

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### فهرست مطالب

#### سرمقاله

- ۳ ..... سرمقاله

#### گفت‌وگو

- ۵ ..... اجرای علنی مجازاتها / گفت‌وگو با آیه‌الله مرعشی  
۱۱ ..... بایدها و نبایدها در قانون اساسی / گفت‌وگو با استاد عمید زنجانی

#### پژوهشها

- ۳۵ ..... استفاده از چک برای کلاهبرداری / دکتر امیرحسین فنخاری  
۴۷ ..... بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد / دکتر امیر حسین آبادی  
۶۱ ..... پیش‌بینی جرم / دکتر حسین غلامی  
۷۹ ..... قلمرو حکومت قانون کیفری شکلی در زمان / دکتر محسن عینی  
۱۰۵ ..... ضابطین دادگستری در قوانین کیفری ایران / علی‌اصغر مهابادی  
۱۲۳ ..... تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و لایحه پولشویی / دکتر صادق سلیمی

#### ترجمه‌ها

- مقدمه‌ای بر حق شرط در معاهده‌های چندجانبه / Pierre Henri Imbert  
۱۶۵ ..... ترجمه دکتر سیدعلی هنجنی  
مفهوم ساختار در حقوق خصوصی و عمومی / Jean Carbonnier & André Mathiot  
۱۸۳ ..... ترجمه و تحقیق: دکتر ناصرعلی منصوریان

#### نگارشات علمی

- ۱۹۵ ..... معرفی کتاب «حقوق در آینه فقه»  
۱۹۹ ..... معرفی پایان‌نامه‌ها

#### ترجمه‌های حکیدانه

- ۲۰۵ ..... ترجمه عربی (موجز المقالات) / سیدمحمدشریف حجتی، عبدالرضا اصغری  
۲۱۶ ..... ترجمه انگلیسی (Abstracts) / رجبعلی محمدآبادی





# سرمقاله

دانشگاه علوم اسلامی رضوی در سال ۱۳۷۶ مبادرت به تأسیس دوره کارشناسی ارشد در سه رشته: حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل کرد. این اقدام در واقع با هدف برآوردن بخشی از نیازهای آموزشی، پژوهشی، حقوقی و قضایی کشور اسلامی ایران صورت گرفت و متعاقباً با اختصاص دادن یک تا دو شماره از مجله تخصصی دانشگاه در سال به مباحث حقوقی - قضایی، کاملتر گردید.

این دانشگاه در اقدامی دیگر و به منظور تکمیل دوره‌های تحصیلی حقوق، موفق به اخذ مجوز رسمی برای تأسیس دوره دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی شد که برگزاری آزمون ورودی آن مصادف با انتشار این شماره مجله تخصصی دانشگاه است.

بسدین سان، امیدوارم که با ادامه تلاش استادان و محققان این دانشگاه و دانشگاه‌هایی که از آغاز تأسیس دوره‌های کارشناسی ارشد حقوق، با دانشگاه علوم اسلامی رضوی همکاری صمیمانه دارند، به تدریج شاهد آثار مثبت اقدامات علمی پیش‌گفته، در سطح کشور باشیم.

شماره ۶ مجله که اینک پیش روی شماست، در واقع حاصل و نمودی دیگر از همین تلاش و همکاریهاست. فهرست مقالات مندرج در شماره حاضر، از یک سو

حکایت از تنوع مطالب حقوقی در زمینه‌های خصوصی، عمومی، کیفری، جرم‌شناسی و بین‌المللی دارد و از سویی دیگر، بیانگر طرح مباحث حقوقی کشور است؛ مثلاً مقاله «تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و لایحه پولشویی» به بررسی درآمدهای ناشی از بزهکاری در حقوق بین‌الملل و حقوق ایران و نیز بررسی کنوانسیون پالمو (۲۰۰۰) می‌پردازد که ایران آن را امضا کرده و برای تصویب آن در حال مطالعه است و نیز مطالبی درباره لایحه «پولشویی» طرح می‌کند که در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی می‌باشد. مقاله «ضابطین دادگستری در قوانین کیفری ایران» نیز به تحلیل قانون اخیرالتصویب «اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب» می‌پردازد که با احیای دادسرا تا اندازه‌ای ضابطین دادگستری را دستخوش تغییراتی کرده است.

در زمینه مصاحبه‌های علمی، در این شماره نیز حاصل مصاحبه با دو تن از اساتید حوزه و دانشگاه در قلمرو حقوق اساسی و حقوق کیفری تقدیم خوانندگان محترم می‌گردد. گفت‌وگوی نخست «اجرای علنی مجازاتها» است که در ادامه مباحث منتشر شده در شماره ۲ مجله می‌آید و گفت‌وگوی دوم «بایدها و نبایدها در قانون اساسی» است که متضمن مباحث مطرح شده درباره قانون اساسی و بازنگری آن می‌باشد.

دانشگاه علوم اسلامی رضوی صمیمانه امیدوار است که با ادامه همکاری سایر اساتید و پژوهشگران حوزه و دانشگاه، بتواند بیش از پیش در پربارتر کردن مباحث حقوقی، گامهای بلندی بردارد و در این مسیر، همچنان چشم‌انتظار مقاله‌های این بزرگواران می‌باشد.

کیفر



مجله علوم اسلامی

# گفت و گو

## اجرای علنی مجازاتها

□ گفت و گو با آیه الله سید محمد حسن مرعشی

**مختصر:** یکی از مسائل مبتلابه جامعه و حکومت اسلامی، اجرای مجازاتها در ملاء عام است. حال این سؤال پیش می آید که آیا سیاستهای جنایی اسلام در قبال حدود، مبتنی بر لزوم اجراست و حتماً باید اجرا شود یا اعمال مجازاتها و بویژه حدود، برای ایجاد ارعاب و پیشگیری در جامعه است؟

آیه الله مرعشی: اصولاً اجرای مجازاتها همان طور که از متون و منابع فقهی به دست می آید، برای اصلاح مجرمان است و به قصد ایجاد رعب و وحشت در جامعه نیست. لذا وقتی سیره پیامبر ﷺ و امیرالمؤمنین علیه السلام را که از طرف خداوند تعیین شده بودند و احکام را از طرف خداوند بیان می کردند، بررسی می شود، دیده می شود که وقتی افرادی می خواستند حدود الهی درباره آنها اجرا شود، آنها را امر به توبه می کردند و می خواستند طوری اقرار نکنند که مجبور شوند حد را در جامعه اجرا کنند. حتی مردم به این نکته توجه داشته اند؛ مثلاً وقتی زنی خدمت امیرمؤمنان علیه السلام می آید و تقاضا می کند که او را حد بزند و رجم کند، حضرت می فرماید: من که خدا نیستم تا تو را پاک کنم! تو اگر توبه کنی و خدا تو را پاک کند، این برای تو بهتر است تا این که خواسته باشی کاری کنی که حیثیت و آبرویت از بین برود.

پس به این نتیجه می‌رسیم که هدف، اصلاح است. توبه که از ویژگیهای مسائل جزایی اسلام است، همان اصلاح مجرم است. اگر کسی با شرایط خاصی توبه کند، دیگر مسأله مجازات برای او مطرح نیست؛ منتهی توبه معنای خاصی در اسلام دارد و آن، این است که انسان، رابطه خودش را با خدا اصلاح کند؛ تنها یک توبه ظاهری که ناشی از ترس از اجرای مجازات باشد، نیست. مهم، اصلاح است. در قرآن کریم آمده است: «الذین تابوا و أصلحوا»<sup>۱</sup>؛ یعنی شخص باید هم توبه کند و هم عملاً خود را اصلاح کند.

نظر اسلام این است که اصولاً مسائل مربوط به فحشا در جامعه پخش نشود و آبروی اشخاص حفظ شود. لذا درباره نسبت ناروا دادن به کسی، اگر دروغ گفته است، باید توبه کند و علناً خودش را تکذیب کند و در صورتی که راست گفته هم باید بگوید اشتباه کرد؛ چون انسان نمی‌تواند هر حرف راستی را بدون در نظر گرفتن شرایط، بگوید. اصلاً از نظر اسلام، چنین شخصی فاسق است و شهادتش در محاکم قابل قبول نیست. این که مثلاً برای زنا باید چهار شاهد با آن شرایط خاص شهادت بدهند، به خاطر این است که حیثیت اشخاص حفظ شود؛ هر چند اگر شهود زیاد بودند، حد اجرا می‌شود. از این که اسلام برای قتل نفس، شهادت دو نفر را کافی دانسته است، ولی در مسائل عرضی و ناموسی، مانند زنا شهادت چهار نفر با شرایط خاص را لازم دانسته، فهمیده می‌شود که اسلام نمی‌خواهد این مسائل در جامعه پخش شود و مردم از آنها اطلاع پیدا کنند. اینها مسائل مهمی است که باید در قوانین جامعه اسلامی مورد توجه قرار گیرد.

**مختصر** : آیا قاعده درء، توبه و سخت‌گیری در اثبات حدود، دلیلی بر

تأکید شارع مقدس بر کارآیی اصلاح مجرم و پیش‌گیری از جرم نیست؟

**آیه الله مرعشی**: هر کدام ملاک خاصی دارد؛ زیرا قاعده درء، مبتنی بر اصل برائت است. اصل بر این است که کسی مجرم شناخته نشود، مگر دلایل کافی موجود باشد و

در مواردی که شبهه پیش می‌آید، اصل بر براءت است و با وجود شبهات، نمی‌توان اجرای حدّ کرد.

**مختصر:** آیا مجازاتها به طور کلی و بخصوص حد، باید در ملأ عام اجرا شود یا این که اجرای آن در ملأ عام تابع شرایط زمانی و مکانی و مصالح است؟

آیه‌الله مرعشی: عنوان «اجرای حدود در ملأ عام» یا «علنی»، به شکل موجود، اصلاً در فقه مطرح نیست و این «در ملأ عام بودن» یک اصطلاح فقهی یا حقوقی نیست؛ نه در قوانین شرع آمده و نه در قوانین عرفی. وقتی به منابع فقهی مراجعه می‌کنیم، مخصوصاً مسائل جزایی را بررسی می‌کنیم، نه در کلمات قدما و نه در کلمات متأخرین، اصلاً موضوعی با عنوان ملأ عام نداریم.

این مسأله، اخیراً در بین عده‌ای، بدون این که بررسی شود آیا مبنای حقوقی دارد یا فقهی، طرح شده است.

اصولاً وقتی احکام فقهی به طور کلی بررسی می‌شود، بعضی از احکام فقهی، جنبه عبادی دارد که اشخاص باید آنها را انجام دهند. این مسائل عبادی، گاهی اوقات می‌تواند جنبه سیاسی هم داشته باشد؛ مثل حج که یک عبادت است، ولی در عین حال، شارع نسبت به فواید و منافع حج از نظر سیاست جهان اسلام، غافل نبوده و به جنبه‌های سیاسی حج، توجه داشته است. لذا در قرآن کریم می‌فرماید: «لِشَهَادَاتِهِمْ»<sup>۱</sup>؛ به این خاطر به حضرت ابراهیم علیه السلام گفتیم حج را به مردم اعلام کن که بتوانند آنچه برای دنیایشان منفعت دارد، به دست آورند که هر نوع منفعت، حتی منفعت سیاسی را هم شامل می‌شود. سپس می‌فرماید: «و يذكروا اسم الله في أيام معلومات»؛ یعنی خدا را هم یاد کنند. این یاد خدا، دیگر جنبه عبادی آن است.

یک سلسله از مسائلی که در کتب فقهی مطرح است، مسائل سیاسی اسلام است؛ مانند جهاد که حاکم باید تشخیص دهد از نظر سیاسی، آیا باید جهاد کرد یا خیر؟ با

اسرا چگونه باید رفتار کرد؟ آیا باید آنها را عفو یا مجازات کرد؟ چنین مسائلی نمی‌تواند همیشه یک حالت داشته باشد؛ چون مسائل سیاسی، مبتنی بر مسائل نظام است که باید افراد بنشینند و مشورت کنند و ببینند مصلحت، چه چیزی را اقتضا می‌کند. آیا مصلحت اقتضا می‌کند که آتش‌بسی را بپذیرند یا خیر و به طور کلی، چنین مسائل سیاسی در اسلام وجود دارد که از جمله آنها کیفرهای اسلامی است.

مجازات‌ها از این نظر که آیا اجرا بشود یا نه، از مسائلی است که باید مصالح اجتماعی درباره آنها در نظر گرفته شود. نمی‌شود به طور مطلق گفت شما مجازات اسلامی را در هر جا و در هر شرایط؛ ولو به ضرر اسلام تمام شود، اجرا کنید! هدف از اجرای مجازات‌ها نیز مهم است؛ اگر هدف ما این است که نفعی به اسلام برسد، خوب و پسندیده است؛ همین طور است اگر بخواهیم نفعی به مردم و جامعه برسد. اما اگر اجرای آنها باعث می‌شود که اسلام دچار وهن شود و نتیجه معکوس گرفته شود، در این جا اسلام می‌گوید نباید این مجازات‌ها اجرا شود؛ اعم از این که حد باشد یا تعزیر؛ دلیل ما روایاتی است که در این باره نقل شده است.

از جمله، چند روایت از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده است که در یکی از آنها می‌فرماید: بر هیچ کس در سرزمین دشمن، اجرای حد نمی‌شود.<sup>۱</sup> در روایتی دیگر<sup>۲</sup>، علتش را چنین توضیح داده است که ممکن است دفع فاسد به افسد شود؛ یعنی به جای این که باتنبيه، کسی را اصلاح کنیم، با اجرای حد، به طرف دشمن مایل شود و از اسلام خارج گردد.

از این روایات استنباط می‌کنیم که این مجازات‌ها باید حساب شده باشد؛ یعنی اگر می‌خواهیم حدی جاری کنیم، باید مصالح اسلام را در نظر بگیریم؛ و الا اگر قرار باشد رجمی انجام شود و از آن فیلمبرداری کنند و سپس این فیلم در خارج از کشور، علیه اسلام نمایش داده شود و مردم را از اسلام متنفر کنند، نباید چنین اجازه‌ای بدهیم. ما

۱. «لایقام علی أحد حدّ بأرض العدو» (وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۱۷، حدیث ۱، انتشارات اسلامیة).

۲. «... مخافة أن تحلمه الحمیة فیلحق بالعدو» (همان، حدیث ۲).



باید مصلحت اسلام را در نظر بگیریم. اهمیت اسلام، از اجرای یک حد، خیلی بیشتر است. در اثر این‌گونه اعمال، ممکن است مردم، اسلام را رها کنند.

پس در اجرای حدود در ملأ عام، باید مصالح در نظر گرفته شود. ما به طور کلی عنوان «در ملأ عام» نداریم؛ فقط درباره حد زنا یک آیه است که متأسفانه توجه نمی‌شود که این آیه می‌خواهد چه چیزی را بیان کند. در آیه می‌فرماید: «ولیشهد عذابها طائفة من المؤمنین»<sup>۱</sup>؛ یعنی وقتی حد زنا اجرا می‌شود، طائفه‌ای از مؤمنان حضور داشته باشند. متأسفانه این «طائفه‌ای از مؤمنان» را به «ملأ عام» ترجمه می‌کنند. گمان می‌کنند که طائفه‌ای از مؤمنان یعنی در ملأ عام، و حال آن‌که اگر به لغت مراجعه کنند، خواهند دید که «طائفه» به سه یا چهار نفر گفته می‌شود.

طائفه از طوف است؛ یعنی اگر چند نفر دور هم حلقه بزنند و به اصطلاح، یک میزگرد تشکیل دهند، یک طائفه هستند؛ چون دور هم نشسته‌اند. طواف را هم بدین جهت نام‌گذاری کرده‌اند که دور خانه خدا می‌گردند. حتی امام باقر علیه السلام می‌فرماید: طائفه در آیه، یک نفر است، نه چند نفر. پس از کجای طائفه، «ملأ عام» استفاده می‌شود؟!

نکته مهم دیگری نیز در این آیه هست که «فاضل مقداد» در تفسیر خود، *کنز العرفان* به آن اشاره کرده است. وی می‌فرماید: فراز «من المؤمنین» در این آیه، یک قید احترازی است؛ یعنی «دیگران نباشند» و افراد از مؤمنان باشند تا با دیدن اجرای حد، از اسلام متنفر نشوند. لذا نباید اشخاصی که صلاحیت ندارند یا سست عقیده‌اند، در وقت اجرای حد، حضور پیدا کنند.

در روایتی دیگر آمده است که روزی امیرالمؤمنین علیه السلام در بصره بودند و می‌خواستند فردی را حد بزنند. حضرت متوجه شدند که جمعیت خیلی زیادی جمع شده‌اند. وقتی از علت آن سؤال کرد، گفتند اینها برای نگاه کردن به اجرای حد آمده‌اند. حضرت وقتی نزدیکتر رفتند و قیافه‌های آنها را دیدند، فرمودند اینها افرادی نادرستند و نباید این‌جا باشند. در موقع اجرای حد، نباید این‌گونه اشخاص باشند و فرمود: «لا

مرحباً لوجوه لاتری إلا فی کل سوء». سپس دستور دادند آنها را دور کنند. بنابراین، این آیه، هیچ دلالتی ندارد بر این که اجرای حد باید در ملأ عام باشد. درباره حدود یا تعزیرات دیگر هم که هیچ دلیلی وجود ندارد؛ حتی دلیل ناتمامی هم ندارد. ضمن این که نمی‌توانیم بدون دلیل و نص صریح شرعی، در مسائل جزایی قیاس کنیم و آیه مورد نظر را تعمیم دهیم.

**مختصر** : به نظر حضرت عالی آیا در حدود، جرم‌زدایی قابل تصور است؟ یعنی آیا می‌شود تعداد جرایم را کم یا زیاد کرد؟

آیه‌الله مرعشی: می‌شود کیفرزدایی کرد و به جای کیفر، مجرم را اصلاح کرد؛ چون هدف از مجازات، اصلاح است. اگر ما مجازات می‌کنیم، از این باب است که آخرین درمان، داغ کردن است. وقتی هیچ راهی برای درمان نباشد، به سراغ داغ کردن می‌رویم، نه این که از آغاز، بدون این که وضع مجرم را در نظر بگیریم، او را مجازات کنیم. اصلاً فردی کردن مجازات، در اسلام آمده است؛ یعنی این موضوع از اسلام به حقوق غرب منتقل شده است. فردی کردن مجازات یعنی باید نسبت به هر جرمی، دید خاصی داشت، اوضاع و احوال هر مجرمی را باید در نظر گرفت تا عدالت اجرا شود. به همین سبب است که در اسلام، تعزیر به دست حاکم است؛ برای این که حاکم، دستش باز باشد. قانون‌گذار فقط می‌گوید که این جرم است و مجازات دارد، اما کمیت و کیفیت و حتی اجرا یا عدم اجرای آن با حاکم است.

جوانی را خدمت حضرت علی علیه السلام آورده بودند که دزدی کرده بود و می‌بایست دستش قطع می‌شد؛ شرایط قطع ید را داشت. حضرت فرمود: «أراك رجلاً شاباً...»؛ می‌بینم تو یک مرد جوان هستی! از قرآن چه می‌دانی؟ گفت سوره بقره را می‌دانم. فرمود: «وهبت یدک بسورة البقرة»؛ دستت را به سوره بقره بخشیدم. یک نفر آن جا بود، گفت: شما حد خدا را تعطیل می‌کنید؟ فرمود: حاکم می‌تواند کسی را که به گناه اقرار کرده است، عفو کند.

این عفو امیرالمؤمنین علیه السلام به خاطر همین خصوصیتی بود که آن جوان داشت؛ یعنی جوان و اهل قرآن بود.

تفسیر

۱۰

ملفوظات علامه مجلسی

## بایدها و نبایدها در قانون اساسی

- گفت‌وگو با استاد عمید زنجانی
- تهیه و تنظیم: غلام‌نبی گلستانی

### اشاره

واژه «قانون»، معرب کلمه یونانی «*kanon*» است که معانی مختلفی چون روش، قاعده، ترتیب، رسم، دستور و اصل هر چیز برای آن ذکر شده است و در اصطلاح مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها، حقها و تکلیفها و ضابطه‌ای کلی است که حیطة عملی و کاربردی همه افراد جامعه از آن شناخته شود. قانون، گاه به گروه و صنفی خاص از مردم یک کشور اختصاص دارد؛ مانند قانون کار، قانون تجارت و... و گاه با قطع نظر از شغل، حرفه و موقعیت، بدون استثنا، تمامی افراد کشور را دربرمی‌گیرد که در اصطلاح از آن به قانون اساسی «*constitution allaw*» یاد می‌شود. از این جهت، مهمترین ممیزه قانون اساسی، شمول آن به تمامی افراد جامعه است و مسائلی در آن مطرح می‌شود که مربوط به ماهیت مشترک همه افراد اجتماع می‌گردد.

پس قانون اساسی، سند تضمین‌کننده حقوق و آزادیهای انسانهاست که از یک طرف باید تعیین کند چه دستگاهی عهده‌دار اجرای حقوق مردم است و از سویی مشخص کند دولت به عنوان مجری قانون، به چه شکلی پدید آید و مملکت را اداره کند تا به حقوق و آزادیهای مردم لطمه‌ای وارد نیاید. به عبارت روشنتر، قانون اساسی عهده‌دار تأمین دو چیز است: یکی حقوق و آزادیهای اساسی افراد کشور و دیگری تعیین اساس و پایه‌های حکومت و دولت و نحوه اداره کشور.

تردیدی نیست که ثمره انقلابها در نظامهای سیاسی - مردمی با تنظیم عاقلانه و همزیستی آشتی جویانه بین آزادیهای فرد و قدرت دولت است که در نظام حقوقی، از آن به قانون اساسی تعبیر می‌شود. مهمترین دستاورد خورشید پرفروغ انقلاب اسلامی که سند آزادی و استقلال امت خداجو را در بهنه حاکمیت اسلام به ارمغان آورد و اصول بنیادین حکومت اسلامی را تبیین کرد و اساس حقوق همه افراد را مشخص ساخت و زمینه‌های عملی مناسب جهت حاکمیت اسلام را در همه شؤون به وجود آورد، قانون اساسی است که در عین بهره‌گیری از عبارات جدید حقوقی در آن، با تازه‌ترین قوانین اساسی جهان برابری می‌کند و محتوای آن نیز به تشخیص برجسته‌ترین علمای اسلام‌شناس از احکام الهی ریشه می‌گیرد.

حقوق اساسی، خاص جوامع جمهوری و مردم‌سالار است؛ چون در عین آن که درباره روابط حکومت و افراد بحث می‌کند، قدرت حکومت و مهار آن را در یک رابطه متعادل حقوقی نیز مد نظر قرار می‌دهد و حکومت را از هرگونه موضع‌گیری استکباری بازمی‌دارد و امانت قدرت را صرفاً به قصد خدمت عمومی به کار می‌گیرد. چنان که اشاره کردیم، قانون اساسی هر کشوری از عقیده و ارزشهای خاص آن جامعه الهام می‌گیرد؛ چون ازگان و کلمات، نزد هر ملتی مفهوم خاص خود را دارد؛ مثلاً عدالت اقتصادی یا دموکراسی در مفهوم مارکسیستی، یک مفهوم دارد و در نظام سرمایه‌داری، مفهومی دیگر. کسانی که عهده‌دار تدوین قانون اساسی هستند، باید آگاهی و شناخت لازم را نیز دارا باشند. در همین راستا تنی چند از متخصصان حقوق دان، جامعه‌شناس، اقتصاددان و فقیه که همگی اسلام‌شناس نیز بودند، در شعاع اعتقادات و باورهای مردم، معارف اصیل اسلامی را در قالب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تنظیم کردند و ضمن پابندی به دو مقوله لاینفک آن؛ یعنی «ساختار حکومت» و «حقوق مردم»، پاسداری از مسائل اساسی و بنیادی و مناسبتهای مذهبی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را نیز در آن پیش‌بینی کردند.

گذشت بیش از دو دهه از تصویب اولیه قانون اساسی و یک دهه از بازنگری آن و طرح مباحث عدیده‌ای که اخیراً در رسانه‌های گروهی و محافل علمی در باب قانون اساسی صورت گرفته و شبهات و اشکالات طرح شده، ما را بر آن داشت تا با استاد گرانمایه، حضرت آیه الله عمید زنجانی که از افراد فعال و مؤثر در بازنگری قانون اساسی بوده‌اند، مسائلی را در راستای تبیین مفهومی، جایگاه، ساختار و چالشهای قانون اساسی مطرح نماییم که معظم‌له با حوصله تمام و ژرف‌کاوی خاص، بد آنها پاسخ دادند.

**مخبر:** اولین سؤالی که مطرح می‌شود، درباره خود قانون اساسی، جایگاه و چالش‌هایی است که هم‌اکنون با آن روبه‌روست. نخست بفرمایید که تعریف شما از قانون اساسی و تفاوت آن با دیگر قوانین چیست؟

**استاد عمید زنجانی:** هم اصطلاح و هم محتوای قانون اساسی، سابقه طولانی ندارد و از مسائل جدیدی است که در چند قرن اخیر متداول شده است. از آنچه تحت عنوان قانون اساسی آتن بود که بگذریم، ظاهراً قدیمی‌ترین قانون اساسی، قانون اساسی آمریکا است که به دنبال جنگ‌های داخلی بین دولت‌ها که بعدها به صورت بخشی از ایالت‌های آمریکا درآمدند، دست به تدوین قانون اساسی زدند. همچنین قانون اساسی به صورت غیر مدوّن، در انگلستان سابقه دارد، اما به مفهوم اصطلاحی هرگز مدوّن نگردیده است.

منظور از قانون اساسی، همان طور که از اسمش پیداست، قانون مادر است که تمامی قوانین کشور در داخل و چارچوب آن، قابل اجرا باشد. در تعریف قانون اساسی، گفته می‌شود: مجموعه قواعدی کلی است که تعیین‌کننده وظایف دولت و ملت و اختیارات اساسی دولت و حقوق و آزادی‌های ملت است و همچنین تنظیم‌کننده روابط مابین نهادهای داخل حکومت و تنظیم‌کننده روابط حقوق ملت و دولت می‌باشد.

مجموعه این قواعد که همان قانون اساسی است، باید کلی، صریح، بدون تناقض و قابل اجرا باشد و نیز باید دارای شروط اختصاصی دیگری هم باشد که شرایط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی یک کشور آن را ایجاب می‌کند.

**مخبر:** با توجه به این که حضرت عالی در بازنگری قانون اساسی، نقش فعالی داشتید، آیا در قانون اساسی ما آن سازوکارهایی که بتواند عامل اجرای صحیح قوانین باشد، وجود دارد؟

**استاد عمید زنجانی:** یکی از خصوصیات قانون عادی، این است که خود، شیوه‌های اجرای قانون اساسی را مشخص می‌کند. هر قانون عادی، در حقیقت، تفصیل یک یا

چند اصل قانون اساسی است که باید تفریعی بر جزئیات قانون اساسی باشد و عمدتاً باید راهکارهای قانون اساسی را مشخص کند. لذا در اکثر قوانین عادی که متکی به اصل یا اصولی از قانون اساسی است، همان متن قانون اساسی نیز با توضیحاتی در قانون عادی آورده می‌شود. بنابراین، قوانین عادی، شامل دو قسمت است: نخست، تفریع و بیان جزئیات و موارد مختلف اصول قانون اساسی و دوم، راهکارها و روشهای اجرایی قانون اساسی که به دنبال آن، ضمانت اجرای قانون عادی نیز خواهناخواه بیان می‌شود.

البته ضمانت اجرای قوانین عادی، بخشی از اختیارات قوه قضائیه است و به تخلفات از قوانین عادی رسیدگی می‌کند، اما درباره قانون اساسی، دو نوع قانون وجود دارد که برخی دارای نهاد تضمین اجرا و برخی فاقد ضمانت اجراست و برخی معتقدند قانون اساسی نمی‌تواند ضمانت اجرا داشته باشد؛ چرا که با یک کودتا، زیر پا گذاشته می‌شود یا با قیام عمومی مردم که اصطلاحاً «انقلاب» به آن گفته می‌شود، خودبه‌خود معلق می‌شود. بنابراین، نمی‌توان انتظار داشت که قانون اساسی، ضمانت اجرا داشته باشد.

البته این که اجرای قانون اساسی به عهده یک نهاد گذاشته می‌شود، به این معنی نیست که این نهاد، ضمانت اجرای قانون اساسی است، بلکه به معنای آن است که به نحوی، بر اجرای قانون اساسی نظارت شود. پس مسأله راهکارهای اجرایی اصول قانون اساسی، باید عمدتاً در قوانین عادی دیده شود.

**مختصر** : در اوایل انقلاب شاهد بودیم که بعد از گذشت ده سال تجربه عینی و عملی، رهبری انقلاب به این نتیجه رسیدند که نیاز به تغییرات و تحولاتی در قانون اساسی است و لذا ایشان افرادی را مأمور بازنگری قانون اساسی کردند و از آن جمله، پنج نفر از نمایندگان مجلس سوم بودند و شما هم یکی از آن پنج نفر بودید. حال، سخن در این است که بعد از گذشت بیش از ده سال دیگر، آیا چنین نیازی احساس نمی‌شود که دوباره قانون اساسی مورد بازنگری قرار بگیرد؟ مخصوصاً که بعضی می‌گویند: خود امام هم در بدو ورودشان به بهشت زهرا گفتند:

گذشتگان حق نداشتند برای ما قانون اساسی تدوین کنند. این نسل هم مدعی است که ما نسلی هستیم که در آن زمان حضور نداشتیم و حالا خواهان آن هستیم که یک قانون اساسی بر اساس خواسته‌ها و برنامه‌هایی که داریم، تنظیم کنیم. در این باره توضیح بفرمایید.

**استاد عمید زنجانی:** سؤال شما شامل دو بخش است؛ یعنی در حقیقت، دو سؤال است: یکی این که با تجربه ده سال اول که به تکمیل و اصلاح قانون اساسی انجامید، باز نیاز به بازنگری مجدد هست یا نه؟ مسأله دوم آن که آیا خواسته نسل جوان امروز از نظر حقوقی قابل قبول است یا خیر؟

اما سؤال نخست؛ تجربه ده سال آغازین، کاملاً با تجربه پس از آن، متفاوت است؛ چرا که قانون اساسی ای که اجرا نشده، هنوز عیوبش مشخص نیست. آنچه را که مجلس خبرگان قانون اساسی می‌توانست پیش‌بینی کند، بیشتر، جنبه‌های نظری مسأله و آفتها و تجربیاتی بود که در رژیم گذشته حاکم بود. مسائل نظری از یک سو و آفتهای گذشته از سوی دیگر، زمینه‌ساز این مسأله بود که یک بار تجربه بشود و در آن ده سال، به مسائلی برخورد کردیم که نقص بعضی از مبانی نظری را نشان می‌داد و همچنین درباره تجربیات گذشته هم نشان می‌داد که چون شرایط تغییر یافته، خیلی نمی‌شود پایبند شرایط گذشته بود و عکس‌العملی برخورد کرد. شاید یک سوم قانون اساسی، عکس‌العملی بود و به خاطر مشکلاتی که کشور و مردم از رژیم گذشته دیده بودند و احساس شده بود، به صورت عکس‌العملی در قانون اساسی آمده بود تا آن شرایط تکرار نشود. ولی در عمل، معلوم شد که وقتی شرایط متغیر شده، آن مشکلات قابل عود نیست؛ بنابراین، آن پیش‌بینیها و عکس‌العملها خیلی ضرورت نداشت. پس می‌شود گفت: ده سال نخست، دوره تجربه قانون اساسی بود و می‌توانست نشان دهد که پیش‌بینیهای نظری و تجربی، در عمل، چگونه جواب می‌دهد.

به دلیل همان نارساییها بود که امام محورهاى تجدید نظر را در هشت بند مشخص کرده بودند. در بازنگری قانون اساسی، غیر از این هشت مورد، به مواردی برخورد شد که لازم بود اصلاح شود. شاید کلمه اصلاح هم دقیق نباشد، لازم بود تکمیل شود؛ مثلاً در قانون اساسی، اسمی از دادستان کل برده شده و شرایط آن هم معلوم شده

است، اما هیچ وظایفی برای دادستان کل در قانون اساسی پیش‌بینی نشده که در بازنگری، یکی از پیشنهادها این بود که بعضی از وظایف جامانده قوه قضائیه که مسؤول مشخصی ندارد، به تناسب وظیفه دادستانی کل، بر عهده این نهاد قضایی گذاشته شود که شورای بازنگری، مقاومت کرد. دلیلشان هم این بود که دست زدن به قانون اساسی و حتی تغییر یک کلمه در آن می‌تواند تحولات پیچیده و حوادث غیر منتظره و مشکلات فراوانی را در زمینه‌های مختلف ایجاد کند و باید به همان هشت محور ضروری اکتفا نمود.

تغییر قانون اساسی باید بسیار بسیار محتاطانه باشد و این رویه‌ای است که در دنیا عمل می‌شود؛ مثلاً با وجود این که دو بیست و اندی سال از عمر قانون اساسی آمریکا می‌گذرد، هنوز شاکله قانون اساسی را تغییر نداده‌اند. شاید بیش از سی بار قانون اساسی آمریکا اصلاح شده، اما شاکله آن تغییر نکرده است. لذا الآن قانون اساسی آمریکا اصلاً با قوانین اساسی جدید و مدرن همخوانی ندارد؛ به یک دفترچه قانون بیشتر شباهت دارد تا یک قانون اساسی مدون فصل‌بندی شده و مرتب که مطالبش ترتیب منطقی داشته باشد. دلیلش این است که دست زدن به تغییرات قانون اساسی، حتی به صورت جابه‌جایی جملات و یا حتی جابه‌جایی کلمات، می‌تواند نقش بسیار زیادی در دگرگون کردن شرایط اجتماعی داشته باشد.

بنابراین، با توجه به این دو نکته که در دهه نخست بعد از پیروزی انقلاب - که هنوز قانون اساسی جدیدی تجربه نشده بود - و از آن طرف هم که می‌بایست در اصلاحات قانون اساسی، کمال دقت به کار برود، امام این دو نکته را با هم جمع کردند و محورهای اصلاحات قانون اساسی را مشخص کردند و شورای بازنگری هم از این هشت مورد، به هیچ وجه تعدی نکرد.

اما بعد از این دهه، پس از اصلاحات لازم، قانون اساسی نسبت به شرایط جدید، جواب داده است و نمی‌شود گفت: چون در ده سال نخست، تجدید نظر شد، پس در چهارده سال بعد نیز باید تجدید نظر شود. این قیاس مع‌الفارق است. نواقص قانون اساسی رفع شده است. حتی برخی از نواقصی که در قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به دستور امام اصلاح شد، مشکلات اساسی نبود، بلکه فقط احتیاط بود؛ برای این که



کشور احیاناً دچار بحران نشود.

با توجه به شرایط ده سال نخست، نگرانی این بود که بعضی از این نقطه ضعفها بحران ایجاد کند؛ مثلاً اگر شرط مرجعیت رهبری در اصل ۱۰۷ تغییر نمی‌کرد، معلوم نبود بعد از امام، مسأله رهبری چگونه خواهد شد و به احتمال زیاد، کشور دچار بحران رهبری می‌شد. آنهایی که در زمان امام، مرجع بالفعل بودند، چهار نفر بیشتر نبودند که هر چهار نفر سنین بالای نود سال داشتند و برای رهبری آمادگی نداشتند. امام تا لحظه آخر، مدیریتشان را بر کشور داشتند، اما آنان نه پذیرا بودند (این چهار نفر) و نه امکان ارجاع رهبری به آنها وجود داشت؛ بنابراین، کشور در معرض یک بحران شدید قرار می‌گرفت و طبق قانون اساسی، کشور بدون رهبر، مشروعیت ندارد.

مورد دیگر درباره رابطه نخست‌وزیر با رئیس جمهور و تقسیم مسؤولیتهای اجرایی بین دو نهاد ریاست جمهوری و نخست‌وزیری بود که ممکن بود تنش‌زا شود؛ هرچند که در زمان حیات امام، قابل حل بود؛ چرا که اگر مشکلاتی بین نخست‌وزیری آن زمان و رئیس جمهور وقت به وجود می‌آمد. بالاخره امام را هر دو، مرجع حل و فصل می‌دانستند و یک بار هم که شده، نزد امام می‌رفتند و مشکل حل می‌شد؛ یعنی بن‌بستی برای نظام به وجود نمی‌آمد. اما برای آن که مبادا در آینده، شرایطی پیش آید و احیاناً تعارض بین نخست‌وزیر و رئیس جمهور، به بحران کشیده شود، امام این نقطه ضعفها را برای اصلاح انتخاب کردند. شما اگر آن هشت محور را مورد بررسی قرار بدهید، معلوم می‌شود که امام برای پیشگیری از تنشهای آینده، در اصلاح آنها چگونه اندیشید؟ و در زمان حیات ایشان، آن مسائل، مشکل‌ساز نبود؛ لکن احتمالاً بعد از امام می‌توانست بحران‌زا شود و هیچ کس پیش‌بینی نمی‌کرد که بعد از امام، رهبری چگونه خواهد بود.

الآن مشکل و ابهامی در نهادها وجود ندارد. قانون اساسی، تمام وظایف را تعیین کرده است؛ وظایف رهبری، وظایف رئیس جمهور، وظایف قوه قضائیه و... هیچ ابهامی در مسائل قانون اساسی نیست. تازه اگر هم ابهامی باشد، برای کسی که ملتزم به قانون اساسی است، تفسیر قانون اساسی هم مرجعش معلوم است و اگر ابهامی در

اصول قانون اساسی باشد، در اطلاق و تقیید یا عموم و تخصیص قانون اساسی تردیدی باشد، مرجع و مفسر تعیین شده است.

بنابراین، قانون اساسی از نظر مبانی نظری، استحکام فقهی، سیاسی و حقوقی کامل دارد و تجربه هم نشان داده که عیوب، مرتفع شده است. الآن هم نه حدود اختیارات قوا نامشخص است و نه مسأله و ابهامی در تفسیر قانون اساسی وجود دارد.

اما بخش دوم سؤال: البته این مطلب را امام در سخنرانی بهشت زهرا، چند ساعت بعد از ورود به ایران صریحاً فرمودند، اما خوب است کسانی که از این جمله امام می خواهند نتیجه گیری بکنند که پس نسل سوم انقلاب هم چون نبوده اند، مشمول فرمایش امام می شوند، به این نکته توجه داشته باشند که سخن امام، ناظر به نامشروع بودن قانون اساسی مشروطه بود. اصلاً قانون اساسی مشروطه را مردم انتخاب نکردند، مردم تأیید نکردند، تصویب نکردند. شیوه تصویب قانون اساسی در دنیا، شیوه‌ای شناخته شده است. حدوداً شش شیوه برای تدوین و تصویب قانون اساسی وجود دارد که جمهوری اسلامی، یک شیوه جدید را بدانها اضافه کرد که شیوه خبرگان و همه پرسی است. در تصویب قانون اساسی مشروطه، از هیچ یک از این شش شیوه استفاده نشد و به عکس، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، علاوه بر فراندوم که یکی از آن شش شیوه است، در تدوین، از شیوه جدیدی به نام «خبرگان» هم استفاده شد و در حقیقت به یک شیوه اکتفا نشد؛ و از شیوه‌ای متقتر و برتر استفاده گردید.

تصویب قانون اساسی مشروطه، به شیوه ضعیف بود و از هیچ کدام از این شش شیوه استفاده نشد. تنها توسط مجلس شورای ملی تصویب شد. ضمن این که تصویب قانون اساسی مشروطه تحت شرایط فشار جناح خاص بود. وقتی مسأله قانون اساسی در مجلس اول مطرح شد، بسیاری از مجلسیان با معنای قانون اساسی بیگانه بودند؛ یعنی تعریف دقیقی از قانون اساسی نداشتند و با کیفیت تدوین قانون اساسی آشنا نبودند. خواه ناخواه، کمیسیونی تشکیل شد از کسانی که خارج رفته بودند؛ به تصور این که هر کس خارج رفته، مطالب جدید و شیوه‌های مدرن قانون نویسی را می داند و تدوین قانون اساسی به عهده این کمیسیون گذاشته شد. مشخصات و گرایشهای

اعضای این کمیسیون هم در تاریخ، روشن است. بعد از مدتی، این کمیسیون، متن اول قانون اساسی را تصویب کرد. متن اول قانون اساسی مشروطه، ۵۱ ماده داشت و وظایف مجلس را بیان می‌کرد؛ آن هم در حد آیین‌نامه داخلی مجلس که مجلس چطور تشکیل می‌شود، نمایندگان چطور صحبت می‌کنند، چطور مذاکرات انجام می‌گیرد، هیأت رئیسه چگونه تعیین می‌شود و...؟!

برای فهم صحیح فرمایش امام، باید به شیوه تدوین قانون اساسی توجه کرد؛ تدوین قانون اساسی مشروطه به مجلس واگذار شد که خلاف متعارف بود، مجلس هم آن را به کمیسینی واگذار کرد که فرق بین قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی مجلس را نمی‌دانست و بعد که به مجلس عرضه شد، مجلس نخست متوجه شد که متن مصوب نمی‌تواند قانون اساسی باشد؛ چرا که مهمترین مسأله قانون اساسی، حقوق ملت است و در این قانون اساسی نیامده است. مهمترین مسأله مشروطه، محدود کردن اختیارات شاه بود که در این قانون نیامده بود. وقتی دیدند دو مسأله اساسی انقلاب مشروطه در این متن نیامده، نپذیرفتند. مرحوم شیخ فضل‌الله نوری از بیرون مجلس و تعدادی از درون مجلس اول، فشار آوردند و کمیسیون مجبور شد متمم قانون اساسی را تصویب کند. مقداری اختیارات شاه محدود شد و یک سلسله حقوقی برای ملت به رسمیت شناخته شد که این صد و اندی اصل متمم، بعلاوه آن پنجاه و یک اصل متن اول، مجموعاً شد قانون اساسی مشروطه با تصویب مجلس. این که امام می‌فرماید: ما تصویب نکردیم، نه این که مانبودیم، امام فرمود: «ملت، قانون اساسی مشروطیت را تصویب نکرده است».

**مختصر:** آیا مجلس به نمایندگی از ملت نمی‌تواند قانون اساسی را تصویب کند؟

**استاد عمید زنجانی:** نمایندگی از مردم برای قانون اساسی نبود. پارلمانهای دنیا برای تصویب قانون اساسی تشکیل نمی‌شود. حداقل شیوه متعارف در دنیا برای تدوین و تصویب قانون اساسی، مؤسسان است؛ یعنی می‌بایست آنها یک انتخابات جدید انجام می‌دادند و این نمایندگان جدید را با نمایندگان مجلس، در مجلسی گرد هم می‌آوردند

و می شد اصطلاحاً مؤسسان. سپس توسط مؤسسان، مسأله، حل و فصل می شد؛ کما این که پیشنهاد نخست خود امام هم این بود که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را مؤسسان تدوین کنند، ولی بعد راه حلی بهتر از مؤسسان انتخاب شد که عبارت بود از تدوین خبرگان و تصویب ملت.

بنابراین، حرف امام اصلاً قابل انطباق با نسل جدید انقلاب نیست. وقتی ملت تصویب می کند، آیندگان ملت هم به مجرد این که شناسنامه می گیرند و تابعیت این کشور را قبول می کنند، قانون اساسی و سایر قوانین را پذیرفته اند؛ «الترام به شیء، التزام به لوازم آن است». در همه کشورهای هم همین طور است. قانون اساسی فرانسه که جمهوری پنجم است، سالها پیش و دهه ها قبل تصویب شده و نسل جدید فرانسه اصلاً در آن زمانی که قانون اساسی اصلاح شد (قانون اساسی جمهوری پنجم) وجود نداشتند، ولی هیچ کس در دنیا چنین ادعایی نمی کند که چون در زمان تدوین و تصویب قانون اساسی نبودیم، پس الآن حق اعتراض داریم. ملت آمریکا هم بعد از دو بیست سال، چنین حرفی را نمی زند. هیچ کجای دنیا چنین رسمی نیست. منظور امام این بود که ملت قانون اساسی مشروطه را تصویب نکرده، «مانبودیم» یعنی «ملت نبود».

بنابراین، اولاً، قانون اساسی مشروطه را مجلس تصویب کرد، نه ملت. ثانیاً، با فشار سیاسی و اعمال نفوذ، این کار انجام شده. ثالثاً، اصلاً محتوای قانون اساسی، ترجمه قانون اساسی بالکان، فرانسه و... بود و برای آشنایان با مسائل حقوقی معلوم بود که قانون اساسی مشروطه، اشکالات بسیاری دارد و تنها اصلاحات دوران پهلوی، مربوط به وضعیت سلطنت بود.

بنابراین، قانون اساسی مشروطه از هر جهتی در نظر گرفته شود، قابل قیاس با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیست که تا به حال، در خصوص قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سه بار فراندوم شده: یک بار برای اصل جمهوری اسلامی، یک بار برای قانون اساسی ۱۳۵۸ و یک بار برای بازنگری قانون اساسی ۱۳۶۸. قانون اساسی که سه بار برای آن فراندوم شده، نسل صدمش هم نمی تواند اعتراض کند، چه رسد به نسل سومش؛ مگر به ترتیبی که در اصل ۱۱۷ پیش بینی شده است.

**مختصر** : در تکمیل بخش نخست سؤال، شما فرمودید بحرانی نیست یا زمینه‌های ایجاد بحران نیست؛ مثلاً بحث ریاست جمهوری را در نظر بگیرید. آیا گذشت چهار دوره از ریاست جمهوری و مشخص شدن نظیر همان مشکلاتی که دربارهٔ مسألهٔ نخست‌وزیری مطرح بود، اقتضا نمی‌کند که تغییری در قانون اساسی ایجاد شود؟ گذشته از این، بعضی نسبت به قانون اساسی، مسائلی دارند و گاهی هم مطرح می‌کنند و یا خود ریاست جمهوری هیأتی مشخص می‌کند تا بررسی کنند که آیا قانون اساسی اجرایی شود یا نمی‌شود؟ آیا اینها نشان نمی‌دهد که هنوز هم زمینه‌های بحران هست؟

**استاد عمید زنجانی**: اینها هیچ کدام بحران‌زا نیستند. این که رئیس جمهور نمی‌تواند به تمام اختیاراتی که قانون اساسی به او تفویض کرده، عمل کند، مربوط به شخص است، نه قانون. این که رئیس جمهور، گروه‌های معارض دارد و گروه‌های معارض، قدم به قدم ایجاد وقفه می‌کنند، اصلاً ربطی به قانون اساسی ندارد. شما صد بار اگر قانون اساسی را تغییر بدهید، این مشکلات سیاسی، همواره سر راه وجود دارد. این هم که بعضی به قانون اساسی اشکال می‌کنند، بحران تلقی نمی‌شود. یکبارہ نمی‌شود نقطه‌نظرات یک یا چند نفر در قانون اساسی اعمال شود. قانون اساسی، دفترچه یادداشت نیست که هر روز، هر شخصی بتواند آن را اصلاح کند. نقطه‌نظرات، یک جا متمرکز می‌شود و قانون اساسی هم تجدیدنظر را پیش‌بینی کرده است. وقتی شرایط تجدیدنظر به وجود آمد، همهٔ آن نظرات، یک جا مطرح می‌شود. خلاصه این که مشکلات اجرایی نمی‌تواند مغیر قانون اساسی باشد یا زمینه‌ساز بحران شود. این، بحران نیست. بحران آن بود که اگر قانون اساسی اصلاح نمی‌شد، یکبارہ کشور بدون رهبر و فاقد مشروعیت می‌شد یا تعارض بین رئیس جمهور و نخست‌وزیر، کشور را به هرج و مرج می‌کشاند و این شرایط غیر عادی، می‌توانست کشور را تا مرحلهٔ سقوط بکشاند؛ اینها بحران است.

بیشتر مشکلاتی که در خصوص قانون اساسی مطرح می‌شود، راه حل سیاسی دارد، منتها راه‌های سیاسی، کیاست می‌طلبد، تدبیر، حوصله و ظرفیت می‌خواهد. کدام کشور است که سیاست در آن، جاده مستقیم باشد و مانعی نداشته باشد؟ تمام

مجریان و مسئولان در همه جای دنیا یک سری موانع مختلف سر راه دارند که گاه با گفت‌وگو، گاه با امتیاز دادن و امتیاز گرفتن و... بالاخره با شیوه‌های سیاسی مشکلاتشان را حل می‌کنند.

اما در خصوص این که آقای رئیس جمهور، هیأتی را برای بررسی اصول معطل مانده و به تعبیر خودشان، «اجرا نشده» یا اصولی که در اجرا مشکل دارند، تعیین کرده، به نظر بنده، این هیأت، غیرقانونی و خلاف قانون اساسی است. در قانون اساسی، چنین چیزی پیش‌بینی نشده. درست است که قانون اساسی نفی هم نکرده، ولی در قانون اساسی، سکوت به معنای نفی است. چیزی می‌تواند قانونی باشد که در قانون اساسی، پیش‌بینی شده باشد؛ ولو به صورت کلی. چیزی که در قانون اساسی پیش‌بینی نشده، نمی‌تواند مشروعیت داشته باشد.

البته به صورت یک جمعیت مشاور، هیچ اشکالی ندارد. هر مسؤولی می‌تواند تعدادی مشاور برای خود پیش‌بینی کند، اما اگر نهادی تشکیل شود و ادعای وظایف و اختیارات قانونی داشته باشد، چنین چیزی پیش‌بینی نشده و این نهاد یا نهادهای مشابه این، نمی‌تواند تصمیماتش قانونی باشد؛ البته می‌توانند به رئیس جمهور بگویند: فلان اصل اجرا نمی‌شود و آقای رئیس جمهور هم تصمیم بگیرند که چه کاری می‌شود انجام داد، اما این که تصمیمات این نهاد و این هیأت، بتواند تصمیمات قانونی باشد، چنین چیزی در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است و اضافه کنم که چنین کاری در شرایط فعلی می‌تواند تنش‌زا باشد، ولی ما با لحن حقوقی صحبت می‌کنیم و اصلاً وارد مسائل سیاسی نمی‌شویم؛ یعنی اگر توسط هر جناحی، این کار صورت می‌گرفت، نه تنها غیر قانونی بود، که مصلحت هم نبود.

خوشبختانه این مشکل، حل شده است؛ به خاطر این که هیأت اعلام نظر رسمی نمی‌کند و در جایی هم به نظر این هیأت، ترتیب اثر داده نمی‌شود و به عنوان یک نظر قانونی تلقی نمی‌شود؛ نظرات به صورت پیشنهاد، به رئیس جمهور منتقل می‌شود و رئیس جمهور حق دارد از نظرهای مشورتی آنها نتیجه‌هایی بگیرد، می‌تواند به مردم اعلام کند یا این که در شیوه‌های اجرایی، آنها را مد نظر داشته باشد و در حدود اختیارات خودش، به این نظرات ترتیب اثر بدهد، ولی خارج از اختیارات رئیس

جمهوری، نظرات این هیأت نمی‌تواند به عنوان نظر رسمی یا به عنوان یک نظر معتبر و لازم‌الاجرا تلقی شود.

بنابراین، مشکلات قانون اساسی برای تمام کشورها وجود دارد. مشکلات قانون اساسی، تا به حد بحران نرسیده باشد، هیچ کشوری ریسک نمی‌کند و دست به اصلاح قانون اساسی که عواقب غیر قابل پیش‌بینی دارد، نمی‌زند.

ضمن این که تا آن‌جا که اصول قانون اساسی به مسائل اجرایی مربوط است، خیلی از موارد، در خود قانون اساسی پیش‌بینی شده است که به مجلس ارجاع شود؛ در قانون اساسی، چند بار به قانون ارجاع داده شده است؛ یعنی قانون اساسی به صراحت عبارت «قانون تعیین می‌کند» را به کار برده است؛ یعنی قانون عادی و مصوبه مجلس. آن‌جایی هم که قانون اساسی ساکت نیست، بلکه اطلاق و عموم دارد یا اجمال دارد یا احتیاج به شرح دارد، در حدودی که رعایت نقطه نظرات شورای نگهبان بشود، مجلس می‌تواند قانون‌گذاری کند.

**مختصر:** حال، این سؤال پیش می‌آید که آیا در قانون اساسی، مرجعی برای رسیدگی به تخلفات ریاست جمهوری از قانون اساسی مشخص شده است؟

**استاد عمید زنجانی:** کاملاً روشن است؛ سه نهاد برای نظارت بر ریاست جمهوری در قانون اساسی پیش‌بینی شده است: یکی خود ملت است؛ رئیس جمهور در مقابل ملت، مسئول است، منتها شیوه اجرایی آن این است که بار دیگر به او رأی نمی‌دهند. دوم، در برابر رهبری مسئول است و رهبری می‌تواند او را عزل کند. سوم، در برابر مجلس مسئول است و مجلس می‌تواند از او سؤال یا او را استیضاح کند. علاوه بر اینها، اگر از نوع جرایم باشد، قوه قضائیه نیز می‌تواند پی‌گیری کند؛ لذا عزل رهبر، مشروط به یکی از این دو شرط شده که رهبر در صورتی می‌تواند رئیس جمهور را عزل کند که یا مجلس رأی به عدم کفایت رئیس جمهور بدهد و یا قوه قضائیه به مجرمیت او رأی داده باشد.

مختصر: آیا با استقلال قوا تناقض پیدا نمی‌کند؟

استاد عمید زنجانی: قوه قضائیه کار خودش را انجام می‌دهد. دخالت، در صورتی است که قوه قضائیه بیاید در مسائل اجرایی دخالت کند. رسیدگی به تخلفات، وظیفه قوه قضائیه است؛ عیناً مثل مجلس که وقتی قانون قوه قضائیه را تصویب می‌کند، آیا در قوه قضائیه دخالت می‌کند؟ این را نمی‌گویند دخالت؛ قانون‌گذاری، وظیفه مجلس است؛ هرچند که قانون‌گذاری، مربوط به قوه قضائیه یا قوه مجریه و یا مربوط به هر کدام از نهادهای موازی و غیر موازی باشد.

اما اگر مجلس رأی دادگاه را نقض نماید و یا جلو اجرای حکم قضایی را بگیرد و یا الزام کند که دادگاه باید رأی را چنین صادر کند! این نوع دخالتها با استقلال قوا منافات دارد.

پس اگر هر قوه‌ای، ماهیتاً وظیفه خودش را انجام دهد، ولو در رابطه با قوه دیگر باشد، این را تداخل و دخالت نمی‌گویند و مضر به استقلال قوا نیست.

در برخی کشورها وقتی رئیس جمهور را می‌خواهند محاکمه کنند، بین کنگره و دیوان عالی کشور ادغام می‌شود و رئیس دیوان عالی کشور به عنوان رئیس کنگره انتخاب می‌شود و با تلفیقی از قوه مقننه و قوه قضائیه، رئیس جمهور را محاکمه می‌کنند و یک بار هم اتفاق افتاده که رئیس جمهور آمریکا (نیکسون) را عزل کرده‌اند. رئیس جمهور هم مثل افراد دیگر، در جرایم عادی، محاکمه می‌شود. البته نمی‌توان در امور اجرایی رئیس جمهور و در حدود وظایف و اختیاراتی که دارد، دخالت کرد، اما در برابر قوه قضائیه مسؤول است و به جرایم عادی او در قوه قضائیه رسیدگی می‌شود.

این جا نقش رهبری، کاملاً بارز است؛ یعنی هر کسی که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را مورد بررسی قرار دهد، به این نکته می‌رسد که در این قانون اساسی، پیش‌بینی شده که در بن‌بستهای نظام، حرف یک نفر، حرف آخر باشد و غیر از این هم امکان‌پذیر نیست. تنشهای سیاسی، اجتناب‌ناپذیر است، برخورد مسائل و سیاستها اجتناب‌ناپذیر است و در چنین مواردی، اگر مشکلات در حد معضل نظام است به جای این که بنشینیم به فکر تغییر قانون اساسی باشیم، باید به این راه حلی که در خود

بیت

۲۴

طیبه عیون



قانون اساسی آمده است عمل کنیم.

در زمان امام راحل علیه السلام، وقتی وزرا با هم اختلاف نظر داشتند، می رفتند خدمت ایشان و امام با یک جمله که می فرمود و نصیحت می کرد، همه می آمدند دست در دست هم می نهادند و کارشان را انجام می دادند. کاش روزی برسد که بتوان مسائلی را که در زمان جنگ، بین نخست وزیر و رئیس جمهور حل و فصل می شد، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و از این رویه سیاسی استفاده شود.

اگر در شرایط آن روزها دقت شود، می بینید که چگونه مسئولان دلسوز مملکت، بحرانها را از سر می گذرانند، با یک تذکر امام، همه چیز آرام می شد و رئیس جمهور از تمام اختیاراتش ایثارگرانه، چشم پوشی می کرد؛ چون هیچ کسی به فکر قدرت نبود، همه به فکر تمشیت امور مملکت بودند؛ آخرش هم اگر دیدها با هم متفاوت بود، دید رهبری بود که مسائل را حل و فصل می کرد. این به معنای دیکتاتوری نیست، به معنای این نیست که تمام امور مملکت به یک نفر تفویض شود! هر کسی وظیفه خودش را انجام می دهد، اما در شرایط استثنایی که پیش می آید، آن جاست که حل و فصل امور به وسیله رهبری است.

تعیین خط مشی کلی نظام به عهده رهبری است و حل و فصل مسائل معضل و بحرانها هم باید با رهنمودهای مخلصانه رهبری باشد. حتی در برخورد احزاب هم باید چنین باشد. در قانون اساسی در مواردی که برخورد سیاسی احزاب، به منافع ملی کشور لطمه می زند، ترخیصی دیده نمی شود؛ روال کار عادی احزاب در قانون اساسی تعیین شده، اما در شرایط استثنایی، رهنمودهای رهبری می تواند بهترین راه خروج از بن بست و مشکلات سیاسی احزاب باشد.

مسئله حکمیت در اسلام، یکی از شیوه‌هایی است که حرف آخر را می توان از آن طریق به دست آورد. حکمیت، نه تنها در مسائل قضایی، که در مسائل سیاسی هم هست و حکمیت در سطح بین المللی هم پیش بینی شده است. درست است که امیرالمؤمنین علیه السلام جریان حکمیت صفین را نخست نپذیرفت، اما شرایط امیرالمؤمنین علیه السلام، شرایط امام معصوم است که حکمیت بردار نیست، لکن سرانجام پذیرفتند. و این می تواند سنتی باشد که در اختلافات بین احزاب که ممکن است

کشور را به بن بست بکشانند، حکمی بهتر از حکم رهبری نباشد که حرفش قول فصل است و بالاخره جناحها و احزاب مختلف، حرف رهبری را به جان خریدار باشند.

بنابراین، در این موارد، قانون اساسی پیش‌بینی‌های لازم را انجام داده و نیازی به آن نیست که به خاطر توهم بحران، مسأله تجدید نظر در قانون اساسی را مطرح کنیم. این اصل نباید فراموش شود که اگر یک کلمه از قانون اساسی تغییر کند، باید مقدمات زیادی را تمهید کرد و مؤخره‌های فراوان دارد و باید تغییرات زیادی در قوانین عادی ایجاد کرد، باید این تغییرات به گونه‌ای باشد که اصول دیگر قانون اساسی را زیر سؤال نبرد، باید مشکلات جدیدی ایجاد نکند. تمام این ریزه‌کاریها در تجدید نظر در قانون اساسی هم باید ملاحظه شود. اگر شرایط کشور، غیر عادی است، پس باید در خصوص تغییرات قانون اساسی، احتیاط بیشتری روا داشت.

**مختصر** : سؤال دیگری که مطرح می‌شود، این است که برخی بحث مراجعه به آرای عمومی را طرح می‌کنند؛ مثلاً می‌گویند: اگر فلان موضوع را نپذیرید، به آرای عمومی می‌گذاریم! طبق اصل ۵۹ قانون اساسی هم اگر دوسوم مجلس راجع به موضوعی تصمیم بگیرند آن را به آرای عمومی بگذارند، می‌توان چنین کرد. توضیح بفرمایید که جایگاه این اصل، کجاست و دیگر این که آیا در شرایط کنونی جامعه ما چنین مسائلی هست که قابل حل نباشد و نیاز باشد به آرای عمومی مراجعه شود؟

**استاد عمید زنجانی:** اصل ۵۹، صریح در این مسأله است و از نظر اجرایی، کاملاً ممکن است؛ و مسأله ارجاع به همه‌پرسی، نیز در آن اصل تعریف شده است: «مسائل بسیار مهم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی». یعنی دو شرط ضمنی دیگر در اصل ۵۹ پیش‌بینی شده است: یکی این که خود قانون اساسی جوابگو نباشد؛ یعنی مشکل به نحوی باشد که قانون اساسی نتواند آن را حل کند و دوم این که بسیار مهم باشد. ممکن است مسأله‌ای مهم باشد و قانون اساسی هم نتواند آن را حل کند، اما مسأله‌ای نباشد که تنش در جامعه ایجاد کند.

**مختصر:** آیا تشخیص این مسأله به عهده مجلس است؟

**استاد عمید زنجانی:** در مسائل بسیار مهم، مسئولیت تشخیص عنوان: «بسیار مهم» تنها با مجلس نیست، رئیس جمهور هم می‌تواند آن را پیشنهاد کند. بازنگری در قانون اساسی هم طبق اصل ۱۷۷، احتیاج به امضای رهبری دارد. درباره آرای عمومی، قابل بحث است، ممکن است کسی ادعا کند: آن قیدی که در اصل ۱۷۷ درباره تجدیدنظر در قانون اساسی هست، مربوط به آرای عمومی نیست، اما مشابه این مطلب را در قانون اساسی داریم (البته من تحلیل حقوقی می‌کنم و نظر نهایی را باید شورای نگهبان بدهد). در اصل ۹۱، گرچه صراحتاً گفته شده است: فلسفه وجودی شورای نگهبان، اظهارنظر درباره مصوبات مجلس است، اما اصل چهارم قانون اساسی، مطلق است. بنا بر اصل چهارم، کلیه قوانین و مقررات کشور باید منطبق با موازین شرع باشد و تشخیص آن با شورای نگهبان است. در اصل ۹۱، فلسفه وجودی شورای نگهبان چنین اعلام شده که مصوبات مجلس را تأیید یا رد کند. برخی به استناد اصول بعدی استنباط کرده‌اند که در غیر مصوبات مجلس، احتیاج به شورای نگهبان نیست، ولی بعضی به اطلاق اصل چهارم تمسک می‌کنند که از نظر حقوقی، اصل چهارم، مطلق است و شامل غیر مصوبات مجلس نیز می‌شود.

در این جا توضیح این نکته لازم است که واژه «قانون» در قانون اساسی تعریف نشده است؛ بنابراین، قانون یعنی لازم‌الاجرا، نه مصوبه مجلس. این اشتباه بزرگی است که قانون را به معنای مصوبه مجلس بدانیم. در کشورهایی مانند فرانسه، قانون تعریف شده و به معنای مصوبه پارلمان است، ولی در کشور ما در هیچ متن رسمی، چنین تعریفی از قانون نشده است. بنابراین، قانون یعنی مقررات لازم‌الاجرا و شورای نگهبان باید در تمام مقررات لازم‌الاجرای کشور بتواند به لحاظ شرع و قانون اساسی نظر بدهد.

قبلاً اشاره کردیم که این یک تحلیل حقوقی است و همان‌طور که در مسأله اصل چهارم می‌گوییم می‌تواند شامل همه قوانین باشد، در این جا نیز می‌توانیم این احتمال را از قانون اساسی داشته باشیم که همه‌پرسی مانند بازنگری، نیاز به تأیید رهبری دارد و این تأیید از طریق شورای نگهبان، بر اساس اصل چهارم انجام می‌پذیرد.

یعنی اگر قانونی را به رأی عمومی هم بگذارند، می‌توان به اطلاق اصل چهارم استناد کرد که باز هم تأیید شورای نگهبان مورد نیاز است.

**مجتهد**: این که عملاً چیز لغوی خواهد بود؛ از یک طرف می‌فرماید دوسوم نمایندگان، چنین حقی دارند و باز در نهایت، شورای نگهبان می‌تواند جلوی آن را بگیرد!

**استاد عمید زنجانی**: البته این جا یک نکته هست که ممکن است بعضی به آن استناد کنند؛ در زمان امام، ایشان تشخیص بعضی از مسائل ضروری را به عهده مجلس گذاشتند و فرمودند: اگر مجلس با اکثریت قاطع تصویب کند، احتیاجی به نظر شورای نگهبان ندارد؛ چون حکم ثانوی و در مقام ضرورت است و از اختیارات رهبری می‌باشد و تشخیص عناوین و احکام ثانوی، با مجتهد و ولی امر است. از نظر مبنای نظری و فقهی، فرد عادی نمی‌تواند احکام ثانوی را استنباط و احراز کند و تطبیق قواعدی که احکام ثانوی ساز است، شأن فقیه است. حال اگر رهبری چنین تفویضی را صلاح بدانند، مسلماً تشخیص مجلس به مثابه حکم ثانوی می‌شود که از حوزه اختیارات شورای نگهبان خارج است. لکن این تفویض در دور دوم رهبری تجدید نشده است.

**مجتهد**: آیا همین که رهبری نفی نکند، به معنای جواز ادامه آن نیست؟

**استاد عمید زنجانی**: خیر، احتیاج به تفویض اختیار مجدد دارد.

**مجتهد**: بحث از قانون اساسی بود و این که تمام جوانب قضیه در نظر گرفته شد؛ اما به بعضی از اصول قانون اساسی برخورد می‌کنیم که به صورت مانعی برای خود قانون اساسی درآمده است؛ مثلاً همین مسأله شورا، وقتی در زمان آقای هاشمی مطرح شد، با این توجیه که منجر به اختلاف و بهم‌ریختگی خواهد شد، آن را نپذیرفتند که نمونه اش را در شورای شهر تهران دیدیم، یا همین مسأله تحصیل رایگان که الآن

مدارس غیرانتفاعی با اصل تحصیل رایگان نمی‌سازد. در این گونه موارد که خود این قانون، مانع قهری برای خودش است، آیا این نمی‌تواند نیاز به بازنگری را تشدید کند؟

**استاد عمید زنجانی:** اگر اصولی اجرانمی‌شود، باید دید که چرا اجرا نمی‌شود. فرق است بین این که امکان اجرا باشد و مجریان مقصر باشند یا این که اصلاً امکان اجرای قانون وجود نداشته باشد؛ یعنی شرایط و زمینه‌هایش آماده نباشد. الان همه را با یک چشم مورد قضاوت قرار می‌دهند و می‌گویند: تعدادی از اصول یا اجرانمی‌شود یا کامل اجرانمی‌شود. اما حق، این است که باید بین این اصول، فرق قائل شویم و آنها را به دو دسته تقسیم کنیم: اصولی که امکان اجرا دارد و مانعی هم نیست، بلکه تقصیر مسئولان در اجراست و اصولی که اصلاً زمینه اجرای آنها فراهم نیست و ممکن است زیان اجرای آنها برای منافع ملی، بیشتر از مصلحتش باشد. این دو را باید تفکیک کرد. حکم قصور و تقصیر، به لحاظ فقهی و حقوقی، با یکدیگر متفاوت است. مسئولیت سیاسی، در جایی است که تقصیر باشد، سوء نیت باشد، اما در جایی که قصور هست، زمینه وجود ندارد، مسئولیت سیاسی هم معنی ندارد.

نکته دوم این است که برای آن، راه حل هست؛ هم شورای نگهبان داریم، هم مجمع تشخیص مصلحت. بسیاری از قوانین، وقتی به مجمع تشخیص مصلحت می‌رود، بر خلاف مصلحت تشخیص داده می‌شود، خواه‌ناخواه عذر قانونی وجود دارد؛ منتها بعضی نمی‌خواهند این مجاری قانونی طی شود. ولی چه اشکالی دارد اصولی که احتمال داده می‌شود اجرا نشود، مسیر قانونی خودش را طی کند، و اگر مصلحت نیست، در نهادی که مسئول آن است، متوقف شود.

در باره شوراهای به نظر می‌رسد که تعطیل ماندن فصل پنجم قانون اساسی که مربوط به شوراهاست، صرفاً به خاطر فراهم نبودن زمینه کافی نباشد، بلکه قانونش هم ناقص بود. لذا بعد از این که قانون تکمیل شد، بلافاصله به اجرا گذاشته شد. الان هم مشکلی که هست، به نظر می‌رسد باز مشکل قانونی است؛ چرا که عملاً نشان داده شد وقتی کسی کاندیدای شورای شهر می‌شود، جایگاه و وظایفش در شورای شهر چارچوب ندارد.

اما مشکلات جناح‌بندی‌های سیاسی؛ بالاخره در کشور ما این یک واقعیت است و ای کاش که نبود. یک بار امتحان کردیم و تعارض جناحها را در آغاز انقلاب دیدیم که مملکت را به خشونت و آتش کشیدند. در جناح‌بندی‌های آغاز انقلاب، هر چهار نفر که جمع می‌شدند، اعلام موجودیت می‌کردند و یک حزب یا یک سازمان تشکیل می‌شد؛ هم با خود نمی‌ساختند، هم با مردم.

احزاب دو مسؤولیت عمده دارند: «کاندید کردن افراد صالحتر» و «ارائه برنامه‌های بهتر». ولی آیا می‌توان یک سازمان سیاسی را نشان داد که این دو مسأله را مد نظر قرار داده باشد؟

احزاب می‌توانند با ارائه چهره‌های خوب، اعتماد مردم را جلب کنند، با ارائه برنامه‌های خوب، اعتماد مردم را به خود معطوف دارند. در این صورت، قدرت دست هر کسی باشد، در خدمت قانون خواهد بود، ولی وقتی هدف تشکیل احزاب، تصاحب قدرت باشد، خواه‌ناخواه تعارضاتی که اصلاً با ماهیت و مفهوم اسلام سازگار نیست، پیش خواهد آمد.

در هر حال، من فکر می‌کنم این مشکلات، مشکلاتی نیست که مربوط به قانون اساسی باشد؛ فرض بفرمایید اگر شورای شهر را هم تشکیل ندهند، چون امور شهرداری، مربوط به وزارت کشور است، مشکلات دیگری به وجود خواهد آمد. مگر زمانی که شهرداریها از طریق وزارت کشور تعیین می‌شدند، مشکلی نبود؟

در این جا باید به این نکته اشاره کنم که درست است ۷۰ سال قانون اساسی مشروطه داشتیم، ولی همه می‌دانیم که شاه همه‌کاره بود و قانون اساسی اجرا نمی‌شد. حال که ۲۳ سال است کشورمان قانون اساسی دارد و به آن عمل می‌شود، بالاخره باید تجربیاتمان را در اجرای قانون اساسی تکمیل کنیم و قانونمند باشیم؛ آن وقت ببینیم آیا راهکار، تنها تغییر قانون اساسی است یا قانونمند بودن. متأسفانه هر کس هم که شعار قانونمند بودن می‌دهد، در عمل، خود نمی‌تواند در چارچوب قانون باشد؛ لذا به نظر می‌رسد که این تنشها، تنشهای موسمی است و نیز به مثابه تصمیم‌گیری در حال غضب و بحران، که خیلی دشوار و خطرناک است. شما می‌بینید که قانون اساسی آنقدر دقیق تدوین شده که می‌گوید در شرایط بحرانی، تجدیدنظر در قانون اساسی ممنوع

است؛ مثلاً وقتی مشکلی برای رئیس جمهور پیش می‌آید و شورای ریاست جمهوری تشکیل می‌شود، کشور، یکی از ارکانش را از دست داده و نمی‌تواند بحران و ضربه را تحمل کند. معلوم است که تجدیدنظر در قانون اساسی در این وضعیت، تنش ایجاد می‌کند. بنابراین، بهتر آن است که تمام تقصیرها را به گردن قانون نیندازیم و قدری هم دنبال راه‌های اجرایی باشیم.

نکته‌ای که حضرت عالی سؤال نکردید و من اضافه می‌کنم، آن است که صراحت قانون اساسی بر این که رئیس جمهور مجری قانون اساسی است، برای چیست؟ بالاخره اگر انحصار در مسأله نباشد، این جمله، لغو خواهد بود، حتماً قانون‌گذار یک نظر انحصاری داشته؛ یعنی قوه قضائیه مجری قانون اساسی نیست، قوه مقننه هم مجری قانون اساسی نیست، رئیس جمهور مجری قانون اساسی است. تحلیل از این اصل این است که عمده‌ترین تخلف ممکن در یک کشور، شاید توسط قوه مجریه باشد؛ چرا که وقتی قوه مجریه را با دو قوه مقننه و قضائیه مقایسه کنید، از نظر بدنه قدرت، تمام قوه قضائیه یک جزئی از قوه مجریه محسوب می‌شود. تمام تشکیلات دادگستریها در سراسر کشور از نظر بدنه، چند صدم قوه مجریه است، تمام تشکیلات قوه مقننه، چند صدم بدنه قدرتی قوه مجریه است. در تمام دنیا، قدرت به صورت کلان در دست قوه مجریه است. بنابراین، این مسؤولیت به عهده خود رئیس قوه مجریه گذاشته شده است تا جلوی تخلفات گرفته شود؛ یعنی همین‌طور که قانون اساسی گفته، مسؤولیت اجرایی قوانین به عهده رئیس جمهور است، مسؤولیت قانون اساسی یعنی هشتاد درصد قانون اساسی به عهده قوه مجریه است؛ یعنی خواسته جلوی تخلفات را بگیرد، و الا تخلفات مجلس و تخلفات قوه قضائیه در قبال تخلفات قوه مجریه، بسیار بسیار ناچیز است. من این‌طور می‌فهمم که قانون اساسی گفته است اگر قوه مجریه سالم باشد، مملکت سالم است؛ یعنی چیزی که به مملکت لطمه می‌زند و قانون اساسی را فلج می‌کند، قوه مجریه است. پس رئیس قوه مجریه، همین‌طور که مجری قوانین عادی است، مجری هشتاد درصد قانون اساسی هم هست. لذا این شیوه اجرایی نمی‌خواهد؛ بی‌جهت نیست که تا حالا هم روی زمینه‌های شیوه اجرایی و ضمانت اجرایی اصل ۱۱۳ بحثی نشده؛ چون ضمانت اجرایی آن در دست خود رئیس

جمهور است.

اگر گفته می‌شود «قانون اساسی ضمانت اجرایی ندارد»، باید گفت که ضمانت اجرایی بجز رئیس جمهور ندارد؛ اصلاً وقتی قانون اساسی، مسؤولیت اجرا را به رئیس جمهوری سپرده، در حقیقت، دست کسی که قدرت در دست اوست سپرده است.

**مجتهد** : اگر آمار قوانینی را که مجلس تصویب کرده و به تشخیص شورای نگهبان، مخالف قانون اساسی بوده در نظر بگیریم، شاید حدود پنجاه اصل قانون اساسی، صد و پنجاه بار توسط قوه مقننه (مجلس شورای اسلامی) نقض شده و شاید هیچ وقت رئیس جمهور به خودش اجازه ندهد که به قوه مقننه تذکر بدهد؛ نظر شما در این باره چیست؟

استاد عمید زنجانی: نمی‌توان از این برخورد اشکال گرفت. اگر منصفانه عمل کنیم، باید بگوییم چون بحث شرعی مطرح نیست، ممکن است تشخیص مجلس این باشد که مصوبه او مخالف قانون اساسی نیست؛ اصلاً مجلس موظف نیست قانون اساسی را تشخیص دهد. درباره شرع، قانون اساسی صراحت دارد که مجلس نمی‌تواند خلاف شرع را تصویب کند، ولی هیچ نصی در قانون اساسی نداریم که مجلس را از مخالفت قانون اساسی نهی کرده باشد. بنابراین، مخالفت و موافقت قانون اساسی، مسأله‌ای نظری است. مجلس می‌گوید من مخالف قانون اساسی تشخیص ندادم؛ این شورای نگهبان است که باید فصل الخطاب باشد. بنابراین، واقعاً این اشکالی به مجلس نیست. بارها خود من هم که در مجلس بودم، اتفاق می‌افتاد که تذکر خلاف قانون اساسی می‌دادیم، ولی مجلس گاه قانع نمی‌شد.

**مجتهد** : یکی از مسائلی که گاهی مطرح می‌شود، بحث رفتارندوم نسبت به اصل نظام است؛ نظر شما چیست؟

استاد عمید زنجانی: چنین چیزی اصلاً امکان ندارد. وقتی سه بار رفتارندوم شده، اصلاً نمی‌تواند مشروعیت خودش را به رأی بگذارد. برای روشن شدن مطلب باید به این نکته اشاره کنم که قوانین اساسی به دو دسته تقسیم می‌شود: قوانین اساسی

بیت

۳۲

طیبه عیون



«جامد» و «سیال». قانون اساسی جامد، آن است که تجدیدنظر در آن پیش‌بینی نمی‌شود، منطقی‌ش هم همین است که یک قانون، نقض خودش را پیش‌بینی نمی‌کند. طبیعت قانون، دوام است، بنابراین، هیچ قانونی نمی‌آید بگوید قبولم دارید یا قبولم ندارید؟ مثل شرط مخالف با مقتضای عقد است. ذات قانون، استمرار را می‌طلبد؛ بنابراین، پیش‌بینی نقض قانون، اصلاً پیش‌بینی منطقی نیست. لذا خیلی از قوانین اساسی دنیا جامد است. قانون اساسی ۱۳۵۸ ما هم نیمه‌جامد بود، نه جامد؛ یعنی صراحتاً تجدیدنظر در قانون اساسی پیش‌بینی نشده بود، ولی به طور غیر مستقیم ذکر شده بود که در شرایط بحرانی، تجدیدنظر در قانون اساسی ممنوع است، منتها صراحتاً نگفته بودند. یعنی بین نظریه جمود قانون اساسی و سیال بودن آن، جمع شده بود. ولی در قانون اساسی ۱۳۶۸ صراحتاً به صورت قانون سیال درآمد و اصل ۱۷۷ به آن اضافه شد که رسماً تجدیدنظر در قانون اساسی به صورت یک نهاد، پیش‌بینی شد. حتی اعضا، شیوه‌ها و مسائلی هم روشن گردید.

بنابراین، حتی در اصل تغییر قانون هم مشکل حقوقی وجود دارد و آنهایی که قائل به نظریه قانون اساسی جامد هستند، می‌گویند این مثل شرط مخالف مقتضای ذات عقد است؛ یعنی در حقیقت، تجدیدنظر، با دوام قانون سازگار نیست؛ تا چه رسد به اصل نظام؛ یعنی آن نظامی که قانون در بطن آن قرار گرفته است. مثل این است که کودتا را تجویز کنند. این که اصلاً امکان ندارد! بنابراین، اصل نظام جمهوری اسلامی، هیچ‌گاه به فراندوم گذاشته نخواهد شد. افزون بر این، در اصل ۱۷۷، اصولی از قانون اساسی از تجدیدنظر استثناء شده است؛ اصولی که در واقع، ارکان نظام تلقی می‌شود و این ارکان قابل تجدیدنظر نیست؛ مثل مسأله رهبری، مسأله اسلامیت نظام، جمهوری بودن نظام و اصول دیگری که در اصل ۱۷۷ پیش‌بینی شده است.

در پایان، لازم به تذکر می‌بینم که در مناقشات سیاسی و درگیریهای جناحی و در چالشهای متعارف، پای قانون اساسی را به میان آوردن، در حقیقت به معنای پشت کردن به میثاق ملی و ضربه زدن به وحدت و منافع ملی محسوب می‌شود که باید از آن اجتناب ورزید.



## استفاده از چک برای کلاهبرداری

□ دکتر امیرحسین فخاری  
□ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده:

اگر کسانی از ابزار چک به منظور کلاهبرداری و چپاول اموال دیگران استفاده کرده باشند، آیا فقط باید تابع قانون چک باشند و بر اساس مقررات آن قانون، مورد تعقیب قرار گیرند؟ آیا یکسان دانستن افراد کلاهبردار با بازرگانان محترم و شرافتمندی که به علت برخی از تغییرات و نوسانات ناخواسته بازار و اوضاع و احوال اجتماعی، نتوانسته‌اند چکهای وعده‌دار را که مجبور به صدور آنها بوده‌اند، بپردازند، موجه، مقبول و به مصلحت جامعه است؟

پذیرفتن این عقیده که صادرکننده چک، در هر حال، بر اساس قانون چک، قابل تعقیب و مجازات است، قطع نظر از قصد و نیت او در صدور چک و حتی اگر اثبات شود که از چک برای کلاهبرداری استفاده کرده باشد، نمی‌توان او را مطابق قانون راجع به کلاهبرداری تعقیب کرد، تالی فاسدهایی دارد.

در این نوشتار، نادرستی عقیده مزبور از یک سو و قصد قانون‌گذار از تصویب ماده ۲۳۸ مکرر قانون مجازات عمومی سال ۱۳۱۲ و قوانین سالهای ۱۳۳۱ به بعد راجع به چک از سوی دیگر، مورد مطالعه و تحقیق قرار می‌گیرد.  
**کلید واژگان:** چک، قانون صدور چک، کلاهبرداری.

## مقدمه

ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ هجری شمسی مقرر می‌داشت:

هر کس از راه حيله و تقلب، مردم را به وجود شرکتها یا تجارتخانه‌ها یا کارخانه‌ها یا مؤسّسات موهوم یا به داشتن اختیارات واهی مغرور کند یا به امور غیر واقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیش‌آمدهای غیرواقع بترساند و یا اسم یا عنوان یا سمت مجعول اختیار کند و به یکی از وسائل مذکور یا وسائل تقلبی دیگر، وجوه یا اموال یا اسناد یا حوالجات یا قبوض یا مفاصاحساب و امثال آنها تحصیل کرده و از این راه، مال دیگری را ببرد، کلاهبردار محسوب و به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا سه سال و پرداخت جزای نقدی از ده هزار تا صد هزار ریال محکوم می‌شود...

ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷ عین ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی سابق است؛ بجز مجازات مقرر در آن قانون که علاوه بر ردّ اصل مال به صاحب آن، مجازاتی که برقرار نموده، عبارت است از حبس از یک تا هفت سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است. در سال ۱۳۱۲ به موجب ماده واحده‌ای، ماده ۲۳۸ مکرر به قانون مجازات عمومی افزوده شد. این ماده شامل چهار بند بود: در بند «الف» برای کسانی که بدون داشتن محلّ، مبادرت به صدور چک می‌نمودند، کیفر جزای نقدی معادل عشر وجه چک تعیین شده بود و در بند «ب»، مجازات حبس تأدیبی از شش ماه تا دو سال و تأدیه جزای نقدی از ربع تا دو برابر وجه چک برای کسانی که با سوء نیت، اقدام به صدور چک بدون محلّ می‌نمودند، پیش‌بینی شده بود و صادرکننده‌ای با سوء نیت شناخته می‌شد که ظرف مدّت پنج روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه رسمی یا از تاریخ ابلاغ وخواستنامه، وجه چک را پرداخت نمی‌نمود.

اولین قانون مستقلّ راجع به چک، در سال ۱۳۳۱ توسط مرحوم دکتر مصدّق، نخست‌وزیر وقت و با استفاده از اختیارات اعطایی به تصویب رسید. طبق ماده هشت آن لایحه قانونی، مدّت پنج روز مقرر در ماده ۲۳۸ مکرر، به ده روز افزایش داده شد، ولی همان مجازات پیش‌بینی شده در آن ماده را در مورد صادرکنندگان چک‌های

بیت

۳۶

طیبقایعوم کرسوری

بی محل، قابل اعمال می‌دانست.

با وجود آن که در سال ۱۳۳۳، لایحه قانونی مذکور به سرنوشت سایر لوایح قانونی مصوب آن مرحوم دچار گردید و نسخ شد، اما قانون چکهای بی محل سال ۱۳۳۷ دقیقاً همان لایحه قانونی سال ۱۳۳۱ بود و باز مجازات، همان بود که در ماده ۲۳۸ مکرر مقرر گردیده بود. در قانون چک سال ۱۳۴۴، ماده ۲۳۸ مکرر نسخ گردید و در ماده چهار آن، مجازات حبس از شش ماه تا دو سال و جریمه نقدی معادل یک چهارم وجه چک تعیین گردیده بود. ماده شش قانون صدور چک سال ۱۳۵۵، همان مجازات قانون سال ۱۳۴۴ را باقی گذاشت و اصلاحات سال ۱۳۷۲ در این مجازات، تغییری به وجود نیاورد.

تردید نباید داشت که قانون‌گذار با تصویب ماده ۲۳۸ مکرر و قوانین سالهای ۱۳۳۱، ۱۳۳۷، ۱۳۴۴ و ۱۳۵۵ راجع به چک، قصد نداشته اشخاصی را که با صدور چک، مرتکب کلاهبرداری شده باشند، از شمول ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی خارج سازد و مجازات خفیفتری نسبت به آنها قابل اعمال بداند. غرض مقنن آن بوده که هرگاه اشخاص، به رغم تصریح قانون تجارت به این که چک، دستور پرداخت است و در صورت داشتن محل، می‌توان اقدام به صدور نمود، چک صادرکنند، باید از نظر جزایی قابل تعقیب باشند. در نهایت، مقابله با آنان باید با نوع رفتاری که با کلاهبرداران می‌شود، متفاوت باشد. قبل از آن که ماده ۲۳۸ مکرر به تصویب برسد، هر کس چک صادر می‌کرد و با عدم تأدیه روبه‌رو می‌شد، بر اساس ماده ۲۳۸ به عنوان کلاهبردار تعقیب می‌شد.

چنان که می‌دانیم، معاملات بین بازرگانان، به صورت غیر نقدی یا مدت‌دار انجام می‌شود و به ندرت اتفاق می‌افتد که تاجری از تاجر دیگر، کالایی را نقداً خریداری کند و همچنین می‌دانیم که تقریباً در همه معاملات مدت‌دار، سندی که خریدار به فروشنده می‌دهد و به موجب آن، اطمینان فروشنده را جلب می‌کند که ثمن در زمان مورد توافق پرداخت خواهد شد، چک می‌باشد. بنابراین، اکثریت بسیار عظیم چکهای مورد مبادله بین بازرگانان، وعده‌دار می‌باشد. سالهاست که در ایران، صدور چک وعده‌دار بابت معاملات غیر نقدی، رویه‌ای معمول و متداول شده است و اگر قرار

باشد خریدار بابت کالایی که می‌خرد و ثمن آن را مدتی بعد خواهد پرداخت، چک ندهد، فروشنده حاضر نخواهد بود با او معامله کند و بازرگانان، هیچ چاره‌ای جز صدور چک و عده‌دار ندارند.

این امر، مسلم است که بازرگانان بر اساس محاسباتی که دارند، با صدور چک و عده‌دار، تعهد می‌کنند در آینده، مبالغی را پرداخت کنند و به طور معمول، با توجه به جوهری که قرار است از بدهکاران خود دریافت کنند، متعهد می‌شوند که پرداختهایی صورت دهند. کافی است شخص یا اشخاصی که در قبال آنان متعهد شده‌اند، به تعهدات خود عمل نکنند؛ طبیعی است که آنها نیز عاجز از پرداخت خواهند بود و چکهایی که صادر کرده‌اند، با عدم پرداخت روبه‌رو می‌شود.

تردیدی نیست که چنین بازرگانانی، دارای سوء نیت نیستند و طبق رویه و عرف معمول در بازار عمل کرده‌اند و این اشخاص، به هیچ وجه چکی صادر نکرده‌اند که وجه آن را نپردازند. اصولاً بازرگانان برای اعتبار خود، ارزش و اهمیت فراوان قائلند و هیچ‌گاه مایل نیستند اعتباری را که طی سالها زحمت و مواظبت کسب کرده‌اند و چه بسا در به دست آوردن آن اعتبار، دو سه نسل کوشیده‌اند، با عدم تأدیه وجه چند فقره چک، از دست دهند.

بنابراین، امروزه در ایران، چک در اکثر موارد، به جای برات و سفته به کار می‌رود. برات و سفته، سند اعتباری است و در سطح جهانی، بین بازرگانان در معاملات مدت‌دار مورد استفاده قرار می‌گیرد. اسناد مذکور، از این امتیاز عمده برخوردار است که لازم نیست نزد صاحب سند تا سررسید باقی بماند و در آن هنگام، دارنده سند جهت دریافت وجه آن اقدام کند، بلکه در فاصله بین تاریخ صدور و تاریخ سررسید، دارنده قادر خواهد بود به دو طریق از وجود آن سند کسب اعتبار کند: نخست آن که سند مزبور را اسکنت کند؛ یعنی وجه آن را با کسر مبلغی متناسب با نرخ اسکنت، وصول نماید و مورد استفاده قرار دهد. دوم آن که در معاملات مدت‌دار خود که به دیگران مدیون می‌شود، آن سند را با ظهرو نویسی یا قبض و اقباض (حسب مورد) تسلیم نماید.

به علت امتیازاتی که مقررات قانونی یا رویه قضایی برای چک برقرار ساخته،

تقریباً همه افراد به جای استفاده از برات و سفته، چک صادر می‌کنند و چنان که دیدیم، آنها به این نیت چک وعده‌دار صادر نمی‌کنند که وجه آن را در سر وعده پرداخت نکنند؛ زیرا همان طور که گفته شد، اشخاص تاجر برای اعتبار تجارتي خود، ارزش فوق‌العاده قائلند و خود را به هر آب و آتشی می‌زنند که مبادا آن اعتبار، دستخوش تزلزل قرار گیرد، ولی طبیعتاً از آن‌جا که همه چیز به دست تاجر نیست و کار و فعالیت او به مقدار زیادی تابع عوامل اجتماعی، اقتصادی و سیاسی؛ چه داخلی و چه بین‌المللی می‌باشد که در ایجاد و تغییر آنها کمترین دخالتی ندارد و چه بسا به علت تغییرات و نوساناتی که در آن عوامل پدید می‌آید، از عهده پرداخت چکهای خود در سررسیدهای تعیین شده برنیايد، در این گونه موارد، مسلم است که تاجر صادرکننده چک، دارای سوء نیت نیست و خلاف عرف عمل نکرده و اگر چک وعده‌دار صادر کرده، لاعلاج بوده و در صورت عدم صدور، کسب و کار و فعالیت او دچار اختلال و تعطیلی می‌شد و احیاناً کارش به ورشکستگی منتهی می‌گردید.

البته مسلماً صدور چک وعده‌دار از ناحیه او، خلاف مقررات قانونی است. قانون‌گذار، چک را به عنوان سندی شناخته که برای پرداختهای نقدی مورد استفاده قرار گیرد و در ماده ۳۱۱ قانون تجارت «بیوعده بودن» را یکی از شرایط اعتبار چک اعلام داشته است. مقنن سال ۱۳۷۲ نیز به منظور متروک و منسوخ کردن رسم چک وعده‌دار، صدور این گونه چکها را جرم شناخته است. اما به رغم این کوشش قانونی، رسم صدور چک مدت‌دار، با همان شدت سابق ادامه دارد. علت هم چنان که دیدیم، این است که بازرگانان، جز آن چاره‌ای ندارند.

به نظر این جانب، مقررات قانونی در مجرم شناختن صادرکنندگان چکهایی که با عدم پرداخت روبه‌رو می‌شود، نظر به اشخاصی داشته که در کسب و کار و تجارت خود از ابزار چک استفاده می‌کنند، بدین نیت که وجه آنها را پرداخت کنند و تلاش هم جهت تأدیه آنها به عمل می‌آورند، ولی چنان که دیدیم، ممکن است در پاره‌ای موارد، این پرداخت صورت نگیرد. قانون‌گذار خواسته است برای اعتبار بخشیدن به این سند و با این قصد که چک در معاملات، به جای پول، وسیله مبادله قرار گیرد، مجازاتهایی اعمال گردد.

اما اگر کسانی چک صادر کنند، بدون آن که قصد پرداخت وجه آن را داشته باشند و ثابت شود که صادرکننده با صدور چک، قصد اغوا داشته و می‌خواسته اشخاصی را فریب دهد و امیدوار کند که در زمان مورد توافق، پرداخت صورت خواهد گرفت و به عبارت دیگر، از ابزار چک به منظور کلاهبرداری استفاده کرده باشند، آیا این قبیل اشخاص فقط باید تابع قانون چک باشند و بر اساس مقررات آن قانون، مورد تعقیب قرار گیرند؟ آیا این بی‌عدالتی محض نیست؟ آیا یکسان دانستن بازرگانان محترم و شرافتمندی که به علت برخی از تغییرات و نوسانات و فعل و انفعالات بازار و اوضاع و احوال اجتماعی، نتوانسته‌اند چکهای وعده‌داری را که مجبور به صدور آنها بوده‌اند، بپردازند. با اشراری که به قصد کلاهبرداری، چک صادر کرده‌اند و چک را به عنوان وسیله‌ای برای چپاول اموال دیگران، مورد استفاده قرار داده‌اند، موجه و مقبول و به مصلحت جامعه است؟

در ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی سابق و در قانون مصوب سال ۱۳۶۷ راجع به مجازات کلاهبرداری، توسل به وسایل متقلبانه در بردن مال غیر را کلاهبرداری دانسته‌اند، بدون آن که آن وسایل را منجزاً برشمارند. موفقیت کلاهبردار، بستگی به شیوه‌هایی دارد که به کار می‌بندد؛ هرچه شگردهای او ابتکاری‌تر باشد، توفیق او بیشتر خواهد بود. بنابراین، اگر محرز شود که از چک برای امیدوار ساختن اشخاص و بردن مال آنها استفاده شده، چگونه می‌توان گفت که عمل صدور چک توسط وی، عنوان کلاهبرداری ندارد؟

در قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری می‌خوانیم که «هر کس از راه حيله و تقلب، مردم را به امور غیر واقع امیدوار نماید و از این راه، مال آنها را ببرد، کلاهبردار محسوب می‌شود». مگر نه این است که وقتی کسی چک صادر می‌کند و قصد پرداخت وجه آن را ندارد، در حقیقت، شخص طرف قرارداد را به امری که واقعیت ندارد، امیدوار می‌سازد؟ او با صدور چک، این طور وانمود می‌کند که وجه آن را در تاریخ مندرج در سند، پرداخت خواهد کرد، در حالی که صادرکننده، چنین قصدی ندارد و با این کار، مخاطب خود را به امری غیر واقعی امیدوار ساخته و چک داده و اموالی را تحویل گرفته است؛ بدون آن که وجه آن را بپردازد و اگر چک



صادر نمی‌کرد و از این ترفند استفاده نمی‌کرد، بدون شک، امکان نداشت که کسی جنسی به او بفروشد. پس با استفاده از این مانور، توانسته کلاهبرداری کند؛ یعنی از چک، دقیقاً به عنوان ابزاری برای کلاهبرداری استفاده کرده است.

پذیرفتن این عقیده که صادرکننده چک، در هر حال بر اساس قانون چک، قابل تعقیب و مجازات است، قطع نظر از قصد و نیت او در صدور چک و حتی اگر اثبات شود که از چک برای کلاهبرداری استفاده کرده باشد، نمی‌توان او را مطابق قانون راجع به کلاهبرداری تعقیب کرد، تالی فاسدهای وحشتناکی دارد.

این آثار منفی را نخست در این فرض مطالعه می‌کنیم که چک صادر شده، مشمول ماده ۱۳ قانون چک تلقی گردد. آنگاه به آثار آن در فرضی می‌پردازیم که چک، تحت مشمول ماده ۷ قانون یاد شده دانسته شود.

### الف) چکهای مشمول ماده ۱۳ قانون صدور چک

می‌دانیم که بر اساس قانون چک قبل از اصلاحات سال ۱۳۷۲، اگر ثابت می‌شد که چک، وعده‌دار است، صادرکننده دیگر بر اساس مقررات آن قانون، قابل تعقیب کیفری نبود و باز می‌دانیم که مطابق مقررات قانونی مربوط به قبل از سال ۱۳۷۶، بستانکار حتی اگر حکم محکومیت بدهکار را در دست می‌داشت و علیه او اجرائیه هم صادر می‌کرد و نمی‌توانست مالی از او جهت استیفای حق خود دریافت نماید، نمی‌توانست تقاضای بازداشت بدهکار را تا یوم‌الاداء به عمل آورد و از حکمی که با زحمت زیاد و پرداخت هزینه تحصیل کرده بود، طرفی بر نمی‌بست.

در سال ۱۳۷۲ با اصلاح قانون چک، صدور چک وعده‌دار، جرم شناخته شده است، اما از آن جا که مجازات آن مطابق ماده ۱۳ قانون چک، حبس از ۶ ماه تا ۲ سال یا جزای نقدی از ۱۰ هزار تومان تا یک میلیون تومان است، محاکم در تعقیب سیاست جزایی قوه قضائیه، در صورت احراز وعده‌دار بودن، صادرکننده را به جزای نقدی محکوم می‌کنند و کسی که مبالغ کلانی با صدور چک وعده‌دار به دست آورده، بسیار



خوشحال خواهد شد که حتی حداکثر مبلغ جزای نقدی مقرر قانونی؛ یعنی یک میلیون تومان را پرداخت کند.

ظاهراً سیاست قوه قضائیه و دولت و مجلس بر این است که یا کلیه جنبه‌های جزایی را از چک بزدایند و یا حداکثر وضع را به حال قبل از سال ۱۳۷۲ برگردانند و صدور چکهای وعده‌دار را جرم نشناسند. اخیراً لایحه دولت در کمیسیون قضایی مجلس به تصویب رسیده و جنبه جزایی صدور چک وعده‌دار، زایل گردیده و به احتمال بسیار قوی، لایحه دولت به نحوی که کمیسیون مزبور تصویب کرده، به تصویب نهایی خواهد رسید.

کلاهبرداران حرفه‌ای، آنقدر تدبیر و چاره‌اندیشی دارند که در چکهایی که صادر می‌کنند، اثری بر جای بگذارند که آن چکها وعده‌دار است و بنابراین، با اثبات وعده‌دار بودن، دیگر مطابق قانون چک، قابل تعقیب نیستند و اگر نظریه کسانی مورد عمل قرار گیرد که صادرکننده چک، فقط مطابق قانون صدور چک قابل تعقیب است، نتیجه این خواهد شد که شخصی که با استفاده از ابزار چک، کلاهبرداری کرده، نه طبق قانون چک قابل تعقیب خواهد بود و نه مطابق قانون خاص مربوط به مجازات کلاهبرداران. باز می‌دانیم که تحت حکومت قانون صدور چک فعلی، در صورتی که دارنده چک، دادخواست ضرر و زیان را به موقع تقدیم کند، دادگاه ضمن صدور حکم بر محکومیت جزایی صادرکننده، او را نیز معادل مبلغ چک و خسارات، از نظر مدنی هم محکوم می‌نماید و در مقام اجرا، دارنده می‌تواند صادرکننده را یوم‌الاداء نماید. ولی طبق اصلاحاتی که در لایحه دولت در کمیسیون قضایی مجلس به عمل آمد، یوم‌الاداء کردن صادرکنندگان چک، لغو گردیده است و این خود امتیاز بزرگی است برای اشخاصی که به قصد کلاهبرداری، اقدام به صدور چک می‌نمایند.

تردید نیست که قصد نمایندگان مجلس و دولت و قوه قضائیه این نبوده که اشخاص حرفه‌ای از این امتیاز برخوردار شوند، بلکه نیتشان آن بوده که بازرگانان صادرکننده چک که با مشکل روبه‌رو می‌شوند و نمی‌توانند چکهای خود را پرداخت کنند، به کلی از هستی ساقط نشوند و زندگی خود و خانواده‌شان متلاشی نگردد.

ممکن است گفته شود: در هر حال، دارنده چک قادر خواهد بود با تقدیم

بیت

۴۲

طیبه عیون

دادخواست به قصد مطالبه وجه چک، حکم محکومیت صادرکننده را اخذ کند و با صدور اجرائیه، در صورتی که نتواند مالی از صادرکننده شناسایی نماید، تقاضا کند بر اساس قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۶، محکوم علیه بدهکار تا یوم‌الاداء در بازداشتگاه نگه‌داری شود.

باید توجه داشت که عده‌ای از نمایندگان مجلس و بسیاری از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که قانون اخیر، عادلانه و به مصلحت جامعه نیست و کوششهایی در جریان است که این امتیاز را از محکوم‌له سلب نمایند و اساساً آن را موافق موازین حقوق بشر نمی‌دانند. اگر چنین شود، نتیجه این خواهد شد که دارنده چک از نظر مدنی هم دستش به جایی بند نشود.

حتی در حال حاضر که بستانکار محکوم‌له می‌تواند با تقاضای صدور اجرائیه علیه محکوم علیه بدهکار، تقاضا کند که تا یوم‌الاداء بازداشت گردد، این امکان برای محکوم علیه وجود دارد که از زندان دعوی اعسار طرح کند و با توجه به تعداد انبوه زندانیان و تمایل دستگاه قضایی در کم کردن زندانیها، محاکم چندان در قبول دعوی اعسار سختگیری به خرج نمی‌دهند. ضمن آن که در برخی از موارد، این چنین دعوی را به شعبه یا شعب معینی ارجاع می‌کنند که قضات آنها موافق با پذیرش دعوی اعسار می‌باشند.

## ب) چکهای مشمول ماده ۷ قانون چک

برابر ماده ۷ قانون صدور چک، مجازات صادرکنندگان چک بدون محل، شش ماه تا دو سال حبس و پرداخت جزای نقدی معادل یک چهارم وجه چک یا یک چهارم کسر موجودی مقرر گردیده است.

اگر دارنده چک شانس بیاورد و از سوی صادرکننده، هیچ‌گونه دلیلی بر وعده‌دار، تضمینی، مشروط به شرط، تأمین اعتبار یا سفید امضا بودن چک ارائه نشود و در نتیجه، عمل صدور چک، منطبق با ماده ۷ قانون صدور چک باشد، بر اساس ماده ۷

قانون مورد نظر که فعلاً حکومت دارد، صادرکننده به حبس و جزای نقدی محکوم می‌شود، اما از آن جا که نوعاً چک‌هایی که پرداخت آنها با مشکل روبه‌رو می‌شود، چک‌های وعده‌دار است، در صورت ثبوت این امر، دیگر صادرکننده تحت شمول مادّه ۷ قرار نمی‌گیرد.

حتّی اگر صادرکننده چک مشمول مادّه ۷ قرار گیرد، توجّه به سه مطلب مهمّ، ضروری است:

نخست آن که در کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی، مجازات جزای نقدی از مادّه ۷ حذف گردیده و تنها مجازات حبس باقی مانده است. طبیعی است که تحمّل چند ماه حبس برای متّهمی که کلاهبرداری کرده، سنگین نیست و چه بسا بسیار خوشحال‌کننده هم باشد که از خطر محکومیت به اّتهام کلاهبرداری رهایی یافته است. دوم آن که همان کمیسیون، چنان که دیدیم، تصویب نموده است که دیگر دارنده چک، نخواهد توانست تقاضا کند که صادرکننده تا پرداخت وجه چک در زندان نگه‌داری شود.

سوم آن که ممکن است قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، دستخوش اصلاح گردد و بازداشت بدهکاران محکومیت یافته ملغی شود.

بدین ترتیب، به این نتیجه می‌رسیم که دارنده چک که اموال خود را از دست داده، کاملاً خلع سلاح می‌شود و دستگاه قضایی عملاً هیچ کاری نمی‌تواند برای او انجام دهد. در حالی که اگر صادرکننده با قصد کلاهبرداری اقدام به صدور چک نموده باشد و دارنده بتواند او را به اّتهام کلاهبرداری تعقیب کند، از این امکان برخوردار خواهد شد که تا صادرکننده فرصت کافی پیدا نکرده و کلیه اموال مورد کلاهبرداری را از دسترس خارج نکرده، تمام یا حداقل قسمتی از آن اموال را تحت توقیف درآورد. مسلّم است که قانون تشدید مجازات کلاهبرداران مصوّب سال ۱۳۶۷، اهرم مؤثّری است که مالباختگان بتوانند با توسّل به آن، استیغای حقّ نمایند.

#### نتیجه:

چنان که ملاحظه گردید، قبول این نظر که تعقیب و مجازات صادرکنندگان چک، قطع نظر از این که قصد آنان در صدور چک، از چه قرار بوده و حتّی اگر ثابت شود که از

چک به منظور کلاهبرداری استفاده کرده‌اند، باید بر اساس قانون چک به عمل آید، منجر به این خواهد شد که افرادی مال خود را توسط اشخاص ظاهراً صلاح، مردم‌فریب و کلاهبردار از دست بدهند و هیچ اهرم مؤثری برای احقاق حق نداشته باشند و دستشان به جایی نرسد و از تلاشهایشان سودی نبرند.

ممکن است بعضی به ماده ۱۰ قانون صدور چک استناد کنند و بگویند: مطابق آن ماده «هر کس با علم بسته بودن حساب بانکی خود مبادرت به صدور چک نماید، عمل وی در حکم صدور چک بی‌محل خواهد بود» و نتیجه بگیرند که اگر کسی از حساب بسته چک صادر کند، خوب می‌داند که آن چک با عدم پرداخت روبه‌رو می‌شود و این کار، کلاهبرداری محسوب می‌شود و مقنن، این عمل را مشمول قانون چک دانسته است؛ در پاسخ باید گفت که در همه موارد، وضع بر این منوال نیست؛ زیرا هستند اشخاصی که اولاً، نمی‌دانند حساب بانکی‌شان مسدود شده است (معمولاً رویه بانکها بر این است که اگر حسابی مدتی فعال نباشد، آن را می‌بندند و مراتب را هم به دارنده حساب اطلاع نمی‌دهند). ثانیاً، حتی اگر صاحب حساب هم بداند که حساب او مسدود شده و با این وصف، به عهده آن حساب، چک صادر کند، چه بسا نظر او آن باشد که وجه چک را قبل از سررسید، تأمین کند و ترتیب پرداخت آن را به دارنده آن بدهد. این احتمال وجود دارد که ماده مرقوم، بیشتر مربوط به این گونه افراد باشد، نه اشخاصی که با قصد کلاهبرداری، به عهده حساب مسدود، چک صادر می‌کنند. از همه اینها گذشته، مطابق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم قابل تعزیر، هرگاه فعل واحد دارای عناوین متعدّد جرم باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشدّ است».

بر اساس این ماده، در صورتی هم که بگوییم صادرکنندگان چک، تابع قانون چک هستند، ولی اگر احراز شود که صادرکننده با نیت کلاهبرداری اقدام کرده و از چک به عنوان ابزار و وسیله‌ای برای انجام آن منظور استفاده نموده است، باید بگوییم که فعل واحد، مشمول دو عنوان مجرمانه است: یکی صدور چک و دوم، کلاهبرداری، و چون مطابق قانون حاکم به جرم کلاهبرداری، مجازات کلاهبرداری اشدّ است، متهم باید تحت آن عنوان تعقیب و مجازات شود.



## بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد

□ دکتر امیر حسین آبادی  
□ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده:

در این که آیا وجه التزام، کیفر تخلف از انجام تعهد و نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف از انجام تعهد در نظر گرفته شده یا این نهاد حقوقی (وجه التزام) نوعی جبران خسارات وارده به متعهدله است که از نقض تعهد به او وارد شده، جای بحث و تأمل می باشد. درباره تأثیر وجه التزام در قرارداد، نظرات مختلفی وجود دارد و رویه قضایی نیز مختلف و متشکست است؛ به موجب برخی از آرای صادره از بعضی شعب دیوان عالی کشور، متعهد با پرداخت وجه التزام، از تعهد خود بری می شود و متعهدله حق الزام وی به انجام تعهد را ندارد، در حالی که به موجب آرای صادره از بعضی دیگر از شعب دیوان عالی کشور، متعهدله مخیر در مطالبه وجه التزام یا الزام متعهد به اجرای اصل تعهد است. **کلید واژگان:** وجه التزام، قرارداد، رویه قضایی، تعیین خسارت، آرای دیوان عالی.

### درآمد

قرارداد که نتیجه توافق اراده طرفین آن است و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها که از شعارهای مهم فردگرایان است، ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند به هر نحو که مایلند، آن را منعقد کنند و در این راه، مقید و محدود به انتخاب قالبهای از پیش

ساخته (توافق بر مبنای یکی از عقود معین) نیستند.<sup>۱</sup> از لحظه انعقاد تا اجرای کامل قرارداد، می‌توانند هر شرطی که می‌خواهند در آن بگنجانند؛ مشروط بر این که خلاف قانون یا خلاف مقتضای ذات عقد نباشد. هر یک از طرفین قرارداد که به تعهدات خود عمل نکند و از عدم اجرای قرارداد، خسارتی به طرف مقابل وارد شود، مسؤول جبران خسارات وارد شده خواهد بود. نحوه تحقق و شرایط مطالبه این مسؤولیت که اصطلاحاً مسؤولیت قراردادی نامیده می‌شود، در ماده ۲۲۶ به بعد قانون مدنی، با عنوان «در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» بیان شده است. در قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب فروردین ۱۳۷۹ در باب نهم از ماده ۵۱۵ به بعد نیز مقرراتی در خصوص جبران خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و یا عدم اجرای آن پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup> اگر در اجرای قراردادی تخلف شود، جبران خسارات ناشی از آن به سه روش امکان‌پذیر است:

### الف) تعیین خسارت به وسیله قانون

قانون‌گذار خسارات ناشی از تأخیر در انجام تعهد را رأساً تعیین می‌کند. دادگاه باید متخلف را به همان مقداری که در قانون تعیین شده، محکوم کند و توافق طرفین، زاید بر مقدار قانونی، فاقد ضمانت اجرایی است. این نوع خسارت در ماده ۷۱۹ قانون آیین

۱. فردگرایی یا مکتب اصالت فرد «individualism» در قرنهای ۱۸ و ۱۹ میلادی نقش بسزایی در تئوریهای حقوقی و اقتصادی به عهده داشت. قانون مدنی فرانسه که در اوایل قرن نوزدهم (۱۸۰۴) میلادی به تصویب رسید، شدیداً متأثر از نظریات صاحب‌نظران این مکتب بود و در جای جای آن، آثار اصل حاکمیت اراده به وضوح مشاهده می‌شود.

۲. عنوان باب نهم از قانون آیین دادرسی مدنی، «مطالبه خسارت و اجبار به انجام تعهد» است. قانون‌گذار در این باب که شامل سه فصل است، در فصل اول و دوم، خسارات ناشی از عدم انجام تعهد و تأخیر در انجام آن و خسارات دادرسی را مورد بحث قرار داده و فصل سوم را به مستثنیات دین اختصاص داده است و در هیچ یک از مواد این دو فصل، صحبتی از اجبار به انجام تعهد نکرده است؛ در صورتی که فصل پنجم از باب دهم قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸ در مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ اجبار به انجام تعهد را مورد بررسی قرار داده بود که با حذف این مواد، اعمال قسمت اخیر ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز دچار اشکال می‌گردد.



دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸ به این شرح پیش‌بینی شده بود:

در دعوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از این که راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد، خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲٪) محکوم به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی بعنوان وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد، در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود.

همان‌گونه که در این ماده تصریح شد، حتی در صورت توافق طرفین، دادگاه نمی‌تواند به خسارت بیش از ۱۲ درصد در سال حکم دهد، اما اگر متعهد به میل خود مبلغی بیش از ۱۲ درصد پرداخت کرده باشد، نمی‌تواند درخواست استرداد مازاد پرداخت شده را بنماید.

ماده ۷۲۶ همان قانون در این خصوص مقرر داشته بود:

هرگاه بعنوان خسارت بیش از مبلغی که قانون معین کرده است تأدیه شده باشد دعوی استرداد آن مسموع نخواهد بود.

شایان ذکر است در این نوع تعهدات که تعهد طبیعی یا تعهد فاقد ضمانت اجرای قانونی نامیده می‌شود، درست است که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نیست، ولی اگر متعهد به دلخواه خود ایفای تعهد کند، موضوع مشمول ماده ۲۶۶ قانون مدنی بوده و نباید آن را ایفای ناروا شمرد.<sup>۱</sup>

۱. ماده ۲۶۶ ق.م. مقرر داشته است: «در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.» ایفای ناروا در جایی است که شخصی به تصور این که بدهکار است، دین را بپردازد؛ در این صورت می‌تواند از کسی که ناحق دریافت کرده، استرداد آن را بخواهد. ماده ۳۰۲ ق.م. در این زمینه مقرر داشته است: «اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد آن را از کسی که بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.»

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ مقرر داشته است:

در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحوه دیگری مصالحه نمایند.

بین این ماده و ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (سال ۱۳۱۸) تفاوت‌های زیر وجود دارد:

۱. بر خلاف ماده ۷۱۹ قانون سابق که خسارت را به طور مقطوع و ثابت ۱۲ درصد در سال تعیین کرده بود، ماده ۵۲۲ قانون جدید، آن را به تغییر شاخص قیمت‌ها که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، واگذار کرده است.
۲. در ماده ۷۱۹ قانون سابق به وجه نقد اشاره شده بود، در حالی که در ماده ۵۲۲ قانون فعلی، صحبت از وجه رایج شده است؛ روشن است که وجه نقد با وجه رایج تفاوت دارد. وجه نقد، ارزشهای خارجی را هم دربرمی‌گیرد، در حالی که وجه رایج، مطابق قانون پولی و بانکی کشور، فقط ریال ایران است.<sup>۱</sup>
۳. تفاوت دیگر بین این دو ماده، این است که در ماده ۷۱۹، توافق طرفین بیش از دوازده درصد در سال را تحت هر عنوان؛ اعم از وجه التزام یا مال الصلح یا مال الاجاره و... فاقد ضمانت اجرا دانسته و دادگاه را از صدور حکم به میزان زاید، ممنوع کرده بود، در صورتی که ماده ۵۲۲ قانون فعلی، مصالحه طرفین در مورد تأخیر تأدیه را به هر نحوی که باشد، نافذ و معتبر می‌داند و دادگاهها موظفند بر طبق آن رأی صادر نمایند.

۱. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره  $\frac{۹۰}{۱۳۵۳/۱۰/۴}$  ردیف ۵۳/۵۴ که در حکم قانون است، ارزش خارجی را وجه نقد تلقی کرده است (آراء وحدت رویه قضایی از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۵۶، روزنامه رسمی، ص ۲۵۵).

درباره دیه در فرضی که جبران خسارت تلقی گردد، میزان آن از طرف قانون‌گذار به طور ثابت تعیین شده و حتی اگر ثابت شود میزان خسارت واقعی، بیشتر یا کمتر از دیه بوده، دادگاهها حق صدور حکم به بیشتر یا کمتر از آن را ندارند.

### ب) تعیین خسارت توسط دادگاه

میزان خسارت، با رسیدگی قضایی توسط دادگاه تعیین می‌شود. در این گونه موارد، متعهدله باید ثابت کند که از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، به او خسارت وارد شده و مقدار و میزان این خسارت را با دلایل اثباتی؛ از جمله جلب نظر کارشناس معین نماید. در این که آیا متعهدله برای مطالبه خسارت، باید تقصیر متعهد و تخلف او از قرارداد را هم ثابت کند یا این که متعهد باید اجرای آن را اثبات نماید تا از پرداخت خسارت معاف شود، باید به نوع تعهد توجه کرد. اگر تعهد از نوع تعهدات به نتیجه باشد، همین که نتیجه کار حاصل شد، متعهد مسئول پرداخت خسارت است؛ مگر این که ثابت کند حادثه خارجی که نمی‌توان به او مربوط نمود، مانع اجرای تعهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.و). ولی اگر تعهد از تعهدات به وسیله باشد، اثبات تقصیر متعهد به عهده زیان‌دیده است.

### ج) تعیین خسارت توسط طرفین

میزان و مقدار خسارت با توافق طرفین تعیین می‌گردد. توافق طرفین در خصوص جبران خسارت، ممکن است بعد از ورود خسارت و یا پیش از آن باشد. توافقهایی که بعد از ورود خسارت در خصوص میزان و مقدار خسارت و نحوه جبران آن بین زیان‌دیده و مسئول جبران زیان به عمل می‌آید، عنوان صلح دارد و در صحت آن هیچ تردیدی نباید کرد.<sup>۱</sup> اما در توافقهایی که قبل از ورود خسارت؛ خواه به صورت

۱. ر.ک: کاتوزیان، *مسئولیت مدنی الزامهای خارج از قرارداد* (ضمان قهری)، جلد ۱، شماره ۳۹۰،

قرارداد جداگانه (طبق ماده ۱۰ ق.م.) و خواه به صورت شرط در ضمن قرارداد اصلی به عمل می آید و به موجب آن، برای تخلف از انجام تعهد به طور مقطوع، مبلغی تعیین می شود، جای بحث و تأمل است. این مبلغ که در اصطلاح، عنوان «وجه التزام» یا به تعبیر استاد دکتر «کاتوزیان»، «شرط کیفری» نامیده می شود، موضوع این نوشتار است که به طور خلاصه به بررسی آن می پردازیم.

## وجه التزام

در قراردادها معمولاً برای تضمین و تحکیم تعهدات متعاقدين، به صورت شرط در ضمن عقد، مبلغی پیش بینی می شود تا در صورت تخلف هر کدام از آنان، به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت شود. این مبلغ را اصطلاحاً «وجه التزام» می نامند.<sup>۱</sup>

## ماهیت حقوقی وجه التزام

در این که آیا وجه التزام، کیفر تخلف از انجام تعهد و نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف در نظر گرفته شده، یا این مبلغ (وجه التزام)، برای جبران خساراتی است که از نقض تعهد به متعهدله وارد می شود، جای بحث و تأمل است؛ در برخی از کشورهای اروپایی؛ از جمله فرانسه، چنین شرطی را «شرط کیفری» یا «clause pénale» می نامند که از آثار و بقایای حقوق رومی است. در «رُم» قدیم، این شرط، واقعاً جنبه کیفر داشته، برای مجازات متخلف در نظر گرفته می شد و هیچ ضرورتی نداشت که تناسب و تعادل بین خسارت وارد شده و مبلغ تعیین شده رعایت گردد. رومیها به بدهکاری که بدهی خود را نمی پرداخت، به دید مجرم می نگریستند و برای او مجازاتهای شدید کیفری در نظر می گرفتند.

در قانون مدنی فرانسه، شرط کیفری از ماده ۱۲۲۶ تا ماده ۱۲۳۳ با عنوان «تعهدات

۱. همان، ص ۷۲۷؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ص ۳۷۴۸.

با شرط کیفری<sup>۱</sup> پیش‌بینی گردیده و نحوه تحقق و اعتبار و آثار آن در این مواد بیان شده است.

ماده ۱۱۵۲ این قانون در ذیل فصل مربوط به «خسارات ناشی از عدم انجام تعهد» آمده و چنین بیان داشته است:

هرگاه در قرارداد، مقرر شده باشد که هر یک از طرفین که به تعهد خود عمل نکند، مبلغی به عنوان خسارت بپردازد، متعهدله حق ندارد بیشتر از آنچه مقرر شده مطالبه نماید. متعهد هم نمی‌تواند کمتر از آن پرداخت کند.

تفاوتی که در ظاهر، بین مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ وجود دارد، این است که در ماده ۱۱۵۲ موضوع شرط، مبلغ معینی وجه نقد است، در حالی که موضوع شرط ماده ۱۲۲۶ هر چیزی «quelque chose» اعم از مال یا انجام عمل می‌تواند باشد.

رویه قضایی فرانسه، همه این شروط را (شرط ماده ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ به بعد) شرط کیفری دانسته است، اما بعضی از نویسندگان حقوقی بین شرط کیفری مندرج در ماده ۱۲۲۶ به بعد قانون مدنی و شرط موضوع ماده ۱۱۵۲ این قانون قائل به تفکیک شده‌اند.<sup>۲</sup>

شایان ذکر است که در نهم ژوئیه ۱۹۷۵ قانونی به تصویب رسید که به موجب آن، به قاضی اجازه داده شد شرط کیفری (وجه التزام) را در صورتی که نامتناسب تشخیص دهد، تعدیل نماید؛ بدین معنی که اگر مبلغی که در قرارداد به عنوان شرط کیفری تعیین شده، نسبت به اصل قرارداد، گزاف و سنگین باشد، آن را به نفع متعهد، تخفیف دهد و اگر ناچیز و کم‌ارزش باشد، به نفع متعهدله، افزایش دهد.<sup>۳</sup>

1. Des obligations avec clause pénale.

2. Marty (G) Raynaud (P), Droit civil, Les obligations. 2<sup>m</sup> édition, Tom 1, Les sources, No.622, P.777.

۳. این در حالی است که در حقوق فرانسه، قاضی از تعدیل اصل قرارداد ممنوع می‌باشد. نه قانون و نه رویه قضایی به قاضی اجازه دخالت در قراردادی را که بین طرفین به طور صحیح واقع شده، نداده

در ماده ۲۳۰ قانون مدنی حقوق ایران مقرر شده است:

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 آن چه ملزم شده است محکوم نماید.

هرچند به نظر می‌رسد که این ماده از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده باشد، لیکن با توجه به این که قانون‌گذار ایران به مبلغ تعیین شده، عنوان «خسارت» داده است، بحث در مورد این که آیا می‌تواند کیفر متخلف از انجام تعهد محسوب گردد، منتفی است. فایده‌ای که این شرط برای متعهدله دارد، این است که او را از اثبات اصل خسارت و مقدار و میزان آن معاف می‌کند.

سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا متعهد می‌تواند با پرداخت وجه التزام، خود را از قید اصل تعهد برهاند و از اجرای آن امتناع ورزد؟ به عبارت دیگر، آیا متعهدله می‌تواند به جای مطالبه وجه التزام، اجرای اصل تعهد را بخواهد؟

مطابق ماده ۱۲۲۸ قانون مدنی فرانسه، پاسخ به این سؤال، مثبت است؛ قانون‌گذار فرانسه در این ماده به طلبکار اجازه داده تا به جای مطالبه کیفر مندرج در قرارداد، اجرای اصل آن را بخواهد. از ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران نیز بر نمی‌آید که متعهدله نتواند اجرای تعهد اصلی را بخواهد و لزوماً خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد را مطالبه کند. این ماده دلالت دارد که اگر طلبکار به جای اجرای اصل تعهد، مطالبه خسارت کند، دادگاه نمی‌تواند متخلف را به کمتر یا بیشتر از آنچه در قرارداد تعیین شده، محکوم کند.

→ است؛ هرچند که تعادلی بین عوضین وجود نداشته باشد، مگر درباره غبن؛ آن هم در موارد استثنایی. این نکته قابل توجه است که در حقوق فرانسه، در قراردادهایی که یک طرف آن، دولت یا سازمانهای دولتی و شهرداری است، شورای دولتی از سالها قبل به دادگاههای اداری، با شرایطی اجازه تعدیل قرارداد را داده است. (برای مطالعه در خصوص تعدیل قرارداد در حقوق فرانسه ر.ک: *مجله تحقیقات حقوقی* از انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۲۰-۱۹ و ۲۲-۲۱، مقاله نگارنده با عنوان «تعادل اقتصادی در قرارداد».)

## موضع رویه قضایی در قبال وجه التزام

در خصوص تأثیر وجه التزام در قرارداد، رویه قضایی ثابتی وجود ندارد. از دیرباز، شعب دیوان عالی کشور در این باره رویه‌های مختلف اتخاذ کرده‌اند که به بیان نمونه‌هایی از آن می‌پردازیم.

شعبه ۶ دیوان عالی کشور در رأی شماره  $\frac{۲۹۰۷}{۲۱/۹/۲۵}$  چنین اظهار نظر کرده است:

اگر کسی طبق ورقه‌ای بطور تعهد ابتدایی متعهد شود که تا فلان روز در دفترخانه برای تنظیم اجاره‌نامه به نحو مقرر در ورقه مزبور حاضر گردد، و در صورت تخلف از این مراتب مبلغی به طرف بدهد، نظر به این که در ضمن تعهد خسارت متصوره از عدم انجام پیش‌بینی و معین گردیده دیگر حقی برای متعهدله جز وجه التزام مقرر موجود نخواهد بود.

اما شعبه ۷ دیوان عالی کشور به فاصله کوتاهی قبل از آن، نظری مخالف با رأی شعبه ۶ داده و در رأی شماره  $\frac{۲۵۴۴}{۲۱/۸/۱۲}$  چنین استدلال کرده است:

اگر طرفین تعهد مقرر دارند که در مدت معینی در دفترخانه رسمی برای تنظیم سند و ثبت در دفترخانه حاضر شوند، و متعهد شوند که در صورت تخلف هر یک از آنها متخلف مبلغی به طرف بدهد، تعیین این وجه التزام مانع الزام به اجرای قرارداد و تنظیم سند معامله نخواهد بود.<sup>۱</sup>

به طوری که ملاحظه می‌شود، از دو شعبه دیوان عالی کشور، به فاصله زمانی بسیار کوتاهی، درباره تأثیر وجه التزام در قرارداد، دو رأی معارض صادر گردیده است که تا کنون نسبت به طرح آن در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت صدور رأی وحدت رویه، اقدامی نشده است!

بعد از پیروزی انقلاب هم اختلاف نظر بین دادگاههای تالی و دیوان عالی کشور وجود داشته و هنوز هم رویه واحدی اتخاذ نشده است. برای نمونه می‌توان به

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۱۲ و ۱۱۳.

پرونده‌ای که بر اثر اختلاف دادگاههای حقوقی یک سابق و برخی شعب دیوان عالی کشور، منجر به صدور رأی اصراری شده اشاره کرد:

آقای... به موجب مبایعه‌نامه عادی مورخ ۶۸/۲/۲۲ شش‌دانگ یکباب منزل را به آقایان... فروخته و مبلغی از ثمن معامله را به موجب چک دریافت نموده و متعهد شده است که یکماه بعد از تنظیم قرارداد در دفتر اسناد رسمی حاضر و مورد معامله را بطور رسمی به خریداران منتقل نماید.

در بند ۱۱ این قرارداد، طرفین کلیه خیارات را از خود اسقاط نموده‌اند. و در بند ۱۴ آن قید شده است:

... چنانچه فروشنده در دفترخانه حاضر نشد یا به هر نحوی از انجام معامله استنکاف ورزد بایستی علاوه بر استرداد فوری مبلغ دریافتی معادل همان مبلغ به خریدار پرداخت نماید.

فروشنده به رغم حضور خریداران، در موعد مقرر از حضور در دفترخانه امتناع نموده و از انجام معامله رسمی خودداری کرده است و خریداران، دادخواستی به خواسته الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی و فروشنده، دادخواست متقابلی مبنی بر فسخ معامله تقدیم دادگاه نموده‌اند. فروشنده دفاع کرده است که به استناد بند ۱۴ قرارداد، به طور یکجانبه معامله را فسخ نموده و آمادگی خود را برای استرداد بیعانه اعلام کرده که خریداران از دریافت آن امتناع نموده‌اند.

دادگاه حقوقی یک (سابق) پس از رسیدگیهای معمول، وقوع عقد بیع را بین طرفین، محقق و مسلم دانسته و ادعای خواننده مبنی بر فسخ یکجانبه معامله را به لحاظ نداشتن حق فسخ، غیر موجب تشخیص داده و قید وجه التزام مندرج در بند ۱۴ قرارداد را تأکیدی به منظور تحکیم اصل تعهد تلقی کرده و نه ایجاد حق فسخ برای فروشنده؛ در نتیجه، دعوی خواهانها را ثابت تشخیص داده و بر الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال، نظر داده است (طبق ماده ۱۴ قانون تشکیل دادگاههای حقوقی یک و دو) این نظر عیناً در شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور تنفیذ گردیده و دادگاه بر مبنای آن،

بیت



ملکات عمومی و خصوصی



مبادرت به صدور حکم نموده است.

محکوم علیه (فروشنده) از این حکم تجدیدنظر خواهی کرده و شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور با این استدلال که بیع به صورت کالی به کالی واقع شده، رأی دادگاه بدوی را نقض و پرونده را جهت رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک تهران ارجاع داده است.

دادگاه مرجوع الیه (شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک سابق) خواننده را به انتقال رسمی ملک مورد معامله در قبال دریافت بقیه ثمن از خریداران ملزم نموده و در نتیجه، اعلام فسخ وی را نپذیرفته و بر مبنای همان استدلال شعبه قبلی دادگاه حقوقی یک، حکم خود را صادر نموده است.

محکوم علیه از این حکم تجدیدنظر خواهی کرده و شعبه ۹ دیوان عالی کشور (مرجع تجدید نظر) چنین رأی داده است:

بر دادنامه تجدید نظر خواسته اشکال وارد است، زیرا درست است که در بند ۱۱ سند عادی مورخ ۶۸/۲/۲۲ طرفین کلبه خیارات را از خود ساقط کرده‌اند، لیکن در بند ۱۴ آن با قید جمله: «چنانچه فروشنده در دفترخانه حاضر نشد یا بهر نحوی از انحاء از معامله استنکاف ورزد...» برای فروشنده جعل خیار شده است، به عبارت دیگر اسقاط خیارات در بند ۱۱ به نحو عام بوده و بند ۱۴ خاص بعد از عام و استثنای بر آن به عنوان جعل خیار در فاصله زمانی بین تاریخ بیعانه مورخ ۶۸/۲/۲۲ و تاریخ تنظیم سند (۶۸/۳/۲۲) استنباط می‌گردد، علیهذا با توجه به بند ۱۴ سند عادی فوق‌الذکر و اینکه تجدیدنظرخواه با استفاده از خیار مزبور از تنظیم سند رسمی خودداری کرده است معامله موضوع سند مورخ ۶۸/۲/۲۲ فسخ شده تلقی و رأی دادگاه که مغایر مطالب مذکور در فوق است نقض و رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک تهران ارجاع می‌گردد.

پس از نقض رأی، پرونده به شعبه ۱۹ دادگاه حقوقی یک (سابق) ارجاع و شعبه مزبور همانند دو شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک (شعب ۳۴ و ۲۵) و با همان استدلال، حکم بر الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی انتقال صادر کرده است.

محکوم علیه از این حکم نیز تجدیدنظر خواهی کرده است؛ موضوع اصراری

تشخیص داده شده و پرونده به دفتر هیأت عمومی ارسال گردیده است. هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در تاریخ ۲۷/۲/۷۳ تشکیل جلسه داده و پس از استماع عقیده نماینده دادستان کل کشور مبنی بر تأیید رأی دادگاههای تالی؛ یعنی الزام خواننده به تنظیم سند رسمی، مشاوره نموده و با اکثریت آرا و با همان استدلال شعبه نهم دیوان عالی کشور و با قبول جعل خیار برای فروشنده، رأی دادگاه را نقض و رسیدگی و صدور حکم را به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک محوّل کرده است.

سیر این پرونده نشان می دهد که دادگاههای تالی و یک شعبه دیوان عالی کشور (شعبه ۱۵) وجه التزام مندرج در قرارداد را تحکیم و تضمین اجرای تعهدات متعهد دانسته اند، و به او اجازه نداده اند تا با پرداخت وجه التزام، خود را از اجرای تعهد اصلی معاف کند؛ در صورتی که دیوان عالی، تعیین وجه التزام را نوعی خیار برای متعهد فرض کرده و به او حق داده تا وجه التزام تعیین شده را بپردازد و از اجرای تعهد اصلی مبرا شود.

واقعیت این است که آنچه در تشخیص اثر حقوقی وجه التزام اهمیت دارد، قصد مشترک طرفین است. دادگاه باید این قصد مشترک را کشف و بر مبنای آن اتخاذ تصمیم کند. چنانچه مقصود طرفین این بوده که هر یک از آنها با پرداخت وجه التزام، از اجرای تعهد معاف شوند، دادگاه باید طرف متخلف را فقط به پرداخت وجه التزام محکوم کند و اگر قصد آنان از تعیین وجه التزام، تحکیم اجرای تعهد باشد، شرط، نوعی تهدید به حساب می آید؛ زیرا مشروطه بین مطالبه وجه التزام و اجرای اصل تعهد، مخیر می شود و هر کدام را که درخواست کند، دادگاه باید متخلف را نسبت به آن محکوم کند؛ چنان که هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۱ مورخ ۳/۳/۵۲ ردیف ۲۶ به پیروی از قصد مشترک طرفین، با وجود تعیین وجه التزام در قرارداد، الزام متعهد را به انجام معامله، مجاز شمرده و رأی دادگاه استان را که ضمانت اجرای عدم انجام تعهد را فقط مطالبه وجه التزام دانسته، نقض کرده است.<sup>۱</sup>

۱. به نقل از کاتوزیان، حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، چاپ چهارم، صفحه ۶۲.

مطالبه وجه التزام و اجرای اصل تعهد، به طور معمول توأمان قابل پذیرش نیست؛ مگر این که طرفین قرارداد، آن را صراحتاً پذیرفته باشند یا این که از قرارداد بتوان استنباط کرد که چنین چیزی مورد توافق آنان بوده است. اگر وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد باشد، مثل این که در قرارداد شرط شود که هر یک از طرفین در موعد مقرر به تعهد خود عمل نکند، باید برای هر روز تأخیر، مبلغی به عنوان خسارت پردازد، این خسارت می‌تواند به جای روز یا ماهی فلان مبلغ، به طور مقطوع تعیین گردد. در این صورت، مطالبه وجه التزام، منافاتی با اجرای اصل تعهد ندارد.

ماده ۳۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب سال ۱۳۵۵ مقرر داشته است:

هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد، مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی‌باشد، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد متعهده فقط می‌تواند یکی از آن دو را مطالبه کند.



با توجه به تشنّت و آشفتگی رویه قضایی در قبال وجه التزام، جا دارد که رئیس دیوان عالی کشور و یادادستان کل کشور، آرای معارض را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح کنند تا نسبت به آن رأی وحدت رویه صادر شود، تا همه دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه، مکلف به تبعیت از آن باشند و به این آشفتگی و پراکندگی خاتمه داده شود.



# پیش بینی جرم<sup>۱</sup>

□ دکتر حسین غلامی

□ استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

## چکیده:

تصمیم‌گیری قضایی، بویژه آنگاه که ناظر به استفاده یا عدم استفاده از آزادی مشروط، تعلیق مراقبتی، کیفیات مخففه و... باشد، همواره منجر به ایجاد پرسشهای عمیق و تردیدهای جدی نزد قضات می‌گردد. قضات همواره با این سؤال روبه‌رو هستند که آیا تصمیم به آزادی بزهکار یا عدم آزادی وی، زمینه‌ساز اعطای فرصتی دیگر به وی جهت تکرار جرم از یک طرف یا افزایش جمعیت زندان و تبعات آن از سوی دیگر نخواهد بود؟ پیش‌بینی جرم، روشی است جهت کاهش نرخ خطا در تصمیم‌گیری قضایی با استفاده از مدلها و مطالعات تجربی که عمدتاً در قلمرو پژوهشهای جرم‌شناختی انجام می‌شود. با وجود سودمندی و ضرورت این روش، استفاده از آن، همواره با محدودیت‌های اخلاقی مواجه است که در پایان این مقاله بر آن تأکید شده است.

**کلید واژگان:** پیش‌بینی جرم، تکرار جرم، حالت خطرناک، آزادی مشروط.

## مقدمه

پیش‌بینی ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم، یکی از شرایط لازم برای تصمیم‌گیری در

---

1. Prediction of crime.

خصوص اعطا یا عدم اعطای آزادی مشروط است که در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است. این موضوع، برای نخستین بار در بند ۲ ماده واحده قانون راجع به آزادی مشروط زندانیان مصوب ۲۳ اسفند ۱۳۳۷ مورد اشاره مقنن واقع شده است. در قسمتی از ماده واحده مذکور که اولین قانون ناظر به آزادی مشروط در ایران می‌باشد، آمده است:

هر کس که برای مرتبه اول به علت ارتکاب جنحه یا جنایت به مجازات حبس محکوم شده و در مورد جنحه، نصف (لااقل سه ماه حبس) و در مورد جنایت، دو ثلث از مدت مجازات را گذرانده باشد، ممکن است به حکم دادگاه صادرکننده دادنامه قطعی محکومیت، در صورت وجود شرایط زیر، از آزادی مشروط استفاده نماید:

۱. هرگاه در مدت اجرای مجازات، مستمراً حسن اخلاق نشان داده باشد.
۲. هرگاه از اوضاع و احوال محکوم، پیش‌بینی شود که پس از آزادی، دیگر مرتکب جرمی نخواهد شد....

بند ۲ ماده واحده قانون مذکور، دقیقاً و عیناً در سایر قوانین جزایی نیز مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در بند ۲ ماده ۳۹ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ آمده است:

هر کس برای مرتبه اول به علت ارتکاب جرمی به مجازات حبس تعزیری محکوم شود و نصف مجازات آن را گذرانده باشد، ممکن است به حکم دادگاه صادرکننده دادنامه قطعی محکومیت، در صورت وجود شرایط زیر، از آزادی مشروط استفاده نماید:

۱. هرگاه در مدت اجرای مجازات، مستمراً حسن اخلاق نشان داده باشد.
۲. هرگاه از اوضاع و احوال محکوم، پیش‌بینی شود که پس از آزادی، دیگر مرتکب جرمی نخواهد شد....

شرایط مذکور در بند ۲ مواد فوق، عیناً در بند ۲ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و نیز ماده ۳۸ اصلاحی ۱۳۷۷ مورد توجه مقنن قرار گرفته و دقیقاً

تکرار شده است.

احراز شرایط فوق و از جمله، پیش‌بینی عدم تکرار جرم توسط محکوم، وفق قانون راجع به آزادی مشروط زندانیان مصوب ۱۳۳۷ و قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲، توسط دادیار ناظر زندان و دادستان دادگاه صادرکننده حکم، صورت می‌پذیرفت. بدین ترتیب که دادیار ناظر زندان و در صورت نبودن وی، دادستان، پیشنهاد آزادی مشروط را به دادستان دادگاه صادرکننده حکم محکومیت بزهکار تقدیم می‌کند و در صورت موافقت دادستان و صدور حکم از دادگاه صادرکننده حکم محکومیت قطعی، نسبت به آزادی مشروط بزهکار اقدام می‌گردد.

در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و نیز ماده ۳۸ اصلاحی ۱۳۷۷، مراتب حسن خلق و پیش‌بینی عدم تکرار جرم باید به تأیید رئیس زندان محل گذران محکومیت و دادیار ناظر زندان یا دادستان محل قرار گیرد. نکته جالب توجه آن که وفق تبصره ۲ ماده واحده قانون راجع به آزادی مشروط زندانیان و نیز تبصره ۱ ماده ۳۹ قانون راجع به مجازات اسلامی در پیشنهاد دادیار ناظر زندان، وجود شرایط آزادی مشروط و از جمله پیش‌بینی عدم تکرار جرم باید مورد تصریح قرار گرفته و در این خصوص، نظریات انجمن حمایت از زندانیان نیز مورد توجه دادستان قرار گیرد. با بررسی و تدقیق در مقررات فوق، آشکار است که قانون‌گذار ترتیبات خاصی را برای پیش‌بینی احتمال تکرار جرم توسط محکوم معین نکرده و اتخاذ تصمیم در این باره را بر عهده مقامات قضایی مربوط قرار داده است. بدیهی است با عنایت به تکلیف دادیار و دادستان در تصریح به احراز شرایط آزادی مشروط یا تکلیف رئیس زندان و قاضی ناظر زندان یا رئیس حوزه قضایی به تأیید وجود شرایط فوق، اتخاذ هرگونه تصمیم مبنی بر پیشنهاد و یا عدم پیشنهاد آزادی مشروط و موافقت یا عدم موافقت با آن، بدون توجه به تجربیات قضایی و نتایج تحقیقات جرم‌شناختی، از یک طرف منجر به عدم آزادی زندانیان مستحق آزادی مشروط و در نتیجه، افزایش جمعیت کیفری و به طور کلی، عدم تأمین اهداف تأسیس نهاد آزادی مشروط می‌شود و از طرف دیگر، منجر به امکان تهدید مجدد نظم و امنیت اجتماعی در صورت آزادی مشروط آن دسته از بزهکارانی خواهد گردید که در واقع، فاقد شرایط برخوردارگی از امتیاز آزادی

مشروط بوده‌اند. بنابراین، تدقیق بیشتر در مفهوم پیش‌بینی تکرار جرم و تبیین برخی نتایج تحقیقات جرم‌شناختی ناظر به این موضوع که در این مقاله به آن پرداخته شده است، می‌تواند موجبات دقت مقامات مربوط و صحت تصمیمات اتخاذی آنها را جهت اعطا یا عدم اعطای آزادی مشروط، تعلیق، تخفیف و تبدیل مجازات و اصولاً اتخاذ هر تصمیم قضایی مساعد و به نفع متهم را به دنبال داشته باشد.

### پیش‌بینی وقوع جرم

پیش‌بینی وقوع جرم، بر اساس مطالعات جرم‌شناسی، به معنای بررسی احتمال ارتکاب جرم یا تکرار آن توسط افرادی است که در مظان ارتکاب جرم قرار دارند. پیش‌بینی وقوع جرم، به فرایند تصمیم‌گیری بهتر در نظام عدالت کیفری کمک می‌کند. بنابراین، با پیش‌بینی وقوع جرم، تصمیم‌گیرهای کیفری؛ نظیر: تصمیم در خصوص تعلیق مراقبتی، آزادی مشروط، اخذ التزام از بزه‌کاران، برنامه‌های اصلاحی و پیشگیرانه، مناسبتر، مفیدتر و منطبق با دستاوردهای جرم‌شناسی می‌شود.<sup>۱</sup>

در مطالعات راجع به پیش‌بینی جرم (خواه پیش‌بینی جرایم اولیه یا ثانویه در قالب تکرار جرم) بر پیش‌بینی جرایم صغار و بزرگسالان تأکید ویژه‌ای می‌گردد. پیش‌بینی تکرار جرم و نیز پیش‌بینی جرایم خشن، بخشی از تحقیقات مذکور است.<sup>۲</sup>

تلاش برای پیش‌بینی جرم، به قرن نوزدهم باز می‌گردد؛ زمانی که تعلیق مراقبتی و

تعلیق

۶۴

طیقه علوم حقوقی

1. Petersilia, J. Turner, S. Kahan, J., and Petersan, J. (1985) Grantiny Flons Probation, Santa Monica, A: Rand.

Gottfredson, S. and Gottfredson, O. (1986) Accuracy of prediction models. in. A. Blumstein (Ed.) Criminal carers and career criminals, (vol.2) Washington D.C: national academy press.

2. Maltz, M. (1984). Recidivism. Orlando, fl: The academic press. and Schmidt, P. and Witte, A. (1988) prediction recidivism using survival models. New York, NY: sprinter-veriag.



آزادی مشروط، بیشتر مورد استفاده قرار گرفت.<sup>۱</sup>

تحقیقات ناظر به پیش‌بینی جرایم، از بُعد عملی در طول سالهای ۱۹۲۰ میلادی اهمیت یافت؛ خصوصاً جرم‌شناسان به استفاده از آمار برای پیش‌بینی تکرار جرم از ناحیه مضمولین آزادی مشروط، رغبت نشان دادند. برخی از تحقیقات اولیه توسط وارنر<sup>۲</sup> و هارت<sup>۳</sup> اهمیت استفاده از آمار برای پیش‌بینی تکرار جرم آزادشدگان مشروط را آشکار نمودند. با این وجود، اولین فرد شناخته شده برای استفاده از روش علمی در تحقیقات پیش‌بینی وقوع جرم، بورگس<sup>۴</sup> می‌باشد. وی با بررسی سوابق کسانی که از آزادی مشروط استفاده کرده‌اند و با استفاده از روشهای آماری جهت پیش‌بینی توفیق یا شکست آزادشدگان مشروط در تکرار یا عدم تکرار جرم، کوشید.<sup>۵</sup> مطالعات «بورگس» با فاصله کمی، با تحقیقات «گلوکها» دنبال شد. گلوکها در واقع به مدت چهار دهه، این تحقیقات را ادامه دادند.<sup>۶</sup> آنان تلاش اصلی خویش را مصروف تحقیقات طولی (longitudinal research) جهت پیش‌بینی جرم صغار بزهکار نمودند. روش تحقیق آنها اصولاً مبتنی بر مطالعات قهقرایی (retrospective

1. Abadinsky, H. (1987) probation and parole: Theory and practice, (brded), Englewood. cliffs, NY: prentice hall, Inc.
2. Warner, S. (1923) Factors determining parole from massachusetts reformatory. Journal of criminal law, criminology, and police science, 14, 172-207.
3. Hart. H. (1923) prediction parole success. Journal of criminal law, criminology, and police science, 14, 403-412.
4. Burgess, E. (1928) Factors determining success or failure and parole. in A.A. Bruce, E.W. Burge and A.J. Harno. The workings at the indeterminate sentence law and the parole system in Illinois. spring feild, Il: Illinois state Board of parole.
5. Glaser, D. (1987) Classification of risk. in D. Gottfredson and M. Tonry (Eds). prediction and classification criminal justice decision making. (pp.249-292). Chicago, Il: The university of Chicago press.
6. Glueck, S. and Glueck, E. (1930) 500 criminal careers, New York. NY: Knopf Gluecks, and Glueck, E. (1943) criminal careers in retrospect. New York. NY: The common wealth fund.

(study) بود؛ روشی که به خاطر آن، تحقیقات آنان به شدت مورد انتقاد قرار گرفت. از آن زمان تا کنون، تحقیقات متعددی در حوزه پیش‌بینی وقوع جرایم انجام شده و با توسعه و افزایش اطلاعات آماری، بر اهمیت آن افزوده می‌شود. به رغم کشف این حقیقت، برخی از محققان با اذعان به استفاده از روش آماری پیچیده و علمی در تحقیقات ناظر به پیش‌بینی وقوع جرم، اعتبار واقعی آن را در ارائه پیش‌بینی صحیح و دقیق وقوع جرم، بیش از ۱۰ تا ۲۰ درصد نمی‌دانند.<sup>۱</sup>

## استفاده از پیش‌بینی جرم در حقوق جزا

از نظر تاریخی، استفاده از پیش‌بینی جرم در حقوق جزا در راستای اهداف ذیل صورت پذیرفته است:

۱. ارزیابی خطر بالقوه کسی که با وضعیت ویژه‌ای در جامعه حضور دارد.
۲. تعیین سطح کنترل یا نظارتی که برای اداره یک بزهکار (مجرم) نیاز است (معمولاً طبقه‌بندی نامیده می‌شود).
۳. تعیین نیازهای درمانی یک بزهکار.
۴. ارزیابی تمایل بزهکار یا احتمال ارتکاب جرم توسط او.<sup>۲</sup>

## ارزیابی حالت خطرناک

ارزیابی و تعیین میزان خطرناکی کسی که در اجتماع زندگی می‌کند و بیم ارتکاب جرم توسط او می‌رود، یکی از اهداف پیش‌بینی وقوع جرم است.<sup>۳</sup> در این راستا باید

---

1. Petersilla and Turner, ibid, 1987, Schmidt and Witte, ibid, 1988.  
 2. Gabor, T. (1986) The prediction of criminal behavior: statistical approaches, toronto: university of toronto press.  
 3. Wiggin S,J,S. (1973) personality and prediction: principle of personality assessment. Donmills. ontario: Addison - wesley.

روان‌پزشکان و روان‌شناسان برای تشخیص خطرناکی افراد و کمک به دادگاه جهت اتخاذ تصمیم درباره آزادی همراه با التزام، مجازات، درمان و غیره فراخوانده شوند.<sup>۱</sup> با این وجود، برخی از نویسندگان معتقدند هر نوع ادعا مبنی بر پیش‌بینی حالت خطرناک به وسیله روان‌پزشکان یا روان‌شناسان، فاقد پایه و اساس است.<sup>۲</sup> بعضی از این نویسندگان، در نتیجه یافته‌های خود تأکید نموده‌اند که اکثریت ۹۶۷ بیماری که قانوناً خطرناک شمرده شده، ولی به وسیله دادگاه عالی، آزاد شده بودند، با وجود چهار سال زندگی در اجتماع، هیچ حالت خطرناکی از خود بروز ندادند.<sup>۳</sup>

در تحقیقات دیگر، رابطه‌ای اندک اما قطعی و معین میان صحت پیش‌بینی وقوع جرم و حالت خطرناک کشف شد.<sup>۴</sup> گروهی از روان‌پزشکان ادعا کردند که حالت خطرناک را می‌توان با اطمینان مورد پیش‌بینی قرار داد و درمان کرد.<sup>۵</sup> این در حالی است که به عنوان مثال، از یک گروه هشتاد نفری آزاد شده از زندان که نرخ تکرار جرم آنان ۶/۱ درصد بود و چهل نفر آنان از مجرمان جرایم جنسی بودند که بر اساس نظر متخصصان، نباید آزاد می‌شدند، پس از پنج سال آزادی، ۶۳/۳ درصد آنان مرتکب تکرار جرم نشدند و حالت خطرناکی از خویش بروز ندادند. به همین دلیل، بسیاری از نویسندگان، به این نتیجه رسیده‌اند که هیچ دلیل قطعی از طرف روان‌پزشکان و

1. Criss O.T. (1986) psychological assessment in legal context. in W.J. Curran. A.L. McGarry. A. Shan (Eds), forensic psychiatry and psychology: perspectives and standerds for interdisciplinary practice (pp.103-128) philadelphia: F.A. Davis.
2. Rubin, B. (1972) The prediction of dangerousness in mentally ill criminals. Archives of general psychiatry, 27, 397-407.
3. Steadman. H.J.Q. Hal Fon, A. (1971) The Baxsta patients: Background and outcomes. Journal of psychiatry, 128, 376-385.
4. Sepeyak, D.S, Webster, C.D., Q menzies, R.J. (1984) The clinical prediction of dangerousness: Getting beyand the basic questions. in D.J. Muller D. Blackman Q A.J. champman (Eds.) psychology and law. (pp.113-123) New York: John Wiley and sons.
5. Kozob H. Boucher, Q Garofalo, R. (1972) The diagnosis and treatment of dangrouness. crime and delinquency. 18(4) 371-392.

روان‌شناسان قابل ارائه نیست تا ثابت کنند دقیقاً و بدون تردید، می‌توانند رفتار خطرناک افراد را تشخیص دهند.<sup>۱</sup>

## تصمیم‌گیری برای آزادی مشروط

از کاربردهای دیگر پیش‌بینی جرم، استفاده از آن در تصمیم‌گیری برای آزادی مشروط است. معمولاً نهادهای قضایی با مطالعه سوابق مجرم، گزارشها و مصاحبه‌هایی که با مجرم به عمل می‌آورند و... نسبت به اعطا یا عدم اعطای آزادی مشروط تصمیم می‌گیرند.<sup>۲</sup> در این خصوص به ویژه بر احتمال تکرار جرم آزادشدگان مشروط و امکان پیش‌بینی آن تأکید می‌شود.

اگرچه برخی معتقدند اکثر پیش‌بینی‌های ناظر به تکرار جرم آزادشدگان مشروط، تا کنون مقرون به واقعیت نبوده<sup>۳</sup> و به همین دلیل، برخی از آنان خاطر نشان نموده‌اند که موفقترین موارد پیش‌بینی تکرار جرم آزادشدگان مشروط، تنها در ۳۶ درصد از موارد به واقعیت پیوسته است،<sup>۴</sup> اما به رغم این امر، نویسندگانی همچون «منهایم» و «ویلکنز» در پیش‌بینی وقوع بزهکاری صغار بر اساس مدل پیش‌بینی بالینی، به موفقیت‌هایی در این زمینه اشاره می‌کنند. با این وجود، تردیدی نیست که هنوز این مدل و مدل‌های دیگر پیش‌بینی جرم، برای تشخیص امکان تکرار جرم، موفق نبوده است.<sup>۵</sup>

1. Eniss, B.J. Qlitwack, T.R. (1947) psychiatry and the presumption expertise: feilling coins in the court room. California law review, 62, 693-752.
2. Glaser, D. (1958) Who gets probation and parole: case study versus actuarial decision making. crime and delinquency, 31(3), 367-378.
3. Hoffman, P.B. W stone - meierhoferl J.(1979). parole decision - making: A salient factor score. Journal of criminal justice, 2, 195-206.
4. Gottfredson, Mr. and Gottfredson, D.M. (1979) Screening for risk: A comparison of methods, paper presented at the meeting at the America society of criminology, Philadelphia. PA.
5. Wormith, J.S. Q Goldstone. C.S. (1984) The clinical and statistical prediction of recidivism. criminal justice and behavior, 11(1), p.3-34.

بیت



طیبه علوم و فنون

## تصمیم‌گیری درباره آزادی فرد با وجه‌الضمان (التزام)

هدف از اخذ وجه التزام یا وجه‌الضمان، آن است که متهم در مراحل دادرسی، طبق تصمیم دادگاه حاضر گردد. استفاده از پیش‌بینی جرم برای تصمیم‌گیری در این مورد نیز امکان‌پذیر است. دادگاه ممکن است با توجه به درجه خطرناکی بالفعل مجرم، از پذیرش وجه‌الضمان خودداری کرده، از آزاد کردن او امتناع کند. «بیلی» در سال ۱۹۲۷ به این حقیقت اشاره کرد که بسیاری از کسانی که پیش از محاکمه در زندان بودند، با توجه به سوابق خانوادگی، روابط اجتماعی، موقعیت اجتماعی و سوابق فردی، امکان فرار از تعهد به حضور در دادگاه رانداشته و بنابراین، بازداشت موقت آنان ضروری نبوده است. دادگاه می‌توانست با استفاده از پیش‌بینی وقوع جرم، تصمیم مفیدتری در این خصوص اتخاذ نماید و مانع سلب آزادی بلاوجه متهم و ازدحام جمعیت زندانها گردد.<sup>۱</sup> درباره پیش‌بینی جرم و اخذ وجه‌الضمان، موضوع دوم، بررسی درجه خطرناکی مجرم و در نتیجه، احتمال تکرار جرم است. البته همان‌گونه که قبلاً بیان شد، امکان پیش‌بینی دقیق احتمال تکرار جرم بر اساس حالت خطرناک، با مشکلات جدی روبه‌روست. در این باره برخی دیگر از نویسندگان خاطرنشان کرده‌اند که استفاده از متغیرهای متعددی مانند شغل، روابط خانوادگی، موقعیت اجتماعی و... جهت پیش‌بینی احتمال ارتکاب جرم در زمان آزادی پیش از محاکمه، نمی‌تواند دارای ارزش واقعی باشد.<sup>۲</sup>

1. Beeley, A. (1927) The bail system in Chicago. Chicago: university of Chicago press.
2. Roth, J: Q Wice, P. (1978) pre-trial release and misconduct in the district of columbia. promis research project publication 16. Washington. D.C: U.S. Government printing office.

## تصمیم‌گیری درباره مجازات

در فرایند تصمیم‌گیری برای مجازات مجرم، قاضی می‌تواند از اطلاعات متعددی استفاده کند. در بسیاری از موارد، قاضی مردد است که آیا با صدور حکم حبس، مجرم را به میان جمعیت بزه‌کاران و به زندان بفرستد یا راجع به درمان بزه‌کار، تصمیم دیگری بگیرد.

چنان که می‌دانیم، استفاده از تعلیق مجازات و گونه‌های مختلف اصلاح و درمان اجتماعی از اختیارات قاضی صادرکننده حکم است. با این وجود، همواره قضات در این خصوص دچار تردید می‌باشند که آیا آزاد نمودن مجرم با استفاده از تدابیر مذکور، منجر به ارتکاب بزه دیگری از سوی مجرم نمی‌گردد؟

تردیدی نیست که برای این منظور، استفاده از پیش‌بینی جرم و به کارگیری نظر متخصصان می‌تواند قاضی را در اتخاذ تصمیم مناسب کمک کند. این رویکرد بر اساس آنچه برخی از متخصصان یادآور شده‌اند، در ایالات متحده آمریکا به طور وسیع مورد استفاده قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> استفاده از این روش، به ویژه درباره مجرمان حرفه‌ای و به عادت، بیشتر مرسوم است و در این باره، محققان تلاش کرده‌اند به اصول قابل اجرایی دست یابند.<sup>۲</sup>

### استفاده از پیش‌بینی جرم برای طبقه‌بندی مجرمان

در حقوق جزا از پیش‌بینی جرم، برای طبقه‌بندی مجرمان بر اساس نیاز به نوع خاصی از نظارت یا کنترل نیز می‌توان استفاده کرد. استفاده از انواع زندانها - که معمولاً با معیار برخورداری از درجه امنیتی به زندانهای دارای درجه امنیتی متوسط و حداکثر، قابل تقسیم است - و فرستادن زندانیان به هر کدام از زندانهای معین، نیازمند شناخت اولیه

1. Kress. J. (1980) prescription for justice: Theory and practice of sentencing guidelines Cambridge, MA: Ballinger.
2. Decker. S.H. and Salert, B. (1986) predicting the career criminal: An empirical test of the greenwood scale. Journal of criminal law and criminology (1), 215-230.

تصمیم



ملک‌شاه عیون‌الکرامت

از درجه خطرناکی و... آنهاست. برای این منظور، تنها احتساب سوابق مجرمانه مجرم کافی نیست، بلکه ارزیابی نیازهای مادی و معنوی بزهکار و قابلیت آموزشی و اصلاحی او در درجه اول اهمیت قرار دارد.

## رهیافتهای پیش‌بینی جرم

اکنون با توجه به آنچه درباره پیش‌بینی جرم و تکرار جرم بیان شد، تلاش می‌شود تا به بررسی برخی تحقیقات انجام شده در قلمرو پیش‌بینی تکرار جرم پرداخته شود. در سال ۱۹۹۷ «هالین فینگ» به مطالعه پیش‌بینی تکرار جرم در زنان آزد شده مشروط از زندان ایالت یوتای آمریکا در فاصله زمانی اول ژانویه ۱۹۹۰ تا ۲۲ ژوئن ۱۹۹۳ پرداخت.<sup>۱</sup> معیار تکرار جرم مورد بررسی او، حبس مجدد بود و روش پیش‌بینی وقوع جرم او بر «رگرسیون چندمتغیری» (logistic regression) استوار بود. مهمترین متغیرهای مورد مطالعه او، مصرف مواد مخدر، سن اولیه بازداشت، سن زمان آزادی مشروط، تعداد بازداشت‌های قبلی، تعداد محکومیت‌های قبلی، مدت اقامت در زندان و سطح تحصیلات بود. در میان متغیرهای مذکور، مهمترین متغیرهایی که تأثیر بیشتری در پیش‌بینی تکرار جرم داشت عبارت بود از: تعداد محکومیت‌های قبلی، سن اولین بازداشت، سابقه مصرف مواد مخدر، نوع جرم ارتكابی فعلی و سطح تحصیلات. در جمعیت مورد مطالعه او تقریباً  $\frac{2}{3}$  مرتکب جرایم مالی شده بودند. توزیع مواد مخدر، سرقت و حبس، مهمترین این جرایم بود که به حبس بزهکار منتهی شد. هر کدام از این جرایم، تقریباً  $\frac{1}{5}$  جمعیت مورد مطالعه او را دربرمی‌گرفت.

نتیجه و خلاصه یافته‌های تحقیق مذکور از این قرار است:

۱. پیشینه کیفری با تکرار جرم در ارتباط است؛ این نتیجه نشان می‌دهد که پیشینه

---

1. Feng, Huilin (1997) prediction recidivism of female parolees released from the Utah state prison from 1990 to 1993, Doxtoral dissertation, the university of Utah, U.S.A.

کیفری، یک معیار بسیار قوی برای پیش‌بینی تکرار جرم است. این یافته با یافته‌های تحقیقات دیگر؛ از جمله: یافته‌های «بک» و «شیپلی»،<sup>۱</sup> «بودورایس»<sup>۲</sup> و نیز «گرین‌وود»<sup>۳</sup> هماهنگ است.

نرخ تکرار جرم در میان زنان آزاد شده مشروطی که دارای بیشترین سابقه محکومیت کیفری بودند، بالاترین حد را داشت. بزهکاران آزاد شده مشروطی که چندین سابقه بازداشت یا محکومیت داشتند، زودتر و بیشتر از گروه مقابل که کمتر سابقه بازداشت یا محکومیت داشتند، مرتکب تکرار جرم شده‌اند. نرخ تکرار جرم به طور منظم با نرخ بازداشت‌های قبلی و محکومیت‌های پیشین در ارتباط است؛ به گونه‌ای که هر بازداشت یا محکومیت قبلی، در حدود ۱/۴۳ بار احتمال تکرار جرم را افزایش می‌دهد.

این نتیجه‌ها تئوری معاشرت ترجیحی ساترلند را تأیید می‌کند.<sup>۴</sup> به این معنی که اشتغال بیشتر افراد در فعالیتهای مجرمانه، احتمال بیشتر ادامه آن‌ها را نیز به دنبال دارد. کسانی که پیشینه طولانی در فعالیتهای مجرمانه دارند، انتظار می‌رود بیش از گروه‌های دیگر، از فرهنگ‌های انحرافی متأثر شوند. آنان از فرصتهای بیشتری جهت ارتباط با بزهکاران برخوردار بوده، تعاریف تخطی از قانون و تجاوز به آن را از این تأثیر و تأثر آموخته‌اند. این حضور مداوم در فرهنگ‌های انحرافی، هویت فرهنگی متأثر از انحرافات ایجاد شده را تقویت نموده، اصلاح و درمان آنان را مشکل می‌سازد.

۲. جرایم ارتكابی جدید مجرم با نوع جرایم ارتكابی قبلی در ارتباط است؛ بر این اساس، احتمال ارتكاب مجدد جرم و بازداشت مجرمان جرایم علیه اموال، بیش از

1. Beck, J. and Shipley, B.E. (1987) Recidivism of young parolees. special report NCJ - 104916). Washington, D.C: Bereau of justice statistics.
2. Boundouris, J. (1983) The recidivism of releases from the Iowa state penitentiary at Fort Malison, Des Moines, IA: Division of adult corrections.
3. Green Wood, P.W. (1982) Selective incapacitation, Santa Monica, CA: R and corporation.
4. Sutherland, E. (1939) principles of criminology, Philadelphia, lippincott.



سایر مجرمان وجود دارد. نتایج این تحقیق، این فرضیه را ثابت می‌کند و بدین ترتیب، ارتکاب جرایم علیه اموال، می‌تواند به عنوان یک عامل پیش‌بینی تکرار جرم در آینده مورد استفاده قرار گیرد. بر این اساس، آزادشدگان مشروطی که مرتکب جرایم خشن شده بودند، دارای کمترین درصد احتمال تکرار جرم هستند و آن دسته از این مجرمان که هیچ سابقه‌ی بازداشت قبلی نداشته‌اند، با درصد بسیار پایینی ممکن است مرتکب تکرار جرم گردند.

این یافته با سه دلیل، قابل توجیه است: نخست آن که زنان (جمعیت مورد مطالعه در این پژوهش) کمترین میزان خشونت را دارند. با این وجود، در صورت ارتکاب جرایم خشن، بزه‌دیده‌ی آنان معمولاً شوهر یا فرزندان آنان است. دوم آن که بیشتر جرایم خشونت‌بار در مواقع غلیان هیجانات<sup>۱</sup> مورد ارتکاب قرار می‌گیرد و سرانجام، به این دلیل که جرایم خشونت‌بار، معمولاً به ضرب و جرح‌های شدید منجر می‌شود، در موارد قتل، وقوع مرگ، امکان تکرار جرایم خشن را از بین می‌برد و از طرف دیگر، مجرمان جرایم خشن، نسبت به مرتکبان جرایم علیه اموال، به مجازات شدیدتری محکوم می‌گردند؛ امری که امکان تکرار جرم آنان را به دلیل سکونت بیشتر در زندان، کاهش داده، در نتیجه، موجب کندتر شدن فرایند تکرار جرم آنان در مقایسه با سایر مجرمان نیز می‌گردد.<sup>۲</sup> این یافته با نتایج تحقیق «پیتر سیلا» که بر اساس آن، مرتکبان جرایم علیه اموال، سریعتر و بیشتر از مرتکبان جرایم خشونت‌بار، مرتکب تکرار جرم می‌گردند، قابل تطبیق است.<sup>۳</sup>

از سوی دیگر، ارتکاب جرایم علیه اموال، آسانتر است. یافته‌های این پژوهش، حاکی از آن است که اکثر افراد گروه برخوردار از آزادی مشروط، بیکار بودند و ۷۵/۶ درصد نیز متأهل نبوده‌اند. بدیهی است که عدم اشتغال، می‌تواند عاملی برای ارتکاب

1. heat of passion.

2. Boudouris, 1983, ibid: and, McCleary, R. (1978) Dangerous men: the sociology of parol, Bereriy Hills, CA: sarge.

3. Petersilla, J. (1985) Rand's research felony probation corrections today, 47(3), 36-38.

تکرار جرایم علیه اموال باشد. علاوه بر این، معمولاً مرتکبان جرایم علیه اموال، به مجازاتهای خفیفتری در مقایسه با مرتکبان جرایم خشن محکوم می‌شوند و فرصت بیشتری برای تکرار جرم دارند.<sup>۱</sup>

۳. یافته‌های این تحقیق، حاکی از آن است که احتمال تکرار جرم برای سفیدپوستان، کمتر از دیگر بزه‌کاران است. با این وجود، محقق یادآور می‌شود که نژاد نمی‌تواند یک عامل ثابت برای پیش‌بینی تکرار جرم باشد. این سخن، با آنچه در تحقیق «مناهان» مورد تأکید قرار گرفته است، مطابقت دارد.<sup>۲</sup>

۴. نرخ تکرار جرم، با افزایش سن، رابطه منفی دارد؛ بنابراین، سن می‌تواند به عنوان یک معیار پیش‌بینی، مد نظر قرار گیرد. این یافته، با آنچه محققان دیگر؛ از جمله: «حسین»<sup>۳</sup> و «بونهام» و همکاران او<sup>۴</sup> و نیز «بک» و «شیپلی»<sup>۵</sup> در تحقیقات خویش به آن رسیده‌اند، مطابقت دارد. بسیاری دیگر از محققان نیز تأکید کرده‌اند که سن، بهترین عامل پیش‌بینی تکرار جرم است.<sup>۶</sup>

در پژوهش «فینگ» نرخ تکرار جرم در بین کسانی که سابقه بازداشت در سنین جوانی داشته‌اند، از بالاترین درجه برخوردار بود. تکرار جرم به نحو معکوس با سن آزادشدگان مشروط که قبلاً برای اولین بار بازداشت شده بودند، در ارتباط بود. رابطه

---

1. Feng, 1997, ibid, p.62.
2. Monahan, J. (1984) The prediction of violent behavior: toward a second generation of theory and policy. American journal of psychiatry, 141, 10-15.
3. Hassin, Y. (1986) Two models of predicting recidivism, British journal of criminology, 26(3), 270-280.
4. Bonham, G. Jr, Janeksela, G. and Bardo, J. (1986) predicting parole prison in Kansas via discriminant analysis. Journal of criminal justice, 14, 123-133.
5. Beck, A, J, and Shipley, B.E. (1987) Recidivism of young parolees, (special report NCJ - 104616). Washington D.C: Bureau of justice statistics.
6. Gendeau, P. Madden, P. and Leipeiger, M. (1980) prediction recidivism with social history information and a comparison in their predictive power with psychometric methods. Canadian journal of criminology, 22, 328-336.

معکوس میان سن و تکرار جرم، به تأثیر (جوانی) اشاره دارد که بر اساس آن، آزادشدگان مشروطی که کمتر از ۳۳ سال دارند، بیش از آزادشدگان مشروط مستتر احتمالاً به طور مکرر مرتکب جرم می‌شوند؛ امری که «سانچز» نیز در تحقیق خود به آن اشاره کرده بود؛<sup>۱</sup> در حالی که از طرف دیگر، سن پختگی موجب کاهش تکرار جرم آزادشدگان مذکور می‌گردد. این یافته با نتایجی که «هوفمن» و «بک»<sup>۲</sup> در سال ۱۹۸۰ و «سیگل»<sup>۳</sup> در سال ۱۹۹۳ به آن رسیده‌اند نیز مطابقت دارد.

بدین ترتیب، بار دیگر، نظریه معاشرت ترجیحی ساترلند تأیید می‌گردد که بر اساس آن، بزهکارانی که در سنین اولیه زندگی، درگیر فعالیتهای مجرمانه بوده‌اند، این الگوهای رفتاری را در طول زندگی خویش تکرار خواهند کرد؛ زیرا تأثیرپذیری در زمان کودکی و بلوغ، قویتر از دوران دیگر است.

۵. مصرف مواد مخدر به عنوان یک عامل مؤثر بر پیش‌بینی تکرار جرم، قابل ذکر است. تکرار جرم در میان مصرف‌کنندگان مواد مخدر و الکل بیش از دیگران است. مصرف مواد مخدر، بدون تردید، اعتیادآور است و معتادان به این مواد، از نظر روانی، بیش از پیش بدان نیازمند می‌گردند. آنان در صورت عدم مصرف این مواد، دچار بیماری می‌گردند؛ امری که کنترل آنان را به حداقل کاهش می‌دهد. از طرف دیگر، به دست آوردن مواد نیز عادت پرهزینه‌ای محسوب می‌گردد و معتادانی که فاقد درآمد کافی هستند، باید راههای دیگری برای تأمین هزینه‌های مواد پیداکنند. به همین دلیل، ارتکاب جرایم علیه اموال، هم راه حل آسان و هم معمول است. یافته‌های این تحقیق مبنی بر مصرف مواد مخدر به عنوان یک عامل پیش‌بینی برای تکرار جرم، با مطالعات

1. Sanchez, J.E. (1984) An assessment of childhood and adulthood factors as predictors of violent criminality among a male population. Dissertation abstracts internatoinal, 45, 2266. A. (university microfilms No.84-23, 100)
2. Hoffman, P. and Beck. J. (1980) Revalidating the salient factor score: A research note. Journal of criminal justice, 8, 185-188.
3. Siegel, L.J. (1993). criminology, st. Paul, MN: west publishing company.

دیگر نیز تأیید شده است.<sup>۱</sup>

۶. یافته‌های این تحقیق، رابطه میان زمان اقامت در زندان و احتمال ارتکاب مجدد جرم را تأیید می‌کنند. آزادشدگان مشروطی که ۱۲ تا ۱۸ ماه در زندان اقامت داشته‌اند، بیشترین درصد تکرار جرم را به خود اختصاص می‌دهند. با این وجود، آن دسته از آزادشدگان مشروط که برای اولین بار زندانی شده و بیش از یک ماه در زندان باقی نمانده‌اند، به دلیل شوک روانی حاصل از زندان، کمترین احتمال تکرار جرم در آنان وجود دارد؛ در حالی که باگذشت زمان، این تأثیر، کم می‌شود.

به نظر می‌رسد وخیم‌ترین مدت اقامتی که بر تکرار جرم مؤثر واقع می‌شود، ۱۲ تا ۱۸ ماه سکونت در زندان است؛ زیرا با کاهش تأثیر زندان و سازگاری زندانیان با محیط زندان و زندگی در آن باعث می‌شود که برخی از آنان، زندان را محیط مناسبی برای زندگی ببینند.

احتمال تکرار جرم در زندانیانی که این مدت از زندان را تجربه کرده‌اند، بیش از سایر زندانیان است. اقامت بیش از دو سال در زندان، معمولاً حکایت از آن دارد که مرتکب جرایم شدیدی شده‌اند و همان‌طور که قبلاً توضیح داده شد، مرتکبان جرایم شدید، کمتر احتمال تکرار جرم دارند؛ امری که در این تحقیق نیز در بین آزادشدگان مشروط، مورد تأکید واقع شده و به عنوان یک عامل پیش‌بینی تکرار جرم تلقی گردیده است.

۷. برخی از متغیرهای ناظر به ارتباطات اجتماعی نیز به عنوان عوامل قابل استناد در پیش‌بینی تکرار جرم، معتبر است. با این وجود، سطح آموزش، تنها متغیری است که قطعاً با تکرار جرم در ارتباط است. این رابطه، حکایت از آن دارد که افرادی که از سطح تحصیلات بالاتر برخوردارند، کمتر احتمال تکرار جرم آنان می‌رود.

متغیرهای دیگر ارتباطات اجتماعی، چنین تأثیری را نشان نمی‌دهد. در بین گروه مورد مطالعه (زنان آزاد شده مشروط)، میان وضعیت ازدواج یا مجرد و تکرار جرم،

1. Iadouceur, P. and temple, M. (1985) substance abuse among rapists: A comparison with other serious felons. Crime and delinquency, 31, 269-294.

رابطه ضعیفی وجود دارد. از طرف دیگر، با توجه به معیار اشتغال به عنوان یکی دیگر از عوامل ارتباط با جامعه، خاطر نشان می‌گردد که اکثر زندانیان آزاد شده مشروط در این تحقیق، بیکار بوده‌اند؛ علاوه بر آن که مجرد و فاقد تحصیلات متوسط نیز بوده‌اند. این سطح محدود تحصیلات، مانع از دستیابی آزادشدگان مشروط به شغلی مطمئن می‌گردد، در حالی که تجرد به هیچ کدام آنها بستگی ندارد. بیکاری، مانع از تحصیل درآمد و در نتیجه، موجب سوق دادن آزاد شده مشروط به خرید و فروش مواد مخدر و جرایم مالی می‌گردد.<sup>۱</sup>

### محدودیت‌های اخلاقی و قانونی در پیش‌بینی جرم

در حال حاضر باید تلاش شود تا به حداکثر دقت در پیش‌بینی وقوع جرایم و بخصوص تکرار جرم دست یافت؛ امری که مستلزم دستیابی به مدل یا مدل‌های دقیقی از پیش‌بینی وقوع جرم است. در عین حال، محقق نمی‌تواند از توجه به دو موضوع اخلاقی و قانونی در این باره غافل باشد:<sup>۲</sup> حداکثر تلاش باید به عمل آید تا از یک طرف، پیش‌بینی دقیقی از احتمال ارتکاب جرم صورت گیرد و از طرف دیگر، این امر مورد استفاده قانونی واقع شود. معذوریت اخلاقی در پیش‌بینی جرم، آن است که محقق باید به این پرسش پاسخ دهد که پیش‌بینی در چه زمانی، برای چه کسی و به چه وسیله‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> برای مثال، حتی اگر مطالعات ناظر به پیش‌بینی جرم بتواند به این نتیجه برسد که جنس، سن یا نژاد، عوامل مؤثر قابل پیش‌بینی برای تکرار جرم است، با این وجود، قاضی یا هر مقام تصمیم‌گیرنده دیگر نمی‌تواند این یافته‌ها را اخلاقاً در صدور حکم به مجازات و... دخالت دهد.

1. Feng, *ibid*, p.60-67.

2. Tonry, M. (1987) prediction and classification: legal and ethical issues. IN: Gottfredson and M. Tonry (Eds), prediction and classification criminal justice decision making. (pp.367-413) Chicago, IL: the university of Chicago press.

3. Schmidt and Witte, *ibid*, 1988.

برخی از نویسندگان به این واقعیت اشاره کرده‌اند که:

یک فرض مسلم ثابت و قطعی وجود دارد و آن این که کشف خطرناکی و دخالت پیش از ارتکاب جرم در زندگی یک کودک (برای مثال) موجب کاهش ارتکاب جرم فعلی و بزهکاری آینده می‌گردد... اما چگونه یک فرد می‌تواند معیارهای مشخص و ثابتی را نشان دهد که یک کودک در حال نشان دادن بزهکاری خود است و یا در معرض چنین مخاطره‌ای قرار دارد؟ حتی اگر چنین خطری اثبات گردد، چه کسی می‌تواند دخالت کند و در همین راستا چه راهبرد جبرانی دیگری در صورت اشتباه پیش‌بینی کننده، وجود دارد؟<sup>۱</sup>

علاوه بر این، باید تدابیر لازم برای جلوگیری از سوء استفاده علمی از یافته‌های پیش‌بینی جرم اتخاذ گردد.<sup>۲</sup>

به همان شیوه‌ای که محققان تلاش می‌کنند با افزودن اطلاعات خویش، به حداکثر دقت و اطمینان دست یابند، باید کوشش کنند به احساسات و ارزشهای گروه مورد مطالعه، در حوزه اخلاق، احترام بگذارند.<sup>۳</sup> بخصوص با پیش‌بینی تکرار جرم و درجه حالت خطرناک نمونه‌های انسانی مورد مطالعه، ممکن است به مجازات آنها افزوده یا تدابیر شدیدی نسبت به آنها در نظر گرفته شود. بدین ترتیب، از یک طرف، گرچه پیش‌بینی تکرار جرم و یا جرایم اولیه می‌تواند کمک شایان توجهی به نظام عدالت کیفری کند، اما از طرف دیگر نیز این احتمال وجود دارد که با ارتکاب اشتباهاتی چند، درجه اشتباه محتمل دستگاه قضایی را نیز افزایش دهد. این فرایند می‌تواند نتایج اخلاقی و حقوقی وخیمی به دنبال داشته باشد که گاهی غیر قابل جبران است.

1. Dutile, F. Foust, C. and Webster, R. (1982) Early childhood intervention and juvenile delinquency. Lexington, MA: Lexington books.
2. Deiner, E, and Crandall, R. (1978) Ethics in social and behavioral research. Chicago, LL: university of Chicago press.
3. Diener and Crandall, ibid, 1978.

## قلمرو حکومت قانون کیفری شکلی در زمان

□ دکتر محسن عینی  
□ استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی

### چکیده:

قوانین آیین دادرسی کیفری یا به عبارت دیگر، قوانین کیفری شکلی، از آن رو که تابع اصل قانونی بودن است، همچون قوانین ماهوی، به گذشته تسری نمی‌یابد و در نتیجه، اقدامهای صحیح قبل از حکومت قانون لاحق، باطل و معدوم نمی‌شود و این تعبیر که قوانین گفته شده نسبت به جرایمی که تعقیب آنها شروع نشده یا منجر به صدور حکم قطعی نشده است، به صورت استثنایی به گذشته عطف می‌شود، موجه نیست؛ زیرا علاوه بر این که موضوع قوانین شکلی با ماهوی متفاوت است، از کشف جرم تا اجرای مجازات، وضعیتهای حقوقی مستقلی همچون تعقیب جرم، صلاحیت دادگاه و... وجود دارد که اگر هر یک از این وضعیتها به صورت ناتمام با اجرای قانون جدید مواجه شود، تحت حکومت آن قرار می‌گیرد و اراده جدید قانون‌گذار، وفق اصل اعمال فوری قانون، بی‌درنگ اجرامی شود.

**کلید واژگان:** اعمال قانون کیفری شکلی در زمان، اعمال فوری قانون کیفری شکلی، تعقیب قوانین، اجرای فوری قانون، قانون کیفری شکلی.

### مقدمه

حقوق‌دانان در کنار قانون ماهوی، از اصطلاح قانون شکلی یا اجرایی یاد

می‌کنند<sup>۱</sup> که اگرچه تشخیص آنها از یکدیگر همیشه آسان نیست<sup>۲</sup> ولی اصولاً قوانین آیین دادرسی کیفری به تنظیم قواعد آن می‌پردازد و شامل مجموعه قواعد و مقررات مربوط به کشف جرم، وظایف ضابطان دادگستری، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین سازمان و صلاحیت مراجع کیفری و تکالیف آنها، تشریفات دادرسی، طرق شکایت از احکام و اجرای آنها و همچنین بیان حقوق متهمان است.<sup>۳</sup>

از نظر اعمال قانون کیفری در زمان، قانون کیفری ماهوی بر تمامی جرایمی که وقوع آنها بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون است، بی‌درنگ اعمال می‌شود و بر وقایع گذشته، حکومتی ندارد؛ مگر آن که وضعیتی را برای مرتکب جرم پیش آورد که مساعدتر به حال او باشد که در این صورت، تسری آن به گذشته، به طور استثنایی به دلایل انسانی و به حکم قانون، لازم است، ولی با تصریح قانون‌گذار، این ضابطه بر جرایم واقع شده در زمان حکومت قانون موقتی، اعمال نمی‌شود.

موضوع در خور توجه، این است که آیا قواعد مزبور، بر قوانین کیفری شکلی نیز اعمال می‌شود یا خیر؟ برای مثال، اگر در زمان وقوع جرمی، قواعد شکلی خاصی قابل

۱. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸؛ محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷؛ گاستون استفانی و ژرژ لواسور و برنار بولوک، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۹ و ۱۹۸؛ محمد باهری، *حقوق جزای عمومی*، تهران، چاپخانه برادران علمی، ص ۱۲۱؛ رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از مرتضی محسنی، *کلیات حقوق جزا*، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۲۹۸ و ۳۲۴.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۴، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲، ص ۷۰۱.

۳. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸؛ محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷؛ گاستون استفانی و ژرژ لواسور و برنار بولوک، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۹ و ۱۹۸؛ محمدجعفر حبیب‌زاده، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، ص ۴۲-۴۴.



اجراست و در جریان رسیدگی به آن، صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به جرم تغییر یابد، دادرسی کیفری بر اساس کدام یک از قوانین قدیم یا جدید ادامه می یابد و تعارض بین دو قانون، چگونه رفع می شود؟ به طور کلی آیا اعمال قانون کیفری شکلی در زمان، تابع قواعد مربوط به قانون ماهوی است یا اجرای آن را قواعد متفاوت دیگری اداره می کند؟

اهمیت مقررات شکلی از جهت نقشی که در حراست از حقوق و آزادیهای افراد دارد، ایجاب می کند تا قواعدی مدون درباره اعمال قوانین کیفری شکلی در زمان وضع گردد. با آن که ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی به قواعد مربوط به اعمال قوانین کیفری ماهوی در زمان تصریح کرده است، ولی مقررات کیفری ما بر خلاف قانون مجازات فرانسه و کویت درباره قوانین کیفری شکلی، نسبت به آن سکوت کرده اند و تنها در مقررات پراکنده ای که به ایجاد مراجع قضایی خاص و تشریح تشریفات دادرسی آنها مربوط است، ضوابطی مقرر شده است؛ از این رو، موضوع اعمال قوانین شکلی در زمان در حقوق کیفری ایران را بیشتر به مدد قواعد فراهم آمده توسط دکترین و نظراتی که حقوق دانان مطرح کرده یا رویه قضایی به وجود آورده است، تبیین می کنیم و با بهره گیری از قواعدی که در حقوق تطبیقی مطرح است، نخست قواعد کلی مربوط به اعمال قانون کیفری شکلی در زمان را معرفی و سپس به دو مورد از مهمترین مصادیق مربوط به قوانین شکلی را بر آن قواعد منطبق می کنیم.

## قواعد حاکم بر اعمال قانون کیفری شکلی در زمان

### اصل قانونی بودن قواعد کیفری شکلی

به موجب بنیادی ترین اصل حقوق کیفری، نه تنها وضع جرایم و تعیین مجازاتها منوط به حکم قانون است، تشریفات دادرسی کیفری؛ از جمله، صلاحیت دادگاهها، صدور احکام کیفری و نحوه اجرای آنها و به طور کلی، مقررات شکلی را نیز باید قوانین

کیفری مقرر کند.<sup>۱</sup> بدین جهت، حقوق دانان کیفری از اصل قانونی بودن حقوق کیفری یاد می‌کنند که قلمرو آن، نه تنها جرایم و مجازاتها، بلکه ترتیبات رسیدگی به جرایم و اجرای مجازاتها را نیز شامل می‌شود<sup>۲</sup> و بر این اساس، نظر برخی از حقوق دانان مبنی بر حصر اصل قانونی بودن به جرایم و مجازاتها، مورد انتقاد قرار گرفته و از اندیشه حکومت اصل قانونی بودن، به طور مساوی بر قوانین ماهوی و شکلی، حمایت شده است.<sup>۳</sup>

از مهمترین دلایل قانونی کردن قواعد شکلی، صرف نظر از انتظام سازمانی و تأمین مصالح عمومی، این است که بسیاری از مقررات آن راجع به بازداشت‌های احتیاطی، احضار یا جلب شهود و... با تحدید آزادیهای فردی و از سوی دیگر، تبیین حقوق متهمان و اشخاصی که در فرآیند دادرسی کیفری دخالت دارند، مرتبط است؛ پس همچنان که قانون‌گذار با احصای رفتارهایی که آزادی اشخاص را محدود می‌کند (جرایم)، انجام آنها را به جهت آن که با نقض حدود الهی و نظم اجتماعی یا تجاوز به منافع دیگران ملازمه دارد، مشمول واکنش اجتماعی قرار می‌دهد (تعیین مجازات)، باید به دقت، ترتیبات رسیدگی به جرایم و اجرای مجازاتها را که گاهی اهمیت آن از خود تعیین جرایم و مجازاتها بیشتر است، قانونمند کرده، به اطلاع عموم برساند. به همین جهت به نظر برخی از حقوق دانان، مجرم باید قبلاً از صلاحیت دادگاه و تشریفات مقرر آن مطلع گردد.<sup>۴</sup> دادرسی کیفری نیز تنها بر اساس تشریفات دادرسی را

۱. محمدجعفر حبیب‌زاده، *جزوه حقوق جزای عمومی*، انتشارات دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد، ۱۳۷۷، ص ۱۹۱-۱۹۳.

۲. دندیو دووایر، *رساله حقوق جنائی و قانونگذاری جزایی مقایسه*، ترجمه علی آزمایش، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۲۷، ۲۸ و ۳۱؛ هوشنگ شامبیاتی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ چهارم، مؤسسه انتشاراتی ویستار، تهران، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۲۰، ۲۶۱.

۳. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸؛ محمد آشوری، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷.

۴. دندیو دووایر، *رساله حقوق جنائی و قانونگذاری جزایی مقایسه*، ترجمه علی آزمایش، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۲۷، ۲۸، ۳۱.

شروع و ادامه می‌دهد که قانون مقرر کرده است.

قانونمند کردن ترتیبات رسیدگی به جرایم و جریان دادرسی بر اساس قانون، مورد توجه و اهتمام تدوین‌کنندگان قانون اساسی نیز قرار گرفته است؛ بدین جهت، بجز اصولی از آن که به موضوعات و قواعد شکلی اختصاص دارد، اصل ۱۵۹ ق.ا. مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است» و اصل ۳۴ نیز اشعار می‌دارد: «... هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد.» اصل ۳۶ نیز مقرر کرده است: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

بنابراین، به نظر می‌رسد تصریح قانون اساسی به قانونی بودن تشکیل و صلاحیت دادگاهها و اجرای مجازات و دلالت برخی از اصول آن بر قانونی بودن ترتیبات رسیدگی در دادگاهها، تردیدی را ایجاد نمی‌کند که قانونی بودن تشریفات و قواعد دادرسی از ارزشی اساسی برخوردار است که قانون‌گذار نیز نمی‌تواند با نقض قانون اساسی، وضع آن را به مقام دیگری تفویض کند و همچنان که برخی از حقوق‌دانان نیز گفته‌اند، مقامات اجرایی یا قضایی نمی‌توانند قواعد آن را تنظیم کنند.<sup>۱</sup> بنابراین، با وضع آیین‌نامه اجرایی نیز نمی‌توان صلاحیتی را برای دادگاهها و مراجع قضایی ایجاد کرد و یا آن را تغییر داد.

تصویب قوانین متعدد مربوط به آیین دادرسی؛ از جمله: قانون تعیین موارد تجدید نظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها (مصوب ۱۳۶۷/۷/۱۴)، قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو، شعب دیوان عالی کشور (مصوب ۱۳۶۸/۳/۳) و قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، دلیلی بر صحت مدعای مزبور است.

۱. گاستون استفانی و ژرژ لوسور و برنار بولوک، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۹ و ۱۹۸؛ محمدجعفر حبیب‌زاده، *جزوه حقوق جزای عمومی*، انتشارات دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد، ۱۳۷۷، ص ۱۹۱-۱۹۳.

## عدم عطف قانون کیفری شکلی به گذشته

قانونی بودن قواعد شکلی، همچون قوانین ماهوی، نتیجه منطقی واحدی را ایجاد می‌کند و آن، عدم عطف قانون کیفری شکلی به گذشته است و بر خلاف قوانین ماهوی، نفع مرتکب نیز اصولاً اقتدار قاعده مزبور را محدود نمی‌کند. به عبارتی دیگر، نفع مرتکب، اصولاً مجوزی برای عطف قانون کیفری شکلی به گذشته ایجاد نمی‌کند. نمی‌توان اصل قانونی بودن قواعد شکلی و دادرسی را پذیرفت و از قبول نتیجه تکمیلی آن؛ یعنی عدم تسری قانون شکلی به گذشته امتناع کرد و یا بدون دلیل قانونی، از شمول حکومت آن کاست. ایجاد ثبات و استقرار امنیت و کسب اعتماد عمومی به قوانین نیز ایجاب می‌کند که اصولاً، قانون شکلی، همچون قوانین دیگر، در گذشته تأثیر نکند. بنابراین، کلیه اقدامات و تدابیر مربوط به رسیدگی به دعوی عمومی یا خصوصی ناشی از یک جرم که بر اساس قانون صالح زمان اعمال آنها و به طور صحیح انجام گرفته است، به استناد قانون جدیدی که قواعدی مغایر قانون قبلی مقرر کرده است، باطل و معدوم نشده یا از سر گرفته نمی‌شود؛<sup>۱</sup> مگر در موارد استثنایی که قانون مقرر می‌دارد. پس تصمیمات صحیحی که به موجب قانون سابق، توسط بازپرس دادسرای عمومی انجام گرفته، ولو آن که اصولاً تأسیس بازپرسی و اتخاذ تصمیمات معینی توسط آنها، به موجب قانون جدید، به مقام دیگری واگذار گردد، صحیح است و باطل نمی‌شود، بلکه جریان رسیدگی بر پایه تصمیم مقام مزبور ادامه می‌یابد (بند ۵ ماده ۳۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب)؛ زیرا بطلان تصمیمات و اقدامات سابق به استناد قانون جدید، به معنای عطف قانون شکلی لاحق به گذشته است که قاعده مزبور، آن را منع می‌کند.

از منطوق و مدلول ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی و صراحت الفاظ و عبارات به کار گرفته در آن (چون جرم و مجازات) مستفاد می‌شود که ماده مزبور که به عدم

۱. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳ و ۱۳۴؛ ژان برادل، به نقل از حسن جوخدار، تطبیق القانون الجنائی من حیث الزمان، رسالة القاهرة، ص ۱۹۲.

تسری قانون کیفری به گذشته تصریح دارد، همانند اصل ۱۶۹ ق.ا.، به قوانین ماهوی مربوط به جرم و مجازات اختصاص داشته و منصرف از قوانین کیفری شکلی است. اما عدم عطف قانون کیفری شکلی به گذشته، صرف نظر از آن که مستند به اصل قانونی بودن حقوق کیفری و از جمله قواعد شکلی است، از منطوق ماده ۴ قانون مدنی نیز به دست می آید؛ زیرا ماده مزبور که مربوط به همه قوانین است<sup>۱</sup> تصریح می کند که اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به گذشته تأثیری ندارد.

بنابراین، سکوت ماده ۱۱ ق.م.ا. درباره قوانین شکلی، به معنای تجویز عطف این نوع از قوانین به گذشته نیست، بلکه اطلاق ماده ۴ قانون مدنی مبنی بر عدم عطف قانون به گذشته، شامل قوانین کیفری شکلی نیز می گردد. بدین جهت، قول کسانی که معتقدند قاعده عدم عطف قانون کیفری به گذشته، شامل قوانین شکلی نمی شود<sup>۲</sup> مردود است. <sup>۳</sup> رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۵۲۶ نیز مطابق با این تحلیل است؛ زیرا مقرر می دارد:

نظر به ماده ۴ قانون مدنی که مقرر می دارد: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر این که در خود قانون مقررات خاصی اتخاذ شده باشد...» لذا محکوم علیه حکم کیفری، که قبل از لازم الاجرا شدن قانون موارد تجدید نظر احکام دادگاهها (۱۳۶۷/۹/۴) صادر گردیده، نمی تواند رأساً به استناد قانون مزبور درخواست تجدید نظر نماید...<sup>۴</sup>

۱. ناصر کاتوزیان، *تعارض قوانین در زمان - حقوق انتقالی*، تهران، مدرسه عالی بیمه تهران، ۱۳۵۳، ص ۱۸۹.

۲. همو، *حقوق انتقالی - تعارض قوانین در زمان*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷-۱۸۹؛ بهمن کشاورز، *دادگاههای عام - پیشینه، ساختار و تشکیلات، آیین دادرسی*، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۵؛ رنه گارو، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه و تطبیق ضیاءالدین نقابت، ج ۱، تهران، انتشارات ابن سینا، ص ۲۸۸ و ۲۹۹.

۳. عبدالحسین علی آبادی، *حقوق جنائی*، ج ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷، ص ۱۱۴ و ۱۱۵؛ ایرج گلدوزیان، *حقوق جزای عمومی ایران*، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۱۸۸-۱۸۹.

۴. مرتضی محسنی، *کلیات حقوق جزا*، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۳۷۶.

بعضی از حقوق دانان به هنگام بحث از اعمال قوانین کیفری در زمان، از عطف قانون شکلی به گذشته به عنوان قاعده مستقلى که بر اعمال قانون کیفری شکلی در زمان حاکم است، یاد کرده و معتقدند عطف قانون شکلی به گذشته، اصل، و عدم عطف آن، استثناست.<sup>۱</sup> برخی دیگر نیز عطف قانون شکلی به گذشته را به عنوان استثنایی بر قاعده کلی عدم عطف قوانین جزایی به گذشته مطرح کرده‌اند<sup>۲</sup> و هر دو گروه بر این باورند که قوانین شکلی جدید، نسبت به جرایمی که تعقیب آنها شروع نشده یا منجر به صدور حکم قطعی نشده است، اعمال می‌شود.<sup>۳</sup>

اندیشه سنتی مزبور، در آرای قضایی نیز رسوخ کرده و برخی از شعب دیوان عالی کشور، سابقاً مقرر کرده‌اند: «اصولاً قوانین مربوط به رسیدگی و اصول محاکمات که امر صلاحیت نیز از آن قبیل است، عطف به ماسبق می‌شوند.»<sup>۴</sup>

بیان مزبور، از لحاظ نظری، بر خلاف منطق حقوقی و قبول آن در عمل، متضمن اخلال در امر دادرسی و اجرای احکام است؛ زیرا پذیرش عطف قانون به گذشته، به

۱. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸؛ محمد صالح ولیدی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر داد، ۱۳۷۲، ص ۱۴۲؛ علی خالقی، *تعارض قوانین کیفری در زمان*، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی به راهنمایی ضیاءالدین پیمانی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۸۶، ۱۹۳ و ۱۹۸؛ رضا فرج‌اللهی، «بررسی تحولات حقوق جزای فرانسه در قانون اخیر»، *مجله قضائی و حقوقی دادگستری*، شماره ۱۷-۱۸، ۱۳۷۵، ص ۵۶؛ ژان کلود سویه و رژه مرل و آندره ویتو و ژان پرادل، به نقل از *تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان*، ص ۱۸۸؛ فرج‌الله قربانی، *مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور (جزئی)*، چاپ سوم، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۲، ص ۸۲ و ۸۴؛ آندره ویتو، به نقل از هوشنگ شامبیاتی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، ص ۴۸۰؛ رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از *تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان*، ص ۱۹۸.

۲. محمد زکی ابو عامر، *قانون العقوبات - القسم العام*، بیروت، دار الجامعیه، ۱۹۹۲م، ص ۳۸؛ جلال ثروت، *اصول المحاکمات الجزائیه*، بیروت، الدار الجامعیه للطباعة والنشر، ص ۶۱.

۳. رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از *تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان*، ص ۱۹۸؛ محمد زکی ابو عامر، *قانون العقوبات - القسم العام*، بیروت، دار الجامعیه، ۱۹۹۲م، ص ۳۸.

۴. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸.

معنای آن است که چنانچه موضوع حکم قانون جدید در گذشته تحقق یافته باشد، بر آن موضوع نیز قانون جدید حکومت کند. بنابراین، عطف قانون شکلی به گذشته، به مفهوم ابطال همه اقدامات و تصمیماتی است که به استناد قانون شکلی سابق انجام یافته و از آن رو که با قواعد جدید دادرسی مغایر است، باید از سر گرفته شود<sup>۱</sup>، در حالی که قائلان به نظریه مزبور نیز چنین امری را نمی‌پذیرند<sup>۲</sup> و مسلم است که با اجرای قانون جدید، آن مقدار از تشریفات دادرسی سابق که مطابق قانون گذشته انجام گرفته، صحیح تلقی می‌شود و قانون جدید، اصولاً با عطف به گذشته، آنها را باطل نمی‌کند.<sup>۳</sup> به دلایلی که گفتیم، از برخی آرای قضایی نیز مخالفت دادگاهها با دکتترین سنتی عطف قانون شکلی به گذشته، مستفاد می‌شود؛ چنان که یکی از شعب دادگاه کیفوری یک سابق تهران در رأی شماره ۳۲۳ مورخ ۱۴/۱۰/۶۷ مقرر کرده است:

۲... ادعای این که قانون تجدید نظر احکام دادگاهها قانون شکلی بوده و عطف بماسبق در قوانین شکلی مجاز است، صرف نظر از این که دارای مستند قانونی نیست، به دکتترین حقوقی و استنباط حقوق دانان نمی‌توان اکتفا کرد...<sup>۳</sup> تسری قانون تجدید نظر احکام دادگاهها به آرای قبل از تاریخ ۱۳۶۷/۹/۴ (زمان لازم‌الاجرا شدن قانون تعیین موارد تجدید نظر احکام دادگاهها، مصوب ۱۳۶۷)، مستلزم پذیرش هر نوع اعتراض است؛ ولو این که اعتراض، مربوط به رأی صادره از ۸ سال قبل باشد که به هم ریختگی و آشفتگی ای که از این عمل به وجود می‌آید، خود مشکلی عظیم برای دستگاه عدلیه خواهد بود، خصوصاً که بعضی از پرونده‌ها به تبع رأی صادره، نقل و انتقالات حقوقی و مدنی بر آنها بار شده و به هم زدن همه آن نقل و انتقالات، مشکلات جدیدی را در جامعه به وجود خواهد آورد...<sup>۴</sup>

۱. ایرج گلدوزیان، *حقوق جزای عمومی ایران*، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۱۸۸-۱۸۹؛ حسن جوخدار، *تطبیق القانون الجنائی من حیث الزمان*، رسالة القاهرة، ۱۹۷۵ م، ص ۲۷۹، ۳۶۹، ۳۷۰، ۴۶۵، ۴۸۱ و ۴۸۲.
۲. رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از *تطبیق القانون الجنائی من حیث الزمان*، ص ۱۹۸؛ حسن جوخدار، همان.
۳. گاستون استفانی و ژرژ لواسور و برنار بولوک، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۹ و ۱۹۸.
۴. مرتضی محسنی، *کلیات حقوق جزا*، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۳۷۶.

آرای دیوان تمییز مصر و لیبی نیز با تحلیلی که گفتیم، موافق است و به موجب آنها چون قانون جدید شکلی، به گذشته عطف نمی‌شود، اقدامات و تصمیمات صحیح گذشته مخدوش نمی‌گردد. در یکی از آرای دیوان تمییز مصر مقرر شده است:

هر اقدام اجرایی و شکلی که در مورد دعوایی به مقتضای قانون (معین سابق) انجام گرفته، صحیح تلقی می‌شود، اگرچه قانون جدیدی بعد از آن صادر گردیده و آن را ملغی یا تعدیل کند.<sup>۱</sup>

یا به موجب رأی دیگری:

اصل آن است که هر اقدام شکلی و اجرایی که به صورت صحیح در زمان اعتبار قانون (سابق) انجام گرفته، معتبر و صحیح و تابع احکام قانون مزبور است و قانون دادرسی جنایی (جدید) مقتضی ابطال اقداماتی که به موجب قانونی که اقدامات مزبور در زمان آن و به صورت صحیح انجام گرفته، نیست.<sup>۲</sup>

به موجب یکی از آرای دیوان تمییز لیبی:

وضع قانون آیین دادرسی جنایی، اقدامات اجرایی و شکلی قبل از آن را باطل نمی‌کند؛ زیرا قانون آیین دادرسی برای تنظیم مسائل شکلی مربوط به دعوی وضع شده است... و از نظر حقوقی و قضایی، مسلم است که هر اقدام شکلی و اجرایی که در زمان اعتبار قانون (سابق) به طور صحیح انجام شود، وضع قانون جدیدی که این اقدامات را به نحو دیگری تنظیم می‌کند که مغایر با آن قانون است، تأثیری در آنها ندارد...<sup>۳</sup>

همچنین اقتدار قاعده عدم تأثیر قانون جدید شکلی به گذشته، تا حدی است که به

۱. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳ و ۱۳۴.

۲. هوشنگ شامبیاتی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه انتشاراتی و ستار، ۱۳۷۳، ص ۲۶۱.

۳. محمد باهری، حقوق جزای عمومی، تهران، چاپخانه برادران علمی، ص ۱۲۱.



موجب آن، اقدامات باطل سابق، صحیح نمی‌شود و باید مجدداً بر اساس قانون جدید، اقدام متقاضی انجام گیرد.<sup>۱</sup>

ممکن است گفته شود که طرح ضابطه عطف قانون شکلی به گذشته، در مواردی است که زمان وقوع جرم، قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید است، ولی تعقیب یا رسیدگی به آن، وفق تشریفات قانون جدید انجام و ادامه می‌یابد و این اقدام، به منزله تسری حکم جدید قانون شکلی به گذشته - با توجه به زمان وقوع جرم - است. به نظر می‌رسد برخلاف قوانین ماهوی که موضوع آن، جرایم و مجازاتهاست، موضوع قوانین شکلی و آیین دادرسی، همه قواعد و روشهایی است که برای رسیدگی به دعوی عمومی یا خصوصی ناشی از جرم به کار رود.<sup>۲</sup> از این رو، قاعده مورد استناد برای اعمال قوانین شکلی در زمان، با توجه به تاریخی که اقدامات مزبور باید به صورت صحیح انجام گرفته و تمام شود، نه تاریخ وقوع جرم، تعیین می‌گردد.<sup>۳</sup> بعلاوه، جریان دادرسی کیفری از وقایع و اقدامات متعددی همچون: تعقیب، تحقیق، دادرسی و... تشکیل یافته که هر یک، وضعیت مستقل و قابل تجزیه از دیگری را تشکیل می‌دهد و درباره هر یک از آنها قانونی اعمال می‌گردد که در زمان اتخاذ آن تصمیمات قابل اجراست.

بنابراین، به نظر می‌رسد همواره قاعده بر عدم عطف قانون شکلی نسبت به اقداماتی است که در گذشته و به صورت صحیح انجام گرفته است و تاریخ وقوع جرم، تأثیری در این امر ندارد، ولی اعمال قانون شکلی در زمان را قاعده دیگری تکمیل می‌کند که در بحث بعدی به آن می‌پردازیم.

۱. عبدالوهاب حوّمّد، شرح قانون الجزاء الكويتی - القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، ۱۹۷۲م، ص ۲۷.

۲. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷؛ محمدجعفر حبیب‌زاده، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری»، مجله حقوقی دانگستری، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، ص ۴۲-۴۴.

۳. عبدالحسین علی‌آبادی، حقوق جنائی، ج ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷، ص ۱۱۴ و ۱۱۵؛ فرید الزغبی، الموسوعة الجزائیه، ج ۲، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۹۹۵ م، ص ۲۳، ۱۱۸.

## اعمال فوری قانون کیفری شکلی

قانون کیفری شکلی جدید، اعم از آن که نسبت به قانون سابق، شدیدتر یا خفیفتر تلقی شود، به محض آن که لازم الاجرا شد، نه تنها بر وقایع آتی حکومت می‌کند، بلکه فوراً و بدون آن که اقدامات کامل قبلی را معدوم و باطل کند، بر موقعیتها و اقدامات حقوقی جاری نیز اعمال می‌شود. ماده ۴-۱۱۲ قانون مجازات فرانسه مقرر کرده است: «اعمال فوری قانون لاحق بر اعتبار اعمالی که به موجب قانون سابق انجام شده، بی‌تأثیر است»<sup>۱</sup>.

بدین ترتیب، آنچه بر اساس قانون سابق مورد رسیدگی قرار گرفته، معتبر است و اقدامات و موقعیتهای جاری و در حال تکامل نیز حتی اگر ناشی از جرمی است که وقوع آن، قبل از اجرای قانون جدید است، تابع قانون لاحق می‌شود؛ این معنای اجرای فوری قانون شکلی جدید یا اثر فوری آن است<sup>۲</sup> که جایگزین قاعده مصطلحی است که اگرچه مفاد و مدلول آن به اجرای فوری قانون جدید شکلی نزدیک است، ولی به طور ناروا، عطف قانون شکلی جدید به گذشته نام گرفته و ما آن را رد کردیم.

مثلاً به موجب ماده ۷ «قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباسهایی که استفاده از آنها در ملاء عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند»، مصوب ۲۸/۱۲/۱۳۶۵، رسیدگی به جرایم، مربوط به دادگاههای انقلاب اسلامی است، ولی اگر پس از انجام تحقیقات مقدماتی و صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست، پرونده معد به دادگاه انقلاب ارسال گردد که قانون تشکیل دادگاههای

۱. سمیر عالییه، *قانون العقوبات - القسم العام*، بیروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ۱۹۹۲م، ص ۱۰۲-۱۰۳.

۲. رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از مرتضی محسنی، *کلیات حقوق جزا*، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۲۹۸ و ۳۲۴؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۴، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲، ص ۷۰۱؛ عبدالحسین علی‌آبادی، *حقوق جنائی*، ج ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷، ص ۱۱۴ و ۱۱۵؛ معوض عبدالنواب، *قانون العقوبات*، دارالوفاء، ۱۹۸۸م، ص ۳۸.

عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ لازم الاجرا شود و رسیدگی به جرایم مزبور در صلاحیت دادگاههای عمومی قرار گیرد<sup>۱</sup>، اجرای فوری قانون دوم ایجاب می‌کند که پرونده کیفری به دادگاههای عمومی ارسال شود؛ زیرا قانون جدید با یک وضعیت حقوقی جاری و ناتمام مواجه است که وفق قانون سابق کامل نگردیده و آن، وضعیت مستقل دادرسی است که چون در زمان حکومت قانون دوم واقع شده است، تابع آن می‌شود و دادرسی بر اساس قانون دوم ادامه می‌یابد (بند ۴ ماده ۳۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب).

اجرای فوری قانون جدید شکلی، بر این پایه توجیه می‌شود که اولاً، به نظر قانون‌گذار، قانون شکلی جدید، بهتر از مقررات سابق است و وضع حقوقی پیشین را بهبود بخشیده و رو به کمال می‌برد؛ در نتیجه، نفع عمومی و اجرای عدالت را بهتر تضمین می‌کند<sup>۲</sup> و چون راه بهتری را برای کشف حقیقت، فراروی دستگاه قضایی قرار می‌دهد و حق دفاع متهم را بهتر از قانون سابق تأمین می‌کند، با نفع فردی نیز منطبق است.<sup>۳</sup>

ثانیاً، قوانین شکلی، چون به انتظام عمومی مربوط است و اجرای آن، نفع همگانی را به دنبال دارد، بر منافع خصوصی افراد مقدم است و مرتکب جرم نمی‌تواند اصولاً مدعی شود که نسبت به اجرای قانون قبلی، حقی را کسب نموده و اجرای آن، منطبق

۱. جندی عبدالملک، *الموسوعة الجنائیه*، چاپ اول، بیروت، لبنان، دار احیاء التراث العربی، ص ۵۸۲ و ۵۹۰.

۲. محمود آخوندی، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۸؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۴، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲، ص ۷۰۱؛ ناصر کاتوزیان، *حقوق انتقالی - تعارض قوانین در زمان*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷-۱۸۹؛ رؤوف عبید، *مبادئ القسم العام من التشريع العقابى*، چاپ چهارم، دار الفکر العربی، ۱۹۷۹م، ص ۳۹، ۱۵۸، ۱۵۹ و ۱۶۰.

۳. پرویز صانعی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳ و ۱۳۴؛ بهمن کشاورز، *دادگاههای عام - پیشینه، ساختار و تشکیلات، آیین دادرسی*، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۵؛ رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از *تطبيق القانون الجنائى من حیث الزمان*، ص ۱۹۸.

بر منافع اوست.<sup>۱</sup>

ثالثاً، قوانین شکلی، چون به ماهیت امور مجرمانه نمی‌پردازد و تنها بر شیوه‌های اجرای بهتر دادرسی و عدالت نظارت می‌کند، اعمال آن درباره جرایمی که در حال رسیدگی است، ضرری را متوجه مرتکب جرم نمی‌کند.<sup>۲</sup>

رابعاً، وحدت نظام حقوقی و برابری اشخاص در مقابل قانون، ایجاب می‌کند که قانون جدید، نه تنها بر رسیدگی جرایمی که بعد از اجرای آن واقع می‌گردد، بلکه بر جرایمی نیز که در حال رسیدگی است و سازمان و تشکیلات و شیوه دادرسی جدیدی را مقرر می‌کند، اجرا گردد<sup>۳</sup> و از تفرق شیوه‌های رسیدگی که اعتماد عمومی به دستگاه قضایی را تضعیف می‌کند، پرهیز گردد.

نهایتاً اجرای فوری قانون ناشی از طبیعت قانون برای اداره بهتر زندگی اجتماعی و مبتنی بر یک الزام قانونی است؛ زیرا اجرای بی‌درنگ آخرین اراده نمایندگان جامعه تا وقتی که قانون کیفری، محدودیتی برای اجرای آن مقرر نکند، مورد نظر ماده دو قانون مدنی قرار گرفته است که مقرر می‌دارد:

قوانین، پانزده روز پس از انتشار، در سراسر کشور لازم‌الاجراست، مگر آن که در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد.

همچنان که مواد قانونی قوانین پراکنده؛ از جمله، ماده ۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی مصوب ۱۳۵۸ و ماده ۳۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و

۱. بهمن کشاورز، *دادگاههای عام - پیشینه، ساختار و تشکیلات، آیین دادرسی*، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۵؛ یس عمر یوسف، *شرح قانون الاجراءات الجنائیه*، چاپ دوم، بیروت، دار و مكتبة الهلال، ۱۹۹۶م، ص ۱۳، ۲۴، ۲۷ و ۲۸.

۲. علی خالقی، *تعارض قوانین کیفری در زمان*، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی به راهنمایی ضیاءالدین پیمانی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۸۶، ۱۹۳ و ۱۹۸؛ رژه مرل و آندره ویتو، به نقل از *تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان*، ص ۱۹۸؛ مصطفی العوجی، *القانون الجنائي العام، النظرية العامة للجريمة*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه نوفل، ۱۹۸۸م، ص ۳۳۴، ۳۳۵ و ۳۳۷.

۳. فرید الزغبی، *الموسوعة الجزائية*، ج ۲، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۹۹۵م، ص ۲۳ و ۱۱۸.

انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ بر اجرای قانون جدید شکلی در مورد پرونده‌های کیفری که در حال رسیدگی است، تصریح کرده است.

اجرای فوری قانون جدید شکلی با قاعدهٔ عدم عطف قانون شکلی به گذشته نیز تعارضی ندارد؛ زیرا اگرچه در قلمرو قوانین ماهوی، از آن رو که زمان وقوع جرم، نقش مهمی در تکوین موقعیت حقوقی مجرم ایفا می‌کند، اعمال فوری قانون جدید دربارهٔ جرایم قبل از اجرای قانون، همان عطف قانون به گذشته است، اما دربارهٔ قوانین شکلی، از آن رو که شیوه‌های مربوط به تعقیب جرم، دادرسی و... موضوعیت داشته و ما با موقعیتهای حقوقی مستقلی مواجهیم که زمان اجرای هر یک، مهم است، بنابراین، اعمال فوری قانون جدید در موقعیتهایی - مثل تعقیب جرم یا دادرسی - که هنوز کامل نگردیده است، منافاتی با قاعدهٔ عدم عطف قانون شکلی به گذشته ندارد.

اجرای فوری قانون شکلی جدید، نه تنها دربارهٔ محاکمات کیفری قابل اجراست، بلکه اثر فوری قانون که حاصل جمع عدم تأثیر قانون در گذشته و حکومت قانون بر آینده است، دربارهٔ مرافعات مدنی<sup>۱</sup> و همچنین سایر قوانین کیفری که ماهوی یا شکلی بودن آنها مورد اختلاف حقوق دانان است، اعمال می‌گردد و وسعت این قاعده به گونه‌ای است که می‌توان گفت: به غیر از قوانین ماهوی که دربارهٔ آنها اصولاً قانون زمان وقوع جرم اعمال می‌شود و قانون جدید خفیفتر به طور استثنایی به گذشته عطف می‌شود، اجرای فوری قانون کیفری، قاعده‌ای عام است که قلمرو آن، سایر قوانین کیفری غیر ماهوی را شامل می‌شود.

در برخی شرایط استثنایی، اجرای فوری قانون جدید شکلی از اثر می‌افتد و حکومت قانون قدیم ادامه می‌یابد، اما اجرای استثنایی قانون قدیم، در واقع، حیات بخشیدن به قانونی است که نسخ شده و اقدامی بر خلاف قاعده است که تجاوز از مرزهای مشروع حکومت قوانین کیفری شکلی در زمان محسوب

۱. ایرج گلدوزیان، *حقوق جزای عمومی ایران*، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۷، ص ۱۸۸ و ۱۸۹.

می شود؛ بدین جهت، منوط به تصریح قانون‌گذار است که متأسفانه قوانین کیفری ایران، بر خلاف قانون مجازات فرانسه<sup>۱</sup> و لبنان<sup>۲</sup>، قواعدی را در این مورد مقرر نکرده‌اند.

دامنه اعمال استثنایی قانون قدیم، حسب موضوع قوانین مربوط، متفاوت است<sup>۳</sup>، ولی بر پایه ملاحظات انسانی و با عنایت به اندیشه‌های حقوقی و قواعدی که رویه قضایی در حقوق تطبیقی فراهم آورده است، به طور کلی می‌توان گفت: در مواردی که موضوع قانون - به استناد نظر حقوق دانان - آمیزه‌ای از جنبه‌های شکلی و ماهوی را داراست و اعمال قانون جدید، وضعیتی زیانبارتر از قانون قدیم برای متهم و محکوم تمهید می‌کند، قانون‌گذار ممکن است به دلایل انسانی، به اعمال قانون قدیم که ارفاق بیشتری را برای مرتکب جرم مقرر می‌دارد، فرمان دهد.

### قوانین ترکیبی

گاهی قانون لاحق، توأمأً متضمن مقررات ماهوی و شکلی است؛ مثل این که قانون‌گذار مجازات جرمی را افزایش داده و صلاحیت رسیدگی به آن را نیز بر عهده دادگاه دیگری قرار می‌دهد یا آن که مجازات جرمی را افزایش می‌دهد که اثر آن، تغییر مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به آن جرم است یا در نظامهای حقوقی که طبقه‌بندی جرایم به جنایت، جنحه و خلاف پذیرفته شده است، جرمی از جنحه به جنایت تبدیل می‌شود و در نتیجه، صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به آن نیز تغییر می‌یابد.

۱. محمد فاضل، *المبادئ العامة فی التشريع الجزائی*، دمشق، مطبعة الداودی دمشق، ۱۹۷۵-۱۹۷۶م، ص ۱۳۸.
۲. احمد فتحي سرور، *اصول قانون العقوبات - القسم العام*، قاهره، دار النهضة العربية، ۱۹۷۱م، ص ۳۷۹؛ عوض محمد عوض، *قانون الاجراءات الجنائية*، ج ۱، دار مطبوعات الجامعيه، ۱۹۹۰م، ص ۱۱.
۳. ناصر کاتوزیان، *حقوق انتقالي - تعارض قوانین در زمان*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷-۱۸۹.

در این صورت، قانون جدید تجزیه می شود و قواعد مربوط به هر یک از قوانین ماهوی و شکلی، به درستی اجرا می گردد.<sup>۱</sup> مثلاً اگر قانون جدید بر مجازات جرمی که در صلاحیت دادگاههای عمومی است، بیفزاید و رسیدگی به آن را در صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی قرار دهد؛ قانون شکلی مربوط (صلاحیت دادگاه انقلاب) فوراً اجرا می شود و پرونده از دادگاه عمومی به دادگاه انقلاب اسلامی صالح ارسال می شود، اما قانون ماهوی مربوط به افزایش مجازات، به گذشته عطف نمی شود و دادگاه انقلاب اسلامی مجاز نیست مجازات جرم ارتكابی را بر اساس قانون جدید تعیین کند، بلکه موظف است به استناد قانون صالح زمان وقوع جرم، به مجازات مناسب حکم دهد.

## اجرای قواعد بر مقررات مربوط به تعقیب دعوای عمومی و دلایل اثباتی

در بخش نخست، قواعد کلی مربوط به اعمال قوانین شکلی در زمان را تشریح کردیم، ولی برای آشنایی بیشتر با قواعد پیش گفته، در این قسمت، اجرای قواعد مزبور را درباره دو مصداق از مهمترین قوانین شکلی؛ یعنی تعقیب دعوای عمومی و دلایل اثباتی بررسی می کنیم و قانون صالح به هنگام تعارض دو قانون کیفری شکلی سابق و لاحق را معرفی می کنیم.

### تعقیب دعوای عمومی

حق تعقیب دعوای عمومی، متعلق به جامعه است که دادسرا و در رأس آن، دادستان یا به طور کلی، مقام تعقیب، این حق را ایفا می کند.<sup>۲</sup> طبق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی

۱. محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷؛ رنه گارو، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه و تطبیق ضیاءالدین نقابت، ج ۱، تهران، انتشارات ابن سینا، ص ۲۸۸ و ۲۹۹.

۲. محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۷.

کیفری، مصوب ۱۲۹۰، مأموریت مخصوص و عمده دادستان، تعقیب امور جزایی است. این حق در محدوده صلاحیتهای دادگاه عمومی و انقلاب، طبق تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، به رئیس دادگستری شهرستان و استان محول شده است.

استیفای حق تعقیب دعوای عمومی درباره برخی از جرایم که ماده ۷۲۷ ق.م.ا. پیش‌بینی کرده است، مقید به شکایت شاکی خصوصی؛ اعم از شخص حقیقی یا حقوقی است؛ به گونه‌ای که مقام تعقیب، حق تعقیب جرم و اقامه دعوای عمومی را ندارد، مگر آن که شاکی خصوصی آن را بخواهد. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی لازم‌الاجرا گردد که در شرایط مربوط به حق تعقیب دعوای عمومی، تغییراتی ایجاد کند؛ مثل آن که از اختیارات مقام تعقیب در امر تعقیب جرایم بکاهد یا به آن بیفزاید؛ مثلاً تعقیب جرمی را منوط به شکایت شاکی خصوصی کند یا شکایت شاکی خصوصی را لازم نداند، در این صورت آیا قانون جدید بر جرایم سابق بر وضع و اجرای آن، حکومت می‌کند یا خیر؟

در این خصوص، بین حقوق دانان اختلاف نظر است. برخی قوانین مربوط به شرایط حق تعقیب دعوای عمومی را از زمره قوانین ماهوی قلمداد می‌کنند.<sup>۱</sup> این نظر، متکی بر این برهان است که بین حق و اقامه دعوای مربوط به اعمال حق، وحدتی تفکیک‌ناپذیر وجود دارد، به طوری که دعوا همان حق بالقوه است و جدایی آنها از یکدیگر ممکن نیست و همچنان که نمی‌توان بین دعوای ناشی از حق عینی تفکیک

۱. پرویز صانعی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳ و ۱۳۴؛ ناصر کاتوزیان، *حقوق انتقالی - تعارض قوانین در زمان*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷-۱۸۹؛ آندره ویتو، به نقل از هوشنگ شامبیانی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، ص ۴۸۰؛ فرید الزغبی، *الموسوعة الجزائیه*، ج ۲، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۹۹۵ م، ص ۲۳، ۱۱۸؛ یس عمر یوسف، *شرح قانون الاجراءات الجنائیه*، چاپ دوم، بیروت، دار و مکتبه الهلال، ۱۹۹۶ م، ص ۱۳، ۲۴، ۲۷ و ۲۸؛ احمد فتحی سرور، *اصول قانون العقوبات - القسم العام*، قاهره، دار النهضة العربیه، ۱۹۷۱ م، ص ۳۷۹؛ عوض محمد عوض، *قانون الاجراءات الجنائیه*، ج ۱، دار مطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۰ م، ص ۱۱.



کرد و حق دعوا را به موجب قانون لاحق، از دارنده آن حق سلب کرد، در حق تعقیب و اقامه دعوی مربوط به آن نیز جدایی نیست. بنابراین، قواعد مربوط به شرایط اقامه دعوا تابع قانون زمان ایجاد حق است.

به عبارت دیگر، شرایط مربوط به تعقیب دعوی عمومی، اصولاً تابع قانون زمان وقوع جرم است؛ مگر آن که همانند قوانین ماهوی، قانون جدید، نسبت به قانون سابق، خفیفتر باشد<sup>۱</sup>؛ مثل آن که قانون جدید، برخلاف قانون سابق، تعقیب دعوی عمومی را منوط به شکایت شاکی خصوصی کند که در این صورت، حتی نسبت به جرایم سابق، قابل اجراست و دعوی عمومی، بدون شکایت شاکی، جریان نمی‌یابد. به نظر می‌رسد قانون مجازات سوریه<sup>۲</sup> و لبنان<sup>۳</sup> از این نظر پیروی کرده است و بدین جهت، حقوق دانان لبنانی بر این باورند که قوانین مربوط به حق تعقیب، از قوانین ماهوی است.<sup>۴</sup> در فراز اول از ماده ۴ قوانین مزبور آمده است:

هر قانونی که حق تعقیب جرمی را تعدیل می‌کند، اگر مراعات بیشتری را نسبت به مرتکب جرم مقرر می‌کند، نسبت به جرایم سابق بر آن نیز قابل اعمال است.

مجموعه جزایی سال ۱۸۸۹ ایتالیا نیز از این نظر پیروی کرده است.<sup>۵</sup> رویه قضایی فرانسه قبلاً از عطف بماسبق کردن قانونی که حق تعقیب دعوی عمومی را تسهیل

۱. فرید الزغبی، *الموسوعة الجزائیة*، ج ۲، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۹۹۵ م، ص ۲۳، ۱۱۸؛ محمد کامل مرسی بک، *شرح قانون العقوبات*، چاپ دوم، شركة مطبعة الرغائب بمصر، ۱۹۲۳ م، ص ۲۳۷.

۲. محمد سامی النبرای، *شرح الاحکام العامة لقانون العقوبات اللیبی*، چاپ سوم، بنغازی، منشورات جامعة قاریونس، ۱۹۹۵ م، ص ۵۲، ۶۹ و ۷۰.

۳. عوض محمد عوض، *قانون الاجراءات الجنائیة*، ج ۱، دار مطبوعات الجامعیة، ۱۹۹۰ م، ص ۱۱.

۴. عوض محمد عوض، *قانون الاجراءات الجنائیة*، ج ۱، دار مطبوعات الجامعیة، ۱۹۹۰ م، ص ۱۱؛ محمود نجیب الحسینی، *شرح قانون العقوبات - القسم العام*، چاپ سوم، قاهره، دار النهضة العربیة، ۱۹۷۳ م، ص ۱۰۸، ۱۰۹ و ۱۱۵.

۵. ناصر کاتوزیان، *حقوق انتقالی - تعارض قوانین در زمان*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷-۱۸۹.

می‌کند، اجتناب کرده است.<sup>۱</sup> همچنین رویه قضایی مصر نیز پیروی خود را از این نظریه اثبات کرده است.<sup>۲</sup> در یکی از آرای دیوان تمییز مصر مقرر شده است:

هنگامی که دعوی عمومی مربوط به جرم قذف، در حکومت قانون منسوخ مربوط به تحقیقات جنایی اقامه شود که به موجب آن، اقامه دعوا محتاج تقدیم شکایت از مجنی علیه نیست، نمی‌توان برای رفع (سقوط) این دعوا به قیود جدیدی که قانون آیین دادرسی مقرر کرده است، استناد کرد؛ زیرا اقدام اجرایی و شکلی که به طور صحیح در حکومت قانون لازم‌الاجرای سابق پایان یافت، صحیح باقی می‌ماند.<sup>۳</sup>

قانون‌گذار فرانسه نیز در قانون مجازات ۱۹۹۲، در بند ۲ ماده ۲-۱۱۲ به اجرای فوری قانون جدید درباره «قوانین مربوط به چگونگی تعقیب» تصریح کرده است.<sup>۴</sup> قوانین کیفری ایران، قاعده عام و صریحی را در این باره مقرر نکرده است، ولی از ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ و ماده ۲ و ۳ ق.آ.د.ع.ا.ک. مصوب ۱۳۷۸ مستفاد می‌شود که اصولاً جرایم، دارای حیثیت عمومی (و الهی) و قابل تعقیب است، ولی استثنائاً در برخی از جرایم، استیفای حقوق

۱. گاستون استفانی و ژرژ لوسور و برنار بولوک، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۹ و ۱۹۸؛ محمد فاضل، *المبادئ العامة فی التشريع الجزائي*، دمشق، مطبعة الداودی دمشق، ۱۹۷۵-۱۹۷۶م، ص ۱۳۸؛ محمد کامل مرسی بک، *شرح قانون العقوبات*، چاپ دوم، شركة مطبعة الرغائب بمصر، ۱۹۲۳م، ص ۲۳۷؛ Frédéric Desportes, Le Nouveau Droit Penal, t.I, 3e<sup>ed</sup>, Paris, 1996, P.270, 278 et 281.

۲. هوشنگ شامبیاتی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه انتشاراتی ویستار، ۱۳۷۳، ص ۲۶۱؛ رضا فرج‌اللهی، «بررسی تحولات حقوق جزای فرانسه در قانون اخیر»، *مجله قضائی و حقوقی دادگستری*، شماره ۱۸-۱۷، ۱۳۷۵، ص ۵۶.

۳. پرویز صانعی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳ و ۱۳۴.

۴. رضا فرج‌اللهی، «بررسی تحولات حقوق جزای فرانسه در قانون اخیر»، *مجله قضائی و حقوقی دادگستری*، شماره ۱۸-۱۷، ۱۳۷۵، ص ۵۶؛ Frédéric Desportes, Le Nouveau Droit Penal, t.I, 3e<sup>ed</sup>, Paris, 1996, P.270, 278 et 281.

عمومی، منوط به شکایت شاکی است. قوانینی که شرایط حق تعقیب کیفری را مقرر می‌کند، به چگونگی استیفای حقوق جامعه، نه توسعه مفهوم جرم یا تشدید مجازات، مربوط است که به قوانین شکلی نزدیک است و فوراً قابل اعمال می‌شود، ولی بر تعقیب جرمی که به موجب قانون سابق و به طور صحیح انجام گرفته، تأثیری ندارد؛ زیرا تعقیب هر جرمی که به دستور مقام تعقیب انجام گرفته است، موقعیت حقوقی مستقل و کاملی را تشکیل می‌دهد که قانون جدید، تأثیری بر آن ندارد.

پس اگر قانون سابق، تعقیب جرمی را به شکایت شاکی منوط نکند و قبل از آن که به دستور مقام صالح، مورد تعقیب قرار گیرد، قانون جدیدی لازم‌الاجرا گردد که مطالبه شاکی را ضروری بداند، نمی‌توان بدون درخواست شاکی، تعقیب کیفری را آغاز کرد. همچنان که اگر تعقیب جرمی به موجب قانون سابق، مقید به شکایت شاکی نباشد و بعد از آن که مقام تعقیب، دستور تعقیب مجرم را صادر کرد، قانون جدید، تعقیب جرم را به درخواست شاکی موکول کند، قانون مزبور در این باره قابل اجرا نیست؛ زیرا اعمال قانون جدید در این هنگام، بی‌اعتبار ساختن اقدام صحیحی است که به موجب قانون سابق انجام گرفته و نوعی تأثیر قانون در گذشته است که اصولاً ممنوع است (ماده ۴ قانون مدنی). بنابراین، اگر تعقیب جرم در زمان حکومت قانون لاحق انجام گیرد، مشمول ضوابطی است که قانون جدید مقرر می‌دارد؛ زیرا اجرای فوری قانون بر موقعیتهای جدید آن را ایجاب می‌کند.

اگرچه به موجب ماده ۷۲۷ ق.م.ا. در جرایم قابل گذشت، گذشت شاکی پس از تعقیب جرم، لزوماً تعقیب کیفری را موقوف نمی‌سازد و اختیار ترک تعقیب یا ادامه آن به عهده دادگاه است، ولی راه حلی که گفته شد، درباره قوانینی که جرمی را از شمول جرایم قابل گذشت خارج کرده یا به آن وارد کند نیز قابل اجراست. بنابراین، اگر قانون جدید، بر خلاف قانون سابق، جرمی را غیر قابل گذشت اعلام کند، ولی تعقیب آن در زمان حکومت قانون جدید آغاز گردد، گذشت متضرر از جرم، تعقیب کیفری را موقوف نمی‌سازد؛ زیرا تعقیب جرم در زمان اعتبار قانون جدید و بر مبنای شرایطی انجام می‌گیرد که قانون لاحق مقرر کرده است و مشمول اعمال فوری قانون جدید است، ولی چنانچه قبل از اعتبار قانون جدید، تعقیب جرم به استناد گذشت شاکی

موقوف گردد، اجرای قانون جدید در این مورد، عطف قانون به گذشته و مردود است (ماده ۴ قانون مدنی).

افزودن یا کاستن از شرایط یا اختیارات مقام تعقیب در استفاده از تعلیق تعقیب (ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ و ماده ۲۳ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶) نیز مشمول اجرای فوری قانون جدید است و حتی بر تعلیق تعقیب جرایم سابق بر وضع آن نیز حکومت می‌کند.<sup>۱</sup>

### دلایل اثباتی

اصل براءت، مقتضی اثبات ادعا از جانب مدعی است (ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و ماده ۱۹۷ ق.آ.د.د.ع.ا.م. مصوب ۱۳۷۹) و در حقوق کیفری، بار اثبات جرم به عهده مقام تعقیب است، تا به مدد دلایل جازم و مورد قبول قانون و با رعایت اسلوبهایی که در تدارک دلیل، ضروری است، حقیقت در پیشگاه دادرس کیفری معلوم گردد.

قوانینی که بر دلایل اثباتی حکومت می‌کند، متنوع است: قانونی که وظیفه اثبات بی‌گناهی را بر دوش متهم می‌نهد (مثل تبصره ۲ ماده ۲۹۵ و ماده ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی) یا طرق جدیدی را برای اثبات جرم قبول می‌کند (مثل قسامه در قتل) یا قدرت و ارزش اثباتی دلیلی را تعدیل می‌کند (مثل ماده ۲۶۰ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱) یا برای سیستم اقناع وجدانی قاضی، در مقابل نظام دلایل قانونی، اعتباری ویژه قائل می‌شود (مثل ماده ۳۹ مصوبه راجع به محاکمات جنایی مصوب ۱۳۳۷)<sup>۲</sup> یا روشهای صوری مربوط به استفاده یا تنظیم یک دلیل را

۱. حسن جوخدار، *تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان*، رسالة القاهرة، ۱۹۷۵ م، ص ۲۷۹، ۳۶۹، ۳۷۰، ۴۶۵، ۴۸۱ و ۴۸۲.

۲. ماده ۱۷۵/۱ قانون اصول محاکمات جزایی سوریه مقرر می‌دارد: «در امور جنایی، جنحه و خلاف، به همه طرق ممکن برای اثبات می‌توان اقامه دلیل کرد. قاضی بر اساس اقناع وجدانی حکم خواهد داد.»

مقرر می‌دارد (مثل ماده ۸۲، ۸۴، ۸۵، ۸۶ و ۸۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸) که همگی از قوانین مربوط به دلایل است. در همه موارد مزبور، ممکن است بین تاریخ وقوع جرم و زمانی که دلایل به مقامات صالح ارائه می‌شود، قانون کیفری جدید در مورد ادله اثبات‌کننده جرم، تغییراتی ایجاد کند که نسبت به قانون سابق، مرتکب جرم، از آن متضرر یا منتفع گردد و در این صورت، تعارض بین دو قانون سابق و لاحق درباره قضایای کیفری جاری، به مدد چه قاعده‌ای رفع می‌گردد؟

در جواب سؤال فوق باید گفت: قوانینی که شیوه‌ها و روشهای اجرایی استفاده از یک دلیل را مقرر می‌دارد، در اقدامات ناتمام، فوراً اعمال می‌شود<sup>۱</sup>، ولی در سایر قوانین مربوط به دلایل؛ مثل قوانینی که وظیفه اثبات یا راههای اثبات یا ارزش اثباتی دلایل را مقرر می‌دارد، بین حقوق دانان اختلاف نظر است. بعضی از حقوق دانان معتقدند که قوانین مربوط به دلایل، از آن رو که تأثیر مستقیمی در محکومیت و مجازات مرتکب جرم دارد، قانون ماهوی محسوب شده و مشمول قواعد مربوط به آن است. بنابراین، قوانین شدیدتر؛ مثل قانونی که فراین جدیدی را علیه متهم مقرر کرده یا نظام دلایل قانونی را به سیستم اقناع وجدانی قاضی تبدیل می‌کند، نباید به گذشته عطف گردد و درباره جرایم قبل از اجرای آن اعمال شود. ولی قانونی که نسبت به قانون سابق، خفیفتر و مساعدتر است، نسبت به جرایم قبل از اجرای آن نیز حکومت دارد.<sup>۲</sup>

برخی از حقوق دانان، قوانین مربوط به دلایل را از آن رو که صرفاً به کشف

1. Wilfrid Jeandidier, Droit Pénal Général, Paris, montchrestien, 1988, p.121 et 136.

۲. هوشنگ شامبیاتی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه انتشاراتی ویستار، ۱۳۷۳، ص ۲۶۱؛ رنه گارو، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه و تطبیق ضیاءالدین نقابت، ج ۱، تهران، انتشارات ابن سینا، ص ۲۸۸ و ۲۹۹؛ فرج‌الله قربانی، *مجموعه آراء وحدت رویه دیوانعالی کشور (جزئی)*، چاپ سوم، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۲، ص ۸۲ و ۸۴؛ حسن جوخدار، *تطبیق القانون الجنائی من حیث الزمان*، رساله القاهره، ۱۹۷۵ م، ص ۲۷۹، ۳۶۹، ۳۷۰، ۴۶۵، ۴۸۱ و ۴۸۲؛ محمد فاضل، *المبادئ العامة فی التشریح الجزائی*، دمشق، مطبعة الداودی دمشق، ۱۹۷۵-۱۹۷۶ م، ص ۱۳۸؛ محمد کامل مرسی بک، *شرح قانون العقوبات*، چاپ دوم، شرکه مطبعة الرغائب بمصر، ۱۹۲۳ م، ص ۲۳۷.

حقیقت کمک می‌کند، از قوانین شکلی می‌دانند<sup>۱</sup> و بر این باورند که مهمترین ایراد نظریه قبلی در این است که تشخیص قوانین خفیفتر مربوط به دلایل، از شدیدتر آن، مشکل است<sup>۲</sup> و نظریه مزبور از ارائه معیاری در این مورد، ناتوان است. بعلاوه، قبول آن ممکن است در برخی موارد، راه را بر اجرای عدالت مسدود سازد و دستگاه قضایی را از دلایل جدید محروم گرداند. بدین جهات، بسیاری از حقوق دانان که ما با نظر آنان موافقیم، همه قوانین مربوط به دلایل را مشمول قاعده اجرای فوری قانون می‌دانند و معتقدند همه دلایل، تابع قانونی است که به هنگام ارائه آن معتبر است و بر اعتبار دلایلی که به موجب قانون قبلی ارائه گردیده است، تأثیری ندارد و آن دلایل، ارزش اثباتی خود را حفظ می‌کند.<sup>۳</sup>

این نظر، حاصل جمع اجرای فوری قانون جدید و عدم عطف آن به گذشته است؛ زیرا اثر فوری قانون جدید، مقتضی اجرای آن در وضعیتی حقوقی (اقامه و ارائه دلیل) است که در زمان آن ایجاد می‌گردد و عدم عطف آن به گذشته، مستلزم معتبر ماندن وضعیتی حقوقی است که قبلاً به طور صحیح به وجود آمده است. از این رو، اعمال قانون جدید در جرمی که وقوع آن، قبل از اجرای قانون لاحق است، ولی رسیدگی و اقامه دلیل در زمان اعتبار قانون جدید انجام می‌گیرد، موجه و منطبق بر قواعد است. بر این اساس، قاعده اعمال فوری قانون جدید کیفری شکلی را می‌توان در موضوعات دیگری چون سازمان و صلاحیت مراجع قضایی، تجدید نظر از احکام کیفری و... نیز مورد بررسی و تحلیل قرار داد که ما به دو مورد مزبور بسنده کردیم.

#### نتیجه:

قوانین کیفری شکلی، نقشی بسزا در حراست از حقوق و آزادیهای فردی دارد و به اعتقاد حقوق دانان، قلمرو اصل قانونی بودن، نه تنها شامل جرایم و مجازاتهای می‌شود، بلکه به تدابیر و ترتیبات شکلی و اجرایی نیز گسترش می‌یابد. نتیجه منطقی قانونمند کردن آیین

۱. فرید الزغبی، الموسوعة الجزائرية، ج ۲، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۹۹۵ م، ص ۲۳، ۱۱۸.  
 2. Paul Roubier, Le Droit Transitoire (Conflit de Lois dans Le Temps) 2e<sup>ed</sup>, Paris, dalloz et sirey, 1960, p.345, 347, 520, 521, 523 et 539.  
 ۳. محمد فاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، دمشق، مطبعة الداودي، ۱۹۷۵-۱۹۷۶ م، ص ۱۳۸.

و تشریفات رسیدگی و دادرسی، عدم عطف قانون کیفری شکلی لاحق به گذشته، همچون قوانین ماهوی، و معتبر ماندن اقدامات صحیح قبل از اجرای قانون جدید است. سکوت ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی درباره قوانین کیفری شکلی نیز به مفهوم عطف این قوانین به گذشته نیست؛ زیرا اطلاق ماده ۴ قانون مدنی، اثر قانون را متوجه آینده می‌کند. بنابراین، تعبیر برخی از حقوق دانان که عطف قوانین کیفری شکلی به گذشته را نسبت به جرایمی که تعقیب آنها شروع نشده یا منجر به صدور حکم قطعی نشده است، به عنوان استثنایی بر قاعده عدم عطف قانون به گذشته، موجه نیست، بلکه از آن رو که از مراحل آغازین تعقیب کیفری تا اجرای مجازاتها، وضعیتهای حقوقی مستقلی همچون صلاحیت دادگاه، صدور حکم و... وجود دارد که اگر هر یک از این وضعیتها به صورت ناتمام با اجرای قانون جدید مواجه شود، مشمول آن می‌شود و اراده جدید قانون‌گذار، بر وضعیتهای حقوقی در حال جریان و آتی به موجب اصل اعمال فوری قانون، بی‌درنگ اجرایی شود، بنابراین، اگر وقوع جرم، قبل از اجرای قانون جدید شکلی است، ولی تعقیب آن در زمان حکومت قانون لاحق انجام شود، در این هنگام، اصل اعمال فوری قانون، مقتضی اعمال قانون جدید است و کاربرد اصطلاح عطف قانون به گذشته، به اعتبار زمان وقوع جرم، خطاست؛ زیرا اصولاً موضوع قوانین کیفری شکلی، متفاوت از قوانین کیفری ماهوی است. همچنین اصل مزبور ایجاب می‌کند که دلایل اثباتی ارائه شده بعد از اجرای قانون لاحق، حتی اگر مربوط به جرمی است که قبل از اجرای قانون لاحق واقع گردیده، تحت حکومت قانون جدید قرار گیرد.

نهایتاً سکوت قانون‌گذار در زمینه اعمال قوانین کیفری شکلی در زمان، موجه نیست و شایسته است تا همچون قانون جزای فرانسه، قواعدی در این خصوص تنظیم شود. لذا پیشنهاد می‌شود در اعمال فوری قانون جدید شکلی، مقرر و تصریح شود که قوانین زیر، به هنگام رسیدگی به جرایمی که وقوع آن قبل از اجرای قانون جدید بوده است، فوراً اعمال می‌شود.

۱. قوانین مربوط به چگونگی و شکل تعقیب.

۲. قوانین مربوط به ادله اثبات دعوا تا قبل از ارائه آن به مقامات صالح قضایی.





## ضابطین دادگستری در قوانین کیفری ایران

□ علی اصغر مهابادی  
□ عضو هیأت علمی دانشگاه علوم انتظامی

### چکیده:

در تشکیل پرونده کیفری، عوامل متعددی دخالت دارند که از مهمترین آنها، ضابطین دادگستری می باشند. شناخت حقوق و تکالیف این دسته از مأمورین که در شکل گیری پرونده کیفری، بویژه در مراحل اولیه و تحقیقات مقدماتی، مؤثرند، در نحوه قضاوت مراجع درباره عملکرد آنان، نقش بسیار دارد. در این مقاله سعی شده است در حد امکان، جایگاه قانون ضابطین دادگستری تعیین و حقوق و تکالیف آنان مورد بررسی قرار گیرد. **کلید واژگان:** ضابط، پلیس اداری، پلیس قضایی، ادغام، ضابطین عام، ضابطین خاص، مقامات قضایی، ریاست و نظارت، تحقیقات مقدماتی، توقیف متهم.

### مقدمه

«ضابطین دادگستری» به دلیل وظایف حساسی که بر عهده آنان گذاشته شده است، از اهمیت خاصی برخوردارند و به همین دلیل، قانونگذار طی مباحث اولیه قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب، به موضوع ضابطین و وظایف آنان پرداخته است. آنچه مسلم است، اولین برخورد مقامات قانونی با جرایم ارتكابی، توسط ضابطین

صورت می‌پذیرد و به عقیده متخصصان علوم جرم‌یابی، چنانچه این برخورد اولیه، توأم با دقت، هوشیاری، نکته‌سنجی و ارتباط منظم وقایع نباشد، سنگ بنای اولیه پرونده کیفری، کج نهاده خواهد شد و قاضی نیز که مدارک مکتوب در پرونده، بیشترین ادله او برای تصمیم‌گیری است، به سبب سستی دلایل و مدارک جمع‌آوری شده، از صدور رأی متناسب عاجز مانده و در این رهگذر، اهداف مجازات که عبارت است از تنبیه مقصر، ارباب سایرین، تشفی خاطر مجنی علیه و سایر امور، حاصل نمی‌شود و نتیجه آن، تجزیه مجرمین و یأس و دلسردی مردم نسبت به دستگاههای انتظامی و قضایی خواهد بود که اثر مستقیمی بر افکار مردم نسبت به حکومت خواهد داشت.

در این مقاله تلاش می‌شود ضابطین و حدود وظایف آنها تبیین و حقوق و تکالیف آنها در برخورد با جرایم، روشن شود. با این وجود، آن را طبق دسته‌بندی ذیل تقسیم و سپس به شرح آن می‌پردازیم:

الف) وظایف کلی.

ب) ماهیت وظایف ضابطین.

ج) وظایف ضابطین در قبال مقامات قضایی.

د) نتیجه‌گیری.

## وظایف کلی

در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق، ضابطین در چهار دسته مشخص شده بودند که به علت خروج موضوعی بازپرسها و دادستانها، از این دو دسته صرف نظر می‌کنیم و فقط به رؤسای کلانتریها و معاونان آنان و همچنین فرماندهان پاسگاهها و معاونان آنها که ضابطین دادگستری محسوب می‌شوند، می‌پردازیم. این دو دسته با افراد پلیس قضایی و مأموران کمیته‌های انقلاب اسلامی تا سال ۱۳۷۰، ضابطین دادگستری را تشکیل می‌دادند.

در سال ۱۳۶۹ با تصویب قانون نیروی انتظامی، سه نیروی انتظامی سابق

(شهربانی، ژاندارمری و کمیته انقلاب اسلامی) با سازمان پلیس قضایی ادغام گردید. طبق ماده یک این قانون:

از تاریخ تصویب این قانون، وزارت کشور مکلف است نیروهای انتظامی موجود (شهربانی، کمیته انقلاب اسلامی و ژاندارمری) را حداکثر ظرف مدت یکسال ادغام نماید و سازمانی تحت عنوان نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران تشکیل دهد.

برابر تبصره ماده مذکور:

از تاریخ تصویب این قانون، نیروهای مسلحی که در جهت امور انتظامی در ارتباط با قوه قضائیه، وزارتخانه‌ها و سازمانها و مؤسسات مختلف فعالیت می‌کنند در نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ادغام می‌گردند و از طریق وزارت کشور و نیروی انتظامی تحت امر آن واحدها قرار خواهند گرفت.

به این ترتیب، دسته سوم و چهارم از ضابطین مندرج در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق به سازمانی به نام نیروی انتظامی تبدیل شد. حال با شرحی که گذشت، این سؤال مطرح می‌شود که در این وضعیت، چه کسانی را می‌توان ضابط دادگستری دانست؟ آیا کلیه کارکنان نیروی انتظامی یا فقط عده‌ای از آنها مانند رؤسای کلانتریها و پاسگاهها ضابط محسوب می‌شوند؟ برای پاسخ به این سؤال، نخست قوانین دیگری را که در این باره تصویب شده، بررسی می‌کنیم.

پس از تصویب قانون نیروی انتظامی (ناجا)، قانون دیگری که از ضابطین دادگستری سخن به میان آورده، ماده ۱۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ است. این ماده اشعار می‌دارد:

نیروی انتظامی هر حوزه قضایی اعم از بخش یا شهرستان در مقام ضابط دادگستری تحت ریاست و نظارت رئیس همان حوزه انجام وظیفه نموده و مکلف به اجرای دستورات مقام قضایی می‌باشد.

این ماده که با ابهام و اجمال فراوانی انشا شده است و استدلالات ناجا درباره

تغییرات آن به جایی نرسید، دست قضات را به ترتیبی باز گذاشته که همه کارکنان نیروی انتظامی را ضابط تلقی و از فرمانده ناجا تا سرباز وظیفه پاسگاه را ضابط محسوب کرده و آنان را مکلف به اجرای دستورات خود بدانند.

نتیجه خطرناک این برداشت، این است که سلسله مراتب در نیروی انتظامی مخدوش شده و تفاوت بین وظایف «پلیس اداری» و «پلیس قضایی» (یعنی دو وظیفه عمده ناجا) نادیده گرفته می شود و تداخل وظایف نیز پیش خواهد آمد و دست کارکنان غیر متخصص در امور رسیدگی به جرم که قطعاً نیازمند ممارست و کسب تجربه است، باز خواهد شد و مقام قضایی نیز حسب تشخیص خود، تحقیق و تفحص درباره جرایم را به هر شخص یا مرجعی که ممکن است اصولاً هیچ وظیفه‌ای به عنوان ضابط نداشته باشد، ارجاع نماید.

ناجا با این امید که موضوع ضابطین و ماهیت و نوع وظیفه آنان در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، دقیقاً مورد توجه قرار گرفته، تکلیف آنان را در برخورد قانون و این که چه کسانی موظف به رسیدگی و تشکیل پرونده‌های جزایی هستند، به طور وضوح مشخص شود، پیشنهادهایی ارائه داد و با شرکت در کمیسیون قضایی، آنان را در تعیین رؤسای کلانتریها و فرماندهان پاسگاهها به عنوان ضابط دادگستری، قانع کرد، اما متأسفانه در تغییرات بعدی حذف شد!

تجربه ناجا در مدت کوتاهی که از اعمال قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب گذشته، نشان داده است که پرداختن به وظایف ضابط و تعیین حدود اختیارات آنان از چه اهمیتی برخوردار است. اگرچه در حال حاضر نیز قسمت اعظم این وظایف توسط کارکنان کلانتریها به مرحله عمل درمی آید. به عبارت دیگر، با انحلال دادسرا، وظایفی که بر عهده قضات تحقیق بود، در اغلب اوقات به علت کثرت دعاوی، به مأموران انتظامی ارجاع می شود که این امر به علت عدم اشراف و وجود تخصص در مسائل کیفری، با موازین قضایی سازگار نیست.

در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری که بنا به پیشنهاد وزارت دادگستری، در جلسه مورخ ۷/۱۱/۷۸ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده، ضابطین دادگستری چنین تعریف شده‌اند:

ماده ۱۵. ضابطین دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات مقام قضایی در کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلایل جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم و ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی به موجب قانون اقدام نمایند و عبارتند از:

۱. نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران
  ۲. رؤسا و معاونان و مأموران زندان نسبت به امور زندانیان
  ۳. نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و مأمورانی که به موجب قوانین خاص در حدود وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند.
  ۴. سایر نیروهای مسلح در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تمام یا برخی از وظایف نیروی انتظامی را به آنان محول کند.
  ۵. مقامات و مأمورینی که بموجب قوانین خاص در حدود وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند.
- تبصره: گزارش ضابطین در صورتی معتبر است که موثق و مورد اعتماد قاضی باشند.



بدین ترتیب، قانون‌گذار تغییراتی به شرح ذیل در موضوع ضابطین ایجاد کرده است:

الف) وظیفه آنان را به طور دقیق مشخص نموده است.

ب) برخلاف سایر بندها، به جای شخص حقیقی، ناجا را به صورت شخصیت حقوقی ذکر کرده؛ یعنی ناجا را با همه ابعاد (حتی فراتر از نیروی انسانی، ضابط محسوب کرده است).

ج) تفاوتی بین ضابطین عام و خاص قائل نشده و همه را در یک مجموعه گرد آورده است.

د) در بند پنجم، شرایطی ایجاد کرده است که اگر ناجا از عهده انجام مأموریت‌های خویش برنیامد، سایر نیروهای مسلح بتوانند آن وظایف را به انجام برسانند، که با توجه به این که وظیفه ضابط، یک امر کاملاً تخصصی است و از عهده هر کسی برنمی‌آید و نیازمند تربیت، ممارست و آموزش حین خدمت است، انجام این امر توسط کسانی که هیچ تخصصی در این زمینه ندارند، بعید به نظر می‌رسد.

ه) تبصره این ماده نیز برخلاف رویه هشتاد و هفت ساله آیین دادرسی کیفری

بود. در ماده ۳۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری سابق، گزارش ضابطین، معتبر محسوب می‌شد، مگر این‌که خلاف آن در دادگاه ثابت شود، درحالی‌که برابر این تبصره، گزارش ضابطین سندیت ندارد، مگر این‌که مورد وثوق و اعتماد قاضی باشند. به عبارتی دیگر، دو شرط عمده برای پذیرش گزارش ضابطین مقرر شده است: «وثاقت» و «اعتماد».

## ماهیت و وظایف ضابطین

با تصویب قانون ادغام نیروی انتظامی، در خصوص انجام وظیفه کارکنان نیروی انتظامی به عنوان ضابطین دادگستری، بند ۸ ماده ۴ این قانون چنین مقرر داشته است:

انجام وظایفی که بر طبق قانون به عنوان ضابط قوه قضاییه بعهده نیروی انتظامی محول است از قبیل:

الف) مبارزه با مواد مخدر؛ ب) مبارزه با قاچاق؛ ج) مبارزه با منکرات و فساد؛ د) پیشگیری از وقوع جرایم؛ ه) کشف جرایم؛ و) بازرسی و تحقیق؛ ز) حفظ آثار و دلایل جرم؛ ح) دستگیری متهمین و مجرمین و جلوگیری از فرار و اختفاء آنها؛ ط) اجرا و ابلاغ احکام قضایی.

با نگاهی مختصر به این عناوین، درمی‌یابیم که همه این وظایف را نیروهای انتظامی قبل از ادغام؛ یعنی کمیته انقلاب اسلامی، ژاندارمری و شهربانی انجام می‌دادند و علاوه بر این، سایر موارد؛ از قبیل امداد رسانی، تشخیص هویت، کشف علمی جرایم، حفظ مرزها، اجرای قوانین و مقررات مربوط به گذرنامه، وظیفه عمومی، اماکن عمومی و راهنمایی و رانندگی را نیز به عهده داشته، در طول جنگ تحمیلی نیز با حضور مؤثر در مناطق جنگی، جان‌فشانی می‌کردند و تنها موردی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در سال ۱۳۵۹، علاوه بر نیروی انتظامی، به سازمان دیگری نیز واگذار شد، وظایف پلیس قضایی بود که عمدتاً در بعضی مراکز استانها و فقط برای اجرا و ابلاغ احکام قضایی شکل می‌گرفت و آن هم در جایی این شیوه مستولی بود که سازمان پلیس قضایی وجود داشت، و الا در همه روستاها و شهرستانها

بیت



ملک شاه عوام گرسوئی

این وظیفه را کارکنان شهربانی و ژاندارمری به عهده داشتند.

حال، سؤال این است که با توجه به مفاد ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری که ضابطین دادگستری را بر شمرده، ضابطین دادگستری، کدام یک از عناصر نیروی انتظامی هستند؟ آیا همه کارکنان نیروی انتظامی می‌توانند به عنوان ضابط دادگستری عمل کنند یا فقط عده‌ای از آنان چنین تکلیفی دارند؟

برای پاسخ به این سؤال باید توضیح دهیم که اگر بخواهیم وظایف پلیس به معنای اعم را دسته‌بندی کنیم، در دو طبقه جای می‌گیرد: «پلیس اداری» و «پلیس قضایی».

## ۱. پلیس اداری

وظایف پلیس اداری، عرفاً به وظایفی اطلاق می‌شود که بیشتر جنبه خدماتی دارد؛ مثلاً اموری چون صدور گذرنامه، گواهینامه رانندگی، پروانه اماکن عمومی و... لیکن چنین به نظر می‌رسد که پیشگیری از وقوع جرم، قسمت عمده وظایف پلیس اداری را تشکیل دهد.

پلیس در همه کشورهای جهان، دارای دو وظیفه عمده «اداری» و «قضایی» است. چنانچه این دو وظیفه را صددرصد وظایف بدانیم، اگر هشتاد درصد آن را برای وظیفه پلیس اداری منظور نماییم، کلمه‌ای به اغراق نگفته‌ایم و شاید حق مطلب، بیش از این باشد؛ زیرا اگر پلیس، وظیفه اداری را به نحو احسن انجام دهد، ندرتاً به امور پلیس قضایی مشغول خواهد شد.

علت تقدم وظیفه پلیس اداری، این است که تمامی تلاش مأموران انتظامی باید صرف انتظام امور جامعه و پیشگیری از وقوع جرم شود و شعار «پیشگیری بهتر از درمان است»، نه تنها در امور پزشکی، بلکه در برقراری امنیت نیز مصداق دارد.

یک ضابط وظیفه شناس، با تسلط و احاطه بر حوزه استحفاظی مربوط که مسلماً با شناخت کامل شرایط جغرافیایی، انسانی، اجتماعی و اقتصادی، میسر است، می‌تواند مانع بروز بسیاری از جرایم متداول گردد. یک مأمور باهوش انتظامی، به محض ورود

عنصری خطا کار، اقدامات لازم را برای کنترل وی به کار می‌بندد و با تذکرات و هشدارهای لازم، اهالی منطقه را به وجود امنیتی کامل امیدوار می‌سازد. یک فرمانده پاسگاه خوش فکر، می‌تواند از بروز نزاعهای دسته‌جمعی، سرقت، کلاهبرداری، قتل و... جلوگیری کند و این مهم انجام نمی‌شود، مگر این که او به صورت فردی متحرک، جست‌وجوگر و پویا، همواره نقاط حساس منطقه استحقاقی را در کنترل داشته باشد. حتی اگر وسایل نقلیه هم در اختیارش نباشد، با حضور متناوب در مناطق حساس و از بین بردن زمینه‌های وقوع جرم، ضریب امنیتی جامعه را بالا ببرد.

اهمیت پلیس اداری، از آن جا آشکار می‌شود که پس از وقوع جرم، هر اندازه که در دستگیری مجرم تسریع شود و به دستگاه عدالت تسلیم گردد، خواه ناخواه، امنیت دچار تزلزل می‌شود و تا آثار وقوع جرم از ذهن مردم پاک شود، مدت زیادی طول خواهد کشید. متأسفانه مردم نیز در شاخ و برگ دادن به حوادث، مؤثرند و در بعضی مواقع، با اغراق و گزافه‌گویی، به وحشت عمومی افزوده، امور جاری را مختل می‌سازند و چه بسا در این رهگذر، عده‌ای که همواره منتظر چنین وقایعی هستند، با تهدید مردم به تکرار این حوادث، به سوء استفاده پیردازند.

البته ممکن است عده‌ای بگویند: تنها حضور پلیس در صحنه و مراقبتهای دائم در پیشگیری از وقوع جرم مؤثر نیست و عواملی از قبیل ناهنجاریهای اقتصادی، سیاسی و اجتماعی جامعه نیز موجب ایجاد جرم می‌شود یا حتی وضعیت معیشتی خود مأموران نیز در بعضی مواقع، موجب سهل‌انگاری آنها در انجام وظیفه صحیح می‌گردد. در پاسخ باید گفت: اگرچه نمی‌توان منکر وجود عوامل متعدد در وقوع جرم شد، لیکن وجود این عوامل نمی‌تواند مانع انجام وظیفه مأموران انتظامی به عنوان تأمین‌کنندگان نظم و امنیت در جامعه شود. یک مأمور، به دلخواه خود، این شغل را انتخاب می‌کند و باید مشکلات آن را نیز پذیرا باشد و مطمئناً مسؤولان امر نیز در صدد رفع نیازهای مشروع تا سرحد امکان خواهند بود. بنابراین، کوتاهی در انجام وظیفه، بخصوص حضور مؤثر در اماکنی که احتمال وقوع جرم در آنها زیاد است، به هیچ وجه، قابل گذشت نیست.

از دیگر وظایفی که می‌توان برای پلیس اداری برشمرد، خدماتی است که کارکنان



زحمتکش نیروی انتظامی به مردم ارائه می دهند؛ از قبیل:

۱. صدور گذرنامه های عادی و همچنین برگه های عبور مرزی.
۲. صدور دفترچه آماده به خدمت، معافیت از خدمت پزشکی، کفالت و ...
۳. صدور انواع گواهینامه های رانندگی و سایر امور مربوط به راهنمایی و رانندگی.
۴. صدور مجوز تأسیس انواع اماکن عمومی.
۵. حفاظت و حراست از بیشتر شخصیتها و اماکن حساس و مهم.

## ۲. پلیس قضایی

پلیس قضایی به بعضی از کارکنان ناجا که به عنوان ضابط دادگستری هستند و در فصل نخست باب اول قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری درج شده است، اطلاق می شود. این عنوان با تشکیلات پلیس قضایی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به همت شهید بهشتی ایجاد شد، مطرح گشت، اما به دلایل متعدد که از این بحث خارج است، جامعه عمل نپوشید و عده ای از کارکنان آن، جذب دستگاه قضایی شدند و عده کمی نیز به جمع مأموران نیروی انتظامی پیوستند. این وظیفه که از آن به پلیس قضایی تعبیر شد، همان وظایفی است که کارکنان نیروی انتظامی در مقام ضابط دادگستری انجام می دهند. این وظایف و تکالیف، مستند به صدر ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری به شرح ذیل می باشد:

کشف جرم، بازجویی مقدماتی، حفظ آثار و دلایل جرم، جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، ابلاغ اوراق قضایی، اجرای تصمیمات قضایی.

در این جا وظیفه مهم کارکنان نیروی انتظامی در قالب پلیس قضایی متجلی می شود؛ یعنی وقتی جرم واقع شد، همه اقداماتی که در بالا ذکر شد، به مرحله اجرا درمی آید.

حال که به یک دسته بندی کلی از وظایف کارکنان نیروی انتظامی پی بردیم، به این نکته می رسیم که آیا این دسته بندی درباره کارکنان ناجا اعمال شده است یا خیر؟

در پاسخ می‌توان گفت: در حال حاضر، فقط بعضی از کارکنان ناجا به وظایف پلیس اداری مشغولند و به هیچ وجه به امور پلیس قضایی نمی‌پردازند. اما برخی از آنان، هم پلیس اداری هستند و هم به امور پلیس قضایی می‌پردازند. بدین معنی که کارکنانی که در امور انتظامی، بویژه پاسگاهها به انجام وظیفه مشغولند، هنگامی که به گشت‌زنی در حوزه استحفاظی می‌پردازند، کار پلیس اداری را انجام می‌دهند و وقتی که با جرم برخورد می‌کنند، وظایف پلیس قضایی بر عهده آنان است. به عبارت دیگر، ماهیت وظیفه آنان از پلیس اداری، به قضایی تبدیل می‌شود و به همین دلیل، آمر قانونی آنان نیز از فرمانده و رئیس مربوط، به مقام قضایی تغییر می‌یابد و این از ویژگیهای منحصر به فرد ضابطین دادگستری در ایران است.

با توجه به استدلال مذکور، قطعاً همه کارکنان نیروی انتظامی، ضابط دادگستری محسوب نمی‌شوند و برای تبیین این که چه کسانی ضابط دادگستری محسوب می‌شوند، به بند هشتم ماده ۴ قانون ناجا اشاره می‌کنیم.

با دقت در این بند، می‌بینیم که مفاد شقوق «الف»، «ب»، «ج» و بویژه «د»، ماهیتاً وظیفه پلیس اداری است و در آن به پیشگیری از وقوع جرم پرداخته می‌شود، اما در حقیقت، توسط کسانی انجام می‌شود که در صورت برخورد با جرم، وظیفه پلیس قضایی را به مرحله اجرا درمی‌آورند. به عقیده نگارنده، ذکر این موارد در وظایف ضابطین دادگستری که حضور آنان پس از وقوع جرم است، از لحاظ قانون‌نویسی، صحیح نیست؛ زیرا در صدر بند هشتم آمده است: «وظایفی که از حیث ضابط بودن، بر عهده کارکنان نیروی انتظامی است، به شرح زیر می‌باشد». پس صدر ماده با محتوای آن مطابقت ندارد.

نکته دیگری که در ماده چهارم به چشم می‌خورد، مفاد بند نهم آن است (بند ۹- انجام امور مربوط به تشخیص هویت کشف جرایم). این امور که ضابط باید دقیقاً به آن بپردازد، از وظایف او خارج شده است! مثلاً اگر جسد شخصی در بیابان پیدا شود و ضابط دادگستری با آن برخورد کند، به دلیل خروج موضوع از وظایف او، نباید هیچ گونه اقدامی انجام دهد؛ یعنی درباره تعیین هویت جسد، وظیفه‌ای ندارد و از آزمایشگاه جنایی نیز استفاده نمی‌کند!

البته ممکن است گفته شود: این موضوع باید از طریق مقام قضایی ابلاغ شود تا نسبت به انجام آن اقدام گردد. اما در جرایم مشهود، انجام وظیفه، چگونه خواهد بود؟ اگر پلیس به مقام قضایی دسترسی نداشت، چه باید بکند؟ بعلاوه، مفاد بند نهم در ارتباط با جرم است و پس از وقوع جرم، مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ پس چگونه می‌توان آن را از وظایف ضابطین خارج کرد، در حالی که شقوق اولیه بند هشتم، هیچ ربطی به وظایف ضابط ندارد.

با عنایت به مفاد بند هشتم و همچنین بند نهم از ماده چهارم، چنین استنباط می‌شود که در حال حاضر، کسانی ضابط دادگستری محسوب می‌شوند که وظایف مندرج در بندهای مذکور را انجام می‌دهند؛ اگرچه در پاسگاهها نیز اشتغال نداشته باشند. البته هنوز هم قسمت اعظم این امور در کلانتری و پاسگاهها انجام می‌شود، اما متأسفانه تعدادی از قضات، موضوع ضابط بودن فرمانده پاسگاه و معاونان او را از یاد برده‌اند و یا به آن اشراف ندارند و دستورات قضایی را به ارگانها و یا قسمتهایی که هیچ‌گونه وظیفه‌ای در زمینه کشف جرم و جمع‌آوری دلایل و مدارک و یادستگیری متهمان ندارند، ارجاع می‌دهند.

## وظایف ضابطین در قبال مقامات قضایی

همان‌طور که گفته شد، همه کارکنان نیروی انتظامی، نخست به وظایف پلیس اداری مشغولند، لیکن بعضی از آنان، علاوه بر وظیفه پلیس اداری، به امر قضایی نیز می‌پردازند. لذا در مواقعی که جرمی اتفاق نیفتاده است و پلیس در حال انجام وظیفه اداری خود برای پیشگیری از وقوع جرم است، در برخورد با مقامات، تابع سلسله مراتب اداری است، اما هنگامی که جرمی واقع شود، وظیفه کارکنان ناجا درباره مراحل مقدماتی کشف جرم و در برخورد با مقامات، اطاعت از دستور مقام قضایی است که تا قبل از تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، شخص دادستان بود و به عنوان رئیس دادسرا، بر همه ضابطین دادگستری ریاست داشت.

برابر ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، قاضی می‌تواند بعضی از امور تحقیقات مقدماتی را با تعلیمات لازم، به ضابطین بسپارد. نکته قابل توجه این است که قاضی باید ضابطین دادگستری را درباره نحوه رسیدگی به جرم ارتكابی، ارشاد نماید و دستورات خود را بر حسب رویه‌ای که درباره رسیدگی به پرونده معمول است، تنظیم کند و مثلاً باید قید شود:

فرمانده پاسگاه انتظامی...

لطفاً دستور فرمایید درباره شکایت آقای «الف» علیه آقای «ب» دایر بر ایراد ضرب و شتم، وفق موارد ذیل و به ترتیب اولویت اقدام نمایند:

الف) از شاکی دقیقاً بازجویی و از ابتدا تا پایان ماجرا کاملاً تحقیق شود.

ب) درباره چگونگی ماجرا تحقیق محلی کاملی به عمل آمده، از شهود و مطلعین که نام برده شده با درج اسم و مشخصات دقیق، استعلام گردد.

ج) چنانچه دلایل و مدارکی درباره ارتكاب جرم وجود دارد، با شماره گذاری، ضبط و مراتب، صورت مجلس شود.

د) در صورت ورود ضرب و جرح، شاکی به پزشکی قانونی معرفی و نظریه پزشکی مذکور، اخذ و ضمیمه شود.

ه) مشتکی عنه احضار و دقیقاً مورد بازجویی قرار گرفته و از شهود و مطلعین معرفی شده توسط وی نیز استعلام و در صورت ادعای مضروب یا مجروح شدن، وی نیز به پزشکی قانونی معرفی و نظریه ضمیمه پرونده و به نزد اینجانب اعاده گردد.

و) چنانچه نیازی به مواجهه حضوری وجود داشت، آن را انجام و مراتب را صورت مجلس نموده و با احضار نظر، به نزد اینجانب اعاده فرمایید.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این جا ترتیب قانونی رسیدگی به جرم واقع شده، حفظ شده است؛ زیرا ماده ۱۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، مقرر داشته است: «قاضی نباید کسی را احضار یا جلب کند، مگر این که دلایل کافی برای احضار یا جلب، موجود باشد».

اعمال مفاد این ماده به این معنی است که باید نخست، دلایل و مدارک کافی برای احضار اشخاص وجود داشته باشد. لذا وقتی برای قاضی که اختیاراتش در رسیدگی به

جرم، بسیار وسیعتر از ضابطین دادگستری است، قانون، چنین مقرر داشته است، به طریق اولی ضابطین دادگستری نیز باید نخست، دلایل و مدارک کافی و متقن علیه مشتکی عنه جمع آوری و سپس نسبت به احضار او اقدام کنند.

وضع این قانون، بدین منظور بوده است که به محض اعلام شکایت از سوی اشخاص که مشخص نشده از این اقدام خود چه هدفی را تعقیب می‌کنند، مقامات رسیدگی‌کننده، بلافاصله و بدون بررسی، نسبت به احضار مشتکی عنه اقدام نمایند؛ زیرا انجام همین عمل، ممکن است آبروی اشخاص را در معرض تضییع قرار دهد. نکته دیگری که باید در حین رسیدگی به پرونده، بدان توجه داشت، این است که چنانچه اوراقی به عنوان احضاریه و یا احضارنامه در مراجع انتظامی تهیه و از آن استفاده گردد، باید محلی را برای درج دستور مقام قضایی و یا مستند قانونی تعبیه کرد؛ یعنی مخاطب با هر عنوان، باید بداند که احضار او از سوی ضابطین دادگستری، متکی به دستوری است که مقام قضایی صادر کرده و یا حسب اختیاری بوده که قانون در جرایم مشهود به او اعطا کرده است.

پس به این نتیجه رسیدیم که تحقیقات مقدماتی باید زیر نظر مقام قضایی صادرکننده دستور باشد؛ حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا ارجاع پرونده به ضابطین دادگستری، می‌تواند مجوزی برای بازدید و بازرسی محل کار ضابطین (پاسگاهها) توسط مقامات قضایی باشد یا خیر؟

نخست، نظریه مشورتی شماره ۶۲۹۲/۷ مورخ ۲۷/۱۰/۶۵ اداره حقوقی دادگستری را در این باره می‌آوریم:

سؤال: با توجه به ماده ۱۹ آیین دادرسی کیفری که دادستان را به عنوان رئیس ضابطین دادگستری دانسته است، آیا سرکشی و بازدید از پاسگاههای انتظامی حوزه قضایی به منظور آموزش تعالیم ضابطی به کارکنان پاسگاهها برای تسریع در ارجاعات دادگستری و حسن انجام وظیفه محوله قضایی، از اختیارات و وظایف دادستان عمومی می‌باشد یا خیر؟

کمیسیون آیین دادرسی کیفری اداره حقوقی قوه قضائیه در این خصوص، چنین اظهار نظر کرده است:

ضابطین دادگستری، فقط از حیث انجام وظایف مربوط به ضابط بودن، تحت نظارت دادستان می‌باشند و دادستان حق دارد از این حیث، در کار آنان نظارت کند. دادستان می‌تواند نظریات و خواسته‌های قانونی خود را کتباً به پاسگاه‌های اعلام نماید و راهنمایی‌های لازم را به عمل آورد. سرکشی و بازدید از پاسگاه‌های ژاندارمری و تحت آموزش قرار دادن کارکنان پاسگاه‌ها از سوی دادستان، فاقد مجوز قانونی است.

حال، آیا با توجه به قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که موضوع وجود دادستان را منتفی دانسته و اداره حقوقی دادگستری، بازدید و سرکشی او را فاقد مجوز قانونی اعلام کرده است، می‌توانیم بازدید مقام قضایی را از نیروهای انتظامی، مجاز بدانیم؟

بدیهی است که پاسخ این سؤال، منفی است؛ زیرا وقتی رئیس سابق ضابطین (دادستان) از چنین حقی محروم باشد، به طریق اولی، قاضی دادگاه نیز فاقد چنین امتیازی است. البته ممکن است عده‌ای به استناد مفاد ماده ۱۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، چنین حقی را تصور کنند، اما این ماده، چنین مجوزی صادر نکرده است. متن ماده مذکور چنین اشعار می‌دارد:

ماده ۱۳: نیروی انتظامی هر حوزه قضایی اعم از بخش یا شهرستان در مقام ضابط دادگستری تحت ریاست و نظارت رئیس همان حوزه انجام وظیفه نموده و مکلف به اجرای دستورات مقام قضایی می‌باشد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این ماده، اولاً، قید «مقام ضابط دادگستری» دارد که طبق صدر ماده ۱۵ تعریف شده‌اند. ثانیاً، عنوان ریاست و نظارت، فقط به رئیس حوزه قضایی منحصر شده و رؤسای محاکم، از آن محرومند و این نکته، مجدداً در ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تصریح شده است.

با تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و حذف دادسرا از نظام قضایی، رئیس حوزه قضایی، مطابق تبصره ۱۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، جانشین مقامات قضایی اشاره شده در فوق و برابر مفاد ۱۳ قانون مذکور، به

عنوان آمر در مواقعی که کارکنان ناجا در حال انجام وظایف خود در امور قضایی می‌باشند، عمل خواهد کرد. اما باید توجه داشت که وظایف قضایی دادستان، به رئیس حوزه قضایی محول نشده است.

در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، وظایف ضابطین در چند بخش به شرح ذیل مجزا شده است:

۱. جرایم مشهود: این جرایم که در ماده ۲۱ قانون مذکور تعریف شده است، برابر ماده ۱۸ به ضابطین دادگستری چنین تکلیفی کرده است:

... و در خصوص جرایم مشهود، تمامی اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات و ادوات و آثار و علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و یا تبانی، معمول و تحقیقات مقدماتی را انجام و بلافاصله به اطلاع مقام قضایی می‌رسانند.

۲. جرایم غیر مشهود: صدر ماده فوق مقرر داشته است:

ضابطین دادگستری به محض اطلاع از وقوع جرم، در جرایم غیر مشهود، مراتب را برای کسب تکلیف و اخذ دستور لازم، به مقام ذی صلاح قضایی اعلام می‌کنند....

۳. انجام تحقیقات مقدماتی: مفاد ماده ۱۹ قانون مذکور در صدد تعریف «تحقیقات مقدماتی» برآمده و آن را چنین تعریف کرده است:

تحقیقات مقدماتی، مجموعه اقداماتی است که برای کشف جرم و حفظ آثار و ادله وقوع آن و تعقیب متهم از بدو پیگیری قانونی تا تسلیم به مرجع قضایی صورت می‌گیرد. ضابطین دادگستری حق اخذ تأمین از متهم را ندارند.

۴. تعیین ضرب الاجل برای تکمیل پرونده: ماده ۲۰ قانون مزبور، در این مورد مقرر داشته است:

ضابطین دادگستری مکلفند در اسرع وقت و در مدتی که مقام قضایی تعیین می‌نماید، نسبت به انجام دستورات و تکمیل پرونده اقدام کنند. چنانچه به هر علت، اجرای دستور و یا تکمیل، میسر نگردد، موظفند در پایان هر ماه گزارش آن را با ذکر

علت، به مقام قضایی ذی ربط ارسال نمایند. متخلف از این امر، به مجازات مقرر در ماده ۲۱۶ این قانون محکوم خواهد شد.

۵. نحوه گزارش وقوع جرم: ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در این باره چنین اشعار می دارد:

هرگاه علایم و امارات وقوع جرم، مشکوک بوده و یا اطلاعات ضابطین دادگستری از منابع، موثق نباشد، قبل از اطلاع به مقامات قضایی، تحقیقات لازم را بدون این که حق دستگیری یا ورود به منزل کسی را داشته باشند، به عمل آورده و نتیجه را به مقامات یاد شده اطلاع می دهند.

۶. اختیار ضابط در توقیف متهم: در ماده ۲۴ نیز آمده است:

ضابطین دادگستری نتیجه اقدامات خود را به اطلاع مرجع قضایی صالح می رسانند، در صورتی که مرجع مذکور اقدامات انجام شده را کافی نیافت، می تواند تکمیل آن را بخواهد، در این مورد، ضابطین مکلفند به دستور مقام قضایی، تحقیقات و اقدامات قانونی را برای کشف جرم به عمل آورند، لیکن نمی توانند متهم را در بازداشت نگهدارند و چنانچه در جرایم مشهود، بازداشت متهم برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل، بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ شود و حداکثر تا مدت ۲۴ ساعت می توانند متهم را تحت نظر نگهداری نموده و در اولین فرصت باید مراتب را جهت اتخاذ تصمیم قانونی، به اطلاع مقام قضایی برسانند. مقام قضایی در خصوص ادامه بازداشت و یا آزادی متهم، تعیین تکلیف می نماید. همچنین تفتیش منازل، اماکن و اشیاء و جلب اشخاص در جرایم غیر مشهود باید با اجازه مخصوص مقام قضایی باشد؛ هر چند اجرای تحقیقات بطور کلی از طرف مقام قضایی به ضابط ارجاع شده باشد.

۷. آخرین ماده ای که در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری درباره ضابطین تعیین تکلیف کرده است، ماده ۲۵ قانون فوق می باشد که مقرر می دارد:



ضابطین دادگستری پس از ورود مقام قضایی، تحقیقاتی را که انجام داده‌اند، به وی تسلیم نموده و دیگر حق مداخله ندارند، مگر به دستور مقام قضایی و یا مأموریت جدیدی که از طرف وی به آنان ارجاع می‌شود.

در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ مجلس شورای اسلامی، تغییراتی به شرح ذیل در امور مربوط به ضابطین داده شده است:

الف) برابر بند «ب» ماده ۳، ریاست و نظارت بر ضابطین دادگستری از حیث وظایفی که به عنوان ضابط بر عهده دارند، با دادستان است. این بند، جایگزین ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری گردیده و در واقع، نوعی انتقال مسئولیت و اختیار صورت پذیرفته است.

ب) حسب بند «ج» ماده ۳، مقامات و اشخاص رسمی، در مواردی که باید امر جزایی را تعقیب نمایند، موظفند مراتب را فوراً به دادستان اطلاع دهند. این ماده نیز مانند ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری است که اگرچه تکلیف ضابطین در سایر مواد مشخص شده است، با این وجود، چون ضابطین دادگستری جزء مقامات رسمی محسوب می‌شوند، قاعدتاً باید وقوع جرم را فوراً به دادستان اطلاع دهند.

ج) نکته دیگر این است که اگرچه بازپرس، جزء ضابطین دادگستری قلمداد نشده، لیکن برابر شق سوم از بند ۵ ماده ۳، وقتی بازپرس شخصاً ناظر وقوع جرم مشهودی باشد، می‌تواند مانند سایر ضابطین، رأساً شروع به تحقیقات کند.

د) به موجب بند «ی» از ماده ۳، درخواست دادستان و بازپرس را باید ضابطین، مقامات رسمی و ادارات، فوراً اجرا کنند. بازپرس می‌تواند به تحقیقات ضابطین دادگستری رسیدگی کند و هرگاه تغییری در اقدام آنان یا تکمیلی در تحقیقات لازم باشد، به عمل آورد. تخلف از مقررات این بند، علاوه بر تعقیب اداری و انتظامی، برابر قانون مربوط، مستوجب تعقیب کیفری نیز خواهد بود. مفاد این بند، حاکی از آن است که علاوه بر دادستان، بازپرس نیز می‌تواند درباره گزارش ضابطین، اعمال نظر کند.

## نتیجه گیری

با توجه به شرحی که گذشت، چنین نتیجه می‌گیریم که ضابطین دادگستری را فقط قانون معین می‌کند و تعیین آن، به نظر و سلیقه اشخاص بستگی ندارد. علت توجه قانون‌گذار به این موضوع، حساسیتی است که در تشکیل پرونده کیفری وجود دارد. در جامعه‌ای که قانون برای شخص مجرم در هر رتبه و مقامی، حسب شدت و ضعف جرم، مجازات مناسب مقرر می‌دارد، علاوه بر تنبیه مجرم، باعث ارعاب دیگران نیز خواهد شد. در اجتماعی که بر اثر ارتکاب جرم، امور دچار اختلال نمی‌شود و به حالت اولیه برمی‌گردد، مردم به دستگاه قضایی امیدوار می‌شوند و رشد و شکوفایی آنان را در همه شئون زندگی به دنبال خواهد داشت. این احساس، وقتی در مردم ایجاد و تقویت خواهد شد که رسیدگی به پرونده کیفری به عهده عده‌ای که در تشکیل و تکمیل آن تخصص دارند، گذاشته شود. هرگونه اهمال در جمع‌آوری دلایل و مدارک جرم، موجب فرار مجرم از مجازات و تجزیه او و سایرین در ارتکاب جرم خواهد شد و از طرف دیگر، مجنی علیه، نه تنها تشفی خاطر پیدا نمی‌کند، بلکه از طرح شکایت خود که پس از مدت‌ها صبر و تحمل، به آنچه تصور می‌کرد، نرسیده، پشیمان خواهد گشت. سنگ بنای پرونده کیفری، فقط توسط کسانی گذارده خواهد شد که از لحاظ جسمی، روحی، تسلط بر نحوه انجام وظیفه، کسب تجربه و توانایی انتقال ماجرا به مقام قضایی، نقصی نداشته باشند. آنان باید در حین انجام وظیفه، جز خدا و وجدان خود، چیز دیگری را دخالت ندهند و در چارچوب قانون حرکت کنند. با چنین اوصافی، قاضی نیز بدون هیچ گونه تردیدی، به صدور حکم متناسب اقدام خواهد کرد و اهداف قانون‌گذار از وضع مجازات، حاصل خواهد شد.

### منابع و مأخذ:

۱. قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری.
۲. محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱-۴.
۳. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱ و ۲.
۴. قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱.

## تطهیر پول در اسناد بین المللی و لایحه پولشویی

□ دکتر صادق سلیمی

□ عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

### چکیده:

گروههای جنایی سازمان یافته، برای تحصیل منفعت مادی، به ارتکاب جنایات سودآور متوسل می شوند. این گروهها برای این که منشأ غیر قانونی منافع حاصل شده را کتمان کنند، به تطهیر منافع روی می آورند. در سطح بین المللی، در کنوانسیون ملل متحد علیه جنایات سازمان یافته، ضمن ایجاد تعهد جرم انگاری، اقدامهایی به منظور هماهنگی و همکاری دولتهای متعاقد در مبارزه با این جرم پیش بینی شده است. در ایران، در عین حال که لایحه تصویب کنوانسیون پالمو در قوه مجریه در حال بررسی است، لایحه مبارزه با جرم پولشویی - بدون توجه کافی به مندرجات اسناد بین المللی و تحولات حاصل در این زمینه - در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است. از سوی دیگر، مقررات پیشگیرانه بانکی از جانب شورای پول و اعتبار، تصویب و ابلاغ گردیده است. در این مقاله، این اسناد بررسی و با هم مقایسه می شود.

**کلید واژگان:** تطهیر پول، پولشویی، جنایات سازمان یافته، کنوانسیون پالمو.

### مقدمه

امروزه جنایاتی که منفعت سرشار مادی در بر دارد، به شکل سازمان یافته و توسط گروهها و باندهای مافیایی در بعد فراملی ارتکاب می یابد. گروههای جنایی سازمان یافته،

حداقل دارای سه عضو است و معمولاً دارای سلسله مراتب، یک رئیس، تقسیم کار و نظم شدید، همراه با ضمانت اجراهای بی‌رحمانه است. برای انجام مأموریت و نیل به هدف خود، به هر وسیله‌ای متوسل می‌شوند؛ ابتدا سعی می‌کنند از طریق افساد، موانع را برطرف کنند و معمولاً در ارکان مختلف حکومتی و نهادهای عمومی نفوذ می‌کنند. در صورت عدم توفیق، توسل به خشونت و حذف فیزیکی مأموران سرسخت، امری متداول محسوب می‌شود. هدف غایی این گروه‌ها تحصیل نفع مالی و مادی است که مهمترین وجه تمایز این نوع فعالیتها از فعالیتهای تروریستی است.

فعالیت گروههای جنایی سازمان‌یافته، شامل موارد گسترده‌ای از قبیل: قاچاق مواد مخدر، سرقت و قاچاق آثار فرهنگی، هنری و تاریخی، قاچاق اشخاص، به ویژه زنان و کودکان، به منظور سوءاستفاده‌های جنسی و جسمی، تجارت و قاچاق اعضای بدن انسان، قاچاق مهاجران، قتل‌های قراردادی، تولید غیرقانونی و قاچاق تسلیحات گرم، چاپ اسکناس تقلبی و قاچاق ارز و به طور کلی، هر نوع فعالیت ممنوع و سودآور می‌شود. برای جلوگیری از کشف جرم و مشروع جلوه دادن منافع ناشی از ارتکاب جنایات سازمان‌یافته که مبتنی بر تحصیل منافع مادی قابل توجه است، در تمام جنایات سازمان‌یافته و به عبارت دقیقتر، پس از ارتکاب سایر جنایات سازمان‌یافته، لازم است منافع حاصل شده تطهیر شود و منشأ نامشروع آنها کتمان شود؛ لذا جنایت «تطهیر عواید حاصل از جنایت» به عنوان یک جنایت سازمان‌یافته، واجد اهمیت فوق‌العاده است. امروزه با پیشرفت فن‌آوری، به ویژه مجهز شدن مجرمان به کامپیوتر و اینترنت؛ تطهیر عواید ناشی از جرم نیز پیچیده‌تر شده و ابعاد تازه‌ای به خود گرفته است. وزارت دادگستری ایالات متحده اعلام کرده است که سالانه ده میلیارد دلار پول از بانکهای این کشور با ارتکاب جنایات کامپیوتری سرقت می‌شود. لیکن مجرمان کامپیوتری فعالیت خود را فقط محدود به سرقت پول نمی‌کنند، بلکه برای کتمان عواید نامشروع حاصل از ارتکاب جرم نیز به جرایم کامپیوتری متوسل می‌شوند. روزانه یک میلیارد دلار سرمایه نامشروع در بازارهای مالی جهان حرکت می‌کند. بانکهای خارجی، به ویژه به ملل در حال توسعه صدمه می‌زنند؛ زیرا آنها را از عواید ناشی از پولی که تطهیر می‌شود، محروم می‌کنند. مجرمان به راحتی این وجوه را تطهیر

می‌کنند، بدون آن که عمل ارتكابی آنها کشف شود؛ زیرا آنها در میان معاملات و مبالغ خیلی کلان تطهير می‌شود.<sup>۱</sup>

تطهير پول، واقعاً یک پدیده جهانی است و مقابله با آن، همتمی جهانی و شبانه‌روزی می‌طلبد. در گزارش سال ۱۹۹۳ ملل متحد نیز آمده است: ویژگیهای اصلی تطهير منافع حاصل از جرم که تا حد زیادی بیانگر فعالیت‌های جنایت سازمان‌یافته و فراملی است، عبارت است از ماهیت جهانی آن، انعطاف‌پذیری و قابلیت انطباق عملیات آن، استفاده از آخرین وسایل فن‌آوری و کمک حرفه‌ای و منابع عظیم قابل استفاده برای آن. بعلاوه، ویژگی دیگری که نباید نسبت به آن بی‌توجه بود، استمرار مداوم منافع حاصل شده و گسترش آن به حوزه‌های جدید فعالیت است.<sup>۲</sup>

چون تمام جنایات سازمان‌یافته، به منظور تحصیل منفعت مالی ارتكاب می‌یابد و عواید حاصل از آن باید به نحوی تطهير شود، لذا برخورد مناسب با تطهير پول، ضمن این که مبارزه با ارتكاب این عنوان مجرمانه است، در واقع، مبارزه با سایر جنایات سازمان‌یافته که جرم مقدم یا اصلی نامیده می‌شود نیز محسوب می‌گردد. در مبارزه با تطهير پول به عنوان جزئی از مبارزه با جنایت سازمان‌یافته، اهداف زیر تعقیب می‌شود:

الف) جلوگیری از گسترش عایدات و حجم فعالیت سازمان جنایی.

ب) تضعیف قدرت اقتصادی ساختار به هم پیوسته سازمان با مصادره اموال، به تبع احراز جنایت ارتكابی.

ج) پیدا کردن ادله با تشخیص طریقی که پول مورد تطهير طی کرده است، به منظور رسیدن به سطوح عالی سازمان جنایی.<sup>۳</sup>

در دو دهه گذشته که خطرها و تهدیدهای این جرم در جامعه بین‌المللی نمود پیدا

1. Louise I. Shelley, *Crime and Corruption in Digital age*, JOURNAL OF INTERNATIONAL AFFAIRS, Spring 1998, 51, p.238; [www.american.edu/traccc/centers/washington/washresr.htm](http://www.american.edu/traccc/centers/washington/washresr.htm). 2. Ibid.

3. Susanne Hein/ Costantino Visconti, *Combating Illegal Proceeds in Italy*, Towards a European Criminal Law Against Organised Crime, Vincenzo Militello (ed.) Freiburg 2001, p.90.

کرده است، سازمانها و ارگانهای مختلفی در سطوح منطقه‌ای و بین‌المللی در صدد ارائه روشهایی برای مبارزه با این عمل مجرمانه برآمده‌اند. برای نمونه، «فاتف»<sup>۱</sup> یک ارگان بین‌المللی است که به طور مداوم و گسترده، در زمینه تعیین سیاستها و اقدامهای ضد تطهیر پول فعالیت می‌کند. از مهمترین اقدامهای این ارگان، تصویب «چهل توصیه» در سال ۱۹۹۰ است که در چهار دسته اصلی تدوین یافته است:

۱. کلیات: در این قسمت، از دولتهای عضو خواسته می‌شود کنوانسیون «وین» را تصویب کنند، تضمین کنند که قوانین مربوط به حفظ اسرار مؤسسات مالی، اجرای توصیه‌نامه‌ها را تعطیل نکنند و همکاری چندجانبه و معاضدت دوجانبه را در تحقیق، تعقیب و استرداد، گسترش دهند.

۲. چارچوب حقوقی: در این باب، بر ضرورت جرم‌انگاری عواید ناشی از جنایات مرتبط با مواد مخدر تأکید می‌شود و لزوم توسعه مقرراتی که اجازه ضبط، تصاحب و مصادره اموال مربوط به عواید تطهیر شده را بدهد، بیان می‌گردد.

۳. نقش سیستم مالی: در این قسمت، نقش بانکها، شرکتهای بیمه عمر و سایر مؤسسات مالی غیر از بانکها بیان می‌شود. نقشی که به مؤسسات مالی داده می‌شود، عبارت است از تعیین هویت مشتریان، حفظ دفاتر و ارائه آنها به مراجع صالح برای تحقیق و تعقیب کیفری. بنابراین، مفهوم ضمنی این توصیه‌نامه‌ها آن است که حساب بی‌نام افتتاح نشود. به مؤسسات مالی، همچنین توصیه می‌شود ضمن تلاش در تعیین هویت کامل مشتریان، موارد مشکوک و فعالیتهای مورد سوء ظن را گزارش کنند و بر رویه‌ها و سیاستهای داخلی، به خوبی نظارت شود. از سوی دیگر، این توصیه‌نامه‌ها دولتها را تشویق می‌کند مقررات حقوقی برای حمایت از مؤسسات مالی و کارکنان آنها در خصوص گزارش فعالیت مشکوک با حسن نیت وضع کنند تا در این زمینه، مسؤولیت حقوقی بر آنها بار نشود. انتظار می‌رود مقامات مربوط، تضمین کنند که مؤسسات مالی، در جایی استقرار یابند که تضمینهای کافی داخلی در قبال تطهیر پول وجود دارد. از دولتها خواسته می‌شود اقدامهای حقوقی و انضباطی اتخاذ کنند تا از

1. FATF: The Financial Action Task Force.

کنترل مؤسسات مالی توسط جنایتکاران جلوگیری کنند.

۴. تقویت همکاری بین‌المللی: در این زمینه، توصیه‌نامه‌ها، مقامات را تشویق به مبادله اطلاعات در خصوص جریان پول، فنون تطهیر پول و معاملات یا عملیات مشکوک می‌کند. همکاری بین‌المللی باید با توافقنامه‌های دوجانبه و چندجانبه مبتنی بر مفاهیم حقوقی که عموماً مشترک است، تقویت شود. همکاری و معاضدت دوجانبه باید شامل ارائه دفاتر توسط مؤسسات مالی، تعیین هویت، ضبط، تصاحب و مصادره منافع جنایی و استرداد و تعقیب کیفری باشد.<sup>۱</sup>

در سطح بین‌المللی و جهانی، با تنظیم دو کنوانسیون بین‌المللی، دولتها سعی در هماهنگی و همکاری در برخورد با این عمل مجرمانه داشته‌اند:

۱. کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان؛ که در دسامبر ۱۹۸۸ به امضای دولتها رسیده است و در تاریخ ۳/۹/۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی آن را تصویب کرده است. در این سند، بر تطهیر منافع ناشی از مواد مخدر و روانگردان تأکید شده است.

۲. کنوانسیون ملل متحد علیه جنایات سازمان‌یافته فراملی؛ که در دسامبر ۲۰۰۰ در پالمو (ایتالیا) به امضای ۱۴۷ دولت و به تصویب ۲۸ دولت رسیده است.<sup>۲</sup>

این کنوانسیون، تطهیر پول را به عنوان یک جنایت سازمان‌یافته و با جامعیت بیشتری مورد توجه قرار داده است. ایران هنوز این سند را تصویب نکرده است و لایحه آن در قوه مجریه، تحت بررسی است.

کنوانسیون پالمو به عنوان جامعترین و جدیدترین سند بین‌المللی، در تعریف این عنوان جنایی، محور و مبنای این نوشتار است. با این وجود، لایحه مبارزه با جرم پولشویی در تاریخ ۶/۷/۱۳۸۱ از جانب رئیس‌جمهور به مجلس تقدیم شده است.<sup>۳</sup>

1. David Scott, *Money Laundering and International Efforts to Fight It*; <http://www.worldbank.org/html/fpd/notes/48/48scott.html>.

2. <http://www.untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/part1/chapterXVIII/treaty12asp>.

۳. متن لایحه در ضمیمه پایان همین مقاله آمده است.

مقصود از این نوشتار، مقایسه مندرجات کنوانسیون بین‌المللی مزبور با لایحه مذکور است تا نارساییهای احتمالی این لایحه روشن شود. با اصلاح لایحه مزبور و تصویب قانونی دقیقتر، هم راه مبارزه با این عمل مجرمانه هموارتر می‌شود و هم به تعهدات بین‌المللی خود؛ خصوصاً پس از تصویب کنوانسیون، عمل می‌کنیم.

تدوین کنندگان کنوانسیون، از جهتی سعی در هماهنگ نمودن قوانین ملی در زمینه جرم‌انگاری و برخورد با تطهیر پول داشته‌اند و از سوی دیگر، کوشیده‌اند همکاری دولتها به شکل تبادل اطلاعات، همکاری در مصادره اموال و منافع تطهیر شده یا در شرف تطهیر، توسعه همکاری جهانی، منطقه‌ای و دوجانبه میان مقامات قضایی، اجرای قانون و مقامات انتظامی مالی به منظور مبارزه با تطهیر پول، انجام گیرد.

در ایران، طرح تصویب کنوانسیون پالرمو در قوه مجریه مطرح و در حال رسیدگی است. با این حال، لایحه مبارزه با جرم پولشویی از جانب ریاست جمهوری به مجلس ارسال گردیده<sup>۱</sup> و در کمیسیون مشترک (متشکل از برخی اعضای کمیسیون اقتصادی، کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات و کمیسیون قضایی و حقوقی) تحت بررسی است. از سوی دیگر، شورای پول و اعتبار، اقدام به تصویب مقرراتی برای پیشگیری از تطهیر پول نموده است که برای همه بانکها و نهادهای مالی الزام‌آور است.<sup>۲</sup> همان‌طور که برخی از اساتید اشاره کرده‌اند، این‌گونه اقدامها را می‌توان پاسخهای بانکی یا پاسخهای حقوق بانکی نامید.<sup>۳</sup>

مطالب این گفتار را در دو مبحث اصلی «مفهوم تطهیر پول» و «تطهیر پول در کنوانسیون پالرمو و لایحه پولشویی» بررسی می‌کنیم.

مفاد کنوانسیون ۱۹۸۸ در خصوص تطهیر پول را نیز در ضمن بیان تاریخچه، بررسی می‌کنیم.

۱. شماره ۱۳۸۱/۷/۶-۲۷۱۴۹/۳۲۱۵۶.

۲. روزنامه ایران، شماره ۲۳۹۳، سال نهم، شنبه، ۳ اسفند ماه ۱۳۸۱، ص ۶۰.

۳. ر.ک: علی حسین نجفی ابرنآبادی، درآمدی به جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، همایش بین‌المللی علمی-کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، جلد اول، چاپ روزنامه رسمی کشور، (تهران، ۲۰-۲۲ اردیبهشت ۱۳۷۹) ص ۲۳-۲۴.



## مفهوم تطهیر پول

در این زمینه، برای روشن شدن مفهوم تطهیر پول، نخست پیشینه تاریخی تطهیر پول و نحوه پیدایش این عنوان را بیان می‌کنیم، آنگاه به ترتیب، تعریف و مفهوم، مصادیق و در نهایت، مراحل این مجرمانه را بررسی می‌کنیم.

### الف) پیشینه تاریخی

تطهیر پول (به عنوان یک جنایت) دو دهه سابقه دارد و عملاً از دهه ۱۹۸۰ و اساساً در مورد قاچاق دارو جلب توجه نموده است. با این حال، سابقه تطهیر پول، بسیار بیشتر از این است.<sup>۱</sup>

گفته می‌شود که اصطلاح «تطهیر پول» ریشه در مالکیت خشکشویی‌ها توسط مافیا در ایالات متحده دارد. باندهای جنایتکارانه، مبالغ عظیمی حاصل از فحشا، قمار، قاچاق مواد الکلی و اخاذی به دست می‌آوردند و نیاز به منابعی داشتند که درآمدهای خود را مشروع جلوه دهند.

یکی از شیوه‌هایی که آنها می‌توانستند به این هدف خود نایل شوند، خریداری تجارت‌خانه‌های مشروع خارجی و ادغام منافع غیرقانونی خود با درآمدهای قانونی‌ای بود که از این تجارت‌خانه‌ها به دست می‌آوردند. خشکشویی‌ها توسط این باندها انتخاب شدند به دلیل این که بدین وسیله، منافع غیرقابل تردیدی از این راه به دست می‌آوردند.<sup>۲</sup>

شاید علت انتخاب عنوان «تطهیر» یا «شست و شو» از همین جا نشأت گرفته است؛ یعنی این واژه از دهه‌های بیست و سی قرن بیستم در آمریکا به شست‌وشوی خانه‌هایی که مافیا آنها را از پول نامشروع حاصل از قمار، قاچاق، فحشا و نظایر آنها خریداری کرده بود و پول کثیف را به داخل آنها تزریق می‌نمود، اطلاق

1. Billy Steel, *Money laundering - A Brief History*; www.laundryman.u-net.com.

2. Ibid.

می شد.<sup>۱</sup>

بر اساس یک نظر دیگر، علت انتخاب واژه «پولشویی» یا «تطهیر پول» برای این عمل، آن است که این روند، مثل یک شست و شوی خانه یا ماشین لباس شویی که چرک و کثافت را از لباسها جدا می کند، عمل کرده، با جدا کردن کثافات ناشی از جرم از پول، یا هر مال دیگر ناشی از جرم، آن را پاک می سازد.<sup>۲</sup>

به هر حال، دولتها از دهه ۱۹۸۰ به فکر خطر تطهیر پول و مبارزه با آن افتادند و به این نتیجه رسیدند که سازمانهای جنایتکارانه از طریق منافع عظیمی که از قاچاق داروها تحصیل می کنند، اقتصاد را تخریب نموده، سیستم اقتصادی را فاسد می کنند. مهمترین سند بین المللی جهانشمولی که قبل از کنوانسیون پالمو مبادرت به تعریف تطهیر پول نموده، از این حیث، نقطه عطف محسوب می گردد، کنوانسیون وین ۱۹۸۸ ملل متحد علیه قاچاق غیرقانونی داروهای مخدر و مواد روانگردان است. در بند ۱(b) ماده ۳ کنوانسیون مزبور، تطهیر پول، این گونه تعریف شده است:

- تبدیل یا انتقال اموال با علم بر این که چنین اموالی ناشی از جرم مندرج در بند (a) این پاراگراف بوده یا ناشی از عمل مشارکت در چنین جرمی است، به منظور اختفا یا انحراف منشأ غیرقانونی مال یا به منظور کمک به کسی که در ارتکاب چنین جرمی نقش داشته، تا از آثار قانونی اعمال ارتكابی خود رهایی یابد.  
- اختفا یا انحراف ماهیت واقعی، منبع، محل استقرار، نقل و انتقال، حرکت، حقوق متعلقه یا مالکیت اموال با علم بر این که چنین اموالی ناشی از جرم مقرر در بند (a) این ماده یا ناشی از عمل مشارکت در چنین جرمی است.

1. Paula M. Reid, *Money Laundering-An Irish Perspective*, Money Laundering Control, Dublin; Sweet and Maxweel, (1996) pp.206-227.

به نقل از دکتر حسین میرمحمدصادقی، *حقوق جزای بین الملل* (مجموعه مقالات)، نشر میزان، ۱۳۷۷، ص ۳۳۳.

2. D.A. Chaikin, *Money Laundering as a Supranational Crime*, Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, ed. A. Eser and O. Lagodny, Freiburg: Eigenverlag Max-Planck Institut, (1992) pp.415-455 at 416. (به نقل از همان).

منظور از جرم مقرر در بند (a) که در هر دو پاراگراف فوق به آن اشاره شده، قاچاق غیرقانونی داروهای مخدر و مواد روانگردان است.

### (ب) تعریف تطهیر پول (تطهیر منافع حاصل از ارتکاب جنایت)

تعاریف مختلفی از تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و توسط حقوق‌دانان ارائه شده است. «دکتر میر محمد صادقی» تطهیر مال را این‌گونه تعریف می‌کند:

منظور از تطهیر مال، مخفی کردن منبع اصلی اموال ناشی از جرم و تبدیل آنها به اموال پاک است؛ به طوری که یافتن منبع اصلی مال، غیرممکن یا بسیار دشوار گردد.<sup>۱</sup>

در تطهیر پول، منافع حاصل از ارتکاب جنایت، وارد سیستم مالی می‌شود تا ریشه غیرقانونی آن گم شود و منافع مشروع به نظر آید. اغلب موارد، وقتی از جنایت سازمان‌یافته، منافع قابل توجهی حاصل می‌گردد؛ مثل قاچاق دارو، قاچاق تسلیحات و جرایم یقه‌سفیدها، تطهیر پول در کنار جنایت سازمان‌یافته وجود دارد.<sup>۲</sup>

ماده یک طرح دستورالعمل<sup>۳</sup> جوامع اروپایی، در مارس ۱۹۹۰ تطهیر پول را این‌گونه تعریف می‌کند:

تبدیل یا انتقال اموال با علم به این که چنین اموالی از جنایت شدیدی ناشی شده است، به منظور اختفا یا انحراف منشأ غیرقانونی اموال یا کمک به هر شخصی که به ارتکاب چنین جرم یا جرایمی مبادرت می‌ورزد، به منظور رهایی یافتن از آثار حقوقی اقدام وی و اختفا یا انحراف ماهیت واقعی، منبع، محل استقرار، انتقال، حرکت، حقوق مربوط به اموال یا مالکیت اموال با علم بر این که چنین اموالی از ارتکاب یک جنایت شدید نشأت گرفته است.<sup>۴</sup>

۱. حسین میرمحمدصادقی، همان، ص ۳۳۲.

2. David Scott, *Money Laundering and International Efforts to Fight It*; <http://www.worldbank.org/html/fpd/notes/48/48scott.html>.

3. Directive.

4. <http://www.euopa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en599pc0352.html>.

در تعریف دیگری که توسط یک حقوق‌دان به طور مختصر و مفید ارائه شده، چنین آمده است:

تطهیر پول، روندی است که بدان وسیله به منشأ مبالغ هنگفت پولی که به طرق غیرقانونی تحصیل شده است (از قاچاق دارو، فعالیت تروریستی یا دیگر جنایات جدی) ظاهری مشروع و قانونی داده شود.<sup>۱</sup>

### ج) مصادیق تطهیر پول

همان طور که از تعاریف فوق استنباط می‌شود، امروزه پنج عمل (فعل و ترک فعل) اصلی در خصوص تطهیر پول وجود دارد:

۱. کمک به دیگری برای حفظ منافع ناشی از جرم.
۲. تحصیل، تصرف و استفاده از منافع مجرمانه.
۳. اختفا یا انتقال منافع برای اجتناب از تعقیب یا حکم صادره.
۴. عدم افشای ارتکاب جرم تطهیر پول در صورت علم به آن یا ظنین شدن به آن.
۵. اطلاع‌رسانی نهانی.<sup>۲</sup>

منظور از کمک به دیگری برای حفظ منافع جرم، این است که شخصی با همکاری دیگری و با علم و یا سوءظن به این که دیگری به قاچاق دارو (مخدر) یا رفتار مجرمانه دیگری اشتغال دارد یا از این طریق، منفعی تحصیل کرده است، به وی کمک کند که منافع حاصل را حفظ یا کنترل کند، به نحوی که او را قادر سازد آن منافع را به نفع خود سرمایه‌گذاری نماید.

منظور از مورد دوم، استفاده یا تصرف اموالی است که شخص می‌داند منافع حاصل از قاچاق دارو (مخدر) یا رفتار مجرمانه دیگری است و حداقل از ارزش

1. [www.laundryman.u-net.com](http://www.laundryman.u-net.com) Billy Steel, *Money Laundering - What Is Money Laundering?*

2. [www.laundryman.u-net.com](http://www.laundryman.u-net.com) Billy Steel, *Money Laundering - Offences.*

واقعی کمتر تحصیل شده است یا دلایل کافی وجود دارد که چنین سوءظنی پیدا کند. اختفا عبارت از گمراه کردن یا از بین بردن یا انتقال منافع حاصل از قاچاق دارو یا رفتار مجرمانه دیگر به منظور رهایی دادن شخصی از تعقیب یا کمک کردن به او از گریختن از چنگال عدالت است. این جرم، زمانی محقق می‌شود که شخص کمک‌کننده، از ماهیت اموال اطلاع داشته یا دلایل کافی وجود داشته است که به آن سوءظن پیدا کند.

مورد چهارم، فقط به قاچاق دارو (مخدر) و تروریسم مربوط می‌شود و به عواید و منافع حاصل از جرم به طور کلی ارتباط ندارد. این جرم، زمانی واقع می‌شود که شخصی در جریان عملیات تجاری، شغلی یا استخدامی خود، از وجود جرم اطلاع حاصل کند و به پلیس یا مأمور گمرک اطلاع ندهد.

منظور از اطلاع رسانی نهانی نیز این است که فرد مطلع، اطلاعات یا هر امر دیگری را که می‌تواند به جریان کشف، تعقیب و رسیدگی خلل وارد کند، به اطلاع مظنون برساند. این امر، زمانی پیش می‌آید که کسی اطلاع یا ظن حاصل می‌کند که پلیس به فعالیتهای کسی آگاه یا ظنین شده و رسیدگی پلیسی در مورد تطهیر پول آغاز شده و یا در شرف آغاز شدن است و با اطلاع رسانی مخفیانه به مظنون، جلو کشف جرم را می‌گیرد و یا در روند آن اختلال ایجاد می‌کند.<sup>۱</sup>

## د) مراحل تطهیر

برای تطهیر عواید ناشی از جرم، سه مرحله متمایز از هم؛ یعنی «استقرار»، «استتار» و «ادغام» طی می‌شود.

### ۱. استقرار

چون جرایم مقدم بر تطهیر، عمدتاً جرایمی است که پول نقد فراوانی از فعالیتهای

1. Ibid.

نامشروع عاید مرتکبان می‌کند، در این مرحله، وجوه حاصل شده، وارد سیستم مالی یا اقتصاد خرد می‌شود و یا به خارج از کشور انتقال می‌یابد تا در دسترس نباشد و امکان کشف از بین رود و سپس در فرصتهای بعدی، آنها را به اموال دیگری مثل چکهای مسافرتی، حوالجات و غیره تبدیل کنند.<sup>۱</sup> همچنین ممکن است این وجوه به اشیای گران‌قیمت؛ مثل آثار هنری، هواپیما و فلزات و سنگهای قیمتی تبدیل شده، سپس مجدداً فروخته شود.<sup>۲</sup>

## ۲. استتار

در این مرحله، کوشش می‌شود با ایجاد پوششهای پیچیده با معاملات مالی، منبع واقعی تملک اموال مخفی گردد یا وارونه جلوه‌گر شود. هدف از استتار، آن است که پولهای غیرقانونی ناشی از ارتکاب جنایت، با معاملات مالی پیچیده، از منشأ اصلی خود جدا شود. این روند، غالباً با نقل و انتقال فرامرزی با وسایل الکترونیکی صورت می‌گیرد. با توجه به این‌که در جهان ۵۰۰/۰۰۰ خط سیم مبادلاتی وجود دارد که از طریق آنها روزانه یک میلیارد دلار مبادلات الکترونیکی صورت می‌گیرد که بیشتر این مبادلات نیز مشروع است، ابعاد پیچیدگی کشف این جرم، بیشتر روشن می‌شود. تطهیرکنندگان، همچنین به معاملات پیچیده سهام و دلالتی نیز مبادرت می‌ورزند.<sup>۳</sup>

## ۳. ادغام

در این مرحله، پول وارد سیستم اقتصادی و مالی مشروع می‌گردد و مشابه تمام اموال دیگر است و تشخیص آن از اموال مشروع، غیرممکن می‌گردد. وارد شدن پول «پاک شده» به سیستم اقتصادی توسط تطهیرکننده، همراه با مانورهایی است که وانمود کند مال به طریق مشروع تحصیل شده است. در این مرحله، از شگردهای مختلفی استفاده می‌شود:

1. www.laundryman.u-net.com Billy Steel, *Money Laundering - stages of The Process*.

2. Scott, op cit.

3. Steel, op cit.

الف) ایجاد شرکتهای بی نام یا با نام مستعار در کشورهایی که حق حفظ اسرار (حق خلوت) تضمین گردیده است. مجرمان سپس با انجام معاملات قانونی، از محل وجوه تطهیر شده، به خودشان وام می دهند و حتی در بازپرداخت وام، ادعای معافیت مالیاتی می کنند.

ب) ارسال صورت حسابهای غیر واقعی صادرات و واردات کالاهایی که افزایش قیمت زیادی دارد، به تطهیرکنندگان اجازه می دهد که پول را از شرکتی به شرکت دیگر و از کشوری به کشور دیگر انتقال دهند و صورت حسابها منشأ پول را قانونی جلوه می دهد. ج) یک روش ساده تر، ارسال پول از بانک متعلق به خود تطهیرکنندگان به بانکهای موجود در «مأمناهای مالیاتی»<sup>۱</sup> است.<sup>۲</sup>

## تطهیر پول در کنوانسیون پالمو و لایحه پولشویی

مطالب کنوانسیون پالمو در زمینه تطهیر پول، در چهار دسته می توان تقسیم بندی کرد: «جرمانگاری»، «پیشگیری»، «کشف جرم» و «ضمانت اجرا». بنابراین، ضمن بیان مطالب به ترتیب فوق، در هر مورد، مندرجات لایحه پولشویی را نیز بیان و تحلیل می کنیم.

### الف) جرم انگاری

کنوانسیون در صدد ایجاد تعهدات انعطاف ناپذیر برای دولتهای متعاقد نیست، بلکه

۱. مقصود از «مأمن» یا «Haven» کشورهایی است که سخت گیری بیشتری نمی کنند و مجرمان به راحتی می توانند از این کشورها به عنوان پناهگاه استفاده کنند. لازم به توضیح است که این کلمه انگلیسی به معنای «بندرگاه» و «لنگرگاه» است و در معنای مجازی، به مفهوم «پناهگاه» و «جای امن» به کار می رود. (ر.ک: عباس و منوچهر آریانپور کاشانی، فرهنگ جیبی انگلیسی-فارسی، چاپ اول، ۱۳۵۵، چاپخانه سپهر تهران، ص ۳۱۳) در حالی که دکتر میرمحمدصادقی، آن را «بهشت» ترجمه نموده که ظاهراً ترجمه کلمه «Heaven» است (ر.ک: حسین میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۳۳۲).

2. www.laundryman.u-net.com Billy Steel, *Money Laundering - stages of The Process*.

در صدد است دولتها را ترغیب کند حقوق داخلی خود را تا جایی که با اصول حقوق ملی خویش منطبق بدانند، با مندرجات کنوانسیون و در نتیجه، با حقوق داخلی سایر دولتها منطبق نمایند. از این رو، به جای تعریف عنوان مجرمانه که سایر دولتها ملزم به پذیرش آن باشند، تعریفی ارائه شده و دولتها ملزم گردیده‌اند با وضع قوانین مقتضی، عمل مزبور را در حقوق داخلی خود، جرم‌انگاری کنند. ماده ۶ کنوانسیون، با عنوان «جرم‌انگاری تطهیر منافع حاصل از جنایت» تطهیر پول را چنین تعریف کرده است:

۱. هر دولت متعاهدی طبق اصول اساسی حقوق داخلی خودش، چنین اقدامات قانون‌گذاری و سایر اقداماتی را که برای جرم‌جنایی<sup>۱</sup> تلقی کردن این اعمال لازم باشد، اتخاذ خواهد کرد، زمانی که اعمال زیر به طور عمدی ارتکاب یابد:

(a) (I) تبدیل یا انتقال اموال با علم به این که چنین اموالی، منافع حاصل از جنایت است، به منظور اختفا یا گمراه نمودن منشأ غیرقانونی اموال یا کمک به کسی که مرتکب جرم مقدم می‌شود، به منظور زدودن آثار حقوقی اقدام وی.  
(II) اختفا یا گمراه نمودن ماهیت واقعی، منبع، مکان، انتقال، حرکت یا مالکیت اموال یا حقوق مربوط به آن، با علم به این که چنین اموالی، منافع حاصل از جنایت است.

(b) طبق مفاهیم اساسی سیستم حقوقی هر کشوری:

(I) تحصیل، تصرف یا استفاده از اموال، با علم به این که در زمان دریافت، چنین اموالی، منافع حاصل از جرم است.  
(II) شرکت در ارتکاب یا همکاری یا تبانی در ارتکاب یا شروع به ارتکاب و کمک، معاونت، تسهیل و مشاوره دادن به ارتکاب هر گونه جرایمی که طبق این ماده، جرم تلقی می‌شود.

۲. به منظور اعمال یا اجرای بند ۱ این ماده:

(a) هر دولت متعاهدی سعی خواهد کرد بند ۱ این ماده را به گسترده‌ترین نحو ممکن، درباره جرایم مقدم اجرا کند.

(b) هر دولت متعاهدی، تمام جرایم مندرج در ماده ۲ این کنوانسیون و جنایاتی را



که طبق مواد ۵، ۸ و ۲۳ این کنوانسیون ایجاد شده است، به عنوان جرایم مقدم، در قانون داخلی خود وارد خواهد کرد. درباره دولتهای متعاهدی که قانونشان یک لیست جرایم مقدم ویژه برشمرده است، حداقل در چنین لیستی، فهرست جامعی از جرایم مرتبط با گروههای جنایتکارانه سازمان‌یافته وارد خواهد نمود.

(c) طبق بند (b)، جرایم مقدم، شامل جرایمی خواهد بود که هم در داخل و هم در خارج از صلاحیت دولت متعاهد مورد بحث، ارتکاب می‌یابد. با این وجود، جرایم ارتكابی در خارج از صلاحیت یک دولت متعاهد، فقط زمانی جرایم مقدم محسوب خواهد شد که رفتار مربوطه، طبق حقوق داخلی دولتی که در سرزمین آن، جرم ارتکاب یافته، یک جرم جنایی باشد و اگر آن جرم در داخل سرزمین دولت متعاهد اجرا یا اعمال‌کننده این ماده ارتکاب یافته باشد، طبق حقوق داخلی آن دولت، یک جرم جنایی باشد.

(d) هر دولت متعاهدی، کپی قوانین خودش را که در اجرای این ماده تصویب شده است و تغییرات بعدی چنین قوانینی یا تفاسیر مربوط به آن را به دبیرکل ملل متحد تسلیم خواهد کرد.

(e) اگر اصول اساسی حقوق داخلی دولت متعاهدی اقتضا کند، مقرر شود که جرایم مذکور در بند ۱ این ماده درباره اشخاصی که مرتکب جرم مقدم شده‌اند، اجرا نشود.

(f) علم، قصد یا هدف که به عنوان عنصر یک جرم مندرج در بند ۱ این ماده بیان شده است، از شرایط و اوضاع و احوال عینی موضوعی قابل استنباط خواهد بود.

نخست باید مفهوم «جرم مقدم»<sup>۱</sup> یا جرم اصلی که در این ماده، بسیار به کار رفته است، روشن شود. در بند «h» ماده ۲ کنوانسیون، این اصطلاح چنین تعریف شده است: «جرم مقدم» به معنای هر جرمی خواهد بود که در نتیجه ارتکاب آن، منافع حاصل شده است که می‌تواند طبق تعریف مندرج در ماده ۶ این کنوانسیون، خودش یک جرم تلقی شود.

به عبارت دیگر، جرم تطهیر اموال، مبتنی بر ارتکاب جرمی مستقل است که سپس عواید و منافع ناشی از آن جرم تطهیر می‌گردد. جرم ارتكابی اول که عواید حاصل از

1. Predicate Offence.

آن تظهير می‌گردد، «جرم مقدم» نامیده می‌شود. در لایحه پولشویی از عبارت «جرم منشأ» استفاده شده است.<sup>۱</sup>

همان‌طور که از مطالعه کارهای مقدماتی تدوین کنوانسیون، به خوبی روشن می‌گردد، مقصود از اصطلاحات «اختفا یا گمراه نمودن»، اقداماتی است که برای پیشگیری از افشای منشأ غیرقانونی اموال صورت می‌گیرد.<sup>۲</sup> محتوای این ماده در جایی که عنوان جنایی را تعریف می‌کند، به دو دسته قابل تقسیم است:

الف) تعهداتی که به طور مطلق بر دولتهای متعاقد بار می‌شود.  
ب) تعهداتی که دولتها بر اساس اصول و مفاهیم اساسی حقوق داخلی خود، ملزم به اجرای آن هستند.

به عبارت دیگر، قسمت اخیر، قواعدی اختیاری و تکمیلی را شامل می‌شود که اگر دولتی چنین قواعدی را خلاف حقوق داخلی یافت، می‌تواند از اجرای آنها امتناع کند. اگرچه وجود چنین اختیاری برای دولتها در نگاه نخست می‌تواند هماهنگی کنوانسیون و اجرای آن را مختل کند، ولی چنین تدبیری برای جذب دولتهای بیشتری برای تصویب، اندیشیده شده است.

توضیح، این که در مواردی که قواعد موجود در قوانین ملی دولتهای مختلف، با برخی از مندرجات کنوانسیون، متناقض یا حتی متعارض است، اگر دولتی با پیوستن به معاهده، گریزی از مندرجات مربوط نداشته باشد، ناچار خواهد بود از الحاق به کنوانسیون خودداری کند، لیکن اگر بتواند برخی قسمتها را که تعارض اساسی با حقوق داخلی آن کشور دارد، اجرا نکند، به راحتی می‌تواند نسبت به تصویب یا الحاق به کنوانسیون اقدام کند؛ بی آن‌که در این زمینه دغدغه تعارض با حقوق ملی خویش را داشته باشد.

در تعریف تظهير منافع حاصل از جنایت، جرم‌انگاری تبدیل یا انتقال اموال با علم

۱. ماده ۲ لایحه.

2. U.N.Doc.A/55/383/Add.1.p.3.

به این که چنین اموالی، منافع حاصل از جنایت است، به منظور اختفا یا گمراه نمودن منشأ غیرقانونی اموال یا کمک به کسی که مرتکب جرم مقدم می‌شود، برای زدودن آثار حقوقی اقدام مرتکب و اختفا یا گمراه نمودن ماهیت واقعی، منبع، مکان، انتقال، حرکت یا مالکیت اموال یا حقوق مربوط به آن، به عنوان تعهدی مطلق پیش‌بینی شده و هر دولت متعهده‌ی مکلف به جرم‌انگاری این اعمال است.

لیکن تحصیل، تصرف یا استفاده از اموال، با علم به این که چنین اموالی، منافع حاصل از جرم است، مشروط به سازگاری این موارد با حقوق داخلی شده است. در حقوق داخلی ایران در قوانین مصوب، فقط خرید و فروش اموال مسروقه در قانون مجازات اسلامی منع شده،<sup>۱</sup> ولی قانون ایران در خصوص تعریف مورد نظر کنوانسیون، ساکت است و با تصویب لایحه پولشویی، تا حدی این نقیصه برطرف خواهد شد.

ماده ۱ لایحه مبارزه با جرم پولشویی مقرر می‌دارد:



جرم پولشویی عبارت است از هرگونه تبدیل یا تغییر یا نقل و انتقال یا پذیرش یا تملک دارایی با منشأ غیرقانونی، به طور عمدی و با علم به آن برای قانونی جلوه دادن دارایی یاد شده.



ملاحظه می‌شود که «پذیرش یا تملک» دارایی نیز در این تعریف گنجانده شده است. همچنین شرکت در ارتکاب یا همکاری یا تبانی در ارتکاب یا شروع به ارتکاب و کمک، معاونت، تسهیل و مشاوره دادن به ارتکاب هرگونه جرایمی که طبق این ماده، جرم تلقی می‌شود، منوط به انطباق این موارد با مفاهیم و اصول حقوق داخلی شده است. موارد شمرده شده در این بند، از مصادیق بارز مشارکت و معاونت در جرم می‌باشد که در حقوق داخلی ایران، طبق قانون مجازات اسلامی، این مفاهیم پذیرفته

۱. ماده ۶۶۲ قانون مجازات اسلامی در این زمینه اشعار می‌دارد: «هر کس با علم و اطلاع یا با وجود قرائن اطمینان‌آور به این که مال در نتیجه ارتکاب سرقت به دست آمده است، آن را به نحوی از انحاء تحصیل یا مخفی یا قبول نماید یا مورد معامله قرار دهد، به حبس از شش ماه تا سه سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

شده است.<sup>۱</sup>

در لایحه پولشویی، ضمن این که همچون سایر جرایم، مشارکت در پولشویی، مساوی با مباشرت تلقی شده است، معاونت در جرم، از دو مقوله فوق متمایز شده و مجازات خفیفتری برای آن پیش بینی شده است.<sup>۲</sup> اگرچه در جرایم عادی، اعمال مجازات خفیفتر در خصوص معاون، اصلی مسلم و منطقی است، لیکن اعمال این قاعده در جنایات سازمان یافته، چندان صحیح نیست؛ چون در بسیاری از موارد، کسی که مستقیماً در رکن مادی جرم دخالت نمی کند، نقش بسیار مهمتری (با طراحی، مدیریت و...) ایفا می کند. به نظر می رسد تدوین کنندگان لایحه، توجه چندانی به جنایات سازمان یافته نداشته اند. نه تنها باید نسبت به معاون جرم، با قید سازمان یافته بودن جرم، رفتاری برابر با مباشر شود، بلکه اصولاً این ویژگی باید موجب تشدید مجازات و تمهیداتی ویژه و کارآمد نیز بشود.

لایحه پولشویی در خصوص شروع به جرم پولشویی، ساکت است. با ابهاماتی که ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی در تعریف و قابل مجازات بودن شروع به جرم دارد، شروع به پولشویی قابل مجازات نخواهد بود.<sup>۳</sup>

در اولین پاراگراف بند ۲ ماده مذکور کنوانسیون، دولتها متعهد شده اند که تلاش

۱. مواد ۴۲ و ۴۳ مشارکت و معاونت در جرم را به ترتیب زیر تعریف می کند:

ماده ۴۲: هرکس عالماً و عامداً با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرایم قابل تعزیر یا مجازاتهای بازدارنده مشارکت نماید و جرم، مستند به عمل همه آنها باشد، خواه عمل هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد، خواه نباشد و خواه اثر کار آنها مساوی باشد، خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم خواهد بود....

ماده ۴۳: اشخاص زیر، معاون جرم محسوب و با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم، از عطف و تهدید و درجات تعزیر، تعزیر می شوند: ۱. هر کس، دیگری را تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیله دسیسه و فریب و نیرنگ، موجب وقوع جرم شود؛ ۲. هر کس با علم و عمد، وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب، ارائه دهد؛ ۳. هر کس عالماً و عامداً وقوع جرم را تسهیل کند....

۲. ماده ۴ لایحه.

۳. در خصوص ایرادات و نقد ماده ۴۱ ر.ک: صادق سلیمی، پدیده مجرمانه و مسئولیت کیفری در

حقوق بین المللی و حقوق کیفری ایران، نشر خیام، ۱۳۷۷، ص ۲۲۷.

کنند تا بیشترین حد ممکن، مفاد بند ۱ را دربارهٔ «جرایم مقدم» اجرا کنند. اگرچه از سیاق جمله، کاملاً روشن است که اجرای این ماده، جنبه اختیاری دارد، نه اجباری، لیکن برای این که دولتهایی که اجرای این ماده را با حقوق داخلی خود ناسازگار می‌بینند، هیچ‌گونه نگرانی در این زمینه نداشته باشند، در بند «e» پیش‌بینی شده است که اگر اصول اساسی حقوق داخلی کشوری اقتضا نماید، ممکن است مقرر شود که جرایم مندرج در بند ۱ این ماده دربارهٔ اشخاص مرتکب جرم مقدم، اجرا نشود.

در بند (b) ۲ این ماده مقرر شده است که دولتهای متعاقد، جرایم مندرج در مواد ۵، ۸ و ۲۳ این کنوانسیون را به عنوان جرایم مقدم در حقوق داخلی خود وارد کنند. مادهٔ ۵، مشارکت در گروه سازمان‌یافته جنایتکارانه است و مادهٔ ۸، ناظر به فساد مالی یا ارتشاء است. تردیدی نیست که در هر دو عنوان مذکور، منافع مادی، قابل تحصیل است. گروه سازمان‌یافته به منظور تحصیل منفعت مادی یا مالی تشکیل می‌شود و مشارکت در آن، به منظور تحصیل منفعت صورت می‌گیرد و مسلماً برای جلوگیری از کشف جرم، منافع حاصل شده باید تطهیر شود. در جنایت فساد مالی (ارتشاء) نیز ضمن این که مرتشی منافع نامشروعی به دست می‌آورد، از اعمال وی معمولاً منافع کلانی عاید راشی و گروه متبوع وی می‌شود و لذا باید تطهیر شود.

مادهٔ ۲۳ که به «جرم‌انگاری ممانعت در اجرای عدالت» اختصاص یافته است، شامل مواردی می‌شود که با اعمال تهدید و فشار یا پیشنهاد یا اعطای منفعتی در اقامهٔ شهادت یا ادله در خصوص جرایم مشمول کنوانسیون، مداخله می‌شود یا با تهدید و اعمال فشاری که بر خود مأموران اجرایی و قضایی صورت می‌گیرد، راه عدالت و دادگستری به انحراف کشیده می‌شود. دولتهای متعاقد ملزم شده‌اند که این عنوان جزایی را به عنوان جرم مقدم، در حقوق داخلی خود وارد کنند. در این باره هم به نظر می‌رسد مثل ارتشاء، مقصود اصلی، منافی باشد که در اثر انحراف مسیر عدالت، برای جنایتکاران حاصل می‌گردد.

به هر حال باید تأکید کنیم که فلسفهٔ پیدایش تطهیر پول یا تطهیر منافع و عواید حاصل از جرم، ارتکاب جنایات بسیار سودآوری مانند قاچاق مواد مخدر و دارو و سایر امور قاچاقی بوده است، لیکن چون این جنایات، موضوع این کنوانسیون نبوده،

بیان نشده است.

در ایران که هنوز کنوانسیون پالمو به تصویب مجلس نرسیده است،<sup>۱</sup> برخی موارد مذکور، جرم‌انگاری نشده و در تعریف دارایی با منشأ غیرقانونی، برخی جرایم مقدم (منشأ) به عنوان نمونه بیان شده است، لیکن تمام موارد مذکور در کنوانسیون را شامل نمی‌شود.

تبصره ماده ۱ اشعار می‌دارد:

دارایی با منشأ غیرقانونی: وجوه یا اموال یا منافع است که از طریق فعالیت‌های مجرمانه از قبیل ارتشاء، اختلاس، تبانی در معاملات دولتی، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، قاچاق کالا و ارز، فحشاء، قمار، قاچاق مواد مخدر، ربا و سرقت کسب شده باشد.

در بند (c) ۲ با در نظر گرفتن بعد فراملی جنایات سازمان‌یافته، تصریح شده است که جرایم مقدم، هم شامل جرایم ارتكابی در حوزه صلاحیت کشوری می‌شود که به جنایت تطهیر عواید حاصل شده رسیدگی می‌کند و هم شامل جرایم ارتكابی در خارج از حوزه صلاحیت آن کشور می‌شود؛ مشروط بر این که جرم مقدم، در حوزه کشور محل ارتكاب جرم نیز یک جرم جنایی باشد.

امروزه تطهیر منافع حاصل از جنایت توسط گروه‌های سازمان‌یافته جنایتکار، غالباً در کشورهای دیگر صورت می‌گیرد، لذا ضرورت دارد که به مسأله مبالغ نامشروع وارد شده به کشور، توجه شود، و الا اگر قرار باشد هر کشوری فقط به جرایم مقدم در سرزمین خود توجه و رسیدگی کند، مجرمان از خلأ موجود، نهایت سوء استفاده را کرده، عواید نامشروع حاصل شده در هر کشوری را به راحتی در کشور دیگر تطهیر می‌کنند. متأسفانه در لایحه پولشویی ایران، خصیصه فراملی این جرم نیز مورد بی‌توجهی واقع شده و تصریح نشده است که اگر حتی جرایم مقدم (منشأ) در سرزمین دولتی دیگر واقع شود، مشمول این قانون قرار می‌گیرد.

۱. لایحه تصویب کنوانسیون در قوه مجریه در دست بررسی است.

در بند (d) ۲ این ماده پیش بینی شده است که هر یک از دولتهای متعاقد، تصویر قوانینی را که در اجرای این ماده تصویب کرده‌اند، برای دبیرکل ملل متحد ارسال خواهند کرد. در واقع، یک نوع سیستم گزارش دهی در این بند پیش بینی شده است تا دولتها را ملزم به اجرای این ماده کند. می‌دانیم که در غیاب یک ضمانت اجرای قهری برای اعمال و اجرای تعهدات بین‌المللی، یکی از بهترین شیوه‌ها برای ملزم نمودن دولتها به انجام تعهدات خویش، سیستم گزارش دهی است.<sup>۱</sup>

بالاخره در بند (f) ۲ ماده ۶ مقرر گردیده است که علم، قصد یا هدفی که به عنوان یک عنصر جرم، طبق بند ۱ این ماده لازم دانسته شده، ممکن است از اوضاع و احوال موضوعی عینی استنباط شود. در این عنوان جنایی، سوء نیت شخص، مفروض تلقی شده است؛ یعنی در صورت ارتکاب فعل مجرمانه و با توجه به اوضاع و احوال عینی و موضوعی، مقام تعقیب، ملزم به اقامه دلیل جهت اثبات سوء نیت مرتکب نیست. در لایحه پولشویی، چنین قاعده‌ای پیش بینی نشده است و لذا احراز و اثبات سوء نیت، با توجه به پیچیدگی مراحل و شیوه تطهیر پول، بسیار مشکل خواهد بود.

## ب) پیشگیری

پیشگیری از تطهیر پول؛ یعنی از بین بردن زمینه‌های ورود عواید نامشروع ناشی از ارتکاب جنایات سازمان یافته، به نوبه خود می‌تواند پیشگیری از ارتکاب سایر جنایات سازمان یافته نیز تلقی شود؛ زیرا اگر زمینه تطهیر از بین برود، جنایتکاران سازمان یافته با فرض موفقیت در ارتکاب جرم اصلی و اولیه، نخواهند توانست از مزایا و فواید مادی جنایات ارتكابی بهره‌برند که خود این عامل نیز موجب گرایش کمتر افراد بالقوه مستعد، به سوی ارتکاب جنایات سازمان یافته می‌گردد.

بخش جزئی و خرده عواید و منافع حاصل از جنایات ارتكابی، ممکن است در دادوستدهای روزمره و برای رفع ضروریات زندگی صرف شود که مقابله با آن؛ چه از

۱. جمشید ممتاز، تقریرات درس بررسی برخی مسائل حقوق بین‌الملل عمومی، نیمسال دوم تحصیلی ۱۳۷۳-۷۴ دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

حیث پیشگیری و چه از نظر شناسایی و مبارزه، امری دشوار با نتایج اندک است. ولی بخش عمده عواید حاصل شده، به خاطر حجم بسیار زیاد این عواید، باید از طریق بانکها و سایر مؤسسات مالی، وارد سیستم اقتصادی شود؛ خواه به منظور نگهداری یا به منظور انتقال به ورای مرزهای کشور مربوط. بنابراین، اگر جنایتکاران سازمان یافته، خطری از جهت امکان شناسایی و کشف جنایات ارتكابی در مؤسسات مالی داشته باشند، گرایش کمتری به تطهیر پول از این طریق (که بهترین و رایجترین شیوه است) خواهند داشت.

همکاری بانکها و مؤسسات مالی در این راستا می تواند مؤثرترین شیوه محسوب گردد و این همکاری، عمدتاً به دو شکل امکان پذیر است:

نخست این که بانکها و مؤسسات مالی، هنگام افتتاح حساب و ارائه خدمات به مشتریان خود، هویت کامل و دقیق آنان را احراز نمایند. با این امر، افراد سابقه دار و فعالیتهای آنها قابل شناسایی خواهد بود و در آینده نیز اگر مسؤولان تعقیب و کشف جرم، نیاز به هویت افراد و فعالیتهای آنان داشته باشند، مشخصات این افراد در اختیار آنان قرار خواهد گرفت.

همکاری دیگری که بانکها و مؤسسات مالی می توانند در این زمینه داشته باشند، جنبه ابتکاری و تا حدی، پلیسی دارد؛ یعنی آنان مراقب رفتارها، مراودات و عملیات مشکوک باشند و اگر به شخصی مظنون شدند، این امر را برای بررسی و رسیدگی، به مراجع ذی صلاح اعلام کنند.

همان طور که در توصیه نامه های «فاتف» به شرح مذکور آمده است، باید تضمینهای کافی برای این نهادها و بانکها و کارکنان آنان ایجاد شود تا در صورت عدم اثبات موارد مورد گزارش، مسؤولیت قانونی برای آنان ایجاد نشود. برای کاهش این مشکل، بهتر است گزارشهای مزبور، محرمانه بماند و مقامات ذی صلاح، فقط به عنوان سرنخی از آن استفاده کنند و در صورت عدم اثبات، این گزارشها به طور کلی مکتوم بماند. بعلاوه، به نظر می رسد افشای این گزارشها می تواند عواقب غیرقانونی انتقام جویانه گروههای جنایتکار را دربرداشته باشد. علاوه بر ضرورت عدم افشای گزارشها، در این زمینه نیز تمهید حمایتهای قانونی برای کارکنان بانکها و مؤسسات

بیت

۱۴۴

مکتب علوم اسلامی



مالی، ضروری می‌نماید.

به هر حال همکاریهای مزبور بانکها و مؤسسات مالی، با یک قاعده شناخته شده بانکی؛ یعنی قاعده «حفظ اسرار بانکی»<sup>۱</sup> که خود موجب اعتماد و جلب مشتریان می‌گردد، تعارض پیدا می‌کند که در مباحث بعدی به بررسی این موضوع می‌پردازیم. در کنوانسیون، دولتهای متعاقد ملزم به ایجاد نظارت منظم بر فعالیت بانکها و سایر نهادهای مالی که احتمال تطهیر پول از طریق آنها می‌رود، شده‌اند تا جلو تطهیر گرفته شود یا حداقل ارتکاب این عمل مجرمانه، کشف شود. این نهادها ملزم به احراز هویت، نگهداری سوابق و گزارش موارد مشکوک هستند. همچنین تعیین مراجع و مقامهایی برای مبادله اطلاعات و همکاری با سایر دولتها پیش بینی شده است.<sup>۲</sup>

در ماده ۵ لایحه پولشویی، به هیأت وزیران اجازه داده شده با تصویب آیین‌نامه اجرایی، دستگاهها و اشخاص را ملزم به ارائه اطلاعات، تعیین هویت و... کند، ولی هیچ‌گونه تمهیداتی درباره همکاری در سطح بین‌المللی پیش‌بینی نشده است.

در ماده ۳ مقررات پیشگیری از پولشویی (مصوب شورای پول و اعتبار) مؤسسات مالی ملزم به احراز هویت مشتریان شده‌اند. به موجب ماده ۱۷ مقررات، مؤسسات بانکی مکلف به گزارش موارد مشکوک شده‌اند که این گزارشها کاملاً محرمانه خواهد بود.

## ج) کشف جرم

درباره کشف جرم و نهایتاً مبارزه با آن، همیشه این نکته باید ملحوظ گردد که برخورد با مجرمان نباید سبب محدود شدن آزادیهای مشروع افراد غیر مجرم گردد و مبارزه با جرایم اقتصادی و مالی نباید موجب تهدید و تحدید فعالیتهای اقتصادی مشروع گردد. جرم، به خاطر اخلال در نظم جامعه، و جرایم اقتصادی، به خاطر اخلال در سیستم اقتصادی جامعه، ضدا ارزش شناخته شده است و ضرورت برخورد قانونی را

1. Banking Secrecy.

۲. ماده ۷ کنوانسیون.

می طلبد. اگر مبارزہ با این جرایم، خود موجب اختلال در نظام اقتصادی شود، نقض غرض خواهد شد و چنین مبارزہ ای همچون خود جرم، برای جامعه، زیانبار خواهد بود. از این رو، در کنوانسیون، ضمن این کہ دولتها بہ اجرای اقدامهای ممکن برای کشف و نظارت بر حرکت وجوہ نقد و اسناد قابل انتقال مقتضی از مرزهای خود ترغیب شدہ اند، ملزم گشتہ اند کہ در جریان و انتقال سرمایہ های مشروع، هیچ گونه مانعی ایجاد نکنند.<sup>۱</sup>

در خصوص کشف جرم تطہیر پول و تسہیل اثبات آن، تدابیری اندیشیدہ شدہ است کہ بہ سہ دستہ قابل تقسیم است:

۱. ایجاد واحد اطلاعات مالی.
۲. ضرورت همکاری بانکها با عدم رعایت قاعدہ حفظ اسرار بانکی.
۳. تسہیل اثبات تطہیر پول.

### ۱. ایجاد واحد اطلاعات مالی

دولتہای متعاہد، ملزم شدہ اند ایجاد یک واحد اطلاعاتی مالی را بہ عنوان یک مرکز ملی برای جمع آوری، تحلیل و انتقال اطلاعات مربوط بہ تطہیر بالقوہ پول، بررسی کنند. بہ ہر حال، دولتہای متعاہد تضمین خواهند کرد کہ مقامات اداری، انتظامی، اجرای قانون و سایر مقامہایی کہ بہ مبارزہ با تطہیر پول اشتغال دارند (در صورتی کہ حقوق داخلی اجازہ دہد، مقامات قضایی نیز) توانایی و اختیار همکاری و تبادل اطلاعات در سطوح ملی و بین المللی را در چارچوب حقوق ملی خود داشتہ باشند.<sup>۲</sup>

تبادل اطلاعات توسط دولتہا در خصوص اوصاف اموال و مرتکبان، از مؤثرترین ابزارها برای کشف جرم و نہایتاً مبارزہ با تطہیر پول محسوب می شود. بدون تبادل اطلاعات، تشخیص منشأ مشروع یا نامشروع اموال و ثروتہای وارد شدہ بہ سرزمین یک دولت، امری بس دشوار و بعضاً ناممکن است.

۲. بند (b) ۱ مادہ ۷.

۱. بند ۲ مادہ ۷.

## ۲. ضرورت همکاری بانکها با عدم رعایت قاعده حفظ اسرار بانکی

با توجه به این که جنایتکاران سازمان‌یافته، برای نگهداری، تطهیر و نقل و انتقال عواید حاصل از ارتکاب جنایات سازمان‌یافته، از بانکها و دیگر مؤسسات و نهادهای مالی استفاده می‌کنند، همکاری این بانکها و مؤسسات در شناسایی مشتریان خود و اعلام موارد مشکوک یا تبادل مبالغی متجاوز از سقفی معین و نهایتاً بیان مشخصات افراد صاحب حساب به مراجع ذیصلاح، می‌تواند کمک شایانی در کشف جرم و جلوگیری از تطهیر منافع نامشروع داشته باشد. از سوی دیگر، بانکها طبق مقررات داخلی خود و برای جذب مشتری هرچه بیشتر و جلب رضایت آنان، مقرراتی دارند که افشای اسرار بانکی را منع می‌کند. لذا چالشی بین این دو مصلحت (کشف جرم و مبارزه با آن و حفظ اسرار بانکی) وجود داشته و دارد.

شورای اروپا اولین سازمان بین‌المللی بود که در سال ۱۹۸۰ در توصیه‌نامه کمیته وزراء، ضمن اخطار به جامعه بین‌المللی در خصوص خطرات ناشی از تطهیر پول، نسبت به دموکراسی و حاکمیت قانون، اعلام کردند:

سیستم بانکی می‌تواند نقش پیشگیرانه کاملاً مؤثری ایفا کند، همان‌طور که همکاری بانکها می‌تواند به پلیس و مقامات قضایی در مبارزه با اعمال مجرمانه کمک کند. همچنین ضرورت دارد که بانکها از هویت کامل افرادی که با آنها همکاری دارند، آگاهی یابند.<sup>۱</sup>

سرانجام در کنوانسیون پالمو نیز ضرورت مبارزه با جنایات سازمان‌یافته و خصوصاً تطهیر پول، بر قاعده حفظ اسرار بانکی فائق آمد. در طی مذاکرات تأکید شد که اقدامهای قانون‌گذاری و اداری مقتضی باید اتخاذ شود که حفظ اسرار مالی را به منظور توسعه کنترل مؤثر تطهیر پول و همکاری بین‌المللی، محدود کند. در این زمینه

1. Hans G. Nilsson, *Money Laundering and Banking Secrecy*, International Academy of Comparative Law, XIVth International Congress of Comparative Law, Paolo Bernasconi (ed.) Kluwer Law International, 1996, p.ix.

پیشنهاد شد که در کنوانسیون، طی مقرره‌ای درباره‌ی تحقیق از سازمانهای جنایی، حفظ اسرار بانکی لغو شود.<sup>۱</sup> سرانجام، این قاعده با تغییراتی در بند ۶ ماده ۱۲ انعکاس یافت و دولتها را ملزم نمود به دادگاهها یا سایر مراجع ذیصلاح اختیار دهند که بتوانند دستور بازرسی یا تسلیم دفاتر بانکی، مالی یا بازرگانی را صادر کنند و دولتهای عضو نباید به بهانه‌ی حفظ اسرار بانکی، از این وظیفه امتناع کنند.

در لایحه مبارزه با جرم پولشویی، اختیار الزام دستگاهها، نهادها و اشخاص به ارائه اطلاعات و اسناد و مدارک، تعیین هویت و گزارش موارد مشکوک، به هیأت وزیران تفویض شده است. حتی هیأت وزیران می‌تواند به اشخاص حقوقی ذیربط، اختیار قطع خدمات را در موارد مشکوک بدهد. به هر حال، اشخاص ذینفع که قطع خدمات را خلاف قانون بدانند، می‌توانند به مرجع قضایی صالح شکایت کنند.<sup>۲</sup>

### ۳. تسهیل اثبات تطهیر پول

با توجه به روش و مراحل پیچیده‌ای که تطهیرکنندگان پول طی می‌کنند، چنانچه صرفاً در صدد اثبات «فعل» مجرمانه‌ای باشیم که به خوبی منشأ غیرقانونی منافع، مشخص و روشن شود، در بیشتر موارد به بن بست می‌رسیم؛ مثلاً اگر شخص مظنونی با درآمد قانونی ۱۰۰/۰۰۰ تومان، در مدت کوتاهی صاحب ثروتهای میلیاردی شود، در سیستم حقوقی و شیوه دادرسی سنتی، بدون اثبات منشأ غیرقانونی منافع، نمی‌توان اقدامی کرد. از این رو، تدوین‌کنندگان کنوانسیون سعی کرده‌اند در این موارد، بار اثبات را به دوش مظنون بگذارند؛ یعنی به دولتهای عضو پیشنهاد شده است که اگر با اصول حقوق داخلی خویش منطبق بدانند، شخص را ملزم به نشان دادن منشأ قانونی درآمدهای خود کنند.<sup>۳</sup>

برخی چنین مقرره‌ای را «تقدّم اماره مجرمیت بر اصل برائت» نام نهاده، گفته‌اند:

1. UN. DOC. E/CN. 15/1998/5, P.9.

۲. ماده ۵ لایحه.

۳. بند ۷ ماده ۱۲ کنوانسیون.

از جمله مواردی که در دادرسی پیرامون جرایم سازمان‌یافته مورد تأکید کنوانسیون پالمو قرار گرفته است، تقدّم اماره مجرمیت بر اصل براءت در اموری است که شخص، متهم به تطهیر پول یا تحصیل درآمدهای ناشی از ارتکاب جرم است. کنوانسیون فوق در بند مربوط به مصادره و توقیف درآمدهای جرم، برای دولتهای عضو مقرر داشته است که درآمدهای جرم یا اموال معادل آنها و درآمدهای ناشی از این درآمدها را مصادره نمایند و علاوه بر آن، در ارتباط با اموال مشکوک نیز از مجرم درباره اصلت و مشروعیت درآمدهای مورد اتهام و دیگر اموال مشکوک و در معرض مصادره، توضیح بخواهند، که در صورت عدم کفایت توضیح متهم و عدم اثبات مشروعیت درآمدها، این اموال قابل ضبط و مصادره است.<sup>۱</sup>

برخی نیز اظهار داشته‌اند که قانون‌گذار در جرم پولشویی، عنصر مادی جرم را مفروض می‌داند.<sup>۲</sup>

به نظر ما نام‌گذاری چنین تمهیدی به عنوان «اماره مجرمیت» و قرار دادن آن در قبال «اصل براءت»، صحیح نیست؛ زیرا اصل براءت از بدیهی‌ترین اصول و قواعد شناخته شده حقوق بشری است که در اسناد مهم بین‌المللی تبلور یافته<sup>۳</sup> و می‌توان ادعا کرد از قواعد امره بین‌المللی محسوب می‌گردد. مفهوم و کاربرد اصل براءت یا فرض بیگناهی در حقوق کیفری، این است که اگر در جرم بودن عمل ارتكابی شخص یا ارتكاب عمل مجرمانه توسط متهم تردید داشته باشیم، اصل براءت جاری می‌شود. به عبارت دیگر:

۱. محمدابراهیم شمس ناتری، سیاست کیفری ایران در قبال جرایم سازمان‌یافته با رویکرد به حقوق جزای بین‌الملل، رساله دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۸۰، ص ۳۳۴.

۲. حمیرا قنبری، اصل براءت و اماره مجرمیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تیرماه ۱۳۸۱، ص ۲۳۹.

۳. خصوصاً می‌توان به اسناد زیر اشاره کرد: بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق، بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (۱۹۹۸)، بند ۱ ماده ۱۱ طرح کد جنایات علیه صلح و امنیت بشری، ماده اساسنامه دیوان کیفری.

همه افراد در پناه این اصل، از هرگونه تعرض و ادعا مصون هستند. هیچ کس نسبت به آنها حقی ندارد و مرتکب هیچ عمل خلاف قانون نشده‌اند، مگر این که دلیلی خلاف این اصل وجود داشته باشد.<sup>۱</sup>

لذا اگر مقنن، عمل خاصی مثل دارا شدن بی‌جهت را جرم بدانند، به معنای نفی اصل برائت نیست. همان‌طور که رکن مادی جرایم می‌تواند فعل یا ترک فعل و... باشد، می‌تواند نتیجه مجرمانه‌ای با شرایط خاص باشد. به عبارت دیگر، همان‌طور که قانون‌گذار در شرایطی، انجام فعل (مثل سرقت) یا ترک فعل (مثل ترک انفاق) یا داشتن و نگهداری سلاح گرم و... را مخل نظم جامعه دانسته و آنها را دارای وصف جزایی می‌داند، می‌تواند دارا شدن بدون منشأ قانونی را هم رکن مادی جرمی تلقی کند و قابل مجازات بداند و این امر، به معنای کنار گذاشتن اصل برائت یا مفروض تلقی کردن رکن مادی جرم نیست، بلکه خود دارا شدن بدون منشأ قانونی، رکن مادی جرم است. فقط عنوان جزایی جدیدی به جرگه جرایم افزوده می‌شود که امری کاملاً متعارف است.

به عبارت دیگر، اگر قانون‌گذار عنوان جزایی جدیدی به جرایم بیفزاید و بار دلیل را در موردی به دوش متهم بگذارد، این امر به معنای نفی اصل برائت نیست. بدیهی است اگر این قاعده را در قبال اصل برائت و نافی آن بدانیم، در حقوق داخلی ایران، به خاطر تعارض با اصل ۳۷ قانون اساسی، نمی‌توانیم چنین قاعده‌ای را بپذیریم. شاید تدوین‌کنندگان لایحه نیز چنین تصویری از این قاعده داشته‌اند که مطلقاً توجهی به آن نکرده‌اند!

## (د) ضمانت اجرا

به خاطر اهمیتی که مصادره اموال در جرم پولشویی (تطهیر پول) دارد، ضمن تفکیک آن از سایر مجازات‌ها، جداگانه به بررسی آن می‌پردازیم.

۱. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی کیفری، انتشارات پایدار، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۰۳.

## ۱. مجازات

به عنوان یک قاعده کلی، در کنوانسیون پالمو میزان مجازات جرایم ارتكبابی پیش بینی نشده است و تعیین نوع و میزان مجازاتها به دولتها واگذار گردیده است. اصل «تناسب میان جرایم و مجازاتها» که از دیرباز مورد توجه متفکران بوده، از نظر تدوین کنندگان کنوانسیون نیز دور نمانده است. «بکاریا» در این زمینه معتقد است:

جرم... هر قدر زیان بیشتری به جامعه وارد آورد، [باید] به ندرت اتفاق افتد. بنابراین، مواعی که مردمان را از ارتكاب جرم باز می‌دارد، باید به همان اندازه که این جرایم، مغایر با منفعت عموم است و شدیدتر به آن آسیب می‌رساند، قوی باشد. از این رو، باید میان جرایم و مجازاتها تناسبی برقرار باشد.<sup>۱</sup>

در این زمینه، دولتها ملزم گردیده‌اند که در اعمال مجازاتها و ضمانت اجراهای مربوط در خصوص جرایم مشمول این کنوانسیون، شدت این جرایم را در نظر بگیرند.<sup>۲</sup> البته در نظر گرفتن شدت جرایم مشمول کنوانسیون، الزاماً به مفهوم اعمال مجازاتهای شدید و خشن نیست، بلکه همان‌طور که در کنوانسیون نیز بلافاصله اشاره شده، هدف این است که این مجازاتها تا بیشترین حد ممکن، مؤثر بودن اقدامات اجرای قانون را تضمین کنند.<sup>۳</sup>

همچنین دولتها ملزم گردیده‌اند در صورت اعمال و اعطای تسهیلاتی همچون آزادی مشروط، شدت این جرایم را در نظر بگیرند.<sup>۴</sup> با توجه به این که آزادی مشروط، از موارد بارز فردی کردن مجازاتهاست و با توجه به رفتار و سازگاری مرتکب، اعطا می‌شود، به هر حال، تدوین کنندگان کنوانسیون نخواستند مرتکبان جنایات سازمان یافته را به طور کلی از آن محروم کنند؛ زیرا امروزه هدف اصلاحی مجازاتها و بازگرداندن مجرمان به جامعه، در اولویت است. با این حال، کنوانسیون تأکید کرده

۱. سزار بکاریا، رساله جرایم و مجازاتها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ چهارم،

۲. بند ۱ ماده ۱۱.

تابستان ۱۳۸۰، ص ۹۲.

۳. بند ۴ ماده ۱۱.

بند ۲ ماده ۱۱.

است که در اعطای امتیازاتی همچون آزادی مشروط، دقت بیشتری مبذول گردد. پولشویی هم استثنایی بر قاعده کلی نیست و در این زمینه نیز هر دولت متعاهدی حسب قوانین داخلی، با در نظر گرفتن شدت این جنایت، مجازات مقتضی تعیین خواهد کرد. در لایحه پولشویی، مجازاتهای پیش‌بینی شده برای مرتکبان، از همه جهات، واجد ایرادات اساسی است که به اختصار به این نقایص اشاره می‌کنیم:

۱. مجازات مباشر یا شریک جرم پولشویی، یک چهارم ارزش دارایی با منشأ غیرقانونی تعیین گردیده است.<sup>۱</sup> این مجازات، بسیار نامتناسب و غیر مؤثر به نظر می‌رسد. می‌دانیم که شمار جرایم واقعی، هرگز با مواردی که کشف و اثبات می‌شود، برابر نیست؛ چون جرایم واقعی، چندین برابر جرایم کشف و اثبات شده است. این تفاوت در جرم تطهیر پول که متضرر و شاکی مستقیم ندارد، دوچندان می‌شود؛ یعنی ممکن است درصد کمی از جرایم پولشویی کشف و تعقیب شود، که حتی در این صورت نیز موارد زیادی نیز به خاطر عدم تکافوی ادله، به نتیجه نمی‌رسد. اگر درباره درصد کمی که کشف، تعقیب و اثبات می‌شود، چنین برخورد ضعیفی صورت گیرد، مجرمان احتمالی، هرگز از چنین مجازاتی مرعوب نمی‌شوند و محکومان نیز اصلاح و تنبیه نمی‌گردند.

در مقایسه با جرایم مشابه نیز این مجازات، بسیار ناچیز می‌نماید؛ از طرفی در تمام جرایم مالی مهم (از قبیل کلاهبرداری، سرقت، خیانت در امانت، اختلاس، ارتشاء و...) کیفر حبس پیش‌بینی شده است؛ از سوی دیگر در قانون مبارزه با مواد مخدر، در کنار مجازاتهای شدید اعدام یا حبسهای طولانی، مصادره تمام اموال مجرمان (بجز هزینه تأمین زندگی متعارف برای خانواده مجرم) پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup> لذا در نظام

۱. ماده ۳ لایحه.

۲. در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام در موارد مختلفی به عنوان یکی از مجازاتها، مصادره تمام اموال مرتکب، به استثنای هزینه تأمین زندگی متعارف برای خانواده آنها پیش‌بینی شده است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: بند ۴ ماده ۴، تبصره ماده ۴، بندهای ۴، ۵ و ۶ ماده ۵. به هر حال، مصادره تمام اموال شخص، هم غیر عادلانه به نظر می‌رسد و هم با اهداف مجازاتها سازگاری ندارد.



حقوقی ایران، صرف مجازات یک چهارم دارایی نامشروع به عنوان جزای نقدی، کاملاً نامتناسب است و هیچ سنخیتی با مجازات جرایم مشابه ندارد. حتی در سطح بین‌المللی نیز تدوین‌کنندگان کنوانسیون اعتقاد داشتند که دولتهای متعاقد قطعاً مجازات حبس برای این جرم تعیین خواهند کرد. بر همین اساس، توصیه کرده‌اند که این دولتها در اعطای آزادی مشروط، دقت بیشتری مبذول دارند.

۲. تدوین‌کنندگان لایحه، ضمن این که در تلاشی ارزنده، برای اشخاص حقوقی نیز مسؤولیت کیفری قائل شده‌اند، لیکن آن را فقط به مسؤولیت تضامنی در قبال داراییها و جزای نقدی متعلقه محدود کرده‌اند.<sup>۱</sup> در حالی که امروزه مسؤولیت کیفری مستقل برای اشخاص حقوقی، به رسمیت شناخته شده و مسؤولیت کیفری شخص حقوقی، نافی مسؤولیت کیفری اشخاص حقیقی تشکیل دهنده آن تلقی نمی‌گردد.<sup>۲</sup> این در حالی است که در همین لایحه، مطابق اصول حقوق کیفری، برای شرکای جرم، مسؤولیت کیفری مستقل (نه تضامنی) پیش‌بینی شده است.<sup>۳</sup> اساساً مسؤولیت «تضامنی» منحصر به امور مدنی و حقوقی است که هدف، جبران خسارت وارده و ادای دین به میزان مشخص است. در حقوق کیفری، مقصود نهایی، تنبیه و اصلاح مجرم است، نه این که مبلغ مشخصی به صندوق دولت واریز شود.

۳. تدوین‌کنندگان لایحه، به وصف گروهی و «سازمان‌یافته» بودن تطهیر پول توجه نداشته‌اند؛ بر همین اساس، همچون جرایم عادی، برای معاون جرم، مجازات علیحده و خفیفتر قائل شده‌اند. در جنایات سازمان‌یافته، تمام اعضا، پیکره واحدی را به وجود می‌آورند که با نظم و سلسله مراتب خاص و تحت مدیریت واحد، مرتکب جرم می‌شوند. با توجه به این که هر یک از اعضا، سهم و نقش مشخصی در ارتکاب جرم دارند، لذا همه آنها به عنوان شرکای جرم، مسؤولیت کیفری پیدا می‌کنند. گاهی اوقات کسانی که ماهیتاً عمل معاونت انجام می‌دهند؛ مثل طراحی، مدیریت، تسهیل، ارائه طریق و... نقشی مهمتر از مرتکبان رکن مادی دارند. این مهم، مورد بی‌توجهی

۱. تبصره ۳ ماده ۳.

۲. ر.ک: صادق سلیمی، پیشین، ص ۲۰۳-۲۰۷.

۳. صدر ماده ۳.

تدوین‌کنندگان واقع شده است.

۴. ماده ۶ لایحه پولشویی اشعار می‌دارد:

متخلفان از مقررات آیین‌نامه اجرایی ماده (۵)، در صورتی که عنوان مباشر یا شریک یا معاون جرم پولشویی در مورد آنها صدق نکند، حسب مورد، توسط دادگاه صلاحیت‌دار یا هیأت‌های تخلفات اداری، به مجازاتهای زیر محکوم می‌شوند:

الف) مستخدمان و مأموران دستگاههای دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی، به مجازات مقرر در ماده (۵۷۶) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲.

ب) سایر اشخاص، به شش ماه تا پنج سال محرومیت از هرگونه عضویت یا اشتغال به سمت مربوط برای هربار تخلف.

در ماده ۵۷۶ مورد اشاره، «یک تا پنج سال» انفصال از خدمات دولتی پیش‌بینی شده است. در ماده ۶ برای سایر اشخاص (غیر از مستخدمان دولتی و نهادهای عمومی) «شش ماه تا پنج سال» محرومیت از هرگونه عضویت یا اشتغال به سمت مربوط پیش‌بینی شده است. تنها تفاوت این دو مجازات، میزان حداقل مجازات پیش‌بینی شده است. اولاً، علت این تفاوت و تبعیض در مجازات، معلوم نیست و ثانیاً، چون در اعمال مجازات، می‌توان با احراز کیفیات مخففه (ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی) مجازاتی کمتر از حداقل مقرر اعمال نمود، لذا این تفاوت، اثر عملی چندانی ندارد.

به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان با تقسیم مجازاتها به «الف» و «ب»، صرفاً موجبات اطاله کلام و پیچیدگی را فراهم نموده‌اند. بهتر بود به طور کلی بیان می‌شد: مرتکبان، به شش ماه تا پنج سال انفصال از شغل یا سمت مربوط محکوم خواهند شد. یا مقرر می‌شد: مرتکبان، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد.

مصادره اموال تطهیر شده یا در شرف تطهیر، اهمیت شایانی دارد و لذا مقررات ویژه‌ای در این خصوص در کنوانسیون پیش‌بینی شده است.

تدوین

۱۵۴

طیبه عیوب

## ۲. مصادره

ضبط و مصادره اموال ناشی از جرم که مالک مشخصی نداشته باشد و همچنین ضبط اموال مورد استفاده در ارتکاب جرم، به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای مؤثر تلقی می‌شود؛ چون ضمن مجازات جنایتکاران، منبع مالی خوبی تدارک می‌شود که می‌تواند صرف مبارزه با جنایات شود.

امروزه تحولی در سیاست جنایی در سطح بین‌المللی روی داده است که در تدابیر مبارزه با جنایت سازمان‌یافته، دایره شمول مصادره گسترش یافته و شامل ضبط اموال سازمانهای جنایی نیز می‌شود. بدیهی است این ابتکار جدید که مفهوم سنتی مصادره را دگرگون نموده و آن را گسترش داده، مصون از ایرادات و انتقادات حقوق‌دانانی که طرفدار مفهوم سنتی و کلاسیک مصادره هستند، نمانده است؛ چون مفهوم کلاسیک مصادره، مبتنی بر افکار آزادیخواهانه است.<sup>۱</sup>

برخی از نویسندگان نسبت به مصادره توسعه یافته، انتقاد کرده‌اند؛ به ویژه از نظر مغایرت چنین مصادره‌ای با اصل برائت که به نفع متهم است و نیز مغایرت با اصل مصونیت حقوق اموال. با این وجود، چنین ایراداتی اقتضائات سیاست جنایی جدید را که حقوق کیفری جدید به آن نیاز دارد، به مخاطره می‌اندازد.<sup>۲</sup>

اشکال جدید مصادره باید به عنوان یک تدبیر پیشگیرانه عمومی تلقی شود، نه به عنوان یک تدبیر پیشگیرانه شخصی یا مجازات شخصی در مفهوم سنتی آن. به عبارت دیگر، هرچند این اقدامها به اموال شخص منفردی مربوط می‌شود، لیکن هدف اولیه قانون‌گذاری، مجازات شخص مرتکب به خاطر تحصیل اموال مورد بحث نیست؛ هدف واقعی، ماهیتاً یک هدف سیستماتیک است و مقصود، مورد هدف قرار دادن پایگاه اقتصادی جنایت سازمان‌یافته است؛ چون اهداف سیاست جنایی، محدود

1. Giovanni Fiandaca/ Costantino Visconti, *Theoretical and Criminal Policy Foundations for a Model 'extended' Confiscation in the Ambit of Organised Crime*, Towards a European Criminal Law Against Organised Crime, Vincenzo Militello (ed.) Freiburg 2001, p.73.

2. Ibid, p.81-82.

کردن توسعه بیشتر چنین آسیب اجتماعی جدید و همچنین پیشگیری از آلودگی اقتصاد مشروع در نتیجه تطهیر پولهای کثیف است.<sup>۱</sup>

با توجه به بُعد فراملی جنایات ارتكابی، در خصوص مصادره اموال مربوط، نیاز به همکاری بین‌المللی است و بالاخره باید مشخص شود که اموال مصادره شده باید صرف چه اموری شود. لذا مطالب این مبحث را به شرح زیر بیان می‌کنیم:

### ۱. اموال قابل مصادره:

تردیدی نیست، اموالی که مستقیماً از ارتكاب جرم ناشی شده است، نباید به مجرم تعلق گیرد؛ چون وی هیچ‌گونه سبب قانونی برای تملک ندارد. اگر مالک قانونی اموال موضوع جرم، مشخص باشد، بدون تردید، اموال باید به نامبرده مسترد گردد، لیکن با توجه به این که بیشتر جنایات سازمان‌یافته، بزه‌دیده مشخصی ندارد که مالک قانونی اموال و عواید ناشی از جرم تلقی شود، ضبط و مصادره اموال و منافع ناشی از جرم در خصوص این جنایات، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند.

کنوانسیون پالرمو منافع ناشی از جرایم مشمول این کنوانسیون یا اموالی که ارزش آنها با ارزش چنین منفعی برابری می‌کند و اموال، تجهیزات یا سایر وسایل مورد استفاده در جرایم مشمول این کنوانسیون را قابل مصادره اعلام نموده است.<sup>۲</sup>

پس علاوه بر منافع ناشی از جرم، وسایلی که هرچند ناشی از جرم نیست، ولی به منظور ارتكاب جرم به کار می‌رود نیز قابل مصادره است. لیکن برخلاف حقوق داخلی ایران، سایر اموال مرتکبان که ارتباطی به ارتكاب جرم ندارد، قابل مصادره نیست. بنابراین، اگر وسیله نقلیه‌ای به ارتكاب قاچاق اختصاص یافته باشد، قابل مصادره است، ولی منزل یا سایر املاک مرتکب که ارتباطی به ارتكاب جرم نداشته و به طریق مشروع تحصیل شده و به منظور ارتكاب جرم به کار نمی‌رود، قابل مصادره نمی‌باشد. اموال تبدیل یا «تطهیر» شده یا در مرحله تطهیر نیز قابل مصادره است.

1. Ibid, p.81.

۲. بند ۱ ماده ۱۲.

مصادرهٔ اموال ناشی از جرمی که به اموال دیگری تبدیل شده است، یا «معادل اموال ناشی از جرم»، تمهید مؤثری است که مزایای خاص خود را دارد. اولاً، اختفا، جایگزینی یا از بین بردن عین اموال ناشی از جرم، خللی به عملیات مصادره وارد نمی‌کند و ثانیاً، تصاحب اموال قانونی را ممکن می‌کند؛ یعنی مسئولیت ادای معادل اموال ناشی از جرم، به عهدهٔ مجرم است؛ ولو این که وی اموال غیرقانونی اصلی را از دست داده باشد.<sup>۱</sup>

در تفسیر و اجرای این ماده، دولتهای متعاقد باید این اصل اساسی را در حقوق بین‌المللی در نظر بگیرند که اموال متعلق به یک دولت خارجی که به مقاصد غیرتجاری به کار می‌رود، قابل مصادره نیست، مگر با رضایت خود دولت صاحب اموال. بعلاوه، هدف کنوانسیون، محدود کردن قواعد مربوط به مصونیت دیپلماتیک یا مصونیت دولتی و مصونیت سازمانهای دولتی نیست.<sup>۲</sup>

دولتهای متعاقد، برای شناسایی منافع ناشی از جرم و اموال و آلات مورد استفاده در ارتکاب جنایات سازمان‌یافته، باید برای شناسایی، ردیابی و تعیین هویت دقیق آنها راهکارهایی بیندیشند.

## ۲. همکاری بین‌المللی در مصادره:

به خاطر انتقال منافع ناشی از ارتکاب جنایات سازمان‌یافته به سرزمین دولتهای دیگر و در نظر گرفتن این واقعیت که متضرر اصلی، دولتی است که جرم در سرزمین آن ارتکاب یافته است، اگر در زمینهٔ مصادرهٔ اموال، دولتها به صورت هماهنگ رفتار نکنند، عملاً مجرم‌ان می‌توانند از خلأ موجود استفاده و منافع ناشی از جرم را به کشورهای دیگر انتقال دهند. تدوین‌کنندگان کنوانسیون، به درستی به این مهم توجه کرده و مقرراتی در این زمینه تدوین نموده‌اند.

1. MICHAEL KILCHLING, *substantive Aspects of the U.N. Convention Against Transnational Organized Crime: A Step Towards an 'Organized Crime Code'?*, The Containment of Transnational Organized Crime, Hans-jorg Albrecht and Cyrille Fijnaut (eds.) Freiburg i. Br. 2002, p.92.

2. UN.Doc.A/55/383/Add.1, op cit, p.5.

هر یک از دولتهای متعاهد کنوانسیون که در جرایم ارتكابی مشمول این کنوانسیون، حق اعمال صلاحیت کیفری دارد، می‌تواند از دولتی که منافع جرم، اموال، تجهیزات یا دیگر وسایل ارتكاب جرم در سرزمین آن استقرار یافته، درخواست مصادره این اموال را بکند. دولتی که چنین درخواستی را دریافت می‌کند، در چارچوب حقوق داخلی خود، تا بیشترین حد ممکن تلاش خواهد کرد یا آن را به مقامات ذی صلاح خویش به منظور صدور دستور مصادره ارجاع دهد یا در صورتی که چنین دستوری صادر شده باشد، آن را به منظور اجرا ارائه دهد و یا آن دستور مصادره را از دادگاه کشور متقاضی، به منظور ترتیب اثر دادن به درخواست، به مقامات ذی صلاح خویش برای مصادره منافع و اموال ناشی از جرم یا وسایل مورد استفاده در ارتكاب جرم، تسلیم کند.<sup>۱</sup> بنابراین، دولت طرف درخواست، با در نظر گرفتن مقررات و قوانین ملی خود، یا به استناد حکم مصادره صادر شده از محاکم خارجی عمل می‌کند و یا برای صدور حکم مقتضی، موضوع را به مراجع ذی صلاح خویش ارجاع می‌دهد.

درخواست مصادره باید حائز شرایطی باشد. مندرجات ماده ۱۸ کنوانسیون (در خصوص معاضدت حقوقی دوجانبه) با اعمال تغییرات لازم در خصوص درخواست مصادره نیز لازم الاجراست.<sup>۲</sup> بنابراین، درخواست مصادره باید مکتوب یا در صورت امکان، به شکلی قابل ارائه به صورت مکتوب باشد. فقط در شرایط اضطراری ممکن است درخواست شفاهاً صورت بگیرد که بعداً باید به طور کتبی تأیید گردد. درخواست باید به زبانی که مورد قبول دولت طرف درخواست باشد، انجام گیرد. برای سهولت آگاهی از زبان مورد قبول هر دولتی، دولتهای متعاهد، هنگام تسلیم سند تصویب یا الحاق به کنوانسیون، زبان یا زبانهای مورد قبول خود را اعلام خواهند کرد.<sup>۳</sup>

۱. بند ۱ ماده ۱۳ کنوانسیون.

۲. صدر بند ۳ ماده ۱۳.

۳. بند ۱۴ ماده ۱۸.

روشن است که تصمیم‌گیری در خصوص درخواست، توسط دولت دریافت‌کننده درخواست و بر اساس قوانین و مقررات داخلی این دولت و معاهدات الزام‌آور خواهد بود. هر دولتی برای استحضار دیگران از قوانین خود، تصویر مقررات مربوط خویش را به دبیرکل ملل متحد تسلیم خواهد کرد.<sup>۱</sup>

در بیشتر موارد، منافع حاصل از جنایات ارتكابی، به شکل دیگری تبدیل می‌شود تا از شناسایی و کشف جنایات ارتكابی جلوگیری شود (تطهیر). اگر منافع حاصل از ارتكاب جنایت به طور کلی یا جزئی به اموال دیگری تبدیل شده باشد، این اموال جایگزین، قابل مصادره خواهد بود.<sup>۲</sup>

در مواردی ممکن است منافع ناشی از جنایت، به همراه اموال مشروع، به مال دیگری تبدیل شده باشد. برای نمونه، ملکی به ارزش پانصد میلیون تومان خریداری شود که سیصد میلیون تومان آن از منافع ناشی از ارتكاب جنایت به دست آمده باشد و دو سیصد میلیون تومان از اموال و دارایی مشروع خود شخص تأمین شده باشد تا جلوگیری از کشف جرم و نهایتاً مصادره گرفته شود. تدوین کنندگان کنوانسیون، در این زمینه پیش‌بینی کرده‌اند که در صورت امتزاج منافع ناشی از جرم با اموال ناشی از منافع مشروع، این اموال تا اندازه‌ای که منافع ناشی از جرم ارزیابی می‌شود، قابل مصادره خواهد بود؛<sup>۳</sup> یعنی در مثال گفته شده، ۶۰ درصد مال مزبور قابل مصادره خواهد بود؛ زیرا سیصد میلیون تومان (۶۰ درصد) از ثمن یا ارزش مال، از منافع ناشی از جرم تأمین شده بود.

در لایحه مبارزه با جرم پولشویی، صرفاً به بیان «ضبط دارایی با منشأ غیرقانونی (در صورت نبود اصل، به بهای آن)» اکتفا شده است.<sup>۴</sup> در این لایحه، تکلیف اموال تبدیل یا ادغام شده، صریحاً معلوم نشده است. از سوی دیگر، چون به خصیصه «فراملی» این جنایت توجه نشده است، هیچ‌گونه همکاری بین‌المللی در خصوص مصادره پیش‌بینی نشده است.

۲. بند ۳ ماده ۱۲.

۱. بندهای ۴ و ۵ ماده ۱۳.

۴. ماده ۳ لایحه.

۳. بند ۴ ماده ۱۲.

## جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

باندها و گروههای جنایتکار که به منظور تحصیل نفع مادی، مرتکب جرم می‌شوند، برای از بین بردن منشأ غیرقانونی دارایی خود، به تطهیر پول متوسل می‌شوند. بیشتر کشورها در صدد مبارزه با این عمل مجرمانه‌اند و در سطح بین‌المللی نیز کنوانسیون پالرمو که به امضای ۱۴۷ دولت و تصویب ۲۸ دولت رسیده است، تمهیداتی کارشناسانه در مبارزه با این عنوان مجرمانه اندیشیده است. در ایران لایحه مبارزه با جرم پولشویی تقدیم مجلس شده است که قدمی مثبت در مبارزه با تطهیر پول یا پولشویی است. با این حال، ایرادات و نقایص اساسی در این لایحه وجود دارد که مهمترین آنها عبارت است از: ۱. مجازاتهای مقرر به هیچ وجه متناسب با خطرات ناشی از این جنایت نیست؛ ۲. به وصف «فراملی» این جرم هیچ توجهی نشده و لذا هیچ‌گونه همکاری و هماهنگی با سایر کشورها و مراجع بین‌المللی پیش‌بینی نشده است؛ ۳. به وصف «سازمان‌یافته» بودن این جرم نیز توجه نشده و لذا سعی شده با اصول سنتی با این پدیده مجرمانه نوین برخورد شود؛ ۴. در خصوص سهولت اثبات جرم، تمهیدات مقتضی اندیشیده نشده است؛ ۵. از نظر شیوه نگارش قانون نیز نارساییهایی وجود دارد.

امیدواریم نخست، ایرادهای مزبور مرتفع شود و سپس لایحه پولشویی به تصویب رسد. ضمناً مصوبه شورای پول و اعتبار، تدابیر پیشگیرانه مفیدی را همگام با تحولات بین‌المللی پیش‌بینی کرده است، لیکن امیدواریم این اقدام، موجب تعدد و تعارض مقررات حاکم به خاطر تعدد مراجع مختلف نگردد.

تطهیر

۱۶۰

ملک‌شاه عوام‌گرسوی



## ضمیمه

بسمه تعالی

شماره: ۲۷۱۴۹/۳۲۱۵۶

تاریخ: ۱۳۸۱/۷/۶

حجت الاسلام و المسلمین جناب آقای کروی

ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

لایحه مبارزه با جرم پولشویی که بنا به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی در جلسه مورخ ۱۳۸۱/۶/۲۷ هیأت وزیران با قید یک فوریت به تصویب رسیده است، جهت طی تشریفات قانونی به پیوست تقدیم می‌گردد.

سید محمد خاتمی

رئیس جمهور

- با عنایت به لزوم جلوگیری از تبدیل یا تغییر یا نقل و انتقال یا پذیرش یا تملک داراییهای با منشأ غیر قانونی.

- نظر به آثار منفی فرآیند پولشویی بر اقتصاد ملی از جمله تأثیر بر سیاستهای توسعه، ایجاد ناپایداری در وضعیت اقتصادی و خروج سرمایه.

- با توجه به ضرورت نظارت مؤثر و کاراتر برگردش پول و کالا، ارتقاء سطح شفافیت و انضباط مالی در اقتصاد کشور، و

- به منظور اتخاذ فرآیندی منسجم در مبارزه با جرم پولشویی و برای رفع مشکلات، نیازها و خلأ قانونی مربوط و در راستای حمایت از هرگونه فعالیت اقتصادی سالم، لایحه زیر جهت طی تشریفات قانونی تقدیم می‌شود:

### لایحه مبارزه با جرم پولشویی

ماده ۱- جرم پولشویی عبارت است از هرگونه تبدیل یا تغییر یا نقل و انتقال یا پذیرش یا تملک دارایی با منشأ غیر قانونی، به طور عمدی و با علم به آن برای قانونی جلوه دادن دارایی یاد شده.

تبصره - دارایی با منشأ غیر قانونی: وجوه یا اموال یا منافع است که از طریق فعالیت‌های مجرمانه از قبیل ارتشاء، اختلاس، تبانی در معاملات دولتی، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، قاچاق کالا و ارز، فحشاء، قمار، قاچاق مواد مخدر، ربا و سرقت کسب شده باشد.

ماده ۲- در مورد جرایم منشأ داراییهای یاد شده، مرتکب به مجازات مقرر در قوانین مربوط محکوم خواهد گردید.

ماده ۳- اشخاصی که مرتکب جرم پولشویی می شوند (اعم از مباشر یا شریک)، علاوه بر ضبط دارایی با منشأ غیر قانونی (در صورت نبود اصل، به بهای آن) و منافع حاصل از آن، به جزای نقدی معادل یک چهارم ارزش دارایی مذکور محکوم می شوند.

تبصره ۱- اعمال مجازات ضبط، منوط به عدم پیش بینی آن در قوانین مربوط به جرایم منشأ داراییهای یاد شده می باشد.

تبصره ۲- چنانچه رد دارایی ضبط شده به صاحب حق در قوانین مربوط مقرر باشد، وفق آن اقدام می گردد.

تبصره ۳- هرگاه کارکنان شخص حقوقی مرتکب جرم پولشویی شوند و شخص حقوقی از منافع حاصل از جرم مذکور منتفع شده باشد، این شخص متضامناً با کارکنان مجرم، نسبت به داراییها و جزای نقدی متعلقه مسؤولیت دارد.

تبصره ۴- کیفر معاون جرم، جزای نقدی معادل یک دهم تا یک پنجم ارزش دارایی با منشأ غیر قانونی می باشد.

تبصره ۵- در موارد فوق، در صورت تکرار جرم، مرتکب علاوه بر ضبط دارایی و منافع مطابق این ماده، در مرتبه اول به دو برابر جزای نقدی یاد شده و در مرتبه دوم و به بعد، برای هر مورد، به سه برابر آن محکوم خواهد شد.

ماده ۴- هر شخص که عالماً و عامداً برای کمک یا تسهیل جرم پولشویی مرتکب موارد ذیل شود، در حکم معاون جرم محسوب و به مجازات مربوط محکوم می گردد.

الف - عدم ارائه اطلاعاتی که بر حسب وظایف قانونی یا حرفه ای خود از داراییهای موضوع تبصره ماده (۱) کسب می کنند به مراجع صلاحیتدار قانونی.

ب - ارائه هرگونه اطلاعات غیر واقعی به مأموران دولتی یا سایر مراجع و اشخاص ذی صلاح قانونی.

ج - انجام اقدامات اداری مانند ثبت در ادارات ثبت اسناد و املاک، دفاتر اسناد رسمی و شهرداریها و عملیات بانکی در بانکها، مؤسسات مالی و اعتباری و صندوقهای قرض الحسنه.

د - افشای اطلاعات به دست آمده در جریان مبارزه با پولشویی توسط مأموران دولتی و سایر اشخاص مقرر در این ماده یا استفاده از آن به نفع خود یا دیگری توسط آنها.

تبصره - در صورت استفاده از اطلاعات مذکور در این بند به نفع خود یا دیگری، مرتکب علاوه بر مجازات مقرر در این ماده، به ضبط درآمدهای حاصل شده نیز محکوم می شود.

ماده ۵ - هیأت وزیران مجاز است در راستای اجرای این قانون، در آیین‌نامه اجرایی این ماده نسبت به موارد ذیل و مقررات مربوط اتخاذ تصمیم نماید:

الف - الزام دستگاهها، نهادها و سایر اشخاص به:

۱- ارائه اطلاعات.

۲- ارائه اسناد و مدارک لازم و نحوه نگهداری و مدت آنها.

۳- تعیین هویت.

ب - معیارهای تشخیص موارد مشکوک.

ج - پیش‌بینی دستگاهها، اشخاص حقوقی و مقامات مربوط که مجاز به تشخیص موارد مشکوک خواهند بود.

د - دادن اختیار به دستگاهها و اشخاص حقوقی برای قطع خدمات در موارد مشکوک.

ه - تعیین نوع، مصادیق و حیطة خدمات مذکور در بند (د) و شرایط و ملاکهای قطع و یا استمرار آن.

و - تعیین فهرست دستگاههای دولتی و مؤسسات و سازمانهایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است و نهادهای عمومی غیر دولتی و سایر اشخاص که ملزم به رعایت مقررات مربوط به هر یک از بندهای فوق می‌باشند.

تبصره - اشخاص مجاز به تشخیص اولیه موارد مشکوک، در صورت برخورد با آنها مکلفند این موارد را بلافاصله به دستگاه دولتی که وفق ماده (۸) مشخص می‌گردد منعکس نمایند. در صورت تأیید و دستور دستگاه مزبور، خدمات مربوط برابر مقررات آیین‌نامه اجرایی این ماده قطع می‌گردد. اشخاصی که خدمات در مورد آنها قطع گردیده، چنانچه اقدام انجام شده را خلاف قانون و مقررات مربوط بدانند می‌توانند به مرجع قضایی صالح شکایت نمایند.

ماده ۶ - متخلفان از مقررات آیین‌نامه اجرایی ماده (۵)، در صورتی که عنوان مباشر یا شریک یا معاون جرم پولشویی در مورد آنها صدق نکند، حسب مورد توسط دادگاه صلاحیتدار یا هیأت‌های تخلفات اداری به مجازاتهای زیر محکوم می‌شوند:

الف - مستخدمات و مأموران دستگاههای دولتی و نهادهای عمومی غیر دولتی به مجازات مقرر در ماده (۵۷۶) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده) - مصوب ۱۳۷۵/۳/۲.

ب - سایر اشخاص به شش ماه تا پنج سال محرومیت از هرگونه عضویت یا اشتغال به سمت مربوط برای هر بار تخلف.

ماده ۷ - شورای مبارزه با پولشویی به ریاست معاون اول رئیس جمهور و عضویت

وزیران امور اقتصادی و دارایی، بازرگانی، اطلاعات و دادگستری و رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و دادستان کل کشور برای انجام وظایف زیر در چارچوب قوانین و مقررات تشکیل می‌شود:

الف - سیاستگذاری، برنامه‌ریزی، هدایت و ارائه راهکارهای اجرایی لازم.

ب - اظهار نظر درباره آیین‌نامه‌های اجرایی این قانون و لوایح مورد نیاز.

ج - انجام هماهنگی بین دستگاههای اجرایی.

د - اتخاذ تدابیری برای مشارکت دادن بخشهای خصوصی، تعاونی و عمومی غیر دولتی در مبارزه با پولشویی.

تبصره - وزیر امور اقتصادی و دارایی دبیر شورای مذکور می‌باشد و دبیرخانه آن در وزارت امور اقتصادی و دارایی مستقر می‌گردد.

ماده ۸ - سازماندهی لازم برای نظارت، بازرسی، جلوگیری از امحای آثار و دلایل جرم پولشویی، طرح شکایت و رسیدگی مقدماتی، اجرای دقیق مفاد این قانون و سازوکارهای اداری لازم برای تحقق اهداف آن، با پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی و تصویب هیأت وزیران مشخص می‌شود.

ماده ۹ - آیین‌نامه‌های اجرایی این قانون، توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی و با اخذ نظر از شورای مبارزه با جرم پولشویی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

رئیس جمهور  
وزیر امور اقتصادی و دارایی  
وزیر اطلاعات

وزیر دادگستری  
وزیر بازرگانی

ب. نظارت



دفتر امور پولشویی

## مقدمه‌ای بر حق شرط در معاهده‌های چندجانبه<sup>۱</sup>

Pierre Henri Imbert □

□ ترجمه دکتر سید علی هنجنی

□ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

پروفسور لوتر پاخت در نخستین گزارش خود راجع به حقوق معاهده‌ها که در سال ۱۹۵۳ به کمیسیون حقوق بین‌الملل ارائه کرد، نوشت:

مقوله «حق شرط» نسبت به معاهده‌های همه‌جانبه به اندازه‌ای پیچیده و مشوش‌کننده است که اگر بخواهیم مسأله‌ای بدین پیچیدگی ذاتی را تصنعاً ساده کنیم، بی‌فایده خواهد بود.<sup>۲</sup>

پیچیدگی، فقط مربوط به رژیم حقوقی «حق شرط» نیست، بلکه از تعریف آن شروع می‌شود.

در باره حقوق «حق شرط» معاهده‌ها در بند ۱ ماده ۲ از قسمت «د» کنوانسیون وین که در ۲۳ مه ۱۹۶۹ به امضا رسیده، آمده است:

---

۱. این مقاله، ترجمه بخشی (ص ۹-۲۰) از کتاب «حق شرط بر معاهده‌های بین‌المللی» است که در پاریس، سال ۱۹۷۹ به چاپ رسیده است.

2. Doc. N.U. A/CN.4/63, p.119.

«حق شرط» عبارت است از اعلامیه‌ای یک‌جانبه با هر نام یا عنوان که از سوی دولتی به هنگام امضا، تصویب، قبول یا تأیید معاهده یا هنگام الحاق، صادر می‌شود و به موجب آن، دولت مزبور قصد دارد اثر حقوقی بعضی مقررات آن معاهده را در اعمال نسبت به خود، حذف کند یا تغییر دهد.

این تعریف،<sup>۱</sup> دقیق و کامل به نظر می‌رسد، اما کاملاً رضایت‌بخش نیست؛ در قسمتهای بعدی ملاحظه خواهیم کرد که بعضی از الفاظ آن، بیش از حد، کلی است، در حالی که بعضی دیگر را نمی‌توان تعمیم داد. به هر حال باید نخست خاطر نشان کرد که این عنصر اساسی حق شرط، در تعریف آن به خوبی نمایان است که حق شرط، اعلامیه‌ای یک‌جانبه است.

## حق شرط، یک اعلامیه

حق شرط، اعلامیه است؛ یعنی نسبت به متن اصلی معاهده، خارجی است. بر خلاف آنچه تا کنون بعضی به اصرار اعتقاد داشته‌اند، باید گفت که به هیچ وجه، حق شرطی

۱. ماده ۲ کنوانسیون وین، فقط به منظور به دست دادن معنایی که از اصطلاحات موجود در طرح مواد باید استنباط شود، قید گردیده (نقد کمیسیون راجع به طرح مواد، A.C.D.I. II، ۱۹۶۶، ص ۲۰۴). بنابراین، حاوی تعریف کلی و مطلق نیست. درج ماده ۲ با عنوان «اصطلاحات به کار برده شده» و نه «تعاریف» - مانند کنوانسیون راجع به روابط کنسولی - به جهت مشکلاتی بوده که در الفاظ وجود داشته است، بخصوص لفظ «معاهده» (Traité). اما ما فکر می‌کنیم راجع به حق شرط، کنوانسیون وین تعریفی قابل اعمال در تمام حالات ارائه داده است. با این وجود باید یادآور شد که حق شرط در حالت «جانشینی» را پیش‌بینی نکرده است. قرار بر این بوده که این مسأله، جداگانه بررسی شود. کنوانسیون راجع به جانشینی، مورخ ۲۳ اوت ۱۹۷۸، تعریفی از حق شرط کرده که کاملتر است [بند ۱ ماده ۲ (j)]. نظیر این مطلب درباره معاهده‌های منعقد شده میان دولت‌ها و سازمانها و سازمانها با هم نیز وجود دارد. (C.D.I آن را بررسی کرد). گزارشگر آن، «پل روتر» بود. ر.ک: گزارش CDI راجع به کارهای بیست و نهمین اجلاس (۱۹۷۷)، Doc. off. A.G.؛ سی و دومین اجلاس، تکملاً شماره ۱۰ (A/32/10)، ص ۲۴۵، بند ۱ ماده ۲ (d). این مسأله را در جای دیگر مورد بررسی قرار داده‌ایم (infra, p.293 etsv.)؛ اما مسأله حق شرط در سازمانها را بررسی نکرده‌ایم؛ چون فراتر از این بحث است و ارزش عملی چندانی هم ندارد.

در یک معاهده وجود ندارد. ماده‌ای که دامنه نفوذ یک کنوانسیون را محدود و مثلاً اعلام می‌کند که بر بعضی سرزمینها جاری نخواهد بود یا بر بعضی مسائل یا در اوضاع و احوال خاصی حاکم نیست، حق شرط نیست، بلکه نوعی تکلیف یا تعهد حقوقی است.<sup>۲</sup> اکنون برای فهم بهتر این تمایز، مقایسه‌ای می‌کنیم. سند عام داوری بازنگری شده (۲۸ آوریل ۱۹۴۹) طی ماده ۳۹ به دولتها اجازه می‌دهد که حق شرط قائل شده، بعضی از موارد مرتبط با صلاحیت اقامه دعوا را که در آن سند آمده، حذف کنند:

الف) اختلافهای ناشی از وقایع گذشته؛ چه پیش از الحاق دولتی که حق شرط برای خویش قائل می‌شود و چه پیش از الحاق دولت دیگری که دولت نخست با او اختلافی پیدا می‌کند.

ب) اختلافهای راجع به مسائلی که حقوق بین‌الملل به عهده صلاحیت انحصاری دولت‌ها گذاشته است.

به موجب ماده ۲۷ کنوانسیون اروپایی راجع به حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافها (شماره ۲۳، ۱۹۵۷)، مقررات این کنوانسیون بر موارد زیر حاکم نخواهد بود:

الف) اختلافهای راجع به وقایع یا وضعیتهای پیش از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون میان طرفهای اختلاف.

ب) اختلافهای راجع به مسائلی که حقوق بین‌الملل، آنها را در صلاحیت انحصاری دولت‌ها قرار داده است.

عملاً ماده ۲۷ کنوانسیون اروپایی دارای همان نتیجه‌ای است که اگر کسی در سند نهایی داوری، حق شرط قائل می‌شد، به دست می‌آمد. اما این بدان معنی نیست که ماده ۲۷ نیز به خودی خود، حق شرط را دربردارد.

۱. به همین دلیل، عنوان رساله خود را «حق شرط بر معاهده‌های بین‌المللی» گذاشته‌ایم، نه مانند گذشتگان (فرانسوی زبان) «حق شرط در معاهده‌های بین‌المللی» (انگلیسی زبانها همیشه می‌گویند: «Reservation to multilateral treaties»).

2. G. Scelle, «Précis de droit des gens», Paris, Sirey, T. II, 1934, p.473; C. Rousseau, «Principes généraux de droit international public», Paris, A. Pedone, T. I, 1944, P.291.

چنین توضیحاتی لازم است؛ چرا که اشتباه و اختلاط فراوان بوده و کاملاً از بین نرفته است. هنوز عباراتی مانند «حق شرط نسبت به نظم عمومی» یا «حق شرط نسبت به ضرورت‌های نظامی» یا «حق شرط نسبت به صلاحیت انحصاری» به چشم می‌خورد. بویژه موافقت‌نامه‌های داوری اجباری، دارای «حق شرط‌های» فراوانی است که بر مسائل مربوط به حیثیت ملی، منافع حیاتی، استقلال یا تمامیت ارضی وارد کرده‌اند.<sup>۱</sup> همچنین، اغلب نویسندگان، بدون توجه به فرق الفاظ «حق شرط استعماری» و «شرط استعماری»<sup>۲</sup> آنها را یکسان به کار برده‌اند.<sup>۳</sup> از نشانه‌های تردید در به کارگیری واژه، این است که قاضی زری سیک (Zoricic) در نظریه مخالف خود در اولین مرحله دعوی آمباتیلوس (Ambatielos) در عبارتی چنین آورده است:

حق شرط، قیدی است مورد توافق طرفهای یک معاهده به منظور محدود کردن اجرای نکته یا نکاتی از ترتیبات آن، یا به منظور توضیح معنای آن.<sup>۴</sup>

۱. ر.ک: سند سازمان ملل «Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948, (octobre 1948)» که در این سند، انواع حق شرط ذکر و تحلیل شده است (ص ۲۳-۳۹). بر اساس همین توافقها بود که «R.R. Wilson» به خوبی تمایز میان استثناها در معاهده و حق شرط را مشخص کرد:

*(Reservations Causes in Agreements for Obligatory Arbitration, A.J.I.L., 1929, pp.68-94).*

اما نویسنده یکی از مقاله‌هایی که به افتخار «R.R.Wilson» نوشته شده، هنوز معتقد است که کلمه «حق شرط» در هر دو معنی باید به کار گرفته شود:

(J.M.Howell, «Reservations in Agreements for Pacific Settlement of Disputes», Mélanges R. Wilson, 1970, Spécialement, pp.131-134).

2. Reserve coloniale - Clause coloniale.

3. M. Khadjenouri, «Les réserves dans les traités internationaux», 1953, p.24; D. Kappeler, «Les réserves dans les traités internationaux», 1958, p.12; E. Vitta, «Le riserve nei trattati», 1957, pp.90-91; J. Basdevant, «Dictionnaire de la terminologie du droit international», Paris, Sirey, 1959, p. 537; C. Rousseau, «Droit international public», Paris, Sirey, T. I, 1970, p.119.

4. C.I.J./ Rec, 1952, p.76.



عبارت فوق در جاهای مختلف به عنوان تعریف حق شرط در معاهده<sup>۱</sup> پیشنهاد شده بود، در حالی که چیزی جز اشاره به ماده‌ای در متن معاهده نیست.<sup>۲</sup>

## حق شرط، اعلامیه‌ای یکجانبه

مطالعات انجام شده راجع به ماهیت حقوقی حق شرط، بسیار گسترده است، اما هیچ یک پاسخی واقعاً قانع‌کننده دربر نداشته است؛ چرا که شاید اساساً پاسخی وجود نداشته باشد.<sup>۳</sup> اعمال حق شرط، به هنگام صدور یک عمل یکجانبه است، اما در جریان امر، این حالت را از دست می‌دهد.<sup>۴</sup> به همین علت، پیدا کردن وصفی که شامل حال کل موضوع باشد، مشکل است.

به نظر ما مطلقاً لازم نیست این مسأله را حل کنیم؛ زیرا بر رژیم حقوقی حق شرط به معنای خاص کلمه، هیچ تأثیری ندارد.<sup>۵</sup> سعی نخواهیم کرد بیش از این درباره ماهیت حقوقی حق شرط توضیح دهیم. فقط کافی است گفته شود حق شرط در اساس، اعلامیه‌ای یکجانبه است؛ اعلامیه‌ای یکجانبه که باید ظرایف حقوقی و نکات تکمیلی آن را در نظر گرفت.

1. Sir Gerald Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points», B.Y.B.I.L. 1957, pp.272-273; D.R. Anderson, «Reservations to Multilateral Conventions: A Re-examination», I.C.L.Q. 1964, pp.451-542; I. Detter, «Essays on the Law of Treaties», 1967, pp.50-51.

2. J. Basdevant, op.cit., p.536, litt.B.

3. V. l'analyse de D. Kappeler, op.cit., pp.54-73.

۴. این وضع، وضع بسیاری از اعمال یکجانبه نیز هست:

P. Reuter, «Droit international public», Paris, P.U.F., 4<sup>e</sup> édition, 1973, p.118 et 5<sup>e</sup> édition, 1976, p.143; C. Chaumont, «Cours général de droit international public», R.C.A.D.I. 1970-I, 129, pp.464-469.

۵. بر عکس طبق همین نظام است (یعنی قواعد راجع به تنظیم و قبولی حق شرط) که نویسندگان سعی می‌کنند ماهیت حق شرط را مشخص کنند.

از آن جا که نمی‌خواهیم معنایی غلط از تعریف مندرج در ماده ۲ کنوانسیون وین برداشت کنیم، باید این تعریف را با سایر مواد مربوط به شکل‌گیری و قبول حق شرط، تطبیق کنیم (مواد ۱۹ و ۲۰). اگر چنین کنیم، به خوبی مشخص می‌شود که «یکجانبه» به معنای دلخواه و تابع اراده محض یک طرف نیست که هیچ تقید و محدودیتی نپذیرد. برای آن که دولت استفاده‌کننده از حق شرط، بتواند به عضویت معاهده درآید، باید حق شرط او به نحوی، مورد قبول قرار گرفته باشد.<sup>۱</sup> خصوصاً آن که بر اساس مواد معاهده؛ یعنی مواد مربوط به حق شرط<sup>۲</sup> می‌توان حدودی برای اختیار حق شرط از

۱. لزوم رضایت، نشان می‌دهد که یک معاهده دوجانبه، عملاً حق شرط را نمی‌پذیرد. مسلماً یک دولت می‌تواند بعد از پایان مذاکره‌ها به طرف دیگر، پیشنهاد حق شرط دهد، اما از زمانی که پذیرفته شود، اصلاحیه‌ای خواهد بود. عملکرد آمریکا که از حق شرط در معاهده‌های دوجانبه حکایت دارد، بسیار جالب توجه است.

(Harvard University Law School, Research in International Law, III, Law of Treaties, A.J.I.L. 1935, n<sup>o</sup> 4, Supplement pp.865-867; W.W. Bishop, «Reservations to Treaties», R.C.A.D.I. 1961-II, 103, pp.252, 260, 261 et 266 à 271; M.M. Whiteman, «Digest of International Law», Vol.14, pp.159-170).

در کنفرانس وین با اصلاحیه‌ای که مجارستان داد: (Doc. N.U. A/CONF.39/C.L.137) در بخش ۲ طرح CDI (با عنوان: «حق شرط بر معاهده‌های بین‌المللی»، کلمات «بر معاهده‌های بین‌المللی» حذف شده بود و این بدان جهت بود که پیش‌دآوری راجع به حق شرط در معاهده‌های دوجانبه انجام نشده باشد، بخصوص که اعضای کمیته انشاء راجع به آن به توافق نرسیده بودند: (Doc. N.U. A/CONF.39/SR.11/§§ 18-25) با وجود این، کنوانسیون وین هیچ ماده‌ای راجع به حق شرط بر معاهده‌های دوجانبه پیش‌بینی نکرده است (فرانسه در این زمینه پیشنهادهایی داده بود: (Doc. N.U. A/CONF.39/C.1/L.113 et L.169)

کنفرانس اعلام کرده بود که آیین مربوط به حق شرط به معاهده‌های دوجانبه تسری ندارد: (Doc. N.U. A/CONF.39/SR.11 § 24.)

نیز ر.ک: مباحثات در CDI در سال ۱۹۷۷ راجع به بررسی مسأله معاهدات منعقد شده میان دول و سازمانهای بین‌المللی یا میان دو یا چند سازمان بین‌المللی: §§ (Doc. N.U. A/CN.4/SR.1446, §§ 19-33, SR.1448, §§ 32-33 و گزارش مذکور در «C.D.I.A/32/10»، فصل ۴، نقد مواد ۱۹، ۱۹ bis، ص ۲۶۷-۲۷۲. این ملاحظه‌ها باعث شد که ما به معاهده‌های همه‌جانبه بسنده کنیم.

2. Clauses de réserves.

طرف دولتها پیش‌بینی کرد و حتی محتوای آن حق شرطها را تعیین نمود. این نکته، حائز اهمیت است؛ زیرا غالباً حق شرط را بدون در نظر گرفتن مواد مربوط مورد بررسی قرار می‌دهند. به همین جهت، بعضی حقوقدانان اعتقاد پیدا کرده‌اند که حق شرط را می‌توان از مسأله اجرای بندهای مربوط به تعلیق بعضی تعهدهای بازرگانی در شرایط استثنایی (Clause de Sauvegarde) که در موافقت‌نامه‌های ادغام اقتصادی می‌آید، یا از اعلامیه‌ها، تفکیک کرد؛ یعنی حق شرط را باید الزاماً در مرحله امضا، تصویب یا الحاق، اعمال کرد.<sup>۱</sup>

ضابطه اخیر که در مواد ۲ و ۱۹ کنوانسیون وین، مورد تأیید قرار گرفته، هنگامی معتبر است که معاهده، حاوی هیچ ماده‌ای راجع به حق شرط نباشد. اما همچنان که خواهیم دید، ممکن است صریحاً پیش‌بینی شده باشد که حق شرط، زمان دیگری غیر از زمان امضا یا زمان اعلام تعهدپذیری نسبت به معاهده، اختیار شود.<sup>۲</sup>

همچنین، یک اعلامیه که به موجب آن، دولتی در نظر دارد از اجازه‌های خاص پیش‌بینی شده در آن معاهده استفاده کند. در بعضی موارد، حق شرط محسوب نمی‌شود؛ زیرا دولت در این جا تعهدهای خود را در حد مجاز، در متن معاهده تغییر می‌دهد، نه بیشتر. بنا بر همین استدلال، سوء تفاهم (بالاخص) درباره مقاله‌نامه‌های بین‌المللی کار آشکار می‌شود. بر اساس عقیده عموم و از جمله، عقیده خود سازمان بین‌المللی کار، در مقاله‌نامه‌های آن، به هیچ وجه نمی‌توان حق شرط به کار برد.<sup>۳</sup>

1. A. Manin, «A propos des clauses de sauvegarde», R.T.D.E., 1970, pp.3-4; E. Glaser et N. Iacobescu, «Unele probleme privind rezervele la tratatele internationale multilaterale», Justitia Noua, 1961, p.336.
۲. (infra, pp.163 et sq.) این فرضیه هیچ‌گاه بررسی نشده است؛ نه در کنفرانس وین.
3. V. en particulier l'exposé écrit de l'O.I.T. transmis à la C.I.J. à l'occasion de l'avis sur les réserves à la Convention sur le génocide (C.I.J. Mémoires, pp.216-282). V. aussi infra p.27 et sq, et: D. Marchand, «Les conventions internationales du travail et les Etats nouveaux», Thèse, Université de Paris, 1966, pp.257 258, 268-270, 277, 284 et 353; N. Valticos, «Les normes de l'O.I.T. en matière de protection des droits de l'homme», R.D.H. 1971, pp.753-754.

اما عملاً فقط حق شرطهایی ممنوع است که برای نخستین بار، بعد از پایان مذاکرات، آنگاه که متن معاهده به وسیله کنفرانس تهیه و تصویب شده است، ارائه می شود. بعلاوه، این بدان معنی نیست که هیچ یک از اعلامیه‌هایی که همراه بعضی اسناد تصویب شده است، حق شرط محسوب نشود.

بسیاری از مقاله‌نامه‌های بین‌المللی کار، دارای موادی است که طبق بند ۳ ماده ۱۹ اساسنامه سازمان بین‌المللی کار، اجازه «تغییراتی» را داده تا شرایط خاص مورد نظر هر کشور، رعایت گردد. دقت شود که بعضی از آنها حق شرط به معنای واقعی است و اگر یک دولت، از آنها استفاده کند، به معنای واقعی کلمه، حق شرط برای خود قائل شده است.<sup>۱</sup>

چند مثال زیر، این نکته را تأیید می‌کند:<sup>۲</sup>

به موجب قانون داخلی، می‌توان بعضی شرکت‌های معدنی و حمل و نقل یا بخشهایی از این شرکتها را از شمول این کنوانسیون خارج کرد.

(بند ۲، ماده ۲، شماره ۸۱، ۱۹۴۷، بازرسی کار)

هر عضو سازمان بین‌المللی کار که این معاهده را تصویب کند، می‌تواند طی یک اعلامیه همراه سند تصویبی خود، از شمول معاهده راجع به موارد زیر عدول کند:

الف) بعضی انواع کارهای غیر صنعتی.

ب) کارهایی که در مؤسسه‌های کشاورزی، غیر از نهالکاری انجام می‌شود....

(حمایت از مادران (بازنگری شده) ۱۹۵۲، شماره ۱۰۳، ماده ۷، بند ۱)

۱. ر.ک: بیانات ژ. سل در CDI در سال ۱۹۵۱ به هنگام بررسی گزارش J. L. Brierty راجع به حق شرط بر کنوانسیونهای همه‌جانبه:

(Doc. No.A/CN.4/SR/125 §§ 115-116/SR 126 §§ 42-44 et 56-57).

2. V. aussi N. Valticos et F. Wolf, «L'O.I.T. et les pays en voie de développement», S.F.D.I., Aix-en-Provence 1973, pp.134-137.

مقام صالح می‌تواند پس از مشورت با مؤسسه‌های کارفرمایی و کارگری مستقیماً ذریبط، البته چنانچه وجود داشته باشند، مؤسسه‌ها، نهادها، اداره‌ها یا خدمات خاص پیش‌بینی شده در ماده ۱ را از شمول کل یا بعضی از مواد این معاهده خارج کند؛ چنانچه اوضاع و شرایط استخدام، طوری باشد که اجرای همه یا بعضی از مواد فوق، مناسب نباشد.

(ماده ۲، شماره ۱۲۰، ۱۹۶۴ (دفاتر و بازرگانی) بهداشت)

مثالهای فوق، خوب نشان می‌دهد که اگر اعلام حق شرط در معاهده پیش‌بینی شده باشد، جنبه یکجانبه آن از بین نمی‌رود. حتی در این مورد، دولت ذینفع، ابتکار عمل را در دست خواهد داشت. اراده این دولت، تا حد زیادی از نظر رژیم حقوقی بعدی، میان او و سایر دول، حاکم می‌گردد.<sup>۱</sup> این عامل، خصیصه اصلی حق شرط است، اما به تنهایی کافی نیست؛ باید موضوع اعلامیه و هدف دولت اعمال‌کننده حق شرط را نیز یافت.

حق شرط، یک اعلامیه یکجانبه است که به موجب آن، دولتی تعهدهای قراردادی خود را کم می‌کند. طبق کنوانسیون وین، دولت استفاده‌کننده «از حق شرط، بدین وسیله اثر حقوقی بعضی مقررات معاهده را نسبت به خود، زایل می‌کند یا تغییر می‌دهد».

بسیاری از حق شرطها با تعریف فوق، منطبق است، اما این تعریف، قابل انتقاد است؛ بدین قرار که کلمه «بعضی مقررات» (certaines dispositions)، چندان رسا نیست؛ چون دقیقاً واقعیت امر را بیان نمی‌کند. این الفاظ، بدان جهت آمده است که به حق می‌خواسته‌اند حق شرطهای بسیار کلی و غیر دقیق، ناممکن گردد.<sup>۲</sup> چون چنین حق شرطهایی باعث می‌شود که جنبه الزام‌آور معاهده از بین

1. J. Basdevant, «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités», R.C.A.D.I. 1926-V, 15, p.597; v. aussi G. Scelle, op.cit. (supra, p.4, n.10), p.474.

۲. ملاحظات دولت اسرائیل راجع به نخستین طرح C.O.I (A.C.D.I. 1965, II, p.14)؛ اظهارات نماینده شیلی در نخستین اجلاس کنفرانس وین: (Doc. N.U. A/CONF.39/11/C.1/SR § 5).

برود.<sup>۱</sup> اما این سؤال باقی است که آیا واقعاً جای این نکته در ماده ۲ است؟ به نظر می‌رسد که به مقوله اعتبار حق شرط ارتباط داشته باشد. به هر حال به جهت آن که یک اعلامیه، ممکن است نتایج مفراط و خارج از روال ایجاد کند که نباید چنین برداشت کرد که حق شرط تلقی نمی‌شود،<sup>۲</sup> عملکرد هم نشان داده است که حق شرطهای بسیاری، کاملاً معتبر بوده است، اما راجع به بعضی مواد معاهده نبوده و در مواردی، اجرای تمام معاهده را ناممکن ساخته است.<sup>۳</sup>

آنچه به نظر ما بیش از هر چیز، قابل انتقاد است، رابطه‌ای است که نویسندگان کنوانسیون وین، میان حق شرط و مفاد معاهده برقرار کرده‌اند. به نظر ما با حق شرط، کسی نمی‌خواهد ماده‌ای از مواد معاهده را حذف کند، بلکه غرض، حذف تعهدی نسبت به خویش است.<sup>۴</sup>

۱. مهمترین مثالی که زده می‌شود، حق شرط آمریکا بر توافق الجزیره در مورخ هفتم آوریل ۱۹۰۶ است که در آن آمده بود: «... ضمن پذیرفتن مقررات و اعلامیه‌های کنفرانس از طریق امضای موافقت‌نامه، به شرط تصویب، با توجه به قوانین اساسی و پذیرفتن پروتکل الحاقی و با قبول شمول آن نسبت به شهروندان و منافع آمریکا در مراکش: (دولت ایالات متحده آمریکا) هیچ تعهدی یا مسؤولیتی نسبت به اموری که ممکن است برای اجرای آن مقررات و اعلامیه‌ها ضروری باشد، به عهده نمی‌گیرد».

(R. Genet, «Les «réserves» dans les traités», Rev. D.I.Sc.D.Pol., 1932, p.310; sur ce type de réserves, v.: Harvard University Law School, op.cit., pp.860-862; L.A. Podesta Costa, «Les réserves dans les traités internationaux», Revue de Droit international, 1938, pp.4-5; W.W. Bishop, op.cit. (supra, p.12, n.12), pp.256-257; C. de Visscher, «Théories et réalités en droit international public», 1970, p.294).

۲. مانند حق شرطهایی که به موجب آن، دولتها به طور کلی و نامشخص، اجرای معاهده را مشروط به قوانین خود می‌کنند (infra, p.367 et sq.).

3. infra, p.235 et sq.

۴. هنگامی که معاهده، حاوی یک ماده مربوط به حق شرط است، دولتها به معنای دقیق کلمه، موظف نیستند موادی را که می‌تواند موضوع حق شرط قرار گیرد، اجرا کنند. در این حالت، درست‌تر است بگوییم دولت حق شرط کننده، تعهدهای خود را محدود کرده است تا بگوییم

←

البته قبول داریم که ممکن است دو موضوع، تداخل کند، اما همیشه این طور نیست؛ دولتی ممکن است عدم موافقت خود را نسبت به ماده‌ای اعلام کند و قصد داشته باشد که آن را اجرا نکند؛ بدون آن که حق شرطی اعمال کرده باشد. مثلاً در ۱۶ فوریه ۱۹۴۹، اتحادیه آفریقای جنوبی پروتکل راجع به تغییر بعضی مقررات موافقت‌نامه عمومی تعرفه‌های گمرکی و تجارت را امضا و اعلام کرد که ماده ۳۵ جدید آن را نمی‌پذیرد. ماده ۳۵ مقرر می‌داشت که موافقت‌نامه مزبور، چنانچه دو طرف متعاقد، مذاکراتی راجع به تعرفه‌های گمرکی میان خود انجام ندهند و نیز اگر یکی از آن دو، عدم

→ «تقلیل» داده است.

این ارتباط میان مسأله حق شرط و وجود تعهدها به قدری تنگ است که وقتی یک سند حقوقی بین‌المللی، موضوع حق شرط قرار می‌گیرد، غالباً فرض بر این است که حاوی تعهدهایی است یا دقیقتر این که دولتهای استفاده‌کننده از حق شرط، پذیرفته‌اند که آن سند می‌تواند آنها را متعهد سازد. چنین تفسیری از توسل دولتها به نظام حق شرط، امروزه متداولتر شده تا ماهیت حقوقی و دامنه نفوذ بعضی قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد یا شورای امنیت یا موارد کنانوس مشخص گردد.

(G. de Lacharrière, «Consensus et Nations Unies», A.F.D.I. 1968, en partic. p.14; A. D'amato, «on Consensus», Ann. Can. 1970, en partic. 116-122; C. Rousseau, op.cit. (supra p.11, n.6), p.437; M. Virally, «La deuxième décennie des Nations Unies pour le développement. Essai d'interprétation para-juridique», A.F.D.I. 1970, en partic. p.19 et sq.; le même, «Les résolutions dans la formation du droit international du développement», Genève, Droz, 1971, pp.19-20; le même, «L'Organisation mondiale», Paris, A. Colin, 1972, pp.195-197 et 404-405; A. Gros, Opinion dissidente à l'avis de la C.I.J. dans l'affaire de la Namibie, C.I.J., Recueil 1971, pp.333-334 et 340; B. Conforti, «Le rôle de l'accord dans le système des Nations Unies», R.C.A.D.I. 1974-II, 142, en partic. pp.220-222 et 239-246; H. Cassan, «Le consensus dans la pratique des Nations Unies», A.F.D.I. 1974, en partic. pp.484-485 (v. aussi dans le même volume les pp.496, 708, 709 et 1038); A. Cassese, «Consensus and Some of its Pitfalls», R. Dir. Int. 1975, pp.754-761; J. Monnier, «Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral», Ann. Suisse 1975, en partic. pp.39-40 et 43-44).

رضایت خود را نسبت به اجرای آن، هنگامی که دیگری اعلام تعهد می‌کند، بیان نماید، میان آن دو اجرا نخواهد شد. در نتیجه، اعلامیه اتحادیه آفریقای جنوبی، نتیجه‌ای جز افزایش تعهدها برای او نداشت؛<sup>۱</sup> بنابراین، حق شرط محسوب نمی‌شد. حق شرط، یقیناً باید تعهدهای ناشی از معاهده را کاهش دهد. حق شرطی نداریم که گسترش دهنده تعهدها<sup>۲</sup> باشد.<sup>۳</sup> در این باره نباید اشتباه شود؛ ممکن است یک اعلامیه، به جای آن که اجرای یک معاهده را محدود کند، آن را گسترش دهد، ولی در صورتی حق شرط محسوب خواهد شد که منجر به کاهش تعهدهای دولت استفاده‌کننده از حق شرط شود.<sup>۴</sup> ضمناً این بدان معنی هم نیست که دولتی بتواند با حق شرط، تعهدهای سایر دولتهای متعاقد را افزایش دهد. مسلم است که چنین ادعایی باطل است.

1. Yuen-li Liang, «The Practice of the United Nations with Respect to Reservations to Multipartite Instruments», S.J.I.L. 1950, pp.123-126 (en particulier la déclaration du président de session, p.125).

2. Reserves extensives.

۳. فکر «حق شرط گسترش دهنده» مدت‌ها در دکترین شایع بود.

(A. Pomme de Mirimonde, «Les traités imparfaits», 1920, p.86; R. Genet, op.cit., pp.97 et 313; L.A. Podesta Costa, op.cit., pp.2, 3 et 13; C. Rousseau, op.cit. (supra p.10, n.4), p.299; M. Khadjenouri, op.cit., pp.29-31; J.L. Brierly, Rapport sur le droit des traités, Doc. N.U. A/CN.4/23, 14 avril 1950, p.49) et n'est pas encore entièrement abandonnée (M. Lachs, «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux», R.C.A.D.I. 1957-II, 92, p.299 et intervention devant la C.D.I. en 1962, Doc. N.U. A/CN.4/SR.651, § 49).

4. V. sir Humphrey Waldock, quatrième rapport sur le droit des traités, Doc. N.U. A/CN.4/177, observations sur l'article 1, § 1 (f), A.C.D.I. 1965-II, p.14 et certaines interventions devant la C.D.I. en 1965 (Doc. N.U. A/CN.4/SR.814, §§ 15-17).

به عنوان مثال، حق شرطهایی که کشورهای سوسیالیستی و مکزیک به کنوانسیونهای راجع به دریای ساحلی و دریای آزاد، راجع به مصنوئیهایی که کشتیهای دولتی از آن بهره‌مند هستند، وارد کرده‌اند (infra pp.351-352).



اعلامیه‌هایی که چنین نتیجه‌ای داشته باشد، در حقیقت، اعلام موضع است و به هیچ وجه، سایر طرفها را متعهد نخواهد کرد. در عمل، نمونه‌های بسیاری از این نوع اعلامیه‌ها دیده شده است؛ بویژه اعلامیه‌هایی که به موجب آن، بعضی دولت‌ها مفاد ماده‌ای را قبول نکرده‌اند و مثلاً گفته‌اند که معاهده به طور خودبه‌خود، بر سرزمینهای استعماری قابل اجرا نیست (چنین حق شرطی، نخستین بار نسبت به ماده ۱۲ کنوانسیون منع کشتار جمعی اعمال شد).<sup>۱</sup>

از نظر حقوقی، سایر دول عضو، نباید با چنین اعلامیه‌هایی مخالفت کنند (مانند مخالفت با حق شرط). سکوت آنها نیز به منزله رضایت نسبت به افزایش تعهدهای قراردادی آنان نیست. با این وجود، دیده شده است که بسیاری چنین می‌کنند؛ چه احتیاطاً و چه برای ابراز مخالفت با ادعاها یا موضع دولت صادرکننده اعلامیه.<sup>۲</sup>

این مخالفت با اعلامیه‌هاست - اعلامیه‌هایی که به غلط، «حق شرط» نامیده شده است - که باعث اشتباه می‌شود و متأسفانه موجب شده است از کلمه «تغییر دادن» (modifier) در تعریف کنوانسیون استفاده شود. کلمه «تغییر دادن»<sup>۳</sup> را بدان جهت آورده‌اند که مسأله گسترش آثار معاهده (آن‌گونه که در بالا بیان شد) ملحوظ شده باشد و بخصوص به جهت آن که متذکر شده باشند یک اعلامیه تفسیری می‌تواند یک حق شرط واقعی باشد (عبارت «تحت هر نام یا عنوان» نیز مؤید آن است). اما به هر حال

۱. ر.ک: اعلامیه‌های راجع به ماده هفتم کنوانسیون حقوق سیاسی زن (infra p.207) و بسیاری از

«حق شرطهای» انجام شده بر کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ (infra, pp.360-361).

۲. مثلاً انگلستان به حق شرطهای کشورهای سوسیالیستی نسبت به ماده دوازدهم کنوانسیون منع کشتار جمعی ایراد وارد کرد، در ضمن این که حق شرط بودن اعلامیه‌هایی این چنین را نفی می‌کرد. (ر.ک: نوشته ارائه شده به دیوان لاهه، ص ۵۲).

۳. ژاپن پیشنهاد کرده بود کلمه «modifier» را با «تقلیل» عوض کنند:

A.C.D.I. 1965-II, p.14 et 1966-II, p.344; v. aussi les déclarations de M.

Tsuruoka devant la C.D.I. en 1965, Doc. N.U. A/CN.4/SR.814, §§ 3 et 16.

ژاپن در این زمینه، اصلاحیه‌ای در کنفرانس وین نداد. برعکس، سوئد و جمهوری ویتنام پیشنهاد کرده بودند که در میان «exclure» و «à modifier» کلمات «à limiter» یا «à restreindre» افزوده شود: (Doc. N.U. A/CONF.39/C.1/L.11 et L.29).

«تغییر»، مفهوم دقیقی ندارد؛ چون هر تغییری در «آثار حقوقی بعضی مواد معاهده» با حق شرط تطبیق نمی‌کند. بنابراین، بهتر بود مبنا را کاهش تعهدهای استفاده‌کننده از حق شرط در نظر می‌گرفتند.<sup>۱</sup>

بر اساس همین ضابطه (کاهش تعهد) است که مثلاً می‌توان ماهیت واقعی «حق شرط استعماری» یا اعلامیه‌های عدم شناسایی را درک کرد: آیا اصلی وجود دارد که طبق آن، اجرای معاهده باید به سرزمینهای دور از پایتخت گسترش یابد؟ آیا دولتی موظف است نسبت به دولتی که شناسایی نکرده است، از طریق معاهده، متعهد باشد؟ در صورتی که جواب، مثبت باشد، اعلامیه‌های «استعماری» یا «عدم شناسایی» را می‌توان حق شرط محسوب کرد.

ما در این جا نمی‌خواهیم این دو مسأله را بررسی کنیم،<sup>۲</sup> اما خاطر نشان می‌کنیم که

۱. فقط یک مثال دیدیم که در آن، دولتی محتوای تعهد خود را تغییر داده بود، بدون آن که واقعاً چیزی را تقلیل دهد و آن، حق شرط اسرائیل بر کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ بود که طی آن، «سپر داوود» را جایگزین «صلیب سرخ» می‌کرد (v. infra, pp.361-362).

۲. راجع به حق شرطهای استعماری، ر.ک:

Yuen-li Liang, «Colonial Clauses and Federal Clauses in United Nations Multilateral Instruments», A.J.I.L. 1951, pp.108-121; S. Rosenne, «United Nations Treaty Practice», R.C.A.D.I. 1954-II, 86, pp.374-378; H. Bokor-szegö, «The Colonial Clause in International Treaties», Acta juridica, 1962, pp.261-294; R. Higgins, «The Development of International Law through Political Organs of the United Nations», 1963, pp.309-316; S. Bastid, «Droit international public», Paris, Les Cours de Droit, Licence, 1967-1968, pp.175-176; K. Doehring, «The Scope of the Territorial Application of Treaties», Z.a.ö.R.V. 1967, pp.483-490; E. Schwelb, «Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966», in «International Protection of Human Rights», Proceedings of the Seventh Nobel Symposium, Oslo, 1967 (Stockholm, Almqvist and Wiksell, 1968), pp.112-113; A. Gonçalves pereira, «La succession d'Etats en matière de traité», Paris, A. Pedone, 1969, pp.130-133; D. Bardonnnet, «La succession d'Etats à Madagascar. Succession au droit conventionnel et aux droits patrimoniaux»,

تنوع عواملی که پیش از رسیدن به نتیجه نهایی باید در نظر گرفته شود، بیش از حد است و بنابراین، ادعای وجود اصول کلی در این زمینه، مشکل است؛ برای مثال، اغلب نویسندگان معتقدند که در قالب یک معاهده بسیار وسیع و باز، یک دولت، اصولاً اگر دولتی را شناسایی نکرده باشد، نسبت به او مکلف نیست. اما ما فکر می‌کنیم اگر سخن از یک معاهده منعقد شده در درون یک سازمان بین‌المللی منطقه‌ای باشد که برای آن سازمان، انعقاد معاهده‌ها یکی از وسایل ممتاز دستیابی به اهداف مشترک اعضا به شمار می‌رود، وضعیت فرق خواهد کرد.<sup>۱</sup>

→ Paris, L.G.D.J., 1970, pp.357-383. La Convention de Vienne ne contient pas sur ce point de disposition bien claire et son article 29 a donné lieu à des interprétations contradictoires (v. par exemple les déclarations des représentants de l'Algérie et du Mali d'une part, de la Biélorussie et de la Sierra-Leone d'autre part: Doc. N.U. A/CONF.39/5 (vol.I), pp.195-197; v. aussi le commentaire de l'article 25 (future article 29) dans le rapport de la C.D.I. (A.C.D.I. 1966-II, pp.232-233), P. Reuter, «Introduction au droit des traités», 1972, §§ 147-148 et I.M. Sinclair, «The Vienna Convention on the Law of Treaties», 1973, pp.56-62).

Sur les déclarations de non-reconnaissance, v. en particulier: H. Lauterpacht, «Recognition in International Law», Cambridge, C.U.P. 1947, pp.369-374; M. Lachs, op.cit. (supra p.15, n.26), pp.322-324 et «Recognition and Modern Methods of International Cooperation», B.Y.B.I.L. 1959, pp.252-259; B. Bot, «Non Recognition and Treaty Relations», Leyden, A.W. Sijthoff, 1968 (en particulier pp.30-31, 132-139, 252-254); J. Verhoeven, «La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine», Paris, A. Pedone, 1975 (pp.428-448); débats à la Conférence de Vienne sur l'article 5 bis: Doc. N.U. A/CONF.39/C.1/SR.88 à 91 et 105.

۱. از نظر ما اعلامیه‌هایی که در ۱۹ دسامبر ۱۹۷۵ و ۲ دسامبر ۱۹۷۶ دولت ترکیه صادر کرد، حق شرط‌های واقعی بود. این حق شرطها در زمان تودیع اسناد تصویب راجع به معاهده‌ها و توافقه‌های مربوط به شورای اروپا بود و به موجب آن گفته بود: «خود را نسبت به مقررات (آن کنوانسیون) متعهد نمی‌داند؛ از جهت این که به مدیریت قبرسی یونان که از نظر قانون اساسی، به تنهایی محقق نیست نماینده جمهوری قبرس باشد، اعتماد ندارد». چنین اعلامیه‌هایی به یکی از عناصر اساسی

←

بنا بر آنچه گفته شد، می توان تعریفی از حق شرط به دست داد که با آنچه در ماده ۲ کنوانسیون وین آمده، متفاوت باشد و هر نوع ابهامی را برطرف کند:

حق شرط عبارت است از یک اعلامیه یکجانبه به هر نام یا عنوان که از سوی یک دولت، به هنگام امضا، تصویب، قبولی یا تأیید یک معاهده یا الحاق به آن یا هنگامی که دولتی یادداشتی مبنی بر جانشینی در معاهده صادر می کند یا در هر زمان دیگری که در معاهده پیش بینی شده است، ظاهر می شود و به موجب آن، دولت مزبور، قصد خود مبنی بر محدود کردن یا کاهش محتوا یا دامنه تعهدهای ناشی از معاهده را درباره خود اعلام می کند.

وجود این تعریف؛ هرچند کامل باشد، همه مسائل را حل نخواهد کرد و این شاید به این دلیل باشد که ضابطه عینی برای حق شرط وجود ندارد. در عمل، همیشه اعلامیه هایی دیده شده است که برداشتهای مختلفی از آنها شده و مفهوم واقعی آنها روشن نبوده است.<sup>۱</sup> حاصل چنین عدم وضوحی این است که بعضی دولتها گاهی بر اعلامیه هایی اشکال وارد می کنند و همان جا متذکر می شوند: «چنانچه اعلامیه، ارزشی برابر با حق شرط داشته باشد».<sup>۲</sup>

اما مسأله، پیچیده است؛ چون در صورت اعتراض به ماهیت یک اعلامیه، غالباً

→ که بر مبنای آن، شورای اروپا شکل گرفته است، لطمه می رساند: شناسایی این امر، توسط هر عضو که هر یک از دیگر اعضا بر رعایت همان اصول پایه با او هم عقیده است.

۱. نمونه بارز آن در کنوانسیون راجع به تأسیس OMCI آمده است (۶ مارس ۱۹۴۸). چندین دولت، اعلامیه مشابهی دادند که به موجب آن «قبول کنوانسیون مزبور، در سرزمین آنان، به هیچ وجه اثری در تغییر یا اصلاح قوانین جاری نخواهد داشت». کامبوج آن را حق شرط تشخیص داد و بعضی دیگر، آن را تفسیر ماده مربوط دانستند (اندونزی و سریلانکا) و برخی دیگر، آن را اعلام نظر شمردند (هند و مالزی). (معاهده های همه جانبه که دبیر کل درباره آنها وظیفه پذیرنده اسناد دارد، ۳۱ دسامبر ۱۹۷۶، Doc. N.U. ST/LEG/SER, D/10؛ معاهده های همه جانبه S.G. (۱۹۷۶)، ص ۳۸۴ به بعد).

۲. ایراد ایتالیا و هلند بر بعضی حق شرطهای انجام شده بر معاهده مربوط به دریای سرزمینی و منطقه مجاور، ایراد جمهوری فدرال آلمان و هلند بر بعضی حق شرطهای انجام شده بر کنوانسیون راجع به دریای آزاد، (Traité multilatéraux S.G. (1976), pp.505 et 506, 512 et 514).

مسائل سیاسی مطرح خواهد شد و ملاحظه‌های حقوقی، کنار می‌رود. این وضعیت، در زمان بررسی «اعلامیه» هندوستان راجع به اساسنامه «OMCI» پیش آمد.<sup>۱</sup> یا مثلاً درباره‌ی حق شرطهای ترکیه بر چند کنوانسیون و موافقت‌نامه‌های اروپایی که نمونه‌ی اخیر به دلیل تصمیم کمیته‌ی وزیران شورای اروپا در فوریه ۱۹۷۶ که سازشی واقعی بود، بسیار جالب توجه است.<sup>۲</sup>

این نکات که واقعاً خارج از قلمرو حقوق است، به خوبی نشان می‌دهد که چرا بعضی دولت‌ها از قبول برخی اعلامیه‌ها به عنوان حق شرط خودداری می‌کنند و این کار را بر مخالفت ابراز نمودن یا اعتبار آن را به عنوان حق شرط، مردود اعلام کردن، ترجیح می‌دهند.<sup>۳</sup>

در هر حال، نباید فراموش کرد که بیشتر اوقات، سنجش ماهیت یک اعلامیه،

1. v. infra, p.123 et SV.

۲. در پرتو مذاکراتی که بدان اشاره شد، کمیته‌ی وزیران با استناد به جنبه‌ی آیینی محض تودیع هفت سند تصویب شده، معتقد بود که دبیر کل باید اقدامی با اثر قطعی در تاریخ ۱۹ دسامبر ۱۹۷۵ نسبت به ثبت آن اسناد نموده و آنها را از نماینده‌ی ترکیه به موجب نامه‌ی مورخ همان روز تحویل گیرد و به دول عضو نیز ابلاغ کند، مضافاً این که مسأله‌ی ثبت، هیچ اثری در اعتبار یافتن حق شرط نمی‌گذارد و چنین اقدامی به هیچ وجه تأثیری در موضع دولت جمهوری قبرس نزد کمیته‌ی وزرای شورای اروپا ندارد (V.H. Golsang «توسعه‌ی حقوق بین‌الملل منطقه‌ای»، S.F.D.I., ۱۹۷۶، ص ۲۲۹). باید به اصطلاح «ثبت حق شرط» (enregistrement de réserves) توجه کرد. در این جا با به کارگیری کلمه‌ی حق شرط که معنای جمع (حق شرطها) می‌دهد و نامعین و کلی است (و یادآور قطعنامه‌هایی از شورای امنیت نیز هست)، کمیته‌ی وزیران در حقیقت از اظهار نظر راجع به ماهیت اعلامیه اجتناب کرده است (به علت مواضع متضاد آنان) ولی کلمه‌ی حق شرط را استعمال کرده، چون خواست دولت ترکیه بوده است. به دنبال این قضیه، یکی از اعضای مجمع مشورتی، خطاب به کمیته‌ی وزیران چنین می‌نویسد: «ارزش و آثار چنین اعلامیه‌هایی چیست؟ (سؤال مکتوب، شماره ۱۸۹ از سوی M. Margue, Doc. 3880، مورخ ۱۵ اکتبر ۱۹۷۶). پس از شورهای مفصل، کمیته‌ی وزیران در نوامبر ۱۹۷۷ پاسخ می‌دهد که «... نمی‌تواند به چنین سؤالی پاسخ دهد».

۳. انگلستان در برابر اعلامیه‌ی کامبوج درباره‌ی اساسنامه OMCI چنین عمل کرد. همچنین قبرس درباره‌ی حق شرطهای دولت ترکیه نسبت به کنوانسیونها و موافقتنامه‌های اروپایی صلیب سرخ، پاسخی مشابه حق شرطهای اسرائیل درباره‌ی علامت صلیب سرخ ابراز داشت. در این زمینه به هر حال باید قبول کرد که یک حق شرط فاقد اعتبار را نباید به جهت بی‌اعتباری آن، حق شرط ندانست.

مشکلات بزرگی ایجاد نمی‌کند. دقت عمل، امکان طرد بسیاری از اعلامیه‌ها را که واقعاً حق شرط نیستند، فراهم می‌سازد، اما تا به حال چنین دقت‌هایی نشده و همین امر باعث شده که تجزیه و تحلیل حق شرطها عمدتاً منحرف شود. به مشکلات و آثار خطیر حق شرط، بیش از حد، توجه می‌شود؛ چون در اهمیت آن، غلو شده است.<sup>۱</sup> نباید فقط به این امر بسنده کرد که حق شرطها را از میان اعلامیه‌هایی که طی معاهده‌های بین‌المللی صادر می‌شود، جدا کرد. باید هر یک را به تنهایی تحلیل نمود؛ باید دید آثار عملی هر یک بر روابط قراردادی چیست، تا حکمی کلی و غیر منطبق با واقعیت صادر نشود. باید مقوله حق شرط را به قالب واقعی خود برگرداند.

ما سعی کرده‌ایم چنین کنیم و نقطه آغاز کار را هم رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورخ ۲۸ مه ۱۹۵۱ راجع به حق شرط بر معاهده منع کشتار جمعی قرار داده‌ایم. دیوان در این رأی، کاملاً خلاف جریان سنتی پیش رفت. عقیده راجع به عمل دیوان؛ هرچه باشد، به هر حال مرحله مهمی بوده است. باید دید تا چه حد بر تحولات آینده راجع به قواعد پذیرش حق شرط و عملکرد دولتها تأثیر گذاشته است. در ۲۳ مه ۱۹۶۹، کنوانسیون وین درباره حقوق معاهده‌ها برای امضای دولتها مطرح شد. این معاهده نیز به همراه نظر مشورتی دیوان، باید به عنوان دومین محور، مورد مطالعه قرار گیرد. مسأله حق شرط، رابطه تنگاتنگی با نیازهای اساسی جامعه بین‌المللی دارد و این نیازها باید با روشهای جدید، پاسخ داده شود.

۱. تحقیقی مانند تحقیق R. Genet (Précitée p.14, n.20) از این نظر بسیار پرمعنی است. همچنین هنگام مذاکرات مجلس فرانسه درباره لایحه مربوط به جواز تصویب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، چند تن از نمایندگان اظهار تأسف کردند که چرا دولت فکر کرده که حق شرطهای مهمی بویژه درباره رد حق توسل فردی به کمیسیون قائل شده و کار خوبی کرده است؟ (گزارش M.R. Poudonson، سنا، شماره ۲۹ (۱۹۷۳-۱۹۷۴)، ص ۲). اما می‌دانیم که صدور یک اعلامیه اختیاری، اعلام حق شرط نیست (همین اشتباه هنگام مذاکرات مربوط به تصویب کنوانسیون راجع به تبعیض نژادی رخ داد) و بر این نکته باید تأکید کرد؛ چون آقای M. Poudonson که تعداد زیادی از همکارانش هم با او هم‌عقیده بودند، معتقد بود که حق شرط نسبت به مواد ۵ و ۶ و ماده ۱۵ در مورد نخست، «قابل درک» (comprehensible) و در مورد دوم، «طبیعی» (Naturel) است (تنها حق شرطهای واقعی که فرانسه اختیار کرده بود) (op.cit., pp.13 et 14).

# مفهوم ساختار در حقوق خصوصی و عمومی<sup>۱</sup>

Jean Carbonnier & André Mathiot □

□ ترجمه و تحقیق: دکتر ناصرعلی منصوریان

□ عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی

## چکیده:

با اهمیت یافتن مفهوم ساختار در علوم اجتماعی، این واژه کلیدی در حقوق نیز مطرح شده است. در حقوق خصوصی به معنای نظم و هماهنگی ارکان مختلف «شرکت» یا انسجام عنصر تشکیل دهنده «قرارداد» تعریف شده است، در حالی که در حقوق عمومی، بیشتر درباره مفهوم «سازمان» مورد بحث قرار گرفته و به عنوان رایجترین کاربرد آن، از اشکال دولت و تشکیلات اداری سخن رفته است.

کلید واژگان: ساختار، سازمان، دولت، حقوق خصوصی، حقوق عمومی.

## مقدمه مترجم

اگر «ساختار» (Le Structure) در فرهنگ روبر (Le Petit Robert) به «گونه‌ای که یک بنا ساخته شده است» تعریف شده، اما به عنوان یک واژه کلیدی در هر علمی،

۱. متن حاضر، ترجمه فارسی تلفیق دو مقاله است که در کتابی با عنوان «ساختار» توسط استادان مشهور دانشگاه پاریس، ژان کربونیه (Jean Carbonnier) و آندره ماتیهو (André Mathiot) نگارش و انتشار یافته است.

مفهومی ویژه دارد.

در ریاضیات، «مجموعه‌ای است که به یک یا چند قانون، ترکیب، معنی و هماهنگی می‌بخشد». در فلسفه، «مجموعه‌ی هماهنگی است که عناصرش به دلیل وابستگی با یکدیگر، وحدت و یکپارچگی پیدا می‌کنند». در اقتصاد، «ساختار تولید و مبادله» مطرح است و در زیست‌شناسی، «ساختار سلولی یا فساد ساختاری، یک ارگان را تحت تأثیر قرار می‌دهد». در شیمی-فیزیک، «ساختار به تجمع قسمتهای مختلف مجموعه‌ای گفته می‌شود که به یک ترکیب ثابت منجر گردد (مثال: ساختار اتم یا ساختار مولکولی)».<sup>۱</sup>

لیکن آنچه در سالهای اخیر مورد توجه قرار گرفته، جایگاه این اصطلاح در علوم اجتماعی است. در این زمینه، نویسندگان بسیاری به تعریف و تحلیل مفهوم ساختار پرداخته‌اند، تا آن جا که نهایتاً بویژه در دو رشته‌ی انسان‌شناسی و زبان‌شناسی، مکتب اصالت ساختار (Le Structuralisme) پدید آمده است؛ یعنی تئوری و روشی تحلیلی که مجموعه‌ی عوامل و عناصر یک ساختار را لحاظ می‌کند.<sup>۲</sup>

چند سال پیش به ابتکار «روژه باستید» (Roger Bastid) استاد بزرگ انسان‌شناسی و جامعه‌شناسی فرانسه، کتابی با عنوان «sens et usages du terme structure» توسط یک ناشر مشترک (پاریس - لاهه) انتشار یافت که در آن، مشهورترین اساتید هر یک از رشته‌های علوم اجتماعی؛ مانند جامعه‌شناسی، زبان‌شناسی، انسان‌شناسی، اقتصاد و حقوق، مفهوم «ساختار» را تعریف و تحلیل کردند.

برای نخستین بار، دو استاد شهیر فرانسوی؛ یعنی «ژان کربونیه» (Jean Carbonnier) که یکی از برجسته‌ترین استادان در حقوق خصوصی محسوب می‌شود، و «آندره ماتیو» (André Mathiot) که از جمله حقوق‌دانان قدیمی و مشهور حقوق عمومی و حقوق اساسی فرانسه بوده‌اند، کوشیدند مفهوم ساختار را در

۱. ر.ک: فرهنگ‌نامه‌ی هاشت (Hachette).

۲. ر.ک: J. Piaget, Le Structuralisme, coll. Que Sais-je?, PUF., Paris, 5<sup>e</sup> éd., 1972.



حقوق خصوصی و حقوق عمومی، تجزیه و تحلیل کنند.

تاکنون، حقوق‌دانانِ دیگر، بررسی قابل توجهی در این زمینه نداشته‌اند؛ بنابراین، مفید دانسته شد که از بیان و قلم دو صاحب نظر بزرگ حقوقی، ابعاد حقوقی «ساختار» ارائه گردد.

### ساختار در حقوق خصوصی

حقوق‌دانان سستی، بویژه آنها که در قرن نوزدهم بر قانون مدنی تفسیر زده‌اند، هرگز واژه «ساختار» را به کار نبرده‌اند؛ چرا که وقتی در ریشه لغات **کُد ناپلئون**<sup>۱</sup> جست‌وجو و تعمق می‌کردند، از واژه ساختار اثری نبود. تنها از اواسط قرن بیستم است که زیر نفوذ دیگر رشته‌های علوم اجتماعی؛ همچون جامعه‌شناسی و بیش از آن، اقتصاد سیاسی که غالباً در دانشکده واحدی تدریس می‌شود، شاهد نفوذ این کلمه در زبان حقوقی هستیم.

نفوذ دیگر رشته‌های علوم اجتماعی در این مقوله به لحاظ بعضی مصادیق واژه، کاملاً مشهود است و نشان می‌دهد که این اصطلاح، فقط حقوقی نیست. این است که مثلاً وقتی حقوق‌دانان درباره ساختار خانواده سخن می‌گویند، به عنوان دو ساختار خانوادگی متفاوت، نهاد «خانواده - خاندان» در حقوق دوران پادشاهی فرانسه و نهاد

۱. کد ناپلئون (Code Napoléon) همان «قانون مدنی فرانسویان» است که به ابتکار و نظارت ناپلئون بناپارت نگاشته و در دوازدهم مارس ۱۸۰۴ به توشیح او رسید، و سپس در سال ۱۸۰۷ بموجب قانونی، عنوان «کُد ناپلئون» را بر آن نهادند. این کُد که دربردارنده اصول مالکیتها و قراردادها و احوال شخصیّه افراد است، تأثیر و نفوذ فراوانی در اروپا و بسیاری از دیگر کشورها در نگارش قانون مدنی داشت و به طور گسترده در خارج از فرانسه تقلید شد؛ چرا که با وجود قدمت محتوا و چارچوب ترتیبات آن، همچنان مُدرن شمرده می‌شود. طبق نقل مورخان، بناپارت در دوران تبعید «سنت هلن» گفته بود: «پیروزی حقیقی من این نبود که چهل بار در جنگ فاتح شدم؛ زیرا شکست و اترو، خاطرۀ همه آنها را محو خواهد کرد. آنچه هیچ چیز قادر نخواهد بود محو کند، آنچه جاوید خواهد بود، قانون مدنی من است». (ر.ک: Encyclopedia Universalis, Corpus 6, 1996) مترجم.

«خانواده - زوجین و فرزندان» قرن بیستم را در برابر هم قرار می دهند.<sup>۱</sup> در واقع، زیر پوشش حقوقی، در این جا موضوع، جنبه جامع شناختی دارد. ظاهراً در ارتباط با مفهوم «بنگاه»<sup>۲</sup> که اکنون در دنیای حقوق، بسیار مقبولیت عامه پیدا کرده، ساختار بنگاهها مورد بحث است.<sup>۳</sup> اما این یک نوع جایگزینی اقتصاد سیاسی است. اقتصاددانان هم اکنون نیز بین بنگاهها حسب این که ساختاری فردی یا جمعی داشته باشد، تفاوت قائلند.

به نظر می رسد ساختار بنگاهها با ساختار شرکتهای بی نام، تفاوتی نداشته باشد. با این وجود، از این رهگذر، ما با یک زمینه مشخصتر حقوقی مواجهیم. اصطلاح «ساختار شرکت بی نام» بیشتر از قلم متخصصان حقوق تجارت بر روی کاغذ می آید<sup>۴</sup> و این، وقتی است که می خواهند در جست و جوی نظم و انسجام، ارکان مختلفی را که در این گونه شرکتهای نقشی ایفا می کنند، توصیف نمایند: شورای اداره، مدیر عامل، مجمع عمومی سهامداران و....

با آن که این مورد، خالی از ارتباط قیاسی بارز با مثال پیشین نیست، کاملاً از زمینه های اقتصاد سیاسی پاک شده است؛ یعنی برای بحث از شخصیتها و هیأتی که سرپرستی حفظ منافع یک یتیم را دارند (از قبیل قیم، مشاور خانوادگی و غیره) به سادگی از تعبیر «ساختار قیمومت» استفاده می شود.

با این وجود، قیمومت نه شخص، نه گروه و نه حتی یک واحد اداری - حقوقی است. موجودیت ویژه ای ندارند و تنها مجموعه ای از قواعد حقوق است. بنابراین، می بینیم که در مفهوم حقوقی کلمه، ترتیبات و منسجم قواعد حقوقی، خود می تواند

۱. اصطلاح «خانواده - خاندان» (famille-lignage) خانواده ای را در نظر دارد که تمامی افراد خانواده و اقوام و خویشاوندان دور و نزدیک را دربر می گیرد، اما منظور از اصطلاح «خانواده - زوجین و فرزندان» (famille-ménage) آن است که خانواده در مفهوم امروزی آن فقط افراد ساکن در یک خانه را شامل می شود (مترجم).

2. Entreprise.

۳. ر.ک: Despax, L'entreprise et le droit, 1957, Nos.222 ets.

۴. ر.ک: Ripert, Traité élémentaire, de droit commercial, Nos.904 ets.

یک ساختار ایجاد کند.

همچنین نباید در مواجهه با کاربرد این اصطلاح در قرارداد، دچار شگفتی شویم. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، شرایط قرارداد را برمی شمارد: رضایت، اهلیت، موضوع و علت.<sup>۱</sup> این شرایط، همان است که قانون مدنی ایتالیا آن را «ملزومات قرارداد» می نامد. نویسندگان، عموماً این شرایط را عناصر تشکیل دهنده می نامند که خود توصیفی انعطاف پذیرتر از ترتیبات قانون مدنی است. می بینیم که بین این عناصر، یک نوع نظم و انسجام وجود دارد که همان ساختار قرارداد باشد.

شایسته توجه است که در اندیشه حقوق دانان قدیمی ما - همان گونه که هنوز هم در ایتالیا شاهدش هستیم - می توان نمونه هایی جست که به تقلید حقوق رومی در مسیر کاملاً متفاوتی تحوّل می یابد؛ تعابیری مانند: چهره یا طرح حقوقی این یا آن قرارداد، در واقع، صورتگری است، نه معماری. به این ترتیب، ما در این جا تغییر و تحوّل مفهوم ساختار قراردادی را می توانیم ارزیابی کنیم. به این معنی که به تعریف و توصیف پدیده حقوقی، بُعد سومی که همان «ژرفنا» باشد، می افزاییم.

به دیگر سخن، اگر بخواهیم فرایندی از موارد مطروحه به دست دهیم، لاجرم و به طور کاملاً طبیعی و منطقی، به همان تعریف فرهنگ کوچک لاروس خواهیم رسید: «ساختار، حالتی است که در آن، اجزای یک مجموعه یکپارچه بین خود انسجام پیدا می کنند؛ یعنی یک ترتیب یا یک نظم است».

اینها اندیشه هایی کلی است. امید که بتوانیم آنها را قدری روشن و شفاف کنیم. راهش این است که جست و جو کنیم اساساً چرا حقوق دانان، واژه ساختار را پذیرفته اند. و دریابیم چه نوع برداشتهای کلی نسبت به آن داشته اند.

به نظر می رسد که استقبال از «ساختار»، ناشی از احساسی عضوگرایانه و زیست شناختی نسبت به حقوق باشد. شاید پایه آن در دیدگاه معروف «آپهرینگ»<sup>۲</sup>

۱. در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه آمده است: «برای معتبر بودن یک قرارداد، اجتماع چهار شرط زیر، ضروری است: رضایت طرفی که متعهد می شود، اهلیت برای انعقاد قرارداد، موضوع معین که متاع مورد تعهد را تشکیل می دهد، علت مشروع در تعهد» (مترجم).

2. Ihering.

نهفته باشد که در کتابش *روح حقوق رومی*<sup>۱</sup> به درخشندگی، نهادهای حقوقی را بررسی کرده است؛ گاه به اسکلت حقوق و گاه به پیکرهای منسجم حقوقی تشبیه می‌کند. بنابراین، اگر با نهادهایی هماهنگ با گروه‌های انسانی؛ مانند خانواده و شخص حقوقی مواجه باشیم که برایشان زبان انسان‌نگاری می‌تواند با یک واقعیت جامعه‌شناختی تطبیق گردد (چیزی که خود، اسرارآمیز به نظر می‌آید) در نگاهی گسترده‌تر، موارد دیگری نیز همچون قیمومت و قرارداد وجود دارد که فقط ترکیبی از قواعد حقوقی، متون قانونی یا اندیشه‌های عرفی است. در خصوص این موارد، ساختار می‌تواند صرفاً امری نظری باشد و سخن گفتن از ساختار در این مقوله، کاری صوری خواهد بود. به اعتقاد ما، حقوق‌دانانی که واژه ساختار را به کار می‌برند، خود به جنبه تصنعی آن آگاهند؛ جز این که شاید با این کار در جست‌وجوی بعضی آثار آموزشی آن هستند؛ چه در مقام تدریس، سخن گفتن از ساختار، به خوبی توجه مخاطب را به چندین اندیشه جلب می‌کند:

۱. پدیده‌های حقوقی، زمان شایان توجهی را به خود اختصاص می‌دهد. بدیهی است که ساختارها ثابت و بی‌تغییر نیست؛ چرا که واژه ساختار، خود حداقلی از «استمرار زمانی» را می‌طلبد. لذا هیچ چیز به اندازه زمان؛ یعنی پیوند گذشته به آینده یا آینده به گذشته، متناسب و هماهنگ با ذوق و نبوغ حقوقی نیست.

۲. بین قواعد حقوقی مربوط به موضوعی واحد، روابط لازمی وجود دارد؛ روابطی منطقی و نیز شاید زیباشناختی؛ مانند پیوندهایی که بین اجزای یک ساختمان وجود دارد. در این جا «ساختار» مفهومی را که به دشواری می‌توان تعریف کرد؛ یعنی «ظرافت حقوقی» مطرح می‌سازد.

۳. قواعد حقوق، بعضاً ارگانها را تعریف و تبیین می‌کند، حال آن که برخی دیگر، به شرح وظایف آنها می‌پردازد. باید دانست که بر خلاف فیزیولوژی، «ساختار» نوعی کالبدشکافی است؛ درست مانند اعضای بدن که با عمل تشریح، تجزیه و تکه‌تکه می‌شود؛ چیزی که کاملاً در تضاد با لزوم تحرک زیستی است. از این رهگذر، در تبیین

1. Esprit du droit romain, trad, Meulenaere, I, P.36 ets.

حقوقی و تفاوت بین ساختار و کاربرد آن، آنتی تزی به وجود می آید که سبب می شود، ساختار مترادف با سازمان قرار گیرد (مثال: ساختار و کاربرد قیومت). ممکن است به آثار آموزشی، آثار علمی نیز افزوده شود و واژه ساختار، حقوق دانان را وادارد که راه حلهای مثبت احتمالی را جست و جو کنند؛ راه حلهایی که بدون وجود ساختار، غیر طبیعی شمرده خواهد شد. به همین جهت، چنین برداشت می شود که بین اندیشه ساختار و نظریه سنتی بطلان در حقوق قراردادها هماهنگی پیش ساخته ای وجود دارد. نظریه مزبور، قرارداد را چون نهادی می شناساند که برای دوام خود باید تعدادی عناصر اساسی را در خود جمع آورد. چنانچه یکی از عناصر مفقود باشد، قرارداد، ساختاری ناقص خواهد داشت. بطلان، یک عیب ساختاری تلقی می شود. در واقع، در این جا ما ناظر طرز تفکری معمارگونه هستیم که هنوز هم می توان ترسیم و تجسم کرد، اما عملاً طرفداری ندارد؛ زیرا تصویری بیش نیست.

## ساختار در حقوق عمومی



ترمینولوژی حقوق، معمولاً روشن و شفاف است؛ روشنی اش را هنگامی از دست می دهد که متخصصان حقوق عمومی به طور استثنایی، واژه ساختار را به کار برند. این اصطلاح را بیشتر صاحب نظران علوم سیاسی به کار می برند، در شرایطی که در این رشته، واژه مزبور، جای ویژه ای ندارد و می توان گفت در واقع، لغتی است که به عاریه گرفته شده است.

در نگاهی کلی، اصطلاح ساختار در زبان سنتی حقوق عمومی جایی خاص ندارد. حقوق، بی شک، محصول طبیعی محیط اجتماعی است. دولت که باید برای فرد، امنیت و رفع نیازهای اساسی اش را تضمین کند، نمی تواند نسبت به ساختارهای اجتماعی، بی تفاوت باشد و همان گونه که استاد «ژرژ سل»<sup>۱</sup> بیان کرده است، محظورات اجتماعی که حقوق، آنها را می آفریند، اساساً زیست شناختی است. با این

1. Georges Scelle. (مترجم). مشهور حقوق عمومی فرانسه است.

وجود، حقوق، موضوع خاص خود را دارد و همین امر، آن را از علومی که در آنها ساختارها به طور خاص مورد مطالعه قرار می‌گیرد، متمایز می‌سازد. کار حقوق، تبیین، تحدید و تنظیم صلاحیتهاست؛ این صلاحیتها در زمینه حقوق عمومی، ترجمان قدرتی است که به نام گروه و در جهت منفعت عمومی عمل می‌کند.

اگر واژه «ساختار» بیانگر اندیشه «ساختن» و «ایجاد» است و نوعی انسجام اجزای مجموعه‌ای یکپارچه و نظم روابط را یادآور می‌شود، در جامعه‌ای سیاسی، ساختارها ناظر بر روابط بین افراد، گروههای سازمان‌یافته یا سازمان‌نیافته و روابط بین گروههای مختلف می‌باشد، لیکن این ساختارها که مطالعه آنها برای حقوق‌دانان، هیجان برمی‌انگیزد، لزوماً و مستقیماً در حقوق، جایی ندارد.

امر مورد نظر حقوق، «سازمان» است؛ بنابراین، همان‌گونه که امکان دارد ساختار، همچون طبقات اجتماعی، فاقد سازمان باشد، سازمان، غالباً عنصری از ساختار شمرده می‌شود. همچنان که در برهه‌ای از زمان، تشکّل یک ملت، به ساختار خویش توجّهی ندارد؛ بی‌آنکه وجود آن را نفی و تکذیب کند، سازمان اداری یک شهر نیز تنها عنصری ثانوی در ساختار جامعه شهری است.

همچنین حقوق، به انسجام دادن رفتار انسانی گرایش دارد، تا رژیم‌کرداری و ترک‌کرداری ناشی از روابط بین انسانها را اصلاح و تثبیت نموده، تبادل خدمات و تعهدات را که هدف این‌گونه روابط محسوب می‌شود، تنظیم کند. چنین کاری به وسیله اعمال حقوقی، اعم از عمومی و فردی، و به عنوان تظاهراتی از اراده‌های موجد آثار حقوقی محقق می‌گردد. بدیهی است که گرچه راهکارهای حقوقی (مانند تنظیم قاعده حقوقی، ایجاد یا تغییر وضعیتهای حقوقی، نظارت بر قانونیت آنها و ضمانت اجرا) از ساختارها منفصل نمی‌باشد - و می‌دانیم که هرچه جنبه اجتماعی دارد، بی‌ارتباط با حقوق نیست - اما مستقیماً در ارتباط با ساختارها عمل نمی‌کند، بلکه متأسفانه به گونه‌ای جنبی، آنها را ملحوظ می‌دارد. به همین جهت، امکان دارد ساختارها که مستمراً تغییر و تحوّل می‌یابد، در طی زمان، نابود شود یا رنگ حقوقی به خود گیرد.

وقتی چنین است، به خوبی می‌توان درک کرد که چرا نویسندگان سنتی حقوق عمومی، به گونه‌ای کمابیش آگاهانه، از کاربرد واژه ساختار پرهیز دارند. این کلمه در

نوشته‌هایشان چندان ظهور و استفاده‌ای ندارد. یادآوری اصطلاحات: «سازمان»، «ارگانیسم» یا «رکن»، «نهادهای» و «دستگاهها»، «سازوکارها»، «نظم»، «ترکیب و هماهنگی نیروها» و... برای توصیف نوشتارهایشان و کاربردهای مربوط، کفایت می‌کند.

با این وجود، در دوران معاصر، نزد بعضی نویسندگان، اصطلاح «ساختار» مفهومی نزدیک معنای واژه «ترکیب»<sup>۱</sup> یا «سازمان» دارد. گاه، مسأله در حدّ نوعی تساهل زبانی است؛ چه آن که به هنگام توصیف «سازمانهای» بین‌المللی (گروهها یا بخشهای برخوردار از ارکان خاصّ) از ذکر «ارکان سازمان» خودداری شده و «ساختار» آن ارائه و بحث می‌گردد.<sup>۲</sup>

در مواردی دیگر، اصطلاح ساختار به کار رفته است؛ زیرا ایجادکننده تصویری تشکیلاتی است که اجازه می‌دهد به کلی‌ترین وجه، از طریق ساختن و تشکیل عناصر آن قدرتهایی را که ایفای نقش می‌کنند و روابطی را که برقرار می‌شود، تبیین نماید.

دو نوع از رایجترین کاربردهای واژه ساختار در حقوق عمومی در توصیف اشکال دولت و تشکیلات اداری به چشم می‌خورد. امروزه تعارض بین دولتهای بسیط یا تک‌بافت و دولتهای مرکب یا چندپارچه، عموماً تعارضی ساختاری شمرده می‌شود.<sup>۳</sup>

۱. ر.ک:

Ch. Durand, «*L'état fédéral*» le fédéralisme, 1956, p.197: «L'influence de la forme fédéral sur la structure et le recrutement des organes politiques fédéraux»  
(نفوذ شکل فدرال بر ساختار و استقرار ارگانهای سیاسی فدرالی)

۲. ر.ک:

P. Reuter, *Institutions internationales*, Puf, Paris.

C.A. Colliard, *Institutions internationales*, Dallaz, Paris.

(کتاب اخیر، توسط آقای دکتر هدایت‌الله فلسفی در دو جلد به فارسی ترجمه شده است: *نهادهای روابط بین‌الملل*، تهران، نشر نو / نشر فاخته)

۳. ر.ک:

Ch. Rousseau, *droit international Public*, 2<sup>e</sup> Partie titre I, Chap.1.er: «collectivités étatiques à structure complexe», p.136, L'expression «la structure de L'U.R.S.S.» se rapporte à la fois à la composition et à l'organisation, V.aussi G.Burdeau, traité de science politique, notamment tome II, p.391 ets.

مطالعه «ساختار اداری» یک دولت تک‌بافت، موجب می‌شود تا معارضه روابط موجود بین دولت و گروه‌های عمومی محلی را به اعتبار این که نظام آن دولت، متمرکز یا غیر متمرکز است بررسی و تبیین کنیم.<sup>۱</sup> این‌گونه معنی کردن، همان است که غالباً برای اصطلاح ساختار به رسمیت شناخته شده است.

نویسندگانی که مطالعاتشان در علوم سیاسی و نتایج کارهایشان غالباً وابسته به تحقیقات و روش‌های جامعه‌شناختی است، بیش از دیگران، واژه ساختار را به کار برده‌اند. گاهی نیز این اصطلاح در معنایی بسیار کلی و مبهم استعمال شده است. در این صورت، به آنچه مفهوم واژه «سازمان» را می‌رساند، چیز مهمی افزوده نمی‌شود.<sup>۲</sup> در علم سیاست، واژه ساختار، غالباً به کار رفته تا مفهومی جامعه‌شناختی بر آن بار شود. در این حال، هدف، بالاتر از تبیین ساده سازمان است. مقصود، ترکیب عناصر نفوذ، پیوندها یا تعارض‌های موجود بین قدرتهای عمومی و قدرت اقتصادی یا اجتماعی و نیز صلاحیتهای واقعی عمل سیاسی است.

در خصوص این کاربرد رایج، ما فقط سه نمونه را یادآور می‌شویم: یکی از اثرگذارترین نمونه‌ها، مطالعه «ساختار احزاب» است که «موریس دوورژه» نصف کتابش را که درباره احزاب سیاسی نگاشته، بدان اختصاص داده است؛ چه آن را

۱. ر.ک:

A.de Laubadere, Traité élémentaire de Droit administratif, 1954, titre II: «Théorie général de l'administration locale», notamment, p.62, 78 ets; M.Debre, la république et sonpouvoir, 1950, p.159, 167.

۲. ر.ک: G.Bureau, Traité, Tome II, p.292 ets.

در این کتاب، «ساختار قدرت» به عنوان عنصری از تقسیم‌بندی شکلی حکومتها مطالعه شده و به مسائلی چون وجود یا عدم تسهیم قدرت، تقسیم‌بندی وظایف حکومت، تقسیم صلاحیتهای بین ارگانهای دولتی مربوط می‌گردد. همچنین ر.ک:

M.Durer, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1955, p.132 ets.

موریس دوورژه یک فصل را به «ساختار دولت» اختصاص داده و در آن جانواع ارگانهای دولتی و اشکال گوناگون تقسیم و تمایز وظایف، راهکارهای اعمال متقابل و سلسله مراتب ارگانها را مطالعه کرده است. همچنان که دوورژه می‌گوید، این کار به معنای تجزیه سازمان دولتی است.



استخوان‌بندی احزاب بشماریم و چه حمایتگر اعضای حزبها و یا رهبری آنها، این مطالعه که وسیعاً جامعه‌شناختی است، از حدّ مسائل و موضوعهای سازمان، بسی فراتر می‌رود.

همچنین باید صفحات متعدد کتاب «ژرژ بوردو» را با عنوان *تفصیل علم سیاست* که به مسائل ساختار در مفهوم اخیر پرداخته است، یادآور شویم. در حقیقت، هنگامی که نویسنده در خصوص ساختار حقوقی دولت فدرال<sup>۱</sup> سخن می‌گوید، نظریه حقوقی فدرالیسم را به گونه‌ای کاملاً سنتی مورد بحث قرار می‌دهد (قانون اساسی، نهادها، تقسیم و تسهیم صلاحیتها). جلد پنجم کتاب او درباره حکومت لیبرال، و جلد هفتم آن با عنوان *دموکراسی حاکم، ساختارهای دولتی*، از رژیمهای مختلف سیاسی در گسترده‌ترین چشم‌اندازشان سخن می‌گوید در این جا کاربرد واژه ساختار، ترجمان قصد نویسنده به مطالعه تمام پیوندهای سیستم حکومتی با واقعیات اجتماعی و توصیف همه روابط بالفعل یا بالقوه در درون جوامع سیاسی است.

در پایان یادآور می‌شویم که در کتاب استاد «پل روتر» با عنوان *نهادهای بین‌المللی*<sup>۲</sup> نویسنده بخشی را به «روابط ساختاری بین دولتها» اختصاص داده و ضمن آن، به توصیف «روابطی که به گونه‌ای دائمی و مستمر، ساختار یک دولت را در ارتباط با یک یا چند دولت دیگر تغییر و تحوّل می‌بخشد» پرداخته است. چنین مطالعه‌ای، دربرگیرنده مسائل فدرالیسم و همچنین موقعیتهای دیگر از دیدگاه تحقیق حقوقی سازمان بوده، نقطه نظرهای جامعه‌شناختی را نیز جزئی بیان می‌کند.

نهایتاً، به کارگیری واژه ساختار توسط متخصصان حقوق عمومی و علوم سیاسی که به تدریج به دیگر زمینه‌ها تسری و توسعه پیدا کرده است، ترجمان هیچ‌گونه راهکار ویژه نیست و هیچ ابداعی را درباره استعمال آن در زبان رایج حقوقی القا نمی‌کند.

1. *Traité de sciences politique*, tome II, p.409-452.

2. *Institutions internationales*.



# گزارش‌های علمی

## معرفی کتاب «حقوق در آینه فقه»

از مجموعه پژوهش‌های حقوقی گروه پژوهشی حقوق  
دانشگاه علوم اسلامی رضوی

### شناسنامه کتاب

نام کتاب: حقوق در آینه فقه

تألیف: جمعی از نویسندگان

ویراستار: محمدرابع میرزایی

چاپ اول: ۱۳۸۱

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی

قیمت: ۱۴۰۰۰ ریال

### معرفی اجمالی

این کتاب مشتمل بر یک مقدمه و سه بخش کلی در حقوق خصوصی، جزا و بین‌الملل است. مقدمه به قلم قاضی محترم شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور، جناب حجة الاسلام و

المسلمین سادات حسینی و بخشهای سه‌گانه آن توسط پژوهشگران گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی نگاشته شده است.

#### مقالات بخش اول (حقوق خصوصی):

۱. «تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن»

۲. «طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر»

#### مقالات بخش دوم (حقوق جزا):

۱. «محرابه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری»

۲. «ارتداد»

#### مقالات بخش سوم (حقوق بین‌الملل):

۱. «آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر»

۲. «حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه‌های حقوق بشر»

۳. «حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه»

### چکیده

#### بخش اول:

اسلام برای نهاد خانواده و استحکام آن، مقررات حکیمانه‌ای وضع کرده است؛ در عین حال، اگر روزی ادامه زندگی مشترک زوجین از مسیر تفاهم و تعامل مسالمت‌آمیز دور افتد، طلاق را پیش‌بینی کرده است، لیکن شبهاتی که موجب استفاده نامتعادل از مسأله طلاق شده است، باید برطرف شود. در مقاله «تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن» سعی شده است به خوانندگان و جویندگان این مباحث، شناختی نو و درکی متعادل برای برخورد منطقی با مسأله طلاق ارائه شود. طلاق حاکم نیز اشاره به یک استثناست؛ زیرا امر طلاق به نظر همه صاحب نظران اسلامی، در اصل، به دست شوهر است، اما در مواردی همچون بیماریهای خاص شوهر، غیبتهای طولانی و به طور کلی، مواردی که موجب عسر و حرج برای زن محسوب می‌شود، عقل و شرع حکم می‌کند که حاکم ناصح، با در نظر گرفتن مصالح زوجین، مشکل را

حل کند. در این راستا دیدگاههای فقیهان متأخر در موارد طلاق حاکم بررسی شده است.

### بخش دوم:

محرابه در فقه و روایات، به معنای کشیدن سلاح به منظور تجاوز به حقوق دیگران است. عدد خاص، مکان خاص، دین و مذهب خاص و جنسیت و سلاح خاص، شرط نیست. از این رو، تعریف محاربه در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران که بعضاً غیر مسلح را محارب و سارق مسلح را غیر محارب شناخته است، مانع و جامع نیست.

«افساد فی الارض» نیز که در واقع، مترادف با «جرم» و «عصیان» است، اما در بعضی قوانین کیفری، جرم خاص با مجازات اعدام تلقی شده است، توجیه فقهی ندارد و تعریفی از آن ارائه نشده است.

«ارتداد» به معنای بازگشت از چیزی است که قبلاً بر آن بوده است و همچون کفر و شرک، مراتبی دارد و «ارتداد» مطلق بازگشت از اصل دین است. هرگاه ارتداد به دلیل شبهه واقعیه باشد، توبه دادن مرتد و روشن نمودن حق او (استتابه) وظیفه حاکم است و در صورت انکار و نپذیرفتن حق، حکم ارتداد بر او جاری خواهد شد. ارتداد فطری و ملی تنها در «استتابه» مؤثر است و توبه مرتد فطری همچون مرتد ملی پذیرفته شده و از مجازات دنیوی نیز معاف است.

### بخش سوم:

اسلام و غرب، در اصل برخورداری انسان از حق آزادی بیان، نظر مساوی دارند و در اسلام از آن به عنوان یکی از حقوق فطری نام برده می شود و از نیازهای اساسی بشر است، اما در بهره برداری از آن، دیدگاه اسلام با غرب متفاوت است. در غرب، آزادی بیان، تنها مشروط به عدم تعرض به آزادیهای دیگران است، اما اسلام، آزادی را توأم با مسئولیت در برابر حقوق دیگران، کرامت خود و اصول و معیارهای مکتب وحی می داند.

در شریعت اسلام، فی الجمله و در اعلامیه جهانی حقوق بشر، به صورت مطلق، آزادی عقیده و مذهب، برای انسان پذیرفته شده است. اسلام، آزادی عقیده را با عمق بیشتر مورد توجه قرار داده و به عقایدی که جنبه سیاسی و استعماری داشته باشد، احترام نمی‌گذارد و در مقابل، برای عقایدی که جنبه آسمانی و الهی دارد، ارج و احترام خاصی قائل است. قواعد و مقررات اسلامی نسبت به مفاد اعلامیه‌های حقوق بشر، راجع به حقوق اقلیتها دو مزیت دارد:

۱. بر رعایت انصاف و عدالت درباره اقلیتها تأکید کرده است.

۲. برای اجرای این مقررات، ضمانت اجرا قرار داده است.

اعلامیه‌های جهانی، خالی از آنهاست؛ زیرا مقررات بین‌المللی، بیشتر جنبه توصیه‌ای دارد.

مقررات بین‌المللی مربوط به حفاظت از اموال فرهنگی در درگیریهای مسلحانه، گرچه در کل، روند تکاملی را پیموده، لیکن به هیچ وجه کافی نبوده است. وسعت تخریب و تاراج اشیای فرهنگی در جنگهای کرواسی سابق و کویت، کمبودها و کاستیهای موجود را به خوبی به نمایش گذاشت. از این رو، در یافتن راهی برای بهبود مقررات و ضمانت اجرایی مناسب باید تلاش بیشتری کرد.

بیت

۱۹۸

طیبه علوم اسلامی

## معرفی پایان نامه‌ها

### برخی از پایان‌نامه‌های مصوّب مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، جزا و بین‌الملل

ردیف	عنوان پایان‌نامه	دانشجو	استاد راهنما	استاد مشاور
۱	مجازات کار و خدمات عام‌المنفعه در حقوق موضوعه	محسن خالصی	استاد کوشا	استاد شیخ‌الاسلامی
۲	اضطرار و اکراه در حقوق جزای ایران، فقه امامیه و جزای بین‌الملل	سیدمحسن موسوی‌فر	استاد میرمحمدصادقی	استاد اردبیلی
۳	تهاتر در فقه اسلامی	مجتبی تقی‌زاده داغیان	استاد جعفرزاده	استاد هادی وحید
۴	ماهیت حقوق اذن	سیدمحمدحسین عارف کشفی	استاد هادی وحید	استاد جعفرزاده
۵	داوری و نقش آن در کاهش معضلات قوه قضائیه	رحیم جعفری	استاد نیکبخت	استاد حسین آبادی
۶	بررسی حقوقی شرط مجهول و اثر آن در قرارداد	جعفر عبداللهی و اشان	استاد حسین آبادی	استاد محقق داماد
۷	بررسی حق سرقفلی در قانون موجر و مستأجر سال ۷۶ با نگاهی به قوانین پیشین	امید مؤمنی الکامی	استاد حسین آبادی	استاد عبدالله شمس
۸	جنایات جنگی در اسنادنامه دیوان بین‌المللی کیفری ICC و نظام حقوقی اسلام	محمدعلی قاسمی	استاد محقق داماد	استاد آشوری
۹	بررسی ر‌ای دادگاه بین‌المللی حقوق دریادر قضیه کشتی MN-SAIGA (سنت‌وینست و گرنادینز علیه گینه)	حسین یزدانی	استاد بیگزاده	استاد ذوالعین
۱۰	مجازات‌های بدنی در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام با توجه به مفاهیم حقوق بشر	عباسعلی نظر جانی	استاد محقق داماد	استاد سیدمحمد سیدفاطمی
۱۱	بررسی مقایسه‌ای حقوق خانوادگی زوجین در کنوانسیون جهانی محو کلیه اشکال تبعض علیه زنان و فقه	علی بختیاری	استاد افتخار جهرمی	استاد محقق داماد

# چکیده برخی از پایان‌نامه‌های مقطع کارشناسی ارشد حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی

## کاهش ارزش پول و راههای جبران آن

□ دانشجو: مهدی بصیری

□ استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

□ استاد مشاور: آقای سیدحسین حسینی مدرس

هدف از تحریر این رساله، بیان مشکلات و راه‌حلهایی است که به علت کاهش ارزش پول و تورم به وجود می‌آید. اگر در جامعه‌ای که اکثر تبادلات و قراردادهای بر مبنای وجه رایج کشور صورت می‌گیرد و اوضاع و احوال اقتصادی با رشد فزاینده‌ای در معرض تغییر و تحول است، موضوع تعهد و قرارداد، وجه رایج باشد، کاهش ارزش پول، تأثیر مهمی بر روابط اقتصادی طرفین دارد؛ مثلاً در قراردادی که اجرای آن به طول می‌انجامد، ممکن است عواملی مانند بحرانهای اقتصادی، جنگ و... چنان تعادل اقتصادی قرارداد را بر هم زند که یک طرف (طرفی که تعهد غیر پولی دارد)، ضرر هنگفتی را متحمل گردد و مجبور شود قرارداد را با هزینه‌ای چندین برابر آنچه پیش‌بینی می‌کرد، انجام دهد و طرف دیگر، در این رهگذر، سود سرشار و غیر قابل تصویری به دست آورد. یا در عقد قرض، چنانچه الزام متعهد به پرداخت وجه مورد تعهد، مدتی به طول انجامد و وجه رایج دچار افت ارزشی باشد؛ آیا می‌توان متعهد را ضامن کاهش ارزش پول دانست؟ اگر کاهش ارزش پول ضامن آور باشد، ربا نخواهد بود؟ در صورت عدم ضامن، بی‌عدالتی و زمینه‌ساز ظلم و فساد مالی در جامعه نیست؟ در صورت ضامن، چه راههایی برای جبران کاهش ارزش پول وجود دارد؟ فرضیه: ربا و کاهش ارزش پول، دو ماهیت متفاوت دارند و جبران کاهش ارزش پول، تخصصاً از تحت ادله حرمت ربا خارج است.

کاهش ارزش پول، ضامن آور است و راههای مختلفی مانند تعدیل قراردادی، تعدیل قانونی، تعدیل قضایی و فسخ قرارداد، برای جبران آن وجود دارد.  
کلید واژگان: پول، ربا، تورم، قرارداد، تعهد، تعادل و کاهش ارزش پول.

بصیری

۲۰۰

مقطع کارشناسی ارشد حقوق اسلامی



## قلمرو شرط برائت در قراردادهای پزشک و بیمار

□ استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی  
□ دانشجو: محمدرضا بصیری

□ استاد مشاور: آقای سیدحسین حسینی مدرس

طبابت از حرفه‌های حساس و مخاطره‌آمیز است و گاه پزشک با بیماری که با مرگ دست و پنجه نرم می‌کند، سروکار دارد. از این رو، همواره خطرات و مسؤولیتهایی او را تهدید خواهد کرد. بدین لحاظ و به منظور جلوگیری از پاسخ‌گویی به این‌گونه مسؤولیتها، رویه بر این است که پزشکان قبل از هرگونه اقدامی، برائت ذمه خود را تحصیل می‌کنند.

اما اصولاً آیا بیمار می‌تواند قبل از اقدامات پزشک، ذمه او را بری سازد؟ و آیا پزشک با وجود شرط برائت، از هرگونه مسؤولیتی معاف است؟ پزشک، چه زمان و از چه کسی باید برائت بگیرد؟ آیا شرط برائت در هرگونه اعمال پزشکی، نافذ خواهد بود؟

در این تحقیق، روشن خواهد شد که اصل برائت در قراردادهای معالجه، از نظر مشهور فقها و همچنین از نظر حقوقی، پذیرفته شده است، اما تحصیل برائت، هر نوع قصور، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را برای پزشک؛ ولو ماهر و متخصص باشد، مجاز نخواهد ساخت.

پزشک باید بعد از تشخیص قطعی بیماری و قبل از هرگونه اقدامی، از شخص بیمار برائت بگیرد و چنانچه وضعیت او اقتضای این امر را ننماید، ولی، وارث، قیم یا گاهی اوقات، وکیل بیمار، جایگزین وی خواهد شد. بدیهی است که برای مؤثر بودن برائت، برائت‌دهنده باید نسبت به موضوع و مفاد این شرط، آگاه باشد و عمل پزشک نیز نباید خلاف قانون و نامشروع باشد.

**کلید واژگان:** مسؤولیت مدنی، شرط ضمن عقد، قرارداد پزشک و بیمار، برائت پزشک.

## بلوغ در حقوق جزای اسلامی و حقوق موضوعه

□ استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا  
□ استاد مشاور: دکتر عباس شیخ‌الاسلامی  
□ دانشجو: عبدالرضا اصغری

نگارنده در این پایان‌نامه، پژوهشی گسترده در عرصه فقه اسلامی انجام داده و با استنباط از کتاب و سنت، به نتایجی دست یافته است. دیدگاههای گوناگون کهن و نوین فقهی و حقوقی وابسته به موضوع را واپژوهیده، به نتایج و ثمرات حقوقی و کیفری بایسته‌ای نایل آمده است. نتایج و ثمراتی که در قلمرو جامعه دینی، نظر به بسامد بالای کاربردی، نیاز جامعه حقوقی می‌باشد.

برخی از مباحثی که در این پایان‌نامه بررسی شده، چنین است:

الف) مفهوم بلوغ از نظر طبیعی، وراثتی و کتاب و سنت، عوامل مؤثر در تعجیل یا تأخیر بلوغ، سن تحقق بلوغ، نشانه‌های بلوغ در دختر و پسر.

ب) مسئولیت کیفری کودکان که به سه دوره «فقدان مسئولیت کیفری»، «مسئولیت ناقص کیفری» و «مسئولیت کامل کیفری» تقسیم شده است و دیدگاه حقوق موضوعه و حقوق جزای اسلامی درباره این دوران بررسی شده است.

ج) تحقق مسئولیت کامل کیفری که رهین دو امر دانسته شده است:

۱. رسیدن کودک به حد بلوغ شرعی.

۲. تحقق رشد کیفری.

کلید واژگان: بلوغ، عوامل رافع مسئولیت، رشد کیفری، کودکان و مسئولیت

کیفری.

بلاغ

۲۰۲

طیبه اصغری

## حمایت قانونی از کرامت انسان در قوانین ایران

□ استاد راهنما: دکتر نجفی ابرندآبادی و دکتر کوشا □ دانشجو: یعقوب خاوری  
□ استاد مشاور: دکتر عباس شیخ‌الاسلامی

اسلام و قوانین بشری، کرامت انسانی را پایه و مبنای بسیاری از حقوق انسان می‌داند؛ یعنی حقوق بشر بر کرامت انسانی استوار است و صرفاً از آن جهت به انسان تعلق می‌گیرد که انسان است و زمان و مکان و هیچ قید دیگر را بر نمی‌تابد. شناسایی کرامت انسانی و اعلام مصادیق آن از سوی یک دولت، به تنهایی برای حمایت از آن کافی نیست، بلکه علاوه بر شناسایی، جرم‌انگاری رفتار ناقض آن، یکی از شیوه‌های حمایت مؤثر است.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی که ایران به آنها پیوسته است، کرامت انسانی را به رسمیت شناخته، برابری انسانها در آن را هر چند غیر صریح، اعلام کرده است.

شکنجه و اذیت و آزار - یکی از مهمترین موارد ناقض کرامت انسانی - اعم از روحی و بدنی، رفتار غیر انسانی، غیر قانونی و موهن مأموران دولت با متهمان و مجرمان به انگیزه‌های مختلف است که متأسفانه قانون مجازات اسلامی، آن را تعریف نکرده، مصادیق آن را به شکنجه بدنی محدود کرده است.

ایران، از آغاز قانون‌گذاری تا امروز، در قوانین داخلی و نیز با پیوستن به کنوانسیون‌های بین‌المللی، شکنجه و اذیت و آزار را منع کرده است، اما در دوره‌های مختلف، شدت و ضعف داشته است.

این بررسی نشان می‌دهد که مواد مربوط به شکنجه در قوانین، نیاز به اصلاح دارد و از لحاظ پیوستن به کنوانسیون‌های بین‌المللی، پیوستن به کنوانسیون ضد شکنجه را پیشنهاد می‌کند.

**کلید واژگان:** کرامت انسانی، شناسایی کرامت انسانی، کرامت ذاتی، شکنجه، اذیت و آزار، شکنجه بدنی.



# تَرْجَمُ جُرْجِيكُ لَهَا

## موجز المقالات

### الاستفادة من الصكّ في عمليّات النّصب و الاحتيال

□ الدّكتور أميرحسين فخّاري

□ أستاذ كليّة الحقوق في جامعة الشهيد بهشتي

عند استفادة الأشخاص من آليّة الصكّ للاحتيال و السطو على أموال الآخرين، هل يخضعون لقانون الصكوك و يُطاردون طبقاً لقانون الصكوك؟ فلنأخذ بعين الاعتبار حالة أحد التّجار الشرفاء المحترمين الذي لم يستطع الوفاء بالعهد لدفع قيمة الصكوك المؤجّلة بسبب تقلّب الأوضاع الاقتصادية و عدم ثبات حال السّوق و آخر من المحتالين، هل يعقل هذا الاستنباط و يقبل و هل هو لمصالح المجتمع؟ قبول هذا الرّأي والاعتقاد: «كلّ من أصدر صكاً، يجب أن يخضع لقانون الصكوك و يعاقب و يجازي على هذا الأساس، من دون الأخذ بعين الاعتبار النّيّة المُسبّقة و الباعث لاكتتاب الصكّ و حتّى و إن ثبت أن نيّة مصدر الصكّ هي الاستفادة من آليّة الصكّ للاحتيال على النّاس، لا يمكن تعقّبه و توقيفه على أساس قوانين الاحتيال»، يسبّب عواقب وخيمة و توالي فاسدة.

في هذا المقال نبحث عن موضوع عدم صحّة هذا الاعتقاد الأخير من جانب و ندرس و نبحث عن غرض المشرّع من تشريع المادّة ٢٣٨ المكرّرة من القانون الجنائيّ

العام سنة ١٣١٢ إيرانيّة و القوانين المرتبطة بالصّكّ من سنوات ١٣٣١ إيرانيّة و مابعدھا.  
الكلمات الرّئيسة: صكّ، قانون إصدار الصّكّ، الاحتيال (النصب).

## دراسة الضّمانات المندرجة ضمن العقد

□ الدّكتور أمير حسين آبادي

□ استاذ كليّة الحقوق في جامعة الشهيد بهشتي

قد وقعت مباحثات كثيرة و تأملات عديدة في أن تكون الضّمانات، جزء من العدول من الوفاء بالتزام و لهذا السّبب هو قسم من عقوبة مدنيّة للمتخلّف عن تنفيذ التّعهد أو هذا التّأسيس القانوني (الضّمانات) قسم من التّعويض عن الضّرر و الخسارة النّاجمة عن إخلال الآخر بالتزام عليه الحاصلة للمتعهّد.

توجد خلافات كثيرة حول تأثير الشرط الجزائي في العقد و أيضاً الفقه القضائيّ متشكّك في هذا المجال، لأنّ طبقاً لبعض القرارات الصّادرة من بعض شعب المحكمة العليا للبلاد، إذا يدفع المتعهّد قيمة الضّمانات يتحلّل من التزامه و متعهّد له لا يستطيع أن يُرغمه على تنفيذ تعهّده، حينما على أساس بعض القرارات الصّادرة من شعب المحكمة العليا للبلاد، يوجد لمتعهّد له خيار للمطالبة بالضّمانات أو إلزام المتعهّد بتنفيذ أصل الالتزام.

الكلمات الرّئيسة: الضّمانات، عقد، الفقه القضائيّ، تحديد (تخمين) الخسائر، قرارات محاكم التّمييز.

## توقع الجريمة

□ الدّكتور حسين غلامي

□ استاذ كليّة الحقوق و العلوم السياسيّة في جامعة العلامة طباطبائيّ

اتّخاذ القرار القضائيّ، خاصّة عند التّعلّق بمسألة الاستفادة أو عدم الاستفادة من الحرّيّة

بهرهشتي

٢٠٦

طبعة علوم الحقوق

المشروطة أو التعليق مع المراعاة و المراقبة أو حالات تخفيف العقوبة و... إلخ، يشير العديد من الأسئلة الجدّية و المعقّدة مع التردّد عند القضاة. يواجه القضاة هذا السّؤال دائماً: «في حال منح الحرّية للمجرم أو إصدار الحكم بالحبس، يمهد الأرضية لإعطاء الفرصة له لتكرار الجريمة أو الجنائية من جانب أو يزيد عدد السّجناء و خلفياتها من جانب آخر؟». فتوقّع الجرم أسلوب لتخفيض درجة ارتكاب الخطأ في اتّخاذ القرار القضائي مع الاستفادة من النماذج و البحوث العلميّة ضمن نطاق دراسات علم الإجرام. مع وفرة المنافع و ضرورة هذا الأسلوب توجد حدود أخلاقية للاستفادة منه و التي نوّكدها في نهاية المقال.

**الكلمات الرئيسية:** توقّع (ترقب) الجريمة، تكرار الجريمة، حالة خطيرة، الحرّية المشروطة.

## حدود سيادة قانون أصول المحاكمات الجنائية في الزّمان

□ الدّكتور محسن عيني

□ أستاذ جامعة الإمام الخميني الدوليّة

أصول المحاكمات الجزائية و على عبارة أخرى، «قوانين الجزائية الشّكلية» لايسري إلى السّابق طبقاً لقاعدة «مبدأ القانونية للجريمة»، كما هو حال القانون الأساسي و بالتالي إنّ الإجراءات السليمة المتعلقة بمدة ما قبل سيادة القانون اللاحق، لاتنفي و لاتبطل. و هذا المفهوم «أنّ القوانين المذكورة بالنسبة للجرائم التي لم يبتدئ تعقيبها أو لم يصدر الحكم النهائي بحقّها، يسري الحكم فيها استثناءً إلى ما قبل»، هو مفهوم خاطئ، لأنّه علاوة على أنّ القوانين الأساسيّة تختلف حيثيّتها عن القوانين الشّكلية، توجد حالات حقوقية مستقلة من اكتشاف الجرم حتّى تنفيذ العقوبة مثل الجرم، صلاحية (اختصاص) المحكمة و... إلخ و عند تصادف وقوع أيّ من تلك الحالات مع تشريع القانون الجديد تخضع لسلطة القانون الجديد فتنفذ الإرادة الجديدة للمشرّع

فوراً، على أساس «مبدأ التّنفيد الفوريّ للقانون». **الكلمات الرئيسية:** تنفيذ القانون الجزائيّ الشّكليّ في الزمان، تنفيذ فوريّ للقانون الجزائيّ الشّكليّ، تنازع القوانين، تنفيذ فوريّ للقانون، قانون جزائيّ شكليّ.

## الضّابط القضائيّ في القوانين الجزائيّة الإيرانيّة

□ علي أصغر مهابادي

□ عضو الهيئة العلميّة لجامعة العلوم الانتظاميّة

تتداخل أسباب متعدّدة في تشكيل الملفّات الجزائيّة و من أهمّها، الضّابط القضائيّ. التعرّف على حقوق و مهامّ من المأمورين الذين يؤثرون في تشكيل الملفّ الجزائيّ و خاصّة في مراحل التّحقيقات المبدئيّة، في طريقة قضاء الجهاز القضائيّ و المحاكم بالنسبة إلى أعمال و مهامّ هذا الفرع يأخذ دوراً مهمّاً و جدديّاً.

في هذه المقالة، قد سعى على قدر الإمكان على تعيين و تحديد مكانة قانون الضّابط القضائيّ (قانون الشرطة و الأمن أو قواعد الشرطة) و معرفة حقوقهم و مهامهم. **الكلمات الرئيسية:** الضّابط، الشرطة أو الشرطة الإداريّة، الشرطة القضائيّة، دمج، الضّابط العامّ، الضّابط الخاصّ، السّلطات القضائيّة، الرّئاسة و الإشراف، التّحقيقات المبدئيّة، إعتقال المتّهم.

## غسل الأموال في الوثائق الدوليّة و لائحة الدولة الإيرانيّة لها

□ الدكتور صادق سليمي

□ كليّة الحقوق في الجامعة الإسلاميّة الحرّة - فرع طهران المركزيّة

المجموعات الجنائيّة المنظّمة، تلجأ جنائيات مريحة للحصول على المنفعة و الربح المادّي. هذه المجموعات تحاول تطهير المنافع المكتسبة عن طريق كتم مصادر الأرباح الحاصلة.

بهر

٢٠٨

طهارة علوم



على المستوى الدولي، في معاهدة الأمم المتحدة لمكافحة هذه الجنايات المنظمة، بالإضافة للحصول على تعهد كل هذه الدول لمعاملة هذا الفعل كجناية، ثم التوقع على تعاون و اتفاق و تعامل الدول المشاركة لمكافحة هذه الجناية.

أما في إيران، فمن جانب، تدرس السلطة التنفيذية لائحة المصادقة على معاهدة «باليرمو» و تم اقتراح لائحة لمكافحة غسل الأموال و اندرجت في جدول أعمال مجلس الشورى الإسلامي دون أي اهتمام أو توجه كافٍ بما اندرج ضمن الوثائق الدولية المذكورة و نتائجها و من جانب آخر تم تشريع و إبلاغ القوانين المصرفية الرادعة من قبل مجلس النقد و الاعتماد.

في هذه المقالة تم بحث و مقارنة هذه الوثائق (المستندات).

**الكلمات الرئيسية:** تطهير النقود، غسل الأموال، جنایات منظمة، معاهدة «باليرمو».

## مفهوم الهيكلية في القانون الخاص و العام

□ المترجم: الدكتور ناصر علي منصوريان

□ عضو الهيئة العلمية لجامعة العلامة طباطبائي

بعد أن برزت أهمية مفهوم الهيكلية في العلوم الاجتماعية، تم طرح هذه الكلمة الرئيسية في الحقوق.

و عبارة الهيكلية تعني التنظيم و التعامل و التفاهم و التنسيق بين أركان و أجزاء الشركة أو الانسجام بين عناصر تشكيل و تكوين العقد في القانون الخاص و مع ذلك و في القانون العام يتم الاهتمام بدراستها و بحثها في موضوع المؤسسات و المنظمات بشكل أوسع و تحت عنوان الدولة و التشكيلات الإدارية، باستعمال أكبر.

**الكلمات الرئيسية:** الهيكلية، المؤسسة (المنظمة)، الدولة، القانون الخاص، القانون العام.

## **Cheque for Fraud**

□ Dr. A.H. Fakhari

□ Assistant of professor in the law faculty of Shahid Beheshti University

If anybody uses a cheque to defraud and plunder the others' property, should he only be liable to the law of cheque and prosecuted in accordance with the regulations of that law? Is it acceptable and justifiable to consider equal both the defrauders and the honourable businessmen who have not been able to honour the post-dated cheques which have had to draw them because of some unwanted changes and fluctuations in the market as well as social circumstances?

It will have defective or corruptable consequences if we accept this opinion that the drawer of a cheque in any event is punishable and prosecutable in accordance with the law of cheque irrespective of his intention in drawing a cheque and even though it is proved

that he has used the cheque for fraud he can not be prosecuted according to the law of cheque.

In this article we will examine the incorrectness of the aforesaid opinion on the one hand and the purpose of the lawmaker in ratification of the repeated article 238 of the 1312 public criminal law and the laws belonging to the years after 1331 with respect to cheque on the other hand.

**Key words:** Cheque, The law of drawing a cheque, Fraud.

## The Examination of Penalty Clauses Inserted into a Contract

- Dr. A. Hoseyn Abadi
- Assistant of professor in the law faculty of Shahid Beheshti University

It is discussable and thinkable to see that whether the liquidated demand is the penalty of the failure to meet an obligation and a kind of civil punishment which has been considered for the violator of it, or it is a kind of compensation for the promisee's losses which has suffered as a result of the breach of obligation to him.

There are various viewpoints with respect to the effect of penalty clauses in a contract and the judicial precedent is also different. According to the decisions of certain divisions of the supreme court, the obligor will be discharged as soon as he pays the liquidated damages and the obligee cannot force him to carry out his obligation, whereas according to the conclusions of some other branches of the suprem court, the promisee is free to ask for the liquidated demand

or ask for the specific performance of his obligation.

**Key words:** Penalty clause, Contract, Judicial procedure, Determining of damages, Judgments given by the High Court.

## Prediction of a Crime

- Dr. H. Gholami
- Assistant of professor in the law and political sciences faculty of Allamah Tabatabai University

Judicial decision-making, specially when it concerns the use or the disuse of conditional release, probation, mitigating circumstances, invariably results in deep questions and severe hesitations by judges. Judges constantly face this question that whether the decision to release or not to release an offender prepares another opportunity for him to repeat the offense on the one hand, or leads to the increase in the number of the prisoners and its subsequent consequences on the other hand?

Foresight as to a crime is a way to reduce the rate of wrongdoing in judicial decision-making by using the methods and experimental studies which are mainly done in the process of criminological researches.

The utilization of this method is invariably confronted with moral restrictions, despite its profitability and necessity, which has been emphasized at the end of this article.

**Key words:** Anticipation of a crime, Repetition of a crime, Dangerous state, Conditional release.

بیت

214

مکتبہ علوم اسلامی

## The Scope of the Ruling of Criminal and Procedural Law in Time

- Dr. M. Eini
- Assistant of professor in Imam Khomeini International University

As the criminal procedure codes or in other words the criminal and procedural laws, follow the principle of legality, they -like the substantive laws- don't have any retroactive effect and consequently the proper and creditable measures or actions taken place before ruling the subsequent law, will not become invalid or null and void and thus this statement which indicates that the aforementioned rules have retroactive effect exceptionally with respect to the crimes whose prosecution has not been initiated or has not led to final judgment, is not acceptable.

for in addition to the fact that the subjects of the criminal and procedural laws are different from each other, there exist distinct legal circumstances since the moment of the detection of a crime to the execution of a sentence like the prosecution of the crime, the jurisdiction of the court and ..., so that if either of these circumstances faces the enforcement of the subsequent law, it will certainly be subject to the new rule and according to the principle of immediate exercising of a law, the new will of the legislator will be applied promptly.

**Key words:** Application of criminal and procedural law in time, Immediate exercising of criminal and procedural law, Conflict of laws, Prompt application of a law, Criminal and procedural law.

## The Judicial Police in the Criminal Code of Iran

- A.A. Mahabadi
- A member of teaching staff of the Disciplinary Sciences University

Several factors play a part in opening a criminal case the most important of which are the judiciary police. Possessing information and Knowledge regarding the rights and tasks of this class of officials who are very effective in forming a criminal case specially in the initial stages and preliminary investigations, plays a key role in the process of the authorities' judgment with regard to their actions.

In this article it has been tried as far as possible to determine the legal status of the judiciary police and deal with their rights and tasks.

**Key words:** Bailiff, Administrative police, Judicial police, Consolidation, General bailiffs, Particular bailiffs, Judicial authorities, Presidentship and supervision, Preliminary investigation, Detention of the accused.

## Money Purification in International Documents and the Bill of Money Laundering

- Dr. S. Salimi
- A member of teaching staff of the law faculty of Azad University  
The Central Tehran Dept.

The criminal organized groups resort to the commission of profitable crimes in order to obtain material interests. To conceal the illegal

بیت

212

مکتبہ علوم اسلامی

origin of the achieved profits, the groups attempt to purify the gains. At the international level, within the United Nations Convention against the organized crimes, apart from making an obligation regarding it as an offense, measures have been anticipated for the coordination and cooperation among the states undertaking an obligation to combat the crime. In Iran while the executive is preparing an appropriate draft for ratification of Palermo Convention, the draft combatting money laundering is under examination in the Islamic Consultative Assembly without paying due attention to the contents of the international documents and the developments achieved in this regard. On the other hand, the Monetary and Credit council of the Central Bank has ratified and communicated baffling bank regulations. In this article the documents will be examined and compared with each other.

**Key words:** Money purification, Money laundering, Organized offenses, Palermo Convention.

## The Concept of Structure in Private and Public Law

- Jean Carbonnier & André Mathiot
- Translation and investigation: Dr. N.A. Mansurian
- A member of teaching staff of Allamah Tabatabai University

Having been considered important the concept of structure in social sciences, it has also been discussed in law. As far as private law is concerned, it has been defined as the regulation and coordination of

the different elements of a corporation or the solidarity of the essential ingredients of a contract, whereas in public law it has often been discussed as the meaning of "organization" and the forms of government and administrative organization has been spoken of as its most common usage.

**Key words:** Structure, Organization, Government, Private law, Public law.

---

بیت

210

ملکشاہ عالم شاہ سنوئی

---





## ***Editorial***

### ***Dialogues:***

- 1) The enforcement of punishment in public (A conversation with Ayatullah Marashi) . . . 5
- 2) Necessities and prohibitions in the constitution  
(A conversation with professor Amid Zanjani) . . . . . 11

### ***Researches:***

- 1) Using a cheque for fraud (Dr. A. H. Fakhari) . . . . . 35
- 2) The examination of penalty clauses inserted into a contract (Dr. A. Hosein Abadi) . 47
- 3) Prediction of a crime (Dr. H. Gholami) . . . . . 61
- 4) The scope of the ruling of criminal and procedural law in time (Dr. M. Eini) . . . . . 79
- 5) The judicial police in the criminal code of Iran (A.A. Mahabadi) . . . . . 105
- 6) Money purification in international documents and the bill of money laundering  
(Dr. S. Salimi) . . . . . 123

### ***Translations:***

- 1) An introduction to reservation in multilateral treaties (Tr. by Dr. S.A. Hanjani) . . . 165
- 2) The concept of structure in private and public law (Tr. by Dr. Na.A. Mansurian) . 183

### ***Scientific Reports:***

- 1) The Research Activities of Law Research division of Razavi University . . . . . 195
- 2) Introducing the Ma. Dissertations . . . . . 199

### ***Translation of Abstracts:***

- 1) Arabic Translation (Dr. S. Mohammad Sharif Hojjati) . . . . . 205
- 2) English Translation (Rajab Ali Mohammad Abadi) . . . . . 216

## نمایه موضوعات شماره‌های پیشین

### شماره ۱ (ویژه علوم قرآنی)

#### گفت‌وگو

• رهیافتی به مبانی فهم روشمند قرآن کریم  
گفت‌وگو با حجة الاسلام دکتر محمد باقر حجتی

#### علوم قرآنی

• فلسفه محکم و متشابه در قرآن

علی‌اصغر نصیحیان

• درآمدی بر بحث سوگند در قرآن

حسن خرقانی

#### معارف قرآنی

• نیازهای مادی انسان از نگاه قرآن و سنت

سید محمود مرویان

• بازکاوی هدایت و ضلالت در قرآن

محمد امامی

• راه دستیابی به کمال نسبی در قرآن

رضا وطن دوست

• جایگاه اکثریت در نظام اسلامی و

دموکراسی / علی اکبر رستمی

#### پژوهشهای حدیثی

• کاربرد حدیث در تفسیر / آیه الله معرفت

• در جستجوی کتاب علی علیه السلام

سید علی سجادی زاده

#### نقد و معرفی

• نقد و معرفی «التفسیر و المفسرون فی توبه

القشیب» / میرزا علیرزاده

### شماره ۲ (ویژه حقوق)

#### گفت‌وگو

• چشم‌اندازی بر حدود و اجرای علنی آن  
گفت‌وگو با اساتید: محقق داماد و سادات حسینی

#### پژوهشها

• کارکردهای حقوق جزا / دکتر جعفر کوشا

• مقایسه اجمالی هیأت منصفه در حقوق

ایران و انگلستان / دکتر عباس شیخ‌الاسلامی

• وضعیت حقوقی جزایر سه‌گانه خلیج

فارس از دیدگاه حقوق بین‌الملل دریاها

دکتر علیرضا حجت‌زاده

• سن مسئولیت کیفری در حقوق اسلام

عبدالرضا لهنغری

• درآمدی بر حقوق کیفری کار

سید احمد احمدی

#### ترجمه‌ها

• سازمان ملل متحد و اقدامات حقوقی

جامع برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی

پطروس غالی / ترجمه دکتر سیدقاسم زمانی

• تدوین کنوانسیون جهانی درباره

صلاحیت قضایی بین‌المللی و آثار و...

آرتور ون مهران / ترجمه دکتر فرهاد خمایی زاده

#### نشستهای علمی

• تروریسم بین‌المللی / دکتر علی آزمایش

• انتقام‌جویی و تحوّل آن از دیدگاه

انسان شناسی حقوقی / پروفیسور نوربر رولان  
✿ اطفال «بزهکار» و «بزه دیده» در حقوق  
فرانسه / پروفیسور ژاک بوریکان

### شماره ۳ (ویژه فلسفه و کلام)

#### پژوهشها

✿ مبانی مشروعیت حکومتها  
حجة الاسلام و المسلمین صادق لاریجانی  
✿ مقدمه ای بر مسأله الزام سیاسی  
شیخ محمد حسنین  
✿ نظریه های اختیار گرایانه در تبیین و توجیه  
الزام سیاسی / محمد سلامی  
✿ مدنیت بالطبع انسان از چشم انداز فلاسفه  
سید محمد مظفری  
✿ امامت؛ روش شناختی و چپستی  
دکتر احد فرامرز قراملکی

#### تحلیل و ترجمه

✿ هرمنوتیک، دین، چالش  
گفت و گو با دکتر محمد جواد لاریجانی  
✿ کثرت گرایی دینی  
کیث. ای. یاندل / ترجمه حسن رضایی خاوری  
✿ «کثرت گرایی دینی» در بوته نقد  
سیدمرتضی حسینی شاهرودی

### شماره ۵ و ۴ (ویژه علوم قرآنی و حدیث)

#### پژوهشها

✿ بازنگری در روش شناسی قرآن  
عباسعلی عمید زنجانی  
✿ زبان قرآن یا زبان ویژه هدایت  
محمد باقر سعیدی روشن  
✿ معنی شناسی تفسیر و تأویل / علی صغیر نصیحیان  
✿ علامه طباطبایی و معیارهای فهم و نقد  
احادیث اسباب نزول / شادی نفیسی  
✿ وحی و تجربه دینی از منظر قرآن و  
اندیشمندان / علی باقری  
✿ «عزت» از منظر قرآن و سنت / رضا حق پناه  
✿ کاربرد حدیث در تفسیر و معارف  
صادق لاریجانی  
✿ نقش «زمینه ها» در گزاره های شناختی از  
منظر آموزه های دینی / سید محمود مرویان حسینی  
✿ درآمدی بر معرفی مستشرقان و  
قرآن پژوهی / محمد ابراهیم روشن ضمیر

#### ترجمه و نقد

✿ دانش تفسیر قرآن از نگاه طبری و ابن کثیر  
J.D. McAuliffe / ترجمه رحمت الله کریم زاده  
✿ جایگاه ممتاز زن در قرآن و ...  
محمد هادی معرفت / ترجمه غلام نبی گلستانی  
✿ کتاب «دانش درایة الحدیث» در بوته نقد و  
معرفی / سیدعلی دلبری

### مراکز پخش تهران

ردیف	نام مرکز	تلفن	نشانی
۱	انتشارات بهنامی	۶۴۰۹۹۲۳	میدان انقلاب، خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، شماره ۲۲۸
۲	انتشارات توس	۶۴۶۱۰۰۷	خیابان انقلاب، اول خیابان دانشگاه
۳	انتشارات حکمت	۶۴۶۱۲۹۲	خیابان انقلاب، اول خیابان ابوریحان، شماره ۳
۴	انتشارات طهوری	۶۴۰۶۳۳۰	خیابان انقلاب، مقابل دانشگاه تهران، شماره ۱۴۳۸
۵	انتشارات مجد	۶۴۹۰۹۹۸	میدان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین
۶	دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی	۸۸۲۵۰۷۱	خیابان طالقانی، نبش فرصت شمالی، ساختمان شماره ۱۴۰
۷	شرکت چاپار	۸۸۱۲۹۱۵-۷	
۸	انتشارات دانشگاه تهران و نشر میزان	۸۸۴۵۳۸۶۶	بین لاله‌زار و فرصت، شماره ۳
۹	کتاب‌فروشی دانشکده علوم قضایی	۶۷۰۷۰۲۱۴	خیابان انقلاب، خیابان خارک، جنب تالار وحدت، دانشکده علوم قضایی
۱۰	کتاب‌فروشی سازمان تبلیغات اسلامی	۸۹۰۳۸۴۳	میدان فلسطین
۱۱	نشر آریان	۶۴۱۶۴۱۲	میدان انقلاب، خیابان اردیبهشت، جنب بازارچه کتاب

### مراکز پخش شهرستانها

ردیف	شهرستان	نام مرکز	تلفن	نشانی
۱	آمل	کتاب‌فروشی سازمان تبلیغات اسلامی	۲۲۲۴۰۷۸	جنب پل معلق
۲	اصفهان	کتاب‌فروشی دفتر تبلیغات اسلامی	۲۲۲۰۳۷۰	خیابان حافظ، مقابل کوچه کرمانی، گلستان کتاب اصفهان
۳	اصفهان	مرکز علمی - تحقیقاتی الزهراء <small>علیها السلام</small>	۲۶۵۶۹۷۵	صندوق پستی ۱۸۸۳-۸۱۴۶۵
۴	اصفهان	مؤسسه مطبوعاتی شفیعی	۲۲۱۳۰۶۹	چهارباغ، اول شیخ بهایی، پاساژ مقدم
۵	اهواز	کتاب‌فروشی رشد	۲۲۱۷۰۰۲	خیابان حافظ، بین سیروس و نادری
۶	اهواز	مؤسسه فرهنگی و آموزشی قرآن کریم	۲۲۲۱۷۸۴	باغ معین، خیابان نظام‌وفا نبش کوچه مفید، جنب اداره کار سابق، پلاک ۱۴

ردیف	شهرستان	نام مرکز	تلفن	نشانی
۷	تبریز	انتشارات فروش	۳۳۷۲۹۲۹	چهارراه آبرسانی، روبه روی هلال احمر
۸	تبریز	کتابسرای مولا	۵۵۵۳۲۵۹	خیابان شریعی شمالی
۹	سبزوار	فروشگاه کتاب دانشگاه تربیت معلم	۲۲۳۸۰۰۵	کاشفی شمالی، پاساژ کیش کالا
۱۰	سبزوار	کتابفروشی تبلیغات سپاه	۲۲۳۷۱۶۲	خیابان بیهقی، جنب مدرسه شریعتمدار
۱۱	شیراز	کتابفروشی برادر	۲۳۵۰۵۶۷	خیابان قصر دشت، نرسیده به چهارراه سینما سعدی
۱۲	شیراز	نمایشگاه دائمی حضرت شاهچراغ <small>علیه السلام</small>	۲۲۲۳۲۳۳	حضرت شاهچراغ <small>علیه السلام</small>
۱۳	شیراز	کتابفروشی محمدی	۶۲۶۹۹۴۴	میدان نمازی، ابتدای خیابان ملاصدرا
۱۴	قزوین	دفتر سرپرستی روزنامه قدس	۲۲۳۶۳۳۳	خیابان بوعلی، مقابل بیمارستان بوعلی
۱۵	قم	بوستان کتاب قم	۷۷۴۲۱۵۵	چهارراه شهدا
۱۶	قم	کتابفروشی مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی <small>علیه السلام</small>	۲۹۳۲۳۲۸	روبه روی راهنمایی و رانندگی، بلوار جمهوری اسلامی
۱۷	قم	مطبوعاتی ملکی	۷۷۳۰۰۵۴	چهارراه چهارمردان
۱۸	کرج	بوستان کتاب	۲۲۲۵۶۹۵	خیابان شهید بهشتی، نرسیده به میدان شهدا، جنب کلینیک شهید بهشتی
۱۹	مشهد	انتشارات آستان قدس رضوی		خیابان امام خمینی، روبه روی باغ ملی
۲۰	مشهد	انتشارات آستان قدس رضوی		حرم مطهر، جنب کتابخانه مرکزی آستان قدس رضوی
۲۱	مشهد	انتشارات امام	۸۴۳۰۱۴۷	چهارراه دکتر
۲۲	مشهد	انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی	۲۲۱۸۹۹۰	حرم مطهر
۲۳	مشهد	انتشارات دانشگاه فردوسی	۸۴۰۱۰۳۱-۵	پردیس دانشگاه، جنب دانشکده علوم اداری
۲۴	مشهد	انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی	۲۲۵۱۱۳۹	چهارراه شهدا، کوچه چهارباغ
۲۵	مشهد	فروشگاه کتاب سازمان تبلیغات اسلامی	۲۲۱۵۲۱۰	چهارطبقه، روبه روی دادگستری
۲۶	مشهد	کتابفروشی یلدا	۲۲۱۰۶۹۴	فلکه سراب، پاساژ مهتاب



سال دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۱ (پیاپی ۶)  
ویژه حقوق

- H صاحب امتیاز  
دانشگاه علوم اسلامی رضوی
- H مدیر مسئول  
محمدباقر فرزانه
- H سردبیر  
غلام‌نبی گلستانی
- H مدیر اجرایی و ویراستار  
محمدربیع میرزایی
- H طرح جلد  
محمدحجت احمدی زر
- H حروفچینی و صفحه‌آرایی  
واحد نشر مجله
- H چاپ و صحافی  
مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس
- H شمارگان  
۲۰۰۰ نسخه

#### یادآوری:

۱. مجله از مقالات علمی در زمینه‌های علوم قرآن و حدیث، حقوق و فلسفه و کلام استقبال می‌کند.
۲. مقالات ارسالی باید تایپ شده یا با خط خوانا و در یک طرف کاغذ A4 نوشته شود.
۳. مقالات ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد.
۴. فصلنامه در کوتاه کردن و ویرایش مقالات، آزاد است.
۵. دیدگاه‌های مطرح شده، لزوماً بیانگر آرای فصلنامه نیست.

#### اعضای هیأت تحریریه

- آیه‌الله محمد واعظزاده خراسانی  
آیه‌الله محمدهادی معرفت  
حجة الاسلام و المسلمین صادق لاریجانی  
حجة الاسلام و المسلمین محمدعلی مهدوی‌راد  
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی  
حجة الاسلام و المسلمین محمدباقر فرزانه  
آقای داوود حیدری ابهری

نشانی: مشهد مقدس، صندوق پستی ۹۱۷۳۵-۴۶۱

تلفن و دورنویس: ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲  
آدرس اینترنت: [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)  
پست الکترونیک: [razavi\\_magazine@imamreza.net](mailto:razavi_magazine@imamreza.net)

*Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences*

Quarterly Research of Humanities (Theology & Law)

Specialized Issue; Law

Vol.2, No.4, Winter 2002 (6)



**Proprietor:** Razavi University of Islamic Sciences

**Editorial Director:** M.B. Farzane (Hojjat.)

**Editor -In- Chief:** G.N. Gholestani (Hojjat.)

**Executive Chief & Editor:** M.R. Mirzaie

**Cover Design:** M.H. Ahmadi zar

**Lithography, Printing & Bindery:** The Publishing of the A.Q. Razavi



**Editorial Board:**

1. M. Vaezzade khorasani (Ayat.)
2. M.H. Marifat (Ayat.)
3. S. Larijani (Hojjat.)
4. M.A. Mahdavi rad (Hojjat.)
5. A.H. Najafi abrاند abadi (ph.d.)
6. M.B. Farzane (Hojjat.)
7. D. Heidari Abhari

**Address:** Razavi University of Islamic Sciences, Holy shrine Sq., Mashhad

**P.O. Box:** 91735-461

**Tel & Fax:** 0511-2230772



**Web Site:** [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)

**E.mail:** [razavi\\_magazine@imamreza.net](mailto:razavi_magazine@imamreza.net)