیش اصل حاکمیت اراده را به عنوان یکی از اصول مبنایی در انعقاد قراردادهای خصوصی به رسمیت شناخته است. مطالعه در پیدایش و تحولات این اصل در طول قرون اخیر به روشنی گویای این نکته است که اصل آزادی قراردادها همواره در مسیر یکنواختی حرکت نکرده است. گاه توسل و تمسک به این اصل در حقوق کشورها به اوج خود رسیده و گاه لزوم مداخله قانونگذار در قراردادهای خصوصی، به منظور حفظ مصالح جامعه یا حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد، موجب نادیده گرفتن این اصل یا تحدید حدود آن شده است. در اروپا سیر اصل حاکمیت اراده دائماً در حال اوج و نزول تدریجی بوده است؛ برای مثال، در حقوق انگلیس، از اواسط قرن هجدهم به واسطه تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایشهای آزادی‌طلبانه در این زمینه‌ها، توجه به اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی آغاز شده و از اوایل قرن نوزدهم، حقوق انگلیس شاهد تحوّل عمده‌ای در زمینه از بین بردن قوانین مغایر با اصل آزادی قراردادها بوده است. این حرکت به نحوی که ادعا شده است (۳۵۶-۳۵۷: ۱۹۹۰، Atiyah) در سال ۱۸۷۰ م. به اوج خود رسید، لکن از سال ۱۸۷۰-۱۹۷۰ م.، در مدتی قریب به صد سال یا بیشتر، گرایش به اصل حاکمیت اراده عمدتاً به منظور تحولات اقتصادی جدید و به وجود آمدن و گسترش بازارهای آزاد که به ایجاد گونه‌های مختلف انحصار در ارائه کالا و خدمات منجر گردیده، سیری نزولی طی کرده است. در این میان، مقررات متنوعی در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده و طرف ضعیف قرارداد متضمن کنترل‌های تقنینی شروط ناعادلانه قراردادی از جمله اعلام بطلان برخی شروط قراردادی منافی با حقوق وی، وضع گردید. از جمله این مقررات می‌توان

به «Consumer Credit Act ۱۹۷۴» و «Unfair Contract Terms Act ۱۹۷۷» اشاره کرد. اعتقاد بر این است که حقوق انگلیس از سال ۱۹۷۰ یا ۱۹۸۰ م. به بعد، تحوّل جدیدی مبنی بر گرایش مجدد به اصل حاکمیت اراده را طی می کند. آثار این تحوّل، گرایش به ملغی کردن مقررات قانونی درباره مداخله در قراردادهای خصوصی و نیز مقاومت دادگاهها در خصوص تفسیر موسّع این مقررات^۱ است.

در حقوق اسلام، اصل آزادی قراردادهای، از دیرباز در انعقاد قراردادهای معین و نیز شروط ضمن عقد به عنوان یک اصل اساسی مورد پذیرش بوده است. آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده/ ۱) و روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم»^۲ معمولاً به عنوان مبانی نقلی لازم الوفا و لازم الاجرا بودن قراردادهای معین و نیز شروط ضمن آن، مورد استناد و تمسک واقع شده (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۶/۲ به بعد؛ موسوی بجنوردی: ۲۸/۳ به بعد؛ آل کاشف الغطاء: ۲۴/۱) و در غیر مواردی که عقد یا شرط به دلیل شرعی، باطل اعلام گردیده، لزوم وفای به عقد و شرط صحیح، ریشه در اعتبار قصد مشترک طرفین و در نتیجه، اصل آزادی قراردادهای داشته است. گرچه در باب لزوم وفای به شروط ابتدایی (عقود غیر معین) بین فقهای عظام اختلاف نظر بسیار دیده می شود، فقهای نظیر مرحوم ملا احمد نراقی صاحب *عوائد الایام*، مرحوم سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی صاحب *عرووی الوثقی* و *حاشی المکاسب* و نیز برخی فقهای معاصر در لازم الوفا بودن عقود غیر معین نیز تردید نکرده اند.

۱. برای مثال، می توان به برخی آرای اخیر کمیته قضایی مجلس اعیان (House of Lords) در زمینه شروط کیفری اشاره کرد. ر.ک:

The Scaptrade [۱۹۸۳] ۲ AC ۶۹۴; Sport International Bussum Bv v. Inter-footwear Ltd. [۱۹۸۴] ۲ All ER ۳۲۱.

۲. در اخبار متعددی عبارت «المسلمون عند شروطهم» ذکر شده است: از جمله، صحیحۀ عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سمعته یقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله عزّ و جلّ، فلا یجوز له، و لایجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم، فیما وافق کتاب الله جلّ و عزّ». همچنین در صحیحۀ دیگری از ابو عبدالله علیه السلام نقل شده است: «المسلمون عند شروطهم إلا کلّ شرط خالف کتاب الله جلّ و عزّ، فلا یجوز» (حرّ عاملی، بی تا: ۳۵۳/۱۲؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۴۲).

در حقوق ایران، ماده ۱۰ قانون مدنی^۱ جای هیچ گونه تردید در لزوم احترام به اراده مشترک طرفین و لزوم وفا به قراردادهای خصوصی - در صورت عدم مغایرت آن با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه - باقی نگذاشته است؛ اگرچه در طول حاکمیت این ماده به عنوان یک قاعده عمومی، قانونگذار دامنه آن را با پذیرش استثنا در خصوص برخی قراردادهای معین، با هدف حمایت از حقوق جامعه و نیز حقوق طرف ضعیف قرارداد، محدود نموده است. از جمله این مقررات می توان به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ و قانون کار مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام اشاره کرد.

یکی از مصادیق اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ظاهر شده است. این ماده در باب خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، تعیین پیشاپیش خسارت از سوی طرفین را به صورت شرط ضمن عقد، لازم الاجرا تلقی کرده و حق هر گونه جرح و تعدیل در خصوص مبلغ مورد توافق را از قاضی سلب نموده است. ماده مزبور مقرر می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند».

با توجه به نص صریح این ماده، رویه قضایی نیز معمولاً خود را به تبعیت محض از مفاد این ماده محدود کرده و اجازه بحثی در خصوص دامنه شمول این ماده و محدود کردن قلمرو آن در برخی موارد^۲ را به خود نداده است.^۳ مؤلفان و مفسران قانون

۱. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۲. کنترل های قضایی شروط ناعادلانه قراردادی (Judicial control of unfair contract terms) و از جمله شروط کیفری را در حقوق بسیاری از کشورهای اروپایی می توان ملاحظه کرد. این کنترلها معمولاً مقدمه ای برای کنترل های تقنینی (Legislative control) شده است.

۳. برای مثال، ر.ک: رأی شماره ۱۳۲۱/۸/۱۲-۲۵۴۴ شعبه ۷ دیوان عالی کشور و رأی شماره ۲۹۰۷-۲۵/۹/۲۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور (مندرج در قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، مهدی نیک فر، کیهان، ۱۳۷۲، ص ۶۳)؛ همچنین برای دیدن تلاشی در رویه قضایی برای محدود کردن دامنه اصل حاکمیت اراده به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد، ر.ک: رأی شماره ۳۸/۲۶۱/۸۰-۳۸/۷/۳۰ شعبه ۳۸ دیوان عالی کشور.

مدنی (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ش ۸۰۸ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ش ۴۰۴ به بعد) نیز این ماده را مصداق بارز حاکمیت اراده باطنی طرفین قرارداد تلقی کرده، حسب مفاد این ماده متذکر شده‌اند که خسارات تعیین شده از سوی طرفین عقد، در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهدات قراردادی، بدون توجه به میزان خسارت واقعی وارده به متعهدله و نیز بدون توجه به سایر اوضاع و شرایطی که موجب تخلف متعهد از اجرای تعهد قراردادی شده است، از ناقض قرارداد قابل وصول است.

همچنان که اشاره شد، حکم این ماده در اصل حاکمیت اراده و آزادی طرفین قرارداد در تعیین پیشاپیش میزان خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی و لزوم احترام به اراده باطنی آنان ریشه دارد؛ بنابراین، حسب حکم ظاهری این ماده، حتی اگر طرفین قرارداد، خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدی با ارزش مالی اندک را مبلغی گزاف و قابل ملاحظه تعیین کنند که هیچ‌گونه تناسبی با خسارت واقعی ناشی از عدم اجرای عقد نداشته باشد، انتخاب طرفین برای آنان لازم‌الوفا و در دادگاه قابل اجرا خواهد بود.

به رغم پذیرش اصل حاکمیت اراده، در حقوق کشورهای مختلف اروپایی، در باب لازم‌الاجرا بودن چنین شرطی، اختلاف نظر بسیاری دیده می‌شود. علاوه بر اینکه غالب کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی و کشورهای با نظام حقوقی نوشته، دیدگاه‌های کاملاً متفاوتی نسبت به حدود و قلمروی لازم‌الوفا و لازم‌الاجرا بودن چنین شرطی دارند. در بین کشورهای تابع هر یک از سیستم‌های حقوقی مذکور نیز دیدگاه یکسانی نسبت به موضوع حکمفرما نیست.

نگارنده در این مقاله، می‌کوشد تا اصول حقوقی حاکم بر موضوع را در حدّ توان در کشورهای مختلف، مشخص کند و لزوم یا عدم لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران را به بحث می‌گذارد. بدیهی است که بحث در زمینه تمامی ابعاد شروط مربوط به تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد از سوی طرفین عقد، در این مختصر ممکن نیست؛ از این رو، پس از بحث اجمالی عمومی در خصوص چنین شروطی، بحث تفصیلی در خصوص اصول حاکم بر قابلیت اجرای شروط مذکور در سیستم‌های مختلف حقوقی بیان می‌شود.

این مختصر، شامل دو بخش است: در بخش نخست، مقدمات عمومی و در بخش دوم، دیدگاهها و اصول مختلف در باب قابلیت اجرای شرط کیفری بررسی می‌شود و موضع سیستمهای حقوقی کشورهای مختلف از جمله ایران نیز مشخص می‌گردد. در پایان، در قالب یک استنتاج کوتاه از مباحث مطرح شده، دیدگاههای مختلف، اجمالاً بررسی تحلیلی می‌شود و لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ ق.م. ایران مطرح می‌گردد.

مقدمات عمومی

تعریف، عنوان و موضوع شرط کیفری

طرفین قرارداد ممکن است ضمن انعقاد عقد یا به صورت قراردادی جداگانه، خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی را پیشاپیش تعیین کنند؛ بدین صورت که برای مثال، متعهد در صورت نقض قرارداد، مبلغ معینی را به طرف دیگر تأدیه کند یا عمل معینی را انجام دهد یا از انجام عمل معینی امتناع ورزد. چنین شرطی را «شرط جزایی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ش ۴۰۴) یا «شرط کیفری» (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۳۶) گویند که در لسان حقوقدانان ایران غالباً به «وجه التزام» شهرت یافته است. تعبیر «وجه التزام» با توجه به اینکه موضوع شرط ممکن است علاوه بر تأدیه وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی نیز باشد، خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد؛ از این رو، در این مقاله با عنوان «شرط کیفری» به شرط موضوع بحث اشاره خواهد شد. در حقوق فرانسه نیز چنین شرطی، «شرط کیفری»^۱ نامیده شده است.

یادآوری می‌شود که در سیستم حقوقی عرفی،^۲ بین شروط کیفری^۳ و شروط مورد توافق در مقام تعیین و تخمین پیشاپیش خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی^۴ تمایز قائل شده‌اند؛ از این رو، در این مقاله، در مقام بحث از سیستم

۱. «Clause Penale»؛ در حقوق آلمان از این شرط با عنوان «Vertragsstrafe» یاد شده که معادل مناسب فارسی آن «کیفرهای قراردادی» است.

۲. Common law.

۳. Penalty clause.

۴. Liquidated damages.

حقوقی نوشته،^۱ شرط کیفری به شروطی اطلاق می‌شود که خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد را پیشاپیش تعیین می‌کند، ولی در اصطلاح حقوقی عرفی، شرط کیفری و شروطی که در صدد تخمین خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد می‌باشند به معنای مصطلح در سیستم مذکور مورد بحث واقع می‌شود.

همان‌طور که از تعریف فوق روشن می‌شود، موضوع شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی باشد، اما آنچه نوعاً در قراردادها مرسوم است، اشتراط تأدیّه وجه معینی از سوی متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد است؛ بنابراین، طرفین قرارداد ممکن است شرط کنند که متخلف از اجرای تعهد، باید وجه معینی را به متعهدله بپردازد یا مال معینی را به او تملیک نماید یا فعل معینی را در مدت معینی از زمان انجام ندهد و نظایر آن؛ برای مثال، اشتراط به پرداخت ماهیانه وجه معینی در صورت عدم تکمیل تعهدات قراردادی از سوی پیمانکار ساختمان در مدت معین در قرارداد احداث بنا، شرط کیفری است که در پیمانهای مربوط به احداث بنا فراوان دیده می‌شود.

شرط کیفری از حیث صحت و بطلان در هر سیستم حقوقی، تابع شرایط عمومی صحت قراردادها در آن نظام حقوقی است و باید کلیه شرایط لازمه صحت قرارداد را دارا باشد؛ برای مثال، در نظام حقوقی ایران، وجود شرایط عمومی صحت مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.، لازمه صحت هر شرط کیفری است؛ از این رو، شرط کیفری که موضوع آن معین یا معلوم نباشد و یا واجد جهت نامشروع باشد، به سبب دارا نبودن شرایط عمومی صحت محکوم به بطلان خواهد بود. به علاوه، شرط کیفری مانند هر شرط ضمن عقد دیگر، نسبت به قرارداد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد؛ بدین معنا که صحت و اعتبار شرط کیفری به صحت قرارداد اصلی منوط است و در صورت بطلان قرارداد اصلی به هر دلیل، شرط کیفری نیز فاقد اعتبار خواهد بود. در عین حال، جنبه تبعی شرط ایجاب می‌کند که بطلان شرط، خللی به صحت معامله اصلی وارد نسازد مگر اینکه بطلان شرط مذکور، موجب تزلزل در ارکان قرارداد اصلی

شود (برای تفصیل در این باره، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۳؛ عابدیان، ۱۳۷۷: ۲۱۴؛ Treitel, ۱۹۸۸).
 به عنوان یک اصل مقدماتی اشاره به این نکته ضروری است که اصولاً شرط کیفری در نظام حقوقی نوشته معتبر و صحیح است؛ گرچه در بسیاری از کشورهای تابع نظام حقوقی مذکور، شرط کیفری به صورت مطلق در دادگاه قابلیت اجرا ندارد (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۰۸)؛ به عبارت دیگر، شرط مذکور غالباً در شرایط معینی، قابلیت تعدیل از سوی قاضی را دارد، اما در نظام حقوقی عرفی، شرط کیفری [که اصطلاحاً در مقابل شرطی به کار می‌رود که به موجب آن، طرفین واقعاً خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی را پیشاپیش تخمین زده و تعیین کرده‌اند] باطل و غیر قابل اجراست. چنین شرطی در نظام حقوقی عرفی در واقع، خسارت ناشی از نقض عقد را برآورد و ارزیابی نمی‌کند، بلکه وسیله‌ای برای تهدید و اجبار متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت سر باز زدن از اجرای تعهد است، اما شرطی که به موجب آن، طرفین واقعاً در صدد تخمین و برآورد خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای قرارداد برآمده‌اند و در واقع، با خساراتی متناسب است که عملاً از عدم اجرای تعهد قراردادی متوجه متعهد می‌شود، صحیح و معتبر و بدون هیچ‌گونه قید و شرطی لازم‌الوفا و لازم‌الاجراست. تمیز این دو دسته شروط از یکدیگر در قالب قواعدی صورت می‌گیرد که دادگاهها در طول سالیان دراز مشخص کرده‌اند.

ماهیت حقوقی شروط کیفری

شرط کیفری ماهیتاً قرارداد خصوصی طرفین درباره تعیین پیشاپیش مبلغی است که در صورت تخلف متخلف از اجرای قرارداد، مکلف به پرداخت آن است. چنین شرطی، خواه در ضمن قرارداد اصلی شرط شود و خواه به صورت قراردادی جداگانه نسبت به عقد اصلی جنبه تبعی و فرعی پیدا می‌کند و اثر الزام آور آن به اعتبار عقد اصلی منوط است. توافق طرفین در خصوص شرط کیفری، معمولاً ممکن است در یکی از قالبهای زیر ملاحظه شود:

الف) چنانچه موضوع تعهد اصلی، انجام عمل معینی است، مانند تحویل مبیع از ناحیه فروشنده به خریدار، شرط کیفری ممکن است تعهد به پرداخت وجه ثابت و

معینی در صورت عدم اجرای تعهد باشد.

ب) گاه موضوع قرارداد اصلی، ترک فعل معینی در برهه خاصی از زمان است، مانند تعهد به عدم اشتغال به تجارت معینی در محدوده مکانی خاصی در زمانی معین. در این صورت، شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه ثابت و معلومی در صورت تخلفی متعهد و ارتکاب فعلی باشد که ترک آن، موضوع تعهد بوده است.

ج) طبیعت تعهد موضوع قرارداد اصلی، گاه چنان است که در زمان معینی باید انجام و تکمیل شود، مانند تعهد به احداث بنا در قراردادهای ساختمان در فرجه زمانی معین. در چنین فرضی، موضوع شرط کیفری معمولاً پرداخت وجه معینی متناسب با تأخیر متعهد در اجرای تعهد در صورت تخلف اوست.

د) گاه موضوع شرط کیفری با شدت و ضعف نقض ارتكابی از سوی متخلف از اجرای تعهد مرتبط است؛ بدین معنا که میزان وجه موضوع شرط با شدت نقض قرارداد ارتباط مستقیم دارد؛ برای مثال، در قرارداد فروش هزار بشکه نفت، شرط می شود که فروشنده در صورت عدم تحویل هر بشکه در مدت مشروط قراردادی، به پرداخت وجه معینی به خریدار متعهد است. در این صورت، بسته به کیفیت تخلف متعهد، میزان وجهی که باید به عنوان خسارت مورد توافق به خریدار تأدیه گردد، متفاوت خواهد بود.

یادآوری می شود که گاهی توافق طرفین در خصوص شرط کیفری، مبهم و بدون تعیین دامنه و حدود و ثغور شمول شرط است. در این فرض، تعیین دامنه شمول شرط کیفری و تعیین تعهد مربوط به آن، معمولاً دشوار و در قالب قواعدی صورت می گیرد که در هر نظام حقوقی برای تفسیر قراردادها وجود دارد. به رغم تفاوتی موجود در زمینه قواعد تفسیر قراردادها در نظامهای مختلف حقوقی، غالباً کشف اراده مشترک طرفین با توجه به متن قرارداد و اوضاع و قرائن حاکم در زمان انعقاد آن تلاش می شود.

مقصود از اشتراط شرط کیفری

طرفین قرارداد از اشتراط شرط کیفری، ممکن است مقاصد متعددی را مد نظر داشته باشند، اما معمولاً شرط مذکور به یکی از اهداف ذیل در قرارداد درج می شود:

۱. تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد؛

۲. محدود کردن مسئولیت قراردادی طرف متخلف؛

۳. تحت فشار قرارداد دادن متعهد به اجرای تعهد (cf. Nicholas, ۱۹۹۲: ۲۳۴).

در ادامه هر یک از موارد فوق را به اختصار توضیح می‌دهیم.

گاه و شاید در غالب مواردی که طرفین قرارداد از حیث قدرت معاملی^۱ در موضعی تقریباً مساوی قرار دارند، شرط کیفری به منظور تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد در قرارداد مندرج می‌شود. طرفین عقد در زمان انعقاد قرارداد با توجه به اوضاع حاکم در آن زمان، میزان خسارت احتمالی ناشی از عدم اجرای تعهد از سوی متعهد را ارزیابی کرده و در ضمن عقد اصلی، یا در قراردادی جداگانه، اجبار متعهد به پرداخت خسارت مذکور را شرط می‌کنند. اشتراط شرط کیفری با این مقصود، بسیار پسندیده و مزایای متعددی برای طرفین دارد؛ مزایایی از قبیل:

۱. چنین شرطی بار اثبات ورود خسارت به متعهدله را در نتیجه تخلف متعهد که امری نسبتاً دشوار است، منتفی می‌سازد.

۲. تعیین میزان خسارت از سوی دادگاه، بر فرض اثبات ورود ضرر به متعهدله، که متضمن رعایت تشریفات و صرف هزینه‌هایی است، منتفی می‌شود.

۳. متعهد نیز از پیش می‌داند که نقض قرارداد برای او چه بهایی خواهد داشت؛ از این رو، با توجه به اوضاع حاکم در زمان اجرای قرارداد، می‌تواند تصمیم عقلایی در خصوص اجرا یا عدم اجرای به موقع اتخاذ کند.

منظور طرفین از اشتراط شرط کیفری در قرارداد، ممکن است محدود کردن مسئولیت قراردادی متعهد باشد؛ بدین توضیح که طرفین با توافق بر تعیین مبلغی اندک به عنوان خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد، خسارات قابل وصول از سوی متعهدله در صورت تخلف متعهد را به میزان مذکور کاهش داده، محدود می‌کنند. شروط محدودکننده مسئولیت و شروط کیفری مربوط به تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد از حیث ماهیت حقوقی با یکدیگر تفاوت دارند؛ شرط

۱. Bargaining Power.

محدود کننده مسئولیت در واقع، سقفی برای حداکثر مسئولیت متعهدله مشخص کرده، مقرر می‌دارد که در صورت نقض قرارداد، متعهد به جبران خسارت متعهدله حداکثر تا سقف معین شده در قرارداد مکلف است. در این فرض، متعهدله به اثبات تقصیر قراردادی متعهد و ورود ضرر به خویش در نتیجه این تقصیر و نیز اثبات میزان خسارت وارده مکلف است. اما باید گفت چنین شرطی، مانع این می‌شود که متعهدله بیش از مبلغ معین شده در شرط، توانایی وصول خسارت را داشته باشد، گرچه خسارت واقعی وارده به متعهدله به مراتب بیشتر از سقف مندرج در قرارداد باشد. لکن شرط کیفی میزان مسئولیت متعهد در صورت نقض قرارداد را به صورت ثابت و مقطوع معین می‌کند و در صورت تخلف متعهد از اجرای قرارداد، متعهدله بدون نیاز به اثبات ورود ضرر به خویش و نیز میزان خسارت وارده، می‌تواند مبلغ معین شده در شرط را استیفا کند. حال، چنانچه مبلغ مندرج در شرط کیفی به مراتب کمتر از میزان خسارتی باشد که طرفین در زمان انعقاد عقد با توجه به اوضاع حاکم، توانایی پیش‌بینی ورود آن به متعهدله در صورت نقض قرارداد را داشته‌اند، شرط کیفی در واقع، به منزله شرط محدود کننده مسئولیت عمل کرده، مسئولیت قراردادی متعهد را به مبلغ مندرج در شرط کاهش می‌دهد.

شروط محدود کننده در نظام‌های حقوقی دنیا، تابع سیستم‌های کنترلی است که از سوی قانونگذار به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد وضع شده است. این شروط در برخی شرایط، برای مثال در صورت عدم وجود ارتباط عقلایی بین خسارت واقعی و سقف معین شده در قرارداد در سیستم حقوقی انگلیس، باطل و اجرانشدنی است و متعهد به جبران خسارت واقعی به متعهدله، بدون در نظر گرفتن شرط محدود کننده مسئولیت مکلف است.^۱

نکته محل بحث، بررسی قابلیت تسری مقررات مربوط به شروط محدود کننده

۱. برای بحث تفصیلی درباره شروط محدود کننده مسئولیت و ارتباط آن با شروط کیفی، ر.ک:

Lawson, ۱۹۹۵: ۱۰۲; Yates, ۱۹۸۲: ch.۱.

در حقوق انگلیس، غالب مقررات مربوط به کنترل شروط محدود کننده مسئولیت در «Unfair Contract Terms Act ۱۹۷۷» منعکس است و چنین شروطی در سیستم مذکور تابع ملاک «Reasonableness» می‌باشد.

مسئولیت به شروط کیفری محدود کننده مسئولیت (مسئولیت متعهد) است. در برخی نظامهای حقوقی مانند سیستم حقوقی فرانسه (۲۳۳: ۱۹۹۲; Nicholas, ۱۸۱: ۱۹۸۸; Treitel) و آمریکا (cf. UCC s.۲:۷۱۸ comment ۱; Restatement ۳rd, Art. ۳۵۶ comment a & d) به این سؤال پاسخ مثبت داده شده و حداقل برخی از مقررات مربوط به شروط محدود کننده مسئولیت قابلیت اعمال نسبت به شروط کیفری که در عمل مسئولیت متعهد را محدود می سازند، دانسته شده است. در سیستم حقوقی انگلیس این موضوع، محل بحث و اختلاف فراوان است (McKendrick, ۱۹۹۴:۲; Working paper, no.۶۱; Treitel, ۱۹۸۸:۲۳۴; Id., ۱۹۹۵:۸۸۶-۷).

متأسفانه حقوق کشور ما، فاقد مقررات ویژه در خصوص شروط محدود کننده مسئولیت است. گرچه با توجه به اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ ق.م. و مفهوم مخالف ماده ۲۲۱ قانون مذکور، اصل نفوذ شروط مذکور را در حقوق ایران باید پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۱۹؛ همو، ۱۳۶۸: ج ۴، ش ۸۳۷)، در عین حال، برخی از مفسران حقوق مدنی، احتمال بطلان شرط در برخی موارد خاص را منتفی ندانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۲۰-۲۱؛ همو، ۱۳۶۸: ج ۴، ش ۸۴۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ش ۴۲۰). در خصوص تسری این بطلان به شرط کیفری محدود کننده مسئولیت در قرارداد، بحثی در ادبیات حقوقی کشور ما نشده است، اما به نظر می رسد استدلال به بطلان شروط محدود کننده مسئولیت در موارد خاص، قابلیت انطباق و تسری به شروط کیفری تعیین کننده مسئولیت را نیز دارد؛ بنابراین، در مواردی که تحدید مسئولیت متعهد به سبب نامشروع بودن، باطل شمرده شده است (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۲۰-۲۱)، این بطلان را نیز باید به شروط کیفری محدود کننده مسئولیت در قرارداد ناظر دانست.

مقصود از اشتراط شرط کیفری ممکن است زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد باشد؛ یعنی حصول نوعی اطمینان برای متعهدله از اجرای به موقع تعهد. در این فرض، طرفین در توافق در خصوص شرط، خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد را تخمین و ارزیابی نمی کنند، بلکه مبلغی معمولاً نامتناسب با خسارات احتمالی که از تحلف متعهد منتج می شود، تعیین و آن را موضوع شرط کیفری قرار می دهند. امکان دستیابی به چنین هدفی از طریق شرط کیفری، راه سوء استفاده از شرط

برای متعهدله را به ویژه در مواردی که طرفین از قدرت معاملی یکسان برخوردار نیستند، باز می‌کند. با اشتراط چنین شرطی در واقع متعهدله، اولاً متعهد به اجرای قرارداد را تحت فشار بیش از حد می‌گذارد که تعهدات قراردادی را به موقع اجرا کند. ثانیاً در صورت تخلف وی از اجرای قرارداد، مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات وارده به خویش به عنوان مبلغ موضوع شرط از متعهد مطالبه و الزام او به پرداخت مبلغ مذکور را حسب مفاد شرط از دادگاه درخواست می‌کند.

امکان توسل به چنین هدفی که عرفاً و عقلاً ناپسند می‌نماید، قانونگذاران بسیاری از کشورها را بر آن داشته است که امکان ابطال چنین شرطی یا حداقل تعدیل آن را برای قاضی فراهم آورند. در نظام حقوقی عرفی چنین شرطی که در واقع با هدف تنبیه متخلف از اجرای تعهد در قرارداد درج گردیده، باطل و بلااثر شمرده شده است^۱ و در غالب کشورهای تابع نظام حقوقی نوشته به قاضی، اختیار تعدیل چنین شرطی و متناسب کردن آن با خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد از اجرای قرارداد اعطا گردیده است (برای مثال، ر.ک: ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان و قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه الحاقی در اصلاحات سال ۱۹۷۵ م.).

قابلیت اجرای شروط کیفری

گفته شد که شرط کیفری اصولاً از حیث صحت و بطلان، تابع شرایط عمومی صحت معاملات در هر نظام حقوقی است. بعلاوه، شرط مذکور نسبت به عقد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد؛ بنابراین، اگر شرط کیفری واجد تمامی شرایط عمومی صحت و نیز در ضمن عقد صحیحی نیز باشد، به ظاهر در صحت عمومی آن تردید روا نخواهد بود؛ نتیجه صحت چنین شرطی، قابلیت اجرای آن است؛ از این رو، علی‌القاعده متعهد متخلف از اجرای تعهد، حسب مفاد شرط، به پرداخت وجه موضوع شرط یا انجام دادن

۱. برای مثال، در حقوق انگلیس، از دیرباز در اجرایی نبودن چنین شرطی تردید نشده است. مهم‌ترین دعوا در این زمینه، دعوی «Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] AC ۷۹» است که در آن، ملاکهای تشخیص چنین شرطی از شرطی که به موجب آن، طرفین در واقع، در مقام تخمین و ارزیابی پیشاپیش خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد هستند، ارائه گردیده است. این ملاکها هنوز هم در حقوق انگلیس اعمال می‌شوند.

یا ترک کردن فعل موضوع شرط مکلف خواهد بود. لکن همان طور که اشاره شد، گاه شرط کیفری با هدف زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد، در قرارداد درج می‌شود. در این صورت، وجه موضوع شرط غالباً مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد است. بعلاوه، شرط مذکور ممکن است در عمل مسئولیت متعهد را تحدید کند و آن در فرضی است که وجه موضوع شرط نسبت به خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد، مبلغی بسیار اندک و ناچیز است.

استفاده از شرط کیفری برای دستیابی به دو هدف مذکور، در بسیاری از نظامهای حقوقی، وضع مقرراتی ویژه در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری را در پی داشته است. در این بخش، اصول مربوط به قابلیت اجرای شرط مذکور و موضع نظامهای حقوقی مختلف در قبال آن روشن می‌گردد. شایان یادآوری است که در مواردی که شرط کیفری در عمل به عنوان شرط محدودکننده مسئولیت عمل می‌کند ممکن است مقررات ویژه مربوط به اعتبار شرط اخیر نیز نسبت به شرط کیفری تسری یابد. بررسی نظامهای حقوقی معتبر و مهم دنیا نشانگر حاکمیت سه رویه مختلف در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری است. در برخی از نظامهای حقوقی، شرط کیفری بدون هیچ‌گونه قید و شرط و محدودیتی، قابل اجراست؛ هرچند هیچ‌گونه تناسبی با خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد نداشته باشد. برخی از نظامهای حقوقی ضمن پذیرش اصل قابلیت اجرای شرط کیفری، در مواردی که وجه مندرج در شرط به نحو قابل ملاحظه‌ای، بیشتر یا کمتر از خسارت واقعی وارده به متعهدله است، برای قاضی اختیار تعدیل شرط کیفری را قائل شده‌اند. در دسته‌ای دیگر از سیستمهای حقوقی، اساساً قول به تمایز بین شرط کیفری و شرطی که در واقع خسارت ناشی از عدم اجرای عقد را پیشاپیش تعیین می‌کند، اختیار شده و شروط دسته نخست باطل و بلااثر شمرده شده است. در نظامهای اخیر، شرط کیفری به معنای اخص خود به کار رفته و صرفاً به شرطی اطلاق می‌شود که وجه مورد توافق به موجب آن، گزاف بوده و به هیچ وجه، با خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای تعهد متناسب نیست. سه رویه مذکور محتاج بررسی تفصیلی جداگانه است که در ذیل آنها را پی می‌گیریم.

الف) اجرای بدون قید و شرطِ شرط کیفری

۱. اصل اجرای مطلق شرط کیفری

برخی نظامهای حقوقی، اصل اجرای بدون قید و شرطِ شرط کیفری را پذیرفته‌اند. قانون مدنی فرانسه تا پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.، به این اصل تصریح کرده بود: «هرگاه قراردادی مقرر نماید که متخلف از اجرای قرارداد، مبلغ معینی را به عنوان خسارت پرداخت خواهد کرد، مبلغی بیشتر یا کمتر از آن به نفع طرف دیگر حکم نخواهد شد» (صدر ماده ۱۱۵۲ ق.م.). در ۱۹۷۵ م. تغییر مهمی در این ماده قانون مدنی با الحاق بخش دیگری به آن حاصل شد: به موجب این الحاقیه، به قاضی اختیار داده شد که مبلغ وجه التزام را در صورتی که به نحو واضح و آشکاری، زیاد یا کم باشد، تعدیل کند.

در حال حاضر، قانون مدنی بلژیک به موجب ماده ۱۱۵۲ و قانون مدنی کبک به موجب پاراگراف اول ماده ۱۰۷۶ هنوز بر این اصل تأکید و تصریح دارند و رویه قضایی نیز در تبعیت از مواد مذکور غالباً به اجرای بدون قید و شرطِ شرط کیفری مندرج در قراردادها پذیرفته است. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران نیز که مقتبس از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م. است، اصل اجرای شرط کیفری را بدون حق هیچ گونه جرح و تعدیلی پذیرفته و مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

درباره این اصل، دو نکته شایان یادآوری است: اولاً، در تمامی نظامهای حقوقی ذکرشده در بالا که اصل اجرای مطلق شرط کیفری پذیرفته شده و همچنین در نظام حقوقی فرانسه پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.، شرط کیفری اصولاً به عنوان وسیله‌ای برای ارزیابی و تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد مورد بحث قرار گرفته است. نص صریح مقررات قانونی کشورهای مذکور به روشنی مؤید این مدعاست. حال از نظر تئوریک، این بحث مطرح است که اگر مبلغ مندرج در شرط کیفری بیش از حد و به نحو معتناهی بیشتر از خسارت احتمالی قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد عقد باشد، آیا اساساً عنوان تعیین پیشاپیش خسارت به عمل طرفین در خصوص توافق در مورد

شرط کیفری صدق می‌کند؟ برای مثال، طرفین قراردادی با ارزش مالی تعهد مندرج یکصد هزار ریال در آن، توافق می‌کنند که در صورت تخلف در اجرای قرارداد، متعهد به پرداخت مبلغ یک میلیون تومان به متعهدله مکلف باشد، در چنین فرضی، آیا می‌توان عمل طرفین را توافق در تعیین خسارت دانسته و موضوع را مثلاً در حقوق مدنی ایران، مضمون ماده ۲۳۰ قانون مدنی دانست؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. نظامهایی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته‌اند، شرط را به عنوان وسیله‌ای برای تعیین و تخمین خسارت به رسمیت شناخته‌اند.^۱ حال اگر طرفین تعهداً مبلغی فوق‌العاده گزاف را که عرفاً به هیچ‌وجه با خسارات محتمل ناشی از عدم اجرای قرارداد متناسب نیست، موضوع شرط کیفری مورد توافق قرار دهند، چنین شرطی را نباید شرط کیفری مورد شناسایی قانونگذار و نتیجتاً اجراشدنی دانست. رأی از دادگاههای بلژیک نیز این نظر را تقویت می‌کند (۲۲۰: ۱۹۸۸، Treitel). به موجب این رأی، اشتراط به پرداخت مبلغی گزاف به عنوان شرط کیفری قابلیت اجرا ندارد؛ زیرا چنین شرطی در واقع، شرط کیفری واقعی نیست (Ibid.).

در رویه قضایی ایران تصمیمی که حاکی از ابطال شرط کیفری به لحاظ گزاف بودن آن نسبت به خسارت واقعی وارده به متعهدله باشد، دیده نشده است. برخی از حقوقدانان با تمسک به هدف چنین شرطی مبنی بر انتفاع ناروای طلبکار، عدم نفوذ چنین شرطی را پیشنهاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۴۴/۴-۲۴۵). به نظر می‌رسد قول به بطلان چنین شروطی، اگر وجه مندرج در آن گزاف و به نحو معتابهی نامتناسب با خسارت واقعی باشد، قوی و با عدالت در روابط قراردادی موافق است، به ویژه اینکه عدم شمول ماده ۲۳۰ قانون مدنی به چنین شرطی با توجه به اینکه عرفاً این شرط وسیله تعیین و تخمین خسارت نیست، توجیه‌شدنی و دفاع‌پذیر می‌باشد.

ثانیاً، در غیر مورد فوق یعنی در مواردی که وجه مندرج در شرط کیفری به نحو معتابهی گزاف و نامتناسب با خسارت احتمالی واقعی نیست، در نظامهایی که اصل

۱. برای مثال، در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران به عبارت «... مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید...» توجه کنید. به همین ترتیب، در صدر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه نیز عبارت «... by way of damages...» جالب توجه است. ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی بلژیک نیز حاوی عبارت مذکور است.

اجرای مطلق شرط کیفری پذیرفته شده است، شرط کیفری به هیچ عنوان از سوی قاضی کاهش یا افزایش نمی‌یابد و به هیچ وجه نیز ابطال‌شدنی نیست؛ به عبارت دقیق‌تر، مفاد شرط بی‌کم و کاست برای متعهد لازم‌الوفا و از سوی دادگاه، لازم‌الاجراست. قانون مدنی فرانسه در اصلاحات ۱۹۷۵ م. تعدیل‌پذیری وجه موضوع شرط کیفری از سوی قاضی را اگر وجه مندرج در آن به نحو واضح و آشکاری زیاد و یا اندک باشد، به رسمیت شناخت. گفته شده است که به رغم این تغییر در قانون مدنی فرانسه، هنوز باید اصل اجرای مطلق شرط کیفری را در این نظام پابرجا دانست و امکان تعدیل از سوی قاضی، چیزی جز استثنا بر این اصل نیست، اما با توجه به اهمیت بیش از حد این استثنا و عمومیت آن، باید بر این بود که حقوق فرانسه، موضع خود را نسبت به اجرایی بودن شرط کیفری تغییر داده و دیگر اصل اجرای مطلق شرط کیفری را نمی‌توان به حقوق این کشور منتسب دانست (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۲۰-۲۲۱).

مهم‌ترین دلیل برای توجیه پذیرش اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست. به موجب این اصل، قراردادهای خصوصی طرفین تا جایی که با قانون و نظم عمومی مخالف نباشند، اجرا می‌شوند؛ بنابراین، شرط کیفری نیز که قرارداد خصوصی طرفین در باب تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد است، نیروی الزام‌آور خود را از قصد مشترک طرفین می‌گیرد. در این باره، باید دو نکته را بررسی کرد:

الف) اصل حاکمیت اراده را نباید اصلی مطلق و بدون قید و شرط پنداشت. روابط اقتصادی حاکم بر جامعه و لزوم حمایت از مصرف‌کننده و نیز طرف ضعیف قرارداد، لزوم دخالت قانونگذار در قراردادهای خصوصی را توجیه می‌کند. چنین دخالتی کم و بیش در تمامی کشورهایی که به اصل آزادی قراردادهای پای‌بنداند، دیده می‌شود. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ ش.، قانون کار مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و نظایر آن، نمونه‌هایی از این دخالتها در کشور ماست. در غالب کشورهای اروپایی نیز به رغم پذیرفته شدن اصل حاکمیت اراده، مقررات ویژه‌ای در خصوص شرط کیفری مبنی بر تعدیل‌پذیری یا حتی ابطال‌پذیری آن در شرایط معین وضع گردیده است؛ بنابراین، اصل حاکمیت اراده

را نباید منافی دخالت قانونگذار در وضع مقررات ویژه برای شرط کیفری، در صورت اقتضای مصالح و اوضاع فردی و اجتماعی دانست.

ب) اساساً می‌توان استدلال کرد که عدم اجرای شرط کیفری که حاوی مبلغی نامتناسب با خسارات احتمالی واقعی است و به هدف تعیین پیشاپیش خسارت نیز در قرارداد مندرج نشده، با اصل حاکمیت اراده منافاتی ندارد (۳۶۸-۳۶۹: ۱۹۹۰: cf. Atiyah). اگر مقصود از اشتراط شرط کیفری، تحت فشار گذاشتن متعهد برای اجرای به موقع تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرای آن است و طرفین در واقع، بدون توجه به میزان خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد، مبلغی گزاف و نامتناسب را موضوع شرط مورد توافق قرار داده‌اند، می‌توان ادعا کرد که در زمان اندراج چنین شرطی در قرارداد، هیچ یک از طرفین، واقعاً اجرای آن را قصد نکرده‌اند. متعهد زمانی که به چنین شرط گزاف و نامعقولی تن می‌دهد هرگز قصد نقض قرارداد را ندارد؛ از این رو قصد اینکه عواقب ناشی از نقض متوجه او شود، به متعهد انتساب یافتنی نیست. از سوی دیگر، متعهدله نیز به قصد اخذ وجه شرط، به اندراج شرط اقدام نمی‌کند، بلکه مقصود اولیه او از اندراج چنین شرط نامعقولی، زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد است؛ بنابراین، می‌توان استدلال کرد که در زمان انعقاد قرارداد، هیچ یک از طرفین اجرای چنین شرط کیفری را قصد نمی‌کنند؛ پس عدم اجرای آن از سوی دادگاه، شاید با اصل حاکمیت اراده منافاتی نداشته باشد.

۲. استثنائات اصل اجرای مطلق شرط کیفری

سیستمهای حقوقی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرا شده‌اند، غالباً استثنائاتی را در بر دارند که حسب قوانین موضوعه، مشخص شده و دامنه قابلیت اجرای شرط کیفری را محدود می‌کند. این استثنائات را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱. اعطای قدرت تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری به قاضی در موارد خاص.
۲. بی‌اعتبار بودن شرط کیفری در موارد معین و منصوص قانونی. وجه مشترک هر دو دسته استثنائات این است که در موارد خاص و استثنایی حسب قوانین مشخص شده‌اند و قاضی در اجرای آنها، با توجه به ماهیت استثنایی بودن آنها بر

اصل، باید به قدر متیقن اکتفا کرده، از تفسیر موسع خودداری کند.

۳. اعطای اختیار به قاضی برای تعدیل شرط کیفری در برخی موارد.

این استثنا عمدتاً در مواردی است که بخشی از تعهد موضوع قرارداد از سوی متعهد اجرا شده و سپس وی از اجرای ادامه تعهد تخطی ورزیده است. ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی بلژیک متضمن این استثناست و مقرر می‌دارد که شرط کیفری، در صورت اجرای بخشی از تعهد از سوی متعهد ممکن است تعدیل شود. قانون مدنی بلژیک در خصوص این استثنا به همین ماده اکتفا کرده، اما شرایط اعمال اختیار از سوی قاضی و نیز چگونگی تعدیل را مشخص نکرده است. این شرایط و نیز چگونگی تعدیل را از ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۱۹۷۵ م. می‌توان استفاده کرد: زمانی که بخشی از تعهد اجرا شده است، شرط کیفری بدون هیچ‌گونه لطمه‌ای به اعمال ماده ۱۱۵۲- به نسبت سودی که از اجرای بخشی از قرارداد عاید طلبکار شده است، از سوی قاضی کاهش می‌یابد.

حسب مفاد این ماده، متناسب با انتفاعی که از اجرای بخشی از تعهد عاید متعهد شده است، قاضی مبلغ شرط کیفری را کاهش خواهد داد. این استثنا در قانون مدنی فرانسه تابع ماده ۱۱۵۲ قرار داده شده که اختیار عمومی در تعدیل شرط کیفری را در صورت زیاد یا اندک بودن آن به نحو واضح و آشکاری، مقرر کرده است؛ بنابراین، حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد موضوع قرارداد از سوی متعهد، چنانچه مبلغ وجه التزام به نحو معتابهی زیاد باشد، قاضی بدو وجه مذکور را حسب اختیار ناشی از قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی، تعدیل و سپس از مبلغ تعدیل شده، با توجه به ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی، به نسبت سودی که طلبکار از اجرای بخشی از تعهد برده است، خواهد کاست.

قانون مدنی ایران فاقد هرگونه مقرراتی در باب تعدیل شرط کیفری است. با وجود این، اجرای پاره‌ای از تعهد به هر تقدیر، بخشی از مسئولیت قراردادی متعهد را منتفی می‌سازد و بعید به نظر می‌رسد در مقام اطلاق، قصد مشترک طرفین به اجرای کامل شرط کیفری، حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد تعلق گرفته باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۴۵/۴)؛ برای مثال، در قرارداد فروش ده تن گندم به خریدار، به

موجب شرط کیفری مقرر می‌شود که فروشنده در صورت عدم تحویل مبیع در موعدی معین، مبلغ یک میلیون ریال به عنوان خسارت به خریدار پرداخت کند. حال اگر فروشنده پنج تن از گندم مورد معامله را در موعد قراردادی تحویل داده و سپس به هر دلیل، به تحویل بقیه آن در موعد مقرر موفق نشده است، آیا الزام او به پرداخت تمامی وجه موضوع شرط کیفری، عادلانه و با قصد مشترک طرفین موافق است؟ به نظر می‌رسد در این خصوص باید در حد امکان و با توجه به مفاد قرارداد و اوضاع حاکم در زمان انعقاد آن، قصد مشترک طرفین را احراز کرد. اگر قصد مشترک طرفین به اجرای تمامی تعهد (بدون تجزیه‌پذیری) در مدت معین تعلق گرفته و پرداخت وجه موضوع شرط کیفری در صورت تخلف از تکمیل و اتمام تعهد مورد توافق قرار گرفته است، در این صورت، در سیستم حقوقی ایران، محملی برای تعدیل شرط کیفری وجود نخواهد داشت، اما اگر طرفین به صورت مطلق در خصوص شرط کیفری توافق کرده‌اند، باید بین دو فرع زیر قائل به تفکیک شد:

۱. اگر تعهد اصلی موضوع قرارداد تجزیه‌پذیر بوده و از اجرای بخشی از آن، سودی عاید طلبکار شده است. در این صورت، تبعیت از قصد مشترک طرفین و نیز عدالت و انصاف اقتضا می‌کند که وجه موضوع شرط کیفری به نسبت انتفاعی که متعهدله از اجرای بخشی از قرارداد برده است، تعدیل شود.
 ۲. اگر تعهد اصلی ماهیتاً تجزیه‌پذیر نیست یا اجرای پاره‌ای از تعهد هیچ‌گونه سودی عاید طلبکار نکرده است. در این صورت، قول به تجزیه و تعدیل وجه موضوع شرط کیفری در سیستم حقوقی ما دشوار خواهد بود.
- این نکته شایان یادآوری است که آیا طرفین می‌توانند شرط کنند که حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد و انتفاع طلبکار از آن، در فرض تخلف متعهد از اجرای بقیه قرارداد، نامبرده به پرداخت تمامی وجه موضوع شرط کیفری مکلف خواهد بود؟ به عبارت دیگر، آیا طرفین با توافق خلاف می‌توانند اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری را در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد منتفی سازند؟ از نظر اصول حقوقی پاسخ به این سؤال به سادگی مثبت به نظر می‌رسد؛ زیرا تبعیت از قصد مشترک طرفین، دلیل اجرای مطلق شرط کیفری است و چنانچه چنین قصدی

به اجرای کامل شرط حتی در صورت اجرای بخشی از قرارداد تعلق گرفته باشد، تردید در لزوم وفا به خواست مشترک طرفین قرارداد و لازم‌الاجرا بودن توافق آنان روا نخواهد بود؛ بنابراین، اگر نص صریح قانونی بر بطلان چنین شرطی وجود نداشته باشد، توافق طرفین معتبر و صحیح تلقی می‌شود.

سیستمهای حقوقی ایران و بلژیک فاقد مقررات صریحی در این زمینه است؛ از این رو، تبعیت از قصد مشترک طرفین، صحت چنین شرطی را در سیستمهای مذکور اقتضا می‌کند. در حقوق فرانسه قسمت اخیر ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی، توافق بر خلاف مفاد این ماده را باطل و بلااثر شمرده است؛ بنابراین، در نظام حقوقی مذکور، با اجرای بخشی از قرارداد و انتفاع طلبکار از آن، متعهد از پرداخت بخشی از وجه موضوع شرط کیفری معاف می‌شود؛ ولو اینکه طرفین خلاف آن را مورد توافق قرار داده باشند. قانون مدنی کبک نیز صریحاً توافق طرفین در باب منتفی ساختن اختیار تعدیل شرط کیفری در صورت اجرای بخشی از تعهد را نافذ و معتبر شمرده است (قسمت اخیر (دوم) ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی کبک).

در سیستمهای حقوقی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته‌اند، گاه در موارد استثنایی و منصوص، شرط کیفری باطل و بلااثر شناخته شده است. این موارد در کشورهای مختلف متفاوت بوده و معمولاً به قراردادهای معین در شرایطی خاص اختصاص دارد؛ برای مثال، می‌توان به مقررات قانون کار فرانسه در باب قرارداد استخدام اشاره کرد. حسب مقررات این قانون، اشتراط شرط کیفری در انواع معینی از قراردادهای استخدام ممنوع شناخته شده است (قانون کار، کتاب اول، مواد ۱۴۲-۱۲۲ و کتاب هفتم، مواد ۷۵۹-۷۵۱؛ همچنین ر.ک: ۲۳۲: ۱۹۹۲، Nicholas). همچنین به موجب پاراگراف سوم ماده ۱۹۰۷ قانون مدنی بلژیک قراردادهای وام، اشتراط بیش از نصف یک درصد سرمایه به عنوان سود ناشی از تأخیر تأدیه ممنوع شده است.

ب) اجرای شرط کیفری با حق تعدیل

۱. اصل اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن
 بسیاری از سیستمهای حقوقی تابع نظام حقوقی نوشته و برخی از کشورهای تابع نظام

حقوقی عرفی، ضمن اینکه شرط کیفری را اجراپذیر می‌دانند، اما در شرایط معینی به قاضی اختیار تعدیل وجه موضوع شرط کیفری را اعطا کرده‌اند. در حقوق آلمان حسب صراحت ماده ۳۳۹ قانون مدنی آن کشور، اصل لزوم و اعتبار شرط کیفری پذیرفته شده است: «اگر بدهکار (متعهد) در قبال طلبکار (متعهدله)، در صورتی که تعهد خویش را انجام ندهد یا آن را به نحو مناسبی اجرا نکند، تعهد به پرداخت مبلغی به عنوان وجه التزام نماید، چنانچه (متعهد) مرتکب نقض قرارداد شود وجه التزام (به نفع طلبکار) ضبط می‌گردد...». با وجود این، قانون مذکور در ماده ۳۴۳ امکان کاستن مبلغ مندرج در شرط کیفری را به مبلغی معقول، در مواردی که وجه مذکور به نحو نامتناسبی زیاد باشد، به رسمیت می‌شناسد:

«اگر مبلغ وجه التزامی که بر عهده متعهد است، به نحو نامتناسبی بالا باشد، ممکن است وجه مذکور با تصمیم دادگاه حسب درخواست مدیون به مبلغی معقول کاهش یابد».

مقررات مشابه قانون مدنی آلمان در خصوص امکان تعدیل وجه موضوع شرط کیفری به مبلغی معقول را می‌توان در قوانین کشورهای دیگر نظیر اتریش (قسمت دوم ماده ۱۳۳۶ قانون مدنی اتریش)، سوئیس (قسمت سوم ماده ۱۶۳ قانون تعهدات سوئیس) و آفریقای جنوبی ملاحظه کرد. ماده ۳ از قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی مصوب ۱۹۶۲ م. مقرر می‌دارد:

اگر در جریان دادرسی مربوط به ادعای وجه موضوع شرط کیفری بر دادگاه، معلوم شود که وجه مذکور خارج از هرگونه تناسب با صدماتی است که به واسطه عمل یا ترک فعلی که در ارتباط با آن شرط کیفری توافق، به طلبکار وارد شده است، دادگاه ممکن است وجه موضوع شرط کیفری را به اندازه‌ای که در شرایط موجود عادلانه می‌یابد، کاهش دهد....

قانون مدنی فرانسه که تا پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م. اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته بود با الحاق قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی در ۱۹۷۵ م. به جرگه کشورهای پیوست که به اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن قائل‌اند. حسب الحاقیه اخیر، به قاضی اختیار کاستن یا افزودن مبلغ

مندرج در شرط کیفری، در صورتی که به نحو واضح و آشکاری زیاد یا اندک باشد، اعطا گردیده است.

با پذیرش قابلیت تعدیل قضایی شرط کیفری، دو نکته مهم مطرح است:

الف) در چه شرایطی، شرط کیفری از سوی قاضی تعدیل می‌شود؟ به عبارت دیگر، اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری در چه صورتی و با وجود چه شرایطی ایجاد می‌شود؟

ب) بر فرض وجود شرایط لازم برای تعدیل قضایی، قاضی قدرت خویش در تعدیل شرط را چگونه اعمال می‌کند؟ به عبارت دیگر، مبلغ مندرج در شرط تا چه اندازه‌ای باید کاهش یا افزایش یابد؟

پاسخ به این دو پرسش، به بررسی مقررات سیستمهای حقوقی کشورهای نیاز دارد که اصل اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن را پذیرفته‌اند.

۲. قلمرو اختیار تعدیل قضایی شرط کیفری.

در نظامهای حقوقی قائل به اختیار و قدرت تعدیل شرط کیفری برای قاضی، پیدایش این قدرت به این شرط منوط است که مبلغ مندرج در شرط کیفری بسیار زیاد باشد. قانون مدنی آلمان «به نحو نامتناسبی بالا بودن»^۱ شرط کیفری، قانون مدنی فرانسه «به نحو آشکاری بیش از اندازه»^۲ بودن آن، قانون قرارداد هند به «نامعقول» (ماده ۷۴ قانون قرارداد هند) بودن وجه مندرج در شرط، و قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی به «خارج از هرگونه تناسب»^۳ بودن آن اشاره می‌کنند. مسلم است که احراز بیش از اندازه زیاد بودن وجه مندرج در شرط کیفری به مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات متحمل شده از سوی متعهدله ناشی از نقض قرارداد، نیازمند است.

نکته مهم این است که در این مقایسه، آیا خسارات واقعی وارده به متعهدله را باید مد نظر قرار داد یا خساراتی که طبق مقررات قانونی مربوط به خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، از سوی متعهدله قابل وصول است؟ ثمره بحث در این است که

۱. "... Disproportionately high ..." Art. ۳۴۳.

۲. "... Manifestly excessive ..." Art. ۱۱۵۲.

۳. "... Out of proportion..." s.۳ South African conventional penalties Act ۱۹۶۲.

متعهدله ممکن است علاوه بر خسارات قابل وصول، متحمل خساراتی نیز شده باشد که به عللی، فرضاً به دلیل عدم امکان انتساب مستقیم آن به فعل زیانبار متعهد در نقض تعهد قراردادی، طبق قانون، قابلیت وصول نداشته باشد؛ به عبارت دیگر، خسارات واقعی متعهدله ممکن است زیادتر از خساراتی باشد که قانوناً از سوی او قابلیت وصول داشته باشد.

از میان نظامهای حقوقی فوق، تنها مقررات قانون مربوط به شرط کیفری آفریقای جنوبی مصوب ۱۹۶۲ م. به این سؤال پاسخ می‌دهد. ماده ۳ این قانون اختیار کاهش مبلغ مندرج در شرط کیفری از سوی دادگاه را به عدم تناسب وجه شرط شده با صدمات و خساراتی مشروط می‌کند که متعهدله به واسطه نقض قرارداد، متحمل آن گردیده است. مفسران این عبارت را ظاهر در عدم تناسب وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی وارد شده به متعهدله می‌دانند (cf. e.g: Kerr: ۲۳۷). به رغم اینکه قانون مدنی فرانسه در باب مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارت واقعی یا خسارات قابل وصول قانونی صراحتی ندارد، مفسران حقوق مدنی این کشور، خسارات واقعی وارده به متعهدله را ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط کیفری دانسته‌اند (۲۳۶: ۱۹۹۲; Nicholas, ۲۲۴: ۱۹۸۸; Treitel). پذیرش خسارات واقعی به عنوان ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط به منظور احراز بیش از اندازه زیاد بودن آن منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا هرچند بخشی از خسارت واقعی وارده به متعهدله، قانوناً قابلیت وصول را نداشته باشد، حداقل انتظار متعهدله از اشتراط شرط کیفری، جبران کلیه خساراتی است که در نتیجه نقض قرارداد متوجه او می‌شود.

البته توجه به این نکته ضروری است که گاه بخشی از خسارات وارده به متعهدله به لحاظ قصور شخصی او در کاستن خسارات حاصله است و گاهی نیز اساساً بخشی از خسارات به لحاظ این است که متعهدله نیز در نقض قرارداد از سوی متعهد سهمیم بوده و موجبات آن را فراهم آورده است. در چنین فرضهایی، تصور این بخش از خسارات در ردیف خسارات واقعی که باید ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط قرار گیرد، نابه‌جا بوده و ناعادلانه می‌نماید؛ زیرا این گونه خسارات اساساً انتساب پذیر به فعل متعهد در نقض قرارداد نیست.

نکته دیگر اینکه با مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی وارده به متعهدله، به صرف زیاد بودن وجه شرط شده از خسارات مذکور، اختیار تعدیل قضایی حاصل نمی شود، بلکه وجه مندرج در شرط، همان طور که در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه تصریح شده است، باید به نحو آشکاری بیش از اندازه زیادتز از خسارات واقعی باشد. مؤلفان حقوقی فرانسه در تفسیر این بخش از ماده مذکور، تأکید کرده اند که اختیار تعدیل قضایی در صورتی حاصل می شود که عدم تناسب بین وجه مندرج در شرط و خسارات واقعی، «مهم» باشد یا چنان باشد که «کاملاً به چشم بخورد» (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۳۷) و بالاخره، «نه تنها قابل تشخیص، بلکه قابل توجه» (Nicholas, ۱۹۹۲: ۲۳۶) باشد. ماده ۳ قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی نیز که اشاره شد، این نظر را پذیرفته است و آرای صادره از دادگاههای آلمان و اتریش نیز آن را تأیید می کنند (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۲۵).

۳. چگونگی اعمال اختیار تعدیل قضایی شرط کیفری

بر فرض وجود تمامی شرایط لازم برای اعمال اختیار تعدیل شرط، بحث دیگر چگونگی اعمال اختیار از سوی قاضی است. وجه مندرج در شرط، در صورت بیش از حد زیاد بودن، تا چه اندازه کاهش می یابد؟ و در اعمال این اختیار، قاضی چه ملاحظاتی را باید مد نظر قرار دهد؟ قوانین کشورهای مورد بررسی در این باب، غالباً ساکت بوده و گاه نیز به بیان عبارت مبهمی اکتفا کرده است. قانون مدنی آلمان در قسمت اخیر بند ۱ ماده ۳۴۳ حاوی مقرراتی در این باره است: «... در تعیین معقول بودن (وجه موضوع شرط کیفری) هر گونه منفعت مشروع طلبکار و نه منافع مالی وی، باید مد نظر واقع شود...».

توجه به این عبارت، گویای این نکته است که در اعمال اختیار تعدیل شرط کیفری و کاستن آن به مبلغی معقول، توجه قانونگذار آلمان به خساراتی بوده است که در واقع امر، بر متعهدله وارد شده است؛ هر چند بخشی از این خسارات در دعوای معمولی جبران خسارت، قابلیت وصول نداشته باشد. اشاره به مد نظر قرار دادن تمامی منافع مشروع طلبکار حتی منافع غیر مالی او - که گاه ممکن است از نظر

قانونی، جزء خسارات قابل وصول به شمار نیاید. مؤید این مدعاست؛ بنابراین، متعهدله حتی در صورت کاسته شدن وجه مندرج در شرط کیفری، ممکن است به دریافت مبلغی بیشتر از مبلغ خسارات قانونی قابل وصول در دعوی عمومی خسارت، موفق بشود، لکن دادگاههای آلمان عملاً افزون بر نکته مذکور در ماده ۳۴۳ قانون مدنی، ملاحظات دیگری را از قبیل «میزان تقصیر قراردادی متعهد»، «میزان سودی که در نتیجه نقض قرارداد عاید او می شود» و نیز «وضعیت عمومی مالی متعهد» در تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری، مد نظر قرار می دهند (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۲۶).

قانون مدنی فرانسه کاملاً در این باب ساکت است و موضوع را حسب صراحت قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ به نظر قضایی قاضی واگذار کرده است. مشکل عمده در این باب، در سیستم حقوقی فرانسه این است که ارزیابی میزان خسارت از اختیارات قاضی دادگاه بدوی است و دادگاههای بالاتر تنها در صورتی حق مداخله در تشخیص قاضی را دارند که تصمیم او بر تطبیق نادرست موضوع با اصول حقوقی مبتنی باشد (۲۷۸-۲۵۶: Denis Tallin). بر اساس این، در مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد از سوی متعهد و تعدیل آن در صورت بیش از اندازه زیاد بودن وجه مشروط، به نظر می رسد قاضی دادگاه بدوی از اختیار نسبتاً مطلق بر خوردار است.

به منظور محدود کردن این اختیار مطلق و محدود کردن و ایجاد سیستم کنترل بر تصمیمات دادگاه بدوی در خصوص تعدیل شرط کیفری، دیوانعالی کشور فرانسه اصولی را مقرر داشته که بر اساس آن، قاضی بدوی باید خسارات واقعی را در تصمیم خویش مشخص کرده، تصریح کند که از چه جهت وجه مندرج در شرط کیفری بیش از حد زیادتر از خسارت واقعی است (۲۳۶: Nicholas, ۱۹۹۲). به علاوه، قاضی از کاستن وجه مندرج در شرط به مبلغی کمتر از خسارت واقعی ممنوع گردیده و در نهایت، اگرچه قاضی اختیار تعدیل وجه مشروط به مبلغی معادل خسارت واقعی را دارد، قانوناً به کاستن وجه مندرج در شرط تا این اندازه مکلف

نیست (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۲۶-۲۲۷)؛ به عبارت دیگر، قاضی می‌تواند ضمن کاستن وجه مندرج در شرط کیفری، به مبلغی بالاتر از خسارت واقعی وارد شده بر متعهدله نیز حکم کند. این نظر که در میان مؤلفان حقوق فرانسه نیز طرفدارانی دارد (Ibid.: ۲۲۷)، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا دلایلی که لزوم تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری را تأیید و تقویت می‌کند، عمدتاً حول این محور است که مقصود از اشتراط شرط کیفری باید تعیین و تخمین پیشاپیش خسارات ناشی از نقض قرارداد باشد و قانون باید راه سوء استفاده از شرط کیفری را به منظور تحت فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهدش با اشتراط مبلغی گزاف و نامتناسب، سد کند.

دلایلی از این قبیل، به نوبه خود، تعدیل شرط به مبلغی بالاتر از خسارت واقعی را نفی می‌کند؛ به عبارت دیگر، ظاهراً محملی برای تعدیل شرط به مبلغی بالاتر از خسارات واقعی وارده به متعهدله به نظر نمی‌رسد. طرفداران این نظر به لزوم حفظ ماهیت کیفری شرط کیفری متوسل شده‌اند، اما باید توجه داشت که همین ماهیت (جلوگیری از تنبیه متعهد توسط متعهدله در صورت نقض قرارداد) لزوم تعدیل وجه مندرج در شرط را توجیه می‌کند. از این گذشته، با قول به اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری به مبلغی بیش از خسارات واقعی، دامنه اختیار و قدرت قاضی در تعدیل شرط، به نحوی اختیاری، وسیع‌تر می‌شود که ممکن است غیر منطقی و نامقبول به نظر رسد. در عمل، قواعد وضع شده از سوی دیوانعالی کشور فرانسه کنترل بر تصمیمات دادگاههای بدوی را در خصوص شرط کیفری سبب نشده است؛ زیرا حتی در فرض اجبار قاضی به تصریح میزان خسارات واقعی در رأی، ارزیابی میزان این خسارت از اختیارات نسبتاً مطلق قاضی دادگاه بدوی است (Ibid.: ۲۲۹).

نکته دیگر اینکه آیا پس از پرداخت وجه مندرج در شرط کیفری از سوی متعهد به متعهدله، قاضی حسب درخواست متعهد، اختیار تعدیل شرط و محکوم کردن متعهدله به استرداد بخشی از آن به متعهد را دارد؟ ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان صریحاً به این سؤال پاسخ منفی داده است. قسمت اخیر بند ۱ ماده مذکور مقرر می‌دارد: «بعد از پرداخت وجه مندرج در شرط، ادعای کاهش آن ممنوع است». از عبارت ماده ۳ قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی نیز چنین برمی‌آید که در صورت

پرداخت وجه موضوع شرط کیفری، امکان تعدیل آن وجود ندارد. اگرچه قانون مدنی فرانسه در این باب ساکت است، به نظر می‌رسد در حقوق این کشور نیز باید موضعی مشابه اتخاذ کرد؛ زیرا اصولاً حکم به استرداد وجهی که طبق شرطی صحیح پرداخت شده، فاقد محمل قانونی و خلاف اصول حقوقی به نظر می‌رسد.

۴. استثنائات اصل اجرای شرط کیفری با اختیار تعدیل قضایی آن

همانند اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل اجرای شرط کیفری با اختیار تعدیل قضایی نیز واجد برخی استثنائات منصوص قانونی است. این استثنائات را به دو دسته مهم می‌توان تقسیم کرد:

(الف) مواردی که شرط کیفری اساساً باطل و غیر قابل اجرا شمرده شده است.

(ب) مواردی که شرط کیفری صحیح و بدون امکان تعدیل قابل اجراست.

در هر دو مورد، با لحاظ طبیعت استثنایی موارد مذکور، باید به نصوص قانونی و قدر متیقن اکتفا کرد و از تفسیر موسّع بر حذر بود.

در برخی موارد منصوص قانونی، شرط کیفری مطلقاً باطل و بی اعتبار شناخته شده است. این موارد، معمولاً در خصوص قراردادهای معینی است: برای مثال، ماده ۵۵۰a قانون مدنی آلمان اشتراط شرط کیفری در قرارداد اجاره محل مسکونی علیه مستأجر را بی اعتبار اعلام کرده است. همچنین گاهی شرط کیفری، صحیح و معتبر تلقی شده و اختیار هرگونه تعدیل وجه مندرج در شرط از قاضی سلب گردیده است. مهم ترین آن، در ماده ۳۴۸ قانون تجارت آلمان منعکس گردیده که ماده ۳۴۳ قانون مدنی را که درباره معاملات تجاری صورت گرفته از سوی تاجر است، اعمال نشدنی دانسته است؛ به عبارت دیگر، در معاملات تجاری، اشتراط هرگونه شرط کیفری علیه تاجر واجد اعتبار تلقی گردیده و امکان تعدیل آن از قاضی سلب شده است.

(ج) تمیز شرط کیفری از شروط تعیین کننده خسارت ناشی از

نقض

در غالب کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی، توافق طرفین در خصوص تعیین

مبلغی که در صورت نقض قرارداد از طرف متعهد، در حقّ متعهدله پرداخت می‌گردد، به دو دسته تقسیم شده است.^۱

۱. شروط کیفری؛^۲

۲. شروطی که به موجب آن، طرفین واقعاً در صدد تخمین و تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از نقض عقد برآمده‌اند.^۳

شروط دسته نخست، باطل و بلااثر و شروط دسته دوم، کاملاً معتبر و لازم‌الاجرا هستند. در این بخش، به اختصار به قواعد حاکم بر تمییز دو دسته شروط مذکور از یکدیگر می‌پردازیم. پیش از آن لازم است که ماهیت حقوقی شروط مذکور را مورد اشاره قرار دهیم.

۱. ماهیت حقوقی شروط کیفری و شروط تعیین‌کننده خسارت

ماهیت حقوقی شروط مورد بحث در عبارتی از «Lord Dunedin» به خوبی مشخص و تبیین شده است:

ماهیت شروط کیفری، پرداخت وجهی است که به منظور تهدید و ارباب طرف متخلف از قرارداد شرط شده است و ماهیت حقوقی شروط تعیین‌کننده خسارت، ارزیابی واقعی پیشاپیش خسارات است (Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] Ac ۷۹, per Lord Dunedin at p.۸۶.).

بر اساس این، شروطی که به منظور تحت فشار گذاشتن و تهدید متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرای آن در قرارداد مندرج می‌شوند، شروط کیفری و شروطی که تلاش واقعی طرفین برای ارزیابی پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد را نشان می‌دهد، شروط تعیین‌کننده خسارت گویند. اشاره به ماهیت شروط کیفری به عنوان وسیله‌ای برای تهدید و ارباب متعهد به اجرای تعهد، نشانگر

۱. این تقسیم در سیستم حقوقی کامن‌لا ریشه تاریخی دارد که بحث آن از حوصله این مقاله خارج است.

۲. Penalty clauses.

۳. Liquidated damages.

در این بخش برای سهولت، از شروط مذکور به «شروط تعیین‌کننده خسارت» اشاره می‌کنیم؛ هرچند که به کارگیری این تعبیر مفهوم واقعی آن را نمی‌رساند.

اشتراط مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات واقعی از سوی طرفین است. به همین اعتبار، شروط کیفی در برخی تفاسیر نویسندگان حقوقی انگلیس، به عنوان شروطی تعریف شده‌اند که حاوی مبلغی «خارج از هرگونه تناسب»^۱ با خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای قرارداد در زمان انعقاد عقد می‌باشد (Furmston, ۱۹۹۱: vol. ۴).

نظر غالب در سیستم حقوقی انگلیس، بطلان شروط کیفی است؛ گرچه از بعضی آرای دادگاهها (Nicholas, ۱۹۹۲: ۶۳۲) و دیدگاههای نویسندگان حقوقی (Downes, ۱۹۹۳: ۳۳۱; Harpum: ۳۷۱; Harris: ۱۵۸-۱۵۹; cf.)، معتبر و لازم‌الاجرا بودن آن تا میزان خسارت واقعی استفاده می‌شود. حسب نظر غالب، با اعلام بطلان شرط کیفی، متعهدله به اثبات ورود خسارت در نتیجه نقض قرارداد به خویش مکلف است و به میزان اثبات شده حکم پرداخت خسارت به نفع او صادر می‌شود. چنانچه شرط مورد توافق طرفین به عنوان شرط تعیین کننده خسارت، و نه شرط کیفی به رسمیت شناخته شد، توافق طرفین معتبر و نظر متفق علیه لازم‌الاجرا بودن مفاد شرط به صورت مطلق و بدون قابلیت تعدیل است؛ ولو اینکه خسارات واقعی در زمان نقض قرارداد، کمتر یا بیشتر از مبلغ مشروط علیه باشد (Treitel, ۱۹۸۸: ۲۲۴).

۲. قواعد حاکم بر تشخیص شروط تعیین کننده خسارت از شروط کیفی

بر اساس تبیین به عمل آمده در دعاوی از ماهیت حقوقی دو دسته شروط مذکور، دادگاهها در طول سالیان دراز، قواعدی عملی را به منظور تشخیص دو دسته شروط مذکور از یکدیگر وضع کرده‌اند. این قواعد از سوی «Lord Dunedin» در دعاوی مشهوری گرد آورده شده و به صورت مجموعه‌ای بیان گردیده است.^۲ هرچند این قواعد در طول دهه‌های متمادی از تعرض و ایراد مؤلفان و قضات دادگاهها مصون نبوده، هنوز به عنوان ملاکهای تشخیص شروط تعیین کننده خسارت از شروط

۱. Out of all proportions.

۲. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C. ۷۹, at p.۸۶.

کیفری به کار گرفته می‌شود. پیش از بررسی این قواعد، ذکر دو نکته مقدماتی ضروری است:

اولاً، تشخیص دو دسته شروط فوق از یکدیگر از مسائل ماهوی در هر قرارداد است که مستلزم تفسیر قرارداد با توجه به شروط مندرج در آن و اوضاع حاکم در زمان عقد است؛ از این رو، صرف به کار بردن لفظ شرط کیفری یا شرط تعیین‌کننده خسارت از سوی طرفین، رافع اختلاف و مشخص ماهیت شرط نخواهد بود.^۱ البته بی‌گمان، لفظ به کار برده شده ممکن است به عنوان یکی از اماره‌ها در تعیین ماهیت شرط مورد اختلاف به کار رود؛ بدین ترتیب که مدعی خلاف آنچه لفظاً شرط شده، به اقامه دلیل و اثبات ادعای خلاف مکلف باشد.^۲

ثانیاً، به منظور تشخیص ماهیت شرط مورد توافق طرفین، شروط قراردادی و نیز اوضاع حاکم در زمان عقد باید مورد توجه قرار گیرد و هرگونه تغییر شرایط و اوضاع تا زمان نقض قرارداد علی‌القاعده در تعیین و تشخیص ماهیت شرط مؤثر نیست.^۳ با وصف این، در دعوی اخیری^۴ اظهار نظر شده است که وقایع و اتفاقات بعد از انعقاد عقد را نباید به طور مطلق مورد اغماض قرار داد، بلکه این وقایع ممکن است به عنوان اماراتی به منظور نشان دادن اینکه آیا ارزیابی طرفین در زمان انعقاد عقد، نوعاً ارزیابی معقولی بوده است یا نه، به کار گرفته شوند؛ به عبارت دیگر، این وقایع ممکن است گویای این نکته باشد که در زمان انعقاد، نوعاً چه نوع خساراتی

۱. Ibid.; Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos [۱۹۰۵] AC ۶, per Lord Halsbury at, p.۹; Wallis v. Smith [۱۸۸۲] ۲۱ Ch. D. ۲۴۳. per Fry, J. at pp.۲۴۹-۲۵۰.

۲. Willson v. Love [۱۸۹۶] ۱ Q.B. ۶۲۸, at pp.۶۲۹-۶۳۰; Alder v. Moore [۱۹۱۶] ۲ Q.B. ۵۷ at p.۷۵ per Devlin, L.J., Diestal v. Stevenson [۱۹۰۶] ۲ K.B. ۳۴۵ at p.۳۵۰; Philips Hong Kong Ltd. v. The Attorney General of Hong Kong [۱۹۹۳] ۶۱۱ B.L.R. ۴۱, at p.۵۹; Robophone Facilities Ltd. v. Blank [۱۹۶۶] ۱ W.L.R. [۱۴۲۸] per Diplock, L.J.

۳. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C. ۷۹ at pp.۸۶-۸۷.

۴. Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. of Hong Kong (۱۹۹۳) ۶۱ B.L.R. ۴۱ (Privy Council), at p.۵۹.

از سوی طرفین قابل پیش‌بینی و ارزیابی بوده است.
با بیان این دو نکته، حال می‌توان به اجمال قواعد مهم حاکم بر تشخیص دو دسته شروط مورد بحث در سیستم حقوقی انگلیس را بررسی کرد.

یک. اشتراط بر پرداخت مبلغی گزاف و نامعقول

مهم‌ترین قاعده عملی برای تشخیص شروط تعیین‌کننده خسارت از شروط کیفری، تلقی شرط مورد توافق به عنوان شرط کیفری است، البته زمانی که وجه مندرج در آن در مقایسه با بیشترین خسارتی که در زمان انعقاد عقد از نقض قرارداد قابل پیش‌بینی است، گزاف و نامعقول باشد.^۱

این قاعده که از اواخر قرن نوزدهم به عبارات مختلف در تصمیمات قضایی آشکار گردیده و در دعوای مشهور مربوط به شروط کیفری^۲ نیز به عنوان نخستین قاعده در تشخیص دو دسته شروط فوق مورد بحث واقع شده است، هنوز هم به عنوان یک ملاک و قاعده عملی در غالب دعوای مطروحه در دادگاهها مورد استناد واقع می‌شود. نکته جالب توجه در این قاعده، گزاف و نامعقول بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارات احتمالی آینده است؛ بنابراین، صرف زیاد بودن وجه مشروط از خسارات قابل پیش‌بینی دلیل این نخواهد بود که شرط مورد توافق از ماهیت کیفری برخوردار شود. به رغم این نکته، در بعضی از تصمیمات دادگاهها صرف تجاوز وجه مندرج در شرط از خسارات احتمالی قابل ارزیابی، موجب کیفری تلقی شدن شرط و اعلام بطلان آن شده است.^۳ این رویه، در تصمیم اخیر در دادگاه عالی استرالیا^۴ به شدت مورد انتقاد واقع شده و لزوم رجوع به ملاکهای «گزاف» و «نامعقول بودن»

۱. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C. ۷۹ at p.۸۷; Clydebank Co. Ltd. v. Don Jose Ramos [۱۹۰۵] A.C. ۶ per Lord Halsbury at p.۱۰.

۲. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C. ۷۹.

۳. Gooden Engineering Co. Ltd. v. Stanford [۱۹۵۳] ۱ Q.B. ۸۷ per Somervell L.J. at p.۸۹.

۴. AMEV- UDC Finance Ltd. v. Austin [۱۹۸۶] ۱۶۲ C.L.R. ۱۷۰, at pp.۱۹۰, ۱۹۳-۱۹۴.

وجه مشروط در مقایسه با خسارات قابل پیش‌بینی مورد تأکید واقع شده است.

امکان عملی اعمال قاعده فوق در صورتی است که خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد در زمان انعقاد عقد قابل پیش‌بینی باشد؛ بنابراین، در فرضی که نوعاً پیش‌بینی خسارات به لحاظ عواقب خاص ناشی از نقض قرارداد، در زمان انعقاد دشوار یا ناممکن است، مانعی در تلقی توافق طرفین به عنوان شرطی معتبر و لازم‌الاجرا وجود نخواهد داشت، البته به شرط اینکه این احتمال معقول وجود داشته باشد که طرفین، واقعاً به قصد ارزیابی خسارات به اندراج شرط اقدام کرده‌اند.^۱

دو. اشتراط به پرداخت مبلغی معین در صورت نقض تعهدات متفاوت گاه ممکن است طرفین ضمن عقد یا طی قراردادی جداگانه، شرط کنند که مبلغی معین در صورت نقض هر یک از تعهدات متفاوت قراردادی متعهد، در حق متعهدله قابل پرداخت خواهد بود. در این صورت نیز به منظور تشخیص ماهیت شرط، قاعده «گزاف» و «نامعقول» بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارت قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد عقد همچنان اعمال‌شدنی خواهد بود. لکن باید توجه داشت که در چنین فرضی، وجه مشروط باید با کمترین خسارت قابل ارزیابی که ممکن است از نقض یکی از تعهدات مختلف متعهد ناشی شود، مقایسه گردد و چنانچه وجه مذکور در مقایسه با این خسارت، گزاف و نامعقول بود، تردیدی در ماهیت کیفری و در نتیجه بطلان آن نخواهد بود.

نکته مهم و جالب توجه در این باره این است که چنانچه نقض تعهدات متفاوت قراردادی مورد بحث، نوعاً قابلیت ایجاد خساراتی را داشته باشد که از حیث اهمیت متفاوت‌اند، فرض قانونی بر این خواهد بود که وجه مشروط از ماهیت کیفری برخوردار است.^۲ دلیل چنین فرضی احتمالاً این است که در چنین صورتی، طرفین،

۱. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C. ۷۹ at pp. ۸۷-۸۸.

این قاعده، در دعوی اخیر از سوی «Privy Council» مجدداً مورد تأیید و تأکید قرار گرفت: Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. Hong Kong (۱۹۹۳) ۶۱.B.L.R. ۴۱، at p. ۶۰.

۲. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [۱۹۱۵] A.C.

حسب ظاهر و برداشت اولیه، در مقام ارزیابی خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد برنیامده‌اند؛ زیرا آنان برای نقض تعهدات مختلف که قابلیت ایجاد خسارات مختلف را دارد، به اشتراط وجهی ثابت و معین بسنده کرده‌اند. اما باید توجه داشت که این مطلب، صرفاً یک فرض و اماره مبتنی بر ظهور^۱ است، نه قاعده حقوقی؛ بنابراین، این فرض، همانند دیگر فرضهای اولیه، در شرایط معینی قابل رد و انتفا خواهد بود. در سه صورت، فرض اولیه دایر بر ماهیت کیفری شرط فوق‌الذکر منتفی، و شرط مورد توافق طرفین شرط تعیین‌کننده خسارت و معتبر تلقی خواهد شد:

۱. در صورتی که طبیعت و ماهیت خسارات ناشی از نقض تعهدات مختلف مورد بحث، با توجه به شرایط ویژه قرارداد، چنان است که ارزیابی پیشاپیش آنها، نوعاً دشوار یا ناممکن است. در چنین صورتی، اشتراط مبلغی ثابت که در صورت نقض تعهدات مختلف قراردادی پرداخت گردد، مشروط به معقول بودن میزان آن، شرط تعیین‌کننده خسارت و معتبر تلقی می‌شود.^۲

۲. طرفین قرارداد به گونه‌ای در خصوص میزان خسارات قابل پیش‌بینی توافق کرده‌اند که اماره و فرض اولیه فوق‌الذکر را منتفی می‌سازد. ظهور توافق ویژه طرفین در یکی از سه شکل زیر ممکن است:

الف) گاهی طرفین بر مبلغی میانگین به عنوان خسارات قابل پرداخت در صورت نقض تعهدات متفاوت توافق می‌کنند؛ بدین ترتیب که اگر خسارت ناشی از نقض یک تعهد بین پنج تا پانزده پوند و خسارت تخطی از تعهد دیگر بین دو تا دوازده پوند پیش‌بینی شود، توافق طرفین بر پرداخت مبلغ هشت پوند در صورت نقض هر یک از تعهدات، معتبر و لازم‌الاجرا تلقی شده است.^۳

۱۱ (۱۸۸۶) per Lord Dunedin at p.۸۷; *Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.* (۱۸۸۶) ۱۱ App. Cas. ۳۳۲. per Lord Watson.

۱. Rebuttable presumption.

۲. *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* [۱۹۱۵] AC ۷۹ at pp.۹۵-۹۶ per Lord Atkinson; *Galsworthy v. Strutt* (۱۸۴۸) ۱ Ex. ۶۵۹, at pp.۶۶۶-۶۶۷.

۳. *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* [۱۹۱۵] AC ۷۹ at p.۹۹ per Lord Parker of Weddington; *English Hop Growers v. Dering* [۱۹۲۸] ۲ K.B. ۱۷۴, at pp.۱۸۱-۱۸۲ per Scrutton L.J.

امکان توافق بر مبلغ میانگین مشروط به دو شرط است: اولاً، خسارات ناشی از نقض هر یک از تعهدات نباید در زمان انعقاد عقد به طور دقیق قابل پیش‌بینی باشد. ثانیاً، اختلاف بین خسارات ناشی از نقض تعهدات مختلف نباید زیاد و قابل ملاحظه باشد.

ب) گاهی هر چند در نظر اول، وجه مشروط در صورت نقض تعهدات متفاوت، قابل پرداخت به نظر می‌رسد، اما تفسیر اراده طرفین با توجه به شرایط قراردادی و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد عقد، ممکن است نشانگر این موضوع باشد که طرفین پرداخت وجه مشروط را در صورت وقوع تخلف از یک تعهد قراردادی معین اراده کرده‌اند. در این صورت نیز بدیهی است که فرض اولیه فوق‌الاشعار محلی برای اعمال نخواهد داشت.^۱

ج) ماهیت تعهد قراردادی، گاهی چنان است که بیش از یک بار و بیش از یک تخلف نقض می‌شود؛ برای مثال، تأخیر در تکمیل احداث بنا از سوی پیمانکار در قراردادهای احداث ساختمان ماهیتاً تخلفی است که پس از انقضای مدت مشروط قراردادی، در هر لحظه‌ای از تأخیر تکرار می‌شود. در خصوص تخلفاتی از این قبیل نیز اشتراط پرداخت مبلغی ثابت، در واقع، اشتراط مبلغی معین به منظور پرداخت در صورت وقوع تخلفات متعدد با اهمیت متفاوت تلقی گردیده و فرض اولیه فوق‌الذکر دایر بر ماهیت کیفری چنین شرطی به این مورد نیز تسری داده شده است. به منظور انتفای این فرض، در چنین مواردی، طرفین ممکن است به پرداخت مبلغی که با تکرار تخلف مرتباً تغییر می‌کند، توافق کنند؛ برای نمونه، در مثال فوق، توافق طرفین ممکن است شکل پرداخت مبلغی معین برای هر هفته از تأخیر را به خود بگیرد. بدیهی است که در چنین صورتی نیز فرض اولیه منتفی و شرط، معتبر تلقی خواهد شد.

۳. در خصوص تعهدات دارای طرق مختلف قابل نقض، معمولاً تمایل دادگاهها بر این است که به هر تقدیر نقض قرارداد را از هر طریقی که واقع شده باشد، یک تخلف

۱. برای مثال، ملاحظه کنید تفسیری که از قرارداد در دعوی Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. توسط Lord Atkinson به عمل آمده است (ص ۹۲-۹۳). این نکته، در واقع، دلیل تمایز بین دعوی مذکور و دعوی مشابه Ford Co. v. Armstrong ۳۱. T.L.R. ۲۶۷ (۱۹۱۵) تلقی شده است.

به شمار آورند و نتیجتاً دامنه اعمال فرض اولیه فوق‌الاشعار را محدود سازند؛ برای مثال، در قراردادهای احداث بنا، عدم تکمیل ساختمان در مدت مشروط قراردادی ممکن است از نقض هر یک از تعهدات مختلف پیمانکار با اهمیتهای متفاوت ناشی شود، اما دادگاهها در دعوی متعددی بر این نکته تأکید کرده‌اند که عدم تکمیل بنا در مدت مشروط قراردادی صرفاً یک تخلف است؛ از این رو، فرض اولیه مبنی بر کیفری بودن ماهیت وجه مشروط، اعمال‌شدنی نیست.^۱ این گرایش، همچنین در دعوی مربوط به تخلف از شرط عدم رقابت نیز ملاحظه می‌شود؛ برای مثال، تعهد به عدم اشتغال به تجارت در محدوده‌ای معین، ماهیتاً تعهدی است که به طرق مختلف و بیش از یک بار قابل نقض است، اما تمایل دادگاهها بر این است که تخلف از چنین تعهدی را تخلفی واحد بدانند^۲ و بدین ترتیب، دامنه اعمال فرض اولیه موضوع بحث را محدود سازند.

نتیجه

بررسی دیدگاههای حاکم در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری در نظامهای مختلف حقوقی جهان، بیانگر نکات ذیل است:

قواعد حاکم در سیستم حقوقی انگلیس، که کم و بیش در دیگر سیستمهای حقوقی تابع حقوق عرفی نیز به مورد اجرا گذاشته می‌شود، گرچه به جهت دستیابی به هدف منع متعهدله از تحت فشار قرار دادن متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرا وضع شده و توسعه یافته‌اند، در عمل مشکلات معتناهایی را برای دادگاهها و اصحاب قرارداد به وجود آورده است. قواعد مذکور به جهت تشتت، پراکندگی و قابلیت تغییر، باعث از بین رفتن اطمینان و دقت در روابط تجاری شده است؛ بدین توضیح که طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد و توافق در خصوص میزان خسارات احتمالی آینده به ندرت و به سختی می‌توانند اطمینان در

۱. Law v. Redditch Local Board [۱۸۹۲] ۱ Q.B. ۱۲۷, per Kerr. L.J. at p. ۱۳۶. Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. Hong Kong (۱۹۹۳) ۶۱ B.L.R. ۴۹; Diestal v. Stevenson [۱۹۰۶] ۲ K.B. ۳۴۵, at p. ۳۵۰.

۲. See, e.g., Crisdee v Bolton (۱۸۲۷) ۳ C. & P. ۲۴۰; Price v Green (۱۸۴۷) ۱۶ M. & W. ۳۴۶. at p. ۳۵۴. Reynolds v Bridge (۱۸۵۶) ۶ E. & B. ۵۲۸, at p. ۵۴۱.

خصوص حقوق و وظایف قراردادی خویش داشته و اعمال قواعدی دقیق و مشخص را بر روابط حقوقی خویش در باب شرط کیفری پیش‌بینی کنند.

از سوی دیگر، قواعد مذکور قابلیت انعطاف لازم را که بعضاً لازمه دست‌یابی به عدالت در روابط قراردادی است ندارد؛ زیرا شرطی که در مقام تخمین و ارزیابی پیشاپیش خسارات مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد، در نظام حقوقی انگلیس و کشورهای مشابه قابل تعدیل نیست. به همین سبب، در برخی تألیفات حقوقی تصریح شده است که نظام حقوقی عرفی در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری به تحصیل بدترین درجات دو جهان موفق شده است (۲۳۳: ۱۹۸۸، Treitel)؛ زیرا اولاً اطمینان و دقت کافی را ندارد؛ ثانیاً قابلیت انعطاف لازم را نیز ندارد. قواعد حاکم در نظام حقوقی مذکور در باب شرط کیفری از حیث پیچیدگی به مبهم‌ترین و غیر دقیق‌ترین بخش حقوق تعبیر شده و غالباً مورد انتقاد واقع شده است.

اصل اجرای مطلق شرط کیفری که در معدودی از کشورهای اروپایی و نیز سیستم حقوقی کشور ما اعمال می‌شود، واجد نقطه قوتی بسیار مهم، یعنی تضمین دقت و اطمینان در روابط قراردادی است. طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد، نسبت به حقوق و وظایف قراردادی خویش واقف هستند و دادگاه نیز در مقام رفع اختلاف طرفین، از مشکل احراز ورود خسارت به متعهدله و نیز تعیین میزان خسارت بری است. بعلاوه، با توافق پیشاپیش طرفین در باب میزان خسارت، متعهدله از اقامه دلیل به منظور اثبات ورود خسارت به خویش در نتیجه تخلف متعهد و نیز میزان آن، که گاه باری بسیار سنگین و مشکل در مقام اثبات و توأم با صرف هزینه‌های بعضاً سنگین است، معاف می‌شود. از سوی دیگر، متعهد نیز از پیش، بهای تخلف قراردادی خویش را می‌داند و در قراردادهای تجاری بزرگ با توجه به مجموع اوضاع به اتخاذ تصمیم در خصوص ادامه اجرا یا نقض قرارداد قادر است.

در کنار مزیت فوق، اصل اجرای مطلق شرط کیفری به راحتی قابلیت سوء استفاده از سوی هر یک از طرفین را دارد. گاه متعهدله با تحمیل مبلغی گزاف به عنوان وجه مندرج در شرط کیفری، متعهد را تحت فشار بیش از حد برای اجرای تعهد می‌گذارد و در صورت نقض قرارداد نیز پرداخت مبلغی سنگین و نامتناسب با

خسارات را به او تحمیل می‌کند. از سوی دیگر، متعهد نیز گاه با توسل به اصل اجرای مطلق شرط کیفری و اشتراط پرداخت مبلغی بسیار ناچیز در صورت نقض، راه تخلف را برای خویش باز می‌گذارد و متعهدله را از امکان دریافت خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد محروم می‌سازد.

این سوء استفاده غالباً در مواردی دیده می‌شود که طرفین قرارداد، قدرت معاملی یکسان^۱ ندارند؛ از این رو، امکان چنین سوء استفاده‌ای در دنیای تجارت فعلی که به سوی انحصار در ارائه کالا و خدمات پیش می‌رود، روز به روز بیشتر می‌شود. این نقیصه در اصل اجرای مطلق شرط کیفری به تنهایی در عدم پذیرش و ردّ این نظریه کافی است؛ زیرا وجود این نقیصه، مزیت اصل مذکور را نیز تا حد زیادی تحت الشعاع قرار می‌دهد. در این میان، تنها اصل اجرای شرط کیفری با امکان تعدیل قضایی آن است که اولاً واجد دقت و اطمینان‌آوری^۲ موجود در اصل اجرای مطلق شرط کیفری است و ثانیاً با امکان تعدیل وجه مشروط در صورت فوق‌العاده زیاد یا بسیار ناچیز بودن، از قابلیت انعطاف لازم^۳ به منظور مسدود کردن راه سوء استفاده طرف قرارداد که دارای قدرت معاملی بالاست، برخوردار می‌باشد. به همین اعتبار است که تمایل به پذیرش این اصل در کشورهای اروپایی روز به روز افزایش می‌یابد و حتی حقوقدانان کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی، نظیر انگلیس نیز به کارآیی و مؤثر بودن این اصل در ایجاد اطمینان و دقت از یک سو و عدالت از سوی دیگر، در روابط قراردادی معترف‌اند (برای مثال ر.ک: ۲۲۴: Treitel, ibid.).

همچنان که گفته شد، اصل مورد پذیرش در کشور ما اصل اجرای مطلق شرط کیفری است. با توجه به نقیصه‌های ناشی از این اصل و عمدتاً امکان سوء استفاده از آن در روابط قراردادی و با توجه به پیچیدگی روابط تجاری و حقوقی در کشور ما و توسعه روابط تجاری بین‌المللی، جا دارد که قانونگذار کشور ما نیز امکان تعدیل شرط کیفری از سوی قاضی را در موارد معین به رسمیت بشناسد. دلایل زیر این

۱. Equal bargaining power.

۲. Certainty.

۳. Flexibility.

پیشنهاد را تقویت می‌کند:

۱. مهم‌ترین دلیل برای حمایت و حفظ اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل آزادی قراردادها و لزوم احترام به قصد مشترک طرفین در باب شروط قراردادی و از جمله شرط کیفری است. گرچه این اصل، به ظاهر، اصل اجرای مطلق شرط کیفری را تأیید و تقویت می‌کند، همان‌طور که گفته شد، اصل حاکمیت اراده را نباید اصلی مطلق و بی‌حد و حصر تصور کرد. توسعه روابط قراردادی در جامعه و ایجاد انحصار در ارائه کالا و خدمات و لزوم حمایت از طرف ضعیف قرارداد و نیز حقوق جامعه، اجمالاً لزوم تحدید اصل حاکمیت اراده را اقتضا و توجیه می‌کند و حقوق کشور ما در مواردی متعدّد، ولو بعد از انقلاب اسلامی، شاهد چنین تحدیدهایی بوده است. از مهم‌ترین این موارد می‌توان به قانون کار مصوّب مجمع تشخیص مصلحت نظام، تبصره ۳ ذیل ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوّب سال ۱۳۶۲^۱ و حفظ قوانینی نظیر قانون روابط موجر و مستأجر مصوّب سال ۱۳۵۶ اشاره کرد.

آیا امکان و احتمال قوی سوء استفاده از اصل اجرای مطلق شرط کیفری به نحو مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی، لزوم تحدید اصل حاکمیت اراده در این باب را ایجاب نمی‌کند؟ آیا با توجه به توسعه روابط تجاری و اقتصادی در کشورمان و نیز ایجاد برخی موارد انحصار در ارائه کالا و خدمات و در نتیجه، ایجاد نوعی عدم تعادل در قدرت معاملی طرفین قرارداد، قانونگذار نباید به منظور حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد و نیز حمایت از حقوق جامعه، قدم پیش گذاشته و راه سوء استفاده از ماده ۲۳۰ قانون مدنی را سد کند؟ به نظر می‌رسد شبیه دلایلی که قانونگذار را به تحدید اصل حاکمیت اراده در روابط کارگر و کارفرما قانع کرده است، در خصوص شرط کیفری نیز موجود بوده و لزوم تحدید قلمرو ماده ۲۳۰ قانون مدنی را با ایجاد امکان تعدیل قضایی آن ایجاب می‌کند.

۲. اساساً می‌توان استدلال کرد که امتناع از اجرای شرط کیفری که حاوی مبلغی بسیار گزاف و نامتناسب با خسارات است، با اجرای اصل حاکمیت اراده منافاتی

۱. اگرچه اکنون مدّت اجرای آن منقضی شده است.

ندارد. در فرضی که طرفین قرارداد پرداخت مبلغی بسیار زیاد و نامتناسب با خسارات را ضمن قرارداد شرط می‌کنند، قصد اجرای شرط را مشکل می‌توان به طرفین منتسب کرد. متعهد هنگام پذیرش چنین مبلغی به عنوان جزای تخلف قراردادی خویش، هرگز قصد و حتی احتمال نقض قرارداد را در سر نمی‌پروراند؛ بنابراین، اراده جدی پرداخت چنین مبلغی در صورت تخلف، در زمان انعقاد قرارداد، ظاهراً به او قابل انتساب نیست. از سوی دیگر، متعهدله نیز هنگام تحمیل چنین وجهی به عنوان شرط کیفری، آن را وسیله‌ای برای ایجاد فشار بیش از حد و تهدید متعهد به اجرای به موقع قرارداد می‌پندارد و قصد دریافت آن در صورت تخلف قراردادی را به عنوان قصدی اولیه در سر ندارد؛ پس حداقل می‌توان گفت که فرض اولیه در صورت اشتراط چنین مبلغ نامتناسب و گزافی این است که طرفین، حسب ظاهر، قصد اجرای آن را نکرده‌اند. بنابراین عدم اجرای آن از سوی دادگاه ممکن است با اصل حاکمیت اراده منافاتی نداشته باشد.

۳. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه (پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.) اقتباس شده است. همچنان که گذشت، قانونگذار فرانسه در ۱۹۷۵ م. ضرورت بر هم زدن اصل مندرج در ماده ۱۱۵۲ و ایجاد امکان تعدیل قضایی شرط کیفری را به رسمیت شناخت. به نظر می‌رسد چنین ضرورتی در ایران نیز امروزه موجود است و بسیار بجاست که قانونگذار با برداشتن چنین گامی و ایجاد امکان تعدیل قضایی شرط، راه اجرای عدالت در روابط قراردادی را هموار سازد.

تا زمانی که تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی به عمل نیامده است، به نظر می‌رسد دادگاهها می‌توانند با تفسیر عبارت مندرج در ماده مذکور، راه سوء استفاده بیش از حد از اصل اجرای مطلق شرط کیفری را مسدود کنند. عبارت ماده ۲۳۰ قانون مدنی به اشتراط پرداخت «مبلغی به عنوان خسارت» اشاره می‌کند. زمانی که طرفین نسبت به پرداخت مبلغی گزاف و کاملاً نامتناسب با خسارات به عنوان موضوع شرط توافق می‌کنند، اشتراط شرط کیفری را نمی‌توان توافق به تعیین مبلغی به «عنوان خسارت» دانست و اساساً چنین قصدی نیز، اولاً و بالذات، حسب ظاهر، به طرفین قابل انتساب نیست؛ بنابراین، در چنین مواردی می‌توان موضوع را از شمول

مادّه ۲۳۰ قانون مدنی خارج و از اجرای شرط خودداری کرد. این نظر، گرچه ممکن است مورد ایراد واقع شود، اما موافق با برقراری عدالت در روابط قراردادی است که از وظایف مهم دادرس دادگاه است. از سوی دیگر، تمایل دادگاهها به این نظر ممکن است راه تجدید نظر قانونی در مادّه ۲۳۰ قانون مدنی را هموارتر سازد.

کتاب‌شناسی

- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، مکتبه النجاح.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- حرّ عاملی، وسائل الشیعه، تحقیق شیخ محمد رازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.
- قانون آیین دادرسی مدنی سابق (ایران).
- قانون ثبت ایران.
- قانون کار فرانسه.
- قانون مدنی اتریش.
- قانون مدنی استرالیا.
- قانون مدنی آفریقای جنوبی.
- قانون مدنی آلمان.
- قانون مدنی انگلیس.
- قانون مدنی ایران.
- قانون مدنی بلژیک.
- قانون مدنی فرانسه.
- قانون مدنی کبک.
- کاتوزیان، ناصر، «اثر قراردادها در مسئولیت مدنی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۲۰، شماره ۴، دی ماه ۱۳۵۷.
- همو، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، شرکت انتشار، ۱۳۷۶؛ بهنشر، دی ماه ۱۳۶۸.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، دار الکتب العلمیه.
- میرحسین عابدیان، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، ققنوس، ۱۳۷۷.
- نراقی، احمد، *عوائد الایام*، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
- Atiyah, P. S., *Freedom of Contract and the New Right, (Essays on Contract, Essay 12)*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1990.
- Denis Tallin, *Contract Law Today, Anglo-French Comparison*.
- Downes, T., *Textbook on Contract*, 3rd ed., London: Blackstone Press, 1993.
- Furmston, M. P., *Contract Planning: Liquidated Damages*, J.C.L., vol. 4, 1991.
- Harpum, C., *Equitable Relief: Penalties and Forfeiture* (1989) 48 Cambridge Law Journal 370.
- Harris, D., *Penalties and Forfeiture*, L.M.C.L.Q., 158.
- Kerr, *The Principles of the Law of Contract*.
- Lawson, R., *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 4th ed., London: FT Law & Tax, 1995; Yates, D., *Exclusion Clauses in Contracts*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1982.

- McKendrick, E., *Contract Law*, ۲nd ed., London, Macmillan, ۱۹۹۴.
- Nicholas, *The French Law of Contract*, ۲nd ed., ۱۹۹۲.
- Treitel G.H., *Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)*, Oxford, Clarendon Press, ۱۹۸۸.
- Id., *The Law of Contract*, ۹th ed., London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۵.
- Working paper, No. ۶۱, *Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid*, para. ۴۷.

سازوکارهای پیشگیری از شکنجه و مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیر انسانی و تحقیر کننده

در پرتو پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م.

- دکتر ابراهیم بیگزاده^۱
- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

هیجده سال پس از انعقاد کنوانسیون منع شکنجه، جامعه بین‌المللی تصمیم گرفت که پروتکلی را تصویب و به کنوانسیون مزبور منضم نماید که هدفش پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه است. البته پیشگیری پدیده جدیدی نیست، اما رویکرد به آن جدید می‌نماید. اگر در گذشته، پیشگیری بر شناخت شخصیت مجرم مبتنی بود، امروز بر مبنای قربانی و بزه‌دیده استوار است. در این رویکرد، کنترل و ابتکار جای مجازات را گرفته است. پروتکل مصوب ۲۰۰۲ م. نیز با این رویکرد در صدد پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه می‌باشد. پروتکل مزبور برای دستیابی به این مهم به پیش‌بینی دو دسته سازوکار مبادرت کرده است که دسته نخست از سوی خود پروتکل در قالب «زیر کمیته پیشگیری از شکنجه» ایجاد می‌شود، در حالی که سازوکارهای دسته دوم در قالب نهاد یا نهادهای ملی باید از سوی دولتهای عضو پروتکل ایجاد گردد.

انعقاد این پروتکل، به ویژه ایجاد زیر کمیته پیشگیری از شکنجه، اعمال غیرانسانی و تحقیر کننده، نشان می‌دهد که صرف وجود کمیته منع شکنجه که بر اساس معاهده ۱۹۸۴ نیویورک به وجود آمده است، برای جلوگیری از ارتکاب جرم شکنجه کافی نیست و جامعه بین‌المللی نیز تمایل دارد که از وقوع این جرم تا جایی که امکان دارد، جلوگیری کند. از آنجا که ارتکاب این جرم، حسب مورد می‌تواند جنایت جنگی یا جنایت علیه بشریت لحاظ گردد، باید گفت که ممنوعیت آن در زمره قواعد آمره حقوق بین‌الملل قرار دارد و ارتکاب آن به هر علتی، مسئولیت بین‌المللی کیفری مرتکب یا مرتکبان آن را در پی دارد. این مسئولیت نیز فارغ از مقام و موقعیت مرتکب یا مرتکبان بر آنان تحمیل می‌گردد؛ به عبارت دیگر، مقام و منزلت سیاسی، اجتماعی و... سبب تبری از مسئولیت مباشر یا مباشران جنایت شکنجه نمی‌شود. کلید واژگان: شکنجه، کمیته پیشگیری از شکنجه، زیر کمیته منع از شکنجه، پیشگیری، سازوکار، صلاحیت، جرم.

طرح مسئله

از آنجا که شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیر کننده، نقض فاحش و شدید حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به شمار می‌رود، لزوم پیشگیری از ارتکاب آن از سوی جامعه بین‌المللی به شدت احساس می‌شد. به همین دلیل، هیجده سال پس از انعقاد کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴ م.) پروتکلی با عنوان «پروتکل اختیاری منضم به کنوانسیون منع شکنجه و سایر مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیر کننده» منعقد گردید و یک نظام پیشگیری را ایجاد کرد. از آنجا که پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیر کننده موضوع اصلی پروتکل مورد مطالعه است، یادآوری چند نکته به عنوان پیش درآمدی بر مطالعه این سند در زمینه پیشگیری لازم می‌نماید. بی‌شک پیشگیری پدیده جدیدی در قلمرو کیفری نیست، آنچه جدید می‌نماید رهیافت فعلی نسبت به آن است. در گذشته، پیشگیری مبتنی بر مجرم بود؛ بدین ترتیب که با شناخت «شخصیت مجرم» عوامل و شرایط مؤثر در شکل‌گیری آن، تلاش بر این بود که با تغییر یا بهبود آن عوامل و شرایط از وقوع جرم پیشگیری شود، اما از چند دهه پیش، محور اصلی پیشگیری نه مجرم، بلکه معنی علیه یا بزه‌دیده بالفعل یا بالقوه قرار گرفت؛ به

دیگر سخن، سیاست جنایی در بُعد پیشگیری از جرم، از پیشگیری کیفری (اعمال شدید قانون و مجازات در مورد مرتکبان جرم) و پیشگیری اصلاحی یا اجتماعی (پیشگیری از راه شناخت علل ارتکاب جرم و اصلاح مجرم) به سوی پیشگیری وضعی تحوّل یافته است. در این رهیافت، کنترل و ابتکار جای مجازات و انفعال را می‌گیرد و با پیش گرفتن تدابیر مناسب تلاش می‌شود تا از پیدایش بزه‌دیدگی پیشگیری گردد. در این رویکرد، جرایم قابل پیش‌بینی است و می‌توان با کاهش فرصتهای مناسب برای ارتکاب آنها از وقوعشان پیشگیری کرد (ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۳: ۵۵۹-۵۹۸؛ صفاری، ۱۳۸۰: ۲۶۷ به بعد).

برای مثال، با تغییر بافت شهرها و بازنگری در شهرسازی و ایجاد محیطهای قابل کنترل شهری می‌توان از ارتکاب بسیاری از جرایم جلوگیری کرد. البته این رویکرد نیز جای انتقاد دارد؛ زیرا بیشتر به محدود شدن بزه‌دیدگان بالفعل و بالقوه منجر می‌شود و در مواردی ممکن است نوعی تعرض به حریم خصوصی هم لحاظ گردد؛ بنابراین، به نظر نمی‌رسد بتوان فقط از یک رویکرد واحد برای پیشگیری از جرم استفاده کرد، بلکه ترکیبی از کلیه روشها و رویکردها بر حسب جرم و وضعیت، می‌تواند مؤثرتر باشد.

امروزه، پیشگیری از جرایم، به ویژه پیشگیری وضعی، از اهمیت فراوانی برخوردار شده است؛ به همین دلیل، جامعه جهانی تلاش خود را در قلمرو مبارزه با جرم شکنجه و سایر مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده، در درجه اول به پیشگیری از آن معطوف کرده است. حاصل این تلاش، انعقاد پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ منضم به قطعنامه ۵۷/۱۹۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد است.^۱ در این جستار، ابتدا مفاهیم بنیادین مندرج در پروتکل مزبور و سپس سازوکار بین‌المللی و سرانجام، سازوکارهای ملی ایجاد شده توسط آن سند برای پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه و سایر مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. این قطعنامه با ۱۲۷ رأی موافق، ۴ رأی مخالف و ۴۲ رأی ممتنع به تصویب رسیده است.

فصل اول: مفاهیم بنیادین

در این فصل، هدف، مبانی، سازوکارهای ایجادشده از سوی پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م. و تعهدات کلی دولتها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. هدف

هدف از انعقاد پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م.، توسعه حمایت از افراد بازداشت شده در برابر شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه غیرانسانی و تحقیرکننده از راه پیشگیری است. پروتکل برای تحقق این گونه سیاست جنایی در بُعد پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه، یک نظام بازدید مستمر از اماکن محل نگهداری افراد محروم از آزادی را سرلوحه کار خود قرار داده است. طبیعی است که برای نیل به این هدف، به سازوکارهایی نیاز هست که پروتکل مزبور آنها را در دو دسته نهاد مستقل بین‌المللی و ملی پیش‌بینی کرده است. پیش‌بینی چنین ارگانی، نشان از عزم جامعه بین‌المللی برای تقویت حمایت از افراد محروم از آزادی و بیانگر مسئولیت فردی و جمعی کلیه دولتها می‌باشد (ر.ک: ۱۱۱۰: ۲۰۰۴، Eric).

۲. مبانی

مبنای این پروتکل را که مبدع سازوکارهای پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه است، می‌توان در دو دسته اسناد بین‌المللی یافت:

الف) حقوق بین‌الملل موضوعه

مبنای سازوکارهای پیشگیری از وقوع جرم شکنجه را می‌توان در برخی مواد کنوانسیون منع شکنجه و سایر مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ یافت.^۱ طبق این مواد، دولتهای عضو مکلف‌اند کلیه تدابیر مؤثر تقنینی، اداری و قضایی و سایر تدابیر مؤثر را برای پیشگیری از شکنجه و سایر اعمال ظالمانه، غیرانسانی یا رفتارها و مجازاتهای ترذیلی در قلمرو

۱. کنوانسیون ۱۹۸۴ منع شکنجه منضم به قطعنامه ۳۹/۴۶ مجمع عمومی می‌باشد. این قطعنامه بدون رأی تصویب شده است.

تحت صلاحیت خود در پیش گیرند. در ضمن دولتها مکلف اند به منظور ممنوعیت شکنجه، به نیروهای مجری قانون، اعم از نظامی، غیر نظامی، پزشکی، دولتی و کلیه دست‌اندرکاران بازداشت و بازجویی آموزشهای لازم را دهند. آنها همچنین موظف‌اند کلیه دستورالعملها و شیوه‌های رفتار با افراد بازداشت شده در قلمرو صلاحیت خود را مورد بازبینی مستمر و منظم قرار دهند و در صورت ارتکاب جرم شکنجه به تحقیقات فوری و بی‌طرفانه اقدام کنند. سرانجام، دولتها مکلف‌اند امکان فراهم کردن شکایت از طرف بزه‌دیده و رسیدگی فوری و بی‌طرفانه نسبت به آنها را تضمین کنند (ر.ک: ۱۱۰۲-۱۱۰۱، ۱۰۹۲، ۲۰۰۴: Eric).

مقررات فوق نشان می‌دهد که شکنجه فقط به معنای وارد کردن هرگونه درد و رنج شدید بدنی و روحی مدّ نظر نیست، بلکه کلیه اعمال اخف از شکنجه مانند اعمال ظالمانه، مجازاتهای غیرانسانی و تحقیرکننده را نیز دربرمی‌گیرد.

ب) سند نهایی کنفرانس جهانی ۱۹۹۳ م. حقوق بشر

بعد از برگزاری نخستین کنفرانس جهانی حقوق بشر در تهران در سال ۱۹۶۸ م، دومین کنفرانس جهانی حقوق بشر را در سال ۱۹۹۳ م. در وین از سوی جامعه بین‌المللی برگزار شد. سند نهایی این کنفرانس اعلام می‌دارد که تلاشهای مربوط به رفع شکنجه باید پیش از هر چیز، بر پیشگیری متمرکز باشد؛ از این رو، این سند خواهان انعقاد پروتکلی اختیاری منظم به کنوانسیون ۱۹۸۴ م. می‌باشد که یک نظام پیشگیری از طریق بازدیدهای مستمر از بازداشتگاهها را برقرار می‌نماید. از آنجا که سند کنفرانس ۱۹۹۳ م. وین مورد قبول دولتها قرار گرفته است، به نظر می‌رسد بتوان آن را بیانگر اعتقاد جامعه جهانی به لزوم ایجاد سازوکارهایی برای پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده دانست؛ به عبارت دیگر، این سند جلوه «Opinio Juris» جهانی در این قلمرو می‌باشد.

۳. سازوکارهای پیشگیری از شکنجه و سایر مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده

مواد ۲ و ۳ پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م.، دو نوع سازوکار را برای پیشگیری از

شکنجه پیش‌بینی کرده است: زیر کمیته پیشگیری^۱ و رکن یا ارکان ملی پیشگیری از جرم شکنجه.

ماده ۲ پروتکل برای انجام اشتغالات پیش‌بینی شده به ایجاد یک زیر کمیته پیشگیری از شکنجه مبادرت کرده است. این نهاد در چارچوب منشور ملل متحد و همچنین سایر هنجارهای ملل متحد درباره رفتار با اشخاص محروم از آزادی عمل می‌کند. نکته تأمل برانگیز آن است که زیر کمیته مزبور باید با الهام از اهداف ملل متحد عمل کند که از آن جمله حصول همکاری به منظور پیشبرد و احترام به حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد، جنسیت، زبان یا مذهب می‌باشد؛ به عبارت دیگر، اعمال شکنجه درباره هیچ کس و به هیچ دلیلی مجاز نیست؛ بنابراین، هیچ فردی به لحاظ نژاد، زبان، مذهب، عقیده سیاسی و... نمی‌تواند در هیچ شرایطی، حتی وجود شرایط استثنایی مانند جنگ و ناآرامیهای سیاسی و حالات فوق‌العاده، مورد شکنجه قرار گیرد و دستور هیچ مقامی هم توسل به شکنجه را توجیه نمی‌کند و رافع مسئولیت مباشر نیست. به عبارت دیگر، ممنوعیت مطلق در قلمرو شکنجه وجود دارد.

طبق ماده ۳ پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م. نیز دولت‌های عضو مکلف‌اند در سطح ملی، یک یا چند رکن نظارتی را برای پیشگیری از شکنجه ایجاد، انتخاب یا مدیریت کنند. از آنجا که این نهادها با تفصیل بیشتری مورد مطالعه قرار خواهند گرفت، در اینجا به همین مقدار بسنده می‌شود.

۴. تعهدات کلی دولتها

دولت‌های عضو پروتکل باید به زیر کمیته پیشگیری و ارکان ملی اجازه دهند که از کلیه اماکن واقع در تحت صلاحیت یا کنترلشان که امکان وجود افراد بازداشت شده در آنها وجود دارد، بازدید به عمل آورند. این بازدیدها باید برای تقویت حمایت از افراد بازداشت شده در مقابل شکنجه انجام شود.^۲ البته باید توجه داشت

۱. Le Sous – Comité de la Prévention.

۲. این بازدیدها باید به دستور یا اجازه صریح یا ضمنی یک مقام عمومی تحقق یافته باشد.

که منظور از محرومیت از آزادی، هر شکل از بازداشت، حبس یا استقرار یک شخص در یک مکان عمومی یا خصوصی تحت نظر به دستور مقام قضایی، اداری یا هر مقام عمومی دیگر می‌باشد و امکان خروج از آن با ارادهٔ شخص بازداشت شده ممکن نباشد.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد، این است که لازمهٔ احراز محرومیت از آزادی، وجود حکم قضایی نیست، بلکه از همان ابتدا که فردی به دستور یک مقام عمومی بازداشت می‌شود، باید بتواند از این سازوکار حمایتی، یعنی نظارت بر وضعیّت بازداشت خود و پیشگیری از اعمال شکنجه یا مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده، برخوردار گردد.

فصل دوم: سازوکارهای به کار گرفته شده در نهاد پیشگیری از شکنجه و سایر مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده

همان‌طور که پیش از این گفته شد، پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ دو دستهٔ سازوکار بین‌المللی و ملی پیش‌بینی کرده است که در این قسمت به تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. زیر کمیتهٔ پیشگیری از شکنجه و سایر مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده
در این قسمت ابتدا ماهیّت این رکن، سپس ساختار و سرانجام، صلاحیتهای آن را بررسی می‌کنیم.

الف) ماهیّت زیر کمیتهٔ پیشگیری از شکنجه

زیر کمیتهٔ پیشگیری از شکنجه در واقع، رکن فرعی «کمیتهٔ ضد شکنجه» می‌باشد. «کمیتهٔ ضد شکنجه» توسط مادهٔ ۱۷ کنوانسیون ۱۹۸۴ م. ایجاد شده است. این کمیته، متشکل از ده عضو مستقل و دارای مکارم عالی اخلاقی می‌باشد. این نهاد،

مسئول بررسی گزارش دولتها در راستای اجرای تعهدات خود بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۴ و ارائه نظر خود بر دولتهای ذیربط و افراد گزارش دهنده می باشد (درباره صلاحیت و اشتغالات کمیته ضد شکنجه، ر.ک: موسوی، ۱۳۸۲؛ ۱۷۷-۱۷۹؛ ۱۱۰۲: ۲۰۰۴: Eric). البته دولتهای مزبور می توانند دیدگاههای خود را در پاسخ به کمیته اعلام نمایند.

نهادهای بین المللی می توانند برای نیل به اهداف خود، ارکان فرعی ایجاد کنند. این امر، گاهی صریحاً و زمانی با توسل به «تئوری اختیارات ضمنی» امکان پذیر است. زیر کمیته پیشگیری از شکنجه ماهیتاً یک رکن فرعی و وابسته به «کمیته ضد شکنجه» می باشد. البته باید توجه داشت که طبق نظرهای مشورتی دیوان بین المللی دادگستری، در اختلافات بین کمیسیون حقوق بشر و کشورهای رومانی و مالزی درباره وضعیت گزارشگران این رکن، باید گفت که ارکان فرعی نیز دارای شخصیت حقوقی بین المللی هستند و اعضای آن از مزایا و مصونیت‌های بین المللی ضروری برای انجام اشتغالاتشان برخوردارند.^۱

این نکته به صراحت در ماده ۳۵ پروتکل مورد مطالعه نیز پیش بینی شده است. طبق این مقرر، اعضای کمیته فرعی پیشگیری و سازوکارهای پیشگیرانه ملی دارای مصونیت و مزایای ضروری برای انجام مستقل اشتغالات خود هستند. همچنین این اعضا دارای مصونیت و مزایای مندرج در بخش ۲۲ معاهده مصونیت و مزایای ملل متحد مورخ ۱۳ فوریه ۱۹۴۶ می باشند. البته باید توجه داشت که اعضای کمیته در

۱. این نظریات مشورتی توسط شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد (اکوسوک) درخواست شده است. نخستین نظر در ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ م. در اختلاف بین دولت رومانی و کمیسیون حقوق بشر در قضیه «دومیترو مازیلوو» (Dumitor Mazilu)، گزارشگر کمیسیون، و دومین نظر در ۲۹ آوریل ۱۹۹۹ م. در اختلاف بین کمیسیون حقوق بشر و دولت مالزی در قضیه «داتو پارام کوماراسوامی» (Dato Param Kumaraswamy)، گزارشگر کمیسیون، صادر شده است. در هر دو نظر مشورتی، دیوان اعلام کرده است که گزارشگران کمیسیون حقوق بشر (رکن فرعی شورای اقتصادی و اجتماعی) از مصونیت مندرج در بخش ۲۲ ماده ۶ کنوانسیون مربوط به مزایا و مصونیت‌های ملل متحد و مصونیت قضایی برخوردار هستند. برخورداری از این مصونیتها هم در واقع، زمانی ممکن می شود که ارکان متبوع این افراد دارای شخصیت حقوقی بین المللی باشند؛ به عبارت دیگر، کمیسیون حقوق بشر که رکن فرعی شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد است، دارای شخصیت حقوقی بین المللی است. شایان یادآوری است که این کمیسیون، طبق تصمیم شصتین اجلاس مجمع عمومی از اول ژوئن ۲۰۰۶ منحل شد و جای خود را به «شورای حقوق بشر» داد.

برخورداری از این امتیازات باید قوانین و مقررات دولت محل بازدید را رعایت کنند و از هرگونه اقدام مغایر با بی‌طرفی و بین‌المللی بودن وظایف و اشتغالاتشان اجتناب ورزند.

ب) اصول حاکم بر عملکرد زیر کمیتهٔ پیشگیری از شکنجه

زیر کمیتهٔ پیشگیری از شکنجه بر مبنای پنج اصل مهم، فعالیت‌های خود را انجام می‌دهد. این اصول به دو دستهٔ هویتی و عملی تفکیک پذیر است:

۱. اصول هویتی

یک. اصل محرمانه بودن^۱

طبق این اصل، کلیهٔ اطلاعات به دست آمده محرمانه است و بدون رضایت شخص مربوط منتشر نمی‌شود.

دو. اصل عدم جانبداری^۲

بر اساس این اصل، زیر کمیته در انجام فعالیت‌های خود به بزه‌دیدگان از لحاظ نژاد، مذهب، ملیت، شرایط اجتماعی، عقاید سیاسی و... هیچ‌گونه توجهی نمی‌کند. این اصل، در واقع، تجلی برابری انسانها در شرایط ناهنجار درد و رنج ناشی از شکنجه و سایر مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیر کننده است.

۲. اصول عملی

یک. گزینشی نبودن^۳

دو. جهان‌شمول بودن^۴

سه. واقع‌گرا بودن^۵

طبق این اصول، کمیته در انجام فعالیت‌های خود، ضمن عدم گزینش دولت خاصی،

۱. confidentialité.

۲. impartialité.

۳. non-sélectivité.

۴. universalité.

۵. objectivité.

تلاش می‌کند تا اصل برابری در تکالیف در قبال منع شکنجه را برای کلیه دولتها رعایت کند و بالاخره، به مواردی رسیدگی کند که جنبه واقعی دارد. این اصول معمولاً در کلیه نهادهای حقوق بشری، اعم از دولتی و غیر دولتی، رعایت می‌شوند. با رعایت این اصول، این نهادها می‌توانند به وظایف خود عمل کنند و حداقل کمتر حساسیت دولتها را نسبت به فعالیتهای خود برانگیزانند.

ج) ساختار و آیین کار زیر کمیته پیشگیری از شکنجه

زیر کمیته پیشگیری از شکنجه، مرکب از ده عضو است. این تعداد، در صورت وجود پنجاه سند تصویب یا الحاق به پروتکل، به ۲۵ عضو افزایش می‌یابد.

معیارهای مورد توجه در انتخاب اعضای این نهاد علاوه بر تجربیات، مکارم اخلاقی و توزیع منصفانه جغرافیایی، توازن جنسیتی نیز می‌باشد. این معیار نسبتاً جدیدی است که از ۱۹۹۸ با انعقاد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری^۱ در حقوق بین‌الملل موضوعه مورد توجه قرار گرفته است و به نظر می‌رسد نتیجه کار، نهضت فمینیستی در جهان می‌باشد.

اعضای کمیته مکلف‌اند به صورت فردی و کاملاً مستقل و با رعایت اصل عدم جانبداری، فعالیتهای خود را انجام دهند.

اعضای زیر کمیته پس از معرفی کاندیداها از میان اتباع دولتهای عضو پروتکل، توسط آن دولتها با رأی مخفی و برای مدت چهار سال انتخاب می‌شوند (Eric, ۲۰۰۴: ۱۱۱۲).

جلسات زیر کمیته با حضور نصف به اضافه یک عضو رسمیت می‌یابد و تصمیمات خود را با اکثریت اعضای حاضر اخذ می‌کند. این نهاد و کمیته ضد شکنجه، جلسات خود را همزمان و حداقل یک بار در سال برگزار می‌کنند. زیر کمیته پیشگیری بر اساس آیین کاری که خود به تصویب می‌رساند، فعالیت

۱. ماده ۳۶ بند «الف» اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌دارد: «دولتهای عضو برای انتخاب قضات به این ضرورت توجه خواهند داشت که اطمینان یابند که در ترکیب دیوان، موارد ذیل رعایت گردد: نسبت عادلانه بین قضات زن و قضات مرد».

لازم به یادآوری است که دیوان مزبور، دارای ۱۸ قاضی می‌باشد.

می کند (Ibid., ۱۱۱۳).

در انتخاب اعضا و چگونگی کار زیر کمیته پیشگیری از شکنجه تا حدود زیادی مقررات مربوط به «کمیته ضد شکنجه» مورد توجه قرار گرفته است.

د) صلاحیتهای زیر کمیته پیشگیری از شکنجه

طبق ماده ۱۱ پروتکل، زیر کمیته پیشگیری از شکنجه صلاحیتهای زیر را دارد:

۱. بازدید از اماکن نگهداری افراد محروم از آزادی و ارائه توصیه‌هایی در مورد حمایت از افراد مزبور در مقابل شکنجه و سایر مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده.

۲. ارائه کمک و مشورت به دولت‌ها برای ایجاد سازوکارهای ملی برای پیشگیری از شکنجه.

۳. تماس مستقیم با سازوکارهای ملی و حفظ این روابط به صورت محرمانه در صورت نیاز و ارائه کمکهای فنی و آموزشی و تقویت قابلیت‌های آنها.

۴. ارائه مشورت و کمک به سازوکارهای ملی برای ارزیابی نیازها و امکانات ضروری برای حمایت از افراد در بازداشت در مقابل شکنجه.

۵. ارائه توصیه‌ها و ملاحظات به دولت‌های عضو برای تقویت قابلیت‌ها و توسعه صلاحیت سازوکارهای ملی برای پیشگیری از شکنجه.

۶. همکاری با سازوکارهای ذی صلاح سازمان ملل متحد و همچنین سازمانها و ارکان بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی که در قلمرو حمایت از افراد در مقابل شکنجه فعالیت می‌کنند.

برای اینکه زیر کمیته پیشگیری بتواند فعالیت‌های خود را انجام دهد، دولت‌های عضو مکلف‌اند که آن را در قلمرو تحت صلاحیت خود بپذیرند و امکان دسترسی نامحدود به اماکن نگهداری افراد محروم از آزادی، اطلاعات مربوط به آنها و تماس خصوصی با آنان را فراهم سازد. دولت‌ها همچنین مکلف‌اند با زیر کمیته به منظور ارائه اطلاعات لازم برای ارزیابی نیازها همکاری‌های لازم را بنمایند و برای حمایت از افراد در بازداشت در مقابل شکنجه تدابیر لازم را اتخاذ کنند و همچنین

تسهیلات لازم را برای تماس میان زیر کمیته و سازوکارهای ملی پیشگیری از شکنجه فراهم کنند. سرانجام، دولتها باید توصیه‌های زیر کمیته را بررسی و با آن رکن برای اتخاذ تدابیر لازم همکاری کنند.

ه) نحوه اعمال صلاحیتهای زیر کمیته پیشگیری از شکنجه

زیر کمیته پیشگیری برای نخستین بار با قید قرعه، بازدیدهای منظم خود را از دولت‌های عضو تدوین می‌کند. این برنامه به دولت‌های عضو نیز ابلاغ می‌شود. زیر کمیته بازدیدها را حداقل با حضور دو عضو خود انجام می‌دهد. اعضای زیر کمیته می‌توانند عنداللزوم از وجود کارشناسان و تجارب حرفه‌ای آنان نیز بهره‌مند شوند.

زیر کمیته توصیه‌ها و ملاحظات خود را به صورت محرمانه به هر دولت ذیربط و در صورت لزوم، به سازوکار ملی اعلام می‌کند.

زیر کمیته گزارش خود را با ملاحظاتی که به دولت ذیربط اعلام می‌دارد و هر زمان که آن دولت بخواهد، آن را منتشر می‌کند. اگر دولت مزبور، بخشی از گزارش را منتشر کند، زیر کمیته می‌تواند تمام یا بخشی از آن گزارش را منتشر نماید. به هر صورت هیچ‌گونه اطلاعات شخصی بدون اعلام رضایت شخص ذیربط، منتشر نخواهد شد.

از آنجا که زیر کمیته پیشگیری از شکنجه، رکن فرعی کمیته ضد شکنجه است، باید گزارشی از فعالیتهای سالانه خود را به آن کمیته ارائه دهد. دولتها نیز عملاً مجبور به همکاری با زیر کمیته می‌باشند؛ زیرا در صورت امتناع، کمیته ضد شکنجه می‌تواند به تقاضای زیر کمیته پیشگیری و با تصمیم اکثریت اعضای خود، بیانیه‌ای عمومی درباره عدم همکاری آن دولت صادر کند یا گزارش زیر کمیته پیشگیری را منتشر سازد (مواد ۱۳-۱۶).

این مقرر در واقع، نوعی جنبه بازدارندگی دارد و مانع از عدم همکاری دولتها با زیر کمیته پیشگیری می‌شود. کارهای این رکن بین‌المللی با فعالیت سازوکارهای ملی تکمیل می‌شود.

۲. سازوکارهای ملی پیشگیری از شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده

در این قسمت ابتدا نحوه تشکیل سازوکارهای ملی و سپس صلاحیتهای آنها و سرانجام، تکالیف دولتهای عضو در قبال این سازوکارها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) نحوه تشکیل سازوکارهای ملی و پیشگیری از شکنجه

طبق ماده ۱۷ پروتکل، هر دولت متعاقد موظف است حداکثر ظرف یک سال از تاریخ لازم‌الاجرا شدن پروتکل یا تاریخ تصویب یا الحاق به آن، یک یا چند سازوکار ملی برای پیشگیری از شکنجه را در سطح ملی ایجاد کند. سازوکارهای ایجادشده از سوی نهادهای غیر متمرکز می‌توانند به عنوان سازوکارهای ملی پیشگیری تعیین شوند.

ب) صلاحیتهای سازوکارهای ملی پیشگیری از شکنجه

طبق ماده ۱۰ پروتکل، سازوکارهای ملی دارای صلاحیتهای زیر می‌باشد:

۱. بررسی مستمر وضعیت افراد محروم از آزادی با هدف حمایت از آنان در مقابل شکنجه.

۲. ارائه توصیه‌هایی به مقامات ذیصلاح برای بهبود بخشیدن به رفتار و وضعیت افراد محروم از آزادی و پیشگیری از شکنجه با در نظر گرفتن هنجارهای مهم ملل متحد در این قلمرو.

۳. ارائه پیشنهادها و ملاحظات لازم درباره قوانین لازم‌الاجرا یا پیش‌نویس قوانین مرتبط.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این سازوکارها ضمن نظارت بر وضعیت افراد محروم از آزادی، وسیله‌ای برای کمک به دولتها برای تصویب قوانین و مقررات لازم به منظور پیشگیری از شکنجه می‌باشد.

ج) تکالیف دولتهای عضو در قبال سازوکارهای ملی

دولتهای عضو برای تضمین کارکرد مؤثر سازوکارهای ملی باید موارد زیر را

رعایت کنند:

۱. رعایت استقلال کارمندان سازوکارهای ملی.
 ۲. اتخاذ تدابیر ضروری برای دارا شدن قابلیت‌ها و صلاحیت‌های لازم برای کارشناسان سازوکارهای ملی و رعایت توازن جنسیتی و تضمین نمایندگی اقلیتها در این نهادها.
 ۳. فراهم کردن امکان دسترسی به کلیه اطلاعات مربوط به افراد در بازداشت و همچنین اعلام تعداد اماکن مزبور و محل استقرار آنها.
 ۴. فراهم کردن امکان دسترسی به کلیه اطلاعات مربوط به نحوه برخورد با افراد در بازداشت و همچنین شرایط بازداشت آنان.
 ۵. ایجاد امکان مصاحبه با افراد در بازداشت بدون حضور ناظر.
 ۶. ایجاد امکان تماس با زیر کمیته پیشگیری از شکنجه، ارسال اطلاعات به آن رکن و ملاقات با آن.
 ۷. عدم تعرض به اطلاعات به دست آمده از افراد و عدم انتشار آنها بدون رضایت آنان.
 ۸. بررسی توصیه‌های سازوکارهای ملی و گفت‌وگو با آنها برای اتخاذ تدابیر لازم.
 ۹. انتشار گزارشهای سالیانه سازوکارهای ملی.
- وجود سازوکارهای ملی از این نظر حائز اهمیت است که آنها با ساختار و فرهنگ داخلی کشورها آشنا می‌شوند؛ از این رو، بهتر می‌توانند به هدف پروتکل که همانا پیشگیری از ارتکاب جرم شکنجه و سایر مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده است، جامعه عمل پیوشانند.
- ذکر این نکته بی‌فایده نیست که استفاده از شرط^۱ در این پروتکل ممکن نیست و دولتها فقط می‌توانند با صدور اعلامیه، اجرای تعهدات مندرج در بخشهای سوم و چهارم پروتکل، یعنی مقررات مربوط به صلاحیت‌های زیر کمیته پیشگیری و

۱. Reserve.

سازوکارهای ملی را حداکثر برای سه سال به تعویق بیندازند و در صورت ارائه توضیحات کافی از سوی دولت عضو و پس از مشورت با زیر کمیته پیشگیری، کمیته ضد شکنجه می تواند این مدت را تا دو سال دیگر تمدید کند.

در پایان باید گفت، به منظور تضمین استقلال زیر کمیته، هزینه های زیر کمیته و کارمندان آن از سوی سازمان ملل متحد و دبیر کل تهیه و فراهم می شود. در ضمن برای اجرای توصیه های زیر کمیته پیشگیری و سازوکارهای ملی، یک صندوق با همیاری داوطلبانه دولتها و سازمانهای بین المللی بین الدولی و غیر دولتی و دیگر مؤسسات عمومی و خصوصی پیش بینی شده است.

زیر کمیته پیشگیری می تواند با نهادهای منطقه ای، همکاری و مشورت کند. فعالیتهای زیر کمیته پیشگیری بر فعالیتهای برخی از ارکان از جمله کمیته بین المللی صلیب سرخ تأثیری ندارد؛ چه اینکه این رکن در مورد جلوگیری از شکنجه در جریان مخاصمات مسلحانه فعالیت می کند.

نتیجه گیری

ایجاد زیر کمیته و سازوکارهای ملی برای پیشگیری از شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیر انسانی و تحقیر کننده نشان می دهد که صرف وجود «کمیته ضد شکنجه» برای جلوگیری از ارتکاب جرم شکنجه کافی نبوده است.

با توجه به اینکه امروز، ارتکاب شکنجه به صورت گسترده یا سازمان یافته، «جنایت علیه بشریت» به شمار می رود، و در عین حال، «منع شکنجه» به عنوان یک قاعده عرف حقوق بین الملل در آمده است، دولتها باید دقیقاً توجه داشته باشند و از ارتکاب آن در قلمرو تحت صلاحیت خود پیشگیری کنند و در این راه، از سازوکارهای ملی و واقعاً مستقل استفاده کنند که بتواند به نفع آنها باشد.

کتاب‌شناسی

- اساسنامهٔ دیوان بین‌المللی کیفری.
- صفاری، علی، «مبانی نظری در پیشگیری از وقوع جرم»، مجلهٔ تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۰، ش ۳۳-۳۴.
- موسوی، سیدعباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران و سازمان ملل متحد و شورای اروپا، تهران، خط سوم، ۱۳۸۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیشگیری عادلانه از جرم در علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- David Eric, Van Assche cédrick «code de droit international public», Bruxells, Bruyland, ۲^e édition, ۲۰۰۴.

مبانی فقهی مشروعیت حقوق فکری

- دکتر میرقاسم جعفرزاده^۱
- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

حقوق مالکیت فکری از شاخه‌های نوین معارف حقوقی است. به رغم عمر کوتاه، این شاخه چنان توسعه کمی و کیفی یافته است که شاید کمتر شاخه حقوقی همسان او باشد. حجم بزرگی از قوانین و رویه محاکم در سطح ملی و انبوهی از اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی در عرصه فراملی، نشان از اهمیت آن است. با ورود این مسائل به حریم ادبیات حقوقی داخل و عرضه آن بر فقه، فقیهان و ادار به عکس العمل شده‌اند. گروهی آن را نامأنوس با نهادهای شرعی و ضمن نظر به عدم مشروعیت این حقوق، در نهایت، به راه حل‌های فراشرعی پناه آورده‌اند. در برابر، جمعی دیگر کوشیده‌اند آن را با شرع سازگار نشان داده، رعایت آن را در روابط حقوقی لازم الاحترام بدانند. نظر به اهمیت روزافزون این شاخه از علم حقوق در محافل آموزشی، گرایش روزافزون قانونگذار ایرانی به اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین

جدید و اهمیت روزافزون این مقررات در توسعه، یک بازنگری عمیق و دقیق فقهی به رسم پیشینان لازم است.

با این هدف، تحقیق حاضر یکی از بحثهای بنیادین حقوق مالکیت فکری را از نگاه فقهی به چالش می کشد. به منظور ورود به مباحث، ابتدا دیدگاههای فیلسوفان حقوق و اخلاق به اختصار گزارش و سپس قرائت فقهی فقیهان امامیه، توصیف و بررسی می شود.

در این مقاله، دیدگاههای مخالفان و موافقان مشروعیت حقوق فکری و پیش فرضهای آنان در این باره مورد بحث و بررسی قرار می گیرد. کلید واژگان: حقوق فکری، مفهوم، اوصاف، آثار و احکام، مبانی نظری و فقهی.

طرح مسئله

حقوق فکری^۱ به آن دسته از امتیازات و اختیاراتی ناظر است که شخص نسبت به

۱. طبیعت این دسته از حقوق، همان گونه که در جای دیگر نشان داده شده (جعفرزاده، ۷۸-۱۳۷۷، ۸۶ به بعد)، به گونه‌ای است که به آسانی نمی توان آنها را در یکی از دسته‌بندیهای سنتی حقوق بر اعیان، منافع و دیون جای داد. با ورود این دسته از حقوق و اعتبارات قانونی و عرفی به حوزه دانش فقه و حقوق، فقیهان و حقوقدانان تلاش جالب توجهی برای توصیف آنها مبذول داشته‌اند. واژه‌هایی که برای پوشش دادن تمامی انواع حقوق از این دست پیشنهاد می شود، متفاوت است و بعضاً به حسب ظهور انواع خاصی از این دست حقوق می باشد. واژه‌هایی چون حق تألیف و یا حق طبع (Copyright)، حق اختراع (Patent)، حق علائم و نامهای تجاری (Trade Marks & Name Right)، حق مالکیت صنعتی (Industrial Property Right)، حقوق نرم‌افزارها و اطلاعات رایانه‌ای (Computer Software and Databases Right) و حقوق طرحها، ترسیمات و اشکال (Design Rights) در واقع، برای شناساندن و توصیف حقوقی پاره‌ای از حقوق و اعتبارات قانونی و عقلایی از این دست به خدمت گرفته شده است. این اصطلاحات هیچ کدام فراگیر نیست و امکان ندارد بیانگر همه صور و اشکال این گونه حقوق باشد. بر همین اساس، پاره‌ای از مؤلفان، واژه «مالکیت معنوی» را پیشنهاد داده‌اند. گرچه انتخاب اصطلاح مزبور ایراد اصطلاحات قبلی را ندارد. همان طوری که در مکتوب فوق الذکر نویسنده نشان داده است. توصیف این گونه حقوق به حق مالکیت محلّ تردید و نزاع بین حقوقدانان است. افزون بر این، قید «معنوی» هم چندان رسا و گویا نیست؛ بنابراین، به نظر می رسد واژه رساتر و فراگیرتر، واژه «حقوق فکری» باشد؛ چه آنکه تقریباً کلیه موضوعات این حقوق، البته با اندک تسامح، نشئت گرفته از فکر، اندیشه و ذوق خلاق انسانهاست. در ادبیات حقوق انگلیس معمولاً واژه «Intellectual Property Rights» به کار گرفته می شود، ولی واژه مزبور به ندرت شامل علائم تجاری و دیگر ابزارهای بازاری مشابه می گردد. با وجود این، این اصطلاح هم اکنون یک پذیرش بین‌المللی به دست آورده است؛ برای نمونه، این واژه در عنوان «ارگان سازمان ملل متحد» (World Intellectual Property Organization: WIPO) به کار رفته است ←

نتایج فعالیتهای فکری خود در حوزه‌های مختلف صنعت، تجارت، علم، ادب و هنر مطالبه می‌کند.^۱ بر اساس این تعریف، حقوق فکری راجع به نتایج خلاقیتها و نوآوریهای بشری است. موضوع آن، همان افکار جدیدی است که از سوی بشر شکل می‌گیرد؛ افکاری که استفاده از آنها به منظور رفع حوائج و نیازهای بشری، بسیار سودمند است.

نقطهٔ ثقل گفت‌وگوها در این شاخه از دانش حقوق، حمایت از فکر، ابتکار و نوآوری در حوزه‌های مختلف زندگی اجتماعی و اقتصادی است؛ همان فکری که شکل‌گیری و توسعهٔ آن در ذهن و تجلی آن در خارج به صرف وقت طولانی، تلاش بی‌وقفه و هزینه‌های گزاف نیازمند است. همین هزینه‌هاست که نیازمند جبران است. به هر حال، کسی که چنین هزینه‌هایی را متحمل شود، در پی بازگرداندن سرمایهٔ خویش و سودآوری از راه تجاری‌سازی محصولات فکری خویش و عرضهٔ آنها به بازار است؛ سرمایه‌ای که چه بسا متعلق به خود سرمایه‌گذار نیز نباشد و سهم‌الشرکه یا سهام خریداری شده از سوی مردم باشد.

نظامهای حقوقی و اسناد بین‌المللی با شناسایی دو دستهٔ حقوق مستقل، از تولیدکنندگان فکر حمایت به عمل می‌آورند: حق معنوی یا اخلاقی (Moral Right)^۲ و حق مالی (مادی)^۳ یا اقتصادی

→ (در این باره، ر.ک: ۳: Cornish).

لازم به ذکر است که سابقاً واژهٔ «Mental labor» به جای «Intellectual Property» استفاده می‌شد (در این باره، ر.ک: ۲: Brad Sherman & Bently Lionel).

۱. See in this respect: Intellectual Property, CP۳۳۴۹&CP۴۰۱۸. <[http:// www.scit.wlv.ac.uk/~ in۷۵۰۴./intellectual_property.htm](http://www.scit.wlv.ac.uk/~in۷۵۰۴./intellectual_property.htm)>.

۲. برای منبع قانونی این حق، ر.ک: مادهٔ ۶ مکرر کنوانسیون ۱۸۸۶ برن، مادهٔ ۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان سال ۱۳۴۸ ایران، مادهٔ ۱ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ و مادهٔ ۵ پیمان بین‌المللی حمایت از اجراها و رسانه‌های صوتی ۱۹۹۶ وایپو.

۳. برای منبع قانونی این حق، ر.ک: مواد ۸ به بعد کنوانسیون ۱۸۸۶ برن، مواد ۳ و ۵ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان سال ۱۳۴۸ ایران، مادهٔ ۱ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹، مادهٔ ۱ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ۱۳۵۲، مواد مربوط در کنوانسیون ۱۸۸۳ پاریس و موافقت‌نامهٔ ۱۹۹۴ تریس و پیمان بین‌المللی حمایت از کپی‌رایت ۱۹۹۶ و پیمان بین‌المللی حمایت از اجراها و رسانه‌های صوتی ۱۹۹۶ وایپو و کنوانسیون ۱۹۶۱ رم.

(Economic Right).^۱ حقّ معنوی (بر حسب موارد پدیده‌های فکری) نماینده شخصیت، اعتبار و جایگاه اثر و نشان خلاقیت، نوآوری، ابتکار، صداقت و امانت صاحب اثر است. این حق از دیرباز به رسمیت شناخته شده است و متجاوزان به آن در بدو امر مورد مذمت اخلاقی قرار می‌گرفتند، ولی رفته‌رفته مجامع قانونگذاری و دولتها قوانین حمایتی مناسبی بر حسب شرایط زمان و مکان و نوع اثر منبع حق معنوی وضع کردند. حقّ مالی، رکن دوم حقوق فکری صاحب اثر است. به موجب این حق، صاحب اثر می‌تواند از کلیه منافع مالی آن منتفع شده، در مقابل تصرف دیگران، وجهی را مطالبه کند.^۲

در حال حاضر، این شاخه از معرفت حقوقی، چنان گسترده‌گی و تنوعی دارد (جعفرزاده، ۱۳۷۷-۷۸: ۶ به بعد) که شاید توجه به عناوین شاخه‌های گوناگون آن نشانی مناسب از اهمیت آن باشد. تا دو دهه گذشته، موضوع حقوق فکری، یک موضوع

۱. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان سال ۱۳۴۸ بدون ارائه تعریفی روشن، هر دو حق را به رسمیت شناخته است، ولی در موارد متعددی (مواد ۳، ۴، ۵، ۱۲، ۱۳، ۱۶ و ۲۲) واژه‌های «حقّ معنوی» و «حقّ مادی» را به کار برده است. به نظر می‌رسد به کارگیری این واژه در مقام توصیف این چهره حقوق فکری نادرست باشد. این نوع استعمال در واقع، ناشی از خلط بین دو مفهوم است. آنچه ممکن است مادی یا غیرمادی باشد، خود حق نیست، بلکه محل و متعلق حقوق است و گرنه خود حقوق همیشه و در همه جا غیر مادی است، حتی حقّ مالکیت که شایع‌ترین و کامل‌ترین نوع حقوق است، خود حقی است غیرمادی. اساساً هیچ حقی مادی و محسوس نیست، به دلیل اینکه حقوق عبارت است از علقه و رابطه شخص با چیزی (موضوع مواد ۲۹ به بعد ق.م.). این رابطه، اعتباری و غیرمادی است و تحقق خارجی و مادی ندارد. در واقع، متعلق و محل این حقوق است که ممکن است تحقق خارجی داشته باشد. این تقسیم‌بندی ظاهراً از طرز تفکر حقوقدانان رومی ناشی می‌شود. آنان حقّ مالکیت را از سایر حقوق عینی و شخصی تفکیک می‌کردند؛ زیرا حقّ مالکیت به صاحبش اختیار گسترده‌ای نسبت به موضوع خود اعطا می‌کرد. به دلیل شمول و فراگیری این حق که تمام شیء را فرا می‌گرفت، آنان بین حق که رابطه‌ای اعتباری بوده و موضوع آن که شیء مادی بود، خلط کرده، به جای متعلق حق، خود حق را مادی پنداشتند. این امر، موجب شد که گمان کنند کسب حقّ مالکیت در واقع، تحصیل خود شیء است؛ از این رو، خود حق را هم مادی اعلام کردند. از اینجا بود که حقوق روم، حقوق را به مادی، یعنی حقّ مالکیت و غیرمادی که تمام حقوق عینی و شخصی غیر از مالکیت باشد، تقسیم کرد (در این باره، ر.ک: السنهوری، ۱۹۶۷: ۲۷۴/۸ و ۲۷۵).

۲. جالب توجه است که به رغم این واقعیت تاریخی، در کشورهای دارای نظام کامن‌لا حقّ معنوی با تأخیر بسیار طولانی به رسمیت شناخته شده است (در این زمینه، ر.ک:

فرعی و در حاشیه مباحث حقوقی قرار داشت، در حالی که امروز، این موضوع در مرکز اهمیت قرار دارد و از آن به عنوان مهم‌ترین موضوع در حقوق یاد می‌شود (Derwent, Intellectual Property, The Creative Economy).

یک نگاه گذرا به قوانین ناظر بر حقوق فکری در کشورهای مختلف و تعداد رو به فزونی اسناد بین‌المللی مربوط نشان می‌دهد که این سخن که در جهان معاصر همه چیز متکی بر حقوق فکری است، خیلی اغراق‌آمیز نیست.^۱ با شناسایی این حقوق از سوی عرف و متعاقباً قانونگذاران کشورهای مختلف، فیلسوفان حقوق و اخلاق با طرح پرسشهای نظری کوششهای گسترده‌ای برای توجیه و نقد فلسفی و اخلاقی این حقوق به عمل آورده‌اند و بدین وسیله، شکل‌گیری حجم وسیعی از ادبیات تحقیقی در این زمینه را موجب شده‌اند.

از سوی دیگر، از نظر تاریخی در جوامع اسلامی، تألیف و نشر به عنوان قدیمی‌ترین مصداق آثار فکری، همواره یک ضرورت عقیدتی تلقی می‌شد. هرگز عالمان و اندیشمندان اسلامی، تعلیم و تألیف و نشر آثار علمی را به منزله یک حرفه تلقی نمی‌کردند. این طرز تلقی در آموخته‌های دینی مسلمانان ریشه داشت. نمود و جلوه این طرز تفکر در شیعه به عنوان یک اقلیت مذهبی که خود را نماینده واقعی اسلام حقیقی می‌پنداشت، بارزتر و آشکارتر بود. شیعه خود را مسئول حفظ و معرفی اسلام حقیقی می‌دانست؛ از این رو، خواندن و نوشتن را یک فریضه و ضرورت عقیدتی می‌دانست و با این انگیزه دینی و معنوی به خلق آثار می‌پرداخت

۱. در این باره از آقای «Arthur Anderson» حسابدار معروف، نقل شده است که امروز، موضوعاتی چون الکترونیک، نرم‌افزار رایانه‌ای، مراقبتهای بهداشتی، منافع مصرف‌کنندگان، علوم ارتباطات و رسانه‌ها، بیوتکنولوژی، کشاورزی و آموزش شدیداً به حقوق فکری وابسته و بلکه بر پایه آن، استوار است.

۲. امروزه حقوق فکری وجه رایج و پول اقتصاد مدرن معرفی شده است:

Intellectual Property is the Currency of New Economy, Derwent, Intellectual Property, The creative Economy.

نگاه به برخی آمارها نشان می‌دهد که کپی‌رایت و اختراعات در ایالات متحده آمریکا پیشرفت ۵/۸ درصدی در سال داشته است، درحالی که رشد صنایع در این کشور رشدی معادل ۲/۸ درصد در سال داشته است. در حال حاضر در هر بیست دقیقه، سه اختراع در آمریکا به ثبت می‌رسد (Ibid.).

و عمده هدف او معرفی اسلام ناب و پیراستن آن از حذف، تحریف و سوء برداشتها بود. از بدو امر و به محض وفات پیامبر ﷺ این طرز تفکر در جوامع اسلامی ظهور یافت. در طول دوران امامت ائمه شیعه علیهم السلام نیز این ضرورت همچنان باقی بود. پس از غیبت امام دوازدهم (عج) این وضعیت همچنان ادامه یافت و در محافل شیعی یک سنت شد. بنابراین، دیده می شود که در فقه امامیه به مسئله حق تألیف و چاپ و نشر هرگز به دیده یک مسئله با منشأ حق مالی نگاه نشد و فقیهان امامیه اساساً به این موضوع وقعی ننهادند. آنچه در تفکر شیعی مد نظر قرار گرفت، حرفه بودن امر تألیف و تکثیر نبود، بلکه تکیه بر اصل صلاحیت علمی و اخلاقی مؤلف و رعایت اصول و ادای امانت علمی تألیف بود. این اصل در تعالیم اخلاقی و تربیتی اسلام و رهنمودهای خاص امام علی علیه السلام و دیگر ائمه علیهم السلام ریشه دارد. به همین دلیل، در طول دوره حضور امامان معصوم علیهم السلام تألیف، عوامزده نشد و افراد بی صلاحیت به خود اجازه چنین کاری را ندادند (افتخارزاده، «حق تألیف»: ۱۳۶؛ نیز ر.ک: آیتی، ۱۳۷۵: ۳۵ به بعد). شاید رسوخ این طرز تفکر در بین عالمان شیعی و رواج چنین روحیه‌ای نزد آنان بود که استفاده از مطالب دیگران در کتابهای فقهی و دیگر کتابهای علوم دینی، امر بی سابقه‌ای نبود و بنا به سخن یکی از محققان حقوقی معاصر، در گذشته غالباً مؤلفان مطالب گذشتگان و دیگران را بدون ذکر مأخذ طوری نقل می کردند که جز معدودی از صاحب نظران، باقی گمان می کردند که او ناقل مطلب نیست، بلکه مبتکر آن است؛ چنان که اگر در علم اصول، کسی توانایی سنجش *فرائد الاصول* شیخ انصاری رحمته الله علیه و *مناهج الاصول* استادش نراقی رحمته الله علیه را داشته باشد، به نتایج شگفت آوری خواهد رسید (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۶: ۲۸۸).

با چنین نگرشی، فقیه شیعی هیچ وقت به آثار علمی و ادبی به دیده منبع حق مالی نگاه نمی کرد؛ از این رو، به فروعات فقهی آن هم نمی پرداخت، ولی شرایط و اوضاع، رفته رفته تغییر کرد. طرز تلقی و انتظارات دگرگون شد. افزون بر این، موضوعات و پدیده‌ها تنها به نوشتن، ترجمه و تکثیر منحصر نماند. با بلوغ علمی و عقلانی انسانها و پختگی جوامع انسانی، انواع آثار علمی، هنری، ادبی و ابتکاری دیگری در حوزه‌های صنعت و تجارت ظهور یافت و دیگر نمی شد همه آنها را

تحت مجموعه و عنوان انجام فریضه عقیدتی و دینی توجیه کرد. نیازها و ضرورت‌های زمانه هم چهره دیگری به این امر داد. تخصصی شدن امر تألیف و خلق آثار ادبی، هنری، علمی و صنعتی و نیاز به گذشت زمان طولانی برای آفرینش آنها موجب شد که آفرینندگان این آثار کم کم نسبت به آثار خود حق مالی مطالبه کنند؛ زیرا مجرد حفظ حرمت عالمان و پدیدآورندگان آثار فکری، شناسایی اعتبار و منزلت اخلاقی برای آنان و آثارشان، آنان را ارضا نمی‌کرد. این تحولات و همچنین ظهور تکنولوژی جدید و رواج روزافزون نقض حق اخلاقی و معنوی صاحبان آثار و کپی و نسخه برداری و تکثیر کار دیگران در حد انبوه، همه، موجب شد که فقیهان امامیه بار دیگر با نگرش و دیدگاه دیگری به سراغ این موضوع رفته، با عنوان «مسائل مستحدثه» به بحث پیرامون آنها پردازند. آوردن این مسائل، ذیل عنوان «مسائل مستحدثه» نشان از درک این واقعیت دارد که آنان هم متوجه شدند که امر تألیف، تصنیف، تکثیر، اختراع و نظایر آن، دیگر همانند گذشته نیست و این موضوع و مسئله، همانند موضوع و مسئله جوامع پیشین نیست. ماهیت آن عوض شده و چهره دیگری یافته است. بر همین اساس، لازم است با نگاه دیگری به آنها توجه کرد.

با وجود طرح این مباحث در فقه و شناسایی اجمالی این حقوق از سوی کثیری از فقیهان امامیه، کوشش نظری ناچیزی برای توجیه و نقد فقهی این حقوق صورت گرفته است؛ از این رو، چندین پرسش بنیادین در این حوزه همچنان بی پاسخ مانده است؛ مثلاً دلایل مخالفت برخی فقیهان با مشروعیت این حقوق یا مبنای مشروعیت آنها از نگاه موافقان چیست؟ آیا مخالفان تمام اقسام حقوق فکری را غیر مشروع می‌دانند یا به تفکیک بین حقوق اخلاقی و اقتصادی قائل‌اند؟ در صورت اخیر، این تفکیک چگونه توجیه می‌شود؟

با این هدف، مطالب تحقیق حاضر به ترتیب ذیل سامان می‌یابد. در مبحث نخست، کوششهای نظری برای توجیه این حقوق در حقوق موضوعه خارجی به اختصار گزارش می‌شود و در مبحث دوم، ابتدا دلایل مخالفان و موافقان این حقوق در فقه امامیه و سپس نقد و بررسی آنها بیان می‌شود.

مبحث نخست: حقوق موضوعه

با گسترش اهمیت حقوق فکری و تأثیر روزافزون آن بر فرهنگ، اقتصاد و تجارت در عرصه داخلی و بین‌المللی، توجیه و نقد این حقوق، توجّه فیلسوفان حقوق، اخلاق و عالمان علم اقتصاد را به خود جلب کرده است (برای مطالعه تفصیلی در این موضوع، ر.ک: ۱۹۹۶، Drahos، ۵۵-۶۲؛ ۱۹۹۸، Sterling). یک نگاه اجمالی به ادبیات تحقیقی در این باره نشان می‌دهد که حجم بزرگی از این ادبیات، نظریه‌پردازی فیلسوفان حقوق و اخلاق است و سهم عالمان اقتصاد، به رغم اهمیت این نگاه در ارزیابی پیامدهای شناسایی یا عدم شناسایی این حقوق، بسیار ناچیز است، حتی منابع دربردارنده تحلیلها و نقدهای اقتصادی از سوی فیلسوفان حقوق و اخلاق اندک است. طرح و ارزیابی همه این دیدگاهها مجال بیشتر و مکانی مناسب‌تر را می‌طلبد. آنچه در این تحقیق مدّ نظر است، نگاهی اجمالی به کوششهای نظری فیلسوفان حقوق و اخلاق است. از این منظر، دو نظریه خودنمایی بیشتری دارد: یکی تئوری حقوق طبیعی یا فطری و دیگری تئوری حقوق اعطایی.^۱

گفتار نخست: نظریه حقوق طبیعی

طبق این نظریه، حقوق مورد بحث باید بر اساس حقوق طبیعی توجیه شود؛ به عبارت دیگر، انسان از آن حیث که انسان است و پدیدآورنده آثاری که موضوع حقوق محلّ گفت و گو است، باید صاحب اختیار تلقی گردد و دیگران نباید به تعرّض و تجاوز به آن مجاز باشند. تنها اوست که باید حق بهره‌برداری از اثر را داشته باشد و هیچ‌کس نباید بدون رضای او از آن بهره‌برداری کند؛ صاحب حق بودن پدیدآورنده اثر از لوازم انسان بودن اوست.

فرانسوا هپ،^۲ رئیس پیشین اداره حق مؤلف یونسکو، در اظهارات خویش چنین نظری را منعکس کرده است. به عقیده وی، حق مؤلف (یکی از مصادیق بارز حقوق

۱. شایان یادآوری است که این دو اصلاح نخستین بار از سوی سیدحسین صفایی (۱۳۷۵: ۶۶) به کار گرفته شده است.

۲. Francois Hepp.

فکری) در زمره حقوق طبیعی است و همانند کلیه مصادیق حقوق طبیعی از دیرباز وجود داشته است، ولی بشر به تدریج به آن واقف گردیده و لزوم رعایت آن را در روابط فیمابین خویش احساس کرده است. وی می‌افزاید، برخی از اصول حقوق طبیعی مربوط به اشخاص، مانند احترام به آزادی افراد، به کندی شناخته شده و در ردیف قواعد آمره در آمده است. حق مؤلف نیز یکی از این مصادیق است که با پیشرفت بشر به سوی تمدن و ترقی، صورت تحقق به خود گرفت (ر.ک: آیتی، ۱۳۷۵: ۵۷).^۱

نظیر چنین دیدگاهی در ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر منعکس شده است؛ آنجا که مقرر می‌دارد: «... این حق طبیعی هر مؤلف است که از طرف دولت نسبت به حق معنوی و مادی خود نسبت به اثر خویش مورد حمایت قرار گیرد».

این نگرش در ادبیات حقوق مالکیت فکری جلوه‌های متفاوتی داشته و مبانی نظری متعددی برای توجیه آن پیشنهاد شده است. گروهی از نویسندگان با ارائه قرائتهای مختلف از «تئوری کارمحور»^۲ جان لاک، فیلسوف معروف انگلیسی قرن هفدهم، و گروه دیگر بر پایه «تئوری شخصیت‌محور» هگل، فیلسوف معروف آلمانی، به توجیه این حقوق پرداخته‌اند (برای دیدن خلاصه این تفسیرها، ر.ک: جعفرزاده، ۱۳۷۷: ۵۷-۶۴؛ Catherine, ۱۹۹۹: ۱۱۰; William, ۱۹۹۸; Horacio; Hughes, ۱۹۹۸; Drahos: ch.۳; (Weber, Dec ۲۰۰۲).

گفتار دوم: نظریه حقوق اعطایی

به دلیل ایرادات متعدد وارد بر دو تئوری فوق،^۳ پاره‌ای دیگر از حقوق‌دانان مشروعیت حقوق مزبور را در اراده دولتها و قوانین جست‌وجو می‌کنند؛ به عبارت دیگر، پدیده‌ها و آثار موضوع حقوق مورد بحث، جزء میراثی مشترک و متعلق به جامعه است و مالک

۱. در حقوق انگلیس چنین دیدگاهی پذیرفته شد. در قرن هیجدهم نظر غالب این بود که حق مؤلف، یک حق فطری و نوعی مالکیت در محدوده کامن‌لا است (در این باره، ر.ک: جعفرزاده، ۱۳۷۷: ۳۰ به بعد).

۲. Labour Theory.

۳. برای مطالعه تفصیلی در این موضوع، ر.ک:

Martin; Fisher; William; Justin; Drahos: ۸۱-۸۵.

خاصی ندارد. در نهایت، دولت به نمایندگی از طرف جامعه و با لحاظ مصالح عمومی و با انگیزه تشویق مبتکران به برخی از اشخاص و مبتکران، انواع خاصی از مزایا و امتیازات را اعطا می‌کند. اینان استدلال می‌کنند که رویه معمول دولتها هم مؤید این ادعاست؛ زیرا در اکثر قوانین و اسناد بین‌المللی، امتیازات محدود و مشخصی به پدیدآورندگان آثار ابتکاری داده شده است.^۱ مهم‌ترین جلوه‌های این گونه توجیحات را می‌توان در «تئوری سودمحور» جست‌وجو کرد (Weber, Dec ۲۰۰۲).

دفاع سودانگاران از حق تألیف و حق اختراع بر این ادعا استوار است که اولاً ابداع و خلق آثار فکری، مفید و برای رسیدن به رفاه و سودمندی جامعه، ضروری است؛ ثانیاً بدون وجود یک انگیزه مالی (که خود نشئت گرفته از قوانین حمایتی و شناسایی حقوق برای صاحبان آثار فکری است) تولید این آثار به طور قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد (Kinsella).

در این دیدگاه، بر خلاف دیدگاه‌های حقوق طبیعی، ادعایی از وجود یک حق طبیعی و فراقانونی برای مخترع، مؤلف و... نسبت به تولید و بهره‌برداری از آثار آنها نیست، بلکه دفاع ایشان بر منافع متمرکز است که قوانین موضوع حمایتی از صاحبان آثار فکری، برای تمام جامعه به ارمغان خواهد آورد (Krumenacker). ایشان می‌گویند، خصیصه بارز بسیاری از این محصولات فکری، این است که به آسانی تکثیر می‌شوند و استفاده از این آثار از سوی یک نفر، مانع بهره‌برداری دیگران نمی‌شود. این ویژگیها باعث می‌گردد که صاحبان محصولات فکری نتوانند هزینه و مخارج تولید اثر خود را جبران کنند. بعلاوه، کسانی هستند که با تکثیر آثار، تنها هزینه تکثیر، تجلید و توزیع کتاب را متحمل می‌شوند یا نسبت به آثار منعکس بر یک لوح (CD) یا محصولات و فرایندهای موضوع ثبت اختراع، تنها از طریق کپی کردن محتوای آن، به ارائه همان کالای اصلی اقدام می‌کنند و آن را با همان کیفیت، لکن با قیمتی بسیار نازل‌تر از قیمت ارائه‌شده از سوی تولیدکننده اثر، به

۱. برای نمونه، حق اختراع به مدت بیست سال و حق تألیف، سی سال و در پاره‌ای کشورها تا پنجاه و هفتاد سال اعتبار دارد (در این باره، ر.ک: قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰؛ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸).

بازار عرضه می‌کنند؛ بدین ترتیب، صاحبان اصلی، آثار را به راحتی به کنار می‌نهند. آگاهی از این خطر است که تولیدکنندگان محصولات فکری را از خلق و ارتقای کیفیت این آثار باارزش و مورد نیاز جامعه تا حدّ زیادی باز می‌دارد.

اما پیش‌بینی حقیّی انحصاری (برای مدّت محدود) برای خالقان آثار فکری، به منظور بهره‌برداری، ساخت، تکثیر و توزیع آثار خود در بازار، امکان بازگشت هزینه‌ها را فراهم آورده، منافع را عاید پدیدآورندگان این آثار می‌کند و این امر موجب می‌شود که انگیزهٔ ایجاد آثار مبتکرانه نزد مبتکران همچنان وجود داشته باشد (William, ۱۹۹۸).

سودانگاران به استدلال مشابهی دربارهٔ علائم تجاری استناد می‌کنند؛ زیرا فواید اصلی علائم تجاری عبارت است از:

۱. کاهش هزینه‌های تحقیق از سوی مصرف‌کنندگان.

مصرف‌کنندگان به جای اینکه به منظور اطمینان از کیفیت مطلوب کالا به بخش مربوط به محتویات^۱ تشکیل‌دهندهٔ یک کالا مراجعه کنند و مجبور باشند که اقدام به مطالعه و تحقیقی پیرامون کیفیت کالا به عمل آورند، می‌توانند به صرف وجود یک نام و با تکیه بر آن، با اطمینان بیشتری کالا را خریداری کنند. این امر، دربارهٔ خدمات نیز جاری است (Ibid.).

۲. ایجاد انگیزه در بین تجار حقیقی و حقوقی در رقابت با سایر رقبای در ارائهٔ کالاها و خدمات.

حمایت از علائم تجاری نسبت به کالاها و خدمات، در بین تجار حقیقی و حقوقی، این انگیزه را ایجاد می‌کند که در رقابت با سایر رقبای تجاری خود به ارائهٔ کالاها و خدمات با کیفیت بالاتر و مطلوب‌تری بپردازند و مطمئن باشند که علامت یا نشانی که بر روی کالاها یا خدمات ایشان نقش دارد و موجب شهرت آنها در بین مصرف‌کنندگان شده است، مورد تجاوز و استفاده رایگان رقبای قرار نخواهد گرفت.

۳. کاهش بسیار هزینه‌های ارتباطات و معرفی کالاها و خدمات به مصرف‌کنندگان. برای این امر، می‌توان با انتخاب یک علامت، نشان، رنگ، عدد، حرف یا هر

۱. Ingredients.

شکلی، حجم وسیعی از معانی را به مخاطب انتقال داد که در غیر این صورت، چاره‌ای جز توصیف جامع کالاها و خدمات و بیان تفصیلی فواید آن نیست تا نظر مشتری به سوی کالا یا خدمات مورد نظر جلب شود؛ امری که به لحاظ تبلیغات و تأثیر تبلیغاتی و هزینه‌های آن، خیلی مقرون به صرفه نیست (Ibid.).

البته باید توجه داشت که برای علائم تجاری، برخی آثار منفی نیز برشمرده‌اند؛ از جمله اینکه با انتخاب یک علائم تجاری کلی برای کالاها و خدمات، عملاً رغبت دیگر رقبا برای ورود به بازار و رقابت کاهش می‌یابد. سودمخوران معتقدند تمام این مزایا و معایب باید مورد توجه مقنن قرار گیرد تا با الگو قرار دادن ملاک «بیشترین فایده و سود برای بیشترین افراد جامعه»^۱ دست به تقنین بزند.

در حوزه حقوق اختراعات نیز سودمخوران باید مدعی باشند که اختراعات به طور کلی برای جامعه سودمند است؛ از این رو، پیروان این تئوری می‌گویند: «پیشرفت در تکنولوژی باعث ارتقای سطح رفاه در کل جامعه می‌گردد و درد و رنج را در جامعه می‌کاهد». بنابراین، قانونی که پیشرفت تکنولوژیک را به همراه داشته باشد، نزد پیروان این نظریه سودمند و توجیه‌پذیر است. بر پایه همین تئوری، در عرصه هنر نیز تنها آن دسته از آثار هنری مشمول حمایت قانونگذار می‌شود که موجد مطلوبیت فکری و ذهنی برای جامعه باشد^۲ (Ibid.).

۱. Greatest good of the greatest number.

۲. به نظر می‌رسد مبنای توجیه حقوق فکری در ایالات متحده آمریکا بر اساس اصول مورد اعتقاد تئوری سودمحور استوار است و هدف از شناسایی این حقوق، تشویق و توسعه تولید آثار ارزشمند اجتماعی معرفی شده است. ماده نخست از بخش هشتم قانون اساسی آمریکا هدف از وضع قوانین پیرامون حق اختراع و حق تألیف را این گونه بیان می‌دارد:

Section ۸, Art ۱: «The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their writings and discoveries...».

«این حق قانونی به کنگره آمریکا اعطا می‌گردد که (با وضع قوانین مناسب) از طریق اعطای یک حق انحصاری برای مدتی محدود به مخترعان و مؤلفان نسبت به نوشتجات و کشفیات ایشان، موجبات ارتقای سطح دانش و هنرهای مفید را فراهم آورد. محاکم عالی ایالات متحده آمریکا نیز به هنگام تفسیر قوانین پیرامون حق تألیف و حق اختراع آمریکا، کراراً بر این هدف اصلی یعنی تولید و توسعه آثار فکری، تأکید ورزیده‌اند... (همان).

مبحث دوم: فقه امامیه^۱

به رغم سابقه چند دهه طرح مسائل حقوق فکری در حوزه فقه و آشنایی اجمالی فقیهان با آنها، اظهار نظرهای تفصیلی و در خور توجهی از سوی آنان صورت نگرفته است. با وجود رویه معمول در مباحث فقهی که مفهوم، اوصاف، آثار و چرایی یک مسئله فقهی به تفصیل مورد نظریه پردازی واقع می گردد و از کلیه ظرفیتهای فقهی برای پاسخگویی بهره برداری می شود، در خصوص مسائل مربوط به حقوق فکری، فقیهان تنها به اظهار نظرهای کلی بسنده کرده اند و تاکنون انبوهی از مسائل کلی و تفصیلی مربوط به این شاخه از معرفت حقوقی، جای مناسبی در مباحث فقهی نیافته است. بررسی همه جانبه این دسته از پدیده های نوظهور از منظر فقه و تحلیل فقهی مفهوم، ماهیت، اوصاف و آثار آنها مجال بیشتری می طلبد. آنچه در این مختصر مورد توجه می باشد بررسی چرایی این مسئله از نگاه فقیهان معاصر است. ملاحظه آرای فقیهان معاصر در برخورد با این دست از مسائل نوظهور، دو دیدگاه کاملاً متفاوت را نشان می دهد. جمعی از آنان، مشروعیت حقوق فکری را به عنوان یک حکم اولی مورد تردید قرار داده اند، ولی کوشیده اند با استناد به نظریه حکم حکومتی و اصل تراضی طرفینی، پاره ای از آثار عرفی این حقوق را قابل حمایت معرفی کنند. در برابر، گروهی دیگر از فقیهان تلاش گسترده ای معمول داشته اند تا مشروعیت این حقوق را به عنوان یک حکم اولی یا حداقل در حد حکم ثانوی به قانونگذار شرعی منتسب کنند و بدین طریق، آن را موجه جلوه دهند. در ذیل، این کوششهای نظری به اختصار توصیف می شود.

گفتار نخست: عدم مشروعیت حقوق فکری

شاید آشکارترین مخالفت با مشروعیت حقوق فکری در آرا و فتاوی حضرت امام خمینی رحمته الله علیه منعکس شده باشد. ایشان در این باره می نویسند:

آنچه معروف به حق طبع شده است، حق شرعی به شمار نمی آید و نفی سلطه

۱. برای اطلاع از دیدگاههای فقه اهل سنت، ر.ک: فتحی درینی، ۱۳۷۶؛ ۶۷۱؛ ۱۹۹۷: Ghani Azmi.

مردم بر اموالشان (خریداران کتاب) بدون اینکه هیچ‌گونه شرط و عقدی در میان باشد، جایز نیست؛ بنابراین، چاپ کتاب و نوشتن جمله «حق چاپ و تقلید محفوظ است» فی حدّ نفسه حقّی ایجاد نمی‌کند و دلالت بر التزام دیگران نمی‌نماید؛ بنابراین، دیگران می‌توانند آن را چاپ کرده و از آن تقلید کنند و هیچ‌کس نمی‌تواند مانع آنها از این کار شود (۶۲۵/۲-۶۲۶، فرع ۳).

ایشان با همین صراحت و قاطعیّت، مالکیت صنعتی نظیر حقّ اختراع و علائم تجاری را نامشروع و کپی‌برداری از اختراعات ثبت‌شده و استفاده از این علائم را بلامانع اعلام می‌دارند (همان: ۶۲۶، فرع ۴ و ۵).^۱

برخی از شارحان آرای ایشان در توجیه این بیان می‌نویسند:

عقلاً بر این امر اتفاق نظر ندارند که به مجرد چاپ کتاب برای صاحب چاپخانه، حقّی ایجاد می‌گردد. همچنین توافق عقلاً بر منع مردم از تقلید قطعیت پیدا نکرده است؛ چرا که طبیعت مردم بر تقلید در همه امور و اعمال و اختراعات و حرفه‌ها استوار است و عقلاً تقلید در یکی از امور صنعتی و ساختن شیئی از روی نمونه‌ای دیگر و بهره گرفتن از نتیجه فکر گذشتگان را عرفاً تصرفی در حقوق دیگران که مشروط به اجازه صاحبان این صنایع و اعمال و افکار باشد، نمی‌دانند و چاپ کتاب نیز از جریان این سیره عقلاً خارج نیست (مطهری، ۱۴۰۵: ۱۸۶).

این گونه قرائت فقهی از حقوق فکری منحصر به فرد نیست. فقیهان صاحب نام دیگری نیز در ادامه بر این گونه برداشت فقهی تأکید و مقتضای ادلّه اولیه را نامشروع بودن این حقوق دانسته‌اند؛ برای مثال، آیه‌الله صافی از مراجع صاحب نام معاصر، در یک فتوای تحلیلی و استدلالی می‌نویسند:

حقّ طبع، حقّ تألیف و حقّ اختراع را به مفهومی که در قوانین موضوعه جدید از آن تعریف شده و آثاری که بر آن مترتب می‌نمایند، حقیر نتوانسته‌ام با احکام و نظامات اسلامی تطبیق نمایم و از عقود و معاملات هم نیست که بتوانم بگویم:

۱. در استفتایی که در زمان اداره دولت اسلامی از ایشان به عمل آمد، معظم له مجدداً در جواب مقرر داشتند: «حقّ طبع و نشر، بدین معنا که کتابی را که کسی چاپ کرده و نشر نموده، دیگری حقّ نداشته باشد با به دست آوردن یک نسخه از آن، آن را تجدید چاپ و نشر نماید، شرعی نیست، ولی اگر دولت اسلامی مصلحت دید و مقرراتی [را] در این باره وضع نمود، مراعات آن لازم است» (ر.ک: خدایی، ۱۳۸۳: ۲۷۳).

مشمول اطلاعات یا عموم بعضی ادله مثل «أوفوا بالعقود» است... در زمان شارع مقدّس هم تألیف و اختراع و ابتکار بوده، اما برای مؤلف و مبتکر و مخترع و محقق، حقّی اعتبار نمی شده و شارع هم اعتبار نفرموده است و به عبارت اخری، بنا بر عدم اعتبار بوده، ... بناءً علی کلمات ذکر، مشروعیت حقوق مذکوره را ثابت نمی دانیم (ر.ک: ضمیمه فصلنامه رهنمون، ۱۳۷۱: ۲۰۸-۲۰۹؛ آیتی، ۱۳۷۵: ۷۱-۷۲).^۱

با وجود این، اینان در مواجهه با موج گسترش پدیده‌هایی از این دست و اهمیت آنها در عرصه اقتصاد، تجارت، فرهنگ و نهادهای اجتماعی و آموزشی و گرایش روزافزون جوامع انسانی در سطح داخلی و بین‌المللی به سمت شناسایی حقوق مالی فراگیر برای صاحبان این گونه آثار، ناگزیر به دلایل و توجیهاات فراشرعی پناه آورده‌اند.

از نظر اینان، دو راه حل در این باره کارساز خواهد بود؛ یکی اینکه به گونه شرط ضمن عقد می توان برخی از آثار پذیرفته شده در حقوق موضوعه را به نفع صاحب اثر تضمین کرد (خمینی (امام): ۶۲۵-۶۲۶، فرع ۳؛ ضمیمه فصلنامه رهنمون، ۱۳۷۱). بر مبنای این راه حل، شرط مورد نظر باید صریح، روشن و مورد توجه متعاقدان به هنگام انعقاد قرار داد باشد؛ بنابراین، مجرد درج عبارتی چون، «کلیه حقوق برای مؤلف یا ناشر محفوظ است»، کافی نیست و موجب حقّ مالی نمی شود؛ زیرا خریدار معمولاً علم به این شرط به هنگام خرید کتاب ندارد.

راه حلّ پیشنهادی دوم این است که دولت و حاکم صلاحیت‌دار بر حسب ولایت حسبه یا ولایت عامه و در راستای حفظ مصالح عامه، برخی از اغراض صحیحی که در اعتبار این حقوق در نظر است، به رسمیت بشناسد و در هر موردی که صلاح بداند، به صاحب اختراع یا طبع یا تألیف برای مدّت محدودی امتیاز انحصاری اعطا کند (همان).^۲

۱. نظیر همین گونه برداشت در پاسخ به استفتائات حضرات آیات عظام بهجت و تبریزی منعکس شده است. البته آیه الله تبریزی کپی برداری در فرض عدم وجود چنین شرطی را سزاوار ندانسته و آن را مستلزم هدر دادن زحمت مؤمن دیگر دانسته‌اند.

۲. همین راه حل از سوی آیه الله سید کاظم حائری شیرازی مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است (۱۳۷۹: ۱۰۱).

گفتار دوم: مشروعیت حقوق فکری

بر خلاف فقیهان دسته نخست، گروهی دیگر از معاصران در مواجهه با این پدیده‌های نوظهور، تلاش گسترده‌ای را مبذول کرده‌اند تا آنها را در چارچوب احکام اولیه جای داده، به توجیه مشروعیت آنها پردازند. برخی دیگر نیز کوشیده‌اند تا با استناد به ادله احکام ثانویه، این حقوق را به قانونگذار اسلام منتسب کنند. در ذیل نتایج تلاشهای نظری این گروه از فقیهان به اختصار گزارش می‌گردد.

الف) ادله احکام اولیه

از نظر اصول استنباط فقهی، مطمئن‌ترین و در عین حال پایدارترین حکم فقهی، حکمی است که دست کم به یکی از ادله احکام اولیه مستند باشد. از این نظر، حکم ثانوی تنها در مواردی خاص، نظیر فقدان حکم اولی یا اجرایی نبودن آن، قابل استناد است. بر همین پایه، فقیهان موافق مشروعیت حقوق فکری، کوششهای گسترده‌ای برای شمول ادله احکام اولیه نسبت به این حقوق مبذول داشته‌اند. بعضی کوشیده‌اند با تصرف در شمول اطلاقات و عمومات و برخی هم با توسعه در نطاق مفهومی و موضوعی این ادله، زمینه این پوشش را فراهم سازند. گروهی دیگر هم تلاش کرده‌اند با ملاک‌یابی و شناسایی مناط فقهی احکام اولیه، این شمول را موجه جلوه دهند و برخی دیگر هم با توسل به استدلالهای عقلانی، در صدد انتساب این حقوق به قانونگذار شرعی برآمده‌اند و سرانجام، گروه دیگر هم با استناد به بنائات و سیره‌های عقلایی مشروع کوشیده‌اند تا این حقوق را شرعی نشان دهند. حال، برخی از این کوششهای نظری را پی می‌گیریم.

۱. عمومات و اطلاقات شرعی

گروهی از فقیهان کوشیده‌اند تا حقوق فکری را با طرح یک پیش فرض فقهی در قالب عمومات و اطلاقات فقهی توجیه کنند. اینان اظهار می‌دارند: در قلمرو مسائل حقوقی، وظیفه قانونگذار، بیان احکام و قوانین است. موضوعات احکام از سوی او بیان نمی‌شود. این سیره و ذائقه شارع در موارد گوناگون قابل استظهار و شناسایی

است؛ مثلاً در باب عقود و معاملات، قانونگذار فقط به «وفای به عقد» و «حلیت و نفوذ بیع» حکم کرده است. موضوع حکم قانونی، عنوان کلی «عقد» و «بیع» است و خود، مفهوم و مصداق آن را تعیین نمی‌کند، بلکه تعیین آن را به عرف زمانه ارجاع می‌دهد تا به حسب شرایط و اوضاع تشخیص داده شود. نظیر چنین سیره‌ای را دربارهٔ ضرر، غبن و عیب هم می‌توان دید. به نظر اینان حتی موضوعات حرمت ظلم و وجوب عدل نیز از عرف باید گرفته شود.

دربارهٔ حقوق اموال نیز چنین سیره‌ای از شارع اسلام دیده می‌شود. آنچه در لسان شرع بیان شده، عموماً «الناس مسلطون علی أموالهم»، «لایحلّ لمؤمن مال أخیه إلا عن طیب نفسه»، «المسلم أخو المسلم، لایحلّ ماله إلا عن طیب نفسه» و «لایحلّ مال إلا من وجه أحلّ الله تعالی»^۱ است و هیچ‌گاه مصادیق اموال در لسان ادلهٔ مورد توجه قرار نگرفته، بلکه تعیین این مصادیق به عرف زمانه واگذار شده است.

به موجب ادلهٔ فوق، اموال دیگران محترم است و هیچ‌کس حقّ تعرّض به آن را بدون کسب رضا و اجازهٔ صاحب آن ندارد و صاحب آن مجاز است هر نوع تصرّف را در محدودهٔ شرع نسبت به آن اعمال کند. این حکم، کلی است و به مال خاصّی اختصاص ندارد. هر جا مالی به کسی تعلّق داشت، هر چیزی که باشد؛ محسوس یا غیر محسوس، از اعیان باشد یا منافع یا دیون، تماماً محترم است. در نهایت، تعیین مفهوم و مصادیق موضوع این عموماً یعنی «مال» بر عهدهٔ عرف و گذار شده است. هر گاه و در هر جا عرف جامعه، چیزی را «مال» پنداشت و آن را منبع ارزش اقتصادی و موضوع داد و ستد بین خود قرار داد، شرعاً محترم است. بر اساس این، پدیده‌ها و آثار نشئت گرفته از ذهن خلاق، مبتکر و هنرمند انسانها از آنجا که در شرایط کنونی در نگاه عرف، مال و دارای ارزش اقتصادی و موضوع داد و ستد و انتقالات است، موضوع این عموماً احراز شده و احکام عموماً مزبور نسبت به آنها انطباق‌پذیر است (مکارم شیرازی به نقل از: آیتی، ۱۳۷۵: ۲۱).

۱. سه جملهٔ نخست، از پیامبر ﷺ و جملهٔ آخر به حضرت رضا علیه السلام منتسب است (ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۲۲۴-۲۲۵).

۲. نظریه مالکیت تکوینی

از دیگر راه‌حلهایی که برخی از فقیهان معاصر در توجیه مشروعیت حقوق فکری مطرح کرده‌اند، «تئوری مالکیت تکوینی» خالق اثر بر مخلوق خود است. ایشان می‌گویند:

بگوییم مالکیت انسان نسبت به کارها، ذمه‌ها، جوارح و اعضا و دستاورد کارهایش، ملکیت و سلطه تکوینی است و نه اعتباری و عقلا در این موارد جعل سلطنت اعتباری، آن گونه که فی‌المثل در مالکیت انسان بر خانه خویش مطرح است، نمی‌بیند. علت این است که سلطنت تکوینی، انسان را از سلطنت اعتباری بی‌نیاز می‌کند. این ملکیت تکوینی، موضوع حق اختصاص و اولویت انسان نسبت به این کارها و دستاوردهاست و از باب تمسک به ارتکاز عقلایی نیست که ما را در تنگنای ایرادات مربوط به توسعه در مفهوم ارتکاز بیفکند... مستند ما نیز روایات عدم جواز و حلیت تصرف در مال غیر، نظیر توقیع شریفی که از ناحیه امام زمان (عج) به دست ابو جعفر، محمد بن عثمان عمری رضی الله عنه رسیده و در آن آمده است: «لا یحل لأحد أن یصرف فی مال غیره بغیر إذنہ»، و یا روایت سماعه و روایت زید شحام می‌باشد (حائری شیرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۱).

نتیجه اینکه کتاب، اختراع، علامت تجارتي، طرح صنعتی و... همگی به صورت تجریدی و معنوی از نتایج و دستاوردهای صاحبان این آثار است؛ بنابراین، این آثار به ملکیت تکوینی و نه اعتباری، در ملک صاحب اثر است و تصرف در آن بدون اجازه صاحبش از مصادیق تصرف در مال غیر است که به حکم این روایات از آن نهی شده است.

۳. لزوم حفظ نظام

برخی دیگر از فقیهان به حکم عقلی درباره ضرورت حفظ نظام و لزوم جلوگیری از اختلال و هرج و مرج در نظام استناد کرده‌اند، سپس با استناد به قاعده ملازمه بین حکم عقل و شرع کوشیده‌اند تا مالکیت فکری را فی‌الجمله مشروع نشان دهند. ایشان با استقرا در ابواب مختلف فقه و شناسایی کاربردهای فراوان این حکم عقلی در ابواب مختلف فقه، نظیر اجتهاد

و تقلید،^۱ اثبات ولایت برای فقیه در امر قضا،^۲ توجیه اقامه حد بر سارقان، نهی شخص و سواس در عمل به احتیاط، حجیت قواعدی چون قاعده ید، قاعده صحت، قاعده لزوم و برخی از امارات عرفی و جواز گرفتن اجرت در واجبات نظامیه (برای ملاحظه تفصیلی این مستندات، ر.ک: شبیری، ۱۳۸۰: ۷۹-۸۰)، قاعده‌ای کلی مبنی بر اینکه «هر جا که انجام دادن یک فعل یا ترک آن، پایه‌های نظام اجتماعی را سست و متزلزل کند و نظم جامعه را مختل سازد، عقل مستقل حکم می‌کند که باید از آن احتراز کرد. دامنه این حکم هم ناظر بر روابط اجتماعی و هم ناظر بر امور شخصی است» را استنتاج و سپس تلاش کرده‌اند تا به استناد آن، مشروعیت مالکیت فکری را اثبات کنند. اینان در صغرای این استدلال به ضرورت‌های حمایت از مالکیت‌های فکری نظیر وابستگی شدید مالکیت‌های فکری به قوانین حمایتی (شبیری، ۱۳۸۰: ۸۰) و رکود در بازار تولید آثار موضوع این حقوق (برای مثال در حوزه نرم‌افزارها) در صورتی که از آن حمایت صورت نگیرد - چه آشکار است که در فرض عدم حمایت حقوقی، متجاوزان به سهولت می‌توانند با ارائه محصولات کپی شده و غیر اصلی و با قیمتی بسیار نازل‌تر از قیمت پیشنهادی از سوی تولیدکنندگان، آنان را در بازار به کناری نهاده و به اعسار و ورشکستگی بکشانند - چنین نتیجه می‌گیرند که شناسایی حق انحصاری برای پدیدآورنده و حمایت از آن، تنها تکیه‌گاه صاحبان آثار موضوع مالکیت فکری به شمار می‌آید و در صورت عدم شناسایی چنین حقی، اختلال نظام به تدریج حتمی خواهد بود؛ بدین ترتیب، شناسایی این حق برای پدیدآورنده و حمایت از آن و مقابله با عملیات تجاوزکارانه نسبت به این آثار از باب ضرورت حفظ نظام قطعی بوده و با توجه به قاعده ملازمه چنین حقی شرعاً معتبر و قابل حمایت است.^۳

۱. لزوم احتیاط برای مکلفان به عدم ابتلای نظام به اختلال و هرج و مرج مقید می‌باشد: الاحتیاط حسن فی کل حال، إلا أن یخلف بالنظام (ر.ک: شبیری، ۱۳۸۰: ۷۵).

۲. مستمسک معتقدان، قاعده عقلی حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در پایه‌های نظام معرفی شده است (در این زمینه، ر.ک: همان).

۳. مشروعیت حقوق فکری به استناد لزوم عقلی جلوگیری از هرج و مرج، پیش از این در نوشته‌های آیة‌الله سیدمحمدحسن مرعشی به نحو بسیار کلی مورد استناد قرار گرفته است (۱۳۷۳: ۲۳۸-۲۳۹).

۴. نظریهٔ جواز گرفتن اجرت بر انجام دادن واجبات و مندوبات

گروهی کوشیده‌اند تا حقوق فکری را با عنوان سنتی-فقهی، یعنی «جواز یا عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات» جای داده و بدین وسیله، مبنایی برای توجیه شناسایی پاره‌ای از امتیازات مالی برای صاحبان آثار بیابند (ر.ک: درینی، ۱۳۷۶: ۱۳۶۰ به بعد).

توضیح اینکه از دیرباز در فقه امامیه، موضوع محلّ بحث و مناقشه این بوده که اگر امری از لحاظ عقیدتی و دینی، فریضهٔ ضروری باشد، آیا در ازای انجام دادن آن، حقّ مطالبهٔ اجرت برای عامل وجود دارد یا نه؟ بر اساس این، اگر تألیف، تصنیف، ترجمه و نشر آثار علمی، فریضه و زکات علم برای حفظ دین و پیرایش آن از تحریف است و اگر تحقیقات علمی و نوشتن آثار علمی بدین دلیل که برای ادامهٔ حیات نسل بشر و قوام نظام جوامع انسانی، لازم و ضروری است و بقای جامعه بر آنها استوار است، آیا اخذ اجرت در برابر انجام دادن چنین کارهایی رواست؟ در مقام توجیه گرفتن اجرت در ازای انجام دادن واجبات، آرای فقیهان در باب انجام واجبات و مندوبات سنتی مختلف است. آنچه باعث تعدّد آرای فقیهان شده، وجود همان اصل ضرورت عقیدتی یا ادای واجبات دینی است که باید با قصد قربت و اخلاص کامل باشد. با حفظ این امر، گرفتن اجرت ناممکن می‌نماید؛ زیرا با قصد قربت و اخلاص سازگار نیست.

در این باره، برخی فقیهان شیعهٔ امامیه به اجماع بر عدم جواز گرفتن اجرت در مطلق واجبات قائل شده‌اند و گروهی دیگر هم در این امور به تفصیل قائل شده و اظهار می‌دارند که در واجبات عینی و مندوبات تعبّدی که قصد قربت لازم است، گرفتن اجرت روا نیست، ولی در مستحبات و واجبات کفایی و توصّلی جایز است. گروهی دیگر از فقیهان هم این وضع را در عبادات جاری و بر همین اساس، قائل به تفصیل شده و می‌گویند، گرفتن اجرت در حدّ ارتزاق و امرار معاش رواست. گروهی دیگر هم بر این عقیده‌اند هر علمی که منفعت حلالی داشته باشد، گرفتن اجرت در ازای آن رواست و نظر آخر اینکه در واجبات غیر تعبّدی و حتی واجبات تعیینی گرفتن اجرت جایز است؛ هر چند نزد برخی از فقیهان، در واجبات عینی تعیینی گرفتن اجرت روا نیست حتی اگر از صناعات و علمی

باشد که قوام امور بر آنها مترتب است (ر.ک: انصاری، ۱۳۷۲: ۱۸۴ به بعد؛ درینی، ۱۳۷۶: ۱۳۶-۱۳۷).^۱

بنابراین، همان طوری که انجام ممدوحات و حتی برخی از واجبات، منشأ حق مالی می گردد، در اینجا هم تولید فکر نو و مفید که قطعاً از ممدوحات و بعضاً از واجبات می باشد، منشأ یک حق مالی برای تولیدکننده آن خواهد بود.

۵. نظریه حقوق عقلانیه

به اعتقاد برخی از فقیهان (آیتی، ۱۳۷۵: ۷۰؛ ضمیمه فصلنامه رهنمون، ۱۳۷۱: ۲۰۷) برای توجیه حقوق فکری در شرع نباید در جست و جوی نص یا اطلاق و عموم شرعی بود. به اعتقاد اینان، اساساً در باب عقود و معاملات و حقوق اموال، باید بر مبنای بنائات و سیره های عقلایی به توجیه حقوق و قواعد و راه حل های حقوقی پرداخت؛ به عبارت دیگر، حتی آن دسته از نصوص، عمومات و اطلاقات ناظر به روابط حقوقی اشخاص، در واقع، در راستای ارشاد به بنائات و سیره های عقلایی است، نه تأسیس و اعتبار اولی آنها؛ برای مثال، آیه الله فاضل لنکرانی معتقد است:

این حقوق جزء حقوق عقلانیه مسلم است و عقلای جامعه بر این حقوق آثاری مترتب می نمایند و تا زمانی که دلیل شرعی بر نفی حق بودن آن قائم نشود، نفی این حقوق ممکن نیست و جلوگیری از ترتب آثار بر این حقوق فاقد مشروعیت می باشد (ضمیمه فصلنامه رهنمون، ۱۳۷۱: ۲۱۰).

ایشان در ادامه می افزایند:

همان طور که در بحث مالکیت، صرف عدم قیام دلیل بر عدم مالکیت، مکفی در

۱. نظیر چنین توجیهاتی در حقوق موضوعه هم از سوی برخی نویسندگان حقوقی خارجی ارائه شده است. اویگن المر (Eygen Ulmer)، حقوقدان آلمانی، درباره توجیه حقوق آفرینشهای فکری، «نظریه تأمین پاداش» یا «مزد کار فکری» را مطرح ساخته و پدیدآورنده را کارگر فکری می داند. البته خود این نویسنده، کلیت نظریه خویش را خدشه دار کرده و هشدار می دهد که در ساختن آثار بزرگ فکری، پاداش یا مزد چندان راهی ندارد. آنجا انگیزه هایی نیرومندتر در کار بوده و اصل بر احترام به شخصیت سازنده و خلاق فکری است (ر.ک: آیتی، ۱۳۷۵: ۵۹). جالب توجه است که استاد مطهری نیز حق التالیف و دیگر مصادیق حقوق فکری را نوعی پاداش دانسته است (ر.ک: ۱۳۶۸-۱۳۵).

ثبوت شرعی مالکیت است، در باب حقّ تألیف و اختراع نیز با وجود بنای عقلا و عدم قیام دلیل بر نامشروع بودن این حقوق باید حکم به مشروعیت این حقوق صادر نمود (همان).

ب) ادله احکام ثانویه

به دلیل تردیدهای وارد بر مشروعیت حقوق فکری به عنوان حکم اولی، برخی صاحب نظران فقهی کوشیده‌اند با استناد به ادله‌ای چون «لا ضرر» و «لا حرج»، مشروعیت این حقوق را به نحوی به قانونگذار شرعی منتسب کنند (مهریزی، ۱۳۸۱: ۳۷). در ادامه، این احتمال به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. قاعده لا ضرر

برخی معتقدند بهره‌برداری از نتایج کار فکری مؤلف، هنرمند، مخترع و هر تولیدکننده فکری دیگر، مصداق بارز اضرار به غیر به شمار می‌رود و طبق «قاعده لا ضرر» ممنوع است. به نظر می‌رسد طبق هیچ‌یک از قرائت‌های رایج فقهی از این قاعده، نتوان مشروعیت حقوق فکری را حتی فی‌الجمله در شرع اثبات کرد؛ زیرا بنا بر تفسیر منسوب به مرحوم شیخ انصاری و آخوند خراسانی، شمول نفی ضرر فرع بر وجود یک حکم ضرری منتسب به قانونگذار شرعی در مقام امتثال است، در حالی که چنین حکمی در خصوص حقوق فکری، مفاد هیچ‌یک از ادله اولیه شرعی نیست، مگر آنکه نبود یک حکم شرعی حاکی از شناسایی حقوق فکری برای پدیدآورنده اثر فکری، ملازم با حکم به اباحه و جواز تصرف در آثار تولیدی تولیدکنندگان برای اشخاص ثالث از سوی شارع تلقی گردد. به نظر می‌رسد حتی بر این فرض هم حق فکری به مفهوم حقوق موضوعه اثبات پذیر نباشد؛ زیرا بر این فرض تنها اشخاص ثالث از تصرف در این آثار ممنوع می‌شوند، ولی این بدین معنا نیست که تولیدکننده اثر، دارای یک حق شرعی است مگر بنا بر اینکه قاعده لا ضرر شامل عدمیات هم باشد.

همچنین بنابر قرائت منتسب به مرحوم فاضل تونی و شیخ الشریعه اصفهانی، استناد به این قاعده برای اثبات حقوق فکری، در واقع، نوعی مصادره به مطلوب

خواهد بود؛ زیرا ضرر به معنای نقص بر اموال و تضييع حقوق است و این، در صورتی ثابت است که مال یا حق بودن این آثار برای تولیدکننده پیشاپیش به دلیلی دیگر ثابت شده باشد. پر واضح است که اگر تولید آثار فکری برای تولیدکننده شرعاً منبع مال یا حق باشد، دیگر به این استناد نیازی نخواهد بود.

البته چنانچه دایره شمول این قاعده به گونه‌ای توسعه داده شود که عدمیات را هم شامل شود، ممکن است مبنای نسبتاً مناسبی برای موّجه نشان دادن این حقوق در شرع باشد؛ به عبارت دیگر، همان طور که جعل یک حکم ممکن است مستلزم ضرر منفی باشد، عدم وجود یک حکم نیز ممکن است مستلزم ضرر منفی در شرع باشد؛ زیرا:

... نمی‌توان باور کرد که دایره «قاعده لا ضرر» محدود به رفع احکام و افعال خاص وجودی باشد...؛ چرا که محاط تشریح و قانونگذاری، به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدّس است و همان طور که جعل قانون ممکن است برای فرد و یا جامعه زیان باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران وارد می‌سازد (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۶۷؛ در همین زمینه، ر.ک: انصاری، ۱۳۷۳: ۳۰۶/۳ به بعد؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۰: ۸۵/۲-۸۶؛ مکی‌العالمی، ۱۴۰۸: ۸۲-۸۳).

اگر تجاوز به اثر یک مؤلف، هنرمند یا اختراع یک مخترع، مجاز باشد و اگر بتوان علامت تجارتي دیگری را به راحتی تقلید و به نام خود بر روی کالاها و خدمات ارائه شده به بازار منعکس کرد، یا در صورتی که بتوان طرح صنعتی دیگری را که با تکیه بر آن، مشتری قابل ملاحظه‌ای را جلب کرده است، بدون هیچ ضمانت اجرایی بر روی کالاهای خود به کار برد و اگر بی‌توجهی به حقوق صاحبان علائم مبادی جغرافیایی جایز باشد و اگر... بدون تردید، ضرری نامشروع به تولیدکنندگان این آثار وارد خواهد آمد و ای بسا مصرف‌کنندگان این آثار نیز متضرر گردند. افزون بر این، عدم شناسایی حق انحصاری برای تولیدکنندگان این آثار، تبعات زیانباری برای جامعه نیز خواهد داشت؛ زیرا به خوبی می‌دانیم که خلق و تولید بسیاری از این آثار به شدت وابسته به قانونگذاران و در گرو حمایت آنان است. عدم توجه به این واقعیت، جامعه را از دستیابی به این

محصولات فکری و رشد و توسعه اقتصادی، فرهنگی، سیاسی^۱ و تکنولوژیکی محروم می‌سازد.

در قلمرو حقوق حاکم بر اسرار و اطلاعات محرمانه نیز عدم حمایت حقوقی به ضررهای مشابهی منجر می‌شود. امروز در ایران مؤسسات و شرکتهای بسیاری هستند که در عرصه‌های گوناگون، به تحقیق و پژوهش اقدام کرده و به اطلاعات بسیار ارزشمندی نیز دست یافته‌اند، لکن به دلیل اینکه هیچ قانونی در حمایت گسترده از این اطلاعات و صاحبان آن در برابر افشای بدون مجوز این اطلاعات وجود ندارد، صاحبان آن همواره ترس از افشای آنها را داشته و تمام تلاش خود را به اختفای آن و عدم عرضه به مردم معطوف داشته‌اند؛ اطلاعاتی که استفاده و به کارگیری آن می‌تواند منشأ خدمات ارزشمندی برای مردم و جامعه گردد و سود بسیاری را نیز نصیب صاحبان آن سازد؛ صاحبانی که جهت دستیابی به این اطلاعات سالها به تحقیق و پژوهش و صرف هزینه‌های هنگفت پرداخته‌اند.

نگاهی اجمالی به دیگر حوزه‌های مالکیت فکری به خوبی آشکار می‌سازد که این حقوق به اندازه‌ای ظریف و شکننده است که بقای آنها شدیداً به قوانین حمایتی وابسته است که در غیر این صورت، خلق و تولید چنین آثاری کاهش چشمگیری خواهد یافت و تبعات زیانبار بسیاری را به دنبال خواهد داشت؛ بنابراین، وضع قوانین مناسب و پیش‌بینی حقی انحصاری برای صاحب اثر برای دفع این ضررها، از سوی مقنن یک ضرورت است و با «قاعده لا ضرر» به مفهوم فوق، این مقصود توجیه‌پذیر می‌گردد.

البته باید توجه داشت که «قاعده لا ضرر» قاعده‌ای امتنانی بوده و دایر مدار وجود ضرر است و آنگاه که ضرر مرتفع گردد، چنین حکمی مبنای خود را از دست می‌دهد (ر.ک: افشاری قزوینی، ۱۳۸۱: ۱۰۹-۱۱۰).

۱. مراد از توسعه سیاسی همانا توجه به قدرت فزاینده‌ای است که صاحبان برخی از آثار فکری بالاخص در قلمرو اختراعات به دنبال حمایت گسترده از اثرشان کسب می‌کنند. امروزه میزان پیشرفت در حوزه مالکیت معنوی یکی از شاخصها و عوامل توسعه سیاسی و قدرتمندی کشورها به شمار می‌آید (ر.ک: Drahos, ۱۹۹۶: ch. ۷).

۲. قاعده لا حرج

این قاعده نیز همانند قاعده لا ضرر است. شمول این قاعده، علی‌الاصول فرع بر وجود یک حکم حرجی منتسب به قانونگذار شرعی در مقام امتثال است؛ بنابراین، این قاعده در صورتی می‌تواند مبنای مشروعیت حقوق فکری گردد که «قاعده نفی حرج» همانند «قاعده لا ضرر» در امور عدمی نیز جاری گردد؛ به عبارت دیگر، همان طوری که امور وجودی ممکن است منشأ عسر و حرج منفی در شرع گردد، برخی امور عدمی نیز ممکن است موجب عسر و حرج باشد؛ زیرا مفاد ادله این قاعده، نفی احکام است به طور مطلق، خواه این احکام به امور وجودی تعلق گیرد خواه به امور عدمی. در واقع، آنچه در آیه شریفه ﴿و ما جعل علیکم فی الدین من حرج﴾ (حج/ ۷۸) نفی شده، مجعول حرجی است و تردیدی نیست که حکم عدمی نیز می‌تواند مجعول باشد.

در حوزه مالکیت فکری، آنچه به ذهن می‌رسد این است که در دنیای امروز و با توجه به نگاه اقتصادی و ملاحظاتی تجاری در بین تولیدکنندگان محصولات فکری، تصور خلق و ایجاد این آثار بدون وجود قوانین حمایت از این حقوق، تصویری غیر واقع‌بینانه و آرمان‌گرایانه خواهد بود؛ بنابراین، امروز می‌توان مدعی بود که اگر حقوق فکری مورد شناسایی قرار نگیرد، خلق و ایجاد آثار اختراعی و ابتکاری بسیار کاهش می‌یابد. اگر مالکیت فکری مورد حمایت قانونگذار قرار نگیرد، در حوزه مالکیت‌های ادبی و هنری و حقوق مرتبط، از یک سو با کاهش تولید آثار و از سوی دیگر، با افزایش بی‌حده و حصر تجاوزات و کپی‌برداریهایی بدون مجوز از صاحب اثر روبه‌رو می‌شویم. در دیگر حوزه‌های مالکیت فکری نیز عدم حمایت، ما را با چالش‌های مشابهی درگیر می‌سازد.

بنابراین، تردیدی نیست که جامعه موصوف به عدم حمایت از مالکیت فکری، مصداق جامعه‌ای است که در تضییق و تنگناهای ناشی از عدم حمایت دچار آمده است و حرجی آشکار بر این جامعه تحمیل می‌شود. ملاحظه وضعیت تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان محصولات فکری، ما را به این نتیجه می‌رساند که عدم حمایت از این حقوق، ایشان را نیز به نوبه خود به کلفت، سختی، ضیق و حرج دچار می‌کند.

با عنایت به تحلیل فوق، موافقان چنین نتیجه گیری می کنند که اگر به این واقعیت قائل باشیم که عدم جعل قوانین مناسب حمایت کننده از صاحبان آثار فکری به تولید حرج برای تولید کنندگان محصولات فکری، مصرف کنندگان این محصولات و در نهایت، به کل جامعه منتهی می گردد، می توان از راه توسل به «قاعده لا حرج» و برای دفع این تنگنا به وضع قوانین حمایتی در این زمینه اقدام کرد.

گفتار سوم: نقد و بررسی دیدگاهها

در مبحث فوق به اختصار دلایل مخالفان مشروعیت حقوق فکری، گزارش و سپس کوششهای نظری موافقان مشروعیت این حقوق توصیف شد. حال، هر دو دیدگاه و مستندات آنان را نقد و بررسی می کنیم.

به اعتقاد نگارنده، دیدگاه مخالفان از چند جهت قابل بحث است. نخست اینکه همانند دانستن موضوعات حقوق فکری زمان حاضر با زمان شارع، نادرست به نظر می رسد. تألیف، ترجمه، اختراع و خلق سایر آثار هنری و علمی در دنیای معاصر هرگز همانند زمان شارع اسلام و نزول وحی نیست. افزون بر اینکه انبوهی از پدیده های موضوع این حقوق در حقوق عرفی، مخلوق و محصول دنیای معاصر و فناوری مدرن و علوم جدید است. گذشته از دگرگون شدن موضوع، انتظارات و داوریهای جوامع انسانی نسبت به پدیده های نشئت گرفته از فکر و اندیشه و خلاقیت دگرگون شده است. امروز دیگر همانند زمانهای گذشته به تألیف و تصنیف و دیگر آثار فکری و هنری تنها به چشم یک فریضه دینی و اخلاقی و با انگیزه های معنوی نگاه نمی شود. نه صاحبان آثار و نه عرف جوامع انسانی، چنین نگرشی را درباره نسبت صاحب اثر با اثر ندارند. امروز این آثار را علاوه بر منبعی برای نمایش قدرت خلاقیت و اعتبار و منزلت و شخصیت صاحب اثر، منبع یک حق و امتیاز مالی می پندارند. از همه گذشته، برخلاف برداشت فوق، این حقوق رفته رفته موضوع سیره و بنای عقلایی نیرومندی قرار گرفته است. این بنا و سیره از سده پیشین موضوع پیمانهای بین المللی گسترده ای واقع شده و به دنبال آن، انبوهی از این پیمانهای بین المللی درباره مصادیق تفصیلی موضوعات این حقوق تهیه گردیده و به

تأیید و تصویب دولتها رسیده است و ضرورت شناسایی و حمایت از این حقوق به درجه‌ای از اهمیت رسیده که از دهه پیش، پذیرش این حقوق و حمایت حقوقی از آن، پیش شرط ورود به سازمان جهانی تجارت (WTO) قرار گرفته است.

دوم اینکه علی‌الظاهر دیدگاه مزبور بر یک پیش فرض فلسفه حقوقی و فقهی استوار است و آن اینکه کلیه حقوق و علاقه‌های حقوقی، اعتباری است و در هر مورد به احراز اعتبار از سوی شارع و قانونگذار اسلام نیاز دارد. بر اساس این، مادامی که چنین اعتبار و جعل حقی از سوی شارع احراز نشود، بر اساس قاعده عدم اعتبار در موارد شک، آن حق و علاقه ثابت نمی‌شود. این پیش فرض درباره کلیه حقوق و اختیارات انسانها تمام به نظر نمی‌رسد؛ زیرا پاره‌ای از امتیازات و حقوق انسانها، ذاتی و فطری بوده، از لوازم انسانیت انسانهاست. انسان از آن حیث که انسان است، واجد حقوقی است؛ از این رو، نمی‌توان او را به طور کل از آن محروم ساخت. مشروعیت این حقوق به جعل شارع و شناسایی او نیاز ندارد. با جعل قانون نمی‌توان گفت انسان موجودی مختار و آزاد است و یا حرمت دارد و یا حق مالکیت بر مواهب طبیعت، یا حق تمتع از آنها را دارد. اینکه انسان صاحب اختیار اموری که مخلوق فکر، اندیشه و ابتکار اوست، دلیل نمی‌خواهد، بلکه سلب اختیار از او و محرومیت از آن و منافع آن، دلیل می‌خواهد.

بر فرض هم در خصوص حق مالکیت و بهره‌برداری از مخلوقات فکری به لزوم اعتبار و جعل شارع قائل باشیم و ادعا کنیم که مادامی که شارع آنها را منبع حق و امتیاز مالی نشناسد، شرعاً منبع حق مالی نمی‌شوند باز، علاوه بر آنچه موافقان بدان استناد می‌کنند، به اعتقاد برخی محققان، دلیل این گونه اعتبار از سوی شارع در دسترس و مستلزم پاسخی شایسته از سوی مخالفان است.

نخست اینکه آیات قرآن کریم به نوعی حکایت از چنین اعتباری به نحو کلی دارد؛ آنجا که می‌فرماید: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (نجم/۳۹). در لغت «سعی» همان تلاش و کوشش است و «مای موصول» و لام در «الإنسان» هم حاکی از اختصاص است و چون نوع اختصاص معلوم نشده، مفید مطلق اختصاص است؛ یعنی اختصاصی کامل و تمام عیار. با حفظ مقدمات سه گانه فوق به نظر می‌رسد مفهوم و

منطوق آیه مزبور، شناسایی همه آفرینشهای ذهنی و دستاوردهای فکری، علمی و عملی انسان است. لحن و سیاق آیه مزبور به ایجاد یک حق مالی تصریح دارد و خلق هر نوع اثری را در پرتو تلاش و کوشش انسانی، منبع حقی در دنیا و آخرت می‌داند. نظیر همین مطلب با اندک تأملی از آیاتی چون ﴿لرجال نصیب مما اکتسبوا و للنساء نصیب مما اکتسبن﴾ (نساء/ ۳۲)، ﴿کل نفس بما کسبت رهینه﴾ (مدثر/ ۳۸)، ﴿لها ما کسبت و علیها ما اکتسبت﴾ (بقره/ ۲۸۶)، ﴿کل امرء بما کسبت رهین﴾ (طور/ ۲۱) و ﴿تلك امة قد خلت لها ما کسبت و لکم ما کسبتم﴾ (بقره/ ۱۴۱) استفاده می‌شود.

گذشته از اینها، در سنت نبوی حقّ تعلیم و تدریس، نمود عینی تاریخی دارد که برجسته‌ترین چهره آن، آزادی اسیران در برابر آموزش خواندن و نوشتن و آموختن فنون و صنایع به مسلمانان است؛ یعنی ما به ازای تعلیم و تدریس، آزاد شدن اسیران از چنگال رقیب است. این واقعیت از بدیهیات سیره رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم است (درینی، ۱۳۷۶: ۱۴۰).

سوم اینکه راهکارهای پیشنهادی این دسته از فقیهان برای برون‌رفت از یک واقعیت و ضرورت آشکار و فراگیر زندگی اجتماعی و اقتصادی معاصر، دست کمی از اصل مخالفت با این حقوق ندارد؛ زیرا:

اولاً، اصل تراضی بر لزوم رعایت این حقوق، فرع بر وجود پیشین آنهاست. مادامی که در شرع این حقوق به اثبات نرسد، دلیلی بر مشروعیت آنها نیست، مگر آنکه اصل مشروعیت حقوق به اراده اشخاص در جامعه واگذار گردد. البته این مبنایی است که بعید است فقه سنتی و به تبع آن، این گروه از فقیهان به لوازم آن پایبند باشند؛ چه آنکه این امر، در واقع، گامی به سوی عرفی‌سازی حقوق در روابط اجتماعی است. ثانیاً، علاوه بر اعتراف آشکار اینان بر ناتوانی این راه حل در تضمین و تأمین مقاصد مهم مورد نظر در حقوق موضوعه، این تراضی طبق اصل نسبی بودن تعهدات قراردادی، تنها طرفین تعهد را ملزم نموده و نسبت به اشخاص ثالث، نفوذ و اعتباری ندارد.

همچنین استناد به تئوری اختیارات دولت و حاکم اسلامی هم صرف نظر از ایرادات اساسی وارد بر اصل تئوری و دایره این اختیارات، اولاً احکامی پایدار نبوده و به اراده و برداشت فردی خاص مشروط خواهد بود که چه بسا با روی کار آمدن

فردی دیگر، نظر و برداشت دیگری ارائه شود. پر واضح است که چنین امری، روابط حقوقی و اقتصادی اشخاص را در سطح داخلی و بین‌المللی دست‌خوش بی‌ثباتی و تزلزل آشکاری می‌کند.

ثانیاً، راه حلّ مزبور اگرچه بستری مناسب برای شناسایی و تضمین این حقوق در روابط حقوقی و اقتصادی جامعه دینداران خواهد بود، به لحاظ نظری، در واقع، گامی بزرگ در عرفی‌سازی احکام فقهی است که بعید است با ذائقه فقه سنتی سازگار آید.

با وجود این، مستندات موافقان هم خالی از ایراد و نقص نیست. نخست اینکه استناد به اطلاقات و عموماً اولیّه شرعی تا آنجا که پدیده‌ها و آثار فکری و علمی را منبع حقّ مالی می‌شناسد، گام بلندی به سوی شناسایی حقوق آفرینشهای فکری در محدوده حقوق شرعی است. ذکر نکاتی در این باره لازم است:

یکی اینکه توجیه مزبور ظاهراً همانند دیدگاه مخالفان بر یک پیش‌فرض فلسفه حقوق، یعنی لزوم اعتبار کلیّه حقوق و امتیازات از سوی قانونگذار، استوار است. بر همین اساس، اینان کوشیده‌اند تا با تشبث به عموماً و اطلاقات شرعی، اعتبار این حقوق را از سوی شارع اثبات کنند.

دوم اینکه اینان راه حلّی برای حلّ تعارض با «قاعده سلطنت» به نفع خریداران آثار فکری ارائه نمی‌دهند. همان طوری که در بالا اشاره شد، برخی از مخالفان برای نفی مشروعیت این حقوق برای تولیدکنندگان این آثار به «قاعده تسلیط» استناد کرده‌اند. سوم اینکه این دیدگاه نشان نمی‌دهد که به چه دلیل تولیدات فکری و علمی در انحصار تولیدکنندگان بوده و جزء اموال و دارایی آنان تلقی می‌شود؟ به عبارت دیگر، آنچه از فحوا و مفاد عموماً مزبور قابل استظهار است، حرمت «اموال مسلمانان» یا «اموال انسانها» است. این نحوه بیان بر یک اصل مفروض استوار است و آن اینکه چیزی که مال بوده و متعلق به شخصی باشد، شرعاً محترم است. اما این گونه ادله معلوم نمی‌کند آیا تولیدات فکری، اموال تولیدکننده بوده و متعلق به ایشان است یا خیر؟

در واقع، عمده بحث همین جاست. مخالفان معتقدند محصولات فکری، علمی و

هنری و نظایر آن، گرچه نشئت گرفته از اندیشه، فکر و قدرت ابتکار صاحبان فکر و اندیشه انسانهای خلاق است، آنان به تنهایی در خلق و آفرینش آن سهم نبوده‌اند، بلکه محصول تلاش فکری و علمی گذشتگان و سرمایه‌گذاری جامعه هم بوده است؛ بنابراین، این گونه محصولات متعلق به همه انسانها و در واقع، جزء میراث مشترک است. در نهایت، چون این افراد مبتکر در خلق و آفرینش این محصولات به شکل و هیئت نوین سهم بارزی داشتند، نباید به کلی از منافع و عایدات آن بی‌بهره باشند؛ از این رو، دولتها به نمایندگی از جامعه و در مقام حفظ مصالح عامه می‌توانند برخی از امتیازات را به این گونه افراد اعطا کنند.

استدلال دوم موافقان هم اولاً فاقد شمول است و تنها مصادیقی محدود را نظیر آثار علمی و ادبی همچون تألیف، اختراع و طرحها شامل می‌شود که تولید آنها مستلزم فرایندی طولانی از تحقیق و پژوهش است و انبوهی از موضوعات قابل حمایت در حقوق موضوعه، نظیر علائم و اسامی تجاری، نشانهای مبادی جغرافیایی و آثار مرتبط، از شمول حمایت خارج خواهد شد. ثانیاً مملوک به ملکیت تکوینی که به معنای سلطنت تکوینی است، تنها درباره خود کار فکری است، نه نتایج آن؛ زیرا محصول و نتیجه فکر تکویناً از اختیار تولیدکننده خارج است؛ برای مثال، رابطه یک کتاب با تألیف و جلوه خارجی، با ذهن نویسنده قطع و واجد وجودی مستقل می‌گردد و اگر مالکیتی بر کتاب است، همانا مالکیت اعتباری است، نه مالکیت تکوینی؛ به عبارت دیگر، سلطه تکوینی به مرحله شکل‌گیری فکر تولید یک اثر در ذهن ناظر است، در حالی که در مالکیت فکری، حمایت از اثر در این مرحله صورت نمی‌گیرد و تنها زمانی مطرح می‌گردد که فکر، ابداع، ابتکار یا اندیشه موجود در ذهن، صورت و تجسم خارجی یابد (حائری شیرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۲).^۱

استناد به حکم عقلی لزوم حفظ نظام اگرچه به دلیل داشتن پشتوانه عقلی از استحکام و پایداری مقبولی برخوردار خواهد بود، مهم‌ترین نقص آن، محدودیت شمول است؛ زیرا همان طوری که قائل به این نظر بدان اشاره کرده است، نمی‌توان

۱. نظیر همین بیان با اندک تفاوتی پیش از این، در نوشته‌های آیه‌الله سیدصادق روحانی (۱۴۱۴:

۲۲۲-۲۲۴) و آیه‌الله منتظری (دراسات فی المکاسب المحرمه، ج ۱، ص ۱۰۵) منعکس شده است.

به دلیل اینکه در جایی، نوع محصول فکری به گونه‌ای است که با حفظ نظام و ایجاد هرج و مرج در صورت عدم حمایت ارتباطی ندارد، تمسک جست. در این باره می‌توان به نرم‌افزارهای راجع به بازیها و سرگرمیها اشاره کرد.

مهم‌ترین نقص استدلال چهارم هم این است که دیدگاه مزبور تنها در صدد توجیه جواز گرفتن وجه و مال در ازای کار فکری است. این نظریه، روشن نمی‌سازد که آیا اساساً تولید آثار فکری منشأ و مبدأ یک حق است یا خیر و آیا این استحقاق بر مبنای حقوق طبیعی و احترام به شخصیت انسان است یا بر اساس صلاحدید دولت در راستای مصالح عامه جامعه؟ به عبارت دیگر، آیا این استحقاق، مقتضای حکم اولی در شرع است یا حکم حکومتی؟

همچنین چاره‌جویی از راه توسعه در دامنه شمول ادله احکام ثانویه، نظیر لا ضرر و لا حرج، صرف‌نظر از مخالفت‌های آشکار و قاطع جمع بزرگی از فقیهان صاحب نام امامیه، تنها آن دسته از آثاری را شامل می‌شود که عدم شناسایی حق انحصاری برای تولیدکننده آثار فکری، مستلزم ضرر و کلفت آشکار برای جامعه باشد؛ معیاری که اثبات آن بسیار دشوار و همیشه در معرض زوال و تزلزل است.

افزون بر ایرادات وارد بر هریک از دلایل موافقان، دلایل مزبور تنها در صدد اثبات مشروعیت حق مالی برای تولیدکننده آثار فکری است. این گروه، هیچ کوششی برای توجیه مشروعیت حق اخلاقی تولیدکنندگان مبذول نداشته‌اند و ظاهراً مشروعیت آن را مفروض پنداشته‌اند. شاید به همین دلیل باشد که حتی مخالفان حقوق فکری هم در خصوص حق معنوی مؤلف تردیدی ندارند؛ برای مثال، در استفتایی که از مرحوم امام خمینی رحمته‌الله علیه به عمل آمد، چنین پاسخ دادند: «تحریر کتاب و اسناد آن به مؤلف، جایز نیست» (آیتی، ۱۳۷۵: ۷۳).

به نظر نگارنده، حق معنوی و اخلاقی پدیدآورندگان آثار فکری، از مصادیق حقوق طبیعی است و موجودیت آن به اراده قانونگذار منوط نیست. این چهره از حقوق فکری از لوازم شخصیت انسان است و به همین دلیل، دائمی و زوال‌ناپذیر است و اسقاط‌شدنی و انتقال به غیر هم نیست. این حق، دارای مبنایی عقلی است و احکام قانونگذار در واقع، به منظور ارشاد به آن و ایجاد بستری مناسب برای حفظ و تضمین آن می‌باشد.

در برابر، حقّ مالی و اقتصادی ناشی از تولید آثار فکری، مبتنی بر عوامل و شاخصهای اجتماعی و اقتصادی و تابع شرایط و مقتضیات خاص می‌باشد.

بهترین شیوه توجیه مشروعیت این حق در ادبیات شرعی، توسل به بنا و سیره مسلّم عقلایی است؛ زیرا به اعتقاد نگارنده، حجّیت بنائات و سیره‌های قاعده‌ساز به اقتضای مفهوم، عقلانی بوده، معمولاً از یک منطق نیرومند عقلانی و عقلایی پیروی می‌کند؛ از این رو، ضرورتی برای امضا و تأیید مصادیق آن از سوی قانونگذار شرعی وجود ندارد. از این نظر، بنائات و سیره‌های عقلایی خود در جوار سایر حجج و امارات شرعی به حکم عقل و فطرت سلیم حجّت بوده و تحت شرایطی، مصادیق آن در قلمرو حقوق شرعی پذیرفتنی است و اعتبار آن همانند مفاد نصوص، عموماً و اطلاعات می‌باشد. در نهایت، آنچه در این باره لازم است، این است که اولاً مفاد سیره و بنای عقلایی با نص و عموم یا اطلاقی از کتاب و سنت مسلّم یا اهداف دین در تعارض نباشد و دوم اینکه مصداق آن به نحو روشمندی احراز شود (برای مطالعه در این موضوع، رک: ۱۲۷: Jafarzadeh).

به نظر می‌رسد چنانچه یک راه حلّ عقلایی در نظامهای حقوقی مدرن و عهدنامه‌ها و میثاقهای جهانی و منطقه‌ای پذیرفته شود، عقلایی بودن آن محرز بوده و در صورت فراهم بودن شرایط فوق الذکر، حجّت و مانند مفاد احکام شرعی مستنبط از دیگر امارات و حجج شرعی، لازم الاتباع است. بر اساس این دیدگاه، اگر در عرصه تولید آثار و پدیده‌های فکری، هنری، علمی و صنعتی، عرف عقلایی مبنی بر اعتبار و رعایت حقوق و مزایای مالی احراز شود، از آنجا که هیچ عموم و اطلاقی با آن در تعارض نیست، بلکه چه‌سا مفاد پاره‌ای ادلّه و رویّه معمول معصومان علیهم‌السلام در برخی موارد، مؤید آن باشد، آن حقوق و مزایا شرعاً معتبر و لازم‌الرعايه است.

منطق عقلا در شناسایی حقّ انحصاری بهره‌برداری از کلیّه نتایج مالی و اقتصادی آثار موضوع حمایت در حقوق موضوعه، حمایت از سرمایه‌گذاری و تشویق نوآوران در تولید جدید و بهبود تولیدات موجود و در نهایت، توسعه و شکوفایی اقتصادی و رفاه و آسایش آحاد جامعه است. این منطق به حدّی فراگیر است که کلیّه حوزه‌های مالکیت فکری را پوشش می‌دهد.

نتیجه گیری

تحقیق حاضر کوشیده است یکی از بحثهای بنیادین حقوق مالکیت فکری را از نگاه فقهی به چالش بکشد. به منظور ورود به مباحث، با تأکید بر ضرورت نظریه پردازی میان رشته‌ای، دیدگاههای فیلسوفان حقوق و اخلاق به اختصار، گزارش و سپس قرائت فقهی فقیهان امامیه، توصیف و سپس نقد و بررسی شد.

مخالفتان با استناد بر دو پیش فرض، مشروعیت حقوق فکری را مورد تردید قرار داده‌اند؛ الف) پیش فرض فلسفی مبنی بر اعتباری بودن کلیه حقوق و امتیازات و ب) واقعیتی مفروض مبنی بر رویه جاری عقلا در عدم شناسایی حق و تقلید و کپی از کار دیگران.

در برابر، موافقان هم کوشیده‌اند با ارائه تفسیرهای متفاوت از نهادهای شناخته شده فقهی، حقوق مزبور را به نحوی به قانونگذار شرعی منتسب کنند و بدین طریق آنها را مشروع و لازم الاحترام اعلام نمایند.

این تحقیق نشان داده است که مخالفتان در هر دو پیش فرض برخطایند، نه تمامی حقوق، اعتباری است که به جعل و وضع از سوی قانونگذار نیازمند باشد و نه رویه معمول و مقبول عقلا و جوامع انسانی، تقلید و کپی از آثار دیگران است. همچنین تلاش موافقان در بسط مصداقی و مفهومی برخی نهادهای مرسوم فقهی به منظور توسعه چتر اعتبارات اولیه شرعی نسبت به این مسائل، دست کمی از استدلال مخالفتان ندارد. استدلال اینان هم در واقع، بر دو پیش فرض استوار است؛ الف) لزوم احراز اعتبار از سوی قانونگذار و ب) وجود حقی مفروض برای تولید کننده آثار. توسعه چتر اعتبارات ثانویه شرعی هم بی گمان، مدافع چندان در منظومه فقه سنتی نخواهد داشت.

همچنین نشان داده شد که کوششهای معمول برای ایجاد سازگاری بین مباحث نوین حقوقی و نهادهای فقهی، بسیار کلی و به دور از واقعیت‌های موجود است. واقعیت این است که مسائل مربوط به حقوق مالکیت فکری، بسیار متنوع، پیچیده و دارای ابعاد مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، تجاری و حتی سیاسی در عرصه

داخلی و بین‌المللی است. این مسائل، در میان‌رشته‌ای بودن مطالعات این شاخه از دانش حقوقی جدید ریشه داشته و رفته‌رفته مباحث آن با مسائل متعددی از شاخه‌های علوم انسانی، نظیر حقوق، به ویژه حقوق بشر، فلسفه اخلاق، اقتصاد، جامعه‌شناسی، به ویژه جامعه‌شناسی فرهنگی، و علوم پایه، به ویژه بیوتکنولوژی و ژنتیک، پیوند خورده است؛ بنابراین، اظهار نظرهای کلی، نه تنها منشأ آثار مثبتی در روابط اجتماعی نخواهد شد، بلکه موجب تنزل مرتبت بحث‌های لطیف و پرثمر اظهار نظرهای فقهی خواهد شد.

به اعتقاد نگارنده، برای ورود شایسته در این مباحث، لازم است همه ابعاد آشکار و پنهان مسائل حقوق فکری شناسایی شود، کوشش‌های نظری فیلسوفان حقوق و اخلاق و دیدگاه‌های عالمان اقتصاد و جامعه‌شناسی معرفی گردد و پس از دسته‌بندی روشمند آنها به عرضه آن مسائل بر فقه اقدام کرد و آنگاه سعی در تلائم و سازگاری یا نفی و رد آنها برآمد. این شیوه بررسی و نظریه‌پردازی از یک سو، مانع اظهار نظرهای کلی و بعضاً سطحی خواهد شد و از سوی دیگر، همسو با شیوه‌های مرسوم مباحثات فقهی است. امروز، تقنین و وضع قواعد حقوقی به فرایندی طولانی و بررسی ملاحظات همه‌جانبه نیازمند است. این فرایند در حوزه حقوق فکری به دلیل ارتباط تنگاتنگ قوانین با توسعه، بسیار حساس و مستلزم دقت در نظریه‌پردازی و قاعده‌سازی است. بر محافل فقهی است که با پیروی از سنت پیشینیان در مباحثات فقهی، ضمن بررسی دقیق و همه‌جانبه مفاهیم، اوصاف، آثار و احکام حقوق فکری، چرایی این حقوق را در پرتو نظریه‌پردازی‌های همه‌جانبه عرفی در محافل فقهی به بحث و تحلیل گذاشته و با بهره‌گیری از همه ظرفیتها و توان فقهی به رد و پذیرش این حقوق اقدام کنند و بدین ترتیب، بستری مناسب برای تدوین قوانین متلائم با مفاهیم و نهادهای فقهی فراهم سازند.

- آیتی، حمید، *حقوق آفرینشهای فکری*، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
- افتخارزاده، محمودرضا، «حقّ تألیف»، چاپ شده در: درینی، فتحی، *حقوق مؤلفان*، مترجمان، هنرمندان و ناشران در فقه معاصر اسلامی.
- افشاری قزوینی، مرتضی، *مبانی موجهه مالکیت معنوی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۸۲.
- انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، دهقانی (اسماعیلیان)، ۱۳۷۳.
- جعفرزاده، میر قاسم، *درآمدی بر حقوق آفرینشهای فکری*، جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۷۷-۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیولوژی حقوق*، بنیاد استاد، ۱۳۶۳.
- حائری شیرازی، سید کاظم، «بررسی فقهی حق ابتکار»، *فقه اهل البيت (علیهم السلام)*، شماره ۲۳، پاییز ۱۳۷۹.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، *المسائل المستحدثه*، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ق.
- خدایی، مهدی، *مبانی فقهی حقوق ادبی و هنری*، پایان‌نامه دوره دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۳.
- خمینی (امام)، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، مطبعة الآداب فی النجف الاشرف، بی‌تا.
- درینی، فتحی، *حقوق مؤلفان*، مترجمان و ناشران در فقه معاصر اسلامی، ترجمه محمودرضا افتخارزاده، نشر هزاران، ۱۳۷۶.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، قاهره، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۶۷.
- شبیری، سید حسن، *مسئولیت حقوقی ناشی از نرم‌افزارهای معیوب*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید قم، شهریور ۱۳۸۰.
- صفایی، سید حسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی*، نشر میزان، ۱۳۷۵.
- ضمیمه فصلنامه رهنمون، مدرسه عالی شهید مطهری، ش ۲ و ۳ پاییز و زمستان ۱۳۷۱.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۶.
- مرعشی، سید محمد حسن، *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*، نشر میزان، ۱۳۷۳.
- مطهری، احمد، *مستند تحریر الوسیله*، قم، ۱۴۰۵ ق.
- مطهری، مرتضی، *نظری به نظام اقتصادی اسلام*، صدرا، ۱۳۶۸.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۰ ق.
- مکی العاملی، حسن، *قاعدتان فقهیتان (اللا ضرر و الرضاغ)*، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۸.
- مهریزی، مهدی، *مبانی فقهی حق مؤلف (مجموعه مقالات و سخنرانها)*، خانه کتاب، ۱۳۸۱.
- Baker & McKenzie and Robert J, Hart, *Guide to Intellectual Property in the I.T. Industry*, London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۸.
- Brad Sherman & Bently Lionel, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, ۱۹۹۹.
- Catherine, Colston, *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Ltd. ۱۹۹۹.
- Cornish, W.R., *Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, ۴th ed. ۱۹۹۹.
- Derwent, Intellectual Property, *The Creative Economy*, available at: <http://www.derwent.com/ipmatters/features/creative_economy.html#ipitcotne>, ۲۰۰۱.

- Derwent, Intellectual Property: Intellectual Property is the Currency of New Economy, The creative Economy, available at the above website.
- Drahos. Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publication, ۱۹۹۶.
- Ghani Azmi, Ida Madieha A., *Authorship and Islam in Malaysia*, IIC, vol. ۲۸, p. ۶۷۱, ۱۹۹۷.
- Horacio M., Spector, *An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights*, available at: <<http://eon.law.harvard.edu/property/iptheory.html>> .
- *Intellectual Property*, CP۳۳۴۹ & CP۴۰۱۸, available at: <http://www.scit.wlv.ac.uk/~in۷۵۰۴./intellectual_property.htm> .
- Jafarzadeh, Mirghasem, Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods ۱۹۸۰, Iranian and Shi'ah Law, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), ۲۰۰۲-۲۰۰۳, Kluwer Law International, p. ۱۲۷ & seq. This paper is also available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jafarzadeh.html>> .
- Joseph, Weber, Dane, *A Critique of Intellectual Property Rights (D۴۳-۱۵)* Justin, Hughes, «The Philosophy of Intellectual Property», available at: <http://www.law.harvard.edu/Academic_Affairs/coursepages/ffisher/music/Hughes.html> , ۱۹۸۸.
- Kinsella, Stephan, Is Intellectual Property Right Legitimate? Available at: <<http://stephankinsella.com/ip/index/php>> .
- Krumenacker, Marcus, *Are Intellectual Property Rights Justified?* Available at: <<http://www.n-a-n-o.com/ipr/extro۲/extro۲mk.html>> .
- Martin, Brian, *Against Intellectual Property*. <http://www.law.harvard.edu/against_intellectual_property.htm> , ۱۹۹۲.
- Sterling, J.A.L., *World Copyright Law*, London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۸.
- William, Fisher, *Theories of Intellectual Property*, ۱۹۹۸, available at: <<http://eon.law.harvard.edu/property/iptheory.html>> .

قوانین و اسناد بین‌المللی

- قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ۱۳۵۲.
- قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰ و آیین‌نامه ۱۳۳۷.
- قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹.
- قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸.
- Berne Convention ۱۸۸۶.
- Paris Convention ۱۸۸۳.
- Rome Convention ۱۹۶۱.
- TRIPs Agreement ۱۹۹۴.
- WIPO Copyright Treaty (WCT) ۱۹۹۶.

تحلیل و نقد ماده ۸۷۳ قانون مدنی

- بابک خسروی نیا^۱
- عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی لارستان

چکیده

ماده ۸۷۳ ق.م.، حکمی را مبنی بر عدم توارث بین افرادی که تاریخ فوتشان مجهول است، بیان کرده است. می توان با بررسی مدارک و مستندات این حکم، اعم از قواعد اصول فقه و آرای فقها و روایات، به تجزیه و تحلیل و نقد این ماده قانونی پرداخت؛ چرا که با تعمق بیشتر و بررسی مبانی قوانین می توان آنها را طوری اصلاح کرد که با هدف علم حقوق، یعنی ایجاد عدالت و اعطای حق به ذی حق، بیشتر متناسب باشد. این مقاله این امر را پی می گیرد. در پایان، راه حل اصلاح این ماده قانونی با تکیه بر مبانی اصولی و نظر برخی از فقهای متقدم و متأخر ارائه گردیده است.

کلیدواژگان: ماده ۸۷۳ ق.م.، ارث، اصل تأخر حادث، اصلاح.

طرح مسئله

ماده ۸۷۳ قانون مدنی، درباره ارث افرادی است که تاریخ فوتشان مجهول است و

قانونگذار در صدر این ماده، بنا را بر عدم توارث این افراد قرار داده و در ذیل آن، دو مورد، یعنی غرقى و مهدوم عليهم را مستثنا کرده است. با توجه به اینکه جلد نخست قانون مدنى در سال ۱۳۰۷ ش. با لحاظ نظر مشهور فقها تنظیم شده است و تا زمان حاضر، مدت زیادى از تصویب این قانون مى گذرد، به نظر مى رسد در برخى از مواد قانون مدنى، تجدید نظر و اصلاحاتی انجام شود به خصوص که فقهای معاصر نظریه های جدیدی را در بعضی مسائل فقهی که مناسب با زمان نیز است، ارائه کرده اند. با مطالعه و بررسی ماده ۸۷۳ قانون مدنى، به نظر مى رسد این ماده قانونی، دارای نقص باشد و باید به گونه ای اصلاح شود که با هدف حقوق که همان عدالت و اعطای حقوق افراد است، سازگار باشد و از جهتی، نظر فقهای معاصر نیز لحاظ شده باشد.

در این مقاله، ابتدا با پرداختن به بررسی ماهیت و محتوای ماده ۸۷۳ ق.م.، علت حکمی که در این ماده آمده است، از نظر حقوقی و فقهی مورد بررسی قرار گرفته است. و در ادامه، پس از ذکر مبانی فقهی و اصولی این ماده، به نقد و تحلیل آنها پرداخته ایم و در پایان، راه حل اصلاح این ماده قانونی ارائه شده است.

تحلیل ماده ۸۷۳ قانون مدنى

ماده ۸۷۳ ق.م. مى گوید: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث مى برند، مجهول [باشد] و تقدّم و تأخّر هیچ یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمى برند مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت، از یکدیگر ارث مى برند».

یکی از شرایط اساسی برای ارث بردن، زنده بودن وارث در زمان موت مورث حتى برای لحظه ای کوتاه است (شهید ثانی، بی تا: ۲۱۳/۸) و اگر تاریخ فوت چند نفر که مى توانند از یکدیگر ارث ببرند، مجهول باشد، شرط مذکور محقق نیست و قانونگذار بنا را بر این گذاشته است که فوت این افراد در یک زمان بوده و حکم به عدم توارث بین آنها کرده است (امامی، ۱۳۷۱: ۱۹۴)؛ برای مثال، چنان که پدر و پسرى فوت کنند و تقدّم و تأخّر فوت هیچ یک مشخص نباشد؛ چون شرط زنده بودن در

زمان موت مورث معین نیست، ترکه پدر به سایر ورثه او غیر از پسر و ترکه پسر نیز به سایر ورثه او غیر از پدر منتقل می شود و پدر و پسر از یکدیگر ارث نمی برند. البته قسمت اخیر ماده ۸۷۳ ق.م. دو مورد را از حکم ماده خارج کرده است و آن، در صورتی است که موت افراد به علت غرق یا هدم واقع شود. در این دو مورد، گرچه شرط زنده بودن در زمان فوت مورث مشخص نیست، به علت وجود روایت مستثنا شده و به وجود توارث بین این افراد حکم شده است.

مبانی ماده ۸۷۳ قانون مدنی

الف) اصل تأخر حادث

ماده ۸۷۳ ق.م. بر اساس اصل تأخر حادث تنظیم گردیده است (محمدی، ۱۳۸۰: ۳۲۴)؛ بدین صورت که اشخاصی که بین آنها رابطه توارث برقرار است، در صورت تردید در تقدم یا تأخر فوت آنها نسبت به هر یک، اصل تأخر حادث جاری می شود و فرض می شود که فوت یکی بعد از فوت دیگری بوده است. چون این اصل درباره همه آنها جاری می شود و دلیلی برای ترجیح یکی از آنها بر دیگری وجود ندارد، اجرای اصل تأخر حادث درباره افراد متعدّد با یکدیگر تعارض کرده و از باب اینکه «الدلیلان إذا تعارضا، تساقطا» ساقط می شود؛ در این صورت، نمی توان به استناد آن، حکم صادر کرد و نوبت به اجرای سایر اصول عملیه می رسد.

قانونگذار در این باره، اصل عدم را جاری کرده است؛ زیرا اصل بر این است که بین انسانها رابطه توارث برقرار نیست و این رابطه فقط بین افراد محدود و با شرایط خاصی برقرار می شود و در موارد مشکوک، به اصل عدم توارث مراجعه می شود (شهیدی، ۱۳۷۴: ۴۱).

ب) روایات

احادیثی از معصومان علیهم السلام نیز وجود دارد که حکم ماده ۸۷۳ ق.م. را تأیید می کند؛ از جمله حدیث قداح از امام صادق علیه السلام که فرمود: «ام کلثوم، دختر علی امیرالمؤمنین علیه السلام و پسرش زید بن عمر بن خطاب در یک زمان مردند و دانسته نشد

که کدام یک زودتر مرده است. هیچ یک از دیگری ارث نبرد و به هر دو نماز خوانده شد» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۱۳).

ج) اجماع

اکثر فقها با توجه به احادیث مربوط، به عدم توارث افرادی حکم کرده‌اند که تقدّم و تأخّر فوتشان مجهول است و بعضی از آنها نیز ادّعی اجماع کرده‌اند. علّت رأی مشهور و اختصاص حکم به «غرقى و مهدوم‌علیهم»^۱ این است که فقها در احکام مخالف قاعده، به قدر متیقن اکتفا می‌کنند و موارد مشتبه را داخل حکم نمی‌دانند. در این مورد نیز به دلیل لزوم شرط زنده بودن در زمان فوت مورث و عدم تحقّق این شرط، اصل بر عدم ارث است، مگر در مورد غرقى و مهدوم‌علیهم که به طور قطع، به استناد احادیث مستثنا شده است و بین آنها توارث برقرار است (نجفی، ۱۳۷۷: ۳۰۶/۳۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۱۳).

نقد ماده ۸۷۳ ق.م.

طبق ماده ۸۷۳ قانون مدنی، افرادی را که تاریخ فوتشان مجهول است، در حکم افراد فوت کرده در یک زمان می‌دانیم و حکم به عدم توارث آنها می‌کنیم، اما مستندات این ماده قانونی با اشکالاتی مواجه است که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف) یکی از مستندات اصلی این ماده، اجرای اصل تأخّر حادث درباره تمام افراد مشتبه‌الموت و تعارض و تساقط این اصل و رجوع به اصل عدم توارث است که به نظر می‌رسد با ساقط شدن اصل تأخّر حادث، رجوع به اصل عدم توارث صحیح نیست؛ زیرا در فرض مورد بحث، علم اجمالی داریم که یکی از اینها از دیگری ارث می‌برد، همانند پدر و پسر که تاریخ فوتشان مجهول است و وجود توارث بین آنها امری قطعی است. مشکل زمانی است که نمی‌دانیم موت کدام یک را مقدّم و کدام یک را مؤخّر فرض کنیم. در اینجا محروم کردن هر دوی آنها از

۱. «غرقى» جمع غریق است؛ مانند «مرضی» که جمع مریض است و منظور از آن، «غرق‌شدگان» است. «مهدوم‌علیهم» اسم مفعول از «هدم» و به معنای «زیر آوار رفتگان» است.

سهم الارث با علم اجمالی به توارث سازگاری ندارد؛ زیرا علم اجمالی نیز همانند علم تفصیلی، منجز تکلیف است و در حدّ امکان باید طبق آن عمل کرد. مخالفت با علم اجمالی و حکم به عدم توارث، مستلزم این است که ما ظنّ متآخّم به یقین پیدا کنیم که حقّ وارث اصلی و به تبع، ورثه او را ضایع کرده‌ایم.

اشکال: ممکن است در پاسخ به استدلال فوق گفته شود، دلیل حکم به عدم توارث، این است که ما فرض می‌کنیم این دو فرد در آن واحد فوت کرده‌اند که با این فرض، شرط زنده بودن وارث در زمان فوت مورث وجود ندارد؛ بنابراین، مسئله ارث هم منتفی است؛ زیرا عدم تحقّق شرط مستلزم عدم تحقّق مشروط است.

پاسخ: اقتران زمانی بین فوت افراد نادر است؛ زیرا افراد از لحاظ فیزیکی و مقاومت بدنی متفاوت‌اند و حتی در مقابل صدمه‌های یکسان نیز مقاومت افراد نیز متفاوت است؛ برای مثال، می‌بینیم که افرادی که زیر آب رفته‌اند، بعضی چند دقیقه مقاومت دارند و بعضی حتی یک دقیقه نیز مقاومت ندارند؛ بنابراین، آنچه غلبه دارد، عدم اقتران زمانی بین فوت افراد است و از باب آنکه «الظنّ يلحق الشيء بالأعمّ الأغلب»، باید موارد مشتبه را بر غالب افراد حمل کرد و در صورت جهل به تاریخ فوت آنها بنا را بر عدم تقارن زمان فوت آنها گذاشت.

ب) صدر ماده ۸۷۳ ق.م. با قسمت اخیر آن همخوانی ندارد؛ زیرا صدر آن درباره غرق‌شدگان و زیر آوار رفتگان است که به اجماع فقها و احادیث، بین افراد فوت شده توارث وجود دارد، در حالی که احتمال همزمانی فوت دو گروه مذکور عقلایی‌تر است و اگر قرار باشد به عدم توارث حکم کنیم، این حکم، درباره غرق‌ی و مهدوم‌علیهم است نه سایر موارد، حال آنکه به علّت وجود احادیث در این باره، قطعاً توارث برقرار است و می‌توان به دلیل وجود وحدت ملاک و تنقیح مناط، همین حکم را به سایر موارد، نظیر فوت در اثر آتش‌سوزی یا افتادن در چاه، تسرّی داد؛ زیرا ملاک تمام این موارد، اشتباه در تقدّم و تأخّر فوت یکی بر دیگری است (محقّق حلّی، ۱۳۷۴: ۱۵۸۴).

ج) گرچه برخی از احادیث بر عدم توارث افرادی که تقدّم و تأخّر فوتشان مشکوک است، دلالت دارد، در این احادیث، ضعف سندی وجود دارد و بعضی نیز

مرسل و فاقد شهرت روایی است و شهرت عملی آنها نیز با توجه به مخالفت بعضی از فقها، به ویژه معاصرانی همچون آیه الله لنکرانی و امام خمینی رحمتهما الله، مخدوش است. درباره حدیثی نیز که قداح از امام صادق علیه السلام نقل کرده، اگر علت حکم را فقط اشتباه در تقدّم و تأخّر فوت بدانیم و آن را به موارد مشابه تسری دهیم، با توجه به عدم تصریح به علت مذکور در این حدیث، قیاس مستنبط العله است که عدم اعتبار آن بر کسی پوشیده نیست.

د) به استناد احادیث و اجماع فقها بین غرق و مهدوم علیهم توارث برقرار است، در حالی که احتمال تقارن فوت آنها نیز بعید نیست؛ بنابراین، به طریق اولی باید همین حکم را در مواردی مانند آتش سوزی و برخورد وسائل نقلیه تسری داد و حکم به توارث کرد؛ زیرا در این موارد، از نظر عقل و عرف، احتمال قوی تر وجود دارد که فوت در یک زمان واقع شده باشد و قیاس اولویت به عنوان یکی از ادله استنباط احکام، اجماعی است.

و) نظر مشهور فقها از دیگر مستندات ماده ۸۷۳ ق.م. است، ولی برخی از فقها از جمله محقق حلّی در *شرائع الاسلام*، مسئله را با تردید ذکر کرده و برخی دیگر، از جمله شیخ طوسی در *نهایه*، ابن جنید و ابوالصلاح و آیه الله فاضل لنکرانی، بر خلاف نظر مشهور حکم داده‌اند و حکم غرق و مهدوم علیهم را به سایر موارد نیز تسری داده‌اند.

امام خمینی رحمتهما الله در این باره می گوید:

اگر دو نفر بمیرند و در تقارن یا تقدّم یا تأخّر فوت آنها تردید شود، اگر به سببی غیر از غرق و خرابی آوار باشد، به هر سبب یا مرگ طبیعی، در اینکه با قرعه حکم به ارث داد، یا با مصالحه، یا اینکه همان حکم غرق و مهدوم علیهم را داشته باشد، وجوه مختلفی است که مورد آخر قوی تر است (موسوی خمینی، بی تا: ۵۳۳/۲).

بنابراین، در این باره دو حالت متصور است؛ یکی اینکه حکم به توارث را به دلیل خلاف قاعده بودن به غرق و مهدوم علیهم اختصاص دهیم و دیگر اینکه ذکر این عنوانها را در روایات بدین دلیل بدانیم که غالباً این مصادیق، باعث شک در تقدّم و تأخّر است و در زمان ما نیز که موت به اسبابی همانند سقوط هواپیما و

تصادم وسائل نقلیه و حریق و امثال آنها شایع است، حکم اینها نیز همانند حکم غرق و مهدوم‌علیهم باشد. در اینجا بعید نیست که وجه دوم را انتخاب کنیم؛ اگرچه مخالف مشهور باشد (فاضل لکرانی، ۱۴۲۱: ۴۹۴)؛ زیرا آنچه از دو عنوان مورد بحث مستفاد می‌شود، خصوص این موارد نیست، بلکه در واقع، اینها برای نمونه ذکر شده است.

نتیجه

با توجه به تحلیل ماده ۸۷۳ ق.م. و بررسی مستندات آن و نقدهایی که نسبت به آن وارد شد، به نظر می‌رسد که این ماده قانونی در موارد متعدّد، تضييع حقوق مالی ورثه را در پی دارد. برای رفع این مشکل با رعایت مبانی اصولی همانند اجرای اصل احتیاط و حکم عقل و آرای بعضی از فقها، ماده مذکور اصلاح‌پذیر است که راه‌حلهای ذیل پیشنهاد می‌گردد:

راه حلّ نخست اینکه برای تعیین فردی که فوتش مؤخّر بوده، از قرعه استفاده شود؛ زیرا در قوانین در موارد متعدّد، حتی برای تعیین قاتل که مربوط به نفس است، با قرعه تعیین تکلیف می‌شود، ولی از آنجایی که قرعه، اصلی ضعیف و در ذیل اصول عملیه قرار می‌گیرد و کاشفیتی از واقع ندارد، مناسب است که این موضوع به شکل دیگری حل شود.

راه حلّ دوم که مناسب‌تر است و با آرای بعضی از فقها نیز تطبیق می‌کند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۳۳/۲) این است که صدر و ذیل ماده ۸۷۳ ق.م. را یکسان کرده و در تمام موارد، اعم از اینکه سبب موت غرق یا هدم باشد یا اسباب دیگر، حکم به توارث کنیم؛ زیرا ملاک تمام حالات یکسان است و آن، اشتباه در تقدّم و تأخّر فوت وارث است و دلیلی برای تفصیل بین اسباب مختلف فوت وجود ندارد.

باید گفت که راه حلّ دوم با اصل عملی احتیاط نیز منطبق است؛ زیرا علم اجمالی داریم که یکی از این افراد از دیگری ارث می‌برد، ولی به تفصیل، او را نمی‌شناسیم و احتیاط اقتضا دارد که برای بری‌الدّمه شدن، چنین حکم کنیم که تمام آنها از یکدیگر ارث ببرند.

کتاب شناسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۸، چاپ هفتم، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۱ ش.
- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، بی تا.
- همو، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق.
- شهیدی، مهدی، ارث، تهران، سمت، ۱۳۷۴ ش.
- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعی فی شرح تحریر الوسیله، قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، بی تا.
- قانون مدنی، تدوین محمد امین، تهران، خورشید، ۱۳۷۱ ش.
- محقق حلّی، شرائع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم بن احمد یزدی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۳۹، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.

قضازدایی و جرمزدایی

از منظر قانون اساسی و حقوق اداری

□ جواد محمودی^۱

□ دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

تراکم شدید دعاوی در مراجع قضایی، کمبود دادرس، هزینه مالی نگهداری از محکومان به زندان برای دولت و... از جمله دلایلی است که اولیای امور را به اندیشیدن درباره راهکارهایی برای بهبود کارایی دستگاه قضایی و کاستن از حجم دعاوی واداشته است. فرایندهای قضازدایی و نیز جرمزدایی، جزء راه‌حلهای پیشنهادی به شمار می‌آید. نظریه‌پردازی درباره مفهوم و جایگاه اندیشه‌های یادشده ممکن است ما را در شناخت شفاف مبانی و اهداف آنها رهنمون سازد، به ویژه آنکه تحلیل فرایندهای مذکور در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی و آرمانهای مقرر در قانون اساسی، گام استواری در تضمین حقوق بنیادین شهروندان به شمار می‌رود.

کلید واژگان: قضازدایی، جرمزدایی، دادگاههای دادگستری، قانون اساسی، حقوق اداری.

طرح مسئله

انبوه دعاوی مطرح شده در نظام قضایی کشور، نشان‌دهنده فقدان یا ناکارآمدی زیرساختهای لازم برای تأمین عدالت اجتماعی و بهره‌مند کردن شهروندان از لوازم یک زندگی شرافتمندانه است. مدیران ارشد دستگاه قضایی کشور در طول تاریخ دادگستری نوین، همواره در جست‌وجوی روشهایی برای کاستن از حجم وسیع دعاوی و افزایش کمیّت دادرسیها بوده‌اند. تخصّصی کردن دادگاهها، تقویت نهادهای معاضدت قضایی نظیر کانون و کلا و مشاوران قضایی و نیز ارجاع رسیدگی به برخی دعاوی به خارج از محدوده دستگاه قضایی، از جمله راهکارهای مورد استفاده در این زمینه است.

پرداختن به بحث کارشناسی قضازدایی و جرم‌زدایی به مطالعات عمیق در حوزه جزا و جرم‌شناسی نیاز دارد و اصولاً در صلاحیت کارشناسان مربوط است، لکن تحلیل ابعاد این بحث از منظر آموزه‌های حقوق عمومی نیز لازم می‌نماید؛ زیرا ارزیابی شیوه اصلاح در دستگاه قضایی بدون شناخت نسبت آن با قانون اساسی و تضمینهایی که این قانون برای حفظ جایگاه رفیع سازمان قضایی عام و نیز زمینه‌های لازم برای رعایت حقوق شهروندان مقرر کرده، امکان‌پذیر نیست. به تصریح برخی نویسندگان، مکانیسمهایی چون قضازدایی، کیفرزدایی، جرم‌زدایی و...، در واقع، توزیع و تفویض بعضی وظایف و صلاحیتهای عدالت کیفری (هسته اصلی سیاست جنایی) به نظامهای حقوقی غیر کیفری و نیز تشکلهای مردمی به صورت سازمان‌یافته یا خودجوش را دربردارد.

شرکت دادن مردم در عدالت کیفری و پیشگیری از بزهکاری، یعنی سیاست جنایی مشارکتی، در واقع، بر اساس همبستگی جامعه رسمی (دولت) و جامعه غیر رسمی (مردم و انجمنهای مردمی) است. این همبستگی، تراکم‌زدایی از سیستم قضایی و همزمان افزایش کارآیی و تسریع عملکرد این سیستم از طریق محوّل کردن بخشی از وظایف عدالت کیفری به مردم را سبب می‌شود. این امر، افزون بر تقلیل بودجه دادگستری، نهاد قضایی کیفری را مردمی و اجتماعی می‌کند و از پیچیدگیها و ابهام آن در افکار عمومی می‌کاهد. بدین‌سان با حمایت و درک

عمومی و الحاق بیشتر و وسیع تر مردم به آن روبه‌رو می‌گردد (ابرندابادی، ۱۳۷۵، ۲۸۷).
به نظر می‌رسد گرایش به فرایندهای قضازدایی، جرم‌زدایی یا کیف‌زدایی، از ویژگی‌های دولتهای مردم‌محور بوده و سیاست کلان توسعه‌آزادیها، کاهش حاکمیت دولت و تقویت مشارکتهای مردمی را منعکس می‌سازد. در مقابل، جرم‌انگاریهای افراطی، تعیین تکلیف مداوم برای شهروندان و استفاده مطلق از کیف‌درمانی برای کنترل نابهنجاریها، نشان‌دهنده رویکرد امنیتی و اقتدارگرایانه موجود در یک نظام سیاسی بسته و زورمدار است.

در نوشتار حاضر به سنجش فرایندهای قضازدایی و جرم‌زدایی با برخی بایسته‌های قانون اساسی و حقوق اداری می‌پردازیم:

۱. بایسته‌های قانون اساسی در امر قضا

نگاه قانون اساسی به مقوله دادگستری و اختیارات و اجزای آن چیست؟ اصول مربوط و مطالب لازم را به اختصار به شرح زیر بیان می‌کنیم:

الف) بیان اصول مربوط

قانون اساسی، قوه قضائیه را عهده‌دار وظایف رسیدگی و صدور حکم درباره تظلمات، شکایات، حلّ و فصل دعاوی و نیز احیای حقوق عامه می‌داند (اصل ۱۵۶ قانون اساسی)، دادگستری را مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات، به شمار می‌آورد (اصل ۱۵۹ قانون اساسی) و سازمان قضایی کشور را متشکل از دادگاههای دادگستری - به عنوان مرجع رسمی و عام - و نیز دادگاههای نظامی (اصل ۱۷۲ قانون اساسی) و دیوان عدالت اداری (اصل ۱۷۳ قانون اساسی) را به عنوان دادگاههای اختصاصی می‌داند.

ب) مفهوم مرجعیت رسمی دادگاهها در رسیدگی به دعاوی

محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی به چه معناست؟ به نظر می‌رسد این امر در مفهوم صلاحیت عام و وسیع دادگاههای دادگستری در برابر اختیارات و صلاحیتهای محدود و خاص دو مرجع اختصاصی قضایی، یعنی دیوان عدالت اداری و دادگاههای نظامی می‌باشد؛ بنابراین، در صورت عدم صراحت در تعیین مصادیق

اختیارات مراجع اختصاصی دوگانه و یا تردید در تعیین مرجع صلاحیتدار، اصل بر صلاحیت عام دادگاههای دادگستری است. تمرکز رسیدگیها در دادگستری، بدان پایه است که بنا بر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور (رأی وحدت رویه ۱۳۶۷/۱۰/۲۰-۵۰۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)، مصوبه هیئت وزیران نیز نمی تواند رسیدگی به اختلافات میان دستگاههای اجرایی را از دستگاه قضایی سلب کرده، آن را به نهادهای حقوقی قوه مجریه تفویض کند.

اصل محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی، در اندیشه حاکم بر قانون اساسی مشروطیت ریشه دارد. طبق قانون یادشده، «دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه، مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند» (اصل ۷۱ متمم قانون اساسی مشروطیت). با شرحی که خواهیم داد، انحراف تدریجی مجلس شورای ملی از این اصل، واکنش حقوقدانان را برانگیخت.

۲. قضاودایی

معنای قضاودایی چیست؟ مطلق است یا نسبی؟ آیا حتی در صورت نسبی بودن، دارای وجهت و منطلق حقوقی است؟ آیا قانون اساسی، محدودیتهایی را برای این فرایند مقرر می دارد؟ تأثیر قضاودایی بر حقوق اداری چیست؟ در ذیل، مطالبی را در این باره بیان می کنیم:

الف) مفهوم قضاودایی

قضاودایی، راهکاری فنی برای کاستن از تراکم دعاوی در مراجع رسمی دادگستری و قطعاً نسبی است. نسبت راهکار یادشده، امری بدیهی و منطقی است؛ زیرا قضاودایی مطلق در مفهوم تعطیل نهاد دادرسی و دادگستری و حذف وظیفه اساسی قضاوت در مفهوم خاص آن، در زمره وظایف حکومت است (اصل ۱۵۶ قانون اساسی)؛ بدین ترتیب، به هیچ بهانه ای نمی توان تمام اختیارات و اقتدارات قانونی را برای تأمین عدالت قضایی از دولت سلب کرد.

با تحقیق در منشأ اصطلاح قضاودایی، معلوم می شود که واژه انگلیسی «diversion»

از سوی حقوقدانان ایرانی به «قضازدایی» برگردانده شده است، در حالی که واژه یادشده در ادبیات حقوقی انگلستان، به معنای «انحراف» است و مراد از آن، مجموعه راهکارهایی است که برای خروج پرونده از مسیر اصلی و معمول آن و سوق دادن آن به سمت دیگر روشهای حل و فصل قضیه مورد استفاده قرار می‌گیرد. از این رو، معلوم می‌شود که اصطلاح «قضازدایی» در مفهوم فنی، حقوقی و قضایی آن به کار نرفته، بلکه نوعی تسامح در تعبیر است. به نظر می‌رسد عبارت «تمرکززدایی از رسیدگیهای قضایی» بهتر می‌تواند مفهوم ذاتی اصطلاح یادشده را منعکس سازد.

ب) قضازدایی در عمل

حال باید دید، آیا قضازدایی در عمل، اجراشدنی است یا نه؟ از نظر ما کارکرد اصلی قضازدایی، تفویض برخی وظایف دستگاه رسمی قضایی به نهادهای خارج از این دستگاه است. با این حال، تحقق این فرایند در عمل حتی به صورت نسبی نیز متصور نیست؛ زیرا:

۱. چنانچه در راستای این اندیشه، رسیدگی به بخشی از دعاوی را به نهادهای مردمی یا شبه قضایی از قبیل شورای حل اختلاف یا سازمانهای غیر دولتی^۱ واگذار کنیم، به رغم تفاوت صوری و ساختاری این مراجع با سازمان قضایی عام، ماهیت قضاوت، حل و فصل دعوا و فیصله امور که جزء مفاهیم ذاتی هر نوع دادرسی است، در کارکرد آنها وجود دارد؛ به دیگر سخن، قضازدایی از نظر شکلی، تحقق یافته است، لکن کارکرد ماهوی امر دادرسی هنوز وجود دارد و بر خلاف مفهوم لغوی برداشتی از «قضازدایی»، نوعی قضازدایی برای نهادهای خارج از سازمان قضایی عام به وجود می‌آید.

۲. اگر در نتیجه اجرای اندیشه قضازدایی، رسیدگی به برخی دعاوی به مراجع غیر قضایی، نظیر دادگاهها و مراجع اداری-اجرایی ارجاع شود، از آنجا که طبق صلاحیتهای قانونی دیوان عدالت اداری (اصل ۱۷۳ قانون اساسی) و نیز اصول دادرسی

منصفانه، رسیدگی شکلی دیوان به آرای قطعی یا قطعی شده آن مراجع، امکان‌پذیر است. از سوی دیگر، در کشور ما دیوان عدالت اداری، بخشی از سازمان قضایی است (قسمت اخیر اصل ۱۷۳ قانون اساسی)؛ در نتیجه، حتی در صورت تفویض رسیدگیها به مراجع اداری و اجرایی به دلیل صلاحیت یک مرجع عالی قضایی اداری در کنترل نهایی آرای صادره از آن مراجع، مفهوم ماهوی قضازدایی محقق نمی‌شود، بلکه صرفاً بخش دیگری از دستگاه قضایی، عهده‌دار رسیدگی نهایی به آنها می‌شود. به دیگر سخن، در سطوح بدوی و تجدید نظر (رسیدگی دادگاهها و مراجع اداری)، قضازدایی به طور شکلی، تحقق می‌پذیرد، ولی بعد ماهوی آن به چشم نمی‌خورد، لکن در سطح فرجام‌خواهی (رسیدگی شکلی در دیوان) ابعاد شکلی و ماهوی دادرسی به نحو توأمان وجود دارد.

ج) قضازدایی و قانون اساسی

سیاست کلان دستگاههای قضایی و قانونگذاری در روی آوردن به فرایند قضازدایی، ممکن است انعکاس ظنین اصلاحات مدنی در حوزه دادگستری به شمار آید. به طور کلی، در نظامهای دموکراتیک، کنترل قضایی و امنیتی شهروندان و زندگی آنان در سطح پایینی قرار دارد و اصل بر اباحه و آزادی اعمال و اندیشه‌های آنهاست، مگر آنکه قانونگذار بنا بر مصلحتهای برتر با اطلاع قبلی و تحت شرایط خاص، به ممنوعیت و تعقیب برخی اعمال پردازد. چنان که قضازدایی با ارجاع رسیدگیهای قضایی به نهادهای مردمی یا سازمانهای غیر دولتی صورت پذیرد، گامی به سوی تقویت مشارکتهای عمومی، رشد کرامت انسانی شهروندان و اقدامی به منظور حاکم کردن آنها بر سرنوشت خویش (در حوزه عدالت قضایی) (اصل ۵۶ قانون اساسی) به شمار می‌رود. بعلاوه، فرایند مذکور، سیاست کاهش بخش حاکمیت دولت و در نتیجه، خلاصی بخشیدن دستگاه قضایی از درگیر شدن با انبوه دعاوی را به دنبال دارد؛ امری که تا کنون به دخالت وسیع دولت در ابعاد زندگی مردم انجامیده است.

قانون اساسی جمهوری اسلامی به تبعیت از اندیشه حاکم بر قانون اساسی

مشروطیت، دادگاههای عمومی دادگستری را مرجع رسیدگی به تظلمات می‌داند (اصل ۱۵۹ قانون اساسی). از آنجا که نتیجه مستقیم فرایند قضازدایی، تحت‌الشعاع قرار گرفتن دادگستری و تقویت دادرسی اداری و غیر قضایی است، تجربه‌های پیشین در این باره، ممکن است برای برخی چالشهای فرایند مذکور راهگشا باشد.

در دوره مشروطه با وجود تصریح قانون اساسی به محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی، مقتضیات عمل اداره،^۱ ضرورت رسیدگی سریع به برخی امور و احتمالاً مداخله دولتمردان و تعرض به استقلال دستگاه قضایی، موجب شد تا گرایش به دادگاههای اداری و اختصاصی توجیه و عملی گردد.

اعتراض اندیشمندان به این انحراف و سوء استفاده از اختیارات در مراجع اختصاصی ایجادشده، نظیر دیوان دادرسی دارایی، باعث شد تا مجلس شورای ملی با تصویب قانون حذف محاکم اختصاصی مصوب ۱۳۳۷، دوباره رسیدگی به تمام دعاوی را در دادگستری متمرکز سازد^۲ (ر.ک: زرنگ، ۱۳۸۱، ۴۴۸). با توجه به تأکید قانون اساسی فعلی بر مرجعیت دادگستری، ضروری است با احتیاط با قضازدایی و نتایج آن برخورد کنیم.

واکنش منفی شورای نگهبان به تفویض صلاحیتهای قضایی به برخی نهادهای خارج از دستگاه قضایی، نظیر دیوان محاسبات کشور (نظریه مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۲۹ شورای نگهبان) و مرجع تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع ماده ۵۶ قانون جنگلها و مراتع (نظریه مورخ ۱۳۶۶/۹/۲۶ شورای نگهبان)، به استناد اصل ۱۵۶ و ۱۵۹ قانون اساسی، بیانگر حساسیت این مرجع در برابر تعرض به قاعده محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی است.^۳

۱. Administration.

۲. اصلاح انحراف از اصل محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی، جزء مطالبات نمایندگان مردم در مجلس و نیز در زمره برنامه‌های دولت فروغی پس از خروج رضاشاه از کشور بوده است.

۳. تأیید قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ از سوی شورای نگهبان، نشان‌دهنده تحول در مواضع این شورا است؛ زیرا قانون یادشده برخی از دعاوی را از شمول محاکم تعزیرات حکومتی (که این محاکم با مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام به وجود آمده و دارای صلاحیتهای قضایی است) خارج کرده و به مجامع صنفی تفویض کرده است.

پرداختن به یکی از مصادیق اندیشه قضازدایی، یعنی شورای حل اختلاف، و ارزیابی آن از منظر قانون اساسی ممکن است بخشی از دغدغه‌های ما را آشکار سازد. این مرجع و مراجع احتمالی دیگر که با هدف گسترش مشارکتهای مردمی و شاید در اجرای نوعی اصلاحات مدنی در حوزه قضایی ایجاد شده‌اند یا دادگاه‌اند یا مرجع اداری. موضوع رویه قضایی و نیز نقش دولت در انتصاب اعضای آن و نیز حضور یک قاضی منصوب در ترکیب مربوط، بیانگر تمایل به دادگاه دانستن آن است. به نظر می‌رسد از آنجا که اصولاً دادگاه در نگرش فقهی و حقوقی در کشور ما، بر حضور صرف یک یا چند قاضی - به تناسب سطح دادگاه بدوی و تجدید نظر - مبتنی است و اساساً امر قضا یک امر حاکمیتی تفویض شدنی به مردم نیست و تقسیم وظیفه دادرسی با آنان نیز امکان ندارد، دادگاه دانستن مراجعی از قبیل شورای حل اختلاف با وجود حضور و تأثیر اعضای غیر حرفه‌ای در فرایند تصمیم‌گیریها - ولو در صورت انشای رأی از سوی قاضی رسمی - محلّ تأمل است. این نظر با منطق قانون اساسی نیز همسویی دارد؛ زیرا مشارکت شهروندان در فرایند دادرسیها، تنها در خصوص جرائم سیاسی و مطبوعاتی و در قالب نقش هیئت منصفه در جریان رسیدگی به جرایم مذکور مجاز شمرده شده است (اصل ۱۶۸ قانون اساسی).

در نتیجه، از آنجا که اصل بر تصدّی صرف یک قاضی حرفه‌ای یا چند قاضی در مراحل تجدید نظر و فرجام است و استثنای آن صرفاً درباره جرائم سیاسی و مطبوعاتی مصداق دارد، از نظر قواعد اصولی باید به استثنا و قدر متیقن آن ملتزم بود و خروج از محدوده آن را مستلزم دلیلی روشن دانست، آن هم در همان قانونی که اصل و استثنا را مقرر داشته است. پس مادامی که وضعیّت حاکم بر قانون اساسی ایران اصلاح نشود، ایجاد محاکم دیگری با کارکرد قضایی در قالب مشارکت شهروندان محلّ تأمل است؛ بنابراین، ملاحظه می‌شود که کارکرد یکی از مظاهر اندیشه قضازدایی با منطق قانون اساسی مغایرت دارد.

د) قضازدایی و حقوق اداری

تأثیر اندیشه قضازدایی بر حقوق اداری، کاهش دامنه وظایف و صلاحیتهای

دادگاههای عمومی و اختصاصی قضایی و فربه کردن اختیارات و سازوکارهای اداری-اجرایی است. همچنین قانونگذار در کنار توسعه اختیارات مراجع اداری موجود، می تواند در جریان قضازدایی به تأسیس مراجع غیر قضایی نو با ترکیب و صلاحیتهای تازه پردازد؛ بدین ترتیب، فرایند قضازدایی به نحو ضمنی، تقویت کننده راه حل های سریع با تشریفات اندک در قالب تجویز دادرسیهای اداری در دستگاه اجرایی کشور است.

البته به شرحی که گفته شد، کاستن از وظایف سازمان قضایی مملکت، امری موقت و در حد تزریق یک داروی مسکن به کالبد دردمند آن است؛ چه اینکه دادگاههای دادگستری یا دیوان عدالت اداری، عهده دار رسیدگی تجدید نظری یا فرجامی به دعاوی مطرح شده در بخش اجرایی خواهند بود، مگر آنکه آرای صادره از مراجع و دادگاههای اداری را کاملاً قطعی و فصل الخطاب بدانیم؛ در نتیجه، مراجع قضایی را برای همیشه از رسیدگی مجدد به آنها معاف بدانیم؛ امری که به معنای مقاومت در برابر اصول دادرسی منصفانه و نقض قانون اساسی در اعطای حق دسترسی به دادگاه (در مفهوم خاص آن) به شهروندان (اصل ۳۴ قانون اساسی) است و حتی مسئولیت دولت در برابر معاهدات بین المللی مربوط^۱ را در پی دارد.

پس از تحقق فرایند قضازدایی و تفویض رسیدگیها به مراجع غیر قضایی، به دلیل موقعیت اداری این مراجع، حتی رأی قطعی آنها وصف «اداری» دارد و نهایتاً چنین آراییی نزد عالی ترین مرجع قضایی اداری، یعنی دیوان عدالت اداری، قابل فرجام خواهی است؛ بنابراین، به موازات کاهش اختیارات و کارکردهای مراجع قضایی به واسطه فرایند قضازدایی، صلاحیتهای و اختیارات مراجع اداری و به تبع آن، اقتدارات عالی ترین مرجع قضایی اداری افزایش می یابد.

پرداختن به فرایند قضازدایی و تقویت بخش دادرسی اداری، مستلزم رعایت ظرافتهایی است که بر مبنای آنها میان اصل محوریت دادگاههای دادگستری در رسیدگی به دعاوی و مقتضیات اداره و نیز امتیازات دادرسی اداری تعادل ایجاد

۱. برای مثال، میثاق جهانی حقوق مدنی-سیاسی مصوب ۱۳۵۴ مجلس شورای ملی.

شود. چنانچه به هر دلیل توان دستگاههای اداری در انجام دادن وظایف محوله تردید شود، صلاحیت عام و جامع دادگستری امری بدیهی به نظر می‌رسد.

۳. جرم‌زدایی

جرم‌زدایی چیست؟ جرم‌زدایی در حقوق اساسی چه جایگاهی دارد؟ آیا فرایند جرم‌زدایی بر ساختار و صلاحیتهای مراجع اداری تأثیری می‌نهد؟ در ادامه به بیان نسبت میان این مفهوم با قضازدایی، قانون اساسی و حقوق اداری می‌پردازیم.

الف) مفهوم جرم‌زدایی و انواع آن

«جرم‌زدایی»^۱ یکی از اهرمها و سازوکارهایی است که از سوی قانونگذار مورد استفاده قرار گرفته و به واسطه آن، عناوین مجرمانه از جرائم سلب می‌گردد. در برخی تألیفات حقوقی، ماهیت و کارکرد این پدیده، چنین شرح داده شده است:

جرم‌زدایی، در معنای دقیق کلمه، یعنی زدودن برچسب و عنوان مجرمانه از یک عمل یا رفتار. جرم‌زدایی در بعضی دوره‌ها در ارتباط با جرائم اخلاق و عفت عمومی، مذهب و امور سیاسی مطرح شده است. در عصر حاضر، مسئله جرم‌زدایی از آغاز سالهای ۱۹۶۰ م. به صورت بحث روز درآمده است. این مسئله ابتدا با هدف تورم‌زدایی کیفری، یعنی تعدیل عناوین مجرمانه یا تعداد جرائم در قانون جزا مطرح شده است. مقررات اداری، بهداشتی، اقتصادی و مالیاتی زیادی وجود دارد که نقض آنها دارای ضمانت اجرای کیفری است. این امر، خود، یک «جرم‌نگاری» یعنی وضع جرائم جدید، از نوع افراطی است. تقریباً همه جرم‌شناسان معتقدند که مرتکبین این جرائم نباید به عنوان مجرم تلقی شده و با آنان به صورت یک مجرم رفتار شود. نتیجه این تورم کیفری (فزونی بیش از حد جرائم در قانون) ایجاد یک حالت بی‌هنجاری است. در این صورت، هیچ کس با اطمینان نمی‌داند چه امری، مجاز و چه امری، در قانون منع شده است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷، ۷۶).

ضمن تبیین جرم‌زدایی، می‌توان انواعی از آن را چنین برشمرد:

جرم‌زدایی شامل فرایندهایی است که از طریق آنها صلاحیت نظام کیفری برای اعمال ضمانت اجراها به عنوان واکنش نسبت به بعضی از رفتارها، یعنی رفتارهای مجرمانه خاصی، سلب می‌شود. این عمل ممکن است به وسیله قانونگذاری یا روشی که به موجب آن، قوه قضاییه قانون را تفسیر می‌کند، انجام گیرد. توجه خاص ما به جرم‌زدایی، به عنوان یک فرایند تقنینی یا قانونگذاری است. جرم‌زدایی در مفهوم مضیق آن، گاهی به «جرم‌زدایی رسمی» نیز توصیف شده است. اصطلاح اخیر را هنگامی به کار می‌بریم که می‌خواهیم جرم‌زدایی به مفهوم مضیق را با «جرم‌زدایی عملی» یا بالفعل مقایسه کنیم.

مقصود ما از جرم‌زدایی عملی، پدیده «تدریجی» کاهش فعالیت‌های سیستم عدالت کیفری در قبال برخی رفتارها یا بعضی اوضاع است؛ هرچند که رسماً و قانوناً در صلاحیت آن سیستم، تغییری حاصل نشده باشد. این فرایند در هر دو سیستم تعقیب کیفری واقع می‌شود؛ یعنی: سیستم «مناسب داشتن» و سیستم «قانون بودن». این فرایند در ارتباط با جرائم اصطلاحاً «بدون قربانی» واقع می‌شود یا نسبت به جرائمی که اساس آنها در اعتقادات سنتی قرار دارد، اما با تفکرات مدرن در چالش بوده است، به ویژه در قبال جرائم اقتصادی خفیف و جرائم ناشی از نقض مقررات راهنمایی و رانندگی.

جرم‌زدایی عملی به صور مختلف تحقق می‌یابد: ابتدا با تغییرات در رفتار اشخاصی که مستقیماً ذی‌نفع‌اند، تا بدانجا که از گزارش و افشای عمل مجرمانه به پلیس خودداری می‌کنند. دوم به علت احتیاط (مصلحت‌اندیشی) پلیس در عدم تعقیب بعضی پرونده‌ها یا ارجاع آنها به سایر سیستم‌های اجتماعی است...؛ بنابراین، مفهوم جرم‌زدایی عملی در سطح وسیعی، مفهوم انحراف از سیستم عدالت کیفری را شامل می‌شود. فرایند جرم‌زدایی ممکن است به یک عمل جرم‌زدایی کلی رسمی (قانونی) منجر شود (مهرا، ۱۳۷۷، ۳۰۱).

ب) نسبت جرم‌زدایی و قضازدایی

فرایند جرم‌زدایی الزاماً به قضازدایی نمی‌انجامد؛ زیرا صرف نظر از نقش نهادهای

اداری و نهایتاً دخالت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به تخلفاتی که در نتیجه جرم‌زدایی، جایگزین جرائم گردیده‌اند، احتمال صلاحیت قانونی دادگاههای دادگستری در رسیدگی بدوی به تخلفات یادشده یا تجدید نظر، تحقق عملی آرمان قضا‌زدایی را منتفی می‌سازد؛ برای مثال، در صورت سلب عنوان مجرمانه از جرائم تصرف اراضی دولت در شهرها و ارجاع رسیدگی به آنها به کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، پس از صدور رأی کمیسیون مذکور، در صورت اعتراض شخص ذی‌نفع، دادگاه دادگستری برای رسیدگی صلاحیت دارد؛ زیرا قانون یادشده، تجدید نظر درباره آرای کمیسیون یادشده را به دادگاه دادگستری سپرده است (ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶).^۱ اگر قانونگذار رابطه میان این کمیسیون و دادگستری را با تصویب قانون مغایر قطع کند، در اجرای اصل حاکمیت قانون که به استناد آن، آرای صادره از مراجع اداری الزاماً باید مشمول نظارت دستگاه قضایی اعم از دادگاههای دادگستری و دیوان عدالت اداری باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۴، ۴۲۵؛ محمودی، ۱۳۸۰، ۷۴)، رأی کمیسیون یادشده در دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی مجدد قرار می‌گیرد.

همچنین در صورت تغییر ماهیت جرائم به تخلفات یا عناوین حقوقی، صلاحیت دادگاهها در رسیدگی حقوقی به آنها محرز است؛ برای مثال، در راستای جرم‌زدایی از برخی عناوین مجرمانه قانون چک، آن جرائم، ماهیت حقوقی یافته و رسیدگی بدوی به آنها به محاکم حقوقی واگذار گردیده است (ماده ۱۳ قانون اصلاحی قانون چک مصوب ۱۳۸۰)^۲ قضا‌زدایی در خصوص دعاوی حقوقی بدون هیچ پیش‌شرطی ممکن است، اما تحقق آن در حوزه جرائم، مسبق به آن است که ابتدا به واسطه فرایند

۱. به طور کلی، آرای صادره از برخی مراجع و دادگاههای اداری در دادگاههای دادگستری، قابل تجدید نظر است؛ بنابراین، اگرچه در اجرای قضا‌زدایی ممکن است رسیدگی به برخی دعاوی از دادگستری خارج شده و به بخش اجرایی سپرده شود، رابطه تجدید نظری برخی مراجع اداری با دادگستری در عمل به قضا‌زدایی معکوس می‌انجامد و اهداف فرایند قضا‌زدایی را زیر سؤال می‌برد، مگر آنکه در راستای آن فرایند، رابطه یادشده قطع شود.

۲. این دیدگاه با توجه به قوانین داخلی ایران مطرح گردیده است، در حالی که برخی حقوقدانان جرم‌زدایی را نوعی از قضا‌زدایی دانسته‌اند (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵، ۷۷).

جرم‌زدایی، عناوین مجرمانه از جرائم مربوط سلب گردد، آنگاه به مدد قضا‌زدایی، رسیدگی به تخلفات جایگزین آن عناوین را در صلاحیت نهادها و مراجع اداری دانست؛ در نتیجه، قضا‌زدایی از دعوای کیفری، بدون تحقق جرم‌زدایی حاصل نمی‌گردد؛ زیرا رسیدگی به عناوین مجرمانه باید صرفاً از طریق دادگاه - در مفهوم دادگستری - صورت پذیرد (اصل ۳۶ قانون اساسی) و نمی‌توان رسیدگی به عناوین مذکور را رأساً به مراجع غیر قضایی واگذار کرد.

سخن یادشده، بنیانهای انتقادی را استوار می‌سازد که بر مبنای آن، ارجاع رسیدگی به برخی دعوای کیفری به شورای حل اختلاف، بدون جرم‌زدایی قبلی از عناوین مربوط زیر سؤال می‌رود؛ زیرا قضا‌زدایی از برخی جرائم و تفویض اختیار رسیدگی به آنها به آن شورا که ماهیت قضایی آن مورد تردید بوده و بیشتر جنبه غیر قضایی دارد، در تضاد با اصل ۳۶ قانون اساسی است (برای آشنایی بیشتر با چالشهای حقوقی شورای حل اختلاف، ر.ک: خالقی، ۱۳۸۲، ۲۴۴). به استناد این اصل که می‌گوید: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح ... باشد» عبارت «دادگاه صالح» نیز در دادگاه دادگستری ظهور دارد و منصرف از مراجعی نظیر شورای حل اختلاف است.^۱

از سوی دیگر، با توجه به صلاحیت عام دادگاههای دادگستری، اصولاً صلاحیت رسیدگی به عناوین حقوقی زائیده فرایند جرم‌زدایی، با دادگاههای مذکور است، مگر آنکه قانونگذار صراحتاً رسیدگی به آنها را به مراجع اداری تفویض کند؛ بنابراین، جرم‌زدایی راهکاری درون‌سازمانی در کالبد دستگاه قضایی بوده که نهایتاً به تغییر ماهیت از عنوان مجرمانه به عنوانی حقوقی - اعم از دعوای مدنی یا تخلف اداری - منجر می‌شود، در حالی که قضا‌زدایی، سازوکاری برای انتقال دعوای مطرح‌شده از دستگاه قضایی به مراجع اداری است.

۱. سیاست جنایی، ذاتاً دولتی و اعمال حق مجازات از وظایف عمده دولت و حاکمیت ملی است (همان، ۲۸۷). این انتقاد درباره رویه قانونگذار در قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ نیز صادق است؛ زیرا قانونگذار بدون جرم‌زدایی از عناوین مجرمانه داخل در صلاحیت محاکم تعزیرات حکومتی، رسیدگی به آنها را به مجامع صنفی ارجاع داده است.

ج) جرم‌زدایی و قانون اساسی

رویکرد کلی جرم‌زدایی، افزایش حقوق و آزادیهای عمومی است و فضای سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی نسبتاً بازتری را فراروی شهروندان می‌گشاید. همچنین از آنجا که جرم‌انگاری صرفاً به استناد قانون صورت می‌پذیرد (اصل ۳۸ قانون اساسی)، قانونگذار حسب مقتضیات جامعه می‌تواند از عناوین مجرمانه، جرم‌زدایی کند. البته این فرایند، نسبی است؛ هم از لحاظ جرائم عرفی که به اقتضای نظم اجتماع، نمی‌توان تمام عناوین مجرمانه را از آنها سلب کرد و هم از لحاظ محدودیت عمل قانونگذار در جرم‌زدایی از فعل و ترک فعلهایی که منشأ جرم‌انگاری آنها بایسته‌ها و دستورات مذهبی است؛ به دیگر سخن، اصولاً قانونگذار در ایران نمی‌تواند وصف مجرمانه را از جرائم الهی^۱ زائل کند، مگر آنکه به صورت موقت و استثنایی به استناد تغییر اوضاع یا مصالح جامعه به این عمل اقدام کند.

در نظام حقوقی جاری کشور، تعیین مصلحت در صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام است (اصل ۱۱۲ قانون اساسی)، اما به دلیل محوریت مجلس شورای اسلامی در تعیین حقوق و تکالیف (اصل ۷۱ قانون اساسی) و از جمله فرایند جرم‌انگاری، نمی‌توان جرم‌زدایی از عناوین مجرمانه را به مجمع تفویض کرد.^۲ عفو عمومی مجرمان به استناد قانون مصوب پارلمان در عمل می‌تواند وصف مجرمانه اقدامات ارتكابی از سوی آنها را حسب اوضاع یا ضرورت مصالح برتر نظیر پایان دادن به ناامنی و بی‌اعتمادی، به ویژه پس از دگرگونیهای عمیق و همه‌جانبه سیاسی و اجتماعی، سلب کند و به نوعی، جرم‌زدایی رسمی به شمار رود. در مقابل، تقویت روحیه گذشت، تساهل و تحمّل در میان مردم از راه آموزشهای عمومی و تسهیل فعالیت احزاب و نهادهای مدنی به منظور تعدیل اقتدارات دولتی، جزو فرایندهای جرم‌زدایی عملی به شمار می‌رود.

۱. جرائم الهی، جرائم دارای جنبه حق الهی است که حدود و قصاص را شامل می‌شود. این جرائم تقریباً جزء ثابت شریعت و لایتنغیر است؛ اگرچه به نظر برخی، در شرایط خاصی تعلیق پذیراند.
۲. در برخی تألیفات، مجمع تشخیص مصلحت نظام مرجع تغییر سیاست جنایی اسلام دانسته شده است (ر.ک: خالصی، ۱۳۸۳، ۴۵).

د) جرم‌زدایی و حقوق اداری

فرایند جرم‌زدایی به طور مستقیم بر حقوق اداری و دامنه اختیارات اداره عمومی تأثیری نمی‌گذارد، مگر آنکه بعد از تحقق آن به واسطه اجرای روند قضازدایی، رسیدگی به تخلفات جایگزین جرائم به خارج از محدوده صلاحیتهای دادگستری عمومی ارجاع شود؛ بنابراین، توسعه فرایند جرم‌زدایی به طور غیر مستقیم به گسترش حوزه اقتدارات اداره و رشد دادرسی اداری می‌انجامد. در مقابل، در برخی دیدگاهها ضرورت پیروی حقوق اداری از فرایند جرم‌زدایی به چشم می‌خورد؛ بدین معنا که توسعه جرم‌زدایی، الزاماً به گسترش محدوده دادرسی اداری نمی‌انجامد، بلکه برعکس، تحقق جرم‌زدایی به توقف تعقیب اداری منجر می‌شود:

اگر رفتاری که از آن جرم‌زدایی شده است، به نحوی توسط حقوق اداری محدود یا ممنوع شود، با معنای جرم‌زدایی هماهنگ نخواهد بود و مغایر با آن است. حقوق اداری موجود باید در پرتو انگیزه‌هایی که به جرم‌زدایی منجر شده است، تفسیر شود و دعاوی حقوقی علیه یک نوع رفتاری که از آن جرم‌زدایی شده، ممکن است دیگر بر اساس این استدلال که [آن] رفتار غیر قانونی یا شنیع است، قرار نگیرد.

اگر جرم‌زدایی مستلزم شناسایی کامل یک نوع رفتار... نباشد، اثر قانونی بر حقوق اداری و حقوق مدنی مهم‌تر خواهد بود. با این حال، قانونگذاران، مسئولان اداری و دادگاهها باید اطمینان حاصل کنند که قانون و اجرای آن، اهدافی را که باعث جرم‌زدایی شده است، نادیده نمی‌گیرند (مهر، ۱۳۷۷، ۳۰۵).

احتمالاً اندیشه یادشده، از بحث «قلمرو کیفری»^۱ متأثر است. قلمرو کیفری دربرگیرنده این معناست که کلیه تضمینات و اصول دادرسی منصفانه لازم‌الاجرا در دعاوی کیفری، باید به رسیدگیها و مجازاتهای اداری تسری یابد؛ در نتیجه، در صورت تحقق جرم‌زدایی و سلب عنوان مجرمانه از یک جرم، فعال شدن دادگاههای حقوقی و مراجع اداری برای رسیدگی به وصف اداری یا حقوقی آن

۱. «Criminal matters».

برای آشنایی با مفهوم قلمرو کیفری، ر.ک: مباحثی در علوم جنایی (مجموعه تقریرات دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی)، ۱۱۱۴.

جرم منتفی است. این دیدگاه، تعقیب اداری شهروند را پس از جرم‌زدایی از عمل ارتكابی او غیر موجه می‌شمارد. با این حال، از آنجا که طبق نگرش حاکم بر قوانین داخلی ایران، امکان تعقیب همزمان و جداگانه افراد به دلیل ارتكاب تخلفات اداری با وصف مجرمانه وجود دارد^۱ (امری که بر خلاف اصول دادرسی و مغایر با قاعده منع مجازات مضاعف^۲ است) ویژگی تسری آثار و تبعات جرم‌زدایی به عملکرد مراجع اداری با موانعی روبه‌رو می‌باشد.

نتیجه

مشکلات فراروی دستگاه قضایی کشور و اعتقاد به ضرورت رسیدگی سریع با تشریفات اندک، اولیای امور را بر آن داشته که راهکارهایی نظیر قضا‌زدایی برای کاستن از تراکم دعاوی در سازمان قضایی عام (دادگاههای دادگستری) یا شیوه‌هایی نظیر جرم‌زدایی را پیش رو قرار دهند. برای آنکه تجربه دوره مشروطیت در ایجاد مراجع دادرسی اختصاصی و سپس انحلال آنها را تکرار نکنیم، باید ضمن احترام به اصل محوریت دادگستری در رسیدگی به دعاوی و تظلمات، قضا‌زدایی را با ایجاد انضباط در فرایند دادرسی اداری توأم کرد تا حقوق و آزادیهای شهروندان در مراحل این نوع از رسیدگیها محفوظ بماند. همچنین باید هر نوع قضا‌زدایی در خصوص جرائم را به تحقق جرم‌زدایی از آنها موكول کرد. در غیر این صورت، آسیبهای جریان قضا‌زدایی در عصر مشروطه دامن گیر قضا‌زدایی کنونی می‌شود و چه‌بسا شاهد سیر قهقرایی سیاستهای کلان قضایی و بازگشت دوباره تمام دعاوی به دادگاههای دادگستری باشیم.

۱. برای مثال، ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷ مقرر می‌دارد: «هرگاه تخلف کارمند، عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف رسیدگی و رأی قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هرگونه تصمیم قضایی مانع از اجرای مجازاتهای اداری نخواهد بود...».

کتاب‌شناسی

- آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
- خالصی، محسن، «سیاست جنایی در پرتو قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، زمستان ۱۳۸۳.
- خالقی، علی، «شوراهای حل اختلاف، گامی بلند ولی متزلزل»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
- زرنگ، محمد، تحول نظام قضایی ایران (از مشروطه تا سقوط رضاشاه)، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۱.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، سمت، ۱۳۷۴.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون اصلاحی قانون چک، ۱۳۸۰.
- قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۲/۹/۷.
- قانون زمین شهری، ۱۳۶۶.
- مباحثی در علوم جنایی (مجموعه تقریرات دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی).
- متمم قانون اساسی مشروطیت.
- محمودی، جواد، «بررسی تحلیلی نظارت قضایی بر اداره در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۰.
- مهرا، نسرین، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضازدایی»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.

رویکرد نوین حقوق انگلستان به

بزهکاری اطفال

□ امیر پاک‌نهاد^۱

□ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

در سال ۱۹۹۸ قانونگذار انگلستان با حذف اماره قابل رد عدم رشد درباره اطفال ده تا چهارده سال، عملاً این گروه را به صورت کلی، واجد مسئولیت کیفری دانست. اگرچه ممکن است در وهله نخست، این اقدام ناقض جدی حقوق کودکان به شمار آید، قضاوت در این باره، نیازمند توجه به تغییرات دیگری است که همزمان با این اقدام صورت پذیرفت. همگام با آن، قانونگذار تحولات عمیقی را در نوع واکنشهای اجتماعی که نسبت به بزهکاری اطفال صورت می‌گیرد، پدید آورد که محور این تحولات، توجه به اقدامات اصلاحی-تربیتی و نیز پیشگیری زودرس بود؛ بدین ترتیب، قانونگذار انگلستان به جای آنکه اطفال بزهکار را به حال خود رها کند و منتظر رسیدن آنان به سن مسئولیت کیفری و اعمال واکنشهای سنتی شود، در فرایند رشد و جامعه‌پذیری آنان دخالت کرده، سعی در جلوگیری از ریشه

گرفتن عادات مجرمانه دارد. ابزار این رویکرد، انواع قرارهای معرفی شده در قوانین اخیر است.

کلید واژگان: سنّ مسئولیت کیفری، رشد جزایی، اماره عدم رشد، پیشگیری زودرس، اقدامات اصلاحی-تربیتی، قرارهای کیفری و غیر کیفری.

طرح مسئله

فرایند تحوّل تدریجی رشد جزایی، ممکن است به دو صورت در قوانین کیفری مورد توجه قرار گیرد. رویکرد نخست، در قالب اماره‌های عدم رشد است؛ بدین ترتیب که تا سنین خاصی، اماره غیر قابل ردّ عدم رشد لحاظ شود که خلاف آن قابل اثبات نبوده و طفل را به کلی از مسئولیت مبرّی می‌سازد. درباره اطفال در سنین بالاتر نیز اماره قابل رد عدم رشد وضع شده و در صورتی که رشد جزایی طفل اثبات شود، مسئول شناخته می‌شود. رویکرد دوم، تدریجی کردن نوع و شدت واکنشهایی است که در پاسخ به پدیده مجرمانه اتخاذ می‌شود. با توجه به تدریجی بودن فرایند رشد کیفری، قانونگذار می‌تواند واکنشهایی متفاوت و متناسب با هر مرحله، نسبت به رفتار مجرمانه ارائه کند؛ بدین ترتیب، به جای آنکه اطفال بزهکار در پس مصوئیت ناشی از وجود اماره‌های عدم رشد، از کنترل سیستم قضایی خارج شده و در جامعه به حال خود رها شوند، مورد مداخله زودرس قرار گرفته و اقدامات تربیتی و اصلاحی لازم نسبت به آنها به اجرا درمی‌آید.^۱

در حقوق انگلستان از قرن چهاردهم، رویکرد نخست مدّ نظر قرار گرفت. «اماره

۱. در حال حاضر، در حقوق ایران تدریجی بودن رشد جزایی مدّ نظر قانونگذار قرار نگرفته و به جای آن در ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی از مفهوم «بلوغ شرعی» استفاده شده است که با توجه به آرای فقها مفهومی زیست‌شناختی است، نه مبتنی بر تغییر و تحولات قوه تعقل و تشخیص. در لایحه پیشنهادی از رویکرد دوم (تدریجی کردن نوع و شدت واکنشها) استفاده شده است (مواد ۳۲ و ۳۳). ضروری است به ماده ۳۳ متن اولیه این لایحه اشاره شود که مقرر می‌داشت: در جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص یا حد است، هرگاه در رشد و کمال عقل مرتکب، شبهه وجود داشته باشد، دادگاه وی را به یکی از مجازاتهای مذکور در بند ۲ و ۳ ماده ۳۱ (ماده ۳۳ متن فعلی) محکوم می‌نماید. با توجه به اینکه تهیه‌کنندگان لایحه، تصوّر داشتند که شورای نگهبان تبدیل مجازاتهای حدود و قصاص به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را خلاف شرع خواهد شناخت، ماده ۳۳ به عنوان راهکار آن پیش‌بینی شده بود. در متن فعلی روشن نیست به چه دلیل «جرائمی که در صلاحیت دادگاه کیفری استان است»، جایگزین حدود و قصاص شده است.

عدم رشد^۱ بزرگ‌ترین ابزار تضمین حقوق کودکان در دوران اعمال مجازات‌های سخت و خشن به شمار می‌رفت. این اماره در سالهای اخیر، مورد انتقادات فراوان قرار گرفت و نتیجه آن، حذف اماره قابل ردّ عدم رشد ویژه اطفال ده تا چهارده سال و به جای آن، تمسک به طیف وسیعی از واکنشهای اجتماعی نسبت به بزهکاری اطفال بود. در این مقاله، پس از بررسی اجمالی اماره عدم رشد، به بررسی و تشریح واکنشهایی که در رویکرد نوین حقوق انگلستان پیش‌بینی شده است، می‌پردازیم.

اگرچه در قانون مجازات اسلامی هیچ رویکرد علمی نسبت به بزهکاری اطفال اتخاذ نشده، واکنشهای پیش‌بینی شده در لایحه رسیدگی به جرائم اطفال و نوجوانان که در دست بررسی است - اگرچه غالباً رونویسی از قوانین قبل از انقلاب اسلامی می‌باشند - تحوّل بنیادینی در حقوق کیفری اطفال ایران پدید می‌آورد. با توجه به اینکه لایحه مذکور، مراحل نهایی تصویب را می‌گذراند، در زیرنویسهای این مقاله، به آن اشاراتی شده است. بررسی واکنشهای موجود در سیستم حقوقی انگلستان که حاصل مطالعات گسترده قانونگذار انگلیسی است، ممکن است به عنوان یافته‌های مطالعات تطبیقی، راهگشای قانونگذار ما برای اصلاح قوانین موجود و وضع مقررات مناسب درباره اطفال بزهکار باشد.

اماره‌های عدم رشد؛ مبانی و انتقادات

الف) انواع اماره‌های عدم رشد

تدریجی بودن فرایند رشد جزایی از دیرباز در نظام کامن‌لا مورد توجه واقع شده و بدین ترتیب، اماره‌های دوگانه‌ای در این نظام به وجود آمد. نخستین اماره، «فرض غیرقابل ردّ عدم رشد»^۲ است و مخصوص کودکانی است که در سنین عدم تمیز مطلق قرار دارند. دومین اماره، «فرض قابل ردّ عدم رشد»^۳ است که در مورد کودکانی که دارای تمیز نسبی می‌باشند، اعمال می‌شود. دو گفتار آتی، اختصاص به معرفی این دو اماره دارد.

۱. Doli Incapax.

۲. Irrebuttable presumption of doli incapax.

۳. Rebuttable presumption of doli incapax.

۱. اماره غیر قابل ردّ عدم رشد

نظام کامن‌لا از قرن چهاردهم میلادی، این اصل را که اطفال در سنین پایین، فاقد مسئولیت کیفری‌اند، مورد پذیرش قرار داد. در ابتدا مرزی برای این محدوده سنی وجود نداشت، اما بعدها سن هفت سالگی به عنوان حدّ بالای آن منظور شد؛ بدین ترتیب، اطفال زیر هفت سال، تعقیب کیفری و محاکمه نمی‌شدند. نکته حائز اهمیت آن است که طبق رویه اتخاذ شده در نظام کامن‌لا، نه تنها چنین اطفالی فاقد مسئولیت کیفری بودند، بلکه اصولاً اعمال این گروه جرم به شمار نیامد، به عبارت دیگر، این گروه، فاقد «اهلیت جنایی» بودند. چنین رویه‌ای به اتخاذ تصمیمات غیرمنطقی از سوی برخی دادگاهها منجر گشت که یک نمونه آن، پرونده «والترز علیه لونت»^۱ است. در این پرونده، دادگاه عمل ربایش یک سه‌چرخه از سوی طفل هفت ساله‌ای را سرقت ندانست و به دنبال آن، عمل پدر و مادر طفل را در گرفتن مال ربوده شده نیز مداخله در اموال مسروقه به شمار نیاورد (میرمحمدصادقی، ۱۳۷۸: ۱۵۴-۱۵۵).

ماده ۵۰ قانون اطفال و نوجوانان مصوب ۱۹۳۳ م.، مرز سنی عدم مسئولیت را به هشت سال ارتقا داد و پس از آن، ماده (۱) ۱۶ قانون اطفال و نوجوانان مصوب ۱۹۶۳ م.^۲ این سن را به ده سال رساند (۱۲۱: ۱۹۹۸، Dennis). اشاره قانونگذار به اینکه نمی‌توان طفل را در ارتکاب جرم مقصر شناخت، تلویحاً مبین آن است که بر خلاف رویکرد پیشین، قانونگذار عمل طفل را جرم دانسته است، ولی به علت فقدان مسئولیت کیفری، وی را قابل مؤاخذه نمی‌داند.

۲. اماره قابل رد عدم رشد

همزمان با شکل‌گیری اماره پیشین، اماره دیگری درباره اطفالی با سنین بالاتر پدید آمد. در ابتدا محدوده سنی آن مشخص نشده بود، تا آنکه در قرن هفدهم، چهارده سالگی به عنوان حدّ بالای این اماره پذیرفته شد. حداقل این اماره نیز همان گونه که

۱. Walters v. Lunt.

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «به صورت قطعی فرض می‌شود که هیچ طفل زیر ده سال، در ارتکاب جرم، مقصر شناخته نمی‌شود».

گفتیم، ابتدا هفت سال بود که بعدها به هشت و سپس ده سال ارتقا یافت. به موجب این اماره، اطفال ده تا چهارده ساله فاقد اهلیت جنایی بودند مگر اینکه ثابت می‌شد طفل در زمان ارتکاب جرم خطا بودن عملش را می‌دانسته است. یکی از تعابیری که در مورد این اماره بیان شده است بدین ترتیب است:

“The child is presumed to be doli incapax”

«Doli Incapax» عبارتی لاتین است. «Incapax» در مقابل «Capax» و به معنای «عدم توانایی» است. «Doli» نیز مشتق از واژه لاتین «Dolus» است، به معنای «قصد» می‌باشد. این اصطلاح از نظر لغوی «عدم تحقق قصد مجرمانه در اطفال» را می‌رساند.

این شیوه بیان، چنین مورد انتقاد قرار گرفته است که طفل می‌تواند اعمال خود را همراه با وضعیت ذهنی که دربردارنده «Dolus» (قصد) باشد، انجام دهد، در حالی که لزوماً علم به خطا بودن عملش نداشته باشد (Williams, ۱۹۹۹: ۸۱۵). در حقیقت مفروض در اماره قابل رد عدم رشد، عدم درک و شناخت اطفال نسبت به ماهیت خطا کارانه اعمالشان است و نه فقدان قصد. در هر حال، این مسئله مورد اتفاق همه حقوقدانان است و هیچ یک از نویسندگان از تعبیر «Doli Incapax»، فقدان قصد ارتکاب جرم در اطفال را مدّ نظر قرار نداده‌اند و استفاده از این عبارت تنها به علت معمول بودن آن است.

بزرگ‌ترین مشکل حقوق انگلستان در اعمال این اماره، ابهام در محدوده آن بود. دادگاه عالی در پرونده «J.M. v. Runeckles»^۱ تلاش کرد این ابهامات را رفع کند. در این پرونده، اظهار شد طفل باید بداند عملش «کاملاً خطا» و ماورای صرف شیطنت یا شرارت کودکانه است. در اینجا هیچ رهنمودی در خصوص معیار کاملاً خطا بودن عمل و رابطه آن با درک ممنوعیت قانونی ارائه نشد. برخی اظهار داشته‌اند: «آن چیزی که لازم است طفل از قانون بداند، این است که آیا پلیس وی را به سبب عملش به دادگاه می‌برد یا خیر» (Bevan, ۱۹۸۹: ۵۱۰)؛ بنا بر این عقیده،

۱. [۱۹۸۴] ۷۹ Cr App R۲۵۵.

درک طفل نسبت به انواع مختلف جرائم و ماهیت آنها ضروری نیست. حتی برخی درک طفل نسبت به اصل ممنوعیت قانونی را نیز لازم ندانسته، علم وی به خطا بودن عمل از نظر اخلاقی- را جهت رد اماره کافی می‌دانند.

نکته مهمی که باید به آن توجه داشت، این است که در مورد اعمال شیطنت‌آمیز کودکانه نیز ممکن است طفل نسبت به ماهیت غیراخلاقی برخی از این اعمال علم داشته باشد، اما دادگاه با تعیین معیار علم به «کامل» خطا بودن عمل کوشید میان این دو نوع بیش از اطفال تفکیک قائل شود: جایی که طفل با علم به ممنوعیت اخلاقی عمل، با این تصور که حداکثر با تنبیه پدر و مادر مواجه می‌شود، مرتکب آن رفتار می‌گردد و جایی که طفل درمی‌یابد که عملش با واکنشهایی فراتر از یک تنبیه ساده مواجه می‌شود.

درباره اماره غیرقابل رد عدم رشد ویژه اطفال زیر ده سال، ابهام زیادی وجود ندارد. نظیر این اماره در سایر کشورها نیز وجود دارد و تمام سیستمهای حقوقی متمدن پذیرفته‌اند که اطفال زیر یک سن مشخص، باید به طور مطلق از مسئولیت کیفری مبری باشند. محل بحث، اماره قابل رد عدم رشد است که خاص نظام کامن‌لا بوده و در حال حاضر نیز در برخی از کشورهایی که سیستم حقوقی آنها مبتنی بر این نظام است، وجود دارد.^۱ با توجه به اهمیت این اماره، مباحث بعد را به برخی از مسائل عملی پیرامون این اماره و نیز انتقادات وارد بر آن اختصاص می‌دهیم.

(ب) انتقادات وارد بر اماره قابل رد عدم رشد

در سالهای اخیر، اماره قابل رد عدم رشد در انگلستان مورد انتقاد بسیار قرار گرفت و اگرچه موافقان این اماره با رد دلایل مخالفان بر ادامه وجود آن اصرار داشتند، سرانجام تلاش مخالفان تفوق یافت و قانون جرم و بی‌نظمی مصوب ۱۹۹۸ م.، در ماده ۳۴ صراحتاً این اماره را کنار گذاشت. در این گفتار، با بررسی دلایل مخالفان و پاسخهای ارائه شده، در پی یک جمع‌بندی کلی درباره صحت و سقم این اقدام قانونگذار انگلیسی می‌باشیم. ایرادات و انتقادات وارد شده را در ذیل بررسی می‌کنیم:

۱. کشورهایی نظیر هنگ‌کنگ، استرالیا و....

۱. غیر ضروری بودن اماره قابل ردّ عدم رشد

مهم ترین دلیل ارائه شده در ردّ اماره قابل ردّ عدم رشد، غیر ضروری و غیر کاربردی بودن آن در زمان فعلی است. مخالفان به دو دلیل عمده، این اماره را غیر قابل استفاده می دانند:

یک. رشد سریع تر اطفال در دوران فعلی

برخی مخالفان استدلال می کنند که امروزه رشد اطفال نسبت به زمان شکل گیری اماره سریع تر است. استفان اسکارلت در این باره چنین نظر داده است: بدیهی است که اطفال در سالهای آخر قرن بیستم نسبت به همسالان خود در دوست سال پیش، بهتر آموزش می یابند. یک طفل دوازده ساله در استرالیا به تلویزیون، رادیو و اینترنت دسترسی داشته و نسبت به یک طفل دوازده ساله در سال ۱۷۶۹ م. در انگلستان، فهم بهتری از جهان دارد (Sanders).

این استدلال به دلایل چندی مخدوش است: نخست؛ اثبات نشده است که آموزش اجباری یا دسترسی به رسانه ها رشد ذهنی طفل را سریع تر می کند. رسانه های گروهی، به دلیل افزایش خشونت در کودکان، معرفی و ایجاد الگوهای ضد اجتماعی قهرمان و... مورد انتقاد شدید جرم شناسان قرار دارند؛ به گونه ای که به اعتقاد برخی، این گونه رسانه ها تأثیر منفی در رشد فرد داشته و بدین ترتیب، موجب افزایش ارتکاب جرم شده اند. بعلاوه، رشد جزایی روندی است که آموزش، تنها قسمتی از آن است و به عوامل متعدّد دیگر از جمله رشد شناختی طفل و میزان هوش وی بستگی دارد.

همچنین به فرض که آموزش رسمی و رسانه ها رشد جزایی فرد را سریع تر کند، معمولاً اطفالی که به دادگاه های اطفال آورده می شوند، به این منابع دسترسی کافی نداشته اند. بسیاری از این افراد حتی دوران آموزش ابتدایی را تمام نکرده اند؛ چه رسد به اینکه به اینترنت دسترسی داشته باشند.

دو. حذف مجازات های خشن

برخی دیگر از مخالفان در توجیه غیر ضروری بودن این اماره چنین استدلال می کنند:

در زمان شکل‌گیری این اماره اطفال در معرض مجازات‌هایی شدید و خشن قرار داشتند و مثلاً مجازات مرگ برای اطفال در مورد جرائمی که خفیف‌تر از قتل عمد بود وجود داشت. اما امروزه حقوق جزا بسیار متفاوت است و در مورد بیشتر نوجوانان، تاکید دادگاهها در مورد مجازات‌ها بر پیشگیری از تکرار جرم است (۶: ۱۹۹۷، Consultation Paper...).

در گذشته که غالب مجازات‌ها خشن، شدید و بدون توجه به نیازهای کودکان بود، وضع اماره عدم رشد تضمینی مناسب برای حمایت اطفال در برابر سختگیریهای سیستم دادرسی بود (Elliott & Quinn, ۲۰۰۰: ۲۴۱). اما امروز، رویکرد اصلاحی و حمایتی قانونگذار غالب کشورها، لزوم مداخله زودرس را توجیه می‌کند. در مبحث مربوط به لزوم مداخله زودرس، این استدلال را بیشتر بررسی می‌کنیم.

۲. تبعیض آمیز بودن اماره قابل رد عدم رشد

ایراد دیگر وارد شده به این قاعده، تبعیض آمیز بودن آن بود. برخی اظهار داشتند: وجود این قاعده باعث می‌شود اطفالی که در خانواده‌های محترم رشد یافته‌اند، نسبت به خانواده‌هایی که از نظر اقتصادی و فرهنگی در موقعیت پایین‌تری هستند، در موارد بیشتری مسئول شناخته شوند؛ چرا که احتمال دارد در موارد بیشتری، دادگاهها آنها را نسبت به درک خطا بودن عمل خود مسئول بشناسند؛ در نتیجه، این اصل بین این دو گروه از اطفال تبعیض ایجاد می‌کند (Consultation Paper on the Age...).

پاسخ به این استدلال نیز روشن است. اولاً نباید صرف رشد یافتن طفل در خانواده‌ای با سطح فرهنگی و اقتصادی بالا، دلیل رد اماره به شمار می‌رفت و درباره چنین طفلی نیز باید دلایل کافی برای اثبات رشد ارائه می‌گردید.

ثانیاً اگر رشد جزایی اطفال پرورش یافته در این گونه خانواده‌ها، به طریق صحیح (و نه صرفاً با توجه به محیط خانوادگی آنها) اثبات شده و عملاً این دسته نسبت به اطفال پرورش یافته در محیطهای اقتصادی و فرهنگی نامناسب، در موارد بیشتری محکوم می‌شدند، این را باید تبعیض دانست؟ آیا منصفانه و معقول است، طفل

رشد یافته در محیطی که از ابتدا با بایدها و نبایدهای اجتماعی آشنا شده است، با طفل رشد یافته در محیطهایی که نه تنها از آموزش هنجارهای اجتماعی بی بهره است، بلکه تحت آموزش رفتارهای مجرمانه و ضد اجتماعی نیز قرار می گیرد، برابر بدانیم و با هر دو به یک گونه برخورد کنیم؟

۳. مبهم بودن اماره قابل ردّ عدم رشد

از جمله اشکالات وارد شده به اماره قابل ردّ عدم رشد مبهم بودن آن است. دادستان باید ثابت کند که در زمان ارتکاب جرم، طفل می دانسته که عمل وی «کاملاً خطا» است. «کاملاً خطا» مفهومی مبهم است که نه به معنای «مجرمانه بودن» عمل است و نه به معنای «غیراخلاقی» بودن آن (Johnson: ۴۱).

به نظر نگارنده نیز استفاده از این اصطلاح برای تبیین رشد جزایی چندان مناسب نیست؛ چه اینکه رشد جزایی مفهومی کاملاً پیچیده است که اجزای مختلفی چون علم به ماهیت رفتار، علم به آثار طبیعی عمل و درک آثار اجتماعی آن را شامل می گردد. همچنین این مفهوم به عوامل مختلفی نظیر میزان رشد شناختی فرد، ضریب هوشی وی، میزان برخورد با مسائل اجتماعی و... بستگی دارد و نمی توان آن را در قالب مفهومی چون علم طفل به کاملاً خطا بودن عملش خلاصه کرد. شاید بهترین راه حل قانونگذار انگلستان این بود که از اصطلاح «رشد جزایی» استفاده کرده و با مشخص کردن برخی محدوده های آن، تبیین دقیق تر را به عهده رویه قضایی گذاشته است. البته آشکار است که نظریه های روان شناسان و روان پزشکان می توانست مهم ترین راهنمای قضات در تعیین قلمرو رشد جزایی باشد. در هر حال، مسلم است که صرف ابهام داشتن این مفهوم، دلیل حذف آن نیست.^۱

۱. ماده ۳۵ لایحه پیشنهادی، شبهه در رشد و کمال عقل مرتکب را مطرح کرده و تبصره همین ماده مقرر می دارد: «دادگاه می تواند برای تشخیص رشد و کمال عقل از نظر پزشکی قانونی و یا هر شیوه دیگری که مقتضی بداند، استفاده کند.» به رغم مفید بودن اشاره ماده به کسب نظر کارشناسی، متأسفانه اصطلاح «رشد و کمال عقل» مبهم است و مشخص نیست که شامل چه ارکانی می شود؟ آیا این اصطلاح به درک ماهیت رفتار مجرمانه، تشخیص آثار طبیعی آن، توان درک آثار اجتماعی عمل و یا هر سه مورد اشاره دارد؟

۴. لزوم مداخله زودرس

غالباً گفته می‌شود، کودکان باید نتیجه اعمالشان را ببینند، اما اماره عدم رشد، جلوی آن را می‌گیرد؛ چرا که به آنها کمک می‌کند از مواجه شدن با نتیجه اعمالشان فرار کنند. آقای میکائیل در این باره گفته است:

اگر اطفالی که در سنین مورد بحث (ده تا چهارده سال) قرار دارند، مرتکب جرم شوند، ضروری است جرم آنها شناسایی شده و واکنش مناسب صورت پذیرد. مجازات مناسب و مداخله مؤثر در این مرحله، از تبدیل این اطفال به مجرمان بالغ آینده جلوگیری می‌کند. فرار از مسئولیت، نه به سود اطفال است و نه سیستم عدالت کیفری (House of commons standing committee B (ptV)).

همچنین «گلانوویل ویلیامز» این چنین اماره را به زیر سؤال می‌برد: اماره به صورت سد و مانعی میان کودک و دسترسی او به کمک یا درمان عمل می‌کند. اماره کودک را از زندان، تبعید و چوبه دار نجات نمی‌دهد، بلکه او را از افسر تعلیق مراقبتی، سرپرستان یا مدارس بازپروری محروم می‌کند (دوگلاس، ۱۳۸۳: ۲۰۸).

بهترین توجیه ارائه شده برای حذف اماره، همین مورد است. اصولاً رشد جزایی را به دو صورت می‌توان لحاظ کرد:

الف) در قالب اماره‌های عدم رشد؛

ب) در چارچوب نوع و شدت واکنشهای اجتماعی ارائه شده در پاسخ به پدیده مجرمانه.

با توجه به تدریجی بودن فرایند رشد کیفری، قانونگذار می‌تواند با توجه به مراحل مختلف رشد، واکنشهایی متفاوت و متناسب با هر مرحله را نسبت به رفتار مجرمانه ارائه دهد؛ بدین ترتیب، به جای آنکه اطفال بزهکار در پس مصونیت ناشی از وجود اماره‌های عدم رشد از کنترل سیستم قضایی خارج شده و در جامعه به حال خود رها شوند، مورد مداخله زودرس قرار گرفته و اقدامات تربیتی و اصلاحی لازم نسبت به آنها به اجرا درمی‌آید. اعمال صحیح اقدامات حمایتی و تربیتی، اطفال را از محیطهای جرم‌زا خارج کرده، آنها را با نتیجه اعمالشان روبه‌رو می‌کند و باعث تقویت احساس مسئولیت در آنان می‌شود.

دگرگونیهای بنیادین

در سال ۱۹۹۸ قانونگذار انگلستان اماره قابل رد عدم رشد را حذف کرد. علاوه بر انتقادات مطرح شده، سیاستهای دیگری در حذف این اماره و ایجاد واکنشهای اجتماعی متنوع نسبت به بزهکاری اطفال موثر بود که از آن جمله می‌توان به تغییر رویکرد قانونگذار از اصلاحی-تربیتی به رویکرد مبتنی بر پیشگیری زودرس سخن گفت. اقدامات اصلاحی-تربیتی متمرکز بر طفل بزهکار است؛ از این رو، محیط خانواده و جامعه محلی را در بر نمی‌گیرد، در حالی که اقدامات پیشگیری زودرس علاوه بر مرتکب، به منظور مقابله با عوامل خطر، بخش عمده‌ای از تمرکز و جهت‌گیری خود را به محیط خانواده و جامعه محلی اختصاص می‌دهد؛ از این رو، در قوانین انگلستان، نمونه قرارهایی را می‌بینیم که هیچ‌گونه الزامی را برای طفل بزهکار ایجاد نکرده است، بلکه والدین وی را به انجام برخی اقدامات متعهد و ملزم می‌کند. در این مبحث، ابتدا به اختصار، به بررسی روند شکل‌گیری تغییرات اخیر در حقوق انگلستان و سپس قرارهای موجود در این سیستم می‌پردازیم.

الف) از تغییر دیدگاهها تا تغییر ساختار

۱. رویکرد حمایتی-تربیتی^۱ و رویکرد قضایی-کیفری^۲

قانون اطفال مصوب ۱۹۰۸ م. که دادگاه ویژه اطفال را ایجاد کرد، پایه‌گذار سیستم دادرسی اطفال در انگلستان و ویلز می‌باشد. قانون مذکور به «رویکرد رفاه‌مدار» که از پنجاه سال قبل شکل گرفته بود، شکلی قانونی داد. دادگاه نوجوانان^۳ از ضرورت وجود یک سیستم دادرسی متمایز در خصوص اطفال و نوجوانان نشئت گرفته بود. تشکیل چنین دادگاهی بر این عقیده مبتنی بود که اطفال مرتکب جرم، نیازمند و سزاوار پاسخ‌دهی از طرف آن دسته از مقامات سیستم قضایی هستند که به عدم رشد، حساسیت و عدم آگاهی اطفال از نتایج رفتارشان آشنایند. در طول قرن بیستم

۱. Welfare approach.

۲. Justice approach.

۳. نام این دادگاه «Juvenile court» بود که از سال ۱۹۹۱ م. به «Youth court» تغییر نام داد.

آیینهای دادرسی و قواعد و اختیارات سزادهی در دادگاه اطفال برای انعکاس چنین رویکردی، توسعه یافته، اعمال شدند.

با وجود این، دو دهه اخیر قرن بیستم شاهد تغییر جهتی اساسی در خصوص این رویکرد بود. در سال ۱۹۹۳ م. به دنبال قتل یک کودک دو ساله به نام «جیمز بالگر» در «لیورپول» به دست دو پسر ده ساله و بازتاب گسترده آن در رسانه‌ها و واکنشهایی که محاکمه این دو در بین مردم ایجاد کرد، انگلستان شاهد بازگشت سیاست جنایی سرکوبگر در قبال اطفال بود. از این پس، بر مسئولیت فردی، مداخله سریع دستگاه قضایی و پلیسی و نیز توسل بیشتر به زندان تأکید شد (مهرا، ۱۳۸۳: ۱۶۴).

۲. سیستم جدید دادرسی اطفال

تغییر و تحولات سیاست‌گذاری در زمینه بزهکاری اطفال به تصویب دو قانون مهم جرم و بی‌نظمی مصوب ۱۹۹۸ و قانون دادرسی اطفال و دلایل جزایی مصوب ۱۹۹۹ منجر شد که این دو قانون، موجب تغییرات گسترده‌ای در سازمان دادرسی اطفال شد.

سیستم جدید دادرسی اطفال، اهداف جدیدی را در پیش گرفته و برای حصول آنها ارکان و اجزای جدیدی را پدید آورد که شامل سازمان‌دهی گسترده‌ای در سطوح ملی و محلی است. همچنین ابتکاراتی را در برخورد با عوامل اجتماعی که به بزهکاری اطفال می‌انجامد، به عمل آمد. این امور بر سه مبنای اساسی ایجاد شد:

۱. پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان به عنوان هدف اصلی سیستم دادرسی اطفال (ماده ۳۷ قانون جرم و بی‌نظمی)؛
۲. تشکیل سازمان مرکزی نظارت و توسعه عدالت کیفری صغار (YJB) برای مشاوره وزارت کشور در اجرا و توسعه خدمات دادرسی اطفال (ماده ۴۱ قانون جرم و بی‌نظمی)؛
۳. ایجاد کمیسیونهای محلی اطفال بزهکار (YOT) برای همکاری در خدمات دادرسی اطفال در سطح محلی (ماده ۳۹ قانون جرم و بی‌نظمی).

یک. اهداف دادرسی اطفال

قانون جرم و بی‌نظمی، تغییراتی را در رویکرد در پیش گرفته شده نسبت به بزهکاری نوجوانان پدید آورد که تکیه آن بر مداخله روان‌شناختی-اجتماعی زودرس، پیشگیری اولیه و پیشگیری از تکرار جرم است. «مداخله روان‌شناختی-اجتماعی زودرس [نسبت به اطفال] بر وجود عوامل خطر مبتنی است که می‌توان آنها را مجموعه‌ای از شرایط فردی و اجتماعی تعریف کرد که بروز و استمرار رفتارهای مجرمانه آینده را در کودکان و نوجوانان مساعد می‌کند... هر اندازه که در معرض خطر قرار گرفتن فرد زودتر اتفاق افتد و اشکال آن متعددتر و مدت آن طولانی‌تر باشد، به همان میزان احتمال وارد شدن و درگیر شدن فرد و استمرار وی در رفتارهای مجرمانه شدیدتر خواهد شد» (کاری یو، ۱۳۸۱: ۲۷۰).

دولت شش مسئله کلیدی را که اشخاص درگیر در سیستم دادرسی اطفال باید به آن توجه کنند، برشمرد:

۱. رسیدگی سریع و مقابله با اطاله دادرسی؛
۲. مواجهه اطفال بزهکار با نتایج اعمالشان و کمک به افزایش احساس مسئولیت آنها؛
۳. اعمال مداخله‌ای مقابله‌گرانه با عوامل جرم‌زا؛
۴. تناسب مجازات با شدت جرم؛
۵. تشویق جبران خسارت بزه‌دیدگان توسط اطفال بزهکار؛
۶. اعمال مجدد مسئولیت والدین (۱۹۹۸ Home Office Framework Document).

دو. ارکان جدید دادرسی اطفال

سازمان مرکزی نظارت و توسعه عدالت کیفری صغار (YJB)^۱. این سازمان، یک نهاد اجرایی است که بر اساس ماده ۴۱ قانون جرم و بی‌نظمی ایجاد شد و اعضای ده تا دوازده نفری آن، از سوی وزیر کشور منصوب می‌گردند. وظایف این سازمان به شرح ذیل است:

۱. The Youth justice board.

۱. ارائه مشاوره به وزارت کشور در خصوص عملکرد سیستم دادرسی اطفال در مورد پیشگیری؛ ۲. کنترل عملکرد سیستم دادرسی اطفال مشتمل بر دادگاه اطفال و کمیسیونهای محلی اطفال بزهدکار؛ ۳. ارائه مشاوره به وزارت کشور در ترسیم استانداردهایی برای عملکرد کمیسیونهای محلی اطفال بزهدکار؛ ۴. شناسایی و به کارگیری بهترین رویه در دادرسی اطفال (Section ۴۱-۵ of CDA).

کمیسیونهای محلی اطفال بزهدکار (YOT)^۱. کمیسیونهای محلی اطفال بزهدکار در سطح محلی بر سیستم دادرسی اطفال نظارت دارند. هدف دولت از ایجاد این کمیسیونها «متحد کردن مقامات محلی مربوط در ارائه مداخلات مبتنی بر جامعه محلی و نظارت بر اطفال و نوجوانان بزهدکار» بوده است (No More Excuse, Cm ۳۸۰۹, ۱۹۹۷: para.۱۰۵). کمیسیونها از کارکنان سیستم عدالت کیفری اطفال، افسران پلیس، افسران تعلیق و روان پزشکان تشکیل می شوند. برخی از وظایف این نهادها بدین شرح است:

۱. تشویق اطفال و نوجوانان در مواجهه با نتایج جرم و در نتیجه کاهش نرخ تکرار جرم؛ ۲. حمایت از اطفال تحت قرار دادگاه؛ ۳. نظارت بر نوجوانهای تحت قرار دادگاه؛ ۴. تهیه گزارشات لازم برای دادگاه؛ ۵. حمایت از اطفال محکوم در مدت اجرای مجازات و پس از آزادی از حبس.

ب) انواع قرارها

قرارهای معرفی شده در دو قانون جدیدالتصویب انگلستان را می توان به دو دسته تقسیم کرد:

الف) قرارهایی که اعمال و اجرای آنها به حصول مسئولیت کیفری منوط نیست و علاوه بر اطفال، ممکن است الزاماتی برای والدین آنها ایجاد کند.

ب) قرارهای گروه دوم که اعمالشان به رسیدن به سن مسئولیت کیفری مشروط است و بسته به نوع قرارها، اقدامات ترمیمی برای جبران خسارات بزهدیدگان، اقدامات تربیتی-اصلاحی و برنامه های خاص به منظور تنظیم رفتار طفل بزهدکار را شامل است.

۱. Youth offending teams.

۱. قرارهای غیر کیفری^۱

بر خلاف رویکردهای قدیمی غالب سیستمها که به استناد اصل قانونی بودن مجازاتها و اقدامات تأمینی و تربیتی، اعمال مداخلات قضایی دربارهٔ اطفال را بر ارتکاب جرم از ناحیهٔ آنها متوقف می‌دانند، دیدگاههای جدید جرم‌شناختی خواهان مداخله در فرایند رشد و جامعه‌پذیری آن دسته از اطفالی است که در محیطهای نامناسب خانوادگی و محلی قرار گرفته‌اند؛ مداخلهٔ زودرس پیش از آنکه طفل خود را یک بزهکار بشناسد و جلوگیری از ریشه‌گرفتن عادات مجرمانه، از رها ساختن طفل در محیطهای جرم‌زا و انتظار برای رسیدن وی به سنّ مسئولیت کیفری و ورود به سیستم دادرسی کیفری مؤثرتر است. اعمال و اجرای این دسته از قرارهای اصلاحی و حمایتی بر ارتکاب رفتارهای مجرمانه متوقف نیست. از طرف دیگر، ممکن است برخی از آنها نسبت به افرادی که وظیفهٔ سرپرستی از طفل را به عهده دارند، اعمال گردد. در ذیل به بررسی این نوع قرارها در حقوق انگلستان می‌پردازیم.^۲

یک. طرح ممنوعیت رفت و آمد شبانه^۳

به موجب مادهٔ ۱۴ قانون جرم و بی‌نظمی، ممکن است طرحهای ممنوعیت رفت و آمد شبانه کوتاه‌مدتی بر اطفال زیر ده سال جاری گردد. البته قانون پلیس و دادرسی کیفری مصوب ۲۰۰۱ م. این محدودهٔ سنی را دربارهٔ اطفال بی‌سرپرست تا پانزده سال ارتقا داده و همچنین علاوه بر مقامات محلی، به پلیس نیز اختیار اعمال این ممنوعیتها را داده است.

تقاضای طرح ممنوعیت به وزارت کشور ارائه می‌شود و در صورت پذیرش آن،

۱. Non-criminal orders.

۲. در بندهای «الف» و «ب» مادهٔ ۳۲، لایحهٔ پیشنهادی تسلیم طفل به والدین، اشخاص حقیقی یا حقوقی با اخذ تعهد به انجام دادن اموری از قبیل فرستادن وی به مؤسسهٔ آموزشی و فرهنگی، جلوگیری از معاشرت وی با برخی افراد و... مطرح شده است که می‌تواند معادل قرارهای غیر کیفری در حقوق انگلستان باشد.

۳. Local child curfew schemes.

پلیس یا مقام محلی، اختطاریه ممنوعیت را صادر می کند. مدت این قرار حداکثر نود روز است و از نظر زمانی، زودتر از ساعت نه شب و دیرتر از ساعت شش صبح را در بر نمی گیرد. تعیین مدت مناسب بین این دو موعد بر عهده مقام محلی است. پلیس با مشاهده طفلی که قرار را نقض کرده است، وی را به منزلش برده و در صورتی که کسی در منزل نباشد، او را تحت مراقبت قرار می دهد. همچنین تحقیقاتی درباره نیاز یا عدم نیاز به انجام دادن اقداماتی فراتر از آن، از جمله تقاضای صدور قرار حمایتی به عمل می آید.

دو. قرار حمایت از کودک^۱

ماده ۱۱ و ۱۲ قانون جرم و بی نظمی، مربوط به قرارهای حمایتی است. تحقیقات وزارت کشور انگلستان نشان داد که فشار و تحریک همسالان ممکن است بر ارتکاب جرم از سوی اطفال تأثیری قوی داشته باشد و احتمال آن را تا سه برابر افزایش دهد (Ibid.: ۳۲). قرار حمایت از کودک به منظور نظارت بر اطفال و دور کردن آنها از محیطهای مجرمانه و فشار و تحریک همسالان وضع گردیده است. به موجب ماده (۱) ۱۱ این قانون، بنا به تقاضای مقام محلی، اگر دادگاه مجیستریت متقاعد شود که یک یا چند شرط در بند (۳) ۱۱ در مورد طفل زیر ده سال وجود دارد، قرار حمایت از کودک صادر می نماید. این شروط به شرح ذیل است:

الف. طفل مرتکب عملی شده است که اگر ده سال یا بالاتر داشت، عملش جرم بود؛

ب. قرار حمایت از کودک به منظور جلوگیری از ارتکاب چنین عملی ضروری است؛

ج. طفل ممنوعیت مقرر در اخطار منع رفت و آمد را نقض کرده است؛

د. طفل به گونه ای عمل کرده است که موجب مزاحمت، هراس یا آشفستگی یک یا چند نفر غیر از اعضای خانواده اش شده است.

۱. Child safety order.

بر اساس قرار حمایتی، طفل زیر سنّ مسئولیت کیفری تحت نظارت یک مأمور مسئول (یعنی یک مددکار اجتماعی اداره خدمات اجتماعی محلی یا یک عضو کمیسیون محلی اطفال بزهکار) قرار می‌گیرد. همچنین ممکن است دادگاه، طفل را ملزم کند که از شروطی که آنها را به منظور کنترل دقیق وی لازم می‌داند، از جمله خودداری از معاشرت با افرادی که دادگاه مشخص می‌کند، تبعیت کرده، از تکرار رفتارهایی که به صدور این قرار منجر شده است، خودداری کند. اصولاً قرارهای حمایت کودک، بیش از سه ماه به طول نمی‌انجامد مگر در موارد خاص که تا دوازده ماه نیز می‌تواند جاری شود.

سه. قرار ویژه والدین^۱

یکی از اهداف عمده اصلاح سیستم دادرسی اطفال، احیای مسئولیت والدین در حفظ اطفال خود از عوامل مجرمانه بود. برای اجرای این امر، «قرار ویژه والدین» معرفی شد. مطالعات وزارت کشور انگلستان نشان داده است که اطفالی که در سطح پایین یا متوسطی از نظارت والدین قرار دارند، بیش از دو برابر اطفالی که در سطح بالای نظارت‌اند، در معرض عوامل جرم‌زا قرار می‌گیرند (Card, ۱۹۹۸: ۴۱). قرار ویژه والدین در یکی از شرایط ذیل صادر می‌گردد:

۱. همراه با قرار حمایت از کودک.
۲. به همراه صدور قرار ویژه رفتار ضد اجتماعی یا قرار ویژه مجرمان جنسی.
۳. وقتی طفل یا نوجوان محکومیت یافته است.
۴. زمانی که شخص بر اساس مواد ۴۴۳ و ۴۴۴ قانون آموزش مصوب ۱۹۹۶ م، محکومیت یافته است.

قبل از صدور قرار، دادگاه اطلاعاتی در خصوص وضعیت خانوادگی طفل کسب می‌کند و شرایط قرار و نتایج عدم تبعیت از آن را برای والدین توضیح می‌دهد. این قرار، والدین را به حضور سه ماهه در جلسات مشاوره و راهنمایی ملزم می‌سازد. همچنین ممکن است والدین را به اعمال اقدامات

۱. Parenting order.

کنترل‌کننده خاصی نظیر حصول اطمینان از حضور منظم طفل در مدرسه یا اجتناب طفل از ارتباط با افراد خاص ملزم می‌کند. این شرایط می‌تواند تا دوازده ماه ادامه یابد (S 117-1 of CDA). در صورت لزوم می‌توان این قرار را تنها درباره یکی از والدین صادر کرد. خودداری از رعایت قرار، می‌تواند به تعیین جریمه‌ای تا هزار پوند بینجامد.

چهار. قرار ویژه رفتارهای ضد اجتماعی^۱

این قرار درباره اطفال ده سال و بالاتر صادر شده و ارتکاب رفتارهای ضد اجتماعی مشروح در آن را ممنوع می‌کند. این قرار توسط پلیس یا یک مقام محلی، در مورد طفل مرتکب رفتار ضد اجتماعی، درخواست می‌گردد. رفتار ضد اجتماعی، رفتاری است که موجب آزار و ناراحتی افرادی غیر از خانواده شود. صدور این قرار به منزله مجرم شناختن طفل به دلیل ارتکاب جرم نیست. در قانون نیز مشخص نشده است که چه رفتارهایی ممکن است به وسیله قرار ممنوع گردد. بسیاری از رفتارهای ضد اجتماعی ممکن است تبدیل به اعمال مجرمانه گردد و هدف از این قرار، جلوگیری از شکل‌گیری عادات مجرمانه است.

متبادر از الفاظ قانون، این است که ارتکاب رفتارهای ضد اجتماعی برای یک بار نیز برای صدور قرار کفایت می‌کند و در حقیقت، قانونگذار تعدد رفتار را لازم ندانسته است، اما با توجه به فلسفه وضع قرار که ممانعت از ریشه گرفتن رفتارهای ضد اجتماعی و تبدیل آنها به رفتارهای مجرمانه است، احراز عادت ارتکاب رفتارهای ضد اجتماعی و اثبات ارتکاب حداقل دو بار رفتار ضروری شناخته شده است (Birch & ..., ۲۰۰۲: ۱۰۵).

کارآیی این قرار بیشتر برای اطفال و نوجوانان رده سنی دوازده تا هفده سال است (۲۰: Mullan and David O'Mohony). همان‌طور که گفته شد، ماهیت این قرار، غیر کیفری است و به ایجاد سابقه کیفری منجر نمی‌شود، البته نقض آن، جرم و مجازاتش تا پنج سال حبس است.

۱. Anti-social behaviour order.

۲. قرارهای کیفری^۱

اعمال و اجرای این دسته از قرارها نیز بر مداخله زودرس و کمک به طفل در پذیرش مسئولیت اعمال خود مبتنی است، اما با توجه به ایجاد الزامات نسبتاً شدیدتر این قرارها، قانونگذار انگلستان اعمال آنها را به رسیدن طفل به سن^۲ مسئولیت کیفری و ارتکاب جرم منوط کرده است.

یک. قرار ارجاع^۲

قرار ارجاع در قانون دادرسی اطفال و دلایل جزایی مصوب ۱۹۹۹ م.، به عنوان مجازات اصلی اطفال ده تا هیجده سال که اقرار به جرم کرده و سابقه کیفری نداشته باشند، پیش‌بینی شده است. صدور قرار ارجاع در تمام پرونده‌ها، به جز موارد محکوم شدن طفل به مجازات حبس، صدور قرارهای ویژه بیمارستان یا تبرئه طفل از سوی دادگاه الزامی است (Section ۱&۲ of YJCEA). این قرار در مفاهیم عدالت ترمیمی یعنی ترمیم، سازگاری مجدد و مسئولیت‌پذیری ریشه دارد. این قرار بر حسب شدت جرم، از سه تا دوازده ماه است؛ بنابراین، بیشتر اطفال بزهکاری که برای نخستین بار محکومیت می‌یابند، به یک هیئت اطفال و نوجوانان بزهکار^۳ ارجاع می‌شوند که با بررسی اشکال مناسب عملکرد، عرصه‌ای برای ارائه دیدگاههای بزه‌دیده مهیا می‌کنند.

هیئت اطفال و نوجوانان بزهکار از دو داوطلب که مستقیماً از جامعه محلی استخدام شده‌اند و یک عضو کمیسیون محلی اطفال بزهکار تشکیل می‌شود. این هیئت با طفل بزهکار، والدین او و در صورت امکان با بزه‌دیده، مذاکراتی را انجام می‌دهد تا به یک قرارداد اصلاحی دست یابد.

هیئت مذکور با بررسی دلایل رفتار مجرمانه، به طراحی برنامه‌ای در مورد مجموعه اقداماتی به منظور برخورد با جرم و جلوگیری از تکرار جرم می‌پردازد.

۱. Criminal orders.

۲. Referral order.

۳. Youth offender panel.

طفل بزهکار، والدین او یا مراقبانی که دستور حضور در جلسات هیئت را دارند، باید ظرف مدت پنج روز از زمان صدور قرار حاضر شوند. آنگاه نخستین جلسه در اسرع وقت، ظرف پانزده روز از زمان صدور قرار برگزار می‌شود. بر اساس توافق همه اطراف دعوا، توافق‌نامه‌ای به منظور ترمیم خسارات بزه‌دیده یا جامعه فراهم می‌گردد. قسمت عمده دیگر این توافق‌نامه درباره رفتار مجرمانه است که حضور در جلسات نظارت و ارزیابی (با حضور یک مأمور کمیسیون محلی اطفال بزهکار)، رهنمودهایی در مورد رفتار و... را شامل می‌شود. همچنین این توافق‌نامه ممکن است شامل بخشهایی دیگر به منظور برخورد با رفتار مجرمانه، نظیر مشاوره در مورد مواد مخدر، کنترل عصبانیت و... باشد.

اگر در زمان اجرای قرار، طفل بزهکار مرتکب جرم جدیدی شود، دادگاه می‌تواند مدت زمان قرار یا شرایط آن را توسعه دهد یا اینکه با لغو قرار، به تعیین مجازات دیگری اقدام کند (See: Ss ۱۰-۱۴ of schedule ۱ of YJCEA). اگر هیئت نتواند در مدت معقولی با بزهکار به توافق برسد و نیز در صورت خودداری بزهکار از حضور در جلسات توافق، عدم امضای توافق‌نامه یا عدم انجام شروط مقرر در توافق‌نامه، وی به دادگاه ارجاع می‌شود.

دو. قرار ترمیمی^۱

قرار ترمیمی برای الزام بزهکار به ترمیم خسارات بزه‌دیده یا جامعه محلی وضع شده است. هدف از این قرار این است که بزهکار به صدماتی که در نتیجه ارتکاب جرم به بزه‌دیده و جامعه محلی وارد شده است، آگاه شود و در رفع آنها کمک کند و از این طریق، مسئولیت اعمال خود را بپذیرد. قرارهای ترمیمی از مهم‌ترین تصمیمات درباره اطفالی است که جرم آنها چندان شدید نیست که اعمال مجازات در معنای خاص را ایجاب کند. دلیل این امر، ماده ۱۱-۶۷ است که مقرر می‌دارد: «دادگاه باید برای عدم صدور قرار ترمیمی در هر مورد، استدلال نماید».

این قرار می‌تواند به عنوان قسمتی از قرار برنامه اقدامات یا یکی از شروط قرار

۱. Reparation order.

نظارت یا جزء برنامه‌هایی که از سوی سازمان مرکزی نظارت و توسعه عدالت کیفری صغار تنظیم می‌شود، به کار رود؛ بنابراین، این قرار، هم در مرحله پیش از دادگاه و هم در مرحله تعیین مجازات قابل اعمال است. پیش از صدور قرار، دادگاه گزارش کتبی افسر تعلیق، مددکار اجتماعی یا عضو تیم ویژه بزهکاری اطفال را در خصوص اقداماتی که اجرای آن از سوی طفل ضروری است و نیز عقیده و دیدگاه بزه‌دیده را بررسی می‌کند.

قرار ترمیمی، مجموعه اقداماتی نظیر نوشتن نامه عذرخواهی، عذرخواهی رودررو، جبران زیانهای ناشی از جرم و... را شامل می‌گردد. اگر بزه‌دیده خواهان دریافت هیچ یک از اشکال جبران خسارت نباشد، جبران خسارت از جامعه محلی به اشکال دیگری به عمل می‌آید. محتوای قرار باید متناسب با شدت جرم باشد و نباید محکوم‌علیه را در مجموع به بیش از ۲۴ ساعت فعالیت وا دارد.

دادگاه یک نفر ناظر برای کنترل اجرای قرار تعیین می‌کند و او در صورت خودداری محکوم‌علیه از اجرای شروط قرار، مراتب را به دادگاه اطلاع می‌دهد. ناظر قرار، مجموعه اقداماتی را که طفل باید انجام دهد، به وی تفهیم کرده، دستورالعملهایی را در خصوص شیوه اجرای آن به او ارائه دهد. همچنین در صورت لزوم با والدین طفل دیدار و گفت‌وگو می‌کند.

سه. قرار برنامه اقدامات^۱

این قرار یک مجازات اجتماعی سه ماهه است که به منظور ارائه پاسخی کوتاه، اما مؤثر به رفتار مجرمانه تهیه شده است. این برنامه توسط یک مأمور تعلیق، مددکار اجتماعی یا یکی از اعضای کمیسیون محلی اطفال بزهکار مورد نظارت قرار، می‌گیرد و در طول مدت قرار شروط خاصی را بر رفتار طفل بزهکار حاکم می‌سازد. این قرار با مجازات حبس قابل جمع نیست و تنها با رضایت بزه‌دیده، امکان ورود ارکان ترمیمی در آن وجود دارد.

این قرار با عواملی که به رفتار مجرمانه طفل انجامیده است، مقابله می‌کند؛ برای

مثال، اگر استعمال مواد مخدر یکی از عوامل مؤثر در جرم بوده است، این قرار شامل بازپروری بزهکار می‌شود و اگر فرار از مدرسه در وقوع جرم مؤثر بوده، طفل بزهکار ملزم به حضور در مدرسه می‌شود. نمونه کلی قرار مذکور بدین صورت است که از یک برنامه اصلی تشکیل شده است که چند شرط خاص متناسب با شدت جرم و نیازهای طفل به آن ضمیمه شده است. معمولاً برنامه اصلی از شش جلسه دو تا سه ساعته درباره موضوعاتی از قبیل نتایج ارتکاب جرم، مسائل ویژه بزه‌دیدگان، ارتباطات خانوادگی و... تشکیل می‌شود. شروطی که ممکن است بر بزهکار تحمیل شود، یک یا چند مورد از موارد ذیل است:

۱. الزام طفل به شرکت در فعالیتهای خاص؛
۲. حضور در مراکز خاصی در ساعات معین، خودداری از ورود به محلهای مشخص و تبعیت از ترتیبات خاصی جهت آموزش؛^۱
۳. الزام به جبران خسارات بزه‌دیده یا جامعه؛
۴. شرکت در جلساتی که از سوی دادگاه ظرف ۲۱ روز از تاریخ صدور قرار تشکیل می‌شود (S ۶۹-۶ of CDA).

چهار. قرار حبس و آموزش^۲

قرار حبس و آموزش درباره اطفال ده تا هفده سال است.^۳ این قرار، جایگزین قرار نگهداری و آموزش بزهکاران دوازده تا چهارده سال در یک مرکز کارآموزی بسته^۴ و بازداشت در کانون ویژه اطفال بزهکار پانزده تا هفده سال شده است. قرار حبس و آموزش تنها در صورتی که معیارهای قانونی مشخصی موجود باشد، قابل اعمال است. این قرار در یکی از موارد ذیل صادر می‌گردد:

الف) محکومیت طفل به دلیل ارتکاب جرمی که در مورد اشخاص بالغ به

۱. نظیر شروط مقرر در بندهای ۱ و ۲ در بند «الف» ماده ۳۲ لایحه پیشنهادی.

۲. Detention and training order.

۳. طبق ماده ۳۳ لایحه پیشنهادی، نگهداری در کانون اصلاح و تربیت تنها در مورد نوجوانان پانزده تا هیجده سال قابل اعمال است.

۴. Secure training order.

محکومیت حبس منجر می‌گردد و جرم چنان شدید است که تنها اعمال مجازات حبس مناسب است.^۱

ب) در مورد یک جرم خشونت‌آمیز یا جرم جنسی که تنها مجازات حبس برای حمایت جامعه از صدمات شدید بزهکار مناسب است.

ج) محکوم علیه از اعلام رضایت نسبت به یک مجازات اجتماعی که رضایت وی را لازم می‌داند، خودداری می‌کند (S ۷۳ of CDA).

این قرار در مدتهای ۴، ۶، ۸، ۱۰، ۱۲، ۱۸ یا ۲۴ ماهه صادر می‌گردد. نصف این مدت در بازداشت و بقیه آن در جامعه و با نظارت مأمور تعلیق، مددکار اجتماعی یا یک عضو کمیسیون محلی اطفال بزهکار گذرانده می‌شود، البته مقرراتی درباره آزادی زودرس یا طولانی‌تر، بسته به رفتار محکوم علیه وجود دارد. ظرف مدت پنج روز از تاریخ پذیرش طفل در بازداشتگاه، یک برنامه آموزشی تهیه می‌شود. این برنامه، مرتب بررسی شده و اهدافی که در طول مدت بازداشت طفل باید محقق گردد و شیوه دستیابی به آنها در آن مشخص می‌شود.

دوره پس از حبس قرار که تحت نظارت انجام می‌شود، به منظور تضمین حصول وظایف محوله به طفل در دوره زندان می‌باشد. خودداری از رعایت قواعد نظارت، ممکن است به بازگشت طفل به بازداشت برای بقیه مدت منجر گردد. البته در این باره، دادگاه می‌تواند به جای بازداشت، حکم به پرداخت جزای نقدی تا ۲۵۰ پوند، درباره اطفال ده تا سیزده سال، و تا ۱۰۰۰ پوند درباره اطفال چهارده تا هفده سال صادر کند.

قرار حبس و آموزش از این لحاظ که اعمال مجازات حبس را از محدوده پیشینش (دوازده سالگی) که در نوع خود مرز بسیار پایینی به شمار می‌رفت، تقلیل داده و به ده سالگی رسانده است، مورد انتقاد جدی قرار دارد و شروط متعدّد وضع شده برای اجرای آن نیز نمی‌تواند اشکالات تعیین چنین سنّ پایینی را به منظور اعمال حبس رفع کند.

۱. معیار اعمال این قرار، سنّ فرد در زمان محکومیت است، نه سنّ وی در هنگام ارتکاب جرم.

ارزیابی تحولات اخیر حقوق انگلستان در پرتو اسناد فراملی

با توجه به اینکه به موجب اصلاحات اخیر در قوانین انگلستان، سنّ مسئولیت کیفری از چهارده به ده سال رسیده است، سؤال این است که چنین رویکردی تا چه اندازه با مقررات منطقه‌ای و بین‌المللی تطابق یا تعارض دارد؛ اگرچه هیچ سند فراملی به طور مستقیم به سنّ مسئولیت کیفری نمی‌پردازد، ردپای این مفهوم را در برخی اسناد و کنوانسیون‌ها می‌توان دید. کنوانسیون حقوق کودک و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از جمله مهم‌ترین آنهاست که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

الف) کنوانسیون حقوق کودک^۱

کنوانسیون حقوق کودک در ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ م. از سوی مجمع عمومی سازمان ملل تصویب شد. این کنوانسیون بر اساس حقوق بین‌الملل برای کشورهای طرف کنوانسیون، الزام‌آور است. از نظر این کنوانسیون، شخص زیر هیجده سال، طفل به شمار می‌رود، مگر اینکه بر اساس قانون داخلی که نسبت به طفل قابل اجراست، سنّ بلوغ کمتر تشخیص داده شود (مادّه ۱).

بند ۳ ماده ۴۰ این کنوانسیون مقرر می‌دارد:

کشورهای عضو به منظور افزایش وضع قوانین، مقررات، مقامات و مؤسسات مربوط به کودکان متهم یا مجرم به نقض قانون کیفری، تلاش خواهند کرد و خصوصاً اقدامات ذیل را معمول خواهند داشت:

الف) تعریف حداقل سنّی که فرض شود اطفال زیر این سن، فاقد اهلیت نقض قانون کیفری‌اند.

ب) در صورت تناسب و تمایل وضع مقرراتی در جهت رفتار با این گونه کودکان بدون توسل به دادرسیهای قضایی بدین شرط که حقوق بشر و ضمانتهای حقوقی کاملاً رعایت شود....

دولتها به رغم عدم تعیین حداقل سنّ مسئولیت کیفری در کنوانسیون، ترغیب شده‌اند که حداقل سن را خیلی پایین در نظر نگیرند. کمیته‌ای که از سوی سازمان

۱. The United Nations Convention on the Rights of the Child.

ملل برای گزارش تطابق با کنوانسیون تشکیل شد، نگرانی شدید خود را نسبت به پایین بودن سنّ مسئولیت کیفری در کشور سریلانکا که هشت سالگی است، چنین بیان کرد: «سنّ مسئولیت کیفری نباید خیلی پایین باشد» (مهر، ۱۳۸۲: ۲۱۸). همچنین این کمیته در سال ۱۹۹۵ م، گزارشی علیه بریتانیای کبیر صادر کرد. نظریه کمیته چنین توضیحاتی را در برداشت:

ساختار سیستم قضایی ویژه اطفال در دولتها برای کمیته حائز اهمیت است. تعیین سنّ پایین برای مسئولیت کیفری، طبق مواد ۳۷ و ۴۰ کنوانسیون نیست. کمیته اصلاح قانون را به منظور تضمین اینکه سیستم عدالت کیفری ویژه اطفال، متمایل به مصالح کودکان است، توصیه می کند. به ویژه کمیته توصیه می کند که توجه زیادی به سنّ مسئولیت کیفری در سراسر بریتانیای کبیر صورت پذیرد (Discussion Paper on the Age of Criminal Responsibility).

بدین ترتیب، ملاحظه می شود که کمیته مذکور حتی پیش از تصویب قانون جرم و بی نظمی و کنار گذاشتن اماره قابل ردّ عدم رشد، رویکرد حقوق انگلستان را قابل انتقاد دانسته است؛ بنابراین، در مجموع نمی توان گفت که تغییرات اخیر در انگلستان با روح کنوانسیون حقوق کودک هماهنگ بوده است.

ب) کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای

اساسی

در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هیچ ماده ای مستقیماً به رشد جزایی یا مسئولیت کیفری اختصاص داده نشده است. با این حال، موضوع سنّ مسئولیت کیفری مستقیماً در پرونده های «T v. UK» و «V v. UK» مطرح شد. در این دو پرونده، دادگاه اروپایی حقوق بشر، تقاضای دو طفل را که در سن ده سالگی، یک پسر بچه دو ساله را کشته و وقتی که یازده ساله بودند، در دادگاه جزای انگلستان محاکمه و محکوم شده بودند، بررسی کرد. قسمتی از ادّعای آنان این بود که محاکمه آنها در دادگاه جزای بزرگسالان، حقوق آنان در مواد ۳ و (۱) ۶ و ۱۴ کنوانسیون^۱ را نقض

۱. این مواد به شرح ذیل است:

ماده ۳: «هیچ کس نباید تحت شکنجه یا رفتارها یا مجازاتهای غیر انسانی یا تزدیلی قرار گیرد».

کرده است.

پس از بحث و بررسی مفصل، دادگاه چنین نظر داد:

هیچ استاندارد معمول صریحی در میان دول عضو شورای اروپا در خصوص حداقل سنّ مسئولیت کیفری وجود ندارد. حتی اگر انگلستان و ویلز در میان کشورهای اروپایی باشند که حداقل سنّ مسئولیت کیفری کمی لحاظ داشته‌اند، نمی‌توان سن ده سال را به عنوان سنّی که با دیگر محدوده‌های سنّی مورد پذیرش دیگر کشورهای اروپایی تفاوت آشکاری دارد، پذیرفت. دادگاه نتیجه می‌گیرد که انتساب مسئولیت کیفری به متقاضیان فی نفسه به نقض ماده ۳ کنوانسیون منجر نخواهد شد (۱۲) (Discussion Paper on the Age of Criminal Responsibility).

برخلاف کنوانسیون حقوق کودک که سنّ مسئولیت کیفری را به صورت مطلق در نظر می‌گیرد، دادگاه اروپایی حقوق بشر آن را در ارتباط تنگاتنگ با شیوه دادرسی و نوع واکنش اجتماعی در پیش گرفته شده در پاسخ به بزهکاری اطفال و نوجوانان می‌داند؛ به گونه‌ای که در پرونده مطرح شده در مورد حقوق انگلستان به رغم آنکه اطفال در سنّ یازده سالگی محاکمه شده و محکومیت یافته بودند، صرف انتساب مسئولیت کیفری و نیز صرف محاکمه آنان را مخالف کنوانسیون اروپایی ندانست، بلکه آنچه از دیدگاه قضات حائز اهمیت بود، شیوه محاکمه و نیز نوع واکنشی است که پس از محکومیت در انتظار اطفال می‌باشد؛ در نتیجه، به رغم آنکه تحولات اخیر حقوق انگلستان سنّ مسئولیت کیفری را پایین آورده است، با توجه به اینکه نوع واکنشهای اجتماعی به بزهکاری اطفال نیز دگرگونی عمیق یافته است و اقدامات مبتنی بر پیشگیری زودرس و نیز اقدامات اصلاحی- تربیتی را شامل می‌باشد، کاهش سنّ مسئولیت لزوماً متضمن نقض حقوق کودکان نیست.

→ ماده (۱)۶: «هر کس حق دارد، در بررسی حقوق و تعهدات حقوقی و نیز رسیدگی به اتهام کیفریش، از دادرسی منصفانه و علنی، در یک مدت منطقی و توسط محکمه‌ای مستقل و بی‌طرف که طبق قانون ایجاد شده است، بهره‌مند گردد...».

ماده ۱۴: «برخورداری از حقوق و آزادیهای مقرر در این کنوانسیون، باید بدون تبعیض بر هر مبانی نظیر جنسیت، نژاد، رنگ، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و غیر آن، ریشه‌های ملی و اجتماعی، ارتباط با یک اقلیت ملی، اموال، تولد [حرام یا حلال‌زادگی] و ویژگیهای دیگر تضمین گردد.»

نتیجه گیری

تا سال ۱۹۹۸ م. رویکرد حقوق انگلستان در مورد مسئولیت کیفری اطفال، در نظر گرفتن اماره‌های عدم رشد بود؛ بدین ترتیب که در مورد اطفال زیر ده سال، اماره غیر قابل ردّ عدم رشد وجود داشت که خلاف آن به هیچ وجه اثبات پذیر نبود. در مورد اطفال ده تا چهارده ساله اماره قابل ردّ عدم رشد وجود داشت و اگر دادستان رشد جزایی طفل را اثبات می کرد، اماره رد می شد و طفل واجد مسئولیت معرفی می گردید.

ایراد عمده این راهکار، رهاسازی اطفال به حال خود در پشت مصونیت ناشی از وجود اماره است؛ اگرچه اطفال فاقد رشد جزایی، قابلیت مواخذه و عقاب به سبب رفتارهای ارتكابی را به صورت مطلق یا نسبی ندارند و از این حیث، قابل مجازات نیستند، آیا باید چنین اطفالی را در جامعه رها کرد و در انتظار رسیدن آنها به رشد جزایی باشیم؟

مطالعات جرم شناختی نشان می دهد که غالب اطفال بزهکار در محیطهای نامساعد اجتماعی و خانوادگی رشد می یابند و علاوه بر محرومیت از آموزش و فراگیری شیوه های جامعه پذیری در چنین محیطهایی، از خرده فرهنگهای بزهکاری نیز متأثر بوده، قواعد و اصول زندگی بزهکارانه را می آموزند؛ از این رو، دیدگاههای نوین جرم شناختی خواهان مداخله در فرایند رشد و جامعه پذیری اطفال است. بر همین مبنا قانون جرم و بی نظمی انگلستان، اماره قابل ردّ عدم رشد را حذف کرد و ضمن پذیرش مسئولیت کیفری اطفال بالای ده سال، طیف وسیعی از قرارهای کیفری را جایگزین آن نمود که در واکنش به بزهکاری اطفال ممکن است به کار روند.

نکته مهمی که با توجه به نوع قرارهای معرفی شده در اصلاحات اخیر دادرسی اطفال، استنباط می گردد، آن است که قانونگذار انگلستان تنها به اقدامات اصلاحی-تربیتی نسبت به اطفال بزهکار بسنده نکرده است، بلکه از اقدامات پیشگیری زودرس استفاده کرده است که به منظور مقابله با عوامل خطر علاوه بر

مرتکب، بخش عمده‌ای از تمرکز و جهت‌گیری خود را بر محیط خانوادگی و جامعه محلی واقع می‌سازند؛ از این رو، در قوانین جدید، قراردایی چون قرار ویژه والدین، حمایت از کودک، طرح ممنوعیت رفت و آمد شبانه و قرار ویژه رفتارهای ضد اجتماعی وضع شده است.

هم‌اکنون در حقوق ایران ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی به مسئولیت کیفری اطفال می‌پردازد، اما متأسفانه هیچ رویکرد علمی نسبت به بزهکاری اطفال در آن اتخاذ نگردیده است؛ بدین صورت که اولاً شرط مسئولیت کیفری بلوغ جنسی است که با توجه به آرای فقها مفهومی زیست‌شناختی است، نه مبتنی بر رشد و کمال قوای عاقله. ثانیاً واکنشهای پیش‌بینی شده در این ماده نیز بسیار سطحی و ساده‌انگارانه است.

لایحه رسیدگی به جرائم اطفال و نوجوانان هر چند عمدتاً رونویسی از قوانین پیش از انقلاب است، در مقایسه با ماده ۴۹ فعلی، تحولی عمیق در انواع واکنشهای اجتماعی قابل اتخاذ در خصوص بزهکاری اطفال پدید می‌آورد. با وجود این، این لایحه نیز مصون از ایراد نیست؛ چنانچه لزوم تبعیت از فقه جعفری و توجه به مقتضیات و واقعیات موجود و رویکرد بین‌المللی، تهیه‌کنندگان را با ابهام و سردرگمی مواجه ساخته است. در این لایحه، سه نوع رژیم مسئولیت پیش‌بینی شده است: الف) مسئولیت کیفری تدریجی؛ ب) مسئولیت کیفری مبتنی بر بلوغ شرعی؛ ج) مسئولیت کیفری مبتنی بر احراز رشد و کمال عقل.

از یک طرف با تبعیت از نظر مشهور فقهای شیعه معیار مسئولیت کیفری، بلوغ شرعی قرار داده شده است که در فقه شیعه با برخی علائم طبیعی و یا رسیدن به سنین نه و پانزده سالگی به ترتیب در مورد دختران و پسران محقق می‌شود. از طرف دیگر، توجه به واقعیات موجود و عدم رشد عقلی اطفالی که در این سن قرار دارند به ویژه دختران نه ساله، تهیه‌کنندگان لایحه را به تنظیم مقرراتی برای رفع مسئولیت کیفری اطفال زیر دوازده سال وادار کرده است؛ در نتیجه، متن فعلی لایحه، ابهامات زیادی در زمینه شیوه جمع بین معیارهای مختلف ایجاد کرده است.

- دوگلاس، گیلیان، «حقّ کودک بر خطاکاری: مسئولیت کیفری و صغیر نابالغ»، تلخیص و ترجمه نسرين مهرا، الهیات و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۸۳.
- کاریو، روبرو، «مداخله روان‌شناختی-اجتماعی زودرس در پیشگیری از رفتارهای مجرمانه»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۶-۳۵، ۱۳۸۱.
- مهرا، نسرين، «ترميمی شدن عدالت کیفری در انگلستان و ويلز»، *علوم جنایی. مجموعه مقالات در تجليل از دکتر محمد آشوری*، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- همو، عدالت کیفری اطفال از منظر حقوق بین الملل، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۸، ۱۳۸۲.
- میرمحمدصادقی، حسین، «طبقه‌بندی اطفال بزهکار در نظام کیفری انگلستان»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۶-۲۵، ۱۳۷۸.
- «Consultation Paper on the Age of Criminal Responsibility in Hong Kong», <<http://www.info.gov.hk>> .
- «Discussion Paper on the Age of Criminal Responsibility», Scottish Law Commission, July ۲۰۰۱, <<http://www.scotlawcom.gov.uk>> .
- Bevan, H.K., *Child Law*, London, Butterworth's, ۱۹۸۹.
- Birch, Diane & ..., *Blackston's Criminal Practice*, Twelfth edition, ۲۰۰۲.
- Card, Richard & Ward, Richard, *The Crime And Disorder Act ۱۹۹۸*, Jordans, First edition, ۱۹۹۸.
- Cavadino, «Goodbye Doli, must we leave you? », *Child and Family Law Quarterly*, ۹, ۱۶۵, ۱۹۹۷.
- Dennis, I.H., *Criminal Law Statutes*, London, Sweet & Maxwell, Fourth edition, ۱۹۹۸.
- Elliott, Catherine & Quinn, Frances, *Criminal Law*, Longman, third edition, ۲۰۰۰.
- Fionda, Julia, «New Labour Old Hat: Youth Justice and the Crime and Disorder Act ۱۹۹۸», *The Criminal Law Review*, sweet & Maxwell, January ۱۹۹۹.
- Hot Topics, Issue ۲۳: Juvenile Justice, Legal Information, Access center, July ۱۹۹۹, p.۸. cited in: Jane Sanders and others; «Doli Incapax review», <<http://www.theshopfront.org/documents/Age of Criminal Responsibility>> .
- Johnson, Mathiew, «The Criminal Capacity of Children», <<http://www.legalaid.nsw.gov.au>> .
- Mullan, Shauna and O'Mohony, David, «A Review of Resent Youth Justice Reforms in England and Wales», <<http://www.nio.gov.uk/>> .
- No More Excuse, Cm ۳۸۰۹, ۱۹۹۷.
- Sanders, Jane and others, «Doli Incapax review», <<http://www.theshopfront.org/documents/Age of Criminal Responsibility>> .
- Tackling Youth Crime, Reforming Youth Justice.
- Williams, G., *Criminal Law, The General Part*, ۲nd edition, Longman, ۱۹۹۹.

بررسی ماهیت حقوقی دیه

- کاظم کوهی اصفهانی^۱
- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

چکیده

دیه به عنوان یکی از نهادهای حقوقی مورد پذیرش اسلام، از لحاظ حقوقی واجد چه ماهیتی است؟ آیا ماهیت این نهاد، مدنی است که به منظور جبران خسارتها و زیانهای که در نتیجه عمل مرتکب به بزه‌دیده یا اولیای او وارد شده، پرداخت می‌شود یا ماهیتی جزایی دارد تا در زمره مجازاتها قرار گیرد و به عنوان کیفی بر مرتکب برای تنبّه و احساس درد و رنج وی اعمال شود. یافتن پاسخ این پرسش، علاوه بر آثار متفاوتی که بر قبول هر نظریه مترتب می‌شود، روشن شدن مسائل علمی دیگری، از جمله جواز یا عدم جواز اخذ خسارت مازاد بر دیه را در پی دارد که خود، مطمح نظر و محل مناقشه بسیاری از صاحب‌نظران بوده و هست.

بررسی تفصیلی ماهیت حقوقی دیه - آن چنان که در این مقاله به آن پرداخته شده است - تاکنون چندان مورد توجه اصحاب قلم و اندیشه نبوده و

تنها در چند سال اخیر در موارد معدودی، برخی نویسندگان با اشاره‌ای کوتاه و اجمالی از آن گذشته‌اند. نگارنده در این مقاله، با بیان دلایل و مستندات صاحب‌نظران و حقوقدانان درباره ماهیت حقوقی دیه و همچنین ذکر موارد اختلاف و اشتراک دیه با قواعد مسئولیت مدنی و مجازاتهای مالی، به نقد و ارزیابی آنها پرداخته است و در پایان، دیدگاه برتر درباره ماهیت دیه را ذکر کرده است.

کلید واژگان: دیه، مجازات، کیفر، جبران خسارت، مسئولیت مدنی.

طرح مسئله

امروزه در میان مجامع حقوقی، این بحث مطرح شده که اساساً ماهیت دیه چیست؟ آیا دیه که اسلام آن را به عنوان یکی از نهادهای حقوقی اش مورد تأیید قرار داده است،^۱ برای مجازات مجرم وضع شده است تا اینکه او با پرداخت دیه، متنبه شده و احساس درد و رنج نماید یا اینکه دیه نه برای مجازات و تنبیه مجرم، بلکه به منظور جبران خسارتها و زیانهای است که از قبل عمل مرتکب به مجنی علیه یا اولیای وی وارد شده است؟

به طور کلی، در این باره، چهار نظریه از سوی صاحب‌نظران علم حقوق ارائه شده است. گروهی از حقوقدانان، دیه را دارای ماهیتی صرفاً مدنی و برخی دیگر، آن را واجد ماهیتی صرفاً جزایی بیان کرده‌اند. برخی نیز با تفصیل در این خصوص، در مواردی دیه را دارای جنبه مدنی و در مواردی دیگر، واجد جنبه کیفری دانسته‌اند. گروهی از حقوقدانان نیز ماهیتی دوگانه را برای دیه در تمام حالات و موارد آن پذیرفته‌اند.

مسلم است در صورتی که دیه، مجازات مرتکب باشد، عمل ارتكابی مستوجب دیه، جنبه جزایی و کیفری یافته، مرتکب، مجرم شناخته می‌شود، اما اگر دیه، جبران خسارت باشد؛ مانند سایر جبران خسارتها، جنبه مدنی داشته و مرتکب آن، عمل مجرمانه‌ای انجام نداده است و از این رو، اساساً عنوان مجرم بر وی صدق نمی‌کند.

۱. شایان یادآوری است که نهاد دیه پیش از ظهور اسلام نیز در بسیاری از جوامع و مذاهب سابقه داشته که در دین اسلام نیز مورد پذیرش و امضا قرار گرفته است (در این باره، ر.ک: احمد ادریس، ۱۳۷۷: ۵۳-۱۰۱؛ صالحی، ۱۳۷۶: ۲۶-۳۲).

ضرورت بحث از همین جاست؛ چرا که با پذیرش هر یک از حالات فوق، نتایج و آثار خاص و کاملاً متفاوتی بر مسئله مترتب می‌شود.

از جمله مهم‌ترین آثار مترتب بر پذیرش هر یک از نظریه‌های فوق در خصوص ماهیت دیه، بحثی است که امروزه با عنوان «جواز گرفتن خسارت مازاد بر دیه» در مجامع حقوقی و محاکم قضایی مطرح است. بحث است که آیا کسی که به واسطه ضرب و جرح دیگری، متحمل خساراتی گردیده است، می‌تواند پس از دریافت دیه‌ای که در شرع برای وی مقرر شده، مطالبه خسارت (به عنوان چیزی علاوه بر دیه) نیز بنماید یا خیر، بلکه شارع با معین کردن میزان دیه، راه را برای هرگونه دریافت خسارت مازاد بر دیه، بسته است.

حال چنانچه در بحث ماهیت دیه، به این نتیجه برسیم که دیه صرفاً یک مجازات است که بر مرتکب اعمال می‌شود، در این صورت باید گفت، طبق قواعد باب ضمان و مسئولیت مدنی، مجنی علیه می‌تواند افزون بر دیه، ضرر و زیانی را نیز که بر اثر عمل مرتکب، متوجه وی شده است، مطالبه کند، اما اگر دیه را یک نهاد حقوق مدنی بدانیم که شارع برای جبران خسارت زیان‌دیده مقرر کرده است، می‌توان گفت که چون میزان این جبران خسارت در شرع معین شده است، نمی‌توان چیزی علاوه بر دیه به عنوان جبران خسارت از مرتکب عمل مطالبه نمود. (البته شاید بتوان حتی دیه را نهاد حقوق مدنی دانست، ولی به مسئولیت مدنی مرتکب در خصوص هزینه‌ها نیز اعتقاد داشت که در جای خود توسط برخی صاحب‌نظران مطرح شده است).

به هر روی، با توجه به ثمره‌های عملی و مهمی که چیستی ماهیت دیه در پی دارد، در این نوشتار کوشیده‌ایم با بررسی نظریه‌های حقوقدانان و صاحب‌نظران در این زمینه، پاسخ این پرسش اساسی را درباره دیه بیابیم. بدین منظور، در چهار بخش، نظریه‌های ابراز شده در خصوص ماهیت دیه به همراه دلایل و مستندات ارائه شده را ذکر کرده و آنها را مورد نقد و بررسی قرار داده‌ایم.

۱. طرفداران دیدگاه جبران خسارت بودن دیه

در میان صاحب‌نظران و حقوقدانان، عده‌ای قائل‌اند که دیه ماهیتی صرفاً مدنی دارد.

از نظر اینان، دیه برای جبران ضرر و زیانهای بدنی تعیین شده است، نه چیز دیگر؛ از این رو، از دیه با عنوان «غرامت مالی» تعبیر آورده‌اند (گرجی، ۱۳۷۲: ۲۸۶)؛ برای مثال دکتر گرجی در کتاب دیات آورده است:

به نظر می‌آید که دیه را باید از قبیل تأدیبه خسارت و جبران ضرر و زیان به شمار آورد که جنبه حقوقی و مالی دارد، نه کیفری و جزایی (۱۳۸۰: ۵۱).

در دیدگاه این گروه، دیات، ضمان مدنی است؛ یعنی دیه، خواه در عوض قتل یا ضرب و جرح عمدی باشد که اولیای دم با مصالحه با جانی به جای قصاص خواستار آن گردیده‌اند و خواه در قبال قتل یا ضرب و جرح شبه عمد یا خطا باشد، در هر صورت، جنبه مدنی دارد و خسارت است، نه مجازات (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۱۶۸).

دلایل طرفداران دیدگاه جبران خسارت بودن دیه

طرفداران این دیدگاه برای اثبات مدعای خود، دلایلی را که بیانگر جنبه حقوقی دیه است، متذکر شده‌اند که بدانها اشاره می‌کنیم:

برخی در بیان این دلایل بیان داشته‌اند: در روایتهای وارده در باب دیات، مجازات بودن دیه مطرح نگردیده، بلکه از آنها استفاده می‌شود که دیه برای جبران ضرر و زیانهای بدنی تعیین شده است؛ زیرا در این روایات، اولاً دیه در برابر ارش قرار گرفته است و از آنها استفاده می‌شود که ارش برای جبران ضررها و زیانهای وارده بر بدن، درجایی که دیه تعیین نشده، در نظر گرفته شده است. پس همان طوری که ارش، یک نوع جبران خسارت و ضرر بدنی به شمار می‌رود، دیه نیز باید به قرینه مقابله- یک نوع جبران خسارت بوده باشد.

ثانیاً وضع مجازاتهای اسلامی همیشه در مقابل معصیت و گناه می‌باشد، در حالی که دیه در مقابل فعلهای خطایی یا شبه عمد قرار می‌گیرد.

ثالثاً عاقله که گاهی مسئول پرداخت دیه‌اند، خواه خویشاوندان جانی باشند و یا امام (دولت)، معنا ندارد که مجازات شوند و اگر دیه، مجازات باشد، باید گفت که افراد بی‌گناه از نظر فقه اسلامی قابلیت تعقیب کیفری را دارند که این بر خلاف عدالت و منطقی عقل مستقیم و فکر سلیم است. مضافاً اینکه در بسیاری از روایات به

«ضمان دیه» تعبیر شده است و ضمان، در مسئولیت مالی ظهور دارد، نه مجازات (مرعی شوشتری، ۱۳۷۶: ۱۸۹/۱).

برخی دیگر به دلایل دیگری استناد کرده‌اند؛ از جمله اینکه:

- علمای فقه برای پاره‌ای از انواع دیه، اصطلاح «ارش» را به کار برده‌اند. از نظر اینان، ارش به معنای غرامت و جبران خسارت است.

- دیه که در موارد خطا و شبه عمد از جانی اخذ می‌شود، ممکن نیست جنبه کیفری داشته باشد؛ زیرا عمل مرتکب اصولاً جرم به معنی اخص و دقیق کلمه نیست؛ چرا که در جرم، عنصر روانی عدوان و تجاوز لحاظ شده و قصد آزار دادن و ارتکاب اعمال خلاف شرع و قانون در آن موجود است و قتل و جرحی که در آن، مرتکب اصلاً قصد سوئی نداشته و بر خلاف میل باطنی‌اش پدید آمده، هرگز نمی‌تواند از قبیل جرم و جنایت محض به شمار آید.

- اگر دیه جنبه عقوبت محض داشته باشد، دیگران را نباید به پرداخت دیه جنایتی که از جانی سر زده است، محکوم کرد، حال آنکه در قتل و ایراد ضرب و جرح خطای محض، دیه بر عاقله است و در عمد و شبه عمد نیز اگر جانی فرار کند یا نتواند دیه را بپردازد، از سوی عاقله و در مواردی از بیت‌المال، پرداخت می‌شود.

- اگر دیه مجازات محض باشد، در صورت فوت جانی باید دیه ساقط گردد، حال آنکه دیه ساقط نمی‌شود، بلکه مانند سایر دیون مدت‌دار، حال می‌شود و از ترکه جانی خارج و به مجنی‌علیه یا اولیای او پرداخت می‌شود.

- در قتل یا جرح عمد که مجازات آن قصاص است، اولیای دم می‌توانند با جانی بر دیه تراضی کنند. با این تراضی، مجنی‌علیه یا اولیای دم، جنایت را عفو می‌کنند و جنبه کیفری (قصاص) را از میان می‌برند و تنها تأدیه خسارت ناشی از تلف جان یا عضو باقی می‌ماند که مال یا مبلغی به مجنی‌علیه یا اولیائش به عنوان دیه پرداخت می‌شود. حال چنانچه دیه را کیفر به شمار آوریم با عفو منافات دارد.

- معمولاً در مسائل کیفری که مبلغی به عنوان جریمه گرفته می‌شود، عائد خزانه دولت می‌شود و به دولت تعلق می‌گیرد، نه به شخص مجنی‌علیه، اما دیه به مجنی‌علیه یا اولیای وی داده می‌شود. پس جنبه تاوان در آن غالب است

همچنین برای اثبات این نظر، مؤیدات دیگری نیز ابراز شده است که در زیر آنها را بیان می‌کنیم:

- در تعیین میزان دیه و اِعمال آن، ضوابط و مقرراتی وجود دارد که ماهیت آن را به خسارت نزدیک‌تر می‌کند تا مجازات؛ برای مثال، برابر موازین شرعی، دیه زن نصف دیه مرد است و در دیه اعضا، هنگامی که مقدار دیه بیشتر از یک سوم شود، دیه زن به نصف کاهش می‌یابد و یکی از توجیحات این امر، آن است که از بین بردن مرد یا اعضای بدن وی، از نظر اقتصادی لطمه بیشتری به خانواده وی وارد می‌کند تا از بین بردن زن یا اعضای بدن او؛ یعنی ملاک تعیین مقدار دیه، توان اقتصادی مجنی‌علیه است و این قرینه‌ای است بر اینکه دیه، نوعی خسارت مالی است، نه مجازات.

- یک اصل مسلم شرعی و قانونی می‌گوید که مجازات تنها در مورد کسانی اعمال می‌شود که شرایط عمومی تکلیف را داشته باشند؛ بنابراین، هرگز نمی‌توان مجازات را بر کودک، دیوانه و نظایر اینها تحمیل کرد، در حالی که این افراد به پرداخت دیه ملزم می‌شوند و پرداخت دیه از سوی ایشان (به توسط عاقله) منتفی نیست. اگرچه این دیه از سوی شخص جانی پرداخت نمی‌شود، به گونه‌ای نیست که بتوان گفت، مسئولیت به کلی منتفی می‌شود.

- مجازات، خود به خود، بر جرم مترتب است و اِعمال آن به درخواست مجنی‌علیه نیازی ندارد (مگر در موارد خصوصی)، حال آنکه دیه، چنین خصوصیتی ندارد و در صورتی مورد حکم قرار می‌گیرد که مجنی‌علیه یا قائم مقام وی، آن را درخواست کرده باشد. این وضعیت، از خصوصیات خسارت است و اگر دیه مجازات بود، حکم بر آن به تقاضای افراد ذی‌نفع نیازمند نبود.

- در اکثر مواردی که دیه لازم می‌شود، کفّاره نیز در کنار آن واجب است. پس اگر دیه، مجازات بود، نیازی به کفّاره نبود. این امر که شارع، کفّاره را در کنار دیه واجب کرده است، بدین دلیل است که دیه، صرفاً خسارت است و شارع برای اِعمال مجازات نسبت به جانی، کفّاره را نیز واجب کرده است. البته پرداخت کفّاره،

حکمی شرعی است که ضمانت اجرایی ندارد، اما در بسیاری موارد، افزون بر پرداخت دیه، حکم به مجازات حبس یا جزای نقدی نیز داده می‌شود.

- مقدار دیه در قتل شبه عمد و خطای محض یکسان است، در حالی که میزان تقصیر در قتل شبه عمد بیشتر از خطای محض است. این امر، بیانگر خسارت بودن دیه است؛ چون اگر دیه مجازات باشد، باید بر اثر تشدید تقصیر، میزان دیه نیز تشدید شود.

- اگر دیه مجازات باشد، باید بتوان همچون سایر مجازاتهای نقدی، چنانچه مجرم به دلیل عجز از پرداخت بازداشت شود، به تناسب ایام بازداشت وی، از مقدار دیه کسر کرد، حال آنکه هیچ کس چنین چیزی را قبول ندارد (زراعت، ۱۳۷۸: ۳۵-۴۱). یکی دیگر از نویسندگان نیز که به ماهیت مدنی دیه معتقد است، در ضمن نوزده دلیل، در اثبات نظریه خود کوشیده است. برخی از این دلایل و مستندات، در ضمن دلایل فوق مطرح شد. برخی دیگر از آنها عبارت است از:

- شهادت زنان فقط در دیات پذیرفته می‌شود، نه قصاص و سایر کیفرها؛ بنابراین، قبول شهادت زن در اعمال مستوجب دیه، نشان‌دهنده این است که دیه، در زمره جرایم نیست؛ چرا که شهادت زنان بر خلاف مسائل مالی، در جنایتهای عمدی موجب کیفر پذیرفته نمی‌شود. این بدان معناست که هیچ فرقی میان دیه و هر حق مالی دیگر وجود ندارد.

- کفالت در دیات پذیرفته می‌شود، همانند پذیرش کفالت در مسائل غیر کیفری، در حالی که کفالت در جنایات موجب کیفر پذیرفته نمی‌شود. این امر نیز بیانگر غیر کیفری بودن ماهیت دیه است.

- در قتل و ضرب و جرح عمدی که کیفر آن، قصاص است، چنانچه با عفو و گذشت مجنی علیه یا اولیای دم، قصاص ساقط شود، جانی مستحق تعزیر می‌گردد. توضیح آنکه در قصاص، حق الله و حق الناس با هم جمع شده است؛ از این رو، در چنین مواردی، چون حق الناس که عبارت است از اجرای قصاص، بر حق الله که عبارت است از تعزیر جانی، به اجماع جمیع فقها غلبه می‌یابد و جانی باید قصاص گردد. اما در جایی که مجنی علیه یا اولیای وی، حق خود را می‌بخشند و از اجرای

قصاص صرف نظر می کنند، حق الله همچنان باقی است و به همین سبب است که جانی، تعزیر می گردد. پس نتیجه گرفته می شود که دیه ای که در این صورت از جانی اخذ می گردد، مجازات نیست، بلکه جبران خسارت است؛ چرا که مجازات جانی، همان تعزیری است که بر وی اجرا می گردد.

- کیفر به تعدد ضرر ناشی از فعل واحد غیر مشروع، متعدّد نمی شود؛ از این رو، کیفر کسی که جمعی را بکشد، از کیفر قتل نفس واحد بیشتر نمی شود. در حالی که دیه با تعدد ضرر ناشی از فعل واحد، متعدّد می شود؛ مثلاً هر گاه بر یک فعل، چند ضرر مترتب شود، به تعداد ضررها، دیه واجب می گردد (احمد ادریس، ۱۳۷۷: ۳۵۳-۳۷۰). آنچه بیان شد، تقریباً اهمّ دلایل، مستندات و قرائنی بود که طرفداران ماهیت صرفاً مدنی و حقوقی دیه به آن استناد کرده و نظر خود را بر آن استوار ساخته اند. ملاحظه می کنیم که موارد مطرح شده، تقریباً همگی صحیح و محکم بود، اما آیا با استناد به این دلایل می توان گفت که دیه، فقط خسارت محض است و مجازات نیست؟ و آیا طرفداران مجازات بودن دیه به این دلایل مُتقن طرفداران نظریه خسارت محض بودن دیه توجه نکرده اند یا آنکه آنان نیز برای ادعای خود دلایلی دارند؟ این مطلب، چیزی است که در بخش دوم از همین نوشتار به آن می پردازیم، لکن قبل از آن برای تکمیل بحث ماهیت مدنی دیه و جبران خسارت بودن یا نبودن آن، شباهتها و تفاوتهای موجود میان دیه با قواعد مسئولیت مدنی را بررسی می کنیم.

موارد اختلاف و اشتراک دیه با قواعد مسئولیت مدنی

هرچند در ضمن بیان دلایل معتقدان به جبران خسارت بودن دیه، عموماً مواردی از اشتراک دیه با قواعد مسئولیت مدنی بیان شد، به دلیل اهمیت بحث و ناقص بودن موارد بیشتری از اشتراک و اختلاف دیه با قواعد مسئولیت مدنی را فهرست وار بیان می کنیم.

الف) موارد اشتراک

۱. از جمله شرایط و ارکان تحقق مسئولیت مدنی، ورود ضرر یا خسارت، ارتکاب فعل زیانبار و وجود رابطه سببیت بین ضرر حاصل شده و فعل زیانبار است و

این شرایط، همگی در تحقق ضمان دیات نیز وجود دارد؛ بدین توضیح که باید فعلِ جانی به لطمات و صدمات بدنی یا جنایت بر اعضا و منافع مجنی علیه منجر شود و بین جنایت و صدمات و فعلِ جانی، رابطهٔ سببیت وجود داشته باشد تا بتوان فاعل یا عاقلهٔ او را به پرداخت دیه حسب مورد محکوم کرد.

۲. در قواعد مسئولیت مدنی، همان طور که فوتِ ضررزننده مانع از پرداخت خسارت به متضرر نمی‌گردد، بلکه مالی که به عنوان خسارت مدنی تعیین شده، باید از اموال متوقّی اخذ گردد، در دیات نیز با فوت جانی، دیه از ترکهٔ او گرفته می‌شود و به مجنی علیه یا اولیای دم او پرداخت می‌شود.

۳. دیه نیز همانند قواعد مسئولیت مدنی، چون از جملهٔ حقوق الناس است و به مجنی علیه پرداخت می‌شود، جنبهٔ خسارت دارد؛ از این رو، مشمول عفو، تخفیف یا تعلیق مندرج در قانون مجازات اسلامی نمی‌شود (درخشان‌نیا، ۱۳۷۶: ۵۰-۵۱).

ب) موارد اختلاف

۱. دایرهٔ خساراتی که به موجب مسئولیت مدنی، قابل مطالبه است، بسیار وسیع و فراگیر بوده، کلیهٔ صدمات وارده به جان، مال، سلامتی، آزادی، حیثیت، شهرت تجاری یا هر حقّ دیگر قانونی افراد را در بر می‌گیرد،^۱ در حالی که دیه تنها در مقابل جنایت واقع بر نفس یا اعضا قابل مطالبه است و سایر زیانها را در بر نمی‌گیرد.

۲. در مسئولیت مدنی، مقصّر به جبران ضررهای حاصله از کار خود موظّف است و از این نظر، بین اضرار عمدی و غیر عمدی تفاوتی نیست، در حالی که در ضمان دیات، دیه به عنوان حکم شرع و اثر قهری جنایت، به اضرار غیر عمدی (خطا و شبه عمد) اختصاص دارد و حکم شرعی و اثر قهری اضرار عمدی در این موارد، قصاص است.

۳. ترک فعل، موجب ایجاد ضمان نسبت به پرداخت دیه نمی‌گردد، اما در

۱. مادهٔ ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوّب ۱۳۳۹ مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوّز قانونی عمداً یا در نتیجهٔ بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارّتی و یا هر حقّ دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

مسئولیت مدنی، انجام دادن فعل و ترک کردن فعل، در صورت وجود تفصیر، ایجاد مسئولیت مدنی را موجب می‌شود.

۴. در ضمان دیات، دیه به عنوان خسارت شرعی از پیش برای قتل نفس و صدمات و جراحات بدنی تعیین شده و مقدار آن، مضبوط و تغییرناپذیر است، مگر در مواردی که پرداخت ارش لازم است، اما در مسئولیت مدنی، میزان خساراتی که زیان دیده می‌تواند مطالبه کند، از قبل معین نیست، بلکه مقدار آن، پس از تعیین میزان زبانی است که دادگاه به جبران آن حکم می‌دهد.

۵. از نظر مرجع رسیدگی کننده که دادگاه کیفری یا حقوقی است و نیز آیین دادرسی حاکم بر آن، بین این دو مسئولیت تفاوت هست؛ برای نمونه، در صورت امتناع جانی از پرداخت دیه، می‌توان وی را تا زمان پرداخت آن، بازداشت کرد، اما در مورد خسارت ناشی از مسئولیت مدنی، چنین نیست و قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام دادن تعهدات و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۲، حاکم است (همان).

بنابراین، از آنچه گفته شده، این نتیجه به دست می‌آید که به رغم وجود شباهتهایی میان دیه و مسئولیت مدنی، تفاوت‌های بسیاری نیز بین این دو وجود دارد که نمی‌توان این دو مسئولیت را کاملاً بر یکدیگر منطبق دانست.

۲. طرفداران دیدگاه مجازات بودن دیه

در مقابل طرفداران دیدگاه ماهیت مدنی دیه، عده‌ای از حقوقدانان نیز به «مجازات بودن دیه» معتقدند. به نظر اینان، دیه صرفاً یک کیفر جزایی است؛ از این رو، برخی از آن به «کیفر نقدی» تعبیر کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۳۲۲). البته باید گفت که طبق این دیدگاه، دیه در جنایات شبه عمد و خطا، کیفر اصلی مرتکب است، ولی در جنایات عمد، اگر اولیای مقتول یا شخص مجنی علیه با جانی به جای قصاص، در پرداخت دیه توافق و مصالح کنند، کیفر بدلی شمرده می‌شود (فیض، ۱۳۶۸: ۱۳۵/۱).

در ذیل به دلایل، مستندات و قرائنی که این گروه برای اثبات مدعای خود به آن استناد کرده‌اند، می‌پردازیم.

دلایل طرفداران دیدگاه مجازات بودن دیه

اینان در بیان دلایل و مستندات خود، علاوه بر استناد به ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی که دیه را در زمره مجازاتها منظور کرده است، می‌گویند:

قتل عمد، موجب قصاص است و اگر قاتل عمدی فوت شود، قصاص ساقط می‌شود. حال اگر اولیای دم با تراضی از قصاص صرف نظر کنند و در عوض، مطالبه دیه قتل نفس نمایند، آیا به دنبال ساقط شدن قصاص، دیه هم ساقط می‌شود یا خیر؟ بدیهی است که اگر دیه را نوعی مجازات بدانیم، با فوت قاتل، دیه از بین می‌رود، ولی اگر دیه را نوعی جبران خسارت بدانیم، با فوت قاتل از بین نمی‌رود و از مال قاتل در صورت وجود مال یا از الاقرب فالاقرب و یا از بیت‌المال باید پرداخت شود، در صورتی که قانونگذار به صراحت دیه را نوعی مجازات شناخته و در ماده ۲۵۹ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «هرگاه کسی مرتکب قتل موجب قصاص شده است، بمیرد، قصاص و دیه ساقط می‌شود» (شامبیاتی، ۱۳۷۴: ۳۲۰/۱).

بعضی دیگر نیز در ذکر دلایل مجازات بودن دیه آورده‌اند:

- با توجه به مصوبات قانونی قبل از اسلام، از قانون حمورابی گرفته تا قانون یهود و قانونهای دیگر، مسئله دیه برای تنبیه متهم و دلجویی از مجنی علیه مطرح بوده و به عنوان مجازات و کیفر تلقی شده است؛ از این رو، شرع هم آن را نوعی مجازات دانسته است.

- پس از تشریح دیه در شرع مقدّس، دانشمندان حقوق اسلامی، دیات را در کنار مجازاتهای دیگر اسلامی (حدود، قصاص و تعزیرات) ذکر کرده، آن را نوعی مجازات می‌دانند.

- آیه «جزاء سیئة سیئة مثلها» (شوری / ۴۰) به مجازات بودن دیه اشاره دارد. مدلول آیه این است که هرگاه شخصی، عمداً دست کسی را قطع کند، باید دست او را قطع کرد. پس زمانی که مجنی علیه بخواهد یک درجه تخفیف بدهد، چه باید بکند؟ شرع در اینجا با وضع دیه، راه تخفیف را معین کرده است؛ بدین گونه که در صورت رضایت، می‌توان از قصاص گذشت و دیه گرفت، پس در حقیقت، دیه هم نوعی مجازات تلقی شده است، اما مجازاتی خفیف‌تر.

اگر نظر عرف را در چپستی دیه‌ای که از جانی عمد در صورت گذشت اولیای دم و غیر عمد برای جنایتش گرفته می‌شود، جو یا شویم، به این نتیجه می‌رسیم که مردم نیز معتقدند دیه، یک نوع مجازات است که بر مجرم اعمال شده است.

در شرع مقدّس، پدر را به دلیل قتل فرزندش قصاص نمی‌کنند. در اینجا شرع، اهمّیت رابطه پدری و فرزندی را با اهمّیت قتل سنجیده و به دیه حکم کرده است؛ یعنی پدر باید دیه پردازد و خودش هم حقّی از این دیه ندارد. شرع مقدّس در حقیقت، می‌خواهد پدر را با این حکم مجازات کند، ولی با در نظر گرفتن رابطه پدری و فرزندی، در مجازات یک درجه تخفیف می‌دهد؛ بنابراین، می‌بینیم که دیه هم نوعی مجازات به شمار آمده است.

شرع مقدّس در مورد جنایت بر حیوان و میّت، دیه تعیین کرده است. البته جنایت به حیوان یا میّت، در تمام دنیا عملی خلاف و قابل تعقیب است و چون شخص مورد نظر، مرتکب گناهی شده، طبق نظر شرع مقدّس باید توبه کند و دیه هم پردازد و این، نشانه مجازات بودن دیه است.

مواد ۱، ۱۲ و ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی به مجازات بودن دیه اشاره کرده است.

وقتی هدف مجازات تنبیه مجرم باشد، می‌توان دیه را هم نوعی مجازات دانست؛ چون تنبیه او را در پی دارد (صالحی، ۱۳۷۶: ۴۵-۵۰).

یکی از تفاوت‌های اساسی مجازات و خسارت، آن است که میزان خسارت بر خلاف مجازات، در شرع و قانون مشخص نشده است، بلکه پس از وقوع سبب خسارت، میزان آن تعیین می‌شود. دیه نیز با توجّه به اینکه دارای میزان و مقدار مشخصی است، طبیعتاً از نوع مجازات است و اگر جنبه خسارت داشت، نباید میزان معینی برای آن ذکر شود.

اگر دیه را خسارت به شمار آوریم، عوضی خواهد بود که در مقابل نفس یا اعضای بدن قرار می‌گیرد، اما طبیعی است که جان انسان آن قدر گرامی و ارزشمند است که هیچ مالی نمی‌تواند عوض آن قرار گیرد؛ بنابراین، دیه را نمی‌توان به عنوان خسارت و در مقابل جان و اعضای بدن قرار داد؛ زیرا هیچ تناسبی میان عوض و

معوّض نخواهد بود.

- اگر دیه خسارت باشد، باید هنگام اجرای آن، حقّ اجرا پرداخت شود، حال آنکه دیه همچون سایر مجازاتهای نقدی، بدون پرداخت حقّ اجرا، قابلیت اجرا دارد (زراعت، ۱۳۷۸: ۳۱-۳۴).

دلایل و قرائنی که ذکر شد، عمده دلایلی بود که طرفداران دیدگاه مجازات بودن ماهیت دیه به آن تمسّک کرده‌اند که البته بعضی از آنها، بر ماهیت کیفری دیه دلالتی ندارد، بلکه تنها جنبه قرینه و اماره بر این امر دارد. به هر حال، مستندات فوق، اعم از دلایل و قرائن، همگی نشانه‌ای بر اثبات ماهیت کیفری دیه دارد.

اما انتقاد وارد بر این دیدگاه همانند دیدگاه ماهیت صرفاً مدنی دیه، این است که یک‌جانبه‌گرایانه است؛ به سخن دیگر، طرفداران دیدگاه ماهیت صرفاً کیفری دیه، در مورد دلایلی که نشان‌دهنده جنبه مدنی و جبران خسارت بودن دیه مطرح شده، ساکت‌اند. همچنین به موارد اختلاف دیه با مجازات نیز توجه نکرده‌اند؛ بنابراین، لازم است، موارد اختلاف و اشتراک دیه با مجازاتهای مالی ذکر شود.

موارد اختلاف و اشتراک دیه با مجازاتهای مالی

بعضی از موارد اشتراک دیه با مجازاتهای مالی از نگاه صاحب‌نظران حقوقی بیان شد. حال، به تفصیل به بیان آنها و همچنین وجوه اختلاف و تمایز میان آنها می‌پردازیم.

الف) موارد اشتراک

شباهتهای عمده میان دیه و جزای نقدی را می‌توان به شرح زیر بیان کرد:

۱. دیه مانند جزای نقدی، در قانون پیش‌بینی شده و مقدار آن مشخص و معین است.

۲. اگر محکوم‌علیه از پرداخت جزای نقدی امتناع ورزد، بازداشت می‌شود. این امر، در مورد امتناع از پرداخت دیه نیز صادق است.

۳. آیین دادرسی حاکم بر هر دو، آیین دادرسی کیفری است (درخشان‌نیا، ۱۳۷۶:

ب) موارد اختلاف

مهم‌ترین تفاوت‌های موجود میان جزای نقدی و دیه بدین شرح است:

۱. جزای نقدی، وجه نقدی است که محکوم‌علیه پرداخت می‌کند، ولی دیه، موارد ششگانه‌ای است که در شرع تعیین شده است (ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی).
۲. اصل شخصی بودن مجازات‌ها که از اصول حاکم بر مجازات‌هاست، در مورد جزای نقدی رعایت می‌شود، اما این اصل، در مورد دیه (خطای محض) به لحاظ تحمیل آن بر عاقله رعایت نمی‌شود، حتی در برخی از موارد، دولت در صورتی که شرایط عاقله برای پرداخت دیه فراهم نباشد، پرداخت آنها را بر عهده می‌گیرد.
۳. موارد اعمال دیه صرفاً در مورد جنایت بر انسان و یا بعضاً حیوان می‌باشد، ولی جزای نقدی به عنوان نوعی مجازات تعزیری، دارای وسعت و قلمروی نامحدود است.
۴. مجازات نقدی قابل اسقاط نیست، ولی دیه قابل اسقاط است و صاحب آن (مجنی علیه یا اولیای وی) می‌تواند از آن صرف نظر کند.
۵. پرداخت دیه به مطالبه صاحب حق منوط است، ولی مجازات نقدی بدون درخواست مجنی علیه و متضرر از جرم، معین می‌شود.
۶. جزای نقدی مصالحه‌پذیر نیست، در حالی که میزان دیه می‌تواند به تراضی طرفین تعیین شود و کمتر یا بیشتر از میزان مقرر قانونی باشد.
۷. مجازات نقدی، عفو، تعلیق و تخفیف و تشدید را می‌پذیرد، در حالی که دیه از این گونه تأسیسات حقوق جزای عرفی مستثنا می‌باشد (به جز مسئله تغلیظ دیه در ماههای حرام که تا یک سوم موجب تشدید دیه است).
۸. در جریمه نقدی، اصل بر فوریت اجراست، ولی در دیه حسب موارد، مهلت‌های قانونی یک سال، دو سال و سه سال وجود دارد (مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی).
۹. مجازات نقدی بر ترکه تعلق نمی‌گیرد تا با فوت محکوم‌علیه از آن برداشت شود، لکن دیه از وراث جانی مطالبه می‌شود و به ترکه وی تعلق می‌گیرد.
۱۰. جریمه نقدی به دولت اختصاص دارد و به خزانه واریز می‌شود، در حالی که دیه حق مجنی علیه یا اولیای دم است.
۱۱. میزان دیه ثابت است، ولی جزای نقدی ممکن است دارای حداقل یا

حداکثر باشد و به صورت نسبی تعیین گردد.

۱۲. روزهای بازداشت محکوم علیه به علت عدم پرداخت جزای نقدی، از میزان آن می کاهد، اما در صورتی که محکوم علیه به علت پرداخت دیه بازداشت گردد، توقیف او از مبلغ دیه نمی کاهد.

۱۳. دیه برای جنایات خطای محض پرداخت می گردد، اما در موارد خطای محض، با توجه به عنصر روانی جرم (قصد سوء) موردی برای پرداخت جریمه نقدی وجود ندارد.

۱۴. هدف اولیه از دیه، رضایت خاطر و احقاق حق مجنی علیه یا اولیای دم است، ولی هدف اولیه از جریمه نقدی، مبارزه با آشوبهای اجتماعی و دفاع از جامعه است.

۱۵. نمی توان جریمه نقدی را بیمه کرد، ولی دیه را می توان در عقد بیمه به عنوان مورد بیمه تعیین کرد؛ توضیح آنکه اصولاً مجازاتها را نمی توان بیمه کرد که از جمله آنها جزای نقدی می باشد. حال اگر دیه نیز مجازات محض می بود، نباید به عنوان مورد بیمه در عقد بیمه تعیین می شد (همان: ۴۲-۴۳).

این تفاوت‌های اساسی بین دیه و جزای نقدی، آشکار می سازد که نمی توان دیه را مجازات نقدی قلمداد کرد و این، بدین معنا نیست که دیه را نمی توان جزء مجازاتها قلمداد کرد و آن را کلاً فاقد جنبه کیفری دانست؛ چرا که بین دیه و مجازات شباهتهایی وجود دارد که از آنها نیز نمی توان غافل شد.

۳. طرفداران تفکیک در ماهیت دیه و دلایل آنها

بعضی احتمال دیگری را درباره ماهیت دیه مطرح کرده اند؛ این احتمال که ماهیت دیه در همه موارد یکسان نیست، بلکه در حالت‌های مختلف، ماهیت جداگانه ای دارد. در مورد چگونگی این تفکیک در ماهیت دیه، آرای مختلفی ارائه شده است که به آنها اشاره می کنیم:

الف) یک صورت تفکیک بدین گونه است که برای دیه، دو حالت تصور شود:

۱. دیه ای که از سوی غیر جانی، مانند عاقله یا از بیت المال پرداخت می شود.

این دیه، ماهیت خسارت بودن را دارد و شائبه مجازات بودن در آن راه ندارد؛

زیرا هدف چنین دیه‌ای، جبران خسارتهای وارد بر معنی علیه است، نه تنبیه عاقله. همچنین پرداختن دیه از سوی عاقله نه هدف مادی مجازات را تأمین می‌کند، نه هدف اخلاقی آن را.

۲. دیه‌ای که از سوی شخص جانی پرداخت می‌شود.

این دیه، خسارت کیفری است؛ یعنی چیزی که برخی از ویژگیهای خسارت و نیز برخی از ویژگیهای مجازات را دارد. چون خسارت است، سبب می‌شود که نتوان آن را مجازات محض به شمار آورد؛ مثلاً نمی‌توان آن را به صندوق دولت واریز کرد یا آن را بر ترکه متوفی تحمیل نکرد و چون مجازات است، نمی‌توان آن را خسارت محض دانست؛ مثلاً نمی‌توان قاتل را در قبال عدم پرداخت آن بازداشت نکرد یا میزان معین و ثابتی برای آن قرار نداد.

ب) احتمال دیگر برای تفکیک در ماهیت دیه، آن است که دیه بدل از قصاص (اعم از قهری یا قراردادی) مجازات مالی به شمار می‌رود، اما در سایر موارد خسارت محض است.

ج) احتمال سوم، این است که دیه، چنانچه ناشی از جرم باشد، مجازات است، اما اگر ناشی از شبه جرم باشد، خسارت است.

مهم‌ترین دلیلی که سبب شده این گروه، در ماهیت دیه به تفکیک معتقد شوند، ویژگیها و خصوصیات مندرج در دیه است؛ به طوری که آن را چنان نموده که برخی از ویژگیهای مجازاتها و برخی از ویژگیهای خسارات را در بر دارد؛ از این رو، تمام دلایل مورد تمسک طرفداران مجازات محض بودن دیه و طرفداران ضمان مدنی بودن دیه در اثبات نظر خود، صحیح به نظر می‌رسد. به همین سبب، طرفداران تفکیک در ماهیت دیه، از طرفی برای جمع میان این دو گروه و رفع انتقادهای وارد بر هر نظریه و از طرف دیگر، به سبب حالات مختلفی که دیه دارد (دیه بدل از قصاص، دیه ناشی از شبه عمد و دیه ناشی از خطای محض)، دیدگاه تفکیک در ماهیت دیه را مطرح کرده‌اند.

اشکال وارد بر هر سه احتمال مذکور، آن است که ماهیت دیه را منفک می‌کند؛ چرا که اگر دیه، خسارت است، باید در همه جا خسارت و اگر مجازات است، در

همه جا باید مجازات باشد و اگر هر دو خصوصیت را دارد، در همه جا باید به همین شکل باشد و نمی‌توان در موارد مختلف، همچنان که دیدیم، به تفکیک قائل شد (زراعت، ۱۳۷۸: ۴۳-۴۴).

انتقاد فوق، انتقاد صحیحی به نظر می‌رسد؛ چرا که دیه، یک نهاد حقوقی است که بسیط و ساده است، نه مرکب؛ از این رو، نمی‌توان در جاهای مختلف و در شرایط مختلف، ماهیتهای جداگانه برای آن در نظر گرفت؛ چون اگر دیه را دارای هر ماهیتی بدانیم، باید در همه جا بر همان ماهیت، انطباق‌پذیر باشد؛ یعنی با شرایط و در حالات مختلف، چهره ماهیتی دیگری نیابد، بلکه چنان باشد که با ماهیت فراگیرش، قابل صدق بر تمام حالاتش باشد.

۴. طرفداران ماهیت دوگانه دیه و دلایل آنها

در میان حقوقدانان و صاحب‌نظران، عده‌ای هم هستند که معتقدند «دیه، ذوجنبتین است؛ یعنی هم جنبه کیفری دارد و مجازات مجرم است و هم جنبه مدنی دارد و جبران ضرر و زیان مجرم را می‌کند» (بازگیر، ۱۳۷۶: ۱۸).

اینان دیه را نهاد حقوقی مستقل و جداگانه‌ای می‌دانند که نه در گروه مجازاتهای صرف می‌گنجد و نه در حیطه ضمانتهای مدنی و جبران خسارتهای صرف (اباذری فومشی، ۱۳۷۹: ۳۶۲).

یکی از طرفداران این دیدگاه، پس از تصریح به اینکه بهترین گزینه در مورد ماهیت حقوقی دیه، پذیرش ماهیت دوگانه برای دیه است، بیان می‌دارد:

دیه از یک سو، مجازات است؛ به خاطر اینکه جزایی است مقدر و معین که در مقابل ارتکاب جرم مقرر شده است و حتی اگر مجنی‌علیه گذشت نماید، باز می‌توان جانی را به مجازات تعزیری محکوم نمود، در حالی که اگر دیه مجازات نبود، بدون درخواست مجنی‌علیه نمی‌توانستیم حکم به تعزیر جانی کنیم و جایز نبود که با گذشت مجنی‌علیه، مجازاتی تعزیری بر جانی تحمیل کنیم. از سوی دیگر، دیه، خسارت مدنی و عوض است؛ به خاطر اینکه دیه، مالی است که به طور کامل به مجنی‌علیه تعلق می‌گیرد و همچنین اگر مجنی‌علیه از حق خود در گرفتن دیه صرف‌نظر کند، نمی‌توان جانی را به پرداخت دیه محکوم کرد (عوده، ۱۴۱۹: ۶۶۹/۱).

همچنین طرفداران این دیدگاه در مقام دفاع از نظریه خود، طرفداران دیدگاههای صرفاً حقوقی دیه و صرفاً کیفری در ماهیت دیه را مورد انتقاد قرار داده و آنان را دچار افراط و تفریط دانسته‌اند. اینان اشکالاتی را که به هر دو دیدگاه وارد است، برای رد آن دو برشمرده‌اند که به این اشکالات، در مباحث قبلی پرداخته شد.

علاوه بر این، ایراد عمده‌ای که به طرفداران این دیدگاهها وارد می‌کنند، این است که اگر دیه تنها کیفر جرم قتل و جرح باشد که به وسیله قربانی آن انتخاب می‌شود، زیان‌دیده یا شاکی می‌تواند هم دیه را بگیرد و هم زیان ناشی از جرم را؛ نتیجه‌ای که پذیرش آن، برخلاف اصول مسئولیت مدنی است؛ چرا که هدف از مسئولیت مدنی، جبران ضرر است، نه تحصیل سود برای زیان‌دیده. پس نمی‌توان ضرری را که به گونه‌ای جبران شده است، مطالبه کرد. دادن دیه، تمام یا دست‌کم بخشی از زیان قربانی جرم را جبران می‌کند و زمینه ضمان مجرم را از بین می‌برد. از طرف دیگر، اگر دیه فقط برای خسارت باشد، باز این اشکال پدیدار می‌شود؛ زیرا نتیجه منطقی این نظر، امکان جمع دیه با قصاص، حدود و تعزیرات است، در حالی که قانون، این امکان را نپذیرفته و در واقع، اختلاط مجازاتها را منع کرده است. قانونگذار در قتل و ایراد ضرب و جرح عمدی، دیه را کفه مقابل قصاص ساخته و به شاکی اجازه داده است که یکی از آن دو را انتخاب کند. نتیجه نامعقول دیگر، این است که باید پذیرفت که در جامعه اسلامی، آنچه قصاص ندارد، مانند کشتن کافر ذمی و دیوانه، جرم نباشد و مرتکب تنها باید خسارت ناشی از فعل خود را جبران کند، در حالی که قانون، این نتیجه نامعقول را رد می‌کند (مواد ۲۲۰ و ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی) و با دادن عنوان قتل، اعمال یادشده را در زمره جرایم می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶۴/۱).

همچنین طرفداران دیدگاه ماهیت دوگانه دیه، برای اثبات نظر خود از قرائنی نیز استفاده می‌کنند که آنها را بیان می‌کنیم:

۱. موادی از قانون مجازات اسلامی که در مورد دیه وجود دارد، در ظاهر، پیرامون ماهیت دیه به تناقض‌گویی افتاده است؛ به گونه‌ای که بعضی به خسارت بودن و بعضی به مجازات بودن دیه اشاره دارد؛ بنابراین، به نحوی باید میان این تناقضهای ظاهری جمع کرد و بهترین راه جمع میان این مواد، آن است که دیه را

دارای ماهیتی مرکب از مجازات و خسارت بدانیم.

۲. تأمل در ادله مجازات یا خسارت بودن دیه، به خوبی از این امر حکایت دارد که هیچ یک از این دلایل را نمی توان به عنوان دلیل معتبر قانونی یا حجت شرعی دانست، بلکه هر کدام از آنها قرینه‌ای است که دیدگاه مجازات یا خسارت بودن دیه را تقویت می کند. از طرفی، همان گونه که ملاحظه شد، هر قرینه‌ای در مقابل خود، قرینه مخالفی دارد؛ بنابراین، هر یک دیگری را خنثی می سازد. از این رو، بهتر است از انحصار دیدگاه دست برداشت و هر دو دیدگاه را با یکدیگر تلفیق کرد.

۳. چون دیه مجازات محض یا خسارت محض نیست، بسیاری از صاحب نظران و مراجع رسمی به تناقض گویی افتاده اند؛ مثلاً اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به بعضی از استعلامهای به عمل آمده، گاهی دیه را مجازات می داند و گاهی آن را دین و خسارت معرفی می کند که این تناقض، نشانه ماهیت مرکب دیه از مجازات و خسارت است (زرعت، ۱۳۷۸: ۴۱-۴۲).

طرفداران این دیدگاه قائل اند که انتقادهای وارد بر دو نظریه مربوط به وحدت ماهیت دیه و همچنین انتقادهای ذکر شده در بالا، همه، نشان دهنده این است که دیه، ماهیتی دوگانه و مرکب دارد؛ از این رو، اینان از طرفی، دیه را مجازات می دانند که از ارتکاب جرم قتل و جرح و اتلاف جان و مال دیگران مانع می شود و از طرف دیگر، آن را جبران ضرر و زیان شاکی قلمداد می کنند.

اما در پاسخ به سؤال از چگونگی امکان ماهیت ترکیبی و دوگانه دیه، بیان شده که لازم نیست همه نهادهای حقوقی از جمله دیه را به یکی از دو ماهیت مدنی یا کیفری ملحق کنیم و نهادهای حقوقی دوگانه نداشته باشیم؛ چرا که این مرزبندی میان ماهیت مدنی و کیفری و جدا کردن آنها از یکدیگر، از دستاوردهای حقوقدانان و نویسندگان سده‌های اخیر بوده است و قبل از آن نیز در حقوق قدیم کشورها در بسیاری از نهادها اصولاً ماهیت مرکب و دوگانه برای تأسیسات حقوقی وجود داشته است. در نظام کیفری اسلام نیز برای بیشتر نهادها ماهیت دوگانه وجود دارد. از یک طرف، حقوق عمومی در آنها لحاظ شده است و جنبه کیفری دارد و از طرف دیگر، حقوق خصوصی زیان دیده لحاظ شده و جنبه مدنی دارد. به همین

سبب می‌بینیم که در قانون مجازات اسلامی از روابط همسایگان و تصادم رانندگی و تقصیرهای پزشکی یا واگذاری کیفر قتل به دست ولی دم سخن گفته شده است. دیه نیز از اموری است که دارای ماهیتی دوگانه است.

اینان همچنین در پاسخ به اشکال به چگونگی تحقق ماهیت دوگانه در یک موجود می‌گویند: هیچ اشکالی ندارد که در عالم حقوق، موجودی از جمله دیه، ماهیتی دوگانه داشته باشد؛ چرا که به طور کلی، عالم حقوق، عالم اعتبار است و دیه نیز از امور اعتباری است و وحدت و کثرت ماهیت آن نیز ساخته ذهن و قراردادهای اجتماعی افراد است. پس در واقع، دیه به اعتبارهای گوناگون، ممکن است ماهیت کیفری داشته باشد، یا ماهیت مدنی و یا هر دو ماهیت را (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶۵-۶۶). بنابراین، با آنچه بیان شد، اشکالهای وارد بر این دیدگاه نیز پاسخ گفته می‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه درباره ماهیت دیه گفته شد، اعتقاد به ماهیت دوگانه برای دیه و پذیرش آن، بهترین گزینه در این باره است؛ چرا که دیه به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل، از سویی جنبه مدنی دارد و خسارتها و زیانهای واردشده بر مجنی‌علیه یا اولیای وی را جبران می‌کند و از سوی دیگر جنبه کیفری دارد و موجبات تنبّه و عبرت‌آموزی مرتکب را فراهم می‌سازد. اما سایر دیدگاهها به جهت تک‌بعدی بودن و یک‌جانبه‌نگریستن به ماهیت دیه، انتقادات و ایرادهایی را از حیث عدم توجه به جنبه دیگر بر خود مترتب کرده است.

دیدگاه جنبه کیفری داشتن دیه مورد تردید است؛ بدین لحاظ که دیه با مجازاتهای مالی به رغم برخی اشتراکها و شباهتها تفاوت‌های زیادی نیز دارد که نمی‌توان آنها را نادیده انگاشت و به جنبه کیفری صرف برای دیه معتقد شد و آن را مجازات محض تلقی کرد.

جبران خسارت صرف انگاشتن و قبول ماهیت مدنی برای دیه نیز نمی‌تواند اقناع‌کننده باشد؛ چرا که قواعد جبران خسارت و مسئولیت مدنی با نهاد دیه به طور کامل، منطبق و سازگار نیست. بعلاوه، اینکه در مواردی، برخی ویژگیهای دیه،

کاملاً آن را به مجازات بودن نزدیک می‌کند.

ایراد و اشکال عمده‌ای نیز که بر دیدگاه تفکیک در ماهیت دیه وارد است و آن اینکه این دیدگاه، دیه را یک نهاد حقوقی مرکب دانسته و مانند یک شیء مرکب تجزیه پذیر، گاهی آن را مجازات و گاهی جبران خسارت قلمداد کرده است. این امر، مانع از این می‌شود که بتوان این دیدگاه را نیز بر پایه موازین علمی و منطبق بر واقعیت دانست؛ چه آنکه دیه یک نهاد حقوقی بسیط و ساده است. برای دیه هر ماهیتی که در نظر گرفته شود، بدین لحاظ که بسیط است، باید چنان باشد که در تمامی حالات و شرایط، قابلیت انطباق بر آن را داشته باشد. در این صورت است که ماهیت جامعی برای دیه بیان شده است.

بنابراین با توجه به ایرادهای جدی وارد بر دیدگاههای فوق، تنها دیدگاهی که در باب ماهیت دیه صحیح به نظر می‌رسد، جمع میان جنبه کیفری و مدنی در دیه و پذیرش ماهیت دوگانه برای آن است؛ چرا که:

اولاً با این جمع، انتقادهای وارد بر دیدگاههای وحدت ماهیت از بین می‌رود و دیگر ایرادی بر آن وارد نیست.

ثانیاً ماهیت دیه، منفک نشده است تا ایراد وارد بر دیدگاه سوم (دیدگاه تفکیک در ماهیت دیه) بر آن وارد باشد.

ثالثاً اقناع وجدان و طیب خاطر نیز حاصل شده است، به ویژه اینکه بدانیم که تقسیم نهادهای حقوقی به مجازاتها و جبران خسارتها، خود از ابداعات نویسندگان غربی قرون اخیر می‌باشد و قبلاً چنین تقسیم‌بندی بدین شکل وجود نداشته است. پس امکان وجود نهادهای دارای ماهیت دوگانه تقویت شده، راه برای پذیرش نهاد دیه با چنین ماهیتی هموارتر می‌گردد. از طرف دیگر، باید دانست که حقوق، ساخته قراردادهای اجتماعی است و هر امری در آن اعتبارپذیر است؛ بنابراین، اشکالی بر اینکه دیه، چگونه می‌تواند ماهیتی دوگانه داشته باشد، نیز وارد نیست.

با پذیرش چنین ماهیتی برای دیه، باید گفت که دیه به اعتبارهای گوناگون در هر جایی ممکن است جنبه کیفری داشته باشد یا جنبه مدنی و یا هر دو. در نهایت، در مواردی، جنبه کیفری آن بر جنبه مدنی اش غلبه دارد و پرننگ‌تر است (مانند دیه

عوض قتل عمد و دیه بدل از قصاص یا دیه مقرر در قتل عمد پدری که فرزندش را کشته است) و در مواردی دیگر، جنبه مدنی آن رجحان دارد (مانند دیه عوض قتل خطایی محض) و در مواردی نیز هر دو جنبه کیفری و مدنی به یک اندازه در آن نقش ایفا می‌کند (مانند دیه عوض قتل شبه عمد)، و در هر حال، در کلیه موارد و حالات، دیه همچنان ماهیت دوگانه خود را حفظ خواهد کرد.

اعتقاد به دیدگاه ماهیت دوگانه برای دیه از لحاظ فقهی و مبانی شرعی نیز ایرادی نخواهد داشت؛ چنان که آیت‌الله مکارم شیرازی از مراجع تقلید معاصر نیز همین ایده را پذیرفته و به آن تصریح کرده‌اند.^۱

در نهایت، با توجه به مجموع دلایل ذکر شده باید گفت، بهترین ایده در باب ماهیت دیه، پذیرش نظر اخیر، یعنی اعتقاد به ماهیت دوگانه دیه خواهد بود.

با پذیرش این نظر، مسائل مبتنی بر این بحث نظری همچون «امکان مطالبه خسارت مازاد بر دیه» نیز به آسانی حل خواهد شد که بحث در این باره، در این نوشتار نمی‌گنجد، اما آنچه به طور خلاصه می‌توان گفت، این است که دیه مقرر شده در شرع، چنانچه تکافوی خسارات وارد شده بر مجنی علیه یا اولیای وی را بنماید، امکان مطالبه وجهی افزون بر مقدار دیه نخواهد بود؛ چرا که در این صورت، اهداف وضع دیه که اعم از جنبه کیفری و مدنی است، تأمین گشته است. اما اگر خسارات و زیانهای وارد شده بر زیان دیده بیش از مقدار دیه باشد، از آنجا که میزان دیه مقرر شده در شرع، نتوانسته یکی از اهداف وضع دیه، یعنی جبران خسارت کامل مجنی علیه یا اولیای وی را تأمین کند، با تمسک به قواعد عام مسئولیت مدنی و اینکه هیچ خسارتی نباید جبران نشده باقی بماند، زیان دیده می‌تواند تا میزان جبران کامل خساراتش افزون بر مقدار دیه، مطالبه خسارت کند.

۱. آیه‌الله مکارم شیرازی در استفتایی که از ایشان در خصوص ماهیت دیه به عمل آمده، می‌گویند: «ظاهر ادله این است که [دیه] هر دو جنبه را دارد؛ هم جنبه جبران خسارت و هم جنبه بازدارنده؛ به همین دلیل، یکی از نامهای دیه، عقل است که به معنای «بازداشتن» می‌باشد». همچنین در استفتایی دیگر می‌گویند: «دیه هم بدهی است و هم مجازات؛ بنابراین، بعد از فوت قاتل، می‌توان مانند سایر دیون [آن را] از اموال او برداشت» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹: ۲/۵۸۲-۵۸۳).

کتاب‌شناسی

- قرآن کریم.

- ابادری فومشی، منصور، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، خط سوم، ۱۳۷۹.
- احمد ادریس، عوض، دیه، ترجمه علیرضا فیض، چاپ دوم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷.
- احمدی، ذکرائه، نهاد عاقله در حقوق کیفری اسلام، تهران، میزان، ۱۳۸۱.
- بازگیر، یدالله، قانون مجازات اسلامی در آیین آراء دیوان عالی کشور (۲. قتل شبیه عمد و خطای محض، تهران، ققنوس، ۱۳۷۶.
- بهرامی، بهرام، کتاب چهارم (دیات)، تهران، بهنامی، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- درخشان‌نیا، حمید، ضرر و زیان ناشی از جرم، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۶.
- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی بخش دیات، تهران، ققنوس، ۱۳۷۸.
- قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، ققنوس، ۱۳۸۰.
- شامبیانی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص، چاپ دوم، تهران، ویستار، ۱۳۷۴.
- شکری، رضا و قادر سیروس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر مهاجر، ۱۳۸۱.
- صالحی، فاضل، دیه یا مجازات مالی، چاپ دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.
- عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، چاپ چهاردهم، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۹ ق.
- غفاریپور مراغی، حسن، قتل شبه عمد، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۹.
- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلامی، تهران، اداره کل انتشارات و تبلیغات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- قانون مجازات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- کریمی، محمدباقر، مجموعه استفتانات فقهی و نظریات حقوقی راجع به قتل، تهران، فردوسی، ۱۳۷۷.
- گرجی، ابوالقاسم، دیات، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹.
- مرعشی شوشتری، محمدحسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۷۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، چاپ دوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۷۹.

وضعیت فقهی و حقوقی

استفاده از رحم جایگزین

- مهدی علیزاده^۱
- پژوهشگر و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

پیشرفتهای دانش پزشکی در روشهای نوین «باروری» باعث شده تا دگرگونیهای متفاوتی در فرایند تولید مثل انسان پدیدار شود. به موازات توانایی بهره‌گیری از این روشها در علوم تجربی، مسائل پیچیده و جدید دیگری نیز در رشته‌های علوم انسانی مانند روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، فلسفه، فقه و حقوق ایجاد شده است که ضرورت دارد تا متخصصان این دانشها به آنها پردازند و آثار استفاده از این روشها را بر پایه مبانی خود، مطالعه و ارزیابی کنند و راهکارهای متناسب با آنها را ارائه دهند.

بنا به فتاوی و استدلالهای فقهی‌ای که درباره جواز و عدم جواز جانشینی در بارداری مطرح است، این امکان برای قانونگذار ایران وجود دارد که به جواز یا عدم جواز این گونه جانشینی حکم کند؛ بنابراین، بر پایه مبانی نظام حقوقی ایران، حکم به جواز استفاده از رحم جایگزین در صورتی که دارای

مقدمات حرام نباشد، می تواند امری باشد که مغایر با موازین شرع به شمار نرود. علاوه بر آنکه اگر مادر جانشین، زنی مجرد باشد و با ایجاد عقد نکاح غیر دائم بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) رابطه زناشویی برقرار شود، بین فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم جایگزین، یکنواختی ایجاد می شود و زمینه قانونگذاری درباره حکم به جواز آن بیشتر فراهم می گردد.

کلید واژگان: رحم جایگزین، جانشینی در بارداری، روشهای تولید مثل کمکی، باروری کمکی، باروری مصنوعی.

طرح مسئله

پیشرفت دانش پزشکی در ابعاد مختلف، زندگی بشر را با تحولات گسترده بسیاری روبه رو ساخته است. پیشرفتهای این دانش در روشهای نوین «باروری»، باعث شده است تا دگرگونیهای متفاوتی در فرایند تولید مثل انسان پدید آید و چنین فرایندی، دارای ساختارهای کمکی پیچیده و شیوههای جدید متنوعی شود.

تنوع ساختارهای جدید باروری، گسترههایی را فراهم ساخته است تا از نظر دانش پزشکی، مشکل ناباروری و عدم برخورداری از فرزند در زوجهای نابارور برطرف شود، اما به موازات توانایی بهره گیری از این روشها در علوم تجربی، مسائل پیچیده و جدید دیگری نیز در رشته های علوم انسانی، همچون روان شناسی، جامعه شناسی، فلسفه، فقه و حقوق پدید می آید که ضرورت دارد متخصصان این دانشها به آنها پردازند و آثار استفاده از این روشها را بر پایه مبانی خود، مطالعه و ارزیابی کنند و راهکارهای متناسب با آنها را ارائه دهند.

روشهای باروری کمکی مختلف است؛ از این رو، دست یابی به حکم فقهی و حقوقی واحدی که همه آنها را به طور یکسان دربرگیرد، دشوار یا ناممکن است؛ بنابراین، گزیری نیست جز آنکه هر یک از این روشها به شکلی مجزا بررسی و حکمی متناسب برای روش یا روشهای مشابه استنباط شود.

در این نوشتار، از میان شیوه های متفاوت باروری کمکی، تنها شیوه «استفاده از رحم جایگزین» بررسی می شود.

موضوع‌شناسی استفاده از رحم جایگزین

مباحثی مانند مفهوم استفاده از رحم جایگزین و تقسیمات آن، در شمار اموری است که می‌تواند چنین موضوعی را برای بررسی حکم آن تبیین کند.

مفهوم استفاده از رحم جایگزین

تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین و به بیانی دیگر، «جانشینی در بارداری»^۱ ارائه شده است (جعفرزاده، ۱۳۷۸: ۲؛ آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۳؛ نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۸۲)؛ برای مثال، برخی آن را چنین تعریف کرده‌اند:

قراردادی [است] که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده (والدین حکمی)^۲ موافقت می‌کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۸۲).

تعاریف بیان شده در این باره بسیار سودمند و تبیین‌کننده عناصری از این موضوع است، اما به دور از ایراد نیست؛ برای مثال، تعریف فوق مانع نیست؛ چراکه بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را نیز دربردارد، حال آنکه اگر زنی با تخمک و رحم خود بارور شود، بدون هیچ اختلافی، مادر اصلی به شمار می‌آید؛ بنابراین، اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و دیگر آنکه به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین باید موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی را طرح و بررسی کرد. همچنین این تعریف به استفاده از روشهای باروری کمکی که دارای احکام خاصی است، اشاره‌ای ندارد. پس ضرورت دارد با بهره‌مندی از این تعاریف و توجه

۱. Gestational surrogacy.

۲. «والدین حکمی» (Commissioning couple) زن و شوهری‌اند که خواستار فرزند هستند و مادر جانشین، بچه‌ای را که از نظر ژنتیکی مرتبط به آنهاست، برای آنها حمل کرده، به دنیا می‌آورد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۲۲). باید گفت، کاربرد اصطلاح «والدین حکمی» درباره‌ی زوج نابارور در صورتی که اسپرم و تخمک متعلق به آنها باشد، اصطلاح مناسبی نیست؛ چراکه این مرد به اتفاق فقها و حقوقدانان، و همسر نابارور وی به نظر اکثر فقها، هر دو، پدر و مادر واقعی و نسبی چنین فرزندی به شمار می‌روند.

به مباحث دیگر، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین یا جانشینی در بارداری ارائه کرد: جانشینی در بارداری توافقی است که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین)^۱ می‌پذیرد تا با روشهای کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی)^۲ تحویل دهد.

تقسیمات استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین در فرایند تولید مثل را بر پایه مقسمهای متفاوت مانند وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی بین والدین و فرزند، کیفیت قرارداد یا آثار آن، می‌توان به چند قسم تقسیم کرد؛ برای مثال، جانشینی در بارداری را بر پایه وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی مادر جانشین (زن ثالث) و والدین، اعم از حکمی یا متقاضی با جنین، به سه دسته تقسیم کرده‌اند (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹).

الف) جانشینی در بارداری

مادر جانشین که در این حالت به او «جانشین کامل»^۳ نیز اطلاق می‌شود، با بچه هیچ ارتباط ژنتیکی ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری،^۴ اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم^۵ را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روشهای کمکی

۱. Surrogate mother.

۲. «والدین متقاضی یا اجتماعی» (Intendent couple, Social couple) زن و شوهری‌اند که خواستار فرزند هستند و مادر جانشین، بچه‌ای را که با آنها ارتباط ژنتیکی ندارد، برای آنها حمل کرده، به دنیا می‌آورد (همان).

۳. Total surrogacy.

۴. Surrogacy agreement.

۵. لقاح خارج رحم (IVF): در این شیوه از درمان ناباروری، تخمک بالغ به طریقه جراحی از تخمدان برداشته می‌شود و در محیط آزمایشگاه در مجاورت اسپرم لقاح می‌یابد. جنین حاصل در مرحله هشت سلولی یا پیشرفته‌تر، مجدداً به رحم مادر منتقل می‌شود (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۸).

تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می کند (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹؛ آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۳).

این قسم در مقایسه با اقسام دیگر، رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایه این قسم است.

ب) جانشینی با باروری مصنوعی^۱

قسم دیگر مطرح شده در جانشینی بارداری، جانشینی با باروری مصنوعی است. در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی)^۲ و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی^۳ یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند و همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است.

به نظر می‌رسد قسم مزبور، داخل در بحث استفاده از رحم جایگزین نیست؛ چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است؛ بنابراین، اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و باید به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین، موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی را طرح و بررسی کرد. نتیجه اینکه چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در اینجا جایگاهی ندارد.

۱. Artificial insemination surrogacy.

۲. Partial surrogacy.

۳. باروری مصنوعی (IUI): در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست‌وشو و آماده‌سازی، مستقیماً به داخل رحم تزریق می‌شود (همان).

ج) جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ بدین گونه که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی والدین حکمی (اشخاص ثالث) برای باروری مادر جانشین استفاده می کنند؛ بنابراین، این قسم با نظر به استفاده زوج نابارور از تخمک بارور شده یا جنین اهدایی، به دو قسم قابل تقسیم است:

۱. جانشینی با استفاده از جنین اهدایی^۱

مادر جانشین و زوج نابارور (والدین متقاضی) در این قسم، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که ابتدا اسپرم و تخمکی از زوجهای دیگر یا مردان و زنان ثالثی که از یکدیگر بیگانه اند، تهیه و در آزمایشگاه بارور می شود و سپس تخمک بارور شده، رشد داده می شود تا آنکه به جنین تبدیل می شود، سپس جنین بر مبنای قراردادی بین والدین متقاضی با مادر جانشین به رحم وی منتقل می گردد. سرانجام، مادر جانشین پس از حمل و زایمان، آن را به والدین متقاضی تحویل می دهد. استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

۲. جانشینی با استفاده از تخمک اهدایی^۲

مادر جانشین و مادر متقاضی در این قسم، ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که تخمک اهدایی از سوی زن ثالث با اسپرم پدر حکمی بارور می شود، سپس جنین تخمک بارور شده ای با استفاده از روشهای باروری کمکی در رحم مادر جانشین کشت می شود. استفاده از این قسم نیز در استفاده از رحم جایگزین رایج نیست و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث نیز ممکن است.

۱. Embryo donation surrogacy.

۲. Egg donation surrogacy.

مشروعیت یا عدم مشروعیت جانشینی از بارداری

برای آنکه توافق و رابطه بین والدین حکمی با مادر جانشین در موضوع استفاده از رحم جایگزین، در شمار وقایع حقوقی شمرده شود و به گونه‌ای باشد که اثر یا آثار حقوقی‌ای را برای طرفهای مرتبط با آن ایجاد کند، ضرورت دارد قانونگذار نخست، سبب و فرایند چنین پدیده‌ای را با مبانی نظام خود بررسی و مشخص کند که آیا این گونه بهره‌وری از رحم بر پایه نظام مزبور، شرایط وقایع حقوقی را دارد و ممکن است در شمار آنها شمرده شود یا نه؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، نوع و چگونگی آن را تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱/۱؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸: ۱۳۹/۱).

چنین امری تاکنون در قوانین ایران تحقق نیافته است و از سوی قانونگذار ایران، قانون خاصی که به موضوع جانشینی در بارداری اختصاص یافته باشد و چگونگی آن را تبیین کرده باشد، تصویب یا تدوین نگردیده است و رأی وحدت رویه‌ای نیز در این باره وجود ندارد؛ بنابراین، برای تعیین وضعیت حقوقی چنین قراردادی بر پایه نظام حقوقی ایران، گزیری نیست جز آنکه از قواعد عمومی قراردادها و دیگر قوانین متناسب با این موضوع، مانند قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب تیرماه ۱۳۸۲ ش. استفاده کرد و از آنها بهره برد.

برای چنین هدفی ابتدا می‌توان از تعریف جانشینی در بارداری که مبین موضوع شناسی آن است، بهره برد. این تعریف، بیانگر آن است که استفاده از رحم جایگزین پدیده‌ای است که در اثر اراده چند شخص و توافق اراده آنها با یکدیگر به وجود می‌آید؛ از این رو، قسم «عقود» از «اعمال حقوقی» گستره مناسبی است که بتوان سبب و شرایط پدیده جانشینی در بارداری در آن مورد بررسی قرار داد و با تبیین وضعیت حقوق ایران در این باره و در صورت فراهم بودن شرایط لازم، نوع آن را نیز تعیین کرد.

طبق ماده ۱۹۰ ق.م. شرایطی مانند «قصد طرفین و رضای آنها»، «اهلیت طرفین»، «موضوع معین که مورد معامله باشد» و «مشروعیت جهت معامله» برای صحت هر معامله یا قراردادی اساسی است. چنین شرایطی جای بررسی دارد، اما بحث مهم و

اصلی در این نوشتار، شرایط موضوع معامله است؛ چراکه مورد معامله یا موضوع قرارداد جانشینی در بارداری، از نظر فقهی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۹۲/۴) و طبق ماده ۲۱۵ و ۹۷۵ ق.م.ا^۱ باید «متضمن منفعت عقلائی مشروع» و غیر منافی با «اخلاق حسنه» باشد. این موضوع موجب می‌شود تا بررسی شرط مشروعیت موضوع قرارداد در چنین قراردادهایی به دلیل جدید بودن آنها، اهمیت ویژه پیدا کند و بررسی آن نسبت به دیگر شرایط صحت قراردادها تقدم یابد؛ چراکه اگر مشخص شود که موضوع این گونه قراردادهای نامشروع و فاقد چنین شرطی است، بررسی دیگر شروط و درستی یا نادرستی آنها نتیجه‌ای را در بر نخواهد داشت.

قانون ایران درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت موضوع جانشینی در بارداری سکوت کرده و حکم آن را تعیین نکرده است. پس باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲ و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی^۳ حکم مشروع یا نامشروع بودن موضوع چنین قراردادهایی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جست‌وجو کرد.

حکم مشروع یا نامشروع بودن قسمتهای مختلف جانشینی در بارداری و مراحل هریک از قسمتها با یکدیگر یکسان نیست. حال، هر یک را به ترتیب بررسی می‌کنیم:

۱. «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد» (ماده ۲۱۵ ق.م.ا)، «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» (ماده ۹۷۵ ق.م.ا).

۲. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).

۳. «قضات دادگاهها موظف‌اند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند».

الف) حکم جانشینی در بارداری

این قسم جانشینی در بارداری از دو مرحله جمع آوری اسپرم و تخمک زوج نابارور و بارور کردن آنها با یکدیگر و همچنین بارور کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن، تشکیل می‌شود. مرحله نخست آن، یعنی نفس عمل جمع آوری اسپرم و تخمک از زوج نابارور در صورتی که دارای مقدمات حرامی مانند نگاه، لمس نامحرم و خودارضایی نباشد و همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در داخل یا خارج رحم، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیت آنها نیست (مؤمن، ۱۴۱۵: ۸۰ و ۹۱؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۵؛ خرازی، ۱۴۲۳: ۲۴۴/۱ و ۱۷۳)؛ در نتیجه، فقها نیز بنا به نبود وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آنها ندارند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۲۱/۲؛ خویی، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱). قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» نیز بر جواز قانونی باروری تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج از رحم اشاره دارد. ماده ۱ این قانون بیان می‌کند:

به موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون، نسبت به انتقال جنینهای حاصله از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده، اقدام نمایند.

بنابراین، این مرحله از نظر شرعی و قانونی منعی ندارد.

اما مرحله دوم آن، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن، بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم و زن صاحب رحم جانشین، این گونه نیست و دیدگاههای فقهی و فتاوی در جواز^۱

۱. حضرات آیات، سیدعلی خامنه‌ای (۱۴۱۵: ۷۰/۲)، ناصر مکارم شیرازی، لطف‌الله صافی گلپایگانی، عبدالکریم موسوی اردبیلی، یوسف صانعی و همچنین مرکز مطالعات اخلاق پزشکی مجمع فقه اهل بیت (استفتانات و دیدگاههای مذهبی، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق: ۳۹۵ و ۳۹۸) در شمار قائلان به جواز هستند.

و عدم جواز^۱ آن وجود دارد. اینکه کدام یک از این دو قسم فتاوی با ساختار منابع و اصول فقهی موافق تر و با حکم واقعی مطابق است، امری درون فقهی است و بررسی تفصیلی آنها نوشتار دیگری را اقتضا دارد، اما در این نوشتار، به اختصار و در حد ضرورت به مباحثی از آنها برای تنویر بیشتر بحث پرداخته می‌شود.

منابع فقهی، بیشتر به باروری مصنوعی اختصاص دارد و موضوع جانشینی در بارداری در آنها کمتر مطرح و بررسی شده است. در میان استفتائات نیز فقط چند استفتاست که به نفس جانشینی در بارداری پرداخته و در آنها نیز به طور معمول، فقط حکم موضوع بیان شده است، بی‌آنکه دلایل حکم در آنها بررسی شود. اما به نظر می‌رسد برخی از مباحث مطرح در باروری کمکی زن با اسپرم مرد بیگانه، دربارهٔ مرحلهٔ دوم جانشینی در بارداری نیز مورد استناد قرار گرفته است؛ بنابراین، فقهاییی که حکم به عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطهٔ زناشویی می‌کنند، احتمالاً به یک یا چند دلیل از دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱. وجوب حفظ فروج

فقاها برای استنباط حکم وجوب حفظ فروج به آیات چندی (مؤمنون/ ۵-۶؛ معارج/ ۲۹-۳۱) استناد می‌کنند. در میان این آیات، آیهٔ «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يُحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»^۲ آیهٔ مناسب‌تری است که در این باره به آن استناد می‌شود. عبارت «يُحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»، بر این دلالت دارد که زنان با ایمان، فروج خود را حفظ و نگهداری کنند. ساختار امری آیه، بر وجوب چنین عملی از سوی زنان با ایمان دلالت دارد. از سوی دیگر، متعلق این امر نیز محذوف است و بیان نشده است که زنان، فروج خود را باید از چه اموری حفظ کنند. اما با توجه به قاعده‌ای که حذف متعلق را مفید عموم برشمرده است، می‌توان گفت، زنان با ایمان باید فروج خود را از هر عملی که با حفظ آن منافات دارد، حفظ کنند.

۱. حضرات آیات، سیدابوالقاسم خویی، جواد تبریزی (۱۴۱۶: ۲۶۹/۳)، سیدعلی سیستانی و فاضل لنکرانی (استفتائات و دیدگاه‌های مذهبی، ۱۳۸۰: ۳۹۴) از قائلان به عدم جواز هستند.

۲. «و به زنان با ایمان بگو: چشمهای خود را (از نگاه به نامحرمان) فروگیرند و فروج خود را حفظ کنند...» (نور/ ۳۱).

کرد:

ایرادهایی بر این استدلال وارد شده است؛ برای نمونه می‌توان به ایراد زیر اشاره

مقصود از حفظ عضو یادشده، حفظ آن از دیگران است، نه حفظ از هر چیزی؛ بنابراین، ریختن منی مرد نامحرم در رحم زن، توسط خود زن یا با وسیله مصنوعی را شامل نمی‌شود. علاوه بر اینکه چه بسا مقصود از حفظ، تنها حفظ از نگاه دیگران باشد، چنان که روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام بر همین مطلب دلالت دارد (حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۶).

به نظر می‌رسد علاوه بر اشکال فوق، می‌توان ایراد دیگری را که به نوعی بر اشکال پیشین نیز تقدّم دارد، به استدلال «وجوب حفظ فروج» وارد کرد. ایراد این است که استدلال به حکم وجوب حفظ فروج از اعمال منافی با آن، مستلزم آن است که ابتدا منافی بودن باروری رحم جایگزین با استفاده از تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در آزمایشگاه با دلیل یا دلایل دیگری اثبات شود. پس از چنین استنباطی می‌توان به حکم وجوب حفظ فروج برای حفظ فرج مادر جانشین از این عمل منافی استدلال کرد، حال آنکه بحث در منافی یا غیرمنافی بودن این گونه عمل باروری است و اگر مشخص شود که دلیلی بر منافی بودن این عمل وجود ندارد، دیگر حفظ فرج از چنین عملی معنا ندارد و در گستره حکم وجوب حفظ فروج داخل نیست.

۲. حرمت باروری زن با نطفهٔ مرد بیگانه

حرمت باروری زن با نطفهٔ مرد بیگانه، نزد اکثر فقها پذیرفته شده است. فقها به روایتهای چندی برای استنباط چنین حکمی استناد می‌کنند.^۱ روایت علی بن سالم در شمار این روایتهاست. وی از حضرت صادق علیه السلام نقل کرده است:

إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَبَ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمٍ يَحْرَمُ عَلَيْهِ (حز عاملی، بی‌تا: ۲۳۹/۱۴)؛ شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفهٔ خود را در رحم زنی که نسبت به او حرام است، بریزد.

روایت بر این دلالت دارد که قرار دادن نطفهٔ مرد در رحم زنی که بر وی حلال

۱. برای مثال می‌توان به روایت فقیه، روایت اسحاق بن عمار، روایت محمد بن سنان، روایت احمد بن علی بن ابی طالب طبرسی، صحیحۃ شعیب حدّاد اشاره کرد (حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۶؛ مؤمن، ۱۴۱۵: ۷۹).

نیست، جایز نمی‌باشد. این عمل، در اغلب موارد، به صورت مباشرت از سوی مرد انجام می‌گیرد، اما اطلاق «أقر» به گونه‌ای است که قراردادن توأم با مباشرت و بدون مباشرت مرد را دربرمی‌گیرد.

برخی به سند روایت اشکال وارد کرده‌اند. با فرض آنکه سند روایت بر پایه دانشهای درایه و رجال معتبر باشد، آنچه در موضوع جانشینی در بارداری مطرح می‌باشد، این است که مادر جانشین در این گونه جانشینی، با استفاده از تخمک بارور شده (یعنی سلول جنسی‌ای که از اسپرم مرد و تخمک زن در آزمایشگاه ترکیب یافته یا جنین رشد یافته آن) باردار می‌شود. بدین ترتیب، ممکن است شبهه موضوعیه‌ای پدید آید که جای تأمل دارد و آن، اینکه آیا این تخمک بارور شده، به ویژه اگر تبدیل به جنین شود، داخل در مفهوم نطفه است یا نه؟ چرا که پزشکان به عنوان افراد متخصص و عرف خاص، بین اسپرم، تخمک، تخمک باور شده و جنین تفاوت قائل‌اند (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۶).

بدیهی است واژه‌های «نطفه» یا «ماء» موجود در روایت مذکور و مانند آن که به عنوان دلایل «حرمت باروری زن با نطفه مرد بیگانه» مطرح شده است، با قرینه انتصاب فعلهای «أقر»، «أفرغ» یا «یضع» و همچنین اضافه «نطفه» یا «ماء» به مرد یا ضمیری که به وی بازمی‌گردد، اسپرم مرد را به صراحت دربرمی‌گیرد. اما اینکه چنین روایاتی، تخمک بارور شده و به ویژه جنین رشد یافته در آزمایشگاه را نیز شامل می‌شود، روشن نیست. در نتیجه نسبت به اینکه تخمک بارور شده و جنین رشد یافته در آزمایشگاه داخل در مفهوم «نطفه» یا «ماء» مورد نظر در این روایتها باشد، شبهه موضوعیه وجود دارد. به نظر می‌رسد «نطفه» یا «ماء» مطرح شده در روایات با توجه به عرف خاص (پزشکان) و قرینه‌های کلامی و مقامی موجود در روایات، تخمک بارور شده با اسپرم و جنین رشد یافته در آزمایشگاه را شامل نشود و هنگامی که این استدلال پذیرفته شود، حکم حرمت حاصل از روایات، این دو مورد را شامل نمی‌شود؛ در نتیجه، باروری مادر جانشین با تخمک بارور شده یا جنین، تخصصاً از گستره حکم حرمت مزبور خارج خواهد بود؛ برای مثال، آیه‌الله صافی گلپایگانی با اینکه باروری زن بیگانه با نطفه مرد بیگانه را جایز نمی‌داند (همان: ۴۰۲)،

جانیشینی در بارداری را جایز دانسته است (همان: ۴۰۰).

تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور از سوی مجلس شورای اسلامی و تأیید آن از سوی شورای نگهبان نیز می‌تواند مؤیدی باشد بر اینکه چنین اشکالی حداقل درباره جنین، پذیرفته شده است و حکم حرمت روایات، اهدای جنین را شامل نمی‌شود.

۳. مغایرت این عمل با اغراض تشریح ازدواج

برخی از فقها بر این عقیده‌اند با اینکه ظواهر آیات و روایات بر منع باروری مصنوعی زن با اسپرم مرد بیگانه دلالت ندارد، از لحن الخطاب، ذوق فقهی، مفاهیم ادله و بعضی مناطقی آنها و همچنین به دلیل از بین رفتن مصالح مهم و اغراض تشریح ازدواج استنباط می‌شود که استفاده از این گونه باروری مصنوعی جایز نیست؛ برای مثال، مرحوم میلانی بیان می‌کند:

از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده، ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت که یقیناً جایز نیست (جعفرزاده، ۱۳۷۵: ۲).

یا آیه‌الله صافی گلپایگانی در این باره چنین بیان می‌کند:

البته توالد و تناسل زن و شوهر با وسایل صناعی، بدون ارتباط نزدیک و معمول با یکدیگر، بلاشک، بی‌اشکال است، مگر آنکه احد الطرفین راضی نباشد و خواستار جریان طبیعی و عادی آن باشد.

اما اگر هر دو اجنبی باشند، اعم از اینکه زن شوهر داشته باشد یا نداشته باشد، می‌توان گفت: [حکم به جواز آن، خلاف غرض تشریح ازدواج است؛ چراکه] غرض شارع از تشریح ازدواج و حرمت زنا و اشباع غریزه جنسی با وسایل محرّم دیگر یا لااقل یکی از اغراض مهم، این است که تشریحات تقویت می‌شود و [حال آنکه با حکم به جواز این گونه باروری] نظام عائله و بسیاری از مصالح که در نظام اسلام، مطلوب و مهمّ این [امر] است، مختل می‌گردد و این مصالح که همه مقصود شارع است و در مسیر مستقیم زندگی سالم فرد و اجتماع قرار دارد، از بین می‌رود (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۴۰۲).

به نظر می‌رسد استدلال به لحن خطاب و ذوق فقهی در فقه با مبانی اصول فقه

منطبق نباشد؛ چراکه برای حکم به وجوب یا حرمت یک موضوع به وجود دلیل یا دلایلی از منابع معتبر مانند کتاب، سنت، اجماع کاشف از رأی معصوم علیه السلام، عقل و بنای عقلا نیاز است و وقتی دلیلی از این قسم وجود نداشت، نمی توان به وجوب یا حرمت آن حکم کرد.

بعلاوه، مغایرت با اغراض تشریح ازدواج نیز نسبت به استفاده از رحم جایگزین صدق نمی کند؛ چراکه اقدام به این عمل از سوی زوج نابارور برای استحکام و تداوم ازدواجشان است که قبل از انجام چنین عملی تحقیق یافته است. مغایرت جانشینی در بارداری با اغراض تشریح ازدواج، نسبت به مادر جانشین نیز عمومیت ندارد و مستلزم تخصیص اکثر است؛ چه اینکه اقدام اکثر مادران جانشین به این عمل دشوار، جنبه ایثارگرایانه دارد و هدف آنان از چنین عملی، یاری زوج نابارور در تداوم زندگی مشترکشان است. نتیجه اینکه جانشینی در بارداری از سوی مادر جانشین برای گریز از ازدواج انجام نمی گیرد، به ویژه اگر مادر جانشین ازدواج کرده باشد و جانشینی چنین زنی نیز جایز باشد؛ بنابراین، به نظر می رسد اقدام به چنین عملی از سوی زوج نابارور و مادر جانشین، با اغراض تشریح ازدواج مغایرت نداشته باشد؛ گرچه ممکن است برخی از این اقسام با اغراض تشریح ازدواج مغایر باشد و اشخاصی با اهداف دیگری به آن اقدام کنند. این موارد را می توان از استثنائات این حکم کلی برشمرد.

۴. قاعده احتیاط در فروج

برخی از فقها با آنکه اصل اولی در شبهات تحریمیّه را «برائت» می دانند، اصل اولی در شبهات تحریمیّه متعلق به فروج را به دلالتی همچون صحیحّه شعیب حدّاد^۱ و

۱. شعیب حدّاد می گوید: به حضرت صادق علیه السلام عرض کردم، مردی از دوستانان به شما سلام می رساند، وی قصد دارد با زنی زیبا که با طلاق غیر مطابق سنت از شوهر سابقش جدا شده است، ازدواج کند. زن نیز با این کار موافق است، ولی آن مرد نمی خواهد بدون اجازه شما به این کار اقدام کند. آیا به او اجازه می دهید؟ حضرت فرمودند: این امر به فرج مربوط می شود که از آن فرزند متولد می گردد. احکام و دستورات در این باره سخت است. در چنین مسئله ای ما احتیاط می کنیم، پس با او ازدواج نکند (حرّ عاملی، بی تا: ۱۹۳/۱۴).

آنکه بی‌مبالاتی نسبت به آنها به اختلاط نسب اشخاص می‌انجامد، «احتیاط» برشمرده‌اند (حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۲؛ یزدی، ۱۳۸۰: ۶۷).

به این استدلال نیز ایرادهایی وارد شده است؛ برای مثال برخی گفته‌اند:

احتیاط، در بسیاری از موارد، خود خلاف احتیاط است. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: ﴿قُلْ أَلَمْ يَأْتِكُمْ أَمْرٌ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ (یونس/ ۵۹) این در حالی است که از دیگر سوی، حکم به جایز نبودن یا بازداشتن مردم از آنچه جایز و حلال است، آن هم به استناد احتیاط، می‌تواند مصداقی از این آیه باشد (یزدی، ۱۳۸۰: ۶۸).

برخی دیگر بیان کرده‌اند:

اما اشکال عمده این است که با اینکه امام ع همه احکام را می‌داند، چرا احتیاط می‌کند؟ بنابراین، چاره‌ای جز حمل احتیاط بر استحباب نیست... (حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۳).

به نظر می‌رسد با توجه به پیشرفتهای دانش پزشکی در بارداری و علم ژنتیک، امروزه به خوبی باردار بودن یا نبودن مادر جانشین و همچنین نسب نوزاد متولد شده از وی با اشخاص محتمل، قابل تشخیص است؛ از این رو، آشفتگی در بارداری، زمان آن و نسب افراد در بسیاری از موارد ایجاد نمی‌گردد؛ بنابراین، از این جهت، جایگاه ضرورت استناد به قاعده احتیاط در فروج در زمان حاضر با دگرگونی‌هایی روبه‌رو شده است و می‌توان در حکم به احتیاط در صورتی که برای آن موضوعیت متصور نباشد، تأمل بیشتری کرد، مگر آنکه استناد به این حکم، دارای موضوعیت یا برای موضوع و جهت دیگری جدای از اینها باشد.

ب) حکم جانشینی با باروری مصنوعی

قسم دوم از اقسام مطرح در جانشینی در بارداری، به دلیل ایرادهای وارد به آن در بحث تقسیمات، خارج از موضوع جانشینی است و دیگر به بررسی آن نیازی نیست.

ج) حکم جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین

قسم سوم جانشینی در بارداری نیز از دو مرحله جمع‌آوری اسپرم و تخمک از زوجهای دیگر یا مردان و زنان بیگانه و بارور کردن آنها با یکدیگر و همچنین بارور

کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن است.

نفس عمل جمع آوری اسپرم و تخمک از زوجها و مردان و زنان بیگانه مطرح در مرحله نخست از قسم سوم، در صورتی که دارای مقدمات حرامی مانند نگاه یا لمس نامحرم یا خودارضایی نباشد، از نظر فقهی منعی ندارد. همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج رحم همانند آنچه در قسم نخست بیان شد، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیت آنها نیست؛ در نتیجه، فقها نیز بنا به عدم وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آن نداده‌اند. قانون نحوه اهدای جنین به زوجها یا نابارور نیز به جواز باروری تخمک با این شیوه اشاره دارد؛ از این رو، از نظر حقوق نیز منعی وجود ندارد. اما حکم باروری تخمک زن بیگانه با اسپرم مرد بیگانه در خارج از رحم در این مرحله از قسم سوم، موضوع جدیدی است که در قسمهای گذشته وجود نداشت. باروری تخمک زن بیگانه با اسپرم مرد بیگانه در خارج از رحم در صورت دربرداشتن مقدمات حرام، جایز دانسته شده است؛ بدین دلیل که در زمره عناوین محرّمه قرار نمی‌گیرد و هیچ یک از ادلّه عدم جواز پیشین نیز شامل این مورد نمی‌شود (مؤمن، ۱۳۷۶: ۶۷؛ حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۸).

مرحله دوم قسم سوم، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب تخمک و صاحب رحم جانشین، دارای همان حکم مرحله دوم قسم اول است که از تکرار آن خودداری می‌کنیم.

با توجه به وجود فتاوی جواز و عدم جواز درباره بارور کردن رحم زن ثالث با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته، چنین استنباط می‌شود که اشخاصی که فتوای مرجع آنها عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم با مادر جانشین است، به دلیل نامشروع بودن موضوع قرارداد نسبت به آنها، نمی‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق کنند، اما اشخاصی که فتوای مرجع آنها جواز استفاده از این شیوه است، به دلیل مشروع بودن موضوع قرارداد نسبت به آنها، می‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق نمایند و

در صورتی که دیگر شرایط صحت قرارداد وجود داشته باشد، قرارداد آنها از جنبه فقهی، صحیح و نافذ، و قانون نیز نسبت به آن ساکت است.

با آنکه فتاوی و استدلالهایی در عدم جواز جانشینی در بارداری وجود دارد، به نظر می‌رسد با توجه به کمیت و کیفیت فتاوی و استدلالهایی که درباره جواز نفس شیوه جانشینی در بارداری وجود دارد، چنین فتوایی نیز ممکن است فتوایی معتبر به شمار رود؛ بنابراین، از نظر مبانی نظام حقوقی ایران، جواز استفاده از رحم جایگزین بدون رابطه زناشویی در شرایط فعلی که قانونی خاص یا رأی وحدت رویه‌ای مخالف درباره آن وجود ندارد، با منعی مواجه نیست و حکم به جواز جانشینی در بارداری در صورت نبود مقدمات حرام، ممکن است خلاف شرع به شمار نرود؛ از این رو، اشخاصی که فتوای مرجع آنها مبنی بر جواز چنین عملی است، به دلیل آنکه با منع شرعی و قانونی روبه‌رو نیستند، می‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق کنند و آن را منعقد سازند.

البته ممکن است نظر استنباطی برخی قضات به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، عدم جواز جانشینی در بارداری باشد؛ در نتیجه، به بطلان برخی از این قراردادها حکم دهند، اما این امر به وضعیت مذکور خللی وارد نمی‌کند مگر آنکه به ایجاد رأی وحدت رویه از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر عدم جواز چنین قراردادی منجر شود.

بهترین راه حل برای موضوع جانشینی در بارداری که موجب یکنواختی فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم و جانشینی در بارداری می‌شود و از صدور آرای متناقض محاکم درباره چنین موضوعی نیز جلوگیری می‌کند، این است که مادر جانشین، زنی مجرد باشد و بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) به وسیله عقد نکاح موقت برای مدت کوتاهی، رابطه زناشویی برقرار شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به تعریفی که برای جانشینی در بارداری بیان شد، قسم نخست (جانشینی در بارداری) و قسم سوم (جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی) از تقسیمات

ارائه شده برای جانشینی، داخل در بحث و قسم دوم تخصصاً خارج از بحث است. از سوی دیگر، با آنکه فتاوی و استدلالهایی در عدم جواز جانشینی در بارداری وجود دارد، بر پایه کمیّت و کیفیت فتاوی و استدلالهایی که درباره جواز جانشینی در بارداری مطرح شده است، این امکان برای قانونگذار ایران وجود دارد تا با ارزیابی مصالح، این جانشینی را با پیش‌بینی شرایطی، جایز یا ممنوع بداند؛ بنابراین، می‌توان چنین استنباط کرد که حکم به جواز استفاده از رحم جایگزین در صورتی که دارای مقدمات حرام نباشد، بر پایه مبانی نظام حقوقی ایران ممکن است مغایر با موازین شرع دانسته نشود؛ بنابراین، ممکن است استفاده از جانشینی در بارداری از نظر قانونی جایز باشد، مگر آنکه به دلایل دیگری، قانونی در منع استفاده از این شیوه به تصویب رسد.

البته اشخاصی که فتوای مرجع آنها عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم با مادر جانشین است، به دلیل نامشروع بودن موضوع قرارداد برای آنان، مواجه با منع شرعی هستند و از نظر شرعی نمی‌توانند نسبت به چنین قراردادی اقدام و با یکدیگر توافق کنند.

همچنین ممکن است، نظر استنباطی برخی قضات در شرایط فعلی که قانونی خاص یا رأی وحدت رویه‌ای درباره موضوع جانشینی در بارداری وجود ندارد، با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، عدم جواز جانشینی در بارداری باشد؛ در نتیجه، به بطلان برخی از این قراردادها که برای حلّ و فصل اختلاف به آنها ارجاع داده شده است، حکم دهند، اما این امر به وضعیت مذکور خللی وارد نمی‌کند مگر آنکه به ایجاد رأی وحدت رویه از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر عدم جواز چنین قراردادی منجر شود.

راه حل مناسب برای موضوع جانشینی در بارداری که موجب یکنواختی فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم و جانشینی در بارداری می‌شود و از صدور آرای متناقض محاکم درباره چنین موضوعی نیز جلوگیری می‌کند، این است که مادر جانشین، زنی مجرّد باشد و بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) به وسیله عقد نکاح غیر دائم، حداقل برای مدت کوتاهی، رابطه زناشویی برقرار شود.

- آخوندی، محمد مهدی و محمدرضا صادقی، «ضرورت به کارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان»، *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰.
- «استفتانات و دیدگاههای مذهبی»، در منبع بالا.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- تبریزی، میرزا جواد، *صراط النجای*، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
- جعفرزاده، میرقاسم، «درآمدی بر مسائل فقهی-حقوقی ART»، *بولتن تولید مثل و نازایی*، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۵، ش ۵، ص ۲.
- همو، «وضعیت فقهی-حقوقی رحم اجنبی جانشین یا Surrogacy»، *بولتن تولید مثل و نازایی*، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعی الی معرفی مسائل الشریعه*، احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حرم‌پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، *فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، سال سوم، ش ۹، بهار ۱۳۷۶؛ سال سوم، ش ۱۰، تابستان ۱۳۷۶.
- خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبی الاستفتاءات*، دار البناء للنشر و التوزیع، ۱۴۱۵ ق.
- خرازی، سیدمحسن، «التلقیح الصناعی و احکامه»، *قراءات فقهی معاصر فی معطیات الطب الحدیث*، بیروت، الغدیر، ۱۴۲۳ ق.
- همو، «تلقیح مصنوعی»، *فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، سال سوم، ش ۹، بهار ۱۳۷۶؛ سال سوم، ش ۱۰، تابستان ۱۳۷۶.
- خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- روحانی، سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثه*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه دار الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
- سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتبه آیه‌الله سیدعلی سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
- علامه حلّی، *قواعد الاحکام*، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- قانون اساسی.
- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.
- قانون مدنی.
- قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- مؤمن، محمد، «سخنی درباره تلقیح»، ترجمه موسی دانش (جعفرزاده)، *فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، ش ۴.
- همو، «کلمه فی التلقیح»، *کلمات سدید فی مسائل جدیده*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل‌البیته (علیهم‌السلام)، ۱۴۰۸ ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- نایب‌زاده، عباس، *بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین، اهدای تخمک یا جنین»*، تهران، مجلد، ۱۳۸۰.
- یزدی، محمد، «باروریهای مصنوعی و حکم فقهی آن»، *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*؛ تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰.

هماهنگی یا عدم هماهنگی

قانون نمونه آنسیترال با قانون داوری انگلیس

در زمینه داوری تجاری بین‌المللی^۱

^۲ Alan S. Reid □

ترجمه دکتر فرهاد خمایی‌زاده □

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی □

این مقاله، تفاوت‌های اساسی بین داوری حسب قانون نمونه آنسیترال^۳ و داوری حسب قانون داوری انگلیس ۱۹۹۶ م. را بررسی می‌کند.^۴ به نظر نویسنده، این اختلافات بیشتر تصویری است تا واقعی و بیشتر شکلی است تا ماهوی. بین‌المللی شدن رو به مزایای تجارت، مستلزم نزدیکی و ارتباط بیشتر سیستم‌های داوری ماهیتاً مبتنی بر قانون نمونه آنسیترال و سیستم‌های جدا از قانون نمونه است. هر دو سیستم، در صدد کاهش

۱. مشخصات ترجمه حاضر به شرح زیر است:

Alan S. Reid, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?», Journal of International Arbitration ۲۱(۳) ۲۲۷-۲۳۸; ۲۰۰۴, Kluwer Law International, Netherlands.

۲. مدرس حقوق دانشگاه رابرت گوردون ابردین.

۳. U.N. Doc. A/۴۰/۱۷, Annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June ۲۱, ۱۹۸۵, ۲۴ I.L.M. ۱۳۰۲ (۱۹۸۵).

۴. Ch. ۲۳ (۱۹۹۶) (Eng.).

دخالت قضایی در جریان داوری‌اند. این هدف تنها در صورتی دست‌یافتنی است که دو امر تحقق یابد: دستگاه قضایی باید یاد بگیرد که یک موضع عدم دخالت در جریان داوری در پیش گیرد؛ ضمن اینکه داوران نیز باید لزوم بی‌ایراد بودن تصمیماتشان را درک کنند. سیستم آنسترال و سیستم داوری انگلستان اساساً در پی حل و فصل رضایت‌بخش اختلافات تجاری به طور خصوصی هستند. در قرن ۲۱ احتمال رو به تزایدی برای ایجاد خطوط مشترک میان این دو سیستم وجود دارد.

۱. مقدمه

داوری، جانشینی برای پروسه قضایی حل و فصل اختلافات در عرصه عمومی است.^۱ شیوه سنتی حل و فصل اختلافات در دادگاهها بر یک جلسه رسیدگی عمومی مبتنی است که اغلب، طولانی، پیچیده، قانون‌مدار و نامتناسب با نیازهای خصوصی افراد است.^۲ داوری به عنوان یک روش ارزان، قانونی، خصوصی و قاطع حل اختلافات، توسعه یافته است.^۳ اگر قرار است داوری به عنوان یک جانشین قانونی برای دادگاهها تلقی شود، باید در هر سیستم داوری، یک رویه حل و فصل دعاوی ارزان، انعطاف‌پذیر، خصوصی و قطعی پیش‌بینی شود. داوری همچنین باید امتیازاتی

۱. Stefan Kroll, *Contractual Gap Filling by Arbitration Tribunals*, ۲(۱) INT'L A.L.R. ۹, ۱۲(۱۹۹۹);

«به رغم تمامی اختلافات بین سیستمهای ملی، داوری عموماً شیوه حل و فصل اختلاف بین دو یا چند طرف به وسیله ثالثی به نام «داور» است که اختیاراتش از توافق طرفین (توافق‌نامه داوری) نشئت می‌گیرد و تصمیمش برای ایشان الزام‌آور است. مفهومی که از ملاحظه اکثر قوانین داوری استنباط می‌شود، این است که جانشینی برای رسیدگی در دادگاه است.... داوری عموماً یک شیوه حل و فصل قضایی تلقی می‌شود که جانشین دادگاههای دولتی است.»

۲. See, e.g.: Ian Gordon, *Case Comment: Law Governing the Arbitration Agreement*, ۴(۲) INT'L A.L.R. ۴, ۶(۲۰۰۱);

«تجاری که قراردادهای تجاری منعقد می‌کنند، نیاز و تمایل به قطعیت دارند. با ترتیب اثر دادن به قصد طرفین،... دادگاه به حفظ تمامیت شروط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی کمک کرده است.»

۳. The «Lectric Law Library Website, <www.lectlaw.com> states that there are eight advantages of arbitration over litigation: enforceability; impartiality; confidentiality; technical expertise; limited discovery; expense; expediency and familiarity».

از قبیل بی طرفی بیشتر، منصفانه بودن و متخصص بودن تصمیم گیرنده^۱ نسبت به رسیدگی در دادگاه داشته باشد، در غیر این صورت، داوری نمی تواند به عنوان یک روش مرجح حل اختلافات به وسیله اشخاص خصوصی نسبت به دادگاهها برتری داشته باشد. افزایش روند بین المللی شدن تجارت، رشد بارز تعداد قراردادهای بین دو یا چند دولت را موجب شده است. این افزایش نیز از دیاد محسوس تعداد قواعد داوری ملی مختلف حاکم بر معاملات تجاری را موجب گردیده است، البته خطر بالای پیچیدگی، عدم قطعیت و اجرایی نبودن قراردادهای داوری نیز وجود دارد.

۲. قانون نمونه آنسیترال

در سال ۱۹۸۵ م. قانون نمونه آنسیترال با نظارت کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد تنظیم شد؛ از این رو، قواعد مذکور در فضایی بین المللی به وجود آمد و نمایانگر آرای جامعه بین المللی است. در پروسه تنظیم این قواعد، نمایندگان همه سیستمهای حقوقی مهم حضور داشتند. در این حالت، قواعد داوری، بین المللی شد و اگر تعلق این قواعد به تمامی شرکت کنندگان تضمین می شد، این امر، کاهش اختلافات درباره داوری بین المللی را موجب می گردید، به ویژه اینکه قواعد مورد بحث قاعدتاً باید برای کشورهای در حال توسعه قابل قبول باشد؛ زیرا همین قواعد پیش از این به وسیله قدرتهای استعماری پیشین یا گروه کشورهای صنعتی به ایشان تحمیل نشده است. یک نتیجه فرعی چنین وحدتی، غیر ملی شدن سیستم بین المللی داوری است.^۲ این عوامل به افزایش رسمی و غیر رسمی هماهنگی با سیستم منجر

۱. در این راستا موضوع بی طرفی و منصف بودن بیشتر داوران، از عدم وابستگی ایشان به یک سیستم حقوقی خاص ناشی می شود. تصمیمات قضات ملی ممکن است آگاهانه یا غیر آگاهانه تحت تأثیر نحوه آموزش و تحصیلات آنها در سیستم حقوقی خودشان باشد. درباره تخصص بیشتر، داوران، تصمیم گیرندگان متخصص هستند، در صورتی که ممکن است از قضات ملی انتظار برود که در رابطه با یک سری از موضوعات مختلف قضاوت نمایند.

۲. Andrew Okekeifere, *Public Policy and Arbitrability Under the UNCITRAL Model Law*, ۲(۲) INT'L A.L.R. ۷۰-۷۶ (۱۹۹۹);

«بنابراین، قانون نمونه ایجاد می شود برای نیل به... غیر ملی شدن داوری تجاری بین المللی، خصوصاً از نظر شکل رسیدگی و رهایی آن از انقیاد قوانین ملی».

می‌شود؛ با وجود این، قانون نمونه مورد استقبال جهانی قرار نگرفت:

چنین استنباط می‌شد که طراحی قواعد نمونه به عنوان ابزار مناسبی برای کشورهای فاقد قانون یا رویه پیشرفته‌ای در داوری یا کشورهای دارای قانون مدرن معقول، ولی فاقد رویه‌های زیاد یا کشورهای دارای قوانین قدیمی یا غیر قابل دسترس، مفید و مناسب بود. به نظر نمی‌رسید که این قواعد برای کشوری مثل انگلستان مناسب باشد؛ کشوری که در آن، مقررات داوری به روز است و رویه جاری زیادی وجود دارد. همچنین استنباط موجود این بود که قانون نمونه ناقص است.^۱

۳. قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان

اگرچه قانون نمونه نکات مفید زیادی را دربرداشت، نویسندگان قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان، آن را در مجموع دور از انتظار و غیر ضروری تشخیص دادند. انگلستان دارای یک سیستم داوری به روز شده بود که حمایت بخش گسترده‌ای از رویه قضایی را به دنبال داشت. بعلاوه، قانون نمونه بر حسب تعاریف ارائه شده، یک قانون نمونه به معنای کلاسیک است. این قانون یک معاهده بین‌المللی با قدرت بین‌المللی نیست، بلکه ذاتاً جنبه توصیه‌ای دارد، نه قهری.^۲ همچنین قانون نمونه به دور از جامعیت است؛ زیرا موضوعاتی که درباره آنها اختلاف نظر وجود داشت، در متن این قانون گنجانده نشده است.

باید خاطر نشان کرد که قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان، مقرراتی شبیه به قانون نمونه دارد. با توجه به کوچک‌تر شدن جامعه جهانی از طریق عمومی شدن و توسعه در فن آوری اطلاعات، انگلستان اگر به حفظ جایگاه برجسته‌اش در دنیای داوری مایل بود، باید قوانین داوری خود را به روز و مدرنیزه می‌کرد؛ بنابراین، هرگونه

۱. Bruce Harris, Rowan Plantnose, & Jonathan Hecks, *The Arbitration Act ۱۹۹۶: A Commentary* ۱ (۳ed. ۲۰۰۳). See also: Fraser P. Davidson, *International Commercial Arbitration: The united Kingdom and UNCITRAL Model Law*, J.B.L. ۴۸۰-۴۸۴ (Nov ۱۹۹۰).

۲. See: Andrew Okekeifere, *Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law Part 1: Agenda for Improvement*, ۲(۵/۶) INT'L A.L.R. ۱۶۷(۱۹۹۹); «The UNCITRAL Model Law... has indeed turned out to be a model piece of legislation and... a marvelous success in international persuasive legislation».

اصلاح و تغییری در قانون انگلستان که به نظر می‌رسد، باید با روند توسعه داوری تجاری بین‌المللی همگام باشد.

با وجود این، این بدین معنا نیست که قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان کاملاً با مقررات قانون نمونه منطبق است. در واقع، بین فلسفه ایجاد قانون نمونه و قانون داوری تفاوت اساسی وجود دارد. قواعد مرتبط، ولی متفاوت از هم‌اند. به موجب قانون نمونه، دخالت دادگاه نباید مسلم تلقی شود. چهار قاعده مندرج در قانون نمونه عبارت است از:

الف) اختیار طرفین؛

ب) محدود بودن نقش دادگاه‌های ملی؛

ج) مواد اصلی مربوط به رعایت انصاف؛

د) انجام دادرسی درست و مقررات کمک‌کننده به شناسایی و اجرای احکام داوری.^۱

۴. مداخله قضایی به موجب قانون نمونه و قانون داوری ۱۹۹۶

م. انگلستان

قانون نمونه حدّ معینی از دخالت قضایی را می‌پذیرد، با وجود این، این دخالت به صورت بسیار مضیق تعریف شده است. بر عکس، قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان زمینه‌های بیشتری از دخالت قضایی را می‌پذیرد؛ اگرچه این قانون مقرر می‌دارد که محاکم باید فقط به میزان حدّ اقل لازم دخالت کنند. قواعدی را که قانون ۱۹۹۶ م. داوری را استحکام می‌بخشد، می‌توان در بخش یک ملاحظه کرد. قواعد سه‌گانه عبارت است از:

الف) هدف از داوری، رسیدن به راه حلّ منصفانه اختلافات به وسیله یک محکمه بی‌طرف است.

ب) طرفین باید آزادانه درباره حلّ و فصل اختلافاتشان توافق کنند و تنها محدودیت در این باره، رعایت ضروریات منافع عمومی است.

۱. See: Karen and Andrew Tweedale, *A Practical Approach to Arbitration Law* ۳۲۰ (۱۹۹۹).

ج) در موضوعات تحت پوشش این بخش، دادگاه جز در موارد تصریح شده، حق مداخله ندارد.^۱

در پرونده «Runman Faruqi v. Commonwealth Secretariat»^۲ سؤالی درباره میزان دخالت دادگاه در موضوعات داوری مطرح شد. در مقام طرح تفاوت‌های قانون داوری و قانون نمونه، عنوان شد که به موجب ماده ۵ قانون نمونه «هیچ دادگاهی جز در موارد تصریح شده، حق دخالت ندارد»، در صورتی که ماده ۱(c) قانون داوری ۱۹۹۶ م. فقط اعلام می‌دارد که «دادگاه حق دخالت ندارد».^۳ بنابراین ماهیت استثنایی قانون نمونه، کامل‌تر و قطعی‌تر از مقررات مربوط در قانون داوری است. قاضی «Brindle» اعلام داشت:

کلمه «باید» مورد استفاده قرار نگرفته است.... ممکن است مواردی وجود داشته باشد... که دادگاه می‌تواند غیر از موارد خاص پیش‌بینی شده در بخش ۱ قانون دخالت کند، ولی این موارد طبیعتاً بسیار نادر است و قاعده کلی قوی و مستحکمی، این مداخله را نمی‌پذیرد.

موفقیت یک قانون تا حد زیادی به تمایل دستگاه قضایی داخلی به رعایت مقررات ماهوی آن بستگی دارد؛ بنابراین، قوانین داوری قدیمی باید کنار گذاشته شود؛ زیرا متضمن سیستمی بود که بر دخالت زیاد قضایی مبتنی بود. قضات انگلیسی برای کار در سیستم جدیدی که در آن، دخالت کمتری داشتند، مجبور به بازآموزی بودند.

اختلاف آرا درباره دخالت قضایی در مورد اختیار محکمه برای رسیدگی به مسئله صلاحیت خودش نیز ظاهر می‌شود.

۵. دکترین kompetenz/kompetenz

قاعده استاندارد کنونی در داوری تجاری بین‌المللی به صلاحیت محکمه برای تعیین

۱. Arbitration Act ۱۹۹۶ s ۱(a)-(c).

۲. [۲۰۰۲] WL ۴۹۸۸۰۵ (QBD (Comm.Ct.)) March ۲۶, ۲۰۰۲ (unreported). A case summary is available from Westlaw UK <<http://uk.westlaw.com>> .

۳. Id. at ۲.

صلاحیت خود قائل است. این قاعده که به قاعده «Kompetez/Kompetenz»^۱ موسوم است، عموماً در عملکرد اروپایی دیده شده و مرام اصلی قانون نمونه است.^۲ چنین چیزی قبلاً در قوانین انگلستان شناخته شده نبود، ولی اکنون به صورت یک قاعده در ماده ۳۹ قانون داوری انگلستان درج شده است. با وجود این، باید خاطر نشان کرد که در سیستم حقوقی انگلستان، صلاحیت محکمه داوری برای تعیین قطعی میزان صلاحیتش حسب مواد ۳۲ و ۶۷ قانون داوری تحت کنترل قضایی قرار دارد. این محدودیتها به اختیارات محاکم، منعکس کننده اکراه سیستم حقوقی انگلستان برای قبول عدم صلاحیت کامل دادگاه است. با وجود این، این غصب صلاحیت محکمه به طور مضییقی در مواد ۳۲ و ۷۳ تعریف شده است. در وهله نخست، اگر یک طرف دعوا به صلاحیت محکمه در مدت معینی اعتراض نکند، حق اعتراض خود را از دست خواهد داد.^۳ ثانیاً، دادگاه به موضوع صلاحیت، رسیدگی نخواهد کرد مگر اینکه طرفین کتباً در مورد حل و فصل موضوع به وسیله دادگاه توافق کرده باشند.^۴ محکمه به نوبه خود می‌تواند به دادگاه اجازه رسیدگی به این موضوع را بدهد.^۵ اگر دادگاه دارای چنین صلاحیتی برای رسیدگی به موضوع صلاحیت باشد، تنها در صورت اقتناع در خصوص وجود موارد ذیل به صدور رأی مبادرت خواهد کرد:

۱. به نظر برسد که این گونه رسیدگی به صرفه جویی در هزینه‌ها در جریان رسیدگی ماهوی منجر می‌شود.
۲. درخواست بدون تأخیر داده شده باشد.
۳. دلایل معقولی برای لزوم رسیدگی به وسیله دادگاه وجود داشته باشد.^۶

۱. I.e. competence/competence.

۲. Art. ۱۶ provides that:

«محکمه داوری می‌تواند درباره صلاحیت خود تصمیم‌گیری کند.»

۳. Arbitration Act ۱۹۹۶ s ۷۳(۱):

«اگر یکی از طرفین بتواند ثابت کند که نمی‌دانسته یا منطقاً به اطلاع از موارد قابلیت طرح اعتراض قادر نبوده، ممکن است به وی امکان طرح اعتراض داده شود.»

۴. Id. s ۳۲(۲)(a).

۵. Id. s ۳۲(۲)(b).

۶. Id. s ۳۲(۲)(i)-(iii).

همان طور که ملاحظه می‌شود، این شرایط خیلی سخت بوده، نمایانگر منطق اصلی قانون مبنی بر حداقل دخالت قضایی است. استقلال طرفین در چارچوب الزامات نظم عمومی باید در حد امکان، هرچه بیشتر رعایت شود.^۱ معمولاً عنوان می‌شود که محاکم داوری در مقام تصمیم‌گیری درباره موضوع «Kompetenz/Kompetenz» بیشتر محتمل است که به صلاحیت خود رأی دهند تا به عدم صلاحیت خود. داوری در درجه نخست، یک تعهد اختیاری به وسیله طرفین یک اختلاف است؛ بنابراین، طرفین با درج شرط داوری در قراردادشان قصد داشته‌اند، صلاحیت را از محاکم عمومی بگیرند. ماده ۱۶ قانون نمونه با اعلام اینکه هرگونه مسئله مربوط به صلاحیت باید به وسیله خود محکمه داوری حل شود، به چنین توافقی تأثیر می‌بخشد. ماده ۳۰ قانون داوری ۱۹۹۶ م. نیز توافق طرفین را البته با شرط مهم مندرج در ماده ۳۲ می‌پذیرد. اشکال ماده ۳۲ درباره احتمال به مخاطره افتادن آزادی طرفین است. دادگاه ممکن است تصمیم بگیرد که محکمه داوری صلاحیت ندارد و موضوع اختلاف از طریق داوری حل و فصل شدنی نیست. شدت این قاعده تا حدی به موجب ماده ۷ قانون تعدیل شده است. این ماده با پذیرش قاعده بین‌المللی قابلیت جداسازی «Rule of Seperability» اعلام می‌دارد که حتی اگر قرارداد اصلی حاوی شرط داوری، کأن لم یکن تلقی شود، قرارداد داوری کماکان مستقر و پابرجاست.

ماده ۶۷ قانون داوری به طور مشابهی به یک طرف اجازه اعتراض به یک رأی داوری از جنبه صلاحیت ذاتی‌اش را می‌دهد. این ماده بر خلاف ماده ۳۲ که الزامی نیست و می‌توان از آن عدول کرد، الزام آور است. با وجود این، با توجه به پرونده «LG Caltex Gaz Co. v. China National Petroleum Corp.»^۲ به نظر می‌رسد طرفین بتوانند با تنظیم یک موافقت‌نامه صریح، صلاحیت دادگاه را برای

۱. Id. s ۱(b):

«طرفین در چارچوب منافع عمومی می‌توانند درباره حل اختلافاتشان تصمیم‌گیری کنند».

۲. [۲۰۰۱] EWCA Civ.۷۸۸. See also: the commentary on this case: Philip Clifford, *Ad Hoc Arbitration Agreements and substantive Justice*, ۲۳(۲۰۰۱) INT'L A.L.R. ۴(۴).

بررسی رأی صلاحیتی محکمه داوری «Kompetenz/Kompetenz» پذیرند.^۱ متن ماده ۳۲ پیچیده است و تفسیر آن ممکن است مشکل ساز باشد؛ زیرا قضات مختلف ممکن است نظریه‌های متفاوتی نسبت به آن داشته باشند؛ برای مثال، در پرونده^۲ «Vale Do Rio Navegacos S.A. v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co. and Sea Partners Ltd.» دادگاه درخواست خواهان حسب ماده ۳۲ را که بدون توافق با طرف دیگر و قبل از شروع پروسه داوری ارائه شده بود، پذیرفت و اعلام کرد، دادگاه تنها در موارد محدودی حق دخالت دارد؛ زیرا این طرفین هستند که باید اختلافاتشان را با توسل به راههای مورد توافق قبلی حل و فصل کنند.^۳ برعکس، قاضی «ریچارد سیمور» در پرونده^۴ «JT Mackley co v. Gosport Marina Ltd.» اعلام کرد که دادگاه صلاحیت ذاتی برای اعطای جبران اعلامی را دارد، حتی در حالتی که شرایط اعمال ماده ۳۲ وجود نداشته باشد. بنابراین، قضاتی که درباره حق انتخاب مسلم طرفین متقاعد نشده باشند، ممکن است آماده دور زدن متن شدید قانون برای توجیه دخالت دادگاه باشند.

میزان دخالت قضایی در جریان داوری تا حد زیادی به دید قاضی نسبت به امر داوری بستگی دارد، البته در این صورت، عاقبت موافقت‌نامه‌های داوری نامشخص است؛ زیرا بعضی قضات ممکن است به پروسه داوری اطمینان نداشته، به دخالت در

۱. برای بحث بیشتر در این باره، ر.ک:

Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part 1-Jurisdiction*, ۱۵۲ N.L.J. ۱۷۴۵(۲۰۰۲).

در این مقاله گفته شده که دادگاهها در حال گرایش به تفسیری موسع‌تر از موافقت‌نامه‌ها درباره عوامل ارتباط می‌باشند.

۲. [۲۰۰۲] ۲ All E.R.(Comm.) ۷۰. See also: *Applications to the English Courts on Issues of Arbitrators, Substantive Jurisdiction*, presented at the Symposium on Judicial Intervention in International Commercial Arbitration. This article is available on the website of the international law firm Holman, Fenwick and Willan <www.hfw.com> .

۳. See also: *Workplace Technologies v. E Squared*, February ۱۶, ۲۰۰۰ (unreported), as discussed by Stewart Shackleton, *Annual Review of English Judicial Decisions on Arbitration* ۲۰۰۰, ۴(۶) INT'L.A.L.R. ۱۷۸, ۱۸۱ n.۲۲(۲۰۰۱).

۴. [۲۰۰۲] EWHC ۱۳۱۵.

داوری تمایل داشته باشند.^۱

۶. قطعیت آرای صادرشده و اعتراض به آنها

روند پژوهش در انگلستان ابهامات زیادی را درباره قطعیت آرای صادرشده به وجود می‌آورد.^۲ آرای داوری حسب مواد ۶۷ تا ۶۹ قانون داوری ۱۹۹۶ م. قابل اعتراض است.^۳ به موجب ماده ۶۸ این قانون، یک رأی داوری با طرح ادعای تحقق «بی قانونی جدی و مهم»^۴ قابل اعتراض است. این ماده با حق داوری برای هدایت جریان رسیدگی به صلاح دید خود و با حسن نیت و رعایت انصاف، در تناقض است.^۵ یک محکمه داوری مثل یک دادگاه دادگستری نیست؛ در نتیجه، قواعد رسیدگی دادگاه ضرورتاً در روند داوری اجرا نمی‌شود. با وجود این، تحولات مثبتی صورت گرفته است و به نظر می‌رسد دادگاههای انگلستان به نحو روزافزونی در پرونده‌های اخیر مطرح شده، به موجب ماده ۶۸، استقلال محاکم داوری را رعایت می‌کنند؛ همان طور که قاضی «استوارت شاکلتون» اظهار داشته است:

دادگاهها محدودیتهای ماده ۶۸ را درباره بازبینی قضایی روند داوری پذیرفته‌اند؛ در نتیجه، داوران در برگزاری روند مناسب با هر دعوای خاص، بیش از هر زمانی از آزادی عمل برخوردارند.^۶

ماده ۶۹ بیشترین زمینه بحث درباره صلاحیت دادگاه را مطرح می‌کند. به موجب این ماده، طرفین می‌توانند از دادگاه رسیدگی پژوهشی نسبت به یک موضوع حقوقی ناشی از یک رأی داوری را درخواست کنند. بر خلاف مواد ۶۷ و ۶۸،

۱. Supra note ۲۴, at ۱۸۱.

۲. Id. at ۱۹۵.

۳. برای مطالعه ماده ۶۷ قانون داوری ۱۹۹۶ م. ر.ک: ۲۰. Supra text accompanying note ۲۰.

۴. Id. s ۶۸(۲)(a)-(i).

۵. چون این ماده ابتدائاً درباره حقوق انگلستان است، اصطلاح انگلیسی «arbitrator» عموماً و همه جا معادل اصطلاح اسکاتلندی «arbiter» به کار می‌رود.

۶. بر مبنای انصاف و وجدان.

۷. Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part II-Procedural Irregularity*, ۱۵۲

N.L.J. ۱۸۱۶, ۱۸۱۷(۲۰۰۲).

ممکن است صلاحیت دادگاه به علت توافق طرفین مبنی بر غیر مدلل بودن رأی صادرشده یا در صورت نبود چنین توافقی، ساقط شود. اجازه رجوع به مرجع پژوهشی نیز لازم است. بالاخره، ماده ۶۹ در مورد داوریهایی اعمال می‌شود که مقررشان در انگلستان و ولز است و تحت حاکمیت قوانین دادرسی انگلستان قرار دارد. فلسفه حفظ مرحله پژوهشی حسب ماده ۶۹ در نظم عمومی^۱ نهفته است. دادگاههای انگلیسی می‌خواهند مطمئن شوند که آرای داوری، مطابق قانون انگلستان صادر شده است. این، دلیل موجهی نیست؛ زیرا حقوق عمومی متحول شده و موضوع، بدین دلیل به داوری ارجاع می‌شود تا با روندی کاملاً متفاوت با سیستم دادرسی قضایی مورد رسیدگی قرار گیرد. محدودیتهای مندرج در قانون انگلیس، دست داوران را که از مؤاخذه شدن به لحاظ اتخاذ رفتاری خلاف انصاف و عدالت بیم‌ناک‌اند، بسته است.^۲ قطعیت آرای داوری باید به عنوان سیاستی در مقابل دخالت زائد سیستم قضایی محلی^۳ مرجح شمرده شود. داوران معمولاً با توجه توجه به تخصص و مهارتهایشان از سوی طرفین انتخاب می‌شوند.

یکی از عرصه‌هایی که ممکن است قطعیت تصمیم داوری توسط قانون نمونه آنسیترال در آن به خطر افتد، قلمرو اصلاحاتی است که بعد از صدور رأی داوری به وجود می‌آید. اصلاح یک رأی داوری یکی از قواعد عموماً پذیرفته‌شده در رویه داوری بین‌المللی است. بدین منظور، بند «الف» ماده ۳۳ قانون نمونه، اصلاح محاسبات، موارد انشایی یا تایی را ظرف سی روز از تاریخ صدور رأی پیش‌بینی

۱. *Supra note ۲۴*, at ۱۹۳:

«به دلیل اینکه قرار است قراردادها به وسیله دیگران نیز مورد استفاده قرار گیرد، دادگاههای انگلستان برای حفظ منافع عمومی بر آرای داوری نظارت می‌کنند».

۲. Andrew Foyle and Saira Singh, *Arbitration: An Introduction to the Procedure*, ۱۵۲ N.L.J. ۱۴۱۷ (۲۰۰۲).

۳. Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part III-Appeals on Questions of Law*, ۱۵۲ N.L.J. ۱۸۳۴, (۲۰۰۲); «The s.۶۹ appeal regime stands out as an anomalous feature of a modern pro-arbitration jurisdiction... Public policy is today more concerned with finality than supervision of the production and application of norms of English Law».

کرده است.^۱ برعکس، بند «ب» همین ماده مقرر می‌دارد که در صورت توافق طرفین، یکی از طرفین می‌تواند از محکمه داوری، تفسیر یک نکته یا بخش خاصی از رأی داوری را درخواست کند.^۲ در مقابل، قانون داوری ۱۹۹۶ م.^۳ تنها اجازه تصحیح یک رأی داوری را می‌دهد. عنوان شده که موضع قانون انگلیس، موضع مناسبی است. گفته شده که «از جهت نظری، تصحیح اشتباهات و تفسیر یک رأی داوری برای نیل به یک مقصود است؛ اعاده معنای واقعی رأی».^۴

با وجود این، در عمل ممکن است از این اختیار تفسیری، سوء استفاده شود. یک طرف قوی ممکن است طرف ضعیف را به قبول ارجاع تفسیری بند «ب» ماده ۳۳ مجبور کند که در واقع، کوششی برای بازگشایی پرونده و عوض شدن رأی اصلی با رأی مطلوب برای طرف قوی است.

۷. جرح داور

ماده ۱۲ قانون نمونه، زمینه اعتراض به نحوه انتخاب داور را فراهم می‌کند. جرح داور ممکن است به دلایلی چند صورت پذیرد. یکی از این موارد، این است که شک معقولی درباره بی‌طرفی یا استقلال داور یا دارا بودن شرایط مورد توافق طرفین در قرارداد داوری وجود داشته باشد. بر عکس، قانون داوری ۱۹۹۶ م. پیش‌بینی کرده که دادگاه می‌تواند داور را برکنار کند؛ [مواردی از قبیل اینکه] اگر:

شک معقولی درباره بی‌طرفی داور وجود داشته باشد؛ داور شرایط مقرر در قرارداد داوری را نداشته باشد؛ داور توانایی جسمی یا روحی برای اداره روند داوری نداشته باشد یا شک معقولی در این باره وجود داشته باشد؛ داور نتوانسته یا امتناع کرده باشد از ۱. اداره درست روند یا ۲. سرعت معقول در انجام روند یا صدور رأی.^۵

۱. ماده ۳۳ الزامی است و دادگاه اختیار دارد با عنایت به بند ۲ ماده ۳۳ رأی داوری را به تشخیص خود اصلاح کند.

۲. David A.L. Williams and Amy Buchanan, *Correction and Interpretation of Awards Under Article ۳۳ of the Model Law*, ۴(۴) INT'L A.L.R. ۱۱۹, ۱۲۳(۲۰۰۱).

۳. Arbitration Act ۱۹۹۶ s ۵۷.

۴. Supra note ۳۷, at ۱۲۴.

۵. Arbitration Act ۱۹۹۶ s ۲۴.

در تمام این موارد، دادگاه باید قانع شود که یک بی‌عدالتی عمده نسبت به متقاضی صورت گرفته یا صورت خواهد گرفت.^۱

به موجب ماده ۲۹ قانون داوری ۱۹۹۶ م.، داور در برابر هر فعل یا ترک فعل مربوط به ایفای وظایفش از مصونیت برخوردار است. اگر معلوم شود که داور با حسن نیت عمل نکرده است، این مصونیت قابل برگشت و لغو است.^۲ چنین قاعده‌ای در قانون نمونه وجود ندارد و چنین غفلی تأسّف‌آور است. گفته شده که اگر داوری قابل اعتراض نباشد، این خطر وجود دارد که یک داور بی‌دقت به ضرر یک طرف اقدام کند.

زمینه‌های اعتراض در قانون داوری ۱۹۹۶ م. بسیار وسیع‌تر از قانون نمونه است و پیش‌بینی برکناری داور، عامل محرّک مثبتی برای وی خواهد بود. داور همواره باید در محدوده نمایندگی اعطا شده به وی به موجب قرارداد داوری و با دید حلّ و فصل دعوا به موجب قواعد و اصول مبنای داوری، اقدام کند. این مقرّره دو نتیجه دارد: نخست اینکه داوران باید سطح معلومات، تمرینات و تخصّص خود را بهبود بخشند؛ دوم اینکه نیاز به دخالت قضایی با افزایش تخصّص داوران کاهش می‌یابد.

قانون نمونه برای داور، دامنه عملکرد وسیع‌تری همراه با معاقبت از مسئولیت قائل می‌شود و غفلت این قانون از نظر پیش‌بینی نکردن تأخیر اجتناب‌پذیر یا نبود احساس مسئولیت نسبت به پرونده به عنوان دلایلی برای ردّ داور، به عنوان یک نقص جدّی، مورد انتقاد واقع شده است.^۳

۱. Id. s ۲۴(۱).

۲. Id. s ۲۹(۱).

۳. See: Andrew Okekeifere, *Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law Part ۲: Challenge*, ۳(۱) INT'L A.L.R. ۱۳, ۱۶(۲۰۰۰); «Making avoidable delay a ground for the express challenge of an arbitrator will help stem the rising tide of avoidable and severely injurious delay in international commercial arbitration... Indeed, the grounds for challenge under the Law should be widened. They ought to include lack of commitment to the case and even carelessness in handling the case».

۸. فرق میان داوری داخلی و بین‌المللی

قانون نمونه برای ایجاد هماهنگی در قواعد حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی طراحی شده بود؛ بنابراین، داوری داخلی قلمرو انحصاری سیستم قضایی داخلی بود. از این رو، ممکن بود با وجود دو سیستم داوری به موازات هم، با هم اشتباه گرفته شوند. این وضع، قبل از وضع قانون داوری ۱۹۹۶ م. در انگلستان پیش آمد. مواد ۸۵ تا ۸۷ قانون داوری ۱۹۹۶ م. بین داوری داخلی و بین‌المللی تمایز نهاد، ولی این مواد به علت عضویت انگلستان در اتحادیه اروپایی هرگز به مرحله اجرا درنیامد. در پرونده «Philip Alexander Securities and Futures Ltd. v. Bamberger»^۱ تمایز قائل شدن میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی، مغایر قانون اتحادیه تلقی شد؛ زیرا این امر، آزادی ارائه خدمات را بر خلاف ماده ۵۹ (۴۹ فعلی) معاهده ۱۹۵۷ م. موجد اتحادیه اروپا اصلاح شده به وسیله معاهدات بعدی (معاهده رم)، محدود می‌کرد.^۲ از بعضی جهات، حذف تفاوت میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی مطلوب است؛ چه اینکه این امر، به ساده شدن حقوق و کاسته شدن از حجم دعوی در دادگاههای کمک‌کننده به یک روند داوری منجر می‌شود و قطعیت و تمامیت قراردادهای داوری را حفظ می‌کند و از وجود سیستمهای موازی داوری در یک کشور جلوگیری به عمل می‌آورد.

۹. اعلامیه حقوق بشر ۱۹۹۸ م. و دادگستری طبیعی

به همان ترتیب که عضویت در اتحادیه اروپایی، قانونگذار و دستگاه قضایی انگلستان را در مواضعشان نسبت به داوری در محظور قرار داده است، اعلامیه حقوق بشر ۱۹۹۸ م. نیز محدودیتهایی را در این باره ایجاد کرده است.^۳ به موجب ماده ۶ اعلامیه حقوق بشر، مقامات دولتی نمی‌توانند به گونه‌ای عمل کنند که با حقوق مقرر در کنوانسیون مربوط به حمایت از حقوق بشر و آزادیهای

۱. [۱۹۹۷] Eu.L.R. ۶۳.

۲. Id. s ۲۸.

۳. Ch. ۴۲ (۱۹۹۸) (Eng.).

اساسی از قبیل حق داشتن یک دادرسی عادلانه،^۱ مغایر باشد (ECHR).^۲ بی گمان، داوری یک روش خصوصی حل و فصل اختلافات است؛ با وجود این، زمینه‌ای برای دخالت قضایی در جریان داوری وجود دارد. گفته شده که وقتی طرفین، موضوع را به داوری ارجاع می‌دهند، تمام حقوق خود حسب ماده ۶ «ECHR» را از دست نمی‌دهند.^۳ در گذشته، قضات دادگاه عالی درباره تصمیماتشان در مورد قبول یا رد درخواست پژوهش، توجیهی ارائه نمی‌دادند.

در پرونده «North Range»^۴ قاضی توکی^۵ اعلام داشت:

این ممکن است پایان راه برای خواهان باشد، ولی او محق است که به طور خلاصه، بداند چرا به این نقطه رسیده است. به نظر ما این، تضعیف روند داوری نیست، بلکه آن را تقویت می‌کند، به ویژه اگر قاضی، دلایل داوران را قبول کند.

تصمیم گرفته شده در این پرونده با پرونده «Mousaka Inc. v. Golden Seagull Maritime Inc.»^۶ در تضاد است. در این پرونده، پذیرفته شد که تحمیل تکلیف توجیه یک رأی داوری به داور، ممکن است طبیعت کاربری و تأثیر گذاری داوری را کاهش دهد، اعتماد در سیستم داوری را از بین ببرد و توجیه رأی داوری، تأثیری کمی بیشتر از ارضای حس کنجکاوی طرف بازنده دارد. این استدلال معقول نیست؛ زیرا لزوم مستدل بودن رأی قضایی، یکی از قواعد اساسی پذیرفته شده است. این امر، هم درباره حقوق عمومی و هم درباره حقوق خصوصی صادق است؛ زیرا داور، در واقع، یک جانشین حقوق خصوصی برای قاضی است. اعلامیه

۱. کنوانسیون شورای اروپا برای حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی

(۱۹۵۰)، ۵ E.T.S. (۱۹۵۰).

۲. European Convention of Human Rights ۱۹۵۰, art. ۶.

۳. William Godvin, *Arbitration and Reasons: The North Range Decision*, ۵(۴) INT'L A.L.R. ۱۰۹, ۱۰(۲۰۰۲) and in particular, Tolstoy v. United Kingdom (۱۹۹۵) ۲۰ E.H.R.R. ۴۴۲.

۴. North Range Shipping Ltd. v. Seatrans Shipping Corp. (The Western Triumph) [۲۰۰۲], EWCA Civ. ۴۰۵; See also: supra note ۴۹.

۵. Lord Justice Tuckey.

۶. Gemma Birt, *Case Comment: Musaka Inc. v. Golden Seagull Maritime Inc.*, ۵(۱) INT'L A.L.R. ۲(۲۰۰۲).

۱۹۹۸ م. حقوق بشر افزایش اعتماد به دخالت قضایی در روند داوری را موجب شده است؛ چرا که الزام به ارائه استدلال، تضمین کننده این است که قضات با توجه کامل، درخواستهای رسیدگی پژوهشی نسبت به تصمیمات محاکم داوری را رسیدگی کنند و مخالفت غیر موجه و نادرست نورزند، البته تلقی دخالت قضایی به عنوان یک انتخاب رویه، همچنان می تواند زیر سؤال باشد.

به موجب قانون نمونه با طرفین باید یکسان برخورد شود و به هر طرف باید فرصت کافی برای ارائه نظرهایش داده شود.^۱ در الزامات محکمه داوری مندرج در قانون داوری ۱۹۹۶ م. تفاوت کمی وجود دارد. بند ۱ ماده ۳۳ این قانون، محکمه داوری را به اعمال انصاف و بی طرفی مکلف می کند. با وجود این، باید فقط به هر یک از طرفین، فرصت معقولی برای پیشبرد پرونده اش داده شود.^۲ این تغییر توجیه پذیر است. یک دادرسی عادلانه ممکن است ضرورتاً ایجاب کند که طرفین در ارائه ادعاهایشان محدود شوند. عدالت قضایی باید با محدود کردن طرف دعوای بی منطق در سوء استفاده از حقوقش در انحراف جریان داوری و در نتیجه، تأخیر در حل و فصل دعوا محقق شود. ماده ۳۳ همچنین مقرر می دارد: «محکمه باید اطمینان حاصل کند از اینکه جریان رسیدگی به ترتیبی انجام می گیرد که از هرگونه تأخیر یا هزینه غیر ضروری اجتناب می شود».^۳ این امر، شدیداً در تضاد با الزام محکمه داوری حسب ماده ۶۵ است که مقرر می دارد: «هزینه های قابل جبران داوری... باید محدود به مبلغ تصریح شده و معین باشد». اگر محکمه داوری، این محدوده را بسیار کم اعلام نماید، محکمه نمی تواند به صورت منصفانه و بی طرفانه عمل کند و ممکن است حقوق طرفین برای پیشبرد پرونده شان نادیده گرفته شود.^۴ با وجود این، اعمال محدودیت بر هزینه های قابل جبران، ممکن است حل و فصل عادلانه دعوا را موجب شود؛ زیرا هیچ یک از طرفین از امتیاز مالی خود بهره مند نمی شود؛ بدین ترتیب، اصل «تساوی سلاحها و

۱. Art. ۱۸.

۲. Harris, Plantenrose & Hecks, supra note ۸, at ۳۲۷-۳۲۸.

۳. Arbitration Act ۱۹۹۶ s ۳۳(۱)(b).

۴. Harris Plantenrose & Hecks, supra note ۸, at ۵.

امکانات» که به وسیله دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح شده، رعایت می‌شود.^۱

۱۰. نتیجه‌گیری

اگر بیم قضات از این است که با صدور تصمیمات الزام‌آور خصوصی از محکمه داورى، عدالت در معرض تضییع قرار می‌گیرد، در این صورت، راه علاج، افزایش دخالت قضایی در جریان داورى نیست، بلکه باید راه حل را در افزایش تخصص داوران از راه آموزش ایشان جست. دخالت قضایی در تقابل با جریان داورى است. راه حل در صدور تصمیمات بهتر از جانب داوران است. این امر به یک دور مفید منجر می‌شود؛ بدین ترتیب که هرچه کیفیت تصمیمات داورى بهبود یابد، نیاز به دخالت قضایی کاهش می‌یابد. این امر به نوبه خود، افزایش جذبه انگلستان به عنوان محل داورى را در پی دارد؛ زیرا قطعیت چنین تلقی منطقی و تصمیمات قابل قبول داورى تأمین می‌شود یا لاقلاً احتمال مقبولیت بیشتری برای آنها وجود دارد.

قانون نمونه و قانون داورى ۱۹۹۶ م. سوای تشابهات زیادشان، تفاوت‌های مهمی از حیث چگونگی رویکرد به داورى با هم دارند. ایجاد قانون نمونه، گام مهمی برای هماهنگی بین‌المللی رویه داورى تجاری بود. کشورهای در حال توسعه که از سلطه اربابان استعمارگر رهایی یافته بودند و فاقد راهنمایی قضایی درباره داورى بودند، به قواعدی نیاز داشتند که از سوی یک نیروی غالب به کشورهای ضعیف تحمیل نشده باشد. استانداردهای حداقلی مورد توافق بین‌المللی برای این کشورهای تازه تأسیس بیشتر قابل قبول خواهد بود و احتمال بیشتری برای رعایت آنها از سوی این کشورها وجود دارد، ولی ضعف قانون نمونه همچون حقوق بین‌الملل، در کلی بودن قواعدش است. حداقل وجه اشتراک در این قواعد وجود دارد؛ از این رو، پیشرفت جالب توجهی در وضعیت داورى ایجاد نمی‌شود. بعلاوه، با گذشت تقریباً بیست سال از وضع قانون نمونه، این قانون قدمتی پیدا کرده است. قواعد آن جامعیت ندارد، بلکه صرفاً

۱. اصل «تساوی سلاحها» تلاشی است برای اطمینان از اینکه هر دو طرف دعوا فرصت مساوی برای طرح ادعاهایشان و دریافت کمکها و مشاوره‌های قانونی را دارند. وضع محدودیتهای مالی ممکن است بر حقوق طرفین در انتخاب مشاور حقوقی مورد نظرشان تأثیر بگذارد.

مقطعی بوده، بر چند نکته معین و انتخاب شده از داوری بین‌المللی متمرکز شده است. قانون نمونه در چارچوب و سیاق قانون ملی، زیست می‌کند؛ بنابراین، هدف عمومی و همگانی نمودن قواعد داوری تحقق نیافته است. تمرکززدایی هدف فعلی است و تا فراموشی شدن روند داوری، راه درازی در پیش است. تا رسیدن به زمانی که قانون ملی نقشی در داوری نداشته باشد، بهترین راه برای اجتناب از چندگانگی، ایجاد هماهنگی در حقوق ملی مربوط به داوری همراه با ارتقای سطح تخصص داوران است.

این، دیدگاه قانون داوری ۱۹۹۶ م. است. این قانون، همچنین اقدام و تلاشی برای مدرنیزه کردن قانون داوری در انگلستان است و تا حدود زیادی با قانون نمونه هماهنگ است. همچنین از این نظر که یک قانونگذاری جامع در زمینه حقوق داوری انگلستان است، از قانون نمونه پیشی می‌گیرد. این قانون که تمامی جنبه‌های داوری را دربرمی‌گیرد، به روز است و مقررکننده قواعدی لازم‌الاجرا برای قضات و داوران می‌باشد. قانون داوری ۱۹۹۶ م. هم‌اکنون در داوریه‌های داخلی و بین‌المللی اعمال می‌شود؛ از این رو، نمونه‌ای از ایجاد هماهنگی و توافق می‌باشد.

با وجود کاهش بسیار دخالت قضایی در روند داوری، این دخالت هنوز در قانون داوری انگلستان وجود دارد.^۱ در این مورد، بیش از هر مورد دیگری اختلاف نظر وجود دارد. داوری به عنوان یک روش خصوصی حل و فصل قضایی اختلافات هنوز در معرض دخالت قضات دولتی قرار دارد. دخالت قضات ممکن است برای اطمینان از رعایت هماهنگی، عدالت و انصاف، لازم تلقی شود. وجود داوران متخصص و دانش آموخته، مطمئناً کمترین دخالت قضایی را در پی دارد. هم قانون نمونه و هم قانون داوری انگلستان، بر عقلانی کردن، مدرنیزه و روشن نمودن قانون داوری در محدوده عملشان سعی دارند. هر دو در رسیدن به اهداف مختلف، ولی مرتبطشان، بسیار موفق بوده‌اند. هر دو می‌توانند بهتر شوند و پیشرفت کنند و احتمال نزدیک شدن آنها به یکدیگر در آینده، روز به روز بیشتر می‌شود.

۱. Supra note ۲۴, at ۲۰۰:

«سیاست عدم دخالت با آگاهی و شناخت از قدرت ابزار مفهومی جدید پیش‌بینی شده در قانون داوری، کم‌کم در حال عملی شدن است.»

نقش نظام قضایی بین‌المللی در حلّ و فصل اختلافات زیست‌محیطی

و راهکارهای تحکیم دادرسیهای بین‌المللی در این اختلافات^۱

^۲ Dionysia-Theodora Avgerinopoulou □

□ ترجمه حسین یزدانی^۳

□ کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

مقدمه مترجم

با رشد روزافزون مسائل زیست‌محیطی و گسترش فعالیتهای مختلف در این عرصه،

۱. مشخصات کتاب‌شناختی مقاله به شرح زیر است:

Dionysia-Theodora Avgerinopoulou, «The Role of the International Judiciary in the Settlement of Environmental Disputes and Alternative Proposals for Strengthening International Environmental Adjudication», Prepared for Global Environmental Governance: the Post-Johannesburg Agenda, ۲۳-۲۵ October ۲۰۰۳, Yale Center for Environmental Law and Policy New Haven, CT.

با توجه به زیاد بودن مستندات اصل مقاله، به منظور رعایت استاندارد کمی صفحات مجله، از چاپ همه آنها خودداری شد. بدیهی است که مستندات و ارجاعات در دفتر مجله برای استفاده خوانندگان موجود است.

۲. محقق مرکز حقوق و سیاست محیط زیست ییل، نیو هاون.

۳. hosseinyazdani@gmail.com

اختلافات بسیاری در این زمینه بروز کرده است؛ به گونه‌ای که نظام قضایی موجود، چه در عرصه داخلی و چه در عرصه بین‌المللی، نمی‌تواند پاسخگوی آن باشد. عمده‌ترین دلیل اقامه شده، تخصصی بودن مسائل و موضوعات زیست‌محیطی است؛ از این رو، محاکم بین‌المللی موجود چنان تخصصی ندارند که بتوانند به طور مؤثر به حل و فصل این اختلافات بپردازند.

برخی از محاکم قضایی بین‌المللی موجود همچون دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، به بخشی از جنبه‌های اختلافات زیست‌محیطی پرداخته‌اند، با این حال، این اختلافات چنان گسترده‌گی و پیچیدگی دارد که ساختار و اهداف محاکم مزبور اجازه رسیدگی مؤثر و کامل به آنها را نمی‌دهد؛ چراکه این محاکم در بسیاری موارد، از اعمال صلاحیت خود برای رسیدگی به مسائل زیست‌محیطی خودداری می‌کنند و یا تنها به جنبه‌های خاصی از این اختلافات می‌پردازند؛ بنابراین، بهترین راه حل پیشنهادی برای حل و فصل اختلافات مذکور، تأسیس یک دیوان بین‌المللی است که فقط صلاحیت رسیدگی به اختلافات زیست‌محیطی داشته باشد؛ بدین ترتیب، امید می‌رود با ایجاد چنین محکمه‌ای که می‌تواند «دیوان بین‌المللی محیط زیست» نام بگیرد و با استفاده از قضات متخصص و آموزش دیده در مسائل زیست‌محیطی، اختلافات مطرح شده در این عرصه به نحو مؤثر و دقیق حل و فصل شود.

مقدمه

رشد روزافزون دیوانها و دادگاههای بین‌المللی کنونی و افزایش توسل به آرای الزام‌آور شخص ثالث در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، نه باعث توسعه قابل ملاحظه حقوق بین‌الملل محیط زیست شده است و نه وضعیت اداره محیط زیست بین‌المللی را بهبود بخشیده است. جامعه بین‌المللی برای پیشگیری از زوال بیشتر منابع طبیعی و نیل به عدالت در عرصه محیط زیست، باید گزینه‌های موجود را برای بهبود سیستم قضایی بین‌المللی مورد بازنگری قرار دهد.

این مقاله، به بررسی نقش نهادهای قضایی بین‌المللی در حل و فصل اختلافات مربوط به محیط زیست و امکان بهبود نهاد قضایی موجود می‌پردازد و راهکارهایی

را دربارهٔ ایجاد نهادهای جدید پیشنهاد می‌دهد. در بخش نخست، چنین استدلال شده است که جبران خسارتهای حقوقی در سطح بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات زیست‌محیطی ضرورت دارد. در این بخش، به معرفی دیوانهای بین‌المللی پرداخته شده است که در حال حاضر صلاحیت رسیدگی به اختلافات مربوط به محیط زیست را دارند و نتیجه گرفته شده که محاکم بین‌المللی موجود به رسیدگی و بررسی چالشهای جهانی امروز محیط زیست قادر نیستند.^۱ در بخش دوم، پیشنهاداتی برای کمک به بهبود نقاط ضعف ساختار نظام قضایی بین‌المللی موجود در خصوص محیط زیست ارائه شده است.

بخش اول: نهادهای قضایی زیست‌محیطی کنونی

دادگاههای داخلی و مسائل زیست‌محیطی جهانی

دادگاههای داخلی، قدرت لازم برای پرداختن به مسائل زیست‌محیطی بین‌المللی ندارند. در بسیاری از موارد، جامعهٔ بین‌المللی توسل به دادگاهها و محاکم بین‌المللی را ضروری می‌داند. مسائل زیست‌محیطی فراملی، غالباً به مکانیسمهای فوق‌ملی حل و فصل اختلافات نیاز دارد و دادگاههای داخلی غالباً صلاحیت پاسخگویی به این گونه مسائل فراسرزمینی را ندارند.

اگر در موارد نادر هم اختلافی زیست‌محیطی، فعّالان داخل مرزها را درگیر کند، باز هم دادگاههای داخلی به رسیدگی به اقدامات انجام‌شده از سوی دولتهای خود تمایل ندارند و به این کار نیز قادر نیستند. در بسیاری از موارد، قوانین داخلی از لحاظ حقوقی، موانعی ایجاد کرده است که اختیار دادگاهها را برای رسیدگی به

۱. این مقاله در تجزیه و تحلیلهای بعدی، در پی تمایزات مکانیسمهای حل و فصل اختلافات به دو شیوهٔ ذیل است:

(الف) روشهای سیاسی؛ از جمله مذاکره، میانجی‌گری، سازش و آیین تحقیق؛

(ب) روشهای حقوقی؛ از جمله داوری و حل و فصل قضایی (ر.ک: مادهٔ ۳۳ منشور ملل متحد). هرچند بیشتر اختلافات زیست‌محیطی از راههای سیاسی حل و فصل می‌شود، این مقاله تنها به شیوه‌های حقوقی پرداخته است؛ زیرا تصمیمات حقوقی الزام‌آور برای طرفین این اختلافات، نتیجهٔ این شیوه‌هاست و این شیوه‌ها به ارائهٔ رویهٔ قضایی همراه با قدرت قانونی گرایش دارد.

اقدامات دولت و اصلاح آنها محدود می‌سازد.^۱ در سایر موارد نیز دادگاههای داخلی به اعمال قوانین بین‌المللی چندان تمایل ندارند (Rest, ۱۹۹۴). بعلاوه، قضات داخلی برای اعمال نظام بسیار پیچیده و اغلب جنجال‌برانگیز حقوق بین‌الملل محیط زیست آگاهی لازم را ندارند.

اشتغالات بایسته نهادهای قضایی بین‌المللی

تحلیل فوق از ضعف دادگاههای داخلی، اشاره دارد که نهادهای قضایی بین‌المللی، به پاسخگویی به نگرانیهای زیست‌محیطی فراملی ملزم‌اند. هرگاه دادگاههای داخلی به دلیل فراسرزمینی بودن دعاوی یا به دلیل فقدان صلاحیت ملی، نتوانند دعاوی مزبور را بپذیرند، تنها راه چاره، رجوع به محاکم بین‌المللی است. وانگهی، دادگاههای بین‌المللی از موقعیت مناسب‌تری برای نظارت و حمایت از تکوین حقوق بین‌المللی زیست‌محیطی، همچون حق اطلاع از فعالیتهای آلاینده دولت همجوار برخوردارند. همچنین یک محکمه بین‌المللی می‌تواند بر فعالیتهای مضر یک ملت نسبت به محیط زیست سایر ملتها یا کل مردم جهان، نظارت داشته باشد. افزون بر این، نظارت قضایی بین‌المللی می‌تواند جبران‌کننده ضعف عملکرد ملی از ناحیه ملتهایی باشد که حاکمیت قانون در آنها به چشم نمی‌خورد.

نهادهای قضایی بین‌المللی که مسئولیت زیست‌محیطی دارند، باید بتوانند مفهوم و وضعیت تکامل دگرینه‌های بین‌المللی زیست‌محیطی همچون اصل اقدام احتیاطی^۲ را شفاف سازند. این نهادها باید بتوانند افزون بر ایجاد اصول جدید، مشروعیت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و قواعد مسلم زیست‌محیطی را نیز تبیین کنند.

ساختار و [نحوه] تصمیم‌گیری نهادهای بین‌المللی قضایی موجود

هرچند هیچ محکمه بین‌المللی مختص به مسائل زیست‌محیطی وجود ندارد،

۱. دیوان عالی اداری یونان می‌تواند درباره قوانین اداری قوه مجریه تصمیم بگیرد و آنها را الغا کند، اما حق اصلاح و تغییر قوانین رسمی و عادی صادره از سوی این قوه را ندارد. در برخی موارد، پس از الغای یک قانون اداری از سوی دیوان عالی اداری، دولت با اصرار بر آن قوانین، به صدور قانونی رسمی اقدام می‌کند که دقیقاً مفاد آن همانند قانون اداری است و از سوی دیوان عالی اداری ابطال‌شدنی نیست.

۲. precautionary principle.

نهادهای بین‌المللی قضایی وجود دارد که به حل و فصل اختلافات بین‌المللی زیست‌محیطی نیز می‌پردازند. با این حال، به رغم شمار زیاد محاکم قضایی، توانایی این محاکم به انجام دادن وظایف مذکور در بخش قبلی مشخص نیست. مطالب مختصری که می‌آید، بیان‌کننده مشخصات آیین‌نامه‌ای و رویه قضایی برخی نهادهای مهم جهانی و منطقه‌ای در عرصه محیط زیست است.^۱

۱. دیوان بین‌المللی دادگستری^۲

دیوان بین‌المللی دادگستری مهم‌ترین رکن قضایی بین‌المللی سازمان ملل متحد است و نسبت به همه مسائل حقوق بین‌الملل از جمله مسائل زیست‌محیطی اختیار تام دارد (ر.ک: بند ۱ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری). اساسنامه دیوان، مقررات شکلی محافظه‌کارانه بسیاری دارد؛ از جمله اختیار دولتها مبنی بر اینکه موضوع تصمیم دیوان قرار بگیرند یا نه (ر.ک: بندهای ۲-۵ ماده ۳۶ اساسنامه). همچنین دولتها، براساس شرایطی، در پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری مختارند.^۳ وانگهی، تنها دولتها می‌توانند دعاوی خود را نزد دیوان اقامه کنند و سایر تابعان از چنین موقعیتی محروم‌اند.

۱. برای بررسی نهادهای حل و فصل اختلافات زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل، دعاوی اقامه‌شده براساس معاهدات چندجانبه زیست‌محیطی ذکر می‌شود. برای اطلاعات بیشتر، ر.ک: «عدم رعایت آیین پروتکل مونترال درباره مواد مضر برای لایه ازن». کمیته اجرایی پروتکل مونترال، از یک شیوه مسالمت‌آمیز که شامل نظارت بر رعایت این پروتکل از سوی دولتهاست، پیروی کرده است. این کمیته، دلایل بی‌توجهی دولتها و وضع ضمانت اجراها برای وادار کردن دولتها به رعایت پروتکل را پی‌گیری می‌کند. این کمیته تقریباً شبه قضایی است و غالباً عملکرد اداری دارد. تحلیلگران نیز آن را با هیئتهای موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت «گات» (GATT) در سالهای نخست آن مقایسه می‌کنند.

۲. World Court or ICJ.

۳. از دیوان بین‌المللی دادگستری درباره مشروعیت قوانین و مقررات کانادا درباره انجام دادن اقداماتی در دریای آزاد علیه کشتیهای خارجی برای صید بیش از حد از ماهیان مهاجر بین دریای آزاد و منطقه انحصاری اقتصادی کانادا سؤال شد. دیوان به دلیل اینکه کانادا نسبت به صلاحیت دیوان، حق شرط اعمال کرده بود، اختلاف را نپذیرفت. کانادا در این اقدام، هرگونه اختلاف راجع به «اقداماتی که از سوی کانادا درباره حفظ و مدیریت نسبت به کشتیهای ماهیگیری در منطقه قانونی انجام می‌شود و اعمال این گونه اقدامات» را از صلاحیت دیوان استثنا کرده بود؛ بنابراین، دیوان در این اختلاف، نتیجه گرفت که صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد.

به رغم وجود این گونه قید و بندهای اساسی، اقتدار دیوان بین‌المللی دادگستری در نظام قضایی بین‌المللی، منحصر به فرد است. دولتهای عضو سازمان ملل متحد متعهد شده‌اند تصمیمات این دیوان را بپذیرند (ر.ک: بند ۱ ماده ۹۴ منشور ملل متحد) و شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌تواند دیوان را در اجرای تصمیماتش یاری رساند.^۱ گام مهم دیگری از لحاظ آیین‌نامه‌ای، در سال ۱۹۹۳ م. برداشته شد و آن، زمانی بود که دیوان، یک شعبه خاص^۲ دائمی هفت نفره در مسائل زیست‌محیطی ایجاد کرد تا نقش مؤثرتری در اختلافات زیست‌محیطی بازی کند، اما از آنجا که اعضای این شعبه، به داشتن مهارت خاصی در مسائل زیست‌محیطی ملزم نبودند، درباره اینکه تأسیس این شعبه، آن گونه که مورد انتظار بود، بتواند در ایجاد رویه قضایی خلاقانه و هدف‌مند در مسائل محیط زیست، سهم به‌سزایی داشته باشد، تردید وجود داشت. این شعبه تا به حال، اختلافی را رسیدگی نکرده است (Qiong Wu, ۲۰۰۲). دیوان بین‌المللی دادگستری در تصمیماتش، مجدداً بر اصول حقوق بین‌الملل محیط زیست همچون اصل ۲۱ اعلامیه استکهلم و اصل ۲ اعلامیه ریو تأکید کرد. با این حال، این آرا از سوی جوامع دانشگاهی و جامعه مدنی، محافظه‌کارانه قلمداد شده است (Ibid.). دیوان تفسیرهای حقوقی تدریجی را که ممکن بود به پیشرفتهای مهمی در پیکره حقوق بین‌الملل محیط زیست و قواعد مربوط به موضوعات حساس زیست‌محیطی بینجامد، نپذیرفت.^۲ دیوان بین‌المللی دادگستری همچنین به سبب توجه اندکش به تصمیم‌گیری، مورد انتقاد قرار گرفته است. چندین دعوی جالب توجه نیز بنا به دلایل شکلی مورد پذیرش دیوان قرار نگرفت. در این دعاوی، نظر مخالف بر این بود که اکثر قضات، در روش حقوقی خود تجزیه‌گرا و عینیت‌گرا بوده‌اند؛ بنابراین، به عقیده آنها، دیوان مکلف است برای «مشارکت در اصول بنیادین مربوط به مجموعه قواعد حقوق بین‌الملل محیط زیست» شیوه انعطاف‌پذیرتری را در پیش گیرد.

۱. به موجب بند ۲ ماده ۹۴ منشور ملل متحد «چنانچه یکی از طرفین اختلاف از اجرای تعهداتی تخلف کند که بر حسب رأی دیوان برعهده‌اش گذاشته شده است، طرف دیگر می‌تواند به شورای امنیت رجوع کند و شورای مزبور ممکن است عنداللزوم توصیه‌هایی کرده یا برای اجرای رأی دیوان، اقداماتی را اتخاذ کند».

۲. همچون قابلیت اعمال موافقت‌نامه‌های چندجانبه زیست‌محیطی در زمان جنگ.

۲. دادگاه بین‌المللی حقوق دریا^۱

کنوانسیون ۱۹۸۲ م. حقوق دریا^۲، «دادگاه بین‌المللی حقوق دریا» را تأسیس کرد. این دادگاه در سال ۱۹۹۶ م. در هامبورگ آغاز به کار کرد.^۳ این دادگاه یک نهاد قضایی مستقل است که ارتباط بسیار نزدیکی با سازمان ملل متحد دارد. براساس ماده ۲۰ اساسنامه دادگاه، اعضای کنوانسیون حقوق دریا می‌توانند اختلافات مربوط به تفسیر و اجرای مقررات کنوانسیون مزبور را به دادگاه ارجاع دهند. همچنین این دادگاه می‌تواند به مسائل زیست محیطی خارج از قلمرو کنوانسیون پردازد؛ چرا که این دادگاه مجاز است دعاوی ناشی از سایر اسناد بین‌المللی مرتبط با آبهای بین‌المللی را داوری و رسیدگی کند.

دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، از اندک نهادهای قضایی بین‌المللی است که بر دعاوی ناشی از مقررات معاهده مؤسّسش، صلاحیت اجباری دارد. هرچند این دادگاه تنها مکانیسم حلّ و فصل اختلافات برای رجوع دولتهای عضو کنوانسیون نیست،^۴ برای حلّ و فصل اختلافات خاصّی که ناشی از مواد کنوانسیون باشد، صلاحیت اجباری دارد. همچنین برای حلّ و فصل دعاوی‌ای که به هیچ‌یک از مکانیسمهای حلّ و فصل اختلاف ارجاع نشده باشند نیز صلاحیت اجباری دارد (ماده ۲۹۲ کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریا، پاراگراف ۵ ماده ۲۹۰، پاراگراف ۲ ماده ۲۸۸ و ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه بین‌المللی حقوق دریا).

به رغم تعدّد مکانیسمهای حلّ و فصل اختلافات در کنوانسیون حقوق دریا، انتظار می‌رود دعاوی بسیاری به دادگاه بین‌المللی حقوق دریا ارجاع شود. روند دادرسی دادگاه نسبتاً سریع و انعطاف‌پذیر است. خبرگی و مهارت قضات این دادگاه، از مهم‌ترین امتیازات آن است.^۵ شعبه حلّ و فصل اختلافات بستر دریا نیز که یکی از

۱. ITLOS.

۲. LOS Convention.

۳. کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریا در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ به امضا رسید و در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ م. لازم‌الاجرا گردید (۳۹۷ U.N.T.S. (۱۸۳۳).

۴. ماده ۲۸۷ کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریا (دعاوی را می‌توان به دیوان بین‌المللی دادگستری یا سایر مراجع داوری ارجاع داد).

۵. طبق ماده ۲ اساسنامه دادگاه، قضات باید در زمینه حقوق بین‌الملل دریاهای اهل نظر و فن باشند.

شعب دادگاه است، صلاحیت استماع دعاوی اقامه شده از سوی «شخصیتهایی را که دولت نباشند»، دارد. این شخصیتهای شامل اشخاص حقیقی طرف معاهده و متعهدینی می شود که در آینده با مقام بین المللی اعماق وارد معاهده می شوند. تصور می شود که این مقرر، اقامه دعوا از سوی دیگر نهادهای غیر دولتی را هم شامل شود، اما مفهوم و معنای دقیق و قطعی این مقرر به تفسیر دادگاه منوط است.

این آیین دادرسی، دادگاه را قادر می سازد تا به طور مؤثر پاسخگویی دعاوی زیست محیطی باشد. در یازده قضیه ای که دادگاه راجع به آنها تصمیم گیری کرده است، مسائل زیست محیطی را نیز مورد بحث قرار داده است و در زمینه حفظ محیط زیست، موضع حمایت گرایانه داشته است.

۳. ارکان حلّ و فصل اختلاف در چارچوب سازمان جهانی تجارت

یکی از مهم ترین وظایف سازمان جهانی تجارت^۱، حلّ و فصل اختلافات است. این روند با مشاوره، شروع و با آیینهای سازش یا میانجیگری «گات» ادامه یافت. هر یک از اعضا می تواند از هیئت دریافت کننده لوایح تمام دولتهای ذی نفع که آنها را گزارش می کند، تقاضای رسیدگی به اختلاف را بکند. نهاد حلّ و فصل اختلاف^۲، گزارش هیئت مزبور را می پذیرد، مگر اینکه مشترکاً با پذیرش آن مخالفت شود. هر یک از طرفین اختلاف می تواند نزد مرجع تجدید نظر، از تصمیم هیئت مزبور تقاضای تجدید نظر کند. مرجع تجدید نظر، نهادی دائمی و دارای هفت عضو است. طرفین اختلاف ملزم اند طی یک «زمان متعارف و معقول»، حکم هیئت مزبور را به اجرا گذارند. چنانچه حکم صادره مورد اجرا واقع نشود، طرف متضرر می تواند افزون بر تقاضای جبران خسارت، به عمل متقابل اقدام کند.

برای افزایش کارآیی آیین حلّ و فصل اختلافات، گامهای مثبتی در دور اروگوئه برداشته شد. با این حال، این گامها، پاسخگویی نگرانیهای زیست محیطی موجود نبود؛ زیرا اولاً آیینهای حلّ و فصل اختلاف تنها به روی اعضای سازمان جهانی تجارت

۱. WTO.

۲. DSB.

گشوده است، نه اشخاص یا سازمانهای زیست محیطی غیر دولتی؛ ثانیاً رسیدگیهای هیئت مزبور غیرعلنی است؛ ثالثاً هیئتهای حلّ و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت، همگی، کارشناسان تجارت اند که الزاماً تخصص کافی برای تصمیم گیری درباره مسائل زیست محیطی ندارند؛ و بالاخره، این هیئتهای حلّ و فصل اختلاف، ملزم نیستند رژیمهای حقوقی بین المللی همچون موافقت نامه های بین المللی زیست محیطی و حقوق بین الملل عرفی را مورد ملاحظه قرار دهند. موافقت نامه سازمان جهانی تجارت، نظامی «تودار و خودارجاع» ایجاد کرده است (۱۹۴-۱۶۳: Sands, ۱۹۹۹). به رغم تلاشهای صورت گرفته برای ایجاد مطابقت بین موافقت نامه های زیست محیطی موجود و نظام تجارت هنوز یکپارچگی لازم بین آنها ایجاد نشده است.

۴. دیوان دادگستری اروپا^۱

دیوان دادگستری اروپا نقش مهم و به سزایی در جامعه اروپا^۲ دارد. دادگاههای داخلی و حکومتها مایل اند به تصمیمهای این دیوان احترام بگذارند. هر چند این دیوان، یک دیوان تخصصی زیست محیطی نیست، این اختیار را نیز دارد که به دعاوی مربوط به نقض قوانین زیست محیطی جامعه اروپا از سوی دولتهای عضو این جامعه رسیدگی کند. دیوان دادگستری اروپا همچنین اختیار صدور احکام مقدماتی درباره تفسیر حقوق اولیه یا ثانویه اروپایی از جمله حقوق محیط زیست را دارد. ساختار دیوان دادگستری اروپا به گونه ای نیست که شعبه ای خاص برای مسائل زیست محیطی تلقی شود. با این حال، با توجه به پیچیدگی دعاوی زیست محیطی، دادستانها عملاً از نوعی تخصص برخوردارند (Kremlis, ۲۰۰۱). حق رجوع به این دیوان برای کمیسیون، ارکان اتحادیه اروپا، دولتهای عضو و اشخاص حقیقی و حقوقی که مستقیماً تابع قوانین اروپایی اند، وجود دارد. با توجه به این شرایط شکلی، سازمانهای غیر دولتی از حق رجوع به دیوان دادگستری اروپا مستثنا شده اند.

دیوان دادگستری اروپا در حفظ محیط زیست طبیعی در منطقه اروپا، سهم به سزایی

۱. ECJ.

۲. EU.

داشته است. این دیوان با رسیدگی به بیش از ۱۵۰ دعوی زیست محیطی، آرای قضایی مهمی صادر کرده است. این دیوان، نخستین دیوانی است که بسیاری از اصول حقوق بین الملل محیط زیست، از قبیل اصل احتیاط (اقدام پیشگیرانه) را تأیید کرده است.^۱ به رغم اینکه دادگاههای داخلی در بدو امر، شبهاتی را نسبت به دیوان دادگستری اروپا مطرح کردند، دیوان نه تنها در شفاف ساختن قواعد زیست محیطی موفق بوده است، بلکه در هماهنگی اعمال حقوق محیط زیست جامعه اروپا و همچنین در توسعه حقوق محیط زیست داخلی نیز مؤثر بوده است. افزون بر این، دیوان دادگستری اروپا به عنوان یک دیوان چند موضوعه، توانسته است حفظ محیط زیست را در ارتباط با سایر منافع عمومی، از قبیل توسعه اقتصادی، مورد ارزیابی قرار داده، تعادل لازم را ایجاد کند.

۵. دیوان اروپایی حقوق بشر^۲

دیوان اروپایی حقوق بشر که زیر چتر شورای اروپا در سال ۱۹۵۰ م. تأسیس شد، وظیفه نظارت بر چگونگی رعایت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادیهای اساسی (کنوانسیون رم) از سوی دولتهای عضو را برعهده دارد. این دیوان به منظور حمایت از حقوق بشر، تفسیرهای مترقیانه‌ای از اسناد حقوقی ارائه داده است و یکی از الگوهای قضایی بسیار موفق منطقه‌ای به شمار می‌رود. با این حال، در ایفای نقش زیست محیطی خود با محدودیتهایی روبه‌رو بوده است؛ چرا که این دیوان به بررسی موارد نقض حقوق بشر، آن گونه که در کنوانسیون رم و پروتکل الحاقی آن

۱. برخی از آرای که دیوان دادگستری اروپا چه به طور صریح و چه به طور ضمنی، اصل احتیاطی را در آنها اعمال کرده است، عبارت است از:

Case C- ۴۰۵/۹۲, *Arm and Mondilt S.A. v. Armement Islais SARL*, ۱۹۹۳, E.C. RI-۶۱۳۳ on the prohibition of drift-nets; Case C-۱۸۰/۹۶, *U.K. v. Comm'n*, ۱۹۹۶, E.C.R. I-۳۹۰۳, rejection of a request for provisional measures of lift the ban on beef after the Kreuzels Jacobs' disease; case T-۱۹۹/۹۶, *Labs. Pharmaceutiques Bergaderm S.A. & J.J. Goupil v. Comm'n*, ۱۹۹۸ E.C.R. II- ۲۸۰۵, prohibition of use of certain chemicals in sunscreen cosmetiques.

۲. ECHR.

مشخص شده، می‌پردازد. نه کنوانسیون و نه پروتکل الحاقی آن، دربارهٔ حقوق بشر نسبت به محیط زیست پاک سخنی بیان نداشته است.^۱ در گذشته، این دیوان در تفسیر و ابداع مواد قانونی موجود بسیار انعطاف‌پذیر بود. این دیوان با اعمال مادهٔ ۸ (حمایت از زندگی خصوصی و خانوادگی)، خسارات زیادی را برای اشخاص متضرر از صدمات زیست‌محیطی یا آلودگی صوتی جبران کرده است.^۲ با وجود این، رأی دیگری دربارهٔ محیط زیست در دستور کار نیست. دیوان در قضیهٔ «Kyrtatos» اخیراً بیان داشته است که به دلیل محدودیتهای موجود در کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی آن، به حمایت‌های جامع و فراگیر از محیط زیست قادر نیست.^۳

۶. دیوان آفریقایی حقوق بشر

کمیسیون آفریقا، تنها نهاد منطقه‌ای بین‌المللی فعال برای «اشاعه» و «حمایت» از حقوق و «تفسیر» مفاد منشور آفریقایی حقوق بشر در قارهٔ آفریقا است. در پاسخ به ناتوانی کمیسیون آفریقا برای متوقف ساختن نقضهای گسترده و سازمان‌یافتهٔ حقوق بشر در این قاره (۲۰۰۰، Udombana)، سازمان وحدت آفریقا - اتحادیهٔ آفریقای فعلی^۴ - در ماه ژوئن ۱۹۹۸ م. پروتکل منشور آفریقایی حقوق بشر را در خصوص تأسیس

۱. پیش‌نویس پروتکل کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که حقوقی را برای بشر نسبت به محیط زیست قائل شده است، تا حال تصویب نشده است.

۲. برای مثال، ر.ک: قضیهٔ مشهور «Lopez Ostra» (۱۹۹۴).

۳. همان‌گونه که دیوان در قضیهٔ «Kyrtatos v. Greece» در ۲۲ می ۲۰۰۳ م. در استراسبورگ بیان داشت، «دربارهٔ نخستین بخش دادخواست، دیوان اظهار داشت که براساس روئیهٔ ثابت خود، آلودگی شدید محیط زیست ممکن است بر سلامت افراد تأثیر بگذارد و آنها را از انتفاع از مسکن خود محروم سازد؛ به گونه‌ای که زندگی خصوصی و خانوادگی آنها را بدون اینکه به سلامت آنها صدمهٔ شدید وارد سازد، تحت تأثیر قرار دهد. با این حال، مهم‌ترین چیزی که باید در تعیین این امر که آیا با توجه به اوضاع یک دعوا، آلودگی محیط زیست به طرز غیر مطلوبی بر حقوق مورد حمایت مندرج در بند ۱ مادهٔ ۸ تأثیر گذاشته است، مشخص شود، وجود تأثیر مضر بر زندگی خصوصی فرد و قلمرو خانوادگی است، نه صرفاً تخریب محیط زیست. نه مادهٔ ۸ و نه هیچ‌یک از سایر مواد کنوانسیون به تنهایی و به طور مشخص برای حمایت کلی از محیط زیست طراحی نشده‌اند، در حالی که در این زمینه به خصوص، دیگر اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی برای رسیدگی مرتبط‌تر به نظر می‌رسند».

۴. AU.

دیوان آفریقایی حقوق بشر و مردم به تصویب رساند.^۱

پروتکل مؤسس این دیوان، هنوز لازم‌الاجرا نشده است؛ زیرا فاقد اسناد تصویب لازم است.^۲ این دیوان، افزون بر کلیه اسناد حقوق بشر تصویب شده از سوی اعضا، بر همه قضایای مربوط به تفسیر و اجرای منشور آفریقا صلاحیت دارد. دولتها، سازمانهای بین‌المللی، سازمانهای غیر دولتی و اشخاص، حق رجوع به دیوان دارند و می‌توانند علیه هر دولتی اقامه دعوا کنند. با این حال، حق رجوع به این دیوان برای سازمانهای غیر دولتی و اشخاص به موارد ضرورت، خطرناک، یا موارد مرتبط با نقض شدید حقوق بشر محدود شده است.

امکان ارزیابی کار این دیوان به دلیل فقدان رویه قضایی وجود ندارد، اما در آینده، ایجاد یک رویه قضایی برای این دیوان بسیار حائز اهمیت است؛ زیرا این دیوان، منشور آفریقایی حقوق بشر را اعمال می‌کند؛ منشوری که به صراحت، حق بشر بر محیط زیستی رضایت‌بخش را به رسمیت شناخته است (Yemi, ۲۰۰۲).

۷. دیوان بین‌المللی کیفری^۳

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ م. در رم به امضا رسید و در اول ژوئیه ۲۰۰۲ م. لازم‌الاجرا شد. براساس ماده ۵، دیوان صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین جنایات بین‌المللی را دارد. این جنایات عبارت است از: ژنوساید، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز.

اساسنامه دیوان، حمایت خاصی از محیط زیست به عمل آورده است: طبق ماده ۸، آغاز عمدی «حمله‌ای با علم به اینکه چنین حمله‌ای تلفات جانی یا آسیب به غیرنظامیان یا خسارت به اهداف غیرنظامی یا آسیب گسترده، درازمدت و شدید به محیط زیست را در پی خواهد داشت و آشکارا نسبت به مجموع فایده نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن، بیش از اندازه است»، جنایت جنگی معرفی

۱. این دیوان توسط پروتکل راجع به تأسیس یک دیوان حقوق بشری ایجاد شد. برای دریافت متن پروتکل، ر.ک: < <http://achpr.org> >.

۲. این پروتکل قبل از اینکه دیوان تأسیس شود، نیاز به ۱۵ سند تصویب دارد (بند ۴ ماده ۳۴).

شده است. این مقررہ بسیار محدود است.^۱ افزون بر این، دیوان بین‌المللی کیفری تنها بر اشخاص صلاحیت دارد، نه دولتها و این، خود، میزان حمایت‌های دیوان از محیط زیست را محدود می‌کند. این دیوان تاکنون رأی صادر نکرده است.

۸. دادگاه‌های اختصاصی جنایات جنگی

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY)^۲ و دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا، محاکم بین‌المللی اختصاصی‌اند که برای تعقیب مرتکبان نقض شدید حقوق بشر دوستانه داخلی در درگیری‌های خاص تأسیس شده‌اند. شورای امنیت ملل متحد، به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد، این دادگاه‌ها را به عنوان اقدامات قهری ایجاد کرد. براساس منشور، تمامی دولتها ملزم‌اند در اجرای تصمیمات دادگاه مشارکت کنند. با این حال، هر دو دادگاه، احکام محدودی دارند که تخریب محیط زیست در درگیری‌های مسلحانه را شامل نمی‌شود.

ارزیابی نهادهای قضایی بین‌المللی موجود

تنها براساس معدود آرای زیست‌محیطی که از سوی محاکم بین‌المللی صادر شده است، می‌توان به این نتیجه رسید که چگونگی رسیدگی محاکم موجود به مسائل زیست‌محیطی رضایت‌بخش نیست. از این گذشته، پیامدهای محافظه‌کارانه این دعاوی به این اشاره دارد که محاکم بین‌المللی موجود نتوانسته‌اند حتی نسبت به این تعداد اندک دعاوی زیست‌محیطی که نزد آنها اقامه شده است، دادرسی مناسبی انجام دهند.

دلایل کم بودن دعاوی زیست‌محیطی، موانع سنتی سیاسی و حقوقی، از قبیل

۱. این مقررہ تنها در صورتی «خسارات شدید و درازمدت به محیط زیست» را جرم‌انگاری می‌کند که این خسارات «به طور آشکار نسبت به مجموع فایده نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن، بیش از اندازه» باشد. «خسارات شدید و درازمدت» فی‌نفسه از سوی اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی جرم‌انگاری نشده و جنایت جنگی به شمار نرفته است، مگر اینکه نسبت به فایده نظامی، نامتناسب باشد و طرفی که حمله را آغاز کرده است، آن گونه بخواهد و انتظار هم برود.
۲. نام کامل این دادگاه، «دادگاه بین‌المللی تعقیب مرتکبان نقض شدید حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در سرزمین یوگسلاوی سابق از سال ۱۹۹۱ م.» است.

حاکمیت دولت، دکتربین صلاحیت رضایی،^۱ و شرط توسل قبلی به مراجع داخلی است.^۲ افزون بر این نقایص مشترک، اختلافات زیست محیطی دست کم دو ویژگی متمایز دیگر دارند که اغلب مانع دادرسی آنها می گردد؛ اولاً هیچ نظام سازمان یافته‌ای برای حل و فصل این اختلافات وجود ندارد. ثانیاً نهادهای بین‌المللی از لحاظ دادرسی با مشکلاتی مواجه‌اند.

شیوه رسیدگی به دعاوی زیست محیطی در سطح بین‌المللی صراحتاً مشخص نشده است. هیچ دیوان بین‌المللی خاصی که برای حل و فصل اختلافات زیست محیطی صلاحیت داشته باشد، وجود ندارد تا طرفین ذی‌نفع بتوانند اختلاف زیست محیطی خود را آنجا اقامه کنند. چنانچه اختلاف به گونه‌ای به حقوق دریا، تخلفات تجاری، نقض حقوق بشر یا رفتارهای مجرمانه خاصی مرتبط نباشد، طرفین هیچ مرجعی برای ارجاع اختلافشان فراروی خود نمی‌بینند. وانگهی، نظام قضایی بین‌المللی به نظامهای قضایی ملی مرتبط نشده است. هیچ مکانیسمی برای مراجعه یا پژوهش خواهی از احکام صادره از سوی محاکم داخلی نزد دیوانهای بین‌المللی وجود ندارد. بعلاوه، بسیاری از معاهدات چندجانبه زیست محیطی، رجوع به محاکم

۱. برای اینکه یک دیوان بین‌المللی بتواند به یک دعوا رسیدگی کند، کلیه دولت‌های طرف اختلاف باید قبلاً رضایت خود را به صلاحیت دیوان اعلام کرده باشند. رضایت آنها ممکن است به یک دعوی خاص، گروهی از دعاوی یا همه دعاوی باشد که آن دولت طرف آنهاست. این شرط که با عنوان «دکتربین صلاحیت رضایی» از آن یاد شده است، ریشه در دکتربین حاکمیت دولت دارد. اگر دولتی به قبول صلاحیت دیوان مایل نباشد، دیوان از لحاظ حقوقی، صلاحیت رسیدگی به آن دعوا را ندارد و دولت مزبور به رعایت تصمیم دیوان هیچ الزامی ندارد و از هر اقدام قهری یا اجرایی مصون خواهد بود. دکتربین صلاحیت رضایی، از نظر کمی، محدودیت‌هایی را بر شماری از دعاوی که توسط دادگاههای بین‌المللی رسیدگی شده است، وارد کرده است، به ویژه در مواردی که دولت آلوده کننده محیط زیست به صلاحیت دیوان رضایت نداده است.

۲. شرط رجوع مقدماتی به محاکم داخلی برای جبران خسارت پیش از توسل به مراجع قضایی بین‌المللی، نقشی دوگانه در دست‌یابی به مراجع قضایی بین‌المللی در دعاوی زیست محیطی بین‌المللی بازی می‌کند. با اینکه چنین شرطی در اکثر دادگاهها مثل دادگاههای حقوق بشری که خود برای دسترسی به محاکم دوستدار محیط زیست مانع ایجاد می‌کنند، وجود دارد، اما شرط مزبور در مراجعه به نهادهای قضایی که در چارچوب رژیم‌هایی فعالیت می‌کنند که بالقوه برای محیط زیست مضر هستند، همچون ایکسید (ICSID) یا محاکم اختصاصی ایجادشده با معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITs)، وجود ندارد.

بین‌المللی برای حل اختلاف را پیش‌بینی نکرده است؛ در نتیجه، طرفین اختلاف غالباً به استفاده از آیینهای بین‌المللی حل و فصل اختلافات تمایل ندارند.

برخی مقررات شکلی و رویه‌ای موجود در آیینهای دادرسی بین‌المللی، موانعی را بر سر راه پذیرش دعاوی و رسیدگی مؤثر به آنها ایجاد کرده و طرفین ذی‌نفع را از ارجاع اختلافات خود ناتوان یا بی‌میل ساخته است؛ چرا که اولاً اشخاص از اقامه دعا نزد این دیوانها به کلی ممنوع شده‌اند، مگر در موارد خاصی که این امکان در چارچوب دیوانهای حقوق بشری وجود دارد.^۱ ثانیاً اغلب دعاوی زیست‌محیطی، پیچیده و گسترده است و روند کُند تصمیمات این دادگاهها، مجال پرداختن به اختلافات زیست‌محیطی را که مستلزم عکس‌العمل آنی است، ندارد.^۲ بالاخره، فقدان ضمانت اجرا، اثربخش بودن دیوانها را متأثر ساخته است. هر چند طرفین اختلاف به رعایت تصمیمات دیوان ملزم‌اند؛ با این حال، در صورت عدم اجرا، تنها دیوان بین‌المللی دادگستری، نهادهای حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت و دیوان دادگستری اروپا مکانیسمهای ضمانت اجرا دارند.

این ضعفها، بیانگر ناتوانی اغلب نهادهای قضایی موجود برای پوشش دادن مسائل بین‌المللی مهم زیست‌محیطی است. اغلب این دیوانها به منظور خدمت به یک معاهده خاص یا سازمانی بین‌المللی تأسیس شده‌اند و از لحاظ صلاحیت موضوعی بسیار محدود‌اند. این دیوانها ملزم‌اند به مسائل زیست‌محیطی که تنها با دیگر مسائل حقوق بین‌الملل ارتباط دارد یا در حالی که به دنبال اهداف مختلفی از قبیل ترویج تجارت آزاد یا حمایت از حقوق بشر است، رسیدگی کنند.

دقیقاً به سبب اینکه این نهادها برای رسیدگی به قضایای زیست‌محیطی طراحی شده‌اند، عوامل آنها در این زمینه‌ها اهل فن نیستند. قضات غیر متخصص بین‌المللی، اغلب به اعمال هنجارهای پیچیده، مبهم و ناقص حقوق بین‌الملل محیط زیست قادر

۱. همان‌طور که بیان شد، «در سال ۱۹۹۵ م.، دعاوی اقامه‌شده از سوی اشخاص درباره آزمایشهای هسته‌ای فرانسه در پاسیفیک جنوبی، به دلیل فقدان صلاحیت کمیسیون اروپایی حقوق بشر، کمیته حقوق بشر و دیوان دادگستری جوامع اروپایی، مورد پذیرش قرار نگرفت».

۲. پیشنهادهای «سین دی مورفی» به طور قانع‌کننده‌ای توضیح می‌دهد که دیوانهای موجود نمی‌توانند مکانیسمهایی را برای واکنش سریع ایجاد کنند.

نیستند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پروژه «Gabcikovo-Nagymaros» اعتراف کرد که اعمال حقوق بین‌الملل محیط زیست چندان ساده نیست (Eisen, ۱۹۹۹). قضات دیوان در این قضیه باید قبل از داوری، در جنبه‌های زیست‌محیطی و علمی اختلاف، آموزش ببینند.

نهایتاً اینکه به نظر می‌رسد دادگاههای بین‌المللی در اغلب دعاوی، دیدگاهی «محدود» دارند؛ از این رو، بر حلّ و فصل اختلافات خاصی بین طرفین متمرکزند و به پیامدهای گسترده آرای خود در توسعه حقوق، کمتر توجه دارند. دانشمندان اظهار داشته‌اند که این رویکرد در بسیاری از تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری وجود داشته است.^۱ این بینش «محدود»، بررسی گسترده‌تر مسائل زیست‌محیطی را که همراه با موضوعات مورد اختلاف خاصی است، محدود می‌کند.

بخش دوم: جبران ضعف نظام قضایی موجود

جامعه بین‌المللی می‌تواند این ضعفها را با استفاده از یک یا دو روش زیر جبران کند:

الف) اصلاح قوانین و آیینهای دادرسی نهادهای قضایی موجود؛

ب) توسعه نهاد تخصصی حلّ و فصل اختلافات زیست‌محیطی مؤثر در برقراری عدالت زیست‌محیطی و حفاظت مؤثر از محیط زیست.

اصلاح نهادهای بین‌المللی موجود

دیوانهای بین‌المللی برای داشتن حوزه‌هایی برای قضاوت در اختلافات زیست‌محیطی، باید تغییراتی را بپذیرند. این تغییرات ممکن است به سه شکل متفاوت باشد:

۱. تغییر قوانین ماهوی دیوانها؛
۲. تغییر قواعد شکلی ناظر بر کار دیوانها؛
۳. تغییر احکام دو رکن مهم ملل متحد؛ یعنی: شورای امنیت و دیوان بین‌المللی دادگستری.

۱. نهادهای جایگزین حلّ و فصل اختلاف که اکثر دعاوی زیست‌محیطی مطرح در سطح بین‌المللی را قضاوت کرده‌اند، چنین رویکردی دارند.

تغییر قوانین ماهوی دیوانها

دیوانها مایل اند، همان طور که در معاهدات مؤسس خود و اسناد حقوقی موجود پیش‌بینی شده است، با محیط زیست از در دوستی در آیند. دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، دادگاهی است که شدیداً دوستدار محیط زیست است؛ زیرا این دادگاه، کنوانسیون حقوق دریا را اعمال می‌کند؛ کنوانسیونی که در حفظ محیط زیست دریایی سهم عمده‌ای دارد. علاوه بر این، اکثر معاهدات دیگری که این دادگاه دربارهٔ محیط زیست دریایی اعمال می‌کند، در آنها گرایش نسبتاً دوستانه و در حال رشدی به محیط زیست به چشم می‌خورد. از سوی دیگر، صرف نظر از توجهات دیوان اروپایی حقوق بشر، این دیوان در صورت فقدان ماده‌ای که حق محیط زیست را در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به رسمیت شناخته باشد، فقط موظف است حمایت‌های محدودی به عمل آورد؛ بنابراین، گام نخست باید تغییر و تعدیل در معاهداتی باشد که قوانین اعمال‌شدنی در دیوانها را محدود می‌سازد.

دومین تغییر عاقلانه و منطقی، به‌روز کردن آیینهای دادرسی و ترکیب دادرسان است. چنین اقدامی ممکن است بهبود کارآیی آیینهای موجود را در پی داشته باشد. این بهبود کارایی با قائل شدن جایگاهی برای اشخاص یا تغییر در شرایط اثبات حاصل می‌شود. نیاز دادگاهها به پرسنل قضایی کارشناس در مسائل زیست‌محیطی، کانون توجه بحثهای اخیر بوده است. به کارگیری کارشناسان مسائل مختلف دیگر در رسیدگیهای قضایی، پیشنهاد دیگری است که در این باره مطرح شده است.

دیوان بین‌المللی دادگستری، مرجعی برای تجدید نظر

دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یک نهاد تجدید نظر در آرای زیست‌محیطی صادر شده از دیگر مراجع بین‌المللی، عملاً می‌تواند حمایت خویش را از محیط زیست افزایش دهد. دیوان در ایفای این نقش می‌تواند در هماهنگ‌سازی سیاستهای زیست‌محیطی موجود در رویهٔ قضایی بین‌المللی مشارکت کند. همچنین می‌تواند به نگرانیهای موجود دربارهٔ نقض قوانین در نتیجهٔ رویه‌های قضایی متناقض نهادهای مختلف پاسخ دهد. دیوان برای انجام این وظیفه، سه مکانیسم را می‌تواند به کار گیرد:

الف) منشور ملل متحد را به گونه‌ای تفسیر کند که این منشور از قبل اختیار تجدید نظر را به دیوان اعطا کرده است.

ب) منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان را برای کسب این اختیار (تجدید نظر) اصلاح کند.

ج) انعقاد موافقت‌نامه‌های جداگانه‌ای بین دیوان و سایر مراجع بین‌المللی به گونه‌ای که دیوان بین‌المللی دادگستری در سلسله مراتب آن، در رأس باشد.

شورای امنیت ملل متحد، یک مکانیسم قهری

قوة مجریه حقوق بین‌الملل هنوز بدون سلسله مراتب و در سراسر نظام بین‌المللی، پراکنده است. تنها رکن دارای اختیار قهری، ارگان اجرایی سازمان ملل متحد، یعنی شورای امنیت می‌باشد. این شورا می‌تواند با اصلاح منشور ملل متحد، نظارت بیشتری بر مسائل زیست‌محیطی اعمال کند؛ برای مثال، این شورا می‌تواند نقش خود را به عنوان رکن اجرایی تصمیمات قضایی بین‌المللی و داخلی توسعه دهد؛ به عنوان یک نهاد قضایی، انجام وظیفه کند؛ کلیه دولت‌ها را به پذیرش صلاحیت نهادهای قضایی بین‌المللی ذی‌صلاح در مسائل زیست‌محیطی ملزم کند یا قوانین زیست‌محیطی متحدالشکل لازم‌الاجرای را برای همه دولت‌ها مشخص سازد.

با این حال، این پیشنهادها باید از سوی دو سوم اعضای ملل متحد، از جمله اعضای دائم شورای امنیت تصویب شود که به نظر می‌رسد چنین توافقی از نظر سیاسی امکان‌پذیر نباشد. اگر منشور ملل متحد اصلاح نشود، اختیارات شورای امنیت از طریق تفسیر موسع نقض صلح و امنیت، توسعه پذیر است. می‌توان پذیرفت که نقض صلح و امنیت با صدمه شدید به محیط زیست یا درگیری بر سر تخصیص منابع طبیعی تحقق می‌پذیرد.^۱ اشتغالات مختلف و متعدد کنونی شورای امنیت، قابلیت تسری به محیط زیست نیز دارد. در صورتی که یکی از طرفین، تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری را رعایت نکند، طرف دیگر می‌تواند از شورای امنیت تقاضا

۱. البته این شورا می‌تواند اقدامات قهری از سوی جامعه جهانی را به شکل ضمانت اجراهای اقتصادی و دیپلماتیک یا حتی در صورت لزوم برای حفظ صلح و امنیتی که احتمال دارد گاهی به دلیل عدم رعایت آرای صادره در یک اختلاف زیست‌محیطی به خطر بیفتد، به شکل نیروی نظامی ساماندهی کند.

کند کلیه اقدامات لازم را برای اجرای آن اتخاذ نماید. در موارد اندکی هم شورای امنیت می‌تواند به عنوان یک رکن شبه قضایی عمل کند. چندان دور از ذهن هم نیست که شورای امنیت بتواند یک دیوان بین‌المللی، همچون دادگاه رواندا و یوگسلاوی، برای رسیدگی به مسائل محیط زیست ایجاد کند.

ایجاد یک نهاد جدید

دیوان بین‌المللی محیط زیست

برای ایجاد دیوانی که منحصرأ بتواند به اختلافات زیست‌محیطی رسیدگی کند، چندین پیشنهاد ارائه شده است. دقیق‌ترین و پیشرفته‌ترین پیشنهاد را دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست^۱ ارائه کرده است. این بنیاد قبلاً ایده تأسیس این دادگاه را در سطح جهانی ترویج داده است؛ ایده‌ای که هم از سوی جهان سیاست و هم از سوی جامعه دانشگاهی مورد حمایت قرار گرفت. از آنجا که به نظر می‌رسد پیشنهاد دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست در آینده، بیشترین اقبال اجرایی را داشته باشد، این مقاله صرفاً به بررسی این پیشنهاد پرداخته است.^۲

دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست در سال ۱۹۸۹ م. به منظور تسریع توسعه دیوان بین‌المللی محیط زیست تأسیس شد. این بنیاد، هم‌اوردی بین‌المللی را آغاز کرد و مقدمات طرح پیشنهاد مذکور را در کنفرانس ملل متحد در ریودوژانیروی برزیل در سال ۱۹۹۲ م. فراهم ساخت. دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست به عنوان بخشی از این مقدمات، نظر خود را به جوامع اروپایی ارائه کرد و قویاً از این اقدام حمایت شد. پارلمان اروپایی در سال ۱۹۹۱ م. قطع‌نامه‌ای را در خصوص دیوان پیشنهادی به منظور طرح مسئله در کنفرانس ریودوژانیروی به تصویب رساند، اما این قطع‌نامه به رغم حضور دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست در کنفرانس مذکور،

۱. ICEF.

۲. سایر پیشنهادها برای ایجاد یک دیوان بین‌المللی محیط زیست چنین است: دیوان بین‌المللی الگو گرفته از کمیسیون غرامت ملل متحد، دیوان کیفی بین‌المللی برای محیط زیست دادگاه جهانی محیط زیست (WEC) الگو گرفته از سازمان جهانی محیط زیست (WEC)، و دیوان بین‌المللی داوری و سازش محیط زیست.

مورد بحث قرار نگرفت.^۱ دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست بر خلاف شکست در کنفرانس ریودوژانیرو، به زودی حمایت کمیسیون ملل متحد راجع به توسعه پایدار را جلب کرد. بسیاری از دولتها، وزارت‌خانه‌های دولتی، مقامات محلی، سازمانهای غیر دولتی، شرکتهای خصوصی و سازمانهای بین‌المللی نیز حمایت خود را ابراز کردند.^۲

ساختار سازمانی دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست

دیوان بین‌المللی محیط زیست که در صدد تبدیل شدن به رکنی دائمی با صلاحیت جهانی است، از بانزده قاضی مستقل تشکیل یافته است. این قضات از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحد^۳ انتخاب می‌شوند و بودجه آن از طرف سازمان ملل متحد تأمین می‌شود. فعالان دولتی و غیر دولتی، از قبیل سازمانهای بین‌الدولی، سازمانهای غیر دولتی و اشخاص، می‌توانند به این دیوان مراجعه کنند.

صلاحیت این دیوان، هرگونه اختلاف زیست‌محیطی‌ای را شامل می‌شود که باعث ورود یا امکان ورود خسارت شدید به محیط زیست در سطح بین‌المللی یا ملی شود و ظرف هیجده ماه از راه داوری حل و فصل نشود. این دیوان همچنین می‌تواند با صدور دستور موقت، اقدامات پیشگیرانه را اتخاذ کند و در موارد ضروری بنا به درخواست و یا به سبب جایگاه خود، به تحقیق و بازجویی اقدام کند. دیوان همچنین می‌تواند در زمینه داوری و ارائه نظریه‌های مشورتی درباره مسائل جهانی زیست‌محیطی نیز فعالیت کند. بعلاوه، دیوان می‌تواند به درخواستهای دادگاههای

۱. دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست در کنفرانس ریودوژانیرو، مقاله ویژه‌ای درباره مسئله مزبور، با عنوان «دهکده جهانی بدون قانون» ارائه کرد.

۲. همان طور که انتظار می‌رفت، سازمانهای غیر دولتی از قبیل سازمان بین‌المللی بیوپلوتیک، مرکز حقوق بین‌الملل محیط زیست، مرکز بین‌المللی دوستان کره زمین، مؤسسه ملل متحد در مورد سریلانکا و بسیاری از سازمانهای غیر دولتی محلی و گروه‌های ذی‌نفع در محیط زیست؛ مؤسسات دانشگاهی از قبیل دانشگاه جورج واشنگتن، دانشگاه کاتولیک آمریکا، دانشگاه کالونیک، دانشگاه اراسموس روتردام از این پیشنهاد حمایت کردند. این ابداع دیوان از سوی گروه‌های حرفه‌ای، از قبیل کانون بین‌المللی وکلا، کانون وکلای آمریکا، فدراسیون کانون وکلای ژاپن، حقوقدانان شخصی از دفاتر حقوقی، مشاوران حقوقی وزارت‌خانه‌های دولتی، دیپلماتها، رؤسای دادگاههای دادگستری داخلی و همچنین شرکتهای خصوصی از قبیل «ENEL» و «Alitalia» نیز حمایت شد.

داخلی در خصوص آرای مقدّماتی، با الگو گرفتن از عملکرد موقّت دیوان دادگستری اروپا پاسخ دهد. احکام مدنی این دیوان نیز شامل آرای موقّت یا دائم خواهد بود. دیوان می‌تواند به صدور قرار برای جبران خسارت فرد متضرر، پرداخت هزینه‌های لازم برای جبران خسارات زیست‌محیطی یا پرداخت خسارت به صندوق جهانی محیط زیست اقدام کند. شورای امنیت ملل متحد مسئول اجرای احکام این دیوان است.

ارتباط با دیگر دیوانهای بین‌المللی

ایجاد نظامی برای مرتبط کردن مراجع بین‌المللی به یکدیگر، مسلّترم توزیع دعاوی بین دیوان بین‌المللی محیط زیست و سایر نهادهای قضایی بین‌المللی است. مقررات مربوط به ایجاد همکاری‌های نزدیک‌تر محاکم، باید مؤثر و کارآمد باشد. محاکم بین‌المللی با ایجاد نظامی از دیوانهای بین‌المللی از راه موافقت‌نامه‌های همکاری - براساس رویه قضایی بسیاری از محاکم داخلی - می‌توانند دعاوی‌ای را که در بدو امر در صلاحیت آنها نیست، به یک دادگاه صالح دیگر موکول کنند. دیوانهای بین‌المللی می‌توانند شرایط مشترک مربوط به قواعد رایج تشخیص نهاد صالح را وضع کنند. بی‌گمان، چنین سیستمی می‌تواند همکاری‌های بیشتری میان دادگاهها برقرار کند.

موانع حقوقی و سیاسی

اساسنامه دیوان بین‌المللی محیط زیست اعلام می‌دارد که این دیوان از حق همگان بر محیط زیست پاک حمایت می‌کند، اما جامعه بین‌المللی هنوز این حق را به رسمیت نشناخته است و تنها شمار معدودی از معاهدات، حق مزبور را پذیرفته‌اند. مشکل موجود در سر راه رسیدن به توافق درباره این حق می‌تواند موفقیت دیوان را به خطر بیندازد. با این حال، پذیرش صلاحیت موضوعی در برخی مسائل خاص، برای دیوان به دلیل نامحدود بودن مسائل زیست‌محیطی و احتمال اینکه برخی موضوعات مهم خارج از صلاحیت آن قرار گیرد، گزینه رضایت‌بخشی نیست. موافقت‌نامه‌های چندجانبه زیست‌محیطی^۱ باید دیوان را مرجعی برای حل و فصل

۱. MEAs.

اختلافات خود به رسمیت بشناسند تا مشکلات فراروی ایجاد صلاحیت موضوعی این دیوان مرتفع گردد. ضرورتی ندارد که دیوان بین‌المللی محیط زیست، مکانیسم انحصاری حلّ و فصل اختلافات باشد، بلکه موافقت‌نامه‌های چندجانبه زیست‌محیطی باید متضمّن شرط رضایت به صلاحیت باشند تا برای امضاکنندگان، فرصت رویکرد به این دیوان برای حلّ اختلافات فراهم شود. دیوان برای رهایی از ترسیم صلاحیت موضوعی باید اصول کنونی حقوق بین‌الملل محیط زیست، توافقات چندجانبه و دوجانبه، حقوق عام بین‌المللی و در صورت اقتضا قوانین ملّی را اعمال کند.

بسیاری از مخالفان استدلال کرده‌اند که تأسیس دیوان بین‌المللی محیط زیست نابخردانه است؛ زیرا مسائل زیست‌محیطی در ماهیت خود با موضوعات دیگری به هم تنیده است. [باید گفت] هر چند دلیل اینان به واقع نزدیک است، مشکلاتی که در توصیف یک دعوا به عنوان دعوی زیست‌محیطی وجود دارد، نباید به غیرعاقلانه بودن تأسیس این دیوان تعبیر شود. بسیاری از اختلافات ممکن است به طور خاص، ماهیت زیست‌محیطی نداشته باشد، اما بی‌گمان، بیانگر وجود نگرانیهای زیست‌محیطی، از قبیل آلودگی منابع آب شیرین یا مهار زباله‌های خطرناک است. علاوه بر این، دیوان عامل موازنه‌ای است نسبت به رویه قضایی که توسط نهادهای حلّ و فصل اختلاف ترویج می‌شود؛ نهادهایی که براساس رژیمهایی فعالیت می‌کنند که ارزشهای بالقوه در تضاد با حفظ محیط زیست را ترویج می‌کنند. مهم‌ترین چیزی که در مطالعات جامعه اقتصادی اروپا در خصوص «نظریه تأسیس یک دیوان بین‌المللی دادگستری برای محیط زیست» به چشم می‌خورد، وجود دیوان خاصی برای مسائل بین‌المللی زیست‌محیطی (یعنی مسائلی که به طور فزاینده‌ای به مسئله مرگ و زندگی تبدیل می‌شود) ضرورت دارد تا این مسائل، به عنوان یک وظیفه اضافی برای نهادهای قضایی از قبل موجود یاد شود؛ بنابراین، نظریه فوق درباره تأسیس دیوان بین‌المللی محیط زیست، به شکلی که دیوان بین‌المللی بنیاد محیط زیست پیشنهاد کرده است، باید مورد حمایت واقع شود.

نتیجه‌گیری

دادگاههای داخلی در رسیدگی به دعاوی زیست‌محیطی مطرح شده در سطح

بین‌المللی و بعضاً در سطح ملّی، کارآیی چندانی ندارند. بسیاری از مسائل زیست‌محیطی، ماهیتاً فرامرزی‌اند و لازم است وجود نهادهای بین‌المللی از عهده آنها برآیند. در روند جهانی شدن جامعه معاصر، فعالیت‌های معاملاتی بیش از پیش بر محیط زیست طبیعی تأثیر منفی دارد. در چنین شرایطی، کنترل فرسایش محیط زیست، مسئولیت نهادهای قضایی بین‌المللی است.

فعالیت نهادهای قضایی بین‌المللی فعلی براساس نظام‌هایی است که اهداف و ارزشهای آنها الزاماً در جهت حفظ محیط زیست نیست. برخی از این نهادها، آن هنگام که حفظ محیط زیست به عنوان یک ارزش اجتماعی مهم در سطح بین‌المللی مطرح نباشد، از مسائل مربوط به محیط زیست به سادگی می‌گذرند. آیین دادرسی این محاکم، با نیازهای قربانیان محیط زیست منطبق نیست. ساختار دیوانهای بین‌المللی از لحاظ حقوق بین‌الملل نوین‌پدید است و اغلب از صلاحیت اجباری و مکانیسم‌های قهری محروم است.

وجود الزام رو به رشد تقاضای همگانی برای حل بحران محیط زیست، پاسخی به این ضعف‌هاست و «رویه قضایی اخیر، بیانگر تمایل روزافزون دولتها و سایر فعالان به استفاده از مکانیسم‌های بین‌المللی برای حل اختلافات مربوط به منابع طبیعی و زیست‌محیطی است».

هرچند پیشنهادات زیادی برای اصلاح نهادهای موجود ارائه شده است، هیچ‌یک از آنها به تنهایی کافی نیست و لزوم وجود یک دیوان بین‌المللی ویژه محیط زیست احساس می‌شود. جامعه دانشگاهی و مؤسسان این دیوان باید با دقت نمونه‌های موفق مراجع بین‌المللی را مطالعه کنند، مشخصات نظام‌های قضایی معروف داخلی را اقتباس کنند و در ایجاد قواعد تازه به گونه‌ای خلاقیت نشان دهند که برای نهادهای نوپا این امکان را فراهم کند که در حفظ محیط زیست طبیعی و سلامت بشر به طور هدفمند، سهیم باشند. رهبران سیاسی و فعالان عرصه بین‌الملل، از جمله جامعه مدنی، به سنجش و ارزیابی مجدد ساختار کنونی بین‌المللی ملزم‌اند و باید به ایجاد یک نظام قضایی بین‌المللی با هدف اعتلای حاکمیت قانون و بهبود محیط زیست جهانی رضایت بدهند.

- Eisen, Joel B., ١٩٩٩, From Stockholm to Kyoto and Back to the United States: International Environmental Law's Effect on Domestic Law, *University of Richmond Law Review*, January ١٩٩٩.
- Kremlis, George, ٢٠٠١, European Perspectives on Access to Justice in Environmental Matters. In *Biopolitics -The Bio - Environment- Racing to Save the Environment*, edited by A. Valvianos - Arvanitis. Athens: Biopolitics International Organization. The author analyses also the impact of the Aarhus Convention at the EC Laws concerning the access to justice.
- Phillippe Sands, speech at the New York Law School Center for International Law Symposium on World Trade and the Environment, ١٩ (١) N.Y.L. Sch. J.Int'l & Comp. L. (١٩٩٩), pp. ١٦٣-١٩٤.
- Qiong Wu, Charles, ٢٠٠٢, A Unified Forum? The New Arbitration Rules for Environment Disputes under the Permanent Court of Arbitration, *Chicago Journal of International Law*, Spring ٢٠٠٢.
- Rest, Alfred, ١٩٩٤, Need for an international Court for the Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation. *ENVTL. L. & POL'Y* ٢٤:١٧٣.
- Udombana, N. J. (٢٠٠٠), «Toward the African Court on Human and People's Rights: Better Late than Never», *Yale Human Rights and Development Law Journal* ٣ (٤٥).
- Yemi, A.G. (٢٠٠٢), «New Trends in African Human Rights Law: Prospects of an African Court of Human Rights» *U.Miami Int'l & Comp.L.Rev.* ١٠:١٥٩-١٧٥.

موجز المقالات

دراسي مقارني عن صلاحيتي تنفيذ الشروط الإجراميتي للعقود:
لزوم إعادى النظر فى المادى الثلاثين بعد المأتين
من القانون المدنى الإيراني

□ الدكتور ميرحسين عابديان

□ أستاذ مساعد فى الجامعة الحرّة الإسلاميتة فرع طهران المركزيتة

إنّ صلاحيتة تنفيذ الشرط الإجراميتي والموافقة المُسبقة بين المتعاقدين فى تقييم الخسارة المحتملة النَّاجمة عن نقض العقد، من المواضيع التي دارت حولها نقاشات ومن ثمّ أدت إلى آراء مختلفة ممّا يلفت انتباه ذوي الخبرة والاختصاص فى الأنظمة القانونيتة المختلفة. ولعلّ سبب هذا التشتت فى الآراء، إضافة إلى الأسباب التاريخيتة، خاصة فى الأنظمة القانونيتة العرفيتة أي التقليديتة؛ نابع من نوع الرؤيتة الخاصة عند هؤلاء العلماء ذوي الاختصاص بالنسبة إلى مبدأ حرّيتة العقود وتطوّراته؛ لأنّ هذا المبدأ بدوره يتأثر من التطوّرات الاقتصادية والسياسيتة والنزعات الليبرالييتة فى العالم.

إنّ دراسة الأنظمة القانونيتة ترشدنا إلى ثلاثة آراء محورييتة فى هذا الصدد وهي

كما يلي: الأول: أصل التنفيذ المطلق للشروط الإجرامي؛ الثاني: تنفيذ الشرط الإجرامي مع إمكان التصويب القضائي؛ الثالث: التمييز بين الشروط الإجرامية والشروط المعينة للخسارة. وتجدر الإشارة إلى أنه في النظام القانوني الإيراني هناك مادة من مواد القانون المدني قد قرّرت التنفيذ المطلق للشروط الإجرامي وهي المادة الـ ٢٣٠ بالضبط. وإنّ هذا المقال بعد تمهيد الأرضية فيما يتعلق بالشروط الإجرامية قد اعترّم الكاتب فيه دراسة تحليلية عن الرّوى الثلاثة الآنفه وتقييمها. والأخير تمّ الوصول إلى النتيجة التالية: إنّه يلزم إعادة النظر في المادة الثلاثين بعد المأتين من مواد القانون المدني الإيراني بالتأكيد؛ وذلك من حيث تكهّن إمكان التعديل القضائي في الشرط الإجرامي.

المفردات الرئيسي: الشرط الإجرامي، وجه الاعتراف، التصويب القضائي، الشروط الإجرامية والشروط المعينة للخسارة، التنفيذ المطلق للشروط الإجرامية، المادة الثلاثون بعد المأتين من مواد القانون المدني الإيراني، مبدأ حرّية العقود.

المناهج الوقائيّة من التعذيب والعقوبات، أو التصرفات الظالمة وغير الإنسانيّة والمهينيّة

- الدكتور إبراهيم بيكزاده
- أستاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة الشهيد بهشتي

لقد قرّر المجتمع الدوليّ بعد ثمانية عشر عاماً من عقد معاهدة الحدّ من التعذيب ليصادق على اتفاقية وضمّها إلى المعاهدة السابقة؛ والهدف وراء هذه الاتفاقية هو الحدّ من ارتكاب جريمة التعذيب. وتجدر الإشارة إلى أنّ الوقاية ليست ظاهرة جديدة إلا أنّ الاتجاه إليه يبدو جديداً. ولو كانت الوقاية في الماضي تبتنى على معرفة شخصيّة المجرّم، ولكنها اليوم تبتنى على معرفة شخصيّة الضحّيّة والمصاب بحدث الجانح. وفي هذا الاتجاه قد حلّ التحكّم والابتكار محلّ العقوبات. وإنّ الاتفاقية المصادق عليها عام ٢٠٠٢ الميلاديّ جاءت في هذا السياق وهو الحدّ من ارتكاب الجريمة والتعذيب وإضافة إلى ذلك، إنّ هذه الاتفاقية تتضمّن مناهج للوصول إلى الوقاية المتوخّاة أعلاه. وهذه المناهج بدورها تنقسم إلى قسمين هما: القسم الأول سوف

يؤسس من قبل الاتفاقية نفسها وذلك في إطار «اللجنة الفرعية للحد من التعذيب». بينما القسم الثاني سوف يؤسس في إطار منظمة أو منظمات وطنية التي إنشاؤها من واجبات الحكومات العضوة للاتفاقية. وإن عقد هذا البروتوكول، خاصة إنشاء اللجنة الفرعية للحد من التعذيب، والتصرفات غير الإنسانية والمهينة، يدل على أن لجنة الحد من التعذيب بوحدها لا تكفي للحؤول دون التعذيب؛ لأن المجتمع الدولي يرغب في حظر التعذيب قدر الإمكان. وتجدد الإشارة إلى أن لجنة الحد من التعذيب تأسست عام ١٩٨٤ الميلادي وذلك على أساس معاهدة في نيويورك وفي نفس السنة.

وبما أن ارتكاب جريمة التعذيب، حسب المصاديق، يمكن أن يعتبر جريمة حربية، أو الجريمة ضد البشرية؛ فيجب القول بأن الحيلولة دونها هي تطبيق قواعد يتضمنها القانون الدولي، فارتكاب التعذيب بأي سبب كان، سوف يؤدي إلى حمل المسؤولية الدولية العقوبية على عاتق المرتكب أو المرتكبين. وهذه المسؤولية مع غض النظر عن منصب المرتكب أو المرتكبين ومكانة المرتكب أو المرتكبين سوف تُفرض عليهم جميعاً. وبعبارة أخرى إن أيّاً من المنصب، والمكانة السياسية، والاجتماعية و... لا يسبب براءة ذمة المباشرة أو المباشرين في ممارستهم جريمة التعذيب.

المفردات الرئيسية: التعذيب، لجنة الحد من التعذيب، اللجنة الفرعية للحد من التعذيب، الحيلولة دون، المنهج، الكفاءة، الجرم.

المبادئ الفقهية لشرعيّ الحقوق الفكرية

□ الدكتور ميرقاسم جعفرزاده

□ أستاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة الشهيد بهشتي

إن حقوق الملكية الفكرية من الفروع الحديثة في حقل المعارف القانونية، ورغم قلة فترة نشوء هذا الفرع، إلا أنه لا يزال يتسع نطاقه كماً ونوعياً بحيث يمكن القول بأنه قلّ ما يوجد فرع قانوني آخر يضاويه في هذا الاتساع المتزايد يوماً بعد يوم، ومن ثمّ هناك كمية ضخمة من القوانين وسياسات المحاكم على الصعيد الوطني، وعدد كبير من الوثائق الإقليمية والدولية على الصعيد العالمي تخص ظاهرة الحقوق الفكرية، وهي إنما تدلّ على أهمية هذا الفرع. وبعد دخول هذه القضايا مجال المؤلفات القانونية الإيرانية وعرضها

على علم الفقه، أدّى ذلك إلى ردود الفقهاء حيالها وبالتالي انشطارهم إلى شطرين: المعارضين والموافقين، أما المعارضون فهم ذهبوا إلى أنّ الملكية الفكرية لا تتناغم والمبادئ الشرعية، لذلك أفتوا بعدم شرعية حقوق الملكية الفكرية، لذا لجأوا إلى حلول خارجة من الأطر الدينية للإجابة على هذه القضايا المستجدة. وأمّا الموافقون فقد بذلوا جهوداً ليحققوا أنّ هذه القضايا الجديدة تتناغم وتعاليم الشريعة الإسلامية وبالتالي أفتوا بوجوب المحافظة على هذه الحقوق في العلاقات الحقوقية واحترامها.

ونظراً لأهمية هذا الفرع المتزايدة من علم القانون في الأوساط التعليمية، نشاهد هناك نزعة متزايدة يوماً بعد يوم عند المشرّع الإيراني في تنقيح القوانين الرأهنة والمصادقة على قوانين حديثة؛ فمن هذا المنطلق أي الأهمية المتزايدة اليومية لهذه الإجراءات في تنمية البلاد، هناك حاجة ملحة إلى مراجعة عميقة ودقيقة لاتجاه الفقهاء القدامى في انطباعاتهم الفقهية في هذا المجال.

وبهذه الغاية إنّ هذا المقال قد تحدّى إحدى المباحث الأساسية لحقوق الملكية الفكرية من الرؤية الفقهية. وكمدخل للمباحث، تمّ سرد وجهات نظر فلاسفة الحقوق وعلم الأخلاق بصورة موجزة؛ ثمّ تبين القراءة الفقهية عند فقهاء الإمامية ونقدها. وبالجملة تمّ في هذا المقال بيان آراء المخالفين والموافقين لشرعية الحقوق الفكرية وخلفياتهم في هذا المجال ثمّ دراستها ونقدها.

المفردات الرئيسية: الحقوق الفكرية، المفهوم، الأوصاف، الآثار والأحكام، المبادئ النظرية والفقهية.

دراسي المادّي ال ٨٧٣ من القانون المدنيّ ونقدها

□ بابك خسروي نيا

□ عضو الهيئة العلميّة في الجامعة الحرّة الإسلاميّة بـلارستان

إنّ المادّة الثالثة والسبعين بعد الثمانمئة من القانون المدنيّ تضمّ حكماً ينصّ على عدم التوارث بين أشخاص يُجهل تاريخ موتهم. ولكن بعد مراجعة وثائق هذا الحكم ومستنداته من قواعد أصول الفقه، وآراء الفقهاء، والروايات؛ يمكن أن تؤخذ هذه المادّة القانونيّة بالتّحليل والنّقد؛ لأنّه بعد تدقيق أكثر ومراجعة مبادئ القوانين، يمكن

تنتيحتها وتعديلها بحيث تناسب أكثر وغاية علم الحقوق من إقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه. وهذا المقال تابع هذه القضية. وفي ختام المطاف اقترح الكاتب حلاً لتنتيخ هذه المادة القانونية وتعديلها وذلك استناداً إلى المبادئ الأصولية ووجهة نظر بعض الفقهاء القدامى والجدد.

المفردات الرئيسية: المادة ٨١٣ من القانون المدني، الميراث، أصل تأخر الحادث، التعديل.

تصفيى القضاء وإزالى الجريمى من منظار الدستور والقانون الإدارى

□ جواد محمودى
□ طالب فى مرحلة الدكتوراه فى القانون العام بجامعة الشهيد بهشتى
إنّ التّضحّم الشّديد للدّعاوي فى المحاكم القضائيّة من جانب، وقلة الكوادر القضائيّة من جانب آخر، وتكاليف الحفاظ على المحكوم عليهم بالسّجن للحكومة من جانب ثالث و... من الدلائل الّتي دفعت الجهات المعيّنة إلى تحسين الفاعليّة فى الجهاز القضائيّ وتقليص جسامه الدّعاوي. إنّ مسيرة التّصفية القضائيّة وإزالة الجريمة تُعدّان من الحلول المقترحة. فإنّ التّنظير فيما يتعلّق بمفهوم الأفكار الآنفه ومكانتها، قد يرشدنا إلى معرفة صافية عن مبادئ هذه الأفكار وغاياتها، خاصّة أنّ تحليل الظواهر أعلاه فى ضوء تعاليم القانون العامّ والتّطلّعات الناهضة فى الدستور ليعتبر خطوةً سديدةً فى تأمين حقوق المواطنين الأساسيّة.

المفردات الرئيسية: تصفية القضاء، إزالة الجريمة، محاكم محكمة التّحكيم، الدستور، الحقوق الإداريّة.

الاتّجاه الجديد لقانون إنكلترا بشأن جرائم الأحداث

□ أمير باك نهاد
□ طالب فى مرحلة الدكتوراه فى فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتى

سنة ١٩٩٨ م. تمّ حذف «الأمانة القابلة للرفض في عدم الرشد» من قبل المشرّع في إنكلترا. وتجدد الإشارة إلى أنّ هذه الأمانة قبل إلغائها كانت تشمل أحداثاً تتراوح أعمارهم بين عشرة إلى أربعة عشر عاماً؛ وبذلك أي الحذف والإلغاء، عدّ هؤلاء الأحداث مسؤولين حيال ما يقترفونه من الجرائم. وإن يمكن أن يعتبر هذا التصرف انتهاكاً جاداً لحقوق الأحداث، إلا أنّ التحكيم في هذا الصدد بحاجة إلى الانتباه إلى قضية هامة أخرى عميقة في نوعيّة الردود الشعبيّة فيما يتعلّق بجرائم الأحداث؛ وكانت هذه التطوّرات تتمحور على الإجراءات الإصلاحية والتربويّة والرادعة المبكرة؛ وبالتالي المشرّع في إنكلترا بدل أن يترك الأحداث المجرمين وشأنهم ويتنظر بلوغهم إلى سنّ الرشد ليتحمّلوا المسؤولية الإجرامية وتنفيذ الردود التقليديّة، قام بالتدخل في مسيرة الرشد وقبول الحياة الاجتماعيّة عند الأحداث. وسبب هذا الاتجاه في ظاهرة التشريع في إنكلترا هو السعي وراء الوقاية من ترسيخ التقاليد الإجرامية في المجتمع. وآلية هذا الاتجاه هي أنواع القرارات تمّ تكهّنها في القوانين الأخيرة.

المفردات الرئيسيّة: سنّ المسؤولية الإجرامية، الرشد العقوبي، أمانة عدم الرشد، الوقاية المبكرة، الإجراءات الإصلاحية والتربويّة، القرارات الإجرامية وغير الإجرامية.

دراسي عن ماهيّي الدّيني من المنظار القانوني

□ كاظم كوهي إصفهاني
□ طالب في مرحلة الماجستير في فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بالجامعة الرضويّة

هناك أسئلة تطرح أنفسها حول الدّية، منها: علماً بأنّ الدّية من المصالح المعترف بها في الإسلام، ولكن ما حقيقتها من المنظار القانوني؟؛ ومنها: هل حقيقة هذه المصلحة مدنيّة؟ بمعنى أنّ الدّية هل تدفع إلى المصاب بحدث المجرم لأجل تعويض خسائر وأضرار ألحقها به المجرم أو بأوليائه؟

ومنها: هل للدّية ماهيّة عقوبيّة حتّى تعتبر من العقوبات ويعاقب بها المجرم ليشعر بالعنت والألم من جرّاء ذلك، وبالتالي يتنبّه من مغبّة تصرفاته السيئة؟ وإنّ الإجابة على هذه الأسئلة وما يضاهاها، إضافة إلى النتائج والمعطيات المختلفة التي تترتّب على قبول كلّ رؤية، سوف تسلط الضوء على قضايا علميّة أخرى وبالتالي

ستؤدّي إلى إيضاح تلك القضايا.

ومنها: جواز أخذ الخسارة الزائدة على الدية أو عدم جوازه. ولا يخفى أنّ هذه القضية بدورها كانت ولا تزال معترك آراء كثير من أصحاب الرأى والنظر.

وجديرٌ ذكره أنّ الدّراسة المبسّطة لماهية الدية قانونيةً، حسب ما جاء في هذا المقال، لم تكن تُعهد عند أصحاب القلم والتّفكير لحدّ الآن، إلا أنّ في السنين الأخيرة وفي بعض الجوانب أشار بعض الكتاب بصورة إجمالية إلى ماهية الدية من المنظار القانوني.

وإنّ الكاتب في هذا المقال بعد ذكر دلائل أصحاب النظر والحقوقيين ومستنداتهم حول ماهية الدية من المنظار القانوني، وكذلك بعد ذكر نقاط الافتراق والاشترك بين الدية وبين قواعد المسؤولية المدنية والعقوبات المالية، بادر لنقد هذه الدلائل والمستندات وتقييمها. وفي الختام ذكر وجهة النظر الغالبة والمفضّلة عن ماهية الدية.

المفردات الرئيسيّة: الدية، العقوبة، المكافأة، تعويض الخسائر، المسؤولية المدنية.

الإفادى من الرّحم البديلى بين الفقه والقانون

□ مهدي عليزاده

□ باحث وماجستير في فرع القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية

إنّ تقدّم علم الطبّ في الحصول على الأساليب الجديدة في مجال «الإخصاب» قد سبّب تطوّرات مختلفة في ظاهرة إنتاج المثلّ الإنسانيّ وبموازاة استطاعة الإفاداة من هذه الأساليب في العلوم التجريبية، حدثت قضايا معقّدة وحديثة أخرى في فروع العلوم الإنسانيّة وذلك كعلم النفس، وعلم الاجتماع، والفلسفة، والقانون، ممّا يوحي لزوم انتباه الإخصائيين في هذه العلوم واتجاههم نحو هذه القضايا المستجدة للخوض فيها ثمّ تقييم ما حصلوا عليه من نتائج وآثار الإفاداة من هذه الأساليب على أساس مبادئ فروعهم التّخصّصية حتّى يتمكنوا من اقتراح مناهج مناسبة للتّعامل مع هذه المسائل الجديدة.

وانطلاقاً من فتاوى واستدلالات فقهية حول جواز النّياحة في قضية الإخصاب

وعدم جوازها يمكن للمشروع الإيراني أيضاً أن يحكم بجواز هكذا النيابة أو عدم جوازها. فعلى أساس مبادئ النظام القانوني في إيران فإن الحكم بجواز الإفادة من الرحم البديلة، شريطة أن لا تكون هناك مقدمات محرمة؛ يمكن أن لا يغير الموازين والمعايير الشرعية مما قرّره الشريعة الإسلامية الغراء؛ إضافة إلى ذلك، إذا كانت الأمّ البديلة غرباء وبالإفادة من الزواج المنقطع بين الرجل صاحب البويضة وامرأة ثالثة أي الأمّ البديلة تنعقد علاقة الزوجية، سوف يحدث التنسيق بين فتاوي الفقهاء الموافقين والمخالفين في جواز الإفادة من الرحم البديلة وبالتالي تُمهّد الأرضية للتشريع حول الحكم بجواز هذا النوع من الإخصاب أكثر من ذي قبل.

المفردات الرئيسية: الرحم البديلة، النيابة في الحمل، أساليب إنتاج المثل المساعد، الإخصاب المساعد، الإخصاب الاصطناعي.

Iranian legislators to declare it permissible or forbidden. Hence allowance of employment of an alternative womb is not in contract with Islamic rules provided it does not bring about committing of any other sin. Moreover, if the alternative mother is a single woman who has been temporarily married with the man whose sperm is used for production in her womb, there may be a kind of unanimity of votes among jurists, and the way for legality of this method in law may be paved.

Key words: *Alternative womb, Substitution in producing child, Helping methods of producing child, Artificial pregnancy.*

the damages imposed on the victim or has it a criminal nature as to punish the offender and admonish him? Reply to this question, in addition to the legal effects of each view, illuminates other scientific question such as permission for the victim to get more money than what is prescribed in the law.

By far, such an investigation on the subject has not been made by writers, and only has been recently done in few cases.

Explaining the proofs and evidence of each party and mentioning the similarity and difference between blood compensation and monetary punishment, the article investigates the subject, criticizes the views and chooses the right one.

Key words: *Blood money, Punishment, Award of damages, Civil liability.*

Jurisprudential Study of Using an Alternative Womb

- *Mahdi Ali Zadeh*
- *A researcher and M.A degree holder in law*

Advancement in medical subject in the field of new methods of fertility has brought changes in the process of producing human being. Alongside ability of using these methods in experimental sciences, new complex questions arise in other fields of sciences such as psychology, sociology, philosophy, jurisprudence and law. Experts in these fields have to investigate them and have a glance on the effects of using these new methods and evaluate them.

Based on the jurist's verdict about permission or prohibition of hiring an alternative womb and their reasoning, it is possible for

A New Approach in England Law towards Children's Crimes

- *Amir Pak Nahad*
- *A Ph.D. student in criminal law at Shahid Beheshti University*

Removing the rejectable evidence of mental immaturity of children between ۱۰ to ۱۴ years old, England legislature gave them full criminal liability in ۱۹۹۸. Although at first it may appear against the rights of children, judgment about it requires considering other simultaneous developments took place. The legislature developed deep changes related to the kind of social reactions towards children crimes. The axis of these changes was reforming and training measures and immature prevention of the crime. Hence instead of leaving the children to the age of criminal liability and practicing traditional reactions to them, England legislature interferes in the process of their growth and sociability and tries to prevent growth of criminal behaviors. Instruments of enforcement of this approach are recent court orders.

Key words: *The age of criminal liability, Criminal growth, Evidence of lack of growth, Immature prevention, Reformatory and training measures, Criminal and non-criminal court orders.*

A Study on the Civil Nature of Blood Money

- *Kazim Koochi Isfahani*
- *M. A student in criminal law at Razavi University of Islamic sciences*

What is the nature of blood money as an accepted civil institution in Islam? Whether has it essentially a civil nature practiced to award

amend them so that, they fit with the aim of law, i.e. justice and give people their rights.

This matter is studied in the article and at the end, the way of amending this article based on the rules of principles of jurisprudence and the view taken by the early and recent jurists, is put forward.

Key words: *Article ١٧٢ of civil law, Inheritance, The rule of postponement of the temporal being, Amendment.*

Judgement Removing and Decriminalization from the Point of View of the Constitution and Administrative Law

□ *Javad Mahmoodi*

□ *A Ph.D. student of public law at Shahid Beheshti University*

The mass of personal actions, shortage of court judges, monetary expenses of imprisonment and... are some of the factors which have made authorities think about new ways to improve the efficiency of Judicial power and to reduce the amount of judicial records. The process of reducing criminal prosecution and decriminalization are some of proposed methods. Speculation over the idea and position of the mentioned methods may lead us to a clear recognition of their bases and aims. Analysis of their processes in accordance with instructions of public law and ideals of the constitution is a basic step towards regarding the rights of citizens.

Key words: *Reduction of prosecution, Decriminalization, Court of justice, Constitution, Administrative law.*

jurists differently react to it, some has regarded it unlawful and some has tried to reconcile between religious codes and mental rights, and regard it acceptable.

Due to the importance of the subject for educational fields, Iranian legislator's tendency to reforming of current laws or making new laws, and the function of these new set of law in development of the country, a deep new jurisprudential study of the subject is necessary.

Following this aim, this article jurisprudentially challenges one of the most fundamental subject of mental ownership. Introducing the subject, firstly, the position taken by law and ethic philosophers is stated and then the view of twelve-imam shite jurists is stated and criticized. Different views, for and against the legitimacy of mental rights and their presumptions are studied in this article.

Key words: *Mental rights, Conception, Attributes, Effects and orders, Speculative and jurisprudential basis.*

An Analysis on the Article ۸۷۳ of Civil Law

- *Babak Khosravi Nia*
- *A member of academic Board of Azad University of Larestan*

Article ۸۷۳ of civil law expresses a rule concerning lack of inheritance between two persons whose date of death is not known. It is possible to analyze and criticize this article through study of the documents and evidence related to the articles including the jurist's views, the rules of principle of jurisprudence and traditions. Through this deep study of the basis of the laws it is possible to

of ٢٠٠٢ has the same approach and it has proposed two kinds of methods to achieve this goal. One is establishment of the “sub-committee of prevention of crime”. The other is establishment of institutions by the member governments. These measurements show that merely the existence of the committee for prevention of torture based on New York contract in ١٩٨٤ is not enough and the international society has decided to stop this crime as far as possible. Since it may be regarded in some cases as a crime against humanity or a war crime, its prevention should be placed among the commanding rules of international law and its commission brings international criminal liability for the offender, disregarding his rank or position. In another word, his political or social position does not cause him to be discharged.

Key words: *Torture, Committee for prevention of torture, Sub-committee for prevention of torture, Prevention, Mechanism, Capacity, Crime.*

Jurisprudential Principles of Legitimacy of Mental Rights

- *Dr. Mir Ghasim Jafar Zadeh*
- *Assistant professor in Shahid Beheshti University*

Law of mental ownership is one of the new branches of law. Although it is very fresh, the major has so developed in both quantity and quality that perhaps no other law subject resembles it. The large mass of national regulations and court precedents, as well as a large number of local and international documents shows its importance. Entering of these subjects into law literatures has made

main law systems shows that there are three major views: absolute fulfillment of punitive condition, fulfillment of the condition with the possibility of judicial adjustment, and distinction between punitive condition and those evaluating the amount of damages. Article ۲۳۰ of civil law of Iran ratifies the fulfillment of such a condition. After giving explanations about punitive condition, this article investigates the subject through analytic study of the three views. The result of this research shows the necessity of revision in article ۲۳۰ of civil law of Iran due to the possibility of judicial adjustment of this condition.

Key words: *Punitive condition, Judicial adjustment, Punitive condition and condition evaluating the amount of damages, Absolute fulfillment of punitive condition, Article ۲۳۰ of civil law of Iran, The principle of freedom in contracts.*

Mechanism of Prevention of Torture and Unjust, Non-human and Humiliating Punishments or Behaviors in the Protocol of ۲۰۰۲ A.D.

- *Dr. Ibrahim Beig Zadeh*
- *Associate professor in Shahid Beheshti University*

Eighteen years after the convention of torture prohibition, international society has decided to annex a protocol to the convention to prevent the crime of torture with a new approach. Although prevention was formerly based on the personality of the offender, it is now based on the personality of the victim and punishment is replaced by control an initiation. The ratified protocol

Abstracts

A Comparative Study of the Possibility of Enforcement of Punitive Conditions in Contracts

- *Dr. Mir Hosein Abedian*
- *Assistant professor in Azad University of Tehran*

Possibility of fulfillment of punitive conditions – former agreements of the two parties concerning evaluation of probable damages brought about by the breach of contract is a subject about which in different systems of law, there are various opinions. The reasons for this variety of views, in addition to the historical evidence particularly in common law systems, may be the kind of understand of the principle of the freedom in contracts and the development in the mentioned principle alongside with economic and political developments and liberal tendency in the modern world. Study of the

Table of contents

Researches:

A Comparative Study of the Possibility of Enforcement of Punitive Conditions in Contracts/ Dr. Mir Hosein Abedian	۳
Mechanism of Prevention of Torture and Unjust, Non-human and Humiliating Punishments or Behaviors in the Protocol of ۲۰۰۲ A.D./ Dr. Ibrahim Beig Zadeh	۴۵
Jurisprudential Principles of Legitimacy of Mental Rights/ Dr. Mir Ghasim Jafar Zadeh .	۶۱
An Analysis on the Article ۸۷۳ of Civil Law/ Babak Khosravi Nia	۹۷
Judgement Removing and Decriminalization from the Point of View of the Constitution and Administrative Law/ Javad Mahmoodi	۱۰۵
A New Approach in England Law towards Children's Crimes/ Amir Pak Nahad	۱۲۳
A Study on the Civil Nature of Blood Money/ Kazim Koochi Isfahani	۱۵۳
Jurisprudential Study of Using an Alternative Womb/ Mahdi Ali Zadeh	۱۷۷

Translations:

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart? Alan S. Reid/ Trans. by: Dr. Farhad Khomami Zadeh	۱۹۷
The Role of the International Judiciary in the Settlement of Environmental Disputes & Alternative Proposals for Strengthening International Environmental Adjudication Dionysia-Theodora Avgerinopoulou/ Trans. by: Hosein Yazdani	۲۱۵

Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Mirza Alizadah	۲۳۹
English Translation/ Mohammad Imami	۲۵۴

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

۱۹

استاد دانشگاه تهران	دکتر غلامحسین ابراهیمی دینانی
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر گودرز افتخار جهرمی
استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی	دکتر محمد امامی
استاد دانشگاه تهران	دکتر احمد بهشتی
استاد دانشگاه تهران	دکتر سیدمحمدباقر حجتی
عضو هیئت علمی دانشگاه رضوی	داود حیدری ابهری
استاد دانشگاه تهران	آیة الله عباسعلی عمید زنجانی
رئیس دانشگاه علوم اسلامی رضوی	حجی الاسلام والمسلمین محمدباقر فرزانه
استادیار دانشگاه قم	حجی الاسلام والمسلمین صادق لاریجانی
استاد حوزه علمیه قم	آیة الله محمدهادی معرفت
استادیار دانشگاه تربیت مدرس	دکتر محمدعلی مهدوی راد
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر حسین میرمحمدصادقی
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
استاد دانشگاه فردوسی	آیة الله محمد واعظزاده خراسانی

۱۹

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی	عبدالرضا اصغری
دکتر میرقاسم جعفرزاده	دکتر ابراهیم بیگ زاده
دکتر فرهاد خمایی زاده	دکتر سیدحسین حسینی
دکتر سیدقاسم زمانی	رضا دانشور ثانی
دکتر عباس شیخ الاسلامی	محمدعلی سعیدی
آیة الله عباسعلی عمید زنجانی	دکتر میرحسین عابدیان
دکتر نسرین مهرا	دکتر سید مصطفی محقق داماد
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی	دکتر حسین میرمحمدصادقی
	دکتر حمیدرضا نیکبخت

- * دبیر ویژه نامه
عبدالرضا اصغری
- * سرپرست اجرایی
علی جانفزا
- * ویراستار
عبدالله غلامی
- * طراح جلد
جواد سعیدی
- * چاپ و صحافی
مؤسسه فرهنگی قدس
- * شمارگان
۳۰۰۰ نسخه

* بهای تک شماره
۵۰۰ تومان

* تلفن و دورنگار
۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲

* نشانی
مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

* آدرس اینترنت
www.magiran.com/razavi

* پیامنگار
razavi_magazine
@imamreza.net

Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Quarterly Research of Humanities

(Theology & Law)

Specialized Issue; Law

Vol. 6, No. 19, Spring 2006



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

M. B. Farzane

Editor -in- Chief:

Dr. M. Imami

Scientific Editor:

A. Asghari

Acting Executive Manager:

A. Janfaza

Cover Page Lay-out:

J. Saeedi

Publisher:

Cultural Institution of Quds

Editorial Board:

A. A. Amid Zanjani (*Prof. of Tehran University*)

A. Beheshti (*Prof. of Tehran University*)

Gh. H. Ebrahimi Dinani (*Prof. of Tehran University*)

G. Eftekhar Jahromi (*Prof. of Tehran University*)

M. B. Farzane (*chancellor of Razavi University of
Islamic Sciences*)

D. Heidari Abhari (*member of academic board of
Razavi University*)

S. M. B. Hojjati (*Prof. of Tehran University*)

M. Imami (*assistant professor of Razavi University*)

S. Larijani (*assistant professor of Qum University*)

M. A. Mahdavi Rad (*assistant professor of Tarbiyat
Modarress University*)

M. H. Marifat (*Prof. of Qum Seminary*)

H. Mir Mohammad Sadeghi (*associate professor of
Shahid Beheshti University*)

A. H. Najafi Abrandabadi (*Prof. of Shahid Beheshti
University*)

M. Vaezzadeh Khorasani (*Prof. of Ferdooosi University*)

Tel & Fax: 0511-2230772

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: www.magiran.com/razavi

E.mail: razavi_magazine@imamreza.net

مجله دانش‌های علوم اسلامی رضوی

نحوه اشتراک

- سالنمای (دوره صحافی شده) شماره
 همه شماره‌ها (شامل حقوق، علوم قرآنی، فلسفه)
- فقط ویژه هیات فقط ویژه حقوق
- شروع اشتراک از شماره: به تعداد:
- مبلغ واریزی: شماره فیش:
- نام شعبه مبدأ: کد شعبه:

ارسال وجه اشتراک به صورت پستی قابل قبول است.

مشخصات مشترک

- نام و نام خانوادگی / مؤسسه:
- مدرک و رشته تحصیلی:
- نشانی:
-
-
- تلفن:

نشانی: مشهد، حرم مطهر، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دفتر مجله، صندوق پستی: ۴۶۱-۹۱۷۳۵؛ تلفن و نمابر: ۲۲۳۰۷۷۲-۰۵۱۱

راهنمای اشتراک	اشتراک یک ساله ۲۰۰۰۰ ریال	تک شماره ۵۰۰۰ ریال	سالنامه ۱ (۱۳۸۰) ۱۵۰۰۰ ریال	بقیه سالنامه ۲۵۰۰۰ ریال	هزینه پست سفارشی ۳۰۰۰ ریال
-------------------	------------------------------	-----------------------	--------------------------------	----------------------------	-------------------------------

توضیحات

۱. فصلنامه در هر شماره، ویژه یکی از رشته‌های حقوق، علوم قرآنی و فلسفه است.
۲. دانشجویان و طلبه محترم با ارائه کارت تحصیلی از ۲۰٪ تخفیف برخوردار می‌شوند.
۳. واریز مبلغ بیشتر از ۲۰۰۰۰ ریال بلامانع است و مبلغ واریزی، بر حساب شما منظور خواهد شد.
۴. دوره حاضر صحیفه شده با پست سفارشی ارسال می‌شود. لذا هزینه پست سفارشی هم باید واریز شود.
۵. مبلغ اشتراک بر حساب جاری شماره ۸۱۸۸۸/۹ بانکی ملت شعبه آستان قدس رضوی مشهد (کد ۴۹۴۱/۱) به نام دانشکده علوم اسلامی رضوی واریز شود.
۶. اصل فیش فرم اشتراک را بر بنام شما ارسال می‌کنیم. صندوق پست ۴۶۱-۹۱۷۳۵ ارسال یا شماره ۰۵۱۱-۲۳۳۰۷۷۲ فاکس کنید و فیش را نزد خود نگه دارید.